

ارش؛ ماهیت، شیوه محاسبه و مسوول آن

دکتر احمد حاجی‌ده‌آبادی*

دانشگاه تهران

چکیده

فقها در بیان قاعده ارش با عبارت «کل ما لاتقدر له فیه الارش»، گویا مسلم انگاشته‌اند که دیه برخی جنایات در شرع تعیین نشده است. در حالی که از یک سو بررسی مستندات قاعده ارش، حاکی از آن است که دیه همه جنایات در شرع تعیین شده است و از سوی دیگر واقعیت آن است که دیه برخی جنایات به دست ما نرسیده است؛ اما روشن است که میان «تعیین نشدن در شرع» و «به دست ما نرسیدن» تفاوت است. این نگاه باعث می‌شود که ماهیت قاعده ارش حکمی ظاهری شبیه ادله فقاهتی همچون اصل استصحاب بوده و در موطن شک جعل شده باشد. نتیجه این رویکرد به ضمیمه این نکته که تعیین ارش، امری موضوعی نبوده بلکه حکمی یا شبه حکمی است، آن است که در مورد مقام محاسبه کننده ارش و به ویژه در مورد شیوه محاسبه آن - که در واقع از مشکل‌ترین مباحث این قاعده در مقام اندیشه و از ضروری‌ترین مباحث آن در مقام عمل است - تجدید نظر صورت پذیرد و برخی از مشکلات موجود در این زمینه مرتفع گردد.

واژه‌های کلیدی: قاعده فقهی، ارش، حکومت، نسبت سنجی، ادله فقاهتی، حکم واقعی، حکم ظاهری، امر موضوعی، امر حکمی.

* استادیار دانشکده حقوق - پردیس قم - دکتری حقوق جزا ahmaddehabady@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۸۹/۳/۲ تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۰/۱۵

۱. مقدمه

یکی از مهم‌ترین و معروف‌ترین قواعد فقهی باب دیات، قاعده ارش است که مطابق آن برای هر جنایتی که دیه آن در شرع تعیین نشده است، ارش لازم است. از جمله مباحث مهمی که در قاعده ارش مطرح است شیوه و چگونگی تعیین ارش و نیز متصدی و مقام محاسبه کننده آن است. بررسی متون فقهی و ادبیات قانونی در این زمینه، وضعیت ابهام آمیزی را پیش روی ما می‌گذارد. متون فقهی - که عمدتاً ناظر به شیوه محاسبه ارش هستند - از عبدانگاری مجنی علیه به عنوان راه تعیین ارش نام برده‌اند. این شیوه، که در اکثر متون فقهی دیده می‌شود با اشکالات متعددی از جمله نداشتن مستند شرعی مواجه است. به همین جهت برخی فقها از «مصلحه» به عنوان راه تعیین ارش نام برده‌اند. این شیوه هم با اشکالاتی مواجه است که مهم‌ترین آنها، این است که چون موارد ارش محدود نبوده، بلکه متعدد و متنوع است و با توجه به اینکه جانی و مجنی علیه در بسیاری از موارد حاضر به مصالحه نیستند، نمی‌توان از مصالحه - که امری استثنایی است - برای چنین موارد متعدد بهره جست.

برخی فقها با ردّ شیوه عبدانگاری، «حکم دو نفر عادل» را مطرح کرده‌اند. بدیهی است، این نظر متصدی محاسبه ارش را مشخص می‌کند اما شیوه محاسبه آن را تبیین نمی‌کند. در نتیجه کماکان این سوال باقی می‌ماند که به فرض صحت این نظر، دو نفر عادل چگونه ارش را تعیین کنند؟ با عبدانگاری؟ یا شیوه دیگر؟

بررسی مواد قانون نیز حاکی از ابهام در این زمینه است. زیرا گرچه ماده ۴۹۵ ق.م.ا. از کارشناس به عنوان مقام تعیین کننده ارش نام برده - بدون آنکه جنسیت، تعدد و عدالت کارشناس را لازم بداند - اما در موارد متعددی از «حاکم» و «قاضی» به عنوان مقام «تعیین کننده ارش»، نام برده است. در مورد شیوه محاسبه هم در موادی که از «حاکم» نام برده شده، هیچ اشاره‌ای به شیوه تعیین ارش نشده است. ماده ۴۹۵، با عبارت «با در نظر گرفتن دیه کامله انسان و نوع و کیفیت جنایت» به شیوه تعیین ارش اشاره کرده است. این شیوه نه تنها خالی از ابهام نیست بلکه سراسر ابهام است.

این مقاله با هدف نقد شیوه‌های بیان شده در تعیین ارش و به تبع آن مقام تعیین کننده آن، ضمن بررسی تفصیلی آنچه در سطور بالا مطرح شد، بر این نکته تأکید می‌ورزد که لازم است ماهیت قاعده ارش و نیز ماهیت ارش که به نظر می‌رسد در متون

فقهی و قانونی مورد غفلت واقع شده است و نگاهی نو به قاعده ارش را ایجاب می‌کند، به دقت بررسی شود چرا که نقش اساسی در تعیین شیوه محاسبه و مسوول آن دارد.

سیر مباحث این مقاله چنین است که ابتدا از مفهوم ارش و مقایسه آن با مفاهیم مشابه (الف) و پیش فرض‌ها (ب) و سپس از ماهیت قاعده ارش (ج) و مستندات آن (د) بحث می‌شود. آن گاه به بررسی شیوه و مقام تعیین کننده ارش در قانون، پزشکی قانونی و فقه (ه) می‌پردازیم. سپس از ماهیت خود ارش (و) بحث می‌کنیم که امری موضوعی است یا حکمی و در نهایت از آثار مترتب بر این نگاه نو به ماهیت قاعده ارش و ماهیت خود ارش (ز) بحث می‌شود.

۲. ارش؛ مفهوم آن و مقایسه با اصطلاحات مشابه

۲-۱. مفهوم لغوی ارش

ارش در لغت به دو معنای دیه جراحات و دیه جراحی که میزان آن معین نیست آمده است. خلیل بن احمد فراهیدی می‌نویسد: «الارش دیه الجراحه» (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۲۸۴) و جوهری می‌نویسد: «الارش دیه الجراحات» (جوهری، ۱۴۰۷: ۹۹۵). بنابراین بر دیه نفس ارش اطلاق نمی‌شود. در دو تعریف فوق به دیه جراحات ارش گفته شده اعم از آن که میزان آن در شرع تعیین شده باشد یا تعیین نشده باشد. اما ابن‌منظور معنای لغوی ارش را چنین می‌داند: «الارش من الجراحات ما لیس له قدر معلوم و قیل هو دیه الجراحه» (ابن‌منظور، ۱۴۰۸: ۲۶۳). اگر سخن ابن‌منظور صحیح باشد، آنگاه معنای لغوی و اصطلاحی ارش یکسان خواهد بود، اما به نظر می‌رسد چنین نیست و حق با خلیل و جوهری و دیگر فرهنگ‌نویسانی است که ارش را در لغت به معنای دیه جراحی - اعم از معین و غیرمعین - می‌دانند و اگر نگوییم ارش در لغت به معنای مزبور است، این معنا (دیه جراحی اعم از آنکه معین باشد یا نباشد) حداقل یکی از معانی ارش خواهد بود، نه اینکه ارش در لغت فقط و فقط به معنای دیه جراحی غیرمعین باشد. این نکته با بررسی استعمالات متعدد و بدون قرینه واژه ارش دانسته می‌شود. مثلاً در روایتی امام صادق^(ع) می‌فرماید:

امیرالمؤمنین علی^(ع) ارش سیاه شدن و کبود شدن و سرخ شدن صورت را به

ترتیب یک‌ونیم دینار، سه دینار و شش دینار قرار داده‌اند (عاملی، ۱۴۱۶، ۲۹: ۳۸۵-۳۸۴).

گرچه در این روایت واژه «قضی امیرالمؤمنین^(ع)» به کار رفته است و ممکن است گفته شود مقادیر فوق، دیه معین شرعی نبوده بلکه مبالغی هستند که حضرت^(ع) آنها را به عنوان حاکم تعیین کرده است (کاشانی، ۱۴۱۹: ۱۵۸)، اما با تتبع و بررسی روایات متعددی که در آنها واژه «قضی امیرالمؤمنین^(ع)» به کار رفته است و مقایسه با سایر روایات (برای نمونه ر.ک: ب: عاملی، ۱۴۱۶: ۲۹: ۳۵۵) روشن می‌شود که مقادیر فوق به عنوان حکم شرعی الهی است و به عبارت دیگر واژه ارش در این روایت به معنای مقدار دیه معین می‌باشد. به همین جهت است که فقها به استناد روایت فوق، سرخ شدن صورت و کبود شدن و سیاه شدن آن را موجب دیه و دیه آنها را مقادیر مذکور در روایت می‌دانند، نه اینکه به ارش و حکومت قائل باشند (خویی، ۱۳۹۶: ۳۹۵).

۲-۲. مفهوم اصطلاحی ارش

ارش در مصطلح فقهای امامیه غالباً به معنای دیه جنایت بر مادون نفس است که مقدار آن در شرع تعیین نشده است (حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۳ و ۶۰۱؛ خویی، ۱۳۹۶: ۲۱۲). البته این در صورتی است که جنایت موجب نقصان شود و الا اگر موجب نقصان نشود ارش لازم نیست؛ مثل اینکه کسی، جنایتی را نسبت به زنی که برخلاف معمول دارای موی صورت است انجام دهد و موهای صورت او را از بین ببرد. در این موارد حاکم به صلاحدید خود دعوا را فیصله می‌دهد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۹۳). فیصله دادن ممکن است با پرداخت مالی باشد که به آن ارش گفته نمی‌شود و ممکن است صرفاً با تعزیر جانی همراه باشد و ممکن است به شیوه دیگر باشد.^۲

ارش در لسان فقهای اهل سنت بیشتر به معنای دیه جنایت بر مادون نفس است، اعم از آنکه مقدار آن در شرع تعیین شده باشد یا نشده باشد. فقهای اهل سنت برای دیه جنایت نامعین شرعی، بیشتر واژه حکومت را به کار برده‌اند تا ارش و در صورت استعمال واژه ارش، آن را به «غیرمقدر» مقید کرده‌اند (مروارید، ۱۴۱۹، ۳۹: ۲۰۹ و ۴۰: ۹۲۶، ۹۲۱، ۹۲۰ و...).

۲-۳. مقایسه ارش با اصطلاحات مشابه

واژه ارش با واژه‌های متعددی همچون دیه، حکومت، اجتهاد و... در ارتباط است.

مقایسه میان این مفاهیم از حوصله این مقاله خارج است و ضرورتی به طرح آنها در اینجا نیست (ر.ک: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴: ۲۸۱-۲۱۳). آنچه در اینجا ضرورت دارد بیان شود، مقایسه ارش و نسبت‌سنجی است. مقصود از نسبت‌سنجی آن است که دیه‌ای که برای عضو در شرع تعیین شده است در صورتی لازم می‌گردد که کل آن عضو بریده شود و از بین برود. اما اگر بخشی از آن بریده شود، باید ابتدا نسبت بخش تلف شده را به کل عضو سنجید و به همان نسبت از دیه آن عضو، دیه پرداخت نمود. مثلاً دیه لب پایین بنا به برخی نظرات نصف دیه کامل است. حال اگر کسی نصف لب پایین را ببرد، بایستی ربع دیه کامل را بپردازد و... این را نسبت‌سنجی گویند.

گرچه برخی فقها ارش و نسبت‌سنجی را مرتبط با هم دانسته، بلکه ارش را شامل نسبت‌سنجی می‌دانند (خویی، ۱۳۹۶: ۲۸۷ و ۳۱۱)، اما حق با کسانی است که ارش و نسبت‌سنجی را دو امر متضاد می‌دانند (موسوی خمینی [بی‌تا]: ۵۸۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸: ۱۴۱).

این امر بدان جهت است که در موارد نسبت‌سنجی، دیه عضو در شرع تعیین شده است، اما چون قانونگذار نمی‌تواند برای بخش‌بخش و جزء‌جزء همه اعضا قانونگذاری کند و چنین کاری لغو و عبث است، تعیین میزان جنایت حاصل شده و دیه آن را به عهده ما گذاشته است. اما در ارش فرض آن است که دیه در شرع تعیین نشده است. بنابراین نسبت‌سنجی نوعی دیه معین به شمار می‌رود و احکام آن را داراست. به همین جهت ممکن است میزان دیه حاصل شده در نتیجه نسبت‌سنجی با مقدار حاصل از طریق ارش متفاوت باشد.^۳ در روایات نیز نسبت‌سنجی آمده است در حالی که هیچ یک از فقها برای قاعده ارش به این روایات استناد نکرده‌اند. ضمن اینکه در روایات واژه ارش به جای نسبت‌سنجی و یا در کنار آن به صورت مترادف به کار نرفته است و این نکته می‌تواند کاشف از دوئیت ارش و نسبت‌سنجی باشد. مثلاً در معتبره ظریف از امیرالمؤمنین علی^(ع) نقل شده است: «فی الاذنین اذا قطعت احدهما فدیتهما خمس مایه دینار، و ما قطع منها فبحساب ذلك» (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۲۹۶) و در معتبره سماعه از امام صادق^(ع) چنین آمده است: «و فی الاذن نصف الدیه اذا قطعها من اصلها و اذا قطع طرفها ففيها قیمة عدل» (همان، ۲۸۶).

