

امکان استناد به قاعده استحسان در جلوگیری از قلع و قمع بنای احدائی بدون مجوز

بهاره حسنی*

مشخصات رأی بدوی

رأی بدوی: دادنامه شماره: ۰۰۸۵۸

مورخ: ۱۳۹۰/۸/۱۸

مرجع: شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مشخصات رأی تجدیدنظر

رأی تجدیدنظر: دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۸۱۴

مورخ: ۱۳۹۱/۶/۲۸

شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

وقایع پرونده

ستاد اجرایی فرمان حضرت امام (ره) دادخواستی به طرفیت شرکت ملی پتروشیمی و فرآورده‌های نفتی ایران به خواسته صدور حکم به خلع ید خوانده از ملک واقع در خیابان شهید ع. تحت پلاک ثبتی... بخش ۷ تهران و قلع و قمع بنای احدائی به انضمام خسارات دادرسی تقدیم می‌کند و در دادخواست بیان می‌شود که ستاد مزبور سند رسمی مالک شش‌دانگ پلاک فوق تحت عنوان قسمتی از کاخ ف.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی؛ موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی
bahareh.hasani2@gmail.com

به همراه باغ و اراضی و آپارتمان‌ها معروف به خوابگاه و حمام، به شماره... اصلی بخش ۷ خارج از دروازه «دوشان‌تپه» که به موجب دادنامه ۸۲/۶/۲ - ۸/۲/۲۳۳ به موجب دادنامه ۸ شعبه ۸ دادگاه انقلاب اسلامی به نفع ستاد صادره شده، می‌باشد و خوانده بدون إذن، مبادرت به تصرف آن و احداث جایگاه CNG و پمپ بنزین نموده است. خوانده نیز دادخواستی به طرفیت شهرداری منطقه ۱۳ تهران، تحت عنوان جلب ثالث، اقامه و اعلام داشته که ملک مورد ادعا را به موجب صورتجلسه ۸۷/۲/۳۰ از طریق شهرداری که خود را مالک ملک معرفی می‌نمود، برای احداث جایگاه فرآورده‌های نفتی واگذار کرده و پس از احداث جایگاه و انجام عملیات ساختمانی، شهرداری برخلاف تعهد، از انتقال رسمی ملک سرباز زده و لذا شرکت نفت طبق صورتجلسه ۸۸/۱۲/۹ جایگاه احداثی را به شهرداری منطقه ۱۳ تفویض گردد و از آن تاریخ، ملک مورد ترافع در تصرف شهرداری منطقه ۱۳ می‌باشد و در صورتجلسه اخیرالذکر، یک قطعه زمین به همراه تجهیزات و مخازن احداث شده و تلمبه‌ها به شهرداری منطقه مذکور محول گشته است و برابر صورتجلسه ۸۷/۲/۳۰ یک قطعه زمین در خیابان شهید ع. برای احداث جایگاه عرضه گاز CNG به طول ۴۰ متر و عرض ۲۵ متر جمعاً ۱۰۰۰ متر مربع به شرکت پتروشیمی و فرآورده‌های نفتی تهران واگذار شده است و شهرداری منطقه ۱۳، علی‌رغم ابلاغ، لایحه‌ای ارسال نموده، البته پس از ختم جلسه، نماینده شهرداری طی لایحه ۵۱۳/۱۶۹۲۷ -۹۰/۳/۳۱ در دادگاه حضور یافته و صرفاً پرونده را مطالعه نموده است. دادگاه با توجه به دادخواست تقدیمی و سند مالکیت و دفاعیات شرکت ملی پتروشیمی و فرآورده‌های نفتی و صورتجلسات استنادی، خواسته خواهان مبنی بر خلع ید از ملک فوق‌الذکر به طرفیت شهرداری را وارد تشخیص و دادگاه به استناد ماده ۳۰۸ قانون مدنی حکم به خلع ید شهرداری منطقه ۱۳ تهران از قسمتی از پلاک ثبتی... اصلی بخش ۷ تهران به مساحت ۱۰۰۰ متر مربع محل احداث گاز و فرآورده‌های نفتی در خیابان شهید ع. و تحویل آن به ستاد اجرایی محکوم می‌نماید؛ اما در مورد خواسته قلع و قمع با توجه به اینکه در این محل هزینه زیادی از اموال عمومی در آن صرف شده که توسط مالک خواهان نیز قابل بهره‌برداری و استیفای منفعت

