

نظریه امانت عمومی به مثابه مبنای حق بهره‌برداری از منابع آب در حقوق ایران

علی‌اکبر جعفری ندوشن*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه یزد، یزد، ایران

چکیده

بانی نظری نظام بهره‌برداری از منابع آب در حقوق، مبتنی بر نظریات گوناگونی است که می‌تواند از مالکیت مطلق مالک اراضی، نظریه حریم، نظریه حق تقدم، نظریه احراز و نظریه امانت عمومی را در برگیرد. این نظریات که در طول تاریخ حقوق، مبنای حق بهره‌برداری منابع آب را فراهم آورده‌اند، در نظام فقهی و حقوقی ما نیز کم و بیش مورد استناد بوده است. در فقه امامیه هرچند بنا به قاعده فقهی «من حاز ملک» حق بهره‌برداری آب را مبتنی بر نظریه احراز دانسته‌اند که همگان در بهره‌مندی از آب‌های مباح حق برابر دارند و هر کس زودتر آن را حیازت کند دارای اولویت خواهد بود، اما قانون اساسی و قانون توزیع عادلانه آب ذیل مفاهیم انفال و اموال و مشترکات عمومی از نظریه‌ای پیروی کرده‌اند که با نفی نسبی مالکیت خصوصی و عمومی، مدیریت و نظارت بر نظام بهره‌برداری از منابع آب را با رعایت مصالح عامه در اختیار دولت قرار داده است. از این رو می‌توان مبنای نظام بهره‌برداری از منابع آب در ایران را در چارچوب نظریه‌ای موسوم به «نظریه امانت عمومی» ارزیابی کرد.

واژگان کلیدی

احراز، امانت عمومی، انفال، حریم، حق‌آبه، مشترکات.

Email: jafarinadoushan@yazd.ac.ir

* نویسنده مسئول

تاریخ دریافت: ۲۳ مرداد ۱۴۰۰، تاریخ تصویب: ۱۲ دی ۱۴۰۰

DOI: 10.22059/JLQ.2022.328392.1007575

© University of Tehran

۱. مقدمه

آب منشأ حیات و رونق زندگی است. اهمیت آب در تمام شئون زندگی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بشر مشهود است. ارزش و اعتبار آب در مناطق خشک و نیمه‌خشک به‌علت ناهمگونی زمانی و مکانی بارش به‌عنوان عامل تولید آب از سایر نقاط بیشتر است. علاوه بر آنکه عدم توازن بین منابع و مصارف آب، مشکلاتی اساسی را بر سر راه توسعه پایدار در کشور به‌وجود آورده است. این واقعیت سبب شده تا ادامه حیات در بخش عظیمی از فلات مرکزی و شرق با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو شود. شوربختانه با وجود تنش شدید آبی در کشور و کاهش شدید منابع آب زیرزمینی، همچنان شاهد بهره‌برداری بی‌رویه این منابع در قالب چاه‌های مجاز و غیرمجاز جهت مصارف کم‌بازده و فاقد صرفه هستیم. از این‌رو ضرورت بازنگری در مبانی نظری حق بهره‌برداری از منابع آب ضرورتی جدی است و بدین‌سبب با بررسی مجموعه نظریات و دیدگاه‌هایی که در طول تاریخ حقوق آب در تبیین و توجیه واگذاری حق بهره‌برداری منابع آب به‌کار می‌رفته است، کوشش می‌شود به نظریه‌ای دست یابیم که بتواند زمینه حفاظت از منابع آب را بیش از پیش فراهم کند. تاکنون درباره این نظریات به‌ویژه با تدقیق در مبانی فقهی و حقوقی آنها در سنت حقوقی ما پژوهش مستقلی صورت نگرفته است، هرچند در غالب تحقیقاتی که درباره نظام مالکیت منابع آب انجام گرفته، به مبانی فقهی یا حقوقی موضوع اشاره شده است که از جمله می‌توان به مقاله تأثیر احراز در مالکیت آب از نگاه فقه امامیه با توجه به حقوق و واقعیت‌های معاصر» (رهايي و فرزانه، ۱۳۹۹: ۲۶۶-۲۳۵)، مقاله «نظام حقوقی حاکم بر مالکیت آب (با نگاهی به حقوق فرانسه و آمریکا)» (جعفری ندوشن و شاهین، ۱۳۹۸: ۲۹۸-۲۸۲) و مقاله «تأمیلی بر چالش‌های حقوقی مالکیت آب در حوزه زاینده‌رود از منظر حقوق عمومی» (نوروزی، ۱۳۹۷: ۸۸۶-۸۶۷) اشاره کرد. اما پاسخ به این پرسش‌ها که در نظام فقهی و حقوقی ما بر چه مبنایی حق بهره‌برداری از منابع آب شکل گرفته است و چه نظریاتی در تبیین مبانی نظری این حق برخوردار مطرح گردیده و النهایه براساس چه رویکردی می‌توان صیانت از منابع آب مدد رساند؟ نگارنده را بر آن داشت تا موضوع را به‌منظور طرح نظریه‌ای که می‌تواند متناسب با قانون اساسی و قوانین و مقررات آب با نفی مالکیت اشخاص خصوصی و عمومی، بهره‌برداری از منابع آب را به‌عنوان امانت بین‌نسلی در اختیار دولت گذارد، مطالعه کند؛ بدان امید که مبنا و زمینه نظری لازم به‌منظور اصلاح قوانین معارض با این نظریه فراهم آید. بدین‌منظور، نخست براساس پژوهش تحلیلی و توصیفی و به اتکای منابع کتابخانه‌ای و پس از بررسی دیدگاه‌های مختلف، برای پاسخگویی به این پرسش که مبنای حق بهره‌برداری از منابع آب در نظام فقهی و حقوقی ایران چیست و انتخاب کدام مبنای نظری می‌تواند به صیانت و حفاظت از منابع آب بینجامد، نخست به تدوین نظریات

گوناگون پرداخته شده و سپس در نظریه نهایی که مبتنی بر مفهوم «امانت عمومی» است، درصدد طرح نظریه‌ای هستیم که متناسب با شرایط زیست‌محیطی و بحران منابع آب در چارچوب قوانین و مقررات قابلیت تأثیر بر سیاست‌ها و قوانین آبی کشور داشته باشد.

۲. نظریه مالکیت مطلق اراضی

براساس این نظریه ابتدایی در مورد آب‌های زیرزمینی، هر کس مالک زمین است، مالکیت مطلق بر منابع آبی زیر آن زمین نیز دارد و می‌تواند بدون هیچ‌گونه محدودیتی از آن بهره‌برداری کند، البته محدود به استفاده در آن اراضی هم نیست. مالکیت مطلق بر منابع آب زیرزمینی توسط مالکان اراضی موجب بهره‌برداری بی‌رویه و تحدید منابع آبی همجوار آن می‌شد و علاوه بر دامن زدن به منازعات مجاوران، به رقابت در بهره‌برداری بی‌امان آب‌های زیرزمینی نیز دامن می‌زد که موجب هدم و نابودی این ذخایر زیرزمینی می‌شد و از این رو جرح و تعدیل شد. در این نظریه به تدریج اصلاحاتی شد که حق استفاده از آب را محدود به اراضی تحت مالکیت می‌کرد و امکان انتقال آن را به اراضی دیگر نمی‌داد یا متناسب با اراضی تحت شرب زمینه بهره‌برداری برابر به مالکان اراضی همجوار را فراهم می‌کرد، از این رو زمینه تعدیل نظریه مالکیت مطلق منابع آب زیرزمینی را پدید آورد و چون استفاده معقول و منطقی منابع آبی مشترک را نسبت به مصارف دیگران تعریف می‌کرد، حتی به تدریج به نیازهای آبی آتی توجه نشان می‌داد و در نتیجه مورد اقبال بیشتری قرار گرفت.

