

دانشگاه صنعت آب و برق شهید عباسپور

مالکیت و حریم منابع آبی

کرمان - آذر ماه 1385

محقق :

غلامرضا مدنیان
مدیر کل دفتر حقوقی منابع آب ایران

aamadanyan@yahoo.com

بنام خداوند جان و خرد

فهرست مندرجات

مبحث اول : جایگاه و سیر تاریخی

الف: زمینه مطالب

ب - سیر تاریخی قوانین مالکیت منابع آبی

مبحث دوم: عمومات مالکیت منابع آبی در قانون مدنی

الف: در عمومات مالکیت

ب: مشترکات عمومی در قانون مدنی

ج: قواعد مشترکات عمومی در قانون مدنی

مبحث سوم: مالکیت خصوصی منابع آب در قوانین مختلف

الف: مالکیت منابع آب در قانون مدنی

ب: مالکیت خصوصی منابع آب در قوانین مختلف

قوانین مختلف:

- 1- قانون راجع به قنوات مصوب 6 و 18 شهریور 1309
- 2- قانون تکمیل قانون قنوات مصوب 23/6/1313 (23)
- 3- قانون اجاره تأسیس بنگاه آبیاری مصوب 29/2/1322
- 4- لایحه قانونی راجع به تأسیس وزارت آب و برق مصوب 22/12/1342
- 5- قانون حفظ و حراست از منابع آبهای زیرزمینی کشور - مصوب 1/3/1345
- 6- قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب 27/4/1347
- 7- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب 11/9/1358

- 8 قانون توزیع عادلانه آب مصوب 26/12/1361.

مبحث چهارم : حریم منابع آبهای زیر زمینی

فصل اول : تعریف حریم

- 1- تعریف حریم در فرهنگ لغات
- 2- تعریف حریم از نظر حقوقدانان
- 3- تعریف حریم در قوانین ومقررات

فصل دوم : حریم در فقه اسلامی

- 1- حریم در فقه اهل سنت
- 2- حریم در فقه شیعه
- 3- حریم در قانون مدنی

فصل سوم : حریم در قانون مدنی

- 1- اصول حریم در قانون مدنی:
- 2- میزان حریم در قانون مدنی :

منابع و مأخذ

مبحث اول : جایگاه و سیر تاریخی

الف: زمینه مطالب

اصولا یکی از مباحث مهم حفاظت از منابع آبی آنست که بدانیم مالکیت منابع آبی چه وضعیت و ساختاری دارد و آیا تعلق این مالکیت به یک شخص تکلیفی را برای مالک در

جهت حفاظت و حراست بوجود می‌آورد یا آنکه صرف داشتن مالکیت ایجاد حق و اختیار برای مالک در پی دارد؟

مضافاً صرف داشتن حق بهره‌برداری از آب بدون داشتن مالکیت چه آثاری دارد؟ آیا می‌توان به استناد قاعده فقهی و مشهور اذن در شئی اذن در لوازم آن نیز هست (1). استنباط کرد که با وجود و تحقق حق بهره‌برداری از منابع آبی لزوماً حق حفاظت به بهره‌بردار منتقل می‌گردد؟

از طرف دیگر انواع مالکیت چه تأثیری در ایجاد حفاظت آن دارد و آیا هنگامی که مالکیت منابع آب در اختیار اشخاص حقیقی یا حقوقی از نوع خصوصی باشد، مالک حق حفاظت و حراست به تبع مالکیت خود پیدا می‌کند؟ آیا می‌توان گفت در مالکیت از نوع ملی یا دولتی وظیفه و تکلیف بخصوص و ویژه‌ای برای مالک در ممانعت و انجام حفاظت بوجود می‌آورد؟

بررسی سیر تحول مالکیت آب از آن جهت مهم و حیاتی است که برای ما محقق می‌سازد نوع مالکیت این منبع حیات بخش تا چه میزان در کشور ما مؤثر بوده است، و بدیهی است که جهات مختلف اقتصادی، حفاظتی بهره‌برداری قابل بررسی هستند. همچنین آثاری مانند: آثار عام مالکیت، دعاوی ناشی از مالکیت و قواعد نگهداری از منابع و سرچشمه‌های نظام آبیاری از این نظر بیشتر می‌تواند قابل تأمل باشد.

این امر مسلم است که با وجود مالکیت خصوصی بر منابع آب طبیعی است که آثار حفاظت از آنها مشمول قواعد عام مالکیت خصوصی خواهد بود لکن در صورتی که مالکیت این منابع را تابع امور عمومی (2) قرار دهیم شرایط نگهداری و استفاده و نیز حفاظت مشمول شرایط ویژه این قواعد خواهد بود.

به جهت آنکه در کشور ما هر دو مرحله مذکور را سپری کرده آثار اجرایی آن بر ما روشن است و هر دو مرحله را می‌توان مورد ارزیابی قرار داد. لیکن از مجموع این مباحث ما به آثار و انواع مالکیت منابع آبی اشاره خواهیم کرد.

