



ب) اشکال دلالتی:

بر ۶ دلیل اشکال شده است:

یک) رد دلیل اول (اجماع مرکب)

۱. مرحوم حکیم می‌نویسد: «و إلحاق الفتوى 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 اعلی‌ت در مفتی و قاضی هستند بگویند اگر ما به اعلی‌ت 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. مطارح الانظار، ج ۲، ص ۶۶۴



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

«أن الرواية أجنبية عن المقام لأن ترجيحه (عليه السلام) بالأفقهية وغيرها 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 التعدى عن فصل الخصومات الذى لا مناص عنه في موارد الترافع إلى أمثال المقام التى لا مانع فيها من الحكم بالتخير، فالرواية كما لا يتعدى عن موردها إلى الروايتين المتعارضتين، كذلك لا يمكن التعدى عنه إلى الفتويين المتعارضتين لجواز كون المكلف مخيراً في الموردين. و يؤكد ما ذكرناه أن الإمام (عليه السلام) قد رجح أحدهما بالأورعية و الأصدقية أيضاً، و هذا كما ترى لا يجرى 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 بالكليّة.^۱»

۲. از مرحوم خویی 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

ما می‌گوییم:

۱. ترجیحات موجود در روایت عمر بن حنظله چنین است:

(الف) در مرحله اول: ۱. اعدلیت ۲. افقهیت ۳. اصدقیت در حدیث (روایت یا سخن) ۴. اورعیت

(ب) اگر دو نفر در همه این امور مساوی بودند (در مرحله دوم): روایت مجمع علیه (مشهور)

(ج) اگر هر دو خبر مشهور بود (مرحله سوم): ۱. موافق کتاب و سنت ۲. مخالف عامه

(د) اگر هر دو موافق کتاب و مخالف عامه بودند (مرحله چهارم): هر حدیثی که مایل‌تر به حکام بود، کنار زده شود

[احتمال تقیه]

(ه) اگر هر دو موافق حکام بود (مرحله پنجم): توقف

^۱. التنقیح، ج ۱، ص ۱۱۵

^۲. دروس فی فقه الشیعه، ج ۱، ص ۸۰

«فَقَالَ الْحُكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَغْدُلُهُمَا وَ أَفْقَهُهُمَا وَ أَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَ أَوْرَعُهُمَا وَ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى مَا يَحْكُمُ بِهِ الْآخَرُ قَالَ فَقُلْتُ فَإِنَّهُمَا عَدْلَانِ مَرْضِيَّانِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا لَا يُفْضَلُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ قَالَ فَقَالَ يُنْظَرُ إِلَى مَا كَانَ مِنْ رَوَايَاتِهِمَا عَنَّا فِي ذَلِكَ الَّذِي حَكَمَا بِهِ الْمُجْمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَ أَصْحَابِكَ فَيُؤْخَذُ بِهِ مِنْ حُكْمِنَا وَ يُتْرَكُ الشَّاذُّ الَّذِي لَيْسَ بِمَشْهُورٍ عِنْدَ أَصْحَابِكَ فَإِنَّ الْمُجْمَعُ عَلَيْهِ لَا رَيْبَ فِيهِ إِلَى أَنْ قَالَ: فَإِنْ كَانَ الْخَبْرَانِ عَنْكُم مَّشْهُورَيْنِ قَدْ رَوَاهُمَا الثَّقَاتُ عَنْكُم قَالَ يُنْظَرُ فَمَا وَافَقَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْكِتَابِ وَ السُّنَّةِ وَ خَالَفَ الْعَامَّةَ فَيُؤْخَذُ بِهِ وَ يُتْرَكُ مَا خَالَفَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْكِتَابِ وَ السُّنَّةِ وَ وَافَقَ الْعَامَّةَ، قُلْتُ جُعِلَتْ فِدَاكَ أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ الْفَقِيهَانِ عَرَفَا حُكْمَهُ مِنَ الْكِتَابِ وَ السُّنَّةِ وَ وَجَدْنَا أَحَدَ الْخَبْرَيْنِ مُوَافِقًا لِلْعَامَّةِ، وَ الْآخَرَ مُخَالَفًا لَهُمْ بِأَيِّ الْخَبْرَيْنِ يُؤْخَذُ فَقَالَ مَا خَالَفَ الْعَامَّةَ فِيهِ الرَّشَادُ فَقُلْتُ جُعِلَتْ فِدَاكَ فَإِنْ وَافَقَهُمَا الْخَبْرَانِ جَمِيعًا قَالَ يُنْظَرُ إِلَى مَا هُمْ إِلَيْهِ أَمِيلُ حُكْمُهُمْ وَ قَضَاتُهُمْ فَيُتْرَكُ وَ يُؤْخَذُ بِالْآخَرِ قُلْتُ فَإِنْ وَافَقَ حُكْمُهُمُ الْخَبْرَيْنِ جَمِيعًا قَالَ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فَأَرْجِئْهُ حَتَّى تَلْقَى إِمَامَكَ فَإِنَّ الْوُقُوفَ عِنْدَ الشُّبُهَاتِ خَيْرٌ مِنَ الْإِفْتِحَامِ فِي الْهَلَكَاتِ.»^١