مشابه این نظریه که بر پایه آن، مالکیت آب به نوعی فرع بر مالکیت زمین دانسته می‌شود، در بازه زمانی بین سال‌های ۱۰۶۶ تا ۱۶۰۰ میلادی در نظام فتودالی قرون وسطی در سرزمین انگلستان نیز مبنای بهره‌برداری از منابع آبی بوده است. بدین ترتیب که مالک زمین، مالک منبع آبی واقع در آن زمین قلمداد می‌شد و به صورت مطلق از این حق برخوردار بود تا به شیوه دلخواه هر نوع استفاده‌ای که می‌خواهد را از آب ببرد (Scott & Coustalin 1995: 837). البته از سال ۱۲۱۵ میلادی، مالکیت مطلق و انحصاری مالک زمین بر منبع آب تعدیل شد و بین رودخانه‌های خصوصی و عمومی تفکیک شد و پادشاهی انگلستان حق ماهیگیری در آب‌های عمومی را - حتی در مواردی که منبع آب در مالکیت خصوصی افراد بود - به عموم مردم اعطا کرد (Scott & Coustalin 1995: 847) و بعدها به تدریج زمینه تغییر نظام بهره‌برداری زمین‌محور^۱، به نظام بهره‌برداری استفاده‌محور^۲ از آب در نظام کامن‌لا در سده‌های بعدی فراهم شد (Scott & Coustalin, 1995: 848).

1. Land-based water rights
2. Use-based water rights

در حقوق اسلام نیز بین فقها مشهور است که اگر فردی با قصد، اقدام به حفر چاه یا قنات در ملک خود یا در زمین موات کند، مالک آن چاه می‌شود. اگر چاه به آب برسد، مالک آب هم می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۱۱۶). مالکیت بر قرار زمین به‌عنوان یکی از قواعد فقهی تحت عنوان «من ملک شیء ملک قراره» مورد اشاره فقها قرار گرفته است (عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۲۵). بدین ترتیب مالک می‌تواند در ملک خود چاه حفر کند و مالکیتش بر آب حاصله نیز ناشی از مالکیت زمین است و از نتایج آن محسوب می‌شود. شیخ طوسی تفسیری به ملکیت آب چاه دارد و می‌نویسد: «هر جا از ملکیت چاه سخن گفتیم منظور این است که مالک در مصارف گوناگون (کشاورزی، آشامیدنی و صنعتی) نسبت به آب چاه بر دیگران سزاوارتر است. اگر آب چاه بیش از مصرف مالک باشد، واجب است آن را بدون دریافت چیزی به نیازمندان آن ببخشد. البته بخشش برای کشت و زرع واجب نیست، بلکه مستحب است» (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۲۸۲). بر این اساس ماده ۳۸ قانون مدنی می‌گوید مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن تا هر کجا که بالا رود یا زیر زمین است. همچنین ماده ۹۶ قانون مدنی که اشعار می‌دارد: «چشمه واقع در زمین کسی محکوم به مالکیت صاحب زمین است» را می‌توان با این نظریه قابل تطبیق دانست. بدیهی است با عنایت اصل ۴۵ قانون اساسی و قوانین و مقررات ناظر بر بهره‌برداری از منابع آب، امکان توسل به این نظریه و مستندات فقهی و حقوقی آن میسر نیست و باید در جست‌وجوی نظریات دیگر بود.

۳. نظریه حق تقدم

این نظریه مبتنی بر حق تقدم در استفاده از منبع آبی است و بر این مبنا حق مالکیت و بهره‌برداری از منبع آب سطحی به ترتیب زمان کشف و بهره‌برداری آن و نه الزاماً مجاورت بدان تعیین می‌شود. از این رو زمانی که محدودیتی در استفاده از منابع آب پدید می‌آید، کسی که دیرتر از همه وارد چرخه استفاده از آب شده است، زودتر از همه حق خود را از دست می‌دهد و خارج می‌شود و این روند تا برآورده شدن کامل رضایت کسانی که زودتر از همه وارد چرخه شده‌اند، ادامه می‌یابد. در اینجا برخلاف نظریه پیشین، مالکیت اراضی در ایجاد حق بهره‌برداری تأثیری ندارد (دفتر برنامه‌ریزی کلان آب و آبغای وزارت نیرو، ۱۳۹۹: ۱۴).

بنابراین، برخلاف سیستم همجواری که حق آب، به مالکیت زمین همجوار وابسته است، در نظریه دوم، حق به کسی تعلق دارد که آب را زودتر منشعب کرده و برای مصرف به کار گرفته است. با وجود این، درحالی که همجواری تا زمانی که مالک زمین همجوار آب هستند، هیچ‌گاه حق آب را از دست نمی‌دهند و می‌توانند مصارف جدیدی ایجاد کنند، در تخصیص براساس حق تقدم، استفاده نکردن و رها کردن، حق برداشت را از بین می‌برد. این نظریه و

نظریه همجواری اصولاً در توجیه مالکیت و مدیریت آب‌های سطحی به‌کار می‌روند و در تبیین مالکیت آب‌های زیرزمینی بیشتر از نظریات مبتنی بر مالکیت مطلق یا نسبی بهره می‌گیرند.

در انگلستان، در حد فاصل بین سال‌های ۱۶۰۰ تا ۱۸۵۰ میلادی، تقدم استفاده در آب مبنای نظام بهره‌برداری از منابع آب شناخته می‌شد؛^۱ بدین معنا که تقدم در بهره‌برداری یا استفاده از آب به بهره‌بردار یا استفاده‌کننده این حق را می‌داد که در صورت ایجاد اختلال در بهره‌برداری یا استفاده از آب توسط شخص دیگر، رفع مزاحمت وی را از دادگاه درخواست کند و دادگاه‌ها نیز در چنین مواردی به نفع کسی که آب را در تصرف خود داشت، رأی می‌دادند (Scott & Coustalin, 1995: 853-854). به همین ترتیب، از اواسط سده نوزدهم میلادی در ایالات متحده آمریکا نیز نظریه‌ای تحت عنوان نظریه Prior-appropriation مطرح شد. در آن زمان، در ایالت‌های غربی و جنوب غربی آمریکا که دارای آب‌وهوایی خشک هستند، با توجه به محدودیت‌هایی که عملاً در زمینه بهره‌برداری از آب در آن مناطق وجود داشت، نظریه حق تقدم در اختصاص آب مطرح شد. این نظریه ریشه در عرف معدنکاران آمریکایی داشت، زیرا در عرف معدنکاری، بهترین حقوق به کسی تعلق می‌گرفت که زودتر از سایرین در محل معدن مستقر می‌شد، به تدریج این عرف به کشاورزان و سایر استفاده‌کنندگان آب نیز تسری یافت و انعطاف نظام کاملاً سبب پذیرش این نظریه در برخی ایالات آمریکا از جمله آلاسکا، آریزونا، کلرادو، آیداهو، مونتانا، نوادا، نیومکزیکو، یوتا و وایومینگ شد. علاوه بر این، این سیستم در برخی ایالات آمریکا همچون کالیفرنیا، کانزاس، می‌سی‌سی‌پی، نبراسکا، داکوتای شمالی، اوکلاهما، اورگون، داکتوای جنوبی، تگزاس و واشنگتن نیز در کنار نظریه حقوق خاصه مالکان حریم^۲، همزمان اعمال می‌شد. سازوکار توزیع حقوق آب در این نظریه بدین صورت است که بر مبنای تاریخ تصاحب، نخست اولویت شخص را نسبت به استفاده از آب مشخص می‌کنند و بر این اساس، حقوق قدیمی‌ترین استفاده‌کننده نسبت به سایرین در اولویت است. در صورتی هم که مقدار آب موجود برای استفاده تمامی اشخاص کافی نباشد، کسی که تاریخ تصاحب او مقدم بر سایرین است، تمام آن آب را تصاحب خواهد کرد و سایرین صرفاً آن مقدار از آب را که ممکن است مازاد بر استفاده تصاحب‌کننده نخستین باشد،

۱. این دوره را The prior-used period of water rights نامیده‌اند (Scott & Coustalin, 1995: 850). شایان ذکر است که پس از این دوره، یعنی از سال ۱۸۵۱ میلادی به بعد، به دلیل رشد صنعت و جمعیت، نظریه دیگری تحت عنوان نظریه Reasonable-use در حقوق انگلستان برای بهره‌برداری از منابع آب مطرح شد که با تکیه بر لزوم استفاده متعارف از آب، به نوعی بین حقوق مالکان زمین و استفاده‌کنندگان از آب جمع کرد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: Scott & Coustalin, 1995: 871 et s.

