

محمد حسین ساکت  
قاضی دادگستری مشهد

## استحسان در نگاه ابن تیمیّه

بررسی استحسان و دیدگاه ابن تیمیّه بر پایه رساله خودنگاشت او

### ۱- درآمد

در قانونگذاری اسلامی پیوسته با دو دسته از منابع روبه‌رو می‌شویم: یکی، منابع اصلی و دیگری منابع فرعی. منابع اصلی بر نصّ یا نقل تکیه دارند و شامل قرآن و سنّت‌اند. منابع فرعی بر عقل، یعنی اجتهاد استوارند و اجماع، قیاس، عقل، استحسان، استصلاح، سدّ ذرایع و عرف را دربرمی‌گیرند. درباره منابع فرعی دیدگاه‌های گوناگونی به چشم می‌خورد که استحسان یکی از آنهاست. از آن‌جا که استحسان در پاره‌ای از دبستانهای حقوق اسلام کاربرد گسترده‌یی داشته‌است، از این‌رو شایسته است تا نگاهی بیندازیم به دیدگاه‌های پیشوایان و برجستگان آن مکتبها و بینشهای حقوقی.

ابن تیمیّه حنبلی که با برخورداری از اجتهاد و بینش ویژه خویش در زمینه کلام و حقوق عمومی اسلامی چشمان پاره‌ای از پژوهشگران مسلمان و خاورشناسان

نامسلمان را خیره ساخته است<sup>۱</sup>؛ دربارهٔ استحسان نیز دارای اندیشه‌ای است که کم‌وبیش بانگاه و نگرش دیگران جدا می‌نماید. آگاهی از اندیشه و باور ابن تیمیه دربارهٔ استحسان برای کسانی که با حقوق تطبیقی اسلام (Islamic Comparative Law)، تاریخ حقوق اسلام (Islamic Legal History) و دانش اصول فقه (Principles of Islamic Jurisprudence) سروکار دارند گرا و شنیدنی است. پیداست که فروغ و دروغ و راست و کاست این دیدگاهها با پژوهشگر کوشا و آزاداندیش و رها از تعصب و گروه‌گرایی است.

رسالهٔ خود نگاشت ابن تیمیه دربارهٔ استحسان زیر عنوان مسألهٔ الاستحسان از دیدرس بسیاری از پژوهندگان پنهان مانده است. اکنون که این یگانه دست نگاشت به کوشش جورج مقدسی (George Makdisi)<sup>۲</sup> نشر یافته است، سرچشمه‌ای ناب برای دریافت اندیشهٔ بنیادین و نهایی ابن تیمیه دربارهٔ یکی از منابع فرعی اجتهاد در دسترس ماست.

این گفتار از دو بخش بافته شده است؛ در بخش نخست، از استحسان، پویش تاریخی و گونه‌های آن سخن می‌گوییم و آن‌گاه، نگاهی می‌اندازیم به نقد و بررسی استحسان و تعریفهایی که از آن به دست داده‌اند.

بخش دوم، در کنار آشنایی با رسالهٔ ابن تیمیه، از اندیشه و روش استدلال او دربارهٔ استحسان آگاهی پیدا می‌کنیم. امید که آن‌چه نگاشته می‌آید گام ناچیزی باشد برای پژوهش‌های مایه‌ور و گستردهٔ پژوهشگران و آشناسازی دانشجویان با اندیشه‌های دیگر حقوق‌دانان مسلمان.

۱- دربارهٔ اندیشهٔ سیاسی ابن تیمیه ر.ک. به کتاب اروین روزنتال که با این ویژگیها چاپ شده است:

Erwin I. J. Rosenthal, Political thought in Medieval Islam, An Introductory Outline, Cambridge University press 1962, PP.15-21.

لاوست (H.Laoust) نیز کتابی به فرانسه در پیرامون اندیشهٔ سیاسی ابن تیمیه نشر داده است.

۲- برای آگاهی از ویژگیهای این رساله بنگرید به بند ۱۱ و پانوش شماره ۲، بخش دوم گفتار کنونی.

## ۲- استحسان چیست؟

واژه استحسان از ریشه «حَسَن» به معنای نیکو شمردن و پسندیدن است.<sup>۱</sup> به سخن دیگر، به آن چه انسان گرایش و کشش دارد و از صورتها و معنیها می پسندد، اگر چه دیگری آن را نکوهیده و ناپسند انگارد، استحسان می گویند.<sup>۲</sup> بدین سان، استحسان (پسندیدن)، نمود و نماد و چیزهای مادی و معنوی رار در برمی گیرد، این همان است که «ذوق» نام دارد.

در اصطلاح دانش اصول فقه، استحسان (Juristic Preference) یعنی دست برداشتن و رو برتافتن از یک مسأله که ماندهایی دارد و ابراز و اعلام حکمی دیگر به خاطر دلیلی شرعی (قانونی)<sup>۳</sup>.

## ۳- پویش تاریخی استحسان

هنوز به درستی نمی دانیم که استحسان برای نخستین بار در چه زمانی به مفهوم اصولی خود به کار رفته است. گلدزیهر (Goldziher) می پنداشت که ابوحنیفه پایه گذار اصل استحسان بوده است. بررسیهای بعدی ژوزف شاخت (J.Schacht) نشان داد که عراقیان پیش از ابوحنیفه این اصطلاح فنی را به عنوان بخشی از استدلال خویش به کار می برده اند. شاخت می گوید، ابوحنیفه در هیچ کدام از نگاشته ها و گفته هایش از استحسان یاد نکرده است.<sup>۴</sup> با این همه، پذیرش این سخن که استحسان،

۱- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، به کوشش محمود عادل، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، الطبعة الثانية ۱۴۰۸ هـ.ق. / ۱۳۶۷ هـ.ش)، ج ۱، ص ۵۱۵: «إِسْتَحْسَنَ الشَّيْءَ: عَدَّهُ حَسَنًا، وَ مِنْهُ الإِسْتِحْسَانُ عِنْدَ أَهْلِ الرَّأْيِ».

۲- عبدالله القلیلی، «الاستحسان والمصلحة المرسلّة»، در اسبوع الفقه الاسلامی و مهرجان الامام ابن تیمیّه دمشق: المجلس الاعلی لرعاية الفنون و الآداب و العلوم الاجتماعیّه ۱۶ - ۲۱ شوال ۱۴۲۰ هـ، ص ۲۴۳.

۳- محمد سلام منکور، المدخل للفقه الاسلامی: تاریخچه و مصادره و نظریاته العامة، قاهره: دارالنهضة العربیة، الطبعة الثانية ۱۳۸۲ هـ / ۱۹۶۳ م، ص ۲۳۸.

4- Joseph Schacht, The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford: Clarendon Press 1959, P.112.

مانند قیاس، در سده نخست هجری پدیدار شد<sup>۱</sup> نیازمند پژوهش بیشتری است و به سادگی نمی‌توان بدان تن داد. شاید در عمل، به هنگام رأی دادن، کسانی مانند عبدالله عمر (م: ۷۳هـ) پای استحسان را برای استنباط رویدادهای تازه باز کرده بودند<sup>۲</sup> ولی هیچ‌گاه در آن هنگام این اصطلاح آشکار نگردید. دکتر شاخت اثبات می‌کند که اگرچه فقیهان عراقی پیش از ابوحنیفه در عمل استحسان را به‌کار می‌بردند، ولی برای نخستین بار این ابویوسف (م: ۱۸۲هـ) بود که اصطلاح استحسان را به‌کار گرفت. ابویوسف، شاگرد برجسته ابوحنیفه و قاضی القضاة هارون الرشید، در صورت اضطرار و ضرورت (Vis maior) از روش استحسان بهره می‌گرفت. این همان چیزی است که سرخسی آن را استحسان می‌نامد<sup>۳</sup>. ابویوسف می‌نویسد:

[این مسأله] برابر قیاس این بود، جز آن که همانا من استحسان کردم (پسندیدم و برابر دیدگاه خویش نظر دادم)<sup>۴</sup>.

آن‌چه پذیرفتنی است آن‌که مالک بن انس (م: ۱۷۹هـ / ۷۹۵ م.)، پایه‌گذار دبستان مالکی، در پیوند با احکام فقهی که در حدیث برای آنها منبعی نمی‌یابد، اصطلاح استحسان را به‌کار می‌گیرد:

«این مسأله‌ای است که از پیشینیانم چیزی به‌من رسیده است. این چیزی است که برابر دیدگاه خویش آن را پسندیده‌ام و رأی داده‌ام»<sup>۵</sup>.

شاخت بر آن است که نشانی از اصطلاح استحسان در **الموطأ والمدونة** و نیز در سخنان پیشین مالک نمی‌بینیم. این ابن قاسم شاگرد مالک بن انس بود که اصطلاح استحسان را بر زبان استادش گذاشت و آن را باز نگاشت<sup>۶</sup>.

۱- محمدابراهیم جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران: انتشارات کیهان، چاپ اول زمستان ۱۳۷۰، ص ۳۱۵.  
۲- همان، ص ۳۱۴.

3- Schacht, op. cit., p. 112.

۴- ابویوسف، کتاب الخراج، بولاق: مطبعة الاميرية ۱۳۰۲، ص ۱۱۷.

۵- مالک بن انس، المدونة الكبرى، قاهره: مطبعة السعادة ۱۳۲۳ هـ، ج ۱۶، ص ۲۱۷؛ همین‌گونه ج ۱۴، ص ۱۳۴: «و انْهَا هُوَ شَيْءٌ اسْتَحْسَنَاهُ».

6- Schacht, Ibid, P.118

اگرچه گفته شاخت در خور نگرش است، ولی بر پایه آن چه گفتیم به هر حال برای نخستین بار در نگاشته‌های فقهی مالک به اصطلاح استحسان برمی‌خوریم. استحسان، از آن پس در نگاشته‌های حقوقدانان مسلمان به کار رفت. با این همه، نقش ادبی خود را در حدیث برجای گذاشت. نشانه آغازین این اصطلاح در حدیث به نیمه نخست سده سوم هجری / هشتم میلادی بازمی‌گردد<sup>۱</sup>. برای نمونه، در کتاب صحیح بخاری (م: ۲۵۶ هـ) به تعبیر استحسان به معنای تصمیم‌گیری برای تفسیر و برداشتی ویژه از شرع (قانون) در پی دید و درنگ خود شخص برمی‌خوریم<sup>۲</sup>.

#### ۴- شالوده استحسان

کسانی که از روش استحسان به عنوان یکی از منابع اجتهاد پیروی می‌کنند، شالوده آن را در قرآن، سنت و اجماع یافته‌اند. افزون بر این، قاعده ضرورت<sup>۳</sup> در پرداخت استحسان بسیار یاریگر افتاده است. اینک، نگاهی داریم به خمیر مایه‌های استحسان.

#### الف- قرآن

کسانی که شالوده استحسان را در قرآن می‌جویند به شش آیه زیرین از کتاب آسمانی مسلمانان استناد می‌ورزند:

۱- وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ مِنْ بَهِتَرِينَ أَنْ يَكُونَ لَكُمْ حُرْمٌ مِنْ شَيْءٍ إِذْ يُقَالُ إِنَّهُ حُرْمٌ بَدِيعٌ قَدِيمٌ (زمر / ۵۵).

۲- فَبَشِّرْ عِبَادَ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ وَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ: پس به بندگانم که گوش فرامی‌دهند، نیکوترین آن را پیروی می‌کنند مژده ده (زمر / ۱۸).

1- R. Paret, "Istihsan", in the Encyclopedia of Islam. New Edition, P. 256.

2- Ibid (صحیح بخاری وصایت، باب هشتم)

۳- الضَّرُورَاتُ تُبَيِّحُ الْمَحْظُورَاتِ.

۳- وَ مَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِمَّنْ دَعَا إِلَى اللَّهِ وَ عَمِلَ صَالِحًا؟ و کیست نکوتر در سخن از آن که بخواند به سوی خدا و کردار نیک انجام دهد؟ (فُصِّلَتْ / ۳۳).

۴- وَ أَمْرٌ قَوْمَكَ يَأْخُذُوهَا بِأَحْسَنِهَا: و بفرمای قومت را تا نیکوترین آن (تورات) را برگیرند (اعراف / ۱۴۵).

