



The Legal System of Iranian Water Ownership (Looking at French and American Law)

A. Jafari Nadoushan^{1*} and A. Shahin²

Abstract

The Iranian civil code under the influence of Fiqh-e-Imamiyyah, accepts the possibility of private ownership of water. Nevertheless, in order to control of overexploitation of water resources The Law of Water and Its Nationalization in 18 July 1968. In this law, while abandoning the private ownership of water, the public ownership of this vital fluid was accepted. In the same way, the concerns of maintaining public and national interests after the Islamic Revolution caused the enactment of article 45 of Constitution. In this article the water was recognized as a public wealth that shall be being at the disposal of the Islamic government to utilize in accordance with the public interest. Afterwards, in order to enforcing of this article, the law of the law of Fair Water Allocation was passed in 7 March 1983 and has stabilized the public ownership of water. The plurality and sometimes the conflicts of the legal texts of this domain has been led to ambiguity of the legal system of ownership of water resources and to disagreements. This article is aimed to examination of legal system of water resources ownership with a comparative study in Fiqh-e-Imamiyyah and French law. The results of this research shows that such as France, the water is a sort of public goods in Iranian law system. Consequently, instead of regarding the law of water as a matter of private law that is able to be a subject of private ownership, it should be considered as a subject of public law.

Keywords: Anfal, Common Property and Public Goods, Law of Fair Distribution of Water, Law of Water and Its Nationalization, Mubahat.

Received: March 12, 2019

Accepted: November 26, 2019

نظام حقوقی حاکم بر مالکیت آب (با نگاهی به حقوق فرانسه و آمریکا)

علی اکبر جعفری ندوشن^{۱*} و ابوالفضل شاهین^۲

چکیده

قانون مدنی ایران تحت تأثیر فقه امامیه، در موضوع مالکیت آب، این مایع حیاتی را مباح و واجد قابلیت تملک خصوصی دانسته است. این در حالی است که در سال ۱۳۴۷، به منظور کنترل بهره‌برداری بی‌رویه از منابع آب، قانون آب و نحوه ملی شدن آن تصویب شد و ضمن نفی مالکیت خصوصی آب، مالکیت عمومی آن را پذیرفت. در همین راستا، دغدغه‌های حفظ مصالح عمومی و منافع ملی پس از انقلاب اسلامی قانونگذار را بر آن داشت تا اصل ۴۵ قانون اساسی را به شناسایی ثروت‌های ملی اختصاص دهد. در این اصل، کلیه آب‌ها جزو ثروت ملی معرفی شد و تعیین تکلیف آن‌ها در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفت. سپس در مقام اجرای این اصل، قانون توزیع عادلانه آب در سال ۱۳۶۱ وضع گردید و مالکیت عمومی منابع آب را تثبیت کرد. تکرر و بعضاً تعارض قوانین موجود در این زمینه سبب گردیده که نظام حقوقی مالکیت آب در حاله‌ای از ابهام قرار گرفته و نظریات گوناگونی راجع به آن ارائه شود. با هدف رفع این ابهام، در این مقاله به شیوه‌ای توصیفی و تحلیلی به بررسی نظام حقوقی حاکم بر مالکیت آب در حقوق ایران با نگاهی تطبیقی در حقوق فرانسه و آمریکا پرداخته شده است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که امروزه در کشور ما نیز هم‌راستا با رویکرد پذیرفته شده در سطح بین‌المللی، نظام مالکیت آب از حوزه‌ی حقوق خصوصی خارج شده و با نسخ مقررات مربوطه از قانون مدنی توسط قوانین مؤخرالتصویب، این مایع ارزشمند در زمره‌ی مشترکات درآمده است، لذا حقوق حاکم بر آن را باید بیش از پیش، زیرمجموعه‌ی حقوق عمومی دانست؛ رویکردی که باید از آن حمایت کرد و در راستای تقویت آن، ضمن نفی هر گونه ارتجاع به نظام مالکیت خصوصی آب، بر ضرورت نظارت دقیق بر حفظ و بهره‌برداری از منابع آب تأکید نمود.

کلمات کلیدی: اموال عمومی و مشترکات، انفال، قانون آب و نحوه ملی شدن آن، قانون توزیع عادلانه آب، مباحات.

تاریخ دریافت مقاله: ۹۷/۱۲/۲۱

تاریخ پذیرش مقاله: ۹۸/۹/۵

1- Assistant Professor at Department of Law and Political Sciences of Yazd University. Email: Jafarinadoushan@yazd.ac.ir

2- Ph.D. Student of Private Law of University of Tehran.

*- Corresponding Author

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

۲- دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

*- نویسنده مسئول

بحث و مناظره (Discussion) در مورد این مقاله تا پایان بهار ۱۳۹۹ امکانپذیر است.

در قانون مدنی ایران نیز که به عنوان یکی از نخستین و مهم‌ترین متون قانونی کشور ما به شمار می‌آید، تحت تأثیر مستقیم فقه امامیه، در بحث مالکیت آب، با محترم شمردن حق مالکیت خصوصی، تحت شرایطی امکان حیات و به تبع آن مالکیت خصوصی این مایع حیاتی پذیرفته شده است. از منظر هیدرولوژی، این طرز برخورد با مقوله‌ی مالکیت منابع آبی و تلقی آب به عنوان کالایی صرفاً اقتصادی و هم‌رده‌ی سایر اموال، به معنای نادیده انگاشتن لزوم پایداری منابع آب قلمداد می‌شود که می‌توان آن را ناشی از عدم توجه قانونگذار نسبت به چرخه‌ی هیدرولوژی، ضرورت ادامه‌ی حیات اکوسیستم‌ها، لزوم تداوم عرضه‌ی خدمات اکوسیستمی و اهمیت ظرفیت برد آب دانست. اتخاذ این رویکرد توسط قانونگذار از یک سو و نقش برجسته‌ی کشاورزی در امرار معاش مردم از سوی دیگر، سبب گردید تا طی سالیان متمادی رقابتی بی‌امان بر سر دستیابی به منابع آب و برداشت بی‌رویه از آن شکل گیرد و از این رهگذر آسیب‌هایی جدی بر پیکره‌ی منابع آب و چرخه‌ی هیدرولوژی وارد آید.

مقارن با این امر، تقریباً از نیمه دوم قرن بیستم میلادی به بعد گرایش‌هایی در سطح بین‌المللی در راستای شناسایی منابع طبیعی به مثابه‌ی میراثی برای آیندگان شکل گرفت که تأثیرات مهمی بر نظام حقوقی حاکم بر این منابع و به طور خاص منابع آب بر جای گذاشت. این تحول سبب انجام اقدامات مهمی در زمینه محافظت از ثروت‌های طبیعی گردید که از آن جمله می‌توان به کنفرانس ملل متحد راجع به محیط زیست بشر (۱۹۷۲ میلادی)^۱ در استکهلم سوئد اشاره کرد. در اصل نخست بیانیه‌ی این کنفرانس، انسان به عنوان مسئول حفظ و بهبود محیط زیست برای نسل حاضر و نسل‌های آینده اعلام شد و در اصل دوم آن نیز بر لزوم محافظت از منابع طبیعی از جمله آب و حفظ آن برای استفاده‌ی نسل‌های کنونی و آینده تأکید گردید. مطرح شدن این دیدگاه در عرصه‌ی بین‌المللی موجب شد که در کنار مفهوم توسعه، به لزوم حمایت از محیط زیست و منابع طبیعی نیز توجه شود. این حمایت در حقوق داخلی کشورها در قالب تأسیس سازمان‌هایی به منظور حفاظت از منابع طبیعی به ویژه منابع آب و تصویب قوانینی در راستای ملی شدن این منابع متبلور گردید که کشور ما نیز از این قاعده مستثنی نماند. احتمالاً تحت تأثیر همین گرایش‌ها و با ملاحظه‌ی پیامدهای منفی ناشی از نگرش سنتی به مقوله‌ی آب، قانونگذار ایرانی به این نتیجه رسید که نباید نگاه حقوقی صرف نسبت به مقوله‌ی آب داشته باشد و باید در تنظیم نظام حقوقی حاکم بر آب، ملاحظات هیدرولوژیکی و زیست محیطی را نیز در نظر گیرد. به تبع این امر، در

سال ۱۳۴۱ شمسی ملی کردن آب‌های کشور در اصل دهم قوانین انقلاب سفید در دوره‌ی پهلوی به رأی مردم گذاشته شد و به تصویب رسید. پس از آن، در قانون آب و نحوه‌ی ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷ و پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در قانون اساسی و قانون توزیع عادلانه‌ی آب (مصوب ۱۳۶۱)، مالکیت عمومی منابع آب مورد پذیرش قانون‌گذار ایران قرار گرفت. به رغم این تغییر رویکرد از سوی قانونگذار در قوانین مؤخر نسبت به قانون مدنی، اما از آنجایی که ظاهراً در هیچ یک از نصوص قانونی بعدی به نسخ صریح مواد قانون مدنی اشاره‌ای نشده است و از طرفی مواد مربوط به امکان حیات و مالکیت آب در قانون مدنی نیز از زمان تصویب این قانون تاکنون دستخوش اصلاح و تغییری نگردیده‌اند، لذا نوعی تعارض بین منابع قانونی موجود در زمینه‌ی مالکیت منابع آب ایجاد شده که به تبع آن در دکتین حقوقی ما نیز نظرات گوناگونی ارائه گردیده است. براین اساس، برخی نویسندگان قائل به نسخ مواد قانون مدنی در باب مالکیت منابع آب گردیده‌اند و بعضی دیگر نظراتی مخالف این دیدگاه را پذیرفته و دست کم نسبت به برخی از منابع آبی همانند حوضه‌ی زاینده‌رود همچنان بر بقای مالکیت خصوصی اشخاص نسبت به آب تأکید می‌ورزند. این ابهام در نظام حقوقی مالکیت آب سبب شده است تا بعضاً اشخاصی با استناد به احکام قانون مدنی و موازین فقهی دعاوی مبنی بر اثبات مالکیت خصوصی خود نسبت به برخی منابع آب اقامه کرده و ابطال بخشنامه‌های دولتی مربوطه و اعلام مالکیت خود بر بعضی از منابع آبی را از مراجع قضایی و اداری درخواست نمایند. روشن است که پذیرش این برداشت از قوانین موجود در این زمینه سبب می‌گردد تا درخواست‌هایی از این قبیل رو به تزايد نهاده و بدین‌سان چرخه‌ی هیدرولوژی، پایداری منابع آبی و به تبع آن، امنیت کشور در معرض تهدیدهایی جدی قرار گیرد. بدین روی، ضروری است تا به منظور جلوگیری از بروز این مسائل، نظام حقوقی حاکم بر مالکیت منابع آب مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد تا از این رهگذر وضعیت مالکیت منابع آب در نظم حقوقی کنونی تبیین شود.

هدف از انجام این پژوهش آن است که در عین ارزیابی نظرات متفاوت و بعضاً متعارضی که از متون قانونی مربوط به حوزه‌ی مالکیت منابع آب ابراز شده است، تفسیری از متون قانونی موجود در این زمینه ارائه گردد که در آن ملاحظات هیدرولوژیکی و زیست محیطی نیز مدنظر قرار گیرد. افزون بر این، تأکید بر ضرورت اجتناب از هرگونه اقدامی در راستای اتخاذ رویکردی ارتجاعی و حرکت مجدد به سمت امکان مالکیت خصوصی نسبت به منابع آب و برجسته نمودن ضرورت اهمیت اصلاح مقررات قانون مدنی ناظر به مالکیت منابع آب و اعلام نسخ

صریح مواد قانونی موجود، از جمله‌ی دیگر اهدافی است که این نوشتار در پی نیل به آن به رشته‌ی تحریر درآمده است. بدین منظور، این مقاله به روشی توصیفی-تحلیلی و در پی بررسی این موضوع در حقوق فرانسه، آمریکا و ایران برآمده است. لازم به ذکر است که کشور آمریکا به این دلیل برای مطالعه تطبیقی انتخاب شده است که گذشته از آن که به عنوان یکی از مهم‌ترین کشورهای تابع نظام کامن‌لو به شمار می‌آید، ظاهراً قانون آب و نحوه‌ی ملی شدن آن که به عنوان نخستین قانون مهم در راستای عمومی اعلام شدن منابع آب به شمار می‌آید، تا حد زیادی با الهام از نظام حقوق آب این کشور تدوین شده است. علت انتخاب کشور فرانسه نیز آن است که گذشته از تأثیر عمیق حقوق این کشور بر حقوق کشور ما و توجه ویژه‌ی حقوقدانان ما به حقوق این کشور در طرح مباحث حقوقی، از آنجایی که فرانسه به عنوان مهم‌ترین کشور تابع نظام حقوقی نوشته (رومی-ژرمنی) و به نوعی پرچمدار آن محسوب می‌شود، لذا دانستن موضع حقوق این کشور راجع به این موضوع می‌تواند شمایی کلی از رویکرد سایر کشورهای تابع این نظام حقوقی به دست دهد.

