

بررسی فقهی - حقوقی جایگاه آب‌ها در اموال عمومی

مسعود معصومی^{*}، اسدالله لطفی^۲

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق دادرسی اداری دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران

۲. دانشیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی قزوین

(تاریخ دریافت: ۹۴/۹/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۲/۲۹)

چکیده

یکی از مصادیق اموال عمومی آب‌هاست که در حقوق جمهوری اسلامی ایران، اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، آن را از مشترکات عمومی معرفی می‌کند و در اختیار حکومت اسلامی می‌داند تا طبق مصالح عامه از آن بهره‌برداری شود. با توجه به اینکه آب‌ها جزئی از مباحات هستند و مباحات از طریق حیازت قابلیت تملک پیدا می‌کنند، این سؤال به وجود می‌آید که آیا آب‌های عمومی توسط اشخاص تملک‌شدنی است یا خیر؟ بر اساس قانون آب و نحوه ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷ آب‌های مباح به صورت یکی از اموال عمومی درآمد که از طرف دولت اداره می‌شود. به عقیده برخی از حقوقدانان با تصویب قانون ملی شدن آب در ۱۳۴۷/۴/۲۷ مواد ۱۴۹ به بعد قانون مدنی منسوخ و مسئله تملک آب منتفی شده است. اما برخی دیگر از صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که قانون توزیع عادلانه آب ناسخ قانون مذکور نیست، ولی استفاده از آب‌ها باید با اذن و مجوز وزارت نیرو باشد. در این مقاله دیدگاه‌های فقهی و حقوقی در این زمینه بررسی می‌شود و راهکارهایی نیز در راستای حل مشکلات قانونی آب‌های عمومی ارائه خواهد شد.

واژگان کلیدی

آب‌ها، اصل ۴۵ قانون اساسی، اموال عمومی، حکومت اسلامی، قانون توزیع عادلانه آب، مشترکات عمومی.

مقدمه

می‌توان اموال عمومی را اموالی دانست که مستقیم توسط عموم استفاده می‌شوند یا اینکه غیرمستقیم برای هدفی یا خدمتی عمومی اختصاص یافته‌اند و ویژگی همه اموال عمومی چه آنهایی که از ابتدا عمومی بوده‌اند و چه دسته‌ای که به ناحق خصوصی شده و بار دیگر عمومی شده‌اند و چه اموالی که برهه‌ای خصوصی بوده‌اند اما بنا به دلایل مشروعی مانند ملی شدن، به اموال عمومی بازگشته‌اند (پیلوار، ۱۳۹۲: ۱۰۱) آن است که استفاده اموال عمومی برای استفاده‌کننده حق تقدم ایجاد می‌کند و اموال عمومی موضوع ماده ۲۵ و ۲۶ ق.م. نیز دارای این خصیصه هستند که برای استفاده عمومند و دولت در جهت منافع عمومی و مصالح عمومی در اختیار دارد (قسمت پایانی ماده ۲۶) (کریمی، پرتو، ۱۳۹۲: ۲۱۷).

حقوقدانان و فقها، اموال عمومی را این‌گونه تعریف کرده‌اند:

شهید ثانی، اموال عمومی را به سه قسمت تقسیم می‌کند که شامل آب‌ها، معادن و منافع است (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۵۸)^۱ و منافع را نیز به پنج قسمت تقسیم می‌کند: ۱. منافع ناشی از اباحه؛ ۲. منافع ناشی از مکان‌های مذهبی؛ ۳. منافع مدارس مذهبی؛ ۴. منافع کاروانسراها؛ ۵. زیرساخت‌ها و بازارها (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۲۳۶).^۲

دکتر لنگرودی در تعریف اموال عمومی بیان می‌کنند که: اموالی که مالکان آنها در حقوق عمومی دارای شخصیت حقوقی است، مانند شهرداری‌ها، دولت و دانشگاه‌ها که در فقه از آنها به عنوان اموال بدون مالک خاص با عنوان مشترکات عمومی یاد کرده‌اند و مقصود از این اموال را اموالی می‌دانند که یک ملت، سکنه یا شهر مالک آن باشد، مانند معابر و میدان‌های عمومی، طرق، شوارع و ... (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۶۴۳).

۱. و منها المیاه المباحه کمیاه العیون فی المباح و الابار المباحه، و العیوث و الانهار اکبار کالفرات، و دجله و النیل، و منها المعادن و هی قسمان: ظاهره و باطنه. و منها المنافع.
۲. المنافع و هی الوقوف المطلقه کل مدارس و ربط و المشاهد و الطرق و المساجد.

دکتر کاتوزیان در تعریف اموال عمومی می‌گویند که اموال عمومی و مشترکات عمومی، برای استفاده مستقیم تمام مردم آماده است یا اختصاص به حفظ مصالح عمومی داده شده و دولت، تنها از جهت ولایتی که بر عموم دارد، آن را اداره می‌کند: مانند پل‌ها، موزه‌ها و معابر عمومی.

و همچنین اموال عمومی به دو صورت استفاده می‌شوند:

۱. پاره‌ای از آنها به‌طور مستقیم و بی‌واسطه در دسترس عموم قرار گرفته است و هر کس، با رعایت نظامات مخصوص، می‌تواند از آنها استفاده مطلوب بکند: مانند پل‌ها، کاروانسراها و راه‌های عمومی. منتها دولت، از نظر اختیاری که در اداره مشترکات دارد، شاید امتیاز بهره‌برداری از این اموال را برای مدت محدودی به شخص معین واگذار کند.
۲. دسته دیگری به یکی از خدمات عمومی اختصاص یافته است و تنها بنگاه خاصی حق دارد از آن بهره‌برداری کند: مانند راه‌آهن و سیم‌های تلفن و تلگراف، که از مشترکات عمومی است و به سود عموم استفاده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۶۸ - ۷۰).

اموال عمومی را آن دسته از اموالی می‌نامیم که تعلق به افراد و اشخاص حقوقی غیردولتی (دولت به معنای کشور) محرز نباشد و شیوه عملی برای استفاده از اموال عمومی این است که افراد یک کشور، اداره و بهره‌برداری از آن را به دولت (که نمایندگی کشور را دارد) واگذار کند تا این اموال بدین طریق وارد بودجه عمومی شود و به مصرف خدمات عمومی برسد. بنابراین مشترکات یا اموال عمومی، اموالی هستند که به عموم متعلق باشد و مالک خاصی برای آنها نیست، از قبیل جاده‌ها، خیابان‌های عمومی و کوچه‌هایی که آخر آنها مسدود است (امامی، ۱۳۶۴: ۴۶؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲۱۶؛ شمس، ۱۳۹۲: ۴۳؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۲: ۳۰۵؛ بروجردی، ۱۳۸۸: ۱۷؛ باریکلو، ۱۳۸۸: ۴۷).

اموال آنچه مهیاست برای مصالح و منافع یا انتفاع عموم، قابل تملک خصوصی نیست، بلکه همه مردم از آن برخوردار می‌شوند (هندی، ۱۳۸۶: ۶۷). در حقیقت در معنای دقیق کلمه به اموالی اطلاق می‌شود که یا از قبیل راه و جاده است که سابقه مالکیت آن مشخص نیست یا آنکه از قبیل پارک و میدان است که از طرف دولت برای استفاده عموم مردم

اختصاص می‌یابد. پس نهر طبیعی جزو اموال ملی است، برخلاف نهری که به دست انسان احداث می‌شود و می‌توان گفت که اموال ملی نیز باید در کنار اموال دولتی و اموال عمومی، دسته جدیدی را تشکیل دهد و به این مهم در قانونگذاری آینده توجه شود (کریمی، پرتو، ۱۳۹۱: ۱۷۹).

در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ آمده 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، چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها به دولت محول می‌شود». بر اساس این ماده منابع آب از مشترکات و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود.

برخی از فقهای شیعه مثل شیخ طوسی، ابن‌ادریس و محقق کرکی در بحث معادن و مالکیت آنها، معادن را به دو قسم ظاهری و باطنی تقسیم و آب را از معادن ظاهریه محسوب کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۷۴؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۴۸۴؛ المحقق الکرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۰، ج ۷: ۴۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۲۳۶؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۰۶).

بحث مالکیت آب‌های عمومی از دیرباز مورد اختلاف فقیهان بوده و در احادیث و روایات بزرگان شیعه مطرح بوده است، شبیه عبارتی که شیخ طوسی در مبسوط ذکر کرده

۱. و اما المعادن فعلی ضربین ظاهره و باطنه و اما ظاهره فیه الماء (طوسی)؛ و اما المعادن فعلی ضربین: ظاهره، و باطنه و اما الظاهره، فیه الماء (ابن‌ادریس حلی)؛ الفصل ثالث: المعادن، و هی قسمان: ظاهره، و باطنه (المحقق الکرکی)؛ الفصل الثالث: المعادن و هی قسمان ظاهره و باطنه. اما الظاهر و هی التی لا یفتقر فی الوصله علیها الی مونه کالملاح (فخرالمحققین)؛ المعادن علی نوعین: الاول: المعادن الظاهر الثانی: المعدن الباطنه (منهاج، ج ۲: ۲۰۶).

