



Jurisprudence and Legal Nature of the Right to Exploit Water Resources in the Iranian Law

A. A. Jafari Nadoushan^{1*}

Abstract

In the set of laws and regulations regarding Iran's water resources, the legal relationship of individuals with these resources is referred to as the right of exploitation. This is based on jurisprudence and legal principles that recognize water as a common trust and in other words, a public trust, and negate any right to ownership for the user. However, due to the ambiguity in the legal nature of this exploitation right, we continue to witness the possessive behavior of the exploiters and the conflicting opinions of the administrative and legal authorities in this regard. Therefore, in this analytical and descriptive study, we examined the jurisprudential and legal foundations of the subject and then put forward the theories that have been established in the relevant laws based on the shared and trust nature of this public wealth. Then, referring to Article 29 of the Civil Law, which is in the position of expressing the various rights that individuals have in relation to property and in which the right to ownership, including the object and benefit, the right to usufruct and easement, the characteristics of the right of exploitation, we observed an affinity for usufruct rights in the Iranian right of water exploitation. Therefore, under this legal nature, we came to the conclusion that the water users are not entitled to any kind of proprietary policy, including the right to transfer and waste this right, and the government that has this public trust supervises water sources and uses by prescribing and adjusting exploitation licenses according to public interests and regardless of the proprietary behaviors.

Keywords: Exploitation Rights, Water Resources, Commons, Public Trust, Usufruct Rights.

Received: August 20, 2022

Accepted: October 15, 2022

بررسی ماهیت فقهی و حقوقی حق بهره‌برداری از منابع آب در حقوق ایران

علی اکبر جعفری ندوشن^{۱*}

چکیده

در مجموعه قوانین و مقررات ناظر به منابع آب ایران، از رابطه حقوقی اشخاص با این منابع با عنوان حق بهره‌برداری یاد شده است که مبتنی بر مبانی فقهی و حقوقی است که آب را در زمره مشترکات و بعبارتی امانت عمومی می‌شناسد و با نفی هرگونه حق مالکانه از بهره‌مندان آن، صرفاً حق بهره‌برداری به آنان می‌دهد. معذالک به جهت ابهام در ماهیت حقوقی این حق بهره‌برداری، همچنان شاهد رفتار مالکانه بهره‌برداران و تعارض آرای مراجع اداری و حقوقی در این باره هستیم. از این رو در یک مطالعه تحلیلی و توصیفی و با تدقیق در مبانی فقهی و حقوقی و نظریاتی که بر پایه اشتراکی و امانی بودن این ثروت عمومی به تاسیس حق بهره‌برداری منابع آب در قوانین مربوطه، مبادرت نموده است و در رجوع به ماده ۲۹ قانون مدنی که در مقام بیان حقوق مختلفی که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود به حق مالکیت اعم از عین و منفعت و حق انتفاع و ارتفاق اشاره داشته است ویژگی‌های حق بهره‌برداری منابع آب را با حق انتفاع نزدیک دیدیم که ذیل این ماهیت حقوقی، بهره‌برداران آب از هر گونه مشی مالکانه‌ای از جمله حق انتقال و اتلاف این حق بی‌بهره‌اند و دولت که این امانت عمومی را در اختیار دارد فارغ از رفتارهای مالکانه حسب مصالح عمومی با تجویز و تعدیل پروانه‌های بهره‌برداری بر منابع و مصارف آب نظارت می‌کند.

کلمات کلیدی: حق بهره‌برداری، منابع آب، مشترکات، امانت عمومی، حق انتفاع.

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۵/۲۹

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۷/۲۳

1- Assistant Professor of Department of Law and Political Science, University of Yazd, Yazd, Iran. Email: Jafarinadoushan@yazd.ac.ir_

*- Corresponding Author

Dor: [20.1001.1.17352347.1401.18.3.5.7](https://doi.org/10.17352/347.1401.18.3.5.7)

۱- استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه یزد، یزد، ایران.

*- نویسنده مسئول

بحث و مناظره (Discussion) در مورد این مقاله تا پایان زمستان ۱۴۰۱ امکانپذیر است.



بر مبنای همین دیدگاه فقهی، منابع آب در قانون اساسی و قانون توزیع عادلانه^۱ آب از مشترکات عمومی دانسته شده و اختیار آن به حکومت اسلامی و دولت سپرده‌اند تا با عنایت به ملاحظات هیدرولوژیکی و زیست محیطی، نسبت به صدور مجوز میزان بهره‌برداری از آب اقدام شود. قانونگذار با توجه به محدودیت‌ها و مقتضیات منابع و مصارف آب، قوانین را به‌گونه‌ای تدوین کرده است که بجای حق مالکیت مطلق مصرف‌کنندگان منابع آب، آنها را صرفاً واجد نوعی حق بهره‌برداری از این منابع دانسته است. این نظام حقوقی بهره‌برداری آب، با سلب حق مالکیت آب از هرگونه بهره‌برداری بی‌رویه این منبع حیاتی جلوگیری کرده و امکان اعمال هرگونه سیاست کنترل و تعادل‌بخشی منابع آب را در شرایط مختلف اقلیمی برای دولت ملحوظ می‌دارد.

اما با وجود مبانی مصرح فقهی و حقوقی و نظریات موجه زیست‌محیطی، به جهت ابهاماتی که در ماهیت حقوقی حق بهره‌برداری منابع آب وجود دارد، همچنان شاهد بروز رفتارهای مالکانه بهره‌برداران با منابع آب در اختیارشان هستیم به‌گونه‌ای که حتی موجب تردید اعلام نظر اهل فن اعم از قضات و وکلا و سایر نیز گردیده و یا موجب صدور آرای متعارضی در مراجع شبه قضایی آب و محاکم دادگستری گردیده است؛ اما با وجود مقالاتی که درباره حقوق مالکیت چاه‌های آب؛ عرصه تحول حقوق خصوصی به حقوق عمومی (Pilvar and Radjabi, 2018) و نظام حقوقی حاکم بر مالکیت آب (بانگاهی به حقوق فرانسه و آمریکا) (Jafari Nadoushan and Shahin, 2019) و تأملی بر چالش‌های حقوقی مالکیت آب در حوزه زاینده‌رود از منظر حقوق عمومی (Nowroozi, 2019) و تأثیر احراز در مالکیت آب از نگاه فقه امامیه با توجه به حقوق و واقعیت‌های معاصر (Rahaei and Farzaneh, 2020) و نظریه امانت عمومی به مثابه مبنای حق بهره‌برداری از منابع آب در حقوق ایران (Jafari Nadoushan, 2022) که درباره مالکیت آب نوشته شده است؛ اما تاکنون در بررسی ماهیت حقوقی حق بهره‌برداری آب به‌گونه‌ای که بتواند حدود و اختیارات دولت و بهره‌برداران را آشکار کند و بر تشست نظراتی که در این باره وجود دارد فایق آید، مطالعه‌ای صورت نگرفته است. از این‌رو این مقاله در صدد تبیین ماهیت حقوقی حق بهره‌برداری از منابع آب است تا با تحقیق در مبنای این حق در فقه و حقوق ایران و نظریاتی که سرانجام آب را به‌مثابه «امانت عمومی» یعنی کالای عمومی و غیر قابل تملک که دولت به جهت رعایت مصالح عامه، امانتدار آن می‌شناسد و هرگونه استحصال و استفاده از منابع آب را با نظارت دولت و بطور موقت در قالب «حق بهره‌برداری» میسر می‌داند. لذا بر مبنای ماده ۲۹ قانون مدنی که علایق اشخاص نسبت به اموال را منحصر در مالکیت اعم از

