بسم الله الرحمن الرحیم

04/08/95 اصول عملیه - برائت - برائت شرعیه - اجماع دال بر برائت شرعیه - تمسک به استصحاب برای اثبات برائت

ادله برائت(اجماع)

تمسک به اجماع بر برائت

دلیل دیگر بر برائت اجماع است. مرحوم آخوند می فرماید: هر چند به نظر ما اجماع منقول فی الجمله معتبر است، اما این اجماع چون مدرکی است و دلیل عقلی قبح عقاب بلا بیان و روایات وجود دارد، نمی توان تعبدی بودن اجماع را کشف کرد و در نتیجه این اجماع اعتبار ندارد.[[1]](#footnote-1)

**بررسی اشکال مدرکیت بودن در اجماع**

همانگونه که مکرر بیان شده است، مدرکی نبودن شرط ثبوتی حجیت اجماع نیست بلکه گاه مدرکی نبودن اجامع شرط اثبات شرط اتصال به زمان معصوم است و اگر بتوانیم اتصال به زمان معصوم را کشف کنیم حتی اجماع قطعی المدرکیه فضلا عن المحتمل حجت خواهد بود و قطع به مدرک مضر نیست.

**کیفیت احراز اتصال اجماع به زمان معصوم**

به نظر می رسد در این مساله احراز اتصال به زمان معصوم مشکل است. زیرا؛ احراز اتصال به یکی از این دو نکته است:

1. گاه از روایات و از فتاوای عامه استفاده می شود که این مساله در زمان معصوم مطرح بوده است و در نتیجه اتصال به زمان معصوم ع احراز می شود. به عبارت دیگر قرائن خارجیه بر وجود مساله در زمان معصوم دال بر اتصال اجماع به زمان معصوم ع است.

2. گاه به قرینه مورد ابتلا بودن مسأله و بعد مطرح نبودن در زمان معصوم ع طرح آن در زمان معصوم را کشف می کنیم. مثل خصوصیت احکامی مانند نماز و روزه که مورد ابتلاست و باید در زمان معصوم ع مطرح باشد. به عنوان نمونه اجماع بر حرمت جماع در روزه و لو اجماع مدرکی باشد، معتبر است زیرا می دانیم این مساله مبتلا به بوده پس در زمان معصوم مطرح بوده است. اکثر اجماعات موجود در امهات مسائل که حجم عظیمی از فقه را به خود اختصاص می دهند، این گونه هستند و عمدتا موجب قطع می باشند.

پس از کشف طرح مساله در زمان معصوم ع با ضمیمه مقدمات دیگری تقریر را ثابت می کنیم. بنابر مسلک تقریر در حجیت اجماع لازم نیست اجماع در زمان معصوم ع احراز شود بلکه حتی اگر شهرت نیز بر حکمی در زمان معصوم ع ثابت شود از عدم ردع کشف می کنیم این حکم نزد معصوم ع ممضاه است. اما در مواردی که مساله در زمان معصوم ع اختلافی است و دو نظریه وجود دارد که هیچ یک بر دیگری اشتهاری ندارد، نمی توان تقریر را ثابت کرد.

اجماع مدعی در برائت به نظر به نحوی نیست که بتوان اتصال آن به زمان معصوم ع را احراز کرد. زیرا؛ این مساله در زمان معصوم ع به این حد مورد ابتلا نبوده چون در زمان معصوم نوعا با فحص مشکل حل شده و بعد الفحص شک مستقر نمی مانده است. حتی در صورتی که با فحص نیز علم حاصل نمی شده است، شاید حجیت ظن بر فرض انسداد برای اصحاب روشن بوده و نوبت به اصل عملی نمی رسیده است. پس نمی توان احراز اتصال کرد و اجماع مفید اثبات برائت نیست.

**بحث صغروی اجماع**

صرف نظر از بحث کبروی اجماع، بحث از صغرای اجماع مفید به نظر می رسد. می توان فائده بررسی صغروی اجماع را در دو مورد بیان کرد:

1. این بحث در نحوه برداشت ما از روایات تأثیر گذار است. همانگونه که در روایت عبدالاعلی[[2]](#footnote-2) بیان شد؛ بحث مطرح در زمان معصوم برائت نیست بلکه در زمان معصوم ع این بحث کلامی مطرح است که آیا معرفه الله با وجود عدم قدرت بر معرفه الله، لازم است؟ رفع ما لا یعلم از باب عدم قدرت است نه عدم علم. در آن بحث نقل اقوال مقالات الاسلامیین از زراره، هشام بن حکم و برخی دیگر از اصحاب، موجب چنین استظهاری از روایت شد. اما در بحث قبح عقاب بلا بیان قولی از اصحاب در مقالات الاسلامیین نقل نشده است و نمی توان احراز مطرح بودن بحث را در زمان معصوم ع داشت.

