

مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره بیست و سه، بهار و تابستان ۱۳۹۸، ص ۱۶۳-۱۹۰

اعتبار سنجی مشروعیت «تَبَعُ رُخْصِ شَرَعِي» با تحلیل مسأله‌ی تبعیض در تقلید^۱ احسان قباد^۲

استادیار گروه معارف، واحد اسلامشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اسلامشهر، ایران

چکیده

تَبَعُ رُخْصِ شَرَعِي که ذیل بحث «تبعیض» در فقه امامیه و «تلفیق» در فقه عامه قابل ره‌بایی می‌باشد، شیوه‌ای در عمل به احکام شرعی است که به مکلف اجازه اخذ آسان‌ترین فتوا از میان فتاوی موجود در مسائل گوناگون را می‌دهد. اثبات مشروعیت این شیوه در فقه امامیه منوط به اثبات عدم وجوب تقلید از اعلم و نیز جواز تبعیض در تقلید است. بررسی تحلیلی و انتقادی اسناد نوشتاری نشان می‌دهد که اولاً دلایل اقامه شده بر وجوب تقلید از اعلم توان اثبات مطلوب خویش را نداشته و ثانیاً قول صحیح در صور مختلف تبعیض، جواز آن به صورت مطلق می‌باشد، بنابراین عمل به احکام شرعی با تمسک به روش اتباع رخصت‌ها منع شرعی ندارد.

کلیدواژه‌ها: رخصت شرعی، تَبَعُ رُخْصِ شَرَعِي، اعلم، تبعیض در تقلید، مشروعیت تَبَعُ رُخْصِ شَرَعِي.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۱۲/۷؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۶/۵

۲. پست الکترونیک: ghobad.ehsan@gmail.com

مقدمه

از ویژگی‌های مهم شریعت مقدّس اسلام به عنوان دینی کامل و پوشش‌دهنده‌ی جمیع ساحات زندگی انسان، تخفیف و سهل‌گیری نسبت به مکلفینی است که بنا بر عذرهایی نمی‌توانند قیام به برخی تکالیف شرعی نمایند.^۱ اما سؤالی که در این‌جا می‌توان مطرح نمود این است که آیا تخفیف و سهل‌گیری، صرفاً به هنگام عروض حالت ثانوی است و نمی‌توان به عنوان حکم اولی در عمل به احکام شرعی بدان تمسک کرد؟ به تعبیر روشن‌تر آیا مکلف^۲ در مقام عمل به مسائل شرعی، می‌تواند از همان ابتداء به دنبال حکم تسهیلی گشته و اقدام به برگزیدن فتوایی از میان فتاوی موجود در یک مسأله نماید که مبتنی بر تخفیف و فاقد عنصر الزام باشد؟ بازگشت این پرسش به شیوه‌ای در عمل به احکام شرعی است که در اصطلاح فقهی از آن تعبیر به «تتبع رخصت‌های شرعی» شده و ذیل مسأله‌ی «تلفیق» در فقه عامّه و «تبعیض» در فقه امامیه می‌توان آن را رهیابی نمود. مشروع دانستن این شیوه انجام تکالیف شرعی منوط به اثبات دو امر می‌باشد: ۱. عدم وجوب تقلید از أعلم ۲. جواز تبعیض در تقلید. در این مقاله ابتداء و در بخش اول به بررسی واژگان و اصطلاحات اصلی موجود در مقاله پرداخته و در بخش دوم با نقّادی مسأله‌ی وجوب تقلید از أعلم در میان امامیه، مشروعیت جریان تتبع رخصت شرعیه را در ضمن تبعیض در تقلید اعتبار سنجی خواهیم نمود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
مجله علمی جامع علوم انسانی

۱. مثل جواز تیمّم برای کسی که به آب دسترسی ندارد (آیه ۴۳ سوره نساء) و یا عدم وجوب روزه بر مریض (آیه ۱۸۴ سوره بقره).

۲. منظور از مکلف در این‌جا، شخص مقلّد است و نه مجتهد زیرا به تعبیر شیخ انصاری ادلّه‌ی جواز تقلید در مورد مجتهد جاری نیست بلکه در حق شخص جاهل و غیر متمکّن از رجوع به ادلّه جریان دارد (انصاری، الاجتهاد و التقليد، ص ۵۷) و به تعبیر آیت الله خویی احکام واقعی در حق کسی که برخوردار از ملکه اجتهاد می‌باشد، منجّز گردیده... و او بایستی از عهده تکلیف منجّز برآید (خویی، التفتیح، ج ۱، ص ۳۰).

بخش اول: تبیین واژگان و اصطلاحات

۱. رخصت

رخصت در لغت به معنی نرمی و آسانی است؛ در کتاب مختار الصحاح آمده است: «رخصت در کاری در مقابل شدت و سخت‌گیری در آن کار است» (رازی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۱۰۱). ابن منظور در لسان العرب ضمن قول به تعدد معنا برای این واژه، رخصت را به «چیزی که در لمس کردن آن نرمی و ملایمت است»، «پایین آمدن قیمت‌ها» و «اجازه دادن در کاری بعد از نهی کردن از آن» معنا می‌کند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۴۰). به نظر می‌رسد آن‌چه امروز از اطلاق این واژه به ذهن متبادر می‌شود، اذن و اجازه به انجام فعل یا استعمال شیء باشد.

در اصطلاح نیز رخصت را به «حکمی بر خلاف حکم اولیه به جهت عذر، مشقت و حرج» (شهیدثانی، ۱۴۱۶ق، ص ۴۵) یا «اباحه فعل به جهت شدت نیاز به آن» (علم الهدی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۲۷۲) تعریف کرده‌اند. علامه مغنیه نیز می‌نویسد: «عزیمت عبارت است از التزام به آن چه که خدا واجب یا حرام نموده است... اما رخصت تخیر بین فعل و ترک است زیرا مقصود از آن مجرد سهل‌گیری و رفع سختی است» (مغنیه، ۱۹۸۰م، ص ۵۶).

۲. تتبع رخص

برای تتبع رخص تعاریف گوناگونی ارائه داده شده است که همگی حول معنای واحدی می‌گردد که عبارت است از: «اخذ فتوای سهل‌تر». بدرالدین شافعی در معنای تتبع رخص می‌نویسد: «برگزیدن آسان‌ترین حکم در مسأله واحد از هر مذهبی» (الزركشي، ۱۴۱۲ق، ج ۶، ص ۳۳۵). المحلّی می‌نویسد: «-تتبع رخص- یعنی این‌که شخص در مسائل پیش آمده، آسان‌ترین حکم را از هر مذهبی برگزیند» (المحلّی، بی تا، ج ۲، ص ۴۰۰). شورای فقه بین المللی هم تتبع رخص را به برگزیدن امری که دسته‌ای از اجتهادات فقهی یک

مذهب آن را اجازه داده است در حالی که دسته‌ای دیگر از اجتهادات، همان امر را منع نموده باشد، معنا کرده است (قرارت، بی تا، ص ۱۵۹).

آیت الله تسخیری نیز ضمن فرق گذاردن بین معنای متبادر از «اخذ به رخص» با آن چه که از «تتبع رخص» مد نظر است، می‌نویسد: «مقصود از اصطلاح اخذ به رخص یا تتبع رخص آن چیزی نیست که در وهله نخست از این واژه به ذهن متبادر می‌شود یعنی عمل به رخصت‌های شرعی در موارد رخصت، زیرا این امر نه تنها مورد اختلاف احدی قرار نگرفته است، بلکه از جمله اموری است که شارع مقدس آن را می‌پسندد و ای بسا ترک عمل به آن حرام شمرده شده باشد مانند رخصت به افطار صوم در سفر و حرمت آن در مسافرت بنا بر رای برخی مذاهب فقهی مثل مذهب امامیه؛ بلکه مقصود از تتبع رخصت عرضه فتاوی‌گوناگون در مسأله اختلافی و تبعیت از فتوایی است که خالی از عنصر الزام بر مکلف می‌باشد، به منظور جمع نمودن مکلف بین دو امر: ۱. التزام مکلف به چارچوب شرعی و دوری از معصیت ۲. تسهیل امر بر مکلف تا آن‌جا که ممکن است به واسطه تبعیت از خفیف‌ترین و آسان‌ترین فتوا از میان فتاوی‌گوناگون در مسأله‌ی اختلافی» (تسخیری، ۱۳۷۶ش، ج ۱۱، ص ۲۶).

