

جایگاه قاعده لاضرر در تحقق مسئولیت نسبت به آب خوان ها^۱

نعمت‌الله دالوند^۲

امان‌الله علیمرادی^۳

محمدعلی حیدری^۴

چکیده

آب‌خوان‌ها از آن جهت که منشأ تغذیه منابع آب‌اند، دارای اهمیت ویژه‌ای هستند و مدیریت و بهره‌برداری صحیح از منابع آب، در پایداری آن‌ها تأثیرگذار است. در این میان، عواملی همچون؛ برداشت بی‌رویه آب، آلوده کردن منابع آب زیرزمینی و ... موجب پدید آمدن مشکلاتی؛ مانند: خشک شدن، آلودگی، نقصان و اُفت آب‌خوان‌ها گردیده است. این پژوهش با هدف تبیین «جایگاه قاعده لاضرر در تحقق مسئولیت نسبت به آب‌خوان‌ها» و با روش کتابخانه‌ای و تحلیلی از طریق مطالعه منابع معتبر فقهی انجام شده است. از این رو،

جایگاه قاعده لاضرر
در تحقق مسئولیت
نسبت به آب‌خوان‌ها
۳۳

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۵/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۰۹

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (متخذ از رساله دکترا) رایانامه: n_dalvand1979@yahoo.com

۳. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی کرمان؛ (نویسنده مسئول). رایانامه: alimoradi479@yahoo.com

۴. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی نجف‌آباد. رایانامه: ma1.heidari@yahoo.com

نگارندگان با تمسک به قاعده «لاضرر» ضمن بیان احکام و مسئولیت‌های ناشی از ضررهای وارده به آب‌خوان‌ها، از بین دیدگاه‌های مطرح، دیدگاه «نفی حکم ضرری» را در قالب دیدگاهی جامع و دربرگیرنده حکم تکلیفی و حکم وضعی، به عنوان یافته این پژوهش ارائه می‌دهند. بر این اساس، فعل و ترک فعل‌هایی که موجب خسارت به آب‌خوان‌ها می‌گردد حرام و مشمول حکم وضعی ضمان می‌باشد و این قاعده ضمن دارا بودن نقش سازندگی و اثباتی، خسارت‌های ناشی از عدم حکم را نیز در برمی‌گیرد.

کلید واژه‌ها: قاعده لا ضرر، آب‌خوان‌ها، حکم تکلیفی آب‌خوان‌ها، حکم وضعی آب‌خوان‌ها.

مقدمه

در کشور ایران شرایط اقلیمی به گونه‌ای است که حتی در پر باران‌ترین دشت‌های آن، نیاز به آب زیرزمینی احساس می‌شود و هر سال به تعداد چاه‌های عمیق و نیمه عمیق در آن‌ها افزوده می‌شود. این مسئله موجب افت سطح آب زیرزمینی در بسیاری از دشت‌های کشور گردیده است (خلفی و اسدیان، ۱۳۸۰، ۱). با عنایت به این که بهره‌برداری مازاد بر پتانسیل منابع آب، افت سطح سفره‌های زیرزمینی را به دنبال دارد، این امر از سویی موجب نشست زمین شده و از طرفی دیگر، سبب هجوم آب شور و تنزل کیفیت آب‌خوان‌ها شده است که در نتیجه خسارات جبران‌ناپذیری را برای کشاورزی، دامپروری، صنعت، محیط‌زیست و سایر حوزه‌های مرتبط با آب را به دنبال دارد. بیشتر منابع آب یا در مالکیت اشخاص قرار دارند و یا تنها دارای مجوز بهره‌برداری از سازمان آب منطقه‌ای می‌باشند، این اشخاص بیشتر به نیاز خود، در مصرف آب توجه دارند، بدون این که به مدیریت صحیح در مصرف آب و شرایط حاکم بر سفره‌های زیرزمینی - که منشأ و محل تغذیه منابع آب هستند - توجهی ویژه داشته باشند.

از جهتی، قانون‌گذار فقط در ماده ۲ قانون حفظ و حراست از منابع آب‌های زیرزمینی مصوب ۱۳۴۵ برای تقویت سفره‌های زیرزمینی، حفر چاه عمیق و نیمه عمیق را برای مدت زمان مشخصی ممنوع می‌کند، بدون این که خسارت‌های وارده

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هفتم

تابستان ۱۳۹۶

۳۴

به سفره‌های زیرزمینی و جبران آن‌ها را به‌طور خاص در نظر بگیرد که این امر (خلاً قانونی) نیز مسائل حوزه آب‌خوان‌ها را دشوار کرده است. این مشکلات ما را بر آن داشت تا جایگاه قاعده لاضرر در تحقق مسئولیت نسبت به آب‌خوان‌ها را تبیین و بررسی نماییم.

روش تحقیق در این پژوهش این‌گونه است که مطالب از طریق مطالعه منابع معتبر فقهی، استخراج شده و سپس با توجه به موضوع مقاله برای همسان‌سازی و ارتباط مطالب با یکدیگر از روشی تحلیلی بهره گرفته شده است.

پیرامون حقوق آب، مالکیت آب‌های عمومی و مبانی نظری مالکیت منابع آبی تحقیقاتی صورت گرفته است (بشیری و دیگران، ۱۳۹۴، ۱۰۳). اما تحقیقی با موضوع جایگاه قاعده لاضرر در تحقق مسئولیت نسبت به آب‌خوان‌ها یافت نشد. آنچه در فصل هفتم کتاب نظام حاکم بر حقوق کاربردی آب، با عنوان «جبران خسارت به اشخاص ناشی از نقصان، کاهش، خشک و مسلوب المنفعة شدن منابع آبی» آورده شده، اشاره‌ای گذرا و کلی به قاعده لاضرر کرده است. در این نظام حقوقی و مذهبی صاحب حق (اعم از دولت و غیر آن) در اضرار به دیگران آزاد نبوده و رعایت قاعده، مانع از سوء استفاده صاحب حق در اعمال حق خویش گردیده است (بشیری و دیگران، ۱۳۹۴، ۴۹۷).

پیش‌فرض‌های در نظر گرفته شده عبارت‌اند از: اولاً؛ حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی ضمان در حوزه مسائل آب‌خوان‌ها از قاعده لاضرر به‌دست می‌آید. ثانیاً؛ خلأهای قانونی و ترک اعمالی که به آب‌خوان‌ها آسیب می‌رساند. با تمسک به قاعده لاضرر، می‌توان حکم ضمان را وضع کرد. ثالثاً؛ قاعده لاضرر، اختیارات مالکان و متصرفان منابع آب زیرزمینی را محدود می‌کند.

۱. مفهوم، آسیب‌شناسی و اهمیت آب‌خوان‌ها

آب‌خوان، قسمتی از پوسته زمین است که سوراخ‌ها یا خِلَل و فُرَج سنگ‌های آن از آب مملو و اشباع شده باشد. معمولاً منافذ و سوراخ‌های سنگ‌ها بر اثر بارندگی‌های ممتد از آب پُر شده و با رسیدن به سطح غیرقابل تراوشی؛ مانند سنگ‌های رُسی در

همان‌جا متوقف می‌گردد (جعفری، ۱۳۶۳، ۷۹) که با حفر چاه‌های عمیق یا نیمه عمیق و قنات، قابل بهره‌برداری می‌باشند. بدیهی است با خارج شدن آب از طریق چاه‌ها، سطح آب‌های زیرزمینی، افت نموده و پایین می‌رود.

شناخت آسیب‌ها و مشکلاتی که برای آب‌خوان‌ها ایجاد می‌شود، در تحلیل مسئولیت عامل زیان و وضع قوانین بر مبنای قاعده لا ضرر نقش به‌سزایی دارد، از این رو، بر اساس بررسی‌های انجام‌شده، عوامل گوناگونی می‌تواند آب‌خوان‌ها را در معرض آسیب جدی قرار دهند؛ که به مهم‌ترین آن‌ها به اختصار اشاره می‌شود:

- برداشت بی‌رویه و خارج از توانایی تغذیه طبیعی آب‌خوان‌ها (سعادت و ذاکری، ۱۳۹۱، ۱۵۳).