(آب‌ها از معادن ظاهریه هستند) و تصریح کرده‌اند که آب از مشترکات و مباحات عامه است (طوسی، ج ۳، ۱۳۸۷: ۲۷۴).^۱

ولی بعضی مثل شیخ کلینی، شیخ مفید و ابوالصلاح آب را جزو انفال آورده‌اند و ملک امام دانسته‌اند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱: ۵۳۸؛ بغدادی مفید، ۱۴۱۳، ج ۱: ۲۷۸؛ حلبی ابوالصلاح، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۷۰ - ۱۷۱).^۲

روایت و حدیثی از امام صادق (ع) وجود دارد که پنج رود دجله، فرات، نیل، مهران، نهر بلخ و هر چیزی که به وسیله آن مشروب می‌شود را در مالکیت امام دانسته‌اند (کلینی، ج ۲، ۱۴۲۹: ۳۵۴)^۳ و منظور از امام، دولت اسلامی است که در رأس آن امام قرار دارد.

اینکه نظام حقوقی ایران جزو کدام دسته تلقی می‌شود اهمیت دارد، زیرا اگر آب از انفال باشد، توسط اشخاص تملک‌شدنی نیست و صرفاً اشخاص حق بهره‌برداری از آن را دارند و ملک آنها محسوب نمی‌شود. اما چنانچه نظریه مشترکات بودن آب پذیرفته شده باشد، آب به تملک درمی‌آید و ویژگی مهم آن مالکیت اشخاص بر آب است.

مطابق ماده یک قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷: «کلیه آب‌های جاری در رودخانه‌ها و انهار طبیعی و دره‌ها و جویبارها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و

۱. و أما الظاهرة فهي الماء والقمير والنفط والموميا والكبريت والملح وما أشبه ذلك، فهذا لا يملك بالاحياء، و لا يصير أحد أولى به بالتحجير من غيره، و ليس للسلطان أن يقطعه بل الناس كلهم فيه سواء يأخذون منه قدر حاجتهم، بل يجب عندنا فيها الخمس و لا خلاف في أن ذلك لا يملك.

۲. «و كذلك الاجسام و المعادن و البحار و المفاوز للامام خاصة» (کلینی، اصول کافی، ج ۱، کتاب الحجّة، باب الفی و الانفال: ۵۳۸) و الانفال کل ارض فتحت من غیر آن یوجف علیها و الارضون الموات و ترکات من لا وارث له من الاهل و القرابات و لاجام و البحار و المفاوز و المعادن و قطایع الملوك (مفید) و فرض الانفال مختص بكل أرض لم یوجف علیها بخیل و لارکاب، و قطایع الملوك، و الارضون الموات و کل ارض عطلها مالکها ثلاث سنین و روس الجبال و بطون الاودیه من کل ارض، و البحار، و الاجام، و ترکات من لا وارث له من الاموال و غیرها (ابوالصلاح).

۳. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «إِنَّ جَبْرَائِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَرَى بِرِجْلِهِ خَمْسَةَ أَنْهَارٍ - وَ لِسَانُ الْمَاءِ يَتَّبِعُهُ -: الْفُرَاتُ، وَ دِجْلَةُ، وَ نَيْلُ مِصْرَ، وَ مَهْرَانُ، وَ نَهْرُ بَلْخَ، فَمَا سَقَتْ أَوْ سَقَى مِنْهَا فَلِلْإِمَامِ، وَ الْبَحْرُ الْمَطِيفُ.

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 محسوب و متعلق به عموم است...» این اولین بار بود که اصطلاح ثروت ملی استفاده می‌شد.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ در اصل ۴۵ بیان می‌دارد: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی ... در اختیار حکومت اسلامی است».

در راستای تحقق این اصل، قانونگذار شروع به تدوین قانونی به نام قانون توزیع عادلانه آب کرد. در ماده یک طرح قانونی توزیع عادلانه آب مورخ ۱۳۶۱/۴/۳ پیشنهاد داده شده بود که بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی، آب‌های دریاها و آب‌های جاری و منابع آب‌های زیرزمینی از انفال و آب‌های عمومی بوده و در اختیار حکومت اسلامی است.

اما شورای نگهبان این ماده را اصلاح کرد و گفت: اینکه آب‌ها را از انفال ذکر نموده، شرعاً صحیح نیست و پیشنهاد کرد که نوشته شود از مشترکات است و در اختیار دولت و جمله «آب‌های عمومی» حذف شود. به این ترتیب، در نظام حقوقی ایران آب‌ها در زمره مشترکات عمومی قرار دارند (بشیری، شریجریدی، براتی، ۱۳۹۲: ۱۱۳).

خداوند در مورد آب در آیه ۳۰ سوره انبیاء این‌گونه فرمودند: «و جعلنا من الماء کل شیء حیّ...» (حیات هر موجود زنده را از آب قرار دادیم). همچنین از رسول خدا (ص) روایت هست که فرمودند: «مردم در سه چیز شریکند: آب، آتش و گیاه» (نجفی، ۱۴۰۵: ۱۱۶) و نیز از امام موسی بن جعفر (ع) که فرمودند: «مسلمانان در آب، آتش و گیاه شریکند» (حر عاملی، ج ۱۷، ۱۴۰۳: ۳۳۱) با مذاقه در این حدیث نبوی پی می‌بریم که آب از مشترکات عمومی است. در همین زمینه، تمامی فقها اجماع دارند بر اینکه چون آب از مشترکات است، می‌توان از طریق حیازت آن را تملک کرد.

منابع آب در زمین دو گونه‌اند:

الف) آب‌هایی که خداوند برای استفاده در سطح عموم قرار داده است تا همه بتوانند از آن استفاده کنند؛ مانند دریاها، چشمه‌ها و رودهایی که در زمین‌های موات جریان دارند و اشخاص در جاری کردن آن دخالتی ندارند.

ب) آب‌هایی که در اعماق زمین نهفته یا اینکه در روی زمین است، اما مهار و تصرف این آب‌ها به تلاش و کار نیاز دارد.

بدون شک آب‌های قسمت اول، مشترکات عمومی و جزئی از مباحات است و بر اساس ماده ۲۷ ق.م: «اموالی که ملک اشخاص نمی‌باشد و افراد مردم می‌توانند آنها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه به هر یک از اقسام مختلفه آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند، مباحات نامیده می‌شود، مثل اراضی موات یعنی زمین‌هایی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد» و با توجه به اینکه اموال مباح از طریق حیازت تملک‌شدنی است، ماده ۱۴۶ قانون مدنی در مورد حیازت بیان می‌کند: «مقصود از حیازت تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا» و به این خاطر که حیازت یک عمل حقوقی است، پس شخص باید دارای قصد تملک باشد. در این زمینه، همه افراد حق استفاده و بهره‌برداری از آن را دارند و اگر کسی بخواهد آن را حیازت کند، به مقدار استفاده و نیاز می‌تواند از آن آب تملک کند و هیچ کس حق تملک این‌گونه از آب‌ها را ندارد، مگر موردی که گفته شد.

بسیاری از اموال بر طبق مواد ۲۷، ۲۸، ۱۴۰، ۱۴۱، ۱۴۶، ۱۴۷، ۱۴۸ و ۱۶۱ قانون مدنی، با توجه به تاریخ تصویب این مواد، جزئی از مباحات بوده‌اند، اما امروزه با توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی و برخی قانون‌های عادی، از مباح بودن مطلق خارج شده‌اند؛ به‌نظر می‌رسد که این مواد قانونی نسخ نشده‌اند و کماکان در موارد خاص مجری هستند؛ چون شماری از مباحات قابلیت تملک جزئی پیدا کرده‌اند. برای مثال می‌توان به تملک آب‌ها به‌صورت جزئی، بدون تملک اصل منبع آب، شکار، صید ماهی، چوب درختان و ... اشاره کرد؛ در صورتی که به‌صورت جزئی باشد قابلیت تملک خصوصی را دارد و به‌موجب قانون توزیع عادلانه آب، مالکیت خصوصی افراد بر مجاری آب و چاه‌ها شناسایی شده است. بنابراین، مالکیت عمومی دولت نیز مانع از اعمال قواعد حقوق مدنی در مورد آب‌ها و اراضی که برابر قانون تحت شرایطی به تملک خصوصی افراد درمی‌آید، نخواهد بود.

قبل از ملی شدن آب‌ها در سال ۱۳۴۷، بیشتر آب‌های ایران از مباحات به‌شمار می‌آمد و افراد می‌توانستند با رعایت مقررات، آنها را حیازت و تملک کنند. بر مبنای اینکه آب

ثروتی ملی است (که باید به نفع جامعه و بر طبق اصول علمی از آن بهره‌برداری شود و از سوءاستفاده افراد از آن و بیهوده تلف شدن آن جلوگیری شود) فکر ملی شدن آب‌های کشور پدید آمد (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۵۰ - ۱۵۴). بر همین اساس در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب‌ها مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ که آب‌ها را مشترکات عمومی دانسته که در اختیار حکومت اسلامی است و همچنین ماده ۲ این قانون می‌گوید: «بستر انهار طبیعی و کانال‌های عمومی و رودخانه‌ها اعم از اینکه آب دائم یا فصلی داشته باشند و مسیل‌ها و بستر مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران است و همچنین است اراضی ساحلی و اراضی مستحده که در اثر پایین رفتن سطح آب دریاها و دریاچه‌ها و یا خشک شدن مرداب‌ها و باتلاق‌ها پدید آمده باشد، در صورت عدم احیا قبل از تصویب قانون نحوه احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی» بنابراین، قانونگذار صراحتاً آن را جزو اموال عمومی دانسته است.

