



ارش مبيع معيوب در صورت اختلاف کارشناسان

پديدآورده (ها) : منتظر قائم، مهدي

حقوق :: ديدگاه های حقوق قضايی :: تابستان 1390 - شماره 54

از 151 تا 178

آدرس ثابت : <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/862846>

دانلود شده توسط : رحمان قاسمی

تاریخ دانلود : 03/02/1396

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه **قوانین و مقررات** استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

www.noormags.ir

ارش مبيع معيوب در صورت اختلاف کارشناسان

مهدی منتظر قائم^۱

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۱۲/۲۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۰/۲/۱۰)

چکیده:

هنگامی که مشتری متوجه می‌شود، مبيع معینی که خریده معيوب بوده است، اگر بخواهد ارش بگیرد، به اتفاق نظر فقها، برای محاسبه ارش باید قیمت همان مبيع را در دو حالت سالم بودن و معيوب بودن به دست آورد. در این صورت، اگر برای قیمت گذاری به چند مقوم مساوی رجوع و قیمت‌های متفاوت ارائه شود، بنا بر آیین دادرسی مدنی باید نظر اکثریت کارشناسان ملاک عمل قرار گیرد، ولی به نظر مشهور فقها و قانون مدنی اقوال همه مقومان معتبر است و باید بین آنها جمع نمود. برای نحوه جمع دو طریق ارائه شده است. در طریق اول (طریق مشهور فقها و قانون مدنی)، حد وسط قیمت‌های مبيع سالم و معيوب، و در طریق دوم (طریق شهید ثانی)، حد وسط ارش‌ها محاسبه می‌شود. این مقاله توضیح می‌دهد که اولاً باید بین انظار مقومان جمع کرد، ثانیاً تنها راه درست جمع، طریق دوم (تعیین حد وسط ارش‌ها) است. بنابراین نظر آیین دادرسی مدنی (در ترجیح نظر اکثریت) و قانون مدنی (در تعیین حد وسط قیمت‌ها) قابل اشکال است.

واژگان کلیدی: ارش، مبيع معيوب، اختلاف کارشناسان، حد وسط.

۱- دکترای فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی.

۱- مقدمه:

۱-۱- صورت مسأله:

بیعی صورت گرفته که مبیعش عین معین بوده و مشتری آن را به عنوان مبیع سالم خریده، بعد فهمیده معیوب بوده است و اکنون می‌خواهد از بایع ارش بگیرد. مبیع مورد نظر، قیمی است و متبایعین برای تقویم آن در حالت سالم بودن و معیوب بودن، روی نظر یک مقوم توافق ندارند و مقومان قیمت‌های مختلف ارائه داده‌اند. در این صورت (که ممکن است در مورد ثمن معین نیز پیش آید) راه درست محاسبه ارش چیست؟

۱-۲- ضرورت حل مسأله و هدف از آن:

در مسأله مورد بحث، اگر راه محاسبه ارش به عهده طرفین باشد، به طور غالب، توافق حاصل نمی‌شود و دعوی فیصله نمی‌یابد. راه‌های مختلف محاسبه ارش، در معاملات بزرگ، نتایج بسیار متفاوتی را ارائه می‌دهد و مسئولیت حفاظت از حقوق مردم در مرحله قانونگذاری، قانونگذار را وادار می‌دارد که بهترین راه را به طور دقیق معین نماید. هر راهی که برای محاسبه ارش ارائه شود نیازمند تقویم مبیع سالم و معیوب است. فقها با توجه به آن، در صورت وجود مقوم واحد یا اتفاق نظر مقومان، به محاسبه ارش پرداخته‌اند و بین آنان اختلاف نظری وجود ندارد.^۱ قانون مدنی نیز، به تبع فقه آن را محاسبه کرده است (ماده ۴۲۷ قانون مدنی). اما در صورت عدم توافق طرفین بر نظر یک

۱- به عنوان نمونه، ر.ک به: حلی، ۱۴۱۰ ه.ق، ۲۹۶- شهید اول، ۱۴۱۱ ه.ق، ۱۰۹- شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه.ق، ۴۷۴- طباطبایی، ۱۴۱۲ ه.ق، ۲۷. قبل از این فقیهان: شیخ مفید (ر.ک به: شیخ مفید، ۱۴۱۰ ه.ق، ۵۹۷) و شیخ طوسی (ر.ک به: [بی تا]، ۳۹۲) نیز فرمول محاسبه ارش را بیان کرده ولی علت عدم محاسبه تفاوت قیمت سالم و معیوب را ذکر نکرده‌اند. البته تنها در یک صورت، تفاوت قیمت سالم و معیوب را می‌توان به عنوان ارش در نظر گرفت و نیاز به نسبت سنجی ندارد و آن، وقتی است که ثمن با قیمت سالم مساوی باشد.

مقوم و اختلاف نظر مقومان چه باید کرد؟ صاحب جواهر پنج راه (ر.ک به: نجفی، ۱۳۶۵، ۲۹۰: ۱- صلح ۲- اکتفا به اقل ۳- قرعه ۴- نظر حاکم ۵- جمع بین اقوال مقومان) و شیخ انصاری شش راه (ر.ک به: انصاری، ۴۰۵ ه.ق): ۱- اکتفا به اقل ۲- اخذ اکثر ۳- قرعه ۴- صلح ۵- نظر حاکم ۶- جمع بین قیمت‌ها) ارائه داده‌اند. مشهور فقها و قانون مدنی (ماده ۴۲۸)، حد وسط قیمت‌ها، شهید ثانی و شیخ انصاری حد وسط ارش‌ها، آقا مصطفی خمینی جمع بین دلالت مطابقی و تضمنی، آیه الله خوئی و امام خمینی کمترین مقدار ارش و آیین دادرسی مدنی (ماده ۲۵۸) نظر اکثریت را معتبر دانسته‌اند. از این رو لازم است اختلاف طرق محاسبه بیشتر مورد بحث قرار گیرد و دست کم، بین این پنج نظر داوری شود.

۱-۳- ناریخچه مسأله:

۱-۳-۱- مستند روایی:

در مسأله مورد بحث، هیچ روایتی نقل نشده، ولی در مورد اختلاف قیمت اضحیه در زمان‌های مختلف، یک روایت وارد شده است: «عبدالله بن عمر گفت: مکه بودیم و با گرانی قیمت گوسفند قربانی مواجه شدیم. ابتدا با یک دینار گوسفند می‌خریدیم، بعد به دو دینار، تا رسید به هفت دینار. بعد هم کمیاب و نایاب شد. هشام مکاری به ابوالحسن علیه‌السلام نامه نوشت و به او خبر داد که گوسفند را به چه مبالغی خریده‌ایم و بعد نایاب شده است. امام علیه‌السلام به او نوشتند: «ثمن اول، دوم و سوم را جمع کنید و به اندازه یک سوم آن را صدقه بدهید» (شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ۲۳۸). شیخ طوسی، به مضمون این روایت عمل کرده و صاحب جواهر می‌فرماید: فقها در مسأله قربانی به این روایت فتوا داده‌اند (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۹۴).

چون روایتی در خصوص این مسأله در مجامع روایی شیعه وارد نشده است، فقهای که فقه را بر اساس روایات نوشته‌اند نیز این مسأله را ذکر نکرده‌اند.