۲- نظام حاکم بر مالکیت آب در حقوق فرانسه

به طور کلی در کشور فرانسه مقررات ناظر به آب در بین قوانین گوناگونی پراکنده‌اند. این عدم وحدت مقررات حاکم بر حوزه‌ی آب در نظام حقوقی این کشور و عدم گردآوری مقررات مربوط به این حوزه در قالب «کد»^۲، سبب شده است که حقوق آب در این کشور دارای پیچیدگی‌هایی باشد که این امر مورد انتقاد حقوقدانان فرانسوی واقع شده است (Chiu, 2018). به عنوان مثال، مباحث ناظر به مدیریت آب در قانون محیط زیست^۳ جمع آمده‌اند؛ مسائل مربوط به خدمات عمومی ناظر به آب آشامیدنی در قانون شوراهای محلی^۴ بیان شده‌اند؛ مقررات ناظر به حوزه‌ی رودخانه‌های عمومی در قانون عمومی اموال متعلق به اشخاص عمومی^۵ و مسائل راجع به آلودگی آب در قانون مجازات^۶ این کشور ذکر شده‌اند. اما در خصوص نظام حاکم بر مالکیت آب، باید گفت که عمده مقررات موجود در حقوق این کشور در دو قانون بیان شده‌اند: قانون راجع به آب مصوب ۳ ژانویه ۱۹۹۲ و قانون محیط زیست.

اساساً نظام حقوقی حاکم بر آب در کشور فرانسه، همانند سایر ساحت‌های حقوق این کشور متأثر از حقوق روم است. در حقوق روم آب نه جزو اموال عمومی، که جزو اموال مشترک محسوب می‌گردید. اموال مشترک^۷ در این نظام حقوقی به اموالی اطلاق می‌شد که به واسطه‌ی ماهیت‌شان غیرقابل اختصاص به اشخاص بودند، در حالی

که اموال عمومی^۸ در راستای اعمال حقوق عموم شهروندان نسبت به آن‌ها از این قابلیت برخوردار بودند (Foures-Diop, 2011). در این سیستم حقوقی، با وجود آنکه به آب به عنوان یک کالا نگریده می‌شد، اما میان این ویژگی آب و برخورداری مناسب اشخاص از حق اساسی آن‌ها در قبال آن، به خوبی جمع شده بود؛ بدین ترتیب که علی‌رغم آنکه منبع آب به عنوان جزئی از زمین از قابلیت تملک اعم از عمومی و خصوصی برخوردار بود، اما آب‌های جاری غیر قابل تملک خصوصی توسط اشخاص بودند و همانند هوا و دریا در زمره‌ی اموال مشترک قلمداد می‌گردیدند (Lucarelli, 2010).

بر خلاف حقوق روم، در حقوق سنتی فرانسه تفکیک بین اموال عمومی و مشترک به تدریج رنگ باخت، به طوری که هر دو دسته اموال و به تبع آن آب را جزو اموال حاکمیت محسوب می‌داشتند (Foures-Diop, 2011). به همین ترتیب، در دوره‌های بعدی حقوق این کشور نیز تا اواخر قرن بیستم به تمایز اموال عمومی و مشترک توجه چندانی نمی‌شد و بیشتر از آنکه آب به عنوان موضوع حقوق اساسی انسان و در زمره‌ی حقوق عمومی تلقی شود، به مثابه‌ی کالای تجاری قابل اختصاص به اشخاص و موضوع حقوق خصوصی قلمداد می‌گردید. این وضعیت طی سالیان متمادی تداوم داشت، تا اینکه در تاریخ ۳ ژانویه ۱۹۹۲ میلادی، با وضع قانون راجع به آب، تفکیک اموال عمومی و اموال مشترک اهمیت حقوقی خود را مجدداً بازیافت. این قانون نخستین قانونی است که در این کشور با هدف وحدت رژیم حقوقی حاکم بر آب به تصویب رسید. قانون مزبور بر مبنای چهار اصل تدوین شده بود: ۱- وحدت منابع آب؛ ۲- اعلام آب به عنوان میراثی همگانی؛ ۳- تأکید بر منافع عمومی ناشی از حفاظت از آب؛ ۴- مدیریت متوازن و پایدار منابع آب (Sironneau, 1998). در نتیجه‌ی تصویب این قانون، آب در کشور فرانسه جزو میراث عمومی اعلام گردید و حفاظت، بهره‌برداری و توسعه منابع آن به عنوان بخشی از منافع عمومی دانسته شد و استفاده از آن در چارچوب قوانین و مقررات ضمن حفظ حقوق مکتسبه افراد، متعلق به همه اعلام گردید (ماده ۱). این رویکرد قانونگذار فرانسوی نسبت به مالکیت آب، ملهم از منشور اروپایی آب^{۱۰} بود که توسط شورای اروپا در سال ۱۹۶۸ میلادی به تصویب رسید. در اصل دهم این منشور آب به صراحت به عنوان میراثی مشترک اعلام گردید که ارزش آن باید به همگان شناسانده شود و هر کس مکلف به صرفه‌جویی و استفاده‌ی محتاطانه از آن باشد^{۱۱}. در سال ۲۰۰۰ میلادی اکثر مواد قانون مزبور، از جمله ماده‌ی ۱ آن که در آن راجع به مالکیت آب تعیین تکلیف شده بود، نسخ گردید و ماده‌ی ال. ۲۱۰-۱ قانون محیط زیست جایگزین آن ماده شد که در آن مجدداً آب جزو میراث

مشترک ملت برشمرده شد. همچنین در این قانون حفاظت، بهره‌برداری و توسعه‌ی آن به عنوان منافع عمومی اعلام گردید و استفاده از آن با رعایت قوانین و مقررات و حفظ حقوق مکتسبه اشخاص، متعلق به همه‌ی افراد اعلام شد. سپس در سال ۲۰۰۶ میلادی این ماده نیز اصلاح گردید و علی‌رغم آنکه همچنان بر شناسایی آب به عنوان میراث مشترک ملت تأکید شد، اما قلمروی استفاده از آن به اشخاص حقیقی و در راستای مصارف آشامیدنی و بهداشتی و آن هم به شرط آنکه برای تمام افراد از حیث اقتصادی قابل پذیرش باشد محدود گردید و همین رویکرد در قانون راجع به آب و محیط‌های آبی^{۱۳} در سال ۲۰۰۶ نیز مجدداً تکرار شد.

رویکردی که قانونگذار فرانسوی از سال ۱۹۹۲ میلادی به بعد در پیش گرفت، بر پایه‌ی این اندیشه استوار بود که باید به جای توجه به ماهیت حقوقی آب به عنوان یک مال، کارکرد، مزایا و اهمیت آن را مدنظر قرار داد. بر این بنیاد، بدون توجه به منطق بازار و رقابت، استفاده از آب برای مقاصد بهداشتی و آشامیدنی حق همه‌ی مردم دانسته شد (Lucarelli, 2010).^{۱۳}

چنان که ملاحظه می‌گردد، در حقوق کشور فرانسه آب در چارچوبی خاص متعلق به همه‌ی ملت اعلام شده است. این طرز نگرش به مسأله مالکیت آب، نمایانگر این نکته است که اراده‌ی قانونگذار این کشور به این امر تعلق گرفته است که به جای آنکه آب را جزو اموال عمومی^{۱۴} محسوب نماید، آن را در زمره‌ی اموالی که متعلق به همه هستند (اموال مشترک)^{۱۵} به شمار آورد که مفاهیمی نوعاً متمایز از یکدیگرند (Lucarelli, 2010). توضیح اینکه اگر چه در کشور فرانسه دولت اداره‌ی هر دو دسته از اموال عمومی و اموال مشترک را به عهده دارد، منتها باید به این نکته توجه داشت که مالکیت اموال عمومی متعلق به خود دولت است، در حالی که در رابطه با اموال مشترک، دولت فقط دارای مسئولیت است و نه حق مالکیت. اگر چه به طور معمول تفکیک این دو امر از یکدیگر در عمل ضرورتی ندارد، اما زمانی که دولت اداره‌ی این اموال را به بخش خصوصی واگذار می‌کند، عدم توجه به این تفکیک سبب می‌شود که خصیصه‌ی اصلی اموال مشترک، یعنی عدم قابلیت اختصاص آن به اشخاص^{۱۶} زیر سؤال برود (Lucarelli, 2010). لذا در این جاست که اهمیت توجه به این تفکیک نمایان می‌شود و امری ضروری می‌نماید. دولت اموال مشترک را اغلب با رویکردی اجتماع‌محور اداره می‌کند و در انجام این فرایند چندان به معیارهای اقتصادی و بازار توجه نمی‌کند. احتساب آب به عنوان یک مال مشترک ماحصل همین طرز تلقی نسبت به آب است. این نگرش

سبب می‌گردد که به جای آنکه به آب به عنوان کالایی واجد ارزش مادی و اقتصادی نگریسته شود که قرارداد و معادلات اقتصادی مبنای توزیع آن بین اشخاص باشد، به عنوان نیاز اولیه و اساسی شهروندان مطرح نظر حاکمیت قرار گیرد و به عنوان یکی از مصادیق اموال مشترک شناخته شود.

۳- نظام حاکم بر مالکیت آب در حقوق آمریکا

نظام حقوق حاکم بر آب در ایالات متحده آمریکا، نظامی متشکست است. بر خلاف کشور فرانسه، در ایالات متحده به طور سنتی بین آب‌های عمومی و خصوصی تمایزی قائل نمی‌شوند. از لحاظ تاریخی در کشور آمریکا اختلاف بر سر آب و تبع آن مسائل ناظر به بحث مالکیت آب‌ها در ۱۷ ایالت غربی این کشور امری متداول است. دلیل این موضوع نیز آن است که در ایالات غربی این کشور، آب نسبتاً کمیاب است و طبیعی است که در یک چنین وضعیتی میزان تقاضای آب از عرضه‌ی آن پیشی می‌گیرد. در سوی مقابل، در سایر ایالات این کشور به دلیل آب و هوای مرطوب و دسترسی مطلوب به آب، اختلاف چندانی بر سر مالکیت منابع آب به چشم نمی‌خورد. به واسطه‌ی این تفاوت، در بخش‌های مختلف ایالات متحده رویکردهای بسیار گوناگونی نسبت به حقوق مالکانه نسبت به آب به چشم می‌خورد (Abrams, 1989).

در این کشور دو رویکرد متفاوت نسبت به نظام مالکیت آب توسعه پیدا کرده است: دکترین حقوق خاصه مالکین حریم^{۱۷} و دکترین تقدم در تصاحب (اختصاص). سیستم حقوق خاصه مالکین حریم، گونه‌ای از حقوق آب است که ریشه در حقوق اموال دارد. در این گونه نظام حاکم بر مالکیت آب، حق مالکیت آب متعلق به صاحب ملکی است که در مجاورت جریان آب قرار دارد. مطابق این نظریه، مالکین حریم از این حق برخوردارند تا استفاده‌ی متعارف را از آب‌های جاری ببرند. قید «متعارف»^{۱۸} سبب می‌گردد که استفاده از این آب‌ها محدود به مصارف خانگی و استفاده از آب برای مصرف حیوانات اهلی گردد. همچنین به موجب این نظریه، مالکین حریم می‌توانند برای مصارف دیگر نیز آب را استفاده کنند. نوع اخیر استفاده آب که استفاده نامتعارف^{۱۹} خوانده می‌شود، مشروط بر آن است که حقوق سایر مالکین بالادست یا پایین دست خللی وارد ننماید، به میزانی معقول باشد و آن میزان آبی که بدین طریق مورد استفاده قرار می‌گیرد، مجدداً بازبایی شود (Hodgson, 2006). بر مبنای این نظریه که در ایالات شرقی این کشور از حدود دو قرن پیش مورد پذیرش قرار گرفته است، آب را به عنوان مال مشترک^{۲۰} محسوب می‌نمایند. بدین معنا که تمامی مالکین مشترک آن، تقریباً در اتخاذ تصمیم نسبت به اینکه چه زمان، چطور و

و واشنگتن نیز در کنار نظریه حقوق خاصه مالکین حریم، به طور همزمان اعمال می‌گردید (Hodgson, 2006).

