

### بسمه تعالی

بر اساس قولی که دادیم مبنی بر مطرح کردن اشکال های آقایان در درس، به بیان یکی از اشکالات می پردازیم؛ سوال شده است : مگر می شود تخییری اصولی باشد اما فقهی نباشد؟ اصلاً تقسیم تخییر به اصولی و فقهی درست نیست چون تخییر اصولی هم به فقهی برمیگردد.

جواب : بازگشت تخییر اصولی به تخییر فقهی را ما انکار نکردیم بلکه بحث بر سر این است که گاهی اوقات تخییر واقعی بوده و بدون اینکه تعارضی در میان باشد یک واجب تخییری بیان می شود مانند کسی که عمداً روزه خود را افطار کند که باید یکی از سه خصال کفاره را به جا آورد و بین آن ها مخیر است یا مانند اینکه روایتی بگوید در ظهر جمعه، انسان هم می تواند نماز جمعه بخواند و هم نماز ظهر و میان آن ها مخیر است اما گاهی تخییر در دو طریق است که با هم در تعارض هستند و حکم واقعی نیز اصلاً معلوم نیست مثلاً دو روایت وجود دارد یکی امر به نماز جمعه می کند و دیگری می گوید نماز ظهر بخوان و هیچکدام بر دیگری ترجیحی ندارند در اینجا تخییر بدین نحو است که گفته شود : به هر کدام از طریق ها که خواستی اخذ کن. مورد اول تخییر فقهی و مورد دوم تخییر اصولی است لکن ماهیت تخییر اصولی خیلی واضح و روشن نیست و در این بحث می خواهیم ببینیم آیا می توان در مورد این دو اصطلاح به یک قراری رسید یا خیر؟ اما علی الحساب تا اینجا مشخص است که تخییر اصولی تفاوت روشنی با تخییر فقهی دارد بلکه هر دو آن ها وجه اشتراک هم دارند (که مورد نظر پرسش کننده بوده است) ولی در این بحث، وجه افتراق آن ها مد نظر ماست.

عرض شد ما گزینه تخییر را خیل پررنگ می دانیم با اینکه بر خلاف آخوند قائل به رجوع مستقیم به تخییر نیستیم و اگر مرجعی نبود به آن رجوع می نماییم لکن چون در موارد زیادی به مرجع دست پیدا نمی شود، نوبت به تخییر می رسد. دیروز سوالی مطرح شد مبنی بر اینکه اگر مجتهد به تخییر رسید چه طور آن را در رساله خود بنویسد؟ مقلد چه طور برداشت کند و چه قدر آزادی عمل دارد؛ یا در بحث قضا، فقها تنها قضای مجتهد را می پذیرند حال اگر قاضی به تخییر رسید و یک طرف را گرفت آیا برای اصحاب پرونده هم حق انتخاب و تخییر وجود دارد یا تنها سهم قاضی است؛ مثلاً در سهم الارث زوجه، ادله مختلف است برخی از آن ها اقتضا می کنند زوجه از همه اموال ارث ببرد و برخی دیگر می گویند زوجه از زمین و عقار ارث نمی برد و نسبت به ساختمان نیز از قیمت آن ارث می برد حال اگر قاضی در این مسأله به تخییر رسید و پرونده ای در این زمینه به دست او رسید، اگر ادله گروه اول را انتخاب کند باید در دادگاه حکم به این کند که زوجه در همه اموال شریک است اما اگر گروه دوم را برگزید باید بگوید زن از عقار ارث نمی برد و فرقی نمی کند مانند آخوند اصلاً ترجیح را لازم نداند یا لازم بداند اما به مرجعی دست پیدا نکند. حال آیا طرفین پرونده هم مخیر هستند یا نه؟ ضمناً آیا تخییر قاضی بدوی است یا استمراری؟ اگر استمراری باشد، صبح قاضی در دادگاه حکم به ارث بردن زوجه می کند و بعد از ظهر می تواند بگوید ارث نمی برد اما اگر تخییر بدوی بود تا آخر عمر باید بر روی انتخاب خود بماند. همچنین در مسأله نماز جمعه مجتهد یکبار نماز جمعه را انتخاب می کند و یکبار نماز ظهر را بر خلاف تخییر بدوی.

حال بعد از تکرار سوالات جلسه گذشته، نوبت به تتبع در مسأله می رسد و تتبع خود را از شیخ اعظم آغاز می کنیم چون قبلی ها کمتر به این مسأله پرداخته اند البته برخی مانند علامه حلی راجع به تخییر قاضی سخن گفته اند.

جناب شیخ می فرماید : از جماعتی حکایت شده است (معلوم است این مسأله در میان گذشتگان نیز مطرح بوده است) بلکه گفته شده است که خلافتی در این نیست که اگر مجتهد با دو روایت متعارض مواجه شد، حق ندارد یک طرف را انتخاب کند و در رساله خود همان گزینه اختیار شده را بنویسد بلکه باید تخییر را هم بیاورد.

