



تاریخچه مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۲

فصلنامه علمی پژوهشی آفاق فقهات

دوره سوم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۴، ص ۶۰ تا ۸۲



تغییر رویکرد قوانین موضوعه بر مالکیت اشخاص بر آب، با نگاهی به مبانی موجه فقه امامیه

اعظم لطفی  دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس - گروه حقوق خصوصی (نویسنده مسئول)

مهدی هادی  دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران - گروه حقوق خصوصی

azamlotfi80@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

آب مهم‌ترین نیاز بشر در طول تاریخ است؛ از این رو، درباره مسائل مربوط به مالکیت آب، در کنار فقه و عقاید فقهای امامیه، در قوانین اساسی، مدنی، شیوه ملی شدن آب و قانون توزیع عادلانه نیز موضوعاتی بیان شده است. با تأمل در قوانین مصوب و نظریات فقهی، مشخص شده است که فقها درباره مالکیت بر منابع آبی اختلاف نظر دارند و برخی منابع آبی را از مشترکات عمومی و برخی را از انفال دانسته‌اند. قانون مدنی به پیروی از نظر غالب فقها، منابع آب را با روش‌هایی مانند حيازت، قابل تملک خصوصی می‌داند؛ اما با افزایش جمعیت و صنعتی شدن جوامع، نیاز به سامان‌دهی و مدیریت منابع آبی بیشتر آشکار شده است؛ لذا به‌موجب قانون شیوه ملی شدن آب، این ثروت الهی متعلق به عموم مردم قرار گرفته است. از سوی دیگر، اصل ۴۵ قانون اساسی نیز منابع آبی را در دسته انفال و ثروت‌های عمومی قرار داده است. همچنین، در قانون توزیع عادلانه آب نیز به دسته‌بندی مشترکات عمومی اشاره شده است؛ بر این اساس، تغییر رویکرد قوانین با مالکیت خصوصی ایجاد از سوی افراد در تعارض است که به نظر می‌رسد قوانین نیز با تأکید بر قواعد فقهی حفظ نظام و مصلحت وضع شده است. باین حال، مالکیت اشخاص بر منابع آبی محدود و قاعده‌مند شده است. واژگان کلیدی: آب، قانون توزیع عادلانه آب، قانون شیوه ملی شدن آب، حل و فصل اختلافات.

نوع مقاله: علمی - پژوهشی

مقدمه

آب مایهٔ حیات و عنصر اصلی برای زندگی انسان‌هاست. در طول تاریخ، شهرها و روستاها در کنار قنوات و رودخانه‌ها شکل گرفته است. به دلیل اهمیت این منبع الهی، در آیات قرآن به کرات به آن اشاره شده است: «وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» (جاثیه/۱۳). از این آیات چنین برداشت می‌شود که زمین و آسمان، آب باران، دریا، رودخانه‌ها، چشمه‌ها، سیلاب‌ها و... از آن خداست و او آن را در اختیار انسان‌ها قرار داده است. یا در آیهٔ مبارک ۲۹ سورهٔ بقره: «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ» که اشاره می‌فرماید هرچه در آسمان و زمین است برای انسان‌ها خلق شده است و... .

موضوع مالکیت منابع آبی در کتب فقهی نیز مطرح شده است. فقهای امامیه در خصوص مالکیت بر منابع آبی دیدگاه‌های متفاوتی دارند و در فقه، بحث گسترده‌ای در خصوص مالکیت آب، اقسام و مبانی آن ارائه شده است. از آنجایی که قانون تنظیم‌کننده روابط اشخاص در جامعه است و از سوی دیگر، خود قانون اقتباسی از این روابط، نیازها و هنجارهاست، بر این اساس موضوع تملک آب قانون‌گذاری شد؛ اما رشد جمعیت، تغییر وضعیت آب‌وهوا، افزایش خشک‌سالی، گسترش صنایع و بحران آب، ضرورت تبیین و قاعده‌مند کردن این حوزه را آشکار می‌سازد.

بر اساس نظریهٔ فقها و قانون مدنی، آب در دستهٔ مباحات قرار گرفته است و امکان مالکیت خصوصی اشخاص بر آن وجود داشته است؛ لیکن مقنن به‌مرورزمان با توجه به شرایط، تغییر رویه‌ای چشمگیر داده و با مبانی توجیهی، آب را در دستهٔ انفال قرار داده است و امکان ایجاد مالکیت خصوصی وجود ندارد؛ به عبارت دیگر، با وضع قوانین شیوهٔ ملی شدن آب و توزیع عادلانهٔ آب و قانون اساسی، این ثروت الهی در زمرهٔ انفال و ثروت عمومی قرار گرفته و برای مدیریت و توزیع مناسب در اختیار دولت گذاشته شده است. در خصوص اسباب انتقال و ایجاد حق‌آبه، جایگاه منابع آبی در فقه و حقوق و راهکارهای قانونی برای شیوهٔ بهره‌برداری از منابع آبی، تحقیقاتی صورت پذیرفته است؛ از آن جمله، آهنگران و همکاران در مقاله‌ای با عنوان «بررسی راهکارهای قانونی برای شیوهٔ بهره‌برداری از منابع آب در فقه» به بررسی مالکیت و بهره‌برداری از آن پرداختند. همچنین، پورارشد در تحقیقی تحت عنوان «آب در فقه اسلام و حقوق موضوعهٔ ایران» به بررسی ماهیت حقوقی آب‌ها پرداخته است؛ اما هیچ‌یک به بررسی مالکیت اشخاص بر منابع آبی در منابع فقهی و تطبیق آن با قوانین مدون و مبانی توجیهی تغییر رویهٔ قانون‌گذار پرداخته‌اند.

بر این اساس، بررسی تفسیر رویکرد قانون‌گذار و مبانی فقهی توجیهی آن بسیار مهم است که در مقاله حاضر به آن پرداخته شده است؛ به گونه‌ای که ابتدا قوانین موضوعه در خصوص مالکیت آب و سپس تغییر رویکرد مقنن در خصوص مالکیت اشخاص بر منابع آب بررسی می‌شود و در نهایت، با بررسی مستندات و قواعد فقهی و دیدگاه‌های فقهای امامیه در خصوص مالکیت آب، مبانی توجیهی مقنن در راستای تغییر رویهٔ قانون‌گذاری بیان می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

لازم است قبل از پرداختن به رویکرد فقهی و حقوقی مالکیت آب، به بررسی مفاهیم مطروحه و انواع مالکیت و مقایسه آن‌ها پرداخته شود. شایان ذکر است که میان مشترکات عمومی، اموال دولتی، انفال و مباحات تمایز وجود دارد. فقهای شیعه در خصوص انفال، بر اساس آیه ۱ سوره انفال، نظر بر این دارند که اموالی هستند که در اختیار پیامبر (ص) و امامان (ع) قرار دارد و کتاب الروضة البهیة عنوان داشته که این قسم از اموال در زمان غیبت از مباحات محسوب می‌شود و حسب مورد، مشمول قاعده احیا یا حیا یا حیات خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۲۵۹). به عبارتی، انفال از جمله اموال و ثروت‌های الهی و عمومی است که در اختیار امام قرار دارد تا به مصرف عموم برساند (وکیل و عسکری، ۱۳۸۸: ۱۷۱).

بر طبق تعاریف ارائه شده مشخص می‌شود که مالکیت انفال برای امام و در عصر غیبت برای حاکم اسلامی در نظر گرفته شده است. بر این مبنا دولت حسب صلاحدید و با رعایت قوانین، امکان انتقال این منابع به غیر را در قالب انعقاد قرارداد دارد و اشخاص نیز با احیا، امکان تملک انفال را دارند (همان: ۱۵). اما در خصوص موضوع مالکیت انفال، به نظر می‌رسد آیه شریفه در صدد اعطای مالکیت به امام و حکومت نبوده است و شأن نزول آیه، اعطای وظیفه مدیریت این منابع برای منافع عمومی به امام و حاکم مشروع بوده است. به عبارتی، این مالکیت ملک منصب است نه شخص؛ زیرا در آیه ملکیت خدا و رسول در کنار هم آمده است و از آنجایی که ملکیت خداوند از نوع ملکیت اعتباری نیست، بلکه به نحو ولایت در تصرف است، انفال ملک منصب امام و حاکمیت اسلامی است و نه ملک شخص خاصی (خمینی، ۱۳۹۲: ۲۳).

از سوی دیگر، چنانچه دولت را مالک انفال بدانیم، به موجب حق مالکانه متعلقه، امکان هرگونه بهره‌برداری، استفاده و انتقال از انفال برای مالک متصور است؛ این در حالی است که دولت چنین اختیارات وسیعی در خصوص این قبیل اموال ندارد. همچنین در خصوص تملک انفال، با عنایت به اینکه مصادیق انفال صراحتاً در اصل ۴۵ قانون اساسی ذکر شده است و با توجه به قوانین خاص مدون در موارد مربوطه از جمله قانون توزیع عادلانه آب و غیره، مشخص می‌شود دولت امتیاز بهره‌برداری از منابع آب را با لحاظ شرایط خاص به اشخاص اعطا می‌کند و این مهم به منزله ایجاد مالکیت برای اشخاص نیست؛ بلکه صرفاً با صدور مجوز، اذن به انتفاع از این قبیل اموال می‌دهد. لذا به نظر می‌رسد انفال، اموال و ثروت‌های عمومی هستند که از آنجایی که متعلق به آحاد مردم یک جامعه‌اند، به منظور مدیریت و بهره‌برداری درست و رعایت حقوق عامه در اختیار دولت و حکومت قرار داده شده‌اند.

از سوی دیگر، اموال دولتی در معنای عام به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته نخست، اموالی که متعلق به دولت است و به مانند سایر اشخاص حق بهره‌برداری از اموال را دارد و با رعایت قوانین و مقررات حاکم، امکان اعمال حق مالکانه مربوطه را دارد. دسته دیگر، اموال و مشترکات عمومی است که متعلق به عموم مردم است و دولت صرفاً در راستای منافع و مصالح عمومی، اموال مربوطه را مدیریت و سازمان‌دهی می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۶۸). قانون مدنی در باب اول از کتاب اول، در مواد ۲۳ تا ۲۸ به بیان «اموالی که مالک خاص ندارند» پرداخته است.

برخی نیز اموال عمومی را متعلق به مسلمین و جامعه می‌دانند و مؤید این استدلال را نظر فقهای همچون سید محمدکاظم یزدی و شیخ انصاری بیان داشته‌اند. این قبیل اموال از آنجایی که مالک خاصی ندارد، کلیه مسلمانان چه در حال و چه در آینده امکان استفاده از آن را دارند و اختیار اموال عمومی در دست امام و زعیم امت اسلامی است تا بر طبق مصالح از آن استفاده کنند (حقانی زنجانی، ۱۳۶۹: ۶). برخی اعتقاد دارند در صورتی که اشخاص مبادرت به احیا و آبادی زمین و اموال عمومی کنند، این قبیل اموال از مالکیت عمومی خارج می‌شود و در مالکیت شخص قرار می‌گیرد (حقانی زنجانی، ۱۳۶۹: ۸).