خصیصه بارز نظام توزیع آب مبتنی بر نظریه تقدم در اختصاص آن است که بر خلاف نظام حقوق خاصه مالکین حریم، به جای آن که مالکیت زمین را مبنای بهره‌وری اشخاص از آب قرار دهد، حقوق آب را متعلق به کسی می‌داند که در استفاده‌ی از آن ذینفع است. به عبارت دقیق‌تر، به موجب این سیستم، حقوق آب بر مبنای جایی که یک شخص میزان مشخصی از آب را به فعالیتی مشخص اختصاص می‌دهد، توزیع می‌شود و این حقوق مادامی که آن استفاده همچنان تداوم دارد، متعلق به فرد باقی می‌مانند. تحقق عنوان «اختصاص» آب برای یک شخص، مستلزم سه شرط است: نخست آن که قصد استفاده از آب برای هدفی مشخص وجود داشته باشد؛ دوم آن که شخص استفاده‌کننده آب را به طور حقیقی از منبع آب جدا نماید و سوم آن که استفاده از آب برای آن منظور در یک بازه زمانی معقول صورت پذیرد. سازوکار توزیع حقوق آب مبتنی بر نظریه مزبور نیز بدین صورت است که تاریخ تصاحب، اولویت شخص را نسبت به استفاده از آب مشخص می‌نماید 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^{۲۲}، تمام آن آب را تصاحب خواهد کرد و سایرین^{۲۳} صرفاً آن مقدار از آب که ممکن است مازاد بر استفاده تصاحب‌کننده نخستین باشد را تصاحب خواهند نمود (Hodgson, 2006).

مشابه نظام حقوق خاصه مالکین حریم، به این نظام حاکم بر مالکیت آب نیز انتقاداتی وارد شده است. برای نمونه، این انتقاد مطرح شده که این نظریه سبب می‌گردد تا شخصی که آب را تصاحب می‌نماید، تمایل و انگیزه‌ای به منظور ذخیره‌ی آب نداشته باشد، چراکه می‌داند در این صورت استحقاق او نسبت به منبع آبی همچنان محفوظ باقی می‌ماند.

در نتیجه‌ی انتقاداتی که به هر یک از نظریه‌های فوق وارد شده است، برخی دیگر از نویسندگان آمریکایی در زمینه حقوق آب قائل به نظریه‌ای گردیده‌اند که به «نظریه ابزارگرایی»^{۲۴} شهرت یافته است. از دیدگاه این دسته از نویسندگان، حقوق آب به شیوه‌ای وضع شده است که به جامعه اجازه می‌دهد تا از منابع طبیعی به نحوی مؤثر استفاده نماید؛ بدین معنا که آب را به عنوان ابزاری به کار برد تا رفاه اقتصادی بشر را بهبود بخشد. بر این بنیاد، قواعد حقوقی ناظر به منابع آب، نه به عنوان یک شاخه از حقوق بلکه به عنوان ابزار تحقق آسایش و رفاه

چگونه از منابع آب استفاده کنند، آزاد تلقی می‌شوند. هر مالکی صاحب منافع ناشی از هرگونه استفاده اضافه‌ای است که از آب می‌برد و هزینه‌ی این استفاده اضافه بر سایر مالکین نیز تحمیل می‌شود (Dellapenna, 2002; Abrams, 1989). استمرار این نظام حقوقی بر مالکیت منابع آب در این دسته از ایالات کشور آمریکا به دلیل آن بوده است که این سیستم مالکیت از این قابلیت برخوردار است تا بدون آن که انسجام خود را از دست دهد، خود را با تغییر شرایط وفق دهد (Abrams, 1989).

رویکرد اتخاذ شده در ایالات شرقی آمریکا، یعنی نظام حقوق خاصه مالکین حریم، مورد انتقاد نویسندگان این کشور واقع شده است. این دسته از نویسندگان این طرز تلقی نسبت به آب را نوعی تراژدی دانسته‌اند، زیرا تقاضای فزاینده‌ی هر یک از مالکین مشترک نسبت به منابع آب را در پی دارد که این امر به اتمام منابع آبی منجر خواهد شد. این پیش‌بینی به تدریج به حقیقت پیوست، به نحوی که به مرور زمان در این ایالات تقاضا نسبت به آب رو به تزاید نهاد، الگوهای بارشی نامنظم شد و نشانه‌هایی از کمبود آب پدید آمد (Dellapenna, 2002). همچنین اتخاذ این رویکرد در خصوص توزیع حقوق مالکانه نسبت به آب سبب گردید تا در دهه‌ی هشتاد میلادی در برخی ایالات این کشور کمبود شدید منابع آب احساس شود و به دنبال آن خشکی ویران‌کننده‌ای بر بخش کشاورزی این کشور عارض گردد که میلیاردها دلار خسارت به بار آورد. به همین دلیل پاره‌ای از حقوقدانان این کشور ضرورت اصلاح نظام حقوقی حاکم بر مالکیت آب و الگوی توزیع منابع آبی را از طریق دخالت دولت مطرح نمودند (Abrams, 1989).

در سوی مقابل، در ۱۷ ایالت غربی این کشور تقریباً از قرن نوزدهم میلادی، بر مبنای نظام تقدم در اختصاص (تصاحب) آب که کمابیش مشابه مفهوم حيازت مباحات در فقه امامیه است، بحث مالکیت خصوصی آب مطرح شده است.^{۲۵} 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 می‌گردید. به تدریج این عرف به کشاورزان و سایر استفاده‌کنندگان آب نیز تسری یافت. انعطاف نظام کامن‌لا سبب پذیرش این نظریه در برخی ایالات آمریکا از جمله آلاسکا، آریزونا، کلرادو، آیداهو، مونتانا، نوادا، نیومکزیکو، یوتا و وایومینگ گردید. علاوه بر این، این سیستم در برخی ایالات آمریکا همچون ایالت کالیفرنیا، کانزاس، می‌سی‌سی‌پی، نبراسکا، داکوتای شمالی، اوکلاهما، اورگون، داکوتای جنوبی، تگزاس

۴-۱- بررسی مفاهیم به کار رفته در باب مالکیت آب

با تتبع در منابع فقهی و قانونی درمی‌یابیم که در این منابع راجع به مالکیت آب‌ها از اصطلاحات گوناگونی استفاده شده است که در بیان محققان در ارائه‌ی تعریف و تعیین مصادیق این مفاهیم اختلافات بسیار زیادی به چشم می‌خورد. این امر سبب گردیده است که بحث مالکیت آب‌ها نیز در هاله‌ای از ابهام قرار گیرد. اهم اصطلاحاتی که در این زمینه به کار رفته است عبارتند از: مشترکات، اموال عمومی، مباحات و انفال.

مشترکات در فقه به معنای آنچه است که مالک خاصی ندارد و مورد استفاده‌ی عموم مردم قرار دارد (Meshkini, N. D.). بعضی از فقها در تعریف مشترکات عمومی چنین گفته‌اند: «مشترکات ثروت‌های طبیعی هستند که اسلام به هیچ فرد خاصی اجازه‌ی تملک آن‌ها را نمی‌دهد و اشخاص صرفاً می‌توانند به شرط حفظ اصل آن‌ها از این اموال استفاده کنند» (Sadr, 1996). 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. حقوقدانان ما نیز در آثار خود مشترکات عمومی را آن دسته از اموالی دانسته‌اند که مالک خاص نداشته و مورد استفاده‌ی عموم قرار داشته و دولت و مؤسسه‌های عمومی به خاطر حفظ حقوق عموم آن‌ها را اداره می‌کنند (Katouzian, 2004).

عنوان مشترکات در فقه اقسام گوناگونی دارد. بعضی از فقها مشترکات را بر سه قسم دانسته‌اند: آب‌ها، معادن و منافع که دسته‌ی اخیر شامل مساجد، مشاهد (شامل حرم ائمه (ع) و غیره)، مدرسه‌ها، کاروانسراها، راه‌ها و محل نشستن در بازارها می‌شود (Amili, 1992). بعضی دیگر از فقها نیز مشترکات را شامل آب‌ها، معادن، راه‌ها، خیابان‌ها، مساجد، مدارس و کاروانسراها دانسته‌اند (Mussavi Al-Khomeini, N. D.; Hussayni Al-Sistani, 1996; Wahid Khorasani, 2007) که در سایر آثار فقهی نیز با اندکی اختلاف به همین موارد اشاره شده است.

در کنار مفهوم مشترکات، مفهوم مباحات وجود دارد که باید رابطه‌ی آن با این مفهوم مورد بررسی قرار گیرد. برخی فقها از مباحات به ثروت‌هایی تعبیر نموده‌اند که نه تنها انتفاع از آن‌ها، که تملکشان نیز برای افراد از طریق حیزات جایز است (Sadr, 1996). این دسته از اموال ملک شخص خاصی نیستند و هر فردی مجاز است که از طریق حیزات آن‌ها را به تملک خود درآورد و یا از طریق تحجیر برای خود

اقتصادی و اجتماعی و وسیله‌ای برای تأمین ملزومات آن قلمداد می‌شوند. بنابراین حقوق ناظر به مالکیت آب، مادامی که به شکل مناسبی نیازهای جامعه را تأمین نماید، حقوقی ثابت و غیرقابل تغییر است، اما همین که قواعد حقوقی موجود در نیل به این هدف ناکام بمانند، حقوق آب نیز باید تغییر کند. بر اساس این نظریه، همواره باید با دوری گزیدن از هرگونه جمود فکری و پافشاری بر نگرستن به آب به مثابه‌ی یک مال، در زمینه‌ی نظام مقررات حاکم بر مالکیت و توزیع آب، لازم است تا نسبت به تغییراتی که می‌تواند در راستای انطباق این حوزه از حقوق با مقتضیات اجتماعی و اقتصادی مؤثر واقع شود، خوش‌بین بود و از آن‌ها استقبال نمود. در نخستین برهه‌های تاریخی کشور آمریکا، منافع ملی این کشور اقتضا می‌کرده است که سیاستگذاری در زمینه‌ی بهره‌برداری از منابع آب در راستای توسعه‌ی اقتصادی باشد. در آن زمان، آب از این منظر واجد اهمیت بود که ابزار کلیدی توسعه اقتصادی محسوب می‌شد، زیرا حمل و نقل برای تجارت عمدتاً از طریق آن صورت می‌پذیرفت؛ بعدها نیز به یکی از ملزومات فعالیت کارخانه‌ها تبدیل شد. پس از جنگ جهانی، بیشینه‌سازی ثروت شهروندان در مرکز توجه قرار گرفت و مبنای مقررات‌گذاری در این حوزه را تشکیل داد، زیرا در آن بازه‌ی زمانی، این کشور از لحاظ مالی و تکنولوژی از اروپا عقب مانده بود و این امر سبب گردید که قواعد ناظر به مالکیت منابع طبیعی به عنوان مانع توسعه‌ی اقتصادی این کشور قلمداد شوند. حقوق حاکم بر مالکیت آب نیز همواره از این مقتضیات زندگی اجتماعی حمایت می‌کرده است. به موازات این امر نیز برخی نظریات خاص ناظر به مالکیت دولت نسبت به بستر آب‌های قابل کشتیرانی، سبب گردید تا بدون توجه به حقوق مالکین خصوصی آب‌ها، حقی برای عموم مبنی بر کشتیرانی در این آب‌ها مورد شناسایی قرار گیرد و از این آب‌ها به عنوان بستری برای تجارت و سفر استفاده شود که به زبان حقوقی آن را نوعی حق انتفاع برای عموم می‌نامیدند (Abrams, 1989).

