

### بسمه تعالی

در جلسات گذشته چند پرسش پیرامون تخییر مطرح شد که به بررسی آن ها پرداختیم. صحبت ما هم راجع به فرمایشات شیخ انصاری بود و یک تتمه از کلمات ایشان باقی ماند که به بیان آن می پردازیم و بعد تتبع خود را ادامه داده تا در نهایت نظر نهایی خودمان را ارائه دهیم.

در مورد بدوی یا استمراری بودن تخییر قاضی، گفته شد شیخ انصاری تخییر او را بدوی می داند مثلاً در مورد پرونده های مربوط به ارث زوجه، قاضی یک بار باید تصمیم خود را بگیرد که ارث بردن او از عقال را انتخاب می کند یا حرمان او از ارث از عقال و باید تا زمان بازنشستگی خود بر همان تصمیم باقی بماند.

شیخ می فرماید ادله تخییر اطلاقی ندارد تا استمراری را هم شامل شود و قدر متیقن از آن، تخییر بدوی است و اگر کسی از درک عقل سراغ بگیرد، شیخ می گوید عقل ساکت است و بعد از اینکه یکبار انتخابی انجام گرفت دیگر عقل نظری نمی دهد و می گوید ببینید خدا و قانونگذار چه می گویند.

امروزه یک اصطلاحی رائج شده است تحت عنوان «وحدت رویه» که مسأله بسیار مهمی است. در اوایل انقلاب، قوه قضائیه در مورد تعزیرات با مشکلی مواجه شد چون تعزیر به دست حاکم بود و در جرم مشابه، یک قاضی مثلاً 5 ضربه شلاق را لازم می دانست و قاضی دیگر 70 ضربه لذا به فکر افتادند تا با استفاده از وحدت رویه، این مشکل را حل کنند اما بزرگان ما این نکته را در نظر نگرفته اند زیرا در همین مسأله، تخییر استمراری وحدت رویه را از بین می برد مانند اینکه در این هفته قاضی حکم به ارث بردن کند و در هفته بعد حکم به محرومیت زن از ارث از عقال بنماید ضمن اینکه این مطلب، سوء ظن را هم به دنبال می آورد و قاضی متهم می شود که در یک جا جانب زوجه را گرفته و در جای دیگر جانب ورثه را گرفته است. ما معتقدیم مجتهد باید بازتاب های اجرای حکم را در مرحله رأی دادن در نظر بگیرد که در اینجا بازتاب تخییر استمراری، برهم زدن وحدت رویه و ایجاد سوء ظن است اما شیخ به این مطالب نپرداخته است. فرض کنید مردی دو همسر داشته باشد و قاضی در مورد یک زن حکم به ارث و در مورد دیگری حکم به محرومیت از ارث کند.

شیخ انصاری استصحاب را نیز به عنوان دلیل برای استمراری بودن تخییر قاضی مطرح می کند البته استصحاب در همه جا می آید زیرا وقتی در این هفته خواندن نماز جمعه را اختیار کرد و هفته بعد شک کرد که آیا بازم حق انتخاب دارد یا نه، گفته می شود قبل از تخییر اول حق انتخاب داشت اما بعد از انتخاب اول شک می کنیم تخییر و حق انتخاب او باقی است و در نتیجه استصحاب بقای آن جاری می شود اما کلام شیخ در مورد تخییر قاضی است. به هرحال ایشان می فرماید این استصحاب صحیح نیست زیرا موضوع آن عوض شده است چون قبل از انتخاب اول، متحیر بود اما بعد از آن، دیگر حیرت ندارد لذا اگر بخواهیم حکم تخییر را به بعد از انتخاب اول بکشانیم این کار مصداق قیاس می شود چون موضوع عوض شده است.

بنابراین کلمات شیخ در سه جمله خلاصه می شود. 1\_ تخییر مطرح در اخبار علاجیه در حق مقلد نیز جاری است (البته ایشان این مطلب را با تأمل بیان کرد نه با اطمینان) 2\_ این تخییر در باب قضا مخصوص قاضی است. 3\_ تخییر قاضی در باب قضا بدوی است و اجرای استصحاب برای اثبات استمراری بودن آن ناصحیح است (البته چون کلام ایشان در قاضی بود این طور گفتیم وگرنه ایشان غیر قاضی را نفی نمی کند)