۱-۳-۲- سابقه فتوایی^۱:

متقدمان:

هیچ کدام از فقهای متقدم تا زمان ابن ادریس، به جز شیخ مفید، سلار و شیخ طوسی این مسأله را مطرح نکرده‌اند: شیخ مفید، (شیخ مفید، ۱۴۱۰ ه.ق، ۵۹۷)، سلار بن عبدالعزیز، (سلار، ۱۴۱۴ ه.ق، ۱۷۵) و شیخ طوسی، (شیخ طوسی، [بی تا]، ۳۹۳) می‌فرمایند: برای تعیین ارش به اهل خبره رجوع می‌شود و در صورت اختلاف آنان به معدل اقوالشان عمل می‌شود.

متأخران:

ابن ادریس، (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۲/۲۹۷)، محقق حلی، (محقق حلی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۲/۲۹۳؛ ۱۴۱۰، ۱۲۶)، فاضل الآبی، (فاضل الآبی، ۱۴۰۸، ۱/۴۸۲)، علامه حلی، (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۲/۷۵)، فخر المحققین، (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ۱/۴۹۴) و شهید اول، (شهید اول، ۱۴۱۱، ۱۰۹) مانند شیخ مفید معتقدند: اگر خبرگان در قیمت مبیع صحیح یا معیوب اختلاف نظر داشته باشند، باید به قیمت متوسط رجوع شود. شهید اول می‌فرماید: اگر قیمت‌هایی که مقومان می‌گویند با هم فرق داشته باشد، قیمتی که با قیمت‌های دیگر نسبت مساوی داشته باشد اخذ می‌شود. بنابر این، از دو قیمت متفاوت، یک دوم آن‌ها و از پنج قیمت یک پنجم آن‌ها اخذ می‌شود (همان). ابن فهد حلی می‌فرماید در صورت اختلاف اهل خبره باید به قیمت وسط رجوع شود. (ابن فهد حلی،

۱- اقوال فقها از میان بیش از ۷۰۰ جلد کتاب فقهی در دسترس استخراج شده است.

۱۴۱۱، ۴/۲۳۳۵). محقق کرکی می‌فرماید: منظور علامه از قیمت اوسط را توضیح می‌دهد و مثل شهید اول، نحوه معدل‌گیری را بیان می‌کند (محقق ثانی، ۱۴۰۸، ۴/۳۳۵).

شیخ ابراهیم بحرانی (صاحب کتاب ایضاح النافع)، تنها طریق درست محاسبه ارش را، محاسبه حد وسط ارش‌ها دانسته است (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳/۲۹۱). شهید ثانی، بعد از توضیح طریق شهید اول، آن را طریق معروف دانسته و برای آن سه راه حل ارائه داده است (ر.ک به: شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه.ق، ۴۷۵-۴۸۶). وی طریق حد وسط ارش‌ها را نیز مطرح کرده ولی قائل آن را معرفی نکرده است!

او برای این طریق دو راه حل ارائه داده است. وی بین این دو طریق داوری نکرده و هیچ کدام را بر دیگری ترجیح نداده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳/۴۷۸). محقق اردبیلی، به توضیح سخن علامه در ارشاد الاذهان اکتفا کرده است (محقق اردبیلی، [بی تا]، ۸/۴۲۶).

سید محمد جواد حسینی عاملی، (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ۱۰/۱۰۸۸)، سید علی طباطبایی، (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۸/۲۷۵) و صاحب جواهر، (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳/۲۹۰) نیز هر دو طریق شهیدین را ذکر کرده ولی هیچ کدام را ترجیح داده‌اند.

۱- عده‌ای از فقهای بعد از شهید ثانی احتمال داده‌اند که وی این طریق را از شیخ ابراهیم بحرانی نقل کرده است. این احتمال از دو جهت درست به نظر می‌رسد: اولاً، هر چند سال وفات بحرانی معین نیست ولی معاصر محقق کرکی بوده است. محقق کرکی در سال ۹۴۰ هجری و شهید ثانی در سال ۹۶۵ وفات نموده‌اند. احتمالاً شیخ ابراهیم بحرانی قبل از شهید ثانی وفات نموده یا فاصله سنی این دو نسبتاً زیاد بوده است. در هر صورت، به احتمال زیاد آرای شیخ ابراهیم در دسترس شهید ثانی بوده است. ثانیاً، فقها نامی از فقیه دیگری، که قبل از شهید ثانی این طریق را بیان کرده باشد، نبرده‌اند. احتمالاً نظر سلاز، که کلامش ظهور در طریق ثانی دارد، مورد توجه فقها قرار نگرفته است. به هر حال، در فقه طریق "محاسبه حد وسط ارش‌ها" به طریق شهید ثانی معروف است.

معاصران:

شیخ انصاری، ابتدا برای طریق شهید اول مثال می‌زند (انصاری، ۱۴۱۵، ۴۰۶/۵) بعد، طریق مشهور و شهید ثانی را به تفصیل بیان می‌فرماید و به طریق مشهور اشکال وارد می‌کند و طریق حد وسط ارش‌ها را ترجیح می‌دهد (همان، ۴۰۵ و ۴۰۸). سید ابوالحسن اصفهانی، نیز به همین طریق فتوی داده است (موسوی اصفهانی، ۱۳۸۰، ۳۵۵).

آخوند خراسانی، در این باره به جمع معتقد نیست و می‌فرماید: جمع در جایی که حقوق ثابت شده و مسلم با هم تزامم داشته باشند نه جایی که طرق اثبات حقوق با هم متعارض باشند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ۲۳۴).

سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، طریق شهید ثانی را اظهر بلکه متعین می‌داند و برای محاسبه آن راه اسهل و اخصری را ارائه می‌دهد (طباطبایی، [بی تا]، ۱۰۵/۲).

سید عبدالحسین لاری، می‌فرماید: مقتضای جمع بین حقین طریق مشهور است و روایت اضحیه نیز متضمن آن است (لاری، ۱۴۱۸، ۴۱۶/۲).

شیخ محمدحسین اصفهانی، (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱۰۰/۵) و میرزا فتاح شهیدی تبریزی، (شهیدی تبریزی، [بی تا]، ۵۶۰/۳) طریق شهید ثانی را درست می‌دانند. سید مصطفی خمینی، به تحصیل قیمت متوسط معتقد نیست و جمع بین دلالت‌های مطابقی و تضمینی اقوال مقومان را انتخاب کرده است (مصطفی خمینی، ۱۳۷۶، ۲۳۰/۱).

امام خمینی، (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۴۰/۵)، آیت‌الله خوئی، (توحیدی، ۱۳۶۸، ۲۸۹/۷) رجوع به ارش کمتر و برائت از زاید را ترجیح داده‌اند. البته امام خمینی در همین کتاب احتمال داده که بنا بر استناد به قاعده جمع باید اکثر را

ارش قرار داد (خمینی، [بی تا]، ۲۱۹/۵) و در کتاب فقهی غیر استدلالی خود احتیاط را در صلح دانسته و قرعه را نیز در بعضی از صور بعید ندانسته است (خمینی، ۱۳۷۹، ۵۰۵/۱).

سید عبدالاعلی سبزواری، شش وجه مطرح می کند و با مخدوش دانستن همه آنها تصالح را ترجیح می دهد (سبزواری، ۱۴۱۶، ۲۰۵/۱۷).

آیت الله شیخ محمد علی اراکی، رجوع به اقل را درست می داند (اراکی، ۱۴۱۴، ۴۳۸) ولی بنا بر قول به تنصیف طریق شهید ثانی را حق می داند (همان، ۴۴۰).

آیت الله سید محمد روحانی، (روحانی، ۱۴۲۰، ۲۲۰/۲) و شیخ علی کاشف الغطاء، معاصر، (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۱۶۱) رجوع به ارش اقل و برائت از زاید را درست دانسته اند.

