

مالکیت آب از منظر فقهی و حقوقی

رایانامه نویسنده مسئول: a.hatami.y@gmail.com

علیرضا آزاد، ابوذر حاتمی یزد*

۱- استادیار گروه معارف دانشکده الهیات، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.
۲- دانش آموخته دکتری آبیاری و زهکشی، شرکت مهندسی مشاوره گزین سازه توس، مشهد، ایران.

روایات مرتبط با مالکیت آب

از منظر دینی، مالک حقیقی نعمت‌های الهی از جمله آب از آن خداوند و کسانی است که خداوند آن‌ها را در قالب پیامبر و امام، به عنوان خلیفه و جانشین خود در زمین قرار داده است. از همین روست که امام صادق (ع) می‌فرماید: «پنج رود فرات، دجله، نیل مصر، مهران و نهر بلخ و هر چیزی که به وسیله آن‌ها مشروب می‌شود از آن امام می‌باشد.» (عاملی، ۱۳۷۰ الف).

از آنجا که آبادانی و مالکیت زمین غالباً در گرو آب است. بسیاری از روایاتی که درباره مالکیت زمین است، به طور غیرمستقیم به مالکیت نیز آب اشاره دارد. مثلاً در روایت صحیحی از امام صادق (ع) به نقل از پیامبر (ص) آمده است: «هر کس از زمین بهره‌برداری کرد و آن را آباد ساخت، آن زمین متعلق به اوست.» (۰، ۱۳۴۸ الف) و نیز آمده است: «زمین از آن خدا و کسانی است که آن را آباد کنند.» (کلینی، ۱۳۶۵ الف). مضمون این روایات، صرفاً مربوط به زمین‌های کشاورزی نیست، بلکه شامل انواع زمین‌ها و چیزهایی که به صورت طبیعی در آن قرار دارند نیز می‌شود. چنان که در روایت امام باقر (ع) به نقل از پیامبر اکرم (ص) آمده است: «هر چیز زمین را کسی احیا کرد مالک آن است.»

به این ترتیب، آب‌های زیر یا سطح زمین مثل رودخانه‌ها همه مشمول همین حکم است، همه افراد بالقوه حق بهره‌برداری از آن را دارند و در ملکیت کسی نیست به غیر از امام زمان و نائبان او و یا فردی که از آن برای عمران و آبادانی بهره گیرد. جالب آنکه مسلمان و غیرمسلمان در این حکم مساوی‌اند. چنانکه از امام صادق (ع) پرسیدند: «آیا می‌توان زمین یک نفر یهودی یا مسیحی را که او آباد ساخته است، خرید؟» امام فرمود: «بله. هر ملتی که چیزی از زمین را آباد کرد، نسبت به آن صاحب حق شده و مالک آن می‌شوند.» (طوسی، ۱۳۶۵)

۱- مبانی اسلامی حقوق آب

مبانی قرآنی و حدیثی

آیات مرتبط با مالکیت آب

در اهمیت دینی آب همین بس که خداوند در قرآن، آن را مایه حیات همه موجودات شمرده است: «وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ: و هر چیز زنده‌ای را از آب قرار دادیم.» (انبیاء: ۳۰) و آن را نعمتی بر بندگان خود قرار داده و خزانه آن را در اختیار خویش می‌داند: «فَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَسْقَيْنَاكُمُوهُ وَمَا أَنْتُمْ لَهُ بِخَازِنِينَ: و از آسمان، آبی نازل کردیم، پس شما را بدان سیراب نمودیم، و شما خزانه‌دار آن نیستید.» (حجر: ۲۲).

در ادیان ابراهیمی، زمین و آنچه در آن است نظیر کوه‌ها، جنگل‌ها، آب‌ها و... ملک خداوند و همگی از آن خالق هستی است که آن‌ها را به امانت در اختیار بندگان قرار داده است. خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ: زمین ملک خداست، آن را به هر کس از بندگان بخواند می‌دهد.» (اعراف: ۱۲۸) و در آیه دیگری می‌فرماید: «سَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا: خدا آنچه را در آسمان‌ها و زمین است، مسخّر شما کرد.» (جاثیه: ۱۳)

به این ترتیب آب‌های زمین نیز تحت مالکیت الهی است و رعایت قوانین الهی در استفاده از آب‌ها لازم است و استفاده ظالمانه یا باطلانه از آن چه در قالب شخصی و چه گروهی و چه حاکمیتی، طبق آیه ۱۸۸ سوره بقره مردود اعلام شده است: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ: و اموالتان را در میان خود به باطل و ناحق مخورید. و آن را (به عنوان رشوه) به سوی حاکمان سرازیر نکنید تا بخشی از اموال مردم را (با تکیه بر حکم ظالمانه آنان) به گناه و معصیت بخورید، در حالی که (زشتی کارتان را) می‌دانید.» (بقره: ۱۸۸)

الف؛ طوسی، ۱۳۴۸ الف). فقهای اسلامی نیز به این مضمون فتوا داده‌اند. شیخ طوسی به عموم همین احادیث تمسک کرده است و صاحب شرایع نیز این حکم را بین جامعه اسلامی و جامعه شرک، مشترک می‌داند و امام خمینی نیز بر همین اساس فتوا داده است (طوسی، ۱۳۶۵ الف).

مبانی فقهی مرتبط با مالکیت آب

پیش از پرداختن به قواعد فقهی مربوط به مالکیت آب، مناسب است که تصویر فقهی آب مرور شود تا بهتر بتوان متوجه چیستی ماهیت فقهی آب شد؟ مبانی فقهی مالکیت آب چیست؟ از منظر فقهی چه انواعی دارد؟ حقابه چگونه ایجاد می‌شود؟ و احکام مربوط به آن چیست؟

ماهیت فقهی آب

بر اساس مبانی اعتقادی و فقهی و حقوقی، سه دیدگاه درباره ماهیت فقهی آب دریاها و رودخانه‌ها و ... وجود دارد:

۱. جزء انفال است (کلینی، مفید، حلی، سیستانی و...).
۲. جزء مشترکات عامه و اموال عمومی است (شهید اول، امام خمینی و...).
۳. جزء مباحات عامه است (ابن براج، ابن ادریس و...).

انفال چیزهایی هستند که مالکیت آن‌ها از گذشته تا به امروز در اختیار پیامبر (ص) و سپس جانشینان بر حق ایشان است. عده‌ای مالکیت انفال را منحصر در اختیار ائمه معصوم می‌دانند و عده‌ای اختیار آن را در زمان غیبت به دست ولی فقیه و مراجع تقلید و حاکمان شرعی تعمیم می‌دهند مانند: دریاها، کوه‌ها و...

مشترکات عامه اموالی هستند که امکان مالکیت خصوصی ندارند و صرفاً اجازه بهره‌برداری از آن‌ها وجود دارد و متعلق به عموم مردم یا عموم مسلمین هستند و همگان در بهره‌برداری از آن‌ها حق یکسانی دارند مانند: راه‌ها، پل‌ها، مساجد و... **مباحات عامه** ثروت‌های طبیعی هستند که مالک خاصی ندارند و عموم مسلمین یا عموم مردم در حق بهره‌برداری یا حيازت و تمليك شرعی از آن‌ها مساوی‌اند. مانند مراتع، جنگل‌ها و... تفاوت مهم انفال با مباحات و مشترکات عمومی آن است که در انفال، برخلاف مباحات و مشترکات، اصل بر جایز نبودن تصرف افراد است، مگر آن‌که اجازه عام یا خاص از سوی امام یا نمایندگان ایشان داده شود.