در دهه ۳۰ و ۴۰ استفاده از فناوری جدید در چاه‌های عمیق جهت مکش آب ذخایر لایه‌های عمیق زیرزمینی، عملاً منجر به از بین رفتن بسیاری از قنوت و نابودی منابع آب‌های زیرزمینی شد. در حالی که تمهیدات حقوقی متناسب با پیامدهای آنها به حد کفایت مورد توجه دستگاه حقوقی و قانون‌گذاری قرار نگرفت. بی‌شک تدابیری که دولت با توجه به حقوق مکتسبه در طول پنج دهه برای مقابله و بهبود این وضعیت اتخاذ کرده، چندان کارآمد نبود؛ رعایت‌نکردن حد برداشت در چاه‌های مجاز و ادامه بهره‌برداری از چاه‌های غیرمجاز همچنان ادامه یافت چون اشخاصی که از منبع مشترکی مانند ذخایر آب زیرزمینی استفاده می‌کنند و قادر نیستند در بهره‌برداری از «منبع مشترک» قواعد جمعی درخوری را در میان خود برای رعایت موازین پایداری حاکم کنند. در عمل گرفتار رقابتی بی‌امان می‌شوند تا به‌جای منافع درازمدت و بین‌نسلی، به منافع کوتاه‌مدت و ناپایداری دست یابند. امروز بسیاری از این چاه‌های مجاز بویژه در بخش کشاورزی از بازدهی اقتصادی نازلی برخوردار است و برداشت بی‌رویه از حجم مخازن آب آنها موجب تغییر کیفیت و شورشیدن سفره‌های آب زیرزمینی گردیده است که در نتیجه با این مصارف بی‌رویه به نابودی منابع آب زیرزمینی خواهد انجامید. بدین جهت ناگزیر به بازنگری نظام مالکیت خصوصی حق بهره‌برداری از آب‌های زیرزمینی از مالکیت خصوصی به مالکیت عمومی هستیم تا حق بهره‌برداری ب‌مثابه یک حق غیرمالکانه و امانی در اختیار دولت زمینه انسداد و مسلوب‌المنفعه نمودن چاه‌های غیرمجاز و چاه‌های مجاز غیرقابل صرفه‌راهکار ناگزیری است که به منظور تعادل‌بخشی سفره‌های آب زیرزمینی باید در برنامه دولت قرار گیرد.

از این رو ماهیت حقوقی حق بهره‌برداری از منابع آب، تأثیر مستقیمی بر چگونگی بهره‌برداری و حفاظت از منابع آب دارد. بسیاری از فقها، آب را از مشترکات و مباحات عامه می‌دانند که توسط اشخاص قابل حیات و بهره‌برداری است (Amili., 1990) هرچند به‌عنوان یک حکم اولیه احرازکننده می‌تواند مالک آن آب نیز گردد؛ اما با توجه به اقتضائات و شرایط زمان و مکان و منافع جمعی و بین‌نسلی بر پایه احکام ثانویه حاکم اسلامی می‌تواند با گذر از این نظام حقوقی مالکیت خصوصی منابع آب به سوی نوعی مالکیت عمومی هدایت کند و حتی پیشروتر از آن که آب را به‌مثابه امانت عمومی بشناسد و همچنین بر این منبع مشترک ذخایر آب قواعد جمعی درخوری حاکم کند که ضمن صیانت از منابع محدود آب، آن را از رقابت‌های بی‌امان بهره‌برداران نیز نجات داده و به‌جای منافع کوتاه‌مدت و ناپایدار خصوصی، منافع درازمدت و بین‌نسلی عمومی را تأمین کند.

عین و منفعت و حق انتفاع و حق ارتفاق می‌شناسد. از آنجا که بر حق بهره‌برداری هیچ یک از اوصاف و آثار حق مالکیت اعم از عین و منفعت استوار نیست تا در همانند سنجی با حق انتفاع، تبیین ماهیت کند و بر این اساس با رد هر گونه حق مالکیت بر آب، امکان نقل و انتقال و جابجایی آن را نیز در بازار مکاره‌ای که جز به رقابت بی‌امان بهره‌برداری نمی‌انجامد منتفی سازد.

۲- مبانی فقهی حق بهره‌برداری

در نظر مشهور فقها آب جزو مشترکات است.^۲ به عنوان مثال شهید اول آب‌های مباح را در کنار مساجد، مدارس، کاروانسراها، معادن و راه‌ها جزو مشترکات دانسته است (Amili, 1990). علامه حلی نیز آب را جزو مشترکات برشمرده است (Hilli, 1999). صاحب جواهر آب را با مستند به دو روایت معروف از مشترکات دانسته است (Najafi, 1984). روایت نخست را ابن عباس از پیامبر اکرم (ص) نقل کرده است: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: النَّارِ وَالْمَاءِ وَالْكَلا» یعنی مردم در سه چیز با یکدیگر شریک هستند: آتش، آب و علفزار (Borojerdi, 2008) و روایت دیگر از محمدبن سنان از امام موسی کاظم (ع) که آمده است: «رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ سِنَانَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ مَاءِ الْوَادِي فَقَالَ إِنَّ الْمُسْلِمِينَ شُرَكَاءُ فِي الْمَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَلا» یعنی از امام درباره آب نهرها و رودخانه‌ها سؤال کردم. پس فرمود: مسلمانان در آب و آتش و علفزار با هم شریکند (Abn-e-babevih, 1992). به نظر برخی از فقیهان معاصر مانند سید عبدالحسین لاری، منتظری، سیستانی، سبحانی، مؤمن و مشکینی آب‌های عمومی از انفال و ملک امام علیه‌السلام است و اگر کسی به قصد تملک حیزت کند، مالک می‌شود و در این جهت فرقی میان مسلمان و کافر نیست. آیت‌الله منتظری تصریح می‌کند که آب‌های زیرزمینی نیز از انفال است. آیت‌الله سیستانی آب‌های جمع شده از باران و برف و مانند آن را از مباحات اصلی می‌داند (Ijtihadnet.ir, 2021).

