

قاعده ید در اموال میراث فرهنگی - تاریخی

حسن مرادی کرندق

^۱ فارغ التحصیل دانشگاه آزاد اسلامی - دانشکده حقوق تهران مرکزی

نویسنده مسئول: karandagh258741@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲۳ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۹

چکیده

میراث فرهنگی هر کشور هویت و شناسنامه آن کشور محسوب می شود اگر حمایت قانونی مناسبی نسبت به این اموال صورت نپذیرد این اموال در معرض غارت و نابودی خواهد بود به طوری که هر سال شاهد قاچاق، تخریب، یا انواعی از جرایم علیه میراث فرهنگی هستیم از طرفی اتفاق بغرنج زمانی است که طرح های عمرانی که دولت در حال انجام می باشد نیز یکی از عواملی است که در از بین بردن این اموال نقش بسزایی ایجاد می نماید به طوری که پروژه های عمرانی بدون این که از نظرات کارشناسی میراث فرهنگی استفاده شود اجرا می شود و این پروژه ها باعث از بین رفتن این شناسنامه ملی می شود از بین این مواردی یکی از مباحث مهمی که در حمایت از این اموال مطرح می شود مالکیت شخصی می باشد به طوری که ممکن است این اموال به عنوان ارث خانوادگی به فرد رسیده باشد یا توسط میراث فرهنگی به عنوان اموال فرهنگی تشخیص داده شود (در حالی که دارای مالکیت حقیقی می باشد)، این مقاله که به روش تحلیل - توصیفی تدوین شده است سعی شده است با در نظر گرفتن اهمیت اموال تاریخی و فرهنگی و بررسی قواعد حاکم بر آن موارد مهمی که در از بین بردن میراث فرهنگی و تاریخی نقش بسزایی دارد مدنظر قرار گرفته و مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد در این مقاله درصدد بررسی سه موضوع مهم در حمایت از اموال تاریخی و فرهنگی از قبیل ۱- میزان حق مالکیتی است که اشخاص نسبت به اموال تاریخی دارند (که افراد بخواهند از طریق اعمال قاعده ید تملکات مالکانه بر اموال تاریخی و فرهنگی انجام دهند) ۲- رهایی از مجازات در نتیجه ضرر و زیان به اموال تاریخی بنا به قاعده ید می باشد ۳- میزان حمایت قانونی از اموال تاریخی و فرهنگی چگونه است؟

کلیدواژه: قاعده ید، اموال تاریخی - فرهنگی، قاعده لاضرر، ادله حجیت

مقدمه

اماره مالکیت که در فقه به «قاعده ید» مشهور است حقوقدانان به آن اماره تصرف گویند و این نام گزاری از باب تسمیه السبب باسم المسبب است و الا تعبیر صحیح آن «اماره مالکیت» است زیرا تصرف اماره مالکیت است (ولوبون، ۱۳۹۸: ۴۴۹) از دیدگاه تاریخی مالکیت سه مرحله تاکنون پشت سر گذشته است: مرحله نخست: در این مرحله که مربوط به ادوار نخستین حضور بشر بر روی کره ارض است، روابط اجتماعی بسیار ساده بوده و انسان ها با وسایل و ابزارهای ابتدایی و اولیه به جمع آوری و استفاده از نعمت های خدای پیرامون خود می پرداختند مرحله دوم: پس از گذشت قرن ها و پیچیده شدن روابط اجتماعی که در اکثر موارد تحت تاثیر مستقیم انبیا صورت گرفت، نوع رابطه افراد با اشیا و نیز کیفیت این تعلقات پیچیده تر شد مرحله سوم: در این مرحله که دوره تمدن امروزی نیز جزئی از آن است، مناسبات بین شخص و شیء بیشتر اعتباری شده است (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۲۷) مالکیت در یک تقسیم بندی، به مالکیت حقیقی و اعتباری تقسیم می کنند به عنوان مثال، انسان بر اعضای خود سلطه حقیقی دارد هر گاه بخواهد و هر گونه که بخواهد می تواند در آنها تصرف کند، مالکیت اعتباری عبارت از تسلط اعتباری موجودی بر موجود دیگر، به گونه ای که بتواند در آن تصرف کند و مانع تصرف دیگران شود؛ مانند مالکیت انسان نسبت به اموالش (فتاحی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۱۱) صاحب نظران و مولفین حقوق روم حق مالکیت را به سه حق استعمال، حق استثمار و حق اخراج از ملکیت تجزیه می کنند منظور از استعمال آن است که مالک می تواند از عین ملک خود منتفع گردد، در خانه سکونت نماید، با اتومبیل رانندگی کند، لباس را بپوشد، گاو را در زراعت مشغول دارد. منظور از حق استثمار آن است که مالک می تواند از ثمره و محصول ملک منتفع گردد، مانند استفاده از میوه باغ و برداشت نتاج حیوانات... و بالاخره منظور از اخراج از ملکیت آن است که مالک می تواند ملک خود را نابود کند یا به نحوی از ملکیت خود خارج کند مثل اعراض یا انتقال به غیر، انتقال ممکن است کامل باشد مثل فروش ملک و ممکن است ناقص باشد مثل انتقال منافع (مدنی، ۱۳۹۱: ۲۲۶) مراد از قاعده ید ثبوت مالکیت است ید قاعده فقهی است که هنگام تطبیق آن بر مواردش، حکم جزئی از آن استفاده می شود مثل مالک بودن شخص مورد نظر بر چیزی که در اختیار دارد، بر خلاف قاعده اصولی که حکم کلی شرعی از آن استنباط می گردد مثل حجیت خبر واحد، فرق قاعده فقهی با اصولی همین است (قدسی مهر، الفروق العله فی الاصول الفقه، ۱۴۱۴ق، ۶۱/