۳. أعلم

درباره مفهوم اعلامیت دیدگاه‌های متفاوتی در میان بزرگان وجود دارد. سید در عروه، أعلم را به «آشناترین به قواعد و مدارک مسأله و بااطلاعت‌ترین و نیکوترین از جهت فهم اخبار و نیکوترین از نظر استنباط» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۳)، آیت الله خوئی آن را «به قوی‌ترین از نظر استنباط و متین و استوارترین از منظر استنتاج» (خوئی، ۱۴۱۱ق، ص ۳۰) و آیت الله سبحانی نیز أعلم را «به قوی‌ترین از نظر ملکه اجتهاد، خیره‌ترین نسبت به دیگران و آگاه‌ترین به دقائق فقهی و مبانی استنباط» معنا کرده‌اند (سبحانی، ۱۳۸۸ش، ج ۲، ص ۲۴۳).

۴. تبعیض

تبعیض در لغت به معنای بخش، جزء و قسمت می‌باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۱۹). خاستگاه اصطلاحی این واژه در فقه امامیه بوده و علمای امامیه در باب اجتهاد و تقلید، آن را به «تقلید از مجتهدی در یک مسأله و تقلید از مجتهد دیگر در مسأله‌ای دیگر به شرط تساوی در شروط لازم برای تقلید»، تعریف کرده‌اند (عراقی، ۱۳۸۸ش، ص ۳۱۶؛ صدر، ۱۴۲۰ق، ص ۳۴۷).

بخش دوم: تحلیل و نقادای مسأله

۱. نقد و بررسی وجوب تقلید از أعلم

پیرامون وجوب تقلید از أعلم در میان فقهاء و اصولیون امامیه اتفاق نظر وجود نداشته و برخی قائل به وجوب و برخی قول به عدم وجوب تقلید از أعلم را برگزیده‌اند. در میان علمای عامه نیز برخی مانند احمد بن حنبل، ابن سیرین، قفال - از اصحاب شافعی - و غزالی، قول به وجوب و برخی مانند قاضی ابوبکر و جماعتی از اصولیون - بنا بر گفته آمدی - قول به جواز تقلید از أعلم را برگزیده‌اند (حکیم، ۱۴۱۸ق، ص ۶۳۷).

۱.۱. دلایل فقهی وجوب رجوع به أعلم در فقه امامیه

قائلین به وجوب برای اثبات مدعای خویش، دلایلی را اقامه کرده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها عبارت است از: اجماع، سیره عقلاء اقریبیت به واقع، روایت و دلایل مشروعیت تقلید.

۱.۱.۱. اجماع

این اولین دلیل در اثبات وجوب تقلید از أعلم است که موافقین اقامه نموده‌اند. محقق کرکی صریحاً از لفظ «اجماعی» در این مورد استفاده کرده (کرکی، بی تا، ج ۱، ص ۱۱۴)، شهید ثانی در تمهید می‌نویسد: «هو الحق عندنا» (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ص ۳۲۱) و صاحب

معالم نیز عبارت: «هو قول الاصحاب الذين وصل الينا كلامهم» را به کار برده است (عاملی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۴۶).

این دلیل مبتلا به اشکالاتی است که از جهت صغروی و کیروی، آن را مورد خدشه قرار می‌دهد زیرا اولاً اصل وجود چنین اجماعی محلّ تأمل است. مثلاً سید مرتضی مسأله را اختلافی دانسته (علم الهدی، ۱۳۷۶ش، ج ۲، ص ۳۳۵) و شهیدثانی در مسالک و جوب تقلید أعلم را منتسب به مشهور می‌داند و نه اجماع (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۳۴۳) و ثانیاً بر فرض وجود چنین اجماعی، اجماع مدرکی و محتمل المدرک است و لذا مستقلاً ارزشی ندارد.

۱. ۱. ۲. سیره عقلاء

دومین دلیل که بر وجوب تقلید أعلم اقامه شده است، سیره و بنای عملی عقلاست (بجنوردی، ۱۳۸۰ش، ج ۲، ص ۸۱۵). این دلیل مبتنی بر دو بخش است: ۱. عقلاء در همه‌ی امور اعمّ از امور عادی و مهم، در صورتی که نیازمند مراجعه به اهل خبره باشند، چنانچه در میان ایشان فردی باشد که از مزیت و فضیلت بیشتری برخوردار باشد، به او رجوع می‌کنند و این سیره در مسأله‌ی تقلید نیز جاری است. ۲. این سیره از سوی شارع مقدس مورد ردع قرار نگرفته است و همین در مشروع بودن آن کافی است.

امام خمینی (ره) نسبت به الزامی یا احتیاطی بودن این مراجعه، سؤالی را مطرح کرده و رجوع به أعلم را از باب حسن احتیاط عقلاء دانسته‌اند و برای این امر استشهاد به مراجعه عقلاء به مفضول با بهانه‌هایی نظیر دوری راه، کثرت مراجعین به أعلم و سختی مراجعه، نموده‌اند (موسوی الخمینی، ۱۴۲۶ق، ص ۸۷).

آیت الله سبحانی با ردّ این سخن، مراجعه به مفضول در بعضی موارد را به جهت عدم علم به اختلاف نظر در مسأله و یا به جهت تسامح عقلاء در امور کم اهمیت مادی دانسته‌اند (سبحانی، ۱۳۸۸ش، ج ۲، ص ۲۴۲).

این دلیل نیز قابل قبول نبوده و به تعبیر آیت الله جناتی: «بر فرض که بناء عقلا در این مسأله باشد، آن‌ها به فتوایی عمل می‌کنند که مطابق به احتیاط باشد، زیرا واضح است که بنای عقلا بر قبول امری جنبه‌ی تبعیدی ندارد و غرض ا فراغ ذمه است که این به وجه احسن از راه احتیاط حاصل می‌شود» (جناتی، بی تا، ص ۳۴۵). ایشان در ادامه این طور بیان می‌دارند: «ادله اجتهادیه نیز میزان تقلید از مجتهد را، فقاہت و اجتهاد او قرار داده‌اند، با این حساب، زمینه‌ای برای مطرح کردن ادله دیگری در فرض مسأله، باقی نمی‌ماند. زیرا بدون تردید عنوان فقیه بر غیر أعلم نیز صادق است» (جناتی، بی تا، ص ۳۴۶).

مضاف بر این بایستی تفکیک بین امور روزمره مردم و مسائل شرعی قائل شد. رجوع افراد به خبره در امور روزمره از باب مراجعه به حجت نیست که اگر مطابق با واقع بود، مصاب و اگر نبود، معذور بوده و خیال آن‌ها از بابت مواخذه آسوده باشد، بلکه بهره‌مندی بیشتر یا خسارت کمتر، مهم‌ترین دلیل رجوع به خبره در میان مردم است و به نظر می‌آید این امر قابل تعمیم به مسأله‌ی تقلید نباشد زیرا انگیزه‌ی مراجعه‌ی نوع متشرعین به فقیه، انجام عمل بر طبق حجت شرعی است و از نظر عقلاء فتوای فقیه افضل و مفضول هر دو حجت شرعی به شمار می‌رود.

۱. ۱. ۳. اقریبیت به واقع

این دلیل به صورت قیاس منطقی تقریر می‌شود بدین صورت که فتوای أعلم در قیاس با غیر أعلم اقرب الی الواقع است و هر فتوایی که اقرب به واقع است، هنگام تعارض عقلاً بایستی اخذ شود. در نتیجه فتوای أعلم عقلاً باید اخذ گردد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۷۵).

این دلیل مبتلا به اشکال در ناحیه صغری و کبرای قیاس می‌باشد. اشکالی که در صغرای قیاس وجود دارد عبارت است از این که قول أعلم لزوماً همیشه اقرب به واقع نیست بلکه در پاره‌ای از مواقع این قول فقیه غیر أعلم است که نزدیک به واقع می‌باشد مثل این که

قول غیر أعلم مطابق نظر مشهور و یا مطابق احتیاط باشد و قول أعلم شاذ و نادر باشد. البته این اشکال به صورت سالبه کلیه صحیح نیست و در اغلب موارد قول أعلم به واقع نزدیکتر است (بجنوردی، ۱۳۸۰ش، ج ۲، ص ۸۱۶).

مرحوم آخوند نسبت به کبرای استدلال که می‌گوید اگر فتوایی اقرب الی الواقع باشد، حتماً حجت بوده و لازم الاخذ است، اشکال نموده و آن را ممنوع دانسته‌اند زیرا با فرض این که ملاک حجیت قول غیر، اقربیت به واقع باشد، این سخن درست است اما این معلوم نیست و زیادت در قرب و بعد دخالتی ندارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۷۶).