۴- نظام حاکم بر مالکیت آب در حقوق ایران

در این بخش نظام حاکم بر مالکیت آب در حقوق ایران را بررسی خواهیم کرد، اما از آنجایی که فقه امامیه به عنوان یکی از منابع اصلی قوانین در نظام حقوقی ایران شناخته می‌شود، لذا در ابتدا به مطالعه‌ی نظام حاکم بر مالکیت آب در این شاخه از حقوق اسلام خواهیم پرداخت. اما پیش از آن، به دلیل تکرر اصطلاحات استفاده شده در منابع فقهی و حقوقی موجود در خصوص مالکیت آب، لازم است به تبیین اصطلاحات گوناگونی بپردازیم که در مورد مالکیت منابع آب به کار رفته‌اند.

نسبت به آن‌ها نوعی حق اولویت و تقدم فراهم آورد. مشابه با همین تعریف، قانون مدنی نیز مباحات را اموالی دانسته است که ملک اشخاص نمی‌باشند و افراد مردم می‌توانند آن‌ها را مطابق مقررات تملک کرده یا مورد استفاده قرار دهند (ماده ۲۷).

با وجود این، بعضی از پژوهشگران با در نظر گرفتن مفهومی موسع، مباحات را شامل آن دانسته‌اند که شارع آن‌ها را برای همه مشترک یا مباح قرار داده است. این عده مباحات را به دو قسم تقسیم نموده‌اند: (۱) آنچه شارع مباح کرده و به بهره‌مندی از آن بدون تملک و استهلاک نظر داده است؛ (۲) آنچه که شارع مباح کرده و حتی به تملک و استهلاک آن‌ها اذن داده است. سپس قسم اول را معادل مشترکات و منافع عامه مثل راه‌ها، خیابان‌ها، مساجد و مانند آن دانسته‌اند که بین تمام مردم مشترک است و هرکسی حق استفاده از آن‌ها را دارد اما حق تملک آن‌ها را ندارد. قسم دوم را نیز به سه نوع تقسیم کرده‌اند: الف) آنچه که اصل آن به ملکیت کسی در نمی‌آید؛ مثل نه‌رها، دریاها، جنگل‌ها و ثروت‌های طبیعی دیگر؛ ب) آنچه که مملوک عام واقع می‌شود، یعنی مال امام است و انفال نام دارد؛ مثل زمین‌های بایر، کوه‌ها، بستر دره‌ها و غیره؛ ج) آنچه که ملک خاص بوده و به دلیل اعراض تبدیل به مال مباح گردیده است. این دسته از نویسندگان چنین گفته‌اند که در فقه ما عنوان مباحات عامه فقط بر نوع اول از قسم دوم اطلاق می‌شود و اطلاق این عنوان به نوع دوم و سوم این قسم از سوی برخی از فقها از باب توسعه است (A group of authors, N. D.). بر عکس این نظر، عده‌ای دیگر برای مشترکات یک معنای عام و یک معنای خاص قائل شده و مشترکات به معنای عام را اعم از مشترکات به معنای خاص و مباحات دانسته‌اند. بنابراین نظر، مشترکات به معنای خاص کلمه اموالی هستند که اشخاص صرفاً حق انتفاع از آن‌ها را دارند، بدون آن که بتوانند آن‌ها را به تملک خود درآورند (همانند راه‌ها، مساجد، مدارس و غیره)، و در مقابل مشترکات به معنای عام کلمه شامل مباحات (همانند آب‌ها و معادن) که از قابلیت تملک برخوردارند هم می‌شوند (Madanian and Honari Latif Pour, 2018).

در کنار این اصطلاح، عنوان دیگری به نام «اموال عمومی» نیز وجود دارد که رابطه‌ی آن با اصطلاح «مشترکات» محل بحث است.^{۲۵} برخی از نویسندگان در تعریف اموال عمومی چنین گفته‌اند: «اموالی هستند که هیچ فرد به خصوصی مالک آن‌ها نیست، به طوری که بتواند تصرف به نحو دلخواه در آن‌ها داشته باشد، همان طور که در ملک شخصی خود این اختیار و تسلط را دارد، بلکه ملک همه‌ی مسلمانان است، خواه

آنان که در قید حیاتند و خواه آنان که هنوز به دنیا نیامده‌اند و در آینده‌ی زمان به دایره‌ی وجود قدم خواهند گذارد. به طور کلی، عنوان مسلمانان تا روز رستاخیز معیار این نوع از مالکیت است و طبیعتاً اختیار این نوع از اموال در دست امام مسلمین وقت و زعیم آن‌هاست، که بر طبق مصالح عموم مسلمین در آن‌ها تصرف می‌کند و آن‌ها را اداره می‌نماید» (Haqani Zanjani, 1991).

بعضی از حقوقدانان به هنگام نام بردن از مشترکات عمومی، با عطف کلمه‌ی مشترکات به اموال، از ترکیب «اموال و مشترکات عمومی» استفاده کرده‌اند و بدین ترتیب تمایزی بین «اموال عمومی» و «مشترکات عمومی» قائل نشده‌اند (Katouzian, 2004). در مقابل عده‌ای بر این عقیده‌اند که باید بین این دو اصطلاح تفکیک شود، چراکه رابطه‌ی بین آن‌ها عموم و خصوص مطلق است.^{۲۶} بدین ترتیب که اصطلاح اموال عمومی عام و واژه‌ی مشترکات خاص می‌باشد. بر طبق این نظر، اکثر مصادیق مشترکات عمومی دسته‌ی خاصی از مصادیق اموال عمومی هستند و وجه تمایز آن‌ها در این است که مشترکات عمومی مزیت مالی مستقیمی برای استفاده‌کنندگان ندارند. بنابراین، اموال عمومی را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: (۱) اموال عمومی که استفاده از آن‌ها مزیت مالی مستقیمی برای استفاده‌کنندگانشان به دنبال دارد؛ (۲) اموال عمومی که مزیت مالی مستقیمی را عاید استفاده‌کنندگان نمی‌سازند، که دسته‌ی اخیر مشترکات عمومی نام دارند. همچنین بر طبق این نظر، وجه تمایز دیگر مشترکات و سایر اموال عمومی در این است که استفاده از مشترکات نیاز به رعایت تشریفات و ضوابط خاصی ندارد، در حالی که استفاده از سایر اموال عمومی ضوابط و تشریفات خاص و ویژه‌ای همانند لزوم کسب پروانه دارد که باید رعایت شود (Habibi and Najjarzade Hanjani, 2010). بر این اساس، استفاده از یک پل به عنوان یکی از مشترکات عمومی نه نیاز به رعایت تشریفات خاص دارد و نه نفع مالی مستقیمی به استفاده‌کننده می‌رساند، در حالی که استفاده از آب‌ها، جنگل‌ها و مواردی از این دست علاوه بر داشتن مزیت مالی مستقیم، نیازمند کسب پروانه از دولت است (Habibi and Najjarzade Hanjani, 2010).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت که با فقه ناسازگار به نظر می‌رسد، زیرا چنان که خواهیم دید، در اکثر کتب فقهی مواردی همانند آب‌ها جزو مشترکات دانسته شده‌اند. افزون بر این، این نظر با نص برخی از قوانین همانند قانون توزیع عادلانه آب که در آن استفاده از آب را به عنوان یکی از مشترکات منوط به رعایت تشریفات خاص (کسب پروانه

از دولت) نموده، مخالف است. گذشته از این، دیدگاه مذکور با ماده‌ی ۲۵ قانون مدنی نیز چندان سازگار به نظر نمی‌رسد، چراکه در این ماده مواردی همانند قنوت و چاه‌های عمومی که استفاده از آن‌ها دارای مزیت مالی مستقیم است را در کنار مصادیقی همانند پل‌ها و میدان‌گاه‌های عمومی در یک دسته قرار داده و جزء اموال فاقد مالک خاص یا همان اموال عمومی دانسته است. نهایتاً اینکه به دشواری بتوان معیارهایی فرعی همانند لزوم رعایت تشریفات و دارا بودن مزیت مالی را وجه قابل قبولی برای تفکیک بین دو عنوان مشترکات عمومی و اموال عمومی دانست. بر این بنیاد چنین به نظر می‌رسد که باید دو اصطلاح مشترکات عامه و اموال عمومی را از منظر ترمینولوژی علم حقوق مترادف و در واقع اموال عمومی را اصطلاحی خارج از ترمینولوژی حقوق اسلام و مختص به حقوق موضوعه دانست.

در کنار اصطلاحاتی که به بررسی آن‌ها پرداخته شد، یکی دیگر از عناوینی که باید در بحث مالکیت آب‌ها مورد بررسی قرار گیرد اصطلاح «انفال» است. انفال از لحاظ لغوی به معنای زیادی هر چیزی است (Tabataba'i, N. D.) و اصطلاحاً 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 غنایم 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 نماید (Meshkini, N. D.). این دسته از اموال مختص به پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) است و به جهت منصب رسالت و امامت ملک ایشان محسوب می‌شود؛ بنابراین هرگونه تصرف در آن‌ها بدون اذن ایشان جایز نیست (A group of researchers, 2005). در آثار فقهی از زمین‌های موات، زمین‌های مفتوح عنوه، زمین‌های بدون صاحب، قله‌ی کوه‌ها، دل صحراها، آجام (محل روییدن گیاهان و درختان)، اموال اختصاصی ملوک و پادشاهان، میراث بدون وارث، صفایای غنایم، غنایم جنگی بدون اذن امام، زمین سه سال معطل مانده و غیره تحت عنوان مصادیق انفال یاد شده است (Fayyazi, 2014).

برخی از نویسندگان واژه‌ی اموال عمومی را مترادف اصطلاح انفال در حقوق اسلام دانسته‌اند (Pilvar and Radjabi, 2018; Habibi and Najjarzade Hanjani, 2010; Madanian and Honari Latif Pour, 2018). این عده بر این عقیده‌اند که تنها تفاوتی که ممکن است بین این دو اصطلاح وجود داشته باشد این است که اموال عمومی متعلق به عموم است، در حالی که مالکیت انفال متعلق به منصب رهبری حکومت اسلامی است. در پاسخ به این امر هم چنین استدلال

نموده‌اند که گذشته از اینکه اطلاق عنوان مالکیت امام نسبت به انفال به معنای مالکیت شخص ایشان نسبت به این اموال نیست که از جنس مالکیتی خصوصی باشد و احکامی همانند توارث نسبت به آن جریان یابد،^{۲۸} مالکیت عموم مردم هم نسبت به اموال عمومی به معنای وجود حق مالکیتی مشاع یا چیزی شبیه به آن برای مردم نسبت به این اموال نیست، بلکه مالکیت عموم نسبت به این اموال بدان معناست که این اموال باید در راستای مصالح عامه اداره شوند. در همین راستا بعضی چنین اظهار داشته‌اند که ویژگی «تعلق به حقوق عامه» خصیصه‌ی مشترک انفال و اموال عمومی است که این ویژگی سبب اتحاد این دو مفهوم می‌شود (Habibi and Najjarzade Hanjani, 2010).^{۲۹} با وجود این، چنین به نظر می‌رسد که نباید مفهوم اموال عمومی را با اصطلاح انفال یکی دانست، زیرا چنان که برخی از فقها در تعریف انفال گفته‌اند، این اصطلاح شامل مجموعه‌ای از ثروت‌هایی می‌شود که شرع حکم به مالکیت دولت [در معنای عام آن] نسبت به آن‌ها نموده است (Sadr, 1996).^{۳۰} در نتیجه مالک این دسته از اموال «دولت» و مالک اموال عمومی «مردم» هستند. این اختلاف شکلی در ملکیت به وجود برخی از تمایزات بین این اموال و اموال عمومی یا مشترکات عامه می‌انجامد. به عنوان مثال در خصوص طرز استفاده از این اموال، بر ولی‌امر واجب است که مشترکات عامه را در جهت برطرف ساختن نیازهای مجموع مردم و در راستای تأمین مصالح عامه اداره نماید، در نتیجه نباید مشترکات عامه را در جهت مصلحت بخش خاصی از جامعه مورد استفاده قرار بدهد، چرا که در غیر این صورت توازن اجتماعی در این زمینه حفظ نخواهد شد. اما در سوی مقابل در ارتباط با اموال دولتی یا همان انفال وی این اختیار را دارد که در کنار آن که از این اموال در راستای مصالح عامه استفاده می‌کند، در صورت نیاز آن‌ها را در جهت تأمین مصالح بخش معینی از اجتماع نیز به کار گیرد.^{۳۱}