است، به استناد قاعده استحسان، این خواسته را وارد ندانسته و حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌دارد و خواهان می‌تواند طبق نظر کارشناسی، اعیانی احدثی را از خواننده مجلوب ثالث خریداری نماید و به استناد ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه مجلوب ثالث، شهرداری منطقه ۱۳ را به پرداخت مبلغ ۳/۳۵۶/۰۰۰ ریال به‌عنوان هزینه دادرسی به حساب درآمد تمبر دادگستری محکوم می‌کند. ولیکن با عنایت به دفاعیات شرکت ملی پتروشیمی و فرآورده‌های نفتی و احراز عدم تصرف ملک مورد دعوا توسط وی، دعوی متوجه وی نبوده و به استناد مادتين ۸۴ و ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد.

شهرداری منطقه ۱۳ تهران، با نمایندگی خانم پ.ش. به طرفیت ستاد اجرایی فرمان حضرت امام و شرکت ملی پتروشیمی و فرآورده‌های نفتی ایران، نسبت به دادنامه شماره ۰۰۸۵۸ مورخه ۹۰/۸/۱۸ شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران تجدیدنظرخواهی می‌کند و دادگاه با توجه به محتویات پرونده، نظر به اینکه از ناحیه تجدیدنظرخواه، اعتراض مؤثر و موجهی که موجب نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته باشد، ارائه نشده است و تجدیدنظرخواهی منطبق با هیچ‌یک از جهات مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی نبوده و از حیث رعایت قواعد دادرسی نیز ایراد و اشکال اساسی وارد نبوده، ضمن رد تجدیدنظرخواهی، برابر ماده ۳۵۳ قانون مرقوم عیناً دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید و ابرام می‌کند و این رأی، قطعی است.

نقد و بررسی

آنچه در این پرونده محل بحث جدی است، استناد دادگاه بدوی به قاعده «استحسان» جهت جلوگیری از قلع و قمع ابنیه احدثی است که در حالت عادی مطابق قواعد عام می‌بایست قلع و قمع می‌شد؛ بنابراین لازم است ابتدا قاعده مزبور و جایگاه آن در حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد و سپس مسئولیت شهرداری در تملک اراضی تبیین گردد و در پایان به این موضوع بپردازیم که: آیا می‌توان در

تصرفاتی که بدون مجوز صورت گرفته است جهت جلوگیری از قلع و قمع ابنیه، به قاعده استحسان استناد نمود؟

۱. تعریف استحسان و حجیت آن

«استحسان» مصدر باب استفعال (مشتق از واژه «حسن»)، در لغت «طلب حسن، نیکو شمردن و پسندیدن» است.^۱ اصولیون در تعریف استحسان گفته‌اند: آن عبارت است از دلیلی که در ذهن مجتهد پسندیده آید ولی مجتهد از توصیف یافته ذهنی خویش ناتوان باشد (یُدْرَک و لایُوصَف).^۲

بنا بر آنچه گفته شد استحسان، چیزی جز همان دلیلی که ذهن مجتهد را به خود جلب کرده نیست؛ یعنی اگر آن دلیل معتبر باشد، استحسان هم معتبر خواهد بود. در غیر این صورت، مجالی برای حجیت استحسان و طرح آن به‌عنوان پایه‌ای نوین در شناخت احکام باقی نمی‌ماند و استحسان اصل مستقل به حساب نخواهد آمد.^۳ به عبارت دیگر، مورد استحسان آنجایی است که دو دلیل می‌تواند شامل واقعه‌ای شود، آن‌گونه که ولی فقیه می‌پسندد و نیکو می‌شمارد، یکی از آن دو دلیل را بر دیگری ترجیح دهد.^۴ به‌طور خلاصه، استحسان در نقطه‌مقابل «قیاس» قرار داده شده ولیکن طبق برخی از تعاریف، نوعی قیاس به حساب آمده است و شاید معروف‌ترین معنای استحسان همان حکمی است که نصی بر آن یافت نمی‌شود اما عقل مجتهد آن را می‌پسندد.^۵

۱. ناصر مکارم شیرازی، *دائرة المعارف فقه مقارن* (قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، ۱۴۲۷ هـ.ق)، ص ۳۱۰.

۲. عیسی ولایی، *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول* (تهران: نشر نی، چاپ سوم، ۱۳۷۴)، ص ۵۴.

۳. برای اطلاع بیشتر نک: محمد صنقور، *المعجم الأصولی* (بیروت: چاپ سنگی، ۱۴۲۱ هـ.ق)، ص ۲۳۶.

