

ساختمانی منحصراً محدود به ۳ طبقه و ارتفاع ۹ متر گردیده است، به همین جهت مالک که مدعی تضييع حقوق مالکانه است با استناد به اصل «تسليط» و با ضميمه کردن نسخه‌ای از برگ کنترل فنی دستور نقشه صادره از شرکت خدمات الکترونیکی ۰۱۰۱ مربوط به شهرداری منطقه ۱ تهران که نشانگر واقع شدن ملک در حریم درجه ۱ عمارت باغ فردوس است ضمن درخواست جلب نظر کارشناس خواهان ابطال حریم ثبت شده در مورد ملک مورد نظر است. شعبه بدوی با بررسی دلایل ارائه شده با استناد به بند ۱۱ ماده ۳ قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی که تعیین حریم آثار تاریخی را از وظایف این سازمان بر شمرده است دلیلی که نشانگر تخلف از قوانین و مقررات باشد احراز نکرده و بنابراین، شکایت مطروحه را غیر وارد تشخیص داده است.

پس از صدور حکم یاد شده از شعبه بدوی، خواهان با استناد به نظر کارشناسی تقاضای اعاده دادرسی نسبت به دادنامه ۹۱۰۱۰۲۰۹۹ می‌نماید. نظر کارشناسی که به عنوان دلیل جدید جهت اعاده دادرسی ارائه شده است (چنانکه از متن رأی می‌توان حدس زد) شامل موقعیت ملک، نحوه امکان ساخت و ساز در آن و وضعیت طبقات و تراکم ساختمان‌های اطراف است. تقاضای اعاده دادرسی در شعبه اول دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۵۴۸ به خواسته اعمال ماده ۱۷ قانون دیوان عدالت اداری نسبت به دادنامه ۹۱-۲۰۹۹-۹۱/۱۰/۵- در تاریخ ۱۳۹۳/۳/۴ مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و در نهایت، اعاده دادرسی، وارد تشخیص داده شده و حکم مورد اعاده دادرسی نقض می‌شود. در صدور رأی مقتضی، دادگاه، حکم به نقض و ابطال محدودیت حریم میراث فرهنگی نسبت به املاک مزبور مورد ادعای شاکی می‌نماید. دلایل ارائه شده از سوی دادگاه در صدور چنین حکمی از این قرار است:

۱. حرمت مالکیت خصوصی و رعایت اصل تسليط با اشاره به موادی از قانون مدنی مانند ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۸، ۳۹ و عدم ارائه دلیلی که بتواند در موضوع مورد بحث، این حق را محدود کند با توجه به نظریه شماره ۶۰۷۶ شورای نگهبان مورخ ۱۳۰۹/۷/۱۷ در مورد غیر شرعی بودن ماده ۳ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲ نسبت به مالک خصوصی
۲. عدم دفاع مؤثر خواننده نسبت به نظر کارشناس و عدم ارائه دلیل مبنی بر واقع شدن ملک در حریم درجه ۱ اثر ثبت شده در فهرست آثار ملی

ابطال محدودیت حریم میراث فرهنگی (نقدی بر رأی صادره از شعبه اول دیوان عدالت اداری شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۵۴۸)

پرهام مهرآرام*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۵۴۸

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۳/۳/۴

خواسته: ابطال محدودیت حریم میراث فرهنگی

مرجع رسیدگی: شعبه اول دیوان عدالت اداری

۱. وقایع پرونده:

در این پرونده، خانم م. م. به وکالت از خانم م. ف. دادخواستی در برابر سازمان میراث فرهنگی و گردشگری به خواسته «تقاضای نقض محدودیت حریم میراث فرهنگی (باغ فردوس)»^۱ ارائه می‌دهد. ملک مذکور به وسعت ۵ هزار متر مربع در مجاورت عمارت باغ فردوس قرار گرفته است و به دلیل واقع شدن در حریم درجه ۱ این اثر، ساخت و ساز در آن با محدودیت‌هایی مواجه شده به طوری که صدور پروانه

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

Parham_mehram@yahoo.com

۱. باغ و عمارت بیلاقی فردوس در اراضی محمدیه با دو عمارت در شمال و جنوب به دستور محمدشاه قاجار (۱۲۵۰ - ۱۲۶۴) ساخته شد که عمارت شمالی به کلی ویران و عمارت جنوبی فعلاً پایرجاست. این باغ و عمارت بیلاقی را حاجی میرزا آقاسی - صدراعظم محمدشاه - پایه‌ریزی کرده است؛ عمارت باغ فردوس در قسمت جنوبی باغ ساخته شده و از ابتدا به صورت کاخ و محل اقامت اعیان، تزیین شده است. مساحت باغ ۲۰ هزار مترمربع و عمارت آن در سه طبقه و زیرزمین با زیربنای ۱۰۰۰ مترمربع بنا شده است. این باغ به شماره ۱۸۷۶ مورخ ۷۶/۵/۱۱ در فهرست آثار ملی به ثبت رسیده و از سال ۱۳۸۱ به عنوان موزه سینما مورد بهره‌برداری قرار گرفته است.

