

نوشته : دکتر ابو الحسن محمدی

قاعده استحسان

یکی از قواعد حقوق اسلامی که در مذاهب و مکاتب مختلف، مورد اختلاف قرار گرفته قاعده استحسان است. مذهب حنفی و مالکی و حنبلی آنرا قبول دارند و حجت میداند ولی مذهب شافعی و ظاهری آنرا باطل میدانند، در مذهب امامیه نیز استحسان را حجت نمیشمارند و بکار بستن آنرا حرام میدانند، بنظر میرسد اگر پیرامون چنین قاعده‌ای که بین مذاهب اسلامی مورد اختلاف واقع شده مطالعه‌ای شود و گوشه‌ای از حقوق اسلامی روشن شود بیفایده نخواهد بود، بخصوص که این قاعده در کتب امامیه کمتر مورد بررسی قرار گرفته. از نظر حقوقی نیز مسأله قابل بررسی است، در پایان بحث خواهیم دید که این قاعده در حقوق عرفی هم میتواند اعمال شود یا خیر؟ مطالبی که در این مقاله خواهد آمد بترتیب زیر است :

معنای لغوی و اصطلاحی استحسان .

ارزش استحسان در مذاهب مختلف اسلامی.

دلیل حجیت استحسان .

نکاتی پیرامون استحسان .

نقش استحسان در حقوق

معنای لغوی و اصطلاحی استحسان

استحسان مشتق از «حسن» و در لغت بمعنای نیک دانستن و پسندیدن است^۱ در اصطلاح

اصول‌معمنائی نزدیک بهمین معنی دارد و تعریف آن بشرح زیر است :

۱- علمای حنفی آنرا چنین تعریف کرده‌اند : « دلیل ینقده فی نفس المجتهد لایقدر

۱- قاموس اللغة دروازه حسن می‌نویسد : «استحسنة عدة حسنة»

علی اظهاره لعدم مساعده العیارة عنه^۱ یعنی دلیلی است که نزد مجتهد ثابت است ولی نمیتواند بیانش کند چون الفاظ و عبارات یاری آن را ندارد.

تعریف دیگری از همین مکتب تعریف ابوالحسن کرخی است او میگوید: هو العدول فی مسألة عن مثل ما حکم به فی نظائرها الی خلافه ، لوجه اقوی ، یقتضی العدول . یعنی استحسان این است که در مسأله ای از حکمی که مسائل همسان و همانند آن دارند چشم پوشی کرده حکم دیگری در آن باره بدهیم بواسطه دلیل قوی تری که مقتضی آن است .

۲ - علمای مالکی آنرا چنین تعریف کرده اند : الاخذ بمصلحة جزئية فی مقابل دلیل کلی^۲ یعنی برتری دادن مصلحت خاصی در برابر دلیلی کلی.

۳ - علمای حنبلی آنرا بدین گونه آورده اند : هو العدول بحکم المسألة عن نظائرها لدلیل خاص من کتاب اوسنة^۳ یعنی در مسأله ای از حکمی که نظائر آن دارد ، بدلیل خاصی عدول کنیم .

۴ - علمای شافعی چون استحسان را حجت نمیدانند بنقل تعریف های یاد شده و جزاینها پرداخته و آنها را رد کرده اند و در این مورد بهترین مرجع کتاب مستصفای فزالی و الاحکام آمدی است .

۵ - علمای امامیه نیز مانند شافعیه استحسان را حجت نمیدانند و برای آن تعریفی نکرده اند و بذکر تعاریف دیگران ورد آنها اکتفا کرده اند ، مرجع مهم در این بحث کتاب قوانین الاصول جلد دوم آخر مقصد چهارم است . گرچه تعریفیکه در قوانین نقل شده در کتب عامه بدان صورت دیده نمی شود .

بررسی تعاریفها

با چشم پوشی از تعریف اول که بشدت مورد انتقاد غیر قابل دفع اصولین قرار گرفته میتوان با توجه به مفاسری که در بقیه تعاریف ها دیده میشود چنین نتیجه گرفت که از دید علمای حنفی و مالکی که استحسان را حجت میدانند استحسان عبارت است از اینکه درجائی که با قیاس میتوان حکم شرعی را استنباط کرد از آن صرف نظر کرده و بملاحظه مصلحت خاص مورد و باستناد دلیل دیگر حکمی مخالف آنچه از قیاس نتیجه میشود برای مسأله پیدا کنیم^۴ مثلاً : قرض

۱ - جلد اول مستصفای فزالی صفحه ۲۸۱ و ۲۸۳ چاپ اول سال ۱۳۲۲ هجری قمری ، فزالی خود شافعی است و تعریفهای یاد شده را از علمای حنفی نقل کرده است .