۴. برای اطلاع بیشتر نک: جمعی از پژوهشگران زیر نظر سیدمحمود هاشمی‌شاهرودی، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام* (قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۲۶ هـ.ق)، ج ۱، ص ۳۹۸ به بعد.

۵. ناصر مکارم شیرازی، *پیشین*، ص ۲۰۰.

اندیشمندان امامیه، استحسان را به‌عنوان منبع و بنیان شناخت احکام شرعی مورد پذیرش قرار نداده، بر این اعتقادند که استحسان همانند قیاس، اجتهاد از راه رأی و علی‌ای‌حال، مردود است و به‌نحوی، از بارزترین گمان‌هایی است که در تعالیم اسلامی اکتفاء و اعتماد کردن بر آن ممنوع شمرده شده است.^۱ برخی نیز استدلال کرده‌اند، اعتبار استحسان به‌عنوان منشأ و اساس شناخت، بنا بر نظریه تصویب، باعث تناقض‌گویی مجتهدان در احکام فقهی می‌شود؛ زیرا هر مجتهدی با درنظر گرفتن ویژگی‌ها و خصوصیات هر مسئله‌ای می‌تواند آن را از مسائل مشابهش تفکیک نموده، بر آن حکم تشریح نماید و لازمه آن این است که احکام فقهی به تعداد مجتهدان باشد و جملگی به‌عنوان حکم خدا تلقی گردند، با اینکه، آنها احکامی مختلف و متضادند و عقل نمی‌پذیرد که همه آنها حکم خدا قلمداد شوند.^۲ مع‌الوصف، فقهای امامیه در حجت ندانستن آن استحسان، متفق‌القول‌اند. مگر آنکه به ظواهر کتاب یا سنت بازگشت کند یا از ملازمه عقلی استفاده شود.^۳ بنابراین، در فقه امامیه استحسان فاقد حجیت است، اما به‌نظر می‌رسد به‌کار بردن قیاس در حقوق نه‌تنها بی‌معناست بلکه میان حقوق‌دانان معمول و متداول است و رعایت مصلحت هم ظاهراً اصلی عقلایی است که قانون‌گذار نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد.

۲. حکم قلع و قمع ابنیه احداثی بدون مجوز

دعوی قلع و قمع یکی از شایع‌ترین دعاوی مطروحه در مراجع قضایی است که عموماً در تکمیل خواسته‌های دیگری همچون خلع ید یا رفع تصرف مطرح می‌گردد. البته طرح این دعوا در کنار دعاوی دیگر به معنای وابستگی آن به سایر دعاوی نیست. بلکه به‌عنوان یک دعوی مستقل قابل طرح در مراجع قضایی بوده و فارغ از هر عنوان دیگر، دارای قابلیت رسیدگی است. مسلماً در پاره‌ای از مصادیق قلع و قمع که در کنار برخی دعاوی دیگر مانند دعاوی خلع ید مطرح می‌گردد میان حقوق‌دانان

۱. ابوالقاسم گرجی، تاریخ فقه و فقهاء (تهران: مؤسسه سمت، ۱۴۲۱هـ.ق.)، ص ۷۶.

۲. نک: ناصر مکارم‌شیرازی، پیشین، ص ۱۲۳ به بعد.

۳. ابوالقاسم زمخشری، الفائق فی غریب الحدیث (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۷هـ.ق.)، ج ۱، ص ۲۱۴.

اختلاف نظر هست؛ عده‌ای معتقدند در این گونه موارد قلع و قمع، نتیجه ذاتی حکم خلع ید بوده و خلع ید بدون قلع و قمع به صورت کامل اجرا نمی‌شود. در نتیجه، طرح دعوی خلع ید به همراه قلع و قمع مستحذات یا ابنیه و اشجار، دعوی متعدد مطروحه در یک دادخواست نبوده و به عنوان یک دعوی واحد به شمار می‌آید؛ به تعبیری، حتی اگر خواهان در دعوی خلع ید به طور مستقیم درخواست قلع و قمع مستحذات و ابنیه و اشجار را ننموده باشد، عاقبت‌الامر، اجرای حکم خلع ید الزاماً قلع و قمع نیز اجرا خواهد شد؛ چراکه خلع ید بدون قلع و قمع آثار به‌جامانده از تصرف غیرمجاز متصرف معنا و مفهوم نداشته و «إذن در شیء، إذن در لوازم آن» تلقی می‌شود و اگر دادگاه با صدور حکم خلع ید، به محکوم‌له إذن داده است تا متصرف را از ملک خود خارج نماید به تبع این موضوع، رفع آثار تصرفات غیرمجاز (احداث اعیانی یا غرس اشجار) را نیز جایز شمرده است. ولی در رویه قضایی برخلاف این نظر و استدلال حقوق دانان عمل شده و قلع و قمع را دعوی مستقلی تلقی نموده‌اند که رسیدگی به آن، مستلزم درخواست خواهان می‌باشد.^۱