آب‌های سطحی

آبی که در سطح زمین (لیتوسفر) جریان دارد یا به صورت راکد درآمده باشد (فرهنگ فنی آبیاری و زهکشی، ۱۳۵۴: ۳۰۰). آب‌های سطحی دارای منابع مختلفی از قبیل رودخانه، نهر، تالاب، دریا و دریاچه است.

رودخانه

رودخانه مجرای طبیعی است که آب به‌طور دائم یا فصلی در آن جریان داشته باشد.^۱ با شناخت رودخانه، تمامی آب‌های سطحی به حریم نیاز دارند؛ بنابراین به تعریف حریم می‌پردازیم: حریم از حرمت و به معنای منع است. حریم موضعی محسوب می‌شود که در اطراف و پیرامون اموال و حقوق مردم قرار دارد و چون احتمال جواز تصرف از سوی غیرمالک در حریم وجود دارد، به صراحت هرگونه دست نهادن بر آن را عرف و شرع

۱. بند الف ماده یک آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها و مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و

شبکه‌های آبرسانی و آبیاری و زهکشی مصوب ۷۹/۸/۱۱

حرام دانسته است. از آنجا که حریم برای کمال انتفاع احیاکننده از ملک احیاشده است، میزان حریم تا آنجایی خواهد بود که کمال انتفاع مالک از ملک خود آن را می‌طلبد. در واقع، به لحاظ آن مقدار از حریم اطراف ملک، نقصانی در کمال انتفاع مالک پیش نمی‌آید و ضرری به او وارد نمی‌شود.

ماده ۱۳۶ قانون مدنی در تعریف حریم می‌گوید: «حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد». بر اساس اصلاحیه بند خ ماده ۱ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها و مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی و آبیاری و زه‌کشی مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۱۸، حریم انهار طبیعی، رودخانه‌ها و مسیل‌ها (اعم از اینکه آب دائم یا فصلی داشته باشند) و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی برای عملیات لایروبی و بهره‌برداری، از یک تا بیست متر و برای حفاظت کیفی آب رودخانه‌ها، انهار طبیعی و برکه‌ها تا یکصد و پنجاه متر (تراز افقی) از منتهی‌الیه بستر خواهد بود که بنا به مورد و نوع مصرف و وضع رودخانه، نهر طبیعی و برکه به وسیله وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌گردد. حریم کیفی برای رودخانه‌ها، انهار طبیعی و برکه‌های تأمین‌کننده آب شرب مقطوعاً یکصد و پنجاه متر خواهد بود».

بر همین اساس به قانون توزیع عادلانه آب در مورد بستر و حریم رجوع می‌کنیم: تبصره یک ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب‌ها تعیین پهنای بستر و حریم آن در مورد هر رودخانه و نهر طبیعی و مرداب و برکه طبیعی در هر محل با توجه به آمار هیدرولوژی رودخانه و انهار در بستر طبیعی آنها بدون رعایت اثر ساختمان تأسیسات آبی با وزارت نیرو است.^۱ و در موارد نزاع، محاکم صالحه پس از کسب نظر از کارشناسان مورد وثوق به موضوع رسیدگی می‌کنند.

بر اساس ماده ۲۷ ق.م. اموالی که ملک اشخاص نیست و عموم افراد مردم می‌توانند

۱. بر اساس رأی مورخ ۱۳۷۹/۵/۲۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، آیین‌نامه نحوه تعیین حد بستر رودخانه‌ها و انهار و مسیل‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی ۱۳۷۰/۴/۱۲ وزارت نیرو ابطال شده است.

آنها را مطابق مقررات مندرج در قانون و سایر قانون‌های مخصوصه تملک یا از آنها استفاده کنند «مباحث» نامیده می‌شوند. در این فرض تمام افراد جامعه می‌توانند به‌طور مساوی از منابع آبی بهره‌مند شوند و حدود و میزان استفاده آنها تا جایی است که به عموم تضرر وارد و موجب بروز انحصار نشود، این فرض بر اساس قاعده حقوقی «لاضرر و لا ضرر فی الاسلام» استوار است (مدنیان، ۱۳۸۸: ۱۱۰). بنابراین اشخاص استفاده و بهره‌برداری از منابع عمومی بر مبنای تساوی افراد در استفاده از منابع و خدمات عمومی را دارند.

از نظر فقه امامیه، آب‌ها از قبیل آب‌های جاری، آب باران، رودخانه‌های بزرگ و نه‌رهای کوچک که کسی بستر آنها را حفر نکرده، همگی از مباحث اصلیه هستند و هر کس به قصد تملک، بخشی از آن را حیازت کند، مالک آن بخش می‌شود (کنعانی، ۱۳۹۲: ۳۳۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ج ۹: ۱۷۹ — ۱۸۰؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲: ۲۰۴؛ اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۳: ۱۲۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۰۶).^۱ حیازت بر اساس ماده ۱۴۶ ق.م. یعنی

۱. «مياه الشطوط و الانهار الكبار كدجلة و الفرات. و ما شاكلهما، او الصغار التي جرت بنفسها من العيون او السيول أو ذوبان الثلوج و كذا العيون المتفجرة من الجبال إو فی إراضی الموات و غیر ذلك من المشتركات» و «مياه الشطوط و الانهار الكبار كدجلة و الفرات و النيل. مياه الشطوط و الانهار الكبار كدجلة و الفرات و من المشتركات المياه، و المراد بها مياه الشطوط و الأنهار الكبار كدجلة و الفرات و النيل، أو الصغار التي لم يجرها أحد بل جرت بنفسها من العيون أو السيول أو ذوبان الثلوج، و كذلك العيون المتفجرة من الجبال أو فی أراضی الموات و المياه المجتمعة فی الوهاد من نزول الأمطار، فإن الناس فی جميع ذلك شرع سواء، و من حاز منها شيئاً بآنية أو مصنع أو حوض و نحوها ملكه و جرى عليه احكام الملك، من غير فرق بين المسلم و الكافر. و اما مياه العيون و الآبار و القنوات التي حفرها شخص فی ملكه أو فی الموات بقصد تملك مائها فهي ملك للحافر كسائر الأملاك، لا يجوز لأحد أخذها و التصرف فيها إلا بإذن المالك، و ينتقل الى غيره بالنواقل الشرعية قهرية كانت كالإرث أو اختيارية كالبيع و الصلح و الهبة و غيرها» و «مياه الشطوط و الانهار الكبار كدجلة و الفرات. و ما شاكلهما، او الصغار التي جرت بنفسها من العيون او السيول أو ذوبان الثلوج و كذا العيون المتفجرة من الجبال إو فی إراضی الموات و غیر ذلك من المشتركات» و «إذا شق نهراً من بعض الانهار الكبار سواء أكان بشقه فی أرض مملوكة له. أو بشقه فی الموات بقصد إحيائه نهراً ملك ما يدخل فيه من الماء إذا قصد تملكه» و «و أما التي تجرى فی الانهار مثل الفرات و الدجلة و نحوها من

تصرف و وضع ید یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاست. بنابراین حيازت دارای دو رکن مادی و معنوی دارد.

رکن مادی: ۱. تصرف و وضع ید یا استیلا بر مال با امکان تصرف و انتفاع است؛ ۲. مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاست.

رکن معنوی: به قصد تملک است، خواه از سوی شخص متصرف انجام گیرد یا از سوی کسی که او را مأمور به تصرف و احیا کرده است، حيازت آب رودخانه با تصرف مادی انجام می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۷۳).

در قانون مدنی احکام مفصلی درباره حيازت آب‌های مباح به چشم می‌خورد، مواد ۱۴۶ تا ۱۶۰ به چگونگی حيازت و تملک آب‌های مباح مربوط است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷۲ - ۱۷۳).

ماده ۱۴۷ ق.م. عمل تملک آب را حيازت می‌داند و می‌گوید: «هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوط به آن حيازت کند، مالک آن می‌شود».

ماده ۱۴۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «هر کس در زمین مباح نهري بکند و متصل به رودخانه کند، آن نهر را احیا کرده و مالک آن نهر می‌شود، ولی مادامی که متصل به رودخانه نشده است، تحجیر محسوب می‌شود».

ماده ۱۴۹ ق.م. می‌افزاید: «هرگاه کسی به قصد حيازت مباحه نهر یا مجری احداث کند، آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود، ملک صاحب مجری است و بدون اذن مالک نمی‌توان از آن نهري جدا کرد یا زمینی را مشروب نمود». بنابراین با توجه به این مواد می‌توان پی برد که کندن نهر برای کسی که قصد حيازت آب را دارد، حق اولویت یا تحجیر ایجاد می‌کند و موقعی که آب وارد آن نهر شد، از مشترکات بیرون می‌آید و ملک صاحب مجری می‌شود.

الانهار الکبار و الصغار فليست مملوكة لأحد بلاخلاف لأنها تتبع في المواضع التي ليست بمملوكة من الجبال و الشعاب و الصخور و غير ذلك استقى منها شيئاً مجازة ملكه و إذا جرى ماء من هذه الانهار ألى ملك إنسان فلا يملكه ألا بالحيازه، و كذلك نزول الثلج في أرضه و توحد الظبي في ملكه الطير في شجره أو بناؤه».