ب - سیر تاریخی قوانین مالکیت منابع آبی

بند 1 - نگرشی که زمینه ساز بحثهای مالکیت منابع است جزء با بررسی سیر تاریخی قوانین مربوط به مالکیت منابع آبی تحقق نمی‌یابد. بسیاری از قوانین مربوط به آبها در نوع خود گویای مسایل مربوط به مالکیت منابع آب یا مرتبط با مسئله مالکیت آبهاست. لکن قصد ما صرفاً از این بررسی تأخر و تقدم تصویب قوانین مرتبط است و در ضمن مباحث آینده، به بررسی آنها از نظر رابطه حقوقی مالکیت آبها خواهیم پرداخت:

- 1 قانون مدنی مواد 27 - 29 - 96 - 100 - 134 - 147 - 148 - 149 - 150 تا 158 - مصوب 18/2/1307 با اصلاحات و الحاقات بعدی.
 - 2 قانون قنوت مواد 3 و 4 مصوب 6/6/1309.
 - 3 قانون تکمیل قانون قنوت - ماده واحده - 13/6/1313.
 - 4 قانون اجاره تأسیس بنگاه آبیاری - مصوب 29/2/1332.
 - 5 قانون اصلاح قانون تأسیس بنگاه آبیاری و امور مربوط به آبیاری کشور مصوب 11/5/1334.
 - 6 قانون راجع به تأسیس وزارت آب و برق بند (ج) ماده 1 مصوب 26/12/1342.
 - 7 قانون حفظ و حراست از منابع آبهای زیرزمینی کشور مصوب 1/3/1345.
 - 8 قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب 27/4/1347.
 - 9 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب 11/9/1358.
 - 10 قانون توزیع عادلانه آب مصوب 16/12/1361.
- بند 2 - بخش دیگری از قواعد آمره که مربوط به مالکیت منابع آبی بواسطه اختیارات قانونی هیئت وزیران یا براساس تفویض اختیار به دولت در وضع مقررات اجرایی قوانین منشاء اثر در مباحث مربوط به مالکیت منابع آبی است. و نیز آئین‌نامه‌ها، تصویب‌نامه‌ها یا بخشنامه‌های صادره از طرف هیئت دولت است که به لحاظ اهمیت موضوع به پاره‌ای از آنها اشاره خواهد شد.
- سیاست عمومی این آئین‌نامه‌ها غالباً تابع قوانین آمره زمان اجرا آنها بوده و کمتر آئین‌نامه‌ای است که خود فراتر از قواعد مندرج در قوانین به وضع قاعده پردازد.
- 1 آئین‌نامه قانون ثبت املاک مصوب 1317.
 - 2 آئین‌نامه سازمان آب و برق خوزستان مصوب 11/3/1339.

- 3 آئین نامه اکتشاف و بهره برداری از آبهای معدنی کشور مصوب 16/10/1346.
- 4 آئین نامه های اجرایی قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب 1348 و اصلاحات 1349 و 1353.
- 5 آئین نامه تعیین حد بستر ، حریم رودخانه ها ، انهار ، مسیله ها و شبکه های آبیاری و زهکشی مصوب 8/2/1352.
- 6 آئین نامه های اجرایی قانون توزیع عادلانه آب مصوب 1363، 1365، 1369، 1372.
- 7 آئین نامه نحوه تعیین حد بستر و حریم رودخانه ها، انهار و مسیله ها و مردابها و برکه های طبیعی مصوب 12/4/1370
- 8 آئین نامه حریم مخازن و تأسیسات آبی، کانالهای عمومی آبرسانی آبیاری و زهکشی مصوب 24/4/71
- 9 آئین نامه تبصره ماده 34 قانون توزیع عادلانه آب مصوب 15/12/1372.

مبحث دوم: عمومات مالکیت منابع آبی در قانون مدنی

الف: در عمومات مالکیت

در عالم حقوق مالکیت بر اموال مترتب می‌شود و اموال جمع مال است که در تعریف مال، هرچیز را که دارای نفع و فایده قابل مبادله مادی یا معنوی و دارای ارزش باشد مال دانسته‌اند. (3)

اموال از دیدگاه‌های مختلف تقسیم‌بندی شده است یکی از این تقسیم‌بندیها به اموال خصوصی و دیگری عمومی است که در تقسیم‌بندی قانون مدنی ملاحظه می‌شود.

اموال خصوصی شامل: اموال متعلق به افراد خصوصی یا اشخاص حقوقی حقوق خصوصی یا قسمتی از اموالی است که مردم برابر مقررات حق تملک آنها را دارند مانند مباحات که امکان استفاده عمومی از آن در قانون پیش بینی شده است.

اموال عمومی شامل: اموال متعلق به دولت و شهرداریها و نیز اموالی که مستقیماً در اختیار عموم مردم برای بهره‌برداری قرار می‌گیرد، (4) یا اموالی که اختصاص به دولت دارد و برای یک خدمت بخصوص اختصاص یافته است. مانند مزارع نمونه دولتی یا قنات شهرداری که از محل آن کسب درآمد می‌کنند.

طریقه کسب اموال عمومی توسط دولت از طرق زیر است:

الف: ملی کردن ب: خرید اموال ج: اخراج ملک از مالکیت اشخاص به سود عموم (یا تملک) د: مال بلاوارث، بلاصاحب، بلا متصدی هـ: اموال مصادره‌ای حاصل از جرائم و آلات جرم و: وصایا و هبات به نفع دولت ز: مرور زمان موجب حق به نفع دولت. (5)

هرچند قانون مدنی، مالکیت را تعریف نکرده و فقط؟ دو قسم از آن یعنی مالکیت عین و مالکیت منافع را بیان ساخته (6) اما در حقیقت حدود مالکیت را مترادف سلطه و اختیار در نظر داشته،

و بدیهی است که از نتایج قهری سلطه و اختیار حق بهره‌برداری تام و حق ممانعت از غیراست که تحت عنوان حفاظت قابل بررسی را می‌توان در این مباحث از آن استفاده برد.

