

ما می‌گوییم:

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

بیان مرحوم شیخ آن است که ترجیح روایت و همچنین ترجیح افقه 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 خویی «اصل وجود ترجیح» را شاهد برای «اختصاص به قضاوت» می‌داند و مرحوم خویی «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. 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)، می‌توان 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 مقام‌های قضاوت و افتاء متناسب نیست (چرا که قاضی و فقیه چیزی را روایت نمی‌کنند) 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 متناسب‌تر است ولی می‌تواند به معنای خبرگی و توانمندی بیشتر قاضی هم باشد.

لذا:

با توجه به اینکه ۴ صفت به هم عطف شده‌اند می‌توان گفت در مرجحات مرحله اول، مراد آن است که در مقام قضاوت اگر کسی در همه این ۴ صفت قوی‌تر است، باید به او رجوع کرد.

حال:

با توجه به آنچه گفتیم می‌توان گفت روایت در صدد آن است که بگوید:

۱. در قضاوت باید فصل خصومت شود و لذا نمی‌تواند طرفین دعوا به دو فقیه مختلف با فتوای مختلف رجوع کنند.
۲. لذا در صورت اختلاف باید سراغ قاضی اعلم که مستندات قوی‌تری دارد و اورع و عدل است بروند.
۳. اما در غیر مقام قضاوت، لازم نیست که اعلمیت «شرط برای مفتی» دانسته شود.
۴. اما اگر در فصل خصومت، یک فقیه اعلم و دیگری عدل بود چه باید کرد، روایت از این جهت ساکت است.
۵. همین نکته مورد اشاره حضرت امام خمینی واقع شده است. ایشان بعد از اینکه به استدلال توجه می‌دهند:

«إنَّ الشَّبهَةَ فرضت حكمية في المقبولة، فنفوذ حكمه تعييناً، ملازم لنفوذ فتواه كذلك في تلك

المسألة»^۱

به این استدلال پاسخ می‌دهند:

«أنَّه يمنع التلازم هاهنا؛ لأنَّ الملازمة إنَّما تكون في صورة إثبات النفوذ، لاسلبه؛ لأنَّ سلب المركَّب أو ما بحكمه بسلب أحد أجزائه، فسلب نفوذ حكمه كما يمكن أن يكون لسلب حجَّية فتواه، يمكن أن يكون لسلب صلاحية حكمه للفصل.

وعدم جواز الأخذ بالفتوى في المقام، ليس لعدم صلاحيتها للحجَّية، بل لعدم كونها فاصلاً، بل فتوى الأعلَم أيضاً ليست بفاصل»^۲

توضیح:

۱. اگر حکم یک قاضی پذیرفته شود، فتوای او که مستند حکم است هم پذیرفته می‌شود (چنانکه در اعلم چنین است)
۲. ولی اگر حکم یک قاضی پذیرفته نشود (فقیه غیر اعلم)، معلوم نیست فتوایش پذیرفته نشود چرا که:
۳. «فتوای مستند حکم» (در غیر اعلم) اگر حجت نباشد، می‌تواند به معنای نفی حجیت از فتوا باشد و می‌تواند به معنای نفی حجیت از استناد حکم به آن فتوا باشد.
۴. [به عبارت دیگر: «قاضی مفتی» یک مرکب است و اگر حجیت چنین کسی رد شد (چرا که اعلم نیست) می‌تواند به جهت آن باشد که قاضی باید اعلم باشد و می‌تواند به جهت آن باشد که مفتی باید اعلم باشد]

^۱. الاجتهاد و التقليد، ص ۱۰۴

^۲. همان



۵. و فتوی اساساً خصومت را مرتفع نمی‌کند چرا که آنچه خصومت را رفع می‌کند حکم قضایی است و صرف فتوی (حتی فتوای اعلی) رافع خصومت نیست.

پنج و شش) ردّ تنقیح مناط و الغاء خصوصیت

۱. پنجمین و ششمین وجه استدلال: روایت عمر بن حنظله، تنقیح مناط و الغاء خصوصیت بود.

۲. می‌توان در پاسخ گفت که چون در بحث قضاوت نمی‌توان به تخییر قائل شد و لذا ممکن است بگوییم علت رجوع به اعلی در آن بحث، به جهت عدم امکان تخییر است.

۳. حضرت امام در رد تنقیح مناط و الغاء خصوصیت می‌نویسند:

« أن ظاهر المقبولة، أن الأوصاف الأربعة مجتمعة توجب التقديم؛ بمقتضى العطف ب «الواو» وفرض الراوى صورة التساوى، لا يكشف عن كون المراد وجود أحدها والتناسب بين الأفقيّة وذلك لم يصل إلى حدّ كشف العلّية التامة.

هذا كلّ مع أن إلغاء الخصوصية عرفاً، أو القطع بالملاك، ممّا لا وجه لهما بعد وضوح الفرق بين المقامين. ولعلّ الشارع لاحظ جانب الاحتياط فى حقوق الناس، فجعل حكم الأعلّم فاصلاً؛ لأقربيته إلى الواقع بنظره، ولم يلاحظه فى أحكامه؛ توسعةً على الناس. فدعوى إلغاء الخصوصية مجازفة، ودعوى القطع أشدّ مجازفة.»^۱

توضیح:

۱. اولاً: در روایت چهار صفت در کنار یکدیگر (با واو عطف) قرار گرفته است و این ظاهر در آن است که علت تقدیم نظر قاضی اول آن است که هم اعدل است و هم افقه است و هم اصدق است و هم اورع است.

۲. پس نمی‌توان گفت ملاک و مناط در تقدیم قول یک قاضی افقهیت به تنهایی است

۳. و اینکه بگوییم افقهیت با تقدیم قول متناسب‌تر است، نمی‌تواند شاهدهی باشد برای اینکه بگوییم ملاک افقهیت (به تنهایی) است.

۴. ثانیاً: وقتی بین مقام قضاوت و مقام فتوی فرق است، نمی‌توان الغاء خصوصیت کرد و نمی‌توان گفت مناطی که در یک مقام مطرح است، در مقام دیگر هم ثابت است.

۵. فرق این دو مقام آن است که مقام قضاوت چون مربوط به حق الناس است شارع می‌خواسته است که حکم صادر شده به واقع نزدیک‌تر باشد.

۱. الاجتهاد و التقليد، ص ۱۰۴

ما می‌گوییم:

۱. با توجه به آنچه گفتیم:

اولاً: معلوم نیست مناط رجوع به قاضی اعلم، افقهیت بوده بلکه شاید مناط هر چهار صفت در کنار هم باشد.

ثانیاً: بین دو مقام از دو حیث فرق است:

یک) رعایت حق الناس در قضاوت، رعایت حق الله در فتوی

دو) عدم جریان تخییر در قضاوت، جریان تخییر در فتوی

۲. پس می‌توان گفت:

روایت عمر بن حنظله اصلاً در مقام قضاوت است و لذا در صدر می‌گوید اگر دو شیعه به قاضی بودن یک فقیه (ولو مفضول باشد) راضی شدند، حکم او نافذ است و در ذیل می‌گوید اگر دو شیعه به دو فقیه مراجعه کردند، باید حکم اعلم را ملاک قرار دهند.