در مقابل این نظریه مشهور، محدودی از فقها همچون شیخ مفید هم با استناد به روایاتی بیان کرده‌اند که هر چیزی در زمین است و از آن خارج می‌شود متعلق به امام است، بنابراین آب را از جمله انفال می‌دانند که داخل در ملک امام است (Shikh-e-Mofid, 1992). یکی از فقها 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 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، لذا آب‌های طبیعی سطحی در ملکیت عموم است و در صورتی که کسی مقداری از آن‌ها را حیزت (بهره‌برداری مالکانه) نماید مالک آن مقدار می‌شود (Sadr, 1996)؛ 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 آرد 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 نمود 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 نماید؛ زیرا اصل چاه همچنان جزو مشترکات عمومی است (Sadr, 1996).

بنابراین، در مورد آب‌های مباح؛ مانند آب چشمه‌هایی که در زمین مباح جاری است، آب چاه‌هایی که در زمین مباح حفر شده است، آب باران و برف، آب رودخانه‌ها، فقهای مشهور از نظریه مالکیت عمومی پیروی کرده و آنها را از جمله مشترکات عامه دانسته‌اند که تمامی مردم در آن از حق مساوی برخوردارند (Amili, 1990). مشترکات در فقه به معنای آن چیزی است که مالک خاصی ندارد و مورد استفاده‌ی عموم مردم قرار دارد (Meshkini, N. D). بعضی از فقها در تعریف مشترکات عمومی 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» (Sadr, 1996). در میان فقهای معاصر امام خمینی در تحریرالوسیله نیز آب جزء مشترکات برشمرده است (Mussavi Al-Khomeini, N. D). بنابراین، مشترکات شاخه‌ای از اموال عمومی محسوب می‌شود که همه مردم در استفاده و بهره‌گیری از آن حق مساوی و برابر دارند؛ بنابراین آب در اعداد معادن، مراتع و جنگل‌ها و همچنین مساجد و مدارس و معابر و اماکن و دیگر مرافق عمومی در نزد فقها مشترک و متعلق به همگان است. فقها در تبیین مفهوم آب، آب رودها و نهرهای بزرگ، رودهای کوچکی که از چشمه‌ها، سیل‌ها و برف‌ها سرچشمه گرفته‌اند و همچنین چشمه‌هایی که از دل کوه‌ها و زمین‌های موات جوشیده‌اند و نهایتاً آب باران را در استفاده از عموم از آنها یکسان دانسته‌اند و نهایتاً آب باران را در استفاده از عموم از آنها یکسان دانسته‌اند (Mussavi Al-Khomeini, N. D) در نتیجه اصل و عین مشترکات متعلق حق عموم مردم و غیرقابل تملک خصوصی از سوی اشخاص است و افراد صرفاً می‌توانند تحت شرایطی از آن‌ها استفاده کنند.

۳- مبانی حقوقی حق بهره‌برداری

می‌توانند با کسب مجوزهایی مبادرت به استفاده و بهره‌برداری معقول از این منابع بنمایند. بر همین اساس شعبه هشتم دیوان عدالت اداری در رای شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۸۷۵ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۱ خود آورده است: «آقای (الف.خ.) با وکالت آقای (س.ح.م.) و وکالت بعدی آقای (م.ر.) شکایتی علیه شرکت آب منطقه‌ای کرمان مبنی بر اعتراض به رأی کمیسیون آب‌های زیرزمینی به شماره ... مورخ ... تقدیم و تقاضای نقض آن را می‌نمایند. با توجه به مفاد دادخواست و مدارک پیوست و پاسخ مشتکی‌عنه به شرح لایحه ثبت شده به شماره ... مورخه ... اولاً آنچه که به وزارت نیرو در ماده ۲۱ قانون توزیع عادلانه آب محسوب شده است، تخصیص و اجازه بهره‌برداری از منابع آب برای مصارف مختلف است و مالکیت یا حقوق مالکانه برای اشخاص در آب پیش‌بینی نشده است. ثانیاً به موجب ماده ۱۴۱ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹، وزارت نیرو مکلف است تا پایان برنامه به تدریج نسبت به صدور سند بهره‌برداری آب برای حقایقه‌داران و دارندگان مجوز آب اقدام نماید. با توجه به مراتب مذکور، بهره‌برداری و حق استفاده از آب با مالکیت متفاوت است؛ به عبارت دیگر بهره‌برداری از آب با رعایت مقررات و قوانین بدون داشتن مالکیت برای آن ممکن می‌باشد.» (divan-edalat.ir).

در همین راستا در ماده ۲۱ این قانون تخصیص و اجازه بهره‌برداری از منابع عمومی آب برای مصارف گوناگون، منحصرأ به وزارت نیرو محول گردید و این وزارتخانه مکلف به تبدیل حقایقه‌های افراد به اجازه مصرف معقول آب شد (ماده ۱۹ قانون توزیع عادلانه آب). افزون بر این، ماده ۲۸ قانون مزبور جلوه‌ای شدیدتر از محدود کردن حق خصوصی افراد نسبت به منابع آبی را به نمایش گذارده است، چراکه به موجب این ماده اشخاص ملزم به مصرف آب در موارد قید شده در پروانه شده‌اند و از انتقال پروانه صادره به صورت مستقل از زمین و بدون اجازه وزارت نیرو منع گردیده‌اند که نظر به نقشی که این نظم و ساختار حاکم بر استفاده از منابع آب در تبیین ماهیت حق بهره‌برداری دارد آن را ذیل عناوین زیر بررسی می‌کنیم.

