

چالش‌های فقهی و حقوقی حقایبه در آب‌های عمومی

حمید فعلی*

سید محمد مهدی غمامی**

تاریخ تأیید: ۱۴۰۲/۶/۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۷

DOI: 10.22034/ilaw.2023.708596

چکیده

مبتهی بر اصل ۴۵ قانون اساسی آب‌های عمومی جزء انفال محسوب می‌شوند، اما مطابق نظر فقهای شورای نگهبان مبتهی بر خلاف شرع بودن احتساب آب‌ها به‌عنوان انفال، ماده (۱) قانون توزیع عادلانه آب به‌نحوی تنظیم شده است که آب‌های عمومی را جزء مشترکات محسوب می‌کند. از سوی دیگر بررسی نظرات فقها و رویکردهای مختلف فقهی در حوزه ماهیت آب‌های عمومی نشان می‌دهد که می‌توان نسبت به بهره‌برداری اشخاص از آب‌های عمومی رویکردهای متفاوتی را مبتهی بر جزء مباحات، مشترکات یا انفال محسوب کردن آب‌های عمومی در پی گرفت. باتوجه به وضعیت حقوقی حقایبه حقایبه‌داران در آب‌های عمومی، این سؤال مطرح می‌شود که رویکرد فقهی مطلوب در چالش‌های انتفاع از حقایبه در آب‌های عمومی چیست. یافته‌های این پژوهش با رویکردی توصیفی - تحلیلی از بستر مراجعه به منابع کتابخانه‌ای نشان داد که مبانی فقهی لازم جهت انفال محسوب کردن آب‌های عمومی وجود دارد، اما با جزء مشترکات عمومی محسوب شدن آب‌های عمومی نیز مانند حالت انفال بودن آنها، مواجهه مقنن با حقایبه در مواردی مانند تعریف حقایبه یا آثار حقوقی کاهش حقایبه سنتی توسط دولت به منظور اصلاح الگوی مصرف آب در قوانین برنامه‌های پنج‌ساله توسعه، نباید مبتهی بر رویکرد جزء مباحات پنداشتن آب‌های عمومی باشد که هر میزان مالکیت خصوصی در آب‌های عمومی را مجاز می‌انگارد.

واژگان کلیدی: آب‌های عمومی، حقایبه، مالکیت، انفال، مشترکات عمومی، مباحات.

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع) / نویسنده مسئول (hamidfeli110@gmail.com).

** دانشیار گروه حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع) (ghamamy@isu.ac.ir).

مقدمه

تملك خصوصى آب‌هاى عمومى يکى از حوزه‌هاى چالش‌برانگيز در مرزشناسى بين مالکيت خصوصى و عمومى است که متأثر از فاکتورهاى زيادى از جمله وضعيت طبيعى آنها در مناطق مختلف کشور، بحران‌هاى کم‌آبى و شيوه‌مديريت آنها توسط دولت و نحوه مصرف آب‌ها توسط مردم است. باتوجه به تغيير شيوه حکومت‌دارى نوين و نحوه اداره اموال عمومى، به تبع آن کيفيت تملك و بهره‌بردارى از آب‌ها توسط اشخاص نيز بسيار تحت تأثير قرار گرفته است تا حدى که تحول قواعد سنتى حاکم بر مديریت آب‌ها، چالش‌هاى در حوزه بهره‌بردارى از آب‌ها به ويژه نسبت به حقايق داران سنتى ايجاد کرد است که بعضاً تا سرحدّ تبديل چالش به بحران نيز پيش رفته است. به منظور شفاف‌سازى قواعد حاکم بر بهره‌بردارى از آب‌ها به ويژه آب‌هاى سطحى که موضوع حقايق در کشور ما قرار مى‌گيرند، گريزى از شناسايى قواعد مربوط به تعيين ماهيت آب‌هاى عمومى و کيفيت و حدود مجاز تملك و بهره‌بردارى از آنها از طريق نسبت‌سنجى ميان ضوابط نظام فقهى و حقوقى حاکم بر آب‌ها در ايران نىست. مهم‌ترين راهکار حقوقى حل چالش تقسيم و توزيع آب به ويژه آب‌هاى سطحى در ايران، رسيدن به نظريه‌اى مشترک و کاربرى مستتب از فقه اماميه و نظام حقوقى جمهورى اسلامى ايران است.

احکام و قواعد تملك و بهره‌بردارى از آب‌هاى عمومى در نظام حقوقى ايران، هم پيش از انقلاب اسلامى و هم پس از آن تا حد زيادى تحت تأثير مباني فقهى حوزه انفال و اموال عمومى بوده است و ازسوى ديگر اقتضائات جليد مديریت آب‌ها نيز لاجرم منجر به تغييراتى در نظام مالکيت آب شده است. از يک‌سو قانون‌گذار در قانون مدنى آب‌ها را از مباحات دانسته بود که تملك آنها با حيازت مقدور بود، ازسوى ديگر قانون آب و نحوه ملى شدن آن در سال ۱۳۴۷ آب‌ها را ثروت عمومى تعريف کرده و حيازت آنها را تحديد کرده بود. از طرف ديگر پس از انقلاب اسلامى اصل ۴۵ قانون اساسى، آب‌ها را جزء انفال و ثروت‌هاى عمومى برشمرده بود و دخالت دولت در تحديد تملك خصوصى آب‌ها را پذيرفته بود که با تصويب قانون توزيع عادلانه آب در سال ۱۳۶۱ جزء مشترکات عمومى محسوب شد و بر پيچيدگى قواعد تملك آب‌ها افزود. اينجاست که سؤال اصلى اين پژوهش شکل مى‌گيرد که رويکرد فقهى مطلوب در چالش‌هاى مالکيت حقايق در آب‌هاى عمومى چيست. جهت کشف پاسخ اين سؤال ناگزيريم که ابتدا به اين پرسش‌هاى فرعى پاسخ دهيم که ماهيت آب‌ها در نظام فقه اماميه چيست و آيا ممکن است قواعد تملك

آب‌های مختلف با همدیگر تفاوت داشته باشند و برخی به واسطه انفال بودن و تعلق به شخصیت حقوقی امام^ع، غیر قابل تملک و برخی به واسطه مشترکات عمومی یا مباحات اصلیه محسوب شدن قابل تملک باشند. چنانچه پاسخ مثبت باشد باید پرسید که باتوجه به وضعیت مالکیت حقا به در نظام حقوقی ایران، نسبت این قواعد حقوقی با مبانی فقهی مزبور چگونه ارزیابی می‌شود و نهایتاً کدام نظریات فقهی است که می‌تواند راه حلی کارآمد در چالش نظام حقوقی ما نسبت به رعایت توأمان حقوق حقا به‌داران و تحقق برنامه‌های دولت جهت حل بحران کم‌آبی و پیشرفت همه‌جانبه باشد.

پیش از این پژوهش‌هایی پیرامون ابعاد فقهی و حقوقی مالکیت آب‌ها صورت گرفته است که با تدقیق بر مرتبط‌ترین آنها با موضوع این پژوهش می‌توان وجه نوآوری این پژوهش را دریافت. مقاله «بررسی فقهی - حقوقی جایگاه آب‌ها در اموال عمومی» به‌طور کلی به انواع مختلف آب‌ها و حتی اراضی حریم و بستر آب‌ها پرداخته است و علیرغم تلاش قابل تقدیر نویسندگان محترم، صرفاً با نقل قول برخی از فقها بدون داوری میان ادله ایشان کلیه آب‌ها را بلا تفصیل مشترکات عمومی پنداشته است و رویکردی صرفاً توصیفی و نه انتقادی مبتنی بر نگاه دقیق‌تر فقهی نسبت به قوانین مربوطه برگزیده است و با خلط انفال، مشترکات و مباحات در توجیه قوانین موجود برداشت اشتباهی از اصل ۴۵ قانون اساسی در مشترکات بودن آب‌ها کرده است (معصومی و لطفی، ۱۳۹۶، ص ۷۶-۷۷). درحالی‌که در مقاله حاضر تلاش بر گزینش رویکرد کارآمدتر فقهی در حوزه ماهیت و مالکیت آب‌ها و نسبت‌سنجی انتقادی آن با قوانین حاکم بر این حوزه با تمرکز بر حقوق حقا به‌داران شده است. مقاله «تأملی بر چالش‌های حقوقی مالکیت آب در حوضه زاینده‌رود از منظر حقوق عمومی» نیز با اتخاذ رویکردی صرفاً حقوقی و با تمرکز بر مسائل حقوقی یک رودخانه خاص با محوریت طومار شیخ بهایی در بعد فنی بدون اتخاذ مبنای فقهی متقنی، تلاش بر توجیه مشروعیت حقا به بخشی از زاینده‌رود با جمع بین ابعاد حقوق بشری و قوانین داخلی آب داشته است (نوروزی، ۱۳۹۷، ص ۸۸۲). که پیداست قلمروی موضوعی این مقاله با پژوهش حاضر، اگر چه مرتبط اما متفاوت است. در کتب «حقوق حاکم بر آب در بستر حقوق عمومی ایران» اثر دکتر بدیسار و دکتر احمدی و «چالش‌های حقوق آب» اثر دکتر مدنیان پرداختن به ابعاد مختلفی از حقوق آب، مانع از تمرکز بر حل چالش حوزه حقا به و سنجش قوانین مرتب با آن با اتخاذ رهیافت کارآمد فقهی شده است که این پژوهش سعی بر رفع این نقیصه داشته است. در سایر آثار پژوهشی نیز حقوق آب یا از

حیث حقوق بین‌الملل — کتاب «امنیت آب در حقوق بین‌الملل» اثر دکتر مهناز رشیدی — و حقوق بشری مد نظر بوده است و یا در خلال بحث فقهی — کتاب «مالکیت عمومی» آیت‌الله سیدمحمد خامنه‌ای — از انفال و اموال عمومی اشاره‌ای به مالکیت آب شده است که در بسیاری موارد نیز رویکرد غالب با غلبه فقه سنتی بدون لحاظ توأمان مصالح عمومی، زیست‌محیطی و طبیعی و حقوق شرعی حقابه‌داران بوده است و در صورت اتخاذ رویکرد نوین فقه حکومتی — کتاب «انفال در عصر غیبت» دکتر حسین علی سعیدی — تمرکز بر حل چالش حقوقی حوزه آب‌ها و حقابه‌ها نبوده است. بنابراین، به نظر می‌رسد این پژوهش از جوانب فوق نسبت به آثار قبلی نوآوری داشته باشد.

