



A Critical Study of Methods for Calculating Civil Compensation (Arsh) in Cases of Expert Disagreement, with Reference to the Opinions of Shaykh Ansārī

Mahdi Movahedi Moheb¹ | Masih Lessani²

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran. Email: movahedi@semnan.ac.ir
2. PhD Student, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran
Email: feghhosool@gmail.com

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received: 27 December 2023

Revised: 3 September 2024

Accepted: 31 December 2024

Available online 6 March 2025

Keywords:

Arsh (Compensation), Bara'ah (Discharge), Contradiction, Testimony, Shaykh Ansārī, Expert, Article 428 of the Iranian Civil Code.



ABSTRACT

If it is discovered that the item of a transaction was defective at the time of contract formation, the recipient may choose between rescinding the contract or compensation (Arsh). According to Article 428 of the Iranian Civil Code, when experts disagree on the amount of compensation, the legislator considers the average of their valuations as valid. This article, relying on the jurisprudential and foundational principles of the Civil Code, aims to examine the views of jurists and analyze their evidences. After explaining and critiquing the existing opinions-which include two prevalent methods and one less common method-it proposes the approach of “accepting the certain amount and applying the principle of Bara’ah (discharge) to the excess” as the preferred view, supported by general rules, broad narrations, critique of existing methods, and specific evidence. Conducted through a descriptive-analytical method, the study finds that accepting the prevalent opinion-requiring calculation of the average expert opinion-necessitates acceptance of the absolute validity of evidentiary presumptions (Amārāt) in cases of contradiction and adherence to the causality approach (Maslak Sababiyyat). Nonetheless, there are disputes regarding both the evidences supporting the prevalent opinion and its numerical calculation method.

Cite this article: Movahedi Moheb, M.; Lessani, M. (2025). A Critical Study of Methods for Calculating Civil Compensation (Arsh) in Cases of Expert Disagreement, with Reference to the Opinions of Shaykh Ansārī. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 261-283.

<https://doi.org/10.30513/qd.2025.6499.2450>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



مطالعه انتقادی روش‌های محاسبه ارزش مدنی در فرض اختلاف نظر کارشناسان، با نگاه به آرای شیخ انصاری

مهدی موحدی محب^۱ | مسیح لسانی^۲

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران. رایانامه:

movahedi@semnan.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران. رایانامه:

fcghhosool@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

در صورتی که معلوم شود کالای مورد معامله، هنگام انعقاد عقد، معیوب بوده است، گیرنده آن، میان فسخ عقد و گرفتن ارش، مخیر خواهد بود. قانون‌گذار مدنی، در ماده ۴۲۸، در فرضی که کارشناسان در تعیین مقدار ارش اختلاف کنند، حد وسط قیمت‌ها را معتبر دانسته است. این مقاله با تکیه بر مبانی فقهی و اصولی قانون مدنی در بحث حاضر، بر آن است تا با پژوهش در کلام فقیهان و بررسی مستندات هر یک، پس از توضیح و نقد نظرات موجود که عبارت‌اند از: دو روش مشهور و یک روش غیرمشهور، «اخذ قدر متیقن و اجرای برانت در مازاد بر آن» را با استناد به قواعد و دلایل عام، عموم روایات، نقد روش‌های موجود و نیز دلایل خاص، به‌عنوان نظر برگزیده، تبیین و اثبات نماید. در نوشتار حاضر که به روش توصیفی - تحلیلی انجام پذیرفته، در بخش ادله خاص، این نتیجه به دست آمده است که لازمه پذیرش نظر مشهور، مبنی بر لزوم محاسبه میانگین نظر کارشناسان، قبول اطلاق دلیل حجیت امارات نسبت به فرض تعارض و پذیرش مسلک سببیت است؛ ضمن آن‌که، در ادله قول مشهور و نیز روش محاسبه عددی آن هم مناقشه می‌شود.

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۱

تاریخ انتشار برخط:

۱۴۰۳/۱۲/۱۵

کلیدواژه‌ها:

ارش، برانت، تعارض، شهادت، شیخ انصاری، کارشناس، ماده ۴۲۸ قانون مدنی ایران.



استناد: موحدی محب، مهدی؛ لسانی، مسیح. (۱۴۰۴). مطالعه انتقادی روش‌های محاسبه ارزش مدنی در فرض اختلاف نظر کارشناسان، با نگاه به آرای شیخ انصاری. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۱)، ۲۶۱-۲۸۳.

<https://doi.org/10.30513/qd.2025.6499.2450>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

در صورتی که مشتری پس از معامله، به عیب مبیع هنگام انعقاد عقد پی ببرد، می‌تواند معامله را فسخ کند یا با اخذ ارش، آن را بپذیرد (مرعشی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۷؛ قانون مدنی، ماده ۴۲۲). این که آیا اخذ ارش و رد معامله، در عرض یکدیگرند یا در طول هم، مسئله‌ای دیگر است که این قلم درصدد بحث از آن نیست. اگر میان متعاملین، توافقی در خصوص تعیین ارش، حاصل نشود، به اهل خبره (در این بحث، مقوم) مراجعه می‌شود و در صورت عدم اتفاق نظر کارشناسان، برابر نظر مشهور فقها و قانون مدنی، قول همگی معتبر است، اما برابر قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۲۵۸ نظر اکثریت ملاک عمل خواهد بود. بر اساس نظر مشهور و قانون مدنی، دو روش، مطرح شده است: یکی روش مشهور (از جمله شیخ طوسی، ابن‌ادریس حلی، محقق حلی، علامه حلی و فخرالمحققین) و ماده ۴۲۸ قانون مدنی: اخذ میانگین قیمت‌های کالای سالم و کالای معیوب. دومین روش مشهور (راه‌حل شیخ انصاری و صاحب عروه): اخذ میانگین ارش‌ها. البته روش دیگری نیز از شیخ مفید و شهید اول مطرح شده است. این نوشتار با روش توصیفی - تحلیلی به دنبال این است که در قالب دو مسیر عمده (قواعد عام و دلایل خاص)، تعیین ارش را در صورت اختلاف نظر کارشناسان، بررسی کند و ضمن نقد اقوال موجود، راه‌حل جدیدی برای آن بیابد.

این مقاله پس از تعریف ارش مدنی، اقتضای قواعد عام و نیز ادله خاص در مسئله را به‌نحو ابتکاری، به بحث می‌نشیند. در بخش قواعد عام، عدم تفاوت میان این که نظر کارشناس، خبر یا شهادت دانسته شود، اثبات می‌گردد. سپس راه‌حل‌های مطرح‌شده برای محاسبه ارش در فرض مورد بحث، بررسی و نقد گردیده و در نهایت، اختلاف نظر مذکور، مصداق قاعده تساقط دلایل متعارض دانسته شده است.

در موضوع عام نوشتار حاضر (ارش)، پیش از این، چند اثر نگارش یافته‌اند، همچون «ارش؛ ماهیت، شیوه محاسبه و مسئول آن» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹)؛ «قاعده ارش و حکومت در فقه امامیه و اهل سنت» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۴)؛ «تأملی درباره ماهیت و مبنای ارش مدنی» (ایزدی و فلاح، ۱۳۹۴) و «تحلیل مبنا و ماهیت حقوقی ارش» (ابوعطا

و شمس‌اللهی، ۱۳۹۱). در دو عنوان نخست، ارش، از منظر جزایی موضوع بحث است. دو عنوان اخیر هم که آن را از دیدگاه مدنی بررسی نموده، بیشتر ناظر به ماهیت و جایگاه آن بوده و به‌طور اخص و مستقل، به فرض اختلاف کارشناسان در تقویم پرداخته است. بنابراین، وجه ابتکاری نوشتار پیش‌رو، علاوه بر متفاوت بودن حوزه اخص موضوع، آن است که با عنایت به آثار فقهی، روش‌های مختلف محاسبه ارش، نقد و بررسی شده و در نهایت، روش دیگری به‌طور مستدل ارائه گردیده است. فقها برای تعیین ارش در فرض اختلاف نظر کارشناسان راهکارهایی پیشنهاد داده‌اند که در این نوشتار بررسی و نقد شده‌اند. هیچ یک از آثار پیشین، به‌طور خاص و مبسوط، به فرض اختلاف کارشناسان، آن‌گونه که در نوشتار حاضر مطرح است، پرداخته‌اند.