ب: مشترکات عمومی در قانون مدنی

مقررات حاکم بر مالکیت آبها از زمان وضع قواعد اجتماعی توسط قانونگذاران تا سال 1347 تابع عمومات قانون مدنی بوده است. در این دوره اصل بر مالکیت عمومی تمام منابع آبی یعنی مباحث و مشترکات عمومی بوده هر کس می‌توانست در اراضی مباح از نهر یا رودخانه جوئی منشعب و از آن بهره‌برداری نماید. (7)

لذا همین که شخص این کار را انجام می‌داد مالکیت آب و نهر برای وی مستقر می‌گشت بدین جهت از این دیدگاه دولت یا حکومت نظارت و یا مالکیتی بر منابع آبی از هر قبیل نداشت. هرچند که منابع آبی بطور وسیع و متفاوت هستند ولی برخی از آنها بصورت قابل دسترسی در اختیار عموم می‌باشد مانند رودخانه‌ها یا چشمه‌سارها. و برخی دیگر از این منابع آبی مستقیماً در اختیار عموم نمی‌باشند و افراد با تلاش و هزینه خود به این قبیل منابع آبی دسترسی پیدا می‌کنند مانند چاه و قنات و همین گستردگی و تنوع منابع و بهره‌برداری از آنها در قالب قواعد قانون مدنی تحلیل شده است.

و لذا در هر صورت تفاوتی در کلیت مسئله نبوده و تمام منابع آبی اعم از سطحی یا غیرسطحی قابلیت استفاده همگانی داشته و هر کس می‌توانست به سهم‌القدر خود از آنها بهره‌مند و منتفع گردد، و هیچکس نمی‌توانست مزاحم یا مانع استفاده و انتفاع دیگری شود. اصول کلی حاکم بر قانون مدنی از جمله ماده 30 آن اینست که هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع را دارد مگر مواردی که قانون استثناء کرده است و لذا هر کس با اقدامات شخصی به یکی از منابع آبی دسترسی پیدا نماید مالک آن خواهد بود، و از این طریق حق هر گونه بهره‌برداری از مایملک خود را خواهد داشت. (8)

ماده 25 قانون مدنی در بیان مشترکات عمومی اشعار می‌دارد که:

هیچکس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پلها، کاروانسراها، آب انبارهای عمومی و مدارس قدیم و میدانگاههای عمومی را تملک کند. و همچنین است قنوات و چاههایی که مورد استفاده عموم است.

در این ماده قانونگذار ضمن آنکه تملک و انحصار طلبی نسبت به اموال عمومی را که مورد نیاز تمام اقشار اجتماع می‌باشد ممنوع می‌کند، استفاده همگانی از این اموال را مورد نظر دارد و برای تمام افراد اجتماع حق بهره‌مندی از منابع آبی را پیش‌بینی می‌کند، اما میزان این حد تا جایی است که به انحصار و تسلط مطلق منتهی نگردد. هر چند حدود بهره‌برداری و نحوه استفاده را روشن نساخته ولی در مقام ایجاد حق و تکلیف عموماتی را بیان می‌دارد که منشاء استفاده عمومی از منابع آبی را روشن می‌سازد.

همچنین در ماده 27 همین قانون به تعریف مباحات و مشترکات عمومی می‌پردازد. (9)

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 مختلف آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده‌کننده مباحات نامیده می‌شوند شرایط مباحات آنست که:

- 1- سابقه مالکیت خصوصی مسلم نداشته باشد.
- 2- در حال حاضر کسی مالک آن نباشد.
- 3- اگر مالکی داشته از آن چشم‌پوشی کرده باشد.
- 4- مالک قصد استفاده از آن را کلاً نداشته باشد.
- 5- مال مباح در حال معطلی افتاده باشد.

برخی حقوقدانان برای مشترکات عمومی توضیحات مفیدی ارائه داده‌اند.

مشترکات از کلمه Yes Commanes یا Yes Publicae است که در اصطلاح مدنی به اموالی که مالکان در حقوق عمومی دارای شخصیت حقوقی باشند، مانند: شهرداری، دولت و دانشگاه گفته می‌شود و در فقه به اموالی گفته می‌شود که به نحوی از انحاء متعلق حق عموم باشد، اصطلاح تفصیلی آن مشترکات عمومی است (10).

نظر مندرج در قانون مدنی در خصوص مشترک بودن استفاده عمومی از آب منتج از فقه اسلامی و نظریات اسلام است زیرا قانون اسلام حق استفاده از آب را برای همه مسلمانان یکسان می‌داند. قانون اسلام آب را ثروت عمومی و حق استفاده از آنرا همگانی اعلام و آنرا جزء اموال

عمومی بحساب می‌آورد. استفاده از رودخانه حق عموم مسلمین است و هر کس حق دارد به لحاظ اولویت واقدمیت، نهری از رودخانه به منظور آبیاری زمین خود جدا کند مشروط بر آنکه زمانی به ملک مجاور وارد نسازد. همچنین در شرع اسلام آب خرید و فروش نمی‌شود و فقط حق مجرا و حق استفاده از مجرای آب قابل فروش است و لذا پول بابت هزینه‌های فنی متحمله پیرامون آب قابل تملک است.