با بررسی تعاریف ارائه‌شده از انفال و اموال عمومی، مشخص می‌شود که هر دو قسم از اموال در اختیار عموم مردم قرار دارد و امکان استفاده از آن برای اشخاص فراهم است؛ اما از لحاظ امکان تملک آن‌ها با رعایت شرایط لازم، قابل توجه است که انفال قابلیت تملک ندارند. از سوی دیگر، با مذاقه در مصادیق مالکیت عمومی و انفال می‌توان این‌گونه تفسیر کرد که انفال ذیل مصادیق اموال عمومی یا مشترکات عمومی یا مباحات آورده شده‌اند. به عبارتی، انفال مصادیق متعددی دارد و در برخی از مصادیق حتی مباحات و مشترکات عمومی از جهت اینکه مالک خاص ندارند و متعلق به عموم مردم‌اند، یکسان هستند؛ لذا رابطه منطقی میان انفال و اموال و مشترکات عمومی، رابطه تطابق است.

شایان ذکر است که اصطلاح اموال و مشترکات عمومی در قانون با مشترکات در فقه معنای متفاوتی دارد. بدین توضیح که مستفاد از ماده ۲۶ قانون مدنی، این قبیل اموال متعلق به عموم افراد جامعه بوده و جز در موارد محدود، آن هم با اجازه قانون قابل انتقال نیستند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۷۰). لیکن برخی بیان داشته‌اند که «حیازت و تملک آب‌های عمومی همچون نهرهای بزرگ برای همگان جایز است» (شاهرودی، ۱۳۸۲: ۵۰۱). همچنین برخی از فقها اعتقاد دارند که کسی که در استفاده از يك مكان عمومی بر دیگران پیشی گرفته، در استفاده از آن ملک، حق اولویت دارد (شهید اول، ۱۴۳۰: ۲۸۵).

از سوی دیگر، مباحات اموالی است که مالک خاصی ندارد و امکان تصرف و تملک آن برای اشخاص امکان‌پذیر است (فراهانی و پروین، ۱۳۹۹: ۳۳). این قبیل اموال به دو دسته تقسیم‌بندی می‌شوند: اول، مباحات اصلی که شامل کلیه ثروت‌های طبیعی به جز انفال و اموالی است که مالک خاص ندارند. دسته دوم، مباحات بالعرض که شامل اموالی است که اگرچه متعلق حق مالکیت بودند، اما به دلایلی رابطه مالکیت آن‌ها قطع شده است (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۲۶۱). با بررسی نظرات فقهی و حقوقی مشخص می‌شود که برخی از اموال از یک‌سو در شمار انفال و از دیگر سو به عنوان مباحات شناخته می‌شوند. وجه افتراق میان انفال و مباحات در این است که انفال مالک خاص ندارد و در اختیار حکومت است و امکان مالکیت خصوصی بر آن‌ها متصور نیست؛ اما مباحات اموالی هستند که اگرچه مالک خاص ندارند، اما امکان ایجاد رابطه مالکیت و تملک آن‌ها برای اشخاص امکان‌پذیر است. همچنین که به موجب ماده ۲۷ قانون مدنی امکان تملک مباحات وجود دارد؛ لذا می‌توان رابطه میان انفال و مشترکات عمومی و مباحات را عموم و خصوص مطلق بیان کرد.



۲. تغییر قوانین مربوط به مالکیت اشخاص بر آب‌های مباح

دو پرسشی که بسیار مهم و قابل تأمل اند عبارت‌اند از: رویکرد قانون در خصوص ماهیت منابع آبی از حیث اینکه جزو مشترکات عمومی است یا انفال چگونه است؟ اسباب تملک این منابع کدام است؟

تاریخچه قانون‌گذاری در حوزه آب به قانون حمورابی، قانون حق الارض و حق الماء طواحین اربابی واقع در اراضی خالصه دولتی بازمی‌گردد (مدنیان، ۱۳۹۸: ۱۲). با توجه به زندگی روستایی و وضعیت بارندگی و جوی در گذشته، شاید بتوان گفت منابع آب کافی در اختیار مردم بوده است و نیازی به قاعده‌مند کردن موضوعات آبی مطرح نبوده است؛ لیکن به مرور زمان با افزایش جمعیت، صنعتی شدن زندگی، رشد و توسعه اقتصادی، نیاز به بررسی مسائل مربوط به حوزه آب بسیار مورد توجه قرار گرفت.

موضوع مالکیت آب از نظر فقها پوشیده نبوده است و در این خصوص اختلاف نظر متعددی وجود دارد. اکثر فقها نظر بر این داشته‌اند که آب از مشترکات و مباحات عامه است (رجایی، ۱۳۷۶: ش ۲۳). بدین توضیح که برخی از فقها مانند شیخ طوسی اعتقاد داشتند که مباح مثل آب دریا و نهر بزرگ مثل دجله و فرات و نیل و جیحون و سیحون و چشمه‌هایی که از زمین موات نرم و جبال می‌جوشد، همه مباح هستند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۲). برخی دیگر از فقها، منابع آبی را از مشترکات دانسته‌اند و بر این اساس، امکان بهره‌برداری و استفاده عموم مردم از آن وجود دارد؛ به‌عنوان مثال امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله آورده است: «از مشترکات آب‌ها هستند و منظور از آن‌ها آب شط و نهرهای بزرگ است...» (خمینی، ۱۳۷۶: ۲۳۳). از سوی دیگر در برخی از کتب فقهی همچون اصول کافی، دریاها را در شمار انفال دانسته که متعلق به امام است (کلینی، ۱۳۶۵: ۵۳۸). در حقیقت رویکرد فقها به منابع آبی به مثابه مالی بوده است که امکان مالکیت و بهره‌برداری آن برای اشخاص از طریق حیازت و به نحوی از آنجا امکان‌پذیر بوده است؛ به عبارت دیگر، فقها به منافع افراد توجه داشته و برای مالکیت خصوصی و مالیت آب احترام ویژه‌ای قائل بوده‌اند.

ضمن بررسی منابع فقهی و نظرات فقها در خصوص منابع آب و دسته‌بندی ارائه‌شده، می‌توان منابع آبی را به دو قسم تقسیم کرد:

دسته اول، برخی از منابع قابل تملک خصوصی هستند؛ مانند چاه و قنات. مشهور فقها اعتقاد دارند فردی که به قصد تملک اقدام به حفر چاه می‌کند، در صورتی که به آب برسد مالک آن می‌شود (رجایی، ۱۳۷۶: ش ۲۳). همچنین، همین مهم در ماده ۱۴۸ قانون مدنی نیز منعکس شده که مقرر می‌دارد: «هرکس در زمین مباح نهری بکند و متصل کند به رودخانه، آن نهر را احیا کرده و مالک آن می‌شود و مادامی که متصل نگردیده، تحجیر محسوب می‌شود.»

دسته دوم، منابعی که قابل تملک خصوصی نیستند. این دسته منابع در شمار مباحات و مشترکات عمومی قرار دارند که با حیازت در مالکیت اشخاص قرار نمی‌گیرند؛ مانند دریاچه، رودخانه‌های بزرگ و چشمه‌ها، دریا و... (رجایی، ۱۳۷۶: ش ۲۳). بر همین اساس کلیه اشخاص

امکان بهره‌برداری و استفاده از آن را دارا هستند تا بر اساس نیاز از این منابع استفاده نمایند که همین دیدگاه و طبقه‌بندی منابع آبی در قانون مدنی نیز به شرح آتی منعکس شده است.

در قرن اخیر نیز قانون مدنی به‌عنوان قانون مادر و بعد از آن، قوانین متعددی وضع شده است؛ اما مهم‌ترین قانون این حوزه، قانون آب و نحوه ملی شدن و قانون توزیع عادلانه آب به موضوع مالکیت بر این منبع طبیعی پرداخته است. قانون مدنی با الهام و اقتباس از فقه و نظریات فقها و احادیث وضع شده است و بسیاری از مواد این قانون به‌طور کامل منطبق بر فقه اسلامی است. در خصوص موضوع آب نیز از این موضوع مستثنا نبوده است. در مسائل فقهی و قانونی مدنی مالکیت بر منابع آبی بسیار مورد توجه است.

در قانون مدنی ذیل باب دوم از کتاب دوم، با عنوان حيازت مباحات، به مالکیت اشخاص، مالکیت دولتی و عمومی در مورد منابع آبی اشاره شده است. طبق ماده ۲۷ قانون مدنی، مباحات اموالی هستند که ملک اشخاص نیست و افراد می‌توانند آن را به‌موجب قانون تملک کنند. حسب اینکه در خصوص کدام نوع مالکیت بحث می‌کند، حکم متفاوتی مقرر کرده است. به‌موجب قانون مدنی که تحت تأثیر فقه امامیه آب به‌عنوان مباحات است و آزادی اشخاص در به تملک درآوردن آن‌ها پذیرفته شده است، در واقع آب زیرزمینی، چشمه‌سارها و رودخانه‌ها سرمایه خدادادی هستند که با به رسمیت شناختن ابتکار خصوصی اشخاص، به کسانی که به رام کردن و مسخر خویش ساختن طبیعت زودتر اقدام کنند، امتیاز مالکیت اعطا کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۷۲).

دیدگاه قانون مدنی بر مالکیت اشخاص نسبت به منابع آبی بدین صورت است که در خصوص تملک آب‌های سطحی، طبق ماده ۱۴۹ امکان حيازت مباحات وجود دارد و در خصوص آب‌های زیرزمینی، بر اساس ماده ۱۶۰ امکان حفر چاه و قنوات به‌قصد تملک وجود دارد. در ماده ۹۶ نیز به وجود چشمه در زمین و مالکیت شخص اشاره کرده است و در واقع به مالکیت تبعی نسبت به چاه اشاره دارد.

طبق ماده ۳۸ قانون مدنی، مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن تا هر جا رود و زمین آن است و منابع آب زیرزمینی در ملک را به‌عنوان منافع تبعی حاصل از مال پذیرفته است. در مواد ۱۳۷، ۱۳۸ و ۱۳۹ به مالکیت اشخاص بر قنات و بهره‌برداری و استفاده از آن‌ها اشاره شده و حق حریم مربوطه را نیز در نظر داشته است. ماده ۱۴۸، ۱۴۹، ۱۵۰ و ۱۵۱ نیز به استفاده از رودخانه‌های جاری برای مصارف شخصی و حتی مالکیت مشاعی تأکید کرده است.