محقق اصفهانی از اشکال مرحوم آخوند جواب داده و می‌نویسد: «اگر منظور این باشد که قرب به واقع اصلاً در حجیت دخالت و تأثیر ندارد، خلاف مبنای طریقت است. اما اگر منظور این باشد که قرب الی الواقع تمام ملاک نیست هیچ مشکلی برای استدلال ما درست نمی‌کند چون فتوای أعلم با فتوای غیر أعلم ولو در سایر ملاکات مساوی باشند لکن بر آن در بعضی دیگر از ملاک که عبارت باشد از نزدیکی به واقع، ترجیح دارد» (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۵۴).

این فرمایش محقق اصفهانی صحیح نبوده و ایرادی به اشکال مرحوم آخوند وارد نمی‌نماید زیرا هدف محقق اصفهانی این است که بفرماید «اگر قرب به واقع در حجیت و اخذ به قول أعلم دخالت داشته باشد، لطمه‌ای به استدلال نمی‌زند زیرا همین دخالت فی الجملة در حجیت، سبب تعیین قول أعلم می‌شود» در حالی که این مطلب صرفاً رجحان قول أعلم را ثابت می‌کند نه تعیین آن را.

۱. ۱. ۴. روایات

دلیل چهارم بر وجوب تقلید از أعلم، طایفه‌ای از روایات است که مهم‌ترین آن عبارت است از: مقبولة عمر بن حنظله (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۱۰۶)، روایت داود بن حصین از امام صادق (ع) (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۱۱۳) و کلام امیرالمؤمنین علی (ع) خطاب

به مالک اشتر نخعی رحمت الله علیه (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۲۲۴).

مقبوله عمر بن حنظله: استدلال به این روایت، مستند به فقره‌ای از فرمایش حضرت صادق(ع) است که در پاسخ به سؤال راوی از اختلاف دو حکم، می‌فرماید: «الحکم ما حکم به أعدلها و أفقههما و أصدقهما فی الحدیث و أروعهما و لایلتفت الی ما حکم به الآخر؛ حکم آن چیزی است که عادل‌تر، فقیه‌تر، صادق‌تر در حدیث و پرهیزگارتر از این دو نفر، به آن حکم نماید و توجهی به حکم دیگری نمی‌گردد».

فارغ از بحث سندی و بر فرض وثاقت عمر بن حنظله و پذیرش روایات او، به دو شکل می‌توان استناد به این روایت را تقریب نمود: ۱. در صدر روایت عبارت «و کلاهما إختلفا فی حدیثکم؛ هر دو در حدیث شما اختلاف دارند»، نشان می‌دهد اختلاف در حکم ناشی از اختلاف در حدیث است و صرفاً اختلاف در حکم نیست و مرجّحات موجود در فرمایش امام علیه السلام نیز مربوط به باب حدیث است و در عصر ائمه(ع)، اختلاف در فتوا میان اصحاب عین اختلاف در حدیث بوده است و به تعبیر محقق بجنوردی، این تقدیم و ترجیح به خاطر مدرک حکم است که چیزی جز فتوی نمی‌باشد. و ترجیح همان گونه که شامل فتوا در آن دوره می‌شده است، شامل فتوا در این دوره نیز می‌شود (بجنوردی، ۱۳۸۰ش، ج ۲، ص ۸۱۷). ۲. از طریق اجماع مرکب -قول به عدم فصل- زیرا هر کسی قائل به تقدیم أعلم در مقام صدور حکم شده، قائل به تقدیم قول أعلم در مقام فتوی نیز شده است و تفصیل بین حکم و فتوا، خرق اجماع می‌باشد (بجنوردی، ۱۳۸۰ش، ج ۲، ص ۸۱۸).

هر دو تقریب مبتلا به اشکال‌اند. در تقریب نخست بر فرض که بپذیریم اختلاف در حکم به خاطر اختلاف در حدیث است و معنای اختلاف در حدیث در عصر ائمه(ع)، همان اختلاف در فتوا بوده است ولی این دلیل نمی‌شود شامل اختلاف فتوا در عصر حاضر هم بشود زیرا اختلاف در فتوا در زمان حاضر غیر از اختلاف در حدیث است و مرجّحات اختلاف در حدیث، در عصر حاضر و به دلیل گستردگی فقه در اختلاف فتوا مطرح نیست.

در تقریب دوم هم اولاً بایستی گفت قول به عدم فصل ثابت نبوده و احراز نشده است. ثانیاً و بر فرض پذیرش، متن روایت مزیت برگزیدن یک طرف را ناشی از اجتماع چهار ویژگی عدلیت، افقهیت، اصدقیت و اورعیت می‌داند و مزیت افقهیت به تنهایی ثابت نیست تا از قول به عدم فصل، افقهیت در قضاء را تسری به افقهیت در فتوا دهیم.

علاوه بر این اشکالات، استدلال به روایت مبتلا به اشکالات دیگری نیز هست که عبارت‌اند از: ۱. یکی از مزایای موجود در روایت، اصدقیت می‌باشد و حال آن که واضح است این مزیت از شرایط معتبر در مفتی (صاحب فتوا) نیست (خویی، بی تا، ج ۱، ص ۱۱۴) و لذا روایت قابل حمل بر مسأله‌ی فتوا نیست. ۲. مطلوب ما در استدلال به روایت، اثبات اعلیمیت مطلق است در حالی که روایت اعلیمیت نسبی را ثابت می‌کند (خویی، بی تا، ج ۱، ص ۱۴۴) و اگر مقصود حضرت، اعلیمیت مطلق بود بایستی می‌فرمود: «الحکم ما حکم به الافقه» و نه «افقههما». ۳. اساساً روایت قابل حمل بر قضای مصطلح هم نیست زیرا در قضاوت تعدد قاضی مطرح نیست و انتخاب قاضی مصطلح هم در اختیار مترافعین نبوده است بنابراین روایت حمل بر قاضی تحکیم می‌شود.

نتیجه این که افقهیت اگر مزیتی داشته باشد، صرفاً باعث ترجیح می‌شود و نه تعیین.

روایت داود بن حصین: در این روایت و در فقره‌ای که داود بن حصین از وظیفه و تکلیف به هنگام اختلاف دو حکم می‌پرسد، حضرت صادق(ع) می‌فرماید: «ینظر إلی أفقههما و أعلمهما باحدیننا و أورعهما فینفذ حکمه و لایلتفت الآخر؛ نگاه نماید به فقیه‌تر و عالم‌تر نسبت به حدیث ما و پرهیزکارتر از میان آن دو، پس حکم او را نافذ بداند و به - حکم - دیگری توجه ننماید».

تقریب این استدلال همانند تقریبی است که در مقبولة عمر بن حنظله صورت پذیرفت و اشکالات اختصاصی و عمومی به این روایت هم، همان است.

کلام امیرالمومنین(ع) با مالک اشتر: حضرت امیرالمومنین علی(ع) در ضمن فرمایشات حاکمیتی به جناب مالک رحمت الله علیه، می‌فرماید: «إختر للحکم بین الناس

أفضل رعیتک؛ برای حکم کردن، افضل مردمانت را برگزین».

در استدلال به این روایت اولاً بایستی گفت که «إختر» فعل امر است و ظهور در وجوب دارد و ثانیاً «حکم» عام بوده و شامل قضاء و فتوا می‌شود.

این استدلال هم قابل قبول نیست زیرا حکم در این روایت به معنای قضاء و فتوا نیست، بلکه منظور حکومت و ولایت است. شاهد ما بر این مدعا و قرینه بر این سخن، عبارت «ممن لاتضیق به الامور؛ از کسانی _برگزین_ که امور به واسطه او دچار بن بست نمی‌گردد» در ادامه‌ی فرمایش حضرت است و لذا کلمه حکم قابل حمل بر فتوا و قضاء نیست و مدعا که رجوع به افقه باشد، از کلمه افضل قابل فهم نیست. هم‌چنین امر در إختر، ارشاد به حکم عقل است و وجوب نفسی از آن فهمیده نمی‌شود در حالی که ما در صدد اثبات وجوب نفسی برای تقلید أعلم هستیم.

۱. ۱. ۵. استدلال به دلایل مشروعیت تقلید

آیت الله خویی در توضیح این استدلال عباراتی را آورده‌اند و خلاصه‌اش این است که اطلاعات ادله‌ی لفظیه جواز تقلید، شامل متعارضان نمی‌شود و در نتیجه مراجعه به أعلم و قول او متعین خواهد شد و قول غیراعلم در معارضه با أعلم، از حجیت ساقط است. دلیل انسداد هم نتیجه‌اش حجیت مطلق فتواست و عقل قدر متیقن از آن را فتوای أعلم می‌داند و حجیت فتوای غیر أعلم نیاز به دلیل دارد. سیره عقلاء هم بر رجوع به أعلم جاری است (خویی، بی تا، ج ۱، ص ۱۴۲).