۳. تنقیح مناط از ماده ۳ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ در الزام سازمان میراث فرهنگی به اخطار و ابلاغ ثبت حریم به مالکان املاک واقع در آن و رسیدگی به اعتراض آنها

۴. استناد به نظر کارشناس به عدم رعایت حریم اثر درمورد بناهای مجاور و ساخت بناهایی با طبقات ۴، ۵ و ۶ و در نتیجه، تبعیض ناروا بودن رعایت حریم درمورد خواهان

البته دلایل ارائه شده در ۶ عنوان ارائه شده است که بعضی از آنها هم پوشانی دارند.

متن رأی

نظر به اینکه، اولاً نام برده دارای مالکیت شش دانگ دو قطعه زمین در پلاک های ثبتی ... و ... که اولی شش دانگ یک قطعه زمین به مساحت سه هزار و هشتصد و پنجاه و چهار متر و پنجاه و سه متر مربع قطعه باقی مانده بیست و شش فرعی از سه هزار و پانصد و سی و شش اصلی مفروز از باقی مانده پلاک بیست و شش فرعی از اصلی مذکور در باغ فردوس تجریش بخش ۱۱ تهران بوده و دومی شش دانگ یک قطعه زمین مشتمل بر یک دستگاه عمارت نیمه تمام به مساحت یک هزار و پنجاه متر مربع به شماره چهل و شش فرعی از پلاک سه هزار و پانصد و سی و شش مفروز از شماره بیست و شش فرعی از اصلی مذکور واقع در باغ فردوس میران بخش یازده تهران که هر دو پلاک طی احکام دادگاه انقلاب اسلامی از ستاد اجرایی فرمان حضرت امام (ره) به مالکیت و مصادره مالک مزبور (شاکیه) درآمده است ثانیاً طرف شکایت با وصف ابلاغ قانونی که نظریه‌ی کارشناس نیز ضمیمه‌ی دادخواست بوده هیچ گونه دفاع موثر و موجهی به عمل نیاورده است ثالثاً طرف شکایت دلیل و مستندی مبنی بر اینکه ملک مزبور در حریم درجه یک ملکی که دارای شرایط مندرج در ماده واحده قانون ثبت آثار ملی مصوب ۱۳۵۲/۹/۱۲ و ماده یک قانون مربوط به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲ قرار گرفته ارائه ننموده رابعاً از آنجا که ملک مورد ادعا دارای مالکیت خصوصی است (حسب بند اولاً) و مطابق مواد ۳۰، ۳۱، ۳۸، ۳۹ و ... قانون مدنی هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع را دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد و براساس نظریه‌ی شورای محترم نگهبان به شماره‌ی ۶۰۷۶ مورخ ۶۱/۷/۱۷ مشمول قانون آثار فرهنگی نسبت به املاک شخص مغایر با موازین شرعی تشخیص داده شده است و لذا دلیل و مدرکی مبنی بر استثنا نمودن ملک مزبور از مالکیت وی و