۵- وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ: در دین بر شما رنجی را ننهاد (حج / ۷۸).

۶- يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ: خدا بر شما آسانی خواهد و نخواهد برای شما سختی را (بقره / ۱۸۵).

همان گونه که می بینیم در این آیه ها همخانواده های واژه استحسان (أَحْسَن) و نیز دو اصطلاح عُسر و حرج (تنگدستی و رنج و سختی) دیده می شود.

### ب- حدیث

عبدالله مسعود این سخن را از پیامبر اسلام (ص) بازگو کرده است که فرمود: «مَارَ آهَ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا قَهْوُ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ؛ مسلمانان آن چه را نیکو شمارند پیش خدا نیکوست».

اگرچه سیف الدین آمدی (م: ۶۳۱ هـ) این گفته را حدیث پیامبری دانسته است<sup>۱</sup>، ولی بسیاری دیگر در ریشه و پیشینه حدیث بودن آن دو دلی نشان داده اند و آن را از سخنان خود عبدالله مسعود و، به هر حال، حدیث مرفوع به شمار آورده اند. برخی گفته اند گیریم که این سخن از پیامبر (ص) نباشد و عبدالله مسعود آن را بر زبان رانده باشد، باز هم با سبک و سیاق آموزشهای اسلامی و این فرمورده پیامبر (ص) همخوان است که: اُمَّتٌ مِّنْ بَرٍّ كَمَا رَأَيْتُكُمْ يَوْمَ بَدْرٍ كَمَا رَأَيْتُكُمْ يَوْمَ بَدْرٍ (لا تَجْتَمِعِ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ)<sup>۲</sup> و بدین گونه، خواسته اند پشتوانه یی برای کاربرد استحسان بیابند.

۱- جناتی، منابع اجتهاده ص ۲۲۴.

۲- صبحی صالح، «الاستحسان والمصالح المرسله»، در اسبوع الفقه الاسلامی، ص ۲۹۲.

## پ - اجماع

با آن که در اجاره باید عَوْض و مَعْوَض معلوم باشد، ولی همگان برآنند که به هنگام رفتن به گرمابه نیازی نیست تا زمان ماندن و اندازه مصرف آب را تعیین کنیم؛ با آن که همه جا نرخ معین و ثابتی هم به گرمابه دار نمی پردازیم. این کار از روی استحسان انجام می پذیرد، زیرا هیچ گاه پیشتر درباره بهای پرداختی و مانند آن با گرمابه دار قرار و مداری نمی بندیم.

## ت - عقل

همگی دستورها و بازداریهای شرع و قانون (اوامر و نواهی بر پایه مصلحتها و مفسده های فردی و بویژه اجتماعی استوار است. به گفته شاطبی: «پی بردن به مصلحتها و مفسده ها از رهگذر قیاس گاهی به نتیجه یی نکوهیده می انجامد. این جاست که عقل و اندیشه فرمان می دهد تا قیاس را واگذاریم و برابر استحسان رفتار کنیم و بدین قاعده رو آوریم»<sup>۱</sup>.

## ث - سخنان مجتهدان

اصطلاح استحسان بر زبان برخی از پیشوایان و دانشمندان تسنن و پایه گذاران دبستانهای حقوق اسلام مانند مالک و شافعی رفته است. برای نمونه، با آن که شافعی با استحسان سر ناسازگاری داشت، ولی در مدت به کارگیری حق شفعه می گفت: «برای شفیع [در زمان کاربرد حق شفعه] تا سه روز استحسان می کنیم»<sup>۲</sup>.

## ۵- هواداران استحسان

دبستانهای حنفی، مالکی و حنبلی در استنباط احکام از روش استحسان بهره

۱- شاطبی، الموافقات، شماره: المطبعة السلفية ۱۳۴۱ هـ، ج ۴، صص ۲۰۵ و ۲۰۸.

۲- عبدالله الغزالی، «الاستحسان والمصلحة المرسله»، ص ۲۵۴.

گرفته‌اند، اگرچه درباره گستره آن با یکدیگر همداستان نبوده‌اند. با این همه، حنفیان بیشترین پشتیبانی از استحسان را نشان داده‌اند.

فقیهان حنفی از پَرْدَوِی (م: ۴۸۲ هـ / ۱۰۸۹ م)، سرخسی (م: ۴۸۲ هـ / ۱۰۹۰ م)، نَسَفِی (م: ۷۰۹ هـ / ۱۳۱۰ م) و دیگران گرفته تا بحر العلوم (م: ۱۲۵۵ هـ / ۱۴۱۰ م) همگی کوشیدند تا در برابر خرده‌هایی که بر این نظریه می‌گرفتند بایستند و پاسخ دهند. آنان با تعیین قلمرو و ساماندهی دقیق‌تر به نظریه استحسان به دعوی کسانی پاسخ می‌دادند که می‌گفتند عقیده دلخواه فقیه شخصی حوزه گسترده‌ای یافته‌است. اگرچه در مواردی خاص، قاعده استحسان از قیاس فاصله می‌گرفت، ولی کاربرد آن - به گفته آنان - با خواستها و ذوقهای شخصی و نبود اندیشیدنی روشمند انجام نمی‌گرفت<sup>۱</sup>.

شیعه زیدیه، استحسان را در استنباط احکام دلیل به‌شمار می‌آورد. اباضیان نیز دارای همین پایگاهند، ولی آن را گونه‌یی استدلال می‌دانند<sup>۲</sup>.

### ۶- استحسان از دریچه چشم مخالفان

در برابر هواداران و پشتیبانان نظریه استحسان، دبستانهای شیعه، شافعی و ظاهری هیچ‌گاه به استحسان به چشم یکی از دلیلهای شرعی نمی‌نگریستند و پیوسته با آن ناسازگاری نشان می‌دادند.

در میان دبستانهای حقوقی اسلام تسنن، شافعی بیشترین واکنش را نشان داده‌است. شافعی (م: ۲۰۲ هـ / ۸۲۰ م) از بیخ و بن استحسان را رد می‌کرد، زیرا می‌ترسید با زیر پا نهادن قاعده‌های مسلم و رسمیت یافته اصول فقه - قیاس

1- Paret, "Istihsan, in The Encyclopedia of Islam, p. 256.

۲- محمد کمال‌الدین امام، اصول الفقه الاسلامی، بیروت: المؤسسة الجامعیة للدراسات والنشر و التوزیع، الطبعة الاولى ۱۴۱۶ هـ / ۱۹۹۶ م، ص ۲۱۵.



استحسان گریزگاهی گردد برای ساخت و پرداخت حکمی دلبخواه و دلپسند. نگرانی و دلواپسی شافعی در سخن زیرین او آشکارا پیداست:

خداوند به هیچ بشری حتّی پیامبرش (ص) اجازه نداده است تا بی علم و آگاهی کامل و تمام در نزد خویش به ارائه نظرهایش (قَوْل) بپردازد<sup>۱</sup>.

بدین گونه، اگر کسی برخلاف سخن بالا استحسان را به کار بندد در برابر بزرگترین قانون گذار - خداوند (شارع) - به قانون گذاری دست یازیده است<sup>۲</sup>.

دو دانشمند برجسته شافعی - غزالی (م: ۵۰۵ هـ / ۱۱۱۲ م.) و قاضی بیضاوی (م: ۶۸۵ هـ / ۱۲۸۷ م.) - بحثی را که شافعی آغاز کرده بود در قالبی جامع تر و روشمندانانه تر از سرگرفتند و تکامل بخشیدند. استحسان در نگاه آنان تنها تا آن جا که مستند به اصل تخصیص (برتری دادن امری جزئی بر امری کلی) باشد می تواند پذیرفتنی و تأیید شده به شمار آید، ولی چون تخصیص در دل قیاس نهفته است، بواقع استحسان نقشی بازی نمی کند. دیگر نویسندگان سرشناس شافعی مانند سبکی (م: ۷۷۴ هـ / ۱۳۷۰ م.) و جلال الدین محلی (م: ۸۶۴ هـ / ۱۴۶۰ م.) همین دیدگاهها را نشان می دادند<sup>۳</sup>.

در یک نگاه، می توان گفت کسانی که قیاس را در دبستان حقوقی خویش نمی پذیرند - شیعه<sup>۴</sup>، معتزله و ظاهریه<sup>۵</sup> - استحسان را نیز پذیرا نیستند. شافعیان با آن که از رأی و قیاس سخت دفاع می کنند با استحسان سر ستیز دارند<sup>۶</sup>.

۱- شافعی، الرسالة، چاپ شده در آغاز کتاب الام، بولاق: ۱۲۲۵ هـ ص ۷۰.

۲- غزالی، المستصفی من علم الاصول، قاهره: مطبعة التجارية ۱۲۵۶ هـ / ۱۹۳۷ م، ج ۱، ص ۲۷۴: «مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَعَ».

3- Paret, Ibid, P. 256.

۴ و ۵- محمدتقی الحکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، بیروت: دارالاندلس للطباعة و النشر، الطبعة الاولى ۱۹۶۲، ص ۳۶۲.

۶- محمدیوسف موسی، تاریخ الفقه الاسلامی، دعوة قوية لتجديده بالرجوع لمصادره الاولى، قاهره: دارالکتب الحديثة، طبعة جديدة ۱۳۷۸ هـ / ۱۹۵۸ م، صص ۲۵۸ - ۲۵۹.

## ۷- استحسان در نگاههای رنگارنگ

برای آگاهی از چیستی استحسان بجاست تا تعریف و شرایط آن را در نگاههای رنگارنگ و دبستانهای گوناگون به بررسی بنشینیم.

### یک - پایگاه شیعه

از آن جا که دبستان شیعه با رأی‌گرایی هم‌نوا نیست با استحسان نیز هم‌گام نیست و آن را درست نمی‌داند. نویسندهٔ *قوانین الاصول*، استحسان را «چشم‌پوشی از دلیل شرعی و روآوری به عادت برای مصلحت و سود مردم می‌شناساند»<sup>۱</sup>. همین تعریف را شوکانی (م: ۱۲۴۷ هـ) در *ارشاد الفحول* خود، بی‌آن‌که آن را به‌کسی پیوند دهد، آورده‌است.<sup>۲</sup>

ابوالقاسم گیلانی (محقق قمی) استحسان را از آن‌رو باطل می‌شمارد که نه دارای دلیل شرعی درخور پذیرش است و نه رسانندهٔ گمان معتبر به حکم شرعی. افزون بر اینها، اجماع و روایتهای امامیه بیانگر نهی از حکم برابر استحسان است<sup>۳</sup> نتیجه آن‌که آن‌چه را مجتهد برابر ذوق و عرف خویش یا مانند آن می‌پسندد و اماره‌یی شرعی ندارد باطل است، زیرا دلیلی برای آن در دست نیست. با این همه، اگر استحسان به‌ظاهر دلیل لفظی برگردد و یا منظور از آن، گرفتن و کاربرد قویترین دلیل باشد، استحسان رواست چرا که دلیل مستقلی در برابر کتاب و سنت به‌شمار نمی‌آید و اعتباری فروتر از کتاب و سنت پیدا می‌کند<sup>۴</sup> بدین‌گونه، شیعه گاهی استحسان را در فروع فقهی خویش به‌کار می‌برد، ولی هیچ‌گاه آن را در برابر کتاب، سنت و اجماع، یک اصل

۱- ابوالقاسم حسن بن گیلانی (محقق قمی)، *قوانین الاصول*، چاپ تفرشی، جلد دوم، ص ۹۲.

۲- محمد عبدالقادر مکادی، «بحث فی الاستحسان»، در *اسبوع فی الفقه الاسلامی*، ص ۲۰۲.

۳- همان، ص ۲۲۰؛ جناتی، *منابع اجتهاد*، صص ۳۱۹ - ۳۱۸؛ ابوالحسن محمدی، *مبانی استنباط*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم ۱۳۷۲، ص ۲۴۰.

۴- جناتی، همان، ص ۳۱۸.