نظری، ۱۳۹۹:۱۱۲). یکی از مواردی که در بحث قاعده ید با آن روبه رو هستیم دست یابی افراد به اموال تاریخی و فرهنگی به نحوی از انحا می باشد به طوری این سوال مطرح می شود که با دستیابی اشخاص به اموال تاریخی و مطابق قاعده ید، آیا این افراد را می توان مالک این اموال دانست و قواعدی را که بر مالکان اموال حاکم می باشد، بر دارندگان این گونه اموال اعمال کرد و از مجازات هایی که برای افراد در قانون جزایی ایران مقرر شده است رها ساخت؟

۱- قاعده ید

« ید » هم واژه ای عربی است و در لغت به معنای دست یعنی «... از منکب تا انگشتان و یا کف دست و مونث آید و اصل آن یدی می باشد...» چنانچه قرآن مجید می فرماید: « لیبولونکم الله بشی من الصید تناله ایدیکم و رماحکم...» و یا «... قیما کسبت ایدیکم...» از این کلمه به معنای مجازی آم یعنی استیلا استفاده می شود و منظور از استیلا، تسلط فعلی است، ... برای تشخیص این که شخص بر مال استیلا دارد یا خیر غالباً بایستی به عرف مراجعه کرد. زیرا، نحوه سلطه و اقتدار انسان بر اشیاء گوناگون است (طرقی، ۱۳۸۴:۱۳۰، ۱۲۹) از قواعد معروف فقهی، قاعده ید است و منظور از آن این است که استیلا بر چیزی دلیل بر مالکیت ذو الید است و با اجماع و سیره عقلا و روایات مختلف، اصل این قاعده اثبات شده، ولی در شرایط آن اختلاف نظر است بعضی از فقهای مجرد «ید» را در ثبوت مالکیت کافی می دانند و تصرف را شرط نمی دانند، مانند بسیاری از فقهای امامیه (یزدی، ۱۳۰، مکارم شیرازی، ۱۴۲۷:۳۷۳) در مورد قاعده ید امام خمینی (ره) آن را هر چیزی که در تحت استیلا شخصی و به نحوی از انحا در دست او باشد می داند (خمینی «ره»، ۱۳۹۲:۵۰) که می توان این سلطه یا استیلا را در چهار حالت مورد بررسی قرار داد حالت اول: استیلا به سبب مالکیتی است که شخص یا اشخاص بر مالی پیدا می کنند اعم از این که مال منقول باشد یا غیر منقول حالت دوم: زمانی است که استیلا فرد ناشی از اجازه ای است که از صاحب مال کسب کرده و به همین دلیل مال در ید این شخص می باشد حالت سوم: حالت سوم حالتی می باشد که این استیلا به سبب قواعد قانونی و شرعی بر آن مرتب نیست به طوری که شخصی مالی از دیگری سرقت کرده باشد یا غصب کرده باشد حالت چهارم سلطه فرد ناشی از تولید شرعی می باشد مانند مال موقوفه (نصرتی، ۱۳۹۷:۳۷۰) به نظر می رسد آنچه از موارد گفته شد می تواند استنباط کرد این است که در قاعده ید اصل بر مالکیت فرد می باشد مگر این که عدم مالکیت فرد به نحوی از انحا مشخص شود.

۲- ادله حجیت قاعده ید

آقای مکارم در رابطه با مدرک حجیت قاعده ید در دلالت بر ملک، پنج دلیل ذکر می نماید ۱- به اجماع علمای شیعه و اهل سنت ید دلالت بر ملکیت شخص دارد بلکه دلالت بر ملکیت از امور ضروری دین است، اگر چه با وجود دلایل دیگر نیاز به این دلیل نیست ۲- سیره مستمره مسلمانان در جمیع اعصار و تمامی شهرها بر این منعقد گشته است معامله با کسی که جنسی در دستش است، صحیح و این ید اماره ملکیت او است ۳- بنای جمیع عقلا این است که آثار ملک را بر «ید» مترتب می کنند، به گونه ای که یک چیز جا افتاده در فرهنگ و جان مردم است ۴- عسر و حرج شدید؛ و آن این که اگر «ید» دلیل بر ملک نباشد، عسر و حرج لازم می آید و نظام امور دنیا و دین مردم در جامعه مختل می گردد و هیچ سنگی روی سنگی بند نمی شود ۵- سنت؛ روایات فراوانی در ابواب مختلف فقه وارد شده است که برخی از آنها به صورت عموم و برخی دیگر به صورت خصوص دلالت بر ملکیت «ید» دارد از جمله فrazی از روایت حفص بن غیاث از امام صادق (ع) که می فرماید « لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق » که البته این روایت دلیل بر لزوم عسر و حرج نیز می تواند باشد (مکارم شیرازی: ۱۴۲۹: ۲۷۸، ۲۷۴/نظری، ۱۳۹۹: ۱۱۵) برای اعتبار قاعده ید به مستندات، دلایل و مدارک متعددی استناد شده است که برخی از آنها دارای ارزش و اعتبار بیشتری هستند و بعضی را تنها میتوان مؤید دلایل دیگر دانست. در این راستا به ترتیب به ادله ۵ گانه: ۱- بنای (سیره) عقلاء، ۲- اجماع فقها، ۳- عسر و حرج، ۴- امضای شارع و ۵- اخبار واحادیث، میپردازیم. (نصرتی، ۱۳۹۷: ۳۶۳) که در این مقاله به سه نوع از مهم ترین ادله ها اشاره می کنیم.