با بررسی قانون مدنی مشخص شده است که رویکرد این قانون متأثر از نظریات غالب فقها مبنی بر قابلیت تملک اشخاص بر منابع آبی و حمایت از این نوع مالکیت و حق اولویت و سابقه بهره‌برداری است. از سوی دیگر، به‌موجب ماده ۱۵۸ قانون مدنی، در صورت اختلاف در تاریخ احیای اراضی اطراف رودخانه‌ها، احیای مقدم زمین بر مالکین آب نیز تقدم دارد و در واقع تقدم در احیا حجت عرفی است (پیلوار، ۱۴۰۲: ۳۵). علی‌رغم تکیه و تأکید قانون مدنی به مالکیت اشخاص بر منابع آبی، در ماده ۲۵ قانون مدنی به عدم تملک آب‌انبارهای عمومی

و قنوات و چاه‌هایی که مورد استفاده عمومی است، اشاره کرده است که با مقایسه تحلیلی میان ماده ۲۵ و سایر مواد قانون مدنی، این مهم مورد توجه است که قانون‌گذار میان منابع اصلی آب شرب و رودخانه‌های جاری تفاوت قائل شده است؛ زیرا وفق ماده ۲۵، امکان حفر چاه و قنوات در منابع اصلی و به‌طور کلی ایجاد مالکیت در منابع اصلی امکان‌پذیر نیست (بدیسار و احمدی، ۱۳۹۶: ۱۴۳). به نظر می‌رسد قانون مدنی به‌صورت ضمنی منابع آبی را به دو دسته تقسیم کرده است: دسته نخست، منابع قابل تملک با اسباب تملک خاص برای هر یک و با رعایت شرایط قانونی مقرر؛ و دسته دوم، منابع غیرقابل تملک خصوصی به‌جهت رعایت حقوق و مصلحت اجتماعی و اعطای مدیریت این قبیل منابع به دولت و حکومت.

طبق ماده ۳۸ قانون مدنی، مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن تا هر جا رود و زمین آن است و منابع آب زیرزمینی در ملک را به‌عنوان منافع تبعی حاصل از مال پذیرفته است. ماده ۱۶۰ قانون مدنی به تملک قنات و چاه‌ها اشاره دارد. همان‌گونه که گفته شد، رویکرد قانون مدنی بر قابلیت خصوصی اشخاص نسبت به آب و حمایت مقنن از مالکیت خصوصی و نظریه احراز است (ندوشن، ۱۴۰۲: ۱۷). «ولی بررسی وضعیت موجود بیانگر این مهم است که نظام قانونی نیازهای آبیاری کشور را مرتفع نمی‌کنند و چه بسیار درگیری‌هایی که در آینده بر سر منابع آبی شکل خواهد گرفت» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۷۳). در حقیقت با گذر زمان و با توجه به وضع موجود کشور و بحران آب و از سوی دیگر خشک‌سالی، تغییرات جوی، رشد و توسعه جوامع، افزایش جمعیت، صنعتی شدن اقتصاد، تغییر آب‌وهوا، استفاده نادرست از منابع آبی و کمبود آب، مبرهن است که تغییر رویکرد در این حوزه ضروری است.

دولت به‌جز در مواردی معین، نظارت و مالکیتی بر منابع آبی نداشت و به‌موجب قانون موجود، امکان حیات آب‌های مباحه و تملک خصوصی برای اشخاص را لحاظ کرده است؛ بر این اساس ضروری است مدیریت جامع و یکپارچه بر منابع آبی وجود داشته باشد تا ضمن جلوگیری از نزاع‌های آتی، امکان کنترل درست و به‌موقع منابع آبی فراهم شود. قانون مدنی تا سال ۱۳۴۷ که قانون آب و نحوه ملی شدن آن تصویب شد، حاکم بر روابط اشخاص در خصوص منابع آب و تملک آن‌ها بوده است. قانونی که از آن سخن گفتیم، قانون جامعی در زمینه آب است که تحولی اساسی را در نظام مالکیت آب در پی داشته است؛ زیرا آب که سابقاً قابلیت تملک خصوصی و هرگونه بهره‌برداری شخصی را داشته است، پس از وضع این قانون به‌عنوان اموال عمومی و دولتی شناخته می‌شود و در شیوه مدیریت و بهره‌برداری آن نیز تغییرات اساسی ایجاد شد (نوروزی، ۱۳۹۷: ۸۷۴).

به‌موجب مواد ۱ و ۲ قانون اخیرالذکر، کلیه آب‌های جاری ثروت ملی و متعلق به عموم مردم است و بستر آب‌های طبیعی و رودخانه‌ها نیز متعلق به دولت است. در واقع هدف مقنن از ملی کردن آب این بوده است که منابع آبی در اختیار دولت قرار بگیرد تا دولت با برنامه‌ریزی، مدیریت و قانون‌مند کردن آن به نفع عموم مردم مورد استفاده قرار گیرد و از استفاده غیرمجاز آن به دست افراد غیر و تلف کردن آن جلوگیری کند.

به نظر می‌رسد مقررات قانون مدنی در حوزه آب با وضع قانون جدید نسخ شده است؛

زیرا طبق قانون آب، کلیه منابع آبی در دسته ثروت ملی قرار گرفته و در ماده ۹ به بعد اعلام کرده است که امکان بهره‌برداری و استفاده از آن با اخذ مجوز و پروانه است. در این مواد، به ایجاد مالکیت خصوصی اشاره نکرده و صرفاً بر استفاده و بهره‌برداری تأکید داشته است؛ همچنین ضمانت اجرای نقض اخذ مجوز از دولت را در ماده ۴۵ قانون اخیرالذکر پیش‌بینی کرده است. در حالی که در قانون مدنی امکان تملک با حیازت و طرق دیگر بدون اخذ هیچ مجوزی وجود داشته است؛ اما در خصوص نسخ این مواد از قانون مدنی نیز انتقاداتی وارد است؛ زیرا چنانچه مقنن با وضع قوانین لاحق قصد نسخ قانون مهم و اصلی سابق را داشته است، مراتب را صراحتاً اعلام می‌کرد. بر این اساس در پاسخ می‌توان گفت که نسخ به صورت ضمنی نیز امکان‌پذیر است.

همچنین که رویه قانون نحوه ملی شدن آب نسبت به قانون مدنی، همان‌گونه که بیان شد، در موارد متعدد به طور کامل تغییر بنیادی داشته است؛ به هر حال واضح است که قانون مدنی و فقه امامیه آب را از مباحات دانسته است. مضافاً اینکه ماده ۶۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن و ماده ۵۲ قانون توزیع عادلانه آب به بلااثر شدن تمام قوانین و مقررات مغایر تصریح داشته‌اند.

قانون دیگری که برخلاف قانون مدنی و متأثر از نظریه اقلیت فقها منابع آبی را جزو انفال و ثروت عمومی و در اختیار حکومت اسلامی دانسته است، اصل ۴۵ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ است که در جهت تقویت موضع قانون آب و نحوه ملی شدن آن و تعلق آن به دولت و خروج منابع آب از قلمرو مالکیت خصوصی اشخاص تأکید دارد.

بهرتر است اصل ۴۵ قانون اساسی را به این صورت تفسیر کنیم که مقنن به دنبال اعطای مالکیت به دولت نیست؛ بلکه در جهت نظارت، اداره و توزیع عادلانه آب و حفظ و حراست از این منابع عمومی، این وضعیت خاص را برای منابع ملی در نظر گرفته است؛ به سخنی دیگر، منابع آبی برای بهره‌برداری طبق مصالح عموم در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفته است. مضاف بر اینکه طبق اصل موصوف، باقی موارد به قوانین ارجاع شده است که در خصوص بهره‌برداری اشخاص، قانون شیوه ملی شدن آب تعیین تکلیف کرده است (بابایی، ۱۳۶۲: ۶).

به نظر می‌رسد از آنجایی که مقنن در صدد عدم اعطای مالکیت به دولت است، از اصطلاح ثروت عمومی استفاده کرده است؛ زیرا حکومت باید ثروت عمومی را در راستای رفع نیازهای مردم و عموم جامعه مدیریت کند (صدر، ۱۴۱۷: ۴۳۷).

به این نکته باید توجه داشت که مفهوم انفال از ثروت‌های عمومی متفاوت است؛ زیرا در لسان فقها انفال اموالی است که امام مستحق دریافت آن است (جواهرالکلام، ۱۹۸۱: ۱۶/۱۱۶). موضوع مورد توجه اینکه با بررسی مشروح مذاکرات مجلس مشخص می‌شود که منظور تدوین‌کنندگان قانون اساسی این است که آب جزو ثروت عمومی و ملک عامه مردم محسوب می‌شود و همین حکم در قوانین خاص نیز منعکس شده است (ندوشن، ۱۴۰۲: ۵۱). به نظر می‌رسد قانون اساسی و سایر قوانین به تاسی از دیدگاه امام (ره) مالکیت انفال را متعلق به دولت

یا امام ندانسته‌اند، بلکه پیامبر و امام در راستای تأمین مصالح عامه مورد بهره‌برداری قرار داده و به عبارتی ولایت در تصرف این قبیل اموال را دارند.

مقنن در صدد اعطای مالکیت به دولت نبوده است و صرفاً به جهت اینکه استفاده از منابع آبی حق تمامی اشخاص چه در حال و چه نسل‌های آینده است، وظیفه برنامه‌ریزی و مدیریت جامع منابع آبی به دولت به‌عنوان نهادی عمومی و وظیفه حاکمیتی سپرده شده است. بعد از انقلاب نیز قانون توزیع عادلانه آب در سال ۱۳۶۱ تصویب شده است که در این قانون نیز آب را از مشترکات دانسته است و در اختیار حکومت قرار داده است. بر اساس ماده ۱ قانون توزیع، نظارت دولت کامل و استصوابی است و اجازه دولت در بهره‌برداری از آب‌های عمومی همان تصویب و تأیید وزارت نیرو و شرکت‌های تابعه است. در اختیار قرار دادن منابع آبی به دولت این نکته را متبادر می‌کند که مدیریت نسبت به آب از اعمال حاکمیت است؛ بر این اساس متولی موضوع می‌بایست بخش دولتی باشد (بابایی، ۱۳۶۲: ۶).