۱. مختصات فقهی و حقوقی حقابه و مالکیت آب‌های عمومی

برای کشف مقصود ما از یافتن رهیافت فقهی مطلوب در نظام حقوقی حاکم بر بهره‌برداری از آب‌های عمومی و در نتیجه بهره‌مند شدن حقابه‌داران از حقابه شرعی قانونی خود، نگاهی به مبنای فقهی مالکیت خصوصی نسبت به آب‌های عمومی و استحصال معیارهایی در این زمینه ضروری به نظر می‌رسد. همچنین گریزی از کشف مراد مقنن از مفهوم «حقابه» و قلمرو و عناصر آن وجود ندارد. به همین منظور در ابتدا مفاهیم پیش‌نیاز بحث را واکاوی می‌نماییم تا ملاک‌هایی برای سنجش نظام مطلوب حاکم بر مالکیت آب‌ها ارائه دهیم.

۲-۱. ماهیت حقابه و ارتباط آن با ماهیت آب‌های عمومی

باتوجه به ضرورت شناخت ماهیت حقابه جهت تبیین ارتباط آن با آب‌های عمومی ابتدا تعاریف موجود از حقابه را برای یافتن تعریف دقیق‌تر آن بررسی می‌کنیم، سپس به تحلیل ارتباط آن با انفال، مباحات و یا مشترکات محسوب شدن آب‌های عمومی می‌پردازیم به نحوی که مشخص شود تأثیر نظرهای مختلف نسبت به ماهیت آن دسته از آب‌های عمومی که حقابه در آنها مصداق پیدا می‌کند بر حقابه چیست. از این طریق است که می‌توان به نظام حقوقی مطلوب بهره‌برداری از حقابه دست یافت.

۲-۱-۱. تعریف حقابه

«حقابه» در لغت مرکب از کلمه «حق» عربی و «آب» فارسی است و سهم مشروع و مقرر ده،

مزرعه، باغ، خانه یا کسی از آب رود یا چشمه یا قنات در ساعات و به اندازه معلوم دانسته شده است. همچنین آن را معادل «بهای آب» و «آب‌بها» نیز ذکر کرده‌اند (دهخدا، ذیل مدخل «حقابه»؛ قابل مشاهده در: vajehyab.com). با این حال در فضای بحث این مقاله ارائه تحلیل دقیق حقوقی از آرای شورای نگهبان در حدود و ثغور حقابه منوط بر شناخت مفهوم اصطلاحی «حقابه» در لسان حقوقی است.

در اسناد حقوقی نظام حقوقی ایران تعاریفی که از حقابه در در قوانین و مقررات شده است عبارت است از تعریف تبصره «۱» ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ مجلس شورای اسلامی که اینگونه مقرر کرده است: «تبصره ۱- حقابه 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.» پیش از انقلاب اسلامی نیز ماده ۳ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷/۴/۲۷ مقرر کرده بود: «ماده ۳- حقابه 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.» این دو تعریف در عناصری مانند تعیین شدن حقابه در اسناد و مدارک قانونی و اختصاص حق به صاحب حق بر منبع آبی، یکسان هستند تنها تفاوتی که در دو تعریف اخیر مشاهده می‌شود، اختصاص این حق به ملک یا مالک در قانون توزیع عادلانه آب است که به نظر می‌رسد عدم ذکر «ملک» در تعریف قدیمی تر ناظر به موضوعیت داشتن شخص مالک در بهره‌مند شدن از این حق است. در واقع امر تعلق این حق به ملک، واجد اثر حقوقی است؛ زیرا حقابه قائم به شخص مالک نیست و مالک نمی‌تواند بدون انتقال ملک آن را مستقلاً نقل و انتقال دهد؛ لذا تعریف قانون توزیع عادلانه آب هرچند قابلیت اتکای این حق به ملک را به تعریف اضافه می‌کند، اما باز هم تعریف مانعی نیست و اتکای به شخص مالک را هم در بر دارد. تعریف دیگر در ماده ۴۲ آیین‌نامه قانون ثبت بدین ترتیب آمده است: «حقی که یک ملک واقع در ده یا مزرعه بزرگ از آب رودخانه یا چشمه یا نهر یا قنات واقع در آن محل بر حسب قرارداد قبلی یا عرف و عادت و سنت دارا باشد. حقابه از توابع آن ملک است.» این تعریف به نظر می‌رسد با واقعیت حقابه همخوانی بیشتری دارد و متکی به ملک تعریف شده است. حقابه در برخی قوانین نیز مانند بند ض ماده ۳۸ قانون برنامه ششم توسعه ذکر شده است که ناظر به مباحث زیست‌محیطی و بین‌المللی است و خارج از موضوع بحث ماست.

۱۰۳

از آنجاکه واحد تقسیم آب در ایران بر اساس مساحت زمین، حجم آب و واحد زمانی تقسیم آب است (لباف خانیکی، ۱۳۸۵، ص ۶۰-۸۰) منشأ تفاوت در تعاریف حقابه از جهت سهم آب، یا حجم آب یا حق بر آب، تنوع در ملاک محاسبه میزان حقابه و یا واحد محاسبه حقابه در نقاط مختلف کشور است. براین اساس تعریفی از حقابه اینگونه بیان شده است که حق مالک به اعتبار مالکیت خود برای استفاده از آب‌های سطحی عمومی است (بدیسار و احمدی، ۱۳۹۶، ص ۲۵۸). این تعریف با تأکید به تعلق حقابه به مالک، با وجود اینکه از جهت تأکید بیشتر بر وابستگی به اعتبار مالکیت مالک از تعریف قانون توزیع عادلانه آب دقیق‌تر است، اما مثلاً شامل حقابه متعلق به مستأجر ملک نمی‌شود و شائبه قابلیت انتقال جداگانه از ملک را نیز دارد و نقش دولت در آن نیز نادیده گرفته شده است؛ لذا با در نظر گرفتن نکات پیشین به ویژه از جهت تبعی بودن حقابه نسبت به اصل ملک و اتکای حقابه به ملک و نه مالک و این نکته که مالکیت آب مورد استفاده حقابه‌دار موضوعیت ندارد، تعریف دقیق‌تر را اینگونه می‌توان بیان کرد که حقابه حق بهره‌برداری از آب‌های سطحی عمومی است که طبق ضوابط قانونی با نظارت دولت به ملکی که با آب‌های عمومی مرتبط است، تعلق می‌گیرد، به شرطی که آب موضوع حقابه به‌نحو مشروع حیازت و تملک شده باشد.

حقابه را می‌توان با مفهوم حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران مقایسه کرد؛ زیرا حق ارتفاق «حقی است که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود، می‌تواند از ملک دیگری استفاده کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۲). هر چند حق انتفاع نیز برای شخصی در ملک دیگری متصور است، اما از جمله وجوه تمایز حق ارتفاق از حق انتفاع قائم به ملک بودن حق ارتفاق است که حقابه نیز از این جهت و از وجوه دیگری مانند تابع و فرع مالکیت زمین بودن، دائمی بودن و اختصاص به املاک و اراضی داشتن و عدم اختصاص به اموال منقول (همان، ص ۲۲۳-۲۲۴). به حق ارتفاق نزدیک‌تر است تا حق انتفاع و برخی نیز بر همین اساس حقابه را تعریف کرده‌اند (بدیسار و احمدی، ۱۳۹۶، ص ۲۵۸). با این حال، شاید نتوان به عینه تمام ویژگی‌های حق ارتفاق از جمله قابل تقسیم نبودن حق ارتفاق، آنگونه که در ماده ۱۰۳ قانون مدنی نسبت به وجود حق عبور از ملک دیگری برای تمامی شرکای یک ملک پس از تقسیم آن ملک، ذکر شده است، نمی‌توان حقابه یک ملک مشاع را پس از تقسیم قابل تقسیم بین شرکا ندانست.

نکته دیگر اینکه حقابه در نظام حقوقی ایران اصولاً با آب‌های سطحی ارتباط پیدا می‌کند؛ زیرا رابطه حقوقی با آب‌های زیرزمینی که به واسطه حفر چاه و قنات استحصال می‌شود، در چارچوب

شراکت در تملک و بهره‌برداری منابع آبی نمود می‌یابد (ذوالفقاری، ۱۳۹۰، ص ۱۴۱). اما حقایقه داران، شرکاء در حقایقه محسوب نمی‌شوند و حق استفاده از حقایقه مانند یک ملک نیست که شرکا بتوانند به صورت مشاع هر یک حق استفاده از جزء جزء ملک مشاع را داشته باشند، بلکه مطابق ماده ۱۵۰ قانون مدنی آب به نسبت تأثیرشان در حیازت، بین آنها تقسیم می‌شود و به ویژه در آب‌های سطحی که موضوع حقایقه است، گریزی از این تقسیم نیست.

۲-۱-۲. تأثیر ماهیت آب‌های عمومی بر حقایقه

باتوجه به توضیحاتی که در قسمت قبل داده شد، حقایقه خود مستقیماً به جهت آنکه ماهیتی حق‌گونه دارد، خود به عنوان موضوع تملک مطرح نمی‌شود، هر چند طبق ماده ۱۴۹ قانون مدنی در صورتی که ماهیت آب‌های عمومی سطحی را جزء مباحات تعریف کنیم، با حیازت این دسته از آب‌ها «آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود ملک صاحب مجری است و بدون اذن مالک نمی‌توان از آن نهری جدا کرد یا زمینی مشروب نمود.» با وجود اینکه طبق این ماده آب جدا شده از آب‌های سطحی در نظریه مباح بودن آب‌های عمومی، قابلیت تملک دارد، اما باتوجه به حق بودن حقایقه اعم از اینکه آن را حق ارتفاق محسوب کنیم یا حق انتفاع، حقایقه طبق تبصره «۱» ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب صرفاً حق مصرف آن آب تملک شده است؛ در نتیجه میزان حقایقه را در واقع میزان مجاز دانستن تملک آب حیازت شده مشخص می‌کند که این امر مسلماً بر طراحی الگوی مطلوب مدیریت منابع آبی توسط حکومت مؤثر است. چه آنکه بازنگری در الگوهای آب مصرفی کشاورزان در سال‌های اخیر مورد توجه حاکم اسلامی بوده است که به نمونه‌هایی از آن نیز اشاره می‌شود.