نمی‌دانند. گفتنی است که ابوالقاسم گیلانی «انسدادی» است یعنی به حجّت ظنّ سخت اعتقاد دارد، ولی از آن‌رو با استحسان مخالف است که اصولاً رساننده ظنّ نیست. در نگاشته‌های اصولی شیعه هرگز اصطلاح استحسان کاربرد پیدا نکرده است.<sup>۴</sup>

### دو - دیدگاه حنفی

با آن‌که از زبان ابوحنیفه (م: ۱۵۰ هـ / ۷۵۷ م.) درباره تعریف استحسان و کشف واقعیت آن چیزی بازگو نشده است، ولی او را پیشوای استحسان‌گرایان دانسته‌اند.<sup>۵</sup> او خداوندگار قیاس یا رأی (analogy) بود.<sup>۶</sup> در قیاسهایی که ابوحنیفه انجام می‌داد، شاگردانش به بحث و گفتگو می‌پرداختند، ولی به گفته محمد بن حسن شیبانی (م: ۱۸۹ هـ) هرگاه استاد می‌گفت: می‌پسندم و نیکو می‌شمارم (أستحسنُ)، دیگر کسی با او کشمکش نشان نمی‌داد و سختش را می‌پذیرفت.<sup>۷</sup>

این شاگردان و پیروان دبستان ابوحنیفه بودند که درباره استحسان نگاشتند و سخن گفتند. ابوالحسن گرّخی (م: ۳۴۰ هـ) استحسان را این‌گونه می‌شناساند:

«چشم‌پوشی از حکم مسأله‌ای که همانند و همسان آن پیشتر داده شده است و روآوری به حکم مسأله‌یی برخلاف آن به خاطر دلیلی نیرومندتر که این چشم‌پوشی را پیش می‌آورد».<sup>۸</sup>

۱- محمد کمال‌الدین امام، مقدمة لدراسات الفقه الاسلامی، مدخل منهجی، بیروت: المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، الطبعة الاولى ۱۴۱۶ هـ / ۱۹۶۶ م.، ص ۱۷۶.

۲- شیخ محمدرضا مظفر که اصول الفقه او در حوزه‌ها و دانشکده‌ها تدریس می‌شود گذرا از استحسان، مصالح مرسله و سدّ ذرایع سخن گفته است و آنها را از نظر اعتبار فروتر از قیاس می‌شناسد و بر آن است که اگر اینها به ظواهرهای ادلّه شنیداری و ملازمات عقلی برنگردند، دلیلی بر حجیت آنها وجود ندارد، چرا که از نمودارترین دسته‌های ظنّ نهی شده‌اند. او در پایان بحث کوتاه یک برگ و نیم خود پیرامون این سه مسأله مهم، دانش‌پژوهان را به کتاب *الاصول العامة للفقه المقارن* سیدمحمدتقی حکیم ارجاع داده است (محمدرضا مظفر، *اصول الفقه*، الجزء الثالث، صص ۲۰۵ - ۲۰۶).

۳- مکادی، «بحث فی الاستحسان»، ص ۳۲۱.

۴- فقیهان عراق بیشتر اصطلاح رأی را به کار می‌بردند و اصطلاح قیاس کاربرد اندکی داشت (Schacht, op. cit, P. 109).

۵- مصطفی احمد الزرقاء، *المدخل الفقهي العام* دمشق: دارالفکر، طبعة تاسعة مفتحة مزیدة ۱۹۶۷ -

۱۹۶۸ م.، ج ۱، ص ۷۸؛ مکادی، «بحث فی الاستحسان»، ص ۳۲۱.

۶- زرقاء، *المدخل الفقهي العام*، ج ۱، ص ۷۷.

بدین‌گونه، برابر تعریف یادشده استحسان یعنی گسستن آن مسأله از همسان و همانندش که عکس قیاس آشکار است، زیرا قیاس آشکار پیوند دادن آن مسأله است به همانند و همسانش به‌هنگام حکم دادن<sup>۱</sup>.

تعریف زیرین از استحسان را به‌پیروان و هواداران دبستان حنفی پیوند داده‌اند: دلیلی که در نزد مجتهد ثابت است، ولی چون یارای بیانش را ندارد نمی‌تواند به‌بیان آن پردازد<sup>۲</sup>. شافعی برپایه همین تعریف است که تندترین خرده‌گیری از استحسان را نشان داده‌است و کمی پایین‌تر از آن سخن خواهیم گفت.

سرخسی (م: اواخر سده پنجم هجری؟) می‌گوید: استحسان دست برداشتن از قیاس است و رفتار به‌آن‌چه برای مردم هموارتر و دمسازتر است. در استحسان، آسودگی، فراخی و آسانگیری نهفته‌است<sup>۳</sup>.

کمال بن همام (م: ۸۶۱ هـ / ۱۴۵۷ م.) استحسان را از نگاه حنفیان این‌گونه شناخته‌است: الف. قیاسی پنهان که در برابر قیاس پیدا قرار گرفته‌است؛ ب. دلیلی است که در برابر قیاس پیدا قرار گرفته‌است خواه آن دلیل نص باشد یا اجماع<sup>۴</sup>.

در یک نگاه، حنفیان استحسان را در برابر قیاس قرار می‌دادند، زیرا در دادوستدها و عرف و عادت رفتار بدان آسان می‌نماید. با استحسان، قیاس پنهان (= قیاس خفی) (concealed analogy) را بر قیاس پیدا (= قیاس جلیّ apparent analogy) برتری می‌دهیم و مسأله‌ی جزئی را از قاعده‌ای کلی استثنا می‌کنیم و جدا می‌سازیم<sup>۵</sup>.

۱- محمد معروف الدوابی، المدخل الی علم اصول الفقه، دمشق: مطبعة الجامعة السورية، طبعة ثانية ۱۳۷۴ هـ / ۱۹۵۵ م.، صص ۲۶۶-۲۶۸؛ مصطفی الزرقاء المدخل الفقهي العام، ج ۱، ص ۷۷.

استاد دکتر جعفری لنگرودی می‌نویسد که کرخی و برخی از پیروان ابوحنیفه به‌جای تعریف استحسان تنها مثالهایی آورده‌اند (مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، تهران: ابن‌سینا ۱۳۵۳، ص ۱۵۴). برخی از نویسندگان، تعریف یادشده از کرخی را بهترین تعریفی می‌دانند که از استحسان بازگو شده‌است.

۲- مکادی، همان، ص ۲۹۹.

۳- سرخسی، المبسوط، قاهره: مطبعة السعادة ۱۳۲۴ هـ، ج ۱، ص ۱۴۵.

۴- عبدالله القلیقلی، «الاستحسان و المصلحة المرسله»، ص ۲۴۳.

۵- محمدسلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامی، صص ۲۲۸-۲۳۹؛ عبدالله القلیقلی، «الاستحسان و

المصلحة المرسله»، ص ۲۵۰.

حنفیان تا آن جا پیش می‌رفتند که می‌گویند پیشوای آنان - ابوحنیفه می‌گفت: «من استحسان می‌کنم و قیاس را وامی‌گذارم»<sup>۱</sup>.

### سه - بینش مالکی

پایه‌گذار دبستان مالکی - مالک بن انس - استحسان را  $\frac{۹}{۱۰}$  دانش می‌دانست. استحسان در نگاه مالکیان دست برداشتن از قیاس پیداست برای یکی از کارهای سه‌گانه زیر:

۱- هرگاه با عرف چیره و یا عادت رایج دوگانه نماید؛ ۲- با مصلحت برتر ناسازگاری نشان دهد و ۳- یا آن‌که به رنج و تنگدستی و دشواری انجامد. بدین‌سان، استحسان در بیشتر جاها گرایش به مصلحت و دادگری است.<sup>۲</sup>

از نمونه‌هایی که مالکیان آورده‌اند پیداست که آن‌چه را حنفیان استحسان می‌گویند مالکیان مصالح مُرسله (Unspecified Expediency) نام نهاده‌اند.<sup>۳</sup>

ابن قاسم، شاگرد مالک، رأی و قیاس را مترادف به‌کار می‌برد، ولی دبستان مالکی واپسین، استحسان را در برابر و رویاروی رأی به‌کار می‌گرفت.<sup>۴</sup> جایگزینی استصلاح (the doctrine of utility) به جای استحسان در دبستان مالکی تنها یک انگیزه داشت و آن رعایت سود و مصلحت همگانی (Public Interest) بود و بس.<sup>۵</sup>

با بررسی دیدگاه‌های مالکیان به‌این دستاورد می‌رسیم که استحسان رفتار به‌نیرومندترین دو دلیل است. به‌سخن دیگر، کاربرد مصلحت جزئی و موردی در برابر قیاس کلی استحسان نام دارد.<sup>۶</sup>

۱- قلبلی، همان ص ۸۲.

۲- مصطفی الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ۱، ص ۸۸.

3- Schacht, The Origins of Muhammadan Jurisprudence, P. 111.

4- Ibid, P.116.

۵- مصطفی الزرقاء، المدخل، ج ۱، ص ۸۲.

۶- مکادی، همان، ص ۳۰۱.

### چهار - نگاه حنبلی

ابن قُدامه (م: ۶۲۰ هـ) منظور از استحسان را چشم‌پوشی از حکم دو مسأله‌ی که همانندهایی دارد و روآوری به حکمی دیگر به خاطر ویژه‌ی از قرآن یا سنت می‌داند. به‌سخن دیگر، دست برداشتن از حکمی و پرداختن به حکمی دیگر که از آن سزاوارتر است.<sup>۱</sup>

گفتنی است که اگرچه همگی حنبلیان استحسان را پذیرفته‌اند، ولی به‌چهره‌ی محدودتر از آن بهره گرفته‌اند.<sup>۲</sup>

### پنج - استحسان در چشم شافعیان

پایه‌گذار دبستان شافعی - محمدبن ادریس شافعی - پیشاهنگ ستیزگران با استحسان به‌شمار آمده‌است. او در فصل ویژه‌ی از کتاب الامّ خویش به استحسان و ابطال آن پرداخته‌است. او خود تعریفی از استحسان ارائه نمی‌دهد و در نکوهش آن می‌گوید که: استحسان هوس‌بازی است و کسی که دست به استحسان می‌زند به قانونگذاری دست یازیده‌است و خداوند بشر را رها نگذاشته‌است تا هرگونه بخواد برابر هوای دل و هوس خویش حکم دهد. ما کتاب، سنت و قیاس را داریم. اجتهاد از رهگذری دیگر جز اینها، استحسان است که باطل است.<sup>۳</sup>

شافعی مَهْرُ الْمُسْمَايَ زَن در ازدواج موقت (متعّه) را سی درهم می‌داند و شریک مال غیر منقول برای بهره‌گیری از حقّ شفعهٔ خویش تنها تا سه روز فرصت دارد. اگر مأمور اجرای حکم، به‌جای بریدن دست چپ دزد، دست راست او را ببرد هیچ‌گونه

۱- محمد عبدالقادر المکادی، «بحث فی الاستحسان»، ص ۳۰۲.

۲- محمد کمال‌الدین امام، اصول الفقه الاسلامی، ص ۲۱۵. استاد دکتر جعفری لنگرودی بر آن است که حنبلیان با استحسان مخالفند (جعفری لنگرودی، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، ص ۱۵۶). تا آن‌جا که از متون برمی‌آید، حنبلیان با استحسان همراهند، ولی کاربردی به‌گسترده‌ی حنفیان و مالکیان از آن ندارند.

۳- مکادی، «بحث فی الاستحسان»، ص ۳۱۶.

مسئولیتی ندارد. همه این احکام از روی استحسان اصدار یافته است و نه قیاس. پس، شافعی به استحسانی می‌تازد که بدون دلیل و با نصّ باشد، به سخن دیگر، شافعی به استحسان لغوی می‌تازد و استحسان اصطلاحی را می‌پذیرد. او استحسان را در برابر قیاس به عنوان دلیل مستقل نمی‌پذیرد و آن را به کار نمی‌گیرد.<sup>۱</sup>

### شش - ظاهریان و استحسان

کسانی که از داوود بن علی ظاهری اصفهانی (م: ۲۴۰ هـ) پیروی می‌کردند ظاهریّه نام داشتند: داوود، نخست، مذهب شافعی داشت و پیداست که زیر تأثیر او به استحسان می‌تاخت، ابن حزم اندلسی (م: ۴۵۶ هـ) اگرچه تعریفی از استحسان نشان نمی‌داد، ولی آن را به این دلیل که حکم دادن دلبخواه و هوسناکانه است باطل می‌دانست. او می‌گفت: حق، حق است اگرچه مردم از آن خوششان نیاید و باطل، باطل است هر چند مردم آن را بپسندند و نیکو شمرند.<sup>۲</sup>

### ۷- گونه‌های استحسان

از بررسی گونه‌های دلیل و علتی که به خاطر آن، مسأله استحسانی از هماندهایش در قیاس می‌گسلد، می‌توان به دو گونه استحسان پی برد: استحسان قیاسی و استحسان ضرورت.