۱-۲- بنا (سیره) عقلا

یکی دیگر از مدارک و مستنداتی که برخی از فقهای شیعه بر قاعده مدعی بلامنازع و مصادیق آن اقامه نموده اند، سیره عقلا است اهمیت در حدی است که حتی برخی از فقها پذیرش اصل قاعده را موقوف بر وجود آن دانسته اند (اسماعیل پور قمشه ای ۱۳۸۰: ۲۷۲/ سائلی، تقوی، ابراهیمی، ۱۴۰۰: ۲۲) حجیت سیره عقلا همراه با یک الزامهایی است، معنای حجیت خبر واحد این است که اگر مفاد خبری حکمی، الزامی است، باید طبق آن عمل شود، بنابراین سیره عقلا یا حجیت دارد یا بر آن عمل شده است، منتهی عمل الزامی، بنابراین گفته می شود، حجیت مستلزم الزام و تکلیف است، یا به عبارت دقیق تر سیرههایی که نیاز به اعتبار شرعی دارد، همراه با ارتکازات عقلانی است، فرق سیره عقلا با سیره امام (ع) این است که رفتار عقلا، همراه با یک مجموعه مرتکبات عقلانی است که سیره را در برگرفته و با او محفوف است، در این صورت رفتار عقلانی با مقدمات و ارتکازات عقلانی همراه می شود که عرف عقلا به آن الزام دارند، یعنی در سیره عقلا ارتکازی وجود دارد که عمل به آن کار لازم است، کاری که مبنای ارتباطات اجتماعی است، شیوه ای است که بر عمل به آن به عنوان یک کار ضروری توافق شده است و همان را مایه احتجاج قرار می دهند، یعنی با آن احتجاج می کنند که چرا فلان کار را انجام دادی یا انجام ندادی، بنابراین در سیره عقلا قطعاً می توانیم از اباحه عبور کنیم و به الزامیات برسیم. (اعرافی، ۱۳۷۸) بنای عقلا بر این است که ید اماره ملکیت است، و این سیره در میان عقلا است و شرع مقدس هم این سیره را امضا کرده و مخالفت ننموده، در زمان رسول الله و بعد از رسول الله در تمام جامعه های بشری ید دلیل بر ملکیت بوده است و حضرت هم اعتراض نکرده، روی این دلیل زیاد تکیه نمی کنیم. چرا؟ چون سیره دلیل لبی است و دلیل

لجی اطلاق ندارد، زیرا در موارد شک نمی‌شود به سیره تمسک کرد و لذا باید سراغ ادله نقلیه برویم که آنها اطلاق دارند و می‌توانیم در موارد مشکوک هم با آن دلیل تمسک کنیم، و لذا سیره اجمالاً کافی است، اما در موارد شک به درد نمی‌خورد (سبحانی، ۱۳۹۲)

۲-۲-۲- اجماع

برخی از فقها برای اثبات این قاعده به اجماع استدلال کرده اند. نراقی، ۴۵ بجنوردی، ۴۶ محمد کاظم یزدی ۴۷ و بحر العلوم ۴۸ (ره) از آن جمله اند. مرحوم بجنوردی می‌نویسد: الثانی من وجوه اعتبار الید - الاجماع و الاتفاق علی ان من كان فی یده شیء من الاموال یكون له و لاشک فی تحقق هذا المعنی بالنسبة الی الاعیان المتمولّة و لاخلاف فیہ اصلاً. (برجی، ۱۵:۱۳۸۴) در توضیح مطلب بیان می‌کنیم که در صورتی که دلیل و مستندی موجود باشد که احتمال داده شود، اجماع کنندگان به آن دلیل استناد کرده باشند، اجماع ناشی از متشرعه کشف نخواهد شد در حالی که حجیت اجماع به این جهت است که کشف از ارتکاز متشرعه خواهد کرد و ارتکاز متشرعه از موقف معصوم علیه السلام اعم از قول، فعل یا تقریر کاشف خواهد بود و الا اجماع فقهاء به تنهایی موضوعیت ندارد و در صورت عدم کشف از ارتکاز متشرعه زمان معصوم علیه السلام، ارزشی ندارد. بنابراین در موارد اجماع مدرکی یا محتمل المدرک با توجه به اینکه احتمال عرفی استناد اجماع به این مدرک وجود دارد، دلیل اجماع دیگر منحصر در ارتکاز متشرعه نخواهد بود تا به واسطه آن کشف از ارتکاز و موقف معصوم شود و وقتی کشف موقف معصوم نشود، اجماع حجیتی نخواهد داشت (شهیدی، ۱۳۹۶)

۲-۳- عسر و حرج

عسر و حرج معمولاً مربوط به شخص است و مربوط به نوع نیست. مثل اضطرار می‌ماند اما در فقه ما بعضی اوقات حرج نوعی موجب می‌شود، مولی مطلقاً برای همه رفع ید از تکلیف کند. مثلاً خون قروح و جروح برای مضطر و غیر مضطر نیست ولو اینکه اصل جعل برای یسر بوده و برای مضطر بوده است. مثلاً پای کسی زخم است یا بدنش زخم است و بخواهد هر روز حمام برود و هر روز بشوید، شستن برایش ضرر دارد و یا برایش مشکل است، در آنجا که مشکل است، می‌گویند: عسر و حرج است و با همین خون نماز بخوان. آنجا که برایش ضرر دارد، می‌گویند: مضطر هستی، پس با همین نماز بخوان. اما روایت داریم و مورد فتوای همه‌ی فقها هم است که آنجا هم که برایش ضرر ندارد و آنجا هم که اکراه نیست، گفته‌اند: می‌تواند با همان خون قروح و جروح نماز بخواند. مثلاً بدن کسی زخم است، اما می‌تواند در روز دو سه مرتبه حمام برود و برایش مشکل هم نیست، بلکه برایش فایده هم دارد. گفته‌اند: این نباید در روز دو سه بار حمام برود و با همان خون قروح و جروح نماز بخواند. گفته‌اند: این مضطر نیست، اما حرج نوعی و ضرر نوعی یا اضطرار نوعی رافع تکلیف نوعی است. پیش اصحاب مسلم است که اگر برای نوع مردم حرج شد، برای کسانی هم که حرج نیست (مظاهری، ۱۳۹۶)