لازم به ذکر است ظاهر قانون مجازات اسلامی، نیز آن است که نسبت‌سنجی ارش

نمی‌باشد. به همین علت از بین بردن مقداری از زبان لال را موجب دیه همان مقدار با رعایت نسبت به تمام زبان می‌داند (ماده ۳۹۷) و از بین بردن قسمتی از نرمه گوش را نه موجب ارش بلکه موجب دیه به همان نسبت می‌داند (ماده ۳۸۷).

۳. پیش فرض‌ها

پیش از هر چیز لازم است تذکر داده شود که در بحث ما فرض بر اینست که مقادیری که در روایات به عنوان دیه جنایات بیان شده است، همه حکم الهی‌اند و نه حکم حکومی. یعنی اینکه مثلاً دیه از بین بردن دو دست و دو پا و دو چشم و دو گوش... دیه کامل و دیه یک دست و یک پا... نصف دیه کامل است، همه حکم شرعی الهی همانند وجوب نماز و وجوب روزه است. این فرضی است که همه فقها بر طبق آن در باب دیات مشی کرده‌اند و لذا امروزه نیز مقادیر مذکور در روایات برای جنایات را لازم می‌دانند. بله اگر کسی معتقد باشد که این مقادیر، حکم الهی نبوده بلکه حکم حکومی‌اند و در هر زمان، حاکم شرع با توجه به مقتضیات روز مقدار دیه را تعیین می‌کند، دیگر به این بحث که ارش، چگونه باید تعیین گردد و روایات در این زمینه چه اقتضایی دارند و... نیازی نیست.

نیز این فرض از بحث ما خارج است که کسی معتقد باشد، مبنای دیه، جبران خسارت مجنی علیه است و مقادیر دیات، توقیفی و تعبدی نبوده بلکه این مقادیر در زمان خودشان به اندازه خسارت وارده بر مجنی علیهم بوده است و در نتیجه به راحتی می‌توان به خسارت مازاد بر دیه نیز حکم داد. زیرا بنا بر این فرض برای تعیین ارش باید مقدار خسارت وارده را برآورد کرد. فرض بحث ما این است که مقادیر دیات، احکام الهی و توقیفی‌اند و نظریه جبران خسارت بودن دیه به شکلی که در بالا مطرح شد، صحیح نمی‌باشد.^۴

۴. ماهیت قاعده ارش

پیش از این که به بررسی تفصیلی مستندات قاعده ارش بپردازیم، لازم است اشاره‌ای به ماهیت قاعده ارش داشته باشیم. بحث از ماهیت قاعده ارش از این جهت اهمیت دارد که دو احتمال در این زمینه وجود دارد که هر کدام در بحث شیوه تعیین و

مقام محاسبه‌کننده ارش می‌تواند اثرات مختلفی را به جا گذارد. در هنگام بررسی مستندات قاعده، میزان دلالت آنها روشن می‌شود و به تعبیر دیگر مشخص خواهد شد که کدامیک از این دو احتمال در ماهیت قاعده ارش صحیح است.

توضیح اینکه بسیاری از فقها با آوردن عبارت «کل ما لا تقدیر له شرعاً فیه الارش» و مانند آن، مفروض گرفته‌اند که دیه برخی جنایات در شرع تعیین نشده است و با ارش میزان آن معین خواهد شد. در حالی که استفاد از ادله این است که دیه همه جنایات در شرع تعیین شده است. بله واقعیت این است که دیه برخی جنایات به دست ما نرسیده است، و از آنجا که حق کسی نباید ضایع گردد، باید به ارش قائل شد. بدیهی است میان «نرسیدن دیه برخی جنایات» و «تعیین نشدن دیه برخی جنایات» تفاوت بسیار زیادی وجود دارد. بنابراین ماهیت قاعده ارش بنا بر آنچه فقها مفروض گرفته‌اند یعنی «لا تقدیر له شرعاً»، حکم واقعی اولی است نظیر اکثر قواعد فقهی همچون قاعده اتلاف و لا ضرر. به تعبیر دیگر همانطور که شرع مقدس فرموده: «هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن است» فرموده است: «دیه هر جنایتی را که من تعیین نکرده‌ام، با ارش تعیین می‌شود». اما بنا بر آنچه مدّعی این مقاله است، ماهیت قاعده ارش، حکم واقعی اولی نیست بلکه شبیه حکم ظاهری همانند اصالة البرائة و اصالة الطهاره است. یعنی همانطور که این دو اصل و مانند آن در موطن شک جعل شده‌اند و معنایشان این است که «چیزی را که نمی‌دانید پاک است یا نجس، یا نمی‌دانید واجب است یا مباح...» در مقام عمل بر طهارت و واجب نبودن آن بنا بگذارید»، قاعده ارش هم در موطن شک جعل شده است و مفاد آن این است: «در جنایتی که نمی‌دانید دیه معین شرعی آن چقدر است، ارش لازم است». البته «اصل هدر نرفتن حق مجنی علیه»، حکم واقعی است، اما اینکه «راه هدر نرفتن جنایتی که دیه شرعی آن معلوم نیست، تعیین ارش است» حکم ظاهری است. این مطلب با این نکته که مرحوم آیت‌الله خوانساری بیان کرده‌اند بیشتر روشن می‌شود و آن اینکه در موارد ارش، احتمال عدم ارش داده می‌شود (خوانساری، ۱۳۹۴: ۲۱۶) به این معنا که در مواردی که فقها برای آن ارش قائلند، احتمال قریب به یقین داده می‌شود که اگر کسی خدمت امام معصوم^(ع) شرفیاب می‌شود و از ایشان دیه جنایت مورد نظر را می‌پرسید، حضرت^(ع) مقدار آن را بیان می‌کردند؛ نه اینکه به ارش نظر بدهند. بنابراین معنای قاعده ارش اینست که: «در جنایاتی که

نمی‌دانید دیه معین شرعی آنها چقدر است، ارش لازم است». لازم به ذکر است ماده ۴۵۱ لایحه قانون مجازات اسلامی، با تاکید بر تلقی رایج از ارش، اشعار می‌دارد:

ارش، دیه غیر مقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده و دادگاه با لحاظ نوع و کیفیت جنایت و تأثیر آن بر سلامت مجنی علیه و میزان خسارت وارده با در نظر گرفتن دیه مقدر و با جلب نظر کارشناس میزان آن را تعیین می‌کند ...

۵. مستندات قاعده ارش

بحث از مستندات قاعده ارش به طور مبسوط در کتب فقهی دیده نمی‌شود. آن چه بیشتر محل بحث فقها خصوصاً معاصرین بوده است، روش محاسبه و تعیین ارش است. به همین لحاظ مشروعیت قاعده ارش گویی از مسلمات فقه شیعه و بلکه اهل سنت به شمار می‌رود.

تنها کسی که در این زمینه تردید و تأمل دارد، مرحوم آیت الله خوانساری است. گرچه آن چه در بررسی کلمات ایشان در بدو امر به نظر می‌رسد آن است که ایشان اصل قاعده ارش را قبول ندارد (خوانساری، ۱۳۹۴: ۲۱۶، ۲۲۷، ۲۳۲، ۲۵۱، ۲۶۹، ۲۷۷)، اما با دقت نظر روشن می‌شود که ایشان یکی از شیوه‌های تعیین ارش را که بسیاری از فقها آن را پذیرفته‌اند - عبدانگاری - قبول ندارند.

به هر حال به بررسی مستندات قاعده ارش می‌پردازیم تا ببینیم کدامیک از دو احتمال که در ماهیت قاعده ارش می‌رود، صحیح است.

گرچه برخی فقها برای قاعده ارش به اجماع تمسک کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۱۶: ۳۵۵) و گرچه از عبارت برخی فقها استفاده می‌شود که اجماع مهم‌ترین دلیل این قاعده است (عاملی، بی‌تا: ۱۹۲)، اما با توجه به سایر مستندات، روشن می‌شود که اجماع فوق مدرکی و یا حداقل محتمل‌المدرکیه است. بنابراین باید به بررسی سایر مستندات پرداخت که منحصر در روایات می‌باشند.

۱-۵. روایات قاعده لایط

برخی فقها برای قاعده ارش به روایاتی استناد کرده‌اند که بر هدر نرفتن خون و حق مسلمان دلالت می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۸؛ خوبی، ۱۳۹۶: ۲۱۲، ۲۶۷، ۲۹۷، ۲۹۸ و

۲۹۹). از جمله این روایات، روایت صحیحہ ابی عبیدہ است که مطابق آن امام باقر^(ع) در مورد ناینایی که چشم بینایی را از حدقه درآورده است فرمود:

جنایت عمدی کور مانند جنایت خطایی است، برای این جنایت دیه در مال جانی لازم می‌شود. اگر مالی ندارد بر امام دیه لازم است و حق مسلمان باطل نمی‌شود (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۱۸۹).

چگونگی استناد به این روایت بر قاعده ارش این است که گر چه روایت درباره جنایت بر چشم است که دیه معین دارد، اما علتی که در ذیل آن آمده است (لا یبطل حق امرء مسلم) باعث توسعه حکم می‌شود و در نتیجه حتی در مواردی که دیه جنایت در شرع تعیین نشده است، باید متناسب با جنایت به مجنی‌علیه دیه داده شود و گرنه حق مسلمان هدر می‌رود. لازم به ذکر است اینکه برخی فقها برای قاعده ارش به قاعده اتلاف استناد کرده‌اند (مراغی، ۱۴۱۸: ۶۲۷ - ۶۲۸) در همین زمینه ارزیابی می‌شود.

درباره اینکه مستفاد از این روایات در مورد ماهیت ارش چیست باید گفت روایات قاعده لایبطل و نیز قاعده اتلاف بر آن دلالت دارند که حق مجنی‌علیه از بین نمی‌رود اما بر این مطلب که دیه برخی جنایات در شرع تعیین نشده و یا تعیین شده اما به دست ما نرسیده است، دلالتی ندارند.

۲-۵. صحیحہ ابوبصیر

ابوبصیر از امام صادق^(ع) نقل می‌کند که: «جامعه نزد ماست». امام در پاسخ این سوال ابوبصیر که جامعه چیست، می‌فرماید: «کتابی است که در آن هر حلال و حرامی و هر چه که مردم نیازمند آند، حتی ارش الخدش وجود دارد». سپس امام^(ع) از ابوبصیر اجازه گرفته و بدن او را می‌فشرد و می‌فرماید: «حتی ارش این [نیز در جامعه آمده است]» (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۲۹۶).

مرحوم آیت‌الله خویی (خویی، ۱۳۹۶: ۲۶۷ و ۲۱۲) و صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۲۲: ۳۲) به این حدیث استناد کرده‌اند اما چگونگی استناد را تبیین نکرده‌اند. شاید بتوان چنین گفت که مستفاد از این روایت آن است که هر جنایتی موجب ضمان است. حال آن مقدار که دیه معین شرعی ندارد، هدر و باطل نمی‌شود و باید با ارش مقدار آن را تعیین نمود.

آنچه از این روایت - که مهم‌ترین دلیل قاعده ارش شمرده شده است - در مورد

ماهیت قاعده ارش به دست می‌آید این است که دیه همه جنایات در شرع تعیین شده است و به همین علت است که صاحب جواهر پس از آوردن این حدیث جمله‌ای دارد که مرحوم آیت‌الله خوانساری آن را پذیرفته است. او می‌نویسد: «مقتضاه ان لكل شیء مقدراً الا انه لم یصل الینا» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۸). بنابراین این روایت که نقلهای مختلفی نیز دارد، بر حکم ظاهری بودن ارش دلالت دارد.

ممکن است در تأیید نظر مشهور گفته شود معنای روایت این نیست که دیه تک تک جنایات حتی ارش الخدش نیز در جامعه معین شده است بلکه معنای روایت این است که اصل دیه داشتن خدش و اصل ضمان آور بودن جنایات موجب خدش، در جامعه بیان شده است. به عبارت دیگر مقصود حضرت^(ع) آن است که کلیات شریعت نزد ماست و ما با توجه به آنها احکام فرعی را اقتباس می‌کنیم نه اینکه تک تک احکام فرعی در جامعه بیان شده است.