این استدلال هم پذیرفتنی نیست. سیره عقلاء تنها ترجیح قول أعلم را ثابت می‌کند و دلیل بر تعیین قول أعلم نیست. دلیل انسداد هم حجیت مطلق ظن را ثابت می‌کند و اخذ به قدر متیقن در دلیل انسداد جایی نداشته و هیچ یک از اصولیون از قدر متیقن‌گیری در دلیل انسداد سخن نگفته است. اطلاعات ادله لفظیه نیز به تعبیر جناب آخوند، وجوب تقلید را اثبات می‌کند و بیشتر از این دلالتی ندارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۷۵).

این‌ها مهم‌ترین دلایلی بود که بر وجوب تقلید اعلی، اقامه گردیده است و همان‌گونه که ملاحظه شد، همگی قابل نقد و خدشه‌اند و شاید از همین رو باشد که برخی معاصرین برای اثبات وجوب رجوع به اعلی، متمسک به اصل^۱ گردیده‌اند (موسوی الخمینی، ۱۴۲۶ق، ص ۱۱۰؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۷۵) و تقلید از اعلی را به احتیاط واجب، لازم دانسته‌اند (موسوی الخمینی، بی تا، ج ۶، ص ۱؛ اراکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷؛ گلپایگانی، ۱۳۹۰، ص ۳؛ بهجت، بی تا، ج ۱، ص ۱۴).

۱. ۲. ۱. دلایل فقهی جواز رجوع به غیر اعلی در فقه امامیه

قائلین به جواز رجوع به فتوای فقیه غیر اعلی در هنگام اختلاف بین فتوای اعلی و غیر اعلی و موافقت فتوای اعلی با احتیاط برای اثبات مدعی خود دلایلی را آورده‌اند. برخی از مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

۱. ۲. ۱. ۱. اطلاق آیات و روایات^۲

آیات و روایاتی که دلیل بر مشروعیت تقلید هستند، مطلق بوده و قید اعلیّت در آن وجود ندارد و همین جواز اتباع رأی و نظر فقیه غیر اعلی را ثابت می‌کند.

مهم‌ترین اشکال این دلیل عبارت است از عدم امکان استناد به اطلاق آیات و روایات زیرا شارع در مقام بیان اصل تشریح تقلید است و نه شرایط آن، تا از عدم ذکر قید اعلیّت،

۱. اصالة الاشتغال یا اصالة التعین در دوران بین تخییر و تعین که عقل برای یقین به برانت ذمه، تعیناً حکم به تقلید از اعلی می‌نماید.

۲. برای مثال، آیه ۱۲۲ سوره توبه معروف به آیه نفر، انذار فقیه را به طور مطلق آورده و حجت دانسته است یا آیه ۷ سوره انبیاء و جوب سؤال از اهل ذکر را مقید به اعلیّت اهل ذکر نکرده است و نیز فرازی از روایت معروف در تفسیر منسوب به امام حسن عسکری (ع) که می‌فرماید: «و اما من کان من الفقهاء صائناً لنفسه حافظاً لدینه مخالفاً علی هواه مطیعاً لأمر مولاہ، فللعوام أن یقلدوه» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۱۳۱) که در آن اوصاف لازم برای فقیه آمده است و سخنی از اعلیّت مطرح نیست.

جواز رجوع به فقیه غیر اَعلَم ثابت شود (بجنوردی، ۱۳۸۰ش، ج ۲، ص ۸۱۳). این اشکال را می‌توان با اتکاء به اصل عقلایی «بودن متکلم در مقام بیان» پاسخ داده و مقدمات حکمت را کامل دانست و در نتیجه استناد به اطلاق آیات و روایات و جواز تقلید از غیر اَعلَم با وجود اَعلَم، نمود (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۳۳).

۱. ۲. ۲. سیره متشرعه

سیره متشرعه بر این استوار بوده است که به اصحاب ائمه (ع) مراجعه می‌کردند و حال آن‌که ایشان در میزان علم و فضیلت و بلکه بالاتر در فتاوی‌شان با هم اختلاف داشتند (بجنوردی، ۱۳۸۰ش، ج ۲، ص ۸۱۴) و این نشان می‌دهد مسأله‌ی اَعلَمیت در میان متشرعه تعین نداشته است و الا چنین سیره‌ای در میان آن‌ها شکل نمی‌گرفت.

در پاسخ به این دلیل گفته شده است: ما راهی برای احراز این سیره در میان متشرعه در این فرض رجوع به غیر اَعلَم با وجود اَعلَم نداریم (بجنوردی، ۱۳۸۰ش، ج ۲، ص ۸۱۴) و این ادعا ممنوع است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۷۵). در حقیقت این سیره در صورتی قابل اثبات است که دو ویژگی در آن موجود باشد: ۱. علم متشرعین به اختلاف ۲. امکان رجوع ایشان به اَعلَم. اگر این دو ویژگی وجود داشته و با این حال متشرعین به غیر اَعلَم مراجعه می‌نمودند، آن وقت می‌توانیم ادعای وجود سیره در میان ایشان داشته باشیم و کشف کنیم رجوع به اَعلَم تعین ندارد ولی این امر قابل احراز نیست.

در پاسخ به اشکال وارده و دو وجهی که برای ممنوعیت ذکر شد، بایستی گفت مردم در آن زمان هم به اختلاف فتوی بین اصحاب علم داشتند زیرا می‌دانستند ایشان از نظر فضل و دانش با یکدیگر تفاوت داشته و همگی از استعداد و سطح سواد مساوی بهره‌مند نیستند. امکان رجوع هم وجود داشته هم از حیث شناخت اَعلَم که می‌توانستند از امام (ع) بپرسند و هم از حیث دسترسی به اَعلَم ولو از طریق مکاتبه که شیوه‌ای رایج در آن عصر بوده است، با این حال مردم در مورد ایشان فحص از اَعلَم نمی‌کردند و همین برای اثبات

سیره کافی است.

۱. ۲. ۳. عسر و حرج در تقلید از أعلم

این دلیل مبتنی بر قیاس منطقی است به این صورت که: «وجوب تقلید از أعلم موجب عسر و حرج بر مکلف است و تکلیف حرجی هم در اسلام نفی شده است، در نتیجه تقلید از أعلم وجوب ندارد.

عسر و حرج هم در سه موضع به وجود می‌آید: ۱. در مفهوم أعلم به واسطه‌ی اختلاف در تعاریف و عدم ارائه ضابطه‌ی واحد. ۲. در تشخیص مصداق. ۳. در آگاهی از فتاوی‌ای أعلم بر فرض عبور از حرج اول و دوم.

در پاسخ به این دلیل گفته شده است که تشخیص أعلم سخت‌تر از تشخیص اصل اجتهاد نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۷۵) و در هر علم و فنی، افرادی ماهر و آگاهی وجود دارند که جایگاه علمی، میزان بهره‌مندی و صلاحیت اشخاص را می‌شناسند و به همین جهت می‌توانند مجتهد را از غیر مجتهد و فاضل را از مفضول تشخیص دهند (سبحانی، ۱۳۸۸ش، ج ۲، ص ۲۴۳).

۱. ۲. ۴. روایات

اخبار منقول از ائمه (ع) وجود دارد که در برخی نام بزرگان اصحاب ایشان آورده شده و تعابیر بلندی در حق آنها صادر گردیده است (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۱۴۴). در برخی دیگر، ائمه (ع) مردم هر ناحیه‌ای را به فقیه همان ناحیه ارجاع داده‌اند (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۱۴۸) و در برخی هم ارجاع به عنوانی کلی شده (همان، ص ۱۵۱) یا اگر اسم شخص خاصی آمده اما تعلیلی در روایت بیان شده که می‌توان از آن جواز رجوع به غیر أعلم را استفاده نمود (همان، ص ۱۳۸).

در پاسخ به این دلیل گفته‌اند این سخن در جایی درست است که علم به اختلاف بین

أعلم و غیر أعلم وجود داشته باشد و حال آن‌که اخبار مذکور اگر دلالتی هم داشته باشند، به واسطه اطلاق است و نه صورت علم به اختلاف و از طرفی استناد به اطلاق هم صحیح نیست زیرا تمسک به اطلاق شامل دو فتوای متعارض نمی‌شود (خویی، بی تا، ج ۱، ص ۱۳۷) و اطلاق روایات ارجاعیه منصرف از مورد اختلاف دو فتواست (سبحانی، ۱۳۸۸ش، ج ۲، ص ۲۴۱؛ بجنوردی، ۱۳۸۰ش، ج ۲، ص ۸۱۴).