۲ - جلد ۴ موافقات شاطبی از صفحه ۲۰۵ ببعد .

۳ و ۴ - هفته حقوق اسلامی چاپ دمشق شوال ۱۳۸۰ صفحه ۲۵۰ - ۳۰۲ - ۳۰۳ .

حلال و باحرام است در حالیکه اگر بخواهیم بقیاس حکم کنیم باید قرض نیز حرام باشد زیرا از آنجا که ارزش پول ثابت نیست قرض نیز در مواردی مستلزم ربا است لکن بملاحظه دفع حرج و مصلحت رفاه و آسایش مردم و باستناد دلایل دیگری جز قیاس قرض مجاز و حلال شمرده شده^۱ مثال دیگر هرگاه کسی حیوان دیگری را مشرف بمرگ بیند و آن را سر ببرد که گوشت آن حلال باشد طبق اصل قیاس این کار اتلاف مال غیر و موجب ضمان است و حال آنکه استحسان و رعایت مصلحت ایجاب میکنند که اینکار جایز و بدون ضمان باشد^۲.

ارزش استحسان در مذاهب مختلف اسلامی

همه اصولیین بیک نسبت استحسان را حجت نمی‌دانند و این مسأله ذیلاً بررسی میشود.

مذهب حنفی

ابوحنیفه چنانکه در قیاس امام و پیشوا بوده در استحسان نیز همین مقام را دارد بدین معنی که او بیش از دیگران بقیاس و استحسان اهمیت میداده و آنها را در استنباط احکام اسلامی بکار می‌برده^۳ ابوحنیفه و شاگردان بزرگ او مانند محمد بن حسن شیبانی و قاضی ابویوسف برای عقل استدلال عقلی در مسائل و احکام شرعی مقام ممتازی قائل بوده‌اند، آنها معتقد بوده‌اند که نریختن اسلام مبتنی بر پایه‌های عقلی و منطقی است و احکام معلول علت‌هایی است که در نظر شارع رای زندگی مادی و معنوی انسان دارای ارزش میباشند، آنها درک و دید عقلی را تاجایی که تن مسلم قرآن یاسنت یا اجماع با آن معارضه و مباینت نداشته مورد قبول قرار داده‌اند و با حفظ قول و مبانی اسلام قواعد زیر را در احکام همیشه مورد نظر داشته‌اند:

۱- سهولت و آسانی در عبادات و معاملات.

۲- رعایت منافع بیچاره و ناتوان.

۳- تصحیح کارهای انسان تا سرحد امکان.

۴- رعایت آزادی بشر.

پیشوایان مذهب حنفی در درجه اول بقرآن و سنت احترام میگذارند و معتقدند که قرآن و کلی احکام اشاره و سنت آنها را بیان و تایید کرده است، اخبار و احادیث پیغمبر در اینان محترم و لازم‌الاتباع است ولی معتقدند که اخبار صحیح که مسلماً از پیغمبر رسیده

۱- جلد چهارم موافقات شاطبی صفحه ۲۷۰

۲- اعلام الموقمین ابن تیمیة جلد سوم صفحه ۱۸

۳- هفته حقوق اسلامی چاپ دمشق شوال ۱۳۸۰ صفحه ۲۵۰-۳۰۲-۳۰۳

بسیار کم و اندک است و از هفده خبر تجاوز نمیکنند! اجماع نیز با همه اهمیتی که دارد برای تکمیل ادله مزبور کافی نیست پس این عقل است که باید با توجه به اصول کلی حقوق اسلام که از قرآن و سنت و اجماع بدست آمده موارد سکوت را بیان و نقائص را مرتفع سازد، تعدیل عقلی و درک رابطه علیت بین احکام و علل آنها حنفی‌ها را به حجیت قیاس رهنمون گشته ولی هر جا این درک عقلی نتایجی بار آورد که بصلاح اسلام یا مسلمانان نباشد یا موجب مفسده و زیانی شود و یا با اصول مسلم اسلام که بچندتای آن اشاره شده منافات داشته باشد، خشکی استنتاج‌های عقلی را با کمک قواعد دیگر مثل استحسان تعدیل میکنند، بکار بستن استحسان بین ققهای حنفی بسیار زیاد است و از مطالعه کتب آنها این امر روشن میشود چنانکه محمد بن حسن شیبانی در کتاب مبسوط مکرر مینویسد که «استحسن و ادع القیاس» یعنی قیاس را ترك و به استحسان عمل میکنم پس باین نتیجه میرسیم که در مذهب حنفی استحسان صرفاً این نیست که مجتهد چیزی را بمقل خود خوب بداند هر چند بر آن دلیلی نداشته باشد چنانکه مفاد تعریف اول است که از آنها نقل شده بلکه، در این مذهب استحسان یکی از این دو معنی است :

۱- برتری نهادن قیاس حنفی بر قیاس جلی .