۴-۲- نظام حاکم بر مالکیت آب در فقه امامیه

بحث مالکیت آب‌ها از جمله مباحثی است که در فقه نیز مطرح شده و جمع کثیری از فقها در خصوص آن اظهار نظر نموده‌اند. این بحث عموماً ذیل باب احیا موات کتب فقهی مطرح گردیده است. با تتبع در آثار موجود در این حوزه درمی‌یابیم که از نظر اکثریت قریب به اتفاق فقها آب جزو مشترکات است.^{۳۲} 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 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 (Nadjafi, 1984). در تحریرالوسیله نیز آب جزء مشترکات شمارش شده است (Mussavi, Al-Khomeini, N. D.); سپس در بیان مراد از آب، آب رودها و نه‌های بزرگ همچون دجله، فرات و نیل، رودهای کوچکی که از چشمه‌ها، سیل‌ها و برف‌ها سرچشمه گرفته‌اند و همچنین چشمه‌هایی که از دل کوه‌ها و زمین‌های موات جوشیده‌اند و نهایتاً آب باران ذکر شده و تمامی مردم در استفاده از آن‌ها برابر دانسته شده‌اند و این‌گونه عنوان شده که هرکس مقداری از آن‌ها را حیات نماید مالک آن می‌شود. افزون بر این، آب چشمه، چاه و قنات‌هایی که شخص در ملک خود یا با قصد تملک در زمین مواتی حفر می‌کند، ملک شخص حیات کننده دانسته شده‌اند (Mussavi Al-Khomeini, N. D.).

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 (Toosi, 1967). آب مباح آب دریا و نه‌های 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»^{۳۳}. بنا به عقیده‌ی شیخ که از سوی برخی از فقها همانند محقق حلی نیز تأیید شده است (Hilli, 1988)،^{۳۴} اگر به دلیل زیاد شدن، این گونه آب‌ها به ملک اشخاص وارد و در آن جمع شوند، 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 حیات کند. در نتیجه در یک چنین فرضی صاحب ملک به دلیل تصرف نسبت به آب داخل شده در ملکش صرفاً نوعی حق تقدم نسبت به آن دارد.^{۳۵}

دسته‌ی 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 حیات شده‌اند. بعضی از فقها اجماع را دلیل مالکیت چنین آبی از سوی شخص حیات کننده دانسته‌اند (Hussayni Al-Amili, 1998). در نتیجه در صورتی که کسی این‌گونه آب را از مالکش غضب 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 مختلف فیه است و آن آبی را گویند که در مملوک بودن یا نبودن آن اختلاف است؛ همانند آبی که در ملک اشخاص یا چاه یا چشمه‌ی آنان جوشیده باشد که در ملکیت آن اختلاف است؛ شیخ طوسی این گروه از آب‌ها را جزء آب‌های مملوک به شمار می‌آورد، چراکه به نظر وی این آب‌ها در حکم نماء ملک شخص هستند و دلیلی مبنی بر مباح بودن آن‌ها وجود ندارد (Toosi, 1967).

در تقسیم‌بندی دیگری که از سوی علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام صورت پذیرفته است، 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 حیات شوند به ملکیت شخص حیات کننده 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 رودخانه‌ی بزرگ مباحی متصل نماید و مالک آب جاری در رودخانه شود؛ (۷) آب جاری در رودخانه مملوکی که از آب مملوکی سرچشمه گیرد (Hilli, 1992).

افزون بر دو مورد فوق‌الذکر، تقسیم دیگری نیز از سوی یکی دیگر از فقها ارائه گردیده است، که بر خلاف 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 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 همه‌ی مردم می‌توانند از آن منتفع شوند، لذا آب‌های طبیعی سطحی در ملکیت عموم است و در صورتی که کسی مقداری از آن‌ها را حیات نماید مالک آن مقدار می‌شود (Sadr, 1996).

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 آرد مالک آن می‌شود و دیگران از ایجاد مزاحمت برای او ممنوع‌اند. البته شخص حفرکننده مالک اصل و ماده‌ی 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 (Sadri, 1996).

۳-۴- نظام حاکم بر مالکیت آب در حقوق ایران

۱-۳-۴- مالکیت آب در قانون مدنی

در قانون مدنی مواد ناظر به حقوق حاکم بر وضعیت مالکیت آب‌ها ذیل باب حیات مباحات جای گرفته‌اند و این مایع ارزشمند حیات جزئی از مباحات دانسته شده است. چنان که بیان گردید، مباحات از منظر این قانون اموالی‌اند که ملک اشخاص نمی‌باشند و افراد مردم می‌توانند آن‌ها را مطابق مقررات و قوانین مخصوصه تملک کرده یا مورد استفاده قرار دهند (ماده ۲۷). در بستر قانون مزبور تحت تأثیر فقه امامیه، در باب نظام قانونی حاکم بر آب به عنوان یکی از مباحات، به آزادی اشخاص در به تملک در آوردن این نعمت الهی توجهی سخاوتمندانه شده است، به گونه‌ای که در خصوص آب رودخانه‌ها، چشمه‌سارهای طبیعی و آب‌های زیرزمینی که سرمایه‌ای خدادادی‌اند و به هیچ شخص خاصی تعلق ندارند بر پایه‌ی حمایت از ابتکارهای خصوصی، به هر آن کس که دامن همت به کمر بندد و طبیعت آزاد را رام و مسخر خویش سازد، امتیاز مالکیت عطا گردیده است (Katouzian, 2004). در همین راستا ماده‌ی ۱۴۹ این قانون در خصوص امکان تملک آب‌های سطحی اشعار می‌دارد: «هرگاه کسی به قصد حیات میاه مباحه نهر یا مجرا احداث کند، آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود ملک صاحب مجرا است...»؛ سپس در ماده‌ی ۱۶۰ نیز با بیان این که «هر کس در زمین خود یا در اراضی مباحه به قصد تملک قنات یا چاهی بکند تا به آب برسد یا چشمه جاری کند، مالک آب آن می‌شود...»، به امکان تملک دسته‌ای دیگر از آب‌ها یعنی آب‌های زیرزمینی تصریح نموده است. البته نباید از نظر دور داشت که ماده‌ی اخیرالذکر در خصوص چاه‌ها و قنات‌ها و قنات‌ها و چاه‌ها با قنات و چاه‌هایی است که در ماده‌ی ۲۵ قانون مدنی جزء اموال عمومی و غیرقابل تملک دانسته شده‌اند، چراکه دسته‌ی اخیر شامل چاه‌ها و قنات‌ها می‌شود که مالک خاص نداشته و مورد استفاده‌ی عمومی قرار می‌گیرند.^{۳۴} همچنین باید به این نکته

توجه داشت که در این ماده به دو فرض اشاره شده است؛ حالتی که شخص در زمین خود قنات یا چاهی بکند و حالتی که در اراضی مباحه به قصد تملک دست به انجام این اقدامات بزند. چنان که بعضی از حقوقدانان ما نیز تصریح نموده‌اند، مالکیت آب در فرض نخست نه ناشی از عمل حیات بلکه بر اساس ماده‌ی ۳۸ قانون مدنی نتیجه و تابعی از مالکیت مالک زمین نسبت به فضای زیر زمین و آنچه که در اعماق آن است می‌باشد.

آن‌چه که در قالب مواد مرقوم در دل قانون مدنی جای گرفته، دو مورد از سه شیوه‌ای است که در این قانون در باب تملک آب بیان شده و در کنار آن‌ها روش سومی نیز وجود دارد که موضوع ماده‌ی ۱۵۵ این قانون می‌باشد. در این ماده چنین مقرر شده است که: «هرکس حق دارد از نهرهای مباحه اراضی خود را مشروب نماید یا برای زمین و آسیاب و سایر حوایج خود از آن نهر جدا کند»؛ این عمل نیز نوعی حیات و موجب تملک آب مباح می‌باشد، در نتیجه همین که شخصی به هر کمیتی از آب‌های مباح را برگیرد، این عمل وی سبب خروج آن مقدار از آن آب از ذیل عنوان مباحات و ورود آن در ملکیت شخص حیات‌کننده می‌گردد.

در کنار این مواد نباید ماده‌ی ۹۶ این قانون را نیز از نظر دور داشت، چرا که در این ماده چشمه‌ی واقع در زمین شخص (و به تبع آن آب موجود در آن چشمه) محکوم به ملکیت صاحب آن زمین دانسته شده است. این امر بدان معناست که چنین شخصی با دارا بودن حق مالکیت تام و تمام نسبت به آن چشمه و آب موجود در آن می‌تواند هر گونه استفاده و انتفاعی را از آن ببرد و دیگران نمی‌توانند به استناد آن که منابع آبی جزء مباحات‌اند از آن بهره‌مند گردند، مگر آن که مالک آن چشمه برای آنان عیناً یا انتفاعاً حقی قرار داده باشد (Badisar and Ahmadi, 2018). در نتیجه از نظرگاه قانون مدنی این قسم از منابع آب که در ملک خصوصی اشخاص واقع گردیده‌اند، در زمره‌ی مباحات قرار نداشته و در مالکیت اختصاصی صاحبان چنین املاکی هستند.

چنان که ملاحظه می‌گردد، رویکرد اتخاذ شده از سوی قانون‌گذار در قانون مدنی بر قابلیت تملک خصوصی اشخاص نسبت به آب‌ها و حمایت از این مالکیت خصوصی استوار گردیده است.^{۳۷} ولی تجربه نشان داد که با این نظام قانونی نیازهای آبیاری کشور برآورده نمی‌شود و چه بسیار نزاع‌هایی که بر سر تملک و تقسیم آب درمی‌گیرد (Katouzian, 2004). به تبع این امر و همچنین تحت تأثیر گرایش‌های بین‌المللی ایجاد شده پیرامون لزوم نگرش به آب به

مثابه‌ی ثروتی ملی و متعلق به آیندگان، دولت سیاست حمایت از ابتکار آزاد را رها نمود و اجرای عدالت توزیعی را شعار خود ساخت^{۳۸} که در ادامه به بررسی سیر این تغییر رویکرد می‌پردازیم.