بعد از شیخ انصاری نوبت به بررسی کلمات آخوند می‌رسد. ایشان در این زمینه چند مطلب بیان می‌فرماید اولاً مجتهد در موارد تخییر می‌تواند آن چه را خود انتخاب کرده به مقلد بگوید مثلاً اگر نماز جمعه را انتخاب کرده بنویسد نماز جمعه واجب است و ظاهراً لازم نیست چیز دیگری هم بگوید با اینکه در پشت صحنه، شک و تردید دارد. ثانیاً نمی‌تواند وانمود کند که واجب، تخییری فقهی است یعنی نمی‌تواند همانطور که در خصال کفاره می‌نویسد در مورد نماز در ظهر جمعه بنویسد: در ظهر جمعه یا نماز جمعه بخواند یا نماز ظهر. زیرا این کار دلیلی ندارد و مفروض تعارض دلیلی است پس در نتیجه می‌تواند یک گزینه را که انتخاب کرده، بیان کند اما نمی‌تواند به نحو واجب تخییری بنویسد. همچنین مجتهد می‌تواند یک کار دیگر را نیز انجام دهد و هر آن چه در پشت صحنه است را بیان کند یعنی بگوید در این مسأله دو روایت وجود دارد یکی دال بر وجوب و دیگری دال بر عدم وجوب و مقلدین می‌توانند به هر کدام از آن‌ها عمل کنند لذا امکان دارد مجتهد یکی را انتخاب کند و مثلاً به نماز جمعه نرود اما مقلد در نماز جمعه شرکت کند.

بعد ایشان وارد بحث بدوی یا استمراری بودن تخییر می‌شود و برخلاف شیخ انصاری می‌گوید: ادله تخییر اطلاق دارند؛ اصلاً چرا اطلاق نداشته باشد مانند فرمایش امام علیه السلام در روایت حسن بن جهم (اذن یتخیر)، علاوه بر آن، استصحاب هم داریم اما این که بعضی گفته‌اند (شیخ انصاری) استصحاب برای شخص متحیر است و بعد از انتخاب اول دیگر تحیر وجود ندارد صحیح نیست؛ مگر در ادله، عنوان متحیر آمده بود؛ بلکه موضوع ادله تخییر، تعارض ادله است و هرکسی که با ادله متعارض مواجه شد حق انتخاب دارد و این موضوع بعد از انتخاب اول هم باقی است. ما به کلام ایشان اضافه می‌کنیم که مگر بعد از انتخاب اول، حیرت شخص برطرف می‌شود؛ بلکه همچون هفته اول، در هفته دوم نیز بین نماز جمعه و ظهر در حیرت است. پس اولاً حیرت او از بین نرفته و ثانیاً موضوع عوض نشده است تا سرایت حکم از موضوعی به موضوع دیگر (قیاس) لازم بیاید. در نتیجه ایشان قائل به استمراری بودن تخییر می‌شود و ظاهراً تنها نقطه اختلاف آخوند با شیخ در همین مطلب است زیرا این که مجتهد می‌تواند فقط آن طرفی را که انتخاب کرده بیان کند، ظاهراً مورد قبول شیخ هم هست اگرچه تصریحی ندارد همچنین اصولی بودن تخییر و اینکه نمی‌تواند به نحو واجب تخییری و مانند خصال کفاره نظر خود را بیان کند هم مورد قبول شیخ است و فقط بدوی یا استمراری بودن تخییر می‌ماند که در آن اختلاف نظر دارند.

بعد از ایشان نوبت به بررسی کلمات نائینی می‌رسد و سپس نظر آقا ضیا عراقی را بیان کرده و در نهایت دیدگاه خود را ارائه می‌کنیم اما مطالب مرحوم بروجردی و برخی از شاگردان ایشان یا مرحوم صدر به عهده خود شما است تا نگاه کنید. ایشان می‌فرماید تخییری که در روایات بیان شده است، تخییر در مسأله اصولی است یعنی تخییر در اخذ به طریق نه در عمل خاص مانند این که دو شاهد هرکدام مخالف دیگری شهادت دهد و بگوئیم مخیر هستی به شهادت هرکدام که خواستی اخذ کن نه مانند تخییر در خصال کفاره. سپس ایشان می‌فرماید بر اصولی بودن این تخییر ثمراتی مترتب می‌شود که به دو مورد از آن‌ها اشاره می‌فرماید: اول اینکه اگر تخییر، اصولی باشد فقط مجتهد می‌تواند از آن استفاده کند و مقلد وظیفه دارد به آنچه که مجتهد اختیار کرده عمل کند در حالی که تخییر فقهی اینطور نیست و ممکن است مجتهد موردی را قبول کند اما مقلد مورد دیگری را. (این مطلب ایشان در تضاد با دیدگاه آخوند است زیرا آخوند این حق انتخاب را برای مقلد هم پذیرفت) دوم این که اگر تخییر، اصولی باشد بدوی است نه استمراری چون در تخییر فقهی مانند خصال کفاره می‌تواند هر کدام از موارد سه گانه را بگیرد اما در تخییر اصولی، یک طرف را باید انتخاب کرده و تا آخر همان را ادامه دهد مثلاً دو شاهد در اعلم بودن دو مجتهد اختلاف می‌کنند و مقلد قول یکی را انتخاب می‌کند که در نتیجه باید تا انتها بر همان انتخاب باقی بماند. اما نظر ایشان در مورد استصحاب احتیاج به توضیح دارد که در جلسه بعدی خواهد آمد.

الحمد لله رب العالمین