اصل ۴۵ قانون اساسی، آب رودخانه‌ها را جزء انفال شمرده است: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات

یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث، و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.»

اما فقها در این باره نظرات متفاوتی دارند. برخی آب رودخانه‌ها را جزء انفال و به عبارت دیگر، جزء دارایی‌های امام معصوم دانسته‌اند و برخی دیگر، آن را جزء مشترکات عامه قلمداد کرده‌اند که همه مردم در استفاده از آن به طور مساوی، شریک هستند و حق دارند که با رعایت مقررات، از آن‌ها بهره‌برداری نمایند.

مستند دسته اول، پاره ای از روایات است که مضمون آن انفال دانستن آب می‌باشد. هر چند در مجامع حدیثی، کمتر ذکری از آبهای عمومی به عنوان انفال به میان آمده است، اما برخی احادیث به این موضوع اشاره دارد. مثلاً از امام صادق (ع) روایت شده که پنج رود فرات، دجله، نیل مصر، مهران و نهر بلخ و هر چیزی که به وسیله آن‌ها مشروب می‌شود از آن امام می‌باشد (عاملی، ۱۳۷۰، الف). برخی روایات نیز کل زمین را متعلق به امام می‌دانند. شاید از این جهت است که در بعضی از کتب فقهی به انفال بودن آبهای عمومی فتوا داده شده است و مثلاً شیخ مفید و ابوالصلاح دریاها را از مصادیق انفال و متعلق به امام شمرده‌اند.

اما اکثر فقیهان آب را جزء مشترکات می‌دانند. به عنوان مثال شهید اول آب‌های مباح را در کنار مساجد، مدارس، کاروان سراها، معادن و راه‌ها، جزء مشترکات دانسته است. علامه حلی نیز آب را جزء مشترکات بر شمرده است. صاحب جواهر آب را با استناد به دو حدیث با مضمون مشارکت مردم در آب و آتش و مراتع از پیامبر (ص) و امام کاظم (ع) جزء مشترکات دانسته است. امام خمینی نیز در تحریرالوسیله آب را جزء مشترکات می‌داند و در توضیح آن، منظور از آب را آب رودها و نه‌های بزرگ همچون دجله، فرات و نیل و نیز رودهای کوچکی که از چشمه‌ها، سیل‌ها و برف‌ها سرچشمه گرفته‌اند و همچنین چشمه‌هایی که از دل کوه‌ها و زمین‌های موات جوشیده‌اند و نهایتاً آب باران می‌داند که تمامی مردم در استفاده از آن‌ها برابر دانسته شده‌اند.

جزء مباحات دانستن آب‌های عمومی به ویژه در آب‌های سطحی که موضوع حقابه‌های حقابه‌داران است، نتایجی در بر دارد که بار دولت اسلامی را سنگین می‌کند. مثلاً می‌تواند جبران خسارت کشاورزان در صورت تحدید حقابه‌ها توسط

دولت و نیز محدود کردن اختیارات دولت در تنظیم نحوه مصرف حقابه را در پی داشته باشد. در حالی که جزء انفال یا مشترکات عامه محسوب کردن آب‌های عمومی می‌تواند بسط ید بیشتری برای دولت در اصلاح الگوی مصرف و کنترل و بازنگری در شیوه‌های سنتی آبیاری را در پی داشته باشد. اختلاف فقهی - حقوقی در مباحات یا انفال یا مشترکات دانستن آب، زمینه‌ساز اختلاف نظر مجلس و شورای نگهبان در تصویب قانون توزیع عادلانه آب شد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

انواع آب از منظر فقه اسلامی

در فقه اسلامی برای تعیین مالکیت، آب‌ها را به اعتبارات مختلف تقسیم می‌کنند:

۱. در دسته‌بندی نخست، به اعتبار طبیعت، آب‌ها را به سه دسته کلی ۱. آب جاری ۲. آب چاه ۳. آب چشمه تقسیم می‌کنند. هر یک از آن‌ها نیز تقسیمات جزئی‌تری دارند. مثلاً آب جاری رودخانه‌ها به دو دسته تقسیم می‌شود: ۱. آب رودخانه‌های بزرگ که بیش از نیاز مصرفی است و متعلق به عموم مردم است ۲. آب رودخانه‌های کوچک. این قسم اخیر نیز انواعی دارد:

الف) رودخانه‌هایی که آب آن‌ها بدون احداث سد می‌توان برای آبیاری در اراضی ساحلی استفاده کرد و یا از آن نهری برای آبیاری زمین‌های مجاور ساحل جدا کرد. به شرط اینکه عمل مذکور لطمه‌ای به وضع زمین‌های مجاور ساحل رودخانه وارد نیابد. رودخانه‌هایی که بدون احداث بند نمی‌توان از آن‌ها بهره‌برداری کرد و بایستی بر روی آن‌ها بند بست که در این صورت زمین‌های بالاتر از سطح رودخانه نسبت به زمین‌های پایین‌تر از سطح رودخانه، حق تقدم دارند.

ج) نه‌رهایی که در زمین موات و بدون صاحب حفر می‌شود و متعلق به کسانی است که آن‌ها را حفر می‌کنند.

۲. در دسته‌بندی دوم که از سوی شیخ طوسی مطرح شده است، آب‌ها به اعتبار مالکیت به سه دسته تقسیم می‌شوند: الف) آب مباح: آب دریا و نه‌رهای بزرگ مثل دجله، فرات و همچنین چشمه‌هایی که در زمین‌های موات جوشیده‌اند و هرکس می‌تواند از آن‌ها استفاده کند. علت این حکم نیز این روایت ابن عباس از پیامبر (ص) است که فرموده‌اند: «مردم در سه چیز شریک‌اند: آتش، آب و چراگاه» (محمدری شهری، ۱۳۸۶). بنا به نظر شیخ طوسی که از سوی فق‌هایی همانند محقق حلی نیز تأیید شده است، اگر به دلیل زیاد شدن، این گونه آب‌ها به زمین کسی وارد و در آن جمع شوند، اشخاص

مالک آن آب نمی‌شوند، چنانکه مالک آب باران یا برفی که در ملک شان جمع می‌شود نیز نیستند و صرفاً حق تقدم برای استفاده از آن دارند.

ب) آب مملوک: آبی است که از طریق جمع کردن آن آب‌ها در منبع، برکه، چاه و امثال آن، حیات شده است. فق‌ها اجماع را دلیل مالکیت چنین آبی از سوی شخص حیات‌کننده دانسته‌اند. در نتیجه در صورتی که کسی این‌گونه آب را از مالکش غصب کند، باید عین آن را در صورتی که باقی باشد رد کند و اگر تلف شده باشد، غاصب ضامن مثل آن است.

ج) آب مختلف فیه: آبی است که در مملوک بودن یا نبودن آن اختلاف است؛ همانند آبی که در ملک اشخاص یا چاه یا چشمه آنان جوشیده باشد که در ملکیت آن اختلاف است. البته شیخ طوسی این گروه از آب‌ها را جزء آب‌های مملوک به شمار می‌آورد، چراکه به نظر وی این آب‌ها در حکم نماء ملک شخص هستند و دلیلی مبنی بر مباح بودن استفاده از آن برای دیگران وجود ندارد.