- آلوده کردن سفره‌های زیرزمینی که برخلاف رودخانه‌ها بیشتر بدون بازگشت است؛ چراکه نوسازی آب در اعماق زمین در مقایسه با آب‌های سطحی بسیار کند صورت می‌گیرد (سامشوار سینگ، ۱۳۸۴، ۱۴۲).

- عدم استفاده از الگوی کشت متناسب با اقلیم، خاک و توزیع بارش.

- حفر چاه‌های عمیق و نیمه عمیق بدون مجوز و بهره‌برداری غیرمجاز از آن‌ها.

اهمیت آب‌خوان‌ها از این جهت است که خداوند آن‌ها را مایه حیات و بقای زندگی قرار داده است و متعلق به نسل خاصی نیست تا بهره‌برداری از آن‌ها نامحدود باشد، بلکه مردم باید در هر دوره‌ای در برابر آن‌ها احساس مسئولیت داشته باشند. مدیریت صحیح منابع آب زیرزمینی، زمینه ماندگاری آب‌خوان‌ها و رفاه عمومی مردم را به دنبال دارد و استفاده ناصحیح از آن‌ها زمینه افت آب‌خوان‌ها، شورشیدن آب‌ها و مشکلات دیگری را فراهم می‌کند. دین اسلام نیز در مورد اهمیت اموالی که در اختیار مسلمانان است غفلت نورزیده است؛ در این خصوص امام صادق علیه السلام می‌فرماید: «إِنَّ مِنْ فَنَاءِ الْإِسْلَامِ وَ فَنَاءِ الْمُسْلِمِينَ أَنْ تَصِيرَ الْأَمْوَالُ فِي أَيْدِي مَنْ لَا يَعْرِفُ فِيهَا الْحَقَّ وَ لَا يَصْنَعُ فِيهَا الْمَعْرُوفَ» (فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ۱۰/۴۴۷). از این روایت چنین استفاده می‌شود: هرگاه اموال، از جمله منابع آب و آب‌خوان‌ها به‌عنوان کالا و سرمایه‌ای ارزشمند، در اختیار و تصرف اشخاصی باشند که حقوق آن‌ها را رعایت نکنند و در راه‌های معقول و معروفی به مصرف نرسانند، منجر به نابودی دین اسلام و مسلمانان می‌گردد.

یکی دیگر از مفسران در ذیل آیه ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ (نساء/۵). در اهمیت اموال و ثروت‌های عمومی آورده است: از اینکه اموال ایتم را به اولیای ایتم (که مخاطب این آیه می‌باشند) نسبت داده، به این جهت بوده است که مجموع اموال و ثروت‌هایی که در روی کره زمین و زیر آن و بالاخره در دنیا وجود دارد، متعلق به عموم ساکنان این کره است و اگر بعضی از این اموال مختص به بعضی از ساکنان زمین و بعضی دیگر متعلق به بعضی دیگر هست، از جهت اصلاح وضع عمومی بشر است که مبتنی بر اصل مالکیت و اختصاص است و چون چنین است، لازم است مردم این حقیقت را تحقق دهند و بدانند که عموم بشر جامعه‌ای واحدند که تمامی اموال دنیا متعلق به این جامعه است و بر تک‌تک افراد بشر واجب است این مال را حفظ نموده و از هدر رفتن آن جلوگیری کنند (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۱۷۰/۴).

مطابق این بیان، رعایت عدالت و حقوق عمومی در توزیع منافع آب‌خوان‌ها ایجاد می‌کند که دولت نوعی کنترل و نظارت را بر کیفیت، حیازت، تملک، مقدار و میزان بهره‌برداری از منابع آبی اعمال نموده تا آب‌خوان‌ها و سفره‌های زیرزمینی در معرض آسیب قرار نگیرند.

قانون‌گذار در مقررات گوناگونی اجازه حیازت مباحات، بدون رعایت ضوابط خاص را نمی‌دهد. به‌عنوان مثال، آب‌ها را نمی‌توان بدون کسب پروانه و پرداخت حق انشعاب، حیازت کرد. اراضی موات را نمی‌توان بدون کسب اجازه از سازمان مربوطه احیا نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۷۱)؛ زیرا این امر، به‌خاطر آن است که مردم در ثروت‌های عمومی؛ مانند: اراضی موات، منابع آب، آب‌خوان‌ها و سایر موارد مشابه سهیم‌اند.

۲. قاعده لاضرر و مسئولیت مرتبط با آب‌خوان‌ها

قاعده لاضرر در میان قواعد فقهی، از قلمرو وسیعی از نظام قانون‌گذاری اسلام برخوردار است؛ چراکه کاربرد این قاعده، ریشه در صدر اسلام دارد و از زمان پیامبر ﷺ به‌طور مستمر در فقه متقدمان تا معاصران، منشأ نفی احکام ضرری

واقع شده است. قاعده لاضرر از سوی ادله چهارگانه پشتیبانی می‌شود؛ علاوه بر آن، دلیل عقل نیز با قوتی بیشتر، مستقلاً بر نفی ضرر دلالت دارد، به بیان دیگر، مدلول این قاعده جزو مستقلات عقلیه است، اما درباره مدارک قاعده لاضرر در کتاب‌های فقهی بحث‌های مبسوطی انجام شده است؛ از جمله این مدارک، روایتی است که به قضیه سمرة بن جندب اشاره دارد. در این بخش از نوشتار، ابتدا مفهوم ضرر و ضرار آورده می‌شود و پس از بیان و ارزیابی دیدگاه‌های مهم در مورد مفاد قاعده لاضرر، دیدگاه نفی حکم ضرری که ثمره‌های علمی و عملی فراوانی در حوزه آسیب‌های وارده به آب‌خوان‌ها دارد، تطبیق داده می‌شود و در ادامه، به قلمرو این قاعده نسبت به امور عدمی در بحث آب‌خوان‌ها پرداخته می‌شود.

۲-۱. مفهوم ضرر و ضرار

واژه ضرر، بر اساس کاربردهایی که در کتاب‌های لغت وارد شده در مقابل نفع (ابن منظور، ۱۴۰۵، ۴/۴۸۴)، فقر و سختی (فیومی، ۱۴۱۴، ۲/۳۶۰)، و نقص در حق است (ابن اثیر، ۱۳۱۱، ۳/۸۱). اختلاف نظر بین اهل لغت، به علت به کارگیری‌های گوناگون کلمه ضرر امری طبیعی است؛ ولی این اختلاف به فقه نیز سرایت کرده و موجب اختلاف آرای فقهی شده است (محقق داماد، ۱۳۸۲، ۱۳۸). نراقی معتقد است ضرر، خلاف نفع است و به حکم عرف و لغت، اگر ضرر مال باشد؛ به معنای تلف چیزی از مال خود شخص یا از مال فرد دیگری است، بدون آن که منعفت یا عوض برای آن منظور شده باشد (نراقی، ۱۴۱۷، ۴۹). از نظر نائینی ضرر عبارت است از؛ هر نقصانی در مال یا آبرو یا جان فرد دیگر؛ ولی در مورد نفس و مال، کلمه «ضرر» به کار برده می‌شود (نائینی، ۱۳۷۳، ۲).