برای آن که بهتر با این دو گونه استحسان آشنا شویم، نمونه‌هایی از هر کدام را به هنگام گفتگو می‌آوریم.

### ۱-۷. استحسان قیاسی

همان گونه که دیدیم، در نگاه حنفیان استحسان چیزی جز تخصیص قیاس

۱- غزالی، المستصفی، ج ۱، ص ۲۷۵. برای آگاهی از استدلال غزالی در ردّ استحسان بنگرید به مکادی، همان صص ۳۱۶-۳۱۷.

۲- مکادی، «بحث فی الاستحسان»، صص ۳۱۸-۳۱۹.

به دلیلی نیرومندتر نیست. در واقع، استحسان همان قیاس پنهان است. سرخسی بر آن است که دوگونه قیاس داریم: یکی، قیاس پیدا (جلی) که اثرش کم و ناتوان است و قیاس خوانده می‌شود و دیگری قیاس پنهان (خفی) با اثری نیرومند که استحسان یا قیاس پسندیده نام دارد.<sup>۱</sup> به هنگام تعارض میان این دوگونه قیاس، نیرومندترین آنها همان استحسان است.<sup>۲</sup>

بدین‌گونه، در استحسانِ قیاسی برابر قیاسِ پیدا رفتار می‌کنیم و از قیاسِ پنهان - که در این‌جا همان قاعده همگانی است - دست می‌کشیم. در قیاس پنهان، دلیل آن نهفته و ناپیداست و بر قیاسی که دلیلش پیدا و آشکار است برتری داده می‌شود.<sup>۳</sup>

برای استحسانِ قیاسی نمونه‌های زیرین درخور نگارش است:

### وقف زمینهای کشاورزی

اگر کسی برای کاری نیک و خداپسندانه زمینی را وقف کند، آیا در وقف، حقوق پیوسته و پیرو زمین (حقوق ارتفاقی) مانند حق آبیاری (شرب) و حق گذر (مرور) نیز وارد می‌شود یا آن‌که تنها با بودن نصّ این حقوق تعلق خواهد گرفت؟

برای یافتن پاسخ باید به قیاس موضوع با حکم همانند و همسان دست زد. در این‌جا، برای این رویداد دو همانند پیدا می‌کنیم: یکی عقد بیع و دیگر عقد اجاره. در عقد بیع، تا نصّ نداشته باشیم نمی‌توانیم حقوق ارتفاقی را به زمین وقفی سرایت دهیم ولی در عقد اجاره چنین نیست و حکم آن پیرو زمین اجاره است. اگر بگوییم هم در خرید

۱- سرخسی، المبسوط، ج ۱۰، ص ۱۳۵.

۲- خضری بک محمد، اصول الفقه، قاهره: المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة السادسة ۱۳۸۹ هـ / ۱۹۶۹ م، صص ۲۲۴ - ۲۲۵.

در واقع، قیاس جلی یعنی آنچه بی‌اندیشه و درنگ به فهم همگان برسد و قیاس خفی یعنی آنچه فهمها پس از دقت و تأمل و اندیشه آن را می‌یابند (جناتی، منابع اجتهاد، ص ۳۱۰).

۳- عبدالرحمن الصابونی، المدخل لدراسة التشريع الاسلامی، دمشق: جامعة دمشق، الطبعة الرابعة ۱۳۹۸ هـ / ۱۹۷۸ م، ج ۱، ص ۹۱.



و فروخت (بیع) و هم در وقف، مالکیت زمین از کف دارنده اش بیرون می‌آید و وقف زمین همانند خرید و فروخت آن است، پس تا نصی نباشد نمی‌توانیم حقوق ارتفاقی را به زمین وقفی سرایت دهیم. حال، اگر وقف را با اجاره بسنجیم دیگر نیازی به بودن نص برای سرایت حقوق ارتفاقی به زمین وقفی نداریم، زیرا هم در اجاره و هم در وقف، ما از منفعت عین ملک (عین مستأجره و عین موقوفه) بهره می‌گیریم و نه از خود عین آنها. بدین سان، قیاس پیدا (جلی) سنجیدن «وقف» با «بیع» است، چراکه در هر دو مالکیت از کف دارنده (مالک) بیرون می‌رود. قیاس پنهان (خفی) آن است که «وقف» را با «اجاره» بسنجیم، زیرا هدف از وقف دارا شدن «منفعت» است و نه دارا شدن خود ملک. خریدار در کالایی که خریده است حق دارد هرگونه تصرفی که بخواهد انجام دهد. ولی کسی که چیزی به سودش وقف شده است (موقوف له) نمی‌تواند در عین موقوفه تصرف کند. در اجاره نیز همین‌گونه است. فقیهان حنفی می‌گویند سرایت حقوق ارتفاقی به وقف از رهگذر استحسان است و نه قیاس<sup>۱</sup>.

همان‌گونه که می‌بینیم، استحسان برتری دادن قیاس پیداست بر قیاس پنهان که دل و اندیشه مجتهد بدان اطمینان یافته است<sup>۲</sup>.

همان‌گونه که خواهیم دید، در فقه امامیه باید به عرف و عادت و یا به عموم و اطلاقیهای ادله رو آورد و اصولاً قیاس پایگاهی ندارد.

## ۲-۷. استحسان ضرورت یا استثنایی

منظور از استحسان ضرورت یا استثنایی دست کشیدن از قیاس است به خاطر نص یا اجماع یا ضرورت و یا عرف. در این جا، با دلیل خاصی که در دست داریم از

۱- محمد کمال‌الدین امام، اصول الفقه الاسلامی، ص ۲۱۲؛ صابونی، همان، برای نمونه‌های دیگر، بنگرید به زرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ۱، ۷۸-۸۰.

۲- عبدالوهاب الخلف، علم اصول الفقه کویت: دارالقلم للطباعة و النشر و التوزیع، الطبعة العاشرة ۱۳۹۲ هـ / ۱۹۷۲ م، ص ۸۲.

قاعده همگانی ثابت و پاگرفته خارج می‌شویم. به سخن دیگر، استحسان استثنا از قاعده همگانی پاگرفته و ثابت است به خاطر دلیلی ویژه. نمونه‌های زیرین در روشن‌شدن موضوع ما را یاریگر خواهد بود.

### الف - استحسان با نص

در نگاه هواداران استحسان، هرگاه در يك مسأله نصی بیاید که با حکم همگانی ثابت که با قواعد عمومی پا گرفته است، مخالف و دوگانه باشد، به کاربرد نظریه استحسان بدان نص رفتار می‌کنیم. «وصیت» و «خیار شرط» از این گروه است. برابر قواعد همگانی پا گرفته، وصیت که عملی حقوقی است درست نیست، زیرا گویی چنان است که وصیت‌کننده (موصی) پس از مرگ خود در دارایی وراثت تصرف و دخالت کند و حال آن‌که پیوند وصیت‌کننده با دارایی‌اش با مرگ وی بریده و گسسته می‌شود. ولی از آن‌جا که در قرآن، برای درستی وصیت نص داریم، با این نص برخلاف دلیل عام یا قاعده همگانی که پا گرفته و فراگیر است، رفتار می‌کنیم و به این کار، استحسان می‌گویند.

از سوی دیگر، برابر اصل «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» و «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» پس از بستن هر پیمان و قراردادی باید بدان پایبند بود و هیچ‌کس نمی‌تواند چه به بهانه «خیار» و یا هر بهانه‌ای دیگر قراردادها را زیر پا گذارد و بشکند یا فسخ کند. اما با نصی که برای «خیار شرط» داریم (حدیث)، از رهگذر استحسان به گسستن قراردادها حکم می‌دهیم.

پیداست که در نگاه حقوقدانان و فقیهان، ادله عقود و شرطها باید با قانون (کتاب و سنت) هماهنگ و همگام باشد وگرنه، برای نمونه، در پاره‌یی از موارد، شرط فاسد، عقد را برهم می‌زند.

## ب - استحسان با اجماع

اگر رفتار برابر دلیل و قاعده همگانی به سختی و تنگدستی و رنج و دشواری (عسر و حرج) بینجامد، استثناءً و از روی ضرورت از این حکم رو برمی‌تابیم و برای از میان برداشتن رنج و تنگدستی و جلوگیری از آن حکم دیگری می‌دهیم. برای نمونه، گواهی بر گواهی روا و درست نیست، زیرا پیامبر (ص) فرمود: هرگاه مانند آفتاب دیدی گواهی ده و گرنه وانه! فقیهان برآنند که اگر گواه يك قضیه مرده باشد یا برای مدتی بدو دسترسی پیدا نکنیم و یا به هر دلیلی گواه نتواند برای گواهی دادن به دادگاه بیاید، از روی ضرورت و برای برداشتن تنگدستی و رنج و روشن شدن واقعیت و بیم نابودی حق، دادگاه از گواه دست دوم و غیرمستقیم گواهی می‌پذیرد. این کار از رهگذر استحسان است و استثنایی است بر قاعده و اصل همگانی و پاگرفته و پذیرفته شده. اجماع فقیهان گواهی بر گواهی را پذیرفته است.

می‌دانیم که در کتابهای «قواعد فقه»، دانشمندان از «عسر» و «حرج» زیر عنوان قاعده شرعی جداگانه بحث و گفتگو کرده‌اند و آن را در حلّ دشواریهای حقوقی و شرعی کارساز دانسته‌اند.

## ث - استحسان با عرف

هرگاه مردم چیزی را عرف بدانند که از نظر حکم با قیاس مخالف باشد، می‌توان از روی استحسان با قیاس مخالفت ورزید و برابر عرف رفتار کرد. وقف اموال منقول از این دسته است. ابوحنیفه بر آن است که چون مال منقول در معرض نابودی است، پس نمی‌توان آن را وقف کرد، زیرا لازمه وقف ماندگاری عین است. بر پایه عرف مردم، ابوحنیفه به وقف مال منقول - مانند وقف کتابها و جنگ‌افزارها و مانند آنها که عرف می‌پذیرد - فتوا داده است.

## ث - استحسان با ضرورت و مصلحت

اگر ناگزیر شویم که بنا بر مصلحت و سودی از حکمی که برابر نصّ عام ثابتی صادر شده است دست برداریم و حکم دیگری بدهیم، به استحسان از روی مصلحت و ضرورت دست زده‌ایم.

برای نمونه، اصل آن است که پیشه‌ور و صنعتگر امانتداری است که در برابر آنچه در دست اوست ضامن نیست مگر مانند امین تعدّی و تفریط کند. پس، اگر کالایی در دست کفشگر و یا دوزنده بسوزد یا نقص پیدا کند، و در نگهداری‌اش تقصیری مرتکب نشده باشد، هیچ‌گونه مسؤولیتی مدنی (ضمان) بر آن دو بار نیست، ولی از دیدگاه قاضی ابویوسف و شییبانی در این جا برخلاف اصل باید آنان را مسؤول شناخت. مگر نابودی و یا نقص در پی رویدادی ناگهانی (قوه قاهره) که گزیرناپذیر بوده است روی دهد. از آن جا که باید پیشه‌وران و صنعتگران را به کوشایی در نگاهداری از اموال مردم واداشت، از روی مصلحت با قاعده همگانی و پاکرفته مخالفت می‌ورزیم و به این حکم رفتار می‌کنیم.<sup>۱</sup>

گفتنی است که مسؤولیت مدنی نداشتن امین از روی استحسان برخلاف قیاس است و این دیدگاه را حضرت علی (ع) بیان فرموده است.<sup>۲</sup> در نگاه دبستان حنفی، قرارداد اجاره با مرگ موجر یا مساجر گسیخته می‌شود. همین‌گونه است از روی قیاس، قرارداد مزارعه اگر مالک زمین بمیرد و هنوز کشت نرویده باشد، قرارداد می‌گسلد و با فسخ پایان می‌پذیرد. به خاطر مصلحت و سود و جلوگیری از زیان، فقیهان از اجرای این حکم قیاس سرپیچی کرده‌اند و با استحسان به پایداری عقد تا رویش کشت نظر داده‌اند. با این حکم، سود و منفعت کشاورز را تضمین کرده‌ایم و از زیان‌رسانی به او خودداری ورزیده‌ایم.<sup>۳</sup>

۱- صابونی، المدخل لدراسة التشريع الاسلامی، ج ۱، ص ۹۴.