آیت الله جواد بن علی تبریزی، (تبریزی، ۱۴۱۶، ۳۷۲/۴) و آیت الله سید محمد صادق روحانی، (روحانی، ۱۴۱۸، ۲۲۲/۶) راه شهید ثانی را متعین می دانند.

به طور خلاصه، همان طور که از تاریخچه فقهی این مسأله پیداست، از میان فقها، مفید، طوسی، ابن ادریس، محقق، فاضل الآبسی، علامه، فخر المحققین، شهید اول و لاری متوسط قیمت میع را در نظر گرفته اند. ان سلار، بحرانی، شیخ انصاری، سید ابوالحسن اصفهانی، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، شیخ محمد حسین اصفهانی، میرزا فتح شهیدی تبریزی و سید محمد صادق روحانی متوسط ارشها را ترجیح داده اند. شهید ثانی، حسینی عاملی، سید علی طباطبایی و صاحب جواهر هر دو طریق را مطرح کرده اند. سید روح الله خمینی، خوئی، شیخ محمد علی اراکی، سید محمد

روحانی و سید علی کاشف الغطا ارش اقل را ترجیح داده‌اند. سید مصطفی خمینی جمع بین دلالت مطابقی و تضمینی و سید عبدالاعلی سبزواری تصالح را برگزیده‌اند.

۱-۳-۳- مستند قانونی:

قانون مدنی در صورت اختلاف بین اهل خبره حد وسط قیمت‌ها را، که همان طریق مشهور یا طریق شهید اول است، معتبر می‌داند (ماده ۴۲۸ قانون مدنی).
 آیین دادرسی مدنی، به طور کلی در مواردی که نیاز به کارشناسی است، رجوع به کارشناس را (ابتداعاً یا به درخواست یکی از اصحاب دعوی) در اختیار دادگاه قرار می‌دهد (ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی جدید) و در صورت لزوم تعدد کارشناسان و اختلاف نظر آنان نظر اکثریت را معتبر می‌داند (ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی جدید و تبصره آن. همچنین رجوع کنید به ماده ۲۶۶ همین قانون). رویه قضایی، وحدت رویه و اداره کل حقوقی نیز قانون آیین دادرسی مدنی را تأیید کرده‌اند!

۲- راه حل‌های مختلف و بررسی آن‌ها:

۲-۱- "جمع بین دلالت‌های مطابقی و تضمینی قیمت‌ها" و بررسی آن:

آقا مصطفی خمینی جمع بین دلالت مطابقی و تضمینی اقوال مقومان را می‌پذیرد و این گونه استدلال می‌کند:

جمع بین اقوال مقومان به این صورت که در موردی که با دو قیمت ۹ و ۱۰ مواجهیم، حد وسط قیمت میع (یعنی ۹/۵) را بگیریم، خوب نیست ... [بلکه] بهتر است قول مقوم کمتر (یعنی ۹) را معیار قرار دهیم، زیرا قول مقوم

۱- رأی شماره ۱۹۰ مورخ ۱۳۲۲/۳/۹ رویه قضایی شعبه سوم دیوان عالی کشور و رای وحدت رویه شماره ۱۲۳۱/۷/۱۵۱ و نظریه اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه به شماره ۷/۵۶۵۳ در تاریخ ۱۳۸۳/۷/۲۹.

اول بالمطابقه و قول مقوم دوم بالتضمن بر آن دلالت دارد و ممکن است با قاعده عدل و انصاف هم تأیید شود. (مصطفی خمینی، ۱۳۷۶، ۱/۳۲۴-۳۲۰).

بررسی: ۱- جمع بین دلالت مطابقی و تضمینی، صحیح نیست، زیرا پشتوانه عقلایی ندارد. عقلاً، در موارد مختلف، به اعلم مقومان، اکثر مقومان و حد وسط آرای آنان رجوع می‌کنند، اما در موارد مردد بین اقل و اکثر به جمع دلالت مطابقی و تضمینی روی نمی‌آورند و فهمش نیز برایشان آسان نیست. بعید است بتوان گفت این گونه جمع، عقلایی و عرفی است اما هیچ فقیهی به آن دست نیافته و بین غیر فقها نیز رواج نیافته است. ۲- این گونه جمع، همیشه با *بینه اقل* (قیمت کمتر) موافق است و مستلزم عدم احتساب *بینه* اکثر در مقدار زاید است. در حالی که قول هر دو مقوم، یکسان حجت است و ممکن است بیانگر حق طرفین باشد. نتیجه این راه، همیشه با نتیجه راه برائت از زاید یکسان است و وقتی که رجوع به برائت موجب تضییع حق یکی از طرفین بشود، این راه نیز نمی‌تواند درست باشد.

۲-۲- "ارش کمتر" و بررسی آن:

امام خمینی می‌فرماید: نظر کارشناسان طریق به واقع است و در صورت تعارض تساقط می‌کنند و باید به اصل عملی برائت از زاید تمسک نمود (خمینی، ۱۴۱۰، ۱۴۰/۵). وی در رد استدلال به قاعده جمع می‌فرماید: این قاعده اختصاص دارد به روایات که یک روایت قرینه است بر روایت دیگر (همان، ۱۴۱).

بررسی: جریان قاعده جمع در مورد تعارض طرق، عقلایی است. از نظر عقلاً طرق متعارض در صورتی که قابل جمع باشند تساقط نمی‌کنند. همان طور که روایات در حکم کلام واحد و برای ما وسیله کشف واقع‌اند، نظر مجموع کارشناسان نیز از این جهت که در راستای کشف واقع است مثل

روایات است. جمع عرفی در روایات متعارض، حمل مطلق بر مقید و ... است و در ارش‌های متعدد حد وسط آن‌ها است. زیرا موجب اطمینان بیشتر برای دستیابی به ارش واقعی می‌شود.

آقای خوئی می‌فرماید: ارش کمتر، قدر متیقن و موافق با اصل برائت از زاید است (توحیدی، ۱۳۶۸، ۷/۲۹۰). ایشان مبنای مشهور را در محاسبه ارش درست نمی‌داند و می‌فرماید: ۱- همان‌طور که شیخ می‌فرماید، قاعده جمع در مرافعات مالی بر طبق سیره عقلا است، اما در این مسأله چون اقل و اکثر وجود دارد، اقل قدر متیقن است و در "اشتغال ذمه به زاید" شک داریم، نوبت به قاعده جمع نمی‌رسد (همان، ۲۸۹-۲۹۰). ۲- قاعده عدل و انصاف نیز عقلایی است و در حقوق مالی جریان دارد و نظیر آن در اخبار هم آمده است، مثل این که امام فرموده است به هر یک از دو وَدَعی نصف درهم داده شود، زیرا برای این که علم پیدا کنیم که مال به صاحبش داده شده است باید نصف آن را به دیگری بدهیم؛ اما ارش، حق مالی نیست. زیرا ارش فقط با مطالبه ثابت می‌شود و مشتری نمی‌تواند بیش از قدر متیقن را مطالبه نماید زیرا "اکثر" مشکوک است (همان، ۲۹۲-۲۹۳).