۳. در تقسیم بندی سوم آب‌ها که از سوی علامه حلی عنوان شده است، آب‌ها به ۷ دسته تقسیم می‌شوند:

الف) آب محرز که از سوی شخص در ظرف، حوض و... جمع شده و به ملکیت او درآمده است؛

ب) آب چاهی که در ملک شخص یا زمین مباحی به قصد تملک حفر شده و شخص حفرکننده مالک آن شده است؛

ج) آب چشمه‌ها و باران و آب چاهی که بدون قصد تملک در زمین مباحی حفر شده است که اختصاص به شخص خاصی ندارد و مردم در آن شریک‌اند؛

د) آب رودهای بزرگ همانند دجله و فرات که مردم در آن‌ها شریک‌اند که در این قسم هر قدر که آب‌ها حیات شوند به ملکیت شخص حیات‌کننده درمی‌آیند؛

ه) آب رودخانه‌های کوچک که در ملکیت کسی نیستند و شخصی که در وصول به آن‌ها مقدم بر دیگران باشد، دارای حق تقدم در استفاده از آن‌هاست؛

و) آب جاری در رودخانه مملوکی که از آب مباحی سرچشمه می‌گیرد؛ یعنی شخص رودخانه‌ای را حفر کند و آن را به رودخانه بزرگ مباحی متصل نماید و مالک آب جاری در رودخانه شود؛

ز) آب جاری در رودخانه مملوکی که از آب مملوکی سرچشمه گیرد.

حقابه و مبنای حق بهره‌برداری از آب

حقابه یا حق آب، به حقوق فرد یا گروهی برای استفاده از منابع آب اطلاق می‌گردد. فقیهان در ضمن برخی از ابواب فقه مانند

از آب» به معنای اعطای بدون عوضِ حقابه خود به دیگران برای شرب، آبیاری مزارع یا مصارف دیگر است. شرایط تبرع آب در فقه اسلامی به شرح زیر است:

۱. مالکیت مشروع: فرد واگذارکننده باید مالکیت شرعی بر آب یا حقابه داشته باشد.
۲. اجازه حاکم شرع: تبرّع آبی که از انفال یا مشترکات عامه (مثل رودخانه‌ها) است، بدون اجازه حاکم شرع جایز نیست.
۳. عدم تضییع حقوق دیگران: واگذاری حقابه نباید به حقوق دیگران (مانند کشاورزان پایین دست) آسیب بزند.
۴. رضایت طرفین: در مواردی که حقابه به صورت مشاع (مشترک) است، رضایت همه شرکا ضروری است.
۵. عدم اضرار: اگر واگذاری حقابه به دیگری موجب خشک شدن زمین‌های همسایه شود، این تبرع غیرمجاز است.

قواعد فقهی عمومی (ناظر به استفاده از آب)

قواعد فقهی عمومی، مجموعه‌ای از اصول کلی، فراگیر و بنیادین در فقه اسلامی هستند که در اکثر ابواب فقهی کاربرد دارند و فقیه با استناد به آن‌ها می‌تواند حکم شرعی بسیاری از مسائل جزئی و مستحدثه را استنباط کند. این قواعد از نصوص شرعی و دلالت‌های عقلی استخراج شده‌اند و به‌ویژه در مواردی که نص خاصی (آیات و روایات) درباره مسأله‌ای وجود ندارد، به کار می‌آیند. این قواعد به نوعی روح حاکم بر فقه محسوب می‌شوند و در فروع گوناگون فقه اعم از عبادات، معاملات، سیاست، قضا، حقوق عمومی و خصوصی کاربرد دارند.

مهم‌ترین قواعد عمومی در فقه اسلامی عبارتند از: قاعده لاضرر، قاعده مصالح عامه، قاعده عدل و انصاف، قاعده تسلیط، قاعده نفی سبیل، قاعده اضطرار و... در این مجال، مهم‌ترین قواعد عمومی را که به کار تحلیل فقهی پژوهش حاضر می‌آید، مختصراً توضیح می‌دهیم.

قاعده «لاضرر ولاضرار»

این قاعده بر اساس روایت نبوی «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» بنا شده است. طبق آن، هرگونه ضرر رساندن به خود یا دیگری حرام است و هر حکمی که موجب ضرر غیرمستعارف به شخص یا جامعه شود، معتبر نیست. فقیهان از این قاعده برای نفی احکامی که موجب ظلم یا زیان شدید می‌شود، استفاده می‌کنند. در دعاوی حقوقی، به‌ویژه در امور آبی، این قاعده کاربرد بسیاری دارد؛ مثلاً اگر تقسیم آب به شیوه‌ای باشد که موجب ضرر شدید به یکی از طرفین شود، می‌توان بر اساس این قاعده حکم به اصلاح و تغییر آن داد. همچنین بر اساس

تجارت، اجاره و احیاء موات از حقابه سخن گفته‌اند. به‌طور کلی حق آب یا حقابه عبارت است از سهم مشروع و مقرر روستا، مزرعه، باغ، خانه از آب رود، چشمه، قنات، آب‌های زیرزمینی یا چاه در ساعات و به اندازه معلوم.

باید توجه داشت که حقابه (سهیمیه بهره‌برداری از آب) با مالکیت آب متفاوت است. به عبارت دیگر، حقابه یک نوع حق انتفاع است، نه مالکیت مطلق آب.

سیر تاریخی تغییر تعریف حقابه در ایران نیز در جای خود شایان توجه است. بنا بر ماده ۳ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷، حقابه عبارت است از «حق مصرف آبی 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». (مجلس شورای ملی، ۱۳۴۷)

بعد از انقلاب و در تبصره ۱ ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، با تغییر اندک و حذف کلمه «ملک» آمده که حقابه عبارت است از «حق مصرف آبی 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». (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۱).

در تعریفی دیگر در ماده ۴۲ آیین‌نامه ثبت در تعریف حقابه آمده است: «حقی که یک ملک واقع در ده یا مزرعه بزرگ از آب رودخانه یا چشمه یا قنات واقع در آن محل بر حسب قرارداد قبلی یا عرف و عادت و سنت دارا باشد.» و افزوده: «حقابه از توابع ملک آن ملک است.»

درک «حق آب» در ابتدا مستلزم توجه به زمینه و منشأ «حق» مورد بحث یا ادعا شده می‌باشد. از گذشته و به‌طور سنتی حق آب به بهره‌برداری و استفاده از آب به عنوان یک مؤلفه حیاتی در تأمین نیازهای بنیادی انسان مثل آشامیدن و آبیاری اشاره دارد. همچنین حق آب می‌تواند شامل تصرف فیزیکی مسیرهای آبی به منظور حمل و نقل، تجارت و حتی اهداف (اماکن) تفریحی باشد. اغلب، حق آب مبتنی بر مالکیت زمین‌هایی است که آب در آن باقی می‌ماند یا جریان دارد. در اغلب نظام‌های حقوقی هرگونه حقی که نسبت به آب سطحی و جاری ادعا می‌شود، باید مبتنی بر حق دائم و غیرمنقول بر زمینی باشد که در زیر آن قرار گرفته است.

تبرّع در استفاده از حقابه

پرداختن به این مسأله از آنجایی مهم است که برخی منازعات آبی، اهالی بالادست، اعطای آب به پایین دست را از باب تبرّع و نه حقابه می‌دانند. در فقه اسلامی، مسأله «تبرع در استفاده

این قاعده، فقیه می‌تواند مانع از محدودسازی غیر متعارف یا آلوده‌سازی فیزیکی یا شیمیایی یا میکروبی آب بالادست، در صورت زیان اراضی پایین دست شود.