۳-۱- صدور مجوز حق بهره‌برداری

به استناد ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب، استفاده از منابع آب‌های زیرزمینی به استثنای موارد مذکور در ماده ۵ این قانون،^۳ از طریق حفر هر نوع چاه و قنات و توسعه چشمه در هر منطقه از کشور با اجازه و موافقت وزارت نیرو باید انجام شود و وزارت مذکور با توجه به خصوصیات هیدروژئولوژی منطقه (شناسایی طبقات زمین و آبهای زیرزمینی) و مقررات پیش‌بینی شده در این قانون، نسبت به صدور

اصل ۴۵ قانون اساسی در تبیین وضعیت حقوق برخی اموال همچون آب‌ها چنین مقرر می‌دارد که: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی و غیره در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند». در این اصل پس از بیان دو عنوان «انفال» و «ثروت‌های عمومی» مصادیقی از اموال گوناگون ذکر شده‌اند که در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند تا در جهت مصالح عمومی نسبت به آن‌ها عمل شود. هرچند واژه‌ی انفال مفهومی متفاوت از ثروت‌های عمومی است و در لسان فقها به معنای اموالی است که در ملکیت پیامبر (ص) و ائمه (ص) است؛ در حالی که ثروت‌های عمومی یا به تعبیر فقهی آن یعنی مشترکات، اموالی هستند که مالک خاصی ندارند و مورد استفاده عموم مردم قرار دارند. زمانی که به منظور ارائه تفسیری قصدگرایانه از این اصل و در جهت رفع این ابهام به مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی این قانون مراجعه می‌کنیم، درمی‌یابیم که مشابه این ابهام راجع به اینکه اموال مجهول‌المالک جزو انفال نیست هم به هنگام بررسی این اصل از سوی برخی از اعضای مجلس مطرح شده است، که در پاسخ به آن چنین اظهار شده است که در اینجا ثروت‌های عمومی عطف به انفال و آن قسمت‌هایی که جزو انفال نیست مطرح گردیده و در نتیجه آن اموالی که همچون اموال مجهول‌المالک جزو انفال نیستند، شامل این عنوان (ثروت‌های عمومی) می‌شوند (Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Parliament of Iran, 1985). در نتیجه از منظر تدوین‌کنندگان قانون اساسی آب نیز می‌تواند جزو ثروت‌های عمومی و ملک عامه مردم محسوب شود که این حکم مشابه حکم مندرج در قانون آب و نحوه ملی شدن آن است؛ چرا که قانونگذار عادی در مقام تبیین این اصل در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ با استعمال واژه «مشترکات» بر این تفسیر ما از اصل ۴۵ صحه گذاشته است: «بر اساس 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». بدین ترتیب آب جزو اموال عمومی و مشترک بین افراد ملت اعلام شد که اشخاص صرفاً تحت شرایطی

پروانه حفر و بهره‌برداری اقدام می‌کند. ماده ۱ آیین نامه اجرایی فصل دوم قانون مذکور نیز که بر اساس ماده ۵۱ قانون توزیع عادلانه آب، در خصوص حفر و بهره‌برداری از منابع آب به همراه فرم‌های مخصوص با فرمت مشخص جهت صدور پروانه حفر قنات و چاه آب و پروانه بهره‌برداری از چاه آب در تاریخ ۱۳۶۳/۷/۱۸ به تصویب هیئت وزیران رسید. بیان می‌کند: «هر شخص اعم از حقیقی و حقوقی و وزارتخانه‌ها و دستگاه‌ها و ارگان‌های دولتی و نهادهای انقلاب اسلامی بخواهند از آبهای زیرزمینی در هر نقطه از کشور به وسیله حفر چاه و یا احداث قنات و یا از طریق تعمیق یا تغییر محل چاه‌های موجود و ادامه پیشکار قنات و توسعه چشمه یا طرق دیگر استفاده کنند؛ به استثنای چاه‌های واقع در مناطق غیر ممنوعه مشمول ماده ۵ قانون توزیع عادلانه آب، باید تقاضای کتبی خود را به سازمان‌ها یا شرکت‌های آب تابعه وزارت نیرو یا شعب آنها تسلیم نمایند». بر اساس مواد ۳ و ۴ آیین‌نامه مورد اشاره، پس از تکمیل پرونده متقاضی، رسیدگی به آن جهت صدور پروانه با کمیسیونی است که در آیین‌نامه مذکور به «کمیسیون صدور پروانه‌ها» موسوم گشته است. بنابراین، کمیسیون صدور پروانه‌ها فی‌الواقع مرجعی شبه قضایی است که بر اساس مفاد تبصره ۲ ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب، در شرکت‌های آب منطقه‌ای تشکیل و اتخاذ هرگونه تصمیمی در مورد صدور پروانه‌های حفر و بهره‌برداری از منابع آبهای زیرزمینی تحت صلاحیت کمیسیون مزبور قرار دارد (Rashidi, 2003).

نخستین اقدام در کمیسیون مزبور در صورت کامل بودن مدارک متقاضی آن است که کارشناسی ضمن بازدید محل و بررسی وضع زمینی که تقاضای حفر چاه یا قنات در آن شده است، محل مناسبی را حتی‌المقدور با نظر متقاضی و با رعایت حریم منابع آب اطراف و شناسائی طبقات مختلف زمین و استعداد آبدی و امکان بهره‌برداری متناسب با مساحت اراضی، مشخص و با تعیین عمق چاه و آبدی تقریبی و برآورد هزینه حفر و تجهیز آن، گزارش لازم را توأم با کروکی محل برای اقدام به کمیسیون تسلیم می‌نماید. کمیسیون صدور پروانه‌ها پس از وصول پرونده امر و بررسی آن در صورت موافقت با نظریه کارشناس یا کارشناسان، در مورد صدور پروانه حفر و بهره‌برداری تصمیم می‌گیرد.

۳-۲- نقل و انتقال حق بهره‌برداری

با توجه به قانون توزیع عادلانه آب که با هدف اجرای عدالت توزیعی و حفظ منابع آب و توسعه کشاورزی به تصویب رسیده است باید گفت

اصولاً انتقال حق انتفاع از چاه آب ممنوع است مگر با اجازه دولت. براساس مواد ۲۷ و ۲۸ قانون مذکور پروانه مصرف آب مختص به زمین و مواردی است که برای آن صادر شده است مگر آنکه تصمیم دیگری وسیله دولت در منطقه اتخاذ شود و هیچ کس حق ندارد آبی را که اجازه مصرف آن را دارد به مصرفی به‌جز آنچه که در پروانه قید شده است برساند و همچنین حق انتقال پروانه صادره را به دیگری بدون اجازه وزارت نیرو نخواهد داشت، مگر به تبع زمین و برای همان مصرف با اطلاع وزارت نیرو؛ لذا در صورتی که دارنده حق بهره‌برداری با مازاد منابع آب بر اساس نظام معقول روبرو باشد حتی در صورت ضرورت انتقال به مصارف معقول مورد نیاز دیگران نیز بدون اجازه وزارت نیرو حق انتقال آب به آنها ندارد ماده ۷ قانون توزیع عادلانه آب در این باره می‌گوید: «در مورد چاه‌هایی که مقدار آب‌دهی مجاز آن بیش از میزان مصرف معقول صاحبان چاه باشد و مازاد آب چاه با ارائه شواهد و قرائن برای امور کشاورزی، صنعتی و شهری مصرف معقول داشته باشد، وزارت نیرو می‌تواند تا زمانی که ضرورت اجتماعی ایجاب کند با توجه به مقررات و رعایت مصالح عمومی برای کلیه مصرف کنندگان اجازه مصرف صادر کند. همچنان که جهت جلوگیری از اتلاف و مصارف غیر معقول منابع آب نیز، دارنده حق بهره‌برداری موظف به حفاظت از منابع آب گردیده و اجازه انتقال آن به دیگران ندارد. ماده ۱۰ قانون توزیع عادلانه آب در این باره بیان می‌دارد: «برای جلوگیری از اتلاف آب زیرزمینی خصوصاً در فصل‌هایی از سال که احتیاج به بهره‌برداری از آب زیرزمینی نباشد صاحبان چاه‌های آرتزین یا قنات‌هایی که منابع آنها تحت فشار باشد موظفند از طریق نصب شیر و دریچه از تخلیه دائم آب زیرزمینی جلوگیری کنند». همچنین، در چاه‌های آرتزین و نیمه‌آرتزین دارندگان پروانه چاه مکلفند چنانچه وزارت نیرو لازم بداند به وسیله پوشش جداری و یا طرز مناسب دیگری به تشخیص وزارت نیرو از نفوذ آب مخزن تحت فشار در قشرهای دیگر جلوگیری کنند.

