

## ملاک تمیز نسخ از تخصیص و تأثیر آن در تنقیح قوانین

حیدر باقری اصل\*

استاد، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

سعیده باقری اصل

استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد تبریز،

دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

### چکیده

یکی از مسائل تنقیح قوانین مربوط به تشخیص نسخ از تخصیص در دوران امر بین نسخ و تخصیص است. قلمرو مسئله تحقیق مربوط به نسخ ضمنی است، زیرا نسخ صریح دچار چنین مشکلی نیست، اما در نسخ ضمنی گاهی دوران بین نسخ و تخصیص عام پیش می‌آید؛ تنها در این صورت است که باید حکم مسئله تعیین تکلیف شود. بنابراین پرسش اصلی تحقیق این است که «چگونه نسخ از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی و تخصیص تشخیص داده می‌شود؟» تحقیق حاضر پاسخ این پرسش را با روش توصیفی-تحلیلی و با استناد کتابخانه‌ای به انجام رسانده و به این نتیجه رسیده است که هشت ملاک تشخیص نسخ ضمنی از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی و تخصیص قابل کشف و ارائه است و این هشت ملاک قوانین مشکوک به نسخ ضمنی یا تخصیص را در تنقیح قوانین تعیین تکلیف می‌کنند. نتایج این تحقیق برای محققان، قضات و وکلای دادگستری در تنقیح قوانین کاربرد دارد.

واژگان کلیدی: تخصیص، تنقیح قوانین، نسخ، نسخ ضمنی، نسخ صریح.

### ۱. مقدمه

یکی از مسائل تنقیح قوانین مربوط به تشخیص نسخ از تخصیص در دوران امر بین نسخ و تخصیص است. اهمیت این مسئله در آن است که یکی از اصول کشف مراد قانونگذار از دلالت الفاظ مواد قانونی نیز مربوط به تشخیص نسخ ضمنی از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی و تخصیص عام است، زیرا اگر وضعیت ماده مشکوک به نسخ یا تخصیص تعیین شود، مسئله تنقیح همان ماده نیز در دوران امر بین تخصیص و نسخ معلوم خواهد شد.

ضرورت تحقیق در مسئله نسخ مشکوک در دوران بین نسخ ضمنی قانون و تخصیص عموم آن در مشکل تشخیص نسخ ضمنی از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی قانون و تخصیص عموم آن است و آنگاه مشکل مسئله مضاعف می‌شود که توجه داشته باشیم اصل در دوران بین نسخ ضمنی قانون و تخصیص عموم آن، هم عدم نسخ است و هم عدم تخصیص؛ به عبارت دیگر، نسخ مانند تخصیص برخلاف اصل است.

مراد از اصل عدم در تخصیص عام، آن است که در دوران بین تخصیص عام به خاص و بقای عام بر عموم خود، اصالت عموم اثبات می‌کند که اصل بر بقای عام بر عموم خود است. مراد از اصل عدم در نسخ قانون و دوران نسخ قانون با ناسخ یا بقای قانون بر اعتبار خود، این است که اراده قانونگذار در وضع قانون قبلی بر بقای خود است، مگر اینکه قرینه معینه یا صارفه، دلالت کند که قانونگذار از اراده سابق خود در این خصوص به امری جدیدی عدول کرده است. بنابراین پرسش اصلی تحقیق این است که چگونه نسخ از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی و تخصیص تشخیص داده می‌شود؟

تحقیق حاضر پاسخ این پرسش را با روش توصیفی و با استناد کتابخانه‌ای به انجام رسانده و هشت ملاک را برای تشخیص نسخ ضمنی از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی قانون و تخصیص عموم آن، به شرح ادامه بحث کشف و ارائه داده است، به طوری که این هشت ملاک قوانین مشکوک به نسخ ضمنی یا تخصیص را در تنقیح قوانین تعیین تکلیف می‌کنند.

این تحقیق پیشینه خاص ندارد و تاکنون کسی در خصوص مسئله تحقیق مقاله ننوشته و تحقیق خاصی را ارائه نداده است و تحقیق حاضر نخستین تحقیقی است که در این خصوص انجام گرفته است. با این وصف، چندین ملاک تشخیص نسخ ضمنی از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی قانون و تخصیص عموم آن به شرح ادامه بحث از منابع قابل کشف و ارائه است. این است که نتایج این تحقیق در تنقیح قوانین مشکوک به نسخ ضمنی یا تخصیص برای محققان، قضات و وکلای دادگستری کاربرد دارد.

## ۲. مفهوم نسخ و تخصیص و آثار عملی تفاوت آن دو

تعریف نسخ در حقوق موضوعه و اصول فقه منطبق با معنای لغوی آن است؛ با این توضیح که نسخ هم در لغت (فیومی، ۱۴۰۵ق: ۴۶۹) و هم علم اصول فقه (عاملی، ۱۳۶۵: ۲۲۰؛ مظفر، ۱۳۸۶، ج ۲: ۶۱؛ انصاری، ۱۴۰۴ق: ۲۱۲-۲۱۳؛ کمالی دزفولی، ۱۳۶۹: ۲۷۲-۲۷۴) و هم در حقوق موضوعه (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۷۵؛ کاتوزیان، ۱۳۶۵، ج ۲: ۳۲۷) به معنای جایگزینی قانون یا مواد قانونی جدید به جای قانون یا مواد قانونی سابق است.

در اقسام نسخ و تعیین قلمرو تحقیق باید گفت نسخ یا صریح است یا ضمنی و یا مشکوک. به نسخ ضمنی، نسخ جزئی هم گویند (انصاری، ۱۴۰۴ق: ۲۱۲-۲۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۷۸-۱۷۹). قلمرو مسئله تحقیق مربوط به نسخ ضمنی است، زیرا نسخ صریح دچار چنین مشکلی نیست، اما در نسخ ضمنی گاهی دوران بین نسخ و تخصیص عام پیش می‌آید؛ در این صورت است که باید حکم مسئله تعیین تکلیف شود.

مقصود از نسخ صریح آن است که قانونگذار قانون قبلی را با تصویب قانون اخیر و تصریح در یک ماده قانون اخیر از اعتبار حقوقی ساقط کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۷۸-۱۷۹). قانونگذار برای نسخ صریح از الفاظ مانند «ملغی»، «لغو» و «نسخ» بهره می‌برد.

قانونگذار در ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ از کلمه «نسخ»، یا در ماده ۱۲۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از واژه «لغو» و نیز در ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی از عبارت «ملغی» استفاده کرده است.

مقصود از نسخ ضمنی یا جزئی آن است که مقررات اخیرالتصویب در مورد موضوعی با مقررات قبلی آن در تعارض باشد و امکان جمع آنها ممکن نباشد و قانونگذار هم تصریح به نسخ صریح آن نکرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۷۹)؛ در این صورت، چون اجرای هر دو قانون امکان ندارد و معقول به نظر نمی‌رسد که قانونگذار اجرای هر دو امر متضاد را فرمان دهد، به ناچار فقط اجرا و عمل به یکی از دو ماده ممکن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶الف: ج ۱: ۱۷۹). برای مثال برابر نظر شهیدی نسخ ضمنی در ماده ۸۶۶ ق.م.رخ داده است؛ به این استدلال که این ماده ۳۳۵ قانون امور حسبی، ماده ۸۶۶ ق.م.را نسخ ضمنی کرده است؛ به این بیان که ماده ۸۶۶ ق.م.مقرر کرده است: «در صورت نبودن وارث، امر ترکه متوفی راجع به حاکم است». به نظر ایشان، حاکم اسلامی ارث بلاوارث مذکور این ماده را اداره کرده و آن را صرف نیازمندان می‌کند، ولی ماده ۳۳۵ قانون امور حسبی در خصوص ارث بلاوارث مقرر کرده است: «ترکه به خزانه دولت تسلیم می‌شود». معنای این عبارت به نظر ایشان آن است که «ترکه به تصرف دولت درمی‌آید و به مصارف عمومی می‌رسد» (شهیدی، ۱۳۹۱: ش ۱۳۴).