۲- استثناء يك مسأله جزئی از يك قاعده کلی .

برای روشن شدن مسأله مثالی میزنیم: میدانیم طبق قاعده کلی در حقوق اسلام تصرفات مالی سفیه غیر نافذ است: و در صورتیکه ولی یا قیم او آنرا تنفیذ کند کامل میشود و اگر رد کنند باطل میشود حال هر گاه سفیهی وصیت کند که مقداری از اموالش را در کار خیری مصرف کنند آیا چنین وصیتی صحیح است؟ علی القاعده باید غیر نافذ باشد ولی حنفی‌ها آنرا صحیح میدانند و با استحسان متمسک میشوند و میگویند غرض از ممنوع ساختن سفیه از تصرف در اموالش این است که بزبان خود کاری نکند تا نادرودرمانده نگردد و سر بار دیگران و جامعه نشود اینها همه برای زمان زنده بودن او هدف‌های درستی است ولی اگر وصیت او را در کار خیری پس از مرگش بپذیریم چه زیانی بر او وارد میشود و چه اثر بدی بر دیگران یا جامعه باقی میگذارد؟ هیچ! پس بهتر است که برخلاف قیاس و قاعده چنین وصیتی را صحیح بدانیم.^۲

مذهب مالکی

مالك بن انس امام مذهب مالکی ، امام دارالهجره نیز مانند ابوحنیفه معتقد به حجیت استحسان است و آنقدر با استحسان فتوی داده که گفته است $\frac{9}{10}$ علم فقه

۱ - مقدمه ابن خلدون

۲ - هفته حقوق اسلامی چاپ دمشق شوال ۱۳۸۰ صفحه ۲۵۱

استحسان است شاطبی مالکی در کتاب موافقات می نویسد: مالک و پیروان او بر مبنای استحسان فتوی داده اند و سپس از ابن عربی مالکی نقل میکند که گفته است: استحسان نزد ما (مالکی‌ها) و حنفی‌ها عبارت است از عمل کردن بقوی‌ترین دلیل^۲. خود شاطبی میگوید مقضای استحسان این است که استدلال آزاد را بر قیاس ترجیح دهیم نه اینکه برخلاف قیاس وبدون دلیل و صرفاً بمیل و داخواه خود حکمی کنیم و توضیح میدهد که مبنای قیاس این است که مقصود شارع را در موارد نظیر و مشابه رعایت کنیم ولی هر گاه رعایت این مقصود منجر شود به از بین رفتن مصلحتی یا گرفتار شدن بمفسده‌ای برای دفع حرج از قاعده استحسان کمک گرفته مصلحت مورد خاس را بر قاعده کلی مقدم می‌داریم.

۳ - مذهب حنبلی

حنبلی‌ها نیز استحسان را حجت دانسته‌اند، هفته حقوق اسلامی^۳ بنقل از ابن قدامه مقدسی حنبلی چنین مینویسد: « قاضی یعقوب گفته است که استحسان در مذهب احمد حنبل حجت است ... و این گفته صحیح است. »

۴ - مذهب شافعی

مشهور است که محمد بن ادریس شافعی از مخالفان سرسخت حجیت استحسان است و این مطلب را میتوان در کتاب الرساله او بروشنی دید:

در باب استحسان از کتاب الرساله میگوید: طریق اجتهاد قرآن و سنت و اجماع و قیاس است و استحسان را نمیتوان در شمار این طرق آورد ... اگر بتوان استحسان برخلاف قیاس را حجت دانست هر کسی، خواهد توانست که در فقه و حقوق اسلامی اظهار نظر کند هر چند با علوم اسلامی آشنائی کامل نداشته باشد و در همین فصل است که میگوید: و انما الاستحسان تلذذ یعنی استحسان حکم بر وفق میل وهوی است^۴ و در کتاب الام با بیانی دیگر همین ایرادات را بازگو میکند و مینویسد عمل باستحسان برخلاف آیه قرآن است که میگوید « ایحسب الانسان ان یشرك سدی^۵ » زیرا کسیکه می‌پندارد در موضوعی حکم شرعی از طرق معمول آن که قرآن و سنت و اجماع و قیاس است بیان نشده و بمیل و انتخاب او واگذار شده است درست همان پندازی را دارد که در این آیه مورد نکوهش قرار گرفته است و ادامه میدهد که هر کس باستحسان عمل کند علیه خود اقامه برهان کرده است چه معنای استحسان این است

۱ - صفحه ۲۰۷ و ۲۰۸ جلد چهارم موافقات .