۱. مفهوم ارش

ارش در لغت به معنای دیه است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۶۳؛ فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۶۱؛ فراهیدی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۱۶). جوهری آن را خصوص خون‌بهای جراحات دانسته است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۹۹۵). در تاج‌العروس آمده که واژه ارش را مردم عراق برای آنچه در جراحات واجب می‌گردد، وضع نموده‌اند (واسطی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۵۱۷). ظاهراً معنای لغوی ارش، با مفهوم مدنی آن چندان نزدیک نیست. اما در اصطلاح، مشترک لفظی بوده و گاهی در مباحث فقه و حقوق کیفری و گاه در نوشته‌های فقه و حقوق مدنی از آن یاد می‌شود. در شماری از روایات این لفظ به معنای مقدار تفاوت قیمت مبیع در دو حالت سالم و معیوب بودن به کار رفته است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۰۴) که در نوشتار حاضر همین معنا مورد نظر است. الزام به پرداخت ارش، مسئولیتی قراردادی است. مقصود از این که الزام به پرداخت ارش، در زمره مسئولیت قراردادی است، این است که به علت ضامن بودن فروشنده نسبت به سلامت مبیع، در صورت آشکار شدن عیب آن، این عهد، شکسته شده و چون تعهد ضمنی در قرارداد وجود دارد، پس ریشه ارش در قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۹۵).

حال، راه شناخت ارش چیست؟ شیخ انصاری می‌گوید: «راه شناخت ارش شناخت قیمت کالا در فرض سلامت و قیمت کالای معیوب است. این بدان خاطر است که

تفاوت میان آن دو قیمت معلوم گردد. سپس، به نسبت تفاوت مذکور، از ثمنی که به بایع داده شده، پس گرفته می‌شود. چنانچه قیمت معلوم نبود، باید به مقوم مراجعه شود» (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۲ و ۲۷۳).

تکلیف قاضی چیست؟ در حقوق موضوعه رجوع به کاردان برای تعیین ارزش، تکلیفی است بر عهده قضات (رای شماره ۱۶۶- مورخ ۸۰/۴/۱۸ شعبه ۳ دادگاه انتظامی قضات)، چه قاضی دانای مطلق نیست و برای اصدار حکم در موارد تخصصی، نیازمند رجوع به خبره است و حکم قانون مبنی بر تکلیف قاضی در ارجاع امر به نظر کارشناس، ارشاد به حکم عقل است. رجوع به مقوم به سه صورت محتمل است:

۱. مبيع در بازار موجود است و قیمت در نزد آنان معلوم، اما بایع و مشتری به آن جاهل. در این صورت، اگر فردی از قیمت مبيع خبر دهد، از باب گواهی است، زیرا خبر دادن از یک امر محسوس خارجی می‌باشد. در نتیجه، در این صورت، خبره بودن کارشناس، مطرح نیست، بلکه از آن‌جا که داخل در باب گواهی است، برای مشخص شدن قیمت تعدد شاهد، معتبر است، مگر آن که قائل به حجیت خبر واحد در موضوعات شویم. شیخ انصاری قائل به چنین حجیتی نیست (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۶۴).

۲. مبيع در بازار موجود نیست و طبعاً قیمت بازاری ندارد. در این فرض، نیاز به کارشناس (مقوم) هست. در این صورت، نظر کارشناس از جهت خبریت، حجت است.

۳. فروشنده و مشتری به قیمت مبيع آگاه‌اند، اما در خصوص تطبیق قیمت بر مبيع توافق ندارند. در این فرض نیز به کارشناس نیاز هست، که البته نظر وی از جهت خبریت، حجت است. در نتیجه، در دو صورت اخیر، میزان، نظر کارشناس است و داخل در باب شهادت هم نیست، چه گواهی خبر دادن مبتنی بر حس است، حال آن‌که نظر کارشناس، خبر دادن بر اساس حدس می‌باشد. از این رو، نظر کارشناس که خبره در قیمت‌گذاری است، برای رسیدن به واقع، معتبر است. شیخ انصاری حکمت داخل نبودن فرض دوم و سوم را در باب شهادت چنین بیان می‌کند: «یا در صورت شرط بودن تعدد، حرج لازم می‌آید، یا به دلیل معتبر بودن ظن در امثال این مورد (چیزهایی که باب علم در آن بسته است، و از کنار گذاشتن قول واحد عادل و اخذ به اقل، به دلیل برائت ذمه بایع، در بیشتر موارد، تصبیح حق مشتری لازم می‌آید)» (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳). بنابراین هرچند

آیات و روایات، بر حجیت خبر واحد، دلالت دارند، اما از آن‌جا که این مورد، از مسائلی است که ملاک در آن، سیره عقلاست، آیات و روایات نیز ارشادی خواهند بود، و این سیره اعم است از حجیت خبر واحد در احکام و در موضوعات. در فرضی هم که شناخت قیمت حاصل نگردد، شیخ انصاری می‌گوید: «اگر شناخت قیمت به دلیل نبود اهل خبره و یا توقف ایشان امکان‌پذیر نباشد، در مورد کافی بودن ظن یا اخذ به اقل، دو وجه وجود دارد» (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳).

۱-۱. قواعد و دلایل عام برای تعیین ارش

به گفته شیخ انصاری، بر اساس یک احتمال، قیمت اقل، ارش خواهد بود. سپس شیخ یک وجه ضعیف را بیان می‌کند و این که در چنین شرایطی باید قیمت اکثر اخذ گردد: «احتمال ضعیف این است که اکثر اخذ شود، زیرا تدارک عیب تنها با اخذ اکثر دانسته می‌شود» (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳). در این فرض، با پرداخت قیمت اقل، براءت ذمه مشکوک است. بنابراین به حکم اصل احتیاط، باید قیمت اکثر پرداخت شود.

این احتمال، همان‌گونه که شیخ نیز آن را ضعیف می‌داند، مردود است، چرا که اولاً اصل احتیاط در اقل و اکثر ارتباطی جریان می‌یابد نه استقلالی، حال آن‌که بحث ما یعنی اختلاف نظر کارشناسان قیمت‌گذاری، اقل و اکثر استقلالی است. ثانیاً در اقل و اکثر ارتباطی نیز جریان احتیاط مورد اجماع نیست و بزرگانی قائل به اجرای براءت‌اند. پس براءت اولین و مهم‌ترین قاعده عام در بحث حاضر است که دوران میان اقل و اکثر استقلالی است.

۲-۱. براءت در دوران میان اقل و اکثر استقلالی

از آن‌جا که این نوشتار با محوریت آرای شیخ است، کلامی از ایشان را نقل و نقد می‌نماییم. شیخ انصاری می‌نویسد: «وَإِذَا لَمْ تَكُنِ الْقِيَمَةُ مَعْلُومَةً فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّجُوعِ إِلَى الْعَارِفِ بِهَا» (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۲ و ۲۷۳).

اشکال این سخن آن است که در بحث حاضر، آنچه بایسته است، پرداخت ارش از سوی فروشنده است و ارش بنابه فرض، برسر دوراهی میان اقل و اکثر استقلالی و فی‌الجمله، معلوم است. بنابراین با پرداخت اقل ارش از سوی بایع، بیع لازم می‌شود، و

از آن‌جا که این شبهه، شبهه موضوعیه است، محتاج بررسی نیست.