اگرچه درباره معنای ضرر میان لغویان و فقها دیدگاه‌های متفاوتی بروز کرده است، ولی به طور کلی پذیرفتنی است که ضرر در مورد نقصان در مال نیز به کار می‌رود و آسیب‌های حاصل در آب‌خوان‌ها نیز به این مقوله مربوط می‌شود. کلمه ضرار بر وزن فعال، مصدر باب مفاعله است؛ باب مفاعله، دلالت بر اعمال طرفینی می‌کند. پس ضرر که مصدر باب مفاعله است، مبین امکان ورود ضرر به دو جانب است، برخلاف

ضرر که همیشه از یک طرف به طرف دیگر وارد می‌شود.

کلمه ضرار مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوء استفاده از حق» تعبیر می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۲، ۱/۱۴۱).

به کار بردن اصطلاح «سوء استفاده از حق» برای کلمه ضرار، در بحث آب‌خوان‌ها تعبیر مناسبی است؛ زیرا بخشی از خسارت‌های وارده به آب‌خوان‌ها ناشی از حقوقی است که مالکان یا متصرفان در منابع آب زیرزمینی دارند و به استناد حق مالکیت و تصرف، زمینه سوء استفاده از آن‌ها را فراهم نموده و به دنبال آن، آب‌خوان‌ها نیز، در معرض آسیب قرار می‌گیرند.

۲-۲. دلالت و مفاد فقهی قاعده لا ضرر

فقه‌ها بحث خود در مورد معنای قاعده لا ضرر را بر تفسیر عبارت «لا ضرر و لا ضرار» متمرکز نموده‌اند. از آن‌جا که «لا» در این عبارت، لای نفی جنس است، معنای حقیقی این عبارت این است که طبیعت ضرر وجود ندارد و چون این معنا، به سبب وجود ضررهای فراوان در عالم واقع، نمی‌تواند قابل قبول باشد، حقوق‌دانان اسلامی از طرق مختلف به توجیه و تفسیر عبارت یادشده پرداخته‌اند (موسوی، ۱۳۷۸، ۱۲۱). بیشتر این تفاسیر، ثمره‌های ویژه‌ای در بحث آب‌خوان‌ها دارند؛ اساسی‌ترین و مهم‌ترین نظریه‌هایی که در این زمینه وجود دارد، چهار نظریه است. البته از سوی بعضی از فقهای معاصر، نظریه‌های دیگری نیز مطرح شده که در میان بحث به آن‌ها اشاره می‌گردد:

۱- اراده نهی از نفی: برخی از فقهای متقدم امامیه (نجفی، ۱۴۰۴، ۲/۲۳۷) و بیشتر فقهای اهل سنت، عقیده دارند که مدلول حدیث لا ضرر حکم تکلیفی است نه وضعی؛ به این معنا که ضرر زدن افراد به یکدیگر حرام است؛ مثلاً کسی مجاز نیست دیوار خانه دیگری را خراب کند، و اگر چنین کاری کرد، صاحب دیوار نباید برای مقابله، دیوار خانه او را خراب کند (ابن‌اثیر، ۱۳۱۱، ۳/۸۱).

از جمله فقهای امامیه که طرفدار این نظریه بوده‌اند، شیخ الشریعه اصفهانی است

که به شکلی مبسوط، این نظر را بیان و در توجیه آن شواهدی از کتاب و سنت در مورد استعمال لای نفی جنس ذکر کرده است؛ از جمله: «... فَلَا رَفَّتَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» (بقره/۱۹۷) (و لا هجر بین المسلمین فوق ثلاثه ایام)؛ (لاغش بین المسلمین)، شیخ الشریعه نیز آورده است: پیشوایان سنت و خبرگان زبان نیز نه تنها بر این عقیده اند که از نفی، اراده نهی میسر است، بلکه احتمال خلاف آن را نمی دهند (شیخ الشریعه، ۱۴۰۷، ۴۰ و ۴۱).

کسانی که با این دیدگاه مخالفت کرده اند، دلیل خود را چنین بیان نموده اند که اولاً؛ معنای آیه ۱۹۷ از سوره بقره این است که در حج، فسق و فساد و جدال نیست، نه اینکه در حج فسق و فساد و جدال نکنید. بلکه لازمه این که شارع می گوید در حج، فسق و فساد و جدال نیست، نهی از این اعمال است (انصاری، ۱۲۸۱، ۳۷۲). ثانیاً؛ حمل جمله خبریه بر انشا، برخلاف ظاهر لفظ است که نیاز به قرینه صارفه دارد، درحالی که در این مقام قرینه ای وجود ندارد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۲۰/۱).

از جمله فقهایی که مبنای نظر شیخ الشریعه را در اراده نهی از نفی پذیرفته اند، امام خمینی علیه السلام است، با این تفاوت که مرحوم شیخ الشریعه، نهی را نهی الهی؛ یعنی قانونی و از احکام اولیه می داند؛ درحالی که امام خمینی «لا» را در مفهوم نهی، ولی در غیر احکام الهی می داند؛ یعنی نهی را ناشی از حکم الهی نمی دانند، بلکه این گونه نهی از اعمال رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم در مقام اجرا و حکومت که از احکام ثانویه است، تلقی می کنند (خمینی، بی تا، ۱۱۲/۳).

۲- نفی ضرر غیر متدارک: برخی عقیده دارند که «لا» در معنای اصلی خود استعمال شده؛ با این قید که ضرر در حدیث، ضرر متدارک و جبران نشده است؛ یعنی ضرر غیر متدارک در اسلام وجود ندارد. شارع با این حکم، افراد را ملزم به جبران می کند، لذا اضرار به غیر موجب ضمان است (مراغه ای، ۱۴۱۷، ۳۰۴/۱). بنابراین، اگر مالی از کسی تلف شود و در برابر آن از سوی شارع حکم به جبران آن نشود، این تلف مال، ضرر به حساب می آید. اما اگر حکم به جبران وجود داشته باشد، دیگر ضرری در کار نیست.

به این نظریه انتقاداتی وارد شده است؛ از جمله این که ضرر در صورتی می تواند

معدوم شود که در واقع و در عالم خارج جبران شده باشد و به صرف حکم شارع بر ضرورت جبران، آن ضرر معدوم فرض نمی‌شود (انصاری، بی تا، ۳۷۳؛ نائینی، ۱۳۷۳، ۲/۲۰۰). از طرفی ممکن است گفته شود؛ منظور از تدارک و جبران، اشتغال ذمه ضررزننده است؛ یعنی منظور، حکم وضعی، در اشتغال ذمه ضررزننده است؛ یعنی صرف این که ضرر واقع می‌شود، ضررزننده ذمه‌اش به جبران آن مشغول است، در این فرض بعضی از فقها اشکال کرده‌اند که اصولاً ضرر؛ مانند اتلاف از اسباب ضمان نیست و اگر صرف وقوع ضرر موجب اشتغال ذمه بر جبران باشد، باید قاعده دیگری به نام قاعده ضرر برای ضمان وجود می‌داشت (نائینی، ۱۳۷۳، ۲/۲۰۱).

۳- نفی حکم به لسان نفی موضوع: این نظر درباره مفهوم قاعده لا ضرر، نظر صاحب کفایه است. ایشان عقیده دارند که نفی در جمله «لا ضرر و لا ضرار» نفی حقیقی است، اما نه از باب نفی حکم به طور مستقیم، بلکه از باب نفی حکم، به لسان نفی موضوع؛ مانند: «لا شکَّ لکثیر الشکِّ و لا ربا بین الوالد و ولدِه» که در این دو جمله، هدف از نفی شک و نفی ربا، نفی اثر آن دو است به نفی موضوع آن‌ها؛ زیرا بدون شک، اخبار از نفی آن‌ها کذب محض است. در «لا ضرر و لا ضرار» نفی، نفی حقیقت است و چون شارع می‌تواند موضوع حکم خود را بردارد؛ معنا و مفهوم حدیث این است که موضوع ضرری در اسلام وجود ندارد؛ مثلاً: بیع غبنی یک موضوع ضرری است که در اسلام هیچ حکمی ندارد (آخوند، ۱۴۰۶، ۲/۲۶۸).

