

مطالعه انتقادی روش‌های محاسبه ارزش مدنی در فرض اختلاف نظر کارشناسان با نگاه به آرای شیخ انصاری^۱

چکیده

در صورتی که معلوم شود کالای مورد معامله، هنگام انعقاد عقد، معیوب بوده، گیرنده آن، میان فسخ عقد و گرفتن ارزش، مخیر خواهد بود. قانون‌گذار مدنی، در ماده ۴۲۸، در فرضی که کارشناسان در تعیین مقدار ارزش اختلاف کنند، حدّ وسط قیمت‌ها را معتبر دانسته است. نوشتار پیش رو، 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 عبارتند از: دو روش مشهور و یک روش غیر مشهور، «اخذ قدر متیقّن و اجرای برائت در مازاد بر آن» را با استناد به قواعد و دلایل عامّ، عموم روایات، نقد روش‌های موجود و نیز دلائل خاصّ، به عنوان نظر برگزیده، تبیین و اثبات نماید. در نوشتار حاضر، که به روش توصیفی تحلیلی انجام پذیرفته، در بخش ادله خاصّ، این نتیجه به دست آمده که لازمه پذیرش نظر مشهور، مبنی بر لزوم محاسبه میانگین نظر کارشناسان، قبول اطلاق دلیل حجّیت امارات نسبت به فرض تعارض و پذیرش مسلک سببیّت است؛ ضمن آن که، در ادله قول مشهور و نیز روش محاسبه عددی آن هم مناقشه می‌شود.

کلیدواژه‌ها:

ارزش، برائت، تعارض، شهادت، شیخ انصاری، کارشناس، ماده ۴۲۸ قانون مدنی ایران.

^۱ «دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران، (مهدی موحدی محبّ). نویسنده مسئول

movahedi@semnan.ac.ir

«دانشجوی دکترا، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران، (مسیح لسانی).

feghhosool@gmail.com

مقدمه

در صورتی که مشتری پس از معامله، به عیب مبیع هنگام انعقاد عقد پی ببرد، می‌تواند معامله را فسخ نموده یا با اخذ ارش، آن را بپذیرد (مرعشی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۷؛ قانون مدنی، ماده ۴۲۲). این که آیا اخذ ارش و ردّ معامله، در عرض یکدیگر بوده و یا در طول هم هستند مسأله‌ای دیگر است که این قلم درصدد بحث از آن نیست. اگر میان متعاملین، توافقی درخصوص تعیین ارش، حاصل نشود، به اهل خبره (مقوم، در این بحث) مراجعه می‌شود و در صورت عدم اتفاق نظر کارشناسان، برابر نظر مشهور فقهاء 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: یکی، روش مشهور (ازجمله شیخ طوسی، ابن ادریس حلّی، محقق حلّی، علامه حلّی و فخرالمحققین) و ماده ۴۲۸ قانون مدنی، اخذ میانگین قیمت‌های کالای سالم و کالای معیوب و دومین روش مشهور (راه حلّ شیخ انصاری و صاحب عروة)، اخذ میانگین ارش‌ها می‌باشد. 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 عامّ و دلایل خاصّ)، تعیین ارش را در صورت اختلاف نظر کارشناسان، بررسی نموده و ضمن نقد اقوال موجود، راه حلّ جدیدی برای آن بیابد.

پس از تعریف ارش مدنی، اقتضای قواعد عامّ و نیز ادله خاصّ در مسأله را، به نحو ابتکاری، به بحث می‌نشیند. در بخش قواعد عامّ، عدم تفاوت میان این که نظر کارشناس، خبر یا شهادت دانسته شود، اثبات می‌گردد. سپس راه حلّ‌های مطرح شده برای محاسبه ارش در فرض مورد بحث، بررسی و نقد شده و در نهایت، اختلاف نظر مذکور، مصداق قاعده تساقط دلائل متعارض دانسته می‌شود.

در موضوع عامّ نوشتار حاضر (ارش)، پیش از این، چند اثر نگارش یافته؛ هم چون «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)؛ که 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 به طور اخص و مستقل، به فرض اختلاف کارشناسان در تقویم پرداخته است. بنابراین، وجه ابتکاری نوشتار پیش رو، 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 به طور مستقل، ارائه گردیده است. فقها برای تعیین ارش در فرض اختلاف نظر کارشناسان راهکارهایی را پیشنهاد داده‌اند که در این نوشتار بررسی و نقد شده است. هیچ‌یک از آثار پیشین، به طور خاص و مبسوط، به فرض اختلاف کارشناسان، آن گونه که در نوشتار حاضر مطرح است، نپرداخته‌اند.

۱. مفهوم ارش

ارش در لغت به معنای دیه است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۶۳/۶، فیروزآبادی، بی تا، ۲/۲۶۱؛ فراهیدی، بی تا: ۱۱۶/۶). جوهری آن را خصوص خون‌بهای جراحات، دانسته است (جوهری، ۱۴۱۰ق: ۳/۹۹۵). در تاج العروس آمده که واژه ارش را مردم عراق برای آن چه که در جراحات واجب می‌گردد، وضع نموده‌اند (واسطی، ۱۴۱۴ق: ۵۱۷/۷). ظاهراً، معنای لغوی ارش، بامفهوم 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 بکار رفته است (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۸/۱۰۴) 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، ۱۳۷۵ق: ۲۷۲ و ۲۷۳).

تکلیف قاضی چیست؟ در حقوق موضوعه رجوع به کاردان برای تعیین ارش، تکلیفی است برعهده قضات (رای شماره ۱۶۶- مورخ ۸۰/۴/۱۸ شعبه ۳ دادگاه انتظامی قضات). چه، قاضی، دانای مطلق نبوده و برای اصدار حکم در موارد تخصّصی، 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 بايع 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 می باشد. در نتیجه در این صورت، خبره بودن کارشناس، مطرح نیست، بلکه از آن جا که داخل در باب گواهی است، برای مشخص شدن قیمت، تعدّد شاهد، معتبر است. مگر آن که قائل به حجّیت خبر واحد در موضوعات شویم. شیخ انصاری قائل به چنین حجّیتی نیست (انصاری، ۱۴۱۶ق، ۱/۱۲۴).

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، حجّت است.

