

قاعده ارش و حکومت در فقه امامیه و اهل سنت

احمد حاجی ده‌آبادی*

چکیده

از جمله مهم‌ترین قواعد حاکم بر دیات قاعده ارش و حکومت است که از آن با عبارت‌های مختلف هم‌چون «کلّ ما لا تقدیر له فقیه الارش» تعبیر می‌شود. گرچه نسبت به موارد و مصادیق ارش میان فقهای شیعه و سنی و حتی بین فقهای هر گروه، اختلاف عقیده است، اما در اصل این قاعده، اختلاف نیست و می‌توان گفت این قاعده یکی از مسلمات فقه اسلامی و مورد اجماع فقهای مذاهب اسلامی است. در نوشته حاضر سعی شده است پس از بررسی دقیق واژه «ارش» و واژه‌های مشابه آن (حکومت و اجتهاد)، مستندات این قاعده تبیین و جایگاه آن در قانون مجازات اسلامی روشن گردد.

واژگان کلیدی: قاعده فقهی، دیه، ارش، حکومت، اجتهاد، نسبت سنجی.

یکی از قواعد اجماعی در فقه اسلامی؛ قاعده ارش است که مطابق آن کسی وارد شود و دیه آن در شرع تعیین نشده باشد، برای آن ارش یا حکومت لازم است. همان‌طور که در ادامه مباحث خواهیم دید، واژه‌های ارش و حکومت و نیز اجتهاد، گاه به یک معنا بوده و با هم‌دیگر مترادف‌اند. لازم به ذکر است در لسان فقهای شیعه اصطلاح ارش و در اتر رایج است و اصطلاح حکومت و اجتهاد، در لسان فقهای سنی رواج دارد.

* عضو هیئت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

به هر حال از آنجا که جنایت بر مادون نفس اعم از قطع و با جرح عضو و یا سلب منافع و امور دیگر، متنوع و متعدد است و دیه همه جنایات‌ها در شریعت معین نشده است، این قاعده مقرر می‌دارد که برای آن دسته از جنایاتی که دیه معین شرعی ندارند، باید به وسیله ارش، میزان دیه را معین نمود.

ما در این مقاله ابتدا در گفتار اول، به تبیین واژه ارش، حکومت و اجتهاد می‌پردازیم تا به‌طور دقیق محل بحث روشن شود، آن‌گاه در گفتار دوم مستندات فقهی قاعده را بررسی می‌کنیم. در گفتار سوم روش محاسبه ارش و در گفتار چهارم حداکثر مقدار ارش را بررسی می‌کنیم و در نهایت، در گفتار پنجم وضعیت این قاعده را در قانون مجازات اسلامی تبیین می‌کنیم.

گفتار اول: تبیین ارش، حکومت و اجتهاد

در این گفتار ابتدا به تبیین معنای ارش (الف) می‌پردازیم، سپس از واژه حکو (ب) و آن‌گاه از اصطلاح اجتهاد (ج) بحث خواهیم کرد. در نهایت به‌ای میان ارش و اصطلاحات مشابه خواهیم داشت.

الف. ارش

در این قسمت، ابتدا معنای ارش در لغت را بیان می‌کنیم، سپس به موارد استعمال این واژه در روایات می‌پردازیم و در نهایت به مصطلح فقها اشاره می‌کنیم.

۱- لغت

در لغت ارش به معنای دیه جراحات، و دیه جراحی که میزان آن معین نیست، آمده است. گرچه خلیل در العین می‌گوید: «والارش الدیه» (فراهیدی، ۱، ج ۶: ۱۱۶) اما در جای دیگر می‌گوید: «الارش دیه الجراحة» (همان). جوهری نیز در صحاح می‌گوید: «الارش دیه الجراحات» (جوهری، ۱: ۹۹۵) از این دو عبارت دانسته می‌شود که بر دیه نفس ارش اطلاق نمی‌شود. البته ظاهراً مراد از جراحات معنای عامی است که شامل جراحات، قطع عضو و یا حتی سلب منافع می‌شود و الاً اگر جراحات تنها معنای بدوی خود را داشته باشد، در این صورت مصطلح لغت تفاوت خواهد کرد، زیرا همان‌طور که خواهیم دید فقها ارش را بر دیه جنایت مادون نفس اطلاق کرده‌اند اعم از آن‌که چنین جنایتی به شکل جراحات باشد یا قطع عضو و یا سلب منافع.

چون دیه جراحات ممکن است معین شده باشد و ممکن است معین نشده باشد، بنابراین ارش معنای دیه جراحات است اعم از آن که در شرع میزان آن معین شده باشد یا معین نشده باشد. با وجود این، ابن منظور معنای لغوی ارش را چنین آورده است: «الارش من الجراحات ما ليس له قدر معلوم وقيل هو دية الجراحة»؛ (ابن منظور، :). بر می‌رسد این سخن صحیح نیست و حق با خلیل و جوهری و دیگرانی است که ارش را دیه جراحات می‌دانند اعم از آن که میزان آن در شرع تعیین شده باشد یا نشده باشد.

۲- روایات

با ملاحظه روایاتی که واژه ارش در آن‌ها به کار رفته است، شاید بتوان معانی زیر را به عنوان موارد استعمال این واژه برشمرد.

۲-۱- ارش عیب

در برخی روایات این واژه به معنای مقدار تفاوت قیمت مبیع در دو حالت سالم بودن و معیوب بودن به کار رفته است؛ (حرّ، ج، :).

۲-۲- دیه معین شرعی

در چند روایت این واژه در معنای دیه معین شرعی استعمال شده است. در یکی از این روایات امام صادق علیه السلام می‌فرماید: امیرالمؤمنین علی علیه السلام ارش سرخ شدن صورت و کبود شدن و سیاه شدن آن را به ترتیب یکونیم، سه و شش دینار قرار داده است؛ (حرّ، ج، : - ۳۸۴). در این روایت که فقها به آن عمل کرده‌اند، واژه ارش به معنای دیه معین به کار رفته است.* از همین نمونه است روایاتی که دلالت دارند بر این « در » « ست حتی ارش خدش: ابوبصیر می‌گوید: امام صادق علیه السلام فرمود نزد ما جامعه است. عرض کردم جامعه چیست؟ فرمود: تنابی است که هر حلال و حرامی و هر چیزی که مردم به آن نیاز دارند حتی ارش خدشه در آن

*. ممکن است اشکال شود که می‌توان به این روایت برای معنای چهارم یعنی «دیه غیر معین شرعی» استناد کرد، زیرا در آن واژه «قضی امیرالمؤمنین علیه السلام» به کار رفته است و این بدان معنا است که مقدار دیات فوق، حکم شرعی الهی نبوده، بلکه مقادیری هستند که حضرت علی علیه السلام به عنوان حاکم آن‌ها را تعیین کرده است؛ (ر.ک: کاشانی، ۱۴۱۹: ۱۵۸). این اشکال با تتبع و بررسی مواردی که واژه «قضی امیرالمؤمنین علیه السلام» در آن‌ها به کار رفته است مرتفع می‌شود. در برخی از این موارد، و با توجه به روایات مشابه، به عنوان حکم شرعی الهی و نه حکم حکومتی و مانند آن، مقدار دیه به اندازه‌ای که حضرت علی علیه السلام تعیین کرده‌اند، آمده است.

هست. سپس با دستشان به من زدند و فرمودند: اجازه می‌دهی؟ عرض کردم فدایت شوم من در اختیار شما هستم هر کار خواستید انجام دهید. پس آن حضرت با دستشان بدن مرا فشردند و فرمودند حتی ارش این نیز در جامعه «(حرّ ، همان:)».

ظاهر این روایت آن است که دیه خدشه، مقدار مشخصی است که در جامعه موجود است. به همین دلیل، صاحب جواهر درباره این حدیث می‌نویسد: «مقتضاه ان لكل شیء مقدراً، الاّ انه لم یصل الینا» (:).

۲-۳- میزان حاصل از نسبت سنجی در دو حالت سلامتی و عدم سلامتی مجنی علیه

در برخی روایات، ارش به معنای مقدار حاصل از نسبت سنجی در دو حالت سلامتی و عدم سلامتی مجنی علیه به کار رفته است. این معنا شبیه معنای اوّلی (ارش عیب) است ولی برخلاف معنای اوّل که در مورد اموال است، این معنا در مورد جنایت بر انسان است به‌عنوان مثال، حضرت علی علیه السلام درباره مردی که در اثر جنایت یکی از دو چشمش دچار نقص شده بود، دستور دادند چشمی که آسیب دیده بسته شود و آخرین نقطه‌ای ن الم می‌تواند ببیند ت‌گذاری شود، آن‌گاه چشم سالم او بسته شود و آخرین نقطه‌ای وی و ش می‌تواند ببیند، مشخص شود، سپس میان این دو فاصله مقایسه شود و آن‌گاه به همین نسبت ارش داده شد؛ (حرّ عاملی، همان،).

۲-۴- دیه غیرمعین شرعی

شاید بتوان گفت واژه ارش در برخی روایات به معنای دیه غیرمعین به کار رفته است. مثلاً برخی در مورد صحیحی این که قبلاً بیان ، گفته‌اند واژه ارش به معنای دیه غیرمعین است؛ (ایروانی، :). نین در این باره می‌توان به مرسله جمیل اشاره کرد:

«فی الرجل تکسر یده ثم تبرأ قال لا یقتض منہ و لکن یعطى الارش و سئل جمیل کم الارش فی السنّ و کسر الید؟ قال شیئی یسیر و لم یرو فیہ شیئا معلوما؛ جمیل درباره مردی سؤال می‌کند که دستش شکسته شده و سپس بهبود می‌یابد حضرت علیه السلام می‌نویسد: ی قصاص نمی‌شود ولی باید ارش را بپردازد...؛ از جمیل سؤال 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.» (:).

این‌که راوی می‌پرسد مقدار ارش چقدر است، قرینه بر این است که واژه ارش گاه در دیه معین به کار می‌رود و الاّ اگر ارش همیشه به معنای دیه غیرمعین باشد، دیگر راوی نباید انتظار داشته باشد که میزان آن در شریعت تعیین شده باشد، مگر این‌که بگوییم اشتباه کرده و از

معنای این واژه در شریعت که همان دیه غیرمعین است مطلع نبوده است. هم‌چنین این از سخن ی گوید: «مقدار معینی در این زمینه روایت نشده»، دلالت بر آن دارد که ارش در این روایت در دیه غیرمعین به کار رفته است.