اشکال و پاسخ: اگر اشکال شود که در صورت عدم بررسی، ممکن است میزان واقعی ارش، بیش از اقل باشد، در پاسخ می‌توان گفت: خریدار می‌تواند اعتراض کند و اکثر را مطالبه نماید، که البته پس از اثبات ادعایش به حقش می‌رسد. حکمت آن نیز این است که ارش، یک غرامت موجود در شرع است و غرامت، تنها بامطالبه خواهان به دست می‌آید، وگرنه بایع ابتدائاً نسبت به اکثر، بری‌الذمه محسوب می‌گردد (این که خریدار استحقاق دریافت اکثر را دارد یا ندارد، بحثی ثبوتی است، حال آن که بحث حاضر، بحثی اثباتی است. بحث در این نیست که حق خریدار به چه چیز تعلق گرفته است، بحث در این است که در مقام اثبات و در فرض اختلاف نظر مقومین، تکلیف چیست). شیخ انصاری می‌گوید: «گاهی از قیمت متعارف معلوم معین در نزد مردم شهر یا اهل خبره در مورد این مبیع یا مثل آن از نظر صفات مورد نظر، در آن شهر خبر داده می‌شود» (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳). ایراد این مطلب آن است که تفاوت میان شهادت و اخبار باید از مبنا اثبات شده باشد. ثمره نزاع در جایی مشخص می‌شود که آثار تبعی بر هر یک از اخبار و شهادت، متفاوت باشد، حال آن که از نگاه نگارندگان، این دو، تفاوت مهمی در بحث حاضر ندارند.

۳-۱. عموم روایات

با لحاظ این که تعیین ارش در زمره موضوعات است، احتیاجی به تعدد شهود نیست. از این رو شیخ انصاری قائل است که اخبار از قیمت بازار، داخل در باب شهادت می‌باشد، که محتاج خبر دو ثقه است. به نظر می‌رسد که در صورت قول به حجیت خبر واحد در موضوعات، اخبار از قیمت توسط یک کارشناس برای تعیین ارش کافی است، وگرنه همسو با دیدگاه شیخ انصاری، ثابت شدن ارش محتاج اخبار دو نفر است. به نظر می‌رسد در روایت مسعدة بن صدقة، استبانه (واضح شدن) و بینه، تقابل دارند و از آن‌جا که استبانه در ردیف بینه آمده است و نیز امام (ع) در مقام بیان راه‌های اثبات خلاف است، بنابراین، چون از خبر واحد در این روایت یاد نشده است، در موضوعات، حجت نخواهد بود. بر همین اساس معتقدند که روایات، مانع پذیرش دلالت مورد نظر در بنای عقلا و آیه نبأ

می‌باشد (روایات بر بنای عقلا مقدم شده و مقید اطلاق آیه نبأ است).

۱-۳-۱. روایت مسعدة بن صدقة

عَلَى بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: كُلُّ شَيْءٍ هُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بِعَيْنِهِ فَتَدَعَهُ مِنْ قَبْلِ نَفْسِكَ وَذَلِكَ مِثْلُ النَّوْبِ يَكُونُ قَدْ اشْتَرَيْتَهُ وَهُوَ سَرِقَةٌ أَوْ الْمَمْلُوكُ عِنْدَكَ وَلَعَلَّهُ حُرٌّ قَدْ بَاعَ نَفْسَهُ أَوْ خُدَعٌ فَبِيعَ أَوْ قَهْرٌ أَوْ امْرَأَةٌ تَحْتَكَ وَهِيَ أُخْتُكَ أَوْ رَضِيعَتُكَ وَالْأَشْيَاءُ كُلُّهَا عَلَى هَذَا حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ غَيْرُ ذَلِكَ أَوْ تَقُومَ بِهِ الْبَيِّنَةُ (كلینی، ۱۳۹۴، ج ۶، ص ۷۱).

۱-۱-۳-۱. بررسی سندی

روایت در زمره ثلاثیات^۱ شیخ کلینی است و کم‌ترین واسطه میان وی و امام (ع) موجود است. با بررسی عبارات رجالیان، هیچ ویژگی منفی از مسعدة بن صدقه به ما نرسیده، درحالی‌که شخصی نامدار بوده، می‌توان نتیجه گرفت که ثقة بوده است. هارون بن مسلم را نیز نجاشی و خویی ثقة دانسته‌اند (خویی، بی‌تا، ج ۲۰، ص ۲۵۲). علی بن ابراهیم نیز شخصیت معتبری است (خامنه‌ای، ۱۳۹۶، ص ۳۱۰). لذا سند روایت فاقد خدشه است.

۱-۳-۱-۲. بررسی دلالتی

عبارت «حرامٌ بعینه» و همچنین «حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ غَيْرُ ذَلِكَ» به این معناست که به تفصیل بدانیم فلان چیز حرام است. عبارت «حَتَّى تَقُومَ بِهِ الْبَيِّنَةُ» نیز بیانگر این است که دو عادل به آن موضوع، گواهی بدهند. بنابراین، حجیت خبر واحد در موضوعات، مستلزم لغویت بینه است، چه پیش از آن که بینه اقامه گردد، خبر واحد، محقق می‌شود. بر این اساس، اگر شارع برای اثبات موضوعی، اقامه بینه را لازم دانسته، دیگر خبر واحد، قابلیت حجیت در آن را نخواهد داشت. ضمن آن که این روایت، اختصاص به باب منازعات و ترافعات هم ندارد.

باید گفت: حدیث مورد بحث از امام صادق (ع) است و واژه بینه در آن زمان، در معنای اصطلاحی (شهادت دو مرد عادل یا حسب مورد، زنان) استعمال شده و یک لفظ

۱. روایاتی که نویسنده به جهت نزدیکی زمانی با نویسندگان اصول، توانسته روایاتی را با واسطه‌های کمتر نقل کند. از همین رو، بخشی از روایات کافی با سه واسطه نقل شده که به «ثلاثیات» معروف است.

منقول است.

۱-۳-۲. روایت عبدالله بن سلیمان

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْكُوفِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ التَّهْدِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ أَبَانَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي الْجُبْنِ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى يَجِيئَكَ شَاهِدَانِ يَشْهَدَانِ عِنْدَكَ أَنَّ فِيهِ مَيْتَةً (كلینی، ۱۳۹۴، ج ۸، ص ۱۶۱).

۱-۳-۲-۱. بررسی سندی

تمامی روات به استثنای ابان بن عبدالرحمن، ثقه‌اند (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۳۴۵). ابان بن عبدالرحمن مجهول است (مماقانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۱۱۸).

۱-۳-۲-۲. بررسی دلالی

عبارت کلیدی روایت در جمله «حَتَّى يَجِيئَكَ شَاهِدَانِ يَشْهَدَانِ» می‌باشد. این عبارت بدین معناست که برای اثبات موضوعات، نیازمند دو گواهییم. ازاین‌رو، باید گفت: برای اثبات موضوعات، اقامهٔ بینة، ضروری است، اگرچه استناد به این روایت به دلیل ضعف سند آن، منتفی است. البته مادهٔ آغازین تولید پنیر، ماده‌ای بوده در داخل شیردان چهارپای مردار. خود این ماده، مردار به شمار نیامده است و ازاین‌رو نجس نیست، همان‌گونه که شیر در پستان و مشک در بدن آهو همین‌گونه است. این مواد از اساس دارای حیات نیستند. نهایت این که آنچه به شیردان چهارپا متصل است جدا شود و موادی که به شیردان متصل نیست، پاک و مباح است. بنابراین، این حدیث هم سنداً و هم دلالاً نمی‌تواند در این بحث مورد استناد باشد.