2. The doctrine of riparianism

تصاحب خواهند کرد (Hodgson, 2006: 12 et s.; Scott & Coustalin, 1995: 901 et s.). از جمله مهم‌ترین ویژگی‌های برشمرده شده برای حق بهره‌برداری از منبع آبی بر این مبنا به این موارد می‌توان اشاره کرد: تحصیل حق استفاده از آب یا انشعاب جریان آب به صرف مبادرت به استفاده یا انشعاب؛ عدم لزوم مالکیت زمین برای بهره‌برداری از آب؛ وجود نوعی رابطه ارشدیت بین بهره‌برداران به ترتیب سابقه بهره‌بردار در آغاز استفاده از آب؛ تقدم حق بهره‌بردار ارشد به حق سایرین در صورت کمبود آب؛ سلب حق بهره‌برداری در صورت عدم استفاده مفید از آب؛ قابلیت نقل و انتقال حق بهره‌برداری از آب (Scott & Coustalin, 1995: 944-945).

در نظام حقوقی ایران نیز در بهره‌برداری از منابع آبی چون چشمه و نهر و رودهایی که استفاده همزمان از آنها ممکن است مورد نزاع قرار گیرد، فقها بر مبنای روایت مشهور نبوی «من سبق الی ما لایسبقه الیه مسلم فهو احق به» به قاعده «سبق» توسل جسته‌اند که برای شخص متسابق اجمالاً حقی ملحوظ است، ولی نه حق عینی مطلق و همه‌جانبه، بلکه آنچه مسلم است، مادام که او در آنجا به کار خویش مشغول است، هیچ‌کس مجاز به ایجاد مزاحمت برای او نیست و اگر مزاحمت کند، سلب حق کرده و از این رهگذر، آثار سلب حق حسب مورد مترتب خواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۳۹۳: ۱۴). شخص مورد تعدی می‌تواند برای رفع مزاحمت و بازگشت به حالت سابق به مراجع قضایی تظلم کند، ولی چنین حقی که چیزی جز اولویت خاصه نیست، نمی‌تواند مورد معامله و نقل و انتقال قرار گیرد (محقق داماد، ۱۴۰۳ق: ۲۸۹). شایان ذکر است که «سبق» غیر از «احیا» است، و حیات پس از سبقت شکل می‌گیرد. سبقت در قالب مقدمات الزام احیا و حیات شکل می‌گیرد و حق اولویت و تقدم در بهره‌برداری به وجود می‌آورد.

۴. نظریه حریم

بر مبنای این نظریه، مالک اراضی اطراف یک منبع آبی سطحی مانند رودخانه یا دریاچه، حق مالکیت و بهره‌برداری از این منابع آبی را دارد. بر این اساس، مالکیت بر آب تابع مالکیت اراضی است و مستقل از اراضی همجوار منبع آبی انتقال مالکیت آب وجود ندارد. این نظریه بر اساس استفاده آب در حوضه آبریز و اطمینان از بازچرخش آب در همان منابع آبی است تا امکان استفاده دوباره همجواری منبع آبی فراهم شود (Geteches, 1997: 56). در واقع، حفظ و بهره‌برداری زه‌آب‌ها در همان اراضی و تغذیه مجدد منابع آبی مورد استفاده موجب شکل‌گیری این نظریه شده است که در صورت کاهش ورودی آب یا استفاده بی‌رویه مجاوران که تعارض منافع و رقابت‌های بهره‌برداری را تشدید می‌کند، می‌تواند به جیره‌بندی معقول و منطقی توسط خود آبران بینجامد و در صورت تشدید بهره‌برداری منبع آبی که تنازع مجاوران و هدم منابع را

پدید می‌آورد، می‌توان با اعمال قدرت عمومی بهره‌برداری را تحت کنترل و نظارت مقامات عمومی قرار داد که ضمن صیانت از نظم عمومی، از حیات منابع آبی مشترک مجاوران نیز حمایت کنند.

این‌گونه نظام حاکم بر بهره‌برداری از منابع آب به تدریج و طی سالیان در پی صدور تصمیماتی از سوی دادگاه‌های انگلستان و ایالات شرقی آمریکا در سده نوزدهم میلادی تحت عنوان نظریه Riparianism توسعه یافت و جایگزین نظریه‌ای شد که براساس اولویت در استفاده از منبع آبی، حق بهره‌برداران از منابع آبی را تعیین می‌کرد. براساس این نظریه، حق بهره‌برداری متعلق به صاحب ملکی است که در مجاورت جریان آب قرار دارد و مالکان حریم از این حق برخوردارند تا استفاده متعارف را از آب‌های جاری ببرند. قید «متعارف» سبب می‌شود که استفاده از این آب‌ها محدود به مصارف خانگی و استفاده از آب برای مصرف حیوانات اهلی شود که نوعی انتفاع محسوب می‌شود. همچنین به موجب این نظریه، مالکان حریم می‌توانند برای مصارف دیگر نیز آب را استفاده کنند. نوع اخیر استفاده آب که استفاده نامتعارف خوانده می‌شود، مشروط بر آن است که حقوق سایر مالکان بالادست یا پایین‌دست خللی وارد نکند، به میزانی معقول باشد و آن میزان آبی که بدین طریق استفاده می‌شود، مجدداً بازبایی شود (Hodgson, 2006: 11). به‌طور کلی ویژگی‌هایی که برای این نوع از نظام حاکم بر بهره‌برداری از منابع آبی بر شمرده‌اند، عبارت‌اند از: اختصاص حق بهره‌برداری از منبع آبی به مالک، لزوم عدم نقصان حق مالک برای بهره‌برداری از منبع آبی، امکان بهره‌برداری از آب در هر زمان، به هر ترتیب و به هر میزان، مشروط به عدم ورود خدشه به حقوق سایر مالکان، تساوی بین حقوق و تکالیف مالکان، صرف‌نظر از میزان زمین تحت مالکیت هر مالک، عدم امکان انتقال حق بهره‌برداری از منبع آبی جز از طریق انتقال مالکیت زمین (Scott & Coustalin, 1995: 824-825).

در نظام حقوقی ایران نیز آثاری از این دیدگاه دیده می‌شود؛ بعضی فقها نیز در این موارد با قاعده‌الاقرب فالأقرب مبنا را بر این نهاده‌اند که هر کس به نهر آب نزدیک‌تر باشد، بر دیگران مقدم است. از این‌رو در استفاده زراعی از آب به ترتیب از نزدیک‌ترین زمین به نهر شروع می‌شود و پس از آن زمین بعدی و در نهایت اگر آبی باقی باشد، نوبت به دورترین می‌رسد (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۲). بر همین اساس در ماده ۱۵۶ قانون مدنی آمده است: «هر گاه آب نهر کافی نباشد که تمام اراضی اطراف آن مشروب شود و مابین صاحبان اراضی در تقدم و تأخر اختلاف شود و هیچ‌یک نتواند حق تقدم را ثابت کند، با رعایت ترتیب، هر زمین که به منبع آب نزدیک‌تر است به قدر حاجت، حق تقدم بر زمین پایین‌تر خواهد داشت».

شایان ذکر است که دیدگاه‌های سنتی مانند این دیدگاه امروزه از سوی سازمان‌های بین‌المللی مانند سازمان خواروبار و کشاورزی سازمان ملل متحد (فائو) به دلایلی همچون عدم امکان کنترل میزان بهره‌برداری از آب در مقاطع زمانی مختلف، بروز منازعات متعدد بین بهره‌برداران آب، عدم امکان جلوگیری از افت سطح سفره‌های آبی و ملاحظات زیست‌محیطی مردود دانسته شده است (Hodgson, 2006: 22-23).