۴-۳-۲- مالکیت آب در قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷

تا پیش از دهه‌ی ۴۰ شمسی، تقاضای مصرف آب، کمتر از آبی بود که عرضه می‌شد. لذا دولت هم کمترین مداخله را در مدیریت مصرف آب داشت. به تدریج بعد از پیدایش عواملی همچون افزایش جمعیت، پیشرفت فناوری، توسعه امور زراعی و دامپروری، تأسیس کارخانه‌های صنعتی و ظهور روش‌های نوین استفاده از آب، مداخله دولت و وضع مقرراتی به منظور کنترل مصرف ضرورت یافت و صیانت منابع آب و کنترل حجم آب مصرفی و وسایل بهره‌برداری از آب، وضع قوانینی را ایجاب نمود تا کنترل بیشتری در امور بهره‌برداری از آب‌ها اعمال گردد (Sarmad(A), 1975). با پیدایش این پیچیدگی‌ها اصل مالکیت و بهره‌برداری بی قید و شرط آب و عدم نظارت بر منابع و مصارف آن که روزگاری معمول بود و بعضی از نویسندگان پیشگام در زمینه‌ی حقوق آب از آن به اصل باری به هر جهت^{۳۹} تعبیر نموده‌اند (Sarmad(A), 1975) بتدریج ضعف‌های خود را آشکار ساخت، در همین حال تصویب قوانین انقلاب شاه و مردم و اصل دهم این قوانین نیز به عنوان کاتالیزور و حتی علت اصلی این تحولات سبب وضع قوانینی در تغییر این وضعیت شد.^{۴۰} بدین منظور در سال ۱۳۴۳ وزارت آب و برق تشکیل کمیته‌ای متشکل از حقوقدانان و متخصصان این امر برای تدوین طرحی جامع برای قانون آب ایران که پاسخگوی شرایط آن زمان و برنامه‌های توسعه منابع آب و کیفیت استفاده از آن منابع باشد را در دستور کار قرار داد. طرحی که از سوی این کمیته و با الهام از قوانین کشورهای پیشرو در این زمینه به ویژه ایالات متحده و همچنین کشورهای اسلامی و آفریقایی دارای وضعیت اقلیمی مشابه به ایران تدوین گردید، مورد توجه صاحب‌نظران و متولیان دستگاه‌ها و وزارتخانه‌های مربوط به این حوزه قرار گرفت و به مدت چهار ماه در اداره حقوقی وزارت دادگستری بررسی شد و نهایتاً با توجه به نظرات واصله از سوی وزارتخانه‌های مربوطه، به صورت طرح جدیدی با حفظ ضوابط طرح نخستین درآمد (Sarmad (A), 1975). سرانجام این طرح که در ابتدا در قالب ۱۰۴ ماده تدوین شده بود، در قالب طرحی ۶۶ ماده‌ای در تاریخ ۱۳۴۷/۶/۲۰ در هیأت دولت مطرح و تأیید گردید و به مجلس شورای ملی تقدیم شد و نهایتاً در تاریخ ۱۳۴۷/۷/۲۷ به تصویب رسید و ردای قانونیت به تن کرد.^{۴۱}

این قانون را می‌توان نخستین قانون جامع آب ایران دانست (Badisar and Ahmadi, 2018) که تحولی اساسی را در نظام مالکیت آب در پی داشت، چرا که به موجب این قانون آب به عنوان ثروتی ملی و بستر انهار و رودخانه‌ها به عنوان یکی از اموال دولتی^{۴۲} شناخته شد (Nowrouzi, 2016). مطابق ماده‌ی ۱ این قانون «کلیه‌ی آب‌های جاری در رودخانه‌ها و انهار طبیعی و دره‌ها و جویبارها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و همچنین سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی ثروت ملی^{۴۳} محسوب و متعلق به عموم است و مسئولیت حفظ و بهره‌برداری این ثروت ملی و احداث و اداره تأسیسات توسعه منابع آب به وزارت آب و برق محول می‌شود». از این ماده چنین مستفاد می‌گردد که کلیه‌ی آب‌های جاری در بسترهای ذخیره شده در مخازن طبیعی اعم از سطحی و زیرزمینی متعلق به عموم افراد ملت و ثروتی ملی است.^{۴۴} اما آنچه که در مخازن مصنوعی و اختصاصی اشخاص همانند استخرها، آب‌انبارها، برکه‌ها، قنات‌ها و چاه‌هایی که با اجازه دولت حفر شده بودند^{۴۵} تا انتشار آگهی موضوع مواد ۶۲ و ۶۳ این قانون مبنی بر ملی شدن آن‌ها همچنان متعلق به صاحبانشان بود و پس از انتشار آگهی مزبور اختیار تملک آب این دسته از منابع متعلق به اشخاص به دولت اعطا شد (Sarmad (B), 1975). توضیح اینکه مطابق مواد مزبور وزارت آب و برق موظف گردید تا عملیات ملی کردن آب‌ها را به تدریج در حوضه‌ی آبریز رودخانه‌ها و آب‌های زیرزمینی منطقه به منطقه و ناحیه به ناحیه از طریق نشر آگهی انجام دهد و پس از ملی شدن آب هر منطقه از طریق نشر آگهی، در برابر افرادی که به واسطه‌ی اجرای طرح ملی شدن آب مالکیتشان نسبت به آب چاه‌ها و قناتشان منتفی می‌گردید، علاوه بر جبران خسارت مطابق ماده‌ی ۵۱ این قانون، بنا به تشخیص هیأت‌های موضوع مواد ۷ و ۸ قانون مزبور در عوض حقه‌ی این اشخاص، مبادرت به اعطای اجازه مصرف و صدور پروانه مطابق ماده‌ی ۶ این قانون بنماید. افزون بر این مطابق مواد ۱۰ و ۲۳ قانون مذکور استفاده از منابع آب موکول به تحصیل پروانه مصرف از وزارت آب و برق گردید.

بدین ترتیب این قانون نه تنها سبب دگرگونی قابلیت تملک و وضعیت مالکیت آب‌های عمومی شد و بهره‌برداری از آن‌ها را موکول به تحصیل پروانه از دولت نمود، بلکه وضعیت مالکیت آب‌هایی را که تا پیش از تصویب این قانون در مالکیت خصوصی اشخاص بود را نیز منقلب ساخت و باعث سلب مالکیت آنان از این دسته آب‌ها گردید.

۴-۳-۳- مالکیت آب در قانون اساسی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که به منزله‌ی مهم‌ترین سند حقوقی و سیاسی کشور تلقی می‌شود، به منظور ترسیم خطوط اصلی و بنیادین حاکم بر جمهوری اسلامی به تصویب رسید. اصل ۴۵ این قانون که در ذیل فصل چهارم و تحت عنوان اقتصاد و امور مالی قرار گرفته است، در مقام بیان وضعیت مالکیت برخی از اموال من جمله آب‌ها چنین مقرر می‌دارد که: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هریک را قانون معین می‌کند». چنان که ملاحظه می‌گردد، 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، اما مشخص نگردیده است که آیا از نظر قانون‌گذار این دو واژه مترادف بوده‌اند یا خیر و در صورت پاسخ منفی به این ابهام هریک از مصادیق ذکر شده جزو کدام یک از این دو عنوان می‌باشند؟ چنان که پیش‌تر نیز بیان کردیم، واژه‌ی انفال مفهومی متفاوت از ثروت‌های عمومی است، چراکه انفال در زبان فقها به معنای اموالی است که در ملکیت پیامبر (ص) و ائمه (ص) است؛ این در حالی است که ثروت‌های عمومی یا به تعبیر فقهی آن یعنی مشترکات اموال‌اند که مالک خاصی ندارند و مورد استفاده‌ی عموم مردم قرار دارند. زمانی که به منظور ارائه‌ی تفسیری قصدگرایانه از این اصل در جهت رفع این ابهام به صورت 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 شده است، در نتیجه آن قسمت‌هایی مثل اموال مجهول‌المالک که جزو انفال نیست، شامل این عنوان (ثروت‌های عمومی) می‌گردند (The General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly, 1986). در نتیجه از منظر تدوین‌کنندگان قانون اساسی آب جزو ثروت‌های عمومی و ملک عامه‌ی مردم محسوب می‌شود که این حکم مشابه حکم مندرج در قانون آب و نحوه‌ی ملی شدن آن می‌باشد.^{۴۶}

بعضی از اساتید حقوق ما نیز در تفسیر این ماده چنین بیان داشته‌اند که بر اساس این اصل، هیچ‌یک از اموال مذکور در آن را نباید در زمره‌ی مباحات و قابل تملک خصوصی شمرد (Katouzian, 2004) و در نتیجه باید حسب مورد آن‌ها را جزو انفال و یا اموال عمومی دانست.

۴-۳-۴- مالکیت آب در قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱

پس از آنکه اصل ۴۵ قانون اساسی آب را جزو ثروت‌های عمومی اعلام کرد، بنا به دستور^{۴۷} مندرج در قسمت ذیل این اصل مبنی بر لزوم تفصیل و تعیین ترتیب استفاده از آب به وسیله‌ی قانون، به منظور اجرای اصل مزبور و تصویب قانونی جامع ناظر به مقررات مربوط به آب طرحی به نام طرح توزیع^{۴۸} عادلانه آب از سوی وزارت نیرو تدوین گردید و به تصویب مجلس رسید. طرح مذکور که تا حد زیادی از قانون آب و نحوه ملی شدن آن الهام گرفته شده بود، تأکیدی بر موضع اتخاذ شده از سوی قانون‌گذار راجع به مالکیت آب در قانون اساسی بود. در ماده نخست این طرح که در مقام بیان وضعیت مالکیت آب‌ها نگاشته شده بود، چنین بیان گردیده بود که: «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 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 به دولت محول می‌شود». چنان که ملاحظه می‌شود در این طرح قانونی آب جزو انفال اعلام شده بود. پس از ارسال این طرح به شورای نگهبان، موادی از طرح مزبور از سوی این شورا مغایر با شرع تشخیص داده شد که یکی از آن مواد ماده‌ی مزبور بود. در نظریه‌ی شورای نگهبان راجع به این ماده چنین عنوان شده بود که: «این که 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». پس از تأمین نظر شورای نگهبان از سوی مجلس، نهایتاً متن نهایی این ماده به شرح ذیل اصلاح گردید: «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». در نتیجه همانند قانون آب و نحوه ملی شدن آن و همچنین به مانند قانون اساسی، در این قانون نیز آب جزو اموال عمومی و مشترک بین افراد ملت اعلام شد که اشخاص صرفاً تحت شرایطی می‌توانند با کسب مجوزهایی مبادرت به استفاده و بهره‌برداری معقول از این منابع بنمایند.^{۴۹} 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 حقایق‌های افراد به اجازه مصرف معقول آب شد (ماده ۱۹ قانون توزیع عادلانه آب). افزون بر این، ماده‌ی ۲۸ قانون مزبور جلوه‌ای شدیدتر از تحدید 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 پروانه‌ی صادره به صورت مستقل از زمین و بدون اجازه‌ی وزارت نیرو منع گردیده‌اند.

۴-۳-۵- وضعیت مالکیت آب در نظم حقوقی کنونی

از مجموع آنچه که در مباحث پیشین گفته شد چنین برمی‌آید که بین احکام مقرر در قانون مدنی با سایر قوانینی که مؤخر بر این قانون به تصویب رسیده‌اند اختلاف وجود دارد، زیرا در این قانون آب از جمله‌ی مباحث و قابل تملک خصوصی از سوی اشخاص دانسته شده است، در حالی که در سایر قوانین آب جزو ثروت‌ها و اموال ملی و عمومی و غیرقابل تملک خصوصی اعلام شده است. این اختلاف ممکن است سبب تصور این مطلب شود که مواد قانون مدنی به وسیله‌ی قوانین بعدی نسخ شده‌اند. به عنوان مثال برخی از نویسندگان بر این عقیده‌اند که با توجه به ماده‌ی ۹ قانون آب و نحوه ملی شدن آن که در آن صدور سند برای مالکیت حقایق ممنوع اعلام شده است، مواد ۱۴۹ به بعد قانون مدنی منسوخ و مسأله تملک آب منتفی شده است (Jafari, 2018; Cited by: Pilvar and Radjabi, 2018). این گمان آنجا تقویت می‌شود که مواد ۶۵ قانون آب و نحوه‌ی ملی شدن آن و ۵۲ قانون توزیع عادلانه آب بر بلاثر شدن کلیه‌ی قوانین و مقررات مغایر با خود تصریح نموده‌اند. در مقابل بعضی دیگر ضمن رد ادعای نسخ مواد قانون مدنی در باب مالکیت آب، این گونه اظهار نظر نموده‌اند که امروزه همچنان برخی از مباحث قابلیت تملک جزئی پیدا کرده‌اند و برای مثال می‌توان بدون تملک اصل منبع آب، مقداری از آب آن را به صورت جزئی تملک کرد؛ در نتیجه آب امروزه به صورت جزئی قابلیت تملک خصوصی دارد. بنابراین مالکیت عمومی مانع اعمال قواعد حقوق مدنی در مورد آب‌هایی که تحت شرایطی به تملک