قرار دادن آن به عنوان حریم درجه یک آثار ملی، تاریخی و فرهنگی وجود نداشته و ارائه ننموده اند خامساً ثبت ملک در حریم فهرست آثار ملی به موجب تنقیح مناط از ماده‌ی ۳ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲ پس از تشخیص و اجازه کتبی وزارت معارف (سابق) خواهد بود و نسبت به ملکی که دارای مالک خصوصی است باید قبلاً به مالک یا مالکین آن اخطار و ابلاغ گردید و در صورت اعتراض آن‌ها در فرجه قانونی به اعتراض آن‌ها رسیدگی و در نتیجه با وارد نداشتن اعتراض ثبت حریم آثار ملی نمایند ملاحظه می‌شود که در خصوص ملک مورد ادعا مراتب مذکور رعایت و اقدام نگردیده و دلیل و مدرکی بر اقدامات مزبور ارائه نشده است (قابل ذکر است وفق در خصوص ثبت ملک در فهرست آثار ملی مراتب فوق باید رعایت شود در خصوص حریم قرار دادن ملکی در حریم فهرست آثار ملی می‌بایست مراتب مذکور رعایت گردد، سادساً به موجب نظر کارشناس رسمی دادگستری در مجاور ملک مورد ادعا و نیز در مجاورت باغ فردوس املاکی با تراکم و طبقات ۴، ۵، ۶ ساخته و مورد استفاده قرار می‌گیرد پس چگونه است که وقتی نوبت به ملک مزبور که می‌رسد ادعای در حریم باغ فردوس را می‌نماید؟ آن هم بدون دلیل و مستند قانونی می‌باشد علیهذا به استناد مراتب فوق الذکر و اینکه طرف شکایت با وصف ابلاغ قانونی هیچ گونه دلیل و مدرکی بر ادعای خویش ارائه ننموده و دفاع مؤثر و موجهی به عمل نیاورده اعاده دادرسی وی را محرز و مسلم دانسته و نیز مستنداً به مواد ۱۰ و ۱۱ و بند ج ماده ۹۸ و ۱۰۲ و ۱۰۴ قانون تشکیلات و آئین داری دیوان عدالت اداری ضمن قرار قبول دادخواست اعاده دادرسی حکم به ورود اعاده دادرسی و نقض حکم دادنامه مورد خواسته (دادنامه ۹۱۰۰۰۰۱۰۲۰۹۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۵ موضوع کلاسه پرونده ۹۱۰۰۲۹۷۱۸ شعبه اول دیوان عدالت اداری و حکم به نقض و ابطال محدودیت حریم میراث فرهنگی (باغ فردوس) نسبت به املاک مزبور مورد ادعای شاکیه صادر و اعلام می‌نماید، رأی صادره به استناد ماده ۵۶ قانون مرقوم ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل اعتراض و رسیدگی در شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری می‌باشد.

۲. نقد و بررسی:

رأی صادره از نظر شکلی و محتوایی می‌تواند مورد نقد واقع شود. در یک بررسی مختصر شکلی باید اشاره کرد که دلایل ارائه شده در قالب اولاً تا سادساً دارای انسجام درونی نبوده و در مواردی هم پوشانی دارند. برای نمونه، در «بخش

اولاً» اشاره به وجود مالکیت شش‌دانگ ملک مزبور شده است و در «بخش رابعاً» نیز دوباره بحث مالکیت خصوصی مالک این‌بار با تأکید بر موادی از قانون مدنی در حمایت از این حق مطرح شده، بدون آنکه از دید قاضی توجیهی قانونی برای محدود کردن آن در پرونده مورد بحث وجود داشته باشد (با توجه به غیرشرعی بودن قانون راجع به حفظ آثار ملی ۱۳۰۹ به دلیل نظر شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۱).^۱ به نظر می‌رسد این دو بند می‌بایست بلافاصله در یک بند و هم‌زمان ارائه می‌شدند چراکه به‌ظاهر حلقه‌هایی از یک استدلال را تشکیل می‌دهند که البته به نقد ماهوی آن پرداخته خواهد شد. همچنین در راستای اثبات اهمیت مالکیت خصوصی قاضی به مواد ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۸، ۳۹ و ... قانون مدنی استناد کرده است که به نظر می‌رسد عبارت «و...» از دقت رأی کاسته و بهتر آن بود که مواد قابل استناد دیگر ذکر می‌شد. علاوه بر آن، در قسمتی از رأی آمده است: «مدرکی مبنی بر استثناء نمودن ملک مزبور از مالکیت وی و قرار دادن آن به عنوان حریم درجه یک آثار ملی، تاریخی و فرهنگی وجود نداشته و ارائه ننموده‌اند» درحالی‌که نه در ثبت اثر و نه در تعیین حریم، قصد استثناء نمودن ملک کسی از مالکیت او نیست اگرچه این دو عمل حقوقی همراه با محدودیت‌هایی بر حقوق مالکانه باشند. باز در