البته به نظر می‌رسد در هیچ یک از این دو روایت واژه ارش به معنای دیه غیرمعین نیست. در مورد صحیحه ابی‌بصیر گفته شد که ظاهر آن این است که دیه خدشه مقدار معین است که در جامعه موجود است اما به دست ما نرسیده است. در مورد مرسله جمیل هم باید گفت با توجه به این که میزان دیه شکسته شدن استخوان به طور کلی و از جمله استخوان ی دست در صورتی که به‌طور کامل بهبود یابد در شرع مشخص شده است () :

(، پس می‌توان این روایت را برای ی دوم دانست؛ ی مواردی که ارش به معنای دیه معین به کار رفته است.

بجای آن که از این قسمت به دست می‌آید آن است که اولاً نمی‌توان گفت هر جا واژه ارش در روایات استعمال شده است به معنای دیه غیرمعین شرعی است؛ زیرا علاوه بر این که ارش در دیه معین استعمال شده است شاید نتوان موردی را یافت که واژه ارش به طور یقین به معنای دیه غیرمعین باشد. ثانیاً با توجه به چهار معنای ذکر شده باید گفت این‌ها موارد استعمال واژه ارش اند، نه این که ارش برای رخی از این مع به این نکته و با در نظر گرفتن معانی مورد اشاره می‌توان گفت این واژه در روایات به همان ی وی خود یعنی «دیه الجراحة» به کار رفته است.

۳- اصطلاح فقها

اصطلاح فقهای شیعه و سنی در این زمینه متفاوت است.

۳-۱- امامیه: اکثر فقهای شیعه این واژه را به معنای دیه جنایت بر مادون نفس که مقدار آن در شرع معین نشده است، دانسته‌اند. بنابراین هر جا در کلمات فقهای خصوص از زمان محقق حلی به بعد این واژه به کار رفته باشد، مراد از آن دیه جنایت غیرمعین شرعی است مگر این خاصی در میان باشد.

لازم به ذکر است که مراد فقهای شیعه از جنایت مزبور، جنایتی است که باعث نقصان آدمی شود. توضیح این : جنایاتی که بر مادون نفس وارد می‌شود، باعث نقصان آدمی می‌شود. اما برخی جنایات باعث نقصان آدمی نمی‌شود مثل این کسی، انگشت زاید کسی را

کند؛ و یا با ایراد ی صورت زنی را بکند و...؛ در این گونه موارد حاکم می تواند جانی را به پرداخت مال به مجنی علیه محکوم کند. این مال را - همان طور که در معنای سوم حکومت خواهیم دید - ارش نمی .
از آن ی توان نیجه گرفت که ارش در اصطلاح فقهای شیعه دارای شرایط زیر است:

جنایتی صورت گرفته باشد

۲- جنایت بر مادون نفس باشد

۳- جنایت باعث نقصان شده باشد

۴- دیه آن در شرع تعیین نشده باشد.

۲-۳- اهل سنت: ی سنّی واژه ارش را بیش تر به معنای دیه جنایت مادون نفس دانسته اند؛ (المجلس الاعلی، : زحیلی، : ۵) اعم از آن که مقدار آن در شرع معین شده باشد و یا معین نشده باشد و از این رو ارش را به دو قسم، ارش مقلدّر و ارش غیر مقلدّر تقسیم نموده اند؛ (کاشانی، همان، ۲۰؛ شیرازی، : و ۹) و برای ارش غیر مقلدّر، گاه واژه حکومت را نیز به کار برده اند؛ مثلاً کاشانی می : «و اما الذی یجب فیه ارش غیر مقلدّر و هو المسمی بالحکومة»؛ (کاشانی، همان). به عبارت دیگر فقهای اهل سنت در صورتی که بخواهند برای دیه جنایت غیر معین، واژه ای را به کار ببرند، این واژه عبارت است از «ن» و یا «ارش غیر مقلدّر» و هیچ گاه دیده نشده که واژه ارش را به طور مطلق و بدون هیچ قیدی به کار برده و از آن دیه جنایت غیر معین را اراده نمایند.

ب. حکومت

در این جا نیز ابتدا معنای حکومت را در روایات پی می گیریم و سپس از مصطلح فقها بحث

۱- روایات

واژه حکومت و مشتقات آن در روایات در معانی متعددی به کار رفته است، اما در آن به بحث ما مربوط می شود در چند معنی زیر

۱-۱- حکم کردن و اعلام نظر دادن

در روایتی از امام صادق علیه السلام در مقام تعلیل این مطلب که چرا امیرالمؤمنین علیه السلام دیه لب بالا

را نصف دیه کامل و دیه لب پایین را دو سوّم دیه کامل قرار داده‌اند، آمده است: «لأنّها تمسک الماء و الطعام مع الاسنان، فلذلك فضلها فی حکومتها؛ چون لب پایین آب و غذا را نگه داشته و از خارج شدن آن جلوگیری می‌کند، لذا حضرت امیرالمؤمنین در حکم کردنشان، دیه آن را بیش‌تر از دیه لب بالا قرار داده‌اند» (حرّ، همان).
 در این روایت واژه «نومته» در معنای مصدری خودش (حکم کردن) به کار رفته است. گرچه نتیجه حکم کردن، دیه معین است.
 در بحه عبدالله بن سنان نیز، واژه «حرّ» مصدری آن است؛ (حرّ همان:).

۱-۲- مطلق دیه

در روایت مقطوعه ابان آمده 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 الدية لیس فیها قصاص الا الحکومة».
 مقطوعه ابی حمزه هم‌مانند مقطوعه ابان است (حرّ عاملی، همان:).
 این دو روایت مقطوعه بوده و معلوم نیست از معصوم نقل شده باشد. اما به هر حال بر استعمال عرب دلالت دارد. با توجه به این‌که دیه جائفه و مأمومه و منقله در شرع مشخص شده است، مراد از حکومت در این دو روایت دیه معین و یا است للق دیه می‌باشد.

۲- اصطلاح فقها

حکومت در اصطلاح فقهای امامیه معنایی متفاوت از صطلاح ای اهل سنت دارد.

۱-۲- امامیه

واژه حکومت در فقه امامیه در ند معنا به کار رفته است:

۱-۱-۲- سنجیدن دیه غیرمعین

سنجیدن و تعیین نمودن میزان دیه جنایت در مواردی که دیه جنایت در شرع تعیین نشده است یکی از معانی حکومت در فقه امامیه است. در این معنا، گاه فقها واژه ارش را به‌کار برده‌اند و گاه تصریح کرده‌اند که این دو واژه مترادف‌اند. مثلاً علامه در قواعد می‌نویسد:
 «حکومت و ارش یکی است و معنایش این است که مجنی‌علیه فرض شود عبد است و قیمت او

در دو حالت وجود جنایت و حالت سلامتی محاسبه شود و از دیه به نسبت تفاوت میان آن دو قیمت گرفته شود» (:)
 خی دیگر از فقها نیز به این مطلب تصریح کرده‌اند (: و)

۲-۱-۲- میزان دیه جنایت غیرمعین شرعی

گاه به خود میزان دیه جنایت غیرمعین شرعی که به وسیله حکم حاکم و... به دست می‌آید و از آن حکومت اطلاق شده است. تفاوت این معنا بنای قبلی آن است که واژه حکومت در ی ی ی مصدری و در این به معنای اسم مصدری است. ی در مبسوط : «کلما كان الشين اكثر كانت الحكومة اكثر» (:) چه زشتی نی از جنایت بیش ل، حکومت آن هم بیشتر است. روشن است که در این واژه حکومت به معنای میزان دیه است که برای جنایت پرداخت می‌شود.

۲-۱-۳- حکم حاکم به فصل خصومت

معنای سوم حکومت حکم به فصل خصومت است و آن در مواردی است که جنایت باعث نقصان نشود. مرحوم امام مینی در تحریر الوسیله :
 «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 معنی علیه 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 قضی است به گونه‌ای که ریشه نزاع از بین برود حال یا به این که طرفین را به مصالحه وادار کند یا خودش بر حسب مصالح مقدار دیه جنایت را معین کند یا جانی را تعزیر» (موسوی خمینی :)

چون بحث ما درباره جنایاتی است که باعث نقصان شود مراد ما از حکومت در این قاعده معنای اول و دوم آن است.

۲-۲- اهل سنت

نهای سنتی واژه حکومت را به معنای دیه جنایت بر مادون نفس که در شرع معین نشده است و باعث تفاوت قیمت و نقصان آدمی می‌شود به کار برده‌اند یعنی حکومت در اصطلاح ایشان با ارش در اصطلاح فقهای امامیه یکسان است.

ج. اجتهاد

در کلمات برخی اهل سنت به خصوص مالکیه، واژه اجتهاد بسیار به کار رفته و مراد از آن، همان حکومت و ارش است؛ مثلاً مالک در کتاب «المدونة الكبرى» برای از بین بردن ریش، الیتین، آلت مقطوع الحشفه و... به اجتهاد قائل است (:) .

یوسف بن عبدالله قرطبی از فقهای اهل سنت در کتاب «الکافی فی فقه اهل المدينة» (:) :
«در جنایت شجاج فقط اجتهاد و حکومت است و آن به این صورت است که مجنی علیه در حالی است قیمت گذاری می شود...» (:) .

۴۷

فهرست حقوق

قاعده ارش و حکومت در فقه امامیه و اهل سنت

ظاهراً علت این که مالک واژه اجتهاد را به کار برده این است که او تعیین مقدار حکومت را به نظر و اجتهاد حاکم می داند. استعمال واژه اجتهاد به معنای حکومت و ارش در کتب بهای سایر فقها اعم از شیعه و سنی، به ندرت دیده می شود؛ (برای نمونه ر.ک: عاملی، :) .

د. مقایسه ای میان ارش و مفاهیم مشابه

۱- ارش و حکومت

در بحث ما، میان ارش و حکومت تفاوتی نیست و چه معنای مصدری اسم مصدری آن را در نظر بگیریم، در هر حال مراد یکی است. به عبارت دیگر، در مورد جنایت بر مادون نفس که باعث تفاوت و نقصان شده باشد و دیه آن در شرع تعیین نشده باشد، واژه ارش و یا حکومت را به کار می آوریم. البته تقدیم نیستیم که بین واژه ارش و حکومت در لغت و روایات تفاوتی وجود ندارد،* بلکه در این مقاله این دو واژه به صورت مترادف به کار رفته است.