۲- همان، به نقل از کنز العمال، ج ۶، ص ۱۹۲.

۳- صابونی، همان، صص ۹۴-۹۶؛ برای دیگر نمونه‌ها بنگرید به ابوالحسن محمدی، مباحث استنباط، صص ۲۳۲-۲۳۴؛ مصطفی الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ۱، صص ۸۱-۸۴، مکادی، «بحث فی الاستحسان»، صص ۳۰۴-۳۱۵.

## ۸- استحسان و انصاف

از نمونه‌هایی که دربارهٔ استحسان آوردیم، به یک همانندی میان استحسان و انصاف (Equity) در نظام حقوق غرب برمی‌خوریم. استحسان روزنه‌یی است که با آن هوای لطیف عدالت را به درون منطق خشک حقوق گذر می‌دهد و این همان کاری است که در غرب از رهگذر انصاف انجام می‌گیرد.<sup>۱</sup> نکته پیداست که حقوق اسلام تافته‌ای است سراسر بافته از مصلحت و سود راستین شخص مکلف از یک سو، و همگی نهادهای اجتماعی از سوی دیگر.

## ۹- استحسان در بونه نقد

بی‌گمان، استحسانی که بر پایهٔ دلیل استوار نباشد و پشتوانهٔ آن تنها خواست دلخواه و ذوق شخصی مجتهد قرار گیرد باطل است. برخی خواسته‌اند اثبات کنند که در دبستان حنفی، استحسان از روی هوی و هوس انجام نمی‌گیرد، بلکه دو قیاس رویاروی هم قرار می‌ایستند و هنگامی که مجتهد از روی «ضرورت» و «مصلحت» برای پرهیز از زیان‌رسانی و برداشتن تنگدستی و رنج و دشواری (عسرت) یکی از دو قیاس را برتری می‌دهد و دیگری را کنار می‌زند دست به استحسان زده‌است.<sup>۲</sup>

پاره‌ای از پژوهشگران هردو گونه استحسان ضرورت و استثنایی را برای قانونگذاری منبعی مستقل و جداگانه به‌شمار نیاورده‌اند و برآنند که استحسان یا برتری دادن یک قیاس است بر قیاس دیگر و یا مستند آن، ضرورت و مصلحتی است که پیش آمده‌است و استثنای جزئی و موردی است از حکم کلی و همگانی.<sup>۳</sup>

1- George Makdisi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", in American Comparative Law, vol. 33 (1985), P.63

۲- شاکر الحنبلی، اصول الفقه الاسلامی، دمشق: مطبعة الجامعة السوریة، الطبعة الاولى ۱۳۶۸ هـ / ۱۹۴۸ م، صص ۳۱۹-۳۲۲.

۳- خلاف، علم اصول الفقه، ص ۸۲.

این که با بودن نصّ از قیاس دست برداریم و به قیاس دیگری روآوریم و نام آن را استحسان بگذاریم درست و منطقی نمی‌نماید. در واقع، نصّ، خود حجّت است و دیگر جایی برای استحسان نمی‌ماند.<sup>۱</sup>

یکی از نویسندگان پس از نقد و بررسی تعریفهای گوناگون استحسان بر آن است که بهترین تعریف استحسان این است:

استحسان در اصطلاح اصول دانانی که بدان باور دارند چشم‌پوشی از يك حكم و روآوری به حکمی دیگر است که دلیلی شرعی و قانونی در يك رویداد و قضیه، مقتضی این‌کار گردیده‌است. همین دلیل شرعی و قانونی پیش آمده، سند و مدرک استحسان است.<sup>۲</sup>

نقد و خرده‌گیری از تعریفهای استحسان در گنجایش گفتار کنونی نیست. با این همه شایان یادآوری است که نصّ، ضرورت، عرف، مصلحت و عقل از منابع قانونگذاری اسلامی است. استحسانی که بر پایه آنها استوار است دیگر منبع جداگانه و مستقلی برای قانونگذاری به‌شمار نمی‌آید و بهتر است بگوییم که بر پایه نصّ، مصلحت [از دیدگاه پاره‌ای از دبستانهای فقهی]، ضرورت و عرف حکم و نظر داده‌ایم خواه با قیاس بخواند یا دوگانه نماید.<sup>۳</sup>

اگر استحسان را دلیلی بدانیم که در ذهن مجتهد خنجر می‌کند، ولی نمی‌تواند آن را بیان دارد به چیزی جز پندار و خیال نرسیده‌ایم.<sup>۴</sup> پیداست که هیچ‌گاه پندار و خیال نمی‌تواند مایه و پایه قانونگذاری قرار گیرد.

در يك نگاه، می‌توان گفت شالوه استحسان بسیار سست و لرزان است. و ازگان

۱- صابونی، المدخل لدراسة التشريع الاسلامی، ج ۱، ص ۹۶.

۲- عبدالوهاب خلاف، مصادر التشريع الاسلامی فیما لانصّ فیہ، قاهره: مطبعة دارالکتاب العربی بمصر

۱۹۵۵م، ص ۶۰.

۳- صابونی، همان ص ۹۸.

۴- غزالی، المستصفی من علم الاصول، ج ۱، ص ۱۳۹.

«أحسن» در آیه‌های استنادی یاد شده به معنای لغوی آنهاست و نه مفهوم اصطلاحی<sup>۱</sup>. افزون بر این، آیاتی که مورد استناد قرار گرفته‌است در مقام گزینش بهترین وظیفه است و نه در مقام وضع وظیفه به‌بهترین روش و شیوه. برای رفتار به استحسان هیچ دلیلی جز کتاب نیست.

آنچه استحسان‌گرایان برای اثبات درستی استحسان به حدیث پناه برده‌اند درست نیست. گذشته از آن که آنچه ابن مسعود بازگو کرده‌است از خود اوست و نه پیامبر (ص)، یا باید منظور از «مسلمانان» در عبارت «آنچه را مسلمانان نیکو بدانند، نزد خداوند نیکوست» همگی مسلمانان بدانیم و یا تک تک آنان. اگر منظور از «مسلمانان» همگی مسلمانان است این گفته درست است، زیرا امت اسلامی جز از رهگذر دلیلِ گرد چیزی خوب و نیکو نمی‌گردد و این می‌شود رأی همگانی (اجماع مردم). اگر منظور از مسلمانان به کار رفته در عبارت ابن مسعود را تک تک افراد بدانیم، آن‌گاه استحسان توده و عوام پیش می‌آید و چون آنها اهل نظر و اندیشه نیستند توانِ نگرش به ادله را ندارند. از سوی دیگر، کجا شنیده‌ایم که در آغاز اسلام کسی از صحابه گفته باشد که من خود می‌پسندم و نظر می‌دهم؟ آیا هنگامی که پیامبر (ص) معاذبن جبَل را به یمن گسیل داشت در پاسخ به پرسش پیامبر (ص) که فرمود: به چه چیزی نظر می‌دهی؟ گفت: استحسان می‌کنم؟<sup>۲</sup> بدین‌گونه، اگر بخواهیم به مدلول حدیث بالا رفتار کنیم، تازه اعتبار بخشیدن به اجماع یا عرف و عادت خواهد بود نه آن‌که پایه فتوا و اجتهاد قرار گیرد. از این گذشته، نیکو شمردن مسلمانان در موضوعهای جزئی که نیاز به مشورت می‌رود و رأی اکثریت می‌تواند گره‌گشا گردد رواست، ولی در مسائل شرعی مسلمانان باید پیش از هر چیز به نصّ (کتاب و سنّت یا عترت) رجوع کنند.

شایان یادآوری است که برخی از پژوهشگران ظاهراً این روایت را - اگر پیامبر (ص)

۱- سیدمحمدتقی حکم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۲۷۲.

۲- عبدالله القلیقی، «الاستحسان والمصالح المرسله» صص ۲۴۷ - ۲۴۸.

فرموده باشد - تأکید قاعده ملازمه میان حکم عقل و حکم شرع می‌دانند. بدین گونه، آنچه را خردمندان نیکو دانسته‌اند نزد خداوند نیز پسندیده است.<sup>۱</sup>

در نگاه به تعریف‌هایی که از استحسان گذشت، برخی از پیروان دبستان حنفی استحسان را چشم‌پوشی از نتایج قیاس و رو آوردن به قیاس دیگری که نیرومندتر از آن است می‌دانستند. در واقع، آنان به ترجیح یک قیاس یا بهتر بگوییم دست‌آورد یک قیاس بر قیاس دیگر دست می‌زدند. حنفیان با تخصیص قیاسی که دلیلی نیرومندتر از قیاس نخستین داشت، به استحسان می‌پرداختند. پیداست که در این جا می‌بایست تزامم پیش آید. تزامم هنگامی پیش می‌آید که میان دو دلیل لفظی اختلاف باشد. می‌دانیم که منظور از تزامم آن است که در مرحله ثبوت هیچ‌گونه تعارضی میان دو دلیل نباشد. در مرحله امتثال، از جهات خارجی هنگامی تزامم پیش می‌آید که یا شخص مکلف توان و تاب انجام هر دو تکلیف را در یک زمان ندارد و یا از دلیل دیگر، از خارج، به دست می‌آوریم که قانون‌گذار (= شارع Legislator) نخواست است هر دو دلیل با هم یک جا گرد آید. این‌جاست که به «مُرَحَّجات» در باب تزامم رجوع می‌کنیم و حکم مسأله را می‌یابیم. در این تکاپو، پای داوری عقل باز می‌شود و همان‌گونه که پیشتر گفتیم عقل تا آن‌گاه که با کتاب و سنّت دوگانه ننماید، یکی از منابع قانون‌گذاری (= تشریح Legislation) در حقوق اسلامی است. عقل، در این کاربرد و کارآیی، از نگاه امامیه در چرکه علت‌های حجّت نیست، بلکه در رشته معلول‌های حجّت و در جایگاه فرمان‌پذیری (امتثال) از آن قرار می‌گیرد.

پاره‌ای از پیروان دبستان مالکی استحسان را رفتار به یکی از دو دلیلی که نیرومندتر از دیگری است دانسته‌اند. به سخن دیگر، به هنگام پدیداری تعارض میان دو دلیل، به خاطر سود و مصلحتی که مجتهد می‌بیند از یک قیاس و دست‌آورد آن دست برمی‌دارد و به قیاس دیگری رو می‌کند. هنگامی که به بحث درباره تعارض میان عام و



خاصّ و «تباين عموم من وجه» می‌پردازیم باز هم به يك تجزيه و تحليل عقلی دست می‌زنیم.

در تعریفی هم که حنبلیان از استحسان ارائه می‌دهند، و ابن تیمیّه نیز در رساله خود یادآور می‌شود، باز به تخصیص و احکام وابسته بدان برمی‌خوریم. بر روی هم، هنگامی که از زبان شاطبی، استحسان را «رفتار به یکی از دو دلیل نیرومندتر» می‌شنویم، این دو دلیل یا هر دو لفظی است و یا هر دو غیرلفظی و یا یکی لفظی و دیگری غیرلفظی. در هر سه مورد، موضوع در چارچوب تراحم، تعارض، و تراجع قرار می‌گیرد که در اصول فقه ویژه‌یی برای آن در نظر گرفته شده است و جای بحث آنها در این جا نیست<sup>۱</sup>. افزون بر این، ترجیح يك قیاس بر قیاس دیگر، جز آن جا که قیاس ترجیح داده شده منصوص العله باشد، از داوری خرد دور است و ناپسند می‌نماید.