اسلام معتقد است که یکی از حقوق عمومی مردم ذیحق بودن نوع انسان در تمامی آبها است زیرا آب از آسمان به سراسر زمین می‌ریزد و این کیفیت دلیل آنست که شرب و استعمال آن از نیازهای عمومی انسانهاست و برای همه مردم استفاده از آن آزاد است. (11)

ج: قواعد مشترکات عمومی در قانون مدنی

در قانون مدنی قواعد و مواردی پیش‌بینی شد که اصول آنها به مسئله مشترک بودن و عمومی آب عطف می‌شود و جز با این دیدگاه قابل تطبیق نیستند.

ماده 155 قانون مدنی می‌فرماید: هر کس حق دارد از نه‌های مباحه اراضی خود رامشروب کند یا برای زمین و آسیاب و سایر حوائج خود از آن نه‌ جدا کند .

و در ماده 156 تصریح می‌نماید: <هرگاه آب نه‌ کافی نباشد که تمام اراضی اطراف آن مشروب شود و یابین صاحبان اراضی در تقدم و تأخر اختلاف شود و هیچکس نتواند حق تقدم خود را ثابت نماید با رعایت ترتیب هر زمین که به منع آب نزدیکتر است به قدر حاجت حق تقدم بر زمین پائین تر خواهد داشت.

همچنین ماده 153 اشعار می‌دارد که هر گاه نه‌ری مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود حکم به تساوی نصیب آنها می‌شود مگر اینکه دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.

در موارد مذکور در فوق بعلت آنکه آب یک مسئله طبیعی و حق عمومی است همگان را در بهره‌برداری و استفاده از آن مجاز شمرده است و با دقت در عبارت یکایک مواد فوق هیچگونه حق ارجحان و اولییتی برای بهره‌برداران قائل نشده و در مواردی حکم به تساوی، حکم به قرعه و

حکم به تقدم و تأخر موقعیت املاک نموده و شرایط بهره‌مندی را به عدالت نزدیک ساخته است. در قانون مدنی عناصری را برای حیات مباحات پیش‌بینی کرده است.

1- وجود مال منقول در خارج

2- بلا مالک بودن مال

که دارای دو شرط است

اول آنکه: هرگز مالک نداشته است مانند: حیوانات وحشی

دوم: اشیایی که مورد اعراض قرار گرفته‌اند. (12) (13)

3- ایجاد سلطه بر مال با تهیه مقدمات سلطه (مانند حفر نهر برای آب

4- داشتن قصد حیات مباحات که شامل قصد فعل و قصد نتیجه باشد. (14)

هر گونه وضع ید، تصرف یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا و نیز انجام سلطه واقعی بر یک مال عنوان حیات را دارد، (15) و هر گونه حیات مباحات توسط قانون مدنی مجاز شمرده شده است.

بحث در آنست که آیا این حیات بهنگام وضع ید نیز در حالت اشتراک قرار دارد یا آنکه شخص با وضع ید بر یک مال مشترک آنرا به ملکیت خود در می‌آورد. و آیا شخص می‌تواند با انجام حیات دیگران را محروم سازد. بدیهی است که در پاسخ به بخش اول باید اشعار داشت که به محض حیات مال از حالت اشتراک خارج و در ملکیت حیات کننده مستقر می‌شود ولی هیچکس نمی‌تواند با زیاده خواهی آن مقدار از مباحات را تصرف کند که نافی حقوق دیگران گردد و لذا طبق قاعده لاضرر مشمول استفاده تا حد عدم تضرر دیگران است.

قانون مدنی در پاره‌ای از مواد خود به ملکیت مال مباح پس از تصرف اشاره دارد. (16)

مبحث سوم: مالکیت خصوصی منابع آب در قوانین مختلف

الف: مالکیت منابع آب در قانون مدنی

قانون مدنی که ام‌القوانین و از نخستین قوانین حقوقی کشور ما محسوب است با اقتباس از حقوق امامیه و برداشت‌های مستقیم از اجماع فقهاء در اکثر موارد همان راهی را رفته که شرع مقدس اسلام در نظر داشته است. در بحث مالکیت از نظر اسلام احترام به مالکیت خصوصی و مالکیت عمومی و مالکیت ملی یا بیت‌المال می‌باشد که همین روند را در مواد مختلف دنبال نموده است. مالکیت منابع آبی نیز از این مقوله مستثنی نبوده و تابع این روند می‌باشد. قانون مذکور پس از آنکه آب را بعنوان یک منبع همگانی و عمومی قابل بهره‌برداری جمعی دانسته تملک آنرا برای شخص منتفع‌دارای آثار مالکیت تلقی و هرگونه بهره‌برداری و تسلط بر آن را مجاز می‌شمارد، این روند تا بدانجایش رفته که هرگاه یک منبع آبی طبیعی در ملک کسی بوجود آید خواه بر اثر فعل یا بر اثر عوارض طبیعی، قانون مذکور آنرا محکوم به مالکیت صاحب زمین دانسته و اشعار می‌دارد: چشمه واقع در زمین کسی محکوم به مالکیت صاحب زمین است (17)

در این مورد که وجود منبع آبی را در ملک خصوصی محکوم به مالکیت صاحب آن می‌داند فرض بر آن قرار گرفته که این شخص با دارا بودن حق مالکیت تام می‌تواند هر استفاده و انتفاعی از آن ببرد و دیگران نمی‌توانند به استناد آنکه منابع آبی جزء مشترکات عمومی هستند از آن بهره‌مند باشند مگر آنکه مالک رأس‌ابرای دیگران عینا یا انتفاعا حقی قرار داده باشد.