۵. نظریه احراز

مالکیت و مدیریت آب از جمله مباحثی است که در فقه اغلب ذیل باب احیا موات و حیازت مباحات مطرح شده است. بر این اساس، تمامی مردم در استفاده از آب رودها و نهرهای بزرگ همچون دجله، فرات و نیل، رودهای کوچکی که از چشمه‌ها، سیل‌ها و برف‌ها سرچشمه گرفته‌اند. همچنین چشمه‌هایی که از دل کوه‌ها و زمین‌های موات جوشیده‌اند و در نهایت آب باران، برابر دانسته شده‌اند و عنوان شده است که هر کس مقداری از آنها را حیازت کند، مالک آن می‌شود. افزون‌بر این، آب چشمه، چاه و قنات‌هایی که شخص در ملک خود یا با قصد تملک در زمین مواتی حفر می‌کند، ملک شخص حیازت‌کننده دانسته شده‌اند (خمینی، بی‌تا: ۲۱۷). بر این مبنا که آنچه در نتیجه کار و فعالیت انسان با جوارح و فکر و اراده او که از آثار وجودی اویند، حاصل می‌شود، چنانچه محصول کار روی مباحات باشد، موجب مالکیت آن می‌گردد. از این رو احراز آب یعنی برداشت و ذخیره‌سازی عرفی آب از آب‌های مباح نیز موجب تملیک آن می‌شود که از آن تحت عنوان نظریه احراز هم می‌توان یاد کرد. این دیدگاه در مواد ۱۵۵، ۹۶ و ۱۴۸ قانون مدنی انعکاس یافته است.

در فقه تقسیم‌بندی‌هایی از آب ارائه گردیده است. در تقسیم‌بندی که از سوی شیخ طوسی انجام شده، آب به اعتبار مالکیت آن به سه قسم تقسیم شده است: (۱) آب مباح؛ (۲) آب مملوک؛ (۳) آب مختلف فیه (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۲) آب مباح آب دریا و نهرهای بزرگ مثل دجله، فرات، نیل و غیره و همچنین چشمه‌هایی که در زمین‌های موات جوشیده‌اند، می‌باشد که هرکس می‌تواند به هر نحو که بخواهد از آنها استفاده کند. علت این حکم نیز این روایت ابن عباس از پیامبر (ص) است که: «مردم در سه چیز شریک‌اند: آتش، آب و چراگاه»^۱. بنا به عقیده شیخ که از سوی برخی از فقها همانند محقق حلی نیز تأیید شده است (حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۳)^۲، اگر به دلیل زیاد شدن، این‌گونه آب‌ها به ملک اشخاص وارد و در آن جمع شوند،

۱. الناس شرکاء فی ثلاث النار و الماء و الکلاء.

۲. البته صاحب جواهر ضمن نقل این سخن شیخ چنین بیان می‌دارد که هیچ موافقی در باب این حکم با شیخ وجود ندارد و صرفاً از بعضی از اهل سنت چنین قولی نقل شده است: نجفی ۱۴۰۴ق، ج ۳۸: ۱۲۶.

اشخاص مالک آن نمی‌شوند، چنانکه مالک آب باران یا برفی که در ملکشان جمع می‌شود نمی‌گردند، زیرا این آب‌ها صرفاً به ملکیت کسی درمی‌آیند که آنها را حیازت کند. در نتیجه در چنین فرضی صاحب ملک به دلیل تصرفش نسبت به آب داخل شده در ملکش صرفاً نوعی حق تقدم نسبت به آن دارد.^۱

دسته دوم آب مملوک است و آن آب مباحی است که توسط اشخاص از طریق جمع کردن آن در منبع، مخزن، برکه، چاه و امثال آن حیازت شده‌اند. بعضی فقها اجماع را دلیل مالکیت چنین آبی از سوی شخص حیازت‌کننده دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۵۷) در نتیجه، در صورتی که کسی این‌گونه آب را از مالکش غصب کند، باید عین آن را در صورتی که باقی باشد، رد کند و اگر تلف شده باشد، غاضب ضامن مثل آن است.

قسم سوم هم آب مختلف‌فیه است و آن آبی را گویند که در مملوک بودن یا نبودن آن اختلاف است؛ همانند آبی که در ملک اشخاص یا چاه یا چشمه آنان جوشیده باشد که در ملکیت آن اختلاف است. شیخ طوسی این گروه از آب‌ها را جزء آب‌های مملوک به‌شمار می‌آورد، چراکه به نظر وی این آب‌ها در حکم نماء ملک شخص هستند و دلیلی مبنی بر مباح بودن آنها وجود ندارد (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۲).

در تقسیم‌بندی دیگری که از سوی علامه حلی در قواعد الاحکام صورت پذیرفته، آب به هفت قسم تقسیم شده است: ۱. آب محرز و آن آبی است که از سوی شخص در ظرف، حوض و امثال آن جمع شده و به ملکیت او درآمده است؛ ۲. آب چاهی که در ملک شخص یا زمین مباحی به قصد تملک حفر شده و شخص حفرکننده مالک آن شده است؛ ۳. آب چشمه‌ها و باران و آب چاهی که بدون قصد تملک در زمین مباحی حفر شده است که اختصاص به شخص خاصی ندارد و مردم در آن شریک‌اند؛ ۴. آب رودهای بزرگ همانند دجله و فرات که مردم در آنها شریک‌اند (و به هر میزان که حیازت شوند، به ملکیت شخص حیازت‌کننده درمی‌آیند)؛ ۵. آب رودخانه‌های کوچک که در ملکیت کسی نیستند و شخصی که در وصول به آنها مقدم بر دیگران باشد دارای حق تقدم در استفاده از آنهاست؛ ۶. آب جاری در رودخانه مملوکی که از آب مباحی سرچشمه می‌گیرد؛ یعنی شخص رودخانه‌ای را حفر کند و آن را به رودخانه بزرگ مباحی متصل نماید و مالک آب جاری در رودخانه شود؛ ۷. آب جاری در رودخانه مملوکی که از آب مملوکی سرچشمه گیرد (حلی، ۱۴۱۳ق: ۲۷۳ به بعد).

افزون‌بر دو مورد مذکور، تقسیم دیگری نیز از سوی یکی دیگر از فقها ارائه شده است، که برخلاف دو نظر مذکور، آب را به اعتبار آشکار (مکشوفه) یا پنهان (مکنوزه) بودن آن به آب‌های سطحی همانند دریاها، رودها و چشمه‌های طبیعی و آب‌های عمقی مثل آب چاه‌ها

۱. برای ملاحظه نظر مخالف که حکم به مالکیت چنین آبی برای صاحب ملک می‌دهد رک: عاملی، ۱۴۱۰ق: ۲۲۹ - ۲۲۸.

تقسیم کرده است. قسم اول از آب‌ها یعنی آب‌های سطحی جزو مشترکات عمومی بین مردم دانسته شده‌اند؛ بنابراین هیچ‌کس نمی‌تواند به صورت اختصاصی مالک دریاها یا رودهای طبیعی شود و همه مردم می‌توانند از آن منتفع شوند، از این رو آب‌های طبیعی سطحی در ملکیت عموم است و در صورتی که کسی مقداری از آنها را حیازت کند، مالک آن مقدار می‌شود (صدر، ۱۴۱۷ق: ۴۹۶ - ۴۹۵).

و اما قسم دوم یعنی آب‌های عمقی (زیرزمینی) تا زمانی که شخصی به آنها دست نیافته است، به شخص خاصی اختصاص ندارند و در صورتی که کسی از طریق حفر به آنها دست یافت، حق استفاده از آنها را دارد و به هر میزان از آب آن را که به دست آورد، مالک آن می‌شود و دیگران از ایجاد مزاحمت برای او ممنوع‌اند. البته شخص حفرکننده مالک اصل و ماده چاه نمی‌شود و صرفاً به هر میزان از آب را که استخراج کرد، مالک همان میزان از آب آن چاه می‌شود و به همین دلیل در صورتی که به میزان نیازش از آب آن چاه برداشت کرد، بر او واجب است که مازاد بر آن را بدون دریافت عوض به دیگران بذل کند، زیرا اصل چاه همچنان جزو مشترکات عمومی است (صدر، ۱۴۱۷ق: ۴۹۷ - ۴۹۶). چنانکه ملاحظه می‌شود، بر مبنای تقسیم‌بندی‌های به عمل آمده از آب از دیدگاه فقهی، به قابلیت تملک بخش عمده‌ای از آب‌ها از باب حیازت حکم داده شده است. مع ذلک عده‌ای بر این نظرند با توجه بحران آب و خشکسالی موجود در جامعه، عرف اجازه استفاده بیش از حد آب احراز شده را نمی‌دهد؛ بنابراین، احراز آب باید به حدی باشد که موجب ضرر و زیان دیگران نشود و لذا از باب احکام ثانویه یا براساس حکم حاکم جامع‌الشرایط می‌توان احراز و یا میزان آن را محدود کرد، چون در مباحات عامه با منع امام، انتفاع یا تملک بیان می‌پذیرد (رهایی و فرزانه، ۱۳۹۸: ۲۵۳).