اصلاح روند مصرف بی‌رویه آب در مصرف حقایقه کشاورزان با روش‌های آبیاری سنتی طبق بند ۸ سیاست‌های کلی اصلاح الگوی مصرف ابلاغی ۱۳۸۹/۴/۱۵ مقام معظم رهبری از این طرق مقرر شده است: «طراحی، تدوین و اجرای سند ملی الگوی مصرف آب در بخش‌های مختلف و به‌هنگام‌سازی آن»، «اعمال سیاست‌های تشویقی و حمایتی از طرح‌های بهینه‌سازی استحصال، نگهداری و مصرف آب»، «تدوین و اعمال استانداردها و ضوابط لازم برای کاهش ضایعات آب، پایش کیفیت منابع آب و جلوگیری از آلودگی آب‌ها» و «اصلاح الگوی کشت و اعمال شیوه‌های آبیاری کارآمدتر». همچنین بند ۲ «سیاست‌های کلی منابع آب» ابلاغی ۱۳۷۹/۱۲/۲۰، مبنی بر

«ارتقای بهره‌وری و توجه به ارزش اقتصادی و امنیتی و سیاسی آب در استحصال و عرضه و نگهداری و مصرف آن» بر مطلب فوق دلالت دارد. براین اساس قانونگذار در مواردی مانند بند «الف» ماده ۱۷ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ دولت را مکلف کرده بود که ساختار مصرف آب اصلاح نموده و نظام بهره‌برداری مناسب از آب را با استفاده از روش‌های نوین آبیاری و کم‌آبیاری مستقر نماید. همچنین بند «الف» ماده ۱۴۱ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ وزرات نیرو را مکلف کرده بود که با اصلاح تخصیص‌ها و پروانه‌های موجود آب و تحویل حجمی آب به تشکل‌های آبریان، حجم آب مصارف موجود را کاهش دهد تا آب صرفه‌جویی شده در جهت توسعه اراضی جدید بخش کشاورزی یا سایر مصارف با روش‌های نوین آبیاری مورد استفاده قرار گیرد. همچنین توسعه روش‌های نوین آبیاری در بند «ب» ماده ۳۵ قانون برنامه ششم توسعه نیز مقرر شده بود.

با این حال بازتاب رویکرد سنتی در حقابه ناشی از جزء مباحات بر شمردن آب‌های عمومی در مواردی مانند بند «د» ماده ۳۵ قانون برنامه ششم و بند «ب» ماده ۱۴۱ و بند «الف» و «ب» ماده ۱۴۲ قانون برنامه پنجم و حتی بند «ب» ماده ۲۷ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه دیده می‌شود؛ زیرا در این موارد بدون تغییر تعریف حقابه نسبت به تبصره «۱» ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب، که در واقع همان حق مصرف آب «در دفاتر جزء جمع قدیم یا اسناد مالکیت یا حکم دادگاه یا مدارک قانونی دیگر قبل از تصویب این قانون» را که الگوی مصرف قدیمی آب را به‌صورتی ناهمخوان با روش‌های نوین آبیاری تعیین کرده است، به شکل‌های مختلفی از قبیل اختصاص درآمد فروش حقابه به حقابه‌داران، خرید آب مازاد حقابه‌داران و صدور سند بهره‌برداری برای تمامی حقابه‌داران دیده می‌شود. البته در برخی موارد رویکرد شورای نگهبان نیز در فرآیند تصویب این قوانین از این حیث مؤثر بوده است؛ مانند نظراتی که در خصوص حکم مزبور قانون احکام دائمی مبنی بر ضرورت پرداخت خسارت به حقابه‌داران در صورت کافی نبودن درآمد فروش حقابه صادر شده است^۱ که همان‌طور که در این نظرات آمده است نگاه مالکانه داشتن به حقابه نتیجه چنین

۱. بند «۱۵» نظر شماره ۹۵/۱۰۲/۲۱۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۶/۱۶ و بند «۷» نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۳۱۲۵ مورخ ۱۳۹۵/۹/۱۷ شورای نگهبان، قابل مشاهده در نشانی‌های زیر:

رویکردی است. البته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان بر می‌آید که مراد شورا خسارت وارده به محصولات کشاورزی ناشی از سلب و تحدید حقا به بوده است. در هر صورت در این مذاکرات روشن است که با درج حکم مدنظر شورا برای جبران خسارت مزبور بار مالی پیش‌بینی نشده در بودجه بر دولت تحمیل می‌شود که مغایر اصل ۷۵ می‌توانست باشد که مجلس با سپردن تعیین تکلیف این موضوع به آیین‌نامه، از این ایراد در مرحله بعد اصلاحیه گریخت.^۱

باتوجه به مثال‌های فوق می‌توان دریافت که جزء مباحات محسوب کردن آب‌های عمومی به ویژه در مورد آب‌های سطحی که موضوع حقا به‌های حقا به‌داران است، نتایجی مانند ضرورت جبران خسارت کشاورزان در تحدید حقا به‌ها توسط دولت و یا محدود تفسیر کردن اختیارات دولت در تنظیم نحوه مصرف حقا به دارد، درحالی‌که در نقطه مقابل آن جزء انفال یا مشترکات عمومی محسوب کردن آب‌های عمومی می‌تواند بسط ید بیشتری برای دولت در اصلاح الگوی مصرف آب و بازنگری در شیوه‌های سنتی آبیاری و صرفه‌جویی در مصرف آب و در نتیجه توسعه کشاورزی و مدیریت بحران کم‌آبی ایجاد کند؛ زیرا دیگر در چنین وضعیتی میزان حقا به مطابق تعریف سنتی آن مانند تعریفی که در تبصره «۱» ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب ارائه شده است تعیین نمی‌شود. برای مثال با این تعریف وقتی برای مالک حقا به‌ای معین می‌شود و نه به اتکای ملک، این امکان ایجاد می‌شود که مالک با واگذاری بخشی از ملک خود از همان میزان حقا به استفاده کند، حالی که ملک او کوچک‌تر شده و طبعاً به آب کمتری نیاز دارد. به همین صورت در اصلاح شیوه آبیاری نیز مالکین اراضی مزروعی به آب کمتری نیاز دارند و مازاد حقا به آنها را در صورت انفال یا مشترکات عمومی محسوب شدن آب‌های عمومی نباید متعلق به آنها دانست و در نتیجه نباید دولت را مکلف به جبران خسارت یا پرداخت وجوه درآمد حاصل از فروش حقا به مازاد ایشان دانست؛ زیرا به تعبیر امام خمینی^ع انفال به مقام امامت و رهبری تعلق دارد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۶۸). یعنی متعلق به منصب امامت است تا طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل شود، (حبیبی و نجارزاده هنجانی، ۱۳۸۸، ص ۶۱) لذا انفال حتی به شخصیت حقیقی امام تعلق ندارد و به طریق اولی به سایر اشخاص حقیقی مردم تعلق ندارد.

۱. مشروح مذاکرات جلسه ۱۳۹۵/۶/۲ (صبح) شورای نگهبان در خصوص لایحه احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور (اعاده شده از شورای نگهبان)، قابل مشاهده در نشانی زیر:

ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب، آب‌های مسیره‌های طبیعی اعم سطحی و زیرزمینی را بر اساس ایراد فقهای شورای نگهبان جزء مشترکات محسوب کرده است که در بخش‌های بعد بیشتر این مسئله را توضیح می‌دهیم، اما در اینجا باید گفت که انفال — که در واقع مترادفی فقهی بر اصطلاح حقوقی اموال عمومی است — مشابهت‌هایی با مشترکات عمومی دارد، از جمله تعلق مالکیت آن به عموم مردم (عبارتاً تعلق مالکیت به شخصیت حقوقی امام) و عدم قابلیت تملک خصوصی که فارغ از وجوه تمایزی مانند وجود ضوابط خاص برای استفاده از انفال و فقدان این ضوابط در مورد مشترکات عمومی (همان، ص ۶۸)، که باعث می‌شود تملک خصوصی هم در مورد انفال و هم در مورد مشترکات عمومی موضوعیت پیدا نکند. در نتیجه تملک آب مازاد بر حقبه مجازی که حاکم اسلامی آن را مطابق مصالح عامه تشخیص نمی‌دهد، نمی‌تواند در حالت انفال یا مشترکات عمومی محسوب شدن آب‌های عمومی مجاز باشد، اما در حالت جزء مباحات محسوب شدن آب‌ها به جهت اصل بودن وجود اذن امام در حیازت تملک خصوصی آب‌ها مجاز بوده و اختیار دولت محدود تفسیر شده و در صورت تحدید حقبه و یا حتی مازاد بر نیاز آن مکلف به جبران آن در حق حقبه‌داران است. در حالی که رعایت عدالت و حقوق عمومی مستلزم نظارت دولت اسلامی بر کیفیت حیازت و مقدار تملک و تصرف در این اموال است (عمید زنجانی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۳۱). با این توضیح در بخش بعدی ضروری است که از نظر فقهی انفال یا مشترکات عمومی محسوب شدن آب‌های عمومی امکان‌سنجی شود.

۲-۲. امکان‌سنجی انفال یا مشترکات محسوب‌شدن ماهیت آب‌های عمومی

باتوجه به ادبیات فقهی مطرح در زمینه آب‌های عمومی که تعیین‌کننده نظام مالکیت و تملک آب‌ها در نظام حقوقی ما نیز است و نظر به اختلاف نظرهای موجود در نظریه‌ها و دکترین‌های فقهی و حقوقی، به نظر می‌رسد که با بازشناسی مفهوم «انفال» که اصالتاً یک مفهوم فقهی است که به ادبیات حقوقی قانونگذار نیز وارد شده است، می‌توانیم به ملاکی جهت امکان‌سنجی بازنگری در نظام حاکم بر تملک آب‌ها ارائه دهیم.

۲-۲-۱. ملاک «بی‌مالک بودن» در انفال شمردن آب‌ها

جهت بررسی امکان انفال محسوب‌شدن آب‌ها لازم است، ابتدا مفهوم «انفال» یک بازشناسی

شود. انفال در معنای لغوی از ریشه «نفل» به معنی زیادت، هدیه و فرع است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۸۲۰) و در اصطلاح فقهی فقها در مقام تعریف آن به ذکر مصادیق آن بسنده کرده‌اند؛ برای مثال شیخ طوسی زمین‌های ره‌اشده و زمین‌هایی که برای تصرف آنها جنگ نشده باشد و زمین‌هایی که با اختیار مالکینش تسلیم شده باشد و قله‌ها و داخل دره و اراضی موات بی‌مالک و مواردی از این دست را انفال می‌داند (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۲۸۴) محقق حلی اموالی که امام از جهت خاصی مالک آن است را انفال تعریف کرده است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۱۲۶). که به معنی عدم تشابه انفال به غنیمت جنگی در بعد قابلیت شراکت در غنیمت است (منتظری، ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۱۶)، اما این تعریف هم تعبیر دیگری از تعریف انفال به مصداق، بدون ارائه ضابطه است (سعدی، ۱۳۹۹، ص ۲۳). هرچند برخی فقهای معاصر مانند امام خمینی^ع معتقدند که علیرغم عدم بیان شیوه خاصی در استنباط احکام توسط شارع، می‌توان از مصادیق ابرازشده انفال توسط شارع برای تشخیص مصادیق جدید تنقیح مناط کرد (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۲۷). با این حال، در لسان فقها تعریفی از انفال که بتوان با اخذ معیار، مصادیق مستحدثه جدید انفال را تشخیص داد یافت نمی‌شود.