اشکالی که این نظریه دارد این است که نفی حکم به لسان نفی موضوع در موردی درست است که موضوع نفی شده، خود دارای حکم شرعی باشد. مثلاً: در مورد ربا که دارای حکم شرعی و حرمت است، نفی موضوع؛ یعنی نفی ربا که می‌تواند به معنای نفی حرمت تلقی گردد، اما در مورد ضرر، بی گمان چنین چیزی نیست و چنانچه برای ضرر حکمی شرعی فرض شود، آن حکم حرمت خواهد بود و اگر با نفی موضوع؛ یعنی نفی ضرر، حکم آن برداشته شود، به آن معناست که اضرار به غیر حرام نیست و بی شک، نتیجه نادرست است (موسوی، ۱۳۷۸، ۱۳۲).

۴- نفی حکم ضرری: بعضی عقیده دارند، هرگاه حکمی از شارع صادر گردد که مستلزم ضرر باشد یا از ناحیه جعل، ضرری بر بندگان وارد شود، خواه ضرر بر خود

مكلف باشد یا بر غیر او؛ مانند: وجوب وضو که از جهت وجوب، ضرر مالی یا بدنی بر مكلف حاصل شود و مانند: لزوم معامله در معامله غبنی که از سوی لزوم معامله بر مغبون ضرر وارد شود، ضرر برداشته می شود. براساس این دیدگاه، کلمه «لا» در معنای حقیقی خود به کار برده شده است؛ زیرا معنای حقیقی آن، نفی جنس مدخول خود به طور حقیقی است، نه ادعایی و تردیدی نیست در این که رفع حکم ضرری از سوی شارع، رفع حقیقی است؛ چرا که حکم ضرری تنها در عالم تشریح موجود است و فرض بر این است که طبق این دیدگاه، با این جمله، حکم ضرری دفع شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱/۲۱۷).

در قرون اخیر، تعدادی از فقهای نامدار؛ مانند: شیخ احمد نراقی در عوائد الایام و شیخ مرتضی انصاری در ملحقات مکاسب از این نظریه طرفداری کرده اند و پس از ایشان، بسیاری از فقهای دیگر نیز این مطلب را پذیرفته اند.

۲-۳. ارزیابی و نقد دیدگاه های اول، دوم و سوم در بحث حقوق آب خوان ها

از میان سه نظری که به طور مشروح بیان شد، دیدگاه مرحوم آخوند خراسانی؛ یعنی: «نفی حکم به لسان نفی موضوع» از نظر علمی و عملی و متابعت سایر عالمان، جایگاهی ندارد (بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ۲/۳۳۵). ایشان معنای ضرر و ضرار را یکی دانسته که از نظر فقها این معنا درست نیست (حسینی سیستانی، ۱۳۸۹، ۱۷۶). علاوه بر این، اگر در همه جا با نفی موضوع بخواهیم حکم را نفی بکنیم، ممکن نیست؛ زیرا در موردی که حکم آن حرمت است؛ مثلاً در موردی که فعلی؛ مانند: خودزنی و خودکشی که موجب ضرر جانی برای مکلف است و حکم آن حرام بوده، اگر گفته شود: حدیث لاضرر با نفی موضوع، نفی حکم کرده، پس در اینجا نیز باید از این فعل ضرری حرمت را رفع بکند و در نتیجه خودزنی و خودکشی با حدیث لاضرر و نفی حکم به لسان نفی موضوع، غیرحرام و جایز شود که مسلماً این معنی را کسی قبول ندارد (حسینی سیستانی، ۱۳۸۹، ۱۷۶). بنابراین، در بحث آب خوان ها از آن جهت که ابعاد گوناگونی دارد، نمی توان به این تفسیر تمسک کرد. اما دو دیدگاه دیگر، اگرچه از نظر علمی قابل توجیه اند، اما قاعده را محدود به جهت خاصی نموده اند که فقط

از آن جهت خاص در مورد حقوق آب خوان‌ها می‌توان به قاعده استناد کرد، در حالی که بیشتر مسائل این حوزه را نمی‌توان به کمک این گونه تفاسیر محدود دنبال کرد و اینک توضیح مطلب:

دیدگاه اول: این دیدگاه در مورد اراده نهی از نفی است که بعضی از علمای لغت و فقهای؛ مانند: شیخ الشریعة اصفهانی و امام خمینی علیه السلام طرفدار آن بودند که فقط می‌توان حکم تکلیفی حرمت را بر مصادیق افعالی که از آن‌ها، خسارت بر آب خوان‌ها وارد می‌گردد، بر این دیدگاه منطبق نمود، به این صورت که اولاً؛ اضرار به آب خوان‌ها، در اشکالی مانند استفاده بی‌رویه از منابع آب زیرزمینی و آلوده کردن آن‌ها، از نوع ضررهای عمومی است که در نتیجه حیات نوع بشر را دستخوش آسیب جدی قرار می‌دهند، از این رو، چنین مواردی از مصادیق «ضرر فاحش» قرار می‌گیرند که شارع راضی به انجام آن‌ها نیست. ثانیاً؛ شیخ الشریعه عقیده دارد که ذهن‌های خالی پیش از آن‌که با معنای نفی حکم وضعی آشنا شوند، از این حیث چیزی متوجه نمی‌شوند، مگر نهی تکلیفی را (شیخ الشریعه، ۱۴۰۷، ۴۰ و ۴۱). پس در مواجهه با ضررهایی که از سوی اشخاص به منابع آب‌های زیرزمینی وارد می‌شود، معنای ممنوعیت و حرمت را به ذهن تبادر می‌کند.

مطابق این تفسیر، در تأیید این سخن که زیان‌های وارده به سفره‌های زیرزمینی ممنوع و حرام است، می‌توان به مطلبی که یکی از نویسندگان در مبحث لا ضرر در ذیل حدیث: «لا حمی فی الاسلام» آورده است، اشاره کرد: در اسلام قرق نیست، منظور از «حمی» این است که شخص یا قبیله‌ای چراگاه یا مرتعی را مخصوص خودشان کنند و از چرای دام دیگران جلوگیری نمایند و این وضعیتی بود که متضمن تحریم بود (حسینی سیستانی، ۱۳۸۹، ۱۵۶).

بر این اساس، هرگاه کسی به این دلیل که منابع زیرزمینی به وی اختصاص دارد و از آن‌ها استفاده بی‌رویه نماید، همین امر موجب شود که دیگران از منافع آب‌های زیرزمینی محروم گردند، بنابر وحدت ملاکی که این مسئله با موضوع روایت دارد، متضمن حکم تکلیفی حرمت خواهد بود.

همان‌گونه که بیان شد، از نظر امام خمینی علیه السلام مراد از نهی در «لا ضرر» نهی

حکومتی است (خمينی، بی تا، ۱۱۲/۳). مطابق این دیدگاه، ولی فقیه به عنوان حاکم بر مسلمانان و رهبر و زمامدار آنها در مقام حکمرانی، می تواند مردم تحت امر خود را که در منابع آب تصرف دارند، از ایراد خسارت نهی کند، در این صورت نهی وی، نهی حکومتی است که دلالت بر حرمت دارد.

دیدگاه اراده نهی از نفی از این جهت که قاعده لاضرر را محدود به حکم تکلیفی می کند، مدلول اش این است که «ضرر زدن از نظر اسلام حرام است»؛ صرف نظر از اشکالاتی که این تفسیر دارد، کبرای کلی، فقط از جهت حکم تکلیفی بر مصادیق گوناگونی از جمله ضرر رساندن به منابع آب و سفره های زیرزمینی است در حالی که با این تفسیر بسیاری از مسائل حوزه آب خوانها؛ مانند احکامی که از وجود آنها به سفره های زیرزمینی ضرر وارد می گردد، مشمول قاعده نمی شوند؛ علاوه بر این، با این تفسیر ضررهایی که از عدم حکم به آب خوانها وارد می شود، قابل توجیه نیست.

