**درس خارج اصول استاد سید محمد جواد شبیری(دام ظله)**

**جلسه165 – 25/ 10/ 1397 دوران امر بین تعیین و تخییر /قاعده احتیاط**

خلاصه بحث :

بحث در دوران امر بین تعیین و تخییر بود. استاد دام ظله در دوران امر بین تعیین و تخییر عقلی، بیان کرد: اگر مفاد ادله برائت ترخیص ظاهری باشد، ترخیص ظاهری در عام با ترخیص ظاهری در خاص با هم تعارض داشته و احتیاط لازم است. اما اگر مفاد ادله برائت، نفی عقاب باشد نه ترخیص ظاهری، برائت از خاص بدون معارضه با برائت از عام جریان دارد. ایشان نسبت به این فرض دو اشکال را بیان می­کنند: اول: تأمین حیثی از عقاب در عام با خاص در تعارض است و دوم: دلالت التزامی نفی عقاب، ترخیص ظاهری است. استاد دام ظله پس از اتمام بحث در تعیین و تخییر عقلی، بحث از دوارن امر بین تعیین و تخییر شرعی را آغاز می­کنند.

**عدم انحلال علم اجمالی بنابر نفی عقاب بودن مفاد حدیث رفع**

بحث در این باره بود که اگر حدیث رفع دالّ بر رفع مؤاخذه باشد، آیا می­توان در دوران امر بین تعیین و تخییر عقلی در یک طرف اصل را بدون معارض جاری کرد؟

شهید صدر; جریان اصل در عام را به علت ثمره عملی نداشتن لغو دانسته و به همین دلیل اصل را در خاص بدون معارض جاری می­داند. به این تقریب که تأمین از ترک عام در فرض ترک خاص، ترخیص در مخالفت قطعیه بوده و تأمین از ترک عام در فرض فعل خاص، معقول نیست زیرا عام در ضمن خاص اتیان شده است.

امکان دارد در پاسخ گفته شود: اصل برائت در عام به صورت حیثی جاری می­شود به این معنا که ترک عام بما هو عام موجب عقوبت نیست و این با وجود عقوبت بر فرض ترک عام ملازم با ترک خاص به علت استلزام مخالفت قطعیه، منافاتی ندارد.

به این بیان ممکن است اشکال شود که ترخیص حیثی در عام لغو با فرض فعلی نبودن ترخیص، لغو بوده و با پذیرش مبنای انحلال در مقابل خطابات قانونیه، نباید قائل به چنین ترخیصی شد.

پاسخ به اشکال این است که اگر حدیث رفع ناظر به همین مورد خاص بود که تأمین حیثی از عنوانی می­دهد که این عنوان ملازم با عنوان دیگری است که موجب تنجیز است، تأمین حیثی از عقاب لغو بود. اما ادله برائت عام بوده و در تمام موارد تأمین حیثی از عقاب می­دهد که در بیشتر موارد این تأمین حیثی با فعلی بودن تأمین از عقاب، ملازم است و صرف اینکه در برخی از موارد، تأمین حیثی ثمره عملی ندارد مانع اخبار عام نبوده و شارع می­تواند اخبار به عدم عقاب از جهت عنوان مجهول بدهد.

این پرسش باقی است که چه تفاوتی بین احکام و اخبار از تأمین از عقاب وجود دارد که در احکام قائل به انحلال بوده ولی در اخبار به تأمین انحلال را نمی­پذیرید؟

**وجه انحلال در احکام**

وجه قول به انحلال در احکام این نیست که خطاب عام در فرض نداشتن ملاک در برخی از افراد لغو است زیرا خطاب عام مؤونه زائده نداشته و وابسته به اراده شارع است. به همین دلیل ممکن است شارع خطابی عام را صادر کرده و در عین حال برخی از افراد مشمول خطاب، شرایط تکلیف را نداشته باشند. بلکه دلیل بر قول به انحلال این است که موضوع حکم عقل به لزوم امتثال، خطاب از آن جهت که کاشف از اراده مولی است،

می باشد و روشن شد شارع اراده­های عدیده داشته و نسبت به افرادی که شرایط تکلیف را ندارند، اراده­ای ندارد.