۳- قاعده ید و رابطه آن با قاعده لاضرر

وجود قاعده لاضرر در فقه اسلامی، موجب این نتیجه‌گیری از سوی برخی اندیشمندان شده که اصل یا قاعده ضرر به مفهوم نهی ضرر به دیگری، در همه نظام‌های مختلف حقوقی و توسط اندیشمندان حقوقی با مبانی استدلالی کم و بیش مشابه پذیرفته شده و ادعا شده است غنای فقه اسلامی در این زمینه می‌تواند در مبناسازی برای مداخله کیفری با استفاده از این قاعده راهگشا باشد و یک اصل اولی برای محدود کردن مداخله کیفری دولتی ارائه دهد (محمودی جانکی، ۱۳۸۲:۱۸۷) عده‌ای معتقدند مقصود از حدیث «لاضرر» و به تبع آن قاعده لاضرر، آن است که حقیقت ضرر در عالم تشریح نفی شده است به این معنی که از طرف شارع حکمی که موجب ضرر مکلفان گردد، جعل نشده است به عنوان مثال طوفی حنبلی در تفسیر حدیث «لاضرر و لاضرر» می‌گوید: «هنگام تعارض مصلحت با حکم منصوص، لازم است مصلحت، بر سبیل تخصیص یا تبیین مقدم داشته شود» به عبارت دیگر، منظور از حدیث مذکور آن بوده است که پس از هر حکمی این جمله افزوده شود که مگر در مواردی که مصلحت خلاف آن را ایجاب نماید یعنی از حکم، ضرری حاصل شود (موسوی، ۱۳۷۸:۱۲۴) از نظر شیخ‌الشریعه اصفهانی مراد از نفی ضرر، نهی تکلیفی است. به عبارت دیگر، لاضرر به معنای لایجوز الضرر یا لایضراً است که در واقع از ضرر رساندن نهی می‌شود (آشتیانی، ۲۲۲ / تونی، ۱۹۴/امیری، ۱۰:۱۳۸۹)

براین استدلال اشکالاتی وارد شده است؛ از جمله:

اولاً؛ «لاضرر» نفی حکم ضرری می‌کند و اثبات حکم نمی‌کند. به بیان دیگر «لاضرر» مشرع حکم نیست.

ثانیاً؛ برفرض «لاضرر» احکام عدمی را فراگیرد و آنها را بردارد با «لاضرر» تدارک ضرر نمی‌شود.

ثالثاً؛ برفرض تنزل و این که با «لاضرر» تدارک ضرر شود، این جا تعارض دو ضرر است؛ زیرا پس از تلف شدن مبیع در عقد فاسد اگر مشتری ضامن آن باشد، باید ضمانش ضامن واقعی (مثل یا قیمت) باشد و چه بسا ضامن واقعی از ضامن مسمی (آنچه مورد توافق بوده) بیشتر باشد. بنابر این ضرر مشتری و ضرر فروشنده با یک دیگر تعارض دارند. از این رو لاضرر هیچ کدام را تدارک نمی‌کند. (رحمانی، ۱۳۷۹:۱۲۸) استدلال دیگر رویکرد های سنتی بر عدم حمایت از برخی از آثار فرهنگی، مبتنی بر قاعده لاضرر است. به موجب این قاعده هر شیئی که ضرر داشته باشد، حفظ آن واجب نیست و در مقابل، دفع آن عقلاً واجب است. این ضرر می‌تواند مادی یا معنوی باشد براساس این قاعده حکم اسلامی که سبب ضرر باشد، تشریح نشده یا فعلیت نمی‌یابد بنابراین براساس این فرض و رویکرد هر گاه میراث فرهنگی، زبان آور باشند یا در معرض تخریب قرار داشته و از این طریق به مجاورین خسارت وارد نماید، باید این ضرر به طریق مقتضی دفع گردد یا هر گاه یک اثر تاریخی یا فرهنگی منجر به ایراد صدمه روحی و روانی و عقیدتی در افراد گردد، مستلزم هدم خواهند بود در این زمینه نیز به عموم ادله قاعده لاضرر از جمله روایت مشهوری از حضرت رسول اکرم مبنی بر «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» استدلال می‌شود (مشهدی، ۱۳۹۴:۱۳۵) به نظر می‌رسد در مورد در معرض تخریب بودن اموال فرهنگی اعمال قاعده لاضرر

قابلیت توجیح را نخواهد داشت علت این امر این است که زمانی که بتوان این اموال را مورد مرمت قرار داد مرمت این اموال به دلیل این که نشان دهنده هویت یک قوم یا ملت است بر تخریب آن ارجحیت خواهد داشت در اعمال قاعده لاضرر فقط در صورتی می تواند هدم آن قابلیت توجیح را داشته باشد که به نوعی موجبات صدمات روحی یا روانی یا عقیدتی را برای افراد یک منطقه یا ناحیه ایجاد نماید در غیر این صورت اعمال این قاعده در مورد میراث فرهنگی قابلیت دفاع ندارد