دیدگاه دوم: نفی ضرر غیر متدارک؛ دیدگاه برخی از فقها بود که اعتقاد داشتند، ضرر جبران نشده ای در اسلام تجویز نشده است و شارع با این حکم، افراد را ملزم به جبران ضرر نموده است؛ یعنی هر کس به دیگری ضرری وارد کند باید آن را جبران نماید. طبق این دیدگاه، در صورتی که از سوی اشخاص - اعم از حقیقی یا حقوقی - به سفره های زیرزمینی خسارت وارد گردد و در این راستا فرد یا افرادی متضرر گردند، شارع با این حکم، افراد را ملزم به جبران ضرر می نماید و در اصطلاح گفته می شود: ضرر غیر متدارک و جبران نشدنی در اسلام وجود ندارد.

این دیدگاه، اگرچه در بدو امر منطبق بر ضوابط مسئولیت مدنی است (بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ۲/۳۰۴)؛ اما نسبت به ضرری که واقع می شود به صرف حکم شارع، بر ضرورت جبران و تدارک ضرر، آن ضرر نازل منزله معدوم فرض نمی شود. مطابق این دیدگاه، ضرری که به سفره های آب زیرزمینی وارد می شود در صورتی می تواند مانند معدوم فرض شود که جبران آن بالفعل باشد؛ یعنی به محض وارد شدن ضرر به سفره های زیرزمینی، جبران آن نیز انجام پذیرد. این در حالی است که بین وقوع ضرر و جبران آن فاصله وجود دارد که در این صورت، بین وقوع ضرر

و جبران ضرر، ضرر وجود دارد، ولی اگر مطابق این تفسیر بگوییم: حدیث لاضرر رفع ماهیت ضرر می‌کند، این ادعا با واقعیت منطبق نیست. علاوه بر این، حکم شارع به وجوب تدارک و جبران ضرر، سبب نمی‌شود که وجود ضرر در خارج نفی گردد (محقق داماد، ۱۳۸۲، ۱۴۶). به عنوان مثال: حکم به این که عامل زیان، ضامن جبران خسارت بر منابع آب است باعث نمی‌شود که بگوییم در خارج برای منابع آب زیان و خسارتی نیست. به عبارت دیگر، هر چند تدارک خارجی باعث جبران ضرر می‌شود، ولی معنای آن این نیست که ضرر در خارج وجود نداشته است.

۲-۴. کارآمدی دیدگاه نفی حکم ضرری در بحث حقوق آب خوان‌ها و تطبیق آن

دیدگاه «نفی حکم ضرری»، در واقع جامع نظرهای اول و دوم نیز هست؛ یعنی همه مزایای نظرهای مختلف را در خود دارد، به این منظور، بر سایر دیدگاه‌ها برتری دارد؛ این دیدگاه هم از نظر علمی قابل توجیه است و هم آثار و نتایج عملی قابل توجهی دارد و در مسائل فقهی - حقوقی به خصوص در موضوع آب‌خوان‌ها می‌تواند راهگشا و کارآمد باشد.

آنچه موافق با اصل بوده و با فتاوی‌ای فقها مناسبت دارد، حمل حدیث بر نفی ماهیت وجود ضرر در اسلام است و لازمه آن این است که هر حکمی که متضمن ضرر یا ضرار باشد از احکام اسلام نیست و گرنه در اسلام ضرر پدید آمده است. حکم نیز اعم از وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه است. بنابراین، هر یک از این احکام که مستلزم ضرر بر شخصی باشد، وجود ندارد و چنین حکمی، حکم شارع اسلام نیست تا جایی که از احادیث این باب چنین استفاده می‌شود که ضرر نزدن و شرعی نبودن حکمی که متضمن ضرر است، حکمی شرعی و واجب و باید مراعات شود (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۲).

شیخ انصاری، مفهوم قاعده لاضرر را نفی حکم می‌داند، با این همه، در مورد حکم تکلیفی؛ یعنی ممنوع و حرام بودن اضرار این گونه آورده: معنی اول (اراده نهی از نفی) درست نیست، به این جهت که هم در نص و هم در فتوا، نفی ضرر برای نفی حکم وضعی است، نه مجرد حکم تکلیفی که تحریم اضرار است. البته ممکن است

که از آن تحریمِ اضرار به غیر را استفاده کرد، زیرا حکم به اباحه اضرار به غیر، حکم ضرری بوده که در شرع نفی شده است (انصاری، بی تا، ۳۷۳).

بنابراین دیدگاه شیخ الشریعه اصفهانی و شیخ انصاری، هر دو دلالت بر حکم تکلیفی حرمت دارند؛ با این تفاوت که مطابق دیدگاه اول، حرمت اضرار مدلول مطابق عبارت «لا ضرر و لا ضرار» است؛ اما بر اساس دیدگاه شیخ انصاری حرمت اضرار به عنوان مدلول التزامی کلام می باشد؛ یعنی در این نوع از ترکیبات، نفی کنایه از نهی است. در هر صورت، این اختلاف دیدگاه ظاهری است و در مسئله اضرار به آب‌خون‌ها تأثیری ندارد و در هر حال، ضرر رساندن حرام است.

مطابق تفسیر نفی حکم ضرری، هرگاه از وجود هر حکمی - تکلیفی و وضعی -، به سفره‌های آب زیرزمینی ضرر وارد شود، نفی می‌گردد که در ادامه بخشی از این احکام ضرری آورده می‌شود:

- تجویز؛ یعنی مباح بودن اضرار به آب‌خون‌ها، خود حکم ضرری است که مطابق دیدگاه نفی، حکم ضرری در اسلام نفی شده است، لذا بر این اساس، اضرار در موضوع آب‌خون‌ها حرام است.

- ملزم نمودن شخص به پر کردن چاهی که بدون مجوز قانونی، اقدام به حفر آن کرده و باقی بودن آن به سفره‌های آب زیرزمینی ضرر وارد می‌شود.

- استفاده بی‌رویه از منابع آب، آسیب رساندن به آب‌خون‌ها را به دنبال دارد و به وسیله این قاعده، ضرر نفی می‌گردد.

- تصرف در حریم منابع آب که وسیله زیان به آب‌خون‌ها را فراهم می‌کند، حکمی وضعی است که به کمک این قاعده نفی می‌گردد.

- جواز کشت‌هایی که نیاز به آب فراوانی دارند و با توجه به شرایط اقلیمی، موجب اضرار به سفره‌های آب زیرزمینی می‌گردند، حکم جواز آن‌ها نیز نفی می‌شود.

- اجبار اشخاص به لای‌روبی و رفع آلودگی از منابع آب، به‌منظور دفع ضرر. بر اساس این دیدگاه، چنانچه حکمی از نظر نوعی و کلی ضرری نیست، ولی در مقام اجرا موجب ضرر شود، به‌طور موردی مرتفع می‌گردد. به‌عنوان مثال؛ در ماده ۱۳۸ قانون مدنی آمده است: «حریم چشمه و قنات از هر طرف در زمین رخواه ۵۰۰

گز و در زمین سخت ۲۵۰ گز است؛ لیکن اگر مقادیر مذکوره برای جلوگیری از ضرر کافی نباشد، به اندازه‌ای که برای دفع ضرر کافی باشد به آن افزوده می‌شود.» با عنایت به این ماده، رعایت حریم، حکمی نوعی بوده که ضرری نیست، ولی در صورتی که سفره‌های زیرزمینی در منطقه‌ای آسیب‌پذیر باشد و رعایت این حریم نیز از تضییع آن‌ها جلوگیری ننماید، به صورت موردی تا میزانی که ضرر از آن‌ها مرتفع گردد، مراعات می‌شود.