۶. نظریه امانت عمومی

نارسایی نظریاتی که در تبیین مبانی مالکیت و مدیریت منابع آب سطحی و زیرزمینی به کار می‌رفتند، به‌ویژه در تأمین منافع عمومی، موجب شد تا به تدریج زمینه طرح دیدگاه‌های دیگری که معطوف به حمایت از منابع آب به‌عنوان دارایی مشترک بود، فراهم شود. بر مبنای این نظریات، منابع طبیعی و محیط زیست متعلق به عموم مردم است و قابل تملک و بهره‌برداری خصوصی نیست و دولت‌ها به نمایندگی از مردم به صورت امانی آن را در اختیار دارند تا حسب نیاز و با رعایت منافع عمومی در اختیار مردم قرار دهند. سابقه این دیدگاه را به امپراتوری روم باستان نسبت می‌دهند که در سال ۵۲۸ میلادی برخی منابع مانند هوا، آب و ساحل دریا را به‌عنوان منابع مشترک پذیرفته بود که بعدها قوانین عرفی انگلیسی این مفهوم منابع مشترک را به دارایی‌های مشترکی که توسط پادشاه به رسم امانت و حفظ منافع تمامی

شهروندان نگهداری می‌کرد، تبدیل کردند (شلیتون و کیس، ۱۳۸۹: ۷۹). براساس این نظریه، دولت و حاکمیت به‌عنوان متولی و امانتدار آب باید با اولویت منافع عمومی، زمینه بهره‌مندی اشخاص عمومی و خصوصی را از منابع آب فراهم کند و نسبت به تصمیمات خود پاسخگو باشد و ضمن آنکه مجوز بهره‌برداری معقول و منطقی متقاضیان را صادر می‌کند، در حفاظت پایدار از این منابع نیز بکوشد. مصرف رو به تزاید و تغییرات اقلیمی و بیم نابودی منابع آب موجب اقبال بیشتری به نظریه امانت عمومی برای تمام انواع منابع آب شده که موجبات بیشتری در حفاظت از آب فراهم می‌کند (شلیتون و کیس، ۱۳۸۹: ۸۰). بر این اساس نخست مبنای نظری این نظریه و سپس اثر استفاده از این رویکرد بر قوانین و مقررات در قالب اعطای «حق بهره‌برداری» به آب‌بران و استفاده‌کنندگان بیان می‌شود.

۱.۶. مبنای زیست‌محیطی

در حقوق روم آب نه جزو اموال عمومی، که جزو اموال مشترک محسوب می‌شد. اموال مشترک^۱ در این نظام حقوقی به اموالی اطلاق می‌شد که به‌واسطه ماهیتشان غیرقابل اختصاص به اشخاص بودند، درحالی‌که اموال عمومی^۲ در راستای اعمال حقوق عموم شهروندان نسبت به آنها از این قابلیت برخوردار بودند.^۳ در این نظام حقوقی، با آنکه به آب به‌عنوان یک کالا نگریسته می‌شد، اما میان این ویژگی آب و برخوردارای مناسب اشخاص از حق اساسی آنها در قبال آن به‌خوبی جمع شده بود؛ بدین ترتیب با آنکه منبع آب به‌عنوان جزئی از زمین از قابلیت تملک اعم از عمومی و خصوصی برخوردار بود، اما آب‌های جاری غیرقابل تملک خصوصی توسط اشخاص بودند و همانند هوا و دریا در زمره اموال مشترک قلمداد می‌شدند^۴ (Lucarelli, 2010L: 89)، اما در دهه‌های اخیر، کشورهای اروپایی تحت تأثیر نظریات زیست‌محیطی به ارتقای جایگاه حقوقی منابع آب از کالای قابل تملک به میراث عمومی اقدام کردند، به‌ویژه پس از تصویب منشور اروپایی آب^۵ بود که توسط شورای اروپا در سال ۱۹۶۸ میلادی به اکثریت آرا به تصویب رسید و در اصل ۱۰ آن، آب به‌صراحت به‌عنوان میراثی مشترک اعلام شد که ارزش آن باید به همگان شناسانده شود و هر کس مکلف به صرفه‌جویی و استفاده محتاطانه از آن است. بعدها در سال ۲۰۰۰ میلادی، اتحادیه اروپا طی مقرره‌ای بر این موضع

1. res communes

2. res publicae

3. Foures-Diop Anne-Sophie. Les choses communes (Première partie), Revue juridique de l'Ouest, 2011-1, 73.

۴. در مقابل، برخی دیگر بر این نظرند که در حقوق روم آب‌های جاری هم به دو قسم خصوصی و عمومی تقسیم می‌شدند (Boissière, 1881, 10).

5. La Charte Européenne de l'Eau

خود تأکید ورزید و عنوان کرد که آب کالایی تجاری همانند سایر کالاها نیست، بلکه میراثی است که باید به درستی محافظت شود.^۱

همسو با همین دیدگاه، در حقوق مدرن آب نیز نظام بهره‌برداری مطلوب از منابع آبی نظامی دانسته شده است که آب را در مالکیت دولت به معنای عام کلمه قرار دهد یا از طریق قانونگذاری، کنترل آب را در اختیار دولت قرار دهد تا بهره‌برداری از منابع آب اعم از سطحی و زیرزمینی بر پایه ابزارهای نظارتی مانند اعطای مجوز، پروانه بهره‌برداری یا جواز صورت پذیرد (Hodgson, 2006: 98).

۲.۶. مبانی فقهی - حقوقی

در جست‌وجوی مبانی این نظریه در نظام حقوق آب ایران با مفاهیم «ثروت‌های عمومی» و «انفال» در اصل ۴۵ قانون اساسی و مفهوم «مشترکات» در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب روبه‌رو هستیم که گاهی با ترکیب «اموال و مشترکات عمومی» نیز استفاده شده و ظاهراً تمایزی بین «اموال عمومی» و «مشترکات عمومی» قائل نشده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۶۵). با توجه به اشتراک مفهومی که این اصطلاحات با مفهوم «امانت عمومی» دارند، به نظر می‌رسد می‌توان ذیل بررسی این مفاهیم و قواعد حاکم بر آنها به مبانی فقهی-حقوقی لازم در خصوص مفهوم مشابهشان که موسوم به «امانت عمومی» است، دست یافت.

۲.۶.۱. مشترکات و اموال عمومی

در تعریف «مشترکات»^۲ آورده‌اند: به معنای آنچه مالک خاصی ندارد و مورد استفاده عموم مردم قرار می‌گیرد (مشکینی، بی‌تا: ۴۹۱) و بعضی فقها نیز گفته‌اند: «مشترکات ثروت‌های طبیعی هستند که اسلام به هیچ فرد خاصی اجازه تملک آنها را نمی‌دهد و اشخاص صرفاً می‌توانند به شرط حفظ اصل آنها از این اموال استفاده کنند» (صدر، ۱۴۱۷ق: ۴۹۵). بیشتر فقها مشترکات را شامل آب‌ها، معادن، راه‌ها، خیابان‌ها، مساجد، مدارس و کاروانسراها می‌دانند (خمینی، بی‌تا، ۲۰۹: حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۲۹۷؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ۱۸۵). از نظر اکثریت قریب به اتفاق فقها آب جزو

1. Directive n° 2000/60/CE du 23/10/00 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

۲. ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب به‌عنوان آخرین نظر قانونگذار در این باره می‌گوید: «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 مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت به بهره‌برداری از آنها به دولت محول می‌شود» (تأکید از نگارنده است).