با روشن شدن وجه انحلال باید دانست این نکته در بحث جاری وجود ندارد زیرا فرض آن است که از تأمین عقوبت حکمی کشف نشده و دلیل برائت تنها ناظر به رفع عقوبت است. پس غرض شارع از صدور دلیل برائت، اخبار از واقعیت خارجی است و بیان می­کند در تک تک موارد، از حیث عنوان خاص مجهول عقوبتی نیست. در نتیجه، تأمین حیثی از عقاب به صورت عام با فرض ثمره عملی نداشتن در برخی از موارد، موجب لغویت نبوده و به همین دلیل در دوران امر بین تعیین و تخییر عقلی، تأمین حیثی از عقاب نسبت به عام وجود داشته و با تأمین از عقاب نسبت به خاص در تعارض است.

اما نکته اصلی این است که ادله برائت صرفا اخبار از تأمین از عقاب نبوده و حتی اگر مفاد حدیث رفع، رفع مؤاخذه نیز باشد، به داعی اخبار از ترخیص واقعیه است. پس اخبار به عدم عقاب، به علت وجود ترخیص ظاهری بوده و بازگشت اخبار به عدم عقاب به بیان حکم ترخیصی در ظاهر است. به عبارتی دیگر، مدلول مطابقی حدیث رفع نفی مؤاخذه و عقاب بوده و مدلول التزامی آن، نفی حکم الزامی و اثبات حکم ترخیصی در مقام ظاهر است. به همین دلیل، مفاد حدیث رفع مانند **«کل شیء حلال»** است و تمام مباحثی که درباره آن طرح شد، در حدیث رفع نیز جاری است.[[1]](#footnote-1)

در نتیجه، انحلال حکمی علم اجمالی در دوران امر بین تعیین و تخییر عقلی به این بیان که جریان برائت از عام اثر ندارد و به همین دلیل برائت از خاص بدون معارض جاری می­شود، صحیح است. وجه عدم صحت انحلال علم اجمالی نیز به یکی از دو بیان است.

یا مفاد ادله برائت، رفع مؤاخذه و تأمین از عقاب است، در این فرض این ادله تنها تأمین حیثی داده و تأمین حیثی از ترک عام با تأمین حیثی از ترک خاص در تعارض است.

یا مفاد ادله برائت (مطابق مبنای مختار) ترخیص ظاهری و نفی الزام است که در این فرض نیز ترخیص ظاهری در عام با ترخیص ظاهری در خاص متعارض است و انحلال صحیح نیست و وجهی ندارد که گفته شود: شارع نسبت به عام اهمیت قائل بوده و نسبت به خاص اهمیتی قائل نیست.

**مناقشه در حیثی بودن نفی عقاب**

امکان دارد در اشکال به حیثی بودن نفی عقاب در حدیث رفع، بیان می­شود: این کلام لوازمی دارد که کسی قائل به آن نیست مثلا در فرض علم اجمالی به نجاست لباس تمام حریر که نماز با آن جایز نیست و لباس دیگر، بیان شده: اصل طهارت در لباس حریر به علت اثر نداشتن جاری نیست و به همین دلیل اصل طهارت در لباس دیگر، بدون معارض جریان دارد. اما بنابر قول به حیثی بودن نفی عقاب می­توان گفت: اصل طهارت در لباس حریر می­گوید: از حیث نجاست حریر اگر در این لباس نماز بخوانید، عقاب نمی­شوید و اصل طهارت

در لباس غیر حریر می گوید: از حیث نجاست این لباس اگر در آن نماز بخوانید، عقاب نمی­شوید و این دو اصل حیثی با هم تعارض دارند و نمی­توان قائل به جریان اصل طهارت در لباس غیر حریر بدون معارض شد.