قاعده مشترکات عمومی در مواردی قابل استناد است که منبع آبی در مالکیت شخص مستقر نشده باشد والا صرف آنکه یک منبع آبی موجود باشد دیگران حق ورود به ملک غیر را ندارند.

همین بحث در معادن و فضای محاذی و تحتانی املاک خصوصی در قانون مدنی ملاحظه می‌شود. در ماده 134 قانون مدنی وجود رابط شراکت در یک منبع آبی را بطور عام پذیرفته و اشعار می‌دارد:

هیچیک از اشخاصی که در یک معبر یا مجری شریکند نمی‌توانند شرکاء دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند،

در این مطلب شراکت در معبر و مجری برای آبی است که به آن مجری وارد می‌شود والا وجود معبر یا مجری بدون آب بی‌فایده خواهد بود و چنانچه هر یک از شرکاء که بقدر الحصه خود مالک آب محسوب است بخواهد از انتفاع سایرین ممانعت نماید بعلت وجود ضرر در این فعل از آن منع شده است. (18)

در تفسیر این ماده باید توجه داشت که در مفهوم قانون مدنی دو نوع اشتراک وجود دارد:

- **1 اشتراک ناشی از مشترکات عمومی** که حق بهره‌مندی تمام افراد را از آب قبول نموده ، و هیچکس نمی‌تواند انحصار آب را برای خود تملک نماید مگر به قدر نیاز متعارف .

- **2 اشتراک از منشاء شراکت** که هر گاه چند نفر برای زراعت یا شرب یا سایر اقدامات درانجام آبیاری شریک گردیده و نهر اختصاصی خود را حفر نمایند در این حالت است که تقسیم نهر مشاع همانند تقسیم اموال مشترک خواهد بود. (19)

نیز قانون مدنی در ماده 148 اشعار می‌دارد:

هر کس در زمین مباح نهری بکند و متصل کند به رودخانه، آن نهر را احیاء کرده و مالک آن نهر می‌شود ولی مادامی که متصل به رودخانه نشده تحجیر محسوب است .

و در ماده 160 در همین رابطه اشعار می‌دارد:

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 آن آب می‌شود و در اراضی مباحه مادامی که به آب نرسیده تحجیر محسوب است .

و در ماده 149 بیان شده که:

هر گاه کسی به قصد حیات میاه مباحه نهر یا مجری احداث کند آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود ملک صاحب مجری است و بدون اذن مالک نمی‌توان از آن نهری جدا کرد و یازمینی مشروب نمود .

و در موارد مذکور اصل بر آن است که هر کس بوسیله ایقاع نسبت به اموال مباح تملک ایجاد نماید. (20) نیز مالکیت منابع آبی بوسیله عمل حیات یا تحجیر مستقر می‌شود. پس با ورود آب به ملک با عمل حیات، شخص مالک قانونی آب گردیده و هیچکس را توان مقابله با حق قانونی وی متصور نیست. مالکیت منابع آبی با عمل اشخاص مستقر و نقشی برای دولت در مالکیت منابع آبی پیش‌بینی نشده بود و این امر تا سال 1347 که مالکیت آنها متحول گردید ادامه یافت.

ب: مالکیت خصوصی منابع آب در قوانین مختلف

پس از قانون مدنی که بنیانگذار تفکر مالکیت خصوصی منابع آب با استقرار ایقاعی تملک منابع آب می‌باشد پاره‌ای قوانین عادی بوسیله قانونگذار تدوین که بر همین مبنا و شیوه معتقد به مالکیت

خصوصی منابع آبی بودند، از این قوانین که شمار آنها نیز اندک نیست موارد بیشماری رامی توان نام برد، لذا هرگونه وضع ید بر منابع آبی قانونا مجاز و با تلاش و زحمت بهره‌برداران ایجاد مالکیت بر منابع آبی ممکن و متصور شده بود. هرچند روند اولیه قانون مدنی که بر مبنای مالکیت بی حد و حصر و بی قاعده تلاش بهره‌برداران استقرار یافته بود به تدریج با محدودیت و قیود جدیدی مواجه شد ولی این روند تا هنگام تغییر نظام کلی مالکیت آنها ادامه یافت. بر همین مبنا تفصیل قوانین و مقرراتی که معتقد به نظام خصوصی مالکیت آنها بودند و نیز تغییراتی که به تدریج بعمل آمد در ذیل آورده می‌شود:

1 - قانون راجع به قنوات مصوب 6 و 18 شهریور 1309

در ماده اول قانون مذکور آمده است که: (21)

اگر کسی صاحب و مالک چاه و قنات یا مجرای آبی در ملک غیر و یا اراضی مباحه باشد تصرف صاحب چاه یا صاحب مجری در چاه و مجری فقط من حیث مالکیت قنات و مجری و برای عملیات مربوط به قنات و مجری خواهد بود و صاحب ملک می‌تواند در اطراف چاه و مجری و یا اراضی واقع بین دو چاه تا حریم چاه و مجری هر تصرفی که بخواهد بنماید، مشروط بر اینکه تصرفات او موجب ضرر صاحب قنات یا مجری نشود. و نیز در اراضی مباحه واقع در اطراف چاه یا مجری و یا بین دو چاه اشخاص دیگر هم می‌توانند با رعایت حریم که به موجب قانون مدنی معین است و سایر مقررات مربوط به اراضی مباحه تصرفاتی بنمایند که موجب ضرر صاحب قنات یا مجری نباشد.

