



ب) اشکال دلالی:

بر ۶ دلیل اشکال شده است:

یک) رد دلیل اول (اجماع مرکب)

۱. مرحوم حکیم می‌نویسد: «و إلحاق الفتوی به [الحکم القضایی] لعدم القول بالفصل غیر ظاهر»^۱
۲. سیدنا الاستاد شبیری زنجانی از شیخ الشریعه اصفهانی نقل می‌کند که شیخ الشریعه در یکی از رساله‌هایشان احداث قول ثالث و «قول فصل» را در صورتی خارق اجماع مرکب می‌داند که به اجماع بسیط برگردد. ایشان در باره استصحاب می‌نویسد که در استصحاب بیش از ۴۰ قول وجود دارد و همه این‌ها هم با هم موجود نشده است بلکه به مرور زمان شکل گرفته و لذا باید بگوییم غیر از دو قول اول، همه آنها خرق اجماع مرکب بوده‌اند. در حالیکه فقها چنین نمی‌کنند.

پس اگر در جایی همه فقها قبول دارند که حکم الزامی وجود دارد ولی گروهی آن را وجوب و گروهی آن را حرام می‌دانند، در این صورت اگر قول ثالث بخواهد به استحباب قائل شود، خرق اجماع بسیط (الزامی) است و اشکال دارد. ولی در غیر این صورت احداث قول ثالث اشکالی ندارد.^۲ و در ما نحن فیه اجماعی بسیط وجود ندارد. چرا که معلوم نیست که آنها که قائل به وجوب اعلامیت در مفتی و قاضی هستند بگویند اگر ما به اعلامیت در قاضی قائل نبودیم در مفتی هم قائل نبودیم.

دو) حکم به معنای اعم از فتوی و قضاوت است

۱. چنانکه خواندیم مرحوم شیخ می‌فرمود که روایت عمر بن حنظله اگرچه مشتمل بر لفظ «حکم» است و حکم در اصطلاح فقهی به معنای «حکم قاضی» است ولی «حکم» در معنای لغوی هم شامل فتوی می‌شود و هم شامل حکم قاضی.^۳

۲. اما به نظر می‌رسد این بر خلاف ظاهر (بلکه نص) روایت است چرا که در روایت سخن از «تحاکم» است و روشن است که این واژه در مورد نزاع و ترافع است کما اینکه تعبیر «حکما» بعد از «رضایت در نظارت» وارد شده است که روشن می‌کند «حکم کردن» بعد از «توجه کردن در موضوع مرافعه» بوده است و این با قضاوت متناسب است. و همچنین قرینه هستند بر اینکه تعبیر «الحکم ما حکم به اعدلهما و ...» به معنای حکم قضایی است.

سه و چهار) ترجیحات و شبهه حکمی

۱. مستمسک، ج ۱، ص ۲۹

۲. ن ک: کتاب حج، شبیری زنجانی، ج ۱۶، ص ۸۳

۳. مطروح الانظار، ج ۲، ص ۶۶۴

۱. مرحوم خوئی بر خلاف کسانی که معتقدند ترجیحات موجود در روایت (مثل افضهیت) ناظر به بحث شبهات حکمیه و فتوی است، می‌گویند که ناظر به بحث قضاوت است:

« أن الرواية أجنبية عن المقام لأن ترجیحه (علیه السلام) بالأفقهية و غيرها من الصفات الواردة في الرواية إنما هو في الحكمين، و من الظاهر أن المرافعات و الخصومات لا مناص من فصلها و لا معنى فيهما للحكم بالتخير لاستلزامه بقاء الترافع بحاله، و معه كيف يصح التعدي عن فصل الخصومات الذي لا مناص عنه في موارد الترافع إلى أمثال المقام التي لا مانع فيها من الحكم بالتخير، فالرواية كما لا يتعدى عن موردها إلى الروايتين المتعارضتين، كذلك لا يمكن التعدي عنه إلى الفتويين المتعارضتين لجواز كون المكلف مخيراً في الموردین. و يؤكد ما ذكرناه أن الإمام (علیه السلام) قد رجح أحدهما بالأورعية و الأصدقية أيضاً، و هذا كما ترى لا يجري في المقام للقطع بأن الأصدقية أو الأورعية لا تكون مرجحة في الروايتين أو الفتويين المتعارضتين، إذ لا أثر للأصدقية في حجية الفتوى بوجه. نعم، ذهب بعضهم إلى تقديم الأورع في المجتهدين المتساويين في الفضيلة و يأتي عليه الكلام في محله إن شاء الله.

و المتحصل: أن الأفقهية و بقية الأوصاف الواردة في الرواية من مرجحات الحكمين فهي راجعة إلى القضاء و أجنبية عن باب الفتوى بالكلية. »^۱

۲. از مرحوم خوئی در دروس فی فقه الشیعه، علاوه بر آنچه گفتیم، اشکال دیگری هم مطرح شده است: ایشان می‌گویند چون در روایت حضرت فرموده‌اند و اگر مرجح نداشتید صبر کنید و به سراغ ائمه (ع) بروید در حالیکه در بحث فتوی، صبر کردند و سراغ امام رفتن معنی ندارد.^۲

^۱ . التنقيح، ج ۱، ص ۱۱۵

^۲ . دروس فی فقه الشیعه، ج ۱، ص ۸۰