بررسی: ۱- در این مسأله قدر متیقنی که باید با بایع به مشتری پردازد و با پرداخت آن از عهده و ذمه خود رفع تکلیف کند وجود ندارد. زیرا هیچ کس علم ندارد که مقدار اقل ارش است، بلکه ممکن است ارش، کمتر از آن باشد. مقدار اقل، "قدر متفق نظر کارشناسان" است نه "قدر متیقن و معلوم بدهی بایع به مشتری". زیرا کارشناسان قیمت میبایع را به تخمین می‌گویند، نه به علم. اگر مشتری مدعی بود که، به طور مثال، حق من ۱۰۰ تومان است ولی نمی‌توانست برای بیش از ۸۰ تومان مدرک ارائه دهد می‌توانستیم بگوییم نسبت به ۲۰ تومان

زاید شک داریم و به برائت ذمه بایع از آن حکم می‌کنیم. اما این‌جا مشتری نسبت به مبلغ معینی ادعا ندارد، او خواهان ارش است که حق اوست و کارشناسان تلاش می‌کنند تا آن را حدس بزنند. ۲- درست است که ارش میبع معیوب با مطالبه مشتری بر عهده بایع می‌رود، ولی مشتری طالب مبلغ معینی نیست. او طالب جبران نقصی است که به او وارد شده است و چون هیچ‌کس از مقدار این نقص آگاه نیست به سراغ مقوم یا مقومان می‌رود تا آن را حدس بزنند. پس مشتری از بایع یا از دادگاه ارش مطالبه می‌نماید و در صورت عدم رضایت به نظر یک مقوم، باید به کمک مقومان متعدد برای دستیابی به مقداری که نزدیک‌تر به ارش واقعی است تلاش شود.

۲-۳- "نظر اکثریت کارشناسان" و بررسی آن:

بنا بر قانون جدید آیین دادرسی مدنی، «در صورت لزوم تعدد کارشناسان، عده منتخبین باید فرد باشد تا در صورت اختلاف نظر، نظر اکثریت ملاک عمل قرار گیرد» (ماده ۲۵۸) و «اگر یکی از کارشناسان در موقع رسیدگی و مشاوره حاضر بوده ولی بدون عذر موجه از اظهار نظر یا حضور در جلسه یا امضای امتناع نماید، نظر اکثریت کارشناسانی که از حیث تخصص با هم مساوی باشند ملاک عمل خواهد بود» (ماده ۲۶۶).

رأی شماره ۱۹۰ مورخ ۱۳۲۳/۳/۹ ارویه قضایی شعبه سوم دیوان عالی کشور، رأی وحدت رویه شماره ۱۲۳۱/۷۱۵۱ (حسینی، ۱۳۵۸، ۱۷۴)، و نظریه اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه به شماره ۷/۵۶۵۳ در تاریخ ۱۳۸۳/۷/۲۹ (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین، ۱۳۸۴، ۲۳۵/۱) نیز در تأیید نظر اکثریت کارشناسان صادر شده است.

بررسی: ۱- مستند ماده ۲۵۸ آیین دادرسی مدنی و آرا و نظریات منطبق با آن چیزی جز سیره عقلانی نمی‌تواند باشد. زیرا در مورد اختلاف نظر کارشناسان دلیل نقلی وجود ندارد و همان طور که از تاریخچه فقهی این مسأله پیداست، هیچ فقهی به رجوع به نظر اکثر و تبعیت از آن فتوی ن داده است. درست است که هر دو قاعده "تبعیت از رأی اکثریت" و "جمع" عقلایی است ولی عقلا دو سیره متعارض با هم ندارند. بنابراین باید با شناخت قلمرو جریان هر کدام، به عدم تعارض آن‌ها پی برد. قلمرو قاعده جمع در خود آن بیان شده است. هر جا که امکان جمع وجود داشته باشد باید بین دو چیز متعارض جمع کرد، اما تبعیت از اکثریت راهی است که عقلا در مواردی می‌پیمایند که امکان جمع وجود نداشته باشد.^۱ بنابراین، در صورت اختلاف نظر مقومان که امکان جمع وجود دارد نباید نظر اکثریت را ملاک عمل قرار داد. ۲- با وجود امکان جمع بین اقوال کارشناسان، "جمع" به قاعده عدل و انصاف نزدیک‌تر است. ۳- ممکن است گفته شود، آیین دادرسی مدنی، نظر کارشناسان را به عنوان بینه معتبر دانسته و در تعارض بینات اکثر (مثلاً دو نفر) با بینات کمتر (مثلاً یک نفر) بینات بیشتر را ترجیح داده است. اما این توجیه درست به نظر نمی‌رسد. زیرا ماده ۲۵۷ همین قانون ظهور در این دارد که ابتدا دادگاه می‌تواند امر را به یک کارشناس ارجاع دهد. از این ماده معلوم می‌شود که قانون‌گذار، کارشناس را بینه ندانسته یا احکام بینه را در مورد آن جاری ندانسته است.^۲ زیرا بینه باید عادل و متعدد باشد. بسیاری از فقها نیز نظر خبره و

۱- و اگر اقلیت و اکثریتی موجود نبود قرعه می‌تواند رفع مشکل کند.

۲- طبیعی است که با وجود شباهت ماهوی، نظام کارشناسی از شهادت جدا شود و احکام خاص خود را بیابد. (ناصر کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۱۵/۲).

مقوم را بینه نمی‌دانند، بلکه آن را از باب رجوع جاهل به عالم و مثل تقلید مردم از مجتهد، و اعتبارش را عقلایی (به عنوان نمونه ر.ک. به: توحیدی، ۱۳۶۸، ۲۸۵) می‌دانند. مقوم ارزش واقعی شیء مورد نظر را حدس می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۱۶/۲)، نه این که به قیمت آن در بازار شهادت دهد (انصاری، ۱۴۱۵، ۴۰۳/۵). ۴- آیین دادرسی مدنی در این مورد با قانون مدنی متعارض است. می‌توان گفت، ماده ۴۲۸ قانون مدنی به محاسبه ارش میبع معیوب، در صورت اختلاف بین اهل خبره، اختصاص دارد، ولی ماده ۲۵۸ آیین دادرسی مدنی عام است و در مورد اختلاف نظر کارشناسان، به طور کلی، صحبت می‌کند و به اختلاف نظر کارشناسان در مورد قیمت میبع سالم و معیوب اختصاص ندارد. در این صورت، یا عام بعدی به وسیله خاص قبلی تخصیص خورده است یا چون عام بعدی بعد از عمل به خاص صادر شده است ناسخ آن است. اگر دادگاه‌ها آیین دادرسی را با این توجیه که متأخر است و مورد تأیید آرای وحدت رویه و نظریه اداره حقوقی قرار گرفته است، در مورد محاسبه ارش میبع معیوب نیز مورد عمل قرار دهند، آن را ناسخ قانون مدنی دانسته‌اند. طبق قاعده، آیین دادرسی مدنی را باید ناسخ قانون مدنی دانست (تعداد کمی از فقها نظیر سید مرتضی، ابن زهره و شیخ طوسی نیز همین نظر را پذیرفته‌اند) ولی میان حقوقدانان و قضات دادگاه‌ها در این زمینه اختلاف نظر وجود داشته، تا این که در سال ۱۳۵۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور ضمن صدور رأی وحدت رویه لازم‌الاتباعی عملاً تخصیص را ترجیح داده است (قافی، ۱۳۸۵، ۲۴۳/۱). هر چند که به نظر بعضی از حقوقدانان نباید در هر مورد از قرائن و شواهد خاص غفلت نمود (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۳۷۹/۲).