کندن چاه یا قنات بر طبق ماده ۱۶۰ قانون مدنی یکی از طرق حیازت مباحات آب‌های مباح محسوب شده است. ماده مذکور اشاره می‌کند: «هر کس در زمین خود یا در اراضی مباحه به قصد تملک، قنات یا چاهی بکند، مالک آن آب می‌شود». بنابراین مطابق ماده فوق احداث منابع آبی در اراضی وقتی حیازت محسوب است که به آب منتهی شود و با این کیفیت سبب تملک آب می‌شود. اما اگر کسی در ملک خویش منبع آبی احداث کند، مالکیت او بر آب به دلیل حیازت مباحات نیست؛ بلکه به دلیل حق مالکیت زمین و توابع آن است، زیرا به موجب ماده ۳۸ ق.م. مالکیت فضای تحتانی و فوقانی زمین تا هرکجا که پایین و بالا رود، جزو مالکیت مالک زمین است (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۵۰ - ۱۵۱).

حیازت آب‌های مباح در حقوق کنونی به صورت گذشته باقی نماند. به موجب قانون حفظ و حراست منابع آب‌های زیرزمینی کشور مصوب ۱۳۴۵/۳/۱۰ حفر چاه و قنات تحت نظارت وزارت آب و برق (نیرو) قرار گرفت و مواد ۲ و ۳ این قانون به دولت اجازه داد در هر جا که مصلحت می‌بیند، چاه و کندن قنات را ممنوع یا به اذن خود موکول کند (زارعی، ۱۳۹۴: ۴).

بعد از قانون آب و نحوه ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷ آب‌های مباح به صورت یکی از اموال عمومی از طرف دولت اداره می‌شود. به عقیده برخی از حقوقدانان با تصویب قانون ملی شدن آب در ۱۳۴۷/۴/۲۷ مواد ۱۴۹ به بعد قانون مدنی منسوخ و مسئله تملک آب منتفی شده است. برابر ماده ۹ این قانون صدور سند رسمی برای مالکیت ممنوع شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۳۵۶). برخی دیگر از صاحب نظران بر این عقیده‌اند که قانون توزیع عادلانه آب ناسخ قانون مذکور نیست، ولی استفاده از آب‌ها باید با اذن و مجوز وزارت نیرو باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۰). در واقع، مجوز وزارت نیرو موجب ایجاد اباحه برای استفاده‌کننده می‌شود و بر آن اساس استفاده‌کننده برابر قانون مدنی، حق حیازت و احیای آب و مجرای آب را دارد. بنابراین با قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» می‌توان بین احکام قانون مدنی و قانون توزیع عادلانه آب جمع کرد تا سخن از نسخ قانون مدنی (به عنوان قانون مادر) گفته نشود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۴۰).

در نظریه مشورتی شماره ۷/۴۴۵۷ مورخ ۱۳۸۹/۹/۲۴ آمده است: نظر به اینکه طبق

قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ بستر و حریم رودخانه جزو مشترکات و ثروت ملی محسوب می‌شود، با این فرض که این بستر از محدوده زمین‌های موقوفه بگذرد، چون وقف در انفال و اموال عمومی مصداق ندارد، این اراضی در اختیار وزارت نیرو است و دولتی محسوب می‌شود.

راجع به مالکیت رودخانه‌ها، تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری مصوب ۱۳۴۵/۱۱/۲۷ بستر رودخانه‌ها و نهرها را ملک عمومی و تحت مالکیت شهرداری می‌داند و از سوی دیگر، مواد ۱ و ۲ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۲/۱۲/۱۶ بستر رودخانه‌ها را جزو مشترکات دانسته است و در اختیار حکومت جمهوری اسلامی می‌داند. در این میان وزارت نیرو به‌عنوان جزء جدایی‌ناپذیر دولت، تنها مرجعی است که در مورد ایجاد هر نوع اعیانی و دخل و تصرف در بستر رودخانه‌ها صلاحیت صدور مجوز را دارد.

با ملاحظه تاریخ تصویب قانون‌های مذکور مشخص می‌شود که قانون توزیع عادلانه آب، آخرین اراده قانونگذار و مؤثر بر قانون شهرداری است. بنابراین شهرداری‌ها نسبت به رودخانه‌ها فاقد اختیار قانونی هستند و عملاً تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری در این زمینه نسخ ضمنی شده است. «...ایجاد تأسیسات آبیاری از طرف وزارت آب و برق (وزارت نیرو) در بستر رودخانه‌ها واقع در محدوده شهرها بلامانع است. شهرداری‌ها نیز مکلفند برای اجرای هرگونه عملیات عمرانی در بستر رودخانه‌ها قبلاً نظر وزارت نیرو را جلب کنند».

بنابراین «بستر آب‌های طبیعی و رودخانه‌ها، اعم از اینکه آب دائم یا فصلی داشته باشد، و ساحل دریاها و دریاچه‌ها» به‌موجب ماده ۲ ق.ت.ع.آ. مصوب ۱۳۶۱ این زمین‌ها متعلق به دولت است و وزارت نیرو آن را اداره می‌کند. ولی باید دانست که این‌گونه زمین‌ها،

۱. تبصره ۶ ماده ۹۶- اراضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و خیابان‌ها و به‌طور کلی معابر و بستر رودخانه‌ها و نهرها و مجاری فاضلاب شهرها و باغ‌های عمومی و گورستان‌های عمومی و درخت‌های معابر عمومی واقع در محدوده هر شهر که مورد استفاده عموم است، ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است.

به دلیل طبیعت خاص و مصرفی که دولت برای آن معین کرده، از اموال عمومی است. پهنای بستر رودخانه‌ها تا حدی جزو اموال عمومی است که مسیر رودخانه‌ها یا نهر را در حداکثر طغیان معمولی نشان دهد و همچنین است ساحل دریاها و دریاچه‌ها طبق قانون اراضی ساحلی مصوب ۱۳۴۶/۵/۲۵ (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۷۳).

نهر

نهر عبارت است از بستر جریان آب سطحی با ابعاد محدود و کوچک که انتقال آب در فواصل کوتاه و حجم کم را انجام می‌دهد. ابعاد نهر متغیر است. در آبیاری نهرها به درجات یک تا سه از مخازن سدها تا ورودی کرت‌ها در مزارع تقسیم می‌شوند. نهر درجه یک کانال اصلی انحراف آب از مخزن سد یا کانال اصلی است که از سد می‌گذرد (بشیری، براتی، پوررحیم، ۱۳۹۰: ۴۷).

نهر طبیعی: مجرایی که آب به‌طور دائم یا فصلی در آن جریان دارد و دارای حوضه آبریز مشخصی نباشد.^۱ مجرای آبی است که بدون دخالت دست اشخاص ایجاد شده باشد.

نهر سنتی: مجرای است که به توسط اشخاص به‌صورت غیرمدرن ایجاد شده باشد.^۲

طبق تبصره ماده ۴۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ احداث نهر یا جوی یا چاه و قنات و نظایر آن در راه‌ها و حریم آنها موقوف به تحصیل اجازه از وزارت‌های راه و آب و برق و در معابر شهرها با جلب موافقت شهرداری از وزارت آب و برق خواهد بود. مشخصات فنی مندرج در اجازه‌نامه لازم‌الاجراست.

آیین‌نامه بستر و حریم رودخانه‌ها و انهار مصوب ۷۹/۸/۱۶ حریم کیفی را ۱۵۰ متر (تراز افقی) از منتهی‌الیه بستر (که به‌وسیله وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای انجام می‌گیرد) تعیین کرده است.

ماده ۱۴۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «هر کس در زمین مباح نهری بکند و متصل به رودخانه

۱. بند ب ماده یک آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها مصوب ۷۹/۸/۱۱.

۲. بند پ همین ماده.

کند، آن نهر را احیا کرده و مالک آن نهر می‌شود، ولی مادامی که متصل به رودخانه نشده است، تحجیر محسوب می‌شود». نظر قانونگذار راجع به تملک مجری است، نه تملک آب. کسی که نهری در زمین‌های تملک‌پذیر می‌کند، مالک مجری می‌شود، به شرط اینکه مجری را به رودخانه پیوند دهد؛ تا زمانی که آن را به رودخانه پیوند نداده است، هر کار کند تحجیر محسوب می‌شود.

فقها معتقدند که حفر نهر و اتصال به رودخانه و جریان آب در آن، حیازت نهر و آب آن است (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳۰۴؛ طوسی ابوجعفر، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۰۶؛ عاملی کرکی محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۶۵).^۱

بر اساس قانون توزیع عادلانه آب، تمامی آب‌های جاری رودخانه‌ها و انهار طبیعی و سیلاب‌ها در اختیار حکومت اسلامی بوده و بهره‌برداری و حفظ آنها بر عهده وزارت نیروست.

در ماده ۱ آیین‌نامه بستر و حریم رودخانه‌ها و انهار آمده است: «آن قسمت از اراضی اطراف رودخانه، مسیل، نهر طبیعی یا سستی، مرداب و برکه طبیعی است که بلافاصله پس از بستر قرار دارد و به‌عنوان حق ارتفاق برای کمال انتفاع و حفاظت آنها لازم است و طبق مقررات این آیین‌نامه توسط وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌گردد. حریم انهار طبیعی یا رودخانه‌ها اعم از اینکه آب دایم یا فصلی داشته باشند، از یک تا بیست متر خواهد بود که حسب مورد با توجه به وضع رودخانه یا نهر طبیعی یا مسیل از هر طرف بستر به‌وسیله وزارت نیرو تعیین می‌گردد.