۱. اولین قانون راجع به حفظ آثار ملی ۱۳۰۹ است که ضابطه بسیار روشنی را در اختیار قرار می‌دهد زیرا بر طبق ماده ۱ آن، کلیه آثار صنعتی و ابنیه و اماکنی که تا اختتام دوره زندیه در مملکت ایران احداث شده اعم از منقول و غیرمنقول با رعایت ماده ۱۳ این قانون می‌توان جزء آثار ملی ایران محسوب داشت و تحت حفاظت و نظارت دولت می‌باشد. دومین قانون هم قانون ثبت آثار ملی ۱۳۵۲ است که به وزارت فرهنگ و هنر اجازه داده می‌شود علاوه بر آثار مشمول قانون حفظ آثار ملی (مصوب آبان ماه ۱۳۰۹) آثار غیرمنقولی را که از نظر تاریخی یا شئون ملی واجد اهمیت باشد صرف‌نظر از تاریخ ایجاد یا پیدایش آن با تصویب شورای عالی فرهنگ و هنر در اعداد آثار ملی مذکور در قانون مزبور به ثبت برساند. حسین میرمحمدصادقی، «تخریب اموال تاریخی فرهنگی در حقوق جزای ایران»، ماهنامه دادرسی، ش ۲۷ (۱۳۸۰): ص ۱۲؛ برای اطلاع بیشتر درمورد تعارض قاعده لاضرر و اصل تسلیط که مبنای فقهی بحث تعارض حق مالکیت دارندگان آثار ثبت‌شده یا در حریم با منافع جمع است می‌توان به مقاله زیر مراجعه کرد: نصرالله قهرمانی، «مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر»، نشریه کانون وکلا، ش ۱۸۸ - ۱۸۹ (۱۳۸۴).

ادامه آمده است: «باید قبلاً به مالک یا مالکین آن ابلاغ یا اخطار گردید» که گویا منظور از «گردید»، «گردد» می‌باشد. در سطر بعدی نگاشته شده است: «با وارد ندانستن اعتراض، ثبت حریم آثار ملی نمایند» که به نظر می‌رسد عبارت «اقدام به ثبت حریم آثار ملی نمایند» رساتر است. چنین مواردی از عدم رعایت اصول بلاغی در رأی مدنظر بسیار است که از پرداختن بیشتر به آنها خودداری می‌شود.

فارغ از انتقادات شکلی ظاهراً می‌توان بر استدلال آن نیز نقدهایی را وارد کرد:

۱. پذیرش اعاده دادرسی در پرونده مطروحه، بحث‌برانگیز است. براساس ماده ۹۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵) اعاده دادرسی در موارد زیر امکان‌پذیر می‌باشد: الف) حکم، خارج از موضوع شکایت صادر شده باشد؛ ب) حکم به میزان بیشتر از خواسته صادر شده باشد؛ ج) در مفاد حکم، تضاد وجود داشته باشد؛ د) حکم صادرشده با حکم دیگری درخصوص همان دعوا و اصحاب آن، که قبلاً توسط همان شعبه یا شعبه دیگر صادر شده است متعارض بوده بدون آنکه سبب قانونی، موجب این تمایز باشد؛ ه) حکم مستند به اسنادی باشد که پس از صدور، جعلی بودن یا عدم اعتبار آنها به‌موجب حکم مراجع صالح قانونی ثابت شده باشد؛ و) پس از صدور حکم، اسناد و دلایلی به‌دست آید که دلیل بر حقانیت درخواست‌کننده اعاده دادرسی باشد و ثابت شود اسناد و دلایل یادشده در جریان رسیدگی در اختیار وی نبوده است. در پرونده مطروحه، بند آخر سبب اعاده دادرسی بوده است. اعاده دادرسی در دعاوی مدنی هم تقریباً از چنین مواردی تبعیت می‌کند و در بند ۷ ماده ۴۲۶ آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ یکی از جهات اعاده دادرسی زمانی است که پس از صدور حکم اسناد و مدارکی به‌دست آید که دلیل حقانیت درخواست‌کننده اعاده دادرسی باشد و ثابت شود اسناد و مدارک یادشده در جریان دادرسی مکتوم بوده و در اختیار متقاضی نبوده است.

حال، این پرسش مطرح می‌شود که: تأمین دلیل با استفاده از نظر کارشناس درباره موقعیت املاک مجاور و میزان ساخت آنها یا چگونگی امکان ساخت بنا در ملک مورد نظر، سند مکتوم در جریان دادرسی بدوی - که در اختیار متقاضی نباشد - محسوب می‌شود؟ با توجه به آنکه در جریان رسیدگی اولیه، خواهان از

شعبه بدوی تقاضای کارشناسی کرده است آیا عدم ارجاع به نظر کارشناس در آن مقطع توسط شعبه صادرکننده رأی بدوی به معنای عدم نیاز به آن مثلاً به دلیل روشن بودن قضیه مطروحه نبوده است؟ در آن صورت می‌توان دوباره بعد از رسیدگی با ارجاع امر به کارشناس درباره مسائلی مرتبط با موقعیت ملک که همواره از ابتدای رسیدگی بدوی قابل بررسی بوده است و شرط مکتوم بودن در آن مستتر نیست تقاضای اعاده دادرسی کرده و پرونده را دوباره به جریان انداخت؟ به نظر می‌رسد در مورد مطرح‌شده دلیل جدیدی که مکتوم بوده باشد کشف نگردیده و نظر کارشناسی در این پرونده دارای شرایط لازم برای صدور قرار قبولی اعاده دادرسی نبوده است.