در جایی که پیروان استحسان به عرف و عادت استناد می‌جویند، باز هم عرف را از این رو معتبر می‌دانیم که خردمندان يك جامعه برابر آن رفتار می‌کنند و شارع یا قانون‌گذار نیز بر این رفتار (بنای عقلا) با تقریر یا سکوت خود مهر تأیید زده است. پس، حجیت عرف از آن روست که شارع آن را منع نکرده است.

در پایان می‌افزاییم که همگی دانشمندان در همه دبستانهای حقوق اسلامی با این سخن همداستان و هماهنگند که اگر استحسان از روی خواسته و ذوق و کشش و گرایش شخصی مجتهد انجام گیرد و بر پایه دلیل و مدرک استوار نگردد هیچ ارزش و اعتباری ندارد<sup>۲</sup>.

۱- هنگامی که میان ادله لفظی و غیرلفظی اختلاف پیش می‌آید، به ادله لفظی رجوع می‌کنیم، زیرا با بودن آن دیگر جایی برای ادله غیرلفظی نمی‌ماند. اگر دو دلیل ما غیرلفظی است و هر دو از يك رتبه و درجه برخوردارند - مانند استصحاب و براءت - در این جا با يك بویابی عقلی اصل استصحاب را مقدم می‌داریم، زیرا استصحاب برزخی است میان «امارات» و «اصول» و می‌دانیم که اماره بر اصل تقدّم دارد و دیگر جایی برای تعارض [میان اصل و اماره] نمی‌ماند. برای آگاهی بیشتر بنگرید به محمدتقی حکیم، الاصول العامة للفقّه المقارن، ۳۶۴-۳۷۱.

۲- عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقّه، (تهران: انست نشر احسان، بی‌تا)، ص ۲۳۵.

هنوز روزنه نقد و بررسی دیدگاههای کسانی که از استحسان به عنوان منبعی مستقل در قانونگذاری اسلامی سخن می‌گویند بر روی پژوهشگران و خرده‌نگران گشوده‌است.

گفتنی است که با پایه‌گذاری نهاد «مجمع تشخیص مصلحت نظام» و گنجاندن آن در اصل ۱۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و وضع قانون به‌دست این نهاد در کناره قوه قانونگذاری و بسا رویاروی آن، نگاه و نگرش تازه‌یی را در پیرامون استحسان و مصالح مرسله فرا می‌خواند. این با حقوق‌دانان و فقیهان روشنگر و پژوهنده است تا به‌گونه‌ای ژرف و جدی در این باره بیندیشند و بنگارند. از دیدگاه نگارنده، نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام چیزی جز استحسان و استصلاح نیست.

## بخش دوم؛ ابن تیمیّه و استحسان

### ۱۰- جایگاه ابن تیمیّه

اکنون که از استحسان، پویش تاریخی، دیدگاههای رنگارنگ و گوناگونی آن سخن گفتیم، نگاهی می‌اندازیم به دیدگاه ابن تیمیّه درباره این قاعده اصولی بحث‌انگیز. تقی‌الدین احمد بن تیمیّه (م: ۷۲۸ هـ / ۱۳۲۸ م.) اگرچه از پیروان احمد حنبل شیپانی (م: ۱۴۱ هـ / ۸۵۵ م.) و از هواداران دبستان حقوقی حنبلی بوده‌است، ولی خود به‌نام یکی از مجتهدان مستقل مطرح شده‌است.<sup>۱</sup>

بررسی اندیشه ابن تیمیّه برای پی‌گیری تفکر دینی اسلام تسنن تا سده چهاردهم هجری ضروری می‌نماید. از آن‌جا که بسیاری از نگاشته‌های اندیشه‌مند برجسته

۱- زریاب خوبی، «ابن تیمیّه» در دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۳، صص ۱۷۱-۱۹۲.

مسلمان ابن عقیل (م: ۵۱۳ هـ / ۱۱۱۹ م.)<sup>۱</sup> ناپدید شده است، بررسی و مطالعه نگاشته‌های دانشمندان واپسین، مانند ابن تیمیه سرچشمه‌ای ضروری برای دریافت اندیشه ابن عقیل و روند آن در روزگار پس از وی به‌شمار می‌آید، زیرا آن اندیشه با همین نگاشته‌های برج مانده زنده مانده است.<sup>۲</sup>

### ۱۱- رساله مسأله الاستحسان

رساله مسأله الاستحسان دست‌نگاشته‌ی است از ابن تیمیه، متکلم و فقیه نامبردار حنبلی که به‌چهره چرکنویس از او برجا مانده است. این رساله در مجموعه ۹۱ از دستوشته‌های فراهم شده (مجامیع) کتابخانه ظاهریه دمشق نگه‌داری می‌شود. برگهای ۳۲۵ تا ۳۳۲ ب دربرگیرنده این رساله یگانه است.

ابن کثیر دمشقی (م: ۷۷۴ هـ / ۱۲۷۳ م) آثار استادش ابن تیمیه را به‌سه دسته بخش می‌کند: نخست، آنهایی که کامل و انجام‌یافته برجا مانده‌اند و خود نویسنده آنها را پاک‌نویس کرده است. دوم، نگاشته‌هایی که ناتمام مانده‌اند و سوم، آثاری که کاملند ولی به‌چهره چرکنویس می‌نمایند. رساله مسأله الاستحسان در دسته سوم جامی‌گیرد.

این دست‌نگاشت که واژگانش بی‌نقطه و خواندنش بسی دشوار است، به‌کوشش جرج مقدسی ویرایش و نشر یافته است<sup>۳</sup> و چون تنها اثر مفصل برجا مانده از ابن تیمیه درباره استحسان است بسیار ارزشمند می‌نماید.

۱- برای آگاهی از زندگی‌نامه و اندیشه ابن عقیل بنگرید به کتاب جرج مقدسی زیر عنوان ابن عقیل و احیای اسلام سنی تا سده یازدهم که با این ویژگیها در دمشق چاپ شده است:

George Makdisi, Ibn Aqil et la re surgence de L' Islam traditionnatiste auXIo siecle, Damas : Institut Francais de Damal 1963.

۲- جرج مقدسی، «دستوشت خود نگاشت ابن تیمیه درباره استحسان: مایه‌هایی برای مطالعه اندیشه حقوقی اسلام»، ص 453. (بنگرید به پانوشت شماره ۳).

۳- رساله مسأله الاستحسان با این ویژگیها نشر یافته است:

George Makeisi, "Ibn Taimiya's Autography Manuscript on Istihsan: Materials for the Study of Islmic Legal Thought", in G. Makdisi (ed), Arabic and Islami Studies In Honor of Hamilton A.R. Gibb, (Leiden: E.J. Brill 1965). PP. 446-479.



استحسان در جامع الرسائل او می‌بینیم. این سخن غزالی را که می‌گفت «آن چه از آن تعبیر نتوان بیان داشت، پندار و خیال است» به نقد می‌نشیند و می‌نویسد:

گاهی بر دل مؤمن چیزی راه می‌یابد و می‌نشیند که نمی‌تواند آن را بیان دارد.

این یکی از همانهاست که به معنای استحسان گرفته‌اند. کسانی که مانند ابو حامد [غزالی] و ابو محمد [مقدسی دمشقی؟]<sup>۱</sup> در ردّ استحسان گفته‌اند: «آن چه بیان نشود پندار و خیال است» چنین نیست، زیرا همه کس نمی‌تواند معنیهای پایدار و پاگرفته در دلش را بیان کند و بیشتر مردم تعبیر ناقصی از آن دارند. چه بسا اهل کشف که بر دلشان می‌گذرد که این خوراک حرام است یا این مرد کافر است و تبه‌کار، بی‌آن که دلیلی ظاهر و پیدا داشته باشند. البته، این به تنهایی دلیلی بر احکام شرعی نتواند بود. با این همه، برای جویای حق، هنگامی که نزد او ادله سمعی ظاهری کافی باشد، برتری دادن آن بی‌گمان بهتر است تا یکسانی نهادن و برابری میان دو امر متناقض، زیرا تساوی و یکسانی نهادن میان آنها بی‌گمان باطل است. چنان که گفتم رفتار به ظنّ برخاسته از ظاهر با قیاس بهتر است تا رفتار به نقیض آن در صورت نیاز به رفتار به یکی از آن دو.<sup>۲</sup>

به هنگام گفتگو از مصالح مرسله، ابن تیمیّه درباره استحسان چنین می‌نگارد:

استحسان این است که [مجتهد] چیزی را نیکو و پسندیده می‌بیند، پس به نیکویی آن بر این پایه که از شرع است استدلال می‌کند. با این همه، داناترین مردم کسی است که نظر استصلاح، استحسان و قیاس او هماهنگ و دمساز با نصّها باشد. همان گونه که مجاهد گفته است: برترین عبادتها رأی و اندیشه نیکو و پسندیده است و آن، پیروی از سنت است.<sup>۳</sup>

۱- ویراستار کتاب جامع الرسائل بر آن است که منظور ابو محمد مقدسی دمشقی حنبلی حدیث‌دان (م: ۶۰۰ هـ) است (برای زندگینامه او رک: عمر کماله، معجم المؤلفین، ج ۵، صص ۲۷۵ - ۲۷۶) به نظر نگارنده، شاید منظور ابن تیمیّه ابو محمد غزالی برادر ابو حامد غزالی است.

۲- ابن تیمیّه، جامع الرسائل، تحقیق دکتر محمد رشاد سالم، جده: مکتبه المدنی، بی‌تا، ص ۱۰۰.

۳- همان، ص ۲۰۴.

تا پیش از نشر دستنگاشت ابن تیمیّه - مسأله الاستحسان - آنچه از اندیشه او درباره این قاعده اصولی می‌دانستیم همین بود. کسانی هم که از ابن تیمیّه و اندیشه حقوقی او نگاهشته‌اند چیزی در این باره نگفته‌اند<sup>۱</sup>. لاوست (Laoust) هم که مقاله ابن تیمیّه را در *دائرة المعارف اسلام* نگاهشته است تنها به این نکته اشاره دارد که ابن تیمیّه بیشتر نسبت به مصلحت بدگمان است، ولی برای نزدیک شدن به روشهای استوار بر عقل (رای، استحسان، ذوق و کشف) سرانجام، به‌گونه‌ی گسترده و منضبط آن را پذیرفته است<sup>۲</sup>.

در آغاز رساله مسأله الاستحسان می‌خوانیم:

فصلی در استحسان تخصیص علت و جایگاه استحسان و این که آیا بر آن قیاس می‌شود یا نه و آنچه از احکام ثابت با نصّ و اجماع می‌آید و این که می‌گویند استحسان با قیاس ناهماهنگ است. اینها قاعده‌هایی است که دلواپسی مردم در آنها فراوان است و نیازی ضروری به بررسی آنها می‌رود<sup>۳</sup>.

آن‌گاه، ابن تیمیّه می‌نگارد:

اما استحسان، از معنیهای مشهور آن این است که به‌دلیلی با قیاس ناهماهنگ و مخالف است و گاهی چنین اراده‌ای و منظوری از آن نمی‌شود. دانشمندان در واژه و معنای آن سه سخن دارند: دسته‌ی [نخست] درست آن را نمی‌پذیرند. اینان - مانند داوود و شاگردانش، بسیاری از متکلمان معتزله و شیعه و دیگران - نفی‌کنندگان قیاسند. از دیدگاه آنان در میان دلایلی شرعی نه قیاس جایی دارد و نه استحسان.

دسته دیگر [دوم] این معنا را می‌پذیرند و ناهماهنگی و مخالفت استحسان را با

۱- برای نمونه، ابو زهره در کتاب ابن تیمیّه حیات و عصره و آراوه الفقیه، (قاهره: دارالفکر العربی، الطبعة الثانية ۱۹۵۸ م.) و شادروان دکتر زریاب خویی، «ابن تیمیّه»، در *دائرة المعارف بزرگ اسلامی*، (ج ۳، صص ۱۷۱ - ۱۹۳) هیچ اشاره‌ای در این باره ندارند.