در خصوص **نسخ مشکوک** باید گفت گاهی تنها نسخ در ماده قانونی مطرح است؛ یعنی امکان تخصیص در آن مطرح نیست؛ به چنین نسخی، نسخ مشکوک گویند. برای مثال چنین نسخ مشکوکی در ماده ۳۸۰ ق.م. وجود دارد. مفاد این ماده به خیار تَفَلیس معروف است (باقری اصل، ۱۳۹۰: ۲۹۱) و با استناد به نسخ قانون اعسار و افلاس مصوب ۲۵ آبان ۱۳۱۰ با قانون اعسار مصوب اول دی ۱۳۱۳ و جانشین شدن قانون اخیر به جای آن، هنوز سر جای خود باقی است و نسخ نشده است؛ به این استدلال که قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳/۰۸/۲۰ در عمل شامل تعریف افلاس ماده ۳۸۰ ق.م. هم می‌شود، هرچند قانون اعسار مذکور عنوان خیار افلاس را به اعسار و در نتیجه، به تجار اختصاص داده است (باقری اصل، ۱۳۹۰: ۳۰۶). اما گاهی تنها نسخ ماده قانونی مطرح نیست تا به فرمول مزبور عمل شود، بلکه علاوه بر نسخ، احتمال تخصیص عام هم وجود دارد و در این صورت، دوران امر بین نسخ ضمنی و تخصیص عام پیش خواهد آمد و باید این مشکل را برای تنقیح قوانین، تعیین تکلیف کرد. بنابراین یکی از آثار عملی تعیین ملاک تشخیص نسخ از تخصیص در تنقیح قوانین است و اثر دیگر عملی تعیین ملاک تشخیص نسخ از تخصیص در این است که اثبات تخصیص به معنای اراده جدی قانونگذار از عام است و پس از تخصیص عام، تعارضی بین عام و خاص باقی نمی‌ماند، برخلاف اثبات نسخ که به معنای تغییر اراده قانونگذار است، از این رو پس از نسخ حکم سابق لا حکم لاحق، تعارض بین حکم سابق و لاحق تحقق خواهد یافت.

### ۳. اولویت تخصیص بر نسخ

هرچند بیان شد که اصل در دوران بین نسخ ضمنی و تخصیص عام، هم عدم نسخ و هم عدم تخصیص است؛ یعنی نسخ مانند تخصیص برخلاف اصل است (انصاری، ۱۴۰۴: ۲۱۲-۲۱۴)، ولی اصولیان تا حد امکان سعی دارند تعارض دو ماده را از طریق تعارض عام خاص و با استناد به قاعده «الْجَمْعُ مَهْمَا أَمَكْنَ أَوْلَى مِنَ الطَّرْحِ» (محمدی، ۱۳۵۸: ۳۵۱) حل کنند و تا حد ممکن بین دوران نسخ و تخصیص، حکم به عام و خاص کنند و مشکل آن دو ماده را با تخصیص عام حل کنند و از نسخ قانون بپرهیزند (باقری اصل، ۱۴۰۰: ۲۲۵).

به این استدلال که **نخست**، مثل و قاعده معروف است که هیچ عامی نیست، مگر اینکه تخصیص خورده است؛ **دوم**، تخصیص بیشتر از نسخ اتفاق می‌افتد؛ **سوم**، دلیل بر تقدّم تخصیص بر نسخ، عبارت از رویه قضایی و عرف حقوقدانان در مردود دانستن نسخ و قبول تخصیص است؛ **چهارم**، تا حد ممکن باید بین دو دلیل جمع شود. اثبات تخصیص به معنای اراده جدی قانونگذار از عام است و بعد از تخصیص عام، تعارضی بین عام و خاص باقی

نمی‌ماند (عاملی، ۱۳۶۵: ۱۳۹؛ خراسانی، ۱۳۶۶: ۲۷۲؛ قمی، ۱۴۰۸: ج ۱: ۳۰۴)، برخلاف اثبات نسخ که به معنای تغییر اراده قانونگذار است.

منظور از اصطلاح «اولی»، در مفاد اصل و قاعده تفسیری «الْجَمْعُ مَهْمَا أَمَكَّنَ أَوْلَى مِنْ الطَّرْحِ» (محمدی، ۱۳۵۸: ۳۵۱)، ضرورت تبعیت از جمع مذکور (یا اولویت عقلی) است، از این رو نباید آن را به معنای بهتر یا ترجیح و یا مستحب معنی کرد. به چنین جمع کردن بین دو نوع دلیل متعارض ظاهری، جمع دلالتی نیز اطلاق می‌شود. در این نوع دلالت سعی می‌شود تا حد امکان، ظاهر هر دو نوع دلیل محفوظ بماند و بین اصولیان در این حکم اختلافی نیست، بلکه مورد اتفاق آنان است (عاملی، ۱۳۶۵: ۱۳۹؛ انصاری، ۱۴۰۴: ۲۱۲-۲۱۳؛ خراسانی، ۱۳۶۶: ۲۷۲).

مثال اولیت تخصیص بر نسخ در ذیل ماده ۱۳۳۳ ق.م.آ آمده است؛ به این توضیح که برابر ذیل این ماده، اگر مدرک دعوا سند رسمی باشد، دادرسی نمی‌تواند از مدعی درخواست قسم کند.

با این وصف، از آنجایی که ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی در دعوی علیه متوفی، علاوه بر بیئنه، قسم را نیز شمرده و مقرر کرده است، از این رو این سؤال مطرح می‌شود که آیا این استثنا، منسوخ شده است یا نه؟

برخی حقوقدانان قائل به تفکیک شده و گفته‌اند: هر گاه ادعایی علیه متوفی، مبتنی بر سند رسمی باشد که توان اثبات وجود حق و بقای آن را دارد، قسم استظهاری منتفی است و در غیر این صورت، قسم استظهاری لازم است (شمس، ۱۳۸۸، ج ۳، ش ۴۶۵). لکن به نظر می‌رسد با توجه به خاص بودن حکم سابق (دعوی مبتنی بر سند) و عام بودن حکم جدید (ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی)، عدم نسخ آن به‌طور کلی مُرَجَّح است و این تفسیر موافق قاعده «الْجَمْعُ مَهْمَا أَمَكَّنَ أَوْلَى مِنْ الطَّرْحِ» اصولیان در ارائه راه‌حل بین تعارض دو دلیل نیز هست (بیگدلی و حسینی، ۱۳۹۵: ۷۷۷).

بنابراین هر گاه تردید و شک پیش آید که قانونی تخصیص خورده یا نسخ شده است، باید معتقد باشیم که احتمال تخصیص اولی و صحیح‌تر است؛ به این استدلال که اصولیان تخصیص را بر نسخ اولویت و ترجیح می‌دهند و دلیل اولویت و ترجیح تخصیص مزبور به شرح ادله مذکور و از جمله این است که تخصیص ناظر به معنای اراده جدی قانونگذار از عام است و بعد از تخصیص عام، تعارضی بین عام و خاص باقی نمی‌ماند، برخلاف اثبات نسخ که ناظر بر معنای تغییر اراده قانونگذار است.

همیشه اولویت تخصیص بر نسخ در دوران امر بین نسخ و تخصیص قابل اثبات نیست، بلکه گاهی ضرورت دارد که نسخ بر تخصیص اولویت داشته باشد. مثال چنین موردی در خصوص تعارض بند ۱ ماده ۹۱ ق.م. و ماده هشت قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و

اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۰۲ مطرح شده است؛ به این توضیح که ماده ۹۱ ق.م. مقرر کرده است:

«در موارد ذیل منافع موقوفات عامه صرف بریات عمومی خواهد شد...».