مشترکات است.^۱ برای مثال، شهید اول آب‌های مباح را در کنار مساجد، مدارس، کاروانسراها، معادن و راه‌ها جزو مشترکات دانسته است (عاملی، ۱۴۱۰ق: ۲۲۸). علامه حلی نیز آب را جزو مشترکات برشمرده است (حلی، ۱۴۲۰ق: ۴۸۱). صاحب‌جوهر آب را با استناد به دو حدیث با مضمون مشارکت مردم در آب و آتش و مراتع از پیامبر (ص) و امام کاظم (ع) جزو مشترکات و از طریق حیات قابل تملک برشمرده و جمیع احکام ملک را بر آن مجرا دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۱۱۶). در تحریر الوسیله نیز آب جزء مشترکات شمارش شده است (خمینی، بی‌تا: ۲۰۹).

حقوقدانان نیز در آثار خود مشترکات عمومی را آن دسته از اموالی دانسته‌اند که مالک خاص ندارد و مورد استفاده عموم قرار می‌گیرد و دولت و مؤسسات عمومی به سبب حفظ حقوق عموم آنها را اداره می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۶۴). هرچند بعضی دیگر بین مشترکات عمومی و ثروت‌ها یا اموال عمومی تفکیک کرده و اموال عمومی را معادل «بیت‌المال» دانسته‌اند و با توجه به تعریف ارائه‌شده از سوی شهید صدر، آنها را ثروت‌ها و امکاناتی دانسته‌اند که بهره‌مندی از منافع آن برای همه مردم یکسان است و اسلام به هیچ‌کس اجازه مالکیت آنها را نداده است (همانند آب‌ها، معادن و منافع)، ولی اموال عمومی یا بیت‌المال را نیز اموالی دانسته‌اند که به شخص خاصی متعلق نیست، بلکه به عنوان کلی مانند مردم و فقیران تعلق دارد و برای مصالح عمومی و مصارفی مشخص در نظر گرفته شده‌اند (همانند زمین‌های مفتوح‌العنونه، خراج، نیمی از خمس، زکات، موقوفات عامه، اموال مجهول‌المالک و غنائم جنگی) (فیاضی، ۱۳۹۲: ۴۵ - ۴۳ و ۱۰۹ - ۱۰۵). اما به نظر می‌رسد در مانحن فیه بین مفاهیم مزبور تفاوت چندانی نیست و منابع آب را چه بیت‌المال و اموال عمومی بدانیم چه مشترکات عمومی، در مجموع در عدم مالکیت اشخاص عمومی و خصوصی و ضرورت مدیریت و نظارت دولت بر آن بین مفاهیم مذکور اشتراک مفهومی برقرار است و لذا از مبانی فقهی و حقوقی حاکم بر این مفاهیم می‌توان زمینه پذیرش نظریه امانت عمومی را که مبتنی بر چنین مفهوم مشترکی است، فراهم آورد.

۶.۲.۲. انفال

از آنجا که در اصل ۴۵ قانون اساسی در مقام تبیین ماهیت حقوقی حق بهره‌برداری از منابع آب به اصطلاح «انفال» هم برمی‌خوریم، نابجا نیست درباره انفال هم مذاقه‌ای شود و نسبت آن را

۱. شایان ذکر است که دریاها و اقیانوس‌ها در بعضی کتاب‌های فقهی جزو انفال دانسته شده‌اند. در این باره لازم است بگوییم که صرفاً معدودی از فقها به‌ویژه فقهای متقدم همانند شیخ مفید و برخی فقهای معاصر در این رسته قرار می‌گیرند، البته آنان نیز نه مطلق آب‌ها، بلکه فقط دریاها را جزء انفال دانسته‌اند (مشکینی، بی‌تا: ۹۵؛ منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا: ۴۷۰).

با مفهوم «امانت عمومی» یا «اموال عمومی» دریافت شد تا شاید بتوان جای پای این نظریه را در نظام حقوقی ایران استحکام بیشتری بخشید.

«انفال» از لحاظ لغوی به معنای غنیمت، هبه (ابن منظور، ۱۴۰۷:ق: ۶۷۱)، متفرع شدن چیزی از اصل (مصطفوی، ۱۳۸۵: ۲۰۹) و به معنای زیادی هر چیزی است (طباطبایی، بی تا: ۹) و در اصطلاح بخشی از اعیان و اموال منقول و غیرمنقولی را گویند که خداوند آنها را برای امام مسلمین به اعتبار ولایت او بر مردم و ریاست و حکومتش بر اجتماع قرار داده است. این اموال شامل غنائم و مزایایی است که از سوی خداوند به ولی او و امت مطیع او ارزانی داشته شده و ولی مسلمین می‌تواند آنها را در جهت تقویت اسلام و مصالح مسلمانان به هر نحو که صلاح بداند، مصرف کند (مشکینی، بی تا: ۹۴). پاره‌ای فقها انفال را در ملکیت پیامبر و امامان دانسته‌اند؛ شیخ انصاری در تعریف آن آورده است: «اموالی که به پیامبر (ص) و ائمه (ع) اختصاص دارد و آنها را از آن‌رو انفال نامیده‌اند که خداوند از سر تفضل و زیاده‌تر از اموال شخصی به آنها اعطا کرده است» (انصاری، ۱۳۸۵: ۳۴۷) یا شیخ مفید آورده است: «انفال در زمان پیامبر (ص) از آن او بوده و پس از ایشان به امامی که به جای او می‌نشیند، تعلق دارد» (مفید، ۱۳۶۸: ۱۳۶) و محقق حلی نیز بر همین نظر است (محقق حلی، ۱۳۸۶: ۱۳۶). اما برخی فقهای دیگر بر این نظرند که انفال به مالکیت آنها در نمی‌آید، بلکه به واسطه سمت ایشان در اختیار آنها قرار می‌گیرد و لذا در شرح آیه مبارکه «يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ» (انفال: ۱) می‌نویسند: «ظاهر آن است که انفال نیز ملک پیامبر (ص) و ائمه (ع) نباشد... شکی نیست که خداوند نسبت به تصرف انفال، ولایت دارد، نه مالکیتی مانند مالکیت زید بر لباسش. همچنین به مقتضای «و» عطف، پیامبر هم دارای مالکیت نسبت به آن نیست. بنابراین، آنچه در روایات آمده که انفال متعلق به ماست، منظور این است که ایشان اولیا در تصرف هستند... همان‌گونه که خداوند مالک رقبه این اموال به صورت مالکیت متداول نیست، پیامبر هم مالک نمی‌باشد» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۶۶۳). این دیدگاه را درباره اراضی فتح شده مسلمین به عنوان یکی از مصادیق روشن انفال که مورد اتفاق فقهاست نیز در کتاب البیع آورده‌اند: «دیدگاه اقوی آن است که زمین‌های مفتوح العنوه تحت مالکیت هیچ شخصی نیست، بلکه همچون بیت‌المال مسلمین در جهت مصالح عمومی مسلمانان قرار داده شده و ایشان هیچ‌گونه مالکیتی بر عین و منافع این اراضی ندارند با این حال منافع این اراضی بایستی در راستای مصالح عمومی مسلمانان صرف شود» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۳: ۶۸). بر این اساس، این اراضی فتح شده در نظر ایشان هیچ مالکی ندارد و همچون زمین‌های موقوفه در جهت مصالح عامه قرار داده شده است. همچنین ملک مشاع مسلمانان به حساب نمی‌آید. در این میان رابطه حکومت اسلامی و ارکان آن نسبت به این اموال، رابطه اداره‌کننده و ناظری است که منافع آنها را اخذ کرده و آن‌گونه که تشخیص می‌دهد، در راستای مصالح

مسلمین صرف می‌کند.^۱ بر همین مبنا برخی فقهای دیگر نیز انفال یا اموال امام را با اموال عمومی یکسان می‌دانند که تحت نظر حکومت اسلامی مطابق مصالح عمومی مصرف می‌شود (منتظری، ۱۳۶۷: ۲۰۷).

در همین زمینه برخی محققان نیز به اعتبار روایاتی که از امام علی (ع) نقل شده و در آنها مکرراً از بیت‌المال به مال الله تعبیر کرده‌اند (به‌طور مثال خطبه ۲۲ نهج‌البلاغه)، معتقدند انفال هم که براساس آیه ۱ سوره انفال اولاً و بالذات از آن خداست و سپس به پیامبر و ائمه می‌رسد و بیت‌المال است و بدیهی است که بیت‌المال در حال حاضر اموال عمومی و مشترکاتی است که در اختیار و تحت نظارت حکومت به مصرف عموم می‌رسد (سعدی، ۱۳۹۹: ۱۴۵). بنابراین می‌توان با چنین مجانست مفهومی بین نهاد انفال در فقه امامیه و امانت عمومی، در تمهید مبنای فقهی نظریه امانت عمومی در نظام فقهی و حقوقی ایران بهره جست.