۱-۳-۳. روایت حلبی

محمد بن یعقوب از علی بن ابراهیم از پدرش و از محمد بن یحیی از احمد بن محمد همگی از ابن‌ابی عمیر از حماد بن عثمان از حلبی از امام صادق (ع) که علی (ع) می‌فرمود: در مورد هلال، فقط شهادت دو مرد عادل را اجازه می‌دهم (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۰، ص ۲۸۶).

۱-۳-۳-۱. بررسی سندی

این روایت را حر عاملی از کلینی با دو سند صحیح، از ابن ابی عمیر و او از حماد بن عثمان روایت کرده است. از این رو، حدیث صحیح است.

نکته قابل ذکر این که این روایت، مؤید فرضیه این نوشتار هست، اما قابلیت دلیل بودن برای آن را ندارد، چه موضوع روایت، هلال ماه است و نمی‌توان با اطمینان گفت که تعیین ارش نیز همین گونه است. بنابراین، در این جهت، دیدگاه شیخ انصاری شایسته پذیرش است و به باور صاحبان این قلم، اخبار یک کارشناس از قیمت، در صورتی که مبتنی بر حس باشد، شایستگی اثبات قیمت را ندارد، بلکه باید بیش از یک مخبر باشد، زیرا از جمله موضوعات است. اما در فرضی که گواهی، حدسی باشد، بدین معنا که مخبر، خبره و کارشناسی کاربرد است و نظر کارشناسانه خویش را ارائه می‌دهد، چنین اخباری آثار شرعی از جمله اثبات ارش را در پی خواهد داشت و نیازی به تعدد نیست.

به باور صاحبان این قلم، بهترین راه حل در فرض اختلاف نظر کارشناسان تعیین ارش، اخذ به قدر متیقن و اجرای برائت در مازاد از آن است و در ادامه، بررسی می‌شود که قدری تفاوت با نظر شیخ دارد.

۲. روش‌های مطرح شده در فرض اختلاف مقومین در برآورد ارش و نقد آن‌ها

اگر کارشناسانی که از نظر میزان مهارت متفاوت‌اند دیدگاه یکسانی در تقویم نداشتند، نظر مقوم خبره‌تر ترجیح دارد (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۵۴۷). در فرض برابری کارشناسان از نظر خبرویت، در مقام بیان راه حل، وجوهی مطرح شده است که در ادامه، نقل و مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

اخذ اقل: اخذ اقل و جریان برائت نسبت به اکثر (از درس خارج آیت الله العظمی شبیری زنجانی در تاریخ ۱۷ آبان ماه سال ۸۴، برمی‌آید که ایشان قائل به این نظرند).

نقد: چنین راه حلی مناسب فرض مورد بحث نیست، زیرا دیدگاه کارشناس، بینه است و بینه، اماره، حال آن که اصل برائت اصلی عملی است و اصل، قابلیت اثبات اماره را ندارد. در جایی که اماره هست، اساساً نوبت به اصل نمی‌رسد. همچنین اصل عملی قابلیت مرجع بودن برای اماره را ندارد (خراسانی، ۱۴۴۲، ج ۲، ص ۳۱۷). برای نمونه، اگر دو

اماره تعارض کنند و یکی بگوید فلان کار واجب است و دیگری آن را واجب نداند، اصل برائت نیز با واجب نبودن موافق است. اکنون آیا با استناد به اصل برائت یا استصحاب و مانند آن می‌توان یکی از متعارضان را بر دیگری ترجیح داد؟ این دو اساساً در عرض هم نیستند، بلکه در طول یکدیگرند، بدین معنا که تا هنگامی که اماره هست، نوبت به اصل نمی‌رسد. بنابراین ترجیح اقل، به واسطهٔ مرجح اصل (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳) قابل درک نیست. از این رو شیخ انصاری پس از توضیح این روش، می‌نویسد: «إِنَّ الْأَصُولَ الظَّاهِرِيَّةَ لَا تَصِيرُ مَرَجَّةً لِلْأَدَلَّةِ الاجْتِهَادِيَّةِ» (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳).

اخذ اکثر، زیرا اکثر اثبات‌کننده است و نسبت به اقل، که نافی است، مقدم. بینة اقل، همان‌گونه که مثبت اقل است، نافی اکثر هم هست، اما بینة اکثر، مثبت اکثر است و برابر قاعده، بینة مثبت، بر بینة نافی مقدم است (سبحانی، ۱۴۱۸، ص ۳۸). بینة اکثر، یقیناً مثبت است، زیرا اقل نیز در ضمن اکثر موجود است (چون که صد آمد، ...). بنابراین، هم اثبات‌کننده اقل، در ضمن اکثر است و هم مثبت اکثر.

نقد: عمل بر طبق اکثر خالی از اشکال نیست، چه در این مسئله یکی از دو کارشناس، تنها مدعی اقل است. بنابراین، نظریهٔ دو کارشناس، متعارض است و باید به باب تراجیح رجوع نمود و برابر قاعده، متعارضان تساقط می‌کنند. البته اگر مرجحی در میان باشد، ترجیح بمرجح، اجرا می‌گردد. اصل احتیاط نیز قابلیت مرجح بودن برای اماره را ندارد، چه دلیلی بر مرجح بودن اصل عملی، در مقام متعارض بودن دو اماره، وجود ندارد. ترجیح مانند حجیت نیازمند دلیل است و برای مرجحیت مرجحات خارج از اماره، دلیلی در دست نیست.

قرعه: از آن‌جا که قرعه برای هر امر مشکلی است (فاضل مقداد، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۲۹-۲۸) و مورد نزاع هم امری مشکل، قرعه انداخته می‌شود.

نقد: عمل بر اساس قرعه پذیرفته نیست، چه محل اجرای قرعه اموری است که به دلیل دست نیافتن به ادلهٔ واقعی و ظاهری، مشکل، بر آن صادق است. در واقع، موضوع قرعه امر مشکل است و این به معنای نبود هر راه‌حلی برای برون‌رفت از آن است، درحالی‌که مسئلهٔ مورد بحث، چنین نیست، زیرا درست است که به واقع دسترسی نداریم، اما دلیل ظاهری به‌عنوان یک راه‌حل موجود است. ضمن آن‌که قاعدهٔ «الجمع» هم

حاکم بر دلیل قرعه است و مشکل را حل می‌کند (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳). علاوه بر این، به نظر می‌رسد روایات مربوط به قرعه، پیرامون دو خواسته در منازعات است، اما در مسئله مورد بحث، یک خواسته مطرح است. بنابراین، عمل بر طبق قرعه نیز مردود است. احادیث عمل به قرعه، پیرامون فرضی است که دو یا چند شخص، خواهان اثبات چیزی (مثل ابوت، مالکیت، زوجیت) هستند و هیچ یک بینه‌ای برای اثبات خواسته خویش ندارد، حال آن‌که فرض بحث دو یا چند خواسته مبنی بر علقه به چیزی در عالم خارج نیست، بلکه دو یا چند دیدگاه بر اساس حدس و اجتهاد خبره است.

صلح: این که دو طرف با یکدیگر صلح کنند، زیرا هر یک به نظر کارشناسی استناد دارد که شرعاً حجت است و از سویی، جای سوگند هم نیست، زیرا فروشنده و خریدار، علم به قیمت ندارند. بنابراین، صلح تعیین دارد. خداوند هم صلح را ستوده است: ﴿إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ (بقره / ۲۲۰). در روایات وارد شده است که «الْصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۵۹). به طور کلی، مصالحه امری نیکوست. روش برگزیده حضرت امام نیز همین روش است (خمنی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۵۳۰).