با توجه به نظریه اختیار شده، نفی ضرر اختصاص به ضرر شخصی ندارد، بلکه ضرر نوعی را نیز، در بر می‌گیرد. لذا هر نوع ضرری که به آب‌خوان‌ها وارد گردد بر اساس این دیدگاه نفی می‌گردد.

۲-۵. اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر و ثمره آن در بحث حقوق آب‌خوان‌ها

تردید نیست که قاعده لاضرر احکام وجودی را در بر می‌گیرد. حال سؤال این است که چنانچه از نبود یک امر وجودی ضرری پدید آید و عدم حکم، متضمن ضرر گردد، آیا می‌توان به قاعده لاضرر تمسک کرد و به سبب آن حکمی را وضع کرد؟ به عبارت دیگر، آیا قاعده لاضرر تنها نفی حکم می‌کند و نقش بازدارندگی دارد یا می‌تواند اثبات حکم هم نموده و نقش سازنده نیز ایفا می‌کند؟ به فرض، اگر پایین رفتن سفره‌های زیرزمینی و شور شدن آب‌ها ناشی از عدم مدیریت صحیح یا وضع مقررات نامطلوب یا عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم باشد، آیا دولت ضامن منافع از دست رفته است و آیا می‌توان استدلال کرد که چون عدم ضامن، امری ضرری است، دولت ضامن است و به وسیله لاضرر ضامن اثبات می‌شود؟

مثال دیگر اینکه اگر قانونگذار وظایفی بر عهده صاحبان یا متصرفان منابع آب گذاشته باشد که در صورت انجام آن، اعمال سفره‌های زیرزمینی در معرض آسیب قرار نمی‌گیرند، اما با ترک وظیفه، موجبات خسارت و آسیب به آن‌ها فراهم می‌شود، آیا با استناد به قاعده لاضرر، شخص تارک وظیفه، ضامن است؟ به تعبیر دیگر، چون در اینجا عدم ضامن موجب ضرر گردیده است، آیا می‌توانیم برای جبران ضرر به وجود

ضمان قائل شویم؟

در پاسخ به پرسش بالا، در میان کسانی که دیدگاه نفی حکم ضرری را پذیرفته اند؛ دو مبنای متفاوت به چشم می خورد:

مبنای اول: عده‌ای از فقها بر این عقیده‌اند، چنانچه عدم ضمان موجب ضرر گردد، از قاعده لاضرر نمی‌توان اثبات ضمان نمود، بلکه برای اثبات ضمان در چنین مواردی بایستی به اسباب ضمان؛ از قبیل: ید و اتلاف مراجعه کرد. مرحوم نراقی در تأیید اینکه قاعده لاضرر تنها نفی حکم می‌کند؛ نه اثبات حکم، اظهار داشته‌اند: نفی ضرر و ضرار برای نفی حکمی که موجب ضرر باشد کافی است و به هیچ‌وجه به اثبات و یا تعیین حکمی، دلالت ندارد؛ بلکه اثبات و تعیین حکم، نیازمند دلیل دیگری است. از اینجا استنباط می‌شود که استناد بعضی از فقها به حدیث نفی ضرر، برای اثبات ضمان ضرررساننده و تلف‌کننده، استنادی نابجا و نادرست است؛ زیرا اگر عملی که ضرررساننده انجام داده، مورد حکم شرعی نباشد، دلیلی نیست که او ضامن است، بلکه بر جبران، مطلقاً دلالت نمی‌کند (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۵).

مبنای دوم: در مقابل، عده کثیری از فقها طرفدار اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر هستند (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ۳۱۲/۱؛ ابروانی، ۱۴۱۷، ۱۴۴؛ انصاری، ۱۳۸۱، ۳۷۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۹۷/۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۴، ۳۱۰/۲). با توجه به نظریه اختیار شده که در تفسیر «لاضرر و لاضرار» گفته شد، براساس قاعده لاضرر هرگونه ضرر در عالم تشریح و هر نوع ضرر در اجرای قانون، نفی گردیده است و نیز اضرار به یکدیگر هم شرعاً ممنوع و منتفی است. بایستی با تمسک به قاعده لاضرر، چنانچه از ناحیه عدم اجرای حکمی، ضرر و زیانی ناشی می‌شود ضرر را منتفی دانست و بر همین مبنا، اثبات ضمان نمود، بنابراین صحیح این است که، به گفته آیت‌الله مکارم شیرازی، قاعده لاضرر هم امور وجودی را شامل می‌شود و هم امور عدمی را؛ زیرا چگونه می‌توان باور داشت که قلمرو قاعده نفی ضرر، محدود به رفع احکام و افعال وجودیه ضرریه باشد درحالی که محیط تشریح و قانونگذاری به همه شئون تعلق دارد و همان‌طور که ممکن است جعل قانونی برای فرد یا جامعه ضرر و زیانی داشته باشد؛ سکوت و عدم جعل نیز به نوبه خود ممکن است ضرر و زیان داشته باشد؛ مثلاً

هرگونه سوء مدیریت در روابط حقوق و سیاسی یک کشور ناشی از عملکرد دولت است، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد یا ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۹۷/۱).

در بحث حقوق آب‌خوان‌ها که بیشتر خسارت‌های وارده به آن‌ها، ناشی از ترکِ وظیفه یا عدم وضع مقررات یا داشتن قوانین نامطلوب است؛ می‌توان با پذیرش مبنای اخیر و به کمک ادله‌ای که صاحب عناوین در مورد اثبات حکم در قاعده لاضرر آورده است، حکم به ضمان داد:

۱- **حکم عقل:** ضرر رساندن قبیح است و این قبیح از مستقلات عقلیه است و عقل نیز به رفع امر قبیح حکم می‌دهد. بنابراین باید آثار ضرر برطرف شود، تا این زشتی و قباحت رفع شود و برطرف شدن آثار ضرر تنها با جبران ضرر میسر است.

۲- **حکم شرعی:** از مدارک قاعده لاضرر چنین بر می‌آید که ضرر زدن حرام است. وقتی ضرر جبران نشود، حرمت نیز ادامه خواهد یافت و برای آنکه حرمت ادامه پیدا نکند، جبران ضرر واجب می‌شود و کسی که باید جبران و رفع این حرمت کند همان کسی است که ضرر را وارد کرده است.

۳- **تبادر:** از نصوص رسیده چنین به نظر می‌رسد و چنین به ذهن متبادر می‌شود که بر کسی که ضرر زده، رفع ضرری که وارد آورده لازم است، عرف نیز همین اقتضا را تأیید می‌کند.

۴- **روایات:** صحیحه کنانی و روایت حلبی بر جبران ضرر دلالت دارند، حتی روایت سمره بن جندب نیز همین معنا را می‌رساند؛ زیرا پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضرر حیثیتی و معنوی که مرد انصاری را مورد آزار می‌داد، با کندن درخت سمره، رفع نمودند (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ۳۱۲/۱). در زیر به این روایات اشاره می‌شود:

- صحیحۀ بزنی از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام: «مَنْ اضْرَبَ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ شَيْئًا، فَهُوَ ضَامِنٌ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۵۰/۷).

- صحیحۀ کنانی از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام: «مَنْ اضْرَبَ بَشْيْءٍ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَهُوَ ضَامِنٌ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۵۰/۷).

- مشایخ ثلاثه به نقل از حلبی و از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام: «كُلُّ شَيْءٍ يَضُرُّ بِطَرِيقِ

المسلمین فصاحبه ضامن لا یصیبه» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۵۰/۷).