۲ - هفته حقوق اسلامی چاپ دمشق شوال ۱۳۸۰ صفحه ۳۲۱

۳ و ۴ - الرساله شماره‌های ۱۴۵۶ و ۱۴۶۴

۵ - سوره قیامت آیه ۳۷

که خدا و پیغمبر دستوری ندارد و او بمیل خود عمل کرده است و دلیل بطلان این گفته در خود آست. و سپس میگوید اگر بتوان استحسان را در فقه بکار بست تفاوتی بین مجتهدین و دانشمندان علوم عقلی باقی نمی ماند و آنها هم باید بتوانند در مسائل دینی حکم دهند چه فرق آنها این است که مجتهدین بقرآن و سنت رسول خدا و عقاید علمای دین یعنی اجماع و علل احکام و قیاس آگاهند و اینها است طرقی که باید در استنباط احکام شرعی بکار برد ولی اگر استحسان و انتخاب بمیل و سلیقه بتواند در این کار موثر باشد باید دانشمندان دیگر هم مجاز باشند که در مسائل و احکام شرعی استنباط کنند و این نتیجه ای است فاسد که هر مسلمانی آن را رد میکند. و در آخر مینویسد عمل به استحسان مستلزم پذیرفتن احکام مختلف است. ۱. و بالاخره این گفته شافعی مشهور است که «من استحسَن فقد شرع» هر کس استحسان را بکار برد بدعتی در شرع گذاشته است یا تشریح و قانون گذاری کرده است در حالیکه هیچکس جز پیغمبر حق قانون گذاری ندارد.

۵ - مذهب شیعه

اصولیین شیعه اثنی عشری درست در نقطه مقابل مجوزین استحسان قرار دارند آنها عمل به استحسان را باطل میدانند چنانکه شافعی میدانست و بالاتر از آن اینکه علمای امامیه قیاس و استحسان هر دو را باطل میدانند ولی شافعی قیاس را جایز و استحسان را باطل میدانند. بطلان عمل بقیاس و استحسان از مسلمیات مذهب شیعه است و در این باره اشاره بگفته میرزای قمی در کتاب قوانین الاصول کافی است: ... و هو باطل لعدم الدلیل علیه، ولانه لا یفید الظن بکونه حکما شرعیافی الحقیقة، ولاجماع الامامیة و اخبارهم. (جلد دوم قوانین آخر مقصد چهارم)

مذهب ظاهری

علی بن حزم متوفی بسال ۴۵۶ هجری قمری مؤسس مذهبی در اسلام است که دیری نپائید و از بین رفت با اینهمه از نظر علمی عقاید وی در علم اصول مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است. ظاهریها مانند شیعیان دوازده امامی معتقد بطلان قیاس و استحسان بوده اند. ابن حزم پس از گفتاری که بشدت طرفداران استحسان را مورد نکوهش قرار میدهد مینویسد: حق حق است هر چند مردم آنرا نپذیرند و باطل باطل است هر چند مردم آنرا بپسندند پس به این نتیجه میرسیم که استحسان (پسندیدن و نپسندیدن مردم) هوی و هوس و گمراهی است.^۲

۱ - هفته حقوق اسلامی صفحه ۲۴۴ بنقل از کتاب الام شافعی جلد ۷ ص ۲۷۰ و بعد.

۲ - الاحکام ابن حزم جلد ۶ ص ۱۷.

ادله حجیت استحسان

برای حجیت استحسان بدله زیر استناد شده است :

۱ - آیه شریفه : « و اتبعوا احسن ما انزل الیکم »^۱ یعنی پیروی کنید بهترین آنچه را از خدا بر شما فرو فرستاده شده .

۴ - حدیث ابن مسعود که گفته است : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن »^۲ یعنی هر چه را مسلمانان پسندند خدا هم آنرا می پسندد .