ماده ۲) بستر انهار طبیعی و کانال‌های عمومی و رودخانه‌ها اعم از اینکه آب دائم یا

۱. «إذا شق نهرأ من بعض الانهار الكبار سواء أكان بشقه في أرض مملوكة له. أو بشقه في الموات بقصد إحيائه نهرأ ملك ما يدخل فيه من الماء إذا قصد تملكه» و «و إذا حفر نهرأ أو أجرى فيه من هذه الانهار ماء فالأولى أن نقول: إنه بملكه لأنه جازه و قال الفقهاء: إنه لا يملكه لأن للعطشان أن للعطشان أن يشرب منه بغير إذن، و ذلك بالعاده» و «السادس: الجارى من نهر مملوك ينزع من المباح، بأن يحفر إنسان نهرأ في مباح يتصل بنهر كبير مباح، فما لم يصل الحفر إلى الماء لا يملكه».

فصلی داشته باشند و مسیل‌ها و بستر مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران است».

در بند ح ماده یک آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها و مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی و آبیاری و زه‌کشی مصوب ۱۳۷۹ می‌خوانیم: «تغییرات طبیعی بستر رودخانه‌ها مسیل‌ها یا انهار طبیعی در بستر سابق تأثیری نداشته و بستر سابق کماکان در اختیار حکومت اسلامی است. {دولتی هستند} اما حریم برای آن منظور نخواهد شد. کارشناسان وزارت نیرو بر مبنای قانون توزیع عادلانه آب و آیین‌نامه اجرایی مذکور فقط میزان بستر متروک را محاسبه و اعلام می‌کنند. تشخیص متروک بودن مسیل‌ها در خارج محدوده قانونی شهرها با شرکت آب منطقه‌ای و در داخل محدوده قانون شهرها، با همکاری شهرداری است. در صورت بروز اختلاف تشخیص وزارت نیرو معتبر می‌باشد».

زمینی از یک ملک متعلق به شخصی جدا می‌شود و به ملک دیگر یعنی به بستر سابق رودخانه (که از مشترکات عمومی و در مالکیت دولت است) پیوسته می‌شود، این الحاق قهری و طبیعی را که اصطلاحاً در حقوق «مالکیت و حقوق آب» می‌نامند، سبب می‌شود که زمین کنار رودخانه از تصرف صاحبان آن خارج شود و به‌طور قهری و طبیعی از صاحبان آن سلب مالکیت شود و شاید این اراضی تنها ممر و معاش آنها محسوب شود.

قانونگذار اموال الحاقی را در ردیف مشترکات عمومی می‌شمارد و در مالکیت حکومت قرار می‌دهد، بدون اینکه نحوه جبران خسارت قهری و طبیعی وارده به اراضی کشاورزی و حاصلخیز مالکان و صاحبان حقوق را در قانون آب یا آیین‌نامه اجرایی آن بیان کند. بنابراین شرکت‌های آب منطقه‌ای نمی‌توانند خودسرانه نسبت به جبران خسارت وارد شده و پرداخت حقوق مالکان و متصرفان شرعی اقدام کنند؛ به‌ویژه دولت نیز اعتباری برای این‌گونه موارد تأمین نکرده است.

مرداب

زمین است اسفنجی‌شکل، باتلاقی مسطح و پستی که دارای یک یا تعدادی آبراهه باشد و

معمولاً در مد بزرگ دریا به زیر آب رود. همچنین اراضی پستی که در مناطق غیرساحلی در فصول بارندگی و سیلاب غرقاب شده و معمولاً در تمام سال حالت باتلاقی داشته باشد.^۱

در قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ تالاب ذکر نشده و بنا بر عرف قانونگذاری تالاب، مرداب و برکه‌های طبیعی شناخته شده است. اصطلاحاتی مثل استخر، مرداب و برکه تنها بیان مصادیقی از انواع تالاب و از اموال عمومی است که ثروت ملی و متعلق به عموم است. در بند ج ماده ۱ قانون اراضی مستحدث و ساحلی تالاب را، اعم از مرداب، باتلاق یا آب‌بندان طبیعی که سطح آن حداکثر ارتفاع آب از پنج هکتار کمتر نباشد، یعنی اینکه سطح آبی که تالاب را به وجود می‌آورد، حداقل پنج هکتار در سطح زمین دربرگیرد. در کنوانسیون رامسر، تالاب‌ها شامل مرداب‌ها و باتلاق‌ها و لجن‌زارها با آب طبیعی یا مصنوعی اعم از دائمی یا موقت هستند که آب‌های شیرین، تلخ یا شور در آن به صورت راکد یا جاری یافت می‌شود. از آن جمله آب‌های دریا که عمق آب‌ها در پایین نقطه جزر از شش متر تجاوز نکند.

بند خ ماده یک آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها و انهار و مسیل‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی و آبیاری و زهکشی مصوب ۷۹/۸/۱۶ حریم مرداب و برکه طبیعی را عبارت از قسمتی از اراضی مرداب و برکه طبیعی می‌داند که بلافاصله پس از بستر قرار دارد و به عنوان حق ارتفاق برای کمال انتفاع و حفاظت آنها لازم است و طبق مقررات آن آیین‌نامه به وسیله وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌شود.

مستفاد از ماده ۹۲ قانون مدنی و ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب، هر کس می‌تواند با رعایت قانون‌های آب و آیین‌نامه‌های اجرایی آن و نیز لحاظ معاهدات بین‌المللی، از آب تالاب‌ها (که از مباحات محسوب می‌شود) استفاده کند؛ به شرطی که بردن آن موجب خشک شدن تالاب‌ها یا آلودگی آن نشود.

۱. بند د ماده یک آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها مصوب ۷۹/۸/۱۱.

دریا

دریا توده آب پهناور و گسترده‌ای است که پیرامون آن را خشکی فرا گرفته باشد (جعفری، ۱۳۷۹: ۱۱۹) پهنة بزرگی از آب شور که به اقیانوس یا آب‌های آزاد راه دارد.

بعضی از فقهای معاصر به‌صراحت به انفال بودن دریاها، رودخانه‌ها و نهرهای بزرگ و همچنین آب‌های زیرزمینی حکم کرده‌اند (سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۰۴)^۱ و ذکر نکردن دریاها در اخباری که ناظر به تعیین موارد انفال است، به این جهت است که در عصر ائمه (ع)، این موضوع چندان مورد ابتلا نبوده و این در حالی است که در عصر حاضر دریاها مورد توجه و اهتمام همه دولت‌ها قرار گرفته و از آنها استفاده‌های گوناگونی از قبیل صید، استخراج جواهر و معادن و نیز احداث راه‌های دریایی صورت می‌گیرد. از آن گذشته کسانی (همچون شیخ طوسی) که در فقه، آب‌های مباح را از مشترکات عمومی می‌دانستند، صریحاً حکم کرده‌اند که هر کس در استفاده از آنها بر دیگری پیشی گیرد، نسبت به آن حق اولویت پیدا می‌کند و چنانچه نیت تملک داشته باشد، مالک آن می‌شود و از این نظر کاملاً از انفال ممتاز می‌شود (زارعی، ۱۳۹۴: ۴۹).

در ماده ۳ قانون اراضی ساحلی مصوب ۱۳۴۶ آمده است که حریم دریای خزر شصت متر از آخرین نقطه مد خواهد بود و این حریم قابل تملک خصوصی نیست، ولو آنکه متصرفان آن قبیل اراضی، اسناد مالکیت در دست داشته باشند. ولی استفاده از حریم مزبور برای ایجاد تأسیسات بندری، گمرکی، نظامی و تأسیسات شرکت سهامی شیلات و سایر تأسیسات ضروری دولتی که جنبه اختصاصی نداشته و مورد استفاده عموم باشد، طبق آیین‌نامه اجرایی این قانون است.

بعد از آن، ماده ۴ قانون اراضی مستحدث و ساحلی مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۹ تمامی اراضی

۱. میاه الشطوط و الانهار الکبار کدجله و الفرات. و ما شاکلهما، او الصغار التي جرت بنفسها من العيون او السيول أو ذویان التلوج و کذا العيون المتفجرة من الجبال أو فی اراضی الموات و نحوها من الأنفال ای آنها مملوکه للإمام علیه‌السلام و لکن من حاز منها شيئاً بآنیة أو حوض أو غیرهما و قصد تملکه ملکه من غیر فرق فی ذلک بین المسلم و الکافر.

ساحلی دریای عمان و خلیج فارس و دریاچه رضاییه که تا تاریخ تصویب این قانون به نام اشخاص در دفتر املاک به ثبت نرسیده باشد، متعلق به دولت است و اشخاص حق تقاضای ثبت آن را ندارند و در صورتی که نسبت به اراضی مزبور تقاضای ثبت شده ولی به ثبت ملک به نام متقاضی در دفتر املاک منجر نشده باشد، تقاضای ثبت باطل است و اداره ثبت محل مکلف خواهد بود که تقاضای ثبت اراضی مزبور را از وزارت کشاورزی و منابع طبیعی یا سایر سازمان‌های دولتی که در این اراضی تصرفاتی دارند با تأیید وزارت کشاورزی و منابع طبیعی بپذیرد. همچنین ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب سال ۱۳۶۱ دریا را در اختیار حکومت اسلامی قرار می‌دهد.

دریاچه

دریاچه گودال تقریباً بزرگی است در پوسته زمین که از آب پر شده باشد (جعفری، ۱۳۷۹: ۱۲۰).