در نقد این مطلب دو پاسخ می‌توان ارائه داد: اول متفاهم از اینکه «همه چیز در جامعه است حتی ارش الخدش» آنست که مقدار ارش الخدش معین و مشخص است و در جامعه وجود دارد. به عبارت دیگر برای اصل لزوم دیه خدش و ضمان آور بودن آن نیاز به این گونه عبارت پردازی (که همه چیز در جامعه است حتی ارش خدش) نیست. دوم اینکه به فرض که چنین مطلبی را بپذیریم، اگر کلیاتی که ادعا می‌شود در جامعه است به مثابه قواعد فقهی است که یکی از مصادیق آن ارش الخدش است، نتیجه، معین بودن مقدار آن خواهد بود گرچه در جامعه بر آن به صورت خاص تنصیب نشده باشد. به تعبیر دیگر اگر مقصود روایت آن باشد که در جامعه قواعدی فقهی نظیر «کل ما فی الانسان اثنان فیهما الدیه و فی احدهما نصف الدیه...» و مانند آن است، که شامل ارش الخدش و.. می‌شوند، باز نتیجه آن است که دیه همه جنایات در شرع تعیین شده است حال یا به طور خاص و یا به طور عام.

۳-۵. صحیحہ عبدالله بن سنان

عبدالله بن سنان از امام صادق^(ع) نقل می‌کند که:

دیه دست اگر قطع شود، پنجاه شتر است و اگر جنایت به صورت جراحت و نه قطع کردن باشد، دو نفر عادل به آن حکم می‌کنند و هر کس به آنچه خدا نازل فرموده، حکم نکند، کافر است (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۳۸۹).

صاحب وسایل این روایت را در باب ۹ از ابواب دیات شجاج و جراح آورده و عنوان باب را چنین گذاشته است: «باب ثبوت الحکومه فی الجرح الذی لا نص فیہ و انه لا بد من حکم عدلین بذلک». مرحوم صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۲۲: ۳۲۶) و آیت الله خویی (خویی، ۱۳۹۶: ۲۶۷ و ۲۱۲) به این حدیث استناد کرده‌اند، گرچه به نظر می‌رسد استناد آیه‌الله خویی به این حدیث برای شیوه تعیین و به تعبیری دقیق‌تر برای مقام محاسبه کننده ارش است (دو نفر عادل) و نه اصل قاعده ارش؛ زیرا ایشان پس از نقد شیوه عبدانگاری، به روایت فوق استناد کرده‌اند. به هر حال می‌توان از آن، مسلم بودن خود قاعده را به دست آورد.

با وجود این، این روایت ربطی به قاعده ارش ندارد و مربوط به تعیین موضوعی است به این معنا که اگر بین جانی و مجنی علیه در مورد اسم جنایت اختلاف باشد، به وسیله دو نفر عادل، اسم آن تعیین می‌شود.

توضیح اینکه این صحیحه ابتدا از دیه قطع دست صحبت می‌کند و سپس از جراحاتی که غیر از قطع است. به طور طبیعی اولین نکته‌ای که به ذهن خطور می‌کند، جراحاتی است که بر دست وارد می‌شود و به شکل بریدن نیستند. این جراحات ممکن است به صورت حارصه و دامیه و متلاحمه و سمحاق و... باشد که حکم شرعی آنها سنجیدن نسبت حارصه سر به حارصه دست است و دیه آنها در شرع معین است (طوسی، ۱۴۲۰: ۲۶۳). بلکه چون ممکن است در صدق اسم جنایت مورد نظر اختلاف باشد - چرا که مجنی علیه مثلاً ادعا می‌کند عمق جنایت زیاد است و اسم آن سمحاق است، اما جانی ادعا می‌کند جنایت او دامیه و یا حداکثر متلاحمه است - دو نفر عادل باید وضعیت جنایت را روشن سازند. بنابراین صحیحه ابن سنان به باب ارش اصلاً ارتباطی ندارد.^۵

۴-۵ روایات ارش

برخی به روایاتی استناد کرده‌اند که در آنها واژه ارش به معنی دیه غیر معین آمده است. شاید نظر صاحب مفتاح الکرامه هم همین است که می‌نویسد:
ظاهراً دلیل قاعده ارش اجماع است، علاوه بر این که آن طور که گفته شده است در بعضی روایات به آن اشاره شده است (عاملی، بی‌تا: ۱۹۲).
به همین جهت لازم است واژه ارش در روایات بررسی گردد. لازم به ذکر است

در صورتی که بتوان در روایات موردی را یافت که ارش به معنای دیه غیر معین شرعی باشد، در این صورت ماهیت قاعده ارش، حکم واقعی اولی است. به عبارت دیگر مفهوم قاعده ارش این خواهد شد که در جنایاتی که شرع دیه آنها را تعیین نکرده است، ارش لازم است.

واژه ارش در روایات گاه به معنای ارش عیب یعنی تفاوت قیمت مبیع در دو حالت سالم و معیوب بودن به کار رفته است (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۸، ۱۰۴). همچنین گاه به معنای میزان حاصل از نسبت سنجی در دو حالت سلامتی و عدم سلامتی مجنی علیه به کار رفته است (همان، ج ۲۹، ۳۸۶-۳۶۹).^۶ اما آنچه به بحث ما به طور خاص مرتبط است این است که این واژه در روایات گاه به معنای «دیه معین شرعی» می‌باشد؛ مثل روایتی که در ابتدای این مقاله در مورد دیه سرخ شدن و کبود شدن صورت گذشت (همان: ۳۸۴-۳۸۵). در مورد برخی روایات هم جای تأمل وجود دارد که آیا ارش به معنای دیه معین است و یا به معنای دیه غیر معین. ذیلاً به این روایات اشاره می‌کنیم.

صحیحہ ابی بصیر: در مورد این صحیحہ که پیشتر گذشت و حاکی از اینست که ارش الخدش در جامعه موجود است، دو نظر وجود دارد. ظاهر عبارت صاحب جواهر که می‌نویسد: «مقتضای این روایت آن است که برای هر جنایتی دیه معین وجود دارد اما [برخی از آنها] به دست ما نرسیده است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۸)، این است که ارش در این روایت به معنای «دیه معین» است. اما آقای ایروانی در کتاب دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی در استناد به این حدیث برای قاعده ارش می‌نویسد:

درباره ارش الخدش دیه معین شرعی وارد نشده است، به ناچار مقصود این روایت اشاره به ارش است (ایروانی، ۱۳۸۰: ۳۴۹).

به نظر می‌رسد سخن آقای ایروانی قابل پذیرش نیست. آنچه واقعیت دارد این است که در روایات موجود ارش الخدش وجود ندارد نه اینکه در شرع دیه آن تعیین نشده باشد. وقتی می‌توان گفت در باره ارش الخدش دیه معین شرعی وارد نشده است که بتوان همه روایات صادر از سوی معصومین^(ع) را ملاحظه کرد و چنین چیزی برای ما اصلاً امکان پذیر نیست.

مرسله جمیل: جمیل درباره مردی سوال می‌کند که دستش شکسته شده و سپس بهبودی می‌یابد. حضرت^(ع) می‌فرماید: جانی قصاص نمی‌شود، ولی باید ارش را بپردازد.

از جمیل سوال شد مقدار ارش در شکستن دندان و شکستن دست چقدر است؟ جمیل گفت: مقدار اندکی است و میزان معینی در این زمینه روایت نشده است (طوسی، ۱۴۰۶: ۲۶۰).

گر چه ممکن است ادعا شود واژه ارش در این روایت به معنای دیه غیر معین است، اما با توجه به این که میزان دیه شکستن شدن استخوان به طور کلی و من جمله استخوانهای دست در صورتی که خوب جوش بخورد در شرع مشخص شده است (خویی، ۱۳۹۶: ۳۲۵ و ۳۳۳)، پس می‌توان این روایت را شاهی برای معنای دیه معین دانست.

مرسله دیگر جمیل: در مورد کسی که دندان صغیری را بکند ولی دوباره دندان او برآید، همه علماء نسبت به عدم قصاص اجماع دارند. مشهور فقها به حکومت و دیه غیر معین قائلند و مستندشان هم مرسله جمیل است:

عن احدهما^(۴) انه قال فی سنّ الصبی یضربها الرجل فتسقط ثم نبتت قال: لیس علیه قصاص و علیه الارش (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۳۳۷).

بنابراین در این روایت، ارش به معنای دیه غیر معین است.

با وجود این نمی‌توان به این روایت استناد کرد زیرا مرحوم آیت الله خویی که در این زمینه با استناد به اطلاق ادله به دیه معین شرعی - دیه دندان - قائلند، در ردّ نظر مشهور می‌نویسد:

این مرسله، علاوه بر ضعف سند، دلالت بر حکومت (دیه غیر معین) نمی‌کند بلکه دلالت بر ارش دارد و ارش بر دیه معین نیز صادق است (خویی، ۱۳۹۶: ۱۷۰-۱۷۱).

بنابراین روایت فوق هم از حیث سند و هم از حیث دلالت دچار اشکال بوده و نمی‌توان به طور جزم و قطع ادعا کرد که واژه ارش در آن به معنای دیه غیر معین است.

روایت اسحاق بن عمار: عن ابی عبدالله^(۴) قال: قلت: میت قطع راسه؟ قال: علیه الدیه، قلت: فمن يأخذ دیته؟ قال: الامام، هذا لله، و ان قطعت یمینه او شیء من جوارحه فعليه الارش للامام (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۳۲۷).

این روایت هم از حیث سند و هم از حیث دلالت اشکال دارد. اشکال دلالتی آن این است که اولاً بر دیه کامل برای بریدن سر میت دلالت دارد؛ زیرا واژه دیه در

روایات هرگاه با «ال» به کار رود (الدیه)، مقصود دیه کامل است. در حالی که بریدن سر میت موجب یک دهم دیه کامل است. ثانیاً با توجه به اینکه فقهای امامیه بالاجماع برای بریدن دست و سایر اعضا و جوارح میت، به دیه معین قائلند، پس ارش در این روایت به معنای دیه غیر معین نمی‌باشد.

نتیجه‌ای که تا به این قسمت حاصل شده این است که در هیچ یک از روایات فوق، ارش به معنای «دیه غیر معین» به کار نرفته است. سایر روایات هم به همین صورت است و در نتیجه نمی‌توان روایاتی با سند صحیح و دلالت تام یافت که با قطع و یقین بتوان ادعا کرد ارش در آن روایات به معنای دیه غیر معین می‌باشد. لازم به ذکر است گر چه در دو روایت^۷ عبارت «لیس فیها قصاص الا الحکومه» به کار رفته است که در بدو امر به خاطر به کار بردن واژه «حکومت»، ظهور در ارش مصطلح یعنی دیه غیر معین دارد، اما نمی‌توان از این دو روایت هم استفاده کرد که شرع مقدس به صراحت با بیان این موارد، اشعار می‌دارد که دیه برخی موارد را تعیین نکرده است، زیرا اولاً این دو روایت مقطوعه‌اند و ثانیاً در مقطوعه ابان، حکومت در کنار دیه معین (ثلث دیه) برای جنایت مأمومه در نظر گرفته شده است. ضمن اینکه دیه جائفه و سایر موارد در روایات دیگر تعیین شده است (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۳۷۹).

نتیجه اینکه بر اساس مستندات قاعده ارش باید چنین گفت که دیه همه جنایات در شرع تعیین شده ولی در واقع برخی از آنها به دست ما نرسیده است. اما نرسیدن باعث هدر رفتن نمی‌شود و آنها باید جبران شوند. بنابراین ماهیت قاعده ارش، حکم ظاهری است.

۶. شیوه محاسبه و مقام تعیین‌کننده ارش در قانون، پزشکی قانونی و فقه

۶-۱. قانون مجازات اسلامی؛ شیوه محاسبه و مقام محاسبه‌کننده ارش

در زمینه متون قانونی گرچه قانونگذار در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی بر نظر کارشناس اصرار می‌ورزد و مقرر می‌دارد:

در کلیه مواردی که به موجب مقررات این قانون ارش منظور گردیده با در نظر گرفتن دیه کامله انسان و نوع و کیفیت جنایت، میزان خسارت وارده طبق نظر کارشناس تعیین می‌شود.

اما در مواد متعدد، قانونگذار تعیین ارش را به نظر حاکم دانسته است. مثلاً ماده ۳۹۲ همین قانون اشعار می‌دارد:

جنایتی که لبها را جمع کند و در اثر آن دندانها را نپوشاند، موجب مقداری است که حاکم آن را تعیین می‌نماید.

هم‌چنین تعیین جریمه مالی شکاف (اشقاق) دندان (م ۴۰۷)، تعیین جریمه کندن ریشه دندان شکسته (م ۴۰۸)، تعیین جریمه جنایتی که موجب کج شدن گردن شود و یا مانع فروبردن غذا گردد (م ۴۱۳)، تعیین جریمه مالی جنایتی که موجب نقص فک یا باعث دشواری و نقص جویدن گردد (م ۴۱۷)، تعیین جریمه مالی بریدن کف دستی که خلقتاً بدون انگشت بوده یا در اثر سانحه‌ای بدون انگشت شده است (م ۴۲۰) را با «حاکم» دانسته شده است. گرچه قانونگذار در این مواد دقت نظر به کار نبرده است و به جای واژه ارش یا دیه، واژه جریمه مالی را به کار برده است، اما روشن است که مرادش از جریمه مالی همان ارش یا دیه به معنای عام کلمه است؛ زیرا پیشتر در ماده ۲۹۴ قانونگذار دیه را چنین تعریف نموده است:

دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی‌علیه یا به ولی یا اولیاء دم او داده می‌شود.