۵ - اجماعی است که جایز است استفاده از حمام های عمومی با اینکه نه مقدار آبی که مصرف میشود معلوم است و نه نرخ و قیمت مقطوعی برای آن همه جا و همه وقت معین بوده است و چنین معامله ای نمیتواند در قالب هیچیک از عقود معین قرار گیرد و این امر تنها برای رفع حرج و از باب استحسان میتواند صحیح باشد .^۳

۲ - آیاتی که دلالت میکند بر رفع عسر و حرج مانند آیه شریفه : « و ما جعل علیکم فی الدین من حرج »^۴ و آیه شریفه : « یرید الله بکم الیسر ولا یرید بکم العسر »^۵.

۳ - آیه شریفه : « الذین یستمعون القول فیتبعون احسنه »^۶.

این ادله همه قابل خدشه است و وسیله مخالفان استحسان مردود شناخته شده و کافی است باب استحسان از کتاب مستصفای غزالی مطالعه شود لکن قوی ترین دلیل حجیت استحسان دلیل عقلی است بشرح زیر :

دلیل عقلی برای حجیت استحسان - احکام شرع اسلام مبتنی بر مصالح و مفاسد است، و پی بردن باین مفاسد و مصالح و بمال احکام مجوز اصلی برای صحت قیاس است لکن هر گاه قیاسی خود منجر به نتیجه نامطلوب شود بدین معنی که مصلحتی مسلم را تقویت کند یا مفسده ای قطعی را موجب گردد عقل حکم میکند که باید در آن مورد قیاس را وا گذاشت و بمقتضای مصلحت مورد رفتار کرد این دلیل بطور وضوح از گفته های شاطبی در موافقات استفاده میشود .^۷

اقسام استحسان

مهمترین انواع استحسان عبارتند از : استحسان قیاسی و استحسان ضرورت .

۱- سوره زمر آیه ۵۷

۲- مستصفای غزالی جلد اول صفحه ۲۷۴ بدمد

۳- قوانین الاصول جلد دوم.

۴- سوره حج آیه ۷۸

۵- سوره بقره آیه ۱۸۲

۶- سوره زمر آیه ۲۰

۷- جلد چهارم موافقات از صفحه ۳۰۵ بدمد .

۱ - استحسان قیاسی

عبارت از این است که بمقتضای قیاسی خفی عمل کنیم و از قیاس جلی دست بکشیم پس در حقیقت استحسان قیاسی در موردی است که دو قیاس وجود داشته باشد. یکی جلی و دیگری خفی، قیاس جلی را ترك کرده و قیاس خفی را بکار بندیم. در اینجا سئوالی پیش میآید که چرا قیاس جلی را بخاطر قیاس خفی ترك میکنیم؟ جواب این سئوال این است که اثر و نتیجه قیاس خفی در این مورد صحیحتر از اثر و نتیجه قیاس جلی است و این مطلب در بررسی موارد و از ملاحظه مسائل بخوبی محرز و مسلم میشود و از این رو بدکر چند مثال می‌پردازیم:

۱ - هرگاه شخصی منتهم بدزدی محکوم شود بقطع دست راست و مجری حکم بخطا دست چپش را ببندد از این مسأله پیش میآید که با توجه باینکه قطع دست چپ چنین شخصی مجاز نبوده آیا مجری حکم که مرتکب جرمی خطائی شده ضامن است یا خیر؟ قاضی ابویوسف و محمد بن حسن شیبانی که هر دو از پیشوایان بزرگ مذهب حنفی هستند معتقد بضمن او هستند و مسأله را قیاس میکنند باینکه اگر مجری حکم عضو دیگری مثلاً بینی محکوم را میبرد که علی القاعده مجری ضامن خواهد بود ولی ابوحنیفه شخصاً در این مورد معتقد باستحسان است او میگوید گرچه طبق اصول کلی قطع هر عضوی بدون مجوز شرعی جرم است و اگر بخطا باشد دیه و خونیه دارد ولی در خصوص این مورد وضع طوری دیگر است، در این مورد خطای مجری حکم موجب شده که دست راست که فائده‌اش برای محکوم بیشتر از دست چپ است باقی بماند این مانند موردی است که کسی مالی از شخصی تلف کند و مالی بهتر از آن باوداده باشد دیگر ضامن دانستن او صحیح نیست و قیاس این مورد بمورد قطع عضوی دیگر گرچه قیاسی است ظاهر و جلی ولی چون در آن موارد عوضی برای محکوم موجود نیست چنین قیاسی قابل اجراء نیست.^۱