قاعده «عدل و انصاف»

این قاعده بر پایه آیه شریفه «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ» (نحل: ۹۰) و روایات متعدد ناظر به این مضمون شکل گرفته است. هرگونه قول و فعل مکلف و نیز شهادت و داوری باید مطابق با عدالت باشد. فقیه در غیاب نصّ خاص، می‌تواند با تکیه بر مفهوم عدل و انصاف، رأی صادر کند و مانع از ظلم شود. در مسائل اجتماعی و دعاوی حقوقی، مانند تقسیم آب، این اصل بسیار راهگشاست. به عنوان مثال بر طبق آن می‌توان از حقوق خرده مالکان در برابر تخصیص منابع به مالکان بزرگ، دفاع نمود.

قاعده «مصلح عامه»

بر اساس این اصل، در مواردی که نص صریح وجود ندارد، اگر اجرای حکمی به مصلحت عمومی جامعه منجر شود، می‌توان آن را معتبر دانست. بر این اساس، مصالح عمومی گاهی بر منافع فردی اولویت دارد. این قاعده به‌ویژه در اداره امور عمومی و حکمرانی اسلامی مورد استفاده قرار گرفته است. در اختلافات مربوط به منابع طبیعی مانند آب، اگر حفظ نظم عمومی و رفاه جمعی ایجاب کند که حقی محدود شود، فقیه می‌تواند به استناد این قاعده عمل کند.

قاعده «تسلیط»

این قاعده برگرفته از روایت نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» (طوسی، ۱۳۶۵ ب) و به این معناست که هر صاحب حقی می‌تواند از حق خود به هر نحوی که بخواهد استفاده کند. تسلیط یک قاعده مسلم فقهی است که بر اساس آن اگر کسی بر مالی از مسیر شرعی و قانونی سلطه یافت، کسی نمی‌تواند او را از انتفاع از آن مال بازدارد.

قاعده تسلیط تثبیت‌کننده ارکان مالکیت است و به علت جایگاه خاص اموال و مالکیت در زندگی روزمره بشر، اهمیت و برجستگی خاصی در بین سایر موضوعات دارد. مالکیت مهم‌ترین حقی است که در ارتباط انسان با اشیاء و اموال متصور بوده و بیشترین آثار قانونی هم دارد. مالکیت امتیازی است که اشخاص نسبت به اشیاء و اموال دارند و مالکین به استناد همین حق و امتیاز خود را مستحق هر گونه دخل و تصرف در اموال و مایملک خود می‌دانند و قانون هم این حق را برای آن‌ها به رسمیت می‌شناسد.

اهمیت اموال و مالکیت در مکاتب الهی و حتی نظام‌های غیر الهی یک اصل اساسی و مسلم برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه است؛ به طوری که به موجب حدیث نبوی «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»، مال مسلمان مانند خونش محترم شمرده شده است. همچنین بر پایه حدیث «لا یحل لامرء مال اخیه الا عن طیب نفسه» (کلینی، ۱۳۶۵ ب)، تصرف در مال غیر جز از طریق جلب رضایت مالک، ممنوع شده است.

قاعده «حیازت»

حیازت از اسباب مالکیت در فقه اسلامی است. به این معنا که هر کس چیزی از اشیاء مباح را حیازت کند، مالک آن می‌شود. هر چند فقیهان آیات و روایاتی را برای اثبات این قاعده بیان کرده‌اند اما خاطر نشان نموده‌اند که تملک اموال مباح (مباحات عامه) از طریق حیازت از امور عقلایی است و شرع مقدس آن را امضا کرده و از تأسیسات شرعی محسوب نمی‌شود. امام خمینی در این باره می‌نویسد: «حیازت سیره مسلم از آغاز تمدن بشری این بوده که ملکیت از طریق احیا و حیازت صورت می‌گیرد و هیچ یک از انبیا و اولیا و مؤمنان آن را انکار نکرده‌اند.» هر چند اغلب فقها مانند امام خمینی و آیت الله سیستانی حیازت را از اسباب مالکیت می‌دانند، اما برخی نظیر آیت الله فیاض، حیازت را صرفاً موجب اثبات حق اولویت در بهره‌برداری (و نه مالکیت) قلمداد می‌کنند.

آنچه مهم است اینکه آگاهی از وجود چیزی یا رؤیت آن، سبب مالکیت نمی‌شود، بلکه وضع ید و تسلط و احیا و حیازت است که موجب مالکیت می‌گردد. از این روست که امام صادق (ع) می‌فرماید: «للعین ما رأَتْ و للید ما اخذت: برای چشم حظ دیدن است و برای دست، آنچه گرفته است» (عاملی، ۱۳۷۰ ب).

قواعد فقهی اختصاصی (ناظر به استفاده از آب)

بحث مالکیت آب‌ها از جمله مباحثی است که دانش فقه اسلامی به آن پرداخته و جمع کثیری از فقها و اندیشمندان اسلامی در خصوص آن اظهار نظر نموده‌اند. این بحث عموماً ذیل باب احیاء اراضی موات (آبادانی زمین‌های مرده) در کتب فقهی مطرح گردیده است. در ادامه به مهم‌ترین قواعد فقهی اختصاصی ناظر به استفاده از آب‌ها که در پژوهش حاضر به آن‌ها استناد می‌شود، اشاره می‌نماییم.

قاعده «اسبقیّت»

قاعده فقهی اسبقیّت به معنای اولویت ناشی از پیشی گرفتن در استفاده از حق می‌باشد، و از آن در باب صلات و احیای

گرفته می‌شود. این دو معیار نسبت به هم تقدّم رتبی دارند، یعنی با وجود معیار اول، نوبت به معیار دوم نمی‌رسد:

۱. اسبقیت زمانی: حق کسانی که تقدّم زمانی در استفاده از آب مشترک دارند، مقدم بر حق دیگران است.
۲. اسبقیت مکانی: اگر کسی بر دیگران تقدّم زمانی نداشته باشد، حق کسانی که نزدیک‌تر به نهر هستند، مقدم است.

بر همین اساس، شیخ طوسی و علامه حلی فتوا دادند که اگر کسی زمین موتی را که به دهانه نهر نزدیک‌تر است با تأخیر احیا کند، حق او بر کسانی که پیش از این در پایین‌دست از نهر استفاده می‌کرده‌اند، مقدّم نیست. البته محقق حلی در این فتوا تردید کرده است.

به این ترتیب، به صورت کلی در فقه اسلامی گفته می‌شود: الاسبق فالاسبق، الاعلی فالاعلی، الاقرب فالاقرب. یعنی که اولویت استفاده از آب به ترتیب از آن کسانی است که:

۱. در استفاده از آب رودخانه برای احیای زمین، تقدّم زمانی داشته‌اند.
۲. در بخش بالادست رودخانه قرار دارند.
۳. فاصله‌شان از رودخانه کمتر است.

از همین روست که امام خمینی در تحریر الوسیله می‌نویسد: «اگر املاکی بر آب مباح از چشمه یا رودخانه یا نهر و مانند آن اجتماع کنند به این که اشخاصی آن املاک را بر آن احیا کنند تا آن‌ها را به وسیله جوی‌ها یا دلوها یا چرخ‌های آب‌کشی یا موتورهای که در این زمان متداول است از آن آب بدهند، همه آن‌ها حق آب گرفتن از آن را دارند. پس هیچ کس حق ندارد که بالاتر از آن املاک، نهری باز کند و همه آب را بگیرد یا آن را از مقدار احتیاج آن املاک کم نماید. در این صورت اگر بدون آنکه مزاحمتی در کار باشد، آب برای آبیاری همه وافی بود که وافی است، و اگر وافی نباشد و بین صاحبان آن در تقدّم و تأخر مشاجره و سخت‌گیری پیدا شود، الاسبق فالاسبق در احیا مقدم می‌شود در صورتی که سابقی معلوم باشد. وگرنه الاعلی فالاعلی و الاقرب فالاقرب تا دهانه و اصل آب مقدم می‌شود (خمینی، ۱۳۸۷).