به نظر می‌آید این اشکالات بر دلیل چهارم وارد نیست زیرا ما هم قبول داریم علم به اختلاف لازم است ولی این علم به صورت اجمالی هم کفایت می‌کند و علم تفصیلی لازم نیست. علم اجمالی مردم به اختلاف هم قابل احراز است چون مردم می‌دانستند اصحاب ائمه (ع) از نظر استعداد و سواد و مرتبه‌ی علمی در یک سطح نبوده و با هم اختلاف دارند و این اختلاف در فتاوی‌ای ایشان نیز وجود دارد و به رغم همین علم اجمالی، تفحص از أعلم نمی‌کردند و ائمه (ع) هم با آگاهی از این علم اجمالی مردم، قید علمیت را در ارجاع به اصحاب خویش لحاظ نمی‌نمودند.

این‌ها مهم‌ترین دلایلی است که طرفین در اثبات قول خود اقامه نموده‌اند و ملاحظه گردید ادله‌ی وجوب تقلید از أعلم قادر به اثبات مطلوب خویش نبوده اما دلایل جواز تقلید از غیر أعلم قابل اتکاء می‌باشد. بنابراین جایی برای رجوع به اصل عقلی در مسأله‌ی دوران بین «تعین تقلید از أعلم» و «تخیر» و حکم عقل به «تعین تقلید از أعلم» نیست زیرا رتبه‌ی اصل متأخر از دلیل می‌باشد و مادامی که دلیل قابل اتکاء بر جواز تقلید از غیر أعلم وجود دارد نوبت به آن نمی‌رسد.

۲. تبعیض در تقلید و صورت‌های مختلف آن

قبل از ورود به بحث پیرامون حکم تبعیض در تقلید، مناسب است به اختصار پیرامون تلفیق و حکم آن نزد عامه سخن گفت. تلفیق در لغت به معنای انضمام و چسباندن شیء‌ای به شیء دیگر و یا ملائمت و ایجاد همراهی بین دو امر، آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق،

ج ۱۰، ص ۳۳۰) و در اصطلاح به معنای عدم تقید به فتوای مجتهد واحد و رجوع به اکثر از فتوای واحد در مقام عمل می‌باشد. علمای عامه در جواز تلفیق اختلاف داشته و بعضی آن را مطلقاً جایز دانسته (الدسوقی، بی تا، ج ۱، ص ۲۰؛ آمدی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۵۶؛ البانی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۹۶)، بعضی مطلقاً جایز ندانسته (ابن امیرالحاج، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۳۵۱؛ امیربادشاه، بی تا، ج ۴، ص ۲۵۶) و برخی نیز مشروط به شروطی قائل به جواز شده‌اند (القرافی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۳۹؛ الشاطبی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۹۶؛ ابن تیمیّه، ۱۴۲۶ق، ج ۲۰، ص ۲۲۰). البانی معتقد است تلفیق به معنای اصطلاحی‌اش، امری مستحدث بوده و در عصر رسالت و نیز صحابه و تابعین واقع نشده است. اگر چه مردم در عصر صحابه و تابعین در پرسش از سؤالات فقهی خود به فرد واحد اکتفاء نمی‌نمودند و این عمل حتی اگر منتهی به قولی می‌شد که هیچ کدام از صاحبان فتوا آن را نگفته بودند، مورد نهی ائمه چهارگانه و سایر مجتهدین قرار نگرفته، اما بر این کار تلفیق به معنای مصطلح اطلاق نمی‌شده است (البانی، ۱۴۱۸ق، صص ۱۸۴-۱۸۵).

اما مسأله‌ی اصلی در این قسمت یعنی تبعیض در تقلید؛ همان گونه که در بخش اول بیان داشتیم مقصود از تبعیض در تقلید عبارت است از رجوع به یکی از مجتهدین در یک مسأله و به مجتهد دیگر در مسأله‌ی دیگر به شرط تساوی آن‌ها در شرایط.

این مسأله گرچه از فقهای امامیه نقل شده لیکن به دو دلیل نزد ایشان معروف نبوده است: ۱. شهرت فتوای وجوب تقلید از اعلم ۲. کم بودن مواردی که تساوی در مرتبه علمی میان مجتهدین اتفاق افتاده باشد. فارغ از عدم معروفیت تبعیض، آنچه در این بین اهمیت داشته و زمینه‌ساز مشروعیت تبعیض رخص می‌گردد، استدلال بر جواز تبعیض به صورت مختلف می‌باشد.

۲.۱. تبعیض در مسائل مختلف و غیر مرتبط با هم

مانند این که شخص در باب خمس از یک مجتهد و در باب نماز از مجتهدی مساوی با

مجتهد اول تقلید نماید. در این صورت قول اکثریت بر جواز تبعیض است اما آیت الله حکیم قائل به عدم جواز بوده و معتقدند در حالت اختلاف دو مجتهد مساوی، فتاوا با هم تعارض نموده و هر دو از حجیت ساقط می‌شوند و سیره عقلاء و متشرعه نیز ثابت نیست و اجماع هم به شرطی حجیت دارد که عمومیت آن صورت تبعیض را هم شامل گردد ولی این عمومیت ثابت نیست (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۶۱) و چون اجماع دلیل لَبِّی است بایستی اخذ به قدر متیقن آن نمود که عبارت است از اجماع بر تخییر ابتدایی در رجوع به یکی از دو مجتهد مساوی.

در نقد فرمایش آیت الله حکیم بایستی گفت: اولاً دلیلی وجود ندارد ادله لفظیه جواز تقلید شامل دو فتوای متعارض نگردد زیرا می‌توان تصور نمود این ادله دو فتوای متعارض را به نحو حجیت تخییری بدلیه، حجت بشمرند و حجیت تخییری بدلی به تعبیر مرحوم آیت الله فاضل هم در عالم ثبوت و هم در عالم اثبات معقول است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۴ق، صص ۹۴-۹۵). ثانیاً عدم شمول اطلاق ادله لفظیه نسبت به دو فتوای متعارض، در موضوع واحد است و نه دو مسأله‌ی مختلف تا مستلزم جمع بین نقیضین گردد. ثالثاً بر فرض عدم شمول ادله لفظیه، باز هم استدلال بر مطلوب یعنی جواز تبعیض بدون دلیل نیست زیرا بر خلاف نظر آیت الله حکیم سیره عقلاء و متشرعه بر جواز تبعیض در رجوع به دو عالم مساوی در مسائل مختلف بوده و این امر قابل احراز است کما این که در دلایل عدم وجوب تقلید از اعلم بدان اشاره نمودیم.

۲.۲. تبعیض در دو مسأله‌ی مختلف ولی مرتبط با هم در عمل واحد

مانند این که شخص نماز چهار رکعتی به جا آورد با «عدم رعایت جلسه استراحت و اکتفاء به یک مرتبه گفتن تسیحات اربعه» با استناد به بخشی از فتوای مجتهدی که قائل به «عدم وجوب جلسه استراحت و وجوب تثلیث تسیحات اربعه» بوده و بخشی از فتوای مجتهدی که قائل به «وجوب جلسه‌ی استراحت و استحباب تثلیث تسیحات اربعه» می‌باشد.

در مورد این صورت بایستی گفت فتوای اکثر فقهاء بر خلاف مرحوم صاحب عروه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۳) و مرحوم آیت الله حکیم (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۰۱)، بنابر تحلیلی، حاکی از اشکال و عدم جواز تبعیض می‌باشد (مرعشی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۳۵۴). زیرا در مرگب اعتباری، صحت اجزاء هم ارتباطی است و صحت هر جزء منوط به صحت اجزاء دیگر است و اگر یکی از اجزاء باطل باشد، باقی اجزاء هم باطل می‌باشد و شخصی که عمل خود را به گونه‌ای به جای آورده که نه مطابق با فتوای مجتهد اول است و نه مطابق با فتوای مجتهد دوم، شک در صحت عمل خود دارد و چون دلیل و جهت قابل استناد برای صحت عمل وجود ندارد، صحت عمل مشکوک است و قاعده اشتغال اقتضای عدم صحت را دارد (خویی، بی تا، ج ۱، ص ۳۷۰).