تعبیر «کل ارض لا رب لها» در روایتی موثقه وارد شده است (حز عاملی، ۱۳۸۷، ص ۵۳۲) که به معنی انفال دانستن زمین بدون مالک است. برخی از علمای معاصر تلاش کرده‌اند با تقویت نظر فوق از امام خمینی^ع در جهت اخذ ملاک از «لا رب لها» که نسبت به اراضی وارد شده است، عدم خصوصیت اراضی در این خصوص را اثبات کنند. برای این مقصود استدلال شده است که وصف «لا رب لها» مشعر به علیت است و علت انفال بودن زمین بدون صاحب، فقدان مالک است، در نتیجه معیار «نبودن مالک» قابل تسری به سایر اموال است (سعدی، ۱۳۹۹، ص ۳۱). در مقابل این نظر بر اثبات حجت نبودن این استشعار به عدم احراز دلالت و ظهور روایت مذکور تمسک می‌شود که در پاسخ باید گفت به استناد قول برخی فقها که اشعار حاصل از تعلیق حکم بر وصف با قراین داخلی و خارجی را در حد ظهور دانسته‌اند (وحید بهبانی، ۱۴۱۵، ص ۳۴۴). اشکال شمول ملاک «فقدان مالک» به سایر اموال پاسخی موجه دارد. بنابراین می‌توان ادعا کرد روایت فوق ظهور در این قابلیت تسری این ملاک به سایر اموال غیر از اراضی دارد.

علاوه بر این، استناد حضرت امام^ع به سیره عقلا برای اثبات مالکیت حکومت نسبت به انفال را نمی‌توان بر مبنای تعلق اموال عمومی به مردم زیر سؤال برد؛ زیرا مبنای تصرف حاکم عادل

(امام) و از جمله فقیه جامع الشرایط در انفال، بر کبرای کلی ابتدای حکومت بر ولایت و نه وکالت از طرف مردم استوار است. مضاف بر اینکه تسری علت منصوصه به سایر مصادیق اشکالی ندارد؛ زیرا تفریع است، نه قیاس. ممکن است اشکال وارد شود که علیّت «لا رب لها» متکی بر وصف «نداشتن مالک» است و قراینی نیست تا ظهور در این وصف محرز شود؛ لذا اشعار این علیّت حجیت ندارد. هر چند در پاسخ می‌توان به مؤید بودن این استشعار بر تأیید سیره عقلا (رایج بودن عقلایی تصرف حکومت بر اموال بی‌مالک) اکتفا کرد، اما با فرض توقف در این معنا از روایت و احتجاج به اصل استصحاب عدم مالکیت امام در مورد اموالی که انفال بودنشان محل شک است، می‌توان با رجوع به قطعیت عموماتی مانند روایت «الارض کله لنا»، محلی برای بروز شک و استناد به اصل قائل نشد (سعدی، ۱۳۹۹، ص ۳۲-۳۶). مؤید قول اخیر، تأیید شیخ انصاری بر انفال بودن ساحل دریاها و مباحات نبودن آن با دو دلیل روایات زیاد انفال بودن هر زمین بی‌مالک و عموم روایات تعلق کل زمین به امام است (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۵۹). در نتیجه ملاک بی‌مالک بودن برای تشخیص انفال را باید قابل تسری به اموالی غیر از زمین و از جمله آب‌ها دانست.

۲-۲-۲. ملاک «دخالت بشر در احداث» به منظور تمییز آب‌های مباح و مشترکات

با پذیرش قابلیت تسری ملاک «بدون مالک بودن مال» از زمین به سایر اموال و از جمله آب‌ها، این سؤال پیش می‌آید که اگر هر مال بدون مالکی انفال است، پس کدام مال جزء مباحات اصلیه و مشترکات عمومی است؟ برای پاسخ‌گویی از توضیح مختصری از مفهوم مباحات و مشترکات نیست. ماده ۲۷ قانون مدنی در خصوص مباحات مقرر کرده است: «اموال که ملک اشخاص نیست و افراد می‌توانند آنها را مطابق مقررات تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند مباحات نامیده می‌شود؛ مثلاً اراضی موات یعنی زمین‌هایی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد.» این تعریف از مباحات برگرفته از تعریف فقهی مباحات است، هر چند به دلیل اینکه اراضی موات در فقه و اصل ۴۵ قانون اساسی جزء انفال است، مثال اراضی موات در تعریف قانون مدنی از مباحات، مغایر مفهوم فقهی اراضی موات و مغایر اصل ۴۵ قانون اساسی است. به هر حال ضابطه بدون مالک بودن در مورد مباحات هم صدق می‌کند. رودخانه‌های بزرگ که با این ملاک باید جزء انفال باشند، اما از نظر بسیاری از فقها جزء مشترکات یا مباحات هستند (سعدی، ۱۳۹۹، ص ۴۰). حتی برخی فقها در مورد آب‌ها به طور کلی اصل را بر لباحه گذاشته که در نتیجه با حیازت قابل

تملك هستند (شهید اول، [بی تا]، ج ۳، ص ۶۵ / شهید ثانی، ۱۳۹۳، ج ۷، ص ۱۸۴).

باتوجه به مطالب فوق و معیار به دست آمده، علیرغم اینکه مباحات نیز مانند انفال بدون مالک هستند، در اموال عمومی اصل را باید بر انفال بودن اموال بی صاحب گذاشت، مگر اینکه به موجب روایات با حکم حکومتی اموال عمومی مباح و با حیازت قابل تملک شده باشند (سعدی، ۱۳۹۹، ص ۴۱). مشترکات را نیز باید از انفال و مباحات بدین نحو بازشناسی کرد که در مورد مشترکات عمومی نیز مانند انفال و مباحات ملاک «مالک خاص نداشتن» صدق می کند، اما مشترکات عمومی آن دسته ای از اموال عمومی هستند که همه مردم در استفاده از و بهره گیری از آنها برابرند و عین آنها قابل انتقال نیست که این قسم را «منافع مشترکه» نیز نامیده اند و مشترکات به معنی عام کلمه را شامل مباحات اصلیه نیز دانسته اند (خامنه ای، ۱۳۸۶، ص ۸۴). بنابراین مشترکات عمومی به معنی خاص یعنی «منافع مشترکه»، با حیازت قابل تملک نیستند، حال اینکه کدام دسته از آبها قابل حیازت هستند و کدام خیر، بستگی دارد به اینکه با ملاک های فوق در کدام یک از این دسته ها بگنجد.

۱۱۱

باتوجه به این مطلب برای تشخیص اینکه آب های عمومی از انفال محسوب می شوند و قابل تملک نیستند یا اینکه جزء مباحات اصلیه و مشترکات عمومی قابل تملک اند و یا اینکه از جمله مشترکات عمومی غیر قابل تملک (منافع مشترک) هستند، باید با بررسی ادله شرعی وارد و جمع بندی فقها از آنها قائل به تفصیل بشویم. از نظر امام خمینی علیه السلام آبها از مشترکات هستند؛ یعنی آب شطها و نهراهای بزرگ مانند دجله و فرات و نیل و نهراهای کوچکی که کسی آنها را به جریان نینداخته، بلکه خودشان از چشمه یا سیلها یا آب شدن برفها به جریان افتاده اند جزء مشترکاتی (مباحات) هستند که کسی که چیزی از آنها را به وسیله ظرف یا آبگیر یا حوض و مانند اینها حیازت کند، مالک آب می شود و حتی فرقی بین مالکیت مسلمان و کافر نسبت به این آب نیست (خمینی، ۱۳۹۲، ص ۲۳۲). به نظر می رسد نمی توان مطلق آب های عمومی را جزء مشترکات قابل حیازت (مباحات اصلیه) دانست؛ کما اینکه مستنبط از روایاتی مانند «فما سقت اوسقی منها فللإمام علیه السلام و البحر المطیف بالدنیا [للإمام]» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۴۰۹). برخلاف برخی فقها مانند محقق در شرایع که به جهت عدم تصریح روایات به انفال بودن دریاها قائل به انفال نبودن دریا شده اند، می توان آن را انفال و متعلق به امام دانست؛ زیرا از ابتدای روایت «فما سقت...» که دال بر این است که به علت شور بودن آب دریا نمی توان حیوان و نبات را از آن آب داد، داخل بودن دریا در

انفال برداشت نمی‌شود، بلکه انتهای روایت «البحر المطیف بالدنیا للإمام» جمله تأسیسی است و دریاها را داخل در انفال می‌کند. همچنین مستفاد از روایت «الدنیا و ما علیها لرسول‌الله و للإمام» همین معنا است (خامنه‌ای، ۱۳۸۶، ص ۷۱-۷۲). بنابراین تمام دریاهایی که دست بشر در ایجاد آن دخیل نبوده است انفال محسوب می‌شود، همانگونه که این معنا از روایت فوق توسط برخی از فقها استنباط شده است: «وقد عد من الأنفال: البحار. علی کونها من الأنفال بصرف أن تكون من الأراضی التي لا تكون فیها الماء وتكون مظان للهلكة، فافهم و تأمل. كما فی المقنعة. و یدل علیه صحیح حفص بن البختری المروی عنه بغیر واحد من الطرق عن أبی عبد‌الله»: «إن جبرئیل کری برجله خمسة أنهار: لسان الماء يتبعه الفرات، ودجلة، ونیل مصر، ومهران، ونهر بلخ، فما سقت أو سقی منها فللأمام، والبحر المطیف بالدنیا»...» (حائری یزدی، ۱۴۱۸، ص ۷۱۵).

حاصل آنکه طبیعی بودن و عدم دخالت انسان در نوع آب موجود در یک مکان، ملاکی جهت تشخیص ماهیت و ملکیت آن است. برخی گمان می‌کنند به جهت اینکه دخالت بشر جهت استفاده از آب دریاها در عصر ائمه علیهم‌السلام محدود بوده است که باعث شده است در روایات تصریح به انفال بودن دریا نشود؛ زیرا آب‌ها کاربرد و مصارفی غیر از سقایت نبات و حیوان نداشته است و سایر مصارف امروزی دریا مانند استخراج جواهر و صید و معادن و غیره در آن زمان مبتلا به نبوده است (معصومی و لطفی، ۱۳۹۵، ص ۶۸). در حالی که اولاً از ادله پیش گفته مشخص می‌شود که از روایات نیز می‌توان انفال بودن دریا را اثبات کرد، ثانیاً بسیاری از مصارف امروزی از دریا در آن زمان ولو در مقیاس کوچک‌تر وجود داشته است، ثالثاً بسیاری از مصارف جدید مانند معادن نفتی و غیره در دریا از امور حاکمیتی و در اختیار دولت است که مباح و مشترک محسوب کردن دریا منجر به قابلیت تملک خصوصی آنها شده و دولت نمی‌تواند مصالح جامعه امروزی را تأمین کند.