در هر صورت، چه آیین دادرسی مدنی را ناسخ بدانیم و چه آن را تخصیص بزنیم، تنها در صورتی قابل اجرا است که رأی کارشناسان از اقل و اکثر برخوردار باشد. اما در مواردی که رأی کارشناسان از اقلیت و اکثریت برخوردار نیست و به طور مثال، سه نظر متفاوت به دادگاه ارائه شده است آیین دادرسی مدنی ساکت است. بر اساس رأی شماره ۳۶۶ مورخ ۱۳۲۰/۹/۳۰ شعبه سوم دیوان عالی کشور، «رأی صادره از کارشناسان بایستی در اثر مشاوره جمعی باشد». وقتی که تقویم به هیأت کارشناسی ارجاع می‌شود کارشناسان، پس از تقویم، با هم مشورت می‌کنند و اغلب یک دیگر را متقاعد می‌کنند و به نظر واحد می‌رسند. در غیر این صورت، کارشناسی که متقاعد نشده و نظر دیگری دارد آن را اعلام می‌کند. به طور مثال، در یک هیأت سه نفری، اگر هیچ یک از کارشناسان نتوانستند یکدیگر را قانع کنند و بر تقویم خود اصرار داشتند سه قیمت متفاوت به دادگاه اعلام می‌شود و اگر دو نفر از آنان با هم توافق کردند نظر اقلیت و اکثریت بوجود می‌آید. در صورت اخیر، دادگاه با استناد به ماده ۲۵۸ آیین دادرسی مدنی نظر اکثریت را ملاک عمل قرار می‌دهد، اما اگر سه نظر به دادگاه اعلام شود دادگاه نمی‌تواند مثل صورت قبل عمل کند. در این صورت ممکن است گفته شود که دادگاه باید کارشناسی را تکرار کند تا اقلیت و اکثریت حاصل شود (مهاجری، ۱۳۸۲، ۲۱۱/۲) و به نظر بعضی از شارحان قانون آیین دادرسی مدنی میانگین نظرات کارشناسان برای دادگاه ملاک است (همان). بنا به دلایلی که برای نظریه حد وسط اقوال مقومان ذکر می‌شود، عمل به میانگین نظرات کارشناسان ارجح است.

۲-۴- "حد وسط اقوال مقومان" و بررسی آن:

مشهور فقها جمع بین اقوال مقومان را لازم دانسته‌اند. برای این قول، دو دلیل آورده شده است:

دلیل اول- نفی ترجیح یکی بر دیگری: محقق کرکی (۱۴۰۸، ۳/۳۳۵) شهید ثانی (۱۴۱۰، ۳/۴۷۵) سید علی طباطبایی (۱۴۱۲، ۸/۲۷۵) دلیل جمع بین قیمت‌ها را نفی ترجیح یک قیمت بر قیمت دیگر می‌دانند. شیخ محمد حسن نجفی نیز "عمل به همه قیمت‌ها" و "نفی ترجیح یک قیمت بر قیمت دیگر" را به عنوان دلیل فقها ذکر می‌کند (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳/۲۹۰).

دلیل دوم- لزوم جمع بین حجت‌ها در حقوق مردم: شیخ انصاری می‌فرماید: اگر مقومان با هم تعارض داشتند، برای حل تعارض چند راه احتمال داده می‌شود... اما قوی‌ترین قول همان قول مشهور است که فرموده‌اند: به قدر امکان باید بین قیمت‌ها جمع شود. زیرا هر یک از آن‌ها حجت شرعی است، و وقتی که نمی‌شود به همه آن‌ها عمل شود واجب است به قسمتی از هر یک از آن‌ها عمل شود (انصاری، ۱۴۱۵، ۵/۴۰۵). آیت‌الله سید محمد صادق روحانی نیز همین دلیل را ذکر کرده است (سید محمد صادق روحانی، ۱۴۱۸، ۶/۲۱۴). شیخ علاوه بر استدلال به قاعده "الجمع مهما امکن اولی من التکرک"، جمع را به قاعده "عدل و انصاف" نیز نزدیک‌تر می‌داند.

بررسی: سید عبدالاعلی سبزواری استدلال به قاعده "الجمع مهما امکن" و "جمع بین حقین" را مورد اشکال قرار می‌دهد و می‌فرماید: قاعده "الجمع مهما امکن" معتبر نیست و به فرض که معتبر باشد در مورد دو سخن متفاوت یک شخص است، اما در حدسیات و اجتهادات مختلف دلیل عقلی یا نقلی بر این قاعده وجود ندارد. قاعده "جمع بین حقین" نیز این‌جا جاری نیست زیرا

امر دایر بین استحقاق و عدم استحقاق است و موضوع "جمع بین حقین" محقق نیست (سبزواری، ۱۴۱۶، ۲۰۶/۱۷). آیت‌الله سید محمد صادق روحانی به این اشکال چنین پاسخ می‌دهد: در تمهید القواعد ذیل قاعده "الجمع مهما ممکن" در مسأله تعارض دو بینه در مورد خانه‌ای که در دست دو نفر است حکم به تصیف کرده و می‌فرماید: رعایت قاعده جمع در این مسأله اولی از اجرای آن در دو دلیل متعارض در احکام خدا است. زیرا در دلیلین متعارضین عمل به یکی و رها کردن دیگری از حیث رعایت حق خدا کمتر و بدتر از تبعیض و جمع بین آن‌ها نیست. زیرا همه ادله متعارض به امثال امر خدا بازگشت می‌کنند، بر خلاف مقام تکلیف به احقاق حقوق مردم که تبعیض در آن‌ها جمع بین حقوق و مراعات فی‌الجمله همه آن‌ها است. شاید به همین دلیل است که در تعارض اسباب حقوق مردم، حاکم به هیچ وجه مخیر نیست که یکی از آن‌ها را انتخاب کند (سید محمد صادق روحانی، ۱۴۱۸، ۲۱۵/۶). در مورد قاعده جمع بین حقین نیز می‌توان گفت که در این مسأله مشتری مستحق ارش است پس در ذی‌حق بودن او نسبت به ارش هیچ شکی نیست. مقومان تلاش می‌کنند تا مقدار ارش را حدس بزنند. نظر هر یک از آنان مدرکی بر مقدار حق مشتری است. بنابراین، قاعده جمع بین حقین شامل این مسأله نیز می‌شود، و دلیلی نداریم بر این که این قاعده عقلایی منحصر است به مورد تعدد ایادی بر مال واحد. شیخ انصاری نیز می‌فرماید: "معدل‌گیری به خاطر جمع بین بینات یا جمع بین حقین است" (انصاری، ۱۴۱۵، ۴۱۲/۵) و جمع بین حقین را در این مسأله بدون اشکال می‌بیند.

همان‌طور که از تاریخچه مسأله پیداست، از زمانی که این مسأله در میان فقها مورد بحث قرار گرفته است همه فقها به همین راه جمع و پیدا

کردن حد وسط فتوی داده‌اند، غیر از عده‌ای از فقهای معاصر که یکی از آنان (سید مصطفی خمینی) جمع بین دلالت مطابقی و تضمینی را برگزیده و دیگری (سید عبدالاعلی سبزواری) احتیاط تصالح را پیشنهاد کرده و چهار فقیه محترم معاصر (سید روح الله خمینی، سید ابوالقاسم خوئی، سید محمد روحانی و شیخ علی کاشف الغطاء)، با استناد به برائت از زاید، به مقدار اقل فتوی داده‌اند.

مشهور فقها که راه جمع را برگزیده‌اند در نحوه محاسبه حد وسط اختلاف کرده و دو طریق "حد وسط قیمت‌ها" و "حد وسط ارش‌ها" را ارائه کرده‌اند، که اولی به طریق مشهور و دومی به طریق شهید ثانی معروف است:

۲-۴-۱- "حد وسط قیمت‌ها" و بررسی آن:

فقهایی که به این طریق فتوی داده‌اند عبارتند از: شیخ مفید، شیخ طوسی، ابن ادریس، محقق، صاحب کشف الرموز، علامه، فخر المحققین و شهید اول. اینان دلیل خاصی برای این طریق ابراز نکرده و به همان دو دلیلی که برای اعتبار جمع بین اقوال مقومان ارائه شده اکتفا کرده‌اند: ۱- نفی ترجیح یکی بر دیگری ۲- لزوم جمع بین بیّنات و اسباب در حقوق مردم.