در این روایات اولاً؛ به صراحت ضرر مبنای ضمان قرار گرفته است. ثانیاً؛ در لفظ «طریق» خصوصیتی نیست که اختصاص به راه داشته باشد؛ بلکه منظور از «طریق» هر چیزی است که برای مسلمانان ارزش مالی یا جانی یا حیثیتی داشته باشد. بنابراین هرگاه از رفتار اشخاص نسبت به منابع آب، به سفره‌های زیرزمینی خسارتی وارد گردد و از این طریق، موجبات ضرر و زیان مسلمانان ایجاد شود، ضامن پیامدهای آن خواهند بود.

با توجه به استدلال‌هایی که فقها برای اثبات ضمان در قاعده لاضرر آورده‌اند می‌توان این نتیجه را گرفت که هرگاه عدم حکمی متضمن ضرر باشد با قاعده لاضرر، می‌توان برای آن حکم ضمان قرار داد. بنابراین، مسائل مربوط به آب‌خوان‌ها نیز از این قاعده مستثنی نیستند.

از نظر بعضی حقوق‌دانان، هدف از جبران خسارت، ضرری است که ناروا زده شده و عادلانه است که جبران شود. این چارچوب در مفاد قاعده لاضرر به حکم عقل نیز مستتر است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۵۵). بنابراین در صورت برطرف کردن آثار ضرر از سفره‌های زیرزمینی هدف از جبران خسارت تحقق می‌یابد و باید به این نکته نیز توجه داشت که چه ضرر و زیان‌هایی در حوزه سفره‌های زیرزمینی جبران‌پذیر است و کدام رفتار ممنوع و سبب مسئولیت است تا براساس مبنای اختیار شده، نسبت به جبران آن‌ها اقدام نمود. مانند موردی که دولت با سوء مدیریت، موجب تضعیف و آسیب برای آب‌خوان‌ها در اشکالی؛ مانند: ترک نظارت بر مصارف آب چاه‌ها و عدم اجرای قوانین و مقررات حوزه آب‌ها، فراهم می‌کند که در این حالت باید رفتار دولت را مورد بررسی قرار داد و در نهایت با تمسک به این قاعده، حکم به مسئولیت دولت داد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هفتم
تابستان ۱۳۹۶

۵۰

۳. تعارض قاعده لاضرر و قاعده تسلیط در بحث آب‌خوان‌ها

قاعده تسلیط از جمله قواعد مهم فقهی که مبنای آن روایت معروف «الناس مسلطون علی اموالهم» (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۰۹/۷) می‌باشد. براساس این قاعده، مالک

حق دارد در مال خود هر نوع تصرفی را بکند؛ بدون اینکه کسی بتواند ممانعتی برای او ایجاد کند. برخورد و تعارض چنین قاعده‌ای با قاعده لاضرر امری است طبیعی؛ زیرا قاعده لاضرر به منظور محدود کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از همین قاعده تسلیط مقرر گردیده و قطعاً با آن تعارض پیدا می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۲، ۱۵۴).

در مقام تعارض بین این دو قاعده، فقها اختلاف نظر دارند و به همین جهت فروض مختلفی را ذکر کرده‌اند؛ در اینجا به فرضی که تصرف مالک در مال خودش به طور مستقیم مستلزم ضرر دیگری است، پرداخته می‌شود و از طرح سایر فروض به جهت اینکه در بحث آب‌خوان‌ها کارایی چندانی ندارند، خودداری می‌گردد.

تصویر بحث به این صورت است که هرگاه مالکان منابع آب به استناد حق مالکیتی که دارند، تصرفاتشان در منابع آب مستلزم این باشد که سفره‌های زیرزمینی آسیب ببینند؛ به عبارت دیگر، بر اساس قاعده تسلیط مالک از طرفی می‌تواند در منابع آب هر نوع تصرف و انتفاعی را که بخواهد ببرد، بدون اینکه کسی برای او مزاحمت یا ممانعتی ایجاد کند و از طرف دیگر، همین اقدامات وی موجب آسیب به آب‌خوان‌ها گردد. آیا در چنین فرضی قاعده لاضرر حاکم است یا قاعده تسلیط؟ آیا در صورت اضرار، ضمان ثابت می‌گردد؟

قبل از پاسخ به پرسش‌های بالا، باید به این نکته توجه داشت که آب‌خوان‌ها ثروت‌های عمومی‌اند که مدیریت آن‌ها طبق ماده یک قانون توزیع عادلانه آب و اصل ۴۴ قانون اساسی در اختیار دولت است. بنابراین، در بحث ضرر رساندن به آب‌خوان‌ها ضرر عمومی مطرح است. در این فرض ممکن است تصرفات مالکان از نوع تصرفات متعارف یا غیرمتعارف و یا لغو باشد که هر کدام از این صورت‌ها حکم خاص خود را دارد.

صورت اول: مربوط به مواردی است که تصرف ضرر بار مالک در منابع آب، تصرفی است که برای بردن نفع متعارف است. در این مورد، نظر فقها بر این است که مالک حق تصرف در مال خود را دارد، اگرچه تصرف او موجب ضرر دیگری باشد (انصاری، بی تا، ۳۷۳). استدلال فقیهان این است که جلوگیری مالک از انتفاع ملک خود و اینکه جواز تصرف او موکول به عدم زیان به همسایه باشد برای مالک،

حرج عظیم است (انصاری، بی تا، ۳۷۳). محقق کرکی در کتاب جامع المقاصد در این مورد معتقد است: انسان می تواند از ملک خود به هر شکل که بخواهد استفاده کند؛ هر چند همسایه از آن متضرر شود. بنابراین اگر نیاز داشته باشد که آتش بیفروزد یا آبی جاری کند می تواند این کار را بکند؛ اگر چه این کار، ضرر به غیر را منجر شود (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۳۰).

شاهد مثال های که فقها برای این حالت آورده اند (انصاری، بی تا، ۳۷۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۳۰) مربوط به مواردی است که مالکیت مالک و تصرف وی در ملک خود موجب ضرر به دیگری می شود که در این فرض قاعده تسلیط بر لاضرر حاکم و چنین تصرفاتی جایز است؛ اما اگر تصرف متعارف در منابع آب، ضررهای عمومی و غیر قابل جبران را به دنبال داشته باشد، باید قائل به حکومت قاعده لاضرر شد و دولت به عنوان حافظ آب خوان ها می تواند اختیارات صاحبان منابع آب را تا حدی که آب خوان ها آسیب نبیند، محدود نماید و در خصوص محدودیتی که برای مالکان ایجاد کرده است، تمهیداتی برای جبران آن ها به عمل آورد.

بر همین اساس، یکی از فقها در بحث مالکیت خصوصی، ضمن طرح سه شرط اساسی برای مالکیت که شرط دوم آن مراعات حقوق دیگران در منابع طبیعی است، چنین آورده: ممکن است اگر استفاده فردی از این منابع موجب وارد آمدن خسارت و زیان به دیگران یا جامعه باشد، از او ممانعت به عمل آید؛ زیرا قاعده لاضرر که از قواعد مسلم و معتبر در اسلام است، اجازه ضرر و زیان را نمی دهد. ایشان در ادامه نیز آورده: حکومت اسلامی حق دارد مقررات و ضوابط لازم را برای کمک مواد طبیعی و حتی حیات مباحات و تصرف در انفال، وضع نماید (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳، ۱۳۵).

صورت دوم: مربوط به مواردی است که مالکان منابع آب، تصرفاتشان مشمول عنوان متعارف نباشد؛ به عنوان مثال: شخصی، بهره برداری از منابع آب را به کشت برنج اختصاص دهد، با اینکه در آن منطقه به دلیل کمبود آب، چنین اقدامی متعارف نباشد و در نتیجه به آب خوان ها خسارت وارد گردد. تردیدی نیست که این گونه تصرفات ممنوع است. یکی از نویسندگان در این خصوص گفته است: اگر قصد اضرار داشته باشد، تردیدی نیست که این تصرفات غیر مجاز است و روایت «سمره بن

جُنْدَب» نیز دلیل قاطعی بر این نظر است؛ قصد اضرار، نشانهٔ سوء نیت است و سوء نیت نمی‌تواند مورد تأیید و حتی اغماضِ شارع باشد (بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ۲۷۷). صورت سوم: مربوط به مواردی است که تصرفات مالکان در منابع آب، لغو و به دلخواه باشد.