حال از میان سایر آب‌هایی که بی‌دخالت بشر موجود بوده‌اند، به جهت وجود مصالحی جهت رفع نیاز عامه و مضرات اجتماعی انحصار آن، برابری افراد در بهره‌برداری از آنها ضروری است. احادیثی مانند «ثلاث لا یمنعن: الماء و الکلاً و النار»؛ «سه چیز همگانی است: آب و مرتع و آتش (سوخت)» (متقی هندی، ۱۴۰۱، ج ۴، ص ۸۲) و همچنین روایت «الناس شرکاء فی ثلاثه: النار و الماء و الکلاً»؛ «مردم در سه چیز شریک‌اند: آب، مرتع و آتش (مواد سوختی)» (محدث نوری، [بی‌تا]، ج ۱۷، ص ۱۱۴). در این زمینه وارد شده است که آب را جزء مشترکات بر می‌شمارد.

آنچه که مملک آب‌ها است، کار است که در آب زیرزمینی حفر چاه و غیره و در آب

سطح الارضی جوی بندی و زهکشی و غیره است (خامنه‌ای، ۱۳۸۶، ص ۸۶—۸۷). روایت دیگر می‌فرماید: «من سبق الی ما لم یسبق الیه مسلم فهو له»؛ «هر که به چیزی برسد که مسلمانی پیش از او به آن نرسیده، آن چیز از آن اوست» (متقی هندی، ۱۴۰۱، ج ۳، ص ۸۹۳). از این روایت نیز حق اولویت در بهره‌برداری از آب‌ها مشخص می‌شود که سبق در حیازت موجب منع غیر، از تملک همان آب است.

۲-۲-۳. امکان سنجی جمع دو معیار

با تدقیق در استدلال‌های بیان‌شده در مورد دو ملاک «بی مالک بودن آب‌های عمومی» و «تأثیر دخالت بشر در قابل بهره‌برداری شدن آب‌های عمومی» باید این مسئله را پاسخ داد که چگونه هر دوی این معیارهای مطرح‌شده در نظریات فقها نسبت به تعیین تکلیف وضعیت تملک آب‌های عمومی می‌تواند مؤثر باشد، درحالی‌که به نظر می‌رسد با معیار قرار دادن یکی از آنها، خدشه‌ای به ملاک بودن دیگری نیز می‌تواند وارد شود. بر اساس قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» به نظر می‌رسد بتوان نسبتی بین دو ملاک فوق بر قرار کرد، بدین صورت که اصل بر این است که آب‌های عمومی بدون مالک هستند که در این حالت انفال محسوب می‌شوند، مگر آنکه احراز و اثبات شود که به نحوی با دخالت مجاز و مشروع بشر حقی برای او در تصرف و تملک آب‌های عمومی به میزان مشروعی ایجاد شده باشد. به تعبیر دیگر بنا بر اصل عدم، ابتدائاً فرض می‌شود که مالکیت خصوصی نسبت به آب‌های عمومی مستقر نشده است و مخالف این معنا است که محتاج ارائه دلیل است. در نتیجه می‌توان از بررسی ادله موجود فقهی نیز به این جمع‌بندی رسید که از یک سو ملاک دخالت بشر و انجام کاری برای قابل بهره‌برداری شدن آب‌ها با تجویز حاکم شرع ملاک تعیین‌کننده وضعیت مالکیت خصوصی ایجاد شده نسبت به آب‌های عمومی است و از سوی دیگر نباید تمامی آب‌های عمومی را مباح و قابل تملک توسط اشخاص بدون نظارت و تجویز حاکم شرع محسوب کرد، بلکه اصل بر انفال بودن و لزوم استیذان از حکومت اسلامی جهت حیازت آب‌ها ضروری است.

۲. تحلیل رویکرد فقهی حاکم در قوانین مالکیت آب‌های عمومی

پس از تحلیل ابعاد فقهی حقا به، لازم است کیفیت و سیر تطور اثرگذاری رویکرد فقها در نظام

حقوقی ایران مورد توجه قرار گیرد. سپس به طور خاص رویکرد فقهای شورای نگهبان که پس از انقلاب اسلامی اثرگذاری خاصی بر قوانین این حوزه داشته است، برای نیل به مقصود در خصوص گزینش رویکرد فقهی مطلوب در ضروری به نظر می‌رسد.

۲-۱. تطور رویکرد فقهی در قوانین مرتبط

تفاوت قائل شدن بین مالکیت آب‌های عمومی و خصوصی را در قانون مدنی که مبتنی بر فقه سنتی تدوین شده است می‌توان مشاهده کرد، به نحوی که هرچند مواد ۱۴۸، ۱۴۹، ۱۵۰ و ۱۵۵ قانون مدنی^۱ شق نهر از رودخانه را مجاز دانسته‌اند، اما ماده ۲۵ این قانون^۲ آب‌هایی که به موجب فعالیت عموم مردم احداث شده‌اند را غیرقابل تملک خصوصی مقرر کرده است (بدیسار و احمدی، ۱۳۹۶، ص ۱۴۳). با این حال، در این نگاه مقنن، دولت نظارت و مالکیتی بر آب نداشت (زاهدی، ۱۳۸۴، ص ۷۶). اما اطلاق حق بهره‌برداری از منابع آبی عمومی پیش از انقلاب اسلامی در ماده ۱ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ و پس از انقلاب اسلامی نیز در اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب با مشترکات عمومی اعلام کردن دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، در عین در اختیار دولت قرارداد مدیریت آب‌ها، تأییدی بر عدول قانون سال ۱۳۴۷ از حلول رویکرد فقه سنتی در قانون مدنی در امکان حیازت آب‌های عمومی بوده است؛ منتها این بار اختیار آب‌ها به ید حاکم اسلامی سپرده شد.

ماده ۱۴۷ قانون مدنی مقرر کرده است: «هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوط به آن حیازت کند مالک آن می‌شود.» بر این مبنا قبل از حیازت حق مالکانه‌ای وجود ندارد و تنها به اندازه

۱. ماده ۱۴۸- هرکس در زمین مباح نهري بکند و متصل کند به رودخانه آن نهر را احیاء کرده و مالک آن نهر می‌شود ولی مادامی که متصل به رودخانه نشده است تحجیر محسوب است.

ماده ۱۴۹- هرگاه کسی به قصد حیازت میاه مباحه نهر یا مجری احداث کند آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود ملک صاحب مجری است و بدون اذن مالک نمی‌توان از آن نهری جدا کرد یا زمینی مشروب نمود.

ماده ۱۵۰- هرگاه چند نفر در کندن مجری یا چاه شریک شوند به نسبت عمل و مخارجی که موجب تفاوت عمل باشد مالک آب آن می‌شوند و به همان نسبت بین آنها تقسیم می‌شود.

ماده ۱۵۵- هرکس حق دارد از نهرهای مباحه اراضی خود را مشروب کند یا برای زمین و آسیاب و سایر حوائج خود از آن نهر جدا کند.»

۲. (ماده ۲۵- هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پل‌ها و کاروانسراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدان‌گاه‌های عمومی تملک کند و همچنین است قنوت و چاهایی که مورد استفاده عموم است.)

حیازت شده تملک می‌شود، به علاوه حیازت نباید مغایر قاعده لاضرر و لا ضرار باشد، ولی اعتبار این حکم تا سال ۱۳۴۷ است که وضعیت مالکیت آب‌ها تغییر می‌کند (نوروزی، ۱۳۹۷، ص ۸۷۳). ابتدا قانون حفظ و حراست منابع آب‌های زیرزمینی کشور مصوب ۱۳۴۵/۳/۱۰ حفر چاه و قنات را ممنوع یا موکول به اذن دولت می‌کند و سپس قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷/۵/۷ آب‌های مباح را جزء اموال عمومی اعلام کرده و اداره آن را به دست دولت می‌سپارد که در نتیجه تجدیدنظر در میزان حقایبه‌ها و صدور عادلانه پروانه مصرف توسط دولت انجام می‌پذیرد، در حالی که تا قبل از آن با ورود آب مباح به نهر یا مجری یا قنات به مالک تعلق پیدا می‌کرد و دیگر از مشترکات عمومی و مباحات نبود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۷۴). بر اساس قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ نیز حقایبه‌های موجود پیش از احداث تأسیسات وضعیتی مشابه قبل دارد و در اختیار وزارت نیرو است تا حجم و زمان مصرف آب را طبق این قانون تعیین کند (بشیری و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۲۳). نتیجه آنکه بدون اخذ مجوزهای لازم از دولت نمی‌توان آب را تملک یا از آن بهره‌برداری کرد.

۲-۲. حکومت نظر فقهای شورای نگهبان بر اصل ۴۵ قانون اساسی

اصل ۴۵ قانون اساسی^۱ آب‌های عمومی را جزء انفال و ثروت‌های عمومی مقرر کرده است که علیرغم اشاره ذیل این اصل به تعیین تفصیل و ترتیب هر یک از مصادیق انفال و ثروت‌های عمومی در قانون، تعریفی از انفال در متون قانونی ارائه نشده است. هرچند دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی در این اصل جزء انفال محسوب شده‌اند، اما فقهای شورای نگهبان با اختیاری که ناشی از اصل چهارم قانون اساسی دارند، معنای فقهی مد نظر خودشان را بر معنای مورد نظر مقنن اساسی غلبه داده‌اند. این نظر در مقام نظارت بر طرح توزیع عادلانه آب نسبت به

۱. اصل ۴۵- 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 مجهول‌المالك 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 يك را قانون معین می‌کند.

ماده ۱ این مصوبه^۱ ابراز شده است^۲ که نهایتاً با حذف «انفال» و «آب‌های عمومی» به پیشنهاد فقهای شورا از این ماده مصوبه، منجر به مشترکات محسوب کردن آب‌ها در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب^۳ شده است. حتی به نظر می‌رسد نظر فقهای شورا با مخالفت با درج عبارت «آب‌های عمومی»، مشعر بر منع تعرض قانون‌گذار و دولت به مالکیت‌های خصوصی مستقر نسبت به آب‌های عمومی است. بنابراین فقهای شورا مطلق آب‌ها را جزء اموال عمومی نمی‌دانند که همان‌طور که در توضیح نظرات فقهی گفته شد، این نظر ایشان ریشه در نظریات صادر شده در فقه امامیه دارد.