۳. فروشنده و مشتری به قیمت مبيع آگاهند، اما در خصوص تطبیق قیمت بر مبيع، توافق ندارند. در این فرض نیز به کارشناس نیاز هست. که البته نظر وی از جهت خبریت، حجّت است. در نتیجه در دو صورت اخیر، میزان، نظر کارشناس بوده و داخل در باب شهادت هم نیست. چه، گواهی، خبر دادن مبتنی بر حسّ است، حال آن که نظر کارشناس، خبر دادن بر اساس حدس می باشد. از این رو، نظر کارشناس که خبره در قیمت گذاری است، برای رسیدن به واقع، معتبر است. شیخ انصاری حکمت داخل نبودن فرض دوم و سوم را در باب شهادت چنین بیان می کند: «یا در صورت شرط بودن تعدّد، حرج لازم می آید، یا به دلیل معتبر بودن ظنّ در امثال این مورد (چیزهایی که باب علم در آن بسته) است. و از کنار گذاشتن قول واحد عادل و اخذ به اقل، بدلیل براءت ذمه بايع، در بیشتر موارد، تضييع حقّ مشتری لازم می آید.» (انصاری، ۱۴۱۶ق: ۱/۱۲۴). بنابراین هر چند آیات و روایات، بر حجّیت خبر واحد، دلالت داشته، اما از آن جا که این مورد، از مسائلی است که ملاک در آن، سیره عقلا است، آیات و روایات نیز ارشادی خواهند بود. و این سیره، اعمّ است از حجّیت 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 توقّف ایشان امکان‌پذیر نباشد، در مورد کافی بودن ظنّ یا اخذ به اقلّ، دو وجه وجود دارد.» (انصاری، ۱۴۱۶ق: ۱/۱۲۴).

۲. قواعد و دلایل عامّ برای تعیین ارش

به گفته شیخ انصاری، بر اساس یک احتمال، قیمت اقلّ، ارش خواهد بود. سپس شیخ یک وجه ضعیف را بیان کرده و این‌که 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، ۱۴۱۶ق: ۱/۱۲۴). در این فرض با پرداخت قیمت اقلّ، 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؛ چراکه اولاً اصل احتیاط در اقلّ و اکثر ارتباطی جریان می‌یابد نه استقلالی، حال آن‌که بحث ما یعنی اختلاف نظر کارشناسان قیمت‌گذاری، اقلّ و اکثر استقلالی است. و ثانیاً در اقلّ و اکثر ارتباطی نیز، جریان احتیاط، مورد اجماع نیست و بزرگانی فائِل به اجرای براءت می‌باشند. پس، براءت اولین و مهمّترین قاعده عامّ در بحث حاضر که دوران میان اقلّ و اکثر استقلالی است، می‌باشد.

۲/۱. براءت در دوران میان اقلّ و اکثر استقلالی؛ از آنجا که این نوشتار، با

محوریت آرای شیخ است، کلامی از ایشان را نقل و نقد می‌نمایم. شیخ انصاری می‌نویسد: «وَإِذَا لَمْ تَكُنِ الْقِيَمَةُ مَعْلُومَةً فَلَا بُدَّ مِنَ الرُّجُوعِ إِلَى الْعَارِفِ بِهَا» (انصاری، ۳۷۵ق: ۲۷۲ و ۲۷۳).

اشکال این سخن آن است که در بحث حاضر، آنچه بایسته است، پرداخت ارش از سوی فروشنده است و ارش، بنا به فرض، بر سر دوراهی میان اقلّ و اکثر استقلالی و فی الجمله، معلوم است. بنابراین با پرداخت اقلّ 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 اقلّ باشد. در پاسخ می‌توان گفت: خریدار می‌تواند اعتراض کرده و اکثر را مطالبه کند؛ که البته پس از اثبات ادّعای خود، به حقّش می‌رسد. حکمت آن نیز این است که ارش،

یک غرامت موجود در شرع است و غرامت، تنها با مطالبه خواهان، بدست می‌آید؛ وگرنه بایع، ابتداءً، نسبت به اکثر، بری‌الذمه محسوب می‌گردد. (این که خریدار استحقاق دریافت اکثر را دارد یا ندارد، بحثی ثبوتی است، حال آن‌که بحث حاضر، بحثی اثباتی است. بحث در این نیست که حق خریدار به چه چیز تعلّق 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، ۱۳۷۵ق، 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 هریک از اخبار و شهادت، متفاوت باشد؛ حال آن‌که از نگاه نگارنده، این دو، تفاوت مهمی در بحث حاضر ندارند.

۳/۲. عموم روایات: با لحاظ این که تعیین ارش در زمره موضوعات است، احتیاجی به تعدّد شهود نیست. از این رو شیخ انصاری قائل است به این که اخبار از قیمت بازار، داخل در باب شهادت می‌باشد، که محتاج خبر دو ثقة است. به نظر می‌رسد که در صورت قول به حجّیت 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 صدقه، استبانة (واضح شدن) وینه، تقابل داشته واز آن‌جا که، استبانة در ردیف ینه آمده و نیز امام (ع) در مقام بیان راه‌های اثبات خلاف هستند، بنابراین، چون از خبر واحد در این روایت، یاد نشده، در موضوعات، حجّت نخواهد بود. و 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).

۳/۲/۱. روایت مسعدة بن صدقه: عَلِيُّ بْنُ 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 وَ ذَلِكَ مِثْلُ الثَّوْبِ يَكُونُ قَدْ اسْتَرَيْتَهُ وَ هُوَ سَرَقَةٌ أَوْ الْمَمْلُوكُ عِنْدَكَ وَ لَعَلَّهُ حُرٌّ قَدْ بَاعَ نَفْسَهُ أَوْ خُدْعٌ فَبِيعَ أَوْ قَهْرٌ أَوْ امْرَأَةٌ تَحْتَكَ وَ هِيَ أُخْتُكَ أَوْ رَضِيعَتُكَ وَ الْأَشْيَاءُ كُلُّهَا عَلَى هَذَا حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ غَيْرُ ذَلِكَ أَوْ تَقُومَ بِهِ الْبَيِّنَةُ (کلینی، ۱۳۹۴، ج ۶، ص ۷۱).

۳/۲/۱/۱. **بررسی سندی**؛ روایت در زمره ثلاثیات^۱ شیخ کلینی است و کمترین واسطه میان وی و امام (ع) موجود است. با بررسی کلمات رجالیون، هیچ ویژگی منفی از مسعدة بن صدقه به ما نرسیده، در حالی که شخصی نامدار بوده، می‌توان نتیجه گرفت که ثقة بوده است. هارون بن مسلم را نیز نجاشی و خوئی ثقة دانسته‌اند (خوئی، بی‌تا، ج ۲۰، ص ۲۵۲). علی بن ابراهیم نیز شخصیت معتبری می‌باشد (خامنه‌ای، ۱۳۹۶، ص ۳۱۰). فلذا سند روایت فاقد خدشه است.

۳/۲/۱/۲. **بررسی دلالتی**؛ عبارت «حرام 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 بی‌ینه است؛ چه، پیش از آن که بی‌ینه اقامه گردد، خبر واحد، محقق می‌شود. براین اساس، اگر شارع برای اثبات موضوعی، اقامه بی‌ینه 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) بوده، واژه بی‌ینه در آن زمان، در معنای اصطلاحی (شهادت دو مرد عادل یا حسب مورد، زنان) استعمال شده و یک لفظ منقول است.

۳/۲/۲. **روایت عبدالله بن سلیمان**؛ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْكُوفِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ النَّهْدِيِّ 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 (کلینی، ۱۳۹۴، ج ۸، ص ۱۶۱).

۳/۲/۲/۱. **بررسی سندی**؛ تمامی روات به استثنای ابان بن عبد الرحمن، ثقة می‌باشند (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۳۴۵). ابان بن عبد الرحمن مجهول است (مماقانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۱۸).