۴- مبانی نظری تاریخی

در طول تاریخ حقوق آب در تبیین و توجیه واگذاری حق بهره‌برداری منابع آب، مجموعه نظریات و دیدگاه‌هایی، مطرح گردیده و بتدریج تکامل و تطور یافته است. نظریاتی که نخست بر مبنای حق همجواری به منابع آب، مالک اراضی اطراف یک منبع آبی سطحی مانند رودخانه یا دریاچه، حق مالکیت و بهره‌برداری از این منابع آبی را می‌یافت در سنت حقوقی ما نیز آثاری از این دیدگاه دیده می‌شد؛ بعضی از فقها در این موارد با قاعده الأقرب فالأقرب (هر کس نزدیکتر اولویت دارد) مینا را بر این می‌نهادند که هر کس به نهر آب نزدیکتر باشد، بر دیگران

مقدم است. اما این دیدگاه عملاً 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 مورد جرح و تعدیل واقع شد و جای خود را به نظریه حق تقدم بهره‌برداری داد که بر خلاف سیستم همجواری که حق بهره‌برداری آب، به مالکیت زمین همجوار وابسته بود، در این نظریه، حق به کسی تعلق داشت که آب را زودتر منشعب کرده و برای مصارف خود به کار گرفته بود. نظریه مزبور در تاریخ حقوق اسلامی به قاعده «سبق» موسوم بود که برای شخص متسابق اجماً حق اولویت ملحوظ می‌کرد، ولی نه حق عینی مطلق و همه جانبه، البته پس «سبق» نوبت به «احیا» می‌رسید و باید حق سبق به حیات هم می‌انجامید یعنی سبقت در قالب مقدمات الزام احیا و حیات شکل می‌گرفت و حق اولویت و تقدم در بهره‌برداری به وجود می‌آورد. هر چند با بروز خشکسالی و بی‌آبی، عرف اجازه استفاده بیش از حد آب احراز شده را نمی‌داد؛ و احراز آب منوط به عدم ضرر و زیان دیگران می‌شد و از باب احکام ثانویه و یا بر اساس حکم حاکم جامع‌الشرايط، نظریه احراز با محدودیت‌هایی مواجه می‌گشت و در مباحث عامه با منع امام، انتفاع یا تملک پایان می‌پذیرفت. نظریه دیگری هم مدتی رواج داشت که مبتنی بر حق تبعی ناشی از مالکیت مطلق اراضی بود و می‌گفت هر کس مالک زمین است مالکیت مطلق بر منابع آبی زیر آن زمین نیز دارد و می‌تواند بدون هیچ‌گونه محدودیتی از آن بهره‌برداری کند. این نظریه نیز کم کم به سبب بهره‌برداری بی‌رویه و تحدید منابع آبی همجوار آن و دامن زدن به منازعات مجاورین و رقابت در بهره‌برداری بی‌امان آب‌های زیرزمینی که موجب هدم و نابودی این ذخایر زیرزمینی می‌گردید جای خود را به نظریات مترقی تری داد و بطور کلی نارسایی نظریاتی که در تبیین مبانی مالکیت و مدیریت منابع آب سطحی و زیرزمینی به کار بسته می‌شدند، به‌ویژه در تأمین نظم و حقوق عمومی موجب شد تا به تدریج زمینه طرح دیدگاه‌های دیگری که معطوف به حمایت از منابع آب به عنوان دارایی مشترک بود، فراهم گردد. بر مبنای این نظریات جدید، منابع طبیعی و محیط‌زیست 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. 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 نظرانی 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 مشترکات و اموال عمومی شناخت که حق

بهره‌برداری آن بدون قابلیت تملک بر اساس مصالح عمومی از طرف دولت به اشخاص داده می‌شود و متناسب با مقتضیات قابل اصلاح و تعدیل است (Jafari Nadoushan, 2022) از آنجا که قانون اساسی و قانون توزیع عادلانه آب ذیل مفاهیم انفال و اموال و مشترکات عمومی از نظریه‌ای پیروی کرده‌اند که با نفی هر نوع مالکیت خصوصی و عمومی، مدیریت و نظارت بر نظام بهره‌برداری از منابع آب را با رعایت مصالح عامه در اختیار دولت قرار داده است. لذا می‌توان نظام بهره‌برداری از منابع آب در ایران را در چارچوب نظریه‌ای موسوم به «نظریه امانت عمومی» ارزیابی کرد.

۵- حق بهره‌برداری بمتابه حق انتفاع

با توجه به قانون توزیع عادلانه آب، منبع آب زیرزمینی قبل از صدور پروانه حفر و بهره‌برداری توسط مراجع قانونی، در اختیار بخش عمومی است ولی به نظر می‌رسد پس از صدور پروانه بهره‌برداری بر اساس قوانین و توسط مراجع صالح، در حدود میزان و مدت معین یک نوع حق عینی غیر مالکانه که همان «حق بهره‌برداری» است، ایجاد می‌گردد که در بررسی ماهیت حقوقی آن می‌توان با استناد ماده ۲۹ قانون مدنی که علایق اشخاص نسبت به اموال را منحصر در مالکیت اعم از عین و منفعت و حق انتفاع و حق ارتفاق می‌داند و با توجه به مبانی فقهی و حقوقی پیش گفته که آب را بمتابه «امانت عمومی» یعنی کالای عمومی و غیر قابل تملک که دولت به جهت رعایت مصالح عامه، امانتدار آن می‌شناسد و هرگونه استحصال و استفاده از منابع آب با اجازه دولت و بطور موقت در قالب «حق بهره‌برداری» میسر می‌داند به تبع هیچ یک از اوصاف و آثار حق مالکیت اعم از عین و منفعت بر این حق استوار نیست و حق ارتفاق هم که در اینجا از حیث موضوعی قابل طرح نیست. بنابراین به همانندسجی حق انتفاع در تبیین ماهیت این حق استفاده از منابع آب می‌پردازیم.