۲. به فرض آنکه صدور قرار پذیرش اعاده دادرسی صحیح بوده باشد، رسیدگی و استدلال‌ات مطرح‌شده در دادگاه نیز می‌تواند مورد نقد قرار گیرد. محور اصلی استدلال‌ات دادگاه را حمایت از حقوق مالکانه خواهان دربرمی‌گیرد. قاضی در بخش «ولاً»، مالکیت خواهان را ثابت می‌کند و سپس در بخش «رابعاً»، خدشه‌ناپذیری و حرمت این حق را با توسل به قوانین مختلف خاطر نشان کرده است. درنهایت، وجود موجبی قانونی را که به‌وسیله آن، سازمان میراث فرهنگی بتواند محدودیتی بر حقوق مالکانه ایجاد کند با توسل به نظر مشورتی شورای نگهبان و غیرشرعی اعلام کردن قانون حفظ آثار ملی (مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲) انکار می‌کند. دو نکته در این راستا قابل ذکر است. اگرچه ثبت آثار ملی تا آنجا که مرتبط با مالکیت خصوصی باشد توسط نظر مشورتی ۶۰۷۶ شورای نگهبان خلاف شرع اعلام شده است و با آنکه در پرونده‌های بسیاری به این نظر برای بطلان ثبت اثر اسناد داده شده است، باید در نظر گرفت که هم موضع‌گیری‌های جدید شورای نگهبان و هم آراء صادره از طرف دیوان، بیانگر فاصله گرفتن از این نظر اولیه بوده است. اساساً به نظر می‌رسد شورای نگهبان در دهه ۶۰ یک دیدگاه حداکثری در حمایت از مالکیت خصوصی داشته که در دهه‌های بعدی از آنها عدول کرده است. پذیرش چنین دیدگاه جدیدی را با تأیید قوانین محدودکننده حقوق مالکانه بسیاری در زمینه‌های محیط زیست، راه و راه‌آهن و شهرسازی در دهه‌های اخیر توسط این شورا می‌توان نشان داد. همچنین در راستای حفاظت از میراث فرهنگی قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ مواد ۵۵۸ - ۵۷۰ را به مجازات مرتکبین جرایم علیه آثار ملی و میراث فرهنگی اختصاص داده است. در ماده ۵۶۹ این

قانون اظهار شده است در صورتی که ملک تخریب‌شده شخصی باشد و مالک از ثبت آن به عنوان آثار ملی بی‌اطلاع باشد از مجازات‌های مقرر در مواد فوق معاف است. از آنجا که این قانون به تأیید شورای نگهبان رسیده است باید بپذیریم که این شورا ثبت ملی املاک خصوصی را پذیرفته است در غیر این صورت تعیین مجازات برای مالک آن در صورت تخریب، فاقد معنا می‌بود زیرا خود ثبت، خلاف شرع است. در نتیجه، شورای نگهبان به‌طور ضمنی از نظر اولیه خود درباره ثبت آثار عدول کرده است. علاوه بر تمامی موارد گفته‌شده از آنجا که شکایت اصلی درباره تعیین حریم می‌باشد، قانون ۱۳۰۹ و نظر شورای نگهبان مستقیماً به آن مربوط نمی‌شود؛ چراکه اثر ثبت‌شده در فهرست آثار ملی نه ملک خواهان بلکه باغ فردوس است که حتی اگر مالک خصوصی داشته باشد درخواست ابطال ثبت به درخواست مالک آن باغ امکان‌پذیر می‌باشد. قانون مورد استناد برای تعیین حریم یک اثر توسط سازمان میراث فرهنگی قانون اساسنامه میراث فرهنگی ۱۳۶۷ و آیین‌نامه‌های مرتبط است. اگر دادگاه قصد ابطال تعیین حریم را با توسل به ابطال عمل ثبت اثر در فهرست آثار ملی می‌داشت، ابتدا باید جداگانه به این امر می‌پرداخت که - چنانکه گفته شد - موکول به درخواست مالک خصوصی بنای عمارت باغ فردوس (در صورتی که این بنا مالک خصوصی داشته باشد) می‌باشد مگر آنکه قاضی از نظر مشورتی شورای نگهبان تنقیح مناط کرده باشد و حکم آن را به بند ۱۱ ماده ۳ قانون اساسنامه میراث فرهنگی (از جهت محدود کردن مالکیت) که خود مورد تأیید نظر شورای نگهبان بوده است تسری داده باشد. البته این امر، قابل قبول نیست و در ادامه به آن بیشتر خواهیم پرداخت.