2. نکته دیگر این است که اگر کسی قائل به اجماع شود، امکان دارد بگوید: و لو عقلا عقاب بلا بیان قبیح نیست اما عقلائا برائت ثابت است. شهید صدر در موالی عرفیه قبح عقاب بلا بیان را حاکم می داند اما در مولای حقیقی مسلک حق الطاعه را می پذیرد و مدعی آن است که بین مولای عرفی و حقیقی خلط شده است. حال اگر خلط بین مولای عادی و حقیقی، عمومی بوده و سیره‌ی عقلا بر این وجود داشته باشد، با تقریر معصوم حجیت آن کشف می شود هر چند در آن خطا صورت گرفته باشد. پس بررسی اجماع در این مساله برای اثبات تقریر و اثبات قاعده قبح عقاب بلا بیان به نحو یک قاعده عقلاییه یا قاعده متشرعیه، سودمند است.

متاسفانه در کلام اصولیین تتبع، ناقص و محدود است. با اینکه مرحوم شیخ در کلمات خود تتبع ناقص دارد ولی مرحوم آخوند این میزان بحث از اقوال را نیز حذف کرده و تنها به بحث های قاعده ای بسنده نموده است. اما؛ بحث از اقوال به خصوص اقوال اصحاب بسیار مفید و لازم است.

برای کشف نظر قدما بحث از کلمات شیخ در خلاف بسیار سودمند اما بسیار مشکل است و می توان حل کلام ایشان در برداشت از فضای موجود بسیار سودمند باشد. شیخ طوسی در بسیاری

از موارد به احتیاط تمسک کرده است ودر جایی دیگر به برائت تمسک کرده است و کشف مسلک ایشان بسیار مشکل است و مفید است بررسی شود ضابطه برائت و احتیاط در دیدگاه ایشان چیست؟

3. نکته سوم که می تواند اثر مترتب بر بررسی اقوال قدما باشد این است که ممکن است قاعده قبح عقاب بلا بیان از نظر عقلی مورد پذیرش نباشد اما؛ با بررسی اقوال به این نتیجه برسیم که قدما در موارد شک در جزئییت و شرطیت عبادت و شرطیت در سببیت معامله، قائل به تمسک به برائت بوده اند.

**مهم ترین کتب قدما برای بررسی وجود اجماع**

 مهم ترین کتب آن دوران، انتصار و ناصریات سید مرتضی و خلاف شیخ طوسی است. در انتصار و ناصریات به آن حد به برائت و احتیاط تمسک نشده است اما؛ در خلاف بسیار به احتیاط و برائت تمسک شده است. شاید همین نکته نشانگر آن باشد که قبح عقاب بلا بیان از مرکوزات ذهنی قدما نبوده است اما به هر حال بررسی کامل کلام شیخ در خلاف برای تحصیل ارتکاز ذهنی قدما در برخود با برائت، مفید است.

بحث حظر و اباحه

بحثی قدیمی در اصول مطرح است که هر چند به برائت ربط جدی ندارد، اما اولا بی ارتباط با برائت نیست و قابل استفاده در برائت است و ثانیا در لابلای آن بحث، بحث مرتبط با برائت بیان شده است. آن بحث حظر و اباحه است و تقریب آن بدین گونه است که لولا الشرع، عقل انسان درمحتمل المفسده حکم به لزوم احتیاط می کند یا حکم به اباحه دارد؟ بحث حظر و اباحه با بحث برائت متفاوت است. در حظر و اباحه بحث از حکم واقعی است و در برائت سخن از حکم ظاهری در فرض جهل به حکم واقعی و عدم وصول آن است. اما برخی از بحث هایی که در حظر و اباحه مطرح است در برائت نیز جاری است. مثلا در حظر و اباحه بحث از دفع ضرر محتمل شده که در بحث برائت نیز قابل جریان و

بررسی است. در لا بلای بحث حظر و اباحه اشاره به اباحه شده است مثلا شیخ طوسی هر چند در حظر و اباحه قائل به توقف است اما قائل است که شارع می تواند حکم به برائت کرده باشد.