بنابراین به نظر می‌رسد وضعیت موجود مالکیت آب‌های عمومی در نظام حقوقی ایران از این قرار است که مبتنی بر حکومت اصل چهارم قانون اساسی بر سایر اصول قانون اساسی، نظر شرعی فقهای شورای نگهبان در مورد ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب بر اصل ۴۵ قانون اساسی حاکم است و بر خلاف برخی برداشت‌ها مبنی بر انفال محسوب کردن آب‌های عمومی (معصومی و لطفی، ۱۳۹۶، ص ۷۷) از اصل ۴۵ جزء مشترکات بودن آب‌ها برداشت نمی‌شود؛ لذا نمی‌توان حکم اصل ۴۵ در خصوص انفال محسوب شدن آب‌های مختلف را در حال حاضر مجرا و معتبر دانست. منتها تفاوتی که در احتساب آب‌ها به مثابه مشترکات عمومی در قانون توزیع عادلانه آب با مشترکات عمومی در فقه وجود دارد، این است که «مشترکات» در فقه به معنای عام کلمه اعم از «مباحات

۱. ماده (۱) طرح قانونی توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۳/۱۷ مجلس شورای اسلامی: «ماده ۱- براساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، 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 از انفال و آب‌های عمومی بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها بدولت محول می‌شود.»

۲. بند (۱) نظر شماره ۶۱۰۱ مورخ ۱۳۶۱/۸/۸ شورای نگهبان در خصوص طرح توزیع عادلانه آب: «۱- در ماده (۱) اینکه آب‌ها را از انفال ذکر نموده شرعاً صحیح نیست و پیشنهاد می‌شود نوشته شود: (از مشترکات است و در اختیار دولت) و جمله (و آب‌های عمومی) حذف شود.»

۳. ماده (۱) قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ مجلس شورای اسلامی: «ماده ۱- براساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آب‌های دریاها و آب‌های جاری در رودها و انهار طبیعی و دره‌ها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی، سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها به دولت محول می‌شود.»

قابل تملک» و «منافع مشترکه غیر قابل تملک» است و منافع مشترکه یا همان مشترکات عمومی به معنای خاص کلمه به جهت نداشتن ویژگی قابلیت حیات و تملک توسط اشخاص، با مشترکات عمومی مذکور در قانون توزیع عادلانه آب متفاوت است؛ زیرا امکان حیات و تملک آب‌ها مبتنی بر قانون توزیع عادلانه آب به‌طور کلی نقض نشده است و همان‌طور که برخی صاحب‌نظران حقوقی معتقدند مواد ۱۴۹ به بعد قانون مدنی با این قانون نسخ نشده است و تنها اذن وزارت نیرو جهت تجویز تصرف و حیات آب‌ها الحاق شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۰).

۳. رویکرد فقهی مطلوب در قوانین مالکیت حقابه

پس از روشن شدن کیفیت اثرگذاری نظرات فقها بر ماهیت آب‌ها در نظام حقوقی کنونی ایران، جهت یافتن رویکرد مطلوب فقهی در بهره‌برداری از حقابه و ارائه راهکار مناسب نسبت به قوانین موجود، باید به ظرفیت اصل ۴۵ قانون اساسی و برداشت مجری قانون از رویکرد فقهی جاری در قوانین، اعم از مباحثات تلقی کردن یا مشترکات عمومی برشمردن آب‌های عمومی و اثر آن بر حقابه توجه کرد.

۳-۱. ظرفیت اصل ۴۵ در اتخاذ رویکرد مطلوب

مشترکات عمومی بودن آب‌ها در حال حاضر در نظام حقوقی ما به معنای عام کلمه است؛ یعنی آب‌ها در واقع جزء مباحات اصلیه در معنای مصطلح فقهی محسوب می‌شوند؛ منتها فقط بنا بر تجویز مقنن در حکومت اسلامی حیات میاه مباحه با اذن حاکم مجاز شمرده می‌شود. با پذیرش این معنا می‌توان این نقد را مطرح کرد که جهت درج شرط اذن و اجازه دولت در حیات و تملک آب‌ها، نهاد انفال که در فقه وجود داشته است و در اصل ۴۵ قانون اساسی نیز بازتاب یافته بود، ظرفیت بهتری برای چنین حکمی بود. کما اینکه ماهیت انفال بودن آب‌های عمومی آگاهانه در مجلس خبرگان قانون اساسی در این اصل گنجانده شده بود و شاهد مثال آنکه آیت‌الله سید محمد خامنه‌ای که بعدها از نظر فقهی اثبات کرده‌اند که کل دریاها در دنیا جزء انفال محسوب می‌شوند (خامنه‌ای، ۱۳۸۶، ص ۷۱-۷۲). خود ایشان در جلسه بررسی اصل ۴۵ در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی اشکال وارد کرده‌اند که «دریاها را اگر جزء انفال بدانیم به معنای ملک امام^ع، با دریاها آزاد که مسئله بین‌المللی و سیاسی است، معارضه دارد.» در اینجا ایشان پاسخی از شهید بهشتی

دریافت می‌کنند مبنی بر پذیرفتن قدر متیقن قسمت قابل تصرف از دریاها توسط حکومت به‌عنوان اینکه انفال محسوب شود که در نتیجه متن پیشنهادی از این لحاظ تغییر نمی‌کند و بدون مخالف رأی می‌آورد (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۵۱۵-۱۵۱۶).

دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی را هم طبق ظاهر اصل ۴۵ می‌توان حمل بر انفال کرد، اما از مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز بر می‌آید که «ثروت‌های عمومی» علاوه بر اینکه به «انفال» عطف شده است، در بر دارنده سایر مواردی نیز است که مثل مال مجهول‌المالک جزء انفال نیست (همان، ص ۱۵۱۵). و می‌تواند شامل سایر آب‌ها غیر از دریا نیز شود. باتوجه به ظرفیت عطف «سایر آب‌ها» بر «ثروت‌های عمومی»، از آنجاکه این عبارت، مفهومی عام دارد و در بردارنده «مشترکات عمومی» نیز است، با رویکرد تفسیری منشأگرا، منعی از جهت قانون اساسی نسبت به انفال محسوب نکردن و جزء مشترکات حساب کردن آب‌های غیر از دریا وجود ندارد و ازسوی دیگر حالت عکس این عطف نیز ممکن و صادق است و انفال محسوب کردن آنها هم مغایر قانون اساسی نیست.

۲-۳. تأویل ماهیت فقهی آب‌ها در ادبیات مقنن و تأثیر آن بر حقاچه در برداشت مجری قانون

همان‌گونه که در بحث قبل توضیح داده شد، مطابق بند ۱ نظر شماره ۶۱۰۱ مورخ ۱۳۶۱/۸/۸ شورای نگهبان در خصوص ماده ۱ طرح توزیع عادلانه آب، رویکرد فقهای شورای نگهبان در اوایل دهه ۶۰ مشترکات محسوب کردن آب‌های عمومی است که عکس آنچه که مبنی بر اموال عمومی بودن آب‌ها در این رویکرد تصور می‌شود (جعفری ندوشن و شاهین، ۱۳۹۸، ص ۲۹۴) این رویکرد فقهای شورای نگهبان به معنی جزء اموال عمومی حساب کردن آب‌ها نیست؛ زیرا همان‌طور که گفته شد مشترکات عمومی که در وضعیت کنونی نظام حقوقی ما شامل آب‌ها نیز می‌شود و ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب مشعر بر همین معنا است، در لسان فقها در معنای خاص یعنی «منافع مشترکه» که مردم در استفاده و بهره‌گیری از آن برابر و مشترکند و با حیازت قابل تملک نیستند و در معنای عام یعنی «مباحات اصلیه» که قابل حیازت هستند (خامنه‌ای، ۱۳۸۶، صص ۴۷ و ۸۴). در تعبیری دیگر نیز مشترکات عمومی به معنی اموالی که مالکان آن در حقوق عمومی دارای شخصیت حقوقی باشند و در فقه نیز اموالی که متعلق حق عموم باشد، گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱،

ص ۶۵۲). اما اموال عمومی متعلق به منفعت عمومی و شخص حقوقی حقوق عمومی است و شامل اموال دولتی، اموال شرکت‌های دولتی و اموال عمومی به معنی خاص می‌شود و در صورت استفاده در راستای شأن حاکمیتی، تابع قواعد ترجیحی حقوق عمومی خواهد بود (عبداللهی، ۱۳۹۸، ص ۸۴). با این توضیح دو برداشت می‌توان نسبت به معنای «مشترکات» در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب متصور شد که یکی دال بر اشتراک معنایی آن با «مباحات» است و دیگری افتراق معنای آن با مباحات و «مشترکات عمومی» محسوب شدن آب‌های عمومی است که نهادی نزدیک‌تر به انفال از حیث اصل بودن عدم اذن دولت در حیازت آب‌ها است و نتیجه‌اش در حدود صلاحیت دولت در تعیین میزان حقا به مؤثر است.

۳-۲-۱. رویکرد استنباط معنای «مباحات» از لفظ «مشترکات»

هر چند طبق تعاریف فوق از مشترکات عمومی و اموال عمومی در یک معنی می‌توان مشترکات عمومی را جزء اموال عمومی دانست، اما از آنجاکه مطابق رویکرد فقهی سنتی آنجا که آب‌ها در لسان فقها به‌عنوان مشترکات محسوب شده‌اند، مشترکات قابل حیازت بدون نیاز به استیذان از امام - در معنای عام حکومت اسلامی - است (خمینی، ۱۳۹۲، ص ۲۳۲). که در واقع همان مباحات اصلیه محسوب می‌شوند؛ لذا می‌توان معنای مورد نظر از لفظ «مشترکات» در نظر فقهای شورای نگهبان را همان معنای رایج فقهی در معنای عام آن که برابر با مباحات اصلیه بوده است را برداشت کرد و نه لزوماً مشترکات به معنای خاص کلمه؛ چه آنکه در مشترکات به معنای خاص (منافع مشترکه یا همان مشترکات عمومی) قابلیت حیازت بدون اذن حاکم منتفی است. بنابراین مدلول نظر فقهای شورا و به تبع آن ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب این نیست که برای حیازت و تملک آب‌ها و بهره‌مند شدن از حقا به در آب‌های سطحی نیز نیاز به اذن حاکم باشد، هر چند که در ذیل ماده فوق قید در اختیار حکومت اسلامی بودن و بهره‌برداری از آب‌ها مطابق مصالح عامه آمده است، اما صدر و ذیل این ماده همخوانی نداشته و لازم است از آن نهادی در فقه برای شناسایی ماهیت آب‌ها استفاده شود که ایجاد مالکیت خصوصی در اموال عمومی در آن مبتنی بر اصاله‌الاباحه نباشد و آن نهاد چیزی نیست جز انفال. همان‌طور که در بخش ابتدایی بحث ذکر شد ظرفیت فقهی آن نیز با اخذ ملاک «بی‌ملک بودن» انفال و تنقیح مناط آن به آب‌های عمومی مانعی در این جهت وجود ندارد که آب‌ها را از انفال محسوب کرده و به جای اصل مباح بودن تملک آب‌ها، مبتنی بر اصل تعلق

آب‌های عمومی به امام، ایجاد مالکیت خصوصی منوط بر اخذ اذن امام باشد تا طبق مصالح عامه حاکم اسلامی اولویت‌سنجی نموده و در صورتی که تشخیص داد اولویت دیگری وجود ندارد، اجازه بهره‌برداری به حیازت‌کننده بدهد.