بنابراین، نخستین و بدیهی‌ترین اثر صدور حکم خلع ید یا رفع تصرف، قلع و قمع ابنیه احداثی است و وجود چنین ابنیه‌ای در بنا مانع از قلع و قمع آن نیست. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در برخی از نظریات مشورتی به این موضوع اشاره کرده است. به طور مثال، در یکی از نظریات مشورتی در پاسخ به این سؤال که «چنانچه در محل موضوع حکم خلع ید، مستحذات متعلق به محکوم‌علیه وجود داشته باشد، می‌توان حکم خلع ید را اجرا نمود؟» بیان شده «با توجه به مواد ۳۸، ۴۱، ۴۲ و بند ۳ ماده ۴۵ قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۱۶۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، وجود مستحذات در محل اجرای حکم قطعی لازم‌الاجرای خلع ید مانع از اجرای حکم صادره نمی‌شود، ولو تعلق مستحذات به محکوم‌علیه محرز باشد. بر این اساس، اجرای احکام مدنی منوط به اجرای حکم خلع ید است. بدین ترتیب که وسایل و تجهیزات داخل محل خلع ید باید به مالک آنها تحویل گردد. در این صورت، صاحب اعیان می‌تواند

۱. رسول زینالی، دعوی قلع و قمع در رویه دادگاه‌ها (تهران: انتشارات چراغ دانش، ۱۳۹۴)، ص ۸.

ایمانی احداث شده غیرقانونی را تخریب و مصالح آن را ببرد یا به نحوی با صاحب زمین توافق نماید، اما اجرای حکم خلع ید ملازمه با قلع و قمع بنا ندارد.^۱

علی‌رغم این موضوع، به نظر می‌رسد قانون‌گذار بر مبنای ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی، که اختیار تعیین طریقه جبران خسارت را بر عهده دادگاه نهاده است، در حکم صادره نیز به‌رغم محکومیت خواننده، بر مبنای قاعده استحسان مانع از قلع و قمع بنا شده است. اما به عقیده نگارنده اگرچه در توجه قانون‌گذار به ماده ۳ قانون مزبور تردیدی بیش نیست، در حقوق موضوعه، مهم‌ترین ماده قانونی که اختیار تعیین طریقه جبران خسارت را بر عهده قاضی گذاشته ماده مذکور است. از سوی دیگر، چه در قانون آیین دادرسی مدنی، چه در قانون مدنی و چه در سایر قوانین، هیچ‌گونه الزامی مبنی بر لزوم قلع و قمع بنا در موارد خلع ید و رفع تصرف عدوانی نشده است. فلذا از این حیث اختیار دادگاه قابل قبول است، اما نگارنده با مبنای انتخابی دادگاه در ممانعت از خلع ید هم‌داستان نیست؛ چراکه استحسان در فقه امامیه فاقد حجیت است و به تبع در نظام حقوقی ما نیز که مقتبس از فقه امامیه است، اثری از استحسان مشاهده نمی‌شود. اما برخی از فقهای معاصر و حقوق‌دانان بر این باورند که به‌کار بردن استحسان در حقوق عرفی منعی ندارد، لکن اذن و اعمال آن را باید به کسانی داد که به مبنای کلی حقوقی، علل و مصالح احکام و عوامل و اسبابی که وضع قانونی را باعث گشته‌اند کاملاً واقف و مطلع و مسلط باشند و در به‌کارگیری آن از هر لحاظ، رعایت احتیاط کامل به‌عمل آید و هر استحضانی را نمی‌توان به‌عنوان دلیل پذیرفت. بنابراین، در حجیت استحسان در نظام حقوقی ما همچنان اختلاف نظر وجود دارد و حتی کسانی که استعمال آن را جایز و روا دانسته‌اند، معتقدند باید در موارد محدود و توسط اشخاصی خاص اعمال شود، لذا قاضی می‌بایست به‌جای دامن زدن به این اختلافات و استناد به قاعده‌ای که اتفاق نظری در حجیت آن نیست، به قواعد دیگری که در مقبولیت و حجیت آن، قطعیت و بلاتردیدی است، به‌انضمام همان نتیجه استناد به قاعده استحسان، استناد می‌نمود و از جمله آن قواعد، قاعده «عدل و انصاف» است.