قاعده «احیاء»

قاعده احیاء در فقه به این معناست هر کس زمین بایری را آباد کند، مالک آن می‌شود و دیگری جز با اذن و رضایت او نمی‌تواند در آن تصرف نماید. احیای و آبادانی زمین‌های بایر پیوند ناگسستنی با مسأله آب دارد. از این رو، فهم درست یا نادرست از این قاعده، می‌تواند تأثیر به‌سزایی در تقسیم منابع آبی داشته باشد. قاعده احیاء مستند به احادیثی است نظیر: «من احیی ارضا

موات و... سخن گفته‌اند. بر اساس این قاعده، کسی که در استفاده از وسایل یا مکانی عمومی بر دیگران پیشی گیرد، نسبت به آن حق اولویت پیدا می‌کند. توجه به این قاعده درباره حقایقه بسیار حائز اهمیت است و از این منظر می‌توان زمین‌ها و آب‌ها را به انواع زیر تقسیم کرد:

۱. اسبقیت صاحبان اراضی در استفاده از آب، از گذشته ثابت و معلوم است.
۲. اسبقیت صاحبان اراضی در استفاده از آب، از گذشته ثابت و معلوم نیست.

در مورد اول، اگر آب نهر مباح به اندازه‌ای نباشد که بتوان تمام اراضی اطراف آن را مشروب نمود، باید بر اساس همان قراردادی که بین مالکان زمین‌ها از گذشته منعقد شده است، عمل گردد. چنانچه بین آنان، قراردادی وجود نداشته باشد اما تاریخ احیای زمین‌ها معلوم باشد، کسی که تاریخ احیای زمین او، مقدم بر سایرین است، در استفاده از آب نیز مقدم خواهد بود و اگر تاریخ احیای اراضی مجاور نهر، مختلف نبوده یا دلیلی بر اثبات تقدّم موجود نباشد، حق تقدّم با کسی است که زمین او، به آب نزدیک‌تر است.

در این باره ماده ۱۵۸ قانون مدنی می‌گوید: «هر گاه تاریخ احیای اراضی اطراف رودخانه مختلف باشد زمینی که احیای آن مقدم بوده‌است در آب نیز مقدم می‌شود بر زمین متأخر در احیا، اگر چه پایین‌تر از آن باشد.» همچنین در ماده ۱۵۹ قانون مدنی آمده است: «هر گاه کسی بخواهد جدیداً زمینی در اطراف رودخانه احیا کند اگر آب رودخانه زیاد باشد و برای صاحبان اراضی سابقه تضییقی نباشد، می‌تواند از آب رودخانه، زمین جدید را مشروب کند و الاّ حق بردن آب ندارد، اگر چه زمین او بالاتر از سایر اراضی باشد.»

در مورد دوم، وقتی تقدّم و تأخر صاحبان اراضی در استفاده از آب در گذشته معلوم نباشد، طبق ماده ۱۵۶ قانون مدنی کسی که به منبع آب نزدیک‌تر است حق تقدّم در استفاده از آب را خواهد داشت. ماده ۱۵۶ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «هر گاه آب نهر کافی نباشد که تمام اراضی اطراف آن مشروب شود و مابین صاحبان اراضی در تقدّم و تأخر اختلاف شود هیچ‌یک نتواند حق تقدّم را ثابت کند، با رعایت ترتیب، هر زمینی که به منبع آب نزدیک‌تر است به قدر حاجت، حق تقدّم بر زمین پایین‌تر خواهد داشت.»

به این ترتیب، برای نهرهای بزرگ که آب آن برای همه اراضی کفایت می‌کند حقایقه ضرورتی ندارد، اما در مورد نهرهای کوچک که برای آبیاری همه اراضی کافی نیست و ملک شخصی کسی هم نمی‌باشد، به نظر فقها، دو معیار برای اسبقیت در نظر

مواتا فهو (هی) له: هر کس زمین مرده‌ای را آباد کند، مال او خواهد بود.» و نیز: «من غرس شجره او حفر وادیا بدیا لم یسبقه الیه احد او احیی ارضا میتة فهی له، قضاء من الله و رسوله: هر کس درختی بکارد در جایی که کسی بر وی در آن مکان پیشی نگرفته یا زمین مرده‌ای را آباد کند، مال او خواهد بود. این حکم خدا و رسول او است.» و نیز: «ایما قوم احیوا شیئا من الارض و عمروها فهم احق بها و هی لهم: هر قومی قطعه‌ای از زمین را آباد کنند، مال آنان خواهد بود.

زمین بایر یا اراضی موات نیز به زمین‌های غیرآبادی گفته می‌شود که دارای سه عنصر «مجهول بودن سابقه مالکیت خصوصی»، «عدم مشغولیت به زراعت و مستحدثات (ساختمان) در حال حاضر» و «عدم داشتن مالک در حال حاضر» باشد. در فقه و قانون اراضی موات از مباحات شمرده شده و شخص با حیازت آن مالک زمین می‌شود.

احیاء اراضی موات در قانون به عنوان یکی از اسباب مملک شمرده شده است. ماده ۱۴۱ در قانون مدنی منظور از احیاء این زمین‌ها را این گونه بیان کرده است: «مراد از احیای زمین آن است که اراضی موات و مباحه را به وسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل زراعت، درخت‌کاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نمایند.»

در طول تاریخ بین بهره‌برداری از آب و احیای زمین و مالکیت زمین پیوند و ارتباط ناگسستنی وجود داشته است. از نظر فقه‌های اسلامی، زمین کشاورزی احیا شده که به اتفاق آن‌ها مالکیت را به همراه داشته است بدون ملحقات آن که از قبیل آب و راه باشد، معنا نداشته است، چون با مالکیت و ارزش مالی آن در تعارض است و بدون آن، مالکیتش بی‌معنا بوده است.

محقق حلی معتقد است اصولاً تحقق احیا و آبادی زمین زراعی به دنبال جاری ساختن آب بر آن زمین معنا پیدا می‌کند. ابن براج که به جزئیات مسئله احیا توجه ویژه داشته است، می‌نویسد: «کسی که زمینی را آباد ساخته است و مالک آن شده است به همراه زمین مالک توابع آن نیز که راه و آب آن است و آبادانی بدون آن آبادانی نیست هم می‌شود و حتی می‌تواند آن را جداگانه اجاره دهد یا بفروشد.» روایت صحیح السند شیخ صدوق در همین ارتباط است که از امام صادق (ع) می‌پرسند: «آیا آنکه زمینی را آباد کرده و در آن زمین نهر کشیده، اتاق ساخته و نخل و درخت کاشته است، مالک همه آن‌ها می‌شود؟» امام می‌فرماید: «بلی، همه را مالک است و اتاق را هم می‌تواند اجاره دهد.» (صدوق، ۱۳۷۱).

با توجه به ادله شرعی فوق، همان گونه که سلب مالکیت زمین از صاحب آن ممکن نیست، سلب مالکیت حقوق الحاقی زمین

مثل آب و راه هم از احیاکننده جایز نیست. شیخ طوسی سلب مالکیت و یا استفاده از اموال دیگری را برای حاکم غیر معصوم جایز نمی‌داند و معتقد است احتمال دخالت هوای نفس در تصمیمات غیر معصوم وجود دارد، در روایتی صحیح از امام باقر (ع) آمده است که می‌فرمایند: «در کتاب علی (ع) دیدم، زمانی که قائم ما ظهور می‌کند مالکیت و حقوق زمین‌های آباد شده شیعیان توسط او هم محترم شمرده می‌شود.» (کلینی، ۱۳۶۵ الف). بنابراین کسی که برای آبادی زمین‌اش از آب چاه، قنات یا آب رودخانه استفاده کرده است، «حق آب» یا به اصطلاح «حقابه» یافته و نسبت به آب و راه آن زمین، امتیاز ویژه پیدا کرده است.