۳. این‌گونه ادعا شده است که به‌موجب تنقیح مناط از ماده ۳ قانون حفظ آثار ملی ۱۳۰۹ - چنانکه گذشت، از دید قاضی درمورد مالکیت خصوصی قابلیت استناد ندارد اما اینک از آن تنقیح مناط شده است - که فرایند تعیین حریم هم باید سازمان میراث فرهنگی تصمیم‌آخذشده را به مالک اطلاع داده و به او فرصت اعتراض بدهد. ظاهراً تنقیح مناط در این مورد درست نمی‌باشد. الغای خصوصیت و تنقیح مناط، تنها درباره نصوصی صحیح است که ظهور در اختصاص نداشته باشد. از این‌رو، امام خمینی در مباحث اجتهاد و تقلید، پس از نقل روایتی از امام صادق(ع) و تأکید بر اینکه مورد آن باب قضاوت و حکومت است می‌گویند الغای خصوصیت در صورتی تحقق می‌یابد که از نظر عرف، حکومت دارای وضعیت

اختصاصی نباشد^۱ در غیر این صورت، تنقیح مناط در مواردی که اختصاصی بودن آن احراز شود بلاوجه است. حتی اگر احتمال اختصاص بدهیم به دلیل آنکه مانع از قطع پیدا کردن به عمومیت مناط است نمی‌توان تنقیح مناط کرد.

در مورد پیش‌رو قانون حفظ آثار ملی ۱۳۰۹ به دلیل محدودیت‌های خاصی که بر حقوق مالکانه ایجاد می‌کند از جمله عدم امکان مرمت و تجدید بنا یا تخریب و محدودیت‌های دیگر ظهور در اختصاص دارد. هیچ‌کدام از این محدودیت‌ها درباره ملکی که در حریم باغ فردوس است اعمال نمی‌شود جز محدودیت در ارتفاع یا اندازه بنا. این درحالی است که چنین محدودیت‌هایی در بسیاری از قوانین شهرداری و در ارائه طرح‌های جامع و تفصیلی بر مالکان تحمیل می‌شود بدون آنکه به تک‌تک آنها ابلاغ شده و فرصت شکایت داده شود. نتیجه آنکه، قانون حفظ آثار ملی ۱۳۰۹ به سبب محدود کردن منحصر به فرد و جدی مالکیت دارای وضعیت اختصاصی است که امکان تنقیح مناط را سلب می‌کند.

۴. یکی از دلایل ارائه‌شده توسط قاضی صادرکننده رأی، عدم دفاع مؤثر خواننده در اثبات واقع شدن ملک در حریم^۲ درجه ۱ باغ فردوس و در رد نظریه کارشناسی است. علی‌الظاهر استدلال صورت‌گرفته‌شده در هر دو مورد دارای مشکلات اساسی است. در مورد واقع شدن ملک در حریم درجه ۱ باغ فردوس، خواهان خود با ارائه نسخه‌ای از برگ کنترل فنی دستور نقشه صادره از شرکت خدمات الکترونیکی ۰۱۰۱ مربوط به شهرداری منطقه ۱ تهران که نشانگر واقع شدن ملک در حریم درجه ۱ عمارت باغ فردوس است، خواننده را از ارائه دلیل دیگر بی‌نیاز کرده است. این سند در هنگام اعاده دادرسی ضمیمه پرونده بوده است. در مورد نظر کارشناس هم این نظر فاقد اطلاعات جدید یا چالش‌برانگیزی درباره ثبت حریم بوده که دفاع مؤثری را بطلبد بلکه صرفاً به موقعیت ملک و وضعیت املاک اطراف پرداخته است.

۱. علی اکبر کلانتری، «تنقیح مناط»، نشریه فقه، ش ۳۵ (۱۳۸۲): ص ۱۵۱.