* دکتر گرجی می نویسد: به نظر این جانب معنی اصلی ارش و حکومت تفاوت دارد و اطلاق هر کدام به معنای دیگری اطلاق می شود. معنی اصلی ارش خون بهای عضو است در صورتی که بتوان آن را به طور نسبتاً دقیق و مضبوط تعیین کرد. مثلاً اگر عضوی دیه آن پانصد دینار است روشن است که نصف آن دیه اش ۲۵۰ دینار است و ثلث آن حدود ۱۶۷ و هكذا. اما حکومت مقداری است که حاکم (قاضی) با نظر کارشناس به طور تخمینی تعیین می کند و نمی توان مقدار آن را به طور دقیق تعیین کرد. مثلاً اگر کسی بدن دیگری را به طور دو سانت و عرض دو میلیمتر مجروح کرد یک حکم کلی وجود ندارد که بتوان مقدار دیه را نسبت به آن حکم کلی دقیقاً معین نمود. اما در عین حال هر کدام هم مسامحتاً به جای دیگری به کار می رود. اما با توجه به موارد استعمال این دو لفظ در اخبار می توان تفاوت مذکور را به دست آورد؛ (گرجی، ۱۳۸۰: ۱۶). به نظر می رسد این سخن صحیح نیست؛ آنچه را که ایشان به عنوان معنای ارش آورده است، نسبت سنجی است، در حالی که واژه ارش در لغت و روایات به معنای نسبت سنجی به کار نرفته است.

۲- ارش و نسبت سنجی

باید دانست که در بحث ما ارش و حکومت با نسبت سنجی و مقدار دیه حاصل از آن تفاوت دارند. ابتدا مقصود خود از نسبت سنجی را با مثالی بیان می‌کنیم؛ می‌دانیم که دیه از بین بردن دو لب دیه کامل است، حال اگر کسی بخشی از دو لب را از بین ببرد، مثلاً یک سوم آن را، در این صورت باید یک سوم دیه لب را پرداخت نماید. هم‌چنین به عقیده برخی دیه از بین بردن یک ابرو، نصف دیه کامل است. حال اگر کسی نصف یک ابرو را از بین ببرد باید نصف دیه مزبور را که در واقع یک ربع دیه کامل است بپردازد. دیه یک سوم لب و دیه نصف یک ابرو در شرع تعیین نشده است اما با سنجیدن نسبت آن‌ها به کل عضو مورد نظر، دیه آنها دست می‌آید. این کار را نسبت

نسبت سنجی زیر مجموعه و از مصادیق ارش و حکومت به‌شمار نمی‌رود و ادله ارش مل آن نمی‌شود. ش‌تر این‌که: برخی فقها ارش و نسبت سنجی را مرتبط با هم می‌دانند و به تعبیر بهتر، ارش و حکومت را شامل نسبت سنجی دانسته‌اند. از جمله این افراد مرحوم آیت‌الله خویی است. ایشان پس از این‌که می‌گوید بریدن زبان لال موجب یک سوم دیه و بریدن بخشی از آن به نسبت مساحت آن بخش به کل زبان است، در تعلیل این حکم می‌نویسد: «بلاخلاف ظاهر و يدل عليه ما تقدم من ان في كل مورد لا مقدر له شرعا ففيه الحكومة و مقتضى الحكومة ذلك» (خویی، همان:) .

هم‌چنین ایشان در تعلیل این حکم که «في قطع بعض الحشفة الدية بنسبة دية المقطوع من الكمرة» می‌نویسد: «من دون خلاف بين الاصحاب في المسألة و يدل عليه... ما ذكرناه من الحكومة» (خویی، همان:). در مقابل، برخی فقها میان ارش و نسبت جی تفاوت قائل شده‌اند. از عبارت مرحوم امام در تحریر الوسیله این تفاوت دست می‌آید:

«اگر سر دو پستان زن قطع شود برخی گفته‌اند دیه کامل لازم است اما در این حکم اشکال است و احتمال می‌رود که برای آن حکومت و ارش لازم باشد و احتمال می‌رود که حکم آن نسبت می‌باشد [یعنی نسبت سر پستان با کل پستان سنجیده شود و به همین نسبت از دیه پستان پرداخت شود]» (موسوی خمینی، همان:).

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، ایشان نسبت جی را امری غیر از حکومت و تقسیم آن می‌دانند. نیز به این تفاوت تصریح کرده‌اند. (فاضل لنکرانی، :) .

در کلام فقهای سنی نیز میان حکومت و نسبت بین تفاوت گذاشته شده است و آن برای نسبت سنجی از واژه حکومت استفاده نکرده‌اند، بلکه حکومت را به همان معنای دقیق - دیه بین - به کار برده‌اند. مثلاً شیرازی در مهذب در مورد جنایت بر عقل چنین می‌نویسد: «در عقل دیه است... اگر عقل شخص در اثر جنایت ناقص شود، اگر مقدار نقصان مشخص باشد مثل این که شخص یک روز دیوانه است و روز دیگر عاقل، به همان مقدار دیه لازم است، زیرا در هر چیزی که دیه باشد در بعضی آن بعضی دیه لازم است، مثل انگشتان. اگر مقدار نقصان مشخص نباشد مثلاً به این صورت که اگر صیحه‌ای را بشنود عقلش زایل می‌شود و سپس دوباره عاقل می‌گردد حکومت لازم است؛» (شیرازی، همان).

مشاهده می‌کنیم که ایشان برای جنایتی که قابل محاسبه نیست واژه حکومت را به کار برده است و برای جنایتی که قابل محاسبه است، هیچ‌گاه از این واژه استفاده نکرده است. خلاصه این‌که: ارش و حکومت شامل نسبی سنجی نبوده و به همین دلیل مستندات فقهی ارش و احکام و شیوه محاسبه آن با نسبت جی یکسان نیست.

گفتار دوم: مستندات فقهی قاعده ارش

در این گفتار در پی ادله‌ای هستیم که فقها بر اساس آن گفته‌اند برای نایبیت که دیه نی ندارد، ارش لازم است. این گفتار را در دو قسمت فقه امامیه (الف) و فقه اهل سنت (ب) می‌بینیم.

الف. امامیه

در این مبحث، ابتدا مستندات قاعده ارش را بررسی نموده و سپس به تحلیل و بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱- مستندات

ای امامیه برای قاعده ارش به روایات، قاعده ضمان (اتلاف) و اجماع تمسک نموده‌اند. گرچه مسلم بودن این قاعده، اکثر فقها را از بحث و بررسی تفصیلی پیرامون مستندات قاعده بی‌نیاز ساخته است.

۱-۱- روایات

۱-۱-۱- روایات قاعده لایبطل

برخی فقهای امامیه برای این قاعده به روایاتی که بر عدم بطلان خون و حق مسلمان دلالت می‌کند، استناد نموده‌اند. (نجفی، همان: ۱۶؛ خویی، همان:). بر اساس این، قاعده ارش از مصادیق قاعده لایبطل دم امرء مسلم و لایبطل حق امرء مسلم به شمار می‌رود. از جمله این روایات صحیحه ابن‌عبیده است:

«قال: سالت ابا جعفر علیه السلام عن اعمی فقا عین صحیح، فقال انّ عمد الاعمی مثل الخطا، هذا فیه الدیة فی ماله، فان لم یکن له مال فالدیة علی الامام و لایبطل حق امرء مسلم...؛ ابی‌عبیده می‌گوید از امام علیه السلام درباره حکم نابینایی که چشم انسان سالمی را درآورده است پرسیدم. حضرت فرمودند: ثنایت عمدی کور مانند جنایت خطایی است و برای این جنایت دیه در مال جانی لازم می‌شود، اگر مالی ندارد بر امام دیه لازم است و حق مسلمان باطل نمی‌شود. (حرّ عاملی، همان:).

کیفیت استناد به این روایت برای قاعده ارش چنین است که گرچه این روایت درباره جنایت بر چشم است که دیه معین دارد، اما علنی که برای این حکم و در ذیل روایت آمده است (لایبطل حق امرء مسلم) اقتضا می‌کند حتی در موردی که دیه معین شرعی برای آن وجود ندارد آن شخص باطل نشود و به او متناسب با جنایت صورت گرفته، دیه داده شود.

۱-۲- صحیحه ابوبصیر

در این صحیحه، ابوبصیر از امام صادق علیه السلام می‌کند که حضرت فرمودند: جامعه نزد ما است. سپس در پاسخ این سؤال ابوبصیر که جامعه چیست، فرمودند: کتابی است که در آن هر حلال و حرامی و هر چه که مردم نیازمند آنند حتی ارش الخدش وجود دارد. سپس امام علیه السلام از ابوبصیر اجازه گرفته و دست او را فشرده و فرمودند: حتی ارش این کار نیز در جام تبیین گردیده است.

ن از بی صاحب ریاض (:) و آیت‌الله

بی (خویی، همان: ۲۱ و ۲۶۷) به این حدیث استناد کرده‌اند، گرچه، کیفیت استناد به آن را

برای قاعده ارش بیان نکرده‌اند. شاید بتوان چنین گفت که از این روایت استفاده می‌شود

جنایتی موجب ضمان است و دیه آن در شرع تعیین شده است بخشی از دیات معین

به دست ما رسیده است و بخش دیگر به دست ما نرسیده است، اما آن بخش که به دست ما نرسیده است، هدر و باطل نمی‌شود و باید با ارش مقدار آن را تعیین نمود*.

۱-۱-۳- صحیحہ عبداللہ بن سنان

«عن ابی عبداللہ رضی اللہ عنہ قال: دية اليد اذا قطعت خمسون من الابل، و ما كان جروحاً دون الاصطلام فيحكم به ذوا عدل منكم و من لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون؛ امام صادق رضی اللہ عنہ ی : ديه 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 آن چه خدا نازل فرموده حکم نکند، کافر است.» (حرّ عاملی، همان:)
صاحب ریاض (طباطبایی، همان: ۳۲۶) و صاحب مبانی تکلمة المنهاج (خویی، همان، و ۲۱۲) به این حدیث استناد کرده‌اند
لر می‌رسد استناد آیت‌اللہ خویی به این حدیث
ن‌تر برای بیان شیوه تعیین و محاسبه ارش است (رجوع به دو نفر عادل) و نه اصل قاعده ارش. اما به هر حال می‌توان از آن مسلم بودن خود قاعده را به دست آورد. به عبارت دیگر شاید بتوان چنین گفت که این حدیث در بخشی از جنایات که جراحات باشد و البته جراحاتی که دیه آن در شرع معین نشده است، مقرر می‌دارد که میزان ارش با حکم دو نفر عادل معین شود. در مورد سایر جنایات (غیر از جراحات) که دیه آن در شرع تعیین نشده است نیز می‌توان با الغای خصوصیت از این صحیحہ ه آن استناد کرد.