به نظر می‌آید فرمایش مرحوم صاحب عروه و آیت الله حکیم صحیح بوده و تبعیض در این صورت جایز باشد زیرا عمل صورت گرفته به این شکل مبتنی بر حجت شرعی است و عمل من حیث المجموع صحیح بوده و قابل استناد به دو فتوا می‌باشد. و ارتباط اجزاء در ثبوت و سقوط ارتباطی بین اجزاء در فتوا ندارد. تنها موردی که در صورت دوم، تبعیض در آن صحیح نیست هنگام یافتن علم تفصیلی به بطلان می‌باشد مانند جایی که دو امر از جهت وجود و عدم با هم تلازم داشته باشند مثل وجوب افطار در صورت شکسته بودن نماز. در این صورت اگر فتوای دو مجتهد مختلف گردید، مقلد نمی‌تواند با استناد به یک فتوا نماز را تمام خوانده و با استناد به فتوای دیگر روزه را افطار نماید.

۲.۳. تبعیض در مسأله‌ی واحد

به عنوان مثال در بحث طهارت و نجاست اهل کتاب، به فتوای مجتهدی که آن‌ها را پاک می‌شمرد، مسیحیان را پاک شمرده و معامله طهارت با آن‌ها نموده و به فتوای مجتهدی مساوی با مجتهد اول که اهل کتاب را نجس می‌شمرد، یهودیان را نجس شمرده و معامله نجاست با آنان نمائیم.

حکم صورت سوم و نسبت آن با تبعیض عبارت از جواز می‌باشد زیرا از انجام عمل نه مخالفت قطعی با واقع پیش می‌آید و نه مخالفت با هر دو مجتهد.

۲. ۴. تبعیض در تقلید در هر واقعه‌ای

مانند این که مقلد در روز جمعه یک بار به فتوای مجتهدی عمل کند که نماز جمعه را واجب می‌داند و هفته‌ی بعد به فتوای مجتهد هم رتبه با مجتهد اول عمل نماید که نماز جمعه را واجب ندانسته و به جای آن نماز ظهر را بخواند.

حکم صورت چهارم مبتنی بر این است که ما جواز تخییر بین دو مجتهد مساوی را ابتدایی یا استمراری بدانیم. یعنی مسأله تابع جواز عدول از مجتهد حیّ مساوی به مجتهد حیّ مساوی است. در این مسأله دو قول وجود دارد و برخی قائل به جواز عدول از حیّ مساوی به حیّ مساوی هستند (شهیدثانی، ۱۴۲۰ق، ص ۵۱؛ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۶۴؛ موسوی الخمینی، بی تا، ج ۱، ص ۶) و برخی هم قول به عدم جواز را برگزیده‌اند (طباطبایی، ۱۳۹۶ش، ص ۶۱۷؛ میرزای قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص ۵۵۶؛ شهیداول، بی تا، ج ۱، ص ۴۴). مهم‌ترین دلایل قائلین به عدم جواز عدول عبارت است از: ۱. علم به مخالفت قطعی عملیه ۲. اجماع ۳. قاعده اشتغال ۴. استصحاب. به نظر می‌آید هیچ کدام از دلایل قائلین به عدم جواز عدول برای استدلال کفایت ننموده و همگی قابل نقد است و ما به ترتیب به نقل و نقد آن‌ها می‌پردازیم:

علم به مخالفت قطعی عملیه: در برخی از موارد جواز عدول موجب علم به مخالفت قطعی عملی می‌گردد مانند جایی که یکی از دو مجتهد مساوی حکم به وجوب قصر در نماز مسافری بدهد که تا چهار فرسخ سفر کرده و قصد بازگشت در آن روز را ندارد و مجتهد دوم حکم به تمام بودن نماز نماید. در این جا اگر مقلد یک نوبت نماز را قصر بخواند و در نوبت دیگر با عدول به مجتهد دوم، نماز را تمام بخواند، قطعاً می‌داند یکی از این دو نوبت باطل بوده است.

این دلیل را به دو صورت می‌توان پاسخ داد، نقضی و حلّی. پاسخ نقضی در جایی است که یکی از این دو مجتهد أعلم گشته و یا صلاحیت مجتهد مساوی با او به دلایل مختلف از جمله موت، جنون و فسق از بین برود. در این جا رجوع به مجتهد أعلم شده یا باقی مانده بر شرایط تقلید، واجب است و هیچ فقیهی این رجوع را مورد اشکال قرار نداده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۰۴). جواب حلّی نیز به این صورت است که بگوییم دلیل مطابق با مدّعی نیست. زیرا مدّعی عدم جواز عدول است و حال آن‌که دلیل می‌گوید بر هر دو فتوا نمی‌توان ترتیب اثر داد و برای قائل است که بگوید اعمال گذشته را طبق فتوای مجتهد دوم اعاده می‌نماید یا اگر او صحت اعمال سابق را تأیید نمود حتی اعاده هم واجب نیست و به این ترتیب از تالی فاسد گفته شده یعنی مخالفت قطعیه در امان می‌ماند (همان).

اجماع: این دلیل را میرزای قمی در قوانین بیان نموده است (میرزای قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص ۵۵۶). در پاسخ به این دلیل نیز می‌توان گفت اجماع مذکور یا محصّل و یا منقول است. اجماع منقول فاقد اثر به عنوان دلیل مستقل بوده و اجماع محصّل هم بر فرض وجود، مدرکی یا محتمل المدرکیه است زیرا محتمل است مستند مجمعی سایر دلایلی باشد که بر عدم جواز عدول اقامه شده و اجماع از این جهت فاقد ارزش استقلالی است.

قاعده اشتغال: این مهم‌ترین دلیل قائلین به عدم جواز عدول می‌باشد و آیت الله حکیم با تعبیر اصل عقلی (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۵) و آیت الله خوئی با عنوان قاعده اشتغال (خوئی، بی تا، ج ۱، ص ۱۳۲) از آن یاد نموده‌اند. مستللاً این مقام را، مقام تردید در دوران بین تعیین و تخییر فرض نموده است یعنی شخص در ابتدا فتوای یکی از دو مجتهد مساوی را از روی تخییر برمی‌گزیند و بعد از آن شک دارد آیا نظر مجتهد اول بر او معیناً حجت است یا باز هم بین هر دو مجتهد مخیر است. بنابراین امر دایر بین تعیین و تخییر است و در این گونه موارد به حکم عقل و قاعده اشتغال، فراغت یقینی نسبت به تکالیف زمانی حاصل می‌گردد که جانب تعیین گرفته شود زیرا فتوای مجتهد اول پس از اخذ، چه به شکل تعیینی و چه به شکل تخییری مقطوع الحجیه است اما در مورد رجوع به

فتوای مجتهد دوم شک دارد که بر او حجیت می‌یابد یا نه؟ و شک در حجیت مساوی با عدم حجیت است.

مهم‌ترین اشکال دلیل سوم، وجود استصحاب تخییر پیش از قاعده اشتغال است به این بیان که شخص در ابتدا اختیار داشت و پس از اخذ به قول یک مجتهد، اکنون شک دارد همان اختیار ابتدایی را دارد یا نه، استصحاب می‌کند تخییر سابق را و پس از استصحاب دیگر امر دایر بین تعیین و تخییر نیست تا نوبت به قاعده اشتغال و اصل عقلی برسد.

آیت الله خوئی مجموعه‌ای از اشکالات را بر استصحاب تخییری وارد نموده‌اند. ایشان در ابتدا اشکال را بر روی اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکه که شرط جریان استصحاب می‌باشد برده و بیان می‌دارند شرط اتحاد یعنی بقای موضوع در این جا وجود ندارد زیرا موضوع یکی از دو عنوان «کسی که حجیت فعلی برای او اقامه نشده» یا «کسی که مواجه با دو فتوای متعارض» می‌باشد. اگر اولی باشد، پس از اختیار ابتدایی و رجوع به یکی از دو مجتهد مساوی، موضوع قطعاً منتفی شده است و استصحاب جاری نخواهد شد و اگر دومی موضوع استصحاب باشد، پس از اختیار ابتدایی نیز موضوع باقی است و استصحاب قابل جریان می‌باشد و چون بقای موضوع قابل احراز نمودن نیست بنابراین امکان استصحاب نیز منتفی می‌باشد (خوئی، بی تا، ج ۱، ص ۱۲۰).

در پاسخ به این اشکال ابتدا بایستی مشخص نمود موضوع حکم به تخییر در ادله تقلید - یعنی دلیل عقل، سیره عقلاء و دلیل لفظی (آیات و روایات) - کیست؟

محقق اصفهانی موضوع را در دلیل عقل و سیره عقلاء شخص جاهل می‌داند که پس از مراجعه ابتدایی به یکی از دو مجتهد مساوی، کماکان بر جهل خود باقی است و تنها انقیاد از حکم مجتهد نموده است (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۱۵۳).