۲-۳. رویکرد استنباط معنای «مشترکات عمومی» از لفظ «مشترکات»

معنای دیگری که طبق رویکرد دوم از نظر فقهای شورای نگهبان در مورد ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب می‌توان ارائه کرد، «مشترکات عمومی» محسوب کردن آب‌ها است که شاهد مثال‌هایی در نظرات دیگری از فقهای شورا می‌توان ذکر کرد که ظرفیت بیشتری برای استنباط این معنا در این نظرات وجود دارد؛ برای مثال نظر شماره ۹۶/۱۰۲/۱۸۳۰ مورخ ۱۳۹۶/۴/۲۱ فقهای شورای نگهبان در خصوص درخواست ابطال بخشنامه شماره ۱۲۷۶/۱۰۰ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۲۶، بخشنامه شماره ۵۲۵۳۵/۳۱/۱۰۰ مورخ ۱۳۷۹/۸/۲۳ و دستورالعمل مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۳ وزارت نیرو، نامه شماره ۱۰۳۵۵ مورخ ۱۳۸۳/۱/۱۸ وزارت صنایع و معادن، نامه شماره ۱۴۸۱۷/۱۰۰ مورخ ۱۳۸۳/۴/۳ شرکت مدیریت منابع آب ایران، مصوبه هفتاد و ششمین جلسه کمیسیون تخصیص آب و هرگونه تصمیمات مغایر با حقوق حقایبه‌داران و کلیه مجوزهای برداشت آب در مسیر رودخانه زاینده رود به غیر از حقله‌داران. در این نظر فقهای شورای نگهبان اینگونه اظهار نظر کرده‌اند: «در صورتی که مصوبه‌های مورد شکایت موجب تضییع حقوق مردم از جمله حقایبه و حق شرب گردد، خلاف شرع می‌باشد، و الا خلاف شرع نمی‌باشد. البته تشخیص موضوع این مطلب که مصوبات مورد شکایت موجب تضییع حقوق مردم می‌گردد یا خیر مسئله قضایی بوده که تشخیص آن برعهده مرجع صالح قضایی است.» بر مبنای این نظر، رأی شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۰۸۹ مورخ ۱۳۹۸/۳/۸ هیئت تخصصی اداری و امور عمومی دیوان عدالت اداری (gc.ir/Yg4lf) نیز مبنی بر عدم ابطال مصوبات مزبور صادر شده است. استدلال این رأی بر این اساس بوده است که به موجب ماده ۲۱ قانون توزیع عادلانه آب مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آب‌ها به وزارت نیرو تفویض شده است. همچنین بر اساس ماده ۲۴ قانون فوق، آب‌هایی که بر اثر احداث تأسیسات آبیاری و سدسازی و زهکشی و غیره به دست آمده است، تحت نظارت و مسئولیت وزارت نیرو قرار دارد و این وزارتخانه می‌تواند اجازه بهره‌برداری از آنها را صادر نماید. فقهای شورای نگهبان اگرچه تضییع حقایبه را نامشروع دانسته‌اند، اما با سپردن

تشخیص آن به مرجع قضایی و در نتیجه تجویز قضاوت مرجع قضایی بر اساس اصل دانستن اختیار دولت در تعیین میزان حقبه و حدود مجاز تصرف حقبه‌داران در آب‌های عمومی در واقع معنای مشترکات در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب را در مقام اجرا به نهاد «مشترکات عمومی» نزدیک‌تر دانسته‌اند.

این در حالی است که در نظر مورخ ۱۳۹۶/۲/۹ مجمع مشورتی حقوقی شورای نگهبان در خصوص شکایت فوق آمده است، (<https://slink.shora-gc.ir/KrJD3>: see) در فرآیند مدیریت و انتقال بین حوزه‌ای آب، باید حقوق حقبه‌داران رعایت گردد و از آنجا که در فرآیند انتقال آب زاینده‌رود به یزد حقوق حقبه‌داران رعایت نگردیده است، مصوبات مورد شکایت در این خصوص مغایر با موازین قانونی به نظر می‌رسد. همچنین مطابق نظر مورخ ۱۳۹۶/۲/۲۶ مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان (<https://slink.shora-gc.ir/A6kyh>: see) «... در صورتی که این مصوبات موجب تضییع حقوق مردم از جمله حق شرب و حقبه ایشان گردد این قوانین و مصوبات خلاف نظر حضرت امام خمینی علیه السلام (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۲۱۹/ کتاب احیاء الموات والمشرکات، مسئله ۲۹) می‌باشد»؛ بنابراین چنانچه بپذیریم که حقبه حقبه‌داران بر اساس مبنای شرعی بوده است، به همان صورت که نقض اختیار دولت در مدیریت آب‌ها غیر شرعی و غیر قانونی است، نقض حقبه مشروعی که دولت برای حقبه‌داران صدور مجوز کرده است می‌تواند غیر شرعی و غیر قانونی باشد و در اینجا نباید صرفاً به این جواز قانونی و شرعی سپردن اختیار مدیریت منابع آبی به دولت اکتفا کرد و هر تصمیمی که دولت مبتنی بر این اختیار اخذ کرد ولو آنکه ناقض حق تملک نسبت به حقبه شرعی باشد را در حدود اختیار دولت دانست. به هر حال اینکه فقهای شورا با وجود این نظریات مشورتی تشخیص تضییع حقبه را به مرجع قضایی و انهاده‌اند، فارغ از بُعد قضایی بودن صلاحیت تشخیص و تطبیق موضوع با حکم قانون، تلویحاً تأیید قوانینی است که در نظر مشورتی

۱. «مسئله ۲۹- 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 موتورهایی 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. و در این صورت، پس اگر بدون آن که مزاحمتی در بین باشد، آب برای آبیاری همه وافی بود که وافی است. و اگر وافی نباشد و بین صاحبان آن در تقدّم و تأخّر، مشاجره و سخت‌گیری پیدا شود، الاسبق فالاسبق در احیا، مقدم می‌شود در صورتی که سابق معلوم باشد، وگرنه الاعلی فالاعلی و الاقرب فالاقرب تا دهانه و اصل آب، مقدم می‌شود...» (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲: ص ۲۳۴).

فقهی نیز به استناد نظر امام خمینی^ع - که به مباح بودن آب چشمه و نهر و رودخانه و مانند آن اشاره فرموده بودند - امکان وجود خلاف شرع در آن نیز ذکر شده بود، در حالی که این قوانین مطابق نتیجه نهایی رأی دیوان اختیار امر در تعیین میزان حقا به را در صلاحیت دولت (وزارت نیرو) دانسته است و این نتیجه همان معنای مشترکات عمومی محسوب شدن آبها است، نه مباح محسوب شدن آنها.

۳-۲-۳. کاربست رویکرد فقهی کارآمد در انتفاع از حقا به

به نظر می‌رسد با توجه به ضرورت صدور نظریات فقهی کارآمد به نحوی که مصالح جامعه اسلامی را به نحو مطلوبی تأمین کند، از آنجا که کشور با بحران‌های کم‌آبی و خشکسالی و بعضاً زیست‌محیطی مواجه است و از سوی دیگر ضرورت رونق کشاورزی و صنایع آبر نیز در میان است و کاربست ظرفیت‌های فقهی متناسب با این مصالح اجتماعی ضروری است، اتخاذ رویکرد فقهی جهت تسهیل اداره امور و تنظیم‌گری در حوزه تملک آبها توسط دولت اسلامی نیز ضروری است، بنابراین علیرغم اینکه نسبت به آب‌های عمومی در فقه ادله‌ای بر مشترکات محسوب شدن ارائه شد، به جهت ناهماهنگ بودن شرط کردن اذن حاکم برای تملک آب‌های سطحی و بهره‌مند شدن از حقا به، در حالت مباحات بر شمردن آب‌های سطحی و نیز به منظور ایجاد ظرفیت بهتر برای اداره آبها توسط دولت به نظر می‌رسد می‌توان با تمسک به عموم ادله فقهی مبنی بر اختصاص اموال موجود در دنیا به شخصیت حقوقی امام^ع، بتوان آب‌های عمومی را انقال محسوب کرد.

در نتیجه از یک سو این وضعیت حقوقی حقا به‌ها در آب‌های سطحی مغایر قانون اساسی نخواهد بود و از سوی دیگر با تحدید حق اشخاص حیا زت‌کننده‌ای که مصارف بی‌رویه مازاد بر نیاز دارند یا جهت سودجویی با فروش منابع طبیعی سوء استفاده می‌کنند، با انقال محسوب کردن آب‌های عمومی، می‌توان نظارت دولت در این حوزه را تقویت کرد؛ زیرا با انقال محسوب شدن آب‌های عمومی اصل بر اختیار دولت در اداره آنها است و باید برای بهره‌برداری از آنها از دولت استیذان کرد، اما بالعکس با مباح محسوب شدن آب‌های عمومی اصل بر امکان حیا زت آبها و انتفاع از حقا به در آب‌های سطحی بوده و در هر مورد برای لزوم اخذ مجوز از دولت بلید دلیل آورد که در قوانین تصریح شده باشد.