بررسی: به نظر می‌رسد، دو دلیل مذکور از این جهت که برتری "جمع بین اقوال مقومان" را بر "ارش کمتر" و "نظر اکثریت" اثبات می‌کند خوب است، اما برای این که بتواند اعتبار "حد متوسط قیمت‌ها" را اثبات نماید کافی نیست. با ادله‌ای که برای نظر "حد وسط ارش‌ها" آورده می‌شود، روشن خواهد شد که این طریق درست نیست.

۲-۴-۲- "حد وسط ارش‌ها" و بررسی آن:

از میان فقهایی که آرایشان در این زمینه نقل شد، حسینی عاملی، سید علی طباطبایی و صاحب جواهر، دو طریق مشهور و شهید ثانی را مطرح کرده ولی

در مورد صحت یا بطلان هیچ کدام نظر نداده‌اند. سکوت فقها در این مورد، شاید بر این دلالت دارد که هر دو طریق را صحیح می‌دانسته‌اند یا نخواسته‌اند بین این دو طریق داوری کنند. سلار، شیخ ابراهیم بحرانی، فخر المحققین، شیخ انصاری، سید ابوالحسن اصفهانی، شیخ محمد حسین اصفهانی، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، میرزا فتاح شهیدی تبریزی، جواد بن علی تبریزی و آیت‌الله سید محمد صادق روحانی روش شهید ثانی را تنها راه درست محاسبه ارزش دانسته‌اند. بنا به احتمال شیخ انصاری، شاید منظور همه فقها از قیمت متوسط، متوسط نسبت‌ها، یعنی طریق شهید ثانی بوده است (شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۱۵، ۴۱۶/۵). این احتمال توسط بعضی از فقها توضیح داده شده است (سید محمد صادق روحانی، ۱۳۷۶، ۲۲۶/۶). آقای خوئی نیز از جانب شهید ثانی چنین استدلال می‌کند: شهید ثانی از طریق مشهور اعراض کرده و راه دیگری رفته، زیرا اخذ قیمت انتزاعی را بدون دلیل می‌دانسته است. او، به جای معدل قیمت‌های صحیح و معیوب، معدل نسبت‌ها یا معدل ارزش‌ها را روش درست محاسبه ارزش دانسته است (توحیدی، ۱۳۶۸، ۲۹۵/۷).

ادله فقها در تأیید طریق تعیین حد وسط ارزش‌ها:

شیخ انصاری: طریق دوم که به شهید ثانی قدس سره منسوب است بهتر، بلکه تنها روش درست است. زیرا، معدل گیری از دو قیمت مبیع سالم و معیوب به طریق مشهور یا نسبت سنجی به طریق دوم، به خاطر جمع بین بینات یا به خاطر جمع بین حقین (مثل تنصیف درهم مردد بین دو نفر بدون بینه) است ... بنا بر طریق اول، لازم است معدل دو قیمت سالم و معدل دو قیمت معیوب را به دست آوریم؛ به این صورت که اگر دو قیمت سالم ۱۲ و ۸ است نصف یک قیمت سالم را حساب کنیم (یعنی ۶) و با نصف قیمت سالم دیگر (یعنی ۴) جمع کنیم

که عدد ۱۰ به دست می‌آید. یعنی نصف مبيع سالم را با قیمت یک مقوم در نظر بگیریم و نصف ديگرش را با قیمت مقوم ديگر. هم چنين، اگر قيمت‌های مبيع معيوب ۱۰ و ۵ است، نصف يك قيمت معيوب را حساب كنيم (يعنی ۵) و با نصف قيمت معيوب ديگر (يعنی ۲/۵) جمع نماييم، که عدد ۷/۵ به دست می‌آید. ولی سزاوار نیست که، همانند مشهور فقها، بين معدل قيمت‌های مبيع معيوب و معدل قيمت‌های مبيع سالم نسبت سنجی كنيم. زیرا در اين صورت، برای نصف مبيع سالم قيمتی در نظر گرفته‌ايم که با قيمت نصف ديگرش مغاير است؛ بلکه بايد قيمت معيوب و سالم هر نصف را بر طبق نظر يك مقوم جدا از قيمت معيوب و سالم نصف ديگر (که نظر مقوم ديگر است) نسبت سنجی كنيم و ارش دو نيمه مبيع را جداگانه محاسبه نموده بعد با هم جمع نماييم. پس ۱۰ که به نظر می‌رسد قيمت همه مبيع سالم است، از اين جهت است که قيمت نصفش ۶ و قيمت نصف ديگرش ۴ است. و همين طور ۷/۵ که به نظر می‌رسد قيمت همه مبيع معيوب است، از اين جهت است که قيمت نصفش ۵ و قيمت نصف ديگرش ۲/۵ است. [در حالی که چنين مبيعی (سالم يا معيوب) در خارج وجود ندارد که قيمت نصفش با قيمت نصف ديگرش فرق داشته باشد]. پس بايد تفاوت بين ۴ و ۲/۵ را به دست آوريم (انصاری، ۱۴۱۵، ۴۱۲/۵-۴۱۴) و آن را با ۴ نسبت سنجی نموده و در نصف ثمن ضرب كنيم و تفاوت بين ۶ و ۵ را به دست آوريم و آن را با ۶ نسبت سنجی نموده و در نصف ثمن ضرب كنيم. بعد، دو عدد به دست آمده را، که هر کدام نصف ارش کامل است، با هم جمع نماييم. آيت الله سيد محمد صادق روحانی نیز استدلال شيخ انصاری را توضیح و به يك اشکال نقضی پاسخ داده است (سيد محمد صادق روحانی، ۱۴۱۸، ۱/۶-۲۱۸-۲۲۵). سيد محمد کاظم طباطبائی يزدي نیز شيخ انصاری را در تبیین اين

طریق تحسین می‌کند و راه اسد و اخصری نیز برای محاسبه حد متوسط ارزش‌ها ارائه می‌دهد (طباطبایی یزدی، [بی‌تا]، ۱۰۵/۲).

شیخ محمد حسین اصفهانی: هر بینه‌ای یک مدلول مطابقی و یک مدلول التزامی دارد. اگر ابتدا مدلول مطابقی را لحاظ کنیم حد وسط قیمت‌ها را به دست می‌آوریم و اگر ابتدا مدلول التزامی را لحاظ کنیم حد وسط ارزش‌ها را به دست می‌آوریم. اصالة مدلول مطابقی اقتضا دارد که ابتدا مورد عمل قرار گیرد اما شکی نیست که تقویم مقدمه تعیین ارزش است. پس امر به تقویم و دلالت التزامی قیمت‌ها (یعنی به دست آوردن ارزش‌ها) هر دو مقدمه‌اند و برای به دست آوردن حق مشتری (ارش) طریقت دارند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱۰۰/۵).

میرزا فتح شهیدی تبریزی: مقتضای جمع بین حقیقین این است که ارزش‌ها تعدیل شوند نه این که قیمت‌ها تنصیف شوند. زیرا ارزش‌ها حق مردم بین بایع و مشتری‌اند، اما قیمت‌های متفاوت میباید حق مردم نیستند (شهیدی تبریزی، [بی‌تا]، ۵۶۰/۳).