در پاسخ به این مناقشه باید گفت: از نظر عرفی، اجرا نشدن اصل در طرفی که از ناحیه دیگر تنجیز دارد، نسبت به اجرا نشدن اصل در طرف دیگر، مؤونه کمتری داشته و به همین دلیل، جریان اصل در طرف دیگر، عرفا ترجیح بلا مرجح نیست. به عبارتی دیگر، جریان اصل حیثی در لباس حریر به علت معلوم بودن مؤاخذه، ثمره عملی ندارد و به همین دلیل از نظر عرفی ظهور اطلاقی نسبت به آن ضعیف شده و همین مرجّح اثباتی جریان اصل در طرف غیر حریر و ترجیح بلا مرجح نبودن جریان اصل در طرف غیر حریر است. در نتیجه می توان گفت: اطلاق نفی عقاب حیثی، دو مصداق دارد. لباس حریر و لباس غیر حریر. شمول این اطلاق نسبت به لباس حریر ضعیف­تر از شمول اطلاق نسبت به لباس غیر حریر است و همین قوت ظهور در لباس حریر، باعث می شود جریان اصل در آن دون الاخری ترجیح بلا مرجح نباشد و بعید نیست عرف به چنین مرجحاتی توجه داشته باشد.

**دوران امر بین تعیین و تخییر شرعی**

مرحوم صدر[[2]](#footnote-2) می­فرماید: جریان اصل و نحوه جریان اصل در دوران امر بین تعیین و تخییر شرعی وابسته به تحلیل حقیقت تخییر شرعی است. ایشان چهار مبنا را در حقیقت تخییر شرعی نقل کرده است:

**مبنای اول در حقیقت تخییر شرعی: مشروط بودن به عصیان دیگری**

اولین مبنا این است که تخییر شرعی به دو واجب مشروط به ترک دیگری بازگشت دارد. مثلا تخییر شرعی بین عتق رقبه و صوم به دو وجوب مشروط **«ان لم تصم فاعتق رقبه»** و **«ان لم تعتق فصم»** بازگشت دارد. ایشان بیان می­کند: مطابق این مبنا، شک در شرطیت وجود دارد. مثلا وجوب عتق معلوم است اما روشن نیست عتق واجب تعیینی است یا عدل یکی از دو واجب تخییری است؟ در این فرض، دوران امر بین تعیین و تخییر بودن عتق به این معنا است که وجوب عتق مطلق است سواء اتی بالصوم اما لا یا وجوب عتق مشروط به عدم اتیان صوم است؟ در این موارد، علم تفصیلی به وجوب عتق در فرض عدم اتیان صوم وجود داشته و وجوب عتق در فرض اتیان صوم مشکوک است با جریان برائت از وجوب عتق در فرض اتیان صوم، تخییری بودن ثابت شده و علم اجمالی منحل می­شود.

مطابق این مبنا دو اشکال توسط مرحوم نائینی و مرحوم آقا ضیاء مطرح شده است.

مرحوم نائینی[[3]](#footnote-3) بیان می­کند: تخییر شرعی بر فرض بازگشت به واجب مشروط، به واجب مشروط بقاءً بازگشت دارد نه واجب مشروط حدوثا. به این معنا که دو واجب مطلق وجود دارد ولی با اتیان یکی از این دو واجب، واجب دیگر از وجوب ساقط می شود نه آنکه وجوب هر یک از این دو در حدوث مشروط به ترک دیگری باشد.

با این تصویر روشن می­شود: در صورت اتیان فرد دیگر (صوم) بقای وجوب (عتق) مشکوک است و اشتغال یقینی مستدعی فراغ یقینی است نه آنکه برائت از وجوب جاری شود. باید دقت داشت: برائت تنها در شک در اصل حدوث تکلیف جریان دارد نه در شک در بقای تکلیف و اگر برائت در شک در بقای تکلیف نیز جاری بود، قاعده اشتغال دیگر موضوع نداشت. مثلا شارع امر به صلاه کرده است و مکلف نمی­داند نماز خوانده است یا نه؟ در این فرض نیز مکلف شک در بقای تکلیف دارد زیرا بر فرض اتیان صلاه، تکلیف ساقط شده و بر فرض عدم اتیان صلاه، تکلیف باقی است. اگر در شک در بقای تکلیف، برائت جاری بود باید از وجوب اتیان صلاه در این فرض برائت جاری شده و قاعده اشتغال کنار گذاشته شود. سایر موارد قاعده اشتغال نیز به همین نحو بوده و شک در بقای تکلیف است.