ماده هشت قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۰۲، بند نخست ماده ۹۱ ق.م. را نسخ و مقرر کرده است:

«درآمد موقوفات مجهول‌المصرف و موقوفاتی که به صیغه مُبْرَأَت مطلقه، وقف شده، قابل مصرف در تحقیق و تبلیغ و نشر کتب در زمینه معارف اسلامی و عمران موقوفات می‌باشد زیر نظر سازمان به مصرف می‌رسد...».

دلیل ادعای مزبور این است که شرایط امکان تخصیص بند ۱ ماده ۹۱ ق.م. با ماده ۸ قانون فوق وجود ندارد و ناچار باید نظر به نسخ داد؛ به این بیان که لازمه تخصیص آن است که قانون خاص به‌عنوان مخصّص یا همزمان و یا جلوتر از زمان عمل به قانون عام رسیده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶ الف: ش ۳۳۴)، درحالی‌که ماده ۸ قانون مذکور بعد از قانون مدنی و مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۰۲ تصویب شده است و در این زمان، ده‌ها سال از عمل به ماده ۹۱ ق.م. گذشته است. بنابراین ناچار باید ماده ۸ قانون فوق را بر بند ۱ ماده ۹۱ ق.م. نسخ تلقی کرد و نتیجه گرفت که بند ۱ ماده ۹۱ ق.م. نسخ شده است.

مثال دیگر این ملاک در ماده ۲ قانون معادن مصوب ۱۳۳۶/۰۲/۲۱ و آیین‌نامه اصلاحی مورخ ۱۳۴۴/۱۲/۱۶ آن آمده و ماده ۱۶۱ ق.م. را نسخ ضمنی کرده است؛ به این بیان که ماده ۱ قانون معادن مزبور معادن را به سه طبقه تقسیم کرده و در خصوص مالکیت معادن این سه طبقه در ماده ۲ اعلام کرده است:

«معادن طبقه اول در هر ملکی واقع باشد متعلق به صاحب ملک است و معادن واقع در اراضی که مالک خاص ندارد متعلق به دولت است...».

اما ماده ۱۶۱ ق.م. مقرر نموده است: «معدنی که در زمین کسی واقع شده باشد ملک صاحب زمین است و استخراج آن تابع قوانین مخصوصه خواهد بود».

بین این دو ماده تعارض پدید آمده است و هرچند راه‌حل راه تعارض برابر اولویت ترجیح تخصیص بر نسخ، تخصیص است، اما شرط تخصیص این است که قانون خاص قبل از عمل کردن به قانون عام وارد گردد تا مسئله با تأخیر بیان از وقت حاجت پیش نیاید که قبیح عقلی است و چون قانون مدنی در تاریخ ۱۳۰۷/۰۲/۱۸ تصویب شده و قانون معادن مورخ ۱۳۳۶/۰۲/۲۱ تصویب شده است، لذا چندین دهه به قانون عام عمل شده و قانون خاص بعد از عمل به آن وارد شده است، پس امکان جمع عرفی آن دو قانون با حمل عام بر خاص و در

نتیجه، تخصیص عام با خاص وجود ندارد، بلکه تنها راه حل این دو ماده همان نسخ است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ب: ش ۴۹۲؛ خطیبی قمی، ۱۳۹۳: ۱۲۷-۱۲۸).

اما سؤال در این خصوص آن است که نسخ جزئی است یا کلی؟ جواب این سؤال، نسخ جزئی یا همان ضمنی است؛ به این استدلال که قانون معادن مصوب ۱۳۳۶ طبقه اول معادن را متعلق به مالک دانسته و در طبقه دوم، اجرت محل ملک را برای مالک متعلق دانسته و طبقه سوم معادن را از مالکیت مالک شخصی خارج کرده و متعلق به اموال عمومی دولت اعلام کرده است (خطیبی قمی، ۱۳۹۳: ۱۲۷-۱۲۸).

هرچند در این خصوص تحولات قانونی رخ داده است، ولی نسخ جزئی ماده ۱۶۱ ق.م.ب به نحوه دیگری پدید آمده است؛ به این بیان که تصویب قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷ و اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷ در مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۲ مجلس شورای اسلامی که آخرین اراده قانونگذار محسوب می شود، در این خصوص دست به تحولات قانونی در خود قانون معادن منسوخ ۱۳۳۶ با قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷ و اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۱۲/۲۷ در تاریخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۲ زده است و در ذیل ماده ۲ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷ که مقرر می کرد: «اعمال حاکمیت مذکور در این ماده می تواند مانع اعمال مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی در محدوده مقررات باشد»، اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰/۰۸/۲۲ ذیل همان ماده را چنین اصلاح کرده است: «اعمال حاکمیت مذکور در این ماده مانع اعمال مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی در محدوده قوانین و مقررات نیست».

هرچند این مسئله با اصلاح ماده ۲ قانون معادن به شرح فوق در ذهن متصور می شود که نسخ ماده ۱۶۱ ق.م.ب برداشته شده است و قرینه این استنباط نیز تبصره سوم ماده شش قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰/۰۸/۲۲ است، ولی این استنباط صحیح نیست و نسخ جزئی ماده ۱۶۱ ق.م.ب هنوز هم با بیان دیگر در قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷ و اصلاح آن در مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۲ سر جای خود باقی است؛ به این استدلال که ماده ۲۲ این قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷ که در اصلاح مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۲ دست نخورده باقی مانده است.

ماده ۳۶ قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷ در مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۲، قوانین معادن مصوب ۱۳۱۷، ۱۳۳۶، اصلاح ماده ۱۶ مصوب ۱۳۴۴ و ۱۳۶۲، اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۶۴ و ماده ۹ قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه گذاری صنعتی مصوب ۱۳۸۶/۰۵/۰۷ را نسخ کرده است.

این مواد به شرح فوق، نسخ جزئی در ماده ۱۶۱ ق.م.ب با مواد به شرح مذکور مشهود است. نمونه دیگر این ملاک در ماده ۱۷۴ ق.م.ب است که ماده ۱ قانون در خص ص حفظ آثار ملی مصوب آبان ۱۳۰۹، آن را نسخ کرده است؛ به این بیان که ماده ۱۷۴ ق.م.ب دینه ای را که مالک

آن معلوم نباشد، متعلق به کسی دانسته که آن را پیدا کرده است، اما ماده ۱ قانون در خصوص حفظ آثار ملی مصوب آبان ۱۳۰۹ کلیه آثار صنعتی و ابنیه و اماکنی را که تا اختتام دوره سلسله زندیه در مملکت ایران احداث شده است، جزء آثار ملی ایران محسوب نموده و حفاظت و نظارت آنها را در تحت نظر دولت قرار داده است.

بنابراین ماده ۱ قانون مزبور، ماده ۱۷۴ ق.م را نسخ ضمنی کرده است (خطیبی قمی، ۱۳۹۳: ۱۳۴-

۱۳۵).

#### ۴. معیارهای تشخیص نسخ از تخصیص در صورت عدم اولویت تخصیص بر نسخ

سؤالی که در صورت عدم امکان تعیین ملاک تشخیص نسخ از تخصیص در تنقیح قوانین با ملاک اولویت تخصیص بر نسخ پیش می‌آید این است که باید کدام معیار دیگر را در چنین مواردی ارائه داد؟ پاسخ این پرسش به شرح ادامه بحث ارائه می‌شود.