نقد: پذیرفتنی است که مصالحه خوب است و چه‌بسا قابلیت رفع نزاع را هم دارد، اما بحث حاضر وجوب مشخص شدن ارش در مسئله است و این مقام به دنبال کشف اقتضای اصول و قواعد در مسئله است، وگرنه پر واضح است که راه مصالحه در امور حقوقی همواره باز است.

اختیار دادرس: در اخذ به اقل و اکثر، دادرس اختیار دارد، زیرا ترجیح یکی بر دیگری بلامرجح است و امکان جمع هم نیست. البته این امر در موارد بسیاری از ق.م.ا. همچون مواد ۴۰۴، ۴۰۸، ۴۱۳، ۴۱۷ به چشم می‌خورد (صادقی، ۱۳۷۶، ص ۲۵۴؛ حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹، ص ۱۹). در فقه عامه نیز مالک بن انس چنین دیدگاهی دارد (اصبحی، ۱۴۱۹، ج ۳۹، ص ۳۲۴).

نقد: اختیار نمودن احد متعارضین در باب ترجیح، درست نمی‌نماید، بلکه قاعده ابتدایی، تساقط و در صورت عدم تکافؤ و وجود مرجح، ترجیح است (گلپایگانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۳۷). همچنین قائلان به تخییر نیز در مطلق امارات معتقد به تخییر نیستند، بلکه نوع ویژه‌ای از امارات (امارات ظاهراً متعارض) را دارای چنین قابلیت می‌دانند (بجنوردی، ۱۴۱۹،

ج ۲، ص ۲۱۲)، درحالی‌که در مسئله مورد بحث، با نظر دو کارشناس (که هر دو، بینه است) مواجهیم که واقعاً متعارض‌اند و به حکم قاعده ابتدایی باید متساقط گردند و تخییری در کار نیست. بنابراین در جایی که امارات در تعارض‌اند و یا اصول عملی، تعارض دارند، دیدگاه مشهور فقها تساقط است. بنابراین امکان اختیار میان اقل و اکثر وجود ندارد.

جمع (عمل به دیدگاه هر دو کارشناس): بدین معنا که نصف اقل و نصف اکثر، با هم جمع گردد، سپس به نسبت قیمت سالم و معیّب، ارزش محاسبه شود (روش مشهور). تبیین این روش: آن‌که نصف اقل و نصف اکثر را اخذ نموده، نسبت کالای سالم به کالای معیّب، اخذ و سپس ارزش، به همان نسبت، محاسبه شود. حکمت این روش نیز آن است که عمل به نظر هر دو کارشناس به نحو استقلال، غیرممکن است. بنابراین، راه حل این است که نیمی از نظر هر یک از کارشناسان اخذ شود و در واقع، میان نظرات جمع گردد و این حکم را در فرض تعدد کارشناسان نیز جاری می‌دانند. شیخ انصاری می‌گوید: «لَكِنَّ الْأَقْوَى مِنَ الْكُلِّ مَا عَلَيْهِ الْمُعْظَمُ بِوُجُوبِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ» (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳). فقهای زیادی بر این نظرنند (مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۹۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۲۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۳۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۷۴؛ علامه حلی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۱۱۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۳۶۸؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۸۸). در بیان توجیه و مدلل نمودن این روش، مواردی بیان شده است، از جمله:

الف. قاعده «الجمعُ مهمّا أمکنَ أُولی». با این روش، به قاعده «الجمعُ مهمّا أمکنَ أُولی» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۳۱) عمل نموده و میان نظر کارشناسان جمع کرده‌ایم. شیخ انصاری می‌گوید: «جمع میان دو دلیل، هر جا که امکان‌پذیر باشد، نسبت به ترک دلیل تقدم دارد» (انصاری، ۱۳۷۵، ج ۴، ص ۱۹). صاحب فصول می‌نویسد: «اگر دو خبر معتبر تعارض کنند، در صورتی که جمع بین آن دو، ممکن باشد، به گونه‌ای که یکی بر دیگری حمل شود و عرف به آن جمع اعتبار دهد، بر دیگر مراتب ترجیح برتری دارد (حائری، ۱۴۰۴، ص ۴۴۰؛ مظفر، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۹۸). همچنین بنابه نقل شیخ، ابن‌ابی‌جمهور هم بر این قاعده، ادعای اجماع کرده است (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۴، ص ۱۹).

ب. اگر منظور از جمع (در روش مشهور)، جمع موارد مالی و یا جمع حقیق است و بنای عقلا نیز بر آن قائم و شارع نیز آن را ردع نکرده باشد (با فرض این‌که دو خبر از

شخص واحد نیست)، می‌توان در بحث حاضر، جمع عرفی نمود. در این فرض، قاعده «الجمع» برای رعایت عدالت است که مال یا حق مالی که هر یک از دو مدعی، خواهان آن است، از حیث این که مقدمه است، به دو نیم تقسیم می‌گردد تا به این وسیله دست کم نصف مال به مالک واقعی آن برسد. سکونی روایت نموده است: «از امام صادق(ع) از پدرش(ع) در مورد دو نفر که نفر اول یک دینار و نفر دوم دو دینار به شخص ثالثی سپرده‌اند و سپس یک دینار نامعین، از مجموع سه دینار تلف شد، فرمود: به صاحب دو دینار یک دینار داده می‌شود و آن یک دینار دیگر را دو نیم می‌کنند (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۳). امام علی(ع) نیز در موردی مشابه، همین‌گونه قضاوت فرمود (صدوق، ۱۴۱۵، ص ۳۹۸). بنابراین، در مورد ارش نیز باید به همین روش عمل شود.

طریقه محاسبه بر مبنای این روش: بر اساس نظر مشهور (اخذ میانگین)، از دو راه می‌توان ارش را محاسبه کرد:

الف. راه نخست: دو قیمت کالای سالم با هم جمع شود، سپس بر دو تقسیم گردد. دو قیمت کالای معیوب نیز با هم جمع شود و بر دو تقسیم گردد. دو عدد به دست آمده، از یکدیگر کم گردد. اکنون نسبتی را که حاصل می‌شود (نسبت رقم نهایی در برابر حاصل جمع دو قیمت سالم تقسیم بر دو) به عنوان ارش قرار می‌دهیم.

ب. راه دوم: دو قیمت سالم با هم جمع شود، دو قیمت معیوب نیز با هم جمع شود. حاصل جمع دو قیمت معیوب، از حاصل جمع دو قیمت سالم، کم می‌شود. رقم به دست آمده را با مجموع دو قیمت سالم تناسب می‌گیریم. البته هر چه در نسبت میان قیمت کالای سالم و کالای معیوب، در نظر کارشناسان، مخرج کسر بیشتر شود، ارش کمتر خواهد شد، اگرچه مطابق راه نخست، ضریب کمتر شدن ارش بیش از راه دوم است.