بنابراین محور تحقیق در کشف قول قدما در برائت و کشف مرکوز بودن قاعده قبح عقاب بلا بیان، دو مبحث حظر و اباحه در اصول و استدلالات مرحوم شیخ طوسی در خلاف است. به نظر ما بحث صغروی اجماع نیازمند بررسی است هر چند بحث کبروی و احراز اتصال را رد کردیم.بحث حظر و اباحه بحثی مفصل است و جمع بندی کلمات شیخ در خلاف نیز بسیار مشکل است از همین باب این بحث را به آینده واگذار می کنیم

تمسک به استصحاب برای اثبات برائت

این بحث را مرحوم آخوند[[3]](#footnote-3) به صورت ضمنی در کل شی مطلق بیان کرده و شهید صدر[[4]](#footnote-4)، مرحوم نائینی[[5]](#footnote-5)، مرحوم خویی[[6]](#footnote-6) و دیگر اصولیین این را به عنوان مبحثی مستقل بیان کرده اند.

شهید صدر این بحث را به صورت مفصل بیان و بررسی کرده است اما سعی می شود کلام شهید صدر به صورت مختصر بیان شود و تنها کلیاتی که نیازمند بحث جانبی نیست طرح شود.

**کلام شهید صدر**

شهید صدر می فرماید: به سه تقریب می توان از استصحاب برائت بحث کرد.

1. استصحاب عدم تکلیف زمان صغر

2. استصحاب عدم جعل تشریع قبل از شریعت یا قبل از اکمال شریعت

3. استصحاب عدم تعلق تکلیف قبل از موضوع تکلیف مثل زکات بر برنج، به این تقریب: قبل از برنج دار بودن زکات واجب نبوده است پس از روییدن برنج شک داریم زکات تعلق گرفته یانه؟ استصحات عدم وجوب زکات قبل از تحقق موضوع می تواند نافی وجوب زکات باشد.[[7]](#footnote-7)

پیش از بررسی تک تک این استصحاب ها، این نکته را بیان کنیم که همانگونه که آقای هاشمی[[8]](#footnote-8) نیز بیان کرده است، استصحاب اول و سوم ناظر به مرحله مجعول است و استصحاب دوم ناظر به مرحله جعل است که این تفاوت در نحوه بررسی استصحاب ها مؤثر است.

**استصحاب عدم تکلیف زمان صغر**

**لزوم حکم شرعی یا موضوع حکم شرعی بودن مستصحب**

شیخ انصاری در مقام اشکال به جریان این استصحاب، اشکالی را طرح کرده که مرحوم آخوند استغراب کرده است.

شیخ انصاری در اشکال به این استصحاب می فرماید: استصحاب باید یا موضوع حکم شرعی یا خود حکم شرعی باشد و این استصحاب عدم حکم شرعی است نه حکم شرعی و اگر با عدم الزام در مقام اثبات ترخیص باشید، این استصحاب مثبت خواهد بود.

مرحوم آخوند در مقام پاسخ به این اشکال می فرماید: استصحاب عدم حکم شرعی نیز مانند استصحاب حکم شرعی جاری است. [[9]](#footnote-9)

مرحوم خوئی اساسا نسبت مرحوم آخوند به مرحوم شیخ را نمی پذیرد و می فرماید: مرحوم شیخ در اعدام ازلیه نیز قائل به استصحاب است با این وجود چگونه امکان دارد در عدم تکلیف قائل به استصحاب نباشد؟[[10]](#footnote-10)

شهید صدر استغراب آقای خویی صحیح نمی داند و در استدلال بر آن می فرماید: بین جریان استصحاب عدم ازلی و ما نحن فیه تفاوت وجود دارد زیرا؛ مثال های عدم ازلی که مرحوم شیخ قائل به جریان عدم ازلی شده مانند استصحاب مخالفت شرط للکتاب، در موضوع حکم است و مجرد جریان استصحاب عدم در موضوع با جریان استصحاب عدم در حکم تلازم ندارد.[[11]](#footnote-11)

به نظر می رسد؛ کلام شهید صدر صحیح نباشد زیرا؛ استصحاب عدم موضوع حکم شرعی به نظرخصوصیتی ندارد و اگر مرحوم شیخ در عدم موضوع حکم استصحاب را جاری کرده در عدم حکم نیز باید جریان بدهد. اگر مرحوم شیخ شرط جریان استصحاب را حکم شرعی یا موضوع حکم شرعی بودن می داند، نباید نه در عدم موضوع و نه در عدم حکم استصحاب را جاری نداند. به عبارتی دیگر؛ استصحاب عدم موضوع و عدم حکم روحا متحد هستند زیرا؛ استصحاب عدم موضوع هر چند در ظاهر استصحاب عدم موضوع است اما؛ در حقیقت به معنای عدم جعل حکم برای این موضوع است و روحا با استصحاب عدم حکم اتحاد دارد. به عنوان مثال استصحاب عدم استطاعت به معنای جعل حکم حج برای این فردی است که در استطاعت او شک داریم.