۱-۱-۴- روایات ارش

برای بیان مشروعیت ارش می‌توان از روایاتی که در آن‌ها واژه ارش به معنی دیه غیرمعین آمده است استفاده کرد. یکی از این روایات، مرسله جمیل است که قبلاً بیان شد. ظاهراً این روایت، روایت دیگری وجود ندارد که به طور قطع و یقین بتوان گفت واژه ارش در آن به معنی دیه غیرمعین است.

به هر حال برخی فقها به این روایت و شاید روایات مشابه دیگر استناد کرده‌اند. مثلاً مرحوم سیدمحمدجواد عاملی رضی اللہ عنہ :
«ظاهراً دلیل قاعده ارش اجماع است. علاوه بر این که آن‌طور که گفته شده است در بعضی روایات به آن اشاره شده است» (:) .

* آقای ایروانی به این حدیث برای قاعده ارش استناد کرده است، اما نحوه استناد را خود کلمه «ارش» می‌داند. وی می‌گوید: «درباره ارش‌الخدش دیه معین شرعی وارد نشده است، به ناچار مقصود این روایت اشاره به ارش است» (ایروانی، همان، ۳۴۹).

۱-۲- قاعده ضمان به اتلاف

استدلال به قاعده ضمان به اتلاف در واقع در راستای استدلال به احادیث عدم بطلان خون و حق مسلمان است. مرحوم میرعبدالفتاح مراغی در تبیین مستند قاعده ارش می‌نویسد:
 «و الوجه ان قاعدةالضمان تقضى بالقيمة، خرج ماورد منالشرع النصّ على اعتبار قدر معين و بقىالباقى تحت الدليل فيقوم صحيحا و معيبا بالجناية و يوخذ ما به التفاوت»؛ (مراغی : و) .
 مراد ایشان آن است که از یک سو جبران هر جنایتی^۴ بر کسی وارد شود و باعث از بین رفتن ضوی شود که قیمت (دیه) دارد، بر اساس قاعده ضمان، لازم است. و از سوی دیگر مواردی که دیه آن‌ها در شرع تعیین شده است از این حکم خارج می‌شود و مواردی که دیه آن‌ها تعیین نشده است، مشمول قاعده ضمان به اتلاف باقی می‌ماند. در نتیجه باید مجنی در دو وضعیت سلامت و عیب قیمت‌گذاری شود و مابه‌التفاوت گرفته شود.

۱-۳- اجماع

برخی فقها در کنار ادله یاد شده، از اجماع به عنوان دلیل مشروعیت این قاعده نام برده‌اند (اردبیلی : ۳۱) و حتی^۵ آن را مهم‌ترین دلیل این قاعده، دانسته‌اند () .

۲- تحلیل و بررسی

بحث از مستندات قاعده ارش به طور مبسوط در کتب بهای فقهی مطرح نشده است. آن و به خصوص معاصرین بوده است، روش محاسبه و تعیین ارش است. نظر می‌رسد مشروعیت قاعده ارش از مسلمات فقه شیعه و بلکه اهل سنت^۶ .
 تنها کسی که در این زمینه تردید و تأمل دارد^۷ حوم آیت‌الله خوانساری است. گرچه در بررسی کلمات ایشان آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد آن است که ایشان اصل قاعده ارش را قبول ندارد،* اما با دقت نظر روشن می‌شود که ایشان یکی از شیوه‌های تعیین ارش را که بسیاری از فقها حتی تا زمان معاصر آن را پذیرفته‌اند، قبول ندارد. بسیاری از فقها برای ارش، روش قیمت‌گذاری^۸ جنی علیه را با فرض عید بودن و در دو حالت سلامتی و معیوبی و تفاوت نسبت این دو قیمت، برگزیده‌اند. مرحوم آیت‌الله خوانساری با این شیوه مخالف است. در نتیجه باید سخن ایشان را در گفتار سوم بررسی نمود.

*. مثلاً نوشته‌اند: «و اما الرجوع الى الحكومة فيشكل من جهة عدم وجدان نصّ عليها في ما لاتقدير فيه بنحوالكلية» (خوانساری، ۱۳۹۴: ۲۶۹).

با وجود این، به نظر می‌رسد که باید ادله بالا را بررسی نمود تا مفاد آن روشن شود. توضیح این‌که: فقها با بیان قاعده کل ما لا تقدیر فیه ففیه الارش این موضوع را مسلم دانسته‌اند که دیه برخی جنایات در شرع تعیین نشده است. در حالی که از روایت صحیح ابی بصیر - که مشابه آن روایات متعدد دیگری نیز وجود دارد - استفاده می‌شود که دیه همه جنایات در شرع تعیین شده است؛ (نجفی، همان، ۱۶۸، خوانساری، همان: ۲۷۷) بله دیه برخی جنایات به دست ما نرسیده است ولی «نرسیدن دیه معین شرعی» امری متفاوت از «تعیین نشدن دیه در شرع» باشد. به ویژه آن که به گفته مرحوم آیت‌الله خوانساری، در موارد ارش احتمال عدم ارش داده می‌شود؛ به این معنا که اگر راوی خدمت معصوم علیه السلام مشرف می‌شد و از دیه ذائقه و صوت و سایر مواردی که فقها برای آن ارش در نظر گرفته‌اند سؤال می‌کرد، احتمال بسیار قوی آن بود که معصوم علیه السلام دیه آن را بیان می‌کردند نه این‌که حکم آن را ارش قرار دهند.

نتیجه این‌که: دیه برخی جنایات در شرع مشخص شده است به دست ما نرسیده است و چون حق مجنی‌علیه هدر نمی‌رود، باید آن را جبران کرد. میزان جبران را ارش می‌گویند اما معنای این حرف این نیست که ارش به دست آمده همان میزان معین شرعی باشد؛ بلکه ممکن است با آن مساوی، کمتر یا بیشتر باشد. بنابراین قاعده ارش همانند اصله الاحتیاط و... از زمره ادله فقهاتی است و نه ادله اجتهادی. به عبارت دیگر دیه برخی جنایات به دست ما نرسیده است و ما در مقام نظر نمی‌دانیم دیه آن‌ها چقدر است، اما چون در مقام عمل نمی‌توانیم متوقف باشیم، ناگزیریم که با ارش، آن‌ها را جبران کنیم. این نکته‌ای مهم است و در سرنوشت بحث بعدی - شیوه تعیین ارش - اثرگذار می‌باشد. با این دیدگاه یکایک ادله ارش را بررسی می‌کنیم. روایات قاعده لایبطل و نیز قاعده ضمان دلالت بر آن 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، دلالتی ندارد. وضعیت صحیحه ابی‌بصیر روشن است. اما صحیحه عبدالله سنان مربوط به نسبت سنجی است و نه قاعده ارش؛ زیرا اولاً، بر بسیاری از موارد و مصادیق ارش، «جروحاً دون الاصلام» صدق نمی‌کند، هم‌چون از بین رفتن صوت و نقصان صوت، از بین رفتن ذائقه و انزال و قدرت تولید مثل و لذت مقاربت، کندن دندان زاید، از بین بردن موها و روئیدن دوباره آن‌ها و..

ثانیاً، این صحیحه از ابتدا از دیه قطع دست صحبت می‌کند و سپس از جراحاتی که غیر از

قطع باشد. به طور طبیعی اولین نکته‌ای که در مورد جراحات به ذهن خطور می‌کند، جراحاتی است که بر دست وارد می‌شود. این جراحات ممکن است به صورت حارصه و دامیه و متلاحمه و سمحاق و... باشد که حکم شرعی آن با سنجیدن نسبت حارصه سر به حارصه ست است.*
 بله چون ممکن است در صدق نام جنایت مورد نظر اختلاف باشد چرا که مجنی علیه مثلاً ادعا می‌کند عمق جنایت زیاد است و لذا اسم آن سمحاق است، اما جانی ادعا می‌کند او دامیه و یا حداکثر متلاحمه است، دو نفر عادل باید وضعیت جنایت را روشن سازند. بنابراین صحیحه ابن‌سنان به باب ارش ارتباط ندارد. وضعیت روایات ارش هم با آن در ذیل معنای چهارم ارش (ارش در روایات) آورده شد، روشن است، نقد اجماع هم روشن می‌باشد زیرا اجماع مدرکی است و ارزش اثباتی ندارد.

ب. اهل سنت

در فقه اهل سنت بحث چندانی از مستند فقهی حکومت نشده است و شاید به خاطر بدیهی بودن آن است که ایشان خود را مستغنی از بحث درباره آن دیده‌اند. دلیل عمده‌ای که در لابلای کلمات ایشان دیده می‌شود این است که دیه برخی جنایات در شرع تعیین نشده است و می‌توان گفت جانی هیچ مسئولیتی در قبال عمل خود ندارد.
 هدر نرفتن حق مسلمان، باید به ارش و حکومت قایل شد. به عبارت دیگر، عمده دلیل فقهای سنی همان چیزی است که در فقه امامیه به عنوان «لایبطل حق امرء مسلم» از آن یاد می‌شود. برای در الهدایة :

«در جنایت کم‌تر از موضعه حکومت لازم است، زیرا دیه معینی ندارد و هدر دادن آن ممکن نیست در نتیجه واجب است به حکم عادل مقدار آن را معین نمود» (:).

انی در بدایع الصنایع می‌نویسد :

«والاصل ان ما لا قصاص فيه من الجنایات علی ما دون النفس و لیس له ارش مقدر ففیه الحکومة لانّ الاصل فی الجنایة الواردة علی محلّ معصوم اعتبارها بايجاب الجابر او الزاجر ما امکن»؛ (کاشانی، همان:).

*. به‌عنوان مثال، شیخ طوسی در این باره چنین می‌گوید: «قد ذکرنا أنّ الجراح عشرة و کل واحد منها له مقدر اذا كانت فی الراس و الوجه فاما ان كانت فی الجسد ففيها بحسب ذلك من الراس منسوباً الى العضو التي هي فيه... مثال ذلك فی الموضحة اذا كانت فی الراس او فی الوجه ففيها نصف عشر الدية، و ان كانت الموضحة فی اليد ففيها نصف عشر دية اليد و ان كانت فی الاصبع ففيها نصف عشر دية الاصبع و هكذا باقی الجراح» (طوسی، ۱۴۲۰: ۲۶۳).