۲ - مثال دیگر اگر کسی دیگری را وکیل کند و یا بگوید که مطالباتش را بصورت خاصی مثلاً يك جا جمع آوری کند و وکیل برخلاف وکالت رفتار کند و آنها را بتدریج وصول نماید ولی یکجا باو تحویل دهد گرچه در کار وکالت تخلف و تعدی کرده است ولی چون در آخر منظور حاصل شده استحسان حکم میکند که امثال امر موکل شده باشد لکن قیاس جلی حاکم است که تخلف بارز او را نمیتوان نادیده گرفت و باید گفت وکیل امر موکل را امثال نکرده است.^۲

۲ - استحسان ضرورت

عبارت است از عدول از حکم قیاس بواسطه ضرورتی که آن را ایجاب می‌نماید و با مثالی چند این نوع استحسان را روشن میکنیم:

۱ - مجله هفته حقوق اسلامی بنقل از کتاب میسوط سرخسی جلد نهم ص ۱۷۵ و ۱۷۶

۲ - هفته حقوق اسلامی بنقل از کتاب ردالمختار جلد سوم ص ۱۵

۱ - از نظر شرع اسلام حجاب امری است واجب با این حال هر گاه ضرورتی ایجاب کند میتوان برخلاف این حکم رفتار کرد و بعبارت دیگر مورد ضرورت را بموارد دیگر قیاس نمیکنیم بلکه باستحسان آنرا اجازه میدهیم مثل اینکه پزشک ، جراح وقابله مجازند ببدن زن بهنگام ضرورت وبقدرحاحت نگاه کنند ، و کسیکه درصدد ازدواج است مجاز است روی زنی را که میخواهد با او ازدواج کند برای اخذ تصمیم ببیند .

۲ - در آئین دادرسی اسلامی مسلم است که شاهد باید مسلمان باشد و شهادت غیر مسلمان علیه مسلمان مسموع نیست زیرا قبول آن برخلاف آیه شریفه : *لن یجعل الله للکفرین علی المومنین سییلاً* است لکن هر گاه مسلمانی ادعا کند که بکفر ذمی طلبی را که از مسلمان دیگر داشته بهنگام مرگ برای او وصیت کرده است و بر این ادعا به شهادت شهودی از مذهب موسی استناد کند قیاس مقضی است که چنین شهادتی غیر مسموع و چنان ادعائی مردود شناخته شود ولی این حقیقت که بر مرگ کافری مسلمانان حضور پیدا نمیکند ضرورتی است که ایجاب میکند شهادت غیر مسلمان را در این دعوی پذیرفت هر چند علیه مسلمان باشد .

۳ - در فرضی نظیر فرض بالا هر گاه وارث کافری مدعی طلب هورت خود از مسلمانی است و مسلمان با اقرار بدین در نسب وارث تردید میکند در اینجا نیز جز اینکه شهادت غیر مسلمان را که از ازدواج و نسب هم مذهبان خود اطلاع دارند قبول کنیم چاره ای نداریم هر چند بزبان مسلمان باشد و این برخلاف قیاس ولی طبق قاعده استحسان است .

حنفیها برای استحسان اقسام دیگری نیز بیان کرده اند از قبیل استحسان اجماع و اثر و مالکیها نیز بر حسب اینکه منشاء استحسان عرف ، رعایت مصلحت ، اجماع و رفع عسر و حرج باشد آنرا با نوعی تقسیم کرده اند که چون با دقت در آنها میتوان بعضی آنها را از دنوع استحسان قیاس یا استحسان ضرورت و بعضی دیگر را خارج از استحسان دانست از ورود در بحث تفصیلی آنها خودداری میشود و میتوان برای مطالعه تفصیلی آنها بکتاب کشف الاسرار جلد چهارم و به جلد چهارم کتاب موافقات شاطبی مراجعه نمود .

نکاتی پیرامون استحسان

از بررسی مقالاتی که پیرامون استحسان نوشته شده نکات مهمی بصورت پراکنده بدست می آید .

۱ - با اینکه ابوحنیفه و مالک بن انس امام مذهب حنفی و مالکی صاحب نظریه استحسان بوده اند و در فتاوی خود بکرات بان استناد کرده اند با اینهمه آن را بصورت يك قاعده بیان نکرده و حدود و شرط آنرا روشن ننموده اند و این امر باعث این توهم شده که

استحسان صرفا يك عقیده شخصی، یا نظریه‌ای بی دلیل و یارایی از روی هوی و هوس است ولی شاگردان و پیروان این دو با توجه باینکه مقام علمی و زهد و تقوای این دو امام بزرگ سنت و جماعت مانع تحقق این توهم است با دقت درموارد استحسان کوشیده‌اند که برای آن ضوابط و قواعدی پیدا کنند و حدود قیود آنرا روشن کنند و هر کدام بنحوی نظر استاد و پیشوای خود را بیان کرده‌اند.