خلاصه؛ مرحوم شیخ قائل است که مستصحب یا باید موضوع حکم شرعی یا خود حکم شرعی. مرحوم آخوند شرط حکم شرعی یا موضوع حکم شرعی بودن را وجودا و عدما قائل است ولی شهید صدر می فرماید: لازم نیست مستصحب موضوع حکم شرعی یا حکم شرعی باشد بلکه موضوع تکوینی که شارع می تواند در آن تصرف مولوی کند می تواند مستصحب واقع شود.[[12]](#footnote-12)

به نظر می رسد؛ این سخن شهید صدر با کلام آخوند تنها در تعبیر و الفاظ متفاوت باشد. شارع مقدس از آن جهت که مولویت دارد، می تواند جعل حکم مماثل کند یا عدم جعل حکم انجام دهد حال یا به لسان مستقیم یا به لسان موضوع حکم. به هر حال استصحاب موضوع و استصحاب حکم به معنای جعل حکم مماثل است و استصحاب عدم نیز عدم جعل حکم است و تصرف مولوی مذکور در کلام شهید صدر بدون بازگشت به تصرف در ناحیه حکم شرعی به لسان نفی یا اثبات و مستقیم یا به واسطه موضوع، معنای دیگری نمی تواند داشته باشد. روح همه این تعابیر به این بازگشت دارد که شارع دو کار می تواند انجام دهد جعل حکم مماثل یا عدم جعل حکم. پس مبنای شهید صدر با کلام مرحوم آخوند اگر متحد نباشد مطلب ناتمامی است زیرا؛ اعمال مولویت مولی در موضوع بدون بازگشت به تغییر در حکم در حیطه مولویت مولی نیست.

در نتیجه به نظر می رسد؛ استغراب مرحوم آخوند صحیح بوده و مستصحب می تواند عدم حکم شرعی یا عدم موضوع حکم شرعی باشد و استغراب موجود در کلام مرحوم خویی نیز صحیح است زیرا؛ تقریب مرحوم خوئی از کلام مرحوم شیخ در استصحاب عدم ازلی این است که در عدم ازلی، عدم در ازل به شارع مستند نبوده و استمرار العدم به شارع مستند است و همین میزان استناد در مرحله بقاء در صحت استصحاب عدم ازلی کافی است. حال که در استصحاب عدمی که تنها در مرحله بقاء در حیطه مولویت مولی است، استصحاب جاری است باید به طریق اولی در جایی که در عدم سابق نیز حدوث به شارع مستند است به باید استصحاب جاری باشد. در استصحاب عدم

صغر، تکلیف در زمان صغر و لو برای صغیر ممیّز عقلا قبیح نیست اما شارع برای ممیّز جعل تکلیف نکرده است. پس در استصحاب عدم تکلیف حال صغر نه تنها بقای حکم به شارع مستند است بلکه عدم حدوث تکلیف نیز مستند به شارع است.

در نتیجه به نظر می رسد اشکال مرحوم آقای خویی به این بیان مرحوم شیخ وارد است و کلام شهید صدر در دفاع از مرحوم شیخ، بسیار عجیب به نظر می رسد.

آقای حائری در حاشیه[[13]](#footnote-13) توضیحی از کلام مرحوم شیخ ارائه می دهند و کلام شیخ را به جایی دیگر ارتباط می دهند که بر فرض صحت این کلام، دیگر استغرابات مرحوم آخوند و مرحوم خویی به ایشان وارد نخواهد بود.