نقد: در این خصوص، مواردی به نظر می‌رسد: اولاً چنین جمعی مقبول نیست، زیرا گذشته از این که مستلزم مخالفت قطعی است، قاعده «الجمع»، در جمع عرفی و مقبول جریان دارد، درحالی که در مسئله حاضر، جمع تبرعی صورت پذیرفته است. جمع عرفی عبارت است از جمع دلالتی بین دو دلیل به ظاهر متعارض، بر اساس قواعد عرفی، درحالی که نظر متعارض دو کارشناس، نه تنها ظاهراً بلکه واقعاً در تعارض‌اند. به علاوه، در

جمع عرفی، یکی از دو دلیل، قرینه و یا در حکم قرینه برای دیگری است، مانند عام و خاص که تعارض ظاهری آن دو، با حمل عام بر خاص و قرینه گرفتن خاص برای عام رفع می‌شود (اراکي، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۱۹)، حال آن‌که هیچ یک از نظرات متفاوت کارشناسان، برای دیگری قرینه نیست. ضمن آن‌که اگر مراد از این قاعده، مطلق جمع بود (نه فقط جمع عرفی)، دیگر هیچ تعارض مستقری باقی نمی‌ماند. از سوی دیگر، روش جمع میان نظرات کارشناسان، از نوع جمع تبرعی است نه عرفی. نظر دو کارشناس واقعاً یکدیگر را تکذیب می‌کند، نه این‌که تکاذب صرفاً بدوی باشد و با حمل یکی بر دیگری بتوان از آن رهایی یافت. ثانیاً در فرضی جمع درست است که دو خبر، از یک گوینده یا در حکم آن باشد، مانند معصومان (ع) که نور واحدند: «خَلَقْنَا وَاحِدٌ وَعَلَمْنَا وَاحِدٌ وَفَضَلْنَا وَاحِدٌ وَكُنَّا وَاحِدٌ عِنْدَ اللَّهِ» (فیض، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۱۰۶). ثالثاً تمسک به عدالت در بحث حاضر، مصادره به مطلوب است، گویی در پاسخ به این پرسش که در فرض اختلاف نظر کارشناسان، اقتضای عدالت چیست؟ بدون هیچ مستندی گفته شود: راه حل جمع، زیرا همین راه، عدالت است. رابعاً حدیث مذکور، در باب ویژه‌ای (ودیعہ) وارد شده است و نمی‌توان حکم آن را به موارد دیگر تسری داد. ظاهر این حدیث در موردی است که نشانه‌ای از صاحب مال در مال مورد تنازع وجود ندارد و هیچ یک از دو خواهان، بینه اقامه نکرده‌اند. بنابراین، سرایت حکم این مسئله به بحث حاضر، قیاس است. منشأ این استظهار نیز آن است که شهید ثانی پس از مردود دانستن این روایت، به دلیل ضعف سند و نیز به دلیل مخالفت با اصول شرعی، می‌گوید: «احتمال ندارد که آن درهم برای هر دو باشد، بلکه تنها برای یکی از دو خواهان است» (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۱۶). وی در ادامه می‌گوید: «مقتضای اجتهاد، که اصول شرعیه بر آن گواهی می‌دهد، فتوای به قرعه در یکی از دو درهم است» (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۱۶). اگر غیر از این استظهار بود، اساساً نوبت به تنازع و در نتیجه تقسیم درهم و یا به قول شهید ثانی نمی‌رسید. در مجموع، به نظر می‌رسد در باب اختلاف کارشناسان، برای اثبات دیدگاه مشهور در تعیین ارش، استناد به قواعد «الجمع» و «عدالت» مصون از ایراد نیست.

عمل بر اساس ظن مطلق: شیخ انصاری پیش از ذکر این شش راه حل، از یک روش دیگر نیز یاد کرده که البته حقیقتاً روش نیست و آن عبارت است از عمل بر اساس ظن

مطلق، یعنی ظن مطلق به قیمت واقعی صحیح و معیب از هر راهی حاصل شد کافی باشد، به دلیل این که در فرض تعذر علم، ظن قائم مقام علم می گردد. نقد: وجه ضعف این روش آن است که ظن مطلق حجت نیست و در مقدمات حجیتش (مقدمات دلیل انسداد) مناقشه می شود (اصفهانی، ۱۴۴۲، ج ۲، ص ۲۴۵).

نسبت سنجی: نسبت میان قیمت کالای سالم و کالای معیوب از هر کارشناس، همان ارش است (مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۹۶؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۸۷).

نقد: روش شیخ مفید در محاسبه ارش نیز گاهی با دیدگاه مشهور، از نظر نتیجه، یکسان می شود و گاهی متفاوت. هر چه مخرج کسر در نسبت میان قیمت کالای سالم و کالای معیوب از نظر کارشناسان بیشتر شود، نتیجه روش ایشان از نتیجه راه دوم مشهور کمتر می شود و در حالت عکس، از نتیجه راه نخست روش مشهور، بیشتر. ظاهراً روش شیخ مفید نسبت به هر دو راه محاسبه در روش مشهور، دقیق تر و در مقام اجرا نیکوتر است. بنابراین، مخدوش بودن روش مشهور فقها در محاسبه ارش، علاوه بر دلیلی که پیش تر در بحث طریقت و سببیت امارات گفته شد، به دلیل اشتباه محاسباتی و رد روش شیخ مفید، تنها به موجب همان دلیل پیشین است، که در صورت اعتقاد به طریقت امارات، دو اماره لاجرم متساقط می گردند و تنها بر مبنای مسلک سببیت است که تساقط رخ نمی دهد و نوبت به این راه حل ها خواهد رسید.

۳. دلایل خاص جهت تعیین ارش در فرض مسئله

بر اساس قواعد عام، از نظر محققان متأخر همچون صاحب کفایه، میرزای نائینی و علامه مظفر، اگر دو دلیل یا دو اماره متعارض شوند، تساقط می کنند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۹۱)، بدین جهت که دلیل حجیت اماره، اصل یا دیدگاه کارشناس، مطلق نیست و فرض تعارض را دربر نمی گیرد، بلکه در فرض تعارض، آن دلیل نسبت به حجیت اماره ساکت است. بنابراین، اگر ادله شرعی، امارات و اصول عملیه با یکدیگر متعارض باشند، تساقط می کنند. سید یزدی در این خصوص می گوید: «به نظر من تساقط محتمل است و رجوع به اصل می شود یا از جهت این که رجوع به اصل در هنگام تعارض دو دلیل و یا دو اماره، مقتضای قاعده است، و یا به جهت قصور دلیل حجیت یبینه، از شمول فرض

تعارض (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۰۳). در فرض تعارض دو دلیل، صورت قول به عدم تساقط و اطلاق دلیل حجیت امارات نسبت به فرض تعارض، مستلزم بررسی کیفیت جعل حجیت برای امارات از جانب شارع خواهد بود، بدین معنا که باید دید در باب حجیت امارات، مسلک سببیت پذیرفته است یا طریقت، چه پذیرش طریقت امارات از یک سو، و قول به عدم تساقط دو اماره متعارض از سوی دیگر، مصداق جمع دو نقیض و محال است و با توضیحات ذیل، به معنای پذیرش سببیت امارات.

۳-۱. اختلاف نظر کارشناسان بر اساس طریقت امارات

قول به طریقت، مقتضی آن است که در صورت تعارض دو بینه، هر دو طریقت به واقع نداشته و تساقط کنند. در فرض امکان جمع عرفی نیز باید گفت: اساساً تعارضی در کار نیست، وگرنه تساقط جریان دارد (مظفر، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۰۶). باید توجه داشت که بیان شیخ انصاری در خصوص جمع میان آن دو به اندازه امکان (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳)، جمعی غیرعرفی است به معنای جمع تبرعی، و مردود است، چنان که پیش‌تر بیان شد.

۳-۲. اختلاف نظر کارشناسان بر اساس سببیت امارات

در فرض سببیت، با یکی از دو بیان زیر می‌توان قائل به تخییر بود:

الف. قول به تخییر در مقام تراحم، بر اساس قول به ترتب، بدین معنا که اخذ به یکی موکول به ترک دیگری است.

ب. عدم قبول ترتب و قول به ایجاد ملاک در مدلول دلیل هنگام تراحم. بنابراین، تساقط امکان‌پذیر نخواهد بود، زیرا بنابه فرض، تنها یکی از دو دلیل، واجد ملاک است. از سوی دیگر، امکان اخذ هر دو نیست. پس تخییر متعین می‌گردد.