در صورتی که نظریه انقال محسوب کردن آب‌های عمومی نیز پذیرفته نشود، با فرض مشترکات

عمومی محسوب شدن آب‌های عمومی باید به لوازم و نتایج آن در ابعاد مختلف بهره‌برداری از آب‌ها و مدیریت منابع آبی در قوانین و مقررات در سطوح مختلف سیاست‌گذاری و تقنینی و اجرایی پایبند بود. چه آنکه هدف مقنن از قید ماهیت مشترکات در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب طبعاً ایجاد امکان تملک آب‌های عمومی به صورتی که اصل را بر عدم نیاز به اخذ مجوز از دولت بگذارد نبوده است؛ لذا در مواد دیگر این قانون نظیر تعریفی که از حقابه در ماده ۱۸ شده است، اقتضای رویکرد فقهی کارآمد اعم از انفال یا مشترکات عمومی برشمردن آب‌های عمومی باید رعایت شود. به علاوه در قوانین دیگر نظیر مثال‌هایی که از قوانین برنامه پنج‌ساله توسعه در بخش‌های قبل زده شد نیز باید بروز و ظهور این رویکرد فقهی دیده شود به نحوی که دولت اسلامی در مدیریت حقابه بسط ید داشته باشد، اما با قید ضوابط قانونی لازم در قانون جهت رعایت حقوق حقابه‌داران. این درحالی است که از یک طرف در مواردی مانند ضرورت جبران خسارت نسبت به سلب حقابه مازاد توسط دولت افراط می‌شود و از یک طرف با واسطه‌گری اختیار کامل به دولت در قالب‌هایی مانند الزام به مقررات‌گذاری توسط دولت بدون تعیین ضوابط قانونی لازم، زمینه نقض حقوق حقابه‌داران نیز فراهم می‌شود؛ مانند ماده ۲۷ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه و نظر شورای نگهبان نسبت به این ماده که پیش از این اشاره شد.

نتیجه

با بررسی مختصات حقوقی حقا به دست آمد که مفهوم حقا به کشاورزان ناظر به آب‌های سطحی قابل تعریف است و آن حقی است که برای مالک در بهره‌برداری از این دسته از آب‌های عمومی ایجاد می‌شود، اما تعریف قانون توزیع عادلانه آب هر چند قابلیت اتکای این حق به ملک را به تعریف اضافه می‌کند، اما باز هم تعریف مانعی نیست و اتکای به شخص مالک را هم در بر دارد. از سوی دیگر تحلیل فقهی مختصات آب‌های عمومی نشان می‌دهد مالکیت آب‌های عمومی و ایجاد حقا به در آنها مطابق ملاک‌های فقهی سنجش ماهیت آب‌های عمومی اعم از ملاک «بی‌مالک بودن آب‌ها» و ملاک «دخالش بشر در قابل بهره‌برداری کردن آب‌ها» جهت تمیز آب‌های مباح و مشترکات از انفال قابل استفاده است، اما جمع این دو معیار فقهی ممکن بوده و اولی است؛ لذا اولاً باید آب‌هایی که حکومت اسلامی آنها را بی‌مالک می‌یابد انفال محسوب کند و از سوی دیگر نباید به حقا به ایجاد شده نسبت به آب‌های عمومی تعرض نماید.

بررسی رویکرد فقهی حاکم در قوانین مربوط به حوزه مالکیت آب‌های عمومی نشان می‌دهد رویکرد فقهی سنتی در قوانین مانند قانون مدنی که آب‌های عمومی را جزء مباحات محسوب کرده بودند، در قانون توزیع عادلانه آب بعد از انقلاب اسلامی دستخوش تغییر شده است و این قانون مبتنی بر نظر فقهای شورای نگهبان آب را از مباح بودن خارج کرده و جزء مشترکات محسوب کرده است، در نتیجه نظر فقهای شورای نگهبان بر اصل ۴۵ قانون اساسی که به نظر می‌رسد در مقام انفال محسوب کردن آب‌های عمومی بوده است، حاکم شده است.

با وجود تغییرات فوق در قوانین مربوط به نحوه استفاده از آب‌های عمومی و ایجاد حقا به، رویکرد فقهی فقهای شورای نگهبان لزوماً رویکرد مطلوب در قوانین مربوط به حقا به محسوب نمی‌شود، چه آنکه هدف مقنن همان طور که در اصل ۴۵ قانون اساسی نیز منعکس شده است، مدیریت بهینه منابع آبی با ایجاد اصالت در اختیار حکومت اسلامی بودن آب‌ها و استثنا بودن صدور اجازه برای بهره‌برداری از آنها است و ظرفیت اصل ۴۵ قانون اساسی در اتخاذ رویکرد مطلوب در جهت این هدف نیز مستنبط از مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز وجود دارد. با این حال حتی وجه مشترک مشترکات عمومی با انفال از حیث عدم قابلیت تملک خصوصی با وجود اینکه رویکرد فقهی جزء مشترکات عمومی محسوب کردن آب‌های عمومی در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب، انعکاس یافته است، در برخی موارد مانند تعریفی که از حقا به در

ماده ۱۸ این قانون شده است که مستلزم عدم تغییر میزان حقابه سنتی به ویژه حقابه‌های ایجادشده قبل از این قانون است، رویکرد مطلوبی در مدیریت منابع آبی نیست. چه آنکه می‌تواند مانعی حقوقی باشد بر سر راه اجرای شیوه‌های نوین آبیاری که منجر به کاهش مصرف آب می‌شود، درحالی‌که بحران آب امروزه یک بحران در سطح ملی شده است و بررسی وضعیت کمبود منابع آبی نشان می‌دهد که ضرورت دارد اقتضانات رویکرد فقهی کارآمد نسبت به ماهیت آب‌های عمومی اعم از اینکه مشترکات عمومی محسوب شوند یا انفال، در احکام قانونی مربوط به حقابه کشاورزان رعایت شود، درحالی‌که عملاً گاهی نتایج رویکرد شورای نگهبان در مقام نظارت بر قانونگذاری و گاهی رویکرد خود مقنن مانند تعیین تکلیف حقابه در قوانین برنامه‌های پنج‌ساله توسعه، مبتنی بر رویکرد فقهی جزء مباحات پنداشتن آب‌های عمومی بوده است. در طرف مقابل ولو با انفال یا مشترکات محسوب کردن آب‌های عمومی، بسط بد دولت نباید به نحوی باشد که در قانون، تعیین مطلق ضوابط مصرف آب به مقررات دولتی محول شده و زمینه تضییع حقابه حقابه‌داران نیز ایجاد شود که بازتاب این اختیارات گسترده در نظر دیگری از فقهای شورای نگهبان نسبت به مقررات مورد استعمال دیوان عدالت اداری در این حوزه دیده می‌شود. لذا باید «حکومت اسلامی» در اصل ۴۵ را اعم از قانون‌گذار و معجری قانون دانست و اختیارات کامل تعیین ضوابط قانونی معیار تعیین میزان مصرف حقابه را به دولت به معنی قوه مجریه (به‌طور خاص وزارت نیرو) سپرد.

منابع

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای؛ صورت مشروح مذاکرات مجلس (بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)؛ ج ۳، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۲. انصاری، مرتضی؛ کتاب الخمس؛ قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم، ۱۴۱۵ق.
۳. بدیسار، سیدناصرالدین و سیدمحمدصادق؛ حقوق حاکم بر آب در بستر حقوق عمومی ایران؛ تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۴. بشیری، انسیه و همکاران؛ نظام حاکم بر حقوق کاربردی آب؛ تهران: جاودانه، ۱۳۹۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
۶. جعفری ندوشن، علی اکبر و ابوالفضل شاهین؛ «نظام حقوقی حاکم بر مالکیت آب (با نگاهی به حقوق فرانسه و آمریکا)»، فصلنامه تحقیقات منابع آب ایران، ش ۴، زمستان ۱۳۹۸، ص ۲۸۲-۲۹۸.
۷. حائری یزدی، مرتضی؛ الخمس؛ قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۸ق.
۸. حبیبی، محمدحسن و مجید نجارزاده هنجی؛ «ملاک تمییز انفال و نسبت آن با سایر عناوین مالکیت عمومی»، دوفصلنامه حقوق خصوصی؛ ش ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۵۵-۷۶.
۹. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ۱۳۸۷.
۱۰. حلّی (محقق حلّی)، جعفر بن حسن؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۱. خامنه‌ای، سیدمحمد؛ مالکیت عمومی؛ تهران: تولید کتاب (نک)، ۱۳۸۶.
۱۲. خمینی، سیدروح‌الله؛ البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
۱۳. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریرالوسیلة؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
۱۴. دهخدا، علی اکبر؛ فرهنگ لغت؛ قابل مشاهده در: <https://vajehyab.com>.
۱۵. ذوالفقاری، یوسف؛ حقوق آب؛ تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۰.

۱۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ المفردات فی غریب القرآن؛ بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۲ق.
۱۷. زاهدی، حسن؛ نظام حقوقی مالکیت منابع آب و استفاده از آن؛ تبریز: مؤلف، ۱۳۸۴.
۱۸. سعدی، حسینعلی؛ انفال در عصر غیبت؛ تهران: دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۹.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن؛ النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی؛ بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ق.
۲۰. عبداللهی، حسین؛ «بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی؛ ش ۶۳، شهریور ۱۳۹۸، ص ۶۵-۹۶.
۲۱. عمید زنجانی، عباسعلی؛ فقه سیاسی؛ ج ۴، تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳.
۲۲. کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت؛ تهران: میزان، ۱۳۸۵.
۲۳. کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۱ و ۱۲، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۲۴. لباف خانیکی، مجید؛ نظام های تقسیم آب در ایران؛ تهران: به نشر (انتشارات آستان قدس رضوی)، ۱۳۸۵.
۲۵. متقی هندی، علاءالدین علی بن حسام الدین؛ کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال؛ مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۱ق.
۲۶. محدث نوری، حسین؛ مستدرک الوسائل؛ ج ۱۷، قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، [بی تا].
۲۷. معصومی، مسعود و اسدالله لطفی؛ «بررسی فقهی — حقوقی جایگاه آب ها در اموال عمومی»، پژوهش های فقهی؛ ش ۱، بهار ۱۳۹۶، ص ۵۱-۸۳.
۲۸. مکی (شهید اول)، ابو عبدالله شمس الدین؛ للدروس الشرعية فی فقه الإمامیه؛ ج ۳، قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعه، [بی تا].
۲۹. منتظری، حسینعلی؛ دراسات فی ولایت الفقیه وفق الدولة الإسلامیه؛ قم: دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
۳۰. عاملی جُبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ ج ۷، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۳.
۳۱. نوروزی، قدرت الله؛ «تأملی بر چالش های حقوقی مالکیت آب در حوضه زاینده رود از منظر حقوق عمومی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۷، ص ۸۶۷-۸۸۶.
۳۲. وحید بهبانی، محمد باقر بن محمد؛ الفوائد الحائریة؛ قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۱۵ق.