##### ۴.۱. ورود و عدم ورود عام پس از عمل به خاص

اگر در موردی پیش از عمل به دلیل اول، دلیل و حکم جدیدی برسد، این مورد تخصیص خواهد بود نه نسخ، زیرا شرط نسخ حکم، عمل کردن به دلیل اول قبل از آمدن حکم دوم است (انصاری، ۱۴۰۴:ق:۲۱۳-۲۱۴)؛ به عبارت دیگر، نسخ باید بعد از عمل به حکم منسوخ وارد شود. معنای این ملاک و شرط آن است که اگر حکمی پیش از عمل به حکم قبلی وارد شود به آن نسخ اطلاق نمی‌شود، بلکه چنین حکمی، تخصیص است.

مثال: اگر قانونگذار ابتدا در لایحه بودجه، امر کند که واردات خودرو خارجی تا قیمت فلان آزاد است سپس در همین سال و قبل از اجرای مفاد لایحه مزبور اعلام کند که کسانی که طبق رأی دادگاه مفسد اقتصادی هستند، حق واردات خودرو ندارند، این مورد تخصیص خواهد بود زیرا پیش از فرارسیدن زمان عمل به حکم اول، حکم دوم رسید.

مثال دیگر این وضعیت در ماده ۳۵۵ ق.م نسبت به ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک تحقق یافته است؛ به این توضیح که ماده ۳۵۵ ق.م نسبت به کم یا زیاد شدن مساحت معین ملک فروخته شده بر این نظر است که اگر مساحت از مقدار تعیین شده کم باشد، خریدار در معامله حق خیار دارد و اگر مساحت آن بیشتر باشد، فروشنده خیار در معامله دارد، مگر آنان به محاسبه کم یا زیاد تراضی کنند.



اما ماده ۱۴۹ قانون ثبت «نسبت به مساحت زیادی بر این نظر است که خریدار می‌تواند قیمت مساحت زیادی را طبق ارزش مندرج در نخستین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید».

بنابراین بین ذیل ماده ۳۵۵ ق.م و ماده ۱۴۹ مزبور نسبت به زیاد درآمدن ملک فروخته‌شده، تعارض وجود دارد و امکان جمع با تخصیص این بخش ماده ۳۵۵ ق.م با ماده ۱۴۹ قانون ثبت برخلاف تصور بعضی (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۱: ۲) به دلیل انتفای قواعد جمع با تخصیص، وجود ندارد، از این رو تنها راه حل این دو ماده نسبت به زیاد درآمدن ملک فروخته‌شده ماده ۳۵۵ ق.م با ماده ۱۴۹ قانون ثبت، نسخ ضمنی است، اما ماده ۳۵۵ ق.م در صورت کم درآمدن ملک فروخته‌شده حاکم و باقی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۲).

بنابراین در نقد و ارزیابی دو نظر مزبور باید گفت نظر جعفری لنگرودی در تعارض این دو ماده، نسخ است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۲)، اما نظر کاتوزیان، تخصیص عام با خاص است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۱: ۲). لکن نظر کاتوزیان مبنی بر تخصیص عام با خاص ایراد دارد. ایراد نظر ایشان آن است که از جمله قواعد جمع با تخصیص این است که به عموم ماده ۳۵۵ ق.م پیش از رسیدن خاص ماده ۱۴۹ قانون ثبت عمل نشده باشد، در حالی که به قانون عام که در سال ۱۳۰۷ تصویب شده، عمل گردیده است، زیرا ماده ۱۴۹ قانون ثبت مورخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ تصویب شده است. بنابراین نظر کاتوزیان در جمع کردن بین این دو ماده به تخصیص ماده ۳۵۵ ق.م با ماده ۱۴۹ قانون ثبت قابل قبول نیست. در این خصوص جمع دیگری نیز بیان شده است که آن نیز قابل قبول نیست (زراعت و مسجدرایی، ۱۳۹۱، ج ۱: ۲۰).

مطابق این معیار نباید عام، مؤخر از خاصی باشد که مورد عمل قرار گرفته است، زیرا در صورت صدور حکم خاص و عمل به آن و ورود عام بعد از عمل به خاص، مسئله از باب تخصیص عام با خاص مزبور است نه نسخ خاص با عام. برای مثال این ملاک در ماده ۱۲۱۶ ق.م مصوب ۱۳۱۴/۰۷/۰۱ و ماده هفتم قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ برقرار است؛ به این بیان که ماده ۱۲۱۶ ق.م ضرر زدن صغیر، مجنون یا غیررشید را موجب ضمان اعلام کرده است و چون حکم این ماده وضعی است، از این رو منوط به شرایط عامه تکلیف (علم، قدرت، و بلوغ) نشده است. قانونگذار صغیر، مجنون و غیررشید را مسئول اعمال موجب زیان خودشان شناخته است، اما ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، زیاد زدن آنان به دیگری بر عهده کسی قرار داده است که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا برحسب قرارداد به عهده او بوده است.

در خصوص ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، این سؤال مطرح شده است که آیا ماده ۱۲۱۶ ق.م را نسخ کرده یا آن را تخصیص زده است؟

به نظر می‌رسد بین این دو ماده حالت عام و خاص حاکم است نه ناسخ و منسوخ؛ به این استدلال که منافاتی بین مسئولیت اولیای محجوران مزبور در ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی با مسئولیت خود محجوران مزبور در ماده ۱۲۱۶ ق.م. وجود ندارد و نباید پنداشت که ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۱۲۱۶ ق.م. را نسخ ضمنی کرده است و در نتیجه، زیان‌دیده می‌تواند به هر دو و یا هر کدام رجوع کند و جبران خسارت خود را مطالبه کند؛ به این توضیح که ماده ۱۲۱۶ ق.م. جبران خسارت را عام بر عهده محجور قرار داده است، ولی ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی به دو شرط منوط و مقید شده است: **شرط نخست**، تقصیر اولیای محجور در نگهداری از او و موجب بروز خسارت محجور ناشی از این عدم مواظبت محجور؛ **شرط دوم**، عدم کفایت استطاعت مالی اولیای محجور در جبران خسارت محجور؛ یعنی ضمان اولیای محجوران همین اندازه است و در سایر موارد خود محجور مسئولیت دارد. بنابراین مسئولیت محجور با آمدن ماده ۷ مزبور منتفی نشده است. از این رو باید در خصوص هر مورد بدان ماده مراجعه کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲: ش ۴۱۲). این است که رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور (شماره دوم مورخ ۱۳۶۰/۰۱/۲۹) بیان کرده است:

«مطابق مواد ۱۲۱۶ و ۱۱۸۳ ق.م. در صورتی که صغیر باعث ضرر غیر شود، خود ضامن و مسئول جبران خسارت است و ولی او به علت عدم اهلیت صغیر، نماینده قانونی وی می‌باشد. بنابراین، جبران ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه به عهده شخص متهم صغیر است و محکوم به مالی از اموال خود او استیفا خواهد شد.»

#### ۴.۲. ثبات موضوع و تغییر حکم

یکی از ملاکات تشخیص نسخ ضمنی و تخصیص، این است که نسخ باید «حکم» را بردارد نه موضوع حکم را؛ به این استدلال که رفع موضوع مانند رفع ضرر در حدیث «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِی الْأَسْئَلَامِ» که مطابق تفسیر آخوند خراسانی از این روایت، از نوع دفع حکم به تبع رفع موضوع است؛ به این توضیح که معنای «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِی الْأَسْئَلَامِ» (حر عاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۷: ۳۴۱) چنین است: «هیچ‌گونه ضرر و زیان در اسلام نباید باشد». چون ضرر و زیان در عالم واقع وجود دارد، لذا معنای عبارت حدیث درست نمی‌شود مگر این که برابر نظر آخوند خراسانی دفع حکم به تبع رفع موضوع مقصود باشد (خراسانی، ۱۳۶۶، ج ۲: ۲۶۷؛ خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۷۲). به چنین رفعی، نسخ نگویند؛ به این استدلال که نسخ رفع حکم از موضوع و اثبات حکم دیگری برای همان موضوع است؛ یعنی موضوع باید ثابت بماند و تنها حکم تغییر کند.