2- H. Laoust, "Ibn Taymiyya", in *The Encyclopedia of Islam, New Edition* (1968), Vol. 3 (1980), P. 954.

۳- مسأله الاستحسان، ص 454.

قیاس تجویز می‌کنند و به قیاسی که از چهره استحسان درنگردد رفتار می‌شود. ابوحنیفه و شاگردان او به [داشتن این دیدگاه] شناخته شده‌اند.

دسته دیگر [سوم] یکبار استحسان را نکوهش کرده‌اند و یکبار آن را پذیرفته‌اند - مانند شافعی، احمد حنبل، مالک و دیگران. در نگاشته‌های مالک و شاگردانش نام واژه استحسان در جاهایی آمده‌است. شافعی گفته‌است: هرکس استحسان کند قانونگذاری کرده‌است. او در ابطال استحسان داد سخن داده‌است و از بزرگترین پیشوایان انکارکننده آن است. شاگردان شافعی هم همین دید را در اصول فقه داشته‌اند. با این همه، شافعی گفته‌است: استحسان می‌کنم تا [مهر] در زناشویی ناهمیشگی (مُتعه) سی درهم باشد. برای همین است که از او دو سخن بازگو شده‌است: پیشین و نوین. همچنین احمد حنبل که ابوطالب از او بازگو کرده‌است که می‌گفت: یاران ابوحنیفه هرگاه خلاف قیاس می‌گفتند، پاسخ می‌دادند: ما این را استحسان می‌کنیم و قیاس را وامی‌نهییم. آنان گمان دارند که آن با استحسان، حق و درست است. [احمد حنبل] می‌گفت: من به سوی هر حدیثی که آمده‌است می‌روم و بر آن قیاس نمی‌کنم.

قاضی ابویعلی گفته‌است: نمود این گفته مقتضی ابطال عقیده به استحسان است و این که منصوص را بر منصوص قیاس نکنند. گفتم [ابن تیمیّه]: احمد [حنبل] می‌خواهد بگوید: من همه نصّها را به کار می‌برم و بر هیچ کدام از دو نصّی که در قیاس با نصّ دیگر دوگانه است، قیاس نمی‌کنم.

آن‌گاه، ابن تیمیّه درباره رفتار به هر دو نصّ از سوی فقیهان حدیث، مانند یحیی بن سعید، شافعی، احمد حنبل و دیگران و قیاس نکردن یکی بر دیگری سخن می‌گوید و می‌نگارد:

خداوند خرید و فروخت را حلال کرده‌است و ربا را حرام. هیچ کدام از مسلمانان

این دو را به هم قیاس نکرده‌اند که این قیاس مشرکان است... قرآن و سنت، قرعه را روا دانسته‌اند و قمار را حرام کرده‌اند باز هم کسی نیامده‌است تا این دو را با هم بسنجد، بلکه قرعه را درست و روا دانسته‌اند و قمار و شرط‌بندی (میسر و استسقام به‌ازلام) را حرام شمرده‌اند، به‌وارونه‌آن‌که قرعه را گونه‌ی قمار یا شرط‌بندی بدانند و از نظر حکم، وابسته بدان نیست.<sup>۱</sup>

احمد حنبل در جایی به‌استحسانی که رویاروی قیاس و ناهماهنگ با آن است، نظر داده‌است. ابن تیمیه در رساله‌ مسأله الاستحسان چند نمونه از استحسان پیشوای دبستان حنبلی را آورده‌است:

در روایت صالح درباره‌ عامل (مُضارب) در قرارداد مضاربه، اگر عامل چیزی را بخرد که دارنده سرمایه (صاحب مال) بدان فرمان نداده‌است، سودی که از انجام کار به‌دست آمده است از آن سرمایه‌گذار است و عامل تنها دسترنج و کارمزد (اجرة المثل) خود را دریافت خواهد کرد، مگر سود، اجرة المثل را به‌وشاند که دیگر چیزی نمی‌ماند. احمد [حنبل] می‌گفت: برآنم که سود از آن سرمایه‌گذار است، سپس، استحسان کردم. در روایت میمونی، احمد گفته‌است: استحسان می‌کنم که برای هر نمازی باید تیمم گرفت، ولی قیاس این است که تیمم مانند آب است تا آن‌که باطل شود یا به‌آب دسترسی پیدا کنیم.<sup>۲</sup>

باز هم در نمونه دیگری که ابن تیمیه در رساله خود آورده‌است به‌استحسان احمد حنبل برمی‌خوریم. در روایتی از مروزی [ابوالفضل، نامور به‌حاکم شهید م: ۲۴۴ هـ] احمد بر آن است که «زمین سواد» را می‌توان خرید، ولی نمی‌توان فروخت. از احمد پرسیدند: چگونه می‌توان چیزی را از کسی خرید که مالک آن نیست؟ او پاسخ گفت: قیاس همین را می‌گوید که تو می‌گویی، ولی بر پایه استحسان است که این دیدگاه را

۱- همان، ص 456.

۲- همان، ص 456.



برگزیده‌ام؛ آن‌گاه، احمد حنبل استدلال می‌کند که چون یاران پیامبر (ص) خرید قرآن‌ها را اجازه داده‌اند - چراکه با نگارش و نگارگری روی قرآن کار انجام شده‌است - و فروش آنها را مکروه و ناخوشایند دانسته‌اند و «زمین سواد» (باغستان و زمین سرسبز و خرمازار و سرزمین بصره و کوفه) نیز همانند آن است، پس می‌توان به خرید آن دست یازید.

در نگاه برخی از فقیهان تسنن، هرکس چیزی در زمین غصبی بکارد، کشت از آن دارنده زمین است و نه کشت‌کننده. مالک زمین باید هزینه کشت و کار را به کشتگر غاصب بپردازد، احمد حنبل می‌گوید این حکم با قیاس نمی‌خواند، زیرا برابر قیاس باید کشت از کشتگر باشد [الزَّرْعُ لِلزَّارِعِ وَ لَو كَانَ غَاصِبًا] من در این‌جا با بهره‌گیری از استحسان نظر می‌دهم که کشت از آن زمین‌دار است و بر اوست تا هزینه کشت و کار کشاورز [غاصب] را بپردازد و فرآورده او را برای خویش نگاه دارد.<sup>۱</sup>

ابن تیمیه ادامه می‌دهد:

در نمونه‌ای که پیشتر آوردیم - قرارداد مضاربه که عامل برخلاف دستور سرمایه‌گذار به خرید کالایی دست زده‌است - استحسان، از دیدگاه ابن تیمیه، به خاطر تخصیص‌علتی است استنباط شده (علت مستنبطه). احمد حنبل نیز چنین استحسانی را رد نمی‌کند. با این همه، گاهی هردو علت یا یکی از آن دو فاسد است. احمد نیز تخصیص‌علت منصوص را به خاطر جدایی منصوص با سنت رد نمی‌کند. آن‌چه در این‌جا جدا و برجسته است این‌که «عامل»، گماشته و مأموری است که با قرارداد (جعل) کاری انجام نمی‌دهد. به سخن دیگر، «جاعل» (کارگر یا کارمند) نیست، بلکه در سود شریک است. کار عامل هم از آن خود اوست و هم از آن سرمایه‌گذار، یعنی هردو در این کار و دستاورد آن شریکند. پرسش این است که «عامل» در قرارداد مضاربه

۱- منظور ابرو الفضل مروزی نامور به حاکم شهید (م: ۲۴۴ هـ) است. ویراستار رساله مسأله الاستحسان مروزی را مروزی ضبط کرده‌است که بی‌گمان نادرست است. ر.ک. ابن تیمیه، مسأله الاستحسان، صص 456-457.

فاسد و همانند آن، سزاوار چه چیزی است؟ سودی که برابر سهم خویش می‌برد یا دستمزد و کارمزدی که در برابر کار انجام شده باید به او پرداخت؟ دانشمندان، دو دیدگاه دارند. قیاس در دبستان احمد حنبل می‌گوید که «عامل» باید سود سهم خویش را ببرد و ابن تیمیّه بر آن است که همین نظر درست است، زیرا در اصل، این دادوستدها [مضاربه] مشارکت است و نه اجاره با مزد معین، قیاس در نزد ما، به درستی این دادوستدها حکم می‌دهد. کسی که اعتقاد دارد باید به عامل کارمزد و دستمزد (اجرة المثل) پرداخت، قرارداد «مضاربه» را از باب «اجاره» می‌داند. ما می‌گوییم قیاس، مقتضی فساد چنین عقیده‌یی است. کسی که در اجاره (کارگری یا کارمندی و...) مزد می‌گیرد به خاطر نیازی است که مزد بدو تعلق گرفته است و، به هر حال، «جاعل» برای خود کار می‌کند تا سزاوار سهم یا مزد گردد، و حال آن‌که «عامل» برای سرمایه‌گذار کار می‌کند. «عامل» در حکم یا همانند «غاصب» نیست تا کار و کوشش برای دارنده مال، و در نتیجه، رایگان باشد. عامل سرمایه می‌گیرد تا با دریافت عوض در آن به کار پردازد. اکنون، کاری که عامل انجام داده است برخلاف فرمان و نظر سرمایه‌گذار بوده است به خاطر تعدی [یا تقریط] ضامن است، ولی با گرفتن سرمایه و کار با آن برای دریافت عوض، مال بودن سرمایه از میان نمی‌رود. ضامن بودن عامل بدین معنا نیست که کار و کوششی انجام نداده است یا در اصل کاری در بین نبوده است. بر روی هم، عامل در سوداگری و بازرگانی با سرمایه سرمایه‌گذار اجازه داشته است و سرمایه‌گذار نیز هیچ‌گاه منکر چنین اجازه‌یی نیست.

اصل دیگری هم هست و آن این‌که اگر عامل کاری جز دستور و سفارش سرمایه‌گذار انجام دهد، در واقع، معامله فضولی کرده است و در حکم فضولی است و قرارداد او معلق است. این، یکی از دو روایتی است که از احمد حنبل نقل کرده‌اند. سخن بیشتر دانشمندان که خرقی در کتاب مختصر خویش آورده است همین است که

خرید و فروخت «عامل» باطل نیست، بلکه موقوف و معلق است به اجازه مالک (سرمایه‌گذار).<sup>۱</sup>

ابن تیمیّه، پس از گفتار بالا نتیجه می‌گیرد که:

آن‌جا که احمد حنبل می‌گوید: «بر آن بودم که سود از آن سرمایه‌گذار است، ولی سپس استحسان کردم و عامل را هم سزاوار سود دانستم»، به این مطلب پیوند و بستگی پیدا می‌کند، زیرا در همگی موردها سود را از مالک می‌داند که البته اقتضا دارد تا تصرف و عمل شخص فضولی (فضول) را با اجازه‌ای که می‌دهد تأیید کند و اگر چنین نکند، خرید و فروخت عامل باطل خواهد بود.<sup>۲</sup>

در قیاس با غاصب، نباید به کشتگر (زارع) دسترنج و هزینه‌ای پرداخت، زیرا غاصب را دستمزد و هزینه‌ی نیست، در استدلالی که کردیم - کشت و کار در زمین دیگری - مخالف قیاس رفتار می‌کنیم، زیرا کشتگر برای دریافت عوض، کار کرده‌است و مانند عامل در مضاربه است که رایگان کار نکرده‌است و از آن‌جا که تخم و بذر از آن اوست، پس غاصب محض نیست.<sup>۳</sup>

یکی از نمونه‌های استحسان که در بسیاری از کتابهای فقهی و اصولی دانشمندان تسنن آمده‌است، روا بودن گواهی اهل ذمه در وصیت به هنگام سفر است. می‌دانیم که برابر قاعده «سبیل» [لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً (نساء/۴)] نامسلمان نمی‌تواند علیه مسلمان گواهی دهد. آیه بالا، نصّ است. جلوگیری از گواهی نامسلمان بر مسلمان به دستور نصّ که حجّت است، ثابت است. اجازه به گواهی دادن نامسلمان (ذمی) بر مسلمان در صورت ضرورت و نیاز نیز با نصّ ثابت است. اگر بگوییم که علّت منع گواهی نامسلمان بر مسلمان را ندانسته‌ایم، علّت مشترک است؛ در این صورت، یا دانسته‌ایم که به‌خاطر ضرورت همگانی و سود و مصلحت مسلمانان و

۲- همان، ص 473.