هم‌چنین شیرازی در مهذب می‌گوید: وقتی جنایت بر اصل جان و نفس آدمی ضمان‌آور است بر مقداری از آن نیز ضمان‌آور است (شیرازی، همان:). خلاصه این‌که: با مقایسه منابع قاعده مورد بحث در فقه شیعه و سنی روشن می‌شود که مهم‌ترین دلیل این قاعده از نظر مسلمین عدم بطلان حق مسلمان و لزوم تدارک آن است.

گفتار سوم: شیوه محاسبه ارش و حکومت

در این گفتار، ابتدا شیوه محاسبه ارش را در فقه امامیه (الف) و سپس در فقه اهل سنت (ب) بررسی می‌کنیم.

الف. امامیه

در این‌جا ابتدا به بیان شیوه‌های محاسبه و سپس ارزیابی آن می‌پردازیم.

۱- شیوه‌های محاسبه ارش

در فقه امامیه چهار شیوه برای تعیین ارش بیان شده است:

۱-۱- عبد انگاری: بیش‌تر فقهای امام گفته‌اند برای تعیین ارش جنی علیه را در صورتی که حرّ باشد، عبد فرض نمود و صحیح و معیّب او را قیمت‌گذاری کرده و هر نسبتی که میان تفاوت صحیح و معیّب با صحیح به دست می‌آید، به همان نسبت از دیه نفس به عنوان ارش تعیین گردد؛ مثلاً اگر مجنی علیه به فرض بنده بودن در صورت سلامت معادل ۸۰۰ دینار ارزش داشته باشد و با وجود عیب ۶۰ دینار، مقدار ارش ربع دیه کامل یعنی ۲۰۰ دینار است.

۱-۲- نظر حاکم پس از جلب نظر دو نفر عادل: مرحوم آیت‌الله خوئی معتقد است تعیین ارش به وسیله حاکم پس از جلب نظر دو نفر عادل صورت می‌گیرد؛ (خوئی، همان: و).

۱-۳- صلح و تراضی: برخی فقها معتقدند تعیین ارش از طریق صلح و تراضی صورت می‌گیرد؛ (خوانساری، همان:).

۱-۴- نظر امام: در برخی موارد برای تعیین ارش، از شیوه اول نام برده

است (۱۴۱: ۱۲۹) اما در مورد کسی که موهای سرش به وسیله آب داغ از بین رفته و دوباره رویده است (۱۴۱: ۱۲۹) : «علیه ارشه حسب ما یراه الامام»؛ (طوسی، همان:).

۲- ارزیابی شیوه‌های تعیین ارش

۱-۲- روش اول: شیوه اول دارای ایراداتی است؛ (آصف المحسنی، : ۲۹) از آن‌ها عدم کارایی آن در زمان فعلی به علت برچیده شدن نظام برده‌داری است. علاوه بر این روش، عدم وجود ارش در بسیاری از موارد است، زیرا قیمت عبد به وسیله بسیاری از جراحات یا جنایات‌ها تفاوت نمی‌کند و در نتیجه برای آن‌ها ارشی نخواهد بود در حالی روایات حتی در فشار دادن بدن نیز ارش می‌باشد؛ (شیرازی، : ۲۱۴). اما مهم اشکال این شیوه این است که مستند شرعی نداشته و هیچ آیه و روایت و اجماعی بودن آن دلالت ندارند. به قول مرحوم آیت‌الله خوئی روایات و اجماع بر اصل مشروعیت ارش دلالت دارند و نه بر عطف فرض نمودن مجنی‌علیه؛ (خوئی، همان:). جهت است که برخی فقها احتمال داده‌اند که این شیوه از فقه اهل سنت به فقه شیعه سرایت کرده است؛ (موسوی اردبیلی، :).

۲-۲- روش دوم: مرحوم آیت‌الله خوئی که به شیوه دوم برای تعیین ارش معتقد است، برای مشروع بودن آن به صحیح‌ه عبدالله بن سنان که قبلاً به آن اشاره شد استناد می‌کند. صحیح‌ه حاکم و قاضی در تعیین ارش از شهادت و نظر دو نفر عادل بهره می‌گیرند؛ (خوئی، همان:).

اما همان‌طور که قبلاً گفته شد، ظاهراً این روایت ربطی قاعده ارش نداشته و مربوط به ارش است.

ضمن این‌که بر اساس این روایت باید گفت شیوه دوم محاسبه ارش، تعیین ارش به وسیله دو نفر عادل است و دیگر نباید برای سهمی در تعیین ارش قائل شد.

۳-۲- روش سوم: مرحوم آیت‌الله خوانساری از یک سو به نقد شیوه اول (عبدانگاری) و از سوی دیگر به تبیین شیوه سوم (صلح) می‌پردازد. شاید بتوان سخنان ایشان را چنین خلاصه کرد؛ (خوانساری، همان:).

الف. در مواردی که دیه معین نشده است، احتمال عدم ارش وجود دارد؛ زیرا اگر از امام علیه السلام سؤال می‌شد که دیه این مورد چیست حضرت علیه السلام مقدار دیه را بیان می‌کردند و پاسخ ایشان، ارش یعنی تفاوت میان سالم (کامل) و معیوب (ناقص) نبود. مثلاً از جمله موارد ارش

که فقها بیان کرده‌اند، بریدن آلت مقطوع الحشفه است. حال اگر به فرض کسی از امام علیه السلام دیه این مورد را می‌پرسید احتمال قوی می‌دهیم که حضرت علیه السلام دیه آن را به طور صریح بیان می‌کردند و نمی‌گفتند تفاوت کامل و ناقص، دیه آن است.

ب. دلیلی بر صحت شیوه اول وجود ندارد و ادله مطرح شده مثل صحیح ابوبصیر و عبدالله بن سنان و... بر شیوه خاصی دلالت ندارد.

ج. چون در این موارد دیه تعیین نشده است و قاعده ارش هم ثابت نیست، باید با صلح و تراضی دعوی را پایان داد. به عبارت دیگر، ادله صلح، لزوم آن را در مواردی که دیه معین نشده است، ایجاد می‌کند و در نتیجه باید با صلح، میان متخاصمین تراضی برقرار نمود. بدیهی است در شیوه اول رضایت طرفین نقشی ندارد، اما طبق این شیوه باید با ایجاد صلح و تراضی آن دعوی را خاتمه داد.

به نظر می‌رسد این شیوه نیز قابل تأمل باشد، زیرا امکان صلح در بسیاری موارد وجود ندارد گرچه ممکن است بگوییم متخاصمین به صلح اجبار می‌شوند و این شیوه ی را هم تجویز می‌کند، اما صلح قهری در موارد استثنایی مطرح است و نه به عنوان یک شیوه عام و فراگیر؛ در حالی که موارد ارش متعدد و متنوع است.

۲-۴- روش چهارم: طوسی در نهاییه، مستند شیوه چهارم را بیان نکرده است.

ایشان این باشد که چون حل و فصل دعوا بر عهده حاکم است، بنابراین اوست که باید میزان ارش را معین نماید. اما اشکالی که مطرح می‌شود این است که حاکم از چه طریق و با چه ابزاری این میزان را معین می‌نماید؛ بدانگاری، رجوع به دو عادل، یا...؟ در نتیجه هم‌چنان سؤال باقی است که شیوه تعیین ارش چگونه است.

پس از تبیین شیوه‌های چهارگانه و نقد آنها، شاید بتوان با کمک گرفتن از آنچه در ذیل مستندات قاعده ارش بیان گردید، وضعیت بحث فعلی را روشن نمود. همان‌طور که ذکر شد قاعده ارش یک حکم ظاهری و از زمره ادله فقهاتی است؛ طبیعی است که وقتی اصل موضوع

«تعیین نشدن دیه برخی جنایات در شرع» مشکوک است، «شیوه شرعی تعیین ارش»

مشکوک بوده و دلیلی خاص بر شیوه‌های مطرح شده وجود نداشته باشد. در این وضعیت می‌توان چنین گفت که دست فقیه در تعیین روش ارش باز است و اوست که می‌تواند شیوه صحیح را بنا بر مصالح مورد نظر، تعیین کند. اما شاید بهترین شیوه، رجوع به کارشناس باشد؛

زیرا بنای عقلا بر این است که در تشخیص موضوعات تخصصی به کارشناس مراجعه شود، شرع مقدس هم این بنا را رد نکرده است. بدیهی است بین رجوع به کارشناس و رجوع به دو مرد عادل، که در صحیح ابن سنان بیان شده بود، رابطه تساوی برقرار نیست.

ب. اهل سنت

در این جا نیز ابتدا به تبیین روش های تعیین ارزش و سپس به ارزیابی آن اهل سنت پرداخته می شود.

۱- شیوه های محاسبه ارزش

در فقه اهل تسنن در مجموع سه روش برای تعیین ارزش دیده می شود که شاید بتوان گفت بازگشت برخی از آنها به یک امر است.

۱-۱- عبد انگاری: ی سنّی برای مبین حکومت از شیوه عبدانگاری استفاده کرده اند.

از کلام فقهای حنفی چنین استفاده می شود که این روش را اولین بار طحاوی بیان کرده است. کاشانی در بدایع الصنائع می گوید:

«و اما تفسیر حکومت در صورتی نی و مجنی علیه هر دو حر باشند طحاوی رحمه الله است که مجنی علیه با فرض این که عبد است و جنایتی بر او وارد نشده و عبد است و جنایت بر او وارد شده قیمت گذاری می شود و سپس نسبت میان دو قیمت سنجیده می شود و از دیه به همان می شود»؛ (کاشانی، همان: ۶۰).

ن شافعی در کتاب الام (: ۶۰) و ابن قدامه در سه کتاب المقنع، عمده الفقه و الکافی فی فقه ابن حنبل به این شیوه اشاره کرده اند؛ (ابن قدامه، : و).

۲-۱- مقایسه نمودن با نزدیک ترین جنایت دارای دیه معین: ی ی روش دیگری را بیان کرده اند و آن این که: در مورد جنایتی که دیه معین ندارد، برای تعیین حکومت آن باید دید که جنایت مزبور به کدام جنایت که دیه معین دارد، نزدیک تر است و آن گاه مقدار حکومت را تعیین نمود. کاشانی ی :

«سرخسی گفته است این جنایت به نزدیک ترین جنایاتی که دیه معین دارند سنجیده می شود در نتیجه دو نفر پزشک عادل بررسی می کنند و مقدار آن را به دست می آورند»؛ (کاشانی، همان:).

مرغینانی نیز در تبیین نظر کرخی در کتاب هدایه می :

«آنچه دیه معین ندارد به آنچه دیه معین دارد برگردانده می شود» (:) .