### ۴.۳. انفصال و اتصال

ملاک چهارم این است که ناسخ از منسوخ، منفصل و لفظی باشد و اگر متصل باشد، به آن ناسخ نمی‌گویند؛ به این استدلال که مُخَصَّص متصل جزئی از معنای عام است و خود به تنهایی استقلال ندارد؛ به عبارت دیگر، ارتباط مُخَصَّص متصل لفظی با عام پیوسته و نیز لفظی است؛ یعنی در یک جمله و عبارت واقع شده است. این است که باید گفت چنین مُخَصَّصی همیشه همراه با عام و در یک عبارت لفظی ذکر می‌شود. برای مثال مُخَصَّص متصل در ۹۴۰ ق.م آمده است: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می‌برند». کلمه «دائمی» در این ماده صفت برای زوجیت است و اطلاق زوجین را به زوج دائم تقیید کرده است و در نتیجه، عموم ارث زوجین را به زوج دائم تخصیص از نوع مُخَصَّص متصل زده است. در این مثال صفت زوجیت دائمی، ناسخ مفاد ماده مزبور نیست، بلکه حکم مطلق زوجیت را مقید به آن زوجین دائم کرده است.

### ۴.۴. استمرار و عدم استمرار حکم

ملاک پنجم تشخیص این است که منسوخ موقت به وقت نباشد، چنانچه در انقضای وقت، ارتفاع حکم بیاید (انصاری، ۱۴۰۴ق: ۲۱۲-۲۱۳)؛ البته اصطلاح منسوخ موقت را نباید با اصطلاح قانون موقتی اشتباه گرفت، زیرا قانون موقتی در اصطلاح حقوق عرف به قانون آزمایشی اطلاق می‌شود که مجلس طول زمان اجرای آزمایشی آن را تعیین می‌کند، زیرا پایان دوران قانون آزمایشی موجب از بین رفتن آن می‌شود و به نسخ نیازی ندارد و از این جهت مانند حکم موقتی قانونگذار است (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۸۴-۱۸۶).

نمونه این ملاک در قانون لایحه بودجه سالانه دولت است. سؤال در این خصوص آن است که آیا پس از اتمام سال مالی، قانون لایحه بودجه در آن سال برای سال بعدی نیز باقی است و در نتیجه، قابل استناد است؟ پاسخ این پرسش را قرینه تعیین می‌کند. برای مثال اگر ماده یا تبصره مربوط به دخل و خرج کشور و وضع مالیات و تقسیم درآمد و مانند اینها باشد، اعتبار آن ماده و تبصره نیز مانند خود قانون بودجه به همان سال اختصاص دارد و با اتمام سال مالی از بین می‌رود، اما اگر ماده یا تبصره طوری است که قرینه بقای آن را نسبت به دائم اثبات می‌کند، پس از پایان سال مالی نیز استمرار خواهد یافت و از بین نخواهد رفت (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۸۶-۱۸۵) و ماده ۱۸۷ قانون لایحه بودجه مصوب ۱۳۷۹ در خصوص مشاوران حقوقی قوه قضاییه باقی است و بقای آن استمرار دارد و شرح این مسئله پیشتر گذشت.

به عبارت دیگر، عموم و اطلاق حکم شامل تمامی افراد در همه زمانها و در تمامی حالات و اوصاف افراد می‌شود و نسخ تنها در شمولیت عموم و اطلاق نسبت به همه زمانها پیش

می‌آید، به طوری که مخاطب حکم بر این تصور است که حکم برای او مستمر و دائمی است، ولی ناسخ معلوم می‌سازد که حکم منسوخ از آغاز در نظر قانونگذار محدود به زمان موقت بوده و قانونگذار این محدودیت زمانی را به مکلف ابلاغ نکرده است.

اما تخصیص طور دیگر است؛ به این بیان که قانونگذار مراد جدی خود را پس از مدتی یا همزمان بیان حکم عام با ذکر خاصی دیگر، از آن قانون عام بیان می‌کند. بنابراین آمدن دلیل خاص به این معناست که مراد جدی قانونگذار از آن حکم عام همین معنایی است که پس از تخصیص به دست می‌آید؛ یعنی منهای افراد خاص از معنای عام مراد جدی قانونگذار بوده است. این است که باید گفت دلیل خاص، قریبه‌ای برای شناخت مراد جدی قانونگذار از حکم عام است.

چنین ملاکی نسبت به تخصیص در قاعده «وفای به عقود لازم» یا «لزوم عقود» است که به معنای وجوب و لزوم وفای به کلیه افراد عقود و در همه زمان‌ها و تمامی حالات مختلف است.

هریک از این جنبه‌های سه‌گانه عموم امکان محدود شدن را دارند. تخصیص زمانی یکی از این انواع است. نسخ در واقع یک نوعی تخصیص زمانی است، زیرا حکمی که ثابت بود و استمرار داشت در برهه‌ای از زمان متوقف می‌شود. با این وصف، نسخ با تخصیص فرق دارد؛ به این بیان که اگر از وفای عقدی ضرر جبران‌ناپذیر حاصل شود و این ضرر نتیجه در غبن قرار دادن و تدلیس فروشنده باشد، عقد بیع، خیار و قابل فسخ نسبت به خریدار خواهد شد و این تخصیص عموم وفای به عقود است؛ یعنی عقود ضرری به شرح مزبور را از عموم وفای عقود خارج ساخته یا تخصیص زده است.

اما چنین ملاکی نسبت به نسخ در بین ماده ۶۸۹ ق.م. و ماده ۴۰۲ ق.ت. حاکم است؛ به این بیان که ماده ۶۸۹ ق.م. در ضمانت تضامنی عرضی یا طولی را رد کرده، لکن ماده ۴۰۲ ق.ت. ضمانت تضامنی طولی را پذیرفته است.

بنابراین ماده مزبور ق.ت.، ماده ۶۸۹ ق.م. را نسخ کرده‌اند؛ به این استدلال که ماده ۶۸۹ ق.م. مورخ ۱۳۰۷/۰۲/۱۸ و ماده مزبور ق.ت. مورخ ۱۳۱۱/۰۲/۱۳ تصویب شده‌اند و آخرین اراده قانونگذار در قانون تجارت و طی ماده مزبور آمده است.

با این وصف، نسخ مذکور را باید تنها ناظر به روابط بازرگانی تجار و نسخ ضمنی دانست و در روابط مدنی بین اشخاص به حاکمیت ماده ۶۸۹ ق.م. تصریح کرد؛ به این استدلال که قانون تجارت یک قانون صنفی است و مطابق تصریح مواد یک تا پنج ق.ت. تنها ناظر بر روابط تجاری بازرگانان است.

این وضعیت نسخ و تخصیص در بین مواد ۶۹۸ ق.م و ۲۴۹ ق.ت نیز وجود دارد؛ به این بیان که مطابق ماده ۶۹۸ ق.م ضمان نقل ذمه به ذمه است، ولی مطابق ماده ۲۴۹ ق.ت و نیز ماده ۳۰۹ ق.ت ضمان ضم ذمه به ذمه است. بنابراین مواد ۲۴۹ و ۳۰۹ ق.ت، ماده ۶۹۸ ق.م را نسخ ضمنی زده‌اند.

اما با این وصف، باید توجه داشت که ضمان در اسناد تجاری و معاملات بازرگانی ضم ذمه به ذمه است و در روابط مدنی هنوز هم عموم ماده ۶۹۸ ق.م حاکم است و ضمان نقل ذمه به ذمه است و معنای نسخ ضمنی نیز همین است.