به‌طور کلی عناوینی که برای لحاظ مالکیت دولت شناخته شده است، در قوانین مختلف متفاوت است؛ مثلاً در قانون آب و شیوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷، آب‌ها ثروت ملی محسوب می‌شود و متعلق به عموم مردم است. در قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ آب از مصادیق انفال و ثروت عمومی است و در قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ آب مشترکات تعریف شده است. میان مفاهیمی چون انفال، مشترکات عمومی و ثروت‌های عمومی و احکام حاکم بر آن‌ها تفاوت‌های بسیاری وجود دارد که سابقاً به آن پرداخته شده است. به‌طور خلاصه می‌توان بیان داشت قانون مدنی دسته‌ای از منابع آبی را قابل تملک دانسته است که تا قبل از تصویب قانون آب، تملک آن‌ها متصور بوده است؛ اما با تغییر رویکرد مقنن و تغییر ماهیت منابع آبی امکان تملک خصوصی وجود ندارد و بر اساس آخرین اراده مقنن در قانون توزیع عادلانه، منابع آبی جزو انفال و مشترکات عمومی است.

۱-۲. ارجحیت منافع ملی بر کار فردی

همان‌گونه که در بخش قبلی بیان شد، به‌موجب قانون نحوه ملی شدن آب، این ثروت الهی در اختیار دولت قرار گرفت تا بر طبق مصالح عمومی استفاده شود. این در حالی است که به‌موجب قانون مدنی و سابقه تاریخی، امکان بهره‌برداری و ایجاد مالکیت برای اشخاص سابقاً فراهم بوده است. اکنون پرسش مهمی که مطرح است: آیا با استفاده از آیات، روایات و قواعد فقهی می‌توان سلب مالکیت مالکین حق‌آبه یا منابع آبی را توجیه کرد یا خیر؟ یا حق سلب مالکیت در منابع آبی برای دولت متصور است یا خیر؟

ارجحیت مالکیت عمومی ریشه در مبانی فکری و فلسفی اصل اصالت جمع دارد که به گسترش منافع به مالکیت عمومی اشاره دارد. «در واقع مالکیت عمومی در صورتی است که فرد خاصی مالک آن‌ها نیست و ملک همه مسلمانان است» و طبق نظر ایشان عنوان مسلمان بودن معیار این نوع از مالکیت است (حقانی زنجانی، ۱۳۶۹: ۶). یکی از اهداف ایجاد مالکیت عمومی برای احترام به مصالح آیندگان است؛ زیرا در صورتی که برای عموم مردم باشد، اشخاص را بر

استفاده درست و حفظ آن‌ها برای آیندگان ملزم می‌کند (دفتر همکاری‌های حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۱: ۱۰۹). برخی بر این باور هستند که به موجب وضع قانون جدید، نظام مالکیت خصوصی افراد به طور کلی از بین نرفته است؛ زیرا نظام حق‌آبه‌داران برای آب‌های سطحی باقی مانده و از سوی دیگر، حقوق مالکان چاه‌ها نیز به نوعی تثبیت شده است و در واقع اصل مالکیت خصوصی افراد همچنان باقی است و صرفاً به دلیل اجرای درست عدالت، عموم مردم به‌عنوان منتفع و دولت متولی اداره و بهره‌برداری از آن است (مدنیان، ۱۳۹۸: ۱۷۸).

شاید بهتر باشد این‌گونه تفسیر شود که ایجاد مالکیت ملی بر منابع آبی امکان برنامه‌ریزی یکپارچه را برای دولت فراهم می‌آورد تا ضمن مدیریت منابع آب و رفع نیاز برای مردم در زمان حاضر، محیط‌زیست و نسل‌های آینده نیز به آب شرب دسترسی داشته باشند. بر این اساس طبق قواعد و احکام اسلامی و قاعده لاضرر، هیچ‌کس حق سلب مالکیت از صاحب آن را ندارد و اگر در مال غیر تصرف شود، تصرف او غاصبانه است؛ لیکن به موجب احکام ثانویه شاید بتوان آن را توجیه کرد و بحث برتری و اولویت حق عموم بر حق فردی مطرح است. لذا اگرچه اصل اولیه قاعده تسلیط و لاضرر است، اما در خصوص منابع آب با توجه به لزوم رعایت مصلحت و منافع جمعی و اهمیت محیط‌زیست در زندگی بشر، بر طبق قاعده فقهی حفظ نظام و رعایت مصلحت امکان سلب و یا محدود کردن مالکیت برای دولت متصور است. مستفاد از قانون اساسی و قانون توزیع عادلانه آب، منابع آبی از مشترکات هستند و در اختیار دولت‌اند و ضروری است بهره‌برداری از آن‌ها طبق مصالح عمومی باشد که این رویکرد باعث می‌شود افراد بیشتری فرصت و امکان بهره‌برداری را داشته باشند. به نظر می‌رسد روح قانون اساسی به اعطای تکلیف و الزام قانونی به حکومت به منظور مدیریت درست این قبیل منابع است و نه صرف اعطای اختیار.

از سوی دیگر موضوع قابل تأمل اینکه آیا امکان بهره‌برداری و استفاده از آن‌ها برای عده یا گروه خاص وجود دارد یا خیر؟ با مذاقه در قوانین مشخص می‌شود که آب مانند دیگر اموال عمومی به استفاده‌کنندگان فروخته می‌شود و درآمد حاصل به درآمد عمومی کشور واریز می‌شود (بدیسار و احمدی، ۱۳۹۶: ۱۸۵). به طور کلی می‌توان گفت که قانون مدنی به حیازت آب و مالکیت خصوصی بر منابع آبی اشاره کرده است؛ اما مواد مربوطه به موجب قانون آب و شیوه ملی شدن آن تا حدی نسخ ضمنی شده است. این قانون منابع آبی را به‌عنوان اموال عمومی اعلام کرده است که در اختیار دولت است. از سوی دیگر، اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب نیز تأکید داشته‌اند که آب از مشترکات عمومی است که در اختیار دولت قرار دارد. اما در خصوص بهره‌برداری از منابع آبی، همان‌گونه که پیش‌ازین نیز بیان شد، مستند به مواد ۲۷ و ۲۸ قانون توزیع عادلانه، اشخاص پس از جری تشریفات قانونی و اخذ مجوز از ارکان ذی‌ربط امکان انتفاع از این منابع آبی را خواهند داشت.

۲-۲. ماهیت حقوقی پروانه بهره‌برداری از آب زیرزمینی

تعیین ماهیت حقوقی مجوز بهره‌برداری از منابع آب، بر شیوه بهره‌برداری و نقل و انتقال این ثروت الهی تأثیرگذار است؛ زیرا در صورتی که مالکیت خصوصی اشخاص بر منابع آبی را



به رسمیت بشناسیم (از آنجاکه اشخاص حق هرگونه تصرف و انتفاعی را در مالکیت خود دارند)، می‌توانند بدون محدودیت آن را منتقل کنند. لیکن چنانچه منابع آب را جزو انفال بدانیم، در واقع (از آنجایی که در اختیار امام و حکومت است) امکان ایجاد مالکیت خصوصی در موارد محدود با لحاظ شروطی فراهم نیست.

با توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی، قانون توزیع عادلانه آب و قانون شیوه ملی شدن، منابع آبی جزو انفال و ثروت‌های عمومی قرار دارد؛ بر این اساس قابل تملک خصوصی نیست و در اختیار دولت است تا با لحاظ مصالح عمومی، برنامه‌ریزی مناسب برای بهره‌برداری از این منبع الهی صورت پذیرد. مستند به ماده ۲۱ قانون توزیع عادلانه آب مبنی بر صلاحیت وزارت نیرو بر صدور پروانه مصرف و مواد ۱، ۲ و ۳ قانون اخیرالذکر دایر بر الزام به اخذ پروانه، دیگر تردیدی باقی نمی‌ماند که مالکیت منابع آبی خصوصی نیست. همچنین مالک حق هرگونه تصرف و انتفاع از مایملک خود را دارد؛ لیکن در موضوع منابع آبی صاحب مجوز بر اساس آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های موجود ملزم به بهره‌برداری است. در ماده ۲۷ مقرر شده است که پروانه مصرف مختص به زمین و موارد مربوطه است و ماده ۲۸ نیز موارد مصرف و محدودیت استفاده از آب مورد مجوز را اعلام داشته است؛ بنابراین محدودیت دیگری را برای اشخاص دارای مجوز آبی ایجاد کرده است. همچنین نقل و انتقال و فروش آب به تبع زمین است و مستقل فروخته نمی‌شود که تمامی مصادیق حاکی از محدودیت سلطه در مجوز است. در واقع مستند به ماده ۲۱ توزیع، وزارت نیرو با صدور مجوز بهره‌برداری مکلف به تبدیل حق آبه‌های افراد به اجازه مصرف معقول آب شده است (ندوشن، ۱۴۰۲: ۱۱۳).

برخی اعتقاد دارند که مجوز اعطایی از سوی وزارت نیرو به متقاضی، حق انتفاع و سلطه ناقصی بر منابع آب است و وزارت نیرو با صدور مجوز بهره‌برداری از منابع آب همواره امکان سلب و تعدیل مجوز را دارد و از سوی دیگر دارنده صرفاً امکان بهره‌برداری و نقل و انتقال مورد مجوز را خارج از موضوع پروانه ندارد (ندوشن، ۱۴۰۲: ۹). شایان ذکر است که بر اساس ماده ۴۰ قانون مدنی، حق انتفاع حقی است که شخص می‌تواند از مالی که متعلق به دیگری است یا مالک خاص ندارد استفاده کند. از آنجایی که این حق مالی است و در دارایی منتفع حق مستقل و اصلی است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۲۸). همچنین نظر به اینکه حق انتفاع از شاخه‌های مالکیت و حق عینی است، پس اوصاف این قسم از حقوق از جمله ایجاد حق تقدم، عدم امکان سلب حق مگر در موارد محدود با مجوز قانون، حق تعقیب و غیره را دارا است.

با لحاظ اوصاف حق انتفاع و مجوز اعطایی از سوی وزارت نیرو به متقاضی پروانه بهره‌برداری مستند به ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب، مشخص می‌شود که مستفاد از بند «و» ماده ۲۴ قانون توزیع عادلانه آب، پروانه‌های صادره مدت‌دار است که در صورت عدم استفاده در مدت، وزارت نیرو مبادرت به صدور پروانه دیگر می‌نماید. مبرهن است که در صورتی که ماهیت پروانه صادره حق انتفاع باشد، صدور پروانه برای دیگری می‌نماید. مبرهن است که ماهیت حقوق و منافع دارنده حق بوده و همچنین این مهم برخلاف اصول و قواعد حقوقی است. از سوی دیگر، به موجب مواد ۲۷ و ۲۸ قانون اخیرالذکر، صاحب پروانه حق انتقال پروانه صادره را ندارد،

مگر با مجوز دولت. در حالی که اگر پروانه بهره‌برداری را نوعی حق انتفاع بدانیم، این حق برای منتفع متصور است که آن را مگر در موارد استثنا منتقل کند. اما مستند به ماده ۲۷ قانون توزیع، پروانه بهره‌برداری صادره متعلق به زمین است و به همین منظور حق انتقال پروانه به غیر جز با اجازه دولت و به تبع زمین امکان‌پذیر نیست. همچنین که حق انتفاع قائم به شخص است که ماده اخیرالذکر پروانه صادره را مختص به ملک دانسته است.