خصوصی افراد درمی‌آیند، نخواهد بود (Masoumi an Lotfi, 2018). این نظر بدان معناست که قوانینی که بعد از قانون مدنی در زمینه‌ی مالکیت آب به تصویب رسیده‌اند، نسبت به مواد قانون مدنی در این زمینه حکومت تزییقی دارند و در نتیجه تعارضی بین آن‌ها وجود ندارد. بدین مفهوم که این قوانین به نوعی مفسر مواد قانون مدنی در باب تملک آب نیز به شمار می‌روند و قلمرو مواد قانون مدنی را به مصارف جزئی محدود نموده‌اند. به ویژه آن که در مواد ۲۵ قانون آب و نحوه ملی شدن آن و ۵ قانون توزیع عادلانه آب احداث چاه و استفاده از آب آن را برای مصارف جزئی مجاز دانسته شده است. هم‌راستا با همین رویکرد بعضی چنین اظهار داشته‌اند که با تصویب قانون توزیع عادلانه آب و با امعان نظر به نظریه‌ی شورای نگهبان مبنی بر اینکه آب جزو مشترکات است و وجود برخی مواد قانونی که بر تملک آب صحه گذاشته‌اند، نمی‌توان وجود آب‌های مباح را به کلی منتفی دانست و اعمال حاکمیت دولت در امر حفظ و نظارت آب و اجازه‌ی بهره‌برداری از آن نیز منافاتی با قابل تملک بودن آب‌های مباح ندارد، منتها این امر باید با اجازه و نظارت دولت انجام گیرد. بنابراین اجرای مواد ۱۴۹ به بعد قانون مدنی باید با رعایت مقررات قانون توزیع عادلانه آب و آیین‌نامه‌های آن صورت پذیرد (Badisar and Ahmadi, 2018).^{۵۰}

نهایتاً به رغم آنچه که در جهت تقویت نظریه‌ی عدم نسخ مواد قانون مدنی در باب مالکیت آب می‌توان استدلال نمود، اگر بخواهیم تفسیری ساختارگرایانه از متون قانونی موجود در این زمینه ارائه دهیم، باید بگوییم که چنین به نظر می‌رسد که با توجه به عمومیت و صراحت مواد ۱ قانون آب و نحوه ملی شدن آن و قانون توزیع عادلانه آب به انضمام اصل ۴۵ قانون اساسی که همگی مشعر بر این معنا گردیده‌اند که همه‌ی آب‌ها جزو اموال عمومی و سرمایه‌ای ملی‌اند، بین این قوانین و مواد قانون مدنی در باب مالکیت آب که در آن‌ها آب‌ها جزئی از مباحث دانسته شده است تعارض مستقر وجود دارد و این ادعا که وجود این تعارض به منزله‌ی نسخ این مواد از قانون مدنی توسط قوانین نامبرده می‌باشد چندان خالی از قوت به نظر نمی‌رسد، زیرا علی‌رغم وجود بعضی نظرات مخالف نمی‌توان انکار کرد که مفهوم مباحث تفاوتی بنیادین با مفهوم اموال عمومی دارد.^{۵۱}

۵- خلاصه و جمع‌بندی

نوع نظام حقوقی حاکم بر مالکیت منابع آب، تأثیر مستقیمی بر حفاظت از منابع آب و چگونگی دسترسی به این منابع دارد. به هر میزان که نگرش قانونگذار نسبت به آب، نگرشی اقتصادی باشد و با این منبع طبیعی به مثابه‌ی کالایی تجاری برخورد کند، طبیعتاً رقابت بر سر

کشاورزی، از بازدهی اقتصادی نازلی برخوردار است و برداشت بی‌رویه از حجم مخازن آب آن‌ها موجب تغییر کیفیت و شور شدن سفره‌های آب زیرزمینی گردیده است که بی‌شک فرجام مصارف بی‌رویه نابودی منابع آب زیرزمینی خواهد بود.

بدین جهت به نظر می‌رسد که ناگزیر از رفع تعارض و انسجام‌بخشی مجموعه مقررات ناظر بر مالکیت منابع آب و بازنگری نظام حاکم بر مالکیت حق بهره‌برداری از آب و ممنوعیت مالکیت خصوصی به نفع مالکیت عمومی هستیم تا علاوه بر انسداد و مسلوب‌المنفعه نمودن چاه‌ها و مجاری غیرمجاز، تملک و انسداد چاه‌های مجاز و دارای پروانه بهره‌برداری را نیز به منظور تعادل بخشی سفره‌های آب زیرزمینی به‌سبب در پی داشته باشد. بدیهی است با استفاده از تجربه سایر کشورها در حقوق مدرن آب که گرایش غالبی به نظام مالکیت عمومی منابع آب دارد، قانونگذار ما نیز در جهت تأمین منافع عمومی ناگزیر به اعمال نظام مالکیت عمومی آب و کنترل بهره‌برداری از آن گردد و در این میان خود را از مشارکت همه ذینفعان آن نیز برکنار ندارد.

پی‌نوشت‌ها

- 1- The United Nations Conference on the Human Environment
- 2- Code
- 3- Le Code De L'environnement
- 4- Le Code Des Collectivités Territoriales
- 5- Le Code Général Des Propriétés Des Personnes Publiques
- 6- Le Code Pénal
- 7- Res Communes
- 8- Res Publicae
- ۹- 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- La Charte Européenne de l'Eau Directive (۱۱- بعدها در سال ۲۰۰۰ میلادی، اتحادیه‌ی اروپا دستورالعملی (n° 2000/60/CE du 23/10/00 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau) بر این موضع خود تأکید ورزید و این گونه عنوان داشت که آب کالایی تجاری همانند سایر کالاها نیست، بلکه میراثی است که باید محافظت شود (ماده ۱).
- 12- Loi Sur L'eau Et Les Milieux Aquatiques
- ۱۳- در کنار این مواد، باید به قانون اساسی کشور فرانسه نیز اشاره نمود که بخشی تحت عنوان «منشور محیط زیست» (Charte de l'environnement) در آن وجود دارد، محیط زیست به طور کلی جزء میراث عمومی (Patrimoine commun) انسان‌ها دانسته است.
- 14- Bien Public
- 15- Bien Commun
- 16- Inappropriabilité

تملك و تصرف آب رو به تزايد نهاده و منابع آبی با مخاطراتی جدی مواجه می‌شوند. این در حالی است که اگر آب به عنوان میراثی برای نسل‌های آینده قلمداد گردد، سیاست تقنینی قانونگذار بر این مبنا استوار می‌گردد که با رعایت ملاحظات هیدرولوژیکی، قوانین را در جهت حفاظت از منابع آب تدوین نماید. در کشور ما تا اواسط دهه چهل شمسی رویکرد قانونگذار در قانون مدنی ایران رویکردی بود که متأثر از فقه اسلامی، آب را به عنوان کالایی قابل تملک خصوصی و هم رده‌ی سایر اموال شناسایی می‌کرد؛ رویکردی که ناشی از نگاهی صرفاً حقوقی به مقوله آب و نتیجه‌ی عدم توجه قانونگذار نسبت به چرخه‌ی هیدرولوژی، ضرورت ادامه‌ی حیات اکوسیستم‌ها، لزوم تداوم عرضه‌ی خدمات اکوسیستمی و اهمیت ظرفیت منابع آب بود. اتخاذ این روش توسط قانونگذار از یک سو و نقش برجسته‌ی کشاورزی در امرار معاش مردم از سوی دیگر، سبب گردید تا طی سالیان متمادی برداشت بی‌رویه از آب شکل گیرد و آسیبی‌هایی جدی بر پیکره‌ی منابع آب و چرخه‌ی هیدرولوژی وارد آید.

عواقب زیان‌بار مالکیت خصوصی اشخاص نسبت به آب سبب گردید که از نیمه دوم قرن بیستم به بعد، نظام حقوقی منابع آب در سطح بین‌المللی از حالت خصوصی به حالت عمومی تبدیل شود؛ به گونه‌ای که مفاهیمی مانند آب‌های زیرزمینی خصوصی و حقوق هم‌جواری در بهره‌برداری آبراهه‌های سطحی، به تدریج، تضعیف گردید. در ایران نیز بتدریج این روند بازنگری در مالکیت منابع آب به وجود آمد؛ چنان که زمانی قوانین مدنی ایران به مالکیت اشخاص بر منابع آبی و حفظ حقوق آن‌ها به‌صراحت اشاره داشتند و آن را محترم می‌شمردند، اما در دهه چهل شمسی با تصویب قوانین ویژه آب، نظام مالکیت خصوصی منابع آب به نوعی مالکیت عمومی تغییر یافت و حقوق اشخاص در بهره‌برداری از منابع آب، به‌صورت پروانه بهره‌برداری با قیودات عمده‌ای مشروط گردید. با این وجود، به رغم تلاش قابل‌تحمین تدوین‌کنندگان این قوانین، همچنان نظام مالکیت منابع آب متأثر از رژیم حقوقی حاکم بر قانون مدنی نه تنها از بهره‌برداری بی‌رویه منابع آب نکاسته، بلکه بحران آب همواره رو به تزايد بوده است. رعایت نکردن حد برداشت در چاه‌های مجاز و ادامه بهره‌برداری از چاه‌های غیرمجاز همچنان ادامه دارد. اشخاص استفاده‌کننده از منابع مشترک مانند ذخایر آب زیرزمینی قادر نیستند در بهره‌برداری از «منبع مشترک» قواعد جمعی درخوری را در میان خود برای رعایت موازین پایداری حاکم کنند و در عمل گرفتار رقابتی بی‌امان می‌شوند، به نحوی که به جای منافع درازمدت و بین‌نسلی، به منافع کوتاه‌مدت و ناپایدار خود می‌اندیشند. امروز بسیاری از این چاه‌های مجاز، به ویژه در بخش

۳۲- 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 رشته قرار می‌گیرند و البته آنان نیز نه مطلق آب‌ها بلکه فقط دریاها را جزء انفال دانسته‌اند (Meshkini, N. D.; Baqdadi, 1992; Montazeri Nadjaf Abadi, N. D.).

۳۳- الناس شرکاء فی ثلاث النار و الماء و الکلاء.

۳۴- 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 (Nadjafi, 1984).

۳۵- برای ملاحظه نظر مخالف که حکم به مالکیت چنین آبی برای صاحب ملک می‌دهد رجوع شود به: Amili (1990).

۳۶- مطابق با ماده ۹ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ در نقاطی که اداره ثبت موجود است، ثبت کلیه اموال غیرمنقول الزامی است. قنات هم از جمله اموال غیرمنقول است. همچنین بر اساس رأی مشورتی شورای عالی ثبت مورخ ۱۳۲۵/۱۲/۶ ثبت اعیانی شامل قنات‌ها هم می‌شود. البته باید در هنگام ثبت به عمومی و خصوصی بودن قنات توجه شود. از طرفی در ماده ۴۱ آیین‌نامه قانون ثبت (اصلاحی ۱۳۸۰) چنین مقرر شده است که «نسبت به املاکی که مالک خاص ندارد مانند بستر مسیل‌ها و آب رودخانه‌ها و نهرهای منشعب از آن‌ها و انهار طبیعی و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و چشمه‌سارها از افراد درخواست ثبت پذیرفته نخواهد شد». با امان نظر نسبت به وصف «طبیعی» در قسمت ذیل ماده‌ی اخیر، می‌توان به این نتیجه رسید که هر مسیر غیرطبیعی اعم از سطحی و زیرزمینی که به وسیله‌ی اشخاص قبل از ملی شدن آب‌ها در سال ۱۳۴۷ ایجاد شده و به منظور استفاده‌ی عمومی هم نبوده قابلیت ثبت داشته است (Pilvar and Radjabi, 2018).

۳۷- یکی از وزرای آب و برق پیش از انقلاب از رویکرد قانون مدنی در باب مالکیت منابع آب به «طرز فکر قرون وسطایی» و «دارای فلسفه‌ی رژیم ارباب و رعیتی» و «در راستای حفظ منافع طبقه‌ی خاص» تعبیر نموده است (نامه شماره ۱۷۶۹۹/۴۱۳ مورخ ۱۳۴۵/۹/۶ وزیر آب و برق به نخست وزیر وقت؛ مندرج در: (Sarmad (A) (1975)).

۳۸- برای ملاحظه‌ی اسناد تاریخی حاوی موارد اعلان این رویکرد به مکاتبات صورت پذیرفته بین وزیر آب و برق و نخست وزیر حکومت پهلوی مندرج در منبع ذیل رجوع شود: (Sarmad (A) (1975)).

39- Laissez-Faire

۴۰- اعلام این اصول سبب تأسیس وزارت آب و برق در اسفند سال ۱۳۴۲ گردید.

۴۱- شایان ذکر است که پیش از تصویب این قانون نیز تلاش‌هایی در راستای حفاظت از منابع آبی کشور به عمل آمده بود و برخی قوانین از جمله قانون حفظ و حراست از منابع آب‌های زیرزمینی کشور مصوب ۱۳۴۵ هم در زمره‌ی همین اقدامات قرار می‌گیرند.