این تعریف، شامل تمام موارد فوق که واژه جریمه مالی به کار رفته است می‌شود. از آنجا که میان جریمه مالی در اصطلاح حقوق با دیه و ارش تفاوت‌هایی وجود دارد - مثل اینکه جریمه مالی به دولت داده می‌شود و ارش و دیه به مجنی‌علیه - بهتر است قانونگذار در مواد فوق‌الذکر واژه ارش را به جای جریمه مالی به کار برد.

به هر حال نمی‌توان منکر شد که مواد نام برده با ماده ۴۹۵ در تعارض است؛ چرا که در ماده ۴۹۵ حاکم و قاضی نقشی در تعیین ارش ندارند و این فقط و فقط کارشناس است که تعیین می‌کند، اما در مواد نام برده شده در بالا، تعیین با نظر حاکم است.

ممکن است کسی در مقام رفع تعارض میان این دو دسته مواد چنین بگوید که حاکم جلب نظر کارشناس کند و او ارش را تعیین می‌کند. پس هم حاکم نقش دارد و هم کارشناس؛ حاکم با صدور قرار ارجاع به کارشناسی و کارشناس با تعیین مقدار ارش. اما روشن است که این جمع، جمع تبرعی است زیرا نقش حاکم در این صورت

فقط جلب نظر کارشناس و به عبارت دیگر صادر نمودن قرار رجوع به کارشناسی است؛ در حالی که مواد فوق، «تعیین» را با نظر حاکم دانسته است و فرق بسیار است میان تعیین ارش و صدور قرار جلب نظر کارشناس.

هم‌چنین ممکن است کسی در رفع تعارض فوق چنین بگوید که تعیین ارش به دست قاضی است اما او در این راه، از کارشناس کمک می‌گیرد. به تعبیر دیگر کارشناس ارش را تعیین می‌کند، اما دادگاه در پذیرش آن الزامی ندارد؛ اگر آن را صحیح تشخیص نداد، نمی‌پذیرد و در صورتی که صحیح تشخیص داد، آن را می‌پذیرد. مستند این راه هم دو ماده از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است. مطابق ماده ۲۵۸:

دادگاه باید کارشناس مورد وثوق را از بین کسانی که دارای صلاحیت در رشته مربوط به موضوع است، انتخاب نماید...
ماده ۲۶۵ این قانون نیز مقرر دارد:

در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد.
بنابراین آنچه اهمیت دارد، اطمینان دادگاه به نظر کارشناس است. در نتیجه گرچه تعیین ارش به عهده کارشناس است، اما پذیرش آن به عهده قاضی است و در نتیجه هر دو در تعیین ارش نقش دارند.

این راه‌حل هم درست نیست و نمی‌تواند تعارض موجود میان ماده ۴۹۵ و دیگر مواد را از بین ببرد زیرا اولاً مطابق این راه‌حل باید گفت در صورتی که قاضی به ارجاع تعیین ارش به کارشناس نیازی نداشته باشد و میزان ارش برای دادگاه معلوم باشد، می‌تواند رأساً مبادرت به صدور حکم نماید. در حالی که ظاهر ماده ۴۹۵ خلاف این است و آراء دادگاه عالی انتظامی قضات که در ادامه خواهد آمد نیز بر لزوم ارجاع تمام موارد ارش به کارشناس تأکید می‌کند.

ثانیاً اگر قاضی نه به صحت نظر کارشناس عقیده داشت و نه به سقم آن، چه باید بکند. اگر نه نظر این کارشناس و نه کارشناسان دیگر نتوانست دادگاه را قانع سازد و قاضی کماکان شک دارد که آیا نظر کارشناسان مطابق با اوضاع و احوال محقق و معلوم کارشناسی هست یا نیست، چه باید کند؟ مطابق ماده ۴۹۵ پذیرش نظر کارشناس الزامی

است حتی در جایی که قاضی نظر به خلاف آن دارد؛ در حالی که مطابق این راه‌حل و مواد فوق از قانون آیین دادرسی مدنی، قاضی نمی‌تواند به نظر کارشناس ترتیب اثر دهد. بنابراین، این راه حل هم نمی‌تواند تعارض مذکور را مرتفع سازد.

جالب اینجاست که در کنار کارشناس و حاکم، ماده ۴۷۳ مقام دیگری را برای تعیین ارش در نظر گرفته است و آن هم طرفین دعوا هستند که با مصالحه، نقش آفرینی می‌کنند:

ارش جنایتی که باعث از بین رفتن صوت نسبت به بعضی از حروف شود باید با مصالحه معلوم گردد.

چون ظهور ماده فوق در صلح قراردادی است، لذا طرفین دعوا در این میان نقش دارند و گرنه در صورتی که منظور از مصالحه، صلح قهری باشد، حاکم و قاضی مؤثر خواهد بود.

سوال این است که بالاخره مقام تعیین‌کننده کیست؟ حاکم؟ کارشناس؟ یا طرفین با مصالحه کردن؟ قانون وضعیت روشنی ندارد. به همین جهت به عقیده نگارنده عمل دادگاه عالی انتظامی قضاات در متخلف دانستن قضاتی که بدون مراجعه به کارشناس خود راساً میزان دیه را تعیین کرده‌اند، صحیح نیست. مثلاً رای شماره ۱۶۶-۱۶۸-۸۰/۴/۱۸ شعبه ۳ دادگاه عالی انتظامی قضاات چنین است:

۱. تخلف رئیس دادگاه بدوی از حیث صدور حکم محکومیت به پرداخت ارش و خسارت در ارتباط با خونریزی معده و خراش ناحیه گردن شاکی خصوصی، بدون جلب نظر کارشناس، علیرغم صراحت ماده ۴۹۵ ق.م.ا. نسبت به این امر... محرز است. مدافعات وی دایر بر این که برای تعیین میزان ارش الزامی به ارجاع مورد به کارشناس بر پایه مقررات و فتاوی فقهای عظام نداشته مؤثر تشخیص داده نشد. لذا قاضی موصوف را به استناد ماده ۱۴ و صدر ماده ۲۰ نظامنامه راجع به تشخیص انواع تقصیرات قضاات به کسر خمس حقوق ماهانه به مدت سه ماه محکوم می‌نماید.

۲. تخلف قضاات دادگاه تجدید نظر استان از جهت تأیید دادنامه بدوی در مورد تعیین میزان ارش بدون جلب نظر کارشناس ثابت است. بنابراین رئیس و مستشار دادگاه تجدید نظر مزبور را به استناد صدر ماده ۲۰ نظامنامه مرقوم به کسر عشر حقوق ماهانه به مدت دو ماه محکوم می‌نماید (کریم‌زاده، ۱۳۸۱: ۱۸۴).

نقدی که بر این رأی و آرای مشابه است این است که با وجود مواد متعددی که در قانون مجازات اسلامی وجود داشته و تعیین ارش را با نظر حاکم و قاضی دانسته است، چه جایی برای صراحت ماده ۴۹۵ این قانون باقی می ماند؟ حتی برداشت برخی حقوقدانان نیز چنین است؛ زیرا نوشته اند:

قانونگذار برآورد میزان ارش را بر عهده قاضی دادگاه واگذار کرده است. دادرس موظف است با توجه به حدود صدمه و رنجی که بر مجنی علیه وارد آمده است، مبلغ ارش را تعیین کند. این امر در موارد متعددی از ق.م.ا. مانند مواد ۴۰۴، ۴۰۸، ۴۱۳، ۴۱۷ و... منعکس شده است (صادقی، ۱۳۷۶: ۲۵۴).

و دیگری می نویسد:

در حال حاضر دادگاهها با توجه به ماده یک قانون نظام پزشکی، تعیین ارش را به پزشک قانونی محول می کنند. اما دادگاهها تکلیفی برای ارجاع به این افراد ندارند (زراعت، ۱۳۸۴: ۴۹۲).

بنابراین بهتر بود دادگاه عالی انتظامی قضات، عذر متخلفان را می پذیرفت.

این ابهام، در مقام تعیین کننده ارش است. اما در شیوه تعیین ارش هم ابهاماتی وجود دارد. قانونگذار در موادی که تعیین ارش را با نظر حاکم دانسته است نمی گوید حاکم به چه شیوه ای تعیین ارش می نماید؟

ماده ۴۹۵ که تعیین ارش را به نظر کارشناس دانسته است شیوه ای را مطرح کرده است که به بررسی آن می پردازیم. این ماده مقرر می دارد:

در کلیه مواردی که به موجب مقررات این قانون ارش منظور گردیده با در نظر گرفتن دیه کامله انسان و نوع و کیفیت جنایت، میزان خسارت وارده طبق نظر کارشناس تعیین می شود.

به فرض اینکه بپذیریم تعیین ارش، بر عهده کارشناس است و قاضی در این میان نقشی ندارد، اشکالاتی بر این ماده هم از حیث مقام محاسبه کننده ارش و هم از حیث شیوه محاسبه آن وارد است.

اشکال اول اینست که ظاهر ماده آنست که یک کارشناس برای تعیین ارش کفایت می کند. حال با توجه به اینکه تعیین ارش - آن چنان که به نظر می آید و بیان خواهیم کرد - کاری حکمی است و در واقع تعیین حکم است چرا که کارشناس می خواهد

بگوید ارش از بین بردن چشایی مثلاً چنین مقدار است، چطور این مسئله قابل پذیرش است؟

توضیح اینکه در تشخیص موضوعات قانونگذار اصرار دارد به: «دو خبره عادل» (مرجع تشخیص زوال عقل یا نقصان آن، ماده ۴۴۸)، «گواهی دو نفر عادل اهل خبره» (برای تشخیص از بین رفتن شنوایی و حصول نقص مانع شنوایی در مجرای آن، ماده ۴۵۲)، «دو مرد خبره عادل یا یک خبره مرد و دو زن خبره عادل» (در صورت اختلاف بین جانی و مجنی علیه نسبت به از بین رفتن بینائی، ماده ۴۵۹)، «نبودن شهادتی از متخصصان» (در مورد زوال بینایی، ماده ۴۶۱)، «مراجعه به دو نفر کارشناس عادل» (در مورد تعیین مقدار جنایت بر زبان، ماده ۴۹۶)

حال چطور در مورد موضوعات، نظر یک کارشناس کفایت نمی‌کند بلکه دو کارشناس آن هم با وصف «عادل» - که اخص از وصف «ثقه» و «راستگو» می‌باشد - لازم است، اما در مورد تعیین حکم و اینکه چه مقدار دیه برای فلان جنایت لازم است، یک کارشناس و آنهم بدون قید عدالت کفایت می‌کند؟ مبنای حجیت نظر این کارشناس چیست؟ آیا مرد بودن و عادل بودن و حتی تعدد در این مورد لازم نیست؟

اشکال دوم اینست که مستند شرعی این ماده چیست؟ با توجه به اینکه - همانطور که خواهیم دید - در فقه گاه از «امام» و «حاکم» و گاه از «دو نفر عادل» نامبرده شده است، کدام یک از فقها و به استناد چه دلیلی، «کارشناس» را متصدی تعیین ارش می‌دانند تا بگوییم قانون مجازات اسلامی از نظر این فقیه پیروی کرده است؟

اشکال سوم اینست که کارشناس چگونه «با در نظر گرفتن دیه کامله انسان و نوع و کیفیت جنایت، میزان خسارت وارده» را تعیین کند. مثلاً از بین بردن حس چشایی که به عقیده قانونگذار موجب ارش است (ماده ۴۶۶) چگونه سنجیده شود؟ آیا کارشناس باید چنین ببیند که حس چشایی مثل گویایی و عقل و بینایی موجب دیه کامل است؟ آیا چنین محاسبه کند که چون چشایی در انسان یکی است و مطابق قاعده «از بین بردن هر چه در انسان واحد باشد دیه کامل دارد»، پس برای از بین بردن چشایی دیه کامل است؟ و آیا این قاعده مخصوص اعضا است یا شامل منافع از جمله چشایی نیز می‌شود؟ آیا چنین محاسبه کند که خسارت نقص ناشی از فقدان حس چشایی نسبت به کل بدن چند درصد است؟ مگر نقص نسبت به کل اعضا و جوارح و منافع

انسان باید سنجیده می‌شود؟ اگر چنین باشد حس چشایی نسبت به کل انسان و اعضا و منافع او شاید یک پانصدم باشد. آنوقت این اشکال مطرح می‌شود که وقتی شرع مقدس دیه نفس را بر اعضا و جوارح و منافع تقسیم نکرده است و لذا دیه دو چشم یا زبان یا دو گوش... معادل دیه نفس است، چرا ارش چشایی و موارد دیگر با دیه کامله انسان سنجیده شود؟ آیا اصلاً بررسی این سوالات و پاسخها کار منِ کارشناس است یا کار مجتهد؟!