بر اساس آیین‌نامه حریم دریاچه‌های پشته سدها مصوب ۱۳۴۶/۷/۲۲ به منظور حفظ و حراست دریاچه‌ها و جلوگیری از آلودگی آب، دخل و تصرف و احداث هر گونه ساختمان و ایجاد اعیانی در حریم دریاچه پشته سدها مستلزم صدور اجازه کتبی از طرف وزارت آب و برق یا مؤسسات تابعه مجاز خواهد بود.

طبق اصل ۴۵ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، دریاچه‌ها در اختیار حکومت اسلامی یا دولت قرار دارند تا بر اساس مصالح عموم مردم از آنها بهره‌برداری کنند.

آب‌های زیرزمینی

آب‌هایی هستند که در زیر سطح زمین وجود دارد و برای این معنا، گاهی واژه‌های آب زیرسطحی، آب زیرخاکی و آب عمقی نیز به کار می‌رود (فرهنگ فنی آبیاری و زهکشی، ۱۳۵۴: ۱۷۱) و نیز شامل قنات، چاه و چشمه می‌شود.

قنات (کاریز)

قنات عبارت است از مجاری زیرزمینی که با به کار بردن شیبه کمیتر از سطح شیب زمین،

آب را به سطح زمین می‌رساند، منبع قنات، طبقه‌ای از زمین است که آب در آنجا جمع شده و عمق آن از ۵۰ تا ۸۰ فوت یا «تقریباً ۱۶ تا ۲۶ متر» است و وسعت آن به ۳۰۰ فوت یا قریب ۱۰۰ متر می‌رسد.

قنات یا کاریز مجرایی است که به کمک چاه‌های متعدد در زیر زمین حفر شود تا آب زیر زمین کوهپایه را به داخل دشت‌ها روان کند و به مصرف کشاورزی و غیره برسد (جعفری، ۱۳۷۹: ۲۴۶).

قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ قنات‌ها را به سه دسته تقسیم کرده است:

قنات دایر: عبارت است از قنات‌هایی که آباد و دارای آب کافی هستند. این مفهوم در مقابل قنات بایر به کار می‌رود.

قنات بایر: عبارت است از قنات‌هایی که مسلوب‌المنفعه و «فاقد آب مناسب» باشند و قابلیت بهره‌برداری ندارند.

قنات متروک: عبارت از قناتی است که چهار سال بایر بوده و به علت نقصان ناشی از آب عملاً مسلوب‌المنفعه تشخیص داده شود و چنانچه مالک یا مالکان آن با اعلام کتبی وزارت نیرو در مدتی که از یک سال تجاوز نکند، نسبت به دایر کردن قنات اقدام نکنند، متروک تشخیص و مجاناً جزو منابع ملی یا انفال محسوب می‌شود.

شاید وزارت نیرو قنات متروک را رأساً استفاده یا اجازه بهره‌برداری از آن را به دیگری واگذار کند یا عندالاقضاء اجازه تعمیر قنات متروک را صادر کند. تعریف مذکور در ماده ۳۷ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ مذکور است.^۱

مشهور فقها به استناد برخی احادیث وارد شده، میزان حریم قنات را در زمین رخواه (سست) ۵۰۰ ذراع و در زمین صلبه (سخت) ۱۰۰۰ ذراع دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۷:

۱. همین عنوان در ماده ۱۱ قانون حفظ و حراست از آب‌های زیرزمینی کشور مصوب ۱۳۴۵/۳/۱ و نیز ماده ۱۶ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۲۲ مورد اشاره قرار گرفته است.

۱۶۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۸۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۲۰۷؛ علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۱۴؛ شوشتری، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۱۳۸؛ نجفی، ۱۴۰۵: ۴۲).^۱ مرجع سست یا سخت بودن زمین، عرف است. اما اگر این مقادیر برای دفع ضرر از قنات کافی نباشد، به مقدار لازم بر آن افزوده می‌شود. از امام حسن عسگری (ع) روایت است که حریم قنات تا حدی خواهد بود که زیان نرسد. ماده ۱۳۸ قانون مدنی با استفاده از قول مشهور فقه امامیه در بیان حریم قنات مقرر کرده که از هر طرف در زمین رخواه ۵۰۰ گز و در زمین سخت ۲۵۰ گز است.

بر اساس ماده ۱ قانون راجع به قنات، اگر صاحبان قنات یا منابع آب‌های زیرزمینی در اراضی مباحه یا املاک اشخاص ثالث منبع آبی داشته باشند، میزان تصرفات هر یک از طرفین طبق این قانون معین می‌شود و صاحبان اراضی می‌توانستند با حفظ حریم مندرج در قانون مدنی (۲۰ یا ۳۰ گز / ۲۵۰ یا ۵۰۰ گز) در املاک خود تصرف کنند و باید حقوق مالکیت صاحبان قنات رعایت شود و آنان بتوانند در قنات خود تصرف آزادانه داشته باشند. این تدبیر برای رفع اختلاف‌های مالکان اراضی و قنات بسیار اهمیت دارد (قانون راجع به قنات آب و برق، ۱۳۷۳، ج ۱: ۳).

در حال حاضر در مورد حریم چاه و قنات نمی‌توان حریم ثابتی در نظر گرفت، زیرا بسته به میزان آبدهی و نوع زمین، نوع بهره‌برداری حد حریم متفاوت است. در دشت‌های آبرفتی حداقل ۵۰۰ متر و در مناطق خشک به‌طور سنتی و عرف مسلّم این فاصله تا ۱۵۰۰ متر افزایش داده شده و در دره‌ها و مناطق کوهستانی حداقل حریم ۲۵۰ متر تعیین شده است.

در ماده ۱۳۹ قانون مدنی آمده است: حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک

۱. «و حریم العین ألف ذراع حولها من کل جانب فی الأرض الرخوة، و خمسمائة فی الصلابة» و «حریم العین فی الرخوة ألف و فی الصلابة خمسمائة» «المشهور أنّ حریم العین ألف ذراع فی الرخوة و خمسمائة فی الصلابة» و «حریم العین فی الارض الصلابة خمسمائة ذراع و فی الرخوة الف ذراع» و «و حریم العین الف ذراع فی الرخوة و خمسمائة فی الصلابة» و «و ما بین بئر العین إلى بئر العین فی الأرض الصلابة خمسمائة ذراع، و فی الرخوة ألف ذراع».

و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است، بدون اذن از طریق مالک صحیح نیست و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه یا قنات دیگری، چاه یا قنات بکند، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است.

اما اگر کسی مالک قنات در ملک غیر باشد یا قنات وی در اراضی موات احداث شده باشد، اما حریم آن تا داخل املاک غیر گسترش داشته باشد، تصرف صاحب قنات در ملک غیر، فقط از حیث مالکیت قنات و برای عملیات مربوط به قنات خواهد بود.^۱

از دیدگاه قانون، ثبت قنات دو نوع است:

نوع اول: قناتی که تابع املاک هستند و مستقلاً معامله نمی‌شوند.

نوع دوم: قناتی که تابع املاک نیستند و مستقلاً معامله می‌شوند.

تکالیف مندرج در قانون ثبت همگی در راستای نظام حاکم بر مالکیت خصوصی قانون مدنی تا قبل از تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ بوده و بدیهی است که با وضع قواعد جایگزین و نیز تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی سال ۱۳۵۸، این مقررات نسخ ضمنی شده‌اند و در حال حاضر قابلیت اجرایی ندارند، زیرا منابع آبی کلاً از مالکیت خصوصی خارج شده‌اند و در مالکیت حکومت اسلامی قرار گرفته‌اند. اما با تصویب قانون توزیع عادلانه آب حقایق افرادی که دارای اسناد معتبر باشند، به رسمیت شناخته شده است. ماده ۱۸ مقررات قانون توزیع عادلانه آب گویای این مهم است.

چاه

چاه حفره یا سوراخ مصنوعی است که معمولاً به‌طور عمودی حفر می‌شود و آب زیرزمینی از طریق درز و شکاف سنگ‌ها یا خلل و فرج خاک در آن تراوش می‌کند (فرهنگ فنی آبیاری و زهکشی، ۱۳۵۴: ۸۹۹).

چاه‌ها به دو دسته عمیق و نیمه‌عمیق تقسیم می‌شوند:

الف) چاه نیمه‌عمیق: به چاه‌هایی می‌گویند که موتور دیزلی یا الکتروموتور در کنار چاه

۱. ماده یک قانون راجع به قنات و ماده ۱۷ قانون توزیع عادلانه آب.

نصب و موتور به وسیله یک لوله خرطومی آب را از مخزنی که بیش از ۶ متر با آن فاصله ندارد، می‌مکد و تا حدودی که متجاوز از ۳۰ متر نیست، پمپاژ می‌کند. به شش نوع چاه دستی، حبشه‌ای، مته‌ای، فلمن، رانی و آرتزین تقسیم می‌شود.

(ب) چاه عمیق: چاهی است که آب آن از سفره‌های با بیش از ۳۰ متر عمق به وسیله ابزار آلات حفاری استخراج می‌شود. پمپاژ آب از این نوع چاه به وسیله پمپ‌های شناور مستقر در آب چاه انجام می‌گیرد و در حال حاضر به منظور تأمین آب در کشور متداول و سبب متروک شدن چاه‌های نیمه عمیق و قنوت شده است (بشیری، شهرجردی، ۱۳۹۲: ۶۴).

حریم چاه آبشخور شتر و ... چهل ذراع و چاه آبکشی زراعی شصت ذراع است. ماده ۱۳۷ قانون مدنی، حریم چاه برای آب خوردن را ۲۰ گز و برای زراعت ۳۰ گز اعلام کرده است.

