محقق نایینی تخییر را «تخییر در مساله اصولی» می‌داند و آن را به «اخذ احدهما حجة محرزة و طریقا الی الواقع» تفسیر می‌کند نه «تخییر در مساله فقهی» که «تخییر در عمل به مؤدای احد الخبرین نظیر تخییر بین قصر و اتمام» است.[1]

وی ثمراتی مهم بر این که تخییر در مقام در مساله اصولی باشد یا در مساله فقهی مترتب می‌بیند و خلاصه آن، این است:

1. کون التخییر للمفتی فی الفتوی لو کان فی المسأله الاصولیة و للمستفتی فی العمل بمضمون احدهما لو کان فی المسأله الفقهیة الا فی مقام الترافع و فصل الخصومة.
2. کون التخییر استمرارياً اذا کان فی المساله الفقهیة الا ان یقوم دلیل علی خلاف ذلک و بدویاً اذا کان فی المسألة الاصولیة؛ فان معنی کون التخییر فی المسألة الاصولیة هو التخییر فی جعل احد المتعارضین حجة شرعیة و اخذ احدهما طریقا محرزا للواقع و لازم ذلک وجوب الفتوی بما اختاره اولا و جعل مؤداه هو الحکم الکلی الواقعی المتعلق بافعال المکلفین فلا معنی لاختیار الآخر بعد ذلک».[2]

وی سپس پای استصحاب را به میان می‌آورد و آن را در هر دو فرض غیر جاری می‌داند؛ زیرا «بناء علی کون التخییر فی المسألة الفقیهة یکون التخییر باقیا قطعا و بناء علی کون التخییر فی المسالة الاصولیة یکون التخییر مرتفعا قطعا».[3]

ایشان . بالطبع - در فرض شک در جنس تخییر هم استصحاب را نمی‌پذیرد چون شک در مجال و موضوع آن داریم و از باب جریان گزینه تعیین در دوران امر بین تعیین و تخییر باید گزینه تعیین را انتخاب کرد و تخییر را بدوی دانست.[4]

بنابراین نظر محقق نایینی در مساله این است:

1. تخییر در مساله اصولی است.
2. مستفتی از این تخییر بهره مند نیست.
3. تخییر بدوی است.
4. استصحاب هم جاری نیست.

---

1. **فوائد الاصول**، ج4، ص766.
2. همان، ص767و768.
3. همان، ص768.
4. ر.ک: همان، ص768و769.

محقق عراقی[5] تخییر را تخییر در مساله اصولی می‌داند و در ادامه آن می‌فرماید (با تلخیص): «و مرجعه فی الحقیقة الی الامر التعیینی بالعمل بکل واحد من الخبرین مشروطا بالاخذ به؛ فان ذلک مما یستتبع تخییر المکلف بالاخذ باحدهما مقدمة لتحصیل الحجة الشرعیة و من هنا لا یکون الحکم بالتخییر فی الاخذ باحدهما حکما مولویّاً یترتب العقوبة علی ترکه من حیث نفسه و انما هو ارشاد الی حکم العقل بوجوبه مقدمة لتحصیل الحجة الشرعیة مع القدرة علیه؛ کما هو الشأن فی حکمه فی الشبهة قبل الفحص للقادر علی تحصیل الحجة الشرعیة».[6]

وی سپس به بیان نحوه گزینش قاضی و افتای مفتی می‌پردازد. در مورد قاضی بیان دیگران را دارد و در مورد نحوه افتا به طرح سه گزینه می‌پردازد بدین قرار: «ان یختار احد الخبرین و الافتاء علی طبق مضمون ما اختاره من الحکم الفرعی او ان له الافتاء بالحکم الاصولی و هو التخییر فی الاخذ باحد الخبرین فیختار المقلد ما احب منهما او الافتاء بالتخییر فی العمل بکل منهما» و مقتضای تحقیق را مبتنی بر مساله گستره شناسی ادله مبین طرق می‌داند با این بیان (با تلخیص):

«ان قلنا باختصاص الاوامر الطریقیة بالمجتهد فلا شبهة فی انه لیس للمجتهد الفتوی بمضمون هذه الوظائف الفعلیة غیر الشاملة للمقلد العاجز لعدم شمول ادلة رجوع الجاهل الی العالم لمثله فیتعین علیه حینئذ اختیار احد الخبرین و الافتاء بمضمون ما اختاره من الحکم الواقعی و اما ان قلنا: ان الاحکام الطریقیة الظاهریة کالاحکام الواقعیة شاملة للمقلد ایضا .کما هو الظاهر من اطلاق ادلتها بلا اختصاص خطاباتها بالمجتهد لا ذاتا و لا عرضا، من جهة اشتراطها بالفحص لان المتیقن من دلیل الفحص اشتراطه باعمّ من فحص نفسه او مجتهده . فلازمه جواز الافتاء فی التخییر، لان رأی المجتهد کما هو حجة فی تعیین الحکم الفرعی الواقعی باستنباطه من الادلة، کذلک حجة فی تعیین الحکم الظاهری.

بل قد یقال: ان المتعین حینئذ حجیة رأیه فی ما استنبطه من الادلة عند تکافؤ الخبرین لا ما اختاره لنفسه فی مقام العمل. نعم لیس له الافتاء بالتخییر فی المسألة الفرعیة بالعمل علی طبق احد الخبرین؛ اذ هو مع عدم کونه مفادا لادلة التخییر لا یکون مؤدی واحد من الخبرین ایضا فیکون الفتوی بالتخییر بالعمل بهما فتوی بلا دلیل. مضافا الی ما تقدم من امتناع الوجوب التخییری بین العمل بهما بعد انتهاء الامر بینهما فی الغالب الی النقیضین...».[7]

ایشان نسبت به نوع تخییر از جهت استمرار و عدم آن بنا براین که تخییر در مساله اصولی باشد[8] و جریان یا عدم جریان استصحاب، نکاتی دارد که مراجعه به آن ها مفید می‌نماید.[9]

ما در مجال حاضر در حالی تتبع را پایان یافته تلقی می‌کنیم که بیان‌های دیگری نیز از اعیان اصول وجود دارد و مراجعه به آن ها مفید می‌نماید.

---

5 .قبلا از ایشان برخی نکات نقل گردید وی ادراج مسأله را در ذیل مساله تعیین و تخییر قبول نداشت.ر.ک: ص3212.

6 .**نهایة الافکار**، قسم دوم از جزء چهارم، ص210.

7 .همان، ص 210و211.

8 .بنابر تخییر در مساله فقهی، تخییر استمراری است .

9 .همان، صص 212. 214.