مبانی فقهی مالکیت آب

دیدگاه فقها درباره مالکیت آب و حل اختلافات آبی

بحث مالکیت آب‌ها عموماً ذیل باب احیاء اراضی موات در کتب فقهی مطرح گردیده است. با تتبع در آثار موجود در این حوزه درمی‌یابیم که از نظر اکثریت قریب به اتفاق فقها، آب جزء «مشترکات» است. به عنوان مثال شهید اول آب‌های مباح را در کنار مساجد، مدارس، کاروان سراها، معادن و راه‌ها جزء مشترکات دانسته است. علامه حلی نیز آب را جزء مشترکات برشمرده است. صاحب جواهر آب را با استناد به دو حدیث با مضمون مشارکت مردم در آب و آتش و مراتع از پیامبر (ص) و امام کاظم (ع) جزء مشترکات و از طریق حیازت، قابل تملک برشمرده و جمیع احکام ملک را بر آن مجرا دانسته است. امام خمینی نیز در تحریر الوسیله، آب را جزء مشترکات بر شمرده است و سپس در بیان مراد از آب، رودها و نهرهای بزرگ همچون دجله، فرات و نیل، رودهای کوچکی که از چشمه‌ها، سیل‌ها و برف‌ها سرچشمه گرفته‌اند و همچنین چشمه‌هایی که از دل کوه‌ها و زمین‌های موات جوشیده و نهایتاً آب باران را از زمره آن شمرده‌اند و مردم را در استفاده از آن‌ها برابر دانسته‌اند، مگر اینکه کسی مقداری از آن‌ها را حیازت نماید و مالک آن شود.

در موارد اختلاف بر سر بهره‌برداری از آب نیز بنا بر نظر فقها، به دلیل عدم تنصیص شرعی، قاضی یا حاکم شرع بر اساس عرف، داوری می‌کند. چنان که محقق حلی می‌گوید: «و المرجع فیه إلى العرف لعدم التنصیص شرعاً».

صاحب جواهر معتقد است که اطلاق ادله حاکی از آن است که هر چه متعلق به زمین آباد است نظیر آب و راه، حتی اگر جزئی از آن زمین نباشد، در صورتی که حریم آن محسوب شود و آبادانی آن زمین به آن مربوط باشد و تاکنون در اختیار صاحب زمین بوده، متعلق به خود اوست و دیگری حق استفاده

از آن را ندارد. پس قاعده ید، در مورد آنچه عرفاً متعلق به زمین است بر آب مورد استفاده نیز جاری است.

صاحب جواهر با نقل عبارت جالبی از کتاب تذکره علامه حلی، ادعای اجماع کرده است که هیچ کس نمی‌تواند با استفاده از آب دیگری، مالک آب و زمینی شود. او از قول علامه می‌نویسد: «در این موضوع هیچ اختلافی بین علمای شهرها ندیدم که هرآنچه متعلق به مصالح زمین‌های آباد است مثل راه، آب، مسیل آب آبادی ... و مصالح روستا مثل قنات‌ها و مراتع حیوانات و محل عبور آب آن، که در تصرف برای احیاء توسط شخص باشد، شخص دیگر با احیا و استفاده از آن‌ها مالک نمی‌شود، چون در این صورت ملکیت آبادی دیگران را بر صاحبانش باطل کرده است.» سپس می‌افزاید: «با این حکم هیچ عالمی مخالفت نکرده است.»

ایشان پس از ادعای اجماع، در این باره می‌نویسد: «زمینی که آباد شود و ملحقات آن، مثل آب و راه، ملکیت می‌آورد و این ملکیت به ورثه نیز منتقل می‌شود. سید کاظم یزدی صاحب عروه نیز در حاشیه جامع عباسی می‌نویسد: «کسی که در بالا دست رودخانه است به شرطی می‌تواند از آب رودخانه استفاده کند که در احیا از نظر تاریخی بر پایین‌دست رودخانه مقدم باشد، در غیر این صورت آن که پایین‌دست رودخانه است و زودتر احیا کرده است در استفاده از آب حق تقدم دارد.»

جایگاه فقهی حکومت اسلامی در حقوق آب

به فتوای کسانی که آب‌های عمومی و رودخانه‌ها را جزء انفال می‌دانند، امام معصوم صاحب اصلی آن‌هاست. به نظر برخی از این افراد، در زمان غیبت، حاکم شرع به نیابت از امام معصوم، مسئول اداره انفال است. برخی از این افراد، ولی فقیه را حاکم شرع می‌دانند و به واسطه تنفیذ حکم ریاست جمهوری از سوی ولی فقیه و انتصاب فقه‌های شورای نگهبان از سوی ایشان و اشراف ایشان به انطباق مصوبات مجلس با قوانین شرع، مجلس شورای اسلامی را متولی وضع قوانین و دولت اسلامی را به طور غیر مستقیم، متولی اداره انفال و صاحب اختیارات امام معصوم برای اجرای مقرراتی برای استفاده از انفال و از جمله آب‌ها در جهت مصالح جامعه اسلامی می‌دانند. به این ترتیب، حکومت (اعم از دولت) اسلامی نقش و جایگاه فقهی در توزیع آب می‌یابد. جای این سؤال است که آیا حکومت اسلامی می‌تواند مالکیت خصوصی آب را لغو نماید یا آن را تغییر دهد؟ به نظر اکثر فقه‌ها، در مواردی که مالکیت خصوصی برای آب ثابت است، دولت می‌تواند بر پایه حکم حکومتی ولی فقیه و به مقتضای مصالح عمومی جامعه اسلامی، مقرراتی برای استفاده از منابع

مختلف آب وضع نماید و مالکیت خصوصی را تغییر دهد. برخی از فقه‌های معاصر بر اختیارات دولت در این زمینه و لزوم تبعیت مردم از این مقررات تصریح کرده‌اند. البته به نظر برخی از فقه‌ها نظیر شیخ طوسی، سلب مالکیت و یا استفاده از اموال غیر برای حاکم غیر معصوم جایز نیست، زیرا احتمال دخالت هوای نفس در تصمیمات غیر معصوم وجود دارد و در تحقق اراده او نیز ممکن است اشتباهات زیادی از سوی عوامل اجرایی او صورت گیرد.

علاوه بر فتاوای برخی فقیهان در صدق انفال بر همه یا برخی از آب‌های عمومی، فتاوای برخی از علما که مالکیت خصوصی را از برخی آب‌ها نفی کرده است، می‌توانند زمینه دخالت دولت در استفاده بهینه از آب‌های سطحی و غیر سطحی را فراهم کنند. مانند فتوای شهید صدر در عدم ملکیت آب چاه یا فتوای آیت‌الله فیاض درباره عدم ملکیت آب در زمین مفتوح العنوه و فتوای شیخ طوسی بر عدم ملکیت آب در نهر احداث شده در زمین موات و فتوای شیخ طوسی و ابن جنید بر وجوب بذل در اضافات آب چاه.