در فقه حریم فقط در اراضی مباحه ایجاد می‌شود، در حالی که برابر مقررات دیگر مثل ماده ۱ قانون راجع به قنوت، حریم در املاک غیر نیز ایجاد می‌شود. در نتیجه چنانچه حریم چاه در اراضی موات ایجاد شده باشد، صاحب چاه می‌تواند هر تصرفی که برای کمال انتفاع وی از چاه لازم باشد، در زمین مزبور به عمل آورد (شیری، براتی، پوررحیم، ۱۳۹۰: ۵۹ - ۶۰).

بنا به قول مشهور فقهی هر کس در زمین خود چاهی حفر کند، مالک آن می‌شود و احیای چاه در زمین موات که حفر چاه در آن به قصد تملک باشد، به مالکیت احیاکننده درمی‌آید (عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۲۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۱، ج ۴: ۴۸۸؛ فخرالمحققین (ابن علامه)، ۱۳۸۷: ۲۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۱، ج ۴: ۵۰۱؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۹: ۱۵۸؛ عاملی کرکی، محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۱۰۶؛ نجفی، ۱۴۰۵: ۱۱۷).^۱ به موجب قانون توزیع عادلانه

۱. «من حفر بئراً ملک الماء الذی یحصل فیہ بوصوله الی الماء إذا قصد التملک» و «و لو حفر انسان فی داره بئراً لم یمنع منه، و إن اراد جاره أن یحفر لنفسه بئرافی ملکه یقرب تلک بئر لم یمنع منه» و «البئر إن حفرت فی ملک او مباح التملک اختص بها کالمحجر فإذا بلغ الماء ملکه و لا یحل اغیره الاخذ منه الا باذنه» و «ما

آب، مالکیت خصوصی افراد بر مجاری آب و چاه‌ها شناسایی شده است. بنابراین مالکیت عمومی دولت نیز مانع از اعمال قواعد حقوق مدنی در مورد آب‌ها و اراضی (که برابر قانون تحت شرایطی به تملک خصوصی افراد درمی‌آید) نخواهد بود. همان‌طور که گفتیم مالکیت عمومی به معنای استقرار مالکیت دولت نیست و نیز به معنای عدم واگذاری مطلق نخواهد بود؛ بلکه مقصود تملک آنها بر اساس قانون است.

حق چاه و قنات و توسعه چشمه و هر نوع استفاده از منابع آب‌های زیرزمینی باید با اجازه و موافقت وزارت نیرو انجام گیرد (ماده ۳). بنابراین تشخیص بهره‌برداری مجاز و کنترل استفاده مجاز از آب‌های زیرزمینی و جلوگیری از استفاده بی‌رویه آنها که موجب کاهش یا خشکاندن آب‌های مذکور و تغلیظ آب‌ها و تبدیل توده‌های نمک به جای منابع آب می‌شود، باید به وسیله وزارت نیرو جلوگیری شود (مواد ۴ و ۵).

چشمه

چشمه، محلی است که بدون دخالت دست بشر، آب از زمین آبدار به روی زمین یا درون توده آبی روان می‌شود و اندازه محل خروج آب به نسبت محدود است (فرهنگ فنی آبیاری و زهکشی، ۱۳۵۴: ۱۸۲). در حریم چاه، قنات و چشمه دو حریم وجود دارد: حریم اول برای استفاده از راه رفت و آمد مالک و چهارپایان او و محل حوض آبی برای آب آشامیدن چهارپایان می‌سازند و امثال آن که برای انتفاع از آنها لازم است و حریم دیگری نیز وجود دارد و آن محدوده‌ای است که شخص دیگر، حق احداث قنات و چشمه دیگری را در آن محدوده ندارد.

ماده ۱۳۸ ق.م. میزان حریم چشمه را مقرر می‌دارد: حریم چشمه از هر طرف در زمین

یحفر فی الملک و ما یحفر فی الموات للتملک و فی هذین قسمین یملک الحافر البئر و ماءها» و «البئر آن حفرت فی ملک او مباح التملک اختص بها کالمحجر» و «البئر إن حفرت فی ملک، او مباح التملک اختص بها (البئر إن حفرت فی ملک، او مباح التملک اختص بها» و «من حفر بئرا فی ملکه أو» فی خ «مباح لیملکها فقد اختص بها کالمحجر، فإذا بلغ الماء فقد ملک الماء و البئر بل لا أجد خلافا فی التحجیر المزبور و إن کان هو غیر واضح»

سست ۵۰۰ گز و در زمین سخت ۲۵۰ گز است. اگر این مقدار برای دفع ضرر کافی نباشد، به آن افزوده می‌شود. نویسندگان قانون مدنی در تنظیم این ماده مثل حریم چاه، از قول مشهور فقهای امامیه استفاده کرده‌اند و ذراع را با گز تطبیق داده‌اند.

حریم چشمه نیز دستخوش تغییرات قانونگذاری شده است. مطابق مقررات جدید، استفاده از منابع آب‌های زیرزمینی از طریق توسعه چشمه در هر منطقه از کشور، باید با اجازه و موافقت وزارت نیرو انجام گیرد و وزارت مذکور با توجه به خصوصیات هیدروژئولوژی منطقه (شناسایی طبقات زمین آب‌های زیرزمینی) و مقررات پیش‌بینی شده در این قانون نسبت به صدور پروانه حفر و بهره‌برداری اقدام می‌کند.

از ترکیب ماده ۱ و ۳ قانون توزیع عادلانه آب می‌توان نتیجه گرفت که وزارت نیرو حق اظهار نظر در میزان حریم چشمه را دارد، زیرا میزان مقرر در ماده ۱۳۸ قانون مدنی هدفی را که قانونگذار از تصویب قانون توزیع عادلانه آب داشته است تا حدی که به چشمه و حریم آن مربوط می‌شود، تأمین نمی‌کند.

لذا باید از مجوز مندرج در پایان ماده ۱۳۸ مبنی بر اضافه کردن مقادیر ۲۵۰ و ۵۰۰ گز استفاده کرد و صلاحیت اضافه کردن بر آن مقادیر و تعیین آن مقداری که باید افزوده شود را برای وزارت نیرو و کارشناسان آن شناخت.

طبق ماده ۹۶ ق.م. چشمه واقع در زمین کسی محکوم به مالکیت صاحب زمین است، مگر اینکه دیگری نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد. همچنین مطابق ماده ۴۳ آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب ۱۳۱۷ هرگاه شش دانگ قنات یا چشمه متعلق به یک نفر است، به‌منزله یک ملک محسوب و شماره مخصوص به آن داده می‌شود و اگر مالکان متعدد دارد باید میزان سهام هر یک از روی ساعت و گردش شبانه‌روز تعیین شود و درخواست ثبت هر سهم مستقلاً پذیرفته خواهد شد و تمام قنات یا چشمه، دارای یک شماره خواهد بود. اگر چشمه از روی ساعت تقسیم شده باشد و میزان آن مشخص نباشد، اظهارنامه ثبت آب را فقط ضمن درخواست ملک به‌عنوان حبابه مطابق معمول باید قبول کرد و در آگهی و سند مالکیت جمله «مطابق معمول محل» را قید کرد.

اصل ۴۵ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ آب‌های زیرزمینی (چشمه) را از مشترکات و در اختیار حکومت اسلامی می‌داند.

نتیجه‌گیری

اموال عمومی، اموالی است که متعلق به تمام نسل‌های حال و آینده بشری است و در اداره، حفظ و نگهداری آن، چه اشخاص حقوق عمومی و چه اشخاص حقوق خصوصی نقش کلیدی دارند. با توجه به قانون مدنی می‌توان اموال عمومی را اموالی دانست که متعلق به عموم و برای خدمت عمومی است و امکان نقل و انتقال و تملک خصوصی ندارد و برای کسانی که در استفاده از این اموال سبقت گرفته‌اند، حق تقدم ایجاد می‌کند و دولت از طریق حق حاکمیتی که نسبت به جامعه دارد، بر این اموال نقش نظارتی و مدیریتی خواهد داشت.

در اینکه نظام حقوقی کشورمان، آب‌ها را جزو انفال یا مشترکات عمومی بداند، مسئله‌ای حایز اهمیت است، زیرا اگر آب‌ها از انفال باشد، توسط اشخاص تملک‌شدنی نیست و صرفاً اشخاص حق بهره‌برداری از آن را دارند و ملک آنها محسوب نمی‌شود. اما چنانچه نظریه مشترکات بودن آب پذیرفته شده باشد، آب به تملک درمی‌آید و ویژگی مهم آن، مالکیت اشخاص بر آب است. بر همین اساس، اصل ۴۵ ق.ا. می‌گوید: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، ... در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید». با توجه به اینکه آب‌ها مصداقی از اموال عمومی هستند، 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، چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی از مشترکات عمومی بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. در این زمینه، مسئولیت حفظ، اجازه، نظارت و مدیریت بر بهره‌برداری از آنها به دولت محول شده است. همچنین، بر طبق ماده قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ آمده 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، چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها به دولت محول می‌شود».

بنابراین بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب‌ها، منابع آب از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود که بهره‌برداری و حفظ آنها بر عهده وزارت نیروست.