به دیگر سخن، در صورت قول به سببیت، امکان قول به تخییر بر اساس ترتب و یا غیر آن وجود دارد، زیرا هر دو، ملاک دارد. این مطلب پیرامون حکم تکلیفی است، اما موضوع نوشتار (ارش) حکمی وضعی است که تخییر در آن بی‌معناست، چه در بحث حاضر، تخییر مقتضی تضییع حق احد اطراف دعوی خواهد بود. نتیجه آن‌که پیروی از دیدگاه شیخ در اخذ به نصف نظر هر یک از دو کارشناس، مقتضی مبنا بودن دو امر است: ۱. دلیل حجیت ادله و امارات، صورت تعارض را نیز دربرگیرد. ۲. جعل حجیت

در امارات، تنها بر مبنای سببیت، صحیح است و قول به طریقت، با جمع عرفی در تناقض باشد.^۱

۳-۳. تفصیل اختلاف دو اماره

شیخ انصاری در مورد مقتضای اصل اولی در متعارضین بین مبنای سببیت و طریقت در امارات، قائل به تفصیل می‌شود و می‌گوید: اگر در مورد امارات قول به طریقت اخذ شود که امارات مجرد طریق به واقع‌اند و هیچ گونه مصلحتی در متعلق امارات اخذ نمی‌شود، مقتضای قاعده و اصل اولی در متعارضین تساقط خواهد بود، چون نسبت به طریق به واقع اختلاف رخ می‌دهد و با ایجاد اختلاف در طریق، هر دو طریق تعارض خواهند کرد، لذا تساقط رخ می‌دهد.

اما در صورتی که در مورد امارات قول به سببیت اتخاذ شود که اماره سبب احداث مصلحت در متعلق خود می‌شود، مقتضای اصل اولی در متعارضین تأخیر خواهد بود، چون بین دو مصلحتی که توسط اماره ایجاد شده است، تراحم رخ می‌دهد و با توجه به این که هر یک از دو اماره مشتمل بر مصلحت است، تأخیر ثابت می‌شود (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۳۳ تا ۳۹).

بنابراین، از آن‌جاکه ما قائل به طریقت اماراتیم، به مقتضای قاعده و اصل اولی تساقط رخ می‌دهد.

۴-۳. بررسی احادیث باب تداعی

برای فرض تداعی، احادیث زیاد و متفاوتی درباره تعارض دو بینه در دست است که بیشتر آن‌ها دلالت بر عمل بر طبق قرعه دارند (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۴۱؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۳۷). شماری از آن‌ها نیز حکم به تنصیف مال و بعضی دیگر حکم بر اساس عدالت

۱. به نظر می‌رسد صرف نظر از این که این مطالب مربوط به حکم تکلیفی و بیگانه از بحث حاضر است، هر دو امر فوق، مردود است. التزام به اخذ نصف هر یک از دو نظر هم در مواردی است که گواهان برای ثبوت باشند، یعنی شهود یک طرف شهادت به ثبوت ملکیت برای وی و شهود طرف مقابل شهادت به مالک بودن برای همان طرف مقابل می‌دهند. چنین بینهای بر مسئله مورد بحث (ارش) که اختلاف در اقل و اکثر است، منطبق نیست، چه در اقل نزاعی نیست و نزاع در مازاد بر آن است، بدین معنا که کارشناس معتقد به اکثر، اقل را تکذیب نمی‌کند. بر این اساس، استشهاد شیخ انصاری به نظر شهید ثانی مبنی بر تنصیف در فرض تعارض دو بینه غیرقابل پذیرش است.

داده‌اند. به نظر می‌رسد روایات باب تداعی، از مسئله مورد بحث بیگانه است، چه تکیه آن‌ها بر مواردی است که دو خواهان دلیلی بر حکم واقعی یا ظاهری ندارند. از همین رو، دستور بیشتر روایات، تصیف مال یا قرعه است. اما اگر یکی از دو طرف دلیلی داشته باشد، طبق همان عمل می‌شود. در مسئله مورد بحث، بایع به اصل براءت استناد می‌کند. بنابراین، مقدار متیقن (اقل)، متعین است و نسبت به اکثر نیز براءت جاری است. بنابراین، ادله خاص روایی نیز به کار نمی‌آید و قابلیت اثبات لزوم تصیف یا قرعه را در مسئله ارش ندارد.

۴. روش پیشنهادی نگارندگان

در بحث اقل و اکثر، دو موضوع مورد نظر است که شخص باید انجام دهد، به گونه‌ای که این دو در شماری از اجزا یا شرایط مشترک‌اند، اما یکی نسبت به دیگری اجزا یا شرایط بیشتری دارد. منظور از اقل و اکثر استقلال هم آن است که دو موضوع هر یک به‌طور جداگانه دارای امتثالی خاص می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۵۰۷؛ نجفی، ۱۴۲۸، ص ۱۸۵). اما اقل و اکثر ارتباطی به این معناست که در عالم واقع، تنها یک تکلیف وجود دارد و در نتیجه نسبت به موضوع اقل و اکثر، تنها یک امثال یا یک عصیان را می‌توان لحاظ کرد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۱۵؛ کوه‌کمری، ۱۴۱۳، ص ۵۸). بر این اساس، اگر موضوع تکلیف، فعل اکثر باشد، انجام اقل منتهی به هیچ عصیان یا امتثالی نیست. شاهد هم در خصوص اجرای براءت نسبت به مازاد در مورد بحث، اقل و اکثر استقلالی است. در چنین صورتی با اتیان قدر متیقن، ذمه بایع نسبت به آن، بری می‌شود و در خصوص زائد بر آن هم بری است. تمامی اصولیان در خصوص جریان براءت در بیش از اقل، هم‌داستان‌اند. مراد زمانی است که اعتبار جزء یا شرط خاص در موضوع تکلیف، مشکوک است. حتی در اقل و اکثر ارتباطی نیز برخی از عالمان اصول معتقدند که با اتیان اقل، ذمه شخص بری می‌گردد و نسبت به اکثر، براءت جاری می‌شود (خراسانی، ۱۴۴۲، ج ۲، ص ۱۷۵). بنابراین، به طریق اولی در اقل و اکثر استقلالی باید چنین باشد. گفتنی است که نگاه نگارندگان، از روشی که شیخ انصاری تنها به‌عنوان یک احتمال (اخذ اقل) مطرح نموده است، متفاوت است، چه در آن روش اصل براءت مرجع دیدگاه

کارشناس قائل به اقل است، اما در این نگاه، نظر مقومان تساقط می‌کند، پس از آن، اصل برائت جاری می‌شود، و به پرداخت اقل ارش (قدر متیقن) حکم می‌گردد. در روش اخذ اقل، نظر کارشناس قائل به اقل، بر نظر کارشناس قائل به اکثر، ترجیح داده می‌شود که به دلیل مرجح دانسته شدن اصل در این روش، به نظر می‌رسد چنین ترجیحی بلامرجح و قبیح است، حال آن‌که در روش برگزیده، با پرهیز از ترجیح بلامرجح، به مدد اصل عملی، پس از یأس از نتیجه‌بخشی اماره در فرض طریقت، اقل (قدر متیقن) را برمی‌گزینیم.