۳.۶. حق بهره‌برداری از امانت عمومی

آب به مثابه «امانت عمومی» یعنی کالای عمومی و غیرقابل تملک که دولت به منظور رعایت مصالح عامه، امانتدار آن است. براساس این مفهوم، هر گونه استحصال و استفاده از منابع آب با اجازه دولت و به‌طور موقت در قالب «حق بهره‌برداری» میسر خواهد بود و به تبع هیچ‌یک از اوصاف و آثار حق مالکیت بر این حق استوار نیست. از این‌رو از حیث ماهیت حقوقی حداکثر می‌توان آن را نوعی حق انتفاع تلقی کرد که با توجه به ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب، در اختیار دولت است و برای بهره‌برداران پس از صدور پروانه بهره‌برداری به میزان و مدت معین، به‌صورت حق انتفاعی از منابع آب که موسوم به «حق بهره‌برداری» است، فراهم می‌شود و البته می‌تواند با تغییر شرایط و اوضاع و احوال زیست‌محیطی و... در راستای منافع عمومی اصلاح و تعدیل شود.

۴.۶. آثار نظریه امانت عمومی

از آنجا که رویکرد اتخاذشده از سوی قانونگذار در قانون مدنی بر قابلیت تملک خصوصی اشخاص نسبت به آب و حمایت از این مالکیت خصوصی استوار است و تجربه نشان داده که با این نظام قانونی نه تنها نیازهای آبی کشور برآورده نمی‌شود، بلکه نزاع‌های زیادی هم بر سر تملک و تقسیم آب در می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۶۵)، هرچند تحت تأثیر این ناکارایی و همچنین

۱. در همین زمینه حتی فقیهانی که سخن از مالکیت مسلمانان در این اراضی به میان آوردند، آنها را قابل مالکیت خصوصی نمی‌شناسند: «مالکیت مسلمانان بر اراضی مفتوح العنوه به معنای مالکیت مجموع آنان است نه یکایک ایشان، بر همین اساس و بر پایه اجماع و نصوص روایات، امکان وضع مالکیت خصوصی بر این اراضی وجود ندارد» (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۸: ۱۷).

متأثر از گرایش‌های بین‌المللی ایجادشده پیرامون لزوم نگرش به آب به‌مثابه سرمایه ملی و متعلق به نسل‌های آینده، قانونگذار ایران از حمایت مالکیت خصوصی منابع آب در قوانین متأخر ناظر بر آب درگذشته است، اما گرایش به‌نوعی دیدگاه مالکیت عمومی با محوریت دولت که به‌طور مثال در قانون توزیع عادلانه آب، دولت را به‌مثابه مالک‌الرقاب آب به اجرای عدالت توزیعی در بهره‌برداری از آب فرا می‌خواند و دولت با اعمال رفتارهای مالکانه، آن را وجه‌المصلحه سیاست‌های اقتصادی و اجتماعی خود می‌سازد و با صدور پروانه‌های بهره‌برداری بیش از ظرفیت سفره‌های آب زیرزمینی عملاً به بهره‌برداری بی‌رویه منابع آب دامن می‌زند. از این رو می‌توان براساس مبانی زیست‌محیطی و فقهی و حقوقی نظریه امانت عمومی، زمینه‌بازنگری در قوانین و مقررات ناظر بر مالکیت و مدیریت منابع آب به‌ویژه مواد ۱۴۹ تا ۱۶۰ قانون مدنی که آب را اموال مباح و قابل‌تملک خصوصی تلقی کرده است، فراهم کرد.

بر همین مبنا ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ نیز که متأثر از اصل ۴۵ قانون اساسی مقوم نوعی دیدگاه مالکیت عمومی است، چنانکه گذشت قابلیت زیادی دارد که بر پایه نظریه امانت عمومی از تلقی مالکانه آب به رویکرد امانت‌دارانه تحول یابد و به‌صراحت از مفهوم امانت در متن قانون بهره‌گیرد تا به سیاست‌ها و ضوابط مؤثرتری در حفاظت از منابع آب و صدور مجوز بهره‌برداری از آن بینجامد و از رقابت بی‌امان در مصرف این منبع مشترک و برداشت بی‌رویه و کاهش فاحش حجم مخازن آبی کشور جلوگیری کند.

۷. نتیجه

امروزه در پی سیر تکامل و تطوری که مبانی نظری حق بهره‌برداری از منابع آب از سر گذرانده است، ضرورت صیانت از منابع آب و تعادل‌بخشی سفره‌های آب زیرزمینی به‌منظور جلوگیری از استفاده بی‌رویه مبتنی بر تکنولوژی حفاری و بهره‌برداری رقابتی موجب شده تا به‌تدریج قوانین و مقررات ناظر بر حق بهره‌برداری منابع آب از نظریاتی که بر مبنای حق همجواری به منابع آب یا حق تقدم بهره‌برداری و حق تبعی ناشی از مالکیت مطلق اراضی تدوین یافته بود و با پاره‌ای دیدگاه‌های فقهی قرابت می‌کرد، به نظریاتی بینجامد که معتقد است منابع آب قابل‌تملک و بهره‌برداری خصوصی نیست و دولت‌ها به نمایندگی از مردم به‌صورت امانی آن را در اختیار دارند تا حسب نیاز و با رعایت منافع عمومی در اختیار مردم قرار دهند. از آنجا که بیشتر فقها بر این نظرند که آب از مشترکات است و از این رو قابلیت تملک خصوصی و عمومی ندارد و آنانی که آن را در زمره انفال آورده‌اند نیز بنا به نظرهایی این منبع خدادادی را در اختیار حکومت اسلامی دانسته‌اند تا براساس مصالح عمومی مدیریت و نظارت

کند، بنابراین فارغ از این اختلاف عناوین، بر مبنای نظریه امانت عمومی می‌توان منابع آب را مشترکاتی شناخت که حق بهره‌برداری آن بدون قابلیت تملک براساس مصالح عمومی از طرف دولت به اشخاص داده می‌شود و متناسب با مقتضیات قابل اصلاح و تعدیل است. از این رو اصلاح مواد ۱۴۹ تا ۱۶۰ قانون مدنی و ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب بر مبنای ماهیت امانی آب در اختیار دولت، می‌تواند ضمن جلوگیری از تصمیمات مالکانه دولتی با منابع آب، به حفاظت مؤثرتری از این مایه حیاتی بینجامد.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق). *لسان العرب*، ج ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲. انصاری، مرتضی (۱۳۸۵). *کتاب الخمس*، مجمع الفکر الاسلامی.
۳. جعفری ندوشن، علی‌اکبر؛ شاهین، ابوالفضل (۱۳۹۸). «نظام حقوقی حاکم بر مالکیت آب (با نگاهی به حقوق فرانسه و آمریکا)»، *مجله تحقیقات منابع آب ایران*، دوره ۱۵، ش ۴، صص ۲۸۲-۲۹۸. http://iwrr.sinaweb.net/article_96687.html (۱۲ مهر ۱۴۰۰).
۴. حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). *منهاج الصالحین*، ج ۲، ج پنجم، قم: دفتر حضرت آیت‌الله سیستانی.
۵. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرایع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ج ۳، ج دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۷. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه*، ج ۴، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۸. _____ (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفه الحلال والحرام*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۸). *کتاب البیع*، ج ۲ و ۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۰. _____ (بی‌تا). *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۱. دفتر برنامه‌ریزی کلان آب و آبفای وزارت نیرو (۱۳۹۹). *بررسی تحولات دکترین‌ها و رویکردهای حاکم بر تدوین قوانین آب در ایران و جهان*، تهران: انتشارات عطریاس.
۱۲. رهایی، سعید و فرزانه، ماه منیر (۱۳۹۹). «تاثیر احراز در مالکیت آب از نگاه فقه امامیه با توجه به حقوق و واقعیت‌های معاصر»، *فصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۷، شماره اول، صص ۲۳۵-۲۶۶.
- 1390.101062.1390. <https://dx.doi.org/10.22096/law.2020.101062.1390> (۸ مرداد ۱۴۰۰).
۱۳. صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۷ق). *اقتصادنا*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۴. طباطبایی، سید محمد حسین (بی‌تا). *المیزان*، ج نهم، برگرفته از پایگاه اینترنتی کتابخانه مدرسه فقهت به نشانی: <http://lib.eshia.ir/50081/9/4> (۱۱ مهر ۱۴۰۰).
۱۵. طوسی، محمد بن حسن، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*، ج ۳، ج سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجغرفیه.
۱۶. عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). *اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه*، بیروت: دارالتراث - دار الإسلامیه.
۱۷. سعدی، حسینعلی (۱۳۹۹). *انفال در عصر غیبت*، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
۱۸. شیتون، دینا؛ کیس، الکساندر (۱۳۸۹). *کتابچه حقوق قضایی محیط زیست*، ترجمه محسن عبداللهی، تهران: خرسندی.
۱۹. طباطبایی، سید محمدحسین (بی‌تا). *المیزان*، ج ۹، برگرفته از پایگاه اینترنتی کتابخانه مدرسه فقهت به نشانی: <http://lib.eshia.ir/50081/9/4> (۱۰ مرداد ۱۴۰۰).