در این گونه موارد که مالک صرفاً از روی هوا و هوس و به دلخواه خود، اقدام به تصرف می‌کند و موجب ضرر به دیگری می‌گردد، اعم از اینکه قصدِ ضرر داشته یا نداشته باشد، اصولاً قاعدهٔ تسلیط حاکم نیست تا برای محدود کردن آن از قاعده لاضرر استفاده کنیم (محقق داماد، ۱۳۸۲، ۱۵۶).

به نظر می‌رسد بنا بر مطالبی که گفته شد، در صورت‌های دوم و سوم هرگاه از اقدام مالکان ضرری متوجه آب‌خوان‌ها شود، در هر حال ضمان آور است.

نتیجه‌گیری

قاعدهٔ فقهی لاضرر، کارایی چشمگیری در بررسی فقهی مسائل مربوط به آب‌خوان‌ها دارد؛ پس از بررسی قاعده لاضرر و دیدگاه‌های مهم در مورد مفاد آن، نتایج زیر حاصل شد:

۱- دیدگاه «نفی حکم ضرری» نسبت به سایر دیدگاه‌ها برتری دارد؛ زیرا این دیدگاه جامع و در برگیرنده دو دیدگاه دیگر؛ یعنی «اراده نهی از نفی» و «نفی ضرر غیر متدارک» است و از نظر حقوقی می‌تواند جوابگوی مسائل حوزه آب‌خوان‌ها باشد. از جمله ثمره‌های این دیدگاه در بحث ما، اثبات حکم تکلیفی حرمت بر مصادیق فعل و ترک فعل‌هایی است که از آن‌ها خسارت بر آب‌خوان‌ها وارد می‌گردد، البته این حکم از مدلول التزامی عبارت «لا ضرر و لا ضرار» حاصل گردید.

۲- نتیجهٔ دیگر اینکه مسئولیت مدنی اشخاص در مورد آب‌خوان‌ها متوقف بر این است که قاعدهٔ لاضرر دلالت بر حکم وضعی ضمان نماید که این امر، مبنای مورد قبول بیشتر فقهای اخیر بود.

۳- با توجه به اینکه از نظر بیشتر فقها، قاعدهٔ لاضرر، اثبات حکم می‌کند و نقش سازنده دارد؛ می‌توان برای ضرر و زیان‌های ناشی از عدم مدیریت صحیح و یا وضع

مقررات نامطلوب یا عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم در حوزه آب‌خون‌ها حکم به ضمان کرد.

۴- در مورد تعارض قاعده لاضرر و قاعده تسلیط در موضوع آب‌خون‌ها این نتیجه حاصل شد که حتی در صورت تصرفات متعارف در منابع آب که منجر به خسارت به سفره‌های زیرزمینی گردید، قاعده لاضرر حاکم است؛ زیرا ضررهای وارده بر سفره‌های زیرزمینی از سنخ ضررهای عمومی است، اما دولت می‌تواند برای محدود کردن اختیارات مالکان، تمهیداتی برای جبران خسارت به‌عمل آورد. اما اگر تصرف مالکان منابع آب غیر متعارف و یا از نوع لغو باشد، ممنوع و ضمان‌آور است.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۶ق). حاشیه بر مکاسب. چ اول. تهران: انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.
۲. ابن‌اثیر، مجدالدین ابوالسعادت. (۱۳۱۱ق). النهایة فی غریب الحدیث. چ اول. مصر: مطبعة العثمانیه.
۳. ابن‌منظور، جمال‌الدین محمد. (۱۴۰۵ق). لسان العرب. چ اول. قم: نشرآدب الحوزه.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد. (بی‌تا). مکاسب محشی. چ اول. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵. ایروانی، باقر. (۱۴۱۷ق). القواعد الفقهیه. چ اول. قم: مؤسسه الفقه للطباعة و النشر.
۶. بجنوردی، سیدحسن بن آقا بزرگ موسوی. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. چ اول. قم: نشر الهادی.
۷. بشیری، عباس. شهرجردی، سیدحسن. براتی‌داریابی، علی‌اکبر و دیگران. (۱۳۹۴ش). نظام حاکم بر حقوق کاربردی آب. چ دوم. تهران: انتشارات جاودانه.
۸. بهرامی‌احمدی، حمید. (۱۳۸۹ش). قاعده لاضرر. چ اول. تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.
۹. جعفری، عباس. (۱۳۶۳ش). فرهنگ گیتاشناسی (اصطلاحات جغرافیایی). چ دوم. تهران: انتشارات گیتاشناسی.
۱۰. حسینی‌سیستانی، سیدعلی. (۱۳۸۹ش). قاعده لاضرر و لاضرار. مترجم: اکبر نایب‌زاده. چ اول. تهران: انتشارات خرسندی.
۱۱. خلفی، جعفر و اسدیان، فریده. «پدیده‌های ژئومورفولوژی بر منابع آب زیرزمینی دشت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هفتم
تابستان ۱۳۹۶

- سهرین». فصلنامه جغرافیا، ۱۳۸۰، شماره ۱۵، صفحات ۶-۱.
۱۲. خمینی، سیدروح‌الله. (بی‌تا). تهذیب الأصول. چ اول. قم: مطبعة مهر.
۱۳. سامشوار سینگ. «بحران آلودگی سفره‌های زیرزمینی». مجله سیاحت غرب، ۱۳۸۴. دوره فروردین، شماره ۲۱، صفحات ۱۴۵-۱۴۰.
۱۴. سعادت، فرشید. ذاکری، زهرا. «مطالعه تنش آبی در ایران از منظر زیر ساخت‌های فرهنگی». مجله مهندسی فرهنگی، جاودانه ۱۳۹۱، دوره خرداد و تیر، شماره ۶۵، صفحات ۱۶۱-۱۴۶.
۱۵. طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۴ق). ریاض المسائل. چ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۶. طباطبایی، محمدحسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن. چ پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی. چ اول. اصفهان: ناشر مکتبه الإمام امیرالمؤمنین علی علیه السلام.
۱۸. فیومی، احمد محمد بن علی. (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر. چ سوم. قم: دارالهجره.
۱۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲ش). دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت. چ هفتم. تهران: نشر میزان.
۲۰. _____ (۱۳۸۶ش). الزام‌های خارج از قرارداد. چ هشتم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۱. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. چ هفتم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۲. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (۱۴۱۰ق). بحار الأنوار. چ اول. بیروت: مؤسسه الطبع والنشر.
۲۳. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۲ش). قواعد فقه. چ دهم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۴. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۱ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چ اول. قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام.
۲۵. مراغه‌ای، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق). العناوین. چ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه. قم: مدرسة امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۲۷. _____ (۱۳۸۳ش). الخطوط الأساسية للاقتصاد الإسلامي، نرم افزار مجموعه آثار آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی.
۲۸. موسوی، سید ابراهیم. «قاعده لاضرر»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ۱۳۷۸، شماره ۲۸ و ۲۹، صفحات ۱۴۲-۱۱۹.

۲۹. نائینی، شیخ محمد حسن. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی شرح المکاسب. بی‌جا. قم: مکتبه المحمدي.
۳۰. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. چ هفتم. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۱. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام. چ اول. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۲. نمازی شیرازی، شیخ الشریعة اصفهانی، فتح الله بن محمد. (۱۴۰۷ق). قاعدة لاضرر و لاضرار. چ اول. بیروت: دارالأضواء.



جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی هفتم
تابستان ۱۳۹۶

۵۶