17- Riparian Rights

18- Ordinary Use

19- Extraordinary Use

20- Common Property

۲۱- البته لازم به ذکر است که سابقاً در این ایالات نیز به سان ایالات شرقی این کشور نظام حقوق خاصه مالکین حریم بر مالکیت منابع آب حکمفرما بوده است، اما به تدریج این نظام جای خود را به نظام حقوقی تقدم در تصاحب داد. سبب این تغییر نیز آن بود که نظام حقوق خاصه مالکین حریم به عنوان مانعی برای توسعه‌ی غرب آمریکا تلقی می‌گردید، زیرا در زمان کمبود آب، تسهیم آب بر مبنای این قاعده صنعتگران و تجار را از بهره‌برداری از آب به منظور تأمین آب مورد نیاز برای فعالیت‌های وابسته به آب بازمی‌داشت (Abrams, 1989).

22- Senior Appropriator

23- Junior Appropriator

24- Instrumentalist Theory

۲۵- در کنار این دو مفهوم باید از اصطلاح ثروت عمومی یا ثروت ملی نیز یاد کنیم که مترادف با اموال عمومی به نظر می‌رسند.

۲۶- بعضی دیگر بین مشترکات عمومی و اموال عمومی تفکیک کرده‌اند و اموال عمومی را معادل «بیت‌المال» دانسته‌اند. این عده در تعریف مشترکات با نقل تعریف ارائه شده از سوی شهید صدر، آن‌ها را ثروت‌ها و امکاناتی دانسته‌اند که بهره‌مندی از منافع آن برای همه‌ی مردم یکسان است و اسلام به هیچ کس اجازه مالکیت آن‌ها را نداده است (همانند آب‌ها، معادن و منافع). 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 مصالحی عمومی و مصارفی مشخص در نظر گرفته شده‌اند (همانند زمین‌های مفتوح عنوه، وصایای خراج، نیمی از خمس، زکات، موقوفات عامه، اموال مجهول‌المالک و غنائم جنگی) (Fayyazi, 2014).

۲۷- برای ملاحظه نظر مخالف رجوع شود به: Karimi (2000).

۲۸- در همین راستا برخی این اموال را برای تمامی مسلمین دانسته که صرفاً استفاده از آن‌ها در جهت مصالح مسلمین به ولی امر سپرده شده است؛ در نتیجه در رابطه با این اموال نظریه مالکیت اعتباری ولی امر نسبت به آن‌ها را پذیرفته و این اموال را ملک جایگاه امامت دانسته‌اند (Mowmen Qomi, 2010).

۲۹- حتی بر فرض پذیرش تمایز بین این دو مفهوم هم این تفکیک در حال حاضر بیشتر جنبه‌ی نظری دارد، زیرا بر طبق یک نظر در زمان غیبت تصرف در انفال مباح دانسته شده است (Mussavi Al-Khomeini, N. D.; A group of researchers, 2005; Meshkini, N. D.). که امروزه در حکومت اسلامی بر مبنای پذیرش نظریه ولایت فقیه، اذن زعیم جامعه جایگزین اذن امام در باب استفاده از این اموال می‌شود (Bashiri and Others, 2013).

۳۰- به همین دلیل هم است که در متون فقهی بر این نکته تأکید شده که مالکیت این اموال متعلق به منصب امامت جامعه‌ی اسلامی است.

۳۱- برای دیدن سایر تمایزات بین انفال و اموال عمومی رجوع شود به: Sadr (1996).

Al-Amili Z (1992) Rowzat al-bahiyah fi sharh al-lomat al-dameshqiyyah. Office of Islamic publications, Vol. 2 815p (In Arabic)

Hussayni Al-Amili M J (1998) Miftah al-karamah. Office of Islamic Publications, Vol 19, 900p (In Arabic)

Badisar S N, Ahmadi M S (2017) Water rights in the realm of Iranian public law. Mizan Legal Foundation, 432p (In Persian)

Baqdadi M (1992) Al Moqnea. Thousandth Anniversary Shaykh Al-Mofid World Congress, 847p (In Arabic)

Bashiri A, Alipour M, Chavoshi M S, Salehi A, Marani M R, Khamseh S, Shahrjerdi S H, Bashiri A, Nourmuhammad S, Sigaroudi N, Barati Darani A A (2016) The system of governing water practical rights. Javdaneh, Jangal, 852p (In Persian)

Boissière H (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, 164p (In French)

Fayyazi S M R (2014) Figh evaluation of peoples' ownership on public wealth. Samt Publication, 232p (In Persian)

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 Ma'rifat al-Halal wa al-Haram. Vol. 2, Office of Islamic publications, 575p (In Arabic)

Hilli J (1966) Sharaye' al-Islam. Isma'ilian Institution, Vol. 3, 237p (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)

Katouzian A N (2004) Properties and ownership. Mizan Publication, 272p (In Persian)

Madanian Gh, Honari Ltif Pour A (2018) The legal system governing the exploitation of fresh water resources - Comparative study of water rights in Iran and the United States. Dad-o-Danesh Publication, 240p (In Persian)

Meshkini A (N. D.) Mustalihat al-Fiqh. N. P., 579p (In Arabic)

Montazei Nadjaf Abadi H A (N. D.) Resaleh-e-Estefat. N. P., 328p (In Persian)

Mussavi al-Khomeini S R (N. D.) Tahrir al-Wasilah. Institution of Matbou'at-e-Dar-al-Ilm, 656p (In Arabic)

۴۲- این در حالی است که در ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب این بستر انهار طبیعی، کانال‌های عمومی، رودخانه‌ها، مسیل‌ها، برکه‌های طبیعی و مرداب‌ها در اختیار حکومت اسلامی اعلام شده است.

۴۳- اصطلاح ملی شدن بدین معناست که آب به عنوان یک سرمایه متعلق به عموم افراد ملت است و دولت به اعتبار آنکه نماینده و حافظ حقوق ملت است، اداره و نظم استفاده مردم از این سرمایه را به عهده می‌گیرد. در نتیجه درآمد حاصل از آب باید همانند درآمد حاصل از سایر اموال ملی همانند نفت طبق مقررات مالی و بودجه‌ای کشور به خزانه واریز شود (Sarmad (B), 1975).

۴۴- برخی بر این عقیده‌اند که بر اساس این مفاهیم، در این قانون آب جزو انفال دانسته شده است (Nowrouzi, 2016).

۴۵- این قید از تبصره ۲ ماده ۲۳ استنباط می‌گردد، زیرا به موجب این تبصره چاه‌هایی که از تاریخ ۱۳۴۲/۷/۱۴ با توجه به قوانین و مقررات طبق تشخیص وزارت آب و برق در مناطق ممنوعه یا محدود شده حفر شده بودند و یا بر طبق این قانون غیرمجاز یا بدون پروانه حفر شوند، بدون پرداخت هیچ‌گونه خسارت با تشخیص این وزارتخانه مورد استفاده آبیاری قرار گرفته یا مسدود می‌شوند.

۴۶- افزون بر این، چنان که در ادامه بیان خواهد شد، در ماده‌ی ۱ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ نیز اصطلاح استفاده شده در اصل مرقوم به معنای مشترکات دانسته شده است.

۴۷- به این شیوه‌ی امر کردن، استفاده از جملات خبری در مقام انشاء می‌گویند.

۴۸- مراد از توزیع عادلانه‌ی آب، عدالت توزیعی است (Rashidi, 2004).

۴۹- البته بنابر عقیده‌ی برخی، عنوان «مشترکات» که در قانون توزیع عادلانه آب به کار رفته است، مجزای از اصطلاح «ثروت ملی» است، چرا که به نظر این عده ثروت ملی به اصطلاح انفال نزدیک‌تر است (Nowrouzi, 2016). همچنین این گروه از نویسندگان بر این عقیده‌اند که وضع قوانینی همانند توزیع عادلانه‌ی آب سبب نگردیده است که به حق مالکیت خصوصی افراد نسبت به برخی از منابع همانند زاینده‌رود لطمه‌ای وارد آید و در نتیجه قائل به مالکیت خصوصی این منبع آبی شده‌اند (Nowrouzi, 2016).

۵۰- برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: (Pilvar and Radjabi, 2018).

۵۱- بعضی از اساتید هم علی‌رغم آنکه قائل به نظریه نسخ مواد قانون مدنی توسط قوانین ما بعد آن نگردیده‌اند، اما در تفسیر اصل ۴۵ قانون اساسی بدین نکته اذعان نموده‌اند که هیچ یک از اموال مذکور در این اصل [از جمله آب‌ها] را دیگر نباید در زمره‌ی مباحات و قابل تملک خصوصی دانست (Katouzian, 2004).

۵- مراجع

A. Books

Al-Amili M (1990) Al-lomat al-dameshqiyyah. Dar-al-Turath-Dar-al-Islamiyyah, 287p (In Arabic)

- of Islamic jurisprudence on the religions of the Ahl al-Bayt, Vol. 1, 760p (In Persian)
- Chiu V (2018) Le droit de l'eau en France. Encyclopédie de l'environnement, 1-11 (In French)
- Dellapenna J W (2002) The law of water allocation in the southeastern states at the opening of the twenty-first century, 25 U. Ark. Little Rock L. Rev., Issue 1, vol. 25 (In English)
- Foures-Diop Anne-Sophie (2011) Les choses communes (Première partie). Revue juridique de l'Ouest, 2011(1): 59-112
- Habibi M, Najjarzade Hanjani M (2010) The Anfal determinant criterion and its proportion with other titles of public ownership. Private Law Journal 6(15):55-76 (In Persian)
- Haqqani Zanjani H (1991) Anfal or public wealth. Types of Property in Islam and Their Cases, Oloum ensani Journal 3&4:3-15 (In Persian)
- Karimi A (2000) Government ownership of public water and its dependent land. Law and Political Science Journal 45(836):59-67 (In Persian)
- Lucarelli A (2010) La nature juridique de l'eau entre bien public et bien commun. Droit et gestion des collectivités territoriales, Les enjeux de la gestion locale de l'eau, 30:87-98
- Masoumi M, Lotfi A (2018) The evaluation of legal jurisprudence place of water on public property. Islamic Jurisprudence Research Journal 13(1):51-83 (In Persian)
- Mowmen Qomi M (2010) Wali-e-Amr and property of public property. Fiqh-e-Ahl-e-Bayt Journal 15(60):29-47 (In Persian)
- 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)
- Sironneau J (1998) Droit et gestion de l'eau - Grandes tendances mondiales et applications récentes. Revue Juridique de l'Environnement 3:301-317
- Najafi M (1984) Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharaye' al-Islam. Dar-al-Ihya Al-Turath Al-Arabiyyah, 389p (In Arabic)
- Pilvar R, Radjabi M (2018) Investigating the rights of water wells and Qanats in Iran. Enteshar Publication Co, 169p (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. Vol. 1, Keyhan, 161p (In Persian)
- Sarmad M (1975) Law of Water. Vol. 3, Keyhan, 161p (In Persian)
- Shaykh al-Tousi M (1967) Al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyya. Vol. 3, Al-Maktaba-al-Mortazawiyah Le-Ihya'a Al-Athar Al-Jafariyyah, Vol. 3, 356p (In Arabic)
- Tabataba'i S M H (N. D.) Al-Mizan. Vol. 9, <http://lib.eshia.ir/50081/9/4>, 565p (In Arabic)
- Wahid Khorasani H (2007) Minhaj-al-salihin. School of Imam Baaqir, Vol. 3, 491p (In Arabic)
- The General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly (1986) Detailed form of parliamentary negotiation Final examination of the constitution of the Islamic Republic of Iran. The General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly, 1886p (In Persian)

B. Articles

- Abrams R H (1989) Charting the course of riparianism: An Instrumentalist theory of change, Wayne Law, Vol. 35: 1381, Review (In English)
- A group of authors (N. D.) Journal of Ahl-e-Bayt. Institute of Encyclopedia of Islamic jurisprudence on the religions of the Ahl al-Bayt, Vol. 42, 425p (In Arabic)
- A group of researchers (2005) Fiqh dictionary according to religion of Ahl-e-Bayt. Institute of Encyclopedia