بنابر این کلام همیشه مستفتی هم مخیر است لذا اگر مجتهد در مسأله نماز جمعه نتوانست روایات یک طائفه را بر طائفه دیگر ترجیح دهد باید همان تخییر را در رساله بیاورد و حق ندارد بگوید بروید نماز جمعه بخوانید یا نماز ظهر بخوانید. دلیل این مطلب چیست؟ روایات تخییر می گفت اگر دو دلیل متعارض بودند و یکی مزیت نداشت هر دو طریق هستند؛ این مطلب مخصوص مجتهد است و اصلاً مقلد از عهده آن بر نمی آید اما نتیجه آن برای هر دو است هم مجتهد و هم مقلد. پس فرآیند را مجتهد انجام می دهد اما از برآیند هر دو استفاده می کنند.

باز ایشان ادامه می دهد و می فرماید : اگر مجتهد یکی از طرفین تخییر را در رساله بیاورد، این عمل او مصداق تشریح است زیرا نمی داند کدام یک از آن ها حکم واقعی هستند و در حالی که پشت پرده تخییر است و او یک طرف را انتخاب کرده اما فتوای خود را به نحو تعیین می آورد. (همچنین آیندگان هم اگر بخواهند از او نقل قول کنند، او را در شمار قائلین به وجوب نماز جمعه می آورند اگر آن را فقط در رساله آورده باشد در حالی که او نماز جمعه را از باب تخییر برگزیده است) شیخ انصاری در رسائل یک عبارتی می آورد : « ان التعادل ان وقع للمفتی » تعبیر به مفتی در مقابل حاکم و قاضی است نه در مقابل مستفتی چون مستفتی نقشی در مسأله ندارد. پس اگر مفتی به دو دلیل معارض رسید و یکی بر دیگری مزیت نداشت یا اصلاً مانند آخوندترجیح را لازم نمی دانست در این صورت وظیفه دارد که مستفتی را هم مخیر کند.

خب این مطلب که وظیفه دارد مستفتی را نیز مخیر کند یعنی در رساله خود گزینه اختیار شده را به نحو واجب معین نیاورد اما آیا فتوای خود او را به شکل تخییر فقهی بیاورد و مانند خصال کفار بگوید بین نماز جمعه و نماز ظهر تخییر وجود دارد یا اینکه بنویسد در این مسأله دو روایت وجود دارد و مقلدین می توانند هر کدام را خواستند انتخاب کنند؛ در صورت دوم دیگر بیان فقهی نیست و شاید مراد از اصطلاح تخییر اصولی نیز همین باشد که به مقلد بفهماند تخییر در مسأله، ظاهری است نه واقعی و باید تردید خود را در مسأله برساند.

آخوند خراسانی می گوید مجتهد حق ندارد در مسأله فرعی فقهی تخییر بگذارد بلکه باید تخییر اصولی بگذارد. حال اگر مراد شیخ انصاری از کلام مذکور این باشد که چیزی به مقلد نگویید و او را در حال جهل خود رها کنید؛ در این صورت کلام ایشان با کلام آخوند در تضاد قرار می گیرد اما اگر مراد این باشد که یک طرف را تعیین نکند و فرآیند را هم بگوید دیگر با کلام آخوند منافاتی ندارد.

تا اینجا یک طرف از کفه ترازو بیان شد اما کفه دیگر این است که گفته شود : مجتهد در حق مقلدین اختیاراتی دارد و می تواند فقط آن چه را که انتخاب کرده به آن ها بیان کند و اصلاً مخاطب کلام ائمه علیهم السلام در روایات تخییر، مجتهدین بوده اند نه مقلدین در این صورت دیگر مقلدین بهره مند از تخییر نیستند و اگر مقلدی فاضل و اهل علم بود و می دانست ادله یک طرف بر طرف دیگر مزیت دارد، حق ندارد روایت قوی تر را بگیرد بلکه باید به همان گزینه اختیار شده توسط مجتهد عمل کند.

شیخ انصاری در نهایت می فرماید : مسأله احتیاج به تأمل دارد اما من کفه طرف اول را تقویت می کنم. در نتیجه مقلدین نیز از تخییر بهره مند هستند و اگر مقلد فاضلی به مزیت در یکی از طرفین دست یافت به همان طرف دارای مزیت عمل می کند. تمام این مطالب مربوط به مفتی بود اما قاضی چه طور؟ باید گفت : اصلاً معنا ندارد طرفین پرونده نیز تخییر داشته باشند و قضاوت برای فصل خصومت است و اگر آن ها تخییر داشته باشند دیگر فصل خصومت صورت نمی گیرد علاوه بر اینکه اصحاب پرونده سهمی از قضا ندارند برخلاف مقام فتوا که پای مفتی و مستفتی در میان بود.

پرسش دیگر : آیا تخییر بدوی است یا استمراری؟ در میان علما اختلاف است برخی هم در مفتی و هم در قاضی قائل به استمرار هستند و در مقابل برخی مانند شیخ انصاری تخییر را بدوی می دانند مخصوصاً در باب قضا. در این بحث، از استصحاب هم سخن به میان می آید و شیخ آن را قبول نمی کند که توضیحات آن خواهد آمد.