۲۰. فیاضی، سید محمدرضا (۱۳۹۲). بررسی فقهی مالکیت مردم بر ثروت‌های عمومی، تهران: انتشارات سمت.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *اموال و مالکیت*، ج ششم، تهران: میزان.
۲۲. نجفی، محمدحسین (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۳۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۳. محقق حلی، جعفر بن الحسن (۱۳۸۶). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۱، قم: دارالتفسیر.
۲۴. محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۳ق). *قواعد فقه*، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۵. مشکینی، میرزا علی (بی تا). *مصطلحات الفقه*، بی جا.
۲۶. مصطفوی، حسن (۱۳۷۱). *التحقیق فی کلمات القرآن*، ج ۱۲، اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۷. مفید، محمد بن نعمان (۱۳۶۷). *المقنعه فی الاصول و الفروع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. منتظری، حسینعلی (۱۳۶۷). *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ج ۷، ترجمه و تقریر محمود صلواتی، تهران: کیهان.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۳). *القواعد الفقهیه*، ج ۴، قم: دارالنشر الامام علی بن ابیطالب.
۳۰. نوروزی، قدرت‌اله (۱۳۹۷). «تأملی بر چالش‌های حقوقی مالکیت آب در حوضه‌ی زاینده‌رود از منظر حقوق عمومی»، *مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، ش ۴، ص ۸۶۷-۸۸۶. DOI: 10.22059/JPLSQ.2018.216687.1358
۳۱. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق). *منهاج الصالحین*، ج ۳، چ پنجم، قم: مدرسه امام باقر (ع).

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسندگان اعلام می‌کنند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوءرفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده‌اند.

(ب) خارجی

32. Getchas, D. (1997). *Water Law: An overview*, The National Agricultural Law Center.
33. Boissière, Henri (1881). *Droit romain : de la Propriété des eaux courantes*. Droit français : des Cours d'eau non navigables ni flottables : thèse pour le doctorat, Faculté de droit d'Aix..
34. Foures-Diop Anne-Sophie (2011). 'Les choses communes (Première partie)', In: *Revue juridique de l'Ouest*.
35. Hodgson, Stephen (2006). *Modern Water Rights – Theory and Practice*, Development Law Service FAO Legal Office, Rome.
36. Lucarelli, Alberto, *La nature juridique de l'eau entre bien public et bien commun*, In: *Droit et gestion des collectivités territoriales*, Tome 30, 2010. Les enjeux de la gestion locale de l'eau.
37. Scott, Anthony & Coustalin, Georgina, (1995). "The Evolution of Water Rights", *Natural Resources Journal*, Vol. 35, pp. 821-979. 30/12/2021.



Research Paper

The Theory of Public Trust as A Basis for the Right to Exploit Water Resources in Iranian Law

Ali Akbar Jafari Nadoushan*

Assistant Professor, Department of Private Law, Yazd University

Abstract

Due to its predominantly arid and water-deficient climate, Iran faces the challenge of dehydration. The rate of exploitation and consumption of water resources plays some role. Iranian civil law, which is the first law governing the processes of water resources exploitation, inspired by *Shi'i* law, has based its relevant rules on theories such as *absolute ownership of land*, *priority*, *privacy*, and *acquisition*. The theoretical bases of the legal system of water resources management is thus based on private property, which along with the development of new technologies of drilling and exploitation has led to uncontrolled consumption of water resources. Therefore, the revision of these theoretical foundations is necessary in order to limit and regulate the exploitation of water resources.

The first theory listed above, *absolute ownership of land*, crystallized in Article 96 of the Civil Code, holds that whoever owns a piece of land has the absolute ownership of the water resources under it and can use them however he wishes without any restrictions. Apart from giving rise to disputes among, A second theory, *the right of precedence*, regulates the use of water resources based on the date of first discovery and exploitation, which is an implication of the precedence rule in *Shi'i* law according to which prearrangements for reclamation of resources is a basis for priority in possession. . A third theory, *territory of land (harim)*, is another basis

* Corresponding Author

Email: jafarinadoushan@yazd.ac.ir

Received: 14 August 2021, Accepted: 2 January 2022 © University of Tehran

granting the owner of a piece of land surrounding a surface water source such as a river or lake the right to own and exploit these water resources. Accordingly, the ownership of water is a function of the land ownership, and there is no right to transfer the ownership of water, independent of the adjacent lands. Some jurists in these cases have relied on the rule '*Al-Aqrah fa al-Aqrah*' ('Who is closer takes priority'), based on the fact that whoever is closer to the water stream, is superior to others, and Article 156 of the Civil Code has been influenced by this theory. But the theory of *attainment*, which has more supporters in *Shi'i* law, is based on the possession of water., According to this everyone owns any amount of water that he or she obtained through the possession and branching of surface water or digging wells and aqueducts. Article 149 of the Civil Code regarding the possibility of acquiring surface water and Article 160 of the same Code governing the digging and acquisition of wells and aqueducts have been taken from this theory.

These theories, which have led to the private ownership and management of water resources, have led to the development of mechanized methods of exploitation and, in turn, to the destruction of water resources. Articles of civil law and other regulations that are influenced by the aforementioned theories, on the one hand, and a tendency towards a state-centered view of public ownership, on the other, as in the Law of Equitable Distribution of Water, which recognizes the government as the owner of water, by applying proprietary behaviors, makes it an instrument for its economic and social policies, has permitted the unwarranted exploitation and has exacerbated the water crisis. Therefore, based on the environmental needs and the international trends viewing water as a national asset belonging to future generations, this article seeks a theory that can be based on environmental, jurisprudential and legal principles and provides grounds for revising laws and regulations governing the ownership and management of water resources, in particular Articles 149 to 160 of the Civil Code, which make water a common property that is open to free acquisition and private ownership.

Accordingly, Article 1 of the Law of Equitable Distribution of Water, enacted in 1982, which is influenced by Article 45 of the Iranian Constitution, has a great potential to change the approach to the ownership of water, based on the concept of public trust, private ownership to one based on the concept of trust. The article relies on the explicit use of the

word trust in the Law to lead to more effective policies and regulations in the protection of water resources and in the issuance of licenses for its exploitation, and to prevent unrelenting competition in the consumption of this common resource and uncontrolled harvesting and drastic reduction of the country's water reservoirs. This article uses an analytical and descriptive research. Relying on library resources it studies different perspectives in order to answer the question what is the basis of the right to use water resources in the jurisprudential and legal system of Iran and which theoretical bases can be selected for it. to ensure protection and preservation of water resources. It first suggests and examines various theories, and then seeks to formulate, under the final theory which is based on the concept of *public trust*, a view in accordance with environmental conditions and water resources crisis based on Islamic legal principles. By amending existing laws and regulations, water can be used as a trust in the hands of the government in the public interest.

Keywords

Achievement, Anfal, commonalities, public trust, privacy, water rights.

Declaration of conflicting interests

The authors declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

ORCID iDs: <https://orcid.org/0000-0002-2328-6596>



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.