باری، با مقایسه شرایط حق انتفاع و اوصاف پروانه صادره و با لحاظ این مهم که پروانه اعطایی با شرایط خاص و در قالب قوانین و آیین‌نامه‌ها به اشخاص اعطا می‌شود و او ملزم به استفاده و بهره‌برداری مورد مجوز وفق قوانین و پروانه اعطایی است، به نظر می‌رسد ماهیت پروانه بهره‌برداری از منابع آبی صادره توسط وزارت نیرو، اذن در انتفاع باشد؛ چراکه اولاً اذن ضعیف‌تر از حق انتفاع است و مستفاد از ماده ۱۰۸ قانون مدنی قابل رجوع از سوی اذن‌دهنده است. ثانیاً اذن یک طرفه تحقق یافته و اسقاط می‌شود و رضایت منتفع نقشی در آن ندارد. لذا با لحاظ جمیع اوصاف، به نظر می‌رسد موارد مطروحه در پروانه صادره نیز تا حدی صادق است؛ چراکه مستند به ماده ۲۸ قانون توزیع عادلانه آب، دارنده پروانه صرفاً اذن در استفاده از منابع آبی را طبق پروانه دارد و از سوی دیگر حق انتقال مجوز را بدون اجازه وزارت نیرو نداشته که حتی در صورتی که تصمیم به انتقال اذن صادره دارد، باید مجوز را به تبع زمین و با اطلاع وزارت نیرو انجام دهد. به عبارتی صاحب پروانه بهره‌برداری حقی بر منابع آبی ندارد تا به مثابه سایر حقوق مالی، امکان اعمال حقوق مالی خود را داشته باشد.

۳-۲. حرکت از مالکیت آب به سوی پروانه مصرف و بهره‌برداری

در خصوص تعریف حق آبه قانون مدنی ساکت است؛ اما ماده ۳ قانون آب و شیوه ملی شدن آن مقرر کرده است که حق آبه عبارت از حق مصرف آبی است که در دفاتر جزء جمع یا اسناد مالکیت یا حکم دادگاه یا مدارک قانونی دیگر قبل از تصویب این قانون به نفع مالک آن تعیین شده باشد. همچنین تبصره ۱ ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب بیان کرده است حق آبه عبارت از حق مصرف آبی است که در دفاتر جزء جمع قدیم یا اسناد مالکیت یا حکم دادگاه یا مدارک قانونی دیگر قبل از تصویب این قانون برای ملک یا مالک آن تعیین شده باشد. باین حال در میان حقوقدانان در خصوص تعریف مفهوم حق آبه اختلاف نظر وجود دارد. برخی حق آبه را حق استفاده از آب‌های سطحی می‌دانند و در مورد آب‌های زیرزمینی حق آبه وجود ندارد؛ زیرا بهره‌برداری از آب‌های زیرزمینی در قالب حفر چاه است (ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۱۴۱). برخی نیز با استناد به مفاد ماده ۱۵۹ قانون مدنی چنین استدلال کردند که حق آبه حق اولویت است بر آب‌های مباح برای به تملیک در آوردن آب به منظور مصرف آن (لطیف‌پور، ۱۳۹۴: ۷۹).

دکترین معتقدند که حق آبه حق تبعی محسوب می‌شود؛ زیرا هم در تأمین حوایج مالک نقش تبعی دارد و هم از نظر تبعیت آن از مال غیر منقول حق تبعی است و در معاملات قدیم به عنوان حق تبعی به فروش می‌رسد و معامله می‌شود (بدیسار و احمدی، ۱۳۹۶: ۲۵۹). لیکن با بررسی قوانین جدید در حقوق آب، قانون آب و نحوه ملی شدن آن شاید به نوعی بتوان تفسیر



کرد که حق آب را بیشتر متعلق مالک می‌داند. همچنین که صراحتاً در قانون توزیع عادلانه آب، حق آب را متعلق به مالک یا ملک تعیین کرده است. بر این اساس حق آب به حقی تبعی، دائمی و غیر منقول است. قابل توجه است که این تعریف در قانون مدنی عنوان نشده است. به هر حال طبق قانون اساسی و قانون توزیع عادلانه آب، منابع آب جزو اموال عمومی و مشترک میان مردم قرار گرفته است و استفاده اشخاص مستند به ماده ۲۱ قانون توزیع در قالب اخذ مجوز از وزارت نیرو است و این نهاد وفق ماده ۱۹ قانون اخیرالذکر ملزم به تبدیل حق آب‌های اشخاص به مجوز مصرف معقول است. همچنین اشخاصی که مبادرت به اخذ مجوز مصرف مفید کردند نیز طبق ماده ۲۹ قانون اخیرالذکر مکلف به استفاده از آب بر اساس اختیارات اعطایی هستند.

در خصوص رابطه صاحب حق و حق آب می‌توان گفت که با توجه به ویژگی‌های مالکیت اشخاص بر اموال و با توجه به ماده ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون مدنی - که در خصوص حیات آب‌های مباح گفته است و با توجه به اینکه حیات مستلزم تسلط مادی بر منابع است - لذا به نظر رابطه مالکیت حاکم نیست؛ از سوی دیگر، در خصوص حق انتفاع دانستن حق آب نیز با توجه به اوصاف حق انتفاع که اولاً قائم به شخص است (حق آب به ملک است) و ثانیاً در مال مورد انتفاع باید باقی باشد و با استفاده زایل نشود (در حالی که حق آب، میزان آب بهره‌برداری شده است و آب جدید جایگزین آن می‌شود)، بر این اساس صاحبان حق آب حق انتفاع ندارند؛ و در خصوص حق ارتفاق نیز با توجه به اینکه حق ارتفاق از حقوق عینی و غیر منقول تبعی و مالی است، به نظر می‌رسد حق آب نوعی حق ارتفاق نیست.

مهم‌ترین قوانینی که به تقسیم آب و نظام حق آب پرداخته است، ماده واحد تکمیل قنوات مصوب ۱۳۱۳، ماده ۱۰ قانون اجازه تأسیس بنگاه آبیاری مصوب ۱۳۲۲، ماده سوم قانون تأسیس بنگاه آبیاری، امور مربوط به آبیاری کشور مصوب ۱۳۳۴، مواد ۱ و ۳ و ۴ قانون آب و شیوه ملی شدن آن و قانون توزیع عادلانه آب است.

۳. محدودیت انتقال حق آب به صورت مجزا از زمین

موضوع قابل بحث اینکه مبنای ایجاد حق آب چیست؟ با بررسی تاریخچه ایجاد و گسترش یکجانشینی و مباحث فقهی و عرف میان مردم و این مهم که زندگی جوامع در کنار آب‌ها ایجاد و گسترش یافته است، اشخاص امکان مالکیت خصوصی نسبت به آب‌های سطحی را داشتند. از سوی دیگر، حق اولویت و تقدم در بهره‌برداری از منابع آبی وجود داشته است که با افزایش جمعیت و صنایع، تغییر قوانین و سیاست‌گذاری و حاکمیت دولت بر منابع آبی، تا حد بسیار زیادی این موضوع تغییر یافته است. برخی از فقهای امامیه، خرید و فروش حق آب‌های منشعب از آب‌های مباح را جایز دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۳۸/۲) و برخی فقها خرید زمین بدون ذکر حق آب در متن عقد بیع را به معنای عدم انتقال حق آب دانسته‌اند (همان: ۵۹/۱۲).

همان‌گونه که بیشتر گفته شد، به موجب نظریات غالب فقها و رویکرد قانون مدنی، آب جزو مباحات است و قابل حیات است و از آنجایی که مالکیت اشخاص بر منابع آبی را پذیرفته

بودند، لذا آثار این مالکیت از جمله نقل و انتقال قابل اعمال است. مالکین نیز بر اساس اراده خود مبادرت به فروش منابع آبی با زمین متعلقه یا حتی بدون آن می‌کردند و مانند سایر اموال با اراده یک‌جانبه و به میل خود اقدام می‌کردند؛ اما پس از وضع قانون شیوه ملی شدن آب مصوب ۱۳۴۷، منابع آبی جزو ثروت عمومی شناخته شد و بهره‌برداری از آن صرفاً با صدور مجوز امکان‌پذیر است. در واقع با ملی شدن منابع آبی، مالکیت خصوصی بر منابع آبی به‌طور کلی از بین رفت و اشخاص صرفاً اجازه بهره‌برداری از این منبع الهی را دارند. البته برخی مجوز اعطایی را به‌عنوان حق بهره‌برداری می‌دانند (پیلوار، ۱۴۰۲: ۵۶).

مجوز بهره‌برداری نیز با شرایط و محدودیت‌هایی همراه است؛ زیرا به‌موجب ماده ۲۷ قانون توزیع، پروانه مصرف آب مختص زمین و برای استفاده در همان مورد است. از سوی دیگر، انتقال این اجازه اعطایی نیز با محدودیت‌ها و شرایطی همراه است؛ چراکه به‌موجب ماده ۲۸ همان قانون، حق استفاده از آب برای غیر موارد مندرج در پروانه را سلب کرده و انتقال پروانه بهره‌برداری با اخذ مجوز آب وزارت نیرو است. بر این اساس صاحبان حق‌آبه می‌توانند مجوز صادره را با زمین به دیگری منتقل کنند و در این صورت، صرف اطلاع وزارت نیرو کافی است؛ اما در صورتی که بخواهند مجوز صادره را مجزا از زمین منتقل کنند، لازم است مراتب تحت نظارت و تصویب وزارت نیرو باشد (ر.ک: بشیری و همکاران، ۱۳۹۲: ۳۵۰). به‌سخنی دیگر، امکان انتقال حق‌آبه با زمین با اطلاع وزارت نیرو و ارکان مربوطه امکان‌پذیر است، لیکن در صورت انتقال آن بدون زمین، بررسی ارکان نظارتی و اخذ تأییدیه‌های قانونی لازم است.

درواقع مقنن با وضع قانون از یک‌سوی سعی در مدیریت منابع آبی و از سوی دیگر، در پی محدود کردن حقوق اعطایی به صاحبان حق‌آبه است. همچنین صاحبان حق‌آبه امکان انتقال زمین بدون حق‌آبه را دارند. به‌طور کلی در خصوص خرید و فروش حق‌آبه می‌توان گفت تا قبل از وضع قانون آب و شیوه ملی شدن آن، با توجه به قانون مدنی و فقه، منابع آبی به‌سهولت قابل نقل و انتقال بود.