و در ماده دوم قانون مذکور آمده است که:

هرگاه کسی مالک چاه یا قنات یا مجرای آبی در ملک غیر باشد صاحب ملک حق ندارد صاحب مجری و یا چاه را از پاک کردن مجری یا چاه ممانعت نماید اگرچه قنات یا مجرای آب بایر باشد و در ماده سوم این قانون اجازه احداث منابع آبی را داده است. (22)

در املاک مزروعی، باغات، دهات، باغات قصبات و باغات خارج شهرها مشروط بر اینکه عرفا اطلاق منزل به آنها نتوان کرد هرگاه کسی بخواهد چاه یا استخر یا مجرای قناتی احداث نماید یا برای اصلاح یا تکمیل چاه یا مجرای ایجاد کند صاحبان املاک مذکوره حق ندارند (با رعایت حریم) جلوگیری نمایند.

کلا مواد قانون فوق اشعار دارد برآنکه هر کس قصد احداث چاه یا مجرای آبی دارد ضمن آنکه مجاز است در صورت ممانعت سایرین می‌تواند از مزایای قانونی و امتیازات ویژه تصرف اراضی غیراستفاده نماید. این قانون از جمله قوانین مکمل قانون مدنی است که حقوق زیادی برای متقاضیان احداث مجرای آبی قائل شده است.

- 2 قانون تکمیل قانون قنوات مصوب 23/6/1313

هرگاه اشخاص متعدد در رودخانه یا در نهر یا چشمه یا قناتی برای مشروب ساختن اراضی معینی حقا به داشته باشند و یک یا چند نفر از آنها بخواهند از حق مزبور استفاده کنند شرکاء دیگر آب یا مجری حق ممانعت نخواهند داشت.

این قانون نیز همان روشی را اتخاذ کرده که قوانین مدنی و قبلی اتخاذ کرده بودند و حق بخصوصی برای صاحبان حقا به قائل شده است. (23)

- 3 قانون اجاره تأسیس بنگاه آبیاری مصوب 1332/2/29

در ماده 5 این قانون ذکر شده است.

هر موقع که اشخاص یا مالکین بخواهند در نقطه‌ای به عملیات آبیاری یا زهکشی یا سدسازی و امثال آن به هزینه خود اقدام نمایند می‌توانند از بنگاه آبیاری تقاضای کمک فنی نمایند.

در این مقررات اصل بر مالکیت افراد قرار گرفته است و بودجه‌ای برای احداث تأسیسات آبی و نقشه‌برداری از منابع آبی اختصاص و بنگاه مجاز شده با احداث تأسیسات آبی آب را به زارعین بفروشد و این اولین اقدام قانونگذاری برای تحول مسئله مالکیت غیرخصوصی و تقریباً شبه دولتی است زیرا علاوه بر آنکه امکان فروش آب پیش‌بینی شده در ماده 10 قانون، نظارت در کلیه امور آبیاری کشور از قبیل تأسیسات آبیاری، ساختمانها و تقسیم آب رودخانه‌ها و انهار عمومی، استخرهای عمومی و چشمه‌سارهای عمومی که آب آنها به مصرف زراعت می‌رسد با رعایت قانون مدنی به مقدار حقا به و مطابق عرف محل بوده بعهد بنگاه آبیاری گذاشته شد.

و کار را تا مرحله‌ای پیشرفت داده که هیاتی را بنگاه برای امور تعمیرات و نگهداری تأسیسات آبی انتخاب و مخارج تعمیرات را از مالکین آنها وصول و به مصرف تعمیرات تأسیسات می‌رساند.

و در ماده 13 شرایطی را پیش‌بینی می‌نماید که هیات بررسی نماید که آیا لازم است در جنب تأسیسات سابق آبرسانی مانند: چاه و قنات، تأسیسات جدیدی توسط متقاضیان احداث شود و اینکه آیا از نظر فنی امکان مزاحمت سایرین وجود دارد یا خیر؟

بهرحال با وضع مقرراتی که حکایت از تمایل دولت به تحول مقررات سابق بود بنگاه آبیاری اقدامات خود را به مرحله اجرایی رسانید و به تدریج گستره کار را تا به آنجا رسانید که زمام امور آبیاری کشور را بدست گرفت.

آبیاری موردنظر در این مقوله صرفاً آبیاری مربوط به بخش کشاورزی است که بیشترین گستره عملیاتی را داراست. (24)

در ماده سوم این قانون آمده است:

نظارت در امور آبیاری از قبیل تأسیسات آبیاری، ساختمان، تقسیم آب رودخانه‌ها، انهار عمومی و استخرهای عمومی و چشمه‌سارهای عمومی که مالک یا مالکین خاص نداشته باشند بعهده بنگاه مستقل آبیاری است. بنگاه همچنین به منظور تثبیت سهمیه آب و حق‌الشرب کسانی که از منابع آب استفاده می‌کنند مکلف است به تدریج میزان سهم آب (مجری‌المیاه) و حق‌الشرب را تا مأخذتصرفات و سوابق موجود مطابق معمول تشخیص و در دفاتر مخصوص ثبت سهم آب درج نماید.