۴- میراث فرهنگی - تاریخی

میراث را می توان به عنوان یادگاری از گذشتگان تعریف نمود که انسان هم اکنون با آن زندگی می کند و سپس آن را به نسل های بعد می سپارد تا از آن بیاموزند، شگفتزده شده و لذت ببرند (کبیری، دانه کار، ۱۳۹۰: ۱۴۸) برای پایداری و بقای فرهنگ ایرانی، باید به میراث فرهنگی اهمیت داد در واقع از مشخصه های فرهنگ ملی، میراث فرهنگی یک کشور است زنده نگه داشتن میراث فرهنگی، به معنای نادیده گرفتن تحولات جهان نیست بلکه مراد از آنها ارزیابی مجدد این میراث با معیار های تازه و بازیافتن عناصر زنده و دوام پذیر آن است حفظ و نگه داشتن و توجه به میراث فرهنگی مستلزم شناخت و شناساندن میراث فرهنگی گرانقدر ایران است (گرانپایه، ۱۳۷۷: ۱۸۱) آثار فرهنگی - تاریخی همواره نیازمند حمایت قانونی هستند تا از گزند سوءاستفاده های احتمالی در امان باشد در نظام حقوقی ایران قانون گزار برای حمایت از این آثار قوانینی را در طی چند دهه اخیر تصویب کرده است (پوربافرانی، منصوری، ۱۳۹۱: ۹۴) در بند الف ماده یک آیین نامه اموال فرهنگی، هنری و تاریخی نهادهای عمومی و دولتی به تعریف اموال فرهنگی و تاریخی پرداخته و بیان می دارد که « به اموالی اطلاق می شود که نشانگر تحول حیات و هویت فرهنگی تاریخی انسان یا وقوع وقایع تاریخی در ادوار یا دوره هایی خاص باشد و به نحوی از انحاء، گوشه ای از حرکت تاریخی فرهنگی انسان را در مقیاس ملی یا منطقه ای یا بین المللی نشان دهد. یانشانگر ظهور، حیات و انقراض تمدن های تاریخی بوده و از محوطه های باستانی واقع در خشکی یا بستر دریاها، در اثر حفاری علمی یا علل دیگر کشف شود » - قانونگذار برای اینکه بتوان اثری را در فهرست آثار ملی به ثبت رساند، شرایطی شکلی و ماهوی را مقرر نموده که عبارتند از: معیار شکلی: مهم ترین ضابطه شکلی که در حقوق موضوعه بدان اشاره شده، « اخطار به مالک » است. بر این اساس ثبت مالی که دارای مالک خصوصی است، تنها پس از اخطار به مالک و رسیدگی به اعتراض احتمالی وی در مهلت یک ماه توسط سازمان میراث فرهنگی امکانپذیر است معیار ماهوی: قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹، معیار صریح و بدون ابهام « تا اختتام سلسله زندیه » را جهت ثبت اثر، ملاک عمل قرار داده است. اما چنانچه اثری به لحاظ « اهمیت تاریخی » یا « شئون ملی » (ماده واحده قانون ثبت آثار ملی مصوب ۱۳۵۲) و یا از منظر « فرهنگی - تاریخی » ارزشمند باشد، می تواند به عنوان اثر تاریخی در فهرست آثار ملی ثبت گردد. (نائینی، توسلی، ۱۳۸۸: ۱۳۷)

۵- اعمال قاعده ید بر اموال تاریخی و فرهنگی

در کشور ما به دلیل سابقه تمدن کهن و فرهنگ دیرین و وجود آثار تاریخی، حراست از میراث تاریخی، فرهنگی جلوه و اهمیت بیشتری می یابد. از قرن پانزدهم میلادی این آثار کانون توجه سیاحان و جهانگردانی قرار گرفته که از نقاط مختلف دنیا به کشور ما مسافرت نموده اند و در سفرنامه ها و خاطرات خود به این میراث فرهنگی اشاره کرده و به شرح و توصیف آنها پرداخته اند. از طرف دیگر این مسئله موجب شده است تا آثار غنی و متعدد تاریخی کشور ما به دلایل گوناگون از جمله ارزش تاریخی و مادی - مورد طمع و هجمه غارتگران و قاچاقچیان قرار گیرند. افزون بر این، خطرات دیگری نیز این میراث گران بها را تهدید میکنند. اهمیت آثار تاریخی و میراث فرهنگی یک کشور امروزه منحصر در « ارزش مادی » نیست. این آثار افزون بر ارزش مادی دارای « ارزش معنوی » نیز هستند و شاید بتوان گفت میراث تاریخی، فرهنگی تنها به آثار ملموس و مادی محدود نشده و شامل موارد غیرملموس و معنوی همچون زبان، باورها، اعتقادات و آداب و رسوم یک ملت نیز میگردد. هر چند قسم اخیر از حیث تعیین ضمانت اجرای کیفری کمتر مورد توجه قانونگذاران قرار می گیرد (کلانتری، پالندی، عرفانی نیا، ۱۳۹۴: ۱۷۰) « ید » در صورتی دلیل بر ملک است که شرایط ذیل در آن محقق شده باشد: ۱. عنوان « ید » بر آن صدق کند. این نیز امری عرفی است و از نظر عرف صدق « ید » در مورد اشیای مختلف، متفاوت است و ملاک در صدق عنوان « ید » نظر عرف است. ۲. موضوع صلاحیت تملک برای مسلمانان را داشته باشد. حجیت « ید » در مورد اشیایی که مسلمان نمی تواند مالک آن باشد لغو خواهد شد. اما اینکه در اشیای مملوک، سعه دلالت « ید » چه اندازه است، نکته ای است که در آینده بحث خواهیم کرد. ۳. ذوالید برای مالک بودن اهل باشد. بنابراین « ید » عبد و امه دلالت بر ملکیت نمی کند (برجی، ۱۳۸۴: ۲۰) نسبت به آثار تاریخی فرهنگی از جهت مالکیت دو حالت متصور است: الف: وقتی که در زمان ثبت متعلق به شخص خاصی نمی باشد، مالکیت بر این دسته مالکیت جمعی بوده و تحت نظر و تصرف و حمایت دولت قرار دارند البته ممکن است که در زمان ثبت، ملک خصوصی باشند ولی بعداً به دلایلی جزء اموال عمومی قرار گیرند (از جمله انتقال به دولت، ضبط و مصادره اموال) ب: زمانی که هنگام ثبت، ملک متعلق به شخص خاصی است که در حین عمل ثبت ملک، موجب زوال مالکیت نمی شود ولی او را مکلف می کند که برخی امور را رعایت کند (نقدی نژاد، نارویی، ۱۳۹۰: ۱۶) بحث در حکم گنجی بود که در زمینی یافت شده که از شخص محترم مالی به انسان منتقل شده است، حال با خرید یا هبه یا ارث یا امثال آنها. مشهور از جمله حضرت امام رحمه الله علیه می فرمایند: باید به مالکین قبلی رجوع شود ولی در مقابل آیت الله خویی لزوم رجوع را نپذیرفتند، بلکه آن را مطابق احتیاط دانستند. ایشان ادله قائلین به لزوم رجوع را بیان و رد کردند (ری شهری، ۱۳۹۳). استدلال آیت الله مکارم شیرازی از فقهای معاصر بر مالکیت یابنده بر اثری که در دارالحرب کشف می کند چنین است: (۱) اصل در اشیاء اباحه است، و تصرف در مال غیر در صورتی حرام است که ملکش محترم باشد و در فرض موجود که شیء در دارالحرب کشف