۲ - حقیقت استحسان چنانکه گذشت این است که چون رعایت قیاس یا ادله دیگر گاهی منجر بنتایج نا مطلوب میشود و استدلال خشک عقلی همیشه با ضرورت‌های اجتماعی و مصالح جامعه وفق نمیدهد با قاعده استحسان که مبتنی بر رعایت مصلحت موارد خاص است این نقیصه برطرف میگردد و استحسان دلیلی است مکمل دلیل قیاس .

۳ - استحسان اغلب خود قیاسی است صحیح که بجای قیاسی نادرست بکار میرود و در حقیقت در مورد استحسان يك دلیل بیشتر وجود ندارد و آن هم استحسان است و قیاس دیگر فقط در مرحله بحث و استدلال است بنابراین تعارضی بین قیاس و استحسان تصور نمیشود.

۴ - آیا نزاع و اختلاف در حجیت استحسان يك نزاع لفظی است یا اختلافی است ماهوی ؟ برخی از نویسندگان کوشیده‌اند این اختلاف را لفظی جلوه دهند و در این باره سمدالدین تفتازانی شافعی بهتر و خلاصه‌تر از دیگران مینویسد : این نزاع لفظی است زیرا اگر استحسان را بمعنای لغوی آن « پسندیدن » معنی کنیم و منشاء آن را رأی شخصی و هوی و هوس بدانیم هیچیک از ائمه اربعه آنرا حجت نمیدانند و اگر آنرا بمعنای اصطلاحی آن دلیلی بگیریم در برابر ادله دیگر که گاهی بصورت نص و اجماع ولی بیشتر در قالب قیاس خفی شکل میگیرد همه آنرا حجت میدانند^۱.

ولی آنچه از بررسی مقالات و نوشته‌های موافقان و مخالفان استفاده میشود این است که که این بحث برخلاف گفته تفتازانی نزاع لفظی نیست بلکه اختلافی ماهوی است و برای اینکه این مطلب روشن شود باید توجه داشت که مخالفان استحسان دو دسته‌اند یکی آنهایی که اصلا قیاس را باطل میدانند مانند شیعه و ظاهر یها و دیگری آنهایی که قیاس را قبول دارند و تنها استحسان را باطل میدانند مانند شافعی‌ها، از نظر دسته اول بسیار روشن است که این بحث اختلافی است در ماهیت قاعده استحسان و چون این قاعده در آخرین تجزیه و تحلیل عقلی بقیاس بر میگردد از این رو آنرا باطل میدانند ولی از نظر دسته دوم یعنی شافعی‌ها که قیاس را حجت میدانند استحسان از آن جهت باطل است که مخالف قیاس است و عمل بآن موجب تعطیل قیاس میشود و خود آن دلیلی نیست که بدان امر شده و یابکی از ادله چهارگانه باشد و عبارت شافعی در کتاب الرساله این معنی را بوضوح میرساند.^۲

۱ - هفته حقوق اسلامی بنقل از کتاب التلویح علی التوضیح جلد دوم صفحه ۸۱ و ۸۲

۲ - الرساله شماره ۱۴۶۴

محمد ابوزهره استاد حقوق اسلامی دانشکده حقوق دانشگاه قاهره در بررسی مقالاتی که درباره استحسان نوشته شده و در مجله هفته اسلامی گردآوری شده نظریه‌ای در این زمینه دارد که بیانی دیگر این بحث را اختلافی ماهوی میدانند نه نزاعی لفظی و خلاصه نظر او چنین است: شافعی استحسان را بطریقی که حنفی‌ها معتقدند و آنرا قیاس حنفی میدانند باطل نمیداند ولی اگر استحسان مبتنی بر رعایت مصلحت بنظر مجتهد باشد چنانکه مالکی‌ها معتقدند، آنرا باطل میدانند زیرا شافعی اصولاً قاعده استصلاح و مصالح مرسله مالک را قبول ندارد و فقط در اینصورت است که استحسان از ادله اربمه خارج میشود و جزو قیاس نیست برای اینکه نظریه محمد ابوزهره روشن شود لازم است قسمت دیگری از نظریه او در همان مقاله راجع با استحسان در مذهب ابوحنیفه و مالک، اینجا آورده شود:

استحسان در فقه حنفی و مالکی و تفاوت آنها با یکدیگر

بعقیده ابوحنیفه استحسان در بیشتر موارد قیاسی است حنفی در برابر قیاس جلی که چون اثر و نتیجه‌اش قوی‌تر است بر آن مقدم است و گاهی نیز از قیاسی عدول میشود بواسطه وجود نص با اجماع یا ضرورتی برخلاف قیاس و این نیز انواع دیگر استحسان است و بطور خلاصه استحسان عبارت است از تعارض ادله دیگر (و از جمله قیاس) با قیاس و فقیه حنفی با ترجیح نص و اجماع و ضرورت و قیاسی که علتش قوی‌تر است، هر چند حنفی باشد، از قیاس جلی دست میکشد و این عمل را استحسان مینامند.

در مذهب مالکی استحسان عبارت است از تعارض قاعده استصلاح و مصالح مرسله با قیاس و چون مصلحت در مذهب مالکی اساس بسیار مبنی است بر قیاس مقدم میشود، حنفی‌ها اگرچه این قاعده را نفی نمیکند ولی آنرا اساس و مبنای قاعده استحسان هم نمیگیرند، شاطبی در کتاب موافقات^۲ با توجه بهمین مطلب میگوید استحسان مبتنی است بر استدلال مرسل و استدلال مرسل مقدم است بر قیاس و سپس مثال میزند که هر گاه در بیع شرط مشتری در زمان خیار بمرید حق خیار بورئه منتقل میشود اگر همگی بیع را بپذیرند بصورت خود میماند و اگر همگی آنرا رد کنند فسخ میشود و اگر بعضی ورئه آنرا بپذیرند و بعضی آنرا رد کنند بقیاس بر صورت رد جمیع بیع فسخ میشود حال اگر یکی از ورئه بیع را بپذیرد (نه فقط بهم خودش) در اینصورت نیز مقتضای قیاس فسخ بیع است و نمیتوان با بیع را ملزم ببیع دانست ولی مالکی‌ها بر رعایت مصلحت با بیع را ملزم دانسته و آنرا استحسان میدانند و بر قیاس مقدم میدارند.

بعقیده محمد ابوزهره این است استحسانی که شافعی قبول ندارد نه استحسان حنفی زیرا این صرف استدلال است و آن نوعی از قیاس است.

۱- هفته حقوق اسلامی صفحه ۳۶۲ و ۳۶۳

۲- موافقات شاطبی جلد چهارم از صفحه ۲۰۵ بید،

استحسان در حقوق

آیا میتوان قاعده استحسان را در حقوق عرفی بکاربرد؟ پاسخ این پرسش بستگی بروشن شدن دو مطلب زیر دارد: یکی اینکه آیا در حقوق عرفی قیاس قابل اعمال است یا خیر؟ و دیگری اینکه آیا حقوق عرفی مانند حقوق شرعی مبتنی بر رعایت مصلحت است یا نه و هر یک از این دو مطلب پایه بکار رفتن نوعی از استحسان است بدین توضیح که چنانکه بیان شد استحسان در مکتب حنفی مبتنی بر اعمال قیاس خفی در برابر قیاس جلی است و در مکتب مالکی به معنای بکار بردن مصلحت خاص مورد، در برابر مصلحت دیگری است که ظاهراً عام و کلی است.

دو مطلب مزبور در درس مبانی استنباط مورد بحث قرار گرفته و باین نتیجه رسیده که بکار بردن قیاس در حقوق نه تنها منعی ندارد بلکه بین حقوقیین معمول و متداول است و رعایت مصلحت هم ظاهراً اصلی عقلایی است که قانونگذار نمیتواند آنرا نادیده بگیرد، گرچه در هیچ مقنی این مطلب عنوان نشده که حقوق مبتنی بر رعایت مفاسد و مصالح است ولی بنظر میرسد مطلب آ تقدیر مسلم است که عنوان کردن آن لازم نیست و همیشه بهنگام تصویب مقررات قانونی این اصل عملاً رعایت میشود.

بنابر آنچه گفته شد باید پذیرفت که بکار بردن استحسان در حقوق عرفی منعی ندارد. لکن باید اعمال آنرا بکسانی اجازه داد که بمبانی کلی حقوقی، علل و مصالح احکام و عوامل و اسبابی که وضع قانونی را باعث گشته اند کاملاً واقف و مطلع و مسلط باشند، و در بکار بردن آن از هر حیث رعایت احتیاط کامل بعمل آید و هر استحسانی را نمیتوان بعنوان دلیل پذیرفت.