قانون مدنی در ماده ۴۰ خود حق انتفاع را حقی دانسته که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد، استفاده کند «حق» سلطه ناقص بر مال است، به خلاف «ملک» که سلطه تام و کامل است و با توجه به اینکه سلطه منتفع در حق انتفاع تنها محدود به «انتفاع از عین» است و شامل سایر سلطه‌های اعتباری همچون واگذاری به دیگری و نیز اتلاف عین نمی‌شود، روشن است که این سلطه از سنخ حق یعنی سلطه ناقص است نه از سنخ ملک. ماده ۴۰ ق.م.ا. اگر چه برگرفته از ماده ۵۷۸ قانون مدنی فرانسه است، ولی قانون‌گذاران ایرانی با تغییری در ترجمه آن نشان می‌دهند که منتفع را، مالک انتفاع نمی‌دانند. از این رو، یکی از

تفاوت‌های حق انتفاع در قانون مدنی ما با قانون مدنی فرانسه در آن است که بر خلاف قانون فرانسه، منتفع، مالک انتفاع نمی‌گردد، بلکه تنها حق استفاده و انتفاع برای او محفوظ است. ماده ۵۷۸ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «حق انتفاع عبارت است از حق استفاده از اشیاء متعلق به دیگری هم‌چون خود مالک، اما با تعهد به حفظ عین آن»^۴ قانون مدنی آلمان و ایتوبی نیز، حق انتفاع را به همین صورت تعریف کرده‌اند؛ در ماده ۱۰۳۹ ق.م. آلمان و ماده ۱۳۳۱ و ۱۳۳۲ ق.م. ایتوبی، منتفع مالک حق انتفاع معرفی شده است. تفاوت حق انتفاع با مالکیت منافع در اجاره، آن است که در اجاره، منافع در مدت اجاره به ملکیت مستأجر درمی‌آید و ذرات منافع در ملکیت مستأجر تولید می‌گردد. ولی در حق انتفاع، منافع در ملکیت مالک عین پدید می‌آید؛ لیکن منتفع از حق انحصاری بهره‌برداری از آن برخوردار است. از این رو، در حق انتفاع، منتفع نمی‌تواند عین را به دیگری اجاره دهد، زیرا اجاره، تملیک منفعت است و منتفع مالک منافع نمی‌باشد تا آن را به دیگری انتقال دهد؛ بلکه دارای حقی است که در اثر آن از منافع مال مورد حق انتفاع بهره‌مند می‌گردد و می‌تواند این حق را مانند حقوق مالی دیگر به هر کس بخواهد واگذار کند. از آن‌جا که در حقوق مدنی فرانسه، بین حق انتفاع و مالکیت منافع تفاوتی وجود ندارد، ماده ۵۹۵ قانون مدنی فرانسه و به پیروی از آن، ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی ایتوبی، به منتفع اجازه می‌دهد که مورد حق انتفاع را به شخص ثالث اجاره دهد. ماده ۵۹۵ قانون مدنی فرانسه در این باره تصریح می‌کند «منتفع می‌تواند خود از حقتش استفاده کند، آن را به دیگر اجاره دهد یا هم‌چنین آن را بفروشد یا بلاعوض انتقال دهد»^۵.

بر اساس این تحلیل است که می‌توان فهمید چرا واگذاری حق انتفاع به دیگری ممکن نیست. در حق انتفاع برخلاف مالکیت عین و منفعت، صاحب حق حقیقتاً مالک مالی نیست تا بتواند آن را به دیگری واگذار کند بلکه صرفاً «فعل انتفاع» بر وی مباح گردیده و به تعبیر دیگر «مسلط بر انتفاع» شده است. به تعبیر دقیق‌تر در تسلیط بر انتفاع، شخص مالک، سلطه خود را به طرف مقابل واگذار نمی‌کند، بلکه او را بر «انتفاع» از ملک خود مسلط می‌سازد. این حقیقت در یکی از مصادیق حق انتفاع یعنی عاریه از زبان یکی از فقهای معاصر چنین آمده است: «إن المعیر سلط المستعیر علی عینه - لا أنه أعطاه ملكه أو سلطانه - فلذا لیس له نقل الملك أو السلطنة» بر همین اساس در فقه تردیدی وجود ندارد که طبیعت حق انتفاع به‌گونه‌ای است که منتفع در عقود عمری و رقبی و سکنی (Hili, 1992) یا موقوف علیهم در وقف عام (Hussayni Al-Sistani, 1996) و یا مستعیر در عاریه نمی‌تواند حق انتفاع را به دیگری منتقل سازند. در حقوق البته در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد و برخی از استادان به تبع فقه و با توجه به