از این مشکل‌تر مواردی است که سلامتی به طور موقت زایل شده باشد که موجب ارش است. مثلاً قانونگذار زایل شدن عقل و نقصان آن را به ترتیب موجب دیه کامل و ارش می‌داند (م ۴۴۴). اما در ماده ۴۴۷ مقرر می‌دارد:

هر گاه در اثر جنایتی عقل زایل شود و دیه کامل از جانی دریافت شود و دوباره عقل برگردد، دیه مسترد می‌شود و ارش پرداخت خواهد شد.

حال سوال اینست که چگونه ارش این جنایت موقتی محاسبه می‌شود؟ به واقع کارشناس چطور باید تعیین ارش کند که در پیشگاه خدای خویش راضی باشد و به آنچه که شرع تعیین کرده یا رضایت شرع در آن است نزدیک باشد و نه در حق جانی اجحاف کرده باشد و نه در حق مجنی علیه؟ اگر او خود را به فرض محال یک لحظه جانشین امام معصوم^(ع) بداند، چگونه باید پاسخی دهد که شایسته چنین جانشینی باشد؟ به هر حال اگر قرار است امر به کارشناس ارجاع داده شود و به خصوص تعیین ارش که کاری حکمی است، باید قانونگذار ضابطه‌ای مشخص را برای کارشناس تعریف نماید و آن گاه از او بخواهد که بر اساس آن ضابطه دقیق، به تعیین ارش بپردازد. اگر به کسی بگوییم کتاب‌های داخل این اتاق را طبقه‌بندی کن، او حق دارد بپرسد بر اساس چه ضابطه‌ای؟ موضوعات؟ نام کتاب‌ها؟ نام نویسندگان؟ سال چاپ و...؟ شیوه مطرح شده در ماده ۴۹۵ اصلاً ابهام کارشناس را برطرف نمی‌نماید.

اشکال چهارم اینست که با توجه به تعدد و تنوع جنایات که خیلی از آنها در قانون مجازات اسلامی نیامده و علی‌القاعده به عهده کارشناس است، آیا نمی‌توان نتیجه گرفت که قانونگذار کار خود را راحت کرده و مشکل را از سر خود وا کرده و به کارشناس احاله داده است؟ آیا بهتر نیست قانونگذار راساً برای مثلاً حس چشایی ارش را تعیین کند تا لازم نباشد در هر پرونده‌ای به کارشناس مراجعه شود و بدین‌وسیله هم

از اطلاع دادرسی گرفته شود و هم احیاناً از صدور آراء متضاد؟ نتیجه آنکه اگر بگوییم وضعیت قانون مجازات اسلامی درباره مقام تعیین کننده ارش و به خصوص شیوه محاسبه آن، مبهم می باشد یقیناً به گزاف سخن نگفته ایم. لازم به ذکر است کارشناسان حاذق برخی کشورها برای صدمات کیفری مقادیری را تعیین کرده اند اما روشن است که نمی توان از این مقادیر در نظام فقهی بهره برد و این مقادیر را معادل سازی نمود ولو آنکه آن کارشناسان حاذق و متخصص بوده اند. مثلاً در انگلستان بر اساس طرح جبران خسارت صدمات کیفری^۱ ۲۰۰۱ برای صدمات وارد بر چشم حداقل ۲۰ نوع صدمه را شناسایی کرده اند. همچون ترکیدگی یا شکستگی حفره استخوانی حدقه چشم که کره چشم در آن قرار دارد (بدون جراحی یا مستلزم عمل جراحی)، تار یا دو تا دیدن (موقتی، ماندگار از ۶ تا ۱۳ هفته، ماندگار بیش از ۱۳ هفته با احتمال بهبودی، دائمی، متوسط، شدید)، آب مروارید، فاسد شدن عصب بینایی، جابه جایی عدسی، کاهش خون نیازمند جراحی، از دست دادن چشم، از دست دادن بینایی (...). در این طرح که در سال ۲۰۰۶ تغییراتی پیدا نموده است، مقادیری برای صدمات بدنی تعیین شده است.

۲-۶. پزشکی قانونی و شیوه تعیین ارش

در صحبتی که با برخی پزشکان قانونی داشتم، بیان می کردند که پزشکی قانونی در مورد تعیین ارش با در نظر گرفتن سه عامل به تعیین ارش می پردازد. عامل اول سن مجنی علیه است یعنی باید بررسی کرد معمولاً چند سال مجنی علیه مجبور است نقص حاصل از جنایت موجب ارش را تحمل کند. از این لحاظ بین کودک و نوجوان و جوان با میان سال و مسن تفاوت است و ارش برخی نسبت به دیگران بیشتر است. عامل دوم شغل مجنی علیه است. در نتیجه گر چه از بین بردن چشایی موجب ارش است اما در صورتی که مجنی علیه آشپز باشد، ارش بیشتری را نسبت به حالتی که آشپز نباشد دریافت می کند. عامل سوم درصد اختلال فعالیت های زندگی در اثر جنایت موجب ارش است که این درصد حتی در جنایات موجب دیه هم یکسان نیست. مثلاً از نظر پزشکی قانونی اگر کسی بینایی خود را از دست بدهد ۹۵٪ زندگی او مختل می شود اما اگر شنوایی خود را از دست دهد، ۳۰٪ زندگی او اختلال می یابد. به هر حال در تعیین ارش باید ملاحظه نمود که جنایت موجب ارش چند درصد در زندگی

شخص اختلال ایجاد کرده است. در نتیجه با در نظر گرفتن سه عامل سن، شغل و درصد اختلال زندگی، ارش تعیین می‌شود.

در نقد شیوه فوق اشکالی که به ذهن خطور می‌کند این است که شیوه فوق به نظر غیر مشروع است چرا که با مذاق شریعت در باب دیات مخالف است. وقتی شارع در باب دیات، میان دیه نفس و مادون نفس پیر و جوان و کودک و آشپز و راننده و... تفاوتی قائل نشده است و به نوعی می‌توان گفت این شیوه را ردع کرده است، چگونه می‌توان در باب ارش به این شیوه ملتزم شد؟ آیا نتیجه آن نمی‌شود که فرع (ارش)، مهمتر از اصل (دیه معین) باشد؟ وقتی از نظر شرع از بین بردن بینایی و شنوایی موجب دیه کامل است، گر چه درصد نقص حاصل از هر یک با دیگری متفاوت است، چگونه می‌توان عامل درصد نقص را در شیوه محاسبه ارش دخیل دانست؟

بله ممکن است بر اساس اینکه ماهیت قاعده ارش، حکم واقعی اولی است، راه فوق را مشروع بدانیم به این صورت که شارع، خود ارش را تعیین نکرده است و به عهده ما گذاشته است و ما در تعیین ارش می‌توانیم هر گونه که صلاح دانستیم عمل کنیم و مثلاً سه عامل فوق را دخیل بدانیم. با وجود این، این راه، خلاف مذاق شریعت در باب جنایات (قصاص و دیات) است و در نتیجه صحیح نمی‌باشد.

۳-۶. فقه؛ شیوه محاسبه و مقام تعیین‌کننده ارش

در فقه نیز همانند حقوق شیوه محاسبه ارش و متصدی آن چندان روشن نیست به این معنا که سوالات و ابهاماتی مطرح است که آنچه را گذشتگان در این زمینه بیان نموده‌اند با چالشهایی مواجه نموده است، علاوه بر این که این دو مبحث در فقه به هم آمیخته است. مثلاً شیوه‌ای که اکثر فقهای گذشته به آن اشاره کرده‌اند، تعیین ارش از طریق عبدانگاری است، یعنی مجنی‌علیه فرض شود که برده باشد و در دو حالت سلامت و عیب قیمت‌گذاری شود و نسبت میان این دو از دیه پرداخت شود.

آیت‌الله خوئی در نقد عبدانگاری می‌نویسد: ادله هیچ دلالتی بر عبدانگاری ندارند و راه صحیح جلب نظر دو مرد عادل است (خوئی، ۱۳۹۶: ۲۶۷-۲۶۶). بدیهی است عبدانگاری شیوه تعیین ارش است و دو نفر عادل متصدی تعیین ارش. در نهایت این سوال باقی می‌ماند که این دو مرد عادل به چه شیوه‌ای ارش را تعیین نمایند؟ با عبدانگاری یا با شیوه‌ای دیگر؟

فقها در مورد متصدی تعیین ارش، گاه از امام نام برده‌اند (طوسی، ۱۴۰۹، ۲۴: ۱۲۹) و گاه از دو مرد عادل (خویی، ۱۳۹۶: ۲۱۲ و ۲۶۶) و گاه سکوت کرده‌اند. در شیوه تعیین ارش نیز گاه از عبدانگاری صحبت شده است (حلی، ۱۴۱۰، ۲۵: ۶۰۰) و گاه، از مصالحه نام برده شده است (خوانساری، ۱۳۹۴: ۲۳۲).

شیوه عبدانگاری با اشکالاتی مواجه شده است از جمله عدم کارایی در این زمان به علت برچیده شدن نظام برده‌داری؛ لازم نشدن دیه و ارش برای برخی جنایات خفیف که موجب تغییر قیمت نمی‌شوند در حالی که مطابق روایات، خدش نیز ارش دارد (شیرازی، بی‌تا: ۲۱۴-۲۱۵) و از همه مهم‌تر نداشتن مستند شرعی (خویی، ۱۳۹۶: ۲۶۷).

شیوه مصالحه نیز با اشکالاتی مواجه است همچون اینکه در خیلی موارد طرفین مصالحه نمی‌کنند و اگر مراد صلح قهری است، با توجه به کثرت موارد ارش و اینکه صلح قهری امری استثنایی و محدود است، چگونه می‌توان از صلح قهری بهره جست؟ (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۴: ۲۴۰).

در مورد متصدی تعیین ارش، شیخ طوسی که به تعیین ارش توسط امام نظر دارد مستند خویش را بیان نکرده است. شاید مستند این باشد که فصل خصومت بر عهده امام است و در نتیجه او باید از عهده این امر برآید. اما این که او چگونه ارش را تعیین می‌کند باقی است.

مرحوم آیت‌الله خویی در تعلیل نظر خویش مبنی بر اینکه تعیین ارش به وسیله دو نفر عادل صورت می‌گیرد، به صحیحه عبدالله بن سنان تمسک می‌جوید. اما همانگونه که گذشت این روایت ارتباطی به قاعده ارش ندارد.

لازم به ذکر است همه یا اکثر اشکالات فوق ناشی از این است که قاعده ارش، حکم واقعی اولی باشد. توضیح این که اگر گفته شود معنای قاعده ارش این است که «در جنایاتی که شرع دیه آنها را تعیین نکرده است ارش لازم است» و به تعبیر دیگر شارع، خود گفته است که دیه برخی جنایات را تعیین نکرده‌ام و شما تعیین کنید، در این صورت انتظار آن است که شارع، هم شیوه تعیین ارش و هم مقام محاسبه‌کننده آن را بیان کند. به لحاظ همین نگاه است که مرحوم آیت‌الله خویی بر شیوه عبدانگاری ایراد می‌گیرد که آیه و روایتی بر آن دلالت نمی‌کند.

اما اگر معتقد شدیم که قاعده ارش حکمی ظاهری است، معنای آن این است که شارع دیه همه جنایات را تعیین کرده است، النهایه برخی از آنها به دست ما نرسیده است و این بخش چون هدر نمی‌رود، لازم است که جبران شود و به جبران آن، ارش گفته می‌شود. اما دیگر لازم نیست که شیوه خاصی در این زمینه از سوی شارع بیان شود، چرا که موضوع، سالبه به انتفاء موضوع است. به تعبیر دیگر وقتی فرض این است که شرع دیه همه موارد را تعیین کرده است و جایی را باقی نگذاشته که دیگران به تعیین آن پردازند، دیگر چه معنایی دارد که شارع، شیوه خاصی و متصدی به خصوصی را برای مواردی که تعیین نکرده است بیان و معرفی کند. بلکه می‌توان بحث کرد که در مواردی که دیه در شرع تعیین شده ولی به دست ما نرسیده چه باید کرد، اما این غیر از حکم واقعی اولی بودن قاعده ارش است و در واقع همانست که مدعای این مقاله است. این مطلب و این که بنا بر حکم ظاهری بودن ارش، شیوه محاسبه و مقام محاسبه‌کننده کیست در ادامه بررسی خواهند شد.