نتیجه‌گیری

در تعیین مقدار ارش در فرض اختلاف نظر کارشناسان، روش مشهور و قانون مدنی، اخذ حد وسط دیدگاه کارشناسان، با پیاده‌سازی قاعده «الجمع مهما أمکن...» است، با اختلافی در کیفیت اجرا. اما چنین جمعی تبرعی است و در صورت عدم امکان جمع عرفی، باید قائل به تساقط دو دلیل بود و تنها در صورتی می‌توان قائل به عدم تساقط دو دلیل شد که در مبانی اصولی حجیت امارات، مسلک سببیت پذیرفته شود. در فرض طریقت امارات هم دو اماره قابلیت طریقت به واقع را ندارد و بر این اساس، دیدگاه‌های مختلف کارشناسان تساقط می‌کند، درحالی‌که بنابر مسلک سببیت، دو اماره تساقط نمی‌کنند. بر مبنای ترتب هم پس از ترک یکی، دیگری فعلیت می‌یابد و نظر او ملاک قرار می‌گیرد. بر مبنای جمع نیز دیدگاه‌های مختلف کارشناسان، به‌عنوان اماره دارای ملاک خواهد بود. افزون بر روش مشهور، روش‌های دیگری نیز پیشنهاد شده است، از جمله: اخذ اقل، اخذ اکثر، مصالحه، تخییر دادرس، و قرعه که هر یک نقد می‌شود. روش برگزیده مبنی بر بینه بودن نظر کارشناس و پذیرش مسلک طریقت امارات، تساقط نظرات متعارض کارشناسان، اخذ به قدر متیقن و اجرای اصل برائت نسبت به مازاد است. دلیل اتخاذ این نظر، علاوه بر ملاحظات وارد بر روش‌های دیگر، آن است که صورت اختلاف نظر کارشناسان، از مصادیق شبهه در اقل و اکثر استقلالی است که در آن، اقل (متیقن)، اخذ شده و در اکثر (شبهه در اصل تکلیف)، به اجماع اصولیان، برائت جاری می‌شود. تفاوت این روش با روش اخذ اقل، آن است که در آن، اصل عملی، مرجح یکی

از دو اماره می شود، درحالی که در روش برگزیده، پس از تساقط، اماره ای نمی ماند تا یکی بر دیگری ترجیح داده شود.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن منظور، ابوالفضل. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار الفکر.
۳. اراکی، محمدعلی. (۱۳۷۵ش). اصول الفقه. قم: در راه حق.
۴. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة. قم: انتشارات اسلامی.
۵. اصبحی، مالک. (۱۴۱۹ق). المدونة الكبرى. بی جا: بی نا.
۶. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق). حاشیه المکاسب. قم: علمیّه.
۷. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۴۲ق). نهاية الدرايه. قم: ذوی القربی.
۸. انصاری، مرتضی. (۱۳۷۵ق). المکاسب. تبریز: النشر الإسلامی.
۹. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر.
۱۰. ایزدی فرد، علی اکبر؛ فلاّح، مهدی. (۱۳۹۴). تأملی درباره ماهیت و مبنای ارش مدنی. مجله حقوقی دادگستری، ۷۹ (۹۰)، ص ۳۷ تا ۵۵. <https://doi.org/10.22106/jlj.2015.14388>
۱۱. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهيّة، قم: الهادی.
۱۲. جوهری، اسماعیل. (۱۴۱۰ق). تاج اللّغه و صحاح العریّه. بیروت: دارالعلم.
۱۳. حاجی ده آبادی، احمد. (۱۳۸۹). طبقه بندی مجازات ها در قانون مجازات اسلامی. مجله حقوقی دادگستری، (۶۹)، ص ۱۷ تا ۲۱. <https://doi.org/10.22106/jlj.2010.11185>
۱۴. حائری، محمدحسین. (۱۴۰۴ق). الفصول الغرویّة. قم: إحياء العلوم.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: آل البيت (ع).
۱۶. خامنه ای، سید علی. (۱۳۹۶). غناء و موسیقی. تهران: مؤسسه آثار امام خامنه ای.
۱۷. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۴۲ق). کفایة الأصول. قم: مجمع الفکر.
۱۸. خمینی، روح الله. (۱۳۹۰ق). تحریر الوسیله. قم: اسماعیلیان.
۱۹. خمینی، سید مصطفی. (بی تا). الخيارات. قم: مؤسسه آثار امام خمینی (ره).
۲۰. خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). معجم رجال الحديث. بی جا: بی نا.
۲۱. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). ضیاء الناظر. قم: امام صادق (ع).
۲۲. شهید اول، محمد. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیّة. قم: انتشارات اسلامی.
۲۳. شهید ثانی، زین الدین. (۱۳۸۵). الزوارة البهیّة. قم: بوستان کتاب.
۲۴. صادقی، محمدهادی. (۱۳۷۶). جرایم علیه اشخاص. تهران: میزان.

۲۵. صدوق، محمد. (۱۴۱۳ق). فقیه من لا یحضره الفقیه. قم: انتشارات اسلامی.
۲۶. صدوق، محمد. (۱۴۱۵ق). المقنع. قم: امام هادی(ع).
۲۷. طوسی، محمد. (۱۳۹۰ق). الاستبصار. تهران: دار الکتب.
۲۸. طوسی، محمد. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب.
۲۹. عاملی، سیدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه. قم: انتشارات اسلامی.
۳۰. عاملی کرکی، علی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. قم: آل‌البيت(ع).
۳۱. علامه حلی، حسن. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام. انتشارات اسلامی.
۳۲. علامه حلی، حسن. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام. قم: امام صادق(ع).
۳۳. علامه حلی، حسن. (بی‌تا). تذکره الفقهاء. قم: آل‌البيت(ع).
۳۴. فاضل مقداد، جمال‌الدین. (۱۴۲۹ق). کنز العرفان. قم: مرتضویه(ع).
۳۵. فراهیدی، خلیل. (بی‌تا). العین. قم: الهلال.
۳۶. فیروزآبادی، مجدالدین. (بی‌تا). القاموس المحيط. بیروت: دارالعلم.
۳۷. فیض کاشانی، محمدمحسن. (۱۴۲۵ق). الشافی. تهران: اللوح المحفوظ.
۳۸. قانون آئین دادرسی مدنی. (۱۳۹۱ش). چاپ چهل و پنجم. تهران: دوران.
۳۹. قانون مجازات اسلامی. (۱۳۹۵). چاپ صد و چهل و دوم. تهران: دیدار.
۴۰. قانون مدنی. (۱۳۸۹). چاپ شصت و هشتم. تهران: دیدار.
۴۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷ش). الزام‌های خارج از قرارداد. تهران: دانشگاه تهران.
۴۲. کاشف الغطاء، احمد. (۱۴۲۳ق). سفینه التجارة. نجف اشرف: بی‌نا.
۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۹۴). فروع کافی. قم: قدس.
۴۴. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. تهران: دارالکتب.
۴۵. کوه کمری، سید محمد. (۱۴۱۳ق). اللباس المشکوک. قم: محقق.
۴۶. گلپایگانی، سید محمد رضا. (بی‌تا). القضاء و الشهادات. قم: حقایق.
۴۷. مامقانی، عبدالله. (۱۴۰۹ق). تنقیح المقال فی علم الرجال. قم: محقق.
۴۸. محقق حلی، جعفر. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام. قم: اسماعیلیان.
۴۹. محقق حلی، جعفر. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع. قم: الدینیة.
۵۰. محقق داماد، سید محمد. (۱۴۰۱ق). الحج. قم: مهر.
۵۱. مراغی، میر سید عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة. قم: انتشارات اسلامی.
۵۲. مرعشی، سید شهاب‌الدین. (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین. قم: آیت‌الله مرعشی.
۵۳. مظفر، محمد رضا. (۱۳۸۷). أصول الفقه. قم: دار الفکر.
۵۴. مفید، محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعه. قم: هزاره مفید.

۵۵. نجاشی، احمد. (۱۴۰۷ق). الرجال. قم: انتشارات اسلامی.
۵۶. نجفی، محمدجواد. (۱۴۲۸ق). الرسائل الفقهيّة. قم: الثقافة الإسلاميّة.
۵۷. واسطی، محب‌الدین. (۱۴۱۴ق). تاج العروس. بیروت: دارالفکر.
۵۸. یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۰ق). حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان.