شهید صدر; در اشکال به مرحوم نائینی بیان می­کند:

اولا: چه دلیل جزمی وجود دارد که در موارد تخییر شرعی، تکلیف حدوثا مطلق بوده و تقید وجوب بقاء است؟ همین که احتمال داشته باشد تقیید در مرحله حدوث است، کافی در جریان برائت خواهد بود.

ثانیا: حتی در موارد شک در بقای تکلیف نیز برائت جاری است و جریان برائت در شک در بقای تکلیف، ارتباطی با قاعده اشتغال و لزوم احتیاط در فرض شک در امتثال ندارد. زیرا در جایگاه خویش بیان کرده­ایم: امتثال باعث سقوط فاعلیت تکلیف است نه فعلیت تکلیف و حتی پس از امتثال نیز فعلیت تکلیف باقی است. به همین دلیل در موارد شک در امتثال، شک در فاعلیت تکلیف است و در شک در فاعلیت تکلیف بر خلاف شک در فعلیت تکلیف، برائت جریان ندارد. پس حتی در مواردی که در بقای فعلیت تکلیف شک وجود داشته باشد برائت جریان دارد و در تخییر شرعی نیز بر فرض مشروط بودن تکلیف در بقاء به فعل دیگری، شک در بقای فعلیت وجود داشته و برائت جاری است.

**و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین**

1. استاد دام ظله در جلسه 22/10/97 فرمود: دوران امر بین تعیین و تخییر عقلی به خصوص در صورت دوم، مانند متباینین است. به این تقریب که: در دوران امر بین تعیین و تخییر عقلی دو حکم واقعی محتمل وجود دارد: وجوب اکرام واحد ممن فی البیت و وجوب اکرام واحد من العلما. از سویی دیگر، مفاد ادله برائت نفی فعلیت حکم واقعی بوده و این ادله اطلاق دارند. با این فرض، اطلاق دلیل برائت فعلیت حکم واقعی متعلق به اکرام من فی البیت را نفی کرده و همین اطلاق، فعلیت حکم واقعی متعلق به اکرام عالم را نفی می کند. اما به این دلیل که ارتکاز عقلایی بر این قائم شده که حکم واقعی لا اقل نسبت به مرحله مخالفت قطعیه بر فعلیت خود باقی است، اطلاق دلیل برائت نمی­تواند فعلیت حکم واقعی موجود بین این دو طرف را نفی کند. نفی فعلیت یکی از این دو حکم واقعی با ادله برائت نیز مصداق ترجیح بلا مرجح است. [↑](#footnote-ref-1)
2. مباحث الأصول، ج‏4، ص: 354 [↑](#footnote-ref-2)
3. أجود التقريرات، ج‏2، ص: 215 (و بالجملة) الشك في التعيينية و التخييرية مع العلم بأصل الوجوب في الجملة يترتب عليه امران (الأول) احتمال تعين ما احتمل عدليته للواجب المعلوم في الوجوب عند تعذر ما هو معلوم الوجوب في مرحلة الامتثال و لا ريب ان الشك من هذه الجهة مورد للبراءة عقلا و نقلا (الثاني) احتمال سقوط الواجب المعلوم مع التمكن منه بإتيان المحتمل وجوبه تخييرا و الشك من هذه الجهة مورد لقاعدة الاشتغال و لا محل لجريان البراءة عقلا و نقلا لا من أصل وجوب المحتمل و لا من جهة التعيينية المحتملة بعد ما عرفت من ان التعيينية ليست قيدا زائدا في أصل الوجوب مجعولا بنفسه و انما هي منتزعة من قيد عدمي و هو عدم جعل العدل للواجب المعلوم وجوبه فمرجع الشك في التعيينية إلى الشك في جعل الدال الراجع إلى الشك في سقوط الواجب المعلوم بإتيان محتمل العدلية و من المعلوم ان الشك في مرحلة السقوط مورد لقاعدة الاشتغال ليس إلا [↑](#footnote-ref-3)