۳/۲/۲/۲. **بررسی دلالتی**؛ عبارت کلیدی روایت در جمله «حَتَّى يَجِيئَكَ شَاهِدَانِ يَشْهَدَانِ» می‌باشد. این عبارت بدین معناست که برای اثبات موضوعات، نیازمند دو گواهییم.

^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.

از این رو، باید گفت: برای اثبات موضوعات، اقامه بینه، ضروری است. اگرچه، استناد به این روایت، بدلیل ضعیف سند آن، منتفی است. البته ماده آغازین تولید پنیر، ماده‌ای بوده در داخل شیردان چارپای مردار. خود این ماده، مردار به شمار نیامده و از این رو، نجس نیست، همان گونه که شیر در پستان و مشک در بدن آهو همین گونه است. این مواد از اساس دارای حیات نیستند. نهایت این که آن چه به شیردان چارپا متصل است جدا شود و موادی که به شیردان متصل نیست، پاک و مباح است. بنابراین، این حدیث هم سنداً و هم دلالتاً، در این بحث، نمی تواند مورد استناد باشد.

۳/۲/۳. روایت حلبی؛ محمد بن یعقوب از علی بن ابراهیم از پدرش و از محمد بن یحیی از احمد بن محمد همگی از ابن ابی عمیر از حماد بن عثمان از حلبی از امام صادق (ع) که علی (ع) می فرمود: در مورد هلال، فقط شهادت دو مرد عادل را اجازه می دهیم (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۰/۲۸۶).

۳/۲/۳/۱. بررسی سنبلی؛ این روایت را حرعاملی از کلینی با دو سند که هر دو صحیح است از ابن ابی عمیر و او از حماد بن عثمان روایت کرده؛ 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 نمی توان با اطمینان گفت، که تعیین ارش نیز همین گونه است. بنابراین، در این جهت، دیدگاه شیخ انصاری شایسته پذیرش بوده و به باور صاحب 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 می دهد، چنین اخباری آثار شرعی از جمله اثبات ارش را در پی خواهد داشت و نیازی به تعدد نیست.

به باور صاحب 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 می شود؛ که قدری تفاوت با نظر شیخ دارد.

۴. روش‌های مطرح شده در فرض اختلاف مقومین در برآورد ارزش و نقد

آنها

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

۱- اخذ اقل؛ اخذ اقل و جریان برائت نسبت به اکثر (از درس خارج آیت الله العظمی شیرازی زنجانی در تاریخ هفدهم آبان‌ماه سال هشتاد و چهار، بر می‌آید که ایشان قائل به این نظر هستند).

نقد: چنین راه حلی، مناسب فرض مورد بحث نیست. زیرا دیدگاه کارشناس، بین است و بین، اماره، حال آن‌که اصل برائت، اصلی عملی است و اصل، قابلیت اثبات اماره را ندارد. درجایی که اماره هست، اساساً نوبت به اصل نمی‌رسد. هم‌چنین اصل عملی، قابلیت مرجح بودن برای اماره را ندارد (خراسانی، ۱۴۴۲ق: ۴۱۷/۲). برای نمونه، اگر دو اماره تعارض کنند؛ یکی بگوید فلان کار واجب است و دیگری بگوید واجب نیست. 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 بردیگری 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، بواسطه مرجح اصل (انصاری، ۱۳۷۵ق: ۲۷۳) قابل درک نیست. از این رو، شیخ انصاری پس از توضیح این روش، می‌نویسد: «انَّ الْأَصُولَ الظَّاهِرِيَّةَ لَا تُصِيرُ مَرَجَّةً لِلْأَدْلَةِ الْإِجْتِهَادِيَّةِ.» (همان)

۲- اخذ اکثر؛ زیرا اکثر، اثبات‌کننده بوده و نسبت به اقل، که نافی است، مقدم. بین اقل، همان‌گونه که مثبت اقل است، نافی اکثر هم هست؛ اما بین اکثر، مثبت اکثر است و برابر قاعده، بین مثبت، برینه نافی مقدم است (سبحانی، ۱۴۱۸ق: ۳۸). بین اکثر، یقیناً مثبت می‌باشد، 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 برطبق اکثر، خالی از اشکال نیست؛ چه، در این مسأله یکی از دوکارشناس، تنها مدعی اقل می‌باشد. بنابراین، نظریه دوکارشناس، متعارض بوده، باید به باب ترجیح رجوع نمود و برابر قاعده، متعارضان، تساقط می‌کنند. البته اگر مرجّحی در میان باشد، ترجیح بمرجّح، اجرا می‌گردد. اصل احتیاط نیز قابلیت مرجّح بودن برای اماره را ندارد. چه، دلیلی بمرجّح بودن اصل عملی، در مقام متعارض بودن دواماره، وجود ندارد. ترجیح مانند حجّیت، نیازمند دلیل است و برای مرجّحیت مرجّحات خارج از اماره، دلیلی در دست نیست.

۳- قرعه: از آن جا که قرعه برای هر امر مشکلی است (فاضل مقداد، ۱۴۲۹ق: ۲/ ۲۸-۲۹) و مورد نزاع هم امری مشکل، قرعه انداخته می‌شود.

نقد: عمل بر اساس قرعه پذیرفته نیست؛ چه، محلّ اجرای قرعه، اموری است که به دلیل دست نیافتن به ادله واقعی و ظاهری، مشکل، بر آن، صادق است. در واقع موضوع قرعه، امر مشکل است و این، بمعنای نبود هر راه حلی برای برون رفت از آن است. در حالی که مسأله مورد بحث، چنین نیست. زیرا درست است که به واقع دسترسی نداریم، اما دلیل ظاهری به عنوان یک راه حلّ، موجود است. ضمن آن که، قاعده «الجمع» هم حاکم بر دلیل قرعه بوده و مشکل را حل می‌کند (انصاری، ۱۳۷۵ق: ۲۷۳). علاوه بر این، به نظر می‌رسد، روایات مربوط به قرعه، پیرامون دوخواسته درمنازعات است؛ اما درمسأله مورد بحث، یک خواسته مطرح است. بنابراین، عمل برطبق قرعه نیز مردود است. احادیث عمل به قرعه، پیرامون فرضی است که دو یا چند شخص، خواهان اثبات چیزی (مثل: ابوت، مالکیت، زوجیت) بوده و هیچ یک، بینهای برای اثبات خواسته خویش ندارد. حال آن که فرض بحث، دو یا چند خواسته مبنی برعلقه به چیزی درعالم خارج نیست، بلکه دو یا چند دیدگاه براساس حدس و اجتهاد خبره می‌باشد.

۴- صلح؛ این که دو طرف، با یکدیگر، صلح کنند. زیرا هریک، به نظر کارشناسی استناد دارد که شرعاً حجّت 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 که: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۵۹). بطورکلی، مصالحه امری نیکو است. روش برگزیده حضرت امام نیز همین روش می‌باشد (خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۱، ص ۵۳۰).