[ماهم اليه اميل حکامهم و قضاتهم: هر خبری که عامه به آن مایل تر هستند و عامه یعنی حکام و قضات؛

فان وافق حکامهم الخبرين: اگر حکام با هر دو خبر موافق بودند]

۲. مرحوم شيخ انصاری درباره اینکه مرجحات مطرح شده، معلوم می‌کند که ترجیح نظر یک قاضی به جهت ترجیح فتوای او بوده است و لذا مرجحات، مرجحات فتوایی بوده است:

«ان التأمل فيها و فی القواعد الشرعية يشهد بكون الترجيح لحکم الأعلّم منها من جهة ترجيح فتواه و ان مورد ترجيح السؤال هو تعارض النصوص لا الحكمين فان المرجحات المذكورة فی تلك الروايات. و منها ما يرجع إلى الترجيح بقوة الاستنباط كالترجیح بالأعلمية. و منها ما يرجع إلى ترجيح الرواية التي استند إليها أحدهما على ما استند إليه الآخر و معلوم ان الترجیح بهما انما یوجب الترجیح فی الفتوى أولاً ثم فی الحكم الناشئ عن ذلك الفتوى. و بالجملة فما ذكرنا من ان الترجیح للحکم فی تلك الروايات انما هو من جهة رجحان فی أصل الفتوى أمر ظاهر للمتأمل و لعله لذا ادعى الشهيد الثاني (قده) ان المقبولة نصّ فی المطلوب»^۲

۳. مرحوم شيخ سپس به یک اشکال توجه می‌دهند (که در کلمات مرحوم خویی به آن اشاره شده است) اشکال چنین است که: «اجماعاً کسی در ترجیح یک فتوی، اورعیت و اصدقیت را مطرح نکرده است»؛ مرحوم شيخ می‌فرماید که «اورعیت و اصدقیت» در ترجیح حکم قاضی (و ترجیح یک روایت هم) مطرح نیست. (جواب نقضی)

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۱۰۶

۲. مجموعه رسائل فقهیه و اصولیه، ص ۷۴



«و أما ما ذكر في الإبراد أخيراً من ان المرجحات المذكورة في تلك الروايات لا يعمل بها في تعارض الفتوئين إجماعاً فهو إشكال مشترك بين جعلها واردة في تعارض الحكمين أو الفتوئين»^۱

۴. مرحوم شیخ در ادامه پاسخ حلی را به اشکال مورد اشاره قرار می‌دهند:

«و يمكن دفعه بالتزام وجوب أعمال تلك المرجحات في تعارض الفتوئين في ذلك الزمان بالنسبة إلى الجاهل بالحكم الشرعي القادر على الاستنباط إذا وصل إليه الروايات أو الفتوى النازلة منزلة الروايات فان فتاوى المفتين في أزمنة صدور هذه الروايات كانت بمنزلة الروايات يعمل بها العامي وغيره عند سلامته عن المعارض و عند معارضتها مع فتوى أخرى التي هي أيضا بمنزلة الروايات كان وظيفة المستفتي القادر على أعمال الترجيح العمل بها أجمع و وظيفة العامي العاجز عن ذلك الاقتصار على المرجح الذي يقدر على معرفته ... فوظيفة العامي الترجيح بالأعلمية لا غير فيتخير مع التساوي في العلم»^۲

توضیح:

۱. تمام این مرجحات باید اعمال می‌شده است
۲. و در آن روزگار مردم عادی می‌توانستند این مرجحات را فهم و اعمال کنند
۳. و اگر نمی‌توانسته‌اند باید به اندازه‌ای که می‌توانسته‌اند (اعلمیت) آن را اعمال کنند.

ما می‌گوییم:

۱. چنانکه خواندیم مرحوم شیخ این مرجحات را متناسب با ترجیح فتوی می‌داند ولی مرحوم خوبی این مرجحات را مربوط به قاضی می‌داند.

بیان مرحوم شیخ آن است که ترجیح روایت و همچنین ترجیح اقله با ترجیح فتوی مناسب است. و بیان مرحوم شیخ آن است که اصل ترجیح به خاطر آن است که تخییر در قضاوت ممکن نیست ولی در فتوی تخییر ممکن است. پس مرحوم خوبی «اصل وجود ترجیح» را شاهد برای «اختصاص به قضاوت» می‌داند و مرحوم خوبی «تناسب مرجحات با افتاء» را شاهد برای «اختصاص به فقاہت» می‌داند.

۲. اما به نظر می‌رسد درباره روایت می‌توان گفت:

یک) مرجحات مراحل دوم، سوم و چهارم، در مورد ترجیح خبر است و ترجیح خبر مربوط به ترجیح فتوی است چرا که «خبر» باعث فتوای مفتی می‌شود.

^۱. همان

^۲. همان، ص ۷۵

ان قلت: در آن روزگار بعضاً روایت، عین حکم امام (ع) بوده است و لذا لازم نبوده است که قاضی، از آن روایت حکمی را استنباط کند و بعد آن را منطبق بر موضوع مورد نزاع کند.
قلت:

اولاً: اطلاق روایات اعم از صورت فوق و صورتی است که محتاج استنباط است
ثانیاً: حمل روایت بر صورتی که نزاع طرفین دعوا عین متن روایت باشد، حمل بر فرد نادر است.
(دو) اما در مورد مرجحات مرحله اول (اعدلیت، افقهیت، صدقیت در حدیث و اورعیت)، می توان گفت: اعدلیت و اورعیت با قاضی تناسب بیشتری دارد و صدقیت در حدیث را اگر به معنای «صدق در گفتار» بدانیم، با مقام قضاوت تناسب عرفی بیشتری دارد (چرا که متناسب با عدالت است) و اگر به معنای «صدق در روایت کردن»، با هیچ کدام از مقام های قضاوت و افتا متناسب نیست (چرا که قاضی و فقیه چیزی را روایت نمی کنند) و لذا یک صفت تعبدی است. (مگر اینکه بگوییم عرفاً بین صدق در حدیث کردن و عدالت تناسب است و لذا متناسب با مقام قضاوت است)

ولی افقهیت اگرچه با مقام افتاء متناسب تر است ولی می تواند به معنای خبرگی و توانمندی بیشتر قاضی هم باشد.

لذا:

با توجه به اینکه ۴ صفت به هم عطف شده اند می توان گفت در مرجحات مرحله اول، مراد آن است که در مقام قضاوت اگر کسی در همه این ۴ صفت قوی تر است، باید به او رجوع کرد.