۲- تحلیل فقهی قوانین توزیع آب در ایران

پیش از انقلاب اسلامی

پیش از ایجاد نهاد دولت مدرن در ایران، هر فردی می‌توانست برای استحصال آب‌های مهارنشده سطحی و زیرزمینی با حفر قنات و چاه یا احداث کانال، سرمایه‌گذاری کند و مالک آب باشد. قواعد و ساز و کارهای عرفی نیز پشتوانه مالکیت افراد بر منابع آبی بود. همچنین احکام فقهی با قواعدی همچون حیات مباحات و جلوگیری از اخلاص در مالکیت، بر مالکیت خصوصی منابع آب و حفاظت از این حقوق، صحه می‌گذاشتند.

اولین قانون مدرن در ایران که قواعدی را در ارتباط با شیوه مالکیت و بهره‌برداری آب تعیین می‌کند، قانون مدنی سال ۱۳۰۷ است. این قانون با اقتباس از فقه امامیه و برداشت مستقیم از اجماع فقه‌ها، آب را جزء مباحات دانست و به اشخاص این اختیار را داد تا بر اساس ۴ قاعده حقوقی حیات مباحات، عقود و تعهدات، ارث و اخذ به شفعه، به مالکیت خصوصی بر منابع آب دست یابند.

به تدریج با ایجاد مسائل زیست‌محیطی ناشی از کمبود آب، لزوم ایجاد ساز و کارهای قانون‌گذاری رسمی برای حفاظت از منابع آب احساس شد و میزان دخالت و ورود دولت به مدیریت آب افزایش یافت. بر این منوال در سال ۱۳۴۷ با تصویب «قانون

آب و نحوه ملی شدن آن»، کلیه آب‌های جاری در رودخانه‌ها و انهار طبیعی و دره‌ها و جویبارها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و همچنین سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی، ثروت ملی و متعلق به عموم مردم محسوب شد و مسئولیت حفظ و بهره‌برداری این ثروت ملی و احداث و اداره تأسیسات توسعه منابع آب به دولت و به طور خاص، وزارت آب و برق محول شد.

با تصویب این قانون و ملی شدن آب، مبنای بهره‌مندی از آن در یک چارچوب جدید با نظارت مستقیم دولت طرح‌ریزی شد و نحوه استفاده و انتفاع از آب دچار تغییر و تحول گشت. این امر علاوه بر آنکه مالکیت منابع آب را از حالت خصوصی خارج نمود، به علت ملی بودن آب، دولت را به عنوان نماینده جامعه، متکفل امر ساماندهی بهره‌برداری از آب‌های مختلف کشور ساخت.

حضور دولت برای نظارت بر بهره‌برداری از منابع آب به این ترتیب بود برای کسب اجازه مصرف و بهره‌برداری از آب، ارائه پروانه به حقاب‌داران مجاز گذشته و متقاضیان واجد شرایط، لازم شد. اجازه مصرف حقیقی است که به منظور استفاده مفید و معقول از آب با رعایت مقررات پیش‌بینی شده در این قانون از طریق صدور پروانه به اشخاص حقیقی یا حقوقی واگذار می‌شود. وزارت آب و برق یا سازمان‌ها و شرکت‌های تابعه پس از کسب اطلاعات و رسیدگی به درخواست مربوط به مصرف آب و صدور پروانه و اخذ تعهد لازم، پروانه مصرف آب را با رعایت حق تقدم، صادر می‌کند. کسانی که بر اساس اسناد حقوقی و رسمی، برداشت‌کننده آب بوده‌اند، حقاب‌دار دانسته می‌شوند و این قانون دولت را ملزم به اعطای پروانه به آن‌ها می‌کند. اما از آنجا که قید مصرف مفید برای تمامی مصارف آب در نظر گرفته می‌شود، پروانه صادره به میزان مصرفی بود که از نظر دولت مفید دانسته می‌شد. اجرای این بخش از قانون و صدور پروانه‌های مصرف مفید بر عهده هیئت‌های سه‌نفره‌ای است که وزارت آب و برق وظیفه تشکیل آن‌ها را در هر ناحیه یا منطقه داشته‌اند.

طبق «قانون آب و نحوه ملی شدن آن» (مصوب ۱۳۴۷)، دولت تعهدی برای پذیرش کامل حقوق آب گذشته و حفظ میزان آب‌دهی منبع آبی ندارد و میزان مصرف را با قید مصرف مفید، می‌پذیرد که ممکن است کمتر از حجم آب حیات شده گذشته باشد. در بخش‌هایی دیگر از این قانون، اجازه مصرف تحت عنوان میزان مصرف مفید تحت شرایط زمان و مکان (با توجه به احتیاجات مصرف‌کننده و احتیاجات عمومی و امکانات) طبق مقررات این قانون تعیین شده‌است و مصرف

مفید با تغییر روش‌های علمی و فنی قابل تجدید نظر است. وزارت آب و برق مکلف است با توجه به اطلاعاتی که وزارت کشاورزی در مورد مصرف آب هر یک از محصولات کشاورزی در اختیار وزارت آب و برق قرار می‌دهد تدریجاً میزان اجازه مصرف آب را در هر ناحیه با توجه به نوع محصول، نوع خاک، کیفیت اقلیمی تعیین و اعلام دارد.

پس از انقلاب اسلامی

پس از انقلاب اسلامی، در اصل ۴۵ قانون اساسی به مالکیت منابع آبی اشاره شد: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث، و اموال مجهول المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.»

طبق این اصل، منابع آبی شامل دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی جز انفال و دارایی‌های امام معصوم محسوب می‌شود و اختیار اداره آن به دست ولی فقیه و حکومت اسلامی است و لذا ملک خصوصی افراد نبوده و قابل تملک خصوصی نیز به‌شمار نمی‌آیند.

در سال ۱۳۶۱ «قانون توزیع عادلانه آب» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. در طرح قانون توزیع عادلانه آب، مصوب جلسات ۱۳۶۱/۳/۱۷ و ۱۳۶۱/۷/۱۳ مجلس شورای اسلامی، ابتدائاً در ماده ۱، مستند به اصل ۴۵ قانون اساسی، آب دریاها و رودخانه‌ها و... از زمره انفال شمرده شدند. اما شورای نگهبان در راستای تطبیق قانون توزیع عادلانه آب با شرع اسلام، به تبیین اصل ۴۵ قانون اساسی پرداخت و آب را که در متن قانون اساسی تحت عنوان مجمل «انفال و ثروت‌های عمومی» قرار گرفته بود، نه از انفال بلکه از مشترکات محسوب کرد. تفاوت مهم انفال با مباحات عامه و مشترکات عمومی آن است که در انفال، برخلاف مباحات، اصل بر جایز نبودن تصرف افراد است، مگر آن‌که اجازه عام یا خاص داده شود.

به این ترتیب، ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب، مصوب سال ۱۳۶۱، آب‌های دریاها و آب‌های جاری در رودها و انهار طبیعی و دره‌ها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی را مشترکات و در اختیار حکومت اسلامی

انتخاب شورای محل است. حضور یک رأی از سه رأی در اختیار وزارت نیرو در حالی است که وظیفه تخصیص و اجازه بهره‌برداری بر عهده این وزارتخانه قرار گرفته‌است.