۷. ماهیت ارش؛ تعیین حکم یا موضوع؟

دیدیم که آنچه به عنوان شیوه محاسبه ارش و مسوول آن در فقه، قانون و پزشکی قانونی آمده است با ایرادهای جدی مواجه است. برای یافتن راه حل صحیح در این زمینه لازم است دو نکته روشن شود: یکی اینکه ماهیت قاعده ارش چیست و دیگر اینکه ماهیت خود ارش چیست. بحث اول پیش‌تر گذشت و اینک نوبت نکته دوم است. مقصودمان از اینکه ماهیت ارش در باب دیات چیست این است که آیا تعیین ارش، تعیین حکم است یا تعیین موضوع؟ آیا تعیین ارش در باب دیات همانند تعیین ارش در باب بیع جنس معیوب، امری موضوعی است یا اینکه با آن متفاوت است؟ توضیح بیشتر اینکه:

۱. اگر ارش امری موضوعی باشد، معنای آن این است که شارع مقدس حکم را تبیین کرده است. نهایت چون گاه در میزان نقص حاصل شده اختلاف شده است و میزان آن روشن نیست، توسط کارشناس با شرایط مقرر یا هر راه دیگری که شرعاً صحیح باشد، این میزان مشخص می‌شود. اگر ارش امری موضوعی باشد، آن وقت موردی و جزئی و بسته به هر مورد فرق خواهد کرد. در باب ضمان اموال قضیه به همین منوال است. شارع حکم فرموده هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن است. در

جایی که مال به کلی تلف شده است، تلف کننده باید قیمت یا مثل مال را به صاحب آن بدهد. اما در جایی که بخشی از مال تلف شده است و یا مالیت مال کاهش یافته است و میزان آن روشن نیست، و تعیین آن به سادگی امکان پذیر نیست باید میزان آن را مشخص کرد که به آن ارش گویند.

در روایت آمده است که کسی کنیزی را خرید و با او رابطه جنسی برقرار کرد و سپس روشن شد کنیز دارای عیبی بوده که فروشنده به خریدار نگفته است. امام سجاد^(ع) فرمودند: بیع لازم است و خریدار نمی تواند کنیز را پس دهد اما خریدار مستحق ارش است (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۸، ۱۰۴). همچنین در روایت زیر ارش امری موضوعی است:

ان الصادق^(ع) قال فی رجل افضت امراته جاریده بیدها، ففضی ان تقوم الجاریه قیمه و هی صحیحه و قیمه و هی مفضاه فیغرمها ما بین الصحه و العیب و اجبرها علی امساکها لانها لا تصلح للرجال (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۳۳۰).

ارش در موارد فوق، امری موضوعی است یعنی حکم شرع به خوبی روشن است و آن چه لازم است تعیین شود، تشخیص موضوع یعنی ارش عیب است. این در هر مورد فرق می کند مثلاً با توجه به سن، زیبایی، هنر و نژاد کنیز ارش مشخص می شود. در روایات مربوط به باب دیات هم این معنا - امر موضوعی - دیده می شود. مثلاً پیشتر در مورد صحیحه عبدالله بن سنان که برخی فقها به آن برای قاعده ارش استناد کردند، بیان شد که این صحیحه ارتباطی به ارش ندارد و در مورد اختلاف در امر موضوعی است. همچنین در روایت زیر هم بحث موضوعی مطرح است:

عن ابی عبدالله^(ع)..... فی الاذن نصف الدیه اذا قطعت من اصلها و اذا قطع طرفها فقیه قیمه عدل (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۲۸۶)

در این روایت، امام صادق^(ع) می فرماید دیه بریدن یک گوش به طور کامل نصف دیه کامل است و اگر بخشی از آن بریده شود با قیمت گذاری یک مرد عادل دیه آن معین می شود. به واقع چون ممکن است در نسبت قسمت بریده شده به کل گوش اختلاف باشد، این مرد عادل است که میزان آن را معین می کند و اگر اختلافی نباشد و مقدار تلف شده برای قاضی مشخص باشد، قاضی رأساً مبادرت به صدور حکم می نماید. به همین جهت است که در روایت دیگری که در همین زمینه است، صحبتی

از «قیمه عدل» نیست. در معتبره ظریف از امیرالمؤمنین علی^(ع) نقل شده است: «فی الأذنین اذا قطعت احدهما فديتها خمس مائه دينار، و ما قطع منها فبحساب ذلك» (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۲۹۶).

۲. اما اگر تعیین ارش، امر حکمی باشد، معنای آن این است که با تعیین ارش می‌خواهیم به نوعی حکم شارع را به دست آوریم (در صورتی که ارش، حکم ظاهری باشد) یا کاری شبیه شارع انجام دهیم (در صورتی که ارش، حکم واقعی اولی باشد). همانطور که مجتهد با عملیات اجتهاد به استنباط احکام شرعی دست می‌زند و حکم شرعی را کشف و بیان می‌کند، متصدی محاسبه ارش می‌خواهد از واقع خبر دهد و بگوید ارش از بین بردن چشایی مثلاً از نظر شرعی این مقدار است. این در صورتی است که معنای قاعده ارش این باشد که: «در جنایاتی که دیه معین شرعی آنها معلوم نیست، ارش لازم است». اما اگر معنای قاعده ارش این باشد که: «جنایاتی که دیه معین شرعی ندارند، ارش دارند» در این صورت تعیین ارش در این جنایات، بیان حکم شرعی یا حتی حدس زدن حکم شرعی نیست، اما کاری شبیه آن - حکم شرعی - است. به تعبیر دیگر تعیین ارش در این فرض، کاری حکمی است هر چند دیگر حکم شرعی به آن گفته نمی‌شود.

اگر ارش، امری حکمی یا شبیه حکمی باشد، دیگر با تفاوت اشخاص تفاوت نمی‌کند و در این صورت باید به طور قاطع گفت ارش چشایی مثلاً این مقدار است نه اینکه در مورد چشایی الف) به مقداری غیر از مقدار چشایی ب) قائل شد.

به نظر می‌رسد گر چه این موضوع در کلام برخی فقها مسکوت است، اما اکثر فقها به ارش به دید امری موضوعی نگریسته‌اند. توضیح اینکه فقها بر اساس مبانی کلامی معتقد به وحدت در تقنین‌اند به این معنا که تنها و تنها خداوند متعال است که قانونگذار واقعی است. از سوی دیگر دیده‌اند که دیه برخی موارد در روایات نیامده است و ظاهراً دیه در این موارد تعیین نشده است که به دست ما نرسیده است. از سوی دیگر نمی‌توان به قانونگذاری غیر خداوند متعال در این موارد قائل شد. لذا این موارد را از تعیین حکم به تعیین موضوع - که در صلاحیت غیر شارع نیز می‌تواند باشد - تغییر داده‌اند. به همین جهت در تعیین ارش شیوه‌هایی را نام برده‌اند که همگی حاکی از موضوعی بودن آن است، همچون عبدانگاری، مصالحه و نیز قیمت‌گذاری دو نفر

عادل (که به واقع مقام محاسبه‌کننده ارش است ولی همانطور که گذشت مرحوم آیت‌الله خویی با رد شیوه عبدانگاری از این مورد نام برده که ظهور در شیوه محاسبه دارد). مرحوم آیت‌الله خوانساری در زمینه صحیح عبدالله بن سنان که بر نظر دو مرد عادل دلالت دارد، عبارتی دارند که مؤید ادعای ماست:

و اما الصحیح المذكور ففی ذیلہ ما یستفاد منه لزوم الحکم بما انزل الله تعالی و شأن ذوی عدل التَّقْویم لا الحکم بالارش؛ لکن المذكور فی کلماتهم کأنه من المسلمات (خوانساری، ۱۳۹۴: ۲۷۷)

شیوه عبدانگاری با تعیین موضوعی سازگار است. از آنجا که دیه عبد قیمت او است و قیمت هر عبدی نسبت به عبد دیگر ممکن متفاوت باشد، جنایات موجب ارش در مورد وی به راحتی قابل محاسبه است. همچنین مصالحه حاکی از امر موضوعی است همانند اینکه بین دائن و مدیون در مقدار بدهی اختلاف باشد و با مصالحه مقدار آن را تعیین کنند. نظر دو مرد عادل هم با موضوعی بودن ارش سازگار دارد چون دو مرد عادل در واقع بینه به شمار می‌روند که در موضوعات کاربرد دارد، هر چند ممکن است بگوئیم ارش با بینه تفاوت دارد. لازم به ذکر است اینکه قانون مجازات اسلامی در شیوه تعیین ارش از عبارت «با در نظر گرفتن دیه کامله انسان و نوع و کیفیت جنایت» استفاده کرده نیز در همین راستا تلقی می‌گردد.

علیرغم آنچه ذکر شد، ارش، امری حکمی یا شبه حکمی است و نه یک امر موضوعی. این مطلبی است که به قول منطقی‌ها تصورش منجر به تصدیقش می‌شود. این که ارش چشایی، از بین رفتن قدرت باروری، طحال، دست زاید، از بین رفتن موقت یکی از منافع و... چیست، شبیه اینست که بپرسیم دیه بینایی، دست، پا و... چقدر است. اینها همه ماهیت یکسانی دارند و امور حکمی محسوب می‌شوند و در صلاحیت قانونگذار به معنای عام هستند. بار دیگر این جمله مرحوم آیت‌الله خوانساری را تکرار می‌کنیم که در موارد ارش، احتمال عدم ارش داده می‌شود به این معنا که اگر کسی به خدمت امام معصوم^(ع) می‌رسید و از میزان دیه مواردی سوال می‌کرد که در فقه گفته شده ارش دارد، امام معصوم^(ع) میزان مشخصی را بیان می‌کردند. بله اگر دیه چشایی و مانند آن در شرع مشخص شده باشد و آنگاه در مواردی که جنایت باعث از بین رفتن کامل آن منفعت یا عضو نشده باشد و در میزان نقص حاصل اختلاف باشد، امری

موضوعی به شمار می‌رود و می‌توان به وسیله مراجعه به کارشناس یا کارشناسان و از راه‌هایی که برای تشخیص موضوعی وجود دارد، میزان نقص حاصل را به دست آورد. خلاصه آنکه با توجه به آنچه در ماهیت قاعده ارش گذشت که حکمی ظاهری است روشن می‌شود که تعیین ارش، امری موضوعی نبوده بلکه حکمی است. حتی بنا بر اینکه ماهیت ارش، حکم اولی واقعی باشد نیز تعیین ارش، موضوعی نبوده، حکمی است هر چند حکم شرعی بر آن صدق نمی‌کند.

۸. آثار مترتب بر نگاه نو به ماهیت ارش و قاعده آن

پیش از بیان آثار مترتب بر نگاه نویی که بیان شد، مباحث گذشته خلاصه‌وار بیان می‌گردند تا در ادامه ترتب آثار مورد ادعا بهتر روش شود.

اول. مستفاد از ادله شرعی این است که دیه همه جنایات در شرع تعیین شده است. گر چه واقعیت این است که دیه برخی از آنها به ما واصل نشده است. اما چون حق هیچ کس هدر نمی‌رود، باید جنایت حاصله جبران گردد. در نتیجه معنای قاعده ارش این است که: «هر جنایتی را که نمی‌دانیم دیه معین آن چقدر است، هدر نمی‌رود و باید جبران گردد» مقدار جبران را ارش گوئیم.

دوم. ماهیت قاعده ارش، نه حکم واقعی اولی که حکم ظاهری است. البته این قسمت از قاعده ارش که «دیه جنایت هدر نمی‌رود» حکم واقعی است، اما قسمت دیگر که «در هر جنایتی که دیه آن در شرع معین شده است و به دست ما نرسیده، ارش لازم است»، حکم ظاهری است.

سوم. در مواردی که فقها برای آن ارش قائلند، احتمال عدم ارش داده می‌شود به این معنا که اگر کسی می‌توانست خدمت امام معصوم^(ع) شرفیاب شود و از ایشان مقدار دیه جنایت مورد نظر را می‌پرسید، امام^(ع) میزان آن را تعیین می‌فرمودند و به ارش نظر نمی‌دانند. این احتمال به خصوص از اینجا تقویت می‌شود که واژه ارش، در هیچ روایت صحیح‌السند و تام‌الدلالة به معنای دیه جنایت غیر معین شرعی به کار نرفته است.

چهارم. تعیین ارش در باب دیات، امری حکمی یا شبیه حکمی است و با تعیین ارش در باب بیع که امری موضوعی است تفاوت دارد پنجم. حکم کردن و قانونگذاری مخصوص خداوند است.

ششم. در روایات نه به مقام محاسبه‌کننده ارش و نه به شیوه آن هیچ اشاره‌ای نشده است.

حال با توجه به مطالب فوق و از آنچه به تفصیل گذشت می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

۱. **استثنایی بودن موارد ارش:** زیرا شارع دیه همه جنایات را تعیین کرده است و حکمت شارع و نیاز مردم و قبح تاخیرالبیان عن وقت الحاجة اقتضا می‌کند که شارع علاوه بر تعیین، تبیین هم کرده باشد.