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

۵- اختیار دادرس؛ در اخذ به اقل و اکثر، دادرس، اختیار دارد، زیرا ترجیح یکی بر دیگری، بلامرجح بوده و امکان جمع هم نیست. البته این امر در موارد بسیاری از ق.م.ا. هم چون مواد ۴۰۴، ۴۰۸، ۴۱۳، ۴۱۷ و... بچشم می خورد (صادقی، ۱۳۷۶: ۲۵۴؛ حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۱۹). در فقه عامه نیز، مالک بن انس چنین دیدگاهی دارد (مالک بن انس، ۱۴۱۹ق: ۳۹/۳۲۴).

نقد: اختیار نمودن احد متعارضین در باب ترجیح، درست نمی نماید، بلکه قاعده ابتدایی، تساقط و در صورت عدم تکافؤ و وجود مرجح، ترجیح است (گلیپایگانی، بی تا: ۱۳۷/۲). هم چنین قائلان به تخییر نیز در مطلق امارات معتقد به تخییر نبوده، بلکه نوع ویژه ای از امارات (امارات ظاهراً متعارض) را دارای چنین قابلیت می دانند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۱۲). در حالی که درمسأله مورد بحث، با نظر دو کارشناس (که هر دو، بینه است) مواجهیم که واقعاً متعارضند و به حکم قاعده ابتدایی باید متساقط گردند و تخییری در کار نیست. بنابراین درجایی که امارات در تعارض هستند و یا اصول عملی، تعارض دارند، دیدگاه مشهور فقهاء، تساقط است. بنابراین امکان اختیار میان اقل و اکثر وجود ندارد.

۶- جمع (عمل به دیدگاه هر دو کارشناس)؛ بدین معنا که نصف اقل و نصف اکثر، با هم جمع شده، سپس به نسبت قیمت سالم و معیوب، ارش، محاسبه شود (روش مشهور).

تبیین این روش: آن که نصف اقل و نصف اکثر را اخذ نموده، نسبت کالای سالم به کالای معیوب، اخذ و سپس ارش، به همان نسبت، محاسبه شود. حکمت این روش نیز آن است که عمل به نظر هر دو کارشناس، بنحو استقلال، غیر ممکن است. بنابراین، راه حل، این است که نیمی از نظر هریک از کارشناسان اخذ شده و در واقع، میان نظرات، جمع شود و این حکم را در فرض تعدد کارشناسان نیز جاری می دانند. شیخ انصاری می گوید: «لکن الأقوی من الکُلِّ ما علیه المعظمُ بوجوب الجمع بینهما بقدر الامکان» (انصاری، ۱۳۷۵ق، ص ۲۷۳). فقهای زیادی بر این نظر هستند (مفید، ۱۴۱۳ق: ۵۹۷؛ محقق حلّی، ۱۴۱۸ق: ۱/۱۲۵؛ همو، ۱۴۰۸ق: ۲/۳۲؛ علامه حلّی،

۱۴۱۳ق: ۷۴/۲؛ همو، بی تا: ۱۱۰/۱۱؛ همو، ۱۴۲۰ق: ۳۶۸/۲؛ شهیداول، ۱۴۱۷ق: ۲۸۸/۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق: ۴۷۵/۳؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ۳۳۶/۴؛ حسینی، ۱۴۱۹ق: ۴۲۶/۱۴. در بیان توجیه و مدلل نمودن این روش، مواردی بیان شده است از جمله:

الف) قاعده «الجمعُ مهمّا أمکنَ أولى»؛ باین روش، به قاعده «الجمعُ مهمّا أمکنَ أولى» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۳۳۱) عمل نموده و میان نظر کارشناسان، جمع کرده ایم. شیخ انصاری می گوید: «جمع میان دودلیل هر جا که امکان پذیر باشد، نسبت به ترک دلیل، تقدّم دارد.» (همو، ۱۴۱۶ق: ۱۹/۴). صاحب فصول می نویسد: «اگر دو خبر معتبر، تعارض کنند، در صورتی که جمع بین آن دو، ممکن باشد، بگونه ای که یکی بردیگری حمل شود و عرف، به آن جمع، اعتبار دهد، بردیگر مراتب ترجیح، برتری دارد (حائری، ۱۴۰۴ق: ۴۴۰؛ مظفر، ۱۳۸۷: ۳۹۸/۲). هم چنین، بنا بنقل شیخ، ابن ابی جمهور هم بر این قاعده، ادعای اجماع کرده است (انصاری، ۱۴۱۶ق: ۱۹/۴).

ب) اگر منظور از جمع (در روش مشهور)، جمع موارد مالی و یا جمع حَقّین بوده و بنای عقلاء نیز بر آن قائم و شارع نیز آن را ردّ نکرده باشد (بافرض این که دو خبر، از شخص واحد نیست)، می توان در بحث حاضر، جمع عرفی نمود. در این فرض، قاعده «الجمع» برای رعایت عدالت است که مال یا حقّ مالی که هر یک از دو مدّعی، خواهان آن است، از حیث این که مقدّمه است، به دو نیم تقسیم می گردد؛ تا به این وسیله دست کم، نصف مال، به مالک واقعی آن برسد. سکونی روایت نموده: «از امام صادق (ع) از پدرش (ع) در مورد دو نفر که، نفر اول، یک دینار و نفر دوم، دو دینار به شخص ثالثی، سپرده اند و سپس یک دینار نامعین، از مجموع سه دینار، تلف شد، فرمود: به صاحب دو دینار، یک دینار داده می شود و آن یک دینار دیگر را دو نیم می کنند (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۷۳). امام علی (ع) نیز در موردی مشابه، همین گونه قضاوت فرموده اند (صدوق، ۱۴۱۵ق: ۳۹۸). بنابراین، در مورد ارش نیز باید به همین روش عمل شود.

طریقه محاسبه بر مبنای این روش: براساس نظر مشهور (اخذ میانگین)، از دوره، می توان ارش را محاسبه کرد. الف) راه نخست: دو قیمت کالای سالم باهم جمع شده، سپس بردو، تقسیم می گردد. دو قیمت کالای معیوب نیز باهم جمع شده و بردو، تقسیم می شود. دو عدد به دست آمده، از یکدیگر کم می گردد. اکنون نسبتی را که حاصل می شود (نسبت رقم نهایی

در برابر حاصل جمع دو قیمت سالم تقسیم بر دو) به عنوان ارش قرار می‌دهیم. (ب) راه دوم: دوقیمت سالم باهم جمع شده، دوقیمت معیوب نیز باهم جمع می‌گردد. حاصل جمع دوقیمت معیوب، از حاصل جمع دوقیمت سالم، کم می‌شود. رقم به دست آمده را با مجموع دوقیمت سالم تناسب می‌گیریم. البته هرچه 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 می‌باشد.