آیت‌الله شیخ محمد علی اراکی: رجوع به اقل را ترجیح می‌دهد اما می‌فرماید: به فرض این که به تنصیف قائل شویم حق با شهید است ... ضمان در این جا نسبت به ارزش است که لازمه قول مقومان است. پس ناچار باید قاعده جمع در ارزش‌ها اجرا شود و دلیلی ندارد که در خود قیمت‌ها اعمال شود. زیرا قیمت‌ها ارتباطی با ارزش، که مهم و مؤثر است، ندارند. این دلیل برای طریق شهید اسد و اخصر از دلیل شیخ انصاری است (اراکی، ۱۴۱۴، ۴۴۰).

شیخ جواد تبریزی: سزاوار نیست که شک کنیم در این که طریق شهید ثانی بیشتر بین حقوق جمع می‌کند. زیرا در مقام اختلاف در دعوای مالی

که بین اقل و اکثر مردد است معمول این است که ما به التفاوت لحاظ شود و در مقام مصالحه نصف آن اخذ شود (تبریزی، ۱۴۱۶، ۳۷۲/۴).

بررسی: با فرض عدم دخالت عامل دیگری^۱ غیر از قیمت سالم، قیمت معیوب و ثمن، و با پذیرش راه جمع بین اقوال مقومان، به ناچار باید یکی از دو طریق ارائه شده را درست و دیگری را باطل دانست. زیرا مسأله مورد بحث، یک مسأله ریاضی است و فقها نیز برای دستیابی به طریق درست آن باید از قواعد ریاضی پیروی نمایند. در ریاضیات، هر مسأله ممکن است راه حل‌های متفاوت داشته باشد، اما امکان ندارد پاسخ‌های متعدد داشته باشد^۲ و همه آن‌ها درست باشد. به یقین، یکی از پاسخ‌ها درست و بقیه غلط است. البته ممکن است یک راه حل اشتباه باشد ولی به پاسخ درست برسد، که در این صورت، پاسخ درست، باعث نمی‌شود که راه حل نیز درست تلقی بشود. پس در مسأله مورد بحث، ممکن است راه حل‌های دیگر نیز ارائه شود، ولی همه آن‌ها باید به لحاظ ریاضی درست و یک پاسخ داشته باشد.

برای اثبات صحت طریق شهید ثانی و بطلان طریق منسوب به مشهور، استدلال شیخ انصاری بسیار روشن است و هیچ کدام از محشین مکاسب^۳ آن را رد نکرده‌اند. ادله فقهای دیگر نیز بدون اشکال به نظر می‌رسد. علاوه بر آن،

۱- روشن است که اگر عامل دیگری در محاسبه ارش دخیل باشد، نحوه محاسبه و نتیجه آن فرق می‌کند. به طور مثال، ممکن است باع حین بیع شرط کند که من این میبع معین را به شرط سالم بودن با این مقدار تخفیف می‌فروشم و اگر معیوب باشد، این تخفیف به آن تعلق نخواهد گرفت.

۲- شیخ انصاری صور مختلف مسأله را بررسی کرده و مواردی را که اختلاف طرق محاسبه منجر به اختلاف مقدار ارش می‌شود بیان کرده است. (ر.ک به: انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، ۴۱۲-۴۱۰).

۳- با مراجعه به ۲۲ حاشیه یا شرح مکاسب شیخ معلوم می‌شود که، هرچند بعضی از محشین یا شارحان طریق جمع یا طریق شهید ثانی را پذیرفته‌اند ولی، هیچ کدام استدلال شیخ را رد نکرده‌اند.

می‌توان گفت: برای محاسبه ثمن جدید^۱ باید بین قیمت معیوب و قیمت سالم نسبت‌سنجی کنیم و نسبت به دست آمده را بین ثمن جدید و ثمن قبلی برقرار نماییم. در صورت اختلاف قیمت‌ها، اگر به طریق شهید ثانی عمل نماییم، قیمت معیوب هر مقوم را با قیمت سالم او نسبت‌سنجی می‌کنیم (یعنی قیمت معیوب را صورت و قیمت سالم را مخرج کسر قرار می‌دهیم). اما اگر به طریق مشهور عمل نماییم، معدل قیمت معیوب هر دو مقوم را با معدل قیمت سالم هر دو مقوم نسبت‌سنجی می‌نماییم. این نسبت‌سنجی به این معنی است که هر دو معدل قیمت معیوب و سالمی که به دست آمده حاوی نظر دو مقوم است. لازمه نسبت‌سنجی بین این دو معدل معیوب و سالم، این است که نظر یک مقوم در مورد قیمت معیوب با نظر مقوم دیگر در مورد قیمت سالم نسبت‌سنجی شود. این گونه نسبت‌سنجی درست نیست. زیرا نمی‌توان بین دو عدد ناهماهنگ نسبت‌سنجی کرد. قیمت معیوب هر مقوم باید با قیمت سالم همان مقوم نسبت‌سنجی شود.

اگر ثمن قبلی ۱۲ باشد، نسبت‌سنجی بین قیمت معیوب و سالم به طریق شهید ثانی به این صورت است:

$$10/12 = X/12$$

$$5/8 = X/12$$

در طریق شهید ثانی، قیمت‌های معیوب و سالم هر مقوم با هم در یک کسر قرار می‌گیرد و با هم نسبت‌سنجی می‌شود، نه این که قیمت معیوب یک مقوم با قیمت سالم مقوم دیگر نسبت‌سنجی شود.

۱- ثمن جدید مبلغی است که مشتری باید به بایع پردازد، یا اگر ثمن را به بایع پرداخته است ما به التفاوت این مبلغ با ثمن را باید از بایع پس بگیرد.

و برای رسیدن به متوسط ارش‌ها ادامه راه حل به این صورت است:

$$\begin{array}{lll} X = 10 & 12 - 10 = 2 & \text{ارش بنا به تقویم مقوم اول} \\ X = 7/5 & 12 - 7/5 = 4/5 & \text{ارش بنا به تقویم مقوم دوم} \\ 2 + 4/5 = 6/5 & 6/5 / 2 = 3/25 & \text{حد وسط ارش‌ها} \end{array}$$

اما نسبت‌سنجی بین معدل قیمت معیوب و معدل قیمت سالم به طریق مشهور به این صورت است:

$$(10+5) \div 2 / (12+8) \div 2 = X/12$$

در طریق مشهور، عدد ۱۰ با ۸ در یک کسر قرار می‌گیرند و با هم نسبت‌سنجی می‌شوند، در حالی که با هم هماهنگ نیستند و هر کدام، نظر یک مقوم است. به طور مثال، ۱۰ قیمت معیوب مقوم اول است که صورت کسر قرار گرفته و با ۸ که قیمت سالم مقوم دوم است و در مخرج کسر قرار گرفته است، نسبت‌سنجی می‌شود. و همین‌طور، عدد ۵ قیمت معیوب مقوم دوم است که با ۱۲ که قیمت سالم مقوم اول است نسبت‌سنجی می‌شود.

و برای دستیابی به ارش ادامه راه حل به این صورت است:

$$\text{ارش } 12 - 9 = 3 \quad \text{ثمن جدید } X = 9$$

نتیجه‌گیری:

متبایعان برای محاسبه ارش عیب، به مقوم رجوع می‌کنند تا قیمت صحیح و معیوب کالا را معین کند. اگر یکی از مقومان از همه عالم‌تر و خیره‌تر است، به دلیل سیره عقلا در مسائل اختلافی و مهم، تنها نظر او معتبر است. اما اگر مقومان متعدد از نظر خبرویت تقریباً هم سطح باشند و متبایعان بر نظر یکی از آنان توافق نکنند، به چند مقوم مراجعه می‌کنند. اگر مقومان اختلاف نظر

داشته باشند نظر همه آنان معتبر است و باید بین آنها جمع کرد. حد وسط نظر آنان، به گونه‌ای، عمل به همه اقوال آنان است. با عمل به معدل تخمین‌ها، اطمینان بیشتری به دستیابی به ارزش واقعی حاصل می‌شود. قاعده جمع اختصاص به ادله متعارض ندارد و در حقوق مردم نیز، در صورت امکان باید به آن عمل نمود. بنابراین، قانون آیین دادرسی که نظر اکثریت را ترجیح داده است موجه نیست. پذیرش نظر اکثر مقومان نیز در صورتی عقلایی است که نظر اکثر به گونه‌ای باشد که نظر اقل را از حجیت بیاندازد. در غیر این صورت، باید بین اقوال جمع نمود.