۲. **استفاده بهینه از ادله دیات منصوص و به تعبیر دیگر تغییر رویکرد فقیه:** بر اساس اینکه ارش امری استثنایی است، باید سعی کرد حتی‌الامکان از ادله دیات معین استفاده بهینه کرد و اینگونه نباشد که در مورد هر جنایتی که به ظاهر دیه آن در شرع تعیین نشده است فوراً به سراغ قاعده ارش رفت. بنابراین گرچه برخی فقها گفته‌اند چون دیه آلت تناسلی مقطوع الحشفه در شرع تعیین نشده پرداخت ارش برای آن لازم است (خویی، ۱۳۹۶: ۳۱۱)، اما می‌توان گفت اطلاق فی‌الذکر الدیه شامل مورد بحث هم می‌شود. همچنین گرچه گفته شده بریدن کف دستی که انگشت ندارد، موجب ارش است (موسوی خمینی، بی تا: ۵۷۹)، اما شاید بتوان از اطلاق ادله که از بین بردن یک دست موجب نصف دیه کامله است، و یا اطلاق ادله‌ای که می‌گوید هر چه در انسان دوتایی است دیه کامل دارد و... برای دست فاقد انگشت نیز بهره برد و چنین گفت که بر کف دست فاقد انگشت، ید اطلاق می‌شود و یا این‌طور بگوییم که جدای از انگشتان، هر انسانی دارای دو کف دست است و از بین بردن هر یک، موجب دیه معین است. لازم به ذکر است برخی فقها برای از بین بردن بازو و کتف فاقد کف دست، با تمسک به اطلاق روایت صحیحه هشام بن سالم و عبدالله بن سنان مبنی بر «کل ما فی الانسان اثنان فیهما الدیه و فی احدهما نصف‌الدیه» به دیه معین شرعی قائل می‌باشند (خویی، ۱۳۹۶: ۳۰۲).

مثال دیگر در مورد دست است. توضیح این‌که اگر دست از مچ بریده شود دیه کامل دست برای آن لازم است. حال اگر دست از بالاتر از مچ قطع شود آیا تنها دیه دست لازم است یا علاوه بر دیه دست، باید ارش مقدار زاید بر مچ را نیز پرداخت نمود. مشهور فقها به دیه و ارش قائلند ولی برخی فقها مثل مرحوم آیت‌الله خویی به

دیه تنها قائل می‌باشند.^۹ به نظر می‌رسد حق با ایشان است چرا که امام^(ع) در صحیح‌ه عبدالله بن سنان فرمود: «دیه الید اذا قطعت خمسون من الابل و ما کان جروحاً دون الاصطلام فیحکم به ذوا عدل منکم...» و در صورتی که دست از میچ بریده شود یا بالاتر از آن، چون قطع دست صدق می‌کند، دیه دست لازم می‌باشد. بنابراین جای مراجعه به ارش به‌تنهایی یا در کنار دیه دست نیست.

۳. انسداد باب علم و علمی نسبت به برخی جنایات: دیه همه جنایات در شرع تعیین شده ولی برخی از آنها به دست ما نرسیده است. بنابراین باب علم و علمی نسبت به این دسته، منسده می‌باشد و با فرض انسداد، هر ظنی به جز ظنون غیر معتبر مثل ظن ناشی از قیاس^{۱۰}، می‌تواند اعتبار داشته باشد.^{۱۱} می‌توان این بحث را به این گونه مطرح کرد که در این موارد می‌دانیم تکلیف چیست ولی شک در مکلف به داریم و مورد از موارد دوران امر بین اقل و اکثر به این معنا که اقل، یقینی باشد و اکثر مشکوک نیست؛ نیز مورد از موارد متباینین هم نیست. در نتیجه مجتهد باید سعی نماید مقداری را که فکر می‌کند صحیح است به دست آورد. برای مثال اگر الف، کیف پول ب را غصب نماید و آن را تلف نماید ولی نه الف می‌داند که داخل کیف، چقدر پول بوده است و نه ب، در اینصورت، اصل تکلیف که همانا ضامن بودن الف است، روشن است ولی شک در مکلف به است. اینجا در صورتی که الف و ب به مبلغی مصالحه نکنند، قاضی لازم است با تعیین مبلغی فصل خصومت کند. هر مبلغی که تعیین شود، ظنی است و نه قطعی، اما قاضی باید سعی نماید مبلغی را تعیین کند که واقعیت داشتن آن بیشتر محتمل است بدین منظور قاضی می‌تواند با بررسی شغل ب و در نظر گرفتن نوع افرادی که چنین شغلی دارند و با در نظر گرفتن شخصیت ب و اینکه نوعاً چنین افرادی چه مقدار پول در کیف خود می‌گذارند، مبلغی را تعیین نماید.

همین وضعیت در مورد آن دسته از جنایاتی که دیه آنها به دست ما نرسیده و نتوانیم از ادله دیات منصوص برای تعیین آنها بهره ببریم جاری است یعنی با انسداد باب علم و علمی، ظن به جز ظنون غیر معتبر، حجت می‌شود. البته ظنی که احتمال اقربیت آن به واقع بیشتر از دیگر ظنون باشد. به همین جهت اشکالی ندارد که از مقایسه جنایت مورد بحث به نزدیکترین جنایت و یا تنقیح مناط غیر قطعی، یا از راه میزان نقص حاصل یا حتی از راه میزان مخارج درمان و... برای محاسبه ارش بهره

جست. بنابراین گرچه مرحوم آیت‌الله خوئی بر شیخ طوسی خرده می‌گیرد که چرا قائل است به اینکه از بین بردن دست زاید موجب ثلث دیه دست اصلی است، چرا که مستندی شرعی در مورد وجود ندارد و گرچه روایتی مبنی بر ثبوت ثلث دیه انگشت اصلی برای از بین بردن انگشت زاید است ولی قیاس دست زاید به انگشت زاید صحیح نیست (خوئی، ۱۳۹۶: ۳۰۱)، اما می‌توان از نظر شیخ بنا بر آنچه گذشت، دفاع کرد. یعنی ظاهراً مرحوم شیخ نخواسته‌اند از راه قیاس دست زاید به انگشت زاید، حکم دیه از بین بردن دست زاید را به دست آورند بلکه چون دیده‌اند از طرفی دیه دست زاید در روایات نیامده است و هیچ روایتی که به اطلاق یا عمومش شامل دست زاید باشد وجود ندارد و از طرف دیگر نمی‌توان به هدر رفتن دیه دست زاید قائل شد و در این میان می‌توان از روایت مربوط به دیه انگشت زاید بهره جست به این صورت که انگشت در این روایت خصوصیت ندارد و آنچه مهم است زاید بودن آن است لذا استفاده کرده‌اند که هر عضو زایدی ثلث دیه عضو اصلی را دارد و از جمله دست زاید. نتیجه آنکه این قیاس مستنبط العله ظنی نیست بلکه تنقیح مناط است و با قیاس فرق دارد. اگر هم قیاس باشد، به نظر می‌رسد با قیاسی که در روایات از آن نهی شده فرق دارد زیرا حرمت آن قیاس در فرض انفتاح باب علم و عملی است و فرض بحث ما انسداد باب علم و علمی است. به هر حال در این جا در مورد دست زاید، بهترین دلیلی که می‌توان از آن بهره برد، روایت مربوط به انگشت زاید است.

همچنین قانونگذار به تبع فقها جنایتی را که موجب نقص فک و سختی جویدن شود، موجب ارش دانسته است. برای محاسبه ارش این جنایات می‌توان از روشی که برای محاسبه ارش نقص بینایی در روایتی بیان شده است، بهره جست. مطابق این روایت در موردی مردی که در اثر جنایت دیگری، یکی از چشمهایش دچار نقص شده بود، امیرالمؤمنین علی^(ع) دستور دادند چشمی که آسیب دیده، بسته شود و آخرین نقطه‌ای که مجنی علیه با چشم سالم می‌تواند ببیند، علامت‌گذاری شود. آنگاه چشم سالم او بسته شود و آخرین نقطه‌ای که وی با چشم معیوبش می‌تواند ببیند، مشخص شود. سپس میان این دو فاصله مقایسه شود و آنگاه به همین نسبت ارش داده شود (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۳۶۹-۳۶۸). ادعا آن است که می‌توان از این روایت و راهکار مطرح در آن برای نقص فک بهره جست به این صورت که ملاحظه شود یک انسان متعارف^{۱۲} تا

چه حدی می‌تواند فک را حرکت دهد و غذا بچورد. آنگاه با ملاحظه مجنی‌علیه و مقایسه نقص فک او به انسان سالم، میزان نقص به دست آید و دیه داده شود. همین روش برای نقص شنوایی و دست و پا و... نیز قابل استفاده است. مثلاً دیه سلامتی دست و پا، دو سوم دیه آنها است. با تعیین نقص حاصل از جنایت علیه دست و پا و محاسبه آن از دو سوم دیه آنها، پرداخت صورت می‌گیرد.

بنابراین چون ارش حکم واقعی اولی نیست، دیگر لازم نیست و نباید انتظار داشت که شارع بیان خاصی در مورد شیوه محاسبه ارش و مقام محاسبه کننده آن داشته باشد. بله از قواعد عام در این زمینه می‌توان و باید بهره برد. علاوه، چون باب علم و علمی نسبت به این دسته از جنایات منسله است، هر ظنی که بتواند ولو اجمالاً کشف واقع نماید، حجت است مگر آنکه از ظنونی باشد که به طور خاص نهی شده باشد. نتیجه آنکه معنای ارش و حکومت در اینجا (جنایات موجب نقصان) با حکومت در جنایاتی که موجب نقصان نمی‌شود در این جهت که حاکم، مقداری را تعیین می‌کند که خود صلاح بداند، نزدیک می‌شود. البته لازم است مذاق شریعت در باب دیات و یا به تعبیری روح قواعد و احکام دیات را به دست آورد تا در صورت مخالفت ظنون با مذاق شریعت، به آن ظنون عمل ننمود. مثلاً مذاق شریعت در باب دیات، در نظر نگرفتن سن و شغل مجنی‌علیه و درصد اختلال زندگی وی می‌باشد؛ نیز میزان ارش نباید بیشتر از دیه کامل نفس و یا عضوی باشد که جنایت موجب ارش در مورد آن عضو واقع شده است.

۴. تعیین ارش وظیفه قانون‌گذار به معنا عام (مجهتد و...): ارش امری حکمی و یا شبه حکمی است و نه موضوعی و در نتیجه تعیین ارش به عهده قانونگذار است. به تعبیر دیگر متصدی و مقام محاسبه کننده ارش قانونگذار است. توضیح اینکه کسی وظیفه تعیین ارش را به عهده دارد که فصل خصومت بر عهده وی است؛ همانطور که اقامه الحدود الی من الیه الحکم. بنابراین تعیین ارش بر عهده امام است و مراد از امام در این زمان، حکومت می‌باشد. بنابراین حکومت می‌باید به تعیین ارش پردازد. این مطلب را به شکل دیگر می‌توان بیان نمود و آن اینکه تعیین ارش امری حکمی است و کار حکمی، کار مجتهدین و فقهاست. لازم است فقها میزان ارش را معین کنند. النهایه چون ممکن است در مواردی اختلاف فتوا وجود داشته باشد، حکومت که متصدی

فصل خصومت است، یکی از این نظرات را انتخاب کرده، بر آن جامه قانون می‌پوشاند. لازم به ذکر است که «عبدانگاری»، «مصالحه» و... اگر به عنوان اختیار امام در تعیین ارش مطرح شود، پذیرفته است و دیگر بحث از مستند شرعی آن وجهی ندارد، اما اگر به عنوان اختیار امام نباشد، لازم است از مستند شرعی آن بحث شود.

۵. جلوگیری از اطلاع دادرسی و هرج و مرج در احکام: چون ارش، امری حکمی یا شبه حکمی است و در مورد هر شخص با دیگری تفاوت نمی‌کند لازم است قانونگذار، میزان ارش را تعیین و در قانون بیاورد تا اولاً از اطلاع دادرسی و ثانیاً از صدور احکام متضاد جلوگیری شود. مثلاً قانونگذار از بین رفتن چشایی را موجب ارش می‌داند. خوب برای این که ارش تعیین شده برای چشایی در این شهر با ارش چشایی برای همین شخص ولی در شهر دیگر و نیز ارش چشایی برای این شخص با شخص دیگر تفاوت نکند و آراء متضاد صادر نشود، قانونگذار خود میزان ارش چشایی را معین و در قانون بیاورد. البته بهتر است قانونگذار از کارشناس یا کارشناسانی در این زمینه بهره جوید. پس متصدی، حکومت است و شیوه محاسبه هم همانگونه که در بندهای قبلی توضیح داده شد، به نظر حکومت بستگی دارد البته لازم است شیوه، شیوه‌ای باشد که اقرب به واقع باشد یا حداقل احتمال مطابقت یا اقربیت آن با واقع، بیشتر از شیوه‌های دیگر باشد.