در ادله لفظی هم آیه نفر دلالت بر حجیت فتوای مجتهد و لزوم مراجعه افراد به وی می‌نماید و این مراجعه فرد را صاحب نظر و رأی ننموده و جهل کماکان بر جای خود باقی است و صرفاً انقیاد حاصل شده است. آیه سؤال در ظاهر حکایت از این دارد که پس از

سؤال، جهل شخص برطرف شده و شخص عالم می‌گردد و این باعث تغییر موضوع می‌شود اما با دقت بیشتر در می‌یابیم که این موضوع، موضوع وجوب سؤال است و نه وجوب تقلید زیرا موضوع وجوب تقلید، مقلدی است که بنا دارد به فتوای مجتهد عمل نماید و این موضوع پس از اختیار ابتدایی هم بر جای خود باقی است و همین برای جریان یافتن استصحاب کفایت می‌نماید (همان، ص ۱۵۴). موضوع در روایاتی مانند «فللعوام ان یقلدوه» (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۱۳۱) شخص عامی است که پس از اخذ ابتدایی فتوا بازهم این عنوان بر او صادق است.

در مجموع روشن گردید موضوع آن گونه که آیت الله خوئی بیان داشتند نبوده و امکان احراز آن وجود دارد پس اشکال اول وارد نمی‌باشد.

اشکال دوم مبنایی بوده و بر اساس رأی ایشان به عدم حجیت استصحاب حکمی از جمله در این مورد استوار است (خوئی، بی تا، ج ۱، ص ۱۲۲). پاسخ این اشکال هم روشن است زیرا در جای خود ثابت شده که استصحاب چه حکمی و چه موضوعی مطلقاً حجت است.

آیت الله خوئی در اشکال سوم و بر فرض پذیرش حجیت استصحاب حکمی، کلام را بر روی وجود معارض برده و بیان می‌دارند که در عرض استصحاب تخییری مورد ادعا، استصحاب بقاء حجیت فعلیه هم وجود دارد بدین معنا که تا قبل از رجوع به یکی از دو مجتهد مساوی، هیچ حجت فعلی وجود نداشت اما پس از اخذ به فتوای یکی از آن دو، حجیت فعلی واقع گشته و شخص بعد از آن و در صورت قصد نمودن عدول، شک می‌کند آیا حجت فعلیت یافته هم چنان باقی است؟ استصحاب می‌کند بقای آن را ولذا نمی‌تواند به فتوای دیگر عدول نماید زیرا این عدول مستلزم جمع نمودن بین دو حجت فعلی است که با هم تعارض دارند (همان). این اشکال برگرفته از فرمایش شیخ انصاری است و شیخ در ردّ آن متمسک به حکومت استصحاب حجیت تخییری بر استصحاب حجیت فعلیه گردیده‌اند بدین صورت که استصحاب حجیت فعلیه مسبب از شک در باقی ماندن تخییر است زیرا تا

قبل از اخذ به یکی از دو فتوا و حجیت یافتن آن، شخص اختیار داشت و الان شک می‌کند تخییر باقی است یا نه؟ اگر باقی باشد معنایش عدم بقای حجیت فعلی فتوای نخست است و اگر باقی نباشد معنایش بقای حجیت فعلی فتوای نخست می‌باشد و در واقع شک در بقاء یا عدم بقای حجیت فعلیه فتوای نخست، مسبب از شک در بقاء یا عدم بقای تخییر است و میان اصل سببی (استصحاب حجیت تخییره) و اصل مسببی (استصحاب حجیت فعلیه فتوای نخست)، اصل سببی حاکم و مقدم است.

آیت الله خویی در مقام پاسخ به این فرمایش شیخ، لازمه‌ی استصحاب حجیت تخییری را عدم حجیت فتوایی می‌داند که شخص در ابتداء آن را اخذ نموده است و این لازمه عقلی است و آثار عقلی از جمله اصول مثبت هستند که حجت نمی‌باشند یعنی استصحاب صرفاً آثار شرعی بی واسطه را حجیت می‌بخشد و نه آثار عقلی، عادی و یا شرعی با واسطه را (همان، ص ۱۲۳) حاصل این سخن، باقی ماندن استصحاب تخییر و استصحاب حجیت فعلیه و تعارض و در نتیجه تساقط هر دو می‌باشد.

این فرمایش آیت الله خویی در صورتی صحیح است که مستصحاب از موضوعات خارجی دارای آثار و لوازم عادی و عقلی باشد در حالی که در این جا مستصحاب یعنی تخییر از مجعولات شرعی است و نه موضوعات خارجی.

در مجموع و پس از بیان و نقد نظرات قائلین به عدم جواز رجوع از مجتهد حیّ مساوی به مجتهد حیّ مساوی مشخص گردید دلایل ارائه شده در عدم جواز توان اثبات عدم جواز رجوع را ندارند بنابراین حکم صورت چهارم از صور تبعیض نیز جواز می‌باشد.

۲. ۵. تبعیض در تقلید از أعلم

صورت پنجم در جایی است که یک مجتهد در یک باب و مجتهد دیگر در باب دیگری از ابواب فقه أعلم باشند. حکم این صورت تابع رأی ما در مسأله وجوب یا عدم وجوب تقلید از أعلم است یعنی اگر قائل به وجوب شدیم در این جا تبعیض بر خلاف چهار صورت

قبلی، واجب می‌باشد. اما از آن جا که ما قائل به عدم وجوب تقلید از أعلم شدیم، در این جا نیز حکم به جواز تبعیض می‌نماییم.

۳. نتیجه

همان‌طور که در مقدمه بیان داشتیم مسأله‌ی تتبع رخص ذیل مسأله‌ی تبعیض در فقه امامیه تعریف می‌گردد و مشروعیت آن زمانی قابل اثبات است که در رتبه قبل تکلیف بحث تبعیض معلوم شده باشد. اکنون و پس از روشن شدن ابعاد و صور مختلف بحث تبعیض، می‌توان ادعا نمود عمل به تکالیف شرعی مبتنی بر اتباع رخصت‌ها منع و محذوری نداشته بلکه فوایدی نیز بر آن مترتب می‌گردد که به عنوان نمونه به دو مورد از این فواید اشاره‌ای کوتاه می‌کنیم:

تسهیل فرآیند تقلید: از جمله فایده‌های مشروعیت یافتن اتباع رخصت‌های شرعی، با تعریف ارائه داده شده از آن، تسهیل فرآیند تقلید می‌باشد و دلیلی هم وجود ندارد تا بخواهیم مکلف را از این سازوکار که مشروعیتش برخاسته از قواعد و ضوابط و چارچوب‌های فقهی است، منع نماییم به خصوص که این شیوه می‌تواند اثر خاصی در برخی حوزه‌ها داشته باشد مثل عرصه پزشکی و طیف گوناگون پیشرفت‌ها و دستاوردهای آن در زمینه‌هایی هم‌چون پیوند عضو، درمان ناباروری، تشخیص اختلالات جنینی قبل از دمیده شدن روح، درمان اختلالات جنسیتی و... که بررغم وجود فتوای موافق در بسیاری از مصادیق این عرصه‌ها، وجود تفاوت در فتوا و فتوای مخالف، راه استفاده حداکثری برخی مکلفین از این دستاوردها را مسدود نموده است.

رفع نقص قوانین: کارآمدسازی قوانین در جامعه اسلامی از جمله وظایف فقه می‌باشد که قوانین مبتنی بر آن تدوین گردیده است و یکی از روش‌های کارآمدکردن قوانین امکان‌گزینش هر فتوا و از جمله فتوای ترخیصی و اسهل به عنوان مبنای قانون‌گذاری است. ریشه‌ی بحث‌گزینش فتوای کارآمد در تقنین را می‌توان در آثار شهید صدر جست‌وجو کرد.