حقیقت حق انتفاع، واگذاری این حق به دیگری توسط صاحب حق را ناممکن شمرده‌اند (Jafari Langarodi, 1989). برخی دیگر با این تصور که هر حقی اصولاً قابل واگذاری است، دلیلی بر ممنوعیت نقل آن ندیده‌اند (Katouzian, 2004). به نظر می‌رسد توجه به این نکته که ثمره عمری و رقبی و سکنی تفاوتی با ثمره وقف عام ندارد و همگی مفید حق انتفاع هستند، می‌توان پذیرفت که این سنخ از حق قابلیت واگذاری ندارد. در هر حال به نظر می‌رسد مراد از حق انتفاع در اصطلاح فقها «سلطه اعتباری بر انتفاع از عین» است و بر همین اساس مفاد عقود موجود حق انتفاع نیز چیزی جز «تسلیط بر انتفاع از عین» نیست. ناگفته نماند بسیاری از فقها در بیان ثمره عقود احباس به جای استفاده تعبیر حق انتفاع از تعبیر «تسلط بر انتفاع» استفاده کرده و گفته‌اند ثمره عقد سکنی و سایر عقود احباس «تسلط بر استیفاء منفعت» است (Najafi, 1984). قانون مدنی مقرر می‌دارد: «حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند». اسباب ایجاد حق انتفاع را می‌توان در سه عنوان قانون، اذن مالک و قرارداد خلاصه کرد که در حق بهره‌برداری از منابع آب منشأ ایجاد حق قانون است. البته در قوانین مربوط به آب به ماهیت حقی که برای بهره‌بردار نسبت به آب به وسیله مجوز بهره‌برداری ایجاد می‌شود، تصریحی وجود ندارد ولی در ماده ۸ قانون اصلاحی بهره‌برداری از معادن مصوب ۱۳۹۰ بیان شده است که: «... پروانه بهره‌برداری سندی رسمی، ... است که متضمن حق انتفاع دارنده پروانه از ذخیره معدنی مندرج در پروانه و نیز در بردارنده تعهدات وی در اجرای مفاد آن می‌باشد...». با تنقیح مناط بین حکم آب‌های زیرزمینی و معادن که هر دو مطابق قوانین جزء اموال عمومی هستند و برای بهره‌برداری از آنها نیاز به استخراج و کسب پروانه حفر و مجوز بهره‌برداری از مراجع قانونی است؛ می‌توان ماهیت حق موصوف را، حق انتفاع برای دارنده پروانه بهره‌برداری از آب‌های زیرزمینی دانست. باید توجه داشت که دارنده پروانه بهره‌برداری از آب چاه، فقط به میزان مشخص و در مدت معین دارای این حق انتفاع است و در صورت عدم استفاده از این حق در مدت معین دیگر حقی نسبت به آن ندارد و برای استفاده مجدد باید مراحل قانونی مربوطه طی شود. این مطلب را می‌توان از بند «و» ماده ۲۴ قانون توزیع عادلانه آب، استنباط کرد. منتها از آنجا که در ماده ۴۶ قانون مدنی می‌گوید حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفاده از آن با بقای عین ممکن باشد و ماده ۵۸ این قانون نیز بر آن تاکید دارد لذا حق انتفاع مال موضوع حق باید در برابر استفاده صاحب حق باقی بماند. ممکن است گفته شود که در استنباط از اموال قابل بقا باید تجدیدنظر کرد. «بی‌گمان غالب اموال قابل بقا نیز در اثر استعمال مکرر فرسوده می‌شود و قابلیت انتفاع را از دست می‌دهد؛ ولی

امکان بهره‌برداری مکرر و طولانی از آنها این گونه اموال را از دسته نخست ممتاز می‌کند» (Katouzian, 2004). بنابراین، در مقام تعیین ماهیت حق بهره‌برداری از آب نیز می‌توان گفت که هرچند آب نیز با استفاده مکرر ذخیره خود را از دست داده و دیگر به عنوان آب شناخته نمی‌شود؛ اما چون امکان بهره‌برداری مکرر را دارد باید همچنان آن را مال قابل بقاء و واگذاری حق انتفاع آن را صحیح می‌دانند. در واقع از آنجا که بخش عمده‌ای از منابع آب پس از مصرف دوباره به سفره آبهای زیرزمینی باز می‌گردد نمی‌توان منابع آب را مصرف شدنی دائمی و غیرقابل برگشت تلقی کرد. ضمن این که اگر میزان بهره‌برداری متناسب با میزان بارندگی و ذخیره آب باشد. عدم و نابودی منابع آب در اثر مصرف را منتفی می‌سازد.

۶- جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

نظام حقوقی حاکم بر منابع آب که در گذشته حسب قواعد خود انتظام عرفی و ملهم از مبانی فقهی مبتنی بر مالکیت خصوصی بود. در اثر بهره‌برداری مبتنی بر تکنولوژی حفاری و استحصال مکانیزه و بی‌رویه از منابع آب طی قرن اخیر به ناگزیر جای خود را به نظام مالکیت مدیریت بخش عمومی داد که با تصریح مالکیت عمومی و نفی مالکیت خصوصی و بهره‌برداری مالکانه بی‌قید و شرط مورد اشاره در قانون مدنی در مهار رقابتهای بی‌امان بهره‌برداران مؤثر بود؛ اما هرگز نتوانست آن طور که انتظار می‌رفت موجب کاهش مصارف آب و بویژه نجات سفره‌های آب زیرزمینی گردد. از علل این ناکامی‌ها را می‌توان رفتار مالکانه بهره‌برداران و تردید مراجع اداری و قضایی با ماهیت حقوقی حق بهره‌داری آب دانست. از این رو ضرورت صیانت از منابع آب و تعادل بخشی سفره‌های آب زیرزمینی جهت جلوگیری از استفاده بی‌رویه مبتنی بر تکنولوژی حفاری و بهره‌برداری رقابتی موجب می‌شود تا به تدریج قوانین و مقررات ناظر بر حق بهره‌برداری منابع آب به نظریاتی گرایش یابد و بدین ترتیب منابع آب از قابلیت تملک و بهره‌برداری خصوصی خارج شده و دولت‌ها به نمایندگی از مردم به صورت امانی آن را در اختیار می‌گیرند تا حسب نیاز و با رعایت منافع عمومی در قالب حق بهره‌برداری در اختیار مردم قرار دهند.

چون این حق با وجود تصریح در قانون توزیع عادلانه آب و تکیه کافی به مبانی فقهی و حقوقی از حیث ماهیت حقوقی بنا به تعبیر ماده ۲۹ قانون مدنی که علایق اشخاص نسبت به اموال را منحصر در مالکیت اعم از عین و منفعت و حق انتفاع و حق ارتفاق می‌داند با ماهیت غیر مالکانه و امانی آب که در اختیار دولت قرار گرفته و صرفاً حق بهره‌برداری از آن را به متقاضیان داده است نوعی حق انتفاع است که

سلطه ناقصی بر منابع آب ایجاد می‌کند و بر خلاف حق مالکیت که سلطه تام و کامل است شامل حقوق مالکانه همچون حق واگذاری به دیگران و حتی حق اتلاف مال و غیره نمی‌شود. از این رو حاکمیت (وزرات نیرو) با صدور مجوز بهره‌برداری از منابع آب همواره امکان سلب و تعدیل این مجوز را دارد و بهره‌برداران نیز امکان استفاده خارج از موضوع پروانه و نقل و انتقال و اتلاف آن را نخواهند داشت. بدیهی است با تبعیت از چنین دیدگاهی در ماهیت حق بهره‌برداری حتی اگر امکان نقل و انتقال این حق در بازار آب هم فراهم شود، این حق مورد معامله مقید به رعایت شرایط حاکم بر حق انتفاع خواهد بود و چنان چه به مقتضای مصالح عامه مقام ناظر ناگزیر به جرح و تعدیل پروانه‌ها و یا سلب حق بهره‌برداری آبران گردد، اعمال این سیاست‌های انقباضی وی بدون موانع حقوقی ناشی از حق مکتسب میسر می‌شود و محاکم دادگستری و مراجع شبه قضایی آب بر این مبنا فارغ از آثار حق مالکیت بر این حق بهره‌برداری، بسهولت امکان صدور آرای لازم جهت حفاظت از منابع آب خواهند یافت.