۲. «حریم» عبارت است از: بخشی از اراضی اطراف و بلافصل املاک که نوع استفاده از آن منوط به عدم ایجاد ضرر برای اصل ملک دارای حریم است. نک: یونس صمدی، میراث فرهنگی در حقوق داخلی

و بین‌المللی، (تهران: سازمان میراث فرهنگی، ۱۳۸۲)، ص ۲۱۶.

۵. قاضی صادرکننده رأی در تأیید نظر کارشناس مبنی بر ساخت بناهایی با ارتفاع بیش از ۹ متر که گاهی ۴، ۵ و ۶ طبقه هم هستند ایجاد محدودیت برای مالک را نمونه‌ای از تبعیض ناروا دانسته است چراکه اگر رعایت این حریم لازم می‌بود همگی باید رعایت می‌کردند و نه صرفاً خواهان. به نظر می‌رسد می‌توان نظر مخالفی را ابراز داشت. عدم رعایت حریم توسط املاک مجاور می‌تواند دلایل متفاوتی داشته باشد. در صورتی که سازمان میراث فرهنگی یا هر نهاد دیگری در انجام وظیفه خود در شناسایی، ثبت و پاسداشت این حریم، اهمال کرده باشد این قصور نمی‌تواند مبنایی برای ابطال عمل مشروع و قانونی سازمان در موارد دیگر باشد. استدلال به‌عمل‌آمده در این راستا به این معناست که هرگاه فرد یا نهادی مرتکب اهمالی گردد یا تخلفی کند که مورد پیگیری واقع نشود باید چنین اجازهای را به دیگر شهروندان و نهادها هم بدهیم تا از تبعیض ناروا جلوگیری شود؛ و در صورتی که موقعیت خاص آن بناها به گونه‌ای بوده است که امکان ساخت به شیوه‌ای متفاوت را فراهم می‌کرده، این امر توجیه‌گر نحوه برخورد متفاوت با املاک مجاور بوده است.

در پایان می‌توان گفت در زمینه میراث فرهنگی، نظام حقوقی ما دچار ناکارآمدی‌های بسیاری هم در بعد قانونگذاری و هم در بعد نظارت قضایی شده است. این امر، خود را در آراء صادره متعارض نشان داده و زمینه‌ساز سلیقه‌ای شدن و دخالت دادن نظرات شخصی و حتی غیرعلمی در تصمیم‌گیری‌های قضایی شده است^۱ و درنهایت، به بی‌اعتبار شدن نظام قضایی و پایمال شدن حقوق افراد ختم خواهد شد. تاکنون پرونده‌های بسیاری درباره تعیین حریم آثار تاریخی، مطرح و مورد قضاوت واقع شده است که در قریب به اتفاق آنها این امر از صلاحیت‌های ذاتی سازمان میراث فرهنگی شناخته شده و در نتیجه، رأی به عدم ورود دعوا داده شده است^۲ مانند دادنامه شماره ۹۱۰۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۱۹۸۳ مورخ ۹۱۰۰۹۹۷۰۹۰۰ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۰.

۱. برای اطلاع بیشتر درخصوص تعداد و موضوع آراء صادره‌شده در حوزه میراث فرهنگی می‌توان به اثر زیر مراجعه کرد. امیرحسین شادنوش، میراث فرهنگی در آراء دیوان عدالت اداری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز (۱۳۹۲).

۲. از آنجا که سازمان در این راستا دارای صلاحیتی تخییری است نحوه نظارت قضایی به‌خصوص نظارت دیوان در این مورد بسیار بحث‌برانگیز شده است. پیش از هر چیز قابل ذکر است که دیوان در راستای

به ناگاه در یک پرونده با استناد به دلایلی چون نظر مشورتی شورای نگهبان که امکان استناد به آن برای قضات پیشین هم موجود بود این رویه کاملاً دگرگون می‌شود. این در حالی است که نظر مشورتی مورد استناد گاه در پرونده‌های مرتبط با ثبت اثر مورد استناد واقع می‌شود و گاه هم به آن اعتنایی نمی‌شود. حتی هواداران این نظر بارها در آراء خود علی‌رغم خلاف شرع دانستن این قانون در تعیین شرایط شکلی فرایند ثبت مانند ابلاغ یا رسیدگی به شکایت مالک همچنان این ماده را ملاک عمل خود قرار می‌دهند. چنین تشویشی در مواجهه با منابع حقوق در نوع خود بی‌نظیر است. به نظر می‌رسد راه‌حل در یک تعیین موضع جدی توسط قانونگذار یا مقامات قضایی درباره جایگاه و اعتبار حقوقی این نظر است. نظام حقوقی ما باید صراحتاً موضع خود را درباره تلاقی منافع عمومی و خصوصی مشخص نماید آن هم به نحوی که این موضع روشن بتواند به شکلی یکنواخت توسط قضات به کار بسته شده و از تشویش آراء در پرونده‌های مشابه که بزرگ‌ترین نقیصه برای یک نظام حقوقی است بپرهیزد.^۱ در این راستا مطالعاتی در زمینه نظری تعارض یادشده مانند بسترهای فقهی و فلسفه حقوق اجتناب‌ناپذیر است تا به روشن‌تر شدن جنبه‌های تعارض کمک کند و البته این قانونگذار است که یک دیدگاه را در میان دیدگاه‌های رقیب می‌پذیرد. آنچه از دید یک حقوقدان حداقل شرایط یک نظام حقوقی کارآمد (حتی اگر نگوئیم عادلانه) است اعمال یک ملاک مشخص در تمامی موارد مشابه است.