۳-۱- اجتهاد و نظر حاکم: مالک عقیده دارد تعیین ارش و حکومت به نظر حاکم بستگی دارد

و او است که مقدار حکومت را تعیین می کند. البته او نمی گوید حاکم مقدر حکومت را با عبدانگاری یا قیاس به جنایات مقدره و یا طریق دیگر

ند. سخنون در المدونة الکبری از ابن قاسم موارد زیادی را نقل می کند که مالک گفته است «فیه الاجتهاد» (:) :

۳۲، ۳۳۸). وی در یک مورد اجتهاد را تفسیر می

معنای اجتهاد در

سایر موارد هم چنین باشد. ابن القاسم پس از بیان نظر مالک در مورد این که دیه کامل ظرف سه

سال باید پرداخت شود و اگر مقدار دیه، ثلث و یا دو ثلث باشد به ترتیب در ظرف یک سال و

دو سال پرداخت شود. : «از مالک سؤال شد که اگر مقدار دیه، نصف دیه کامل

باشد ظرف زمانی پرداخت آن چگونه است و مالک پاسخ داد: «اری ان یجتهد الامام فی ذلک».

سخنون از ابن القاسم می پرسد: معنای اجتهاد امام چیست؟ و او چنین پاسخ داد:

«معنای اجتهاد این است که به نظر و صلاح حدید حاکم واگذار می شود اگر صلاح دانست آن را در

ظرف دو سال و یا اگر صلاح دانست در مدت یک سال و نیم قرار دهد

ی (مالک، همان:) .

حال گرچه تفسیر اجتهاد در این مورد درباره زمان پرداخت دیه است، اما شاید حکم سایر

موارد که واژه اجتهاد در آنها آمده نیز همین باشد.

آنچه این احتمال را تقویت می کند این است که در موارد ارش و حکومت، گاه فقهای مالک، واژه

«انما یجتهد له» را شبیه آنچه در بالا در مورد مدت پرداخت دیه گذشت، آورده اند؛ (همان:) .

البته قرطبی از فقهای مالکی در کتاب الکافی فی فقه اهل المدینه به روش عبدانگاری

است (:) .

به هر حال همان طور که قبلاً بیان شد شاید بتوان روش سوم را به روش اول و دوم

بازگرداند و چنین گفت که مراد مالک این است که تعیین حکومت به وسیله حاکم صورت

ی گیرد، حال شیوه ابن تعیین ممکن است عبدانگاری و ممکن است مقایسه جنایت مورد نظر

با جنایت مقدر باشد.

۲- ارزیابی فقهای اهل سنت از شیوه‌های تعیین ارش

در این قسمت به تبیین نظریات فقهای اهل سنت درباره شیوه‌های محاسبه ارش می‌پردازیم. تذکر این نکته لازم است که ارزیابی شیوه سوّم در کلام ایشان دیده نمی‌شود. در زمینه شیوه اول یعنی مبدانگاری، دو نکته قابل تذکر است، یکی مشروعیت این شیوه و دیگر کارایی آن. اما درباره مشروعیت این روش بحث چندانی در میان فقهای سنی دیده نمی‌شود و قایلین به آن، شرعی بودنش را مسلّم یافته‌اند. سی، برخی فقها مثل شیرازی می‌گویند چون تنها راه شناختن مقدار نقصی که در اثر جنایت حاصل شده است نگذاری می‌لیه است، از این رو چاره‌ای مبدانگاری (شیرازی، همان:) .

صاحب بدایع الصنایع وجه این کار را آن می‌داند که قیمت در عبد، مثل دیه در حرّ است و از این جهت این شیوه می‌تواند کمک زیادی به تشخیص مقدار دیه بنماید؛ (کاشانی، همان: ۲) و عمرانی علت را آن می‌داند که چون حرّ در جنایاتی که دیه معین دارد برای عبد اصل و ملاک است، عبد نیز برای حرّ در جنایاتی که دیه معین ندارد، اصل می‌د؛ (عمرانی، :) .

اما درباره کارایی آن باید گفت علاوه بر آن‌که این شیوه در زمان حاضر به علت عدم وجود نظام بردگی قابل اجرا نیست؛ (زحیلی، : ۵۱)، گاه باعث می‌شود که مقدار حکومت به اندازه و یا بیش از دیات مقدرّ باشد در حالی که شدت جنّت کم‌تر از جنایتی است که دیه آن مقدرّ است؛ مثلاً در مورد جراحت موضحه نصف عشر دیه کامل یعنی پنج شتر لازم است. حال اگر جراحتی کم‌تر از این وارد شود اگر به شیوه اول عمل کنیم ممکن است برای این جراحت، بیش از پنج شتر لازم باشد. بنابراین باید به شیوه دوم عمل کرد، به این معنا که چون این جراحت کم‌تر از موضحه است، حکومت و ارش آن، در حدود دیه موضحه باید سنجیده شود (:) .

ی حنفی که هر دو روش طحاوی و خسی را ذکر کرده‌اند، به نقل این دو شیوه بسنده کرده و نگفته‌اند آیا نقد رخصی بر شیوه مبدانگاری وارد است یا خیر. علاوه بر این روشن نیست کدام شیوه، شیوه پذیرفته شده است. بدرالدین عینی از فقهای حنفی پس از بیان روش ی ی :

«قال شیخ الاسلام هذا هو الاصح، و فی فتاوی قاضی خان: و علی قول الطحاوی الفتوی و به اخذ

الحلوانی و به قالت الائمة الثلاثة و اهل العلم و قال ابن المنذر: و هو قول كل من يحفظ عنه» (بدرالدین العینی، :).

نی فقهای مذاهب دیگر که ظاهراً متوجه اشکال سرخسی بر شیوه طحاوی بوده‌اند بدون این که تصریح به اصل اشکال کنند ه آن خ داده‌اند؛ مثلاً شافعی معتقد است در چنین مواردی روشن می‌شود که کارشناسان به اشتباه قیمت‌گذاری کرده‌اند؛ (شافعی، همان:) و برخی دیگر که طرفدار شیوه اول‌اند می‌گویند در چنین مواردی حاکم با نظر خودش مقداری از حکومت تعیین شده را کاهش می‌دهد تا مشکل مرتفع گردد. مثلاً نووی در منهاج الطالبین : «اگر حکومت در مورد عضوی باشد که دیه معین دارد، نباید به اندازه دیه معین باشد. اگر به اندازه دیه معین باشد ضی مقداری را با اجتهاد و نظر خود ی :»؛ (نووی، :). دکتر وهبه زحیلی بر هر دو روش ایراد گرفته است؛ (زحیلی، همان: ۵). وی

در نقد شیوه طحاوی می‌گوید: اجرای این شیوه در حال حاضر به علت نبود برده نیست و در نقد شیوه ی اهل سنت :. اجرای این شیوه فقط در جراحات‌های سر و صورت ممکن است. شاید منظور او این باشد که همیشه نمی‌توان برای تعیین ارش یک جنایت ی را پیدا نمود که نزدیک به جنایت موردنظر بوده و دیه معین داشته باشد. او روش سوّمی را پیشنهاد می‌کند و آن این که در زمان حاضر، شاید بهترین راه برای تعیین ارش آن باشد که به ملاحظه مخارجی نی‌علیه برای درمان به‌آن‌ها نیاز دارد ارش تعیین شود؛ (زحیلی، همان، ۵۷۶۸). او دلیل مشروعیت این روش را بیان نکرده است.

گفتار چهارم: حدّ و اندازه ارش

چون ارش و حکومت دیه جنایتی هستند که در شرع مقدار آن تعیین نشده است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا ممکن است مقدار ارش به اندازه دیه کامل و یا بیش از آن باشد. آیا حدّی برای ارش وجود دارد؟ این که در کلمات فقها آمده است که ارش کم‌تر از دیه است مراد از این دیه چیست؛ دیه نفس یا دیه عضو و کدام عضو؟ سؤال دیگر این که: در شیوه عبدانگاری که نسبت میان تفاوت دو قیمت معیب و سالم از دیه گرفته می‌شود، مراد از این دیه این گفتار طی دو مبحث ه ای سؤالات پاسخ خواهیم داد.

الف. فقه امامیه

در فقه امامیه شهید ثانی اولین کسی باشد که به صراحت این بحث را مطرح کرده است. ایشان پس از این که می‌گوید: با روش عبدانگاری نسبت تفاوت قیمت حرّی فرض شده را در دو حالت سالم و معیوب به دست آورده و به همین نسبت از دیه گرفته می‌شود، مراد از این دیه، را دیه نفس می‌داند. مثلاً اگر جنایتی که بر دست وارد شده دیه معین ندارد و با شیوه بالا روشن شد که نسبت تفاوت دو قیمت معیوب و سالم، یک دهم است دهم دیه نفس باید پرداخت شود و نه یک دهم دیه یک دست. وی در تعلیل این م می‌گوید: این به آن جهت است که ما نفس را قیمت کردیم و گفتیم این حرّ اگر برده باشد، کلاً چه ارزشی دارد و در حالتی که جنایت بر او وارد شده چه قیمتی دارد، پس باید از دیه نفس محاسبه کرد:

۶۲

فقه و حقوق

«والمراد بالدية التي يرجع اليها في النسبة دية النفس لآنا نقوم النفس اولاً فنعتبر النقصان من ديتها و ذهب بعض الشافعية الى انّ المعتر دية العضو الذي وردت الجناية عليه، فلو نقص عشر القيمة بالجناية على اليد فالواجب عشر دية اليد»؛ (همان:) .

ظاهراً دلیل شهید ثانی برای این که مراد از دیه در قاعده ارش و بر اساس شیوه عبدانگار، دیه نفس است صحیح نیست؛ زیرا درست است که عبد را قیمت می‌کنیم اما دلیل آن این است که چاره دیگری نداریم. روشن است که عبد مثل برخی حیوانات و اشیاء نیست که جزء جزء آن دارای قیمت خاصی باشد؛ بنابراین ناچار هستیم که عبد را به طور کلی تگذاریم، اما ظاهراً این دلیل ایجاب نمی‌کند که باید حتماً نسبت به دست آمده از دیه نفس پرداخت شود.