لازم به ذکر است که در نظام جمهوری اسلامی ایران: پزشکی قانونی به منظور ایجاد وحدت رویه در نظرات کارشناسان پزشکی قانونی و رعایت عدالت اجتماعی و جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، کمیته‌ای را به عنوان «کمیته کشوری ارش و دیه» تشکیل داده است. این کمیته با بررسی متون شرعی، حقوقی و علمی و مبنا قرار دادن قانون مجازات اسلامی برای اعضای مانند دست و پا، جداولی را تعیین و ارش هر یک از صدمات وارده به بافت‌ها و اجزای تشکیل دهنده آن را تعیین نموده است (اولین کنگره پزشکی قانونی کشورهای اسلامی، ۱۳۸۳: ۱۱۵)

۶. تشویق به صلح: به هر حال چون ارش، از زمره حقوق الناس است، لذا به مانند همه موارد حقوق الناس، مستحب است قاضی طرفین را تشویق به مصالحه کند. در صورت مصالحه دیگر نوبت به ارشی که مجتهد و قانونگذار بنا به انسداد باب علم و علمی تعیین کرده‌اند، نمی‌رسد.

پی‌نوشت

۱. قید غالباً بدین جهت است که نظر مخالف وجود دارد. برخی فقها ارش را به معنای دیه مادون نفس می‌دانند اعم از اینکه معین باشد یا نباشد (ابن فهد حلی، ۱۴۱۳: ۲۳۹).
۲. مرحوم امام در تحریرالوسیله می‌نویسد: ارش و حکومت که به معنای آن است فقط در مواردی است که اگر معیوب به صحیح سنجیده شود، نقص در قیمت پیدا می‌شود. مقدار تفاوت ارش و حکومت است. اما اگر در مواردی فرض شود که جنایت باعث نقص قیمت نشود و مقدار معین شرعی هم ندارد مثل این که انگشت اضافی کسی را قطع کند یا در اثر جنایت شامه مجنی‌علیه از بین برود، اما در قیمت کردن بین مورد جنایت و غیر آن [معیوب و صحیح] تفاوت قیمت نباشد، در این صورت به حکومت به معنای دیگری نیاز است و آن حکم کردن قاضی است به گونه‌ای که ریشه نزاع از بین برود. حال یا به این که طرفین را به مصالحه وادار کند یا خودش برحسب مصالح مقدار دیه جنایت را معین کند یا جانی را تعزیر کند. ر.ک: موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۹۳.
۳. مرحوم آیت‌الله خویی پس از بیان این مطلب که دیه بریدن زبان لال، ثلث دیه کامل است و دیه بریدن بخشی از زبان لال، نسبت‌سنجی است دلیل حکم اخیر را چنین بیان کرده است: «ویدل علیه ما تقدم من ان فی کل مورد لامقدر له شرعاً ففیه الحکومة» (خویی، ۱۳۹۶: ۲۸۷). در نقد کلام ایشان می‌توان گفت اگر ارش شامل نسبت‌سنجی باشد، این گونه نیست که همیشه مقتضای ارش و نسبت سنجی یکسان باشد. مثل این که در مورد سر پستان‌های زن برخی احتمال داده‌اند نسبت‌سنجی و یا ارش در آن باشد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۸۲). بدیهی است نسبت‌سنجی سر پستان به کل پستان با به دست آوردن ارش آن از طریق عبدانگاری و... میزان متفاوتی از دیه را به دست می‌دهند.
۴. زیرا اولاً چگونگی است که شارع برای جنایتی مثل حارصه که یک خراش کوچک بیش نیست، یک شتر قرارداد است؛ آیا واقعاً حارصه چنین خسارتی ایجاد می‌کند. ثانیاً اگر مقدار خسارت کمتر از دیه تعیین شده شرعی باشد، آیا طرفداران این نظر می‌پذیرند که بر جانی پرداخت مقدار دیه معین لازم نیست و بر مجنی‌علیه گرفتن مازاد بر خسارت حرام است. ثالثاً اگر واقعاً شارع مقدس در تعیین دیه نظر به جبران خسارت داشته به گونه‌ای که جبران خسارت، علت باشد و نه حکمت چرا شارع بین فقدان دو چشم با فقدان دو لب و دو گوش و ... فرق نگذاشته و هر دو را موجب دیه کامل دانسته است در حالی که خسارتی که از فقدان دو چشم حاصل می‌شود قابل مقایسه با فقدان دو لب و دو گوش و ... نیست. هم چنین چرا شارع در اعضای دوتایی میان از دست دادن یکی و دو تا فرق نگذاشته به این معنا که برای از دست دادن یک دست و یک پا و یک گوش و یک چشم مثلاً ۵۰۰ دینار و برای از دست دادن هر دو دست و ... ۱۰۰۰ دینار قرار داده است در حالی که نمی‌توان گفت کسی که یک چشم یا یک دست .. را از دست داده است به اندازه نصف کسی که هر دو تا را از دست

داده است خسارت دیده است. بدیهی است که فاقد یک چشم یا یک دست... بسیاری از امور زندگیش را می‌توان انجام دهد بر خلاف کسی که هر دو را از دست داده است.

۵. مرحوم آیه الله خوانساری درباره این صحیحه عبارتی دارند که از آن ارتباط نداشتن این صحیحه با بحث ارش استفاده می‌شود: «و اما الصحیح المذكور ففی ذیلہ ما استفاد منه لزوم الحکم بما انزل الله تعالی؛ و شأن ذوی عدل التقویم لا الحکم بالارش لکن المذكور فی کلماتهم کأنه من المسلمات» (خوانساری، ۱۳۹۴: ۲۷۷). مقصود ایشان از این عبارت با آنچه بعداً بیان می‌کنیم درباره اینکه آیا ارش امری حکمی است یا موضوعی، بهتر دانسته می‌شود. ضمناً گر چه ممکن است در نقد کلام آیه الله خوانساری گفته شود: «ما انزل الله» اصل مراجعه به دو عادل است و نه مقدار دیده‌ای که دو نفر عادل تعیین می‌کنند، ولی این سخن خلاف ظاهر روایت است.

۶. مطابق این روایت، حضرت امیرالمؤمنین علی(ع) درباره مردی که در اثر جنایت دیگری یکی از دو چشمش دچار نقص شده بود دستور دادند چشمی که آسیب دیده بسته شود و آخرین نقطه‌ای که مجنی علیه با چشم سالم می‌تواند ببیند، علامت گذاری شود. آنگاه چشم سالم او بسته شود و آخرین نقطه‌ای که وی با چشم معیوبش می‌تواند ببیند، مشخص شود، سپس میان این دو فاصله مقایسه شود و به همین نسبت ارش داده شود.

۷. یکی از این دو روایت، مقطوعه ابان است: «الجائفة ما وقعت فی الجوف؛ لیس لصاحبها قصاص الا الحکومة؛ و المنقلة تنقل منها العظام و لیس فیها قصاص الا الحکومة و فی المأمومة ثلث الدیة لیس فیها قصاص الا الحکومة» (عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ۱۷۹). روایت دیگر مقطوعه ابی حمزه است: «عن ابی حمزه، فی الموضحة خمس من الابل... و فی الجائفة ما وقعت فی الجوف لیس فیها قصاص الا الحکومة، و المنقلة تنقل منها العظام و لیس فیها قصاص الا الحکومة...» (همان، ۱۸۰ و ۳۰۳).

8. The Criminal Injuries Compensation Scheme (2001).

برای مطالعه این طرح ر.ک: حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۸: ۵۱۴-۴۲۱.

۹. ایشان در بیان اشکال وارد بر نظر مشهور می‌نویسد: «وجه الاشکال هو انّ الید لو کانت اسماً للكف الی الکوع کما فسرھا الشیخ فی المبسوط لم یرد القطع علی الید و انما ورد علی الذراع و الید انما ذهبت فی ضمن قطعها و لا حکم لها حیثنذ و قد عرفت انه لاحکم للأصابع مع قطع الید، و علیه فالمرجع هو الحکومة فحسب لعدم مقدر لها شرعا و انما التقدير لیلید. و ان کانت اسما للجامع و کانت الکف الی الکوع اقصر افراده کما هو الظاهر کان القطع من الذراع قطعاً للید فعندئذ لاوجه للحکومة. فالنتیجة ان ما ذهب الیه المشهور لا یمكن اتمامه بدلیل، فالأظهر ما ذکرناه.» (خویی، ۱۳۹۶: ۳۰۱-۳۰۰)

۱۰. باید بررسی شود که حرمت عمل به قیاس در فرض انفتاح باب علم و علمی است یا در فرض انسداد نیز عمل به قیاس صحیح نیست.

۱۱. صاحب جواهر در این جا پای صلح را به میان کشیده‌اند. ایشان پس از آوردن صحیحه ابی بصیر می‌نویسد: «مقتضاه انّ لكل شیء مقدرا، الاّ انه لم یصل الینا. فالمناسب الصلح حیثئذ و لعلّ المراد بالحکومه ما یشمله اذا کان الصلح القهری القاطع للخصومه» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۸). با توجه به آنچه به طور مبسوط مطرح شد، نقد کلام ایشان روشن می‌شود زیرا اولاً تعیین ارش، امری موضوعی نیست که از طریق صلح آن را به دست آورد. ثانیاً با توجه به تعدد و تکرر جنایات موجب ارش، نمی‌توان از صلح که امری استثنایی است بهره جست. ثالثاً صلح قهری هم مشکلی را حل نمی‌کند زیرا مال آن به ملاک بودن نظر حاکم و قاضی است و آن‌گاه این سؤال دوباره مطرح می‌شود که حاکم، به چه شیوه ارش را تعیین کند؟
۱۲. علت اینکه در اینجا «انسان متعارف» ملاک است در حالی که در مورد نقص یک چشم، خود شخص ملاک است، اینست که اولاً نقص یک چشم و یک دست و یک پا و... را می‌توان با مقایسه با چشم و دست و پای سالم دیگر به دست آورده بر خلاف فک که چنین امکانی در آن نیست. ثانیاً نقص چشم دارای مراتب متعدد و درجات متنوع است برخلاف نقص فک.

منابع

الف. فارسی

- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۱۳ق). *المهذب البارع* (ج ۵). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق). *لسان العرب* (ج ۶). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- اردبیلی، مولی احمد (۱۴۱۶ق). *مجمع الفوائد و البرهان* (ج ۱۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اولین کنگره پزشکی قانونی کشورهای اسلامی: خلاصه مقالات* (۱۳۸۳). تهران: سازمان پزشکی قانونی.
- ایروانی، باقر (۱۳۸۰). *دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی* (ج ۳). قم: دارالفقه للطباعه و النشر.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق). *الصحاح*. بیروت: دارالعلم للملایین.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۴). *قواعد فقه دیات، مطالعه تطبیقی در مذاهب اسلامی*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۸). *جبران خسارت بزهدیده به هزینه دولت و نهادهای*

عمومی. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۰ق). قواعد الاحکام، سلسله الینابیع الفقهیه (ج ۲۵).
بیروت: مؤسسه الفقه الشیعه.

خوانساری، احمد (۱۳۹۴). جامع المدارک (ج ۶). تهران: مکتبه الصدوق، تهران.
خویی، ابوالقاسم (۱۳۹۶). مبانی تکمله المنهاج (ج ۲). قم: [بی نا].
زراعت، عباس (۱۳۸۴). قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی. تهران: ققنوس.
صادقی، محمدهادی (۱۳۷۶). جرایم علیه اشخاص. تهران: میزان.
طباطبایی، علی (۱۴۲۲ق). ریاض المسائل (ج ۱۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۰ق). الخلاف (ج ۵). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۶ق). تهذیب الاحکام (ج ۱۰). بیروت: دارالاضواء.
طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۰ق). النهایه، سلسله الینابیع الفقهیه (ج ۲۴). بیروت: مؤسسه
فقه الشیعه.

عاملی، محمدجواد [بی تا]. مفتاح الکرامه (ج ۲۱). بیروت: دارالتراث.
عاملی، حرّ (۱۴۱۶ق). وسایل الشیعه (ج ۱۸ و ۲۹). قم: مؤسسه آل البیت^(ع).
فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۸ق). تفصیل الشریعه: کتاب الادیات. قم: مرکز فقه الاثمه
الاطهار^(ع).

فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق). العین (ج ۳). قم: دارالهجره.
کاشانی، علاءالدین بن مسعود [بی تا]. بدایع الصنایع، المصادر الفقهیه (ج ۳۹). [بی جا]:
بی نا].

کریمزاده، احمد (۱۳۸۱). آراء دادگاههای عالی انتظامی قضات در امور کیفری. تهران:
میزان.

مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ق). العناوین (ج ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
مروارید، علی اصغر (۱۴۱۹ق). المصادر الفقهیه (ج ۳۹-۴۰). بیروت: دارالتراث.
موسوی خمینی، روح الله [بی تا]. تحریر الوسیله (ج ۲). قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (ج ۴۳). تهران: المکتبه الاسلامیه.