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. در حالی که در مسئله حاضر، جمع تبرّعی، صورت پذیرفته است. جمع عرفی عبارت است از جمع دلالی بین دودلیل به ظاهر متعارض، براساس قواعد عرفی؛ در حالی که نظر متعارض دوکارشناس، نه تنها ظاهراً بلکه واقعاً در تعارض می‌باشند. بعلاوه، در جمع عرفی، یکی از دودلیل، قرینه و یا در حکم قرینه برای دیگری است، مانند عامّ و خاصّ که تعارض ظاهری آن‌دو، باحمل عامّ بر خاصّ و قرینه گرفتن خاصّ برای عامّ، رفع می‌شود (اراکی، ۱۳۷۵: ۲۱۹/۱). حال آن‌که، هیچ‌یک 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 مستقرّی باقی نمی‌ماند. از سوی دیگر، روش جمع میان نظرات کارشناسان، از نوع جمع تبرّعی است، نه عرفی. نظر دوکارشناس واقعاً یکدیگر را تکذیب می‌کنند، نه این‌که تکاذب صرفاً بدوی بوده و باحمل یکی بر دیگری بتوان از آن، رهایی یافت. ثانیاً: در فرضی، جمع، درست است که دو خبر، از یک گوینده یا در حکم آن - مانند معصومین (ع) که نور واحد هستند - باشد: «خَلَقْنَا وَاحِدٌ وَعَلَّمْنَا وَاحِدٌ وَفَضَلْنَا وَاحِدٌ وَكَلَّمْنَا وَاحِدٌ عِنْدَ اللَّهِ» (فیض، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۱۰۶). ثالثاً: تمسّک به عدالت در بحث حاضر، مصادره به مطلوب است. گوئی در پاسخ به این پرسش که در فرض اختلاف نظر کارشناسان، اقتضای عدالت، چیست؟ بدون هیچ مستندی، گفته شود: راه حلّ جمع، زیرا همین راه، عدالت است. رابعاً: حدیث مذکور، در باب ویژه‌ای (ودیعه)، وارد شده و نمی‌توان حکم آن‌را 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 مسأله به بحث حاضر، قیاس است. منشأ این استظهار نیز آن است که شهیدثانی (پس از مردود دانستن این

روایت، بدلیل ضعف سند و نیز بدلیل 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، ۴۱۶/۱). وی در ادامه می‌گوید: «مقتضای اجتهاد، که اصول شرعی بر آن گواهی می‌دهد، فتوای به قرعه در یکی از دو درهم است (شهید ثانی، ۱۳۸۵). 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.

۷- 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 ظنّ مطلق. یعنی ظنّ مطلق به قیمت واقعی صحیح و معیّب از هر راهی حاصل شد کافی باشد به دلیل این که در فرض تعدّر علم، ظنّ، قائم مقام علم می‌گردد.

نقد: وجه ضعف این روش آن است که ظنّ مطلق، حجّت نیست و در مقدمات حجّیتش (مقدمات دلیل انسداد) مناقشه می‌شود (اصفهانی، ۱۴۴۲ق: ۲۴۵/۲).

۸- نسبت سنجی؛ نسبت میان قیمت کالای سالم و کالای معیّب از هر کارشناس، همان ارش است (مفید، ۱۴۱۳ق: ۵۹۶؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق: ۲۸۷/۳).

نقد: روش شیخ مفید در محاسبه ارش نیز گاهی بادیگاه مشهور، از نظر نتیجه، یکسان می‌شود و گاهی متفاوت. هرچه مخرج کسر در نسبت میان قیمت کالای سالم و کالای معیّب از نظر کارشناسان بیشتر شود، نتیجه روش ایشان از نتیجه راه دوم مشهور کمتر می‌شود و در حالت عکس، از نتیجه راه نخست روش مشهور، بیشتر. ظاهراً روش شیخ مفید نسبت به هر دو راه محاسبه در روش مشهور، دقیق‌تر و در مقام اجرا نیکوتر است. بنابراین، مخدوش بودن روش مشهور فقها در محاسبه ارش، علاوه بر دلیلی که پیشتر (در بحث طریقیّت و سببیّت امارات) گفته شد، به دلیل اشتباه محاسباتی و ردّ روش شیخ مفید، تنها به موجب همان دلیل پیشین است، که در صورت اعتقاد به طریقیّت امارات، دو اماره، لاجرم متساقط می‌گردند و تنها بر مبنای مسلک سببیّت است که تساقط رخ نداده و نوبت به این راه حلّ‌ها خواهد رسید.

۵. دلایل خاص جهت تعیین ارزش در فرض مسأله

بر اساس قواعد عام، از نظر محققین متأخر همچون صاحب کفایه، میرزای نائینی و علامه مظفر، اگر دو دلیل یا دو اماره متعارض شوند، تساقط می‌کنند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۲/۲۹۱). بدین جهت که دلیل حجّیت اماره، اصل یا دیدگاه کارشناس، مطلق نیست و فرض تعارض را دربرنمی‌گیرد؛ بلکه درفرض تعارض، آن دلیل نسبت به حجّیت اماره ساکت است. بنابراین، اگر ادله شرعی، امارات و اصول عملیه با یکدیگر متعارض باشند، تساقط می‌کنند. سیدیزدی در این خصوص می‌گوید: «به نظر من تساقط، محتمل است و رجوع به اصل می‌شود یا از جهت این که رجوع به اصل در هنگام تعارض دودلیل و یا دواماره، مقتضای قاعده است؛ و یا بجهت قصور دلیل حجّیت بیته، از شمول فرض تعارض (یزدی، ۱۴۱۰ق: ۲/۱۰۳). درفرض تعارض دودلیل، صورت قول به عدم تساقط و اطلاق دلیل حجّیت امارات نسبت به فرض تعارض، مستلزم بررسی کیفیت جعل حجّیت برای امارات از جانب شارع خواهد بود. بدین معنا که باید دید که درباب حجّیت امارات، مسلک سببیت، پذیرفته است یا طریقت. چه، پذیرش طریقت امارات از یک سو، و قول به عدم تساقط دواماره متعارض از سوی دیگر، مصداق جمع دونقیض و محال است و با توضیحات ذیل، بمعنای پذیرش سببیت امارات.

۵/۱. **اختلاف نظر کارشناسان بر اساس طریقت امارات**؛ قول به طریقت، مقتضی آن است که در صورت تعارض دویته، هر دو، طریقت به واقع، نداشته و تساقط کنند. درفرض امکان جمع عرفی نیز باید گفت: اساساً تعارضی درکار نیست؛ وگرنه، تساقط جریان دارد (مظفر، ۱۳۸۸: ۴۰۶/۲). باید توجه داشت که بیان شیخ انصاری درخصوص جمع میان آن دو به اندازه امکان (انصاری، ۱۳۷۵ق: ۲۷۳)، جمعی غیرعرفی بوده، بمعنای جمع تبرّعی و مردود است؛ که پیشتر بیان شد.

۵/۲. **اختلاف نظر کارشناسان بر اساس سببیت امارات**؛ درفرض سببیت، بایکی از

دو بیان زیر می‌توان قائل به تخییر بود:

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

ب) عدم قبول ترتّب وقول به ایجاد ملاک درمدلول دلیل، هنگام تراحم. بنابراین، تساقط، امکان پذیر نخواهد بود، زیرا بنا بفرض، تنها یکی از دودلیل، واجد ملاک است. از سوی دیگر، امکان اخذ هر دو نیست. پس تخییر متعیّن می گردد.