#### ۵. ۴. مرجع صلاحیت‌دار در نسخ و تخصیص قانون

هر دو دلیل نسخ و منسوخ باید به واسطه قانون‌گذار وضع و تشریح شده باشند. بنابراین اگر دلیل حکمی، عقل، سیره عقلایی و عرف باشد و بدون تشریح قانونگذار مورد عمل قرار گیرد و شارع، حکم عقل، سیره عقلایی و عرف را نپذیرد و حکم دیگری را وضع کند، به چنین حکم شارع، نسخ نمی‌گویند (کمالی دزفولی، ۱۳۶۹: ۲۷۲). برای مثال عقل بیع ربوی را مثل بیع غیر ربوی تجویز نماید، شارع دینی بیع ربوی را با آیه ۲۷۵ بقره: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» تحریم کند؛ یعنی بیع را حلال نماید و بیع ربوی را حرام اعلام کند. در این آیه، حکم حلال بودن بیع، یک حکم امضایی قانونگذار است و حکم حرام بودن ربا، یک حکم تأسیسی او. به این نوع حکم، نسخ نمی‌گویند. بنابراین آیه مزبور، حکم عقلی یا سیره عقلایی و عرفی قمار مزبور را نسخ نکرده، بلکه باطل اعلام کرده است و تفاوت نسخ با باطل آشکار است.

#### ۶. ۴. شمولیت تخصیص بر تمام موارد عام یا تخصیص اکثر

یکی از ملاکات دیگر تشخیص نسخ از تخصیص در صورتی است که تخصیص شامل تمام موارد عام یا تخصیص اکثر باشد؛ در این صورت، مورد از موارد نسخ است نه تخصیص عام؛ به این استدلال که شمولیت تخصیص بر تمام موارد عام یا تخصیص اکثر مستهجن و قبیح است (انصاری، ۱۴۰۴: ۲۱۳) و باید چنین موردی را بر نسخ حمل کرد نه تخصیص تا اشکال مزبور برطرف گردد، زیرا چنین نوع سخن گفتن قبیح و مستهجن و برخلاف عرف محاورات است (باقری اصل، ۱۴۰۰ الف: ۴۳؛ محمدی، ۱۳۸۴: ۹۹).

به نظر می‌رسد قبیح سخن مزبور تنها شامل موارد تخصیص تمام موارد عام است و موارد تخصیص اکثر را دربر نمی‌گیرد، از این رو باید بین تخصیص اکثر و بین شمولیت تخصیص بر تمام موارد عام تفکیک قائل شد و نسخ را در تخصیص تمام موارد عام پذیرفت، ولی نسخ را در مورد تخصیص اکثر رد کرد.

بهترین دلیل ادعای مزبور، عدم وقوع تخصیص تمام موارد عام و وقوع تخصیص اکثر در سنت قانونگذار است و توضیح این مسئله در دو مثال به شرح ادامه بحث قابل ملاحظه است: مثال شمولیت تخصیص بر تمام موارد عام در دستور رئیسی تحقق دارد که ابتدا دستور بر ماندن همه کارکنان در روز جمعه بر محل کار و انجام مأموریت محوله می‌دهد و سپس یکی یکی همه آنان را استثنا می‌کند. چنین روشی در قانونگذاری و محاورات عرفی مرسوم نیست؛ مثال تخصیص اکثر در خصوص ماده ۱۳۹ ق.م.بیان شده است؛ به این توضیح که حکم عام این ماده در عبارت: «... کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری، چاه یا قنات بکند» تخصیص اکثر خورده و مقرر شده است: «ولی تصرفاتی که موجب ضرر نشود، جایز است». با کمی دقت مشخص می‌شود که تصرفاتی که موجب تضرر نشود، بیشتر از تصرفاتی است که به صاحب حریم ضرر وارد می‌کند؛ به این بیان که بیشتر تصرفات، منافاتی با آنچه مقصود از حریم است ندارد (خطیبی قمی، ۱۳۷۶: ۱۰۱). این است که گفته شده است: «اگر کسی در حریم قنات، زمین ورزش ایجاد کند یا پارک بسازد یا پارک را با آب لوله‌کشی، مشروب کند نه تنها این امر به زیان صاحب قنات نیست بلکه سودمند برای آن است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ش ۴۶۳).

#### ۴.۷. یقینی بودن عام و ظنی بودن خاص

اگر دلیل صدور عام، یقینی و دلیل صدور خاص، ظنی باشد، در این صورت، باید مسئله تعارض و دوران بین نسخ و تخصیص تلقی شود و بر تخصیص عام حمل گردد؛ به این استدلال که دلیل ظنی نمی‌تواند دلیل یقینی را در موارد تعارض آن دو، نسخ کند (انصاری، ۱۴۰۴: ۲۱۳). در حقیقت، تعارض مزبور حقیقی نیست، بلکه ظاهری است و راه‌حل آن تقدم تخصیص بر نسخ است (باقری اصل، ۱۴۰۰: ب ۳۴۳-۳۵۰).

توضیح مسئله مزبور چنین است که تعارض دلالت چند دلیل نسبت به یکدیگر یا واقعی است و یا ظاهری.

هر گاه دو یا چند دلیل متعارض (و دارای دلالت مساوی) در برابر یکدیگر قرار گیرند، به طوری که ۱. نتوان آنها را با حمل عام بر خاص جمع عرفی کرد؛ ۲. یا نتوان حمل مطلق بر مقید جمع عرفی کرد؛ ۳. یا یکی بر دیگری حاکم نباشد؛ ۴. یا یکی بر دیگری وارد نباشد؛ ۵. یا یکی بر دیگری تخصیص نباشد؛ ۶. یا یکی بر دیگری تخصیص نداشته باشد؛ در این صورت، تعارض حقیقی تحقق یافته است (باقری اصل، ۱۴۰۰: الف ۲۲۵).

راه‌حل حکم تعارض واقعی، برابر دلالت عقلی، تساقط چند دلیل متعارض از حجیت و اعتبار از استناد است؛ به این توضیح که اگر چند دلیل تعارض واقعی داشته باشند، باهم

تعارض نموده و از اعتبار استناد تساقط می‌کنند و برابر دلالت شرعی یکی از سه حکم در چند دلیل متعارض واقعی جریان دارد: ۱. تخییر، ۲. احتیاط در صورت امکان و تخییر در صورت عدم امکان احتیاط، ۳. توقف از فتوا در مقام نظر و عمل کردن به احتیاط در مقام عمل (باقری اصل، ۱۴۰۰ الف: ۲۲۵).

نمونه تعارض واقعی دو دلیل در دو اقرار ماده ۱۲۷۳ ق.م.ت.ح. دارد. این ماده مقرر کرده است: «اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولاً، تحقق نسب برحسب عادت و قانون ممکن باشد؛ ثانیاً، کسی که به نسب او اقرار شده، تصدیق کند مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده به شرط آنکه منازعی در بین نباشد». کلمه «منازع» در ذیل این ماده به معنای این است که شخص دیگری نیز اقرار به فرزندی نسبت به همان صغیر کند و در نتیجه، هر کدام از دو اقرار با هم تعارض واقعی کرده و تساقط می‌کنند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۶: ۴۶)؛ البته اگر شخصی که به نسب او اقرار شده، اقرار مزبور را انکار کند نیز موجب تعارض واقعی (تناقض) دو اقرار خواهد شد و در نتیجه، هر کدام از دو اقرار با هم تعارض واقعی می‌نمایند و تساقط می‌کنند.