گفتنی است علی‌رغم الزام قانونی مبنی بر اخذ مجوز مصرف از وزارت نیرو و نقل و انتقال حق‌آبه با زمین مربوطه، لیکن بسیاری از کشاورزان به این الزام قانونی عمل نمی‌کنند و مانند گذشته و بر اساس اختیار و صلاحیت خود، مبادرت به نقل و انتقال و فروش منابع آبی تحت اختیار خود می‌کنند. همچنین بررسی مشکلاتی از این دست از قبیل صدور پروانه مصرف، نظارت به چگونگی مصرف، تأیید یا عدم تأیید انتقال حق‌آبه و غیره بر عهده وزارت نیرو است که این نهاد نیز به علت نداشتن نیروی کافی و لزوم به‌صرف هزینه بسیار، تمایل زیادی نسبت به سرپیچی اشخاص در اخذ مجوز نشان نداده است.

۴. مبانی فقهی تغییر رویکرد قوانین

با بررسی منابع فقهی مشخص می‌شود که رویکرد فقها متفاوت است. در روایتی منقول از پیامبر (ص)، ایشان آب، آتش و گیاه را از مشترکات دانسته‌اند (نوری، ۱۴۰۸: ۱۱۴)؛ یا امام صادق (ع) در حدیثی پنج رود فرات، دجله، نیل، مصر، مهران و نهر بلخ را و هرچه از آن مشروب می‌شود،



از امام دانسته‌اند. شاید به استناد همین حدیث در بعضی احادیث فقهی آب‌های عمومی را از انفال دانسته‌اند (کریمی، ۱۳۷۸: ۶۱). برخی از فقها معتقدند که منابع آب جزو اموال مباح هستند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۲؛ و نیز شهید اول، ۱۴۱۴: ۶۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۱۴؛ حائری، ۱۴۲۶: ۸۴).

برخی دیگر از فقها منابع آبی را از مشترکات دانسته‌اند که با حیازت قابل تملک است (امام خمینی، ۱۳۸۳: ۳۸۳). شهید محمدباقر صدر نیز منابع آب طبیعی را در دو قسم تقسیم کردند: اول آب‌های سطحی و مشترک میان عموم مردم و دوم آب‌های زیرزمینی که مختص اشخاص نیست، لیکن قابل حیازت است (صدر، ۱۳۷۵: ۴۹۷). در خصوص انفال بودن منابع آبی نیز برخی فقها صرفاً دریا را جزو انفال دانسته‌اند؛ به‌عنوان مثال، مفید در مقنعه، حلبی و کلینی، بحار و دریاها را جزو انفال دانسته‌اند (مفید، ۱۴۱۳: ۲۷۷؛ نیز حلبی، ۱۴۰۲: ۱۷۱؛ کلینی، ۱۳۶۵: ۵۳۸).

اما در مورد مالکیت اشخاص بر منابع آبی، در روایاتی از پیامبر (ص) و امام صادق (ع) نقل شده است که هرکس زمین را زودتر بهره‌برداری کند و آباد سازد، آن زمین متعلق به اوست و درواقع اگر بخواهیم روایات را تفسیر کنیم، سابقه آبادانی و ایجاد مالکیت متعلق به زمین صرفاً برای کشاورزی نیست و شامل تمام مواردی است که در زمین وجود دارد (مدنیان، ۱۳۹۸: ۶۷).

فقهای شیعه ضمن پذیرش مالکیت افرادی که زمین را احیا می‌کنند، بر تعلق ملحقات زمین برای شخص تأکید دارند و درواقع بر این عقیده‌اند که مالکیت آب و مالکیت زمین به یکدیگر است. محقق حلی معتقد است تحقق احیا و آبادی زمین زراعی به دنبال جاری ساختن آب بر آن زمین معنا پیدا می‌کند (همان). مدنیان به نقل از ابن‌براج در خصوص مالکیت اشخاص بر منابع آبی بیان کرده است که کسی که زمین را آباد کرده و مالک آن شده است، به‌همراه زمین مالک توابع آن نیز که آب و راه است نیز می‌شود (همان). در خصوص مالکیت آب‌های زیرزمینی در کتب فقهی اصطلاحات گوناگونی استفاده شده است؛ به‌عنوان نمونه، شیخ طوسی در مبسوط آورده است: معادن بر دو قسم است: ظاهری و باطنی، و آب را جزو معادن ظاهری دانسته است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۴)؛ و از سوی دیگر، محقق کرکی بر این عقیده است که معادن ظاهری، معادنی است که روی زمین است (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۴۱۰).

بر اساس قواعد فقهی و حقوقی، در صورت تراحم میان منافع شخصی و مصالح عمومی، به‌یقین اولویت با مصالح عمومی و جامعه است. از همین رو، دولت و حکومت به‌عنوان حافظ منافع عمومی ملزم به رعایت مصلحت اجتماعی بوده است. در موضوعات حوزه آب نیز همین اصل حاکم است؛ زیرا مشاهده می‌شود علی‌رغم اینکه وفق قانون مدنی امکان تملک خصوصی اشخاص در منابع آبی وجود دارد، اما با گذر زمان و لحاظ شرایط جامعه، ناگزیر مصالح جمعی بر منافع شخصی ارجح است و نسبت به حفظ مصالح عامه اقدام می‌کند. بر این اساس حکم اولیه، احترام به مالکیت خصوصی اشخاص است که با توجه به شرایط و با توجه به قواعد فقهی حفظ نظام و مصلحت و در راستای منافع عمومی، حکم ثانوی لحاظ شده است و قانون‌گذار نسبت به وضع قوانین توزیع عادلانه آب و شیوه ملی شدن منابع آبی اقدام کرده است.

۴-۱. قاعده فقهی حفظ نظام

اصطلاح حفظ نظام از دو واژه با معنی مستقل تشکیل شده است. حفظ در لغت به معنی «نگاه داشتن، نگه داری» است (دهخدا، ۱۳۷۳: ذیل واژه) و نظام به معنی «سپاه»، «رشته مروارید»، «ارتش»، «حکومت» است (معین، ۱۳۶۹: ذیل واژه)؛ و ترکیب «حفظ نظام» ترکیب اضافی است که در معنا هم‌پوشانی دارند. در کتب فقهی از حفظ نظام به‌عنوان قاعده فقهی مستقل، تعریفی ارائه نشده است، ولی فقها به کرات در ابواب مختلف فقهی مستند به این موضوع به‌عنوان دلیل یا حکمت حکم شرعی فتوا صادر کرده‌اند و این حکم آن‌چنان میان فقها شیوع یافته است که به‌عنوان قاعده فقهی شناخته می‌شود (شریعتی، ۱۳۸۷: ۲۵۱). در فقه، حفظ نظام عنوان ثانوی است که در موارد متعدد از آن استفاده می‌شود. در برخی از کتب به تأمین حقوق مردم (عراقی، ۱۴۱۴: ۷) و رفع نیازهای مردم (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۱۱) تعبیر شده است. برخی اعتقاد دارند که «موضوع اگرچه حکم ثانوی است، نقش مهمی در احکام اولیه دارد» (ورعی، ۱۳۹۳: ۸). به‌طور کلی می‌توان گفت که قاعده حفظ نظام در اصل یک قاعده عقلی است و بیان آن در مسائل شرعی از باب حکم تکلیفی مولوی و ارشاد به حکم عقل است (درگاهی، ۱۳۹۵: ۳). امام خمینی (ره) در بیان حفظ نظام می‌فرماید: «حفظ نظام از واجبات بسیار مؤکد است و ایجاد اخلال در امور مسلمانان از امور مورد غضب است» (امام خمینی، ۱۳۹۲: ۶۵۷). همچنین اعتقاد دارند که حفظ نظام از واجبات شرعی و عقلی است (همو، ۱۳۹۲: ۶۵۷).

برخی دیگر از فقها در باب حفظ نظام گفته‌اند: «از جمله تکالیف قطعی شرعی، واجب بودن حفظ نظام عمومی اجتماع و حرام بودن اخلال در آن است» (شمس‌الدین، ۱۴۱۲: ۴۴۰). همچنین از فقهای معاصر، آیت‌الله مکارم شیرازی نیز بر این باورند که «حفظ نظام از واجبات قطعی است و ادله اربعه نیز بر آن دال است و علت بسیاری از احکام دیگر مانند حد و تعزیرات است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۰۵). در کتب فقهی، «حفظ نظام» به‌طور مطلق بیان شده است؛ لیکن این حکم شامل حفظ کلیه خرده‌نظام‌های اجتماعی نیز می‌شود؛ زیرا حفظ نظام از باب مقدمه واجب، مستلزم حفظ تمامی خرده‌نظام‌های مربوطه است (افضلی اردکانی، ۱۳۸۹: ۳). بدیهی است منظور از این قاعده از نظام صرفاً نظام به معنی دولت و حکومت نیست؛ بلکه نظام در ابعاد دیگر اعم از نظام اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و غیره است. همچنین می‌توان گسترده این قاعده را در سه حوزه دسته‌بندی کرد: ۱. نظام معیشتی است که صرف نظر از نوع حکومت حفظ آن لازم است؛ ۲. مراد از نظام اسلام است؛ ۳. منظور حکومت اسلامی است (قاسمی و همکاران، ۱۴۰۰: ۷). با بررسی جمیع نظرات، به نظر می‌رسد قاعده حفظ نظام، قاعده فقهی کلی، ثانوی و عقلی است که برای حفظ نظم و مصلحت جامعه در سطح کلان و خرد استفاده می‌شود. با توجه به اهمیت موضوع نظم عمومی و نظام اجتماعی، لازم است احکام کلی و حتی جزئی با این قاعده مطابقت کند. از این قاعده عام احکامی مانند رعایت مصلحت عمومی و محدود کردن حقوق خصوصی نشئت می‌گیرد. همچنین از آنجایی که حفظ نظام اجتماعی با رعایت مصلحت عمومی مرتبط است، لذا این قاعده عام در تمام ابعاد زندگی اجتماعی اعم از سیاست، حکومت، اقتصاد و... حاکم است.