به دیگر سخن، در صورت قول به سببیت، امکان قول به تخییر براساس ترتّب ویا غیرآن وجود دارد، زیرا هر دو ملاک دارد. این مطلب، پیرامون حکم تکلیفی است. اما موضوع نوشتار (ارش) حکمی وضعی است که تخییر درآن، بی معنا است؛ چه، در بحث حاضر، تخییر، مقتضای تضییع حقّ احد اطراف دعوی خواهد بود. نتیجه آن که پیروی از دیدگاه شیخ در اخذ به نصف نظر هریک از دو کارشناس، مقتضای مبنای بودن دو امر است: ۱. دلیل حجّیت ادله و امارات، صورت تعارض را نیز دربرگیرد. ۲. جعل حجّیت در امارات، تنها بر مبنای سببیت، صحیح بوده وقول به طریقیّت، با جمع عرفی در تناقض باشد.^۱

۳/۵. تفصیل اختلاف دو اماره: شیخ انصاری در مورد مقتضای اصل اوّلی در متعارضین بین مبنای سببیت و طریقیّت در امارات قائل به تفصیل شده و می گوید: اگر در مورد امارات قول به طریقیّت اخذ شود که امارات مجرّد طریق به واقع هستند و هیچ گونه مصلحتی در متعلّق امارات اخذ نمی شود، مقتضای قاعده و اصل اوّلی در متعارضین تساقط خواهد بود؛ چون نسبت به طریق به واقع اختلاف رخ می دهد و با ایجاد اختلاف در طریق، هر دو طریق تعارض خواهند کرد فلذا تساقط رخ می دهد.

^۱ حال آن که به نظر می رسد صرف نظر از این که این مطالب مربوط به حکم تکلیفی و بیگانه از بحث حاضر می نماید، هر دو امر فوق: مردود است. التزام به اخذ نصف هریک از دو نظر هم در مواردی است که گواهان برای ثبوت باشند، یعنی شهود یک طرف شهادت به ثبوت ملکیت برای وی وشهود طرف مقابل شهادت به مالک بودن برای همان طرف مقابل می دهند. چنین بینهای برمسأله مورد بحث (ارش)، که اختلاف در اقل و اکثر است، منطبق نیست. چه، در اقل، نزاعی نیست ونزاع درمآزاد برآن است. بدین معنا که کارشناس معتقد به اکثر، اقل را تکذیب نمی کند. براین اساس، استشهاد شیخ انصاری به نظر شهید ثانی مبنی بر تنصیف در فرض تعارض دو بینه غیر قابل پذیرش است.

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 تخییر 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، تخییر ثابت می‌شود (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۴، صص ۳۳ تا ۳۹).

بنابراین از آنجا که ما قائل به طریقت امارات هستیم، به مقتضای قاعده و اصل اولی تساقط رخ می‌دهد.

۴/۵. **بررسی احادیث باب تداعی**؛ برای فرض تداعی، احادیث زیاد و متفاوتی درباره تعارض دو بینه دردمست است که بیشتر آن‌ها دلالت بر عمل بر طبق قرعه دارند (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۴۱؛ همو، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۳۷؛ اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص ۲۱۸). شماری از آن‌ها نیز حکم به تنصیف مال و بعضی دیگر حکم براساس عدالت داده‌اند. به نظر می‌رسد روایات باب تداعی، از مسأله مورد بحث، بیگانه است چه، تکیه آن‌ها بر مواردی است که دوخواهان، دلیلی بر حکم واقعی یا ظاهری ندارند. از همین رو، دستور بیشتر روایات، تنصیف مال یا قرعه است. اما اگر یکی از دوطرف، دلیلی داشته باشد، طبق همان، عمل می‌شود. درمسأله مورد بحث، بایع، به اصل براءت استناد می‌کند. بنابراین، مقدار متیقن (اقل)، متعین بوده و نسبت به اکثر نیز براءت جاری است. بنابراین، ادله خاص روایی نیز به کار نیامده، قابلیت اثبات لزوم تنصیف یا قرعه را درمسأله ارش، ندارد.

روش پیشنهادی نگارنده

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 مشترکند، اما یکی نسبت به دیگری، اجزاء یا شرایط بیشتری دارد. منظور از اقل و اکثر استقلال هم آن است که دو موضوع هریک بطور جداگانه دارای امثالی خاص می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۰۱ق: ۵۰۷/۲؛ نجفی، ۱۴۲۸ق: ۱۸۵). اما اقل و اکثر ارتباطی به این معناست که درعالم واقع، تنها یک تکلیف وجود داشته و درنتیجه نسبت به موضوع اقل و اکثر، تنها یک امثال یا یک عصیان را می‌توان لحاظ کرد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق: ۱۱۵/۱؛ کوه کمری، ۱۴۱۳ق: ۵۸)؛ براین اساس، اگر موضوع تکلیف، فعل اکثر باشد، انجام اقل، منتهی به هیچ عصیان یا امثالی نیست. شاهد هم درخصوص اجرای براءت نسبت به مازاد درمورد

بحث، اقل واکثر استقلالی است. درچنین صورتی با اتیان قدرمتیقن، ذمه بایع نسبت به آن، برئ شده و درخصوص زائد برآن هم برئ است. تمامی اصولیان درخصوص جریان برائت درپیش از اقل، هم‌داستانند. مراد، زمانی است که اعتبار جزء یا شرط خاصی درموضوع تکلیف، مشکوک است. حتی دراقل واکثر ارتباطی نیز برخی از عالمان اصول، معتقدند که بااتیان اقل، ذمه شخص برئ شده، نسبت به اکثر، برائت جاری می‌شود (خراسانی، ۱۴۴۲ق: ۱۷۵/۲). بنابراین، بطریق اولی دراقل واکثر استقلالی، باید چنین باشد. گفتنی است که نگاه نگارنده، از روشی که شیخ انصاری تنها بعنوان یک احتمال (اخذ اقل) مطرح نموده، متفاوت است؛ چه، درآن روش، اصل برائت، مرجح دیدگاه کارشناس قائل به اقل است؛ اما دراین نگاه، نظر مقومان، تساقط کرده، پس ازآن، اصل برائت جاری شده، به پرداخت اقل ارش (قدر متیقن) حکم می‌شود. درروش اخذ اقل، نظر کارشناس قائل به اقل، برنظر کارشناس قائل به اکثر ترجیح داده می‌شود که به دلیل مرجح دانسته شدن اصل دراین روش، به نظر می‌رسد چنین ترجیحی بلامرجح و قبیح است. حال آن‌که درروش برگزیده، باپرهیز از ترجیح بلامرجح، به مدد اصل عملی- پس از یأس از نتیجه بخشی اماره درفرض طریقت- اقل (قدر متیقن) را برمی‌گزینیم.