← اجرای قانون ۱۳۵۲ بی‌ضابطه عمل نمی‌کند بلکه افراد در حوزه انتخاب و تشخیص دارای دستورالعمل‌هایی هستند که از سوی معاونت میراث فرهنگی کشور در سال‌های گوناگون بازبینی شده است. این دستورالعمل‌ها دارای سابقه‌ای طولانی بوده و قدیمی‌ترین آنها به سال ۱۳۱۰ می‌رسد و آخرین آنها در سال ۱۳۹۲ بازبینی شده است. نک: مالکیت خصوصی یا منفعت عمومی، نقد رویه شعب دیوان عدالت اداری پیرامون ابطال تصمیم سازمان میراث فرهنگی مبنی بر ثبت آثار تاریخی و فرهنگی در فهرست آثار ملی (تهران: مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۳)، ص ۲۷.

1. C. Murphy, "Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law", **Law and Philosophy**, Vol. 24 (2005), pp.239-244.

علاوه بر آن چنین نظامی حقوقی نمی‌تواند به نحو مؤثری از میراث فرهنگی که براساس کنوانسیون راجع به حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه مصوب ۱۴ می ۱۹۵۴ به مردمان کلیه جهان تعلق دارند و لطمه به آنان، لطمه به اموال فرهنگی کل بشریت است، محافظت کند.^۱

۱. فرانچسکو فرانکیونی، «در فراسوی حقوق معاهدات: پدیداری حقوق عرفی جدیدی در حمایت از میراث فرهنگی»، ترجمه علی رضا ابراهیم گل و فرزانه آقا شاهی، **مجله حقوق بین‌المللی**، ش ۴۰ (۱۳۸۸)، ص ۱۳۲. همچنین برای اطلاع بیشتر درباره جایگاه میراث فرهنگی در میان اسناد دیگر بین‌المللی نک: یونس صمدی، پیشین.

فهرست منابع:

فارسی

۱. شادنوش، امیرحسین، بررسی ابعاد حقوقی ثبت آثار تاریخی _ فرهنگی در فهرست آثار ملی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز، (۱۳۹۲).
۲. صمدی، یونس، میراث فرهنگی در حقوق داخلی و بین‌المللی، (تهران: سازمان میراث فرهنگی، ۱۳۸۲).
۳. فرانکیونی، فرانچسکو، «در فراسوی حقوق معاهدات: پدیداری حقوق عرفی جدیدی در حمایت از میراث فرهنگی»، ترجمه علی‌رضا ابراهیم‌گل و فرزانه آقاشاهی، مجله حقوق بین‌المللی، ش ۴۰، (بهار و تابستان ۱۳۸۸).
۴. قهرمانی، نصرالله، «مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر»، نشریه کانون وکلا، ش ۱۸۸ - ۱۸۹، (۱۳۸۴).
۵. کلانتری، علی‌اکبر، «تنقیح مناط»، نشریه فقه، ش ۳۵، (۱۳۸۲).
۶. مالکیت خصوصی یا منفعت عمومی، نقد رویه شعب دیوان عدالت اداری پیرامون ابطال تصمیم سازمان میراث فرهنگی مبنی بر ثبت آثار تاریخی و فرهنگی در فهرست آثار ملی، (مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۳).
۷. میرمحمدصادقی، حسین، «تخریب اموال تاریخی فرهنگی در حقوق جزای ایران»، ماهنامه دادرسی، ش ۲۷، (۱۳۸۰).

انگلیسی

1. Murphy, C, "Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law", **Law and Philosophy**, Vol. 24, 2005.