می‌توان گفت «عدالت» در حقوق ما به معنای اجرای قانون می‌باشد و آن، به دلیل داشتن جنبه نوعی، این قابلیت را دارد که به صورت علمی و منظم مورد بحث قرار گیرد؛ در حالی که «انصاف» عدالتی است که در موارد خاص و با اقتضای مورد، مجرای عملی می‌یابد؛ به تعبیری، (انصاف) قاعده‌ای است که ضمن رعایت حقوق همه، سهم مساوی می‌دهد و اجرای آن در محکمه به معنای حل و فصل یک دعوی طبق وجدان، بدون در نظر گرفتن قواعد حقوق موضوع است. به موجب دلایل خاصی که فقهاء، مستند این قاعده ذکر کرده‌اند، وجوب عمل بر اساس عدل و انصاف در امور فردی و اجتماعی مطرح می‌شود.^۱ بی‌تردید اساس کلی و شکل عمومی فقه امامیه به منظور رعایت عدل و انصاف می‌باشد. اما در اغلب مواقع، این قاعده در حقوق مردم، اعم از خصوصی، اجتماعی، مالی، سیاسی، کیفری و مواردی از این دست، جاری و ساری است. لذا قاعده مذکور (انصاف) می‌تواند دارای وجوه کلی باشد و مصادیق بسیاری را در ابواب مختلف حقوق درباره آن می‌توان یافت و عمومیت قاعده عدل و انصاف به منزله قاعده فقهی و مانند سایر قواعد است، ولیکن از وجوه کلی آن می‌توان به قواعد «مساواة الناس فی حقوق الامة»، «مساواة المکلفین فی قوانین الشریعة»، «مساوات المؤمنین فی حرمة دمائهم و فروجهم و اموالهم»، «وجوب ردّ المظالم فی حقوق الناس» و «الناس مسلطون علی اموالهم»^۲ اشاره کرد. به علاوه، عرف و سیره عقلاء نیز آن را تأیید می‌کند، نه اینکه از جانب امامان (علیهم السلام) ردعی نشده و عدم ردع، دلیل بر امضاء باشد، بلکه بسیاری از روایات، دالّ بر امضای قطعی آن است و موارد و مصادیق فراوانی هم در ابواب مختلف فقه (وصیت، وقف، صلح و غیره) وجود دارد.^۳ بنابراین، در پرونده

۱. حاج‌شیخ حسین کریمی قمی، قاعده الفرعة (قم: تحقیق و نشر مرکز فقه الائمة الاطهار (علیهم السلام)، ۱۴۲۰هـ.ق.)، ص ۴۰۲.

۲. سیدروح‌الله موسوی‌الخمینی، تحریر الوسیله (قم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۹هـ.ق.)، ج ۲، ص ۱۴۷.

۳. علی محمد، «بررسی قاعده عدل و انصاف و آثار آن»، مجله پژوهش‌های فلسفی و کلامی، ش ۳۰، (۱۳۸۵): ص ۲۶۳.

مورد بحث نیز اگر دادگاه به جای استناد به قاعده استحسان که از حجیت تام برخوردار نیست، به قاعده عدل و انصاف استناد می‌کرد، مبنای صدور رأی محکم‌تر و مستدل‌تر می‌بود؛ اگرچه در هر حال، نتیجه رأی در هر دو مورد، یکسان و مبتنی بر عدل و انصاف صادر گشته. لازم به ذکر است در مواردی که به قاعده عدل و انصاف استناد می‌شود، نتیجه مورد بحث را نمی‌توان به‌عنوان یک قاعده کلی برای همه موارد این چنینی در نظر گرفت، بلکه تصمیم‌گیری در هر مورد می‌تواند منوط به اوضاع و احوال آن پرونده و اینکه عدالت چگونه اقتضاء می‌کند، باشد.