نتیجه‌گیری

در تعیین مقدار ارش درفرض اختلاف نظر کارشناسان، روش مشهور و قانون مدنی، اخذ حد وسط دیدگاه کارشناسان، بایپاده‌سازی قاعده «الجمع مهما أمکن...» می‌باشد، باختلافی درکیفیت اجرا. اما چنین جمعی، تبرعی است و درصورت عدم امکان جمع عرفی، باید قائل به تساقط دودلیل بود و تنها درصورتی می‌توان قائل به عدم تساقط دودلیل شد که در مبانی اصولی حجیت امارات، مسلک سببیت پذیرفته شود. درفرض طریقت امارات هم دواماره قابلیت طریقت به واقع را نداشته و بر این اساس، دیدگاه‌های مختلف کارشناسان، تساقط می‌کند؛ در حالی که بنا بر مسلک سببیت، دو اماره تساقط نمی‌کنند. بر مبنای ترتب هم پس از ترک یکی، دیگری، فعلیت یافته و نظر او ملاک قرار می‌گیرد. بر مبنای جمع نیز، دیدگاه‌های مختلف کارشناسان، بعنوان اماره، دارای ملاک خواهد بود. افزون بر روش مشهور روش‌های دیگری نیز پیشنهاد شده است؛ ازجمله: اخذ اقل، اخذ اکثر، مصالحه، تخیر دادرش و نیز قرعه؛ که هریک، بررسی و مورد نقد قرار می‌گیرند. روش برگزیده مبنی بر بینه‌بودن 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، براءت، جاری می‌شود. تفاوت این روش باروش اخذ اقل، آن است که در آن، اصل عملی، مرجح یکی از دو اماره می‌شود، درحالی که در روش برگزیده، پس از تساقط، اماره‌ای نمی‌ماند تا یکی بردیگری ترجیح داده شود.

با سپاس از جمیع علمای متقدم و متأخر.

فهرست منابع

* القرآن الکریم، تنزیل من رب العالمین.

کتاب‌ها:

- ۱- ابن منظور، ابوالفضل. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر.
- ۲- اراکی، محمدعلی. (۱۳۷۵). اصول الفقه. قم: در راه حق.
- ۳- اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة. قم: انتشارات اسلامی.
- ۴- اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳ق). فقه القضاء. قم: بی نا.
- ۵- اصبحی، مالک. (۱۴۱۹ق). المدونة الكبرى. بی جا: بی نا.
- ۶- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق). حاشية المكاسب. قم: علمیة.
- ۷- اصفهانی، محمدحسین، نهاية الدراية، اول، قم: ذوي القربى، ۱۴۴۲ق.
- ۸- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، پنجم، قم: مجمع الفکر، ۱۴۲۸ق.
- ۹- انصاری، مرتضی، المكاسب، دوم، تبریز: النشر الاسلامی، ۱۳۷۵ق.
- ۱۰- بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهية، اول، قم: الهادی، ۱۴۱۹ق.
- ۱۱- بجنوردی، سیدحسن، منتهی الاصول، اول، تهران: عروج، ۱۳۸۰.
- ۱۲- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، اول، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- ۱۳- بحرانی، یوسف، الدرر التجفیة، اول، بیروت: دارالمصطفی (ص)، ۱۴۲۳ق.

- ۱۴- برقی، ابوجعفر، المحاسن، دوم، قم: الاسلامیه، ۱۳۷۱ق.
- ۱۵- بروجردی، سیدمهدی، الفوائد الرجائیة، اول، تهران: الصادق(ع)، ۱۴۰۵ق.
- ۱۶- جصاص، ابوبکر، احکام القرآن، دوم، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۵ق.
- ۱۷- جوهری، اسماعیل، تاج اللغة و صحاح العربیة، اول، بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۰ق.
- ۱۸- حائری، سیدعلی، ریاض المسائل، اول، قم: آل البيت(ع)، ۱۴۱۸ق.
- ۱۹- حائری، سیدکاظم، القضاء، اول، قم: اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ق.
- ۲۰- حائری، محمدحسین، الفصول الغرویة، اول، قم: إحياء العلوم، ۱۴۰۴ق.
- ۲۱- حرّعاملی، الفوائد الطوسیة، اول، قم: علمیّه، ۱۴۰۳ق.
- ۲۲- حرّعاملی، وسائل الشیعه، اول، قم: آل البيت(ع)، ۱۴۰۹ق.
- ۲۳- حبیبی، مرتضی، عناية الاصول، چهارم، قم: بی نا، ۱۴۰۰ق.
- ۲۴- حمیری، نشوان، شمس العلوم، اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۰ق.
- ۲۵- حیدری، سیدعلیق، أصول الاستنباط، اول، قم: الحوزة العلمیة، ۱۴۱۲ق.
- ۲۶- خامنه‌ای، سیدعلی، غناء و موسیقی، اول، تهران: مؤسسه آثار امام خامنه‌ای، ۱۳۹۶.
- ۲۷- خراسانی، محمدکاظم، کفایة الأصول، دوازدهم، قم: مجمع الفکر، ۱۴۴۲ق.
- ۲۸- خمینی، روح الله، تحریر الوسيلة، دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۳۹۰ق.
- ۲۹- خمینی، سید مصطفی، الخيارات، اول، قم: مؤسسه آثار امام خمینی(ره)، بی تا.
- ۳۰- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، دوم، قم: حقوق اسلامی، ۱۳۹۷.
- ۳۱- خویی، سید ابوالقاسم، معجم رجال الحديث، اول، بیجا: بینا، بی تا.
- ۳۲- سبحانی، جعفر، ضیاء الناظر، اول، قم: امام صادق(ع)، ۱۴۱۸ق.
- ۳۳- شفیعی، جمشید، شرح رسائل، سوم، اصفهان: خاتم الانبیاء(ص)، ۱۳۸۷.
- ۳۴- صادقی، محمدهادی، جرایم علیه اشخاص، اول، تهران: میزان، ۱۳۷۶.
- ۳۵- صدوق، محمد. (۱۴۱۵ق). المقنع. قم: امام هادی(ع).
- ۳۶- صدوق، محمد. (۱۴۱۳ق). فقیه من لایحضره الفقیه قم: انتشارات اسلامی.
- ۳۷- طوسی، محمد. (۱۳۹۰ق). الاستبصار. تهران: دارالکتب.