مفهوم مخالف منطوق تعریف تعارض واقعی دو دلیل با یکدیگر، تعریف برای تعارض ظاهری دو دلیل با یکدیگر نیز تلقی می‌شود، به این بیان که هر گاه دو یا چند دلیل متعارض (و دارای دلالت مساوی) در برابر یکدیگر قرار گیرند، به طوری که ۱. بتوان آنها را با حمل عام بر خاص جمع عرفی کرد؛ ۲. یا بتوان حمل مطلق بر مقید جمع عرفی کرد؛ ۳. یا یکی بر دیگری حاکم باشد؛ ۴. یا یکی بر دیگری وارد باشد؛ ۵. یا یکی بر دیگری تخصیص باشد؛ ۶. یا یکی بر دیگری تخصیص داشته باشد؛ در این صورت، تعارض ظاهری بین دو دلیل با یکدیگر تحقق یافته است (باقری اصل، ۱۴۰۰ الف: ۲۲۵).

فلسفه چنین امری آن است که غالب قوانین به صورت عام یا مطلق، وضع می‌شوند تا شامل عموم و مطلق حکم افراد خود گردند ولی در مرحله اجرای آنها، گاهی مواجه با محدودیت‌های می‌شوند که در این صورت، قانون عام و مطلق را با وضع قانون جدیدی محدود می‌کنند و به اصطلاح فنی تخصیص یا تقیید می‌زنند یا یکی بر دیگری حاکم یا وارد می‌شود. در هر کدام از این چند صورت، تعارض ظاهری بین دو دلیل با یکدیگر تحقق یافته است (باقری اصل، ۱۴۰۰ الف: ۲۲۵).

نمونه چنین تعارضی بین مواد ۵۹۰ ق.ت. و ۱۰۰۲ ق.م.ن.س. به اقامتگاه اشخاص وجود دارد؛ با این توضیح که ماده ۱۰۰۲ ق.م.ن.س. در اقامتگاه اشخاص مقرر کرده است:

«اقامتگاه هر شخصی، عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد مرکز امور او اقامتگاه محسوب است. اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود.»  
اما ماده ۵۹۰ ق.ت در اقامتگاه اشخاص حقوقی مقرر کرده است:

«اقامتگاه شخص حقوقی، محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست.»

ماده ۱۰۰۲ ق.م اقامتگاه اشخاص حقیقی را محل سکونت و مرکز مهم امور او و اقامتگاه اشخاص حقوقی را مرکز عملیات آنها اعلام کرده، ولی ماده ۵۹۰ ق.ت اقامتگاه اشخاص حقوقی را محل اداره آنها اعلام کرده و در نتیجه، برای اقامتگاه اشخاص حقوقی دو اقامتگاه متعارض اعلام شده است.

بررسی این دو ماده نشان می‌دهد که تعارض بین مواد ۵۹۰ ق.ت و ۱۰۰۲ ق.م از نوع تعارض ظاهری بین دو دلیل در اصول فقه است، از این رو راه حل تعارض این دو ماده با استناد به روش‌ها و شیوه‌های خاص علم اصول فقه در ایجاد راه حل تعارض بین دو دلیل ظاهری نسبت به دو ماده مزبور به این توضیح است.

حقوقدانان، به تبع از روش‌های حل تعارض اصول فقه، در خصوص تعارض این دو ماده، چندین راه حل ارائه داده‌اند:

بعضی ماده ۱۰۰۲ ق.م را با استناد به روش ناسخ و منسوخ اصول فقه، ناسخ ماده ۵۹۰ ق.ت دانسته‌اند؛ به این استدلال که تصویب ماده ۱۰۲۲ ق.م مؤخر است (شایگان، ۱۴۰۰، ج ۱: ۳۴۸-۳۴۹؛ سلجوقی، ۱۳۷۶، ج ۱: ۱۸۲) و مطابق علم اصول فقه، اگر ماده عام قبلی مورد عمل باشد، ماده مؤخر التصویب آن را نسخ می‌کند تا موجب تأخیر بیان از زمان عمل نباشد.

برخی عقیده دارند که ماده ۵۹۰ ق.ت ناظر بر اقامتگاه اداری و ماده ۱۰۰۲ ق.م ناظر بر اقامتگاه مدنی است (نصیری، ۱۳۸۱: ۱۲۳). این نظریه بر اساس تحلیل لفظی مبحث اصول فقه در لفظ اقامتگاه به عمل آمده و لفظ اقامتگاه را مشترک لفظی بین اقامتگاه اداری و اقامتگاه مدنی گرفته و به شرح مزبور تفسیر کرده است.

اما بعضی محققان، واژگان «محل اداری» و «مرکز عملیات» را بر اساس مبحث لفظی مترادف علم اصول فقه، مترادف اعلام نموده و تعارض بین این دو ماده را نپذیرفته‌اند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۲۶۱؛ دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۳: ۹۴۴).

هرچند هر دو راه حل اخیر از طریق تحلیل لفظی به راه حل مشکل رسیده‌اند و از این حیث، بر راه حل نخست، ترجیح دارند؛ به این استدلال که در تعارض و دوران امر بین نسخ عام و تخصیص عام، تخصیص عام بر نسخ عام، مقدم است، ولی ادعای اشتراک لفظی دو لفظ نیز مانند ادعای مترادف لفظی دو لفظ نیاز به ارائه دلیل اضافی دارد.



با این وصف، به نظر می‌رسد نظریه اخیر بیشتر با مبانی حقوقی سازگارتر است؛ به این استدلال که تفریق بین اقامتگاه اشخاص برخلاف اصل در اقامتگاه واحد اشخاص است، اما تشابه اقامتگاه اشخاص مطابق اصل در اقامتگاه واحد اشخاص است و از این حیث، تحلیل ترادف لفظی بر تحلیل اشتراک لفظی ترجیح دارد و نظریه سوم مورد تأیید است.

## ۵. نتیجه و پیشنهاد

تحقیق در پاسخ این پرسش اصلی که: «چگونه نسخ از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی و تخصیص تشخیص داده می‌شود؟» به این نتیجه رسید که هشت ملاک تشخیص نسخ ضمنی از تخصیص در دوران امر بین نسخ ضمنی و تخصیص به بیان است:

۱. در دوران بین نسخ ضمنی و تخصیص عام، تخصیص بر نسخ اولویت دارد؛
۲. اگر در موردی پیش از عمل به دلیل اول، دلیل و حکم جدیدی برسد، این مورد تخصیص خواهد بود و اگر بعد از عمل برسد، ناسخ است؛
۳. نسخ، «حکم» را بردارد اما تخصیص تنها عموم حکم را به بعض افراد موضوع محدود می‌سازد و گاهی این عمل با نفی حکم به لسان نفی موضوع انجام می‌گیرد که بدان تخصیص یا خروج موضوعی گویند؛
۴. همیشه ناسخ از منسوخ منفصل است و اگر متصل باشند، از مثال عام و خاص خواهد بود نه ناسخ و منسوخ؛
۵. نسخ استمرار زمانی حکم را برمی‌دارد، اما تخصیص مراد استعمالی قانونگذار را به مراد جدی او تغییر می‌دهد؛
۶. هرچند تخصیص قانون عام با دلالت عقلی و عرفی نیز میسر است، ولی نسخ قانون تنها از طرف مرجعی ممکن است که آن را وضع کرده است؛
۷. تحقیق حاضر بین تخصیص اکثر موارد عام و بین تخصیص تمام موارد عام فرق قائل شد و نسخ را در تخصیص تمام موارد عام پذیرفت ولی نسخ را در مورد تخصیص اکثر رد کرد؛
۸. در این تحقیق اثبات شد که اگر دلیل صدور عام، یقینی و دلیل صدور خاص، ظنی باشد؛ در این صورت، باید دوران بین نسخ و تخصیص بر تخصیص عام حمل شود.