1. كفاية الأصول ( طبع آل البيت ) ؛ ص343

فقد نقل‏ على البراءة إلا أنه موهون و لو قيل باعتبار الإجماع المنقول في الجملة فإن تحصيله في مثل هذه المسألة مما للعقل إليه سبيل و من واضح النقل عليه دليل بعيد جدا. [↑](#footnote-ref-1)
2. الكافي (ط - الإسلامية) ؛ ج‏1 ؛ ص163

وَ بِهَذَا الْإِسْنَادِ عَنْ يُونُسَ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ عَبْدِ الْأَعْلَى‏ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَصْلَحَكَ اللَّهُ هَلْ جُعِلَ فِي النَّاسِ أَدَاةٌ يَنَالُونَ بِهَا الْمَعْرِفَةَ قَالَ فَقَالَ لَا قُلْتُ فَهَلْ كُلِّفُوا الْمَعْرِفَةَ قَالَ لَا عَلَى اللَّهِ الْبَيَانُ- لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَها وَ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا ما آتاها قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنْ قَوْلِهِ‏ وَ ما كانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْماً بَعْدَ إِذْ هَداهُمْ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُمْ ما يَتَّقُونَ‏ قَالَ حَتَّى يُعَرِّفَهُمْ مَا يُرْضِيهِ وَ مَا يُسْخِطُهُ. [↑](#footnote-ref-2)
3. كفاية الأصول ( طبع آل البيت )، ص: 342 [↑](#footnote-ref-3)
4. مباحث الأصول، ج‏3، ص: 286 [↑](#footnote-ref-4)
5. أجود التقريرات، ج‏2، ص: 189 [↑](#footnote-ref-5)
6. مصباح الأصول ( طبع موسسة إحياء آثار السيد الخوئي )، ج‏1، ص: 333 [↑](#footnote-ref-6)
7. مباحث الأصول ؛ ج‏3 ؛ ص286

و قد يستدلّ على البراءة بالاستصحاب. إمّا بلحاظ حال الصغر، أو بلحاظ ما قبل الشريعة، أو بلحاظ ما قبل استكمال الشرائط الخاصّة للتكليف، كما لو شككنا في وجوب الحجّ بالبذل فاستصحبنا عدم التكليف الثابت قبل البذل لعدم‏ الاستطاعة، [↑](#footnote-ref-7)
8. بحوث في علم الأصول، ج‏5، ص: 68 [↑](#footnote-ref-8)
9. كفاية الأصول ( طبع آل البيت )، ص: 416 [↑](#footnote-ref-9)
10. مصباح الأصول ( طبع موسسة إحياء آثار السيد الخوئي ) ؛ ج‏1 ؛ ص338

أقول: أمّا نسبة هذا الايراد إلى الشيخ (قدس سره) فالظاهر أنّها غير مطابقة للواقع، لأنّ الشيخ (قدس سره) قائل بجريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية، كما صرّح بذلك في عدّة موارد من الرسائل و المكاسب‏ ، و ذكر أيضاً في جملة التفصيلات في جريان الاستصحاب التفصيل بين الوجود و العدم، و ردّه بأنّه لا فرق في جريان الاستصحاب بين الوجود و العدم. و بالجملة:

الشيخ و إن كان قائلًا بعدم صحّة الاستدلال على البراءة بالاستصحاب، إلّا أنّه ليس لأجل هذا الايراد الذي ذكره صاحب الكفاية (قدس سره) و نسبه إليه. [↑](#footnote-ref-10)
11. مباحث الأصول ؛ ج‏3 ؛ ص288

و هذا الاستغراب في غير محلّه، إذ الشيخ الأعظم رحمه اللّه إنّما يقول بالاستصحاب في العدم الأزليّ إذا وقع العدم الأزليّ موضوعا لحكم شرعي، فيستصحب مثلا في المكاسب عدم مخالفة الشرط للكتاب، لأنّه موضوع لحكم شرعيّ، و هو نفوذ الشرط و وجوب الوفاء به، و جهة الإشكال في ما نحن فيه هي أنّ عدم التكليف ليس حكما شرعيّا و لا موضوعا لحكم شرعي، و لا علاقة لذلك بمسألة جريان الاستصحاب في العدم الأزليّ، أو عدم جريانه فيه. [↑](#footnote-ref-11)
12. مباحث الأصول ؛ ج‏3 ؛ ص289

و الواقع أنّ هذا الإشكال غير صحيح، و ذلك لأنّه لا دليل على اشتراط هذا الأمر بعنوانه و هو كون المستصحب حكما شرعيّا أو موضوعا له، و إنّما الشرط هو أن يكون المستصحب قابلا للتصرّف الظاهريّ من قبل المولى و التعبّد الظاهري به نفيا و إثباتا، و يكفي في قابليّته لذلك أن يكون عدم حكم. [↑](#footnote-ref-12)
13. مباحث الأصول، ج‏3، ص: 287 [↑](#footnote-ref-13)