پی‌نوشت‌ها

۱- پس از انقلاب چون تعدادی از نمایندگان مجلس اعتقاد داشتند که آب به صورت منصفانه در سراسر کشور توزیع نشده است؛ لذا پیشنهادی را برای تغییر قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ آماده کردند. منطبق این پیشنهاد این بود که آبهای زیرزمینی متعلق به همه ملت است و نه فقط برای کسانی که برای حفر چاه‌های عمیق، پول دارند. این قانون در فروردین ماه ۱۳۶۲ بعد از ماه‌ها بحث و گفتگو میان مجلس و وزارت نیرو به تصویب رسید. این قانون که از آن زمان به بعد نقش محوری را در سیاست‌گذاری آب ایران داشته است، در ۵ فصل و ۵۵ ماده موضوعات مختلفی از جمله مالکیت عمومی آب، آبهای زیرزمینی، آبهای سطحی، حقایق و پروانه مصرف معقول، وصول آب بها، حفاظت و نگهداری و وظایف و اختیارات وزارت نیرو و غیره در بر می‌گیرد. بر اساس این قانون، منابع آب دارای عمومی بوده و نظارت آن متعلق به دولت محسوب می‌شود و دولت نیز وزارت نیرو را مسئول صدور مجوزهای بهره‌برداری و تخصیص آب به بخش‌ها و استان‌های مختلف تعیین کرده است.

۲- البته لازم به ذکر است که، دریاها و اقیانوس‌ها در بعضی از کتب فقهی جزو انفال دانسته شده‌اند. در این باره لازم است خاطر نشان نماییم که صرفاً معدودی از فقها به ویژه فقهای متقدم همانند شیخ مفید و برخی از فقهای معاصر در این رسته قرار می‌گیرند و البته آنان نیز نه مطلق آب‌ها بلکه فقط دریاها را جزء انفال دانسته‌اند (Baqdadi, 1992; Meshkini, N. D.; Montazeri Nadjaf Abadi, N. D)

۳- ماده ۵: «در مناطق غیر ممنوعه، حفر چاه و استفاده از آب آن برای مصرف خانگی و شرب و بهداشتی و باغچه تا ظرفیت آبدی ۲۵ متر مکعب در شبانه روز مجاز است و احتیاج به صدور پروانه حفر و بهره‌برداری ندارد؛ ولی مراتب باید به اطلاع وزارت نیرو برسد. وزارت نیرو در موارد لازم می‌تواند از این نوع چاه‌ها به منظور بررسی آبهای منطقه و جمع‌آوری آمار و مصرف آن بازرسی کند».

4- L'usufruit est le droit de jouir des choses un autre a la propriete comme le proprietaire lui meme mais a la charge d'en conserver la substance

5- L'usufruitier peut jouir par lui-meme, donner a bail a un autre, meme vendre ou ceder son droit a titre gratuit

۷- مراجع

- Al-Amili M (1990) Al-lomat al-dameshqiyah. Dar-al-Turath-Dar-al-Islamiyyah, 287p (In Arabic)
- Al-Amili Z (1992) Rowzat al-bahiyah fi sharh al-lomat al-dameshqiyah. Office of Islamic Publications, Vol. 2, 815p (In Arabic)
- Baqdadi M (1992) Al moqnea. Thousandth Anniversary Shaykh Al-Mofid world Congress, 847p (In Arabic)
- Borojerdi SH(2008) Jamh ahadis shiah. Farhang Sabz Publication, Vol. 23, 1218p (In Arabic)
- Ebn-e-babaviih M (1992) Man la yahzarh alfaghih. Office of Islamic Publications, Vol. 2, 390p (In Arabic)
- Hilli H (1999) Tahrir al-ahkam al-shar'iyah. Imam Sadiq Institution, Vol. 4, 648p (In Arabic)
- Hilli H (1992) Qawa'id al-ahkam fi mar'ifat al-halal wa al-haram. Office of Islamic Publications, Vol. 2, 575p (In Arabic)
- Hussayni Al-Sistani S A (1996) Minhaj-al-salihin. Office of his eminence Al-Sayyid Ali Al-Hussayni Al-Sistani, Vol. 2, 486p (In Arabic)
- Jafari Langarodi M J (1989) Property law. Ganj Danesh Publication, 414p (In Persian)
- Jafari Nadoushan A A, Shahin A (2019) The legal system of iranian water ownership (Looking at French and American law). Iran-Water Resources Research 15(4):282-298 (In Persian)
- Jafari Nadoushan A A (2022) The theory of public trust as a basis for the right to exploit water resources in Iranian law. Private Law Studies Quarterly 51(4):673-693 (In Persian)
- Katouzian A N (2004) Properties and ownership. Mizan Publication 272p (In Persian)
- Mussavi al-Khomeini S R (N. D.) Tahrir al-Wasilah. Institution of Matbou'at-e-Dar-al-Ilm, 656p (In Arabic)
- Najafi M (1984) Jawahir al-kalam fi sharh sharaye' al-Islam. Dar-al-Ihya Al-Turath Al-Arabiyyah, 389p (In Arabic)
- Meshkini A (N. D.) Mustalihat al-Fiqh. N. P., 579p (In Arabic).
- Mussavi al-Khomeini S R (N. D.) Tahrir al-wasilah. Institution of Matbou'at-e-Dar-al-Ilm, 656p (In Arabic)
- Najafi M (1984) jawahir al-kalam fi sharh sharaye' al-Islam. Dar-al-Ihya Al-Turath Al-Arabiyyah, 389p (In Arabic)
- Nowroozi Gh (2019) Reflection on legal challenges of water ownership at Zayanderood Basin from the perspective of public law. Public Law Studies Quarterly 48(4):867-886 (In Persian)
- Pilvar R, Radjabin M (2018) Property rights of water wells; The arena of transformation from private law to public law. Quarterly of Legal Encyclopedias 2(2):67-91 (In Persian)
- Rahaei S, Farzaneh M (2020) The effect of establishing ownership of water within Imamie Jurisprudence's view. Journal of Comparative Law 7(13):235-266 (In Persian)
- Rashidi H (2004) Law of equal water -distribution in Iran. Dadgostar Publication, Vol. 1, 578p (In Persian)
- Sadr S M B (1996) Iqtisaduna. Office of Islamic Publications, 735p (In Arabic)
- Sarmad M (1975) Law of Water. Keyhan, Vol. 1, 161p (In Persian)
- <http://ijtihadnet.ir/> (2021) Jurisprudential fatwa on water ownership and its exploitation.
- <https://divan-edalat.ir/nht>