شهید ثانی در ادامه درباره نهایت میزان ارش می‌گوید:

«جنایت یا بر عضوی وارد شده که دیه معین دارد و یا بر عضوی وارد شده که دیه معین ندارد. در صورت اول اگر مقدار ارش از دیه معین آن عضو کمتر باشد مشکلی ندارد ولی اگر مساوی بیش‌تر از آن باشد، مقتضای اطلاق کلام محقق درباره عبدانگاری آن است که این ارش ثابت است (گرچه به اندازه دیه آن عضو و یا بیش‌تر از آن است)، البته اگر بگوییم باید مقداری از ارش مزبور کاسته شود تا دیه جنایت بر عضو در حالی می‌است، با دیه عضو در حالی که به طور کلی از بین رفته است مساوی حرف خوبی است. اما اگر جنایت بر عضوی وارد شود که دیه معین ندارد، در این صورت باید کم‌تر از دیه نفس باشد، همان‌طور که گفتیم»؛ (عاملی، همان:) .

درباره کلام شهید ب :

اولاً، چون ایشان مراد از دیه را دیه نفس دانسته است، این مشکل پیش می‌آید که ممکن است گاه ارش جنایت وارد بر عضوی به اندازه دیه اصل آن عضو و یا بیش‌تر از آن باشد. اما اگر مراد از دیه، دیه عضو باشد و نسبت به دست آمده از دیه عضو حساب شود، چنین اشکالی می‌آید. ثانیاً، می‌توان گفت علت این که نباید ارش جنایت وارد بر عضوی که دیه معین دارد به اندازه دیه آن و یا بیش‌تر از آن باشد، ارتکاز عقلی است. بدیهی است عقل نمی‌پذیرد که دیه بریدن یک دست پانصد دینار باشد، اما ارش جنایت کم‌تر از بریدن به اندازه پانصد دینار و یا بیش‌تر آن، این هید که دیه ت بر عضوی که دیه معین ندارد، باید کم‌تر از دیه نفس باشد ظاهراً بدون دلیل است و در همه جا صادق نیست. ه خصوص این که دیه بسیاری از اعضا به اندازه دیه نفس است بنابراین منعی ندارد که ارش جنایت بر چنین عضوی به اندازه دیه نفس باشد. گرچه ارتکاز عقلی این است که وقتی جنایتی بر مادون نفس وارد شود، دیه آن باید کمتر از دیه نفس باشد، ولی به دلیل آن که شرع مقدس دیه برخی اعضا را مانند دیه نفس قرار داده است و نیز این که گاه جمع چند جنایت بر عضو، از دیه نفس است، این ارتکاز مورد تردید است. بنابراین مقدار ارش می‌تواند به اندازه دیه کامل باشد.

ب. فقه اهل سنت

بحث در فقه اهل سنت را نیز در دو قسمت پس بی یکی این که بنابر شیوه قیمت‌گذاری مجنی علیه که باید نسبت تفاوت دو قیمت معیب و سالم را از دیه پرداخت نمود مراد از دیه چیست و دیگر این که میزان نهایی ارش چه مقدار می‌تواند . با این نه بسیاری از فقها به طور صریح مراد خود از دیه را بیان نکرده‌اند اما روشن است مراد آن‌ها دیه نفس است؛ زیرا واژه دیه هر جا به طور مطلق به کار رود مراد دیه نفس است مگر این قرینه‌ای در میان باشد. برخی از فقهای اهل سنت نیز به این معنا تصریح کرده‌اند (نوی، همان:).

با وجود این برخی از فقهای نافع می‌گویند مراد از دیه، دیه عضوی است که بر آن جنایت موجب حکومت وارد شده است. البته محل اختلاف، عضوی است که دیه معین دارد. اگر بر ی جنایتی رخ دهد که موجب حکومت است برخی دیه عضو را ملاک می‌دانند و برخی دیه نفس را؛ اما در مورد عضوی که دیه معین ندارد، ملاک دیه نفس است. حال کدامیک از این دو دیدگاه صحیح است؟

شیرازی در مهذب می :

«اصحاب ما می گویند باید نقص جنایت را از دیه عضو مجنی علیه محاسبه کرد و نه از دیه نفس زیرا اگر ملاک دیه نفس باشد ممکن است حکومت برای ن بر عضو، از دیه آن عضو فراتر رود»؛ (شیرازی، همان:) .

اما شیرازی این مطلب را قبول نمی کند و معتقد است: از آن جا که بر اساس شیوه عبدالنگار، جنی علیه قیمت گذاری شده است پس باید مقدار نقص را از دیه نفس حساب کرد. همچنین اگر ملاک، دیه عضو باشد، این کار موجب می شود که فاصله میان دیه دو جنایت که نزدیک به هم هستند زیاد باشد، مثلاً جنایت سمحاق کم تر از جنایت موضحه و قریب به آن است. سمحاق موجب حکومت است، حال اگر نقص قیمتی که در اثر این جنایت پیش آمده، یک دهم باشد و بگوییم یک دهم موضحه باید پرداخت شود، فاصله دیه سمحاق با دیه موضحه بسیار می شود و این صحیح نیست؛ از این رو دیه نفس باید مبنا قرار گیرد (شیرازی، همان: ۹۴۷ و عمرانی، همان:) .

او به طور ضمنی در پاسخ این اشکال که اگر ملاک، دیه نفس باشد، ممکن است مقدار ارش بیش از دیه عضوی باشد که بر آن جنایت موجب حکومت وارد شده است، می د: در این صورت حاکم به صلاحدید خود مقداری از مبلغ حکومت را کاهش می دهد تا مشکل مرتفع شود: «اگر جنایت بر انگشت وارد شود و حکومت آن به دیه انگشت بالغ شود... یا جنایتی بر سر وارد شود و ارش آن به دیه موضحه برسد حاکم از دیه انگشت و از دیه موضحه، آن گونه که اجتهاد و نظرش اقتضا می ، قدری می کاهش؛ زیرا جایز نیست دیه جنایتی که کم تر از [بریدن] انگشت یا موضحه است، به اندازه دیه آن ،» (شیرازی، همان: ۹۴۷؛ نیز عمرانی، همان:) .

سؤال دیگری که در این جا مطرح می شود این است حکومت، چیست و آیا نهائیتی دارد یا نه. نووی در منهاج الطالبین گفته اند اگر حکومت در مورد جنایت بر عضوی باشد که دیه معین دارد، میزان حکومت باید کم تر از دیه آن عضو باشد و اگر به اندازه آن یا بیش تر از آن شد، حاکم باید مقدار آن را کاهش دهد. اما اگر حکومت در مورد عضوی که دیه معین ندارد، در این صورت باید میزان آن کم تر از دیه نفس باشد؛ (نووی، همان:) .

بسیاری از فقها به این معنا تصریح کرده اند؛ مثلاً شافعی در مورد جنایت بر دست که باعث حکومت شود می گوید: نباید مقدار حکومت به اندازه دیه دست شود؛ (شافعی، همان:) . ابن قدامه در عمدة الفنه و المقنع می گوید: اگر جنایت بر عضوی باشد که دیه مقدر دارد نباید

آن به اندازه دیه مقدر آن عضو و یا بیش تر از آن باشد؛ (ابن قدامه، همان: و) . البته این عده مستند کلام خود را بیان نکرده اند ولی همان طور که قبلاً بیان شد، مستند کلام آن ها ارتکاز عقلی است؛ وقتی دیه بریدن یک دست پانصد دینار است، معنا ندارد دیه جنایت کم تر از آن، پانصد دینار و یا بیش تر از آن باشد. اما - همان طور که در بحث از فقه ام گذشت - این ارتکاز در مورد جنایت بر عضوی که دیه معین ندارد قابل تردید است و می توان گفت اشکالی ندارد که حکومت در این صورت به اندازه دیه نفس باشد، همان طور که دیه برخی اعضا به اندازه دیه نفس است.

گفتار پنجم: قاعده ارش و قانون مجازات اسلامی

قانون گذار در ماده ۳ و ۴۷۷ قانون مجازات اسلامی به این قاعده تصریح می . ماده : « کسی وارد شود و شرعاً مقدار خاصی به عنوان دیه برای آن تعیین نشده باشد، جانی باید ارش بپردازد». ماده ۴۷۷ هم مقرر می دارد: « زوال یا نقص بعضی از منافع گردد مانند خواب، لمس یا موجب پدید آمدن بعضی از بیماریها شود و دیه آن معین نشده باشد ارش تعیین می شود». هم چنین قانون گذار دیه مواردی مثل از بین بردن حس چشایی (ماده ۴۶۰)، نقصان صوت (ماده ۴)، پاره کردن پرده گوش دیگری (ماده ۴۵)، نقصان عقل (ماده ۴۴۴)، از بین بردن چشم (ماده) و... را ارش دانسته است ، این به برای و واژه ارش را به کار نبرده است و آن را امری متفاوت از ارش و حکومت دانسته است؛ به عنوان مثال مطابق ماده ۳۸۷: «از بین بردن نرمه گوش ثلث دیه آن گوش را دارد و از بین بردن قسمتی از آن موجب دیه به همان نسبت خواهد بود.» و نیز مطابق ماده ۳۹۷ «از بین بردن مقداری از زبان لال موجب دیه همان مقدار با رعایت نسبت به تمام زبان خواهد بود». قانون گذار ارش را برای جنایتی می داند که موجب نقص شده است، چنانچه در ماده مقرر می دارد:

«دندان های اضافی به هر نام که باشد و به هر طرز که روئیده شود دیه ای ندارد و اگر در کندن آن نقصی حاصل نشود ارش نخواهد داشت ولی به ۷۴۱ ضربه شلاق محکوم می شود.» ماده ۴۲۳ نیز چنین مقرر می دارد: «کسی که از مج یا آرنج یا شانهاش دو دست نداشته باشد دیه دست اصلی پانصد دینار است و نسبت به دست زائد قاضی به هر نحو که مصلحت بداند نزاع را خاتمه دهد».

اما نکته‌ای که در مورد قاعده ارش و انعکاس آن در قانون مجازات اسلامی می‌کند، نحوه محاسبه ارش است؛ در بادی ا نظر می‌رسد قانون‌گذار درباره نحوه محاسبه ارش سیاست یکسانی را در پیش نگرفته است.

توضیح این‌که ماده ۴۹۵ تعیین ارش را با نظر کارشناس می‌داند: «در کلیه مواردی 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 چند مورد، تعیین ارش را به نظر حاکم دانسته است:

ماده ۴۱۷: «جنایتی که موجب نقص فک شود یا باعث دشواری و نقص جویدن گردد بجه مالی آن با نظر حاکم است». ماده ۴۱۸: «که لب‌ها را جمع کند و در اثر آن دندان‌ها را نپوشاند موجب مقداری است که حاکم آن را تعیین می‌کند». ماده ۴۲۰: «نیز اشعار می‌دارد: «ریمه مالی بریدن کف دست که خلقتاً بدون انگشت بوده و یا در اثر سانحه‌ای بدون انگشت شده است با نظر حاکم تعیین می‌شود».