بنابراین ملاکات تشخیص نسخ قانون از تخصیص عموم آن در قلمرو دوران امر بین نسخ و تخصیص به شرح یافته‌های مزبور تعیین و تنقیح خواهد شد و باید نسخ مشکوک به تخصیص مطابق این ملاکات، تعیین تکلیف و تنقیح شود.

پیشنهاد تحقیق در این خصوص آن است که، قانونگذار در زمان تدوین و تصویب قوانین با عنایت به یافته‌های این تحقیق به نسخ ضمنی نیز مانند نسخ صریح، تصریح کند تا چنین مشکلی در قوانین آتی پدید نیاید.

### بیانیه نبود تعارض منافع

نویسندگان اعلام می‌کنند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوءرفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده‌اند.

### منابع

قرآن کریم.

۱. آیین‌نامه اصلاحی مورخ ۱۳۴۴/۱۲/۱۶ قانون معادن مصوب ۱۳۳۶/۰۲/۲۱.
۲. اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۱۲/۲۷ در تاریخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۲.
۳. اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷ در مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۲.
۴. اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۶۴.
۵. امامی، سید حسن (۱۳۷۱). حقوق مدنی. دوره شش جلدی، ج یازدهم، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۶. باقری اصل، حیدر (۱۳۹۰). احکام عمومی فسخ قانونی. ج اول، تبریز: دانشگاه تبریز.
۷. باقری اصل، حیدر (۱۴۰۰ الف). مبادی علم قواعد فقه. ج اول، تهران: مجد.
۸. باقری اصل، حیدر (۱۴۰۰ ب). اصول عملی و تعارض ادله استنباط حقوق. ج اول، تهران: مجد.
۹. بیگلری، سعید و حسینی، سید مجتبی (۱۳۹۵). تفسیر اصولی قانون مدنی بر اساس آرا و اندیشه‌های بزرگان حقوق ایران. ج اول، تهران: مه‌رسا.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶ الف). حقوق اموال. ج چهارم، تهران: گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶ ب). دانشنامه حقوقی. دوره پنج جلدی، ج ششم، تهران: امیر کبیر.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶). صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق. ج دوم، تهران: گنج دانش.
۱۳. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ ق). وسائل الشیعه فی تحصیل المسائل الشریعه [وسائل]. تصحیح محمد رازی، بیروت: احیاء التراث.
۱۴. خراسانی، محمدکاظم [آخوند] (۱۴۰۹ ق). حاشیه علی فرائد الاصول. الطبعة الاولى، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۵. خراسانی، محمدکاظم [آخوند] (۱۳۶۶). کفایة الاصول. محشی ابوالحسن مشکینی، الطبعة التاسعة، تهران: کتابفروشی اسلامی.
۱۶. خطیبی قمی، سید کمال (۱۳۹۳). کاربرد اصول فقه در قانون مدنی. ج اول، تهران: دادآفرین.
۱۷. دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی و قرائی، محسن (۱۳۸۳). قانون تجارت در نظم حقوقی کنون. ج اول، تهران: خلیج فارس.
۱۸. رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور (شماره دوم مورخ ۱۳۶۰/۰۱/۲۹).
۱۹. زراعت، عباس و مسجدسرای، حمید (۱۳۹۱ ق). مبانی استنباط فقه و حقوق. ج اول، تهران: میزان.
۲۰. سلجوقی، محمود (۱۴۰۰). حقوق بین‌الملل خصوصی. ج اول، تهران: میزان.
۲۱. شایگان، سیدعلی (۱۳۷۵). حقوق مدنی. به کوشش محمدرضا بندچی، ج اول، قزوین: طه.
۲۲. شهیدی، مهدی (۱۳۹۱). ارث. ج هفتم، تهران: مجد.

۲۳. شمس، عبدالله (۱۳۸۸). *آیین دادرسی مدنی*. ج بیست و یکم، تهران: دراک.
۲۴. عاملی، حسن (۱۳۶۵). *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*. الطبعة الاولى، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۵. فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵ق). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*. قم: افست قم.
۲۶. قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی مصوب ۱۳۸۶/۰۵/۰۷.
۲۷. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات بعدی آن.
۲۸. قانون آیین دادرسی در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ ش.
۲۹. قانون اعسار و افلاس مصوب ۲۵ آبان ۱۳۱۰.
۳۰. قانون اعسار مصوب اول دی ۱۳۱۳.
۳۱. قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۰۴/۰۲.
۳۲. قانون تجارت مصوب مورخ ۱۳۱۱/۰۲/۱۳.
۳۳. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۰۹/۲۲ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۲/۰۳/۲۵ مجمع تشخیص نظام.
۳۴. قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۰۲.
۳۵. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ ش و اصلاحات بعدی آن.
۳۶. قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵/۰۹/۲۵ و اصلاحات بعدی آن.
۳۷. قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب آبان ۱۳۰۹.
۳۸. قانون معادن مصوب ۱۳۳۶/۰۲/۲۱.
۳۹. قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۰۲/۲۷.
۴۰. قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ و اصلاحات بعدی آن.
۴۱. قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۰۲/۰۷.
۴۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *حقوق خانواده*. ج ۲، ج پنجم، تهران: شرکت سهامی.
۴۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). *حقوق مدنی: دوره عقود معین*. ج ۱، ج ششم، تهران: بهمن برنا.
۴۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). *مقدمه علم حقوق*. ج یازدهم، تهران: بهمن برنا.
۴۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۵). *فلسفه حقوق*. ج ۲، ج دوم، تهران: شرکت سهامی.
۴۶. کمالی دزفولی، سید علی (۱۳۶۹). *شناخت قرآن*. ج دوم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۷. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۵). *مبانی استنباط حقوق اسلامی*. ج سوم، تهران: دانشگاه تهران.
۴۸. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۶ق). *اصول الفقه*. ج ۲، الطبعة الثانية، نجف: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۴۹. نصیری، مرتضی (۱۳۸۱). *حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوقی ایران*، ج اول، امیر کبیر: تهران.



Research Paper

## The Criteria for Distinguishing the Abrogation of the Law from Its Allocation and Its Effect on the Revision of the Laws

Heydar Bagheri Asl\* 

*Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences,  
University of Tabriz, Tabriz, Iran*

Saeedeh Bagheri Asl 

*Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Theology  
and Political Sciences, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.*

### Abstract

One of the issues of law revision is related to distinguishing abrogation (especially implied abrogation) from allocation. The present study seeks to answer the following question: how is implied abrogation distinguished from allocation? The findings of this descriptive and analytical research show that there are eight criteria for distinguishing implied abrogation from allocation:

1. In choosing between implied abrogation and allocation, allocation has priority over abrogation.
2. If a new reason arrives before acting for the first reason, this case will be allocation and if it arrives after the action, it will be abrogation.
3. Abrogation removes the sentence but allocation limits it to some people of the subject.
4. The abrogator is always separated from the abrogated and if they are connected, it will be a general and specific example, not an abrogator and abrogated.
5. Abrogation removes the time continuity of the sentence, but allocation changes the legislator's usual intention to his serious intention.
6. Although allocating the law with rational and customary reasons is possible, but abrogation is possible only by the authority that established it.

\*Corresponding Author

Received: 8 October 2022, Accepted: 30 January 2023

Email: bagheriasl@tabrizu.ac.ir

© University of Tehran

7. The present study made a difference between the allocation of most common cases and the allocation of all common cases, and accepted that abrogation in the allocation of all common cases, but rejected the abrogation in the case of the most common cases.

8. In this research, it was proved that if the reason for general issuance is certain and the reason for special issuance is suspicious, priority is by allocation.

**Keywords:** Allocation, Revision of laws, Abrogation, Implied abrogation, Explicit abrogation.

#### **Declaration of conflicting interests**

The authors declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

#### **Funding**

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.