بهترین راه برای جمع بین اقوال مقومان، این است که حد وسط اقوال مقومان محاسبه شود. دو طریق برای این محاسبه ارائه شده که به طریق مشهور و شهید ثانی معروف است. شهید ثانی، ابتدا ارزش را بر طبق نظر هر مقوم نسبت به قیمت مبیع سالم و معیوب به دست آورده و بعد حد وسط ارزش‌ها را محاسبه نموده است. طریق شهید ثانی با قواعد ریاضی موافق است. لازمه طریق مشهور این است که نظر یک مقوم در مورد قیمت معیوب با نظر مقوم دیگر در مورد قیمت سالم نسبت سنجی شود. این گونه نسبت سنجی درست نیست، زیرا نمی‌توان بین دو عدد ناهماهنگ نسبت سنجی نمود. قیمت مبیع معیوب هر مقوم باید با قیمت مبیع سالم همان مقوم نسبت سنجی شود. بنابراین، قانون مدنی که به تبع مشهور فقها به محاسبه ارزش پرداخته قابل اشکال است.

فهرست منابع و مآخذ:

- ۱) آخوند خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۶ ه.ق)، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۲) اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، (۱۳۸۴ ه.ش)، مجموعه آیین دادرسی مدنی، تهران، ریاست جمهوری.
- ۳) اراکی، محمد علی، (۱۴۱۴ ه.ق)، الخيارات، قم، مؤسسه در راه حق.
- ۴) اردبیلی، احمد [محقق اردبیلی]، [بی تا]، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، محقق: عراقی، اشتهاودی و یزدی اصفهانی، قم، منشورات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۵) اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸ ه.ق)، حاشیه کتاب المکاسب، محقق.
- ۶) انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ ه.ق)، کتاب المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- ۷) تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶ ه.ق)، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، قم، اسماعیلیان.
- ۸) توحیدی تبریزی، محمد علی، (۱۳۶۸ ه.ش)، مصباح الفقاهة، "تقریر ابحات سید ابوالقاسم موسوی خوئی"، قم، وجدانی.
- ۹) جبعی عاملی، زین الدین [شهید ثانی]، (۱۴۱۰ ه.ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، سید محمد کلانتر، قم، مکتبه داوری (نسخه افست).
- ۱۰) حسینی عاملی، سید محمد جواد، (۱۴۱۸ ه.ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت، دارالتراث.

- ۱۱) حسینی، محمد رضا، (۱۳۸۵ ه.ش)، قانون آیین دادرسی مدنی در رویه قضایی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۱۲) حلی، ابن فهد، (۱۴۱۱ ه.ق)، المهدب البارع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۳) حلی، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادريس [ابن ادريس]، (۱۴۱۰ ه.ق)، کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۱۴) حلی، ابوطالب (فخر المحققین)، (۱۳۸۷ ه.ق)، ایضاح الفوائد، قم، نشر شده به امر آیت الله سید محمود شاهرودی.
- ۱۵) حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن [محقق حلی]، (۱۴۰۹ ه.ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال.
- ۱۶) همو، (۱۴۱۰ ه.ق)، المختصر النافع فسی فقه الامامیه، تهران، مؤسسه بعثت.
- ۱۷) حلی، ابومنصور حسن بن یوسف بن مطهر اسدی [علامه حلی]، (۱۴۱۳ ه.ق)، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۱۸) خمینی، سید روح الله، (۱۴۱۰ ه.ق)، کتاب البیع، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- ۱۹) —، [بی تا]، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی.
- ۲۰) همو، (۱۳۷۹ ه.ش)، تحریر الوسیلة، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی.
- ۲۱) خمینی، سید مصطفی، (۱۳۷۶ ه.ش)، تحریرات فی الفقه کتاب الخیارات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

- (۲۲) روحانی، سید محمد، (۱۴۲۰ ه.ق)، المرتقى الى الفقه الأرقى، (بی‌جا)، دارالجلی.
- (۲۳) روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۸ ه.ق)، منهاج الفقاهة، قم، یاران.
- (۲۴) سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۶ ه.ق)، مهذب الاحکام، قم، دفتر آیت‌الله العظمی السید سبزواری.
- (۲۵) سلار بن عبد العزیز، (۱۴۱۴ ه.ق)، المراسم العلویة، قم، المجمع العالمی لأهل البیت.
- (۲۶) شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، [بی‌تا]، هداية الطالب الى اسرار المكاسب، (بی‌جا).
- (۲۷) طباطبایی، سید علی، (۱۴۱۲ ه.ق)، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- (۲۸) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، [بی‌تا]، حاشیة المكاسب، (بی‌جا).
- (۲۹) طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی [شیخ طوسی]، (۱۳۶۵ ه.ش)، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة، تهران، دار الکتب الإسلامیه.
- (۳۰) همو، [بی‌تا]، النهایة فی مجرد الفقه و الفتوی، قم، انتشارات قدس محمدی.
- (۳۱) عکبری بغدادی، ابوعبدالله محمد بن محمد بن نعمان [شیخ مفید]، (۱۴۱۰ ه.ق)، المقنعة، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- (۳۲) قافی، حسین؛ و شریعتی، سعید، (۱۳۸۵ ه.ش)، اصول فقه کاربردی، تهران، سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- (۳۳) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵ ه.ش)، اثبات و دلیل اثبات، تهران، میزان.

- ۳۴) کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷ ه.ش)، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۵) کاشف الغطاء، شیخ علی، (۱۴۲۲ ه.ق)، شرح خيارات اللمعة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۳۶) کرکی، علی بن حسین [محقق ثانی]، (۱۴۰۸ ه.ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث.
- ۳۷) لاری، سيد عبدالحسين، (۱۴۱۸ ه.ق)، التعليقة على المكاسب، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه.
- ۳۸) مگى عاملی جزینی، محمد بن جمال الدين [شهيد اول]، (۱۴۱۱ ه.ق)، اللمعة الدمشقيه، قم، دارالفکر.
- ۳۹) همو، (۱۴۱۹ ه.ق)، ذکرى الشيعة فى احكام الشريعة، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث.
- ۴۰) موسوى اصفهانی، سيد ابوالحسن، (۱۳۸۰ ه.ش)، وسيلة النجاة، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار الامام خمينى.
- ۴۱) مهاجرى، على، (۱۳۸۲ ه.ش)، شرح قانون آيين دادرسی مدنى، تهران، كتابخانه گنج دانش.
- ۴۲) نجفى، محمد حسن [صاحب جواهر]، (۱۳۶۵ ه.ش)، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، محقق: عباس قوچانى، تهران، دار الكتب الإسلاميه.
- ۴۳) يوسفى، زين الدين ابو على حسن بن الآبى طالب [فاضل الآبى]، (۱۴۰۸ ه.ق)، كشف الرموز فى شرح المختصر النافع، قم، مؤسسه نشر اسلامى.