می شود ظاهر این است که مال غیرمحترم بوده، حتی در صورت وجود نشانه ای از اسلام بر آن، چون متداول بوده است که غیرمسلمان اثری اسلامی را تملک کند. لذا اگر در اثری دچار تردید شویم که مال مسلمان است یا غیرمسلمان، اصل این است که، ملک مسلمان نیست (اصل عدم) زیرا یافت شدنش در دارالحرب به عنوان نشانه ملک غیرمسلمان بودن، قویتر است از نشانه اسلامی که بر آن یافت شده است. ۲ (روشن تر از دلیل قبل، تمسک به عمومات ادله کنز و اطلاقات آنهاست؛ زیرا عمومات و اطلاقات موجود ظهور در ملک یابنده بودن کنز و مالکیت ارباب خمس بر خمس آن دارند. (ابراهیمی، ۱۳۹۵: ۱۲۰) حاج آقا رضا همدانی برای اثبات لزوم رجوع به مالکین قبلی، ید را به دو قسم تقسیم می کنند: یک ید مباشر مستقل مانند یدی که شخص بر خانه ای که در آن زندگی می کند دارد و دیگری ید غیر مباشر تبعی، مثل ید چنین شخصی بر توابع ملکش مثل معدن و گنج و هر آنچه در زیر زمین او قرار دارد.

می فرمایند: درست است که مالک زمین بر گنج ید مباشر مستقل ندارد، ولی ید غیر مباشر تبعی دارد و ید غیر مباشر تبعی هر چند به تنهایی حجیت ندارد و اماره ای بر ملکیت نیست ولی به اضافه ادعای مالک، حجیت دارد، از این رو، در ما نحن فیه چون مالک قبلی ید تبعی داشته باید به او رجوع کرد، حال اگر چنین ادعایی کرد، گنج برای اوست و اگر نه ید او از حجیت ساقط و ید مالک قبل از او زنده می شود و باید به او رجوع کنیم. عبارت ایشان در مقام جواب مناقشه ای که بر قاعده ید شده که اگر این قاعده تمام باشد، دیگر نیاز به تعریف نیست و گنج برای مالک قبلی است، (ری شهری، ۱۳۹۳) آقای سیستانی به این مطلب اشاره دارند که: تصور جواز منع مالک از استفاده دیگران از فضل ماء، از اینجا نشأت گرفته که لازمه ملکیت، حق منع داشتن است. در حالی که حق منع، لازمه ملکیت مطلقه بوده و در بئر، به بنای عقلا، ملکیت جعل شده، محدوده بوده و ملکیت مطلقه ای که مجوز منع دیگران باشد، جعل نشده است. پس ملکیت مطلقه ای وجود ندارد تا حق منع وجود داشته باشد. به نظر می رسد لازم نیست در رتبه سابق لا ضرر و لا ضرار و با قطع نظر از آن، ملکیت و حق ثابت شده باشد بلکه خود لا ضرر می تواند محدود کننده ملکیت ها به عدم اضرار باشد. به عبارتی دیگر، لا ضرر و لا اضرار تقییدی موضوعی یا حکمی به میزان سلطه مالک بوده و بیان می کند: الناس مسلطون علی اموالهم، دال بر سلطه غیر محدود نیست. مطابق این تفسیر باید بحث کرد، لا ضرر محدود کننده ملکیت بوده یا محدود کننده سلطه ای است که از لوازم ملکیت است (شیری، ۱۳۹۸)