- ۳۸- طوسی، محمد. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحكام. تهران: دارالکتب.
- ۳۹- طوسی، محمد. (۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: حیدریه.
- ۴۰- شهید ثانی، زین الدین. (۱۳۸۵). الزوضه البهیة. قم: بوستان کتاب.
- ۴۱- شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۹ق). فوائد القواعد. قم: دفتر تبلیغات.
- ۴۲- عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة. قم: انتشارات اسلامی.
- ۴۳- شهید اول، محمد. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة. قم: انتشارات اسلامی.
- ۴۴- عاملی کرکی، علی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. قم: آل البيت (ع).
- ۴۵- عراقی، ضیاء الدین. (۱۴۱۷ق). نهاية الأفكار. قم: انتشارات اسلامی.
- ۴۶- علامه حلی، حسن، تذکرة الفقهاء، اول، قم: آل البيت (ع)، بی تا.
- ۴۷- علامه حلی، حسن، تحریر الأحکام، اول، قم: امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
- ۴۸- علامه حلی، حسن، قواعد الأحکام، اول، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ۴۹- فاضل آبی، کشف الزمور، سوم، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- ۵۰- فاضل مقداد، جمال الدین، کثر العرفان، ششم، قم: مرتضویه (ع)، ۱۴۲۹ق.
- ۵۱- فراهیدی، خلیل، العین، دوم، قم: الهلال، بی تا.
- ۵۲- فیروزآبادی، سید مرتضی، القواعد الفقهیة، چهارم، قم: بی تا، ۱۴۰۰ق.
- ۵۳- فیروزآبادی، مجد الدین، القاموس المحيط، اول، بیروت: دارالعلم، بی تا.
- ۵۴- فیض کاشانی، محمد محسن، الشافی، اول، تهران: اللوح المحفوظ، ۱۴۲۵ق.
- ۵۵- قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، ششم، تهران: دارالکتب، ۱۴۱۲ق.
- ۵۶- قمی، ابن قولویه، کامل الزیارات، اول، نجف اشرف: بی تا، ۱۳۹۸ق.
- ۵۷- کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، دهم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- ۵۸- کاشف الغطاء، احمد، سفینه النجاة، اول، نجف اشرف: بی تا، ۱۴۲۳ق.
- ۵۹- کرباسی، محمد ابراهیم، إشارات الأصول، اول، بی جا: بی تا، بی تا.
- ۶۰- کشی، ابو عمرو، رجال الکشی، اول، مشهد: دانشگاه مشهد، ۱۴۰۹ق.
- ۶۱- کلینی، محمد، الکافی، چهارم، تهران: دارالکتب، ۱۴۰۷ق.
- ۶۲- کوه کمری، سید محمد، اللباس المشکوک، اول، قم: محقق، ۱۴۱۳ق.
- ۶۳- گلپایگانی، سید محمد رضا، القضاء والشهادات، اول، قم: حقایق، بی تا.

- ۶۴- گلبایگانی، سید محمد رضا. (بی‌تا). الحج. قم: بی‌نا.
- ۶۵- قمی، ابوالقاسم. (۱۴۲۷ق). رسائل. قم: دفتر تبلیغات.
- ۶۶- لنگرودی، سید محمد حسن. (۱۴۱۲ق). الدرر النضید. قم: انصاریان.
- ۶۷- مامقانی. (۱۴۰۹ق). تنقیح المقال فی علم الرجال. قم: محقق.
- ۶۸- مجلسی، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقین. قم: کوشانپور.
- ۶۹- مجلسی، محمد باقر. (۱۴۱۰ق). بحار الأنوار. بیروت: النشر.
- ۷۰- محقق حلّی، جعفر. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام. قم: اسماعیلیان.
- ۷۱- محقق حلّی، جعفر. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع. قم: الدینیّة.
- ۷۲- محقق داماد، سید محمد. (۱۴۰۱ق). الحج. قم: مهر.
- ۷۳- مراغی، میر سید عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیّة. قم: انتشارات اسلامی.
- ۷۴- مرعشی، سید شهاب الدین. (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین. قم: آیت الله مرعشی.
- ۷۵- مظفر، محمد رضا. (۱۳۸۴). أصول الفقه. قم: دارالفکر.
- ۷۶- معروف، یحیی، فن ترجمه هفتم، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
- ۷۷- مفید، محمد، المقتنعه، اول، قم: هزاره مفید، ۱۴۱۳ق.
- ۷۸- مکارم، ناصر، القواعد الفقهیّة، سوم، قم: مدرسه امام علی (ع)، ۱۳۷۰.
- ۷۹- قانون آئین دادرسی مدنی، چاپ چهل و پنجم، تهران: دوران، ۱۳۹۱.
- ۸۰- قانون مجازات اسلامی، چاپ صد و چهل و دوم، تهران: دیدار، ۱۳۹۵.
- ۸۱- قانون مدنی، چاپ شصت و هشتم، تهران: دیدار، ۱۳۸۹.
- ۸۲- نجاشی، احمد، الرجال، اول، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- ۸۳- نجفی، محمد جواد، الرسائل الفقهیّة، اول، قم: الثقافة الإسلامیّة، ۱۴۲۸ق.
- ۸۴- نراقی، احمد. (۱۴۱۷ق). عوائد الايام. قم: دفتر تبلیغات.
- ۸۵- نوری، حسن. (بی‌تا). خاتمة المستدرک. قم: آل البيت (ع).
- ۸۶- واسطی، محبّ الدین. (۱۴۱۴ق). تاج العروس. بیروت: دارالفکر.
- ۸۷- یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۰ق). حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان.

مقاله‌ها:

۸۸- ایزدی فرد، علی اکبر؛ فلاح، مهدی. (۱۳۹۴). تأملی درباره ماهیت و مبنای

ارش مدنی. مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹ شماره (۹۰)، ص ۳۷ تا ۵۵.

<https://doi.org/10.22106/jlj.2015.14388>

۸۹- جلالی، مهدی. (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی روش ابن غضایری، شیخ طوسی و

نجاشی در تعامل با راویان غیر امامی. علوم حدیث، دوره ۲۱ شماره (۷۹)، ص ۱۴۴ تا

Jr_hdis-21-79_007.۱۶۷

A critical study of calculation methods of Civil Arsh, in the assumption of experts' disagreement

Abstract

If it turns out that the traded goods were defective when the contract was concluded, the recipient will be free between the termination of the contract and the taking of the throne. In Article 428, the civil lawmaker has considered the mid-range of prices as valid in the event that experts disagree in determining the amount of Arsh. The following article, relying on the jurisprudential and fundamental principles of the civil code in the current discussion, aims to explain and prove, by researching the point of view of the jurists and examining the documents of each, the taking of the minimum amount and the implementation of acquittal in excess of it as a selected opinion. The present article aimed to explain and prove the chosen opinion which is to obtain the minimum of the not-specified atonement and implement the acquittance in excess of it through comparing the statements of the jurists and assuming the experts' disagreement in determining the not-specified atonement and examining the documents of each one. In the present descriptive and analytical article, after the definition of not-specified atonement, the necessity of general rules as well as specific evidences in the issue will be examined separately. In the general rules section, it is proved that there is no difference between testimony and knowing the opinion of an expert. Then, the proposed solutions to calculate the not-specified atonement in the studied hypothesis are examined and finally, the aforementioned disagreement is considered to be a clear example

of the rule of ignoring the conflicting arguments, and it has been concluded that the requirement to accept the famous opinion, based on the necessity of calculating the average opinion of experts, is to accept the application of the proof of the validity of the circumstantial evidence and the profession of causality.

Keywords:

Acquittal, Article 428 of Iranian civil code, Compensation of defect (Arsh), Conflict, expert, News Testimony, Sheikh Ansari.

نسخه پیش از انتشار