نتیجه

در این پرونده ستاد اجرایی فرمان حضرت امام (ره) خواهان است و مدعی مالکیت قطعه زمینی است که شرکت ملی پتروشیمی و فرآورده‌های نفتی ایران مبادرت به تصرف آن و احداث جایگاه CNG و پمپ بنزین نموده است. شرکت ملی پتروشیمی و فرآورده‌های نفتی ایران نیز دادخواستی به طرفیت شهرداری منطقه ۱۳ تهران، تحت عنوان «جلب ثالث» اقامه و اعلام داشته که ملک مورد ادعا را از طریق شهرداری که خود را مالک ملک معرفی می‌نمود، برای احداث جایگاه فرآورده‌های نفتی، تفویض و پس از احداث جایگاه و انجام عملیات ساختمانی، شهرداری برخلاف تعهد، از انتقال رسمی ملک امتناع کرد لذا شرکت نفت، جایگاه احداثی را به شهرداری منطقه ۱۳ واگذار نمود و از آن تاریخ، ملک مورد ترافع در تصرف شهرداری این منطقه است. دادگاه با توجه به دادخواست تقدیمی و سند مالکیت و دفاعیات شرکت ملی پتروشیمی و فرآورده‌های نفتی، به استناد ماده ۳۰۸ قانون مدنی، به خلع ید شهرداری منطقه یادشده تهران از محل احداث گاز و فرآورده‌های نفتی و تحویل آن به ستاد اجرایی محکوم می‌نماید؛ اما در مورد خواسته قلع و قمع، با التفات به صرف هزینه زیادی از اموال عمومی در این محل که توسط مالک خواهان نیز قابل بهره‌برداری و استیفای منفعت است به استناد قاعده استحسان، این خواسته را وارد ندانسته و حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌دارد و خواهان می‌تواند طبق نظر کارشناسی، اعیانی احداثی را از خواننده

مجلوب ثالث خریداری نماید. با این بیان، حکم صادره مبنی بر محکومیت شهرداری که به‌عنوان مجلوب ثالث به دادرسی جلب شده بود، صحیح صادر گشته ولیکن نکته اصلی بحث مبتنی بر جلوگیری از قلع و قمع بنای احداثی در ملک خواهان به استناد قاعده استحسان می‌باشد. استناد به قاعده مزبور از آنجا محل بحث است که این قاعده در فقه امامیه مورد پذیرش اکثریت فقهاء نیست و به تبع در نظام حقوقی ما نیز قابل استناد نخواهد بود، اگرچه برخی آن را در مواردی قابل استعمال توسط اشخاص صلاحیت‌دار (قانون‌گذار، قاضی و...) دانسته‌اند. نگارنده بر این باور است که در نظام حقوقی ایران، قاعده عامی به نام قاعده «عدل و انصاف» وجود دارد که می‌تواند مبنای صدور هر حکمی قرار گیرد. به‌نحوی که در پذیرش آن، چه در منابع فقهی و چه در منابع حقوقی، اختلافی نیست؛ بنابراین، شایسته بود قاضی جهت جلوگیری از تشتت آراء، به‌جای استناد به قاعده‌ای که در حجیت آن اختلاف عقیده هست، به استناد قاعده عدل و انصاف، مبادرت به صدور حکم می‌نمود؛ اگرچه در هر حال نتیجه حاصله از رأی صادره کاملاً منطبق بر عدل و انصاف است.

فهرست منابع

۱. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سیدمحمود هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱ (قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ هـ.ق).
۲. زمخشری، ابوالقاسم، الفائق فی غریب الحدیث، ج ۱ (بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۷ هـ.ق).
۳. زینالی، رسول، دعوی قلع و قمع در رویه دادگاهها (تهران: انتشارات چراغ دانش، ۱۳۹۴).
۴. صنقور، محمد، المعجم الاصولی (بیروت: چاپ سنگی، ۱۴۲۱ هـ.ق).
۵. کریمی قمی، حاج شیخ حسین، قاعدة القرعة (قم: تحقیق و نشر مرکز فقه الائمة الاطهار علیهم السلام)، ۱۴۲۰ هـ.ق).
۶. گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقهاء (تهران: مؤسسه سمت، ۱۴۲۱ هـ.ق).
۷. محامد، علی، «بررسی قاعده عدل و انصاف و آثار آن»، مجله پژوهش های فلسفی و کلامی، ش ۳۰، (۱۳۸۵).
۸. مکارم شیرازی، ناصر، دائرة المعارف فقه مقارن (قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ هـ.ق).
۹. الخمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، ج ۲ (قم: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۹ هـ.ق).
۹. ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول (تهران: نشر نی، چاپ سوم، ۱۳۷۴).