در قانون اساسی برای افراد حقوق و تکالیفی در نظر گرفته شده است که به عنوان حقوق و آزادی‌های اساسی و اولیة اشخاص تعبیر می‌شود و ضروری است افراد و دولت ضمن رعایت این اصول به آن‌ها احترام بگذارند و رعایت کنند؛ و طبق اصل سوم قانون اساسی، هیچ‌کس حق ندارد به بهانه استقلال و تمامیت ارضی کشور، حقوق اشخاص را سلب یا محدود کند؛ اما در مواردی که حفظ نظام ایجاب کند، در قانون اساسی ضمن بیان حقوق مردم نسبت به ارجاع موضوع به قوانین خاص آن حوزه اشاره کرده است. به عنوان نمونه در اصل ۴۵ قانون اساسی، آب را جزو انفال و مشترکات عمومی دانسته است و تفصیل و تعریف موارد را به قوانین مربوطه ارجاع داده است که واضح است قانون مصوب در حوزه آب، قوانین توزیع عادلانه آب و شیوه ملی شدن است. از سوی دیگر، در خصوص مالکیت اشخاص بر اموال مستند به اصل ۲۲ قانون اساسی، اموال اشخاص مصون از تعرض است، مگر در مواردی که قانون مشخص کرده است. در واقع اشخاص نمی‌توانند در اموال خصوصی اشخاص مداخله کنند. البته این اصل استثناهایی دارد در صورتی که جان و مال اشخاص در خطر باشد یا طبق قاعده حفظ نظام ایجاب کند که این مهم حاصل شود. به عبارت دیگر بر مبنای قاعده فقهی حفظ نظام، مصلحت عمومی جامعه و کشور بر حقوق فردی اشخاص غلبه دارد؛ چراکه رعایت حقوق اجتماع بر شخص ترجیح دارد و در تزامن حقوق فردی و مصلحت اجتماعی، لحاظ مصالح جمع اولویت دارد و این همان موضوعی است که عقل نیز به آن حکم می‌کند. در جایی که دولت از یک سو با کمبود منابع آبی، خشک‌سالی، نیاز به تأمین آب کشور و از سوی دیگر با مالکیت اشخاص نسبت به منابع آبی و بهره‌برداری و فرهنگ نادرست استفاده از این منابع مواجه است، بر اساس قاعده فقهی حفظ نظام و حکم عقل و شرع ملزم است رعایت مصلحت جامعه را ترجیح دهد؛ و بر همین اساس است که در حوزه آب رویه قانون از مالکیت خصوصی به مالکیت عمومی تغییر یافته است. در واقع بهتر است این گونه تفسیر شود که مقنن برای حفظ نظام اجتماعی و با لحاظ شرایط سیاسی و اقتصادی کشور و مردم و با نظر مقنن، با لحاظ قاعده فقهی حفظ نظام که کلیت را بیان می‌کند، در موارد ضرورت نسبت به وضع احکام ثانویه مبادرت می‌کند. لازم به ذکر است که موضوع منابع آبی و ارتباط تنگاتنگ آن با محیط‌زیست مربوط به شخص یا اجتماع کنونی نیست و به نسل‌های آینده نیز مرتبط است؛ رعایت این قاعده بر تمام اشخاص حتی برای کسانی که با مجوز بهره‌برداری از منابع آبی استفاده می‌کنند نیز الزامی است.

۲-۴. قاعده فقهی مصلحت

مصلحت به معنای منفعت و صلاح و در تقابل با فساد و مفسده است (طالبی، ۱۴۰۲: ۱۳۹ به نقل از جوهری). طبق نظر غالب محققان مسلمان، «مصلحت» در حکومت اسلامی عبارت است از منفعتی که شارع حکیم برای بندگانش خواسته است و این منافع شامل حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال است (البوطی، ۱۳۸۴: ۲۷). شهید اول در کتاب قواعد، «مصلحت» را هر حکم شرعی که هدف اصلی آن جلب نفع یا دفع ضرر باشد، بیان کرده است (شهید اول، ۱۴۱۴: ۱/۲۳۵). عمید زنجانی «مصلحت» را سودمندی اجتناب‌ناپذیری می‌داند که ضرورت تأمین آن را شرع معلوم کرده است و عقل نیز در تبعیت از شرع، انجام یا ترک آن عمل را الزام‌آور می‌داند (اسدی،

۱۳۹۷: ۴). به طور کلی احکام شریعت تابع مصالح و مفاسد است و تابع منافع و مضار نیست. بسیاری از احکام در عین اینکه مصلحت دارند، ضرر ظاهری نیز دارند و در بسیاری از واجبات شرعی مانند زکات، خمس، حج و غیره در کنار مصلحت فردی و اجتماعی ضرر مالی وجود دارد (عزیزی، ۱۴۰۰: ۸۹، به نقل از فیاض). «مصلحت در فقه امامیه در دو موضع استفاده می‌شود: ۱. مصلحت به‌عنوان پشتوانه‌ای برای جعل احکام یا پشتوانه احکام شرعی است؛ ۲. مصلحت به‌عنوان قید موضوع احکام شرعی است» (طالبی، ۱۴۰۲: ۱۴۱).

با بررسی نظریه فقها مشخص می‌شود که مصلحت در دو بُعد مطرح می‌شود: از یک سو، مصلحتی است که در ورای احکام شرعی و دستورهای دین است و گویی احکام اسلام تابع مصالح و مفاسد است (علیدوستی، ۱۳۸۷: ۱۵)؛ در بُعد دیگر مصلحت عموم جامعه و منافع همگان مطرح می‌شود و در واقع در این نوع مصلحت بحث حفظ نظام و منافع اجتماعی مطرح می‌شود (عزیزی، ۱۴۰۰: ۸۹).

با تأمل در کتب فقهی مشخص می‌شود که مصلحت از یک سو در موضوعات عبادی و از سوی دیگر در ابواب فقه سیاسی و اجتماعی مطرح می‌شود. عرصه اصلی استفاده از «مصلحت» در اداره کشور است و در نظر داشتن منافع جمعی، تعریف دوم ارائه شده از اصطلاح است. بدیهی است که شارع مقدس با لحاظ مصلحت احکام را صادر کرده است و در زندگی بشر نیز رعایت و حفظ مصلحت در ابعاد مختلف اعم از سیاسی، اجتماعی، اخلاقی و غیره بسیار حائز اهمیت است. پذیرش مصلحت اجتماعی به این معنی است که منافع عموم مردم و اجتماع اهمیت دارند. به طور کلی می‌توان بیان کرد که قاعده مصلحت در فقه شیعه به معنای حفظ مصلحت عمومی و مصلحت نظام است (اسدی، ۱۳۹۷: ۱۱).

موضوع مهم و قابل تأمل این است که اگر رعایت و حفظ مصالح اجتماعی با مصالح شخصی اشخاص، یا حتی مصالح اجتماعی با یکدیگر یا مصالح فردی تراحم ایجاد شود، ضروری است طبق قاعده «اهم فی‌الاهم» مصلحت‌تر را انتخاب کرد. بر این اساس هرگاه تراحم ایجاد شود، پرسش اساسی این خواهد بود که در این تعارض، مصلحت شخصی تحت الشعاع قرار می‌گیرد یا مصلحت اجتماعی. به نظر می‌رسد مصلحت عمومی و اجتماعی ارجحیت دارد؛ زیرا غفلت از منافع اجتماعی باعث ایجاد آسیب به اجتماع خواهد شد. در واقع پذیرش مصلحت اجتماعی ریشه در پذیرش فلسفه اصالت جمع و ضرورت حفظ منافع اجتماعی دارد.

با تأمل در موارد گفته شده مشخص می‌شود که در حوزه آب و مالکیت اشخاص بر منابع آبی، قانون مدنی و فقه بر مالکیت خصوصی اشخاص تمرکز دارد و این مهم را به رسمیت شناخته است؛ اما با گذر زمان، تغییر اقلیم و شرایط جامعه و از دیگر سو مقتضای نیازها و الزامات زندگی اجتماعی، اقتصادی و حتی شیوه کشاورزی افراد و اهمیت مسائل محیط‌زیستی، این مهم را ایجاب کرد که مالکیت منابع آبی در اختیار دولت قرار بگیرد تا طبق مصالح عمومی مدیریت و بهره‌برداری شود. به عبارتی مقنن با وضع قانون توزیع عادلانه آب، قانون اساسی و قانون نحوه ملی شدن آب و با انفال دانستن منابع آبی، اگرچه به نوعی موجب ورود ضرر به اشخاص و مالکیت



خصوصی شده است، لیکن با ملی شدن این منابع و سپردن مدیریت آن به دولت درصدد است تا حکومت با رعایت مصلحت اجتماعی نسبت به مدیریت و بهره‌برداری بهینه از این منبع الهی اقدام کند و این واسپاری اگر به‌درستی و با برنامه‌ریزی جامع صورت پذیرد، موجب حفظ این سرمایه ارزشمند برای آیندگان نیز خواهد شد.

نتیجه‌گیری

با تأمل در کتب فقهی و بررسی نظریات فقها مشخص شد که دیدگاه‌های گوناگونی وجود دارد؛ ولی غالب فقها بر این باور هستند که منابع آبی جزو مشترکات است که متعلق به عموم مردم است و یکی از اسباب تملک آن را حیازت دانسته‌اند و حق تقدم و اولویت در بهره‌برداری از این منبع الهی و عمل انسان را محترم دانسته‌اند. در خصوص تملک یا عدم تملک بر آب‌ها نیز حسب اینکه ماهیت منابع آب را به چه صورت اعلام داشته‌اند، به تملک یا عدم تملک این ثروت الهی اشاره کرده‌اند.

گفتنی است که مشترکات عمومی، انفال و مباحات از جمله عناوینی هستند که برای مالکیت منابع آبی در نظریات مختلف بیان شده است. عناوین مطروحه در آثار و احکام با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند؛ زیرا مشترکات عمومی اموالی هستند که مالک خصوصی ندارند و متعلق به عموم مردم هستند و اجازه تملک این اموال به هیچ‌وجه به کسی اعطا نمی‌شود؛ اما مباحات ثروت‌هایی هستند که مالک خاص ندارند و عموم مردم حق بهره‌برداری از آن‌ها را دارند که با حیازت یا احیا قابل تملک هستند.

تمامی قوانین حکایت از این مهم دارد که در راستای منافع عمومی، آب در اختیار دولت قرار بگیرد تا ضمن برنامه‌ریزی و مدیریت جامع از این منبع الهی، امکان بهره‌برداری را به اشخاص خصوصی اعطا کند تا بدون ایجاد مالکیت، صرفاً اذن در بهره‌برداری قاعده‌مند منابع آب را با رعایت قوانین و آیین‌نامه‌های مربوطه داشته باشند.