در تبصره 1 این ماده به حقوق مکتب افراد اشاره شده است.

و در تبصره 2 این ماده اضافه آب ناشی از حین استفاده یا ازدیاد آب با حفظ حقوق مالکین متعلق به بنگاه شناخته شد و در ماده چهار آمده است که:

آبهایی که مورد استفاده قرار نگرفته و به هدر می‌رود در اختیار بنگاه آبیاری است که رأساً یا توسط مالکین یا اشخاص و شرکتها مورد استفاده کامل قرار گیرد.

و در ماده پنج گفته شده:

استفاده از آب رودخانه‌ها بوسیله ساختمان سد یا نصب تلمبه از منابع آبهای سطحی باید با اجازه قبلی بنگاه باشد. و در ماده دهم آمده که: افراد یا شرکتها و یا مؤسسات اعم از دولتی یا غیردولتی که از تاریخ تصویب این قانون بخواهند در رودخانه‌های عمومی تأسیسات آبیاری ایجاد نمایند پس از کسب اجازه از بنگاه آبیاری موظفند نقشه و طرح خود را به تصویب بنگاه برسانند.

جمعیت مواد قانون اصلاح قانون تشکیل بنگاه > نیز حکایت از نوآوری‌هایی در جهت حفظ اختیارات مالکین و وضع مقررات نظارتی، اجرایی و عملیاتی بنگاه دارد. همچنین در این قانون مطالعات مربوط به آب و استملاک املاک مورد نیاز بنگاه به تصویب رسید و باب جدیدی در مالکیت منابع آبی بوجود آمد. زیرا در سابق هر کسی قصد احداث یک منبع آبی را داشت هیچگونه مطالعه یا تحقیق علمی نمی‌شد ولی با راه‌اندازی و تأسیس بنگاه، فعالیت‌های علمی و مجانی بنگاه زمینه را برای عرضه خدمات فنی و علمی فراهم آورد. در مواد انتهایی قانون اختیارات مالکین کاهش و آنها مکلف شدند که اراضی خود را که از تأسیسات بنگاه مشروب می‌شود آیش داده و زراعت کنند و الا زمین آنها توسط بنگاه تملک می‌گردد.

در این قانون، بنگاه بطور ضمنی اجازه فروش آب در انهار خصوصی را مشروط به کسب رضایت مالکین بدست آورد و بدین جهت بنگاه که یک شخصیت حقوقی تابع وزارت کشاورزی بود بعنوان عامل مهم آبیاری عرض اندام نمود. (25)

در هر حال اصلاحیه بعمل آمده بقدری حوزه کاری بنگاه را افزایش داد که جنبه خصوصی آبیاری محدود به انهار سنتی کوچک گردید و با توجه به ضرورت کسب مجوز و انجام عملیات عمرانی، نظارتی توسط بنگاه حدود اختیارات مالکین بنحو مؤثری کاهش یافت. ضرورت زمانی این تحول بعلا شریط اجتماعی آن دوران کاملاً محسوس می‌باشد.

- 4 لایحه قانونی راجع به تأسیس وزارت آب و برق مصوب 1342/12/22

بتدریج روند دخالت دولت در منابع آب کشور منتهی به تفکر جدید و نوینی شد که حاصل آن تأسیس وزارت آب و برق در اواخر سال 42 گردید. دولت در جهت دخالت و اقدام لازم در خصوص منابع آب و برق کشور نیازمند آن بود که با تمرکز سیاستگذاری بر روی منابع آب کشور واحدهای مستقل قبلی را بنحوی در یک مجموعه فراهم آورد. یکی از عمده‌ترین دلایل سیاست دولت دال بر تداوم سیاست قبلی، وجود مالکیت خصوصی بر منابع آب، فقدان یک مرجع تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری برای منابع آب بوده که با تأسیس وزارت آب و برق این مهم میسر می‌گردید. این که دولت قصد تحول در مالکیت منابع آبی را داشته و به این سو در حال حرکت بود از زمان تأسیس بنگاه مستقل آبیاری مشهود است اما قرینه‌های آن را در اتخاذ سیاست‌های بلند مدت مشاهده می‌نمائیم ولذا در ماده 1 لایحه تأسیس وزارت آب و برق بعنوان اهداف تأسیس این وزارتخانه آمده است. (26)

حبه منظور حداکثر استفاده از منابع آب و تأمین برق کافی برای مصارف شهرها و روستاها و نیازمندیهای کشاورزی و صنعتی کشور وزارت آب و برق با تشکیلات لازم برای انجام وظایف اساسی زیر تأسیس می شود:

الف: تهیه و اجرای برنامه ها و طرحهای مربوطه به تأمین آب و انتقال آن به مراکز عمده مصرف.

ب: اداره تأسیساتی که طبق بند الف این ماده ایجاد می شود و بهره برداری از آنها.

ج: نظارت بر نحوه استفاده از منابع آب کشور و... .