اما با توجه به موارد گفته شده این سوال مطرح می شود که در صورتی که اموال فرهنگی جزء ملک افراد باشد این اموال مطلق به چه کسی می باشد یا به بیان بهتر ملکیت این اموال متعلق به چه کسی است؟ در پاسخ به این سوال هیئت وزیران این گونه اموال را متعلق به دولت می دانست ولی دیوان عدالت اداری تعلق چنین اموالی به دولت در صورتی که اموال از امور موقوفه یا در صورتی که در ملک شخصی باشد را نپذیرفته است و بیان می دارد که « نظر به این که در خصوص مصوبه شماره ۱۱۲۹۰۷/ت/۳۸۳۳۹-هـ-۱۳۸۶/۷/۱۶ هیأت وزیران، دایر به این که « اموال فرهنگی، تاریخی منقول زیرخاکی جزء اموال عمومی و مالکیت آنها متعلق به دولت جمهوری اسلامی ایران است » قائم مقام دبیر شورای نگهبان به موجب نامه شماره ۴۸۴۶۵/۳۱-۹۱/۷-۱۳۹۱/۸/۷، نظر فقهای شورای نگهبان، را به این شرح که « اطلاق مصوبه مذکور نسبت به مواردی که اموال فرهنگی، تاریخی منقول ملک شخصی اشخاص یا جزء موقوفات است، خلاف موازین شرع شناخته شد. » ابلاغ کرده است، بنابراین در اجرای حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۸۸ و ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری حکم به ابطال اطلاق مصوبه از تاریخ تصویب صادر و اعلام می شود. » پس طبق این رای باید عنوان کرد که اموال فرهنگی و تاریخی طبق مصوبه هیئت وزیران متعلق به دولت می باشد مگر در دو حالت ۱- این امور جزء اموال موقوفه باشد ۲- مالکیت خصوصی داشته باشد اما با همین عنوان سوالی که مطرح می شود این است که مالکیت مورد حمایت دیوان عدالت اداری تا چه حدی می باشد؟ در پاسخ به این سوال ماده ۱۳ قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۱۹ مالکیت افراد را نسبت به محل هایی که در فهرست آثار ملی ثبت شده یا دولت پس از اقدامات اکتشافی آن را در فهرست آثار ملی قرار داده نپذیرفته است به طوری که اگر دولت بخواهد در ملکی حفاری انجام دهد که آن ملک، مالک خصوصی دارد در صورت عدم اجازه مالک نیز می تواند به این امر اقدام نماید ماده سیزده مقرر می دارد که « حفاری در اراضی که مالک خصوصی دارد گذشته از اجازه، دولت استرضای مالک را نیز دارد. در محل هایی که در فهرست آثار ملی ثبت شده یا دولت پس از اقدامات اکتشافی آن ها را در فهرست ثبت کند مالک حق امتناع از اجازه حفاری ندارد... » اما دیوان عدالت اداری در رای شماره ۱۰۹۷-۹۵۵۷۰-۹۵۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۵/۴/۲۲ شمول قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ بر املاک اشخاص مغایر موازین شرعی است و ثبت املاک تاریخی و ملی مستلزم رعایت شرایط قانونی از سوی میراث فرهنگی است. و به نوعی مالکیت خصوصی افراد را در ملک شخصی پذیرفته است

نتیجه گیری

ملکیت نزد انسان ها های اولیه ابتدا به وسیله استیلا و سلطه بر اشیاء بوده است که غالباً به وسیله دست «ید» این عضو آدمی به عمل می آمد و وجود چیزی در دست نشانه مالکیت بود (طرقی، ۱۳۸۴:۱۳۳) گروهی از فقها معتقدند که اعتبار ید از باب ظن نوعی و اماره بر مالکیت ذوالید است زیرا در اغلب موارد در نظام و ابقای سوق مسلمین، نادر را نادیده گرفته و حکم به غالب نموده است (ولویون، ۱۳۹۸:۴۷۳) در مورد اعمال قاعده ید در اموال مربوط به میراث تاریخی و فرهنگی اختلاف نظر وجود دارد به طوری که می توان بیان کرد که قانون گزار مالکیت مطلق افراد بر اموال مربوط به میراث فرهنگی و تاریخی را نپذیرفته است به گونه ای که اگر میراث فرهنگی مکانی را برای حفاری تعیین نماید و آن مکان دارای مالکیت خصوصی باشد و مالک راضی نباشد باز حفاری صورت می پذیرد یا پرونده هایی که در محاکم قضائی مطرح است که میراث فرهنگی یک مکان را به عنوان مکان تاریخی تشخیص داده و مالک آن فرد عملاً نه می تواند آن را به دیگری منقل نماید نه می تواند تغییراتی در آن صورت دهد می توان بیان کرد که قاعده مالکیت بر کسانی که به هر عنوان به جرایم علیه میراث فرهنگی اقدام می نمایند اعمال نمی شود و این نکته را از ماده ۵۶۰ قانون مجازات تعزیرات می توان استنباط کرد که اگر کسی موجب تزلزل بنیان آثار تاریخی و فرهنگی بشود قابل مجازات خواهد بود. حتی این شخص می تواند مالک این اموال باشد

پیشنهادات

یکی از مشکلاتی که در بحث اموال تاریخی و فرهنگی با آن رو به رو هستیم مالکیت افراد می باشد اموالی که به نحوی صحیح در تملک افراد قرار گرفته است اما میراث فرهنگی آن اموال را جزء اموال تاریخی و فرهنگی قرار داده است برای حل این مشکل پیشنهاد می شود که زمانی که میراث فرهنگی اموالی را به عنوان میراث تاریخی مشخص می کند و آن اموال مالکیت خصوصی دارد به جبران خسارت مالکین بپردازد به طوری که یا مبلغ آن را بپردازد یا اگر زمین بود و یا خانه بود و به عنوان اموال تاریخی مشخص شد عوض آن را به مالک تقدیم نمایند حمایت از مالکیت خصوصی در مورد اموال تاریخی و فرهنگی به طوری که با پرداخت قیمت عادلانه اموال پیدا شده توسط افراد می توان زمینه جلوگیری از قاچاق این اموال را در کشور ایجاد کرد به طوریکه افراد به جای این که با افراد قاچاقچی برای فروش این اموال را تحویل دولت داده و قیمت عادلانه آن را دریافت می کنند حمایت قاطع از سمن هایی که برای حمایت از میراث فرهنگی در کشور تاسیس شده است جلوگیری از اجرای طرح های عمرانی که بدون در نظر گرفتن نظرات کارشناسی از سوی وزارت میراث فرهنگی صورت می پذیرد