۱- مسأله الاستحسان، صص 472-473.

۳- همان، ص 476.

جامعه اسلامی چنین منعی وجود دارد، در این صورت جهت منع برای ما آشکار و هویدا می‌گردد. این هنگامی است که چه در لفظ و چه در معنا، عموم و شمول منع در موارد دیگر ثابت باشد. الفاظ قرآن دلالت بر عموم منع ندارد. در سنت هم لفظ عامی که منع را برساند دیده نمی‌شود. راهی جز قیاس نمی‌ماند. در چنین جاهایی دستور به گواهی دو مرد مسلمان داده شده است. پیداست که هرگاه بتوان چه در سفر و چه در زادگاه به دو مرد مسلمان دست یافت تا به هنگام وصیت گواهی دهند و هیچ دشواری و رنجی پیش نیاید، باید چنین کرد اما اگر نتوانیم به چنین کاری دست یازیم، در قرآن چیزی که دلالت بر منع گواهی نامسلمان باشد، نداریم. پس، هرگاه به هنگام ناتوانی و تنگدستی و رنج (عسرت) نتوانیم به دو گواه مرد مسلمان دسترسی پیدا کنیم و در قرآن و سنت هم منعی از گواهی دادن اهل ذمه در چنین موردی نباشد، در این جا، قیاس با نصّ (آیه قرآن درباره منع گواهی نامسلمان بر مسلمان) مخالف و دوگانه نخواهد بود. گذشته از آن که صحابه و تابعان بدان رفتار کرده‌اند، کسانی که می‌گویند «هیچ‌گاه گواهی نامسلمان و اهل ذمه بر مسلمان روا نیست» برای تأیید نظر خویش نه نصّ دارند و نه اجماع و نه قیاس. با این همه، بسیاری از مردم در اشتباهند، زیرا حکم خاص قانونگذار (شارع) را عام می‌گیرند و از آن افاده مطلق می‌کنند. خداوند به گواهی دو مسلمان در صورتی فرمان داده است که شدنی باشد. این گمان پیش آمده است که با این دستور، اگر مسلمان پیدا نشد، دیگر نمی‌توان گواهی داد، زیرا تنها مسلمانان می‌توانند گواهی دهند.

شالوه گواهی در جدایی میان حالت توانایی و ناتوانی است. برای همین است که گواهی زنان در آن چه مردان از آن آگاهی ندارند، پذیرفتنی است. احمد حنبل آشکارا به گواهی دادن زنان در مسائل ضرب و جرح - جایی که زنان گرد آمده‌اند و مردان را راهی نیست مانند گرمابه، جشنهای عروسی و... فتوا داده است زیرا برای گواهی زنان

در چنین موردهایی، نص، اجماع و قیاسی که دلالت بر بازراری و جلوگیری باشد در دست نیست. در کتاب و سنت نصی نداریم که در مسائل کیفری به گونه‌ی مطلق زنان را از گواهی دادن بازرارد!

بدین‌گونه، از روی استحسان به‌روا بودن گواهی گواه نامسلمان بر مسلمان حکم می‌دهیم و چون فرق و جدایی در علت وجود دارد، آن را تخصیص می‌دهیم. عموم و خصوص، الفاظ و معانی شرع را که علت‌های احکامند، چاره‌سازی می‌کند و این اصلی است که قوانین اسلام بدان شناخته شده‌است.<sup>۲</sup>

### ۱۳- دستاورد جستار

در میان اندیشه‌های گوناگونی که دربارهٔ استحسان و درستی و یا نادرستی آن گفته آمد، با نگاه به‌آن‌چه از نوشتار ابن تیمیه آوردیم، او استحسان را تخصیص علت می‌داند. وی در رد و نقض دیدگاه کسانی که استحسان را مخالف قیاس فقهی (strict analogy) می‌دانند بر این سخن تأکید می‌ورزد که يك استحسان درست، نقض يك قیاس درست (sound analogy) نیست و درهرحال، استحسان نباید از يك قیاس صحیح انحراف پیدا کند. با آن‌که اصطلاح استصلاح (doctrine of utility) در زبان پیروان مکتب مالکی کاربرد گسترده‌ی داشته‌است، این پرسش پیش می‌آید که آیا در نگاه‌های کسانی چون ابن تیمیه، استحسان، در نهایت کار استصلاح را انجام نمی‌دهد؟

شایان یادآوری است که تخصیص علت به‌قواعدی پیوند می‌یابد که دانشمندان اصول دربارهٔ «عموم و خصوص» به‌درازا در کتابهای اصول فقه از آن گفتگو کرده‌اند و همان‌گونه که به‌کوتاهی در نقد استحسان گفتیم دیگر جایی برای استحسان به‌عنوان منبع مستقل قانونگذاری نمی‌ماند.

۱- ابن تیمیه، مسألة الاستحسان، ص 478.

۲- همان‌همان صص 478-479.

بار دیگر، دیدگاه ابوالقاسم گیلانی (محقق قمی) را دربارهٔ استحسان بازگو می‌کنیم که می‌گفت: استحسان رجحانی است که مستند به دلیل شرعی نیست. به سخن بهتر، استحسان عبارت است از دست کشیدن از دلیل شرعی و رو آوردن به عادت‌ی که شرعاً اعتبار ندارد. اگر به عادت‌ی رجوع کنیم که شرع آن را معتبر می‌شناسد، استحسانی باطل و مردود نخواهد بود و پیداست که چنین عرف و عادت‌ی همان اجماع است که در نزد بیشترین دبستانها و دیدگاههای حقوقی اسلام حجیت دارد.

کوششی تازه و بینشی نو می‌خواهد تا بار دیگر نگاهی بیندازیم به استحسان و گسترهٔ کاربرد آن، بویژه با پایه‌گذاری نهاد «مجمع تشخیص مصلحت نظام» که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده‌است و هم‌اکنون رویاروی قوهٔ قانونگذاری دست به وضع قانون‌نهایی می‌یازد که برای از میان برداشتن دشواریها و مسائل ضروری و فوری جامعه بسیار کارگشاست. آیا نهاد استحسان و استصلاح در راستای فقه تسنن و حکومت‌های اسلامی یا دولتهای پیشینی که در کشورهای اسلامی روی کار بودند، کاری جز این می‌کرد؟

## منابع

- ١- ابن تيمية، جامع الرسائل، تحقيق دكتور محمدرشاد سالم، جده: مكتبة المدني، بي.تا.
  - ٢- القياس في الشرع الاسلامي و اثبات انه لم يرد في الاسلام نص يخالف القياس الصحيح، صححه محب الدين الخطيب، قاهره: مطبعة السلفية، الطبعة الثانية ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٥ م.
  - ٣- مسألة الاستحسان، ويرايش جرج مقدسى، در يادنامه هميلتون كيب (به انگليسي)، ليدن: اي، جي.بريل ١٩٦٥.
  - ٤- ابوزهره، ابن تيمية حياته و عصره و آراؤه الفقهية، قاهره: دارالفكر العربي، الطبعة الثانية ١٩٥٨ م.
  - ٥- ابويوسف، كتاب الخراج، بولاق: مطبعة الاميرية ١٣٠٢ هـ.
  - ٦- جعفرى لنكرودى، محمدجعفر، مكتبهاى حقوقى در حقوق اسلام، تهران: ابن سينا ١٣٥٣.
  - ٧- جئاتى، محمدابراهيم، منابع اجتهاد از نيدگاه مذاهب اسلامى، تهران: انتشارات كيهان، چاپ اول، زمستان ١٣٧٠.
  - ٨- حكيم، محمدمتقى، الاصول العامة للفقه المقارن، بيروت: دارالاندلس للطباعة والنشر، الطبعة الاولى ١٩٦٣ م.
  - ٩- خضرى بك، محمد، اصول الفقه، قاهره: المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة السادسة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م.
  - ١٠- خلأف، عبدالوهاب، علم اصول الفقه، كويت: دارالقلم للطباعة والنشر و التوزيع، الطبعة العاشرة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م.
  - ١١- مصادر التشريع الاسلامى فيما لانص فيه، قاهره: مطبعة دارالكتاب العربى بمصر ١٩٥٥ م.
  - ١٢- نواليبى، محمد معروف، المدخل الى علم اصول الفقه، دمشق: مطبعة الجامعة السورية، طبعة ثانية ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٥ م.
  - ١٣- زرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، دمشق: دارالفكر، طبعة تاسعة منقحة مزيدة ١٩٦٧-١٩٦٨ م.
- ج ١
- ١٤- زرياب خويى، عباس، «ابن تيمية»، در دايرة المعارف بزرگ اسلامى، ج ٣.
  - ١٥- زيدان، عبدالكريم، الوجيز فى اصول الفقه، تهران: افست نشر احسان، بي.تا.
  - ١٦- سرخسى، المبسوط، قاهره: مطبعة السعادة ١٣٢٢ هـ، ج ١٠.
  - ١٧- سلام مذكور، محمد، المدخل للفقه الاسلامى: تاريخه و مصادره و نظرياته العامة، قاهره: دارالنهضة العربية، طبعة الثانية ١٣٨٢ هـ / ١٩٦٣ م.

- ١٨- شاطبي، الموافقات قاهره: المطبعة السلفية ١٣٢١ هـ، ج ٤.
- ١٩- شافعى، محمد بن ادریس، الرسالة، چاپ شده در آغان كتاب الام، بولاق: ١٣٢٥ هـ.
- ٢٠- شاكر الحنبلى، اصول الفقه الإسلامى، دمشق: مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الاولى ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨ م.
- ٢١- صابونى، عبدالرحمن، المدخل لدراسة التشريع الإسلامى، دمشق: جامعة دمشق، الطبعة الرابعة ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م- ج ١.
- ٢٢- صبغى صالح، «الاستحسان والمصالح المرسله»، در اسبوع الفقه الإسلامى و مهرجان الامام ابن تيميه، دمشق: المجلس الاعلى لرعاية الفنون و الآداب و العلوم الاجتماعيه ١٦-٢١ شوال ١٣٨٠ هـ.
- ٢٣- طريحي، فخرالدين، مجمع البحرين، به كوشش محمود عادل، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامى، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ-ق / ١٣٦٧ هـ-ش.
- ٢٤- غزالى، ابوحامد، المستصطفى من علم الاصول، قاهره: مطبعة التجارية ١٣٥٦ هـ- ١٩٣٧ م، ج ١.
- ٢٥- قليلى، عبدالله، «المصلحة الاستحسان و المرسله» در اسبوع الفقه الإسلامى و مهرجان ابن تيميه.
- ٢٦- كمال الدين امام، محمد، اصول الفقه الإسلامى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الاولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م.
- ٢٧- ———، مقدمة للدراسات الفقه الإسلامى، مدخل منهجى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الاولى ١٤١٦ هـ / ١٩٦٦ م.
- ٢٨- كيلانى، ابوالقاسم حسن (محقق قمى)، قوانين الاصول، تهران: چاپ تفرشى، ج ٢.
- ٢٩- مظفر، شيخ محمدرضا، اصول الفقه، قم: مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان، بى تا، الجزء الثالث.
- ٣٠- مالك بن انس، الصدونه الكبرى، قاهره: مطبعة السعادة ١٣٢٣ هـ، ج ١٦.
- ٣١- مكادى، محمد عبدالقادر، «بحث فى الاستحسان»، در اسبوع الفقه الإسلامى.
- 32- Laoust, Henry, "Ibn Taymiyya", in The Encyclopedia of Islam, New Edition, (1968), vol. 3 (1988).
- 33- Makeisi, George, "Ibn Taimiya's Autography Manuscript on Istihsan: Materials For the Study of Islamic Legal Thought" in G. Makdisi (ed.), Arabic and Islamic Studies in Honor of Hamilton A.R. Gibb, Lieden :E.J. Brill 1965.
- 34- ———, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", in American Journal of Comparative Law Vol. 33 (1985).
- 35- Paret, R., "Istihsan" , in The Encyclopediy of Islamic Law, New Edition (1968) , Vol.3.
- 36- Schact, Joseph, The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford : Clarendon Press 1959.