با عنایت به اینکه برخی از اهداف فوق قبلا توسط بنگاه مستقل آبیاری یا سازمان آب تهران یا سایر بنگاههای دولتی انجام می گردید در ماده 2 قانون فوق اشعار می دارد که:

سازمان آب تهران، بنگاه مستقل آبیاری و سایر سازمانهای دولتی که برای احداث و بهره برداری از سدها و منابع آب کشور بوجود آمده اند طبق اساسنامه و مقررات خاص خود اداره و بهره برداری خواهند شد. وظایف و اختیارات وزارتخانه و مؤسسات دولتی و شهرداری تهران و سازمان برنامه در مؤسسات مذکور تدریجا طبق تصویبنامه هیئت وزیران به وزارت آب و برق واگذار خواهد شد. هدف از تأسیس وزارت مذکور آن است که دولت در یک هدف عالی تر و اجرایی، سیاستهای اجرایی و فنی را به یک مرجع تصمیم گیر و سیاستگذار واگذار نماید و لذا دستگاههای اجرایی را درپوشش یک وزارت جدید متمرکز می نماید که به تدریج بتوانند وضعیت آب کشور را به کنترل ملی درآورند و لذا این وزارتخانه بلافاصله تأسیس و به مجموعه ای که با درک واقعیات اجتماعی قصد سیاستگذاری دارند اقدامات خود را در جهت بهره برداری صحیح از منابع آب بعمل می آورند.

- 5 قانون حفظ و حراست از منابع آبهای زیرزمینی کشور - مصوب 1345/3/1

با تشکیل وزارت آب و برق مبحث جدیدی که مطرح می گردد مسئله حفاظت از منابع آبهای کشور است که تاکنون با وجود مالکیت خصوصی در بهره برداری سیاست حفظ آن ملاک عمل قرار نگرفته و با بهره گیری از شرایط علمی و بررسیهای فنی معلوم نمایند که آیا سطح استفاده از سفره های زیرزمینی کشور با روند موجود باعث ورود ضرر و زیان به این منابع خواهد بود؟ یا خیر €

لذا اولین گام مهم زمانی برداشته شد که در همین قانون مرحله نظارت قبلی را به دخالت اجرایی تبدیل ساخته و امکان ممنوع نمودن مالکین چاهها و منابع آبها را از بهره‌برداری بدون وجود دلایل متعارف و صرفاً براساس ضوابط علمی که دیدگاه حفاظت آبها در آن رعایت شده، را فراهم می‌آورد.

در ماده 1 این قانون می‌خوانیم. (27)

حفظ و حراست منابع و ذخایر آبهای زیرزمینی و نظارت در کلیه امور مربوط به آن به وزارت آب و برق محول می‌شود. وزارت نامبرده مکلف است تدریجاً نیروی انسانی و وسایل کار را فراهم‌سازد تا بتواند با جمع‌آوری آمار و مشخصات چاهها و قناتها و چشمه‌ها و رودخانه‌ها و سایر عملیات فنی، وضع آبهای زیرزمینی استفاده شده یا نشده مسیر منطقه را مشخص سازد و راهنمایی‌های فنی لازم را بعمل آورد.

و در ماده 3 این قانون برخلاف روند گذشته به وزارت آب و برق اجازه داده تا: (28) در مناطقی که مقتضی بداند می‌تواند با اعلام قبلی حفر چاه عمیق و نیمه عمیق و قنات را موقوف به تحصیل اجازه نماید.

تحولی که ناشی از اعمال این سیاست است دقیقاً به تغییر سیاست دولت عطف می‌شود زیرا دولت با علم به آنکه می‌داند بهره‌برداری از آبها بهینه نمی‌باشد با حفظ مالکیت خصوصی منابع آب دخالت افراد را محدود ساخته و نحوه استفاده آنها را از منابع آبهای زیرزمینی موقوف به شرایط و ضوابطی می‌سازد و مشخص است که این امر با تعریف مالکیت که استفاده تام از مالکیت خود می‌باشد در تعارض است ولی این روند بدانجا می‌انجامد که در ماده 12 قانون آمده است:

در صورت تخلف از مواد 2 و 3 این قانون (مشعر بر اخذ اجازه و مصرف متعارف) وزارت آب و برق می‌تواند با مراجعه به مأمورین انتظامی محل از ادامه کار جلوگیری نماید و ذینفع نیز می‌تواند از تعطیل کار به دادگاه شکایت نماید.

لذا این تحول باعث شد که در این قانون اختیارات مناسبی به وزارت آب و برق اعطاء گردد که نتیجه آن به حفاظت مناسبتر از منابع آب کشور منتهی گردد.

- 6 قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب 1347/4/27

از آغاز مشروطیت تا زمان تصویب قانون آب حدود سی و هشت (38) قانون بطور مستقیم یا غیرمستقیم مسئله آب را در مورد توجه و عنایت خود داشته‌اند و به نحوی به اصول بهره‌برداری یا مالکیت این عطیه الهی اشاره نموده و زوایایی از برخورد با مسئله آب را با دیدگاه بهره‌برداری بدون وجود مالکیت دولت مورد لحوق قرار داده‌اند بنحوی که اصل بر بهره‌مند بردن ضابطه افراد از منابع آبهای سطحی و زیرسطحی بود و این تدابیر نقش زیادی در اتلاف این سرمایه ملی داشته است.

قانونگذار با درک این مسئله