بر اساس ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی نحوه صدور پروانه مصرف معقول موضوع ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب، وظیفه صدور پروانه مصرف معقول برای مصارف آب سطحی به وزارت کشاورزی سپرده شده‌است. پیش از تصویب قانون توزیع عادلانه آب نیز طبق لایحه قانونی راجع به تغییرات وظایف وزارت نیرو مصوب سال ۱۳۵۹، وظیفه اداره آب شرب شهرها به استانداری و شهرداری سپرده شده‌است و اداره آبیاری و تشکیلات مربوط به رودخانه‌ها (حق آب‌ها) نیز به وزارت کشاورزی و عمران روستایی یا استانداری ذی‌ربط منتقل گردیده‌است تا میزان حقا به رسیدگی به شکایات حقا به بر آن رودخانه‌ها تحت سرپرستی ادارات مربوط و خودیاری مردم انجام شود.

لازم به ذکر است که از زمان تصویب قانون توزیع عادلانه آب، مصارف شرب اولویت اول را برای سیاستگذاران داشته و در این زمان تأمین آب برای توسعه کشاورزی نسبت به توسعه صنعت از اولویت بالاتری برخوردار بوده‌است و اولویت پروانه‌های مصرف معقول با رعایت حق تقدم به ترتیب برای مصارف زیر ذکر شده‌است:

- آب مشروب؛
- آب باغ‌های موجود در تاریخ تصویب این آئین‌نامه (درختان مثمر و صنعتی)؛
- آب زراعتی و دامپروری؛
- آب مصارف صنعتی؛
- سایر مصارف.

پیشنهاد فقهی برای برون رفت از بحران مدیریت آب‌ها

اتخاذ رویکرد فقهی جهت تسهیل اداره امور و تنظیم‌گری در حوزه تملک آب‌ها توسط دولت اسلامی ضروری است. از این رو پیشنهاد می‌شود که هر چند اکثر فقیهان آب را جزء مشترکات دانسته‌اند، اما به منظور ایجاد ظرفیت بهتر برای اداره آب‌ها از سوی دولت، تمام آب رودخانه‌ها همان طور که در قانون اساسی اشاره شده است، جزء انفال دانسته شود و به این منظور، به عموم ادله فقهی مبنی بر اختصاص تمام اموال به شخص امام(ع) تمسک گردد. انفال دانستن آب‌های عمومی از یک سو مغایرت قوانین اجرایی و قانون اساسی درباره ماهیت آب‌ها را از میان می‌برد و از سوی دیگر، امکان تحدید آب حیات‌کنندگانی که مصرف بی‌رویه دارند یا از فروش منابع طبیعی سودجویی می‌کنند را به وجود می‌آورد.

دانسته است که باید طبق مصالح عامه از آن‌ها بهره‌برداری شود و مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت به بهره‌برداری از آن‌ها به دولت محول می‌شود.

برای برخی این ابهام پیش آمد که آیا منظور از این قید آن است که چنین اموالی نظیر آب‌های جاری باید تحت نظارت حکومت اسلامی درآیند یا فراتر از آن، مالکیت این آب‌ها به حکومت اسلامی واگذار می‌شود؟ آیا حکومت اسلامی در چارچوب مالکیت‌های مشروع گذشته، بر شیوه بهره‌برداری از آب‌ها نظارت می‌نماید یا اختیارات حکومت اسلامی به معنای سلب مالکیت از آب‌های حیات شده است؟

در پاسخ به این پرسش‌ها، گفته شد که دین اسلام و قوانین اساسی ایران، هر نوع سلب مالکیت از اشخاص را منوط به اثبات کسب نامشروع مال در دادگاه صالحه می‌دانند، بنابراین قوانین موضوعه در جمهوری اسلامی ایران نمی‌توانند سلب مالکیت از افراد نسبت به مال مشروع خود را در اختیار و به تشخیص مجریان قانون وا بگذارد.

در قانون توزیع عادلانه آب (مصوب ۱۳۶۱) تخصیص و اجازه بهره‌برداری از منابع عمومی آب برای مصارف شرب، کشاورزی، صنعت و سایر موارد، منحصرأ با وزارت نیرو دانسته شده‌است که باید بهره‌برداری از آن طبق مصالح عامه باشد. عنوان مصالح عامه بسیار کلی و عمومی است و در عبارات قانونی فاقد تعریف روشن است و باعث تفسیرهای شخصی از قانون شده‌است. در آئین‌نامه‌های اجرایی نیز این عبارت تعریف نشده‌است و مشخص نیست آیا لازم است که در سایر قوانین، مصادیق مصالح عامه ذکر شود یا اینکه منظور این است که دولت با تدابیر ویژه خود اقداماتی را به انجام رساند که در نهایت هدف آن‌ها تأمین مصالح عامه باشد؛ هرچند که محتمل است در پاره‌ای مواقع در کوتاه‌مدت، مصالح عمومی در معرض تعدی و تفریط دولت نیز قرار گیرد.

در قانون توزیع عادلانه آب (مصوب ۱۳۶۱) نیز همانند قانون آب و نحوه ملی شدن آن (مصوب ۱۳۴۷) هیئت سه نفره برای صدور پروانه مصرف معقول پیش‌بینی شده‌است. با این تفاوت که در قانون آب و نحوه ملی شدن دو کارشناس از طرف وزارت آب و برق در هیئت سه نفره حضور داشت و این هیئت وظیفه صدور پروانه مصرف مفید برای کلیه منابع آبی را بر عهده داشت، اما طبق قانون توزیع عادلانه آب، هیئت‌های سه نفری تنها وظیفه صدور پروانه مصرف معقول برای مصارف آب سطحی را دارند و اعضای آن مرکب از یک نفر کارشناس حقوقی به انتخاب وزارت نیرو و یک نفر کارشناس فنی به انتخاب وزارت کشاورزی و یک نفر معتمد و مطلع محلی به

- خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۷). تحریر الوسيله (ج ۲)، ص، ۲۳۴، مسأله ۲۹. موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران. ایران.
- صدوق، محمد. (۱۳۷۱). من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۲۴۱، ح ۳۳۸۰. موسسه الانشر الاسلامی، قم، ایران.
- طوسی، محمد. (۱۳۴۸ الف). الاستبصار، ج ۳، ص ۱۰۸، ح ۳۸۲. دارالکتب الاسلامیه، تهران، ایران.
- طوسی، محمد. (۱۳۴۸ ب). الاستبصار، ج ۳، ص ۱۱۰، ح ۳۹۰. دارالکتب الاسلامیه، تهران، ایران.
- طوسی، محمد. (۱۳۶۵ الف). التهذيب. ج ۷، ص ۱۴۸، ح ۶۵۵. دارالکتب الاسلامیه، تهران، ایران.
- طوسی، محمد. (۱۳۶۵ ب). الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۶. انتشارات اسلامی. قم، ایران.
- عاملی، حرّ. (۱۳۷۰ الف). وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل
- الشرعیه، ج ۶، ص ۱۸. انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، قم، ایران.
- عاملی، حرّ. (۱۳۷۰ ب). وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشرعیه، ج ۱۷، ص ۳۶۴، ح ۲. انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، قم، ایران.
- کلینی، محمد. (۱۳۶۵ الف). الکافی، ج ۵، ص ۲۷۹. دارالکتب الاسلامیه، تهران، ایران.
- کلینی، محمد. (۱۳۶۵ ب). الکافی، ج ۷، ص ۲۷۳. دارالکتب الاسلامیه، تهران، ایران.
- مجلس شورای اسلامی. (۱۳۶۱). قانون توزیع عادلانه آب. تهران، ایران.
- مجلس شورای ملی. (۱۳۴۷). قانون آب و نحوه ملی شدن آن. تهران، ایران.
- محمدی ری شهری، محمد. (۱۳۸۶). میزان الحکمه، ح ۹۶۳۴. موسسه علمی فرهنگی دارالحديث. قم. ایران.