منابع

فارسی

- امیری، حسین، (۱۳۸۹)، «حقوق جنسی زن و شوهر در اسلام»، مجله معرفت، شماره ۷
- ابراهیمی عذرا، (۱۳۹۵)، «بررسی حقوقی و فقهی محدودیت و سلب مالکیت در میراث فرهنگی»، مجله میراث فرهنگی، دوره ۱، شماره ۳
- اعرافی، علیرضا، «درس خارج از فقه»، مدرسه فقاقت،
- <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/arafi/feqh/92/921024/%D8%B1%D8%A7%D8%A8%D8%B7%DB%80%20%D8%A7%D9%86%D8%B3%D8%A7%D9%86%20%D9%88%20%D8%B7%D8%A8%DB%8C%D8%B9%D8%AA%20%D8%A7%D8%B2%20%D9%85%D9%86%D8%B8%D8%B1%20%D9%81%D9%82%D9%87>(last visited on 1/10/2022)
- برجی، یعقوب علی، (۱۳۸۴)، «قاعده ید از نگاه فریقین»، مجله طلوع نور، شماره ۱۴، ۱۳
- پوربافرانی، حسن، منصوری، حیدری، (۱۳۹۰)، «تحلیل جرم ساختن نمونه تقلبی آثار فرهنگی - تاریخی و جرائم وابسته»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۴
- توسلی نائینی، منوچهر، شادنوش، امیر حسین، (۱۳۹۶)، «دادرسی اداری در حوزه میراث فرهنگی غیرمنقول»، دو فصلنامه حقوق اداری (علمی - پژوهشی)، سال پنجم، شماره ۱۳
- حسینی طرقی، محمد حسین، (۱۳۸۴)، «جستاری در قاعده ید (اماره تصرف)»، مجله کانون، شماره ۵۷

- خمینی، روح الله، (۱۳۸۵)، «تحریر الوسیله»، جلد دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)
- رحمانی، محمد، (۱۳۷۹)، «قاعده مایضمن»، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۲۲
- سائلی، علی، تقوی، سید مرتضی، ابراهیمی، محسن، (۱۴۰۰)، «حجیت قاعده مدعی بلامعارض بدون ید و کاربرد آن از منظر فقه امامیه»، مجله فقه، دوره ۲۸، شماره ۱۰۷
- سبحانی، «درس خارج فقه - قواعد فقهیه»، سایت
<https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/92/920707/> (last visited on 1/10/2022)
- شهیدی، محمدتقی، «درس خارج اصول»، سایت،
<https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/shahidi/osool/96/960912/> (last visited on 1/10/2022)
- شبییری، سیدجواد، «درس خارج اصول»، سایت
https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/shobeiry_mohammad/osool/98/980906/ (last visited on 1/10/2022)
- فتاحی، سید محسن، مومنی، عابدین، امام، سید محمد رضا، (۱۳۸۹)، «دیدگاهی نو درباره مالکیت خصوصی میراث فرهنگی»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱.
- کلاتری، کیومرث، خدابخشی پالندی، حسن، عرفانی نیا، امیر، (۱۳۹۶)، «نقش شاکی خصوصی و دادستان در جرایم علیه میراث تاریخی و فرهنگی»، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۳۱.
- گرانپایه، بهروز، ۱۳۷۷، «فرهنگ و جامعه»، تهران، ناشر: شریف، چاپ اول
- مشهدی، علی، (۱۳۹۴)، «تاملی بر روکردی های حمایت از میراث فرهنگی از منظر فقه حکومتی»، نشریه علمی پژوهشی - فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره دهم
- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷)، «دایره المعارف فقه مقارن»، جلد یک، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)
- مدنی، سید جلال الدین، (۱۳۹۱)، «حقوق مدنی»، جلد اول، تهران: انتشارات پایدار
- محمودی جانکی، فیروز، (۱۳۸۲)، «مبانی، اصول و شیوههای جرم انگاری»، رساله دکتری حقوق کیفری و جرمشناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران
- موسوی، سید ابراهیم، (۱۳۷۸)، «قاعده لاضرر»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۸، ۲۹
- مظاهری، حسین، «درس خارج اصول»، سایت آیت الله مظاهری
<http://www.almazaheri.org/Farsi/Index.aspx?TabID=0702&ID=3738&IDSound=1056> (last visited on 1/10/2022)
- محمدی ری شهری، محمد، «حکم گنج در زمین مملوک شخصی ۲»، سایت آیت الله ری شهری
<http://www.reyshahri.ir/post/37159/336> (last visited on 1/10/2022)
- نظری، محمد، (۱۳۹۹)، «بررسی قاعده ید و کاربرد آن از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی»، دوره ۲، شماره ۱
- نصرتی، محمد رسول، (۱۳۹۶)، «بررسی حقوقی تعارض تصرف کنونی و مالکیت سابق»، فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار - دوره دوم - شماره ۶
- نقدی نژاد، مجتبی، نارویی، اصغر، (۱۳۹۰)، «جرایم علیه میراث فرهنگی در حقوق ایران و اسناد بین المللی»، تهران: انتشارات جنگل
- ولویون، رضا، (۱۳۹۸)، «اماره مالکیت»، فصلنامه علمی دانشنامه های حقوقی، دوره ۲، شماره ۴