ایشان در کتاب اقتصادنا و نیز اسلام راهبر زندگی راجع به امکان برگزیدن فتوای مشروع کارآمد، مطالبی را بیان داشته و دلیل مشروعیت این کار را، تولید فتوا بر اساس روش اجتهاد دانسته‌اند. شهید صدر در مقدمه کتاب اقتصادنا می‌نویسند: «واجب نیست نظرات فقهی عرضه شده در کتاب، استنباط مؤلف باشد بلکه گاهی کتاب نظراتی را عرضه نموده است که با اجتهاد نویسنده از جهت فقهی در آن مسأله، مخالفت دارد و تنها ویژگی عمومی که وفورش در آن آراء مورد ملاحظه قرار گرفته است، عبارت است از این‌که: آراء نتیجه اجتهاد یکی از مجتهدین باشد با قطع نظر از تعداد قائلین به آن نظر و جایگاه اکثریت نسبت به آن نظر که موافق هستند یا نه» (شهید صدر، ۱۴۱۷ق، ص ۴۹). در جای دیگری از کتاب نیز دلیل برگزیدن فتوای مخالف فتوای خویش را همین مسأله، یعنی تولید فتوای مخالف بر اساس روش اجتهادی، می‌دانند (همان، ص ۳۹۵). هم‌چنین در کتاب اسلام راهبر زندگی و در پاسخ به نامه‌ی برخی از علمای لبنان در خصوص نظام قانون‌گذاری اسلام می‌نویسند: «هر مسأله‌ای که پیش از یک نظر فقهی در مورد آن وجود داشته باشد، آن مسأله از جمله مسائلی خواهد بود که از نظر قانون اساسی دارای جایگزین‌های اجتهادی متعددی است و در این صورت، انتخاب گزینه معین از میان دیگر گزینه‌ها، مربوط به قوه مقننه‌ای است که بر مبنای مصالح عمومی امت، عهده‌دار آن می‌باشند. در مواردی که نظر قطعی، از وجوب یا حرمت از جانب شریعت وارد نشده، قوه مقننه که نماینده مردم است، وظیفه دارد تا قوانینی را که مصلحت می‌داند، به شرطی که با قانون اساسی مغایرت نداشته باشد، وضع کند» (همو، ۱۳۹۴ش، ص ۳۲).

آیت الله جنتی نیز در مقاله‌ای که به مناسبت سومین کنفرانس اندیشه اسلامی در سال ۶۳ ارائه داده‌اند در مواقع اختلاف فتاوا و مواجهه قانون‌گذار با فتاوی متفاوت، می‌نویسند: «در مورد اختلاف فتاوا، قانون‌گذار می‌تواند یکی از فتاواهای معتبر_البته غیر شاذ_ را که مصلحت جامعه را بهتر تأمین می‌کند، به صورت قانون ابلاغ نماید. در این صورت شرط «عدم مخالفت با موازین اسلامی» که در قانون اساسی بیان شده است نیز محقق خواهد

شد» (جنتی، ۱۳۶۳ش، ص ۱۰).

بر طبق آنچه در این عبارات آمده، فتوای کارآمد که مبنای فقهی در قانون‌گذاری قرار می‌گیرد، فتوایی است که: ۱. طبق روش اجتهادی تولید و بر شیوه صحیح استنباط شده باشد. ۲. از دیگر فتاوا کارایی بیشتر در ظرف زمانی و مکانی خود داشته باشد. ۳. شاذ نباشد. ۴. با دیگر قوانین مصوّب هماهنگی بیشتری داشته و یک مجموعه منسجم فراهم آورد.

از جمله فتاوای کارآمدی که می‌تواند نقص برخی قوانین را مرتفع نماید، فتاوای فاقد عنصر الزام و واجد ترخیص و تسهیل در عمل می‌باشند. به عنوان مثال برای درمان ناباروری قانونی در سال ۱۳۸۲ تصویب شد که اهدای جنین را قانونی شمرده اما برای اهدای تخمک، اسپرم و رحم جایگزین ساکت بوده و اظهار نظری ننموده است. با این وجود برای مشروع بودن این درمان‌ها، پزشکان از مراجع تقلید استفتاء نموده و بعضی فقها بر مباح بودن این روش‌ها رأی داده‌اند. حال و با توجه به نقص قانون و وجود فتوای تسهیلی، می‌توان با استناد به مشروعیت تتبع رخص، این نقایص را برطرف نمود.

منابع

قرآن کریم.

- ابن امیر الحاج، التقرير و التحبیر فی علم الاصول، ج ۳، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۷ق.
ابن تیمیه، تقی الدین ابوالعباس، مجموع الفتاوی، ج ۲۰، تحقیق انور الباز، بیروت، دارالوفاء، ۱۴۲۶ق.
ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۷، بیروت، دارصادر، ۱۴۱۴ق.
اراکي، شیخ محمد علی، المسائل الواضحه، ج ۱، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.
اصفهانى، محمد حسین، بحوث فی الاصول، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
البانی، محمد سعید بن عبدالرحمن، عمدہ التحقیق فی التقلید و التلفیق، تحقیق محسن سويدان، دمشق، دارالقاری، ۱۴۱۸ق.
امیر بادشاه، محمد امین، تیسیر التحریر، ج ۴، بیروت، دارالفکر، بی تا.

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن الحسین، کفایه الاصول، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.

الآمدی، ابوالحسن علی بن محمد، إحکام فی اصول الأحکام، ج ۳، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۴ق. بجنوردی، حسن، منتهی الاصول (چاپ جدید)، ج ۲، تهران، موسسه العروج، ۱۳۸۰ش. بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، ج ۱، بی جا، بی تا.

جناتی، محمد ابراهیم، ادوار فقه و کیفیت بیان آن، بی جا، بی تا. حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج ۲۷، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق. حکیم، سید محمد تقی، اصول العامه للفقہ المقارن، قم، مجمع جهانی اهل بیت عليهم السلام، ۱۴۱۸ق.

خویی، سید ابوالقاسم، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، ج ۱، بی جا، بی تا. خویی، سید ابوالقاسم، الرأی السدید فی الاجتهاد و التقليد، قم، المطبعه العلمیه، ۱۴۱۱ق. الدسوقی، محمد بن احمد، حاشیه الدسوقی علی شرح الکبیر، ج ۱، بیروت، دارالفکر، بی تا. الرازی، محمد بن ابوبکر، مختار الصحاح، ج ۱، بیروت، مکتبه لبنان، ۱۴۱۵ق. الزرکشی الشافعی، بدرالدین محمد بن بهادر، بحر المحيط، ج ۶، کویت، وزارت اوقاف کویت، ۱۴۱۲ق.

سبحانی تبریزی، جعفر، الوسیط فی اصول الفقه، ج ۲، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۸ش. الشاطبی، ابراهیم بن موسی، الموافقات، ج ۵، تحقیق ابوعبیده مشهور بن حسن، ریاض، دار ابن عفان، ۱۴۱۷ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، تمهید القواعد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ق. همو، مسالک الافهام، ج ۱۳، قم، موسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق. همو، المقاصد العلیه فی شرح الرساله الالفیه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۰ق. شهید صدر، سید محمد باقر، اقتصادنا، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق. همو، اسلام راهبر زندگی، مکتب ما، رسالت ما، ترجمه مهدی زندیه، قم، انتشارات دارالصدر، ۱۳۹۴ش.

صدر، سید رضا، الاجتهاد و التقليد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۰ق. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱، قم، موسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق. طباطبایی المجاهد، محمد بن علی، مفاتیح الاصول، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۳۹۶ش.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی (المحشی)، ج ۱، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
عاملی، حسن بن زین الدین، معالم الدین، مصحح سید منذر حکیم، قم، موسسه الفقه للطباعه و النشر،
۱۴۱۸ق.

عراقی، ضیاء الدین، الاجتهاد و التقليد، قم، نشر نوید اسلام، ۱۳۸۸ش.
علم الهدی، علی بن الحسین، الذریعه، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶ش.
همو، رسائل الشریف المرتضی، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (الاجتهاد و التقليد)، قم، دفتر
انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ق.

القرافی، شهاب الدین احمد بن ادريس، تنقیح الفصول، تحقیق ناصر بن علی الغامدی، بی جا، ۱۴۲۱ق.
گلیایگانی، سید محمد رضا موسوی، مختصر الأحکام، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۹۰ق.
المحلّی، جلال الدین محمد بن احمد، شرح جمع الاجوامع لابن السبکی، ج ۲، قاهره، دار احیاء الکتب
العربیّه، بی تا.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد، القوانین المحکمه، ج ۴، قم، احیاء الکتب الاسلامی، ۱۴۳۰ق.
مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، ج ۲، تقریرات عادل علوی، قم،
کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۲۲ق.

مشکینی، ابوالحسن، حاشیه کفایه الاصول، ج ۵، قم، نشر لقمان، ۱۴۱۳ق.

مغنیه، محمد جواد، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۰م.

موسوی الخمینی، سید روح الله، الاجتهاد و التقليد، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار، ۱۴۲۶ق.

همو، تحریر الوسیله، ج ۱، قم، موسسه دارالعلم، بی تا.

تسخیری، محمد علی، «التلفیق و الاخذ بالرخص و حکمها»، رساله الثقلین، شماره ۱۱، ۱۳۷۳ش.