با توجه به اینکه آب‌ها جزئی از مباحات هستند و مباحات از طریق حیازت قابلیت تملک پیدا می‌کنند؛ در این زمینه، حیازت نباید با قاعده «لاضرر و لا ضرر فی الاسلام» در تعارض باشد تا اشخاص بتوانند از این حق استفاده و بهره‌برداری کنند، اما سبقت گرفتن در استفاده از این منابع سبب تحجیر و تملک این گونه اموال می‌شود و کسی نمی‌تواند موجب مزاحمت این اشخاص نسبت به تملکات سابقه شود؛ زیرا برای کسانی که در استفاده از این اموال سبقت گرفته‌اند، حق تقدم ایجاد می‌کند.

بر اساس قانون آب و نحوه ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷ آب‌های مباح به صورت یکی از اموال عمومی درآمد که از طرف دولت اداره می‌شود. به عقیده برخی از حقوقدانان با تصویب قانون‌های ملی شدن آب در ۱۳۴۷/۴/۲۷ مواد ۱۴۹ به بعد قانون مدنی منسوخ و مسئله تملک آب منتفی شده است. اما برخی دیگر از صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که قانون توزیع عادلانه آب ناسخ قانون مذکور نیست، ولی استفاده از آب‌ها باید با اذن و مجوز وزارت نیرو باشد. در واقع، مجوز وزارت نیرو موجب ایجاد اباحه برای استفاده‌کننده می‌شود و بر آن اساس استفاده‌کننده برابر قانون مدنی حق حیازت و احیای آب و مجرای آب را دارد. بنابراین با قاعده «الجمع مهما ممکن اولی من الطرح» می‌توان بین احکام قانون مدنی و قانون توزیع عادلانه آب جمع کرد و سخن از نسخ قانون مدنی (به‌عنوان قانون مادر) گفته نشود.

پیشنهادها

پیشنهاد می‌شود که قانونگذار نسبت به اموال الحاقی که در ردیف مشترکات عمومی و از طریق آب‌ها به‌وجود می‌آید و در مالکیت حکومت قرار می‌گیرد، با تصویب قانون در این زمینه، نحوه جبران خسارت قهری و طبیعی وارد شده به اراضی کشاورزی و حاصلخیز مالکان و صاحبان حقوق را مدون کند.

منابع

- قرآن کریم

۱. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۹۳هـ). وسیله النجاه (مع حواشی الگلپایگانی)، ج ۳، چاپ اول، قم: چاپخانه مهر
۲. المحقق الکرکی (محقق ثانی) (۱۴۱۰هـ). جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۷، چاپ اول، بیروت، مؤسسه آل‌بیت(ع).
۳. امامی، حسن (۱۳۶۴). حقوق مدنی، ج یک، چاپ پنجم، تهران: انتشارات اسلامیه.
۴. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۸). اموال و حقوق مالی، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
۵. بروجردی، محمد (۱۳۸۸). بحث در موضوعات حقوقی در اموال، مجله مجموعه حقوقی، شماره ۳۰، از ۱۱۵ تا ۱۳۹.
۶. بشیری، عباس، شهرجردی، سید حسن، براتی، علی اکبر (۱۳۹۲). نظام حاکم بر حقوق کاربردی آب، چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه.
۷. بشیری، عباس، براتی، علی اکبر، پوررحیم، مریم (۱۳۹۰). انواع حریم، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
۸. بغدادی مفید، محمدبن محمدبن نعمان عکبری (۱۴۱۳هـ). المقننه، ج ۱، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۹. تبریزی، جوادبن علی (۱۴۲۶هـ). منهاج الصالحین، ج ۲، چاپ اول، قم: مجمع الامام المهدی.
۱۰. پیلوار، رحیم (۱۳۹۲). فلسفه حق مالکیت، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. سیستانی حسینی، سید علی (۱۴۱۷هـ). منهاج الصالحین، ج ۲، چاپ پنجم، قم: انتشارات دفتر آیت‌الله سیستانی.
۱۲. شمس، احمد (۱۳۹۲). نظام حقوقی اراضی ملی شده، تهران: نشر دادگستر.

۱۳. شوشتری، محمد تقی (۱۳۰۶هـ). *النجعه فی شرح اللمعه*، ج ۱۰، چاپ اول، قم: کتابفروشی صدوق.
۱۴. زارعی، فاطمه، آب‌ها، جزوه حقوق اموال عمومی و دولتی دکتر آقایی طوق، دانشگاه علوم قضایی، نیمسال دوم ۱۳۹۳ - ۱۳۹۴.
۱۵. حر عاملی، محمدبن حسن بن علی (۱۴۰۳هـ). *وسائل الشیعه*، باب پنجم، ج ۱۷، بیروت: کتاب احیاء موات
۱۶. حلبی ابوالصلاح، تقی‌الدین بن نجم‌الدین (۱۴۰۳هـ). *الکافی فی الفقه*، ج ۱، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه عمومی امیرالمؤمنین.
۱۷. حلی، ابن‌ادریس، (۱۴۱۰هـ). *السرائر الحاوی لتحریر فتاوی*، ج ۱، چاپ دوم، قم: انتشارات مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعته المدرسین بقم المشرفه.
۱۸. حکیم طباطبایی، سید محسن (۱۴۱۰هـ). *منهاج الصالحین (المحشی)*، ج ۲، چاپ اول، بیروت: دارالتعاریف للمطبوعات.
۱۹. جعفری، عباس (۱۳۷۹). *فرهنگ بزرگ گیتی‌شناسی*، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مؤسسه جغرافیایی و کارتوگرافی.
۲۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵). *ترمینولوژی حقوق*، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰). *دانشنامه حقوقی*، ج ۳، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۲. خمینی، روح‌الله (۱۳۸۵). *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم: انتشارات دارالقلم.
۲۳. صفایی، سید حسین (۱۳۸۵). *حقوق مدنی اشخاص و اموال*، ج ۱، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
۲۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۲). *حقوق اداری*، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات سمت.
۲۵. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۳۸۷هـ). *المبسوط فی فقه الامیه*، ج ۳، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

۲۶. فرهنگ فنی آبیاری و زهکشی، وزارت نیرو (۱۳۵۴)، تهران: چاپ موقت.
۲۷. فخرالمحققین (ابن علامه) (۱۳۸۷هـ). *الفوائد فی شرح اشکالات قواعد*، چاپ اول، قم: المطبعة العمیه قم.
۲۸. قانون راجع به قنوات، آب و برق، ج ۱، وزارت نیرو، تهران، ۱۳۷۳.
۲۹. قمی طباطبایی، سید تقی (۱۴۲۶هـ). *مبانی منهاج الصالحین*، ج ۹، چاپ اول، قم: منشورات قلم الشرق.
۳۰. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰هـ). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، احیاء التراث العربی*، ج ۳، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۳۱. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹هـ). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۹، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
۳۲. علامه حلی (۱۴۲۱هـ). *تحریر الاحکام*، ج ۴، چاپ اول، قم: فقه الشیعه من القرن الثامن.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳هـ). *مختلف الشیعه فی احکام الشریفه*، ج ۶، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۳۸۸هـ). *تذکره الفقهاء*، چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌بیت(ع).
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). *اموال و مالکیت*، چاپ بیست و هفتم، تهران: نشر میزان.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). *قانون مدنی در نظم کنونی*، چاپ پنجم، تهران: نشر دادگستر.
۳۷. کریمی، عباس، پرتو، حمید رضا (۱۳۹۲). *حقوق داوری داخلی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات دادگستر.
۳۸. کریمی، عباس، پرتو، حمید رضا (بهار ۱۳۹۱). *داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی*، فصلنامه پژوهش حقوق، سال چهاردهم، شماره ۳۶، از ۱۵۷ تا ۱۸۴.

۳۹. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷هـ). *اصول کافی*، ج ۱ و ۲، چاپ اول، قم: دارالکتب الاسلامیه.
۴۰. کنعانی، محمد طاهر (۱۳۹۲). *تملک اموال عمومی و مباحات*، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۴۱. گلپایگانی صافی، لطف‌الله (۱۴۱۶هـ). *هدایه العباد (للاصافی)*، ج ۲، چاپ اول، قم: دارالقرآن کریم.
۴۲. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۵هـ). *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۳۸، بی‌نا: دارالکتب الاسلامیه، دارالاحیاء تراث العربی.
۴۳. مازندرانی، علی اکبر سیفی (۱۴۱۵هـ). *دلیل تحریرالوسیله*، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۴. مدنیان، غلامرضا (۱۳۸۸). *مالکیت منابع آبی*، مجموعه مقالات همایش گوه‌ران کویر.
۴۵. هندی، اصغر (زمستان ۱۳۸۶). *بررسی شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی*، مجله حقوقی دادگستر، شماره ۶۱، از ۶۳ تا ۸۶.

قانون‌ها

۱. آیین‌نامه اجرایی قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۵/۷.
۲. آیین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب ۱۳۱۷/۲/۱۱.
۳. قانون اراضی ساحلی مصوب ۱۳۴۶/۵/۲۵.
۴. قانون اراضی مستحدث و ساحلی مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۹.
۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۶. قانون ایمنی زیستی مصوب ۱۳۸۸/۵/۷.
۷. قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷/۴/۲۷.
۸. قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.
۹. قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶.
۱۰. قانون حفظ و حراست از آب‌های زیرزمینی کشور مصوب ۱۳۴۵/۳/۱.

۱۱. قانون راجع به قنوات مصوب ۱۳۰۹/۶/۶.

۱۲. قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱.

۱۳. قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸.

۱۴. متمم قانون اساسی مشروطه مصوب ۱۲۸۸/۱/۱۰.