در فقه امامیه و قانون مدنی، مالکیت خصوصی اشخاص بر منابع آبی با در نظر گرفتن شرایطی پذیرفته شده است. لیکن از آنجایی که قانون فرع بر روابط اشخاص است و مقنن با لحاظ شرایط اجتماعی مبادرت به وضع قانون می‌کند و با بررسی نظریات فقها و قانون مدنی، مشخص می‌شود که قانون مدنی امکان حیازت آب‌ها و ایجاد مالکیت یا حتی خرید و فروش را برای صاحبان آب‌ها فراهم آورده است؛ اما موضوع قابل توجه این است که تلقی آب به‌عنوان نوعی مال به معنی چشم‌پوشی از اهمیت حیاتی این ثروت ملی در زندگی بشر و تأثیر بسزای آن در محیط‌زیست است. همچنین ایجاد مالکیت بر منابع اصلی آب، تحت هیچ عنوان پذیرفته شده نیست. از سوی دیگر با گذر زمان و تغییر شرایط جامعه، مقنن با توجه به قواعد فقهی «حفظ نظام» و «حفظ مصلحت» در خصوص مالکیت در منابع آبی تغییر رویه داده است. قواعد فقهی «حفظ نظام» و «حفظ مصلحت» صرف‌نظر از اینکه قواعدی مستقل‌اند، در کنار یکدیگر مبنای صدور بسیاری از قوانین و احکام هستند. در حقیقت به‌موجب قانون مدنی مالکیت اشخاص بر منابع آبی پذیرفته شده است؛ اما در مواردی که رعایت مصلحت اجتماعی ایجاب کند و

حفظ نظام ضرورت یابد، برخی از احکام اولیه نقض یا در برخی موارد عمل به آن با شرایط و محدودیت‌هایی همراه است.

در بحث مالکیت اشخاص بر منابع آبی، حکم اولیه مالکیت اشخاص است و احترام به آن الزامی است؛ اما با توجه به اقتضای زمان، ملی کردن منابع آبی و محدودیت اشخاص در بهره‌برداری و استفاده از آن‌ها اولویت است و در حقیقت از یکسو مراعات مصلحت و منافع عمومی لازم است و از سوی دیگر حفظ کیان نظام اجتماعی موضوع قابل توجهی است؛ از همین رو مقنن برای نظام‌مند کردن منابع آبی مبادرت به وضع قوانین جدید و تغییر رویه نظام سابق کرده است. می‌توان گفت برای جلوگیری از ایجاد اختلال در مصلحت و برای حفظ نظام، چاره‌ای جز تغییر رویه قوانین در خصوص مالکیت بر منابع آبی نداشته است. به موجب قوانین شیوه ملی شدن آب و قانون توزیع عادلانه آب و همچنین قانون اساسی، مالکیت منابع آبی را در اختیار حکومت قرار داده است و اگر اشخاص متقاضی مصرف منابع آب طبیعی باشند، باید از وزارت نیرو و سازمان‌های مربوطه مجوز بگیرند؛ بر این اساس تغییر رویکرد قوانین در سده اخیر به وضوح مشاهده می‌شود.

فهرست منابع

۱. ابراهیمی، سید نصرالله و زاغری، حسنا (۱۳۹۹)، «انعطاف پذیری مالکیت منابع نفتی در فقه اسلامی»، تهران، فصلنامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۳.
۲. بابایی، احمد (۱۳۶۲)، «بررسی تحلیلی قانون آب و نحوه ملی شدن آن در تطبیق آن با قانون کشورهای خارجی»، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، کارشناسی ارشد.
۳. پیلوار، رحیم و فرخی، سعیده (۱۴۰۲)، «نظام حقوقی حق آبه‌ها در ایران»، تهران: سهامی انتشار.
۴. البوطی، محمد سمیع رمضان (۱۳۸۴)، «مصلحت و شریعت، مبانی، ضوابط و جایگاه مصلحت در اسلام»، ترجمه اصغر افتخاری، تهران: گام نو.
۵. اصفهانی، شیخ محمدحسین (۱۴۰۹ ق)، «الاجاره»، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. اسدی، فهیمه، (۱۳۹۷)، «بررسی نقش قاعده مصلحت در مسوولیت دولت». کنفرانس ملی دستاوردهای نوین جهان در تعلیم و تربیت، روانشناسی، حقوق و مطالعات فرهنگی اجتماعی.
۷. بشیری، عباس و همکاران (۱۳۹۲)، «نظام حاکم بر حقوق کاربردی آب»، چاپ اول، تهران: جاودانه جنگل.
۸. جعفری ندوشن، علی اکبر (۱۴۰۲)، «حقوق مالکیت آب»، تهران: سهامی انتشار.
۹. حقانی زنجانی، حسین (۱۳۶۹)، «تحقیقی درباره انفال یا ثروت‌های عمومی»، تهران: معاونت پژوهشی دانشگاه الزهراء، تابستان، صص ۵ الی ۱۴.



۱۰. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی) (۱۴۲۰)، «تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه»، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۱. حلبی، ابو الصلاح تقی بن نجم (۱۴۰۲)، «الكافی فی الفقه»، اصفهان: مکتبه امیر المؤمنین.
۱۲. خمینی، سید روح الله (۱۳۷۶)، «تحریر الوسیله» جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۲)، «کتاب البیع (امام)»، ج ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره).
۱۴. درگاهی، مهدی (۱۳۹۵)، «میان کنش قاعده حفظ نظام و حریم خصوصی افراد»، فصلنامه پژوهش های حفاظتی - امنیتی دانشگاه امام حسین (ع)، سال پنجم، شماره ۱۹.
۱۵. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، «لغتنامه دهخدا»، تهران: دانشگاه تهران.
۱۶. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه (۱۳۷۱)، «مبانی اقتصاد اسلامی»، تهران: سمت.
۱۷. ذوالفقاری، یوسف (۱۳۹۰)، «حقوق آب»، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۸. رجایی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶)، «مالکیت و قیمت گذاری آب»، شماره ۲۳.
۱۹. جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰ ق)، «الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه»، قم: کتاب فروشی داوری.
۲۰. شریعتی، روح الله (۱۳۸۷)، «قواعد فقه سیاسی»، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۱. صدر، سید محمد باقر (۱۳۷۵)، اقتصادنا، «خراسان»، بیروت: مکتب الاعلام الاسلامی.
۲۲. طالبی، عبدالحمید (۱۴۰۲)، «قاعده فقهی مصلحت در قوانین و مقررات فرزند خواندگی و کودکان بی سرپرست»، آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره ۱۵، شماره ۲۷.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، «المبسوط، فی فقه امامیه»، چاپ سوم، جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. عمید حسن (۱۳۷۹)، «فرهنگ فارسی عمید»، جلد اول، تهران: امیرکبیر.
۲۵. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴ ق)، «جامع المقاصد فی شرح القواعد»، جلد هفتم، قم: موسسه ال البيت (ع).
۲۶. علی دوستی، ابوالقاسم (۱۳۸۷)، «مصلحت در فقه امامیه»، فقه و حقوق، شماره ۱۸، ۵۸-۳۵.
۲۷. مکی عاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول) (۱۴۳۰) موسوعة الشهید الأول، جلد

- سوم، مکتب الاعلام الاسلامي في الحوزة العلمية، معاونية الابحاث، مركز العلوم و الثقافة الاسلامية.
۲۸. شمس الدين، محمد مهدي، (۱۴۱۲ق)، «نظام الحكم و الاداره فى الاسلام»، قم: دارالثقافه للطباعه و النشر، چاپ سوم.
۲۹. مکى عاملی، محمد بن جمال الدين (شهيد اول)، (۱۴۱۴ق)، «الدروس الشرعية»، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۳۰. عراقى، آقا ضياءالدين (۱۴۱۴)، «شرح تبصره المتعلمين (كتاب القضاء)»، تحقيق: شيخ محمد حسون، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
۳۱. عزيزى، حسين، فلاح زاده، على محمد، (۱۴۰۰)، «مصلحت اجتماعى در فقه اماميه؛ از مفهوم تا ضابطه»، فصلنامه دانش حقوق عمومى، سال دهم، تابستان، شماره ۳۲.
۳۲. قاسمى، ناصر و آموزگار، مرتضى (۱۴۰۰)، «تبين قاعدة حفظ نظام سياسى و تعيين مباني كار بست آن ۳۸. در حمايت از استقلال اقتصادى از منظر امام»، نشریه پژوهش های انقلاب اسلامي، شماره ۳۷، ۱۲۷-۱۵۰.
۳۳. كلينى، محمد بن يعقوب (۱۳۶۵)، «اصول كافي»، تهران: دار الكتب الاسلاميه.
۳۴. كريمى، عباس (۱۳۷۸)، «مالکيت دولت به آب های عمومى و اراضى وابسته به آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سياسى، شماره ۴۵.
۳۵. کاتوزيان، ناصر (۱۳۹۴)، «دوره مقدماتى حقوق مدنى، حقوق مدنى اموال و مالکيت»، چاپ چهل و چهار، تهران: نشر میزان.
۳۶. لطيف پور، احمد (۱۳۹۴)، «مطالعه تطبيقى حق بهره بردارى اشخاص از منابع آب شيرين»، پايان نامه کارشناسى ارشد، دانشگاه آزاد اسلامى واحد تهران.
۳۷. مدنيان، غلامرضا (۱۳۹۸)، «چالش های حقوق آب»، جلد سوم، چاپ اول، تهران: دادگستر.
۳۸. مفيد، محمد بن نعمان (۱۴۱۳)، «المقنعه»، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شيخ مفيد.
۳۹. مگى العاملی، محمد بن جمال الدين (شهيد اول) (۱۴۱۰)، «اللمعة الدمشقية فى فقه الإمامية»، جلد دوم، قم، دار الفكر.
۴۰. ملك افضلی اردکانی، محسن (۱۳۸۹)، «آثار قاعدة حفظ نظام»، نشریه حکومت اسلامي، سال ۱۵، شماره ۴.
۴۱. ملك افضلی اردکانی، محسن (۱۳۹۷)، «قاعدة حفظ نظام»، چاپ اول، تهران:



پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۴۲. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۴)، «قواعد فقه (بخش مدنی - مالکیت و مسئولیت)»، مرکز نشر علوم اسلامی.

۴۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۲ ق)، «بحوث فقیه هامة»، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، چاپ دوم.

۴۴. معین، محمد، (۱۳۶۹)، «فرهنگ معین»، امیر کبیر، چاپ سی.

۴۵. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ ق)، «مستدرک الوسائل و مستنط المسائل»، بیروت: موسسه ال البيت.

۴۶. نجفی، شیخ محمدحسن (صاحب جواهر) (۱۹۸۱)، «جواهر الکلام»، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۴۷. ورعی، سید جواد (۱۳۹۳)، «قاعده اختلال نظام مفاد و قلمرو آن در فقه»، فصلنامه حکومت اسلامی، سال نوزدهم، شماره اول، شماره پیاپی ۷۱.

۴۸. هاشمی شاهرودی، محمود، (۱۳۸۲)، «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام»، جلد ۲، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).