در این سه ماده علاوه بر آن که قانون‌گذار از اصطلاح رایج ارش و حکومت، عدول کرده و واژه جریمه مالی را به کار برده که جای تأمل دارد * بیصن ارش را به نظر حاکم دانسته است و ه کارشناس. البته می‌توان گفت حاکم برای تعیین ارش، نظر کارشناس را جلب می‌کند. اما به هر حال نمی‌توان منکر تفاوت این سه ماده با ماده ۴۹۵ شد؛ زیرا ماده

دیه را به عهده کارشناس می‌داند و برای شی در این مورد

از نظر کارشناس متابعت کند. اما در این سه ماده تعیین ارش را نظر حاکم دانسته است و حاکم می‌تواند از کارشناس بخواهد نظر بدهد، اما تصمیم نهایی بر عهده حاکم است و به عبارت دیگر، نظر کارشناس برای ن نداشته و الزام‌آور نیست.

ب این که ماده ۴ برای تعیین ارش، راه سومی را مطرح کرده و آن « است «ارش جنایتی که باعث از بین رفتن صوت نسبت به بعضی از حروف شود باید بالحه معلوم گردد».

* علت این است که جریمه مالی با دیه و ارش تفاوت‌هایی دارد، از جمله این که جریمه مالی به دولت داده می‌شود اما دیه و ارش به مجنی علیه یا اولیای دم پرداخته می‌شود؛ جریمه مالی حق الله و یا حق حکومت است اما دیه و ارش حق الناس است؛ جریمه مالی با فوت متهم یا محکوم علیه ساقط می‌شود اما دیه به اجماع فقها دین است و با مرگ مدیون ساقط نمی‌شود؛ جریمه مالی با شرایطی به حبس تبدیل می‌گردد. بر خلاف دیه که هیچ‌گاه به حبس تبدیل نمی‌شود؛ (ر.ک: ستوده جهرمی و شهری، ۱۳۷۳؛ ۶۱۶). بنابراین به کاربردن واژه جریمه مالی برای ارش، صحیح نیست.

بنابراین بهتر است قانون‌گذار در زمینه روش محاسبه ارش، سیاست واحدی را در پیش بگیرد. لازم به ذکر است طبق رویه قضایی ایران، برای تعیین ارش ارجاع به کارشناس الزامی است و در صورتی که متخلف محسوب شده و در دادگاه عالی ا قضاات تعقیب و محاکمه شود: (کریم‌زاده، :).

برای رأی شماره / / شعبه ۳ این دادگاه 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 شد بی خصوصی بدون جلب نظر کارشناس علی‌رغم صراحت ماده ۴۹ ق. م. ا. نسبت به این امر... محرز است. مدافعات وی دایر بر این برای تعیین میزان ارش الزامی به ارجاع مورد به کارشناس بر پایه مقررات و فتاوی بی عظام نداشته مؤثر تشخیص داده نشد. لذا قاضی موصوف را به استناد ماده ۱۴ و صدر ماده ۲۰ نظام راجع به تشخیص انواع تقصیرات قضاات به کسر خمس حقوق ماهانه به مدت سه ماه محکوم بی .

۲. تخلف قضاات دادگاه تجدیدنظر 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 می « (کریم زاده، همان:).

مقایسه فقه شیعه و سنی و خلاصه مطالب

می‌توان مطالب مذکور در این فصل را در چند بند زیر خلاصه کرد:

- ۱- قاعده ارش از مسلمات فقه اسلامی است و گرچه درباره موارد و مصادیق آن اختلاف عقیده وجود دارد اما در اصل مشروعیت آن ای
- ۲- در فقه امامیه، از این قاعده بیش‌تر به قاعده ارش و گاه به قاعده حکومت و به صورت نادر به اجتهاد تعبیر می‌شود اما در فقه اهل سنت از این قاعده به قاعده حکومت تعبیر شده و گاه واژه اجتهاد نیز به کار برده شده است؛
- ۳- عمده مستند شیعه و سنی برای مشروعیت قاعده ارش، این است که نباید خون و حق مسلمان و هر انسان معصوم‌الدم دیگر به هدر برود؛ از این رو گرچه دیه برخی جنایات در شرع معین نشده است، اما باید با ارش و حکومت مقدار آن را تعیین تا دچار محذور فوق

- ۴- شیوه محاسبه ارش در فقه امامیه به چهار شکل عبدانگاری، جلب نظر دو نفر عادل و حکم حاکم و صلاحدید او می باشد. البته می توان گفت شیوه چهارم در عرض شیوه اول و دوم سوم است؛ یعنی این حاکم است که با قیمت گذاری و یا با شهادت و نظر دو نفر عادل به حکم می کند یا طریق مناسب را مصالحه می داند. اما در فقه اهل سنت شیوه محاسبه ارش عبدانگاری، قیاس به نزدیکترین جنایت مشابه و اجتهاد و صلاحدید حاکم بیان شده است. لازم به ذکر است شیوه اول طرفداران زیادی هم در فقه امامیه و هم در فقه اهل سنت دارد
- ۵- در مورد نهایت میزان ارش و حکومت، فقهای شیعه و اهل سنت اتفاق نظر دارند که اگر ارش مربوط به عضو باشد که دیه معین دارد، نباید به اندازه دیه آن عضو و یا بیش تر از آن باشد و اگر در مورد عضوی باشد که دیه معین ندارد، باید کم تر از دیه نفس باشد

- آصف‌المحسنی، محمد، الضمانات الفقهیه و اسبابها، قم، پیام مهر، چ اول،
- ۲- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد، الکافی فی فقه ابن‌حنبل، المصادر الفقهیه، ج _____، المقنع، المصادر الفقهیه، ج _____
- عمدة الفقه: المصادر الفقهیه،
- ابن‌منظور، محمد بن مکرم، لسان‌العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چ اول، ج _____
- ۶- اردبیلی، ملا احمد، مجمع‌الفایده والبرهان، مؤسسة النشر الاسلامی، چ اول، ج _____
- ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، قم، چ سوم، ج _____
- ۸- بدرالدین العینی، محمد بن احمد، البنایه، بیروت، دارالکتب العلمیه، چ اول، ج _____
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت، دارالعلم للملایین، چ چهارم، ج _____
- حرّّ وسایل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چ سوم، ج _____
- ۱۱- حلّی، حسن بن یوسف، القواعد، سلسله‌الینایع الفقهیه، ج _____
- حلّی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن، المختصر النافع، سلسله‌الینایع الفقهیه، ج _____
- ، شرایع الاسلام، سلسله‌الینایع الفقهیه، ج _____
- ۱۴- خوانساری، سیداحمد، جامع‌المدارک، تهران، مکتبه‌الصدوق، چ اول، ج _____
- ۱۵- خویی، سیدابوالقاسم، مبانی تکملة‌المنهاج، قم، چ دوم، ج _____
- زحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت، درالفکر، چ چهارم، ج _____
- ۱۷- ستوده، جهرمی، سروش و شهری، غلامرضا: نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری، روزنامه رسمی کشور، ج _____
- ۱۸- سرخسی، ابوبکر محمد بن احمد، المبسوط، بیروت، دارالکتب العلمیه، چ اول، ج _____
- ۱۹- شافعی، محمد بن ادريس، الام، المصادر الفقهیه، ج _____
- ۲۰- شیرازی، ابراهیم بن محمد، المهذب، المصادر الفقهیه، ج _____

- ۲۱- شیرازی، سیدمحمد، الفقه، کتاب الديات، بيروت، دارالعلوم، چ دوم، ج ۱
- بدعلي، رياض المسائل، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ج ۱
- نمد بن حسن، المبسوط، قم، مكتبة مرتضوية، ج ۱
- ، النهاية، سلسلة الينايع الفقيهه، ج ۱
- تهذيب الاحكام، بيروت، دارالاضواء، چ سوم، ج ۱
- ، كتاب الخلاف، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، چ دوم، ج ۱
- ۲- عاملی، زين الدين بن علی، مسالك الافهام، قم. مؤسسة المعارف الاسلامية، چ اول، ج ۱
- ۲۸- عاملی، محمدجواد، مفتاح الكرامة، بيروت، دارالتراث، بی تا. ج ۱
- ۲۹- عمرانی، يحيى بن ابى الخير، البيان فى فقه الامام الشافعى، بيروت، دارالكتب العلميه، چ اول، ج ۱
- ۳۰- فاضل لنكرانى، محمد، تفصيل الشريعة، كتاب الديات، قم، مركز فقه الاثمة الاطهار عليه السلام
- چ اول، ج ۱
- ۳۱- فراهيدى، فخرالدين، مجمع البحرين، بيروت، مكتبة الهلال، چ اول، ج ۱
- ۳۲- قرطبي، يوسف بن عبدالله، الكافى فى فقه اهل المدينة، المصادر الفقيهه، ج ۱
- ۳۳- كاشانى، علاءالدين بن مسعود، بدايع الصنايع، المصادر الفقيهه، ج ۱
- ۳۴- كريم زاده، احمد، آراء دادگاه هاى عالى انتظامى قضاات در امور كيفرى، تهران، ميزان، چ اول، ج ۱
- ۳۵- گرجى، ابوالقاسم، ديات، تهران. دانشگاه تهران، چ اول، ج ۱
- المدوثة الكبرى، المصادر الفقيهه، ج ۱
- المجلس الاعلى، موسوعة الفقه الاسلامي، قاهره، ج ۱
- ۳۸- مراغى، ميرعبدالفتاح، العناوين، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، چ اول، ج ۱
- ۳۹- مرغينانى، ابوالحسن على بن ابى الهداية، المصادر الفقيهه، چ اول، ج ۱
- ۴۰- مروايد، اصغر، سلسلة الينايع الفقيهه بيروت، مؤسسة فقه الشيعة چ اول، ج ۱ و ۲
- المصادر الفقيهه، بيروت، دارالتراث، چ اول، ج ۱ و ۲
- ۴۲- موسوى اردبيلى، عبدالكريم، فقه الديات، قم، چ اول، ج ۱
- موسوى خمينى، روح الله، تحرير الوسيله، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چ دوم، بی تا، ج ۱
- ۴۴- نجفى، محمدحسن، جواهر الكلام، تهران، المكتبة الاسلاميه، چ ۱
- ۴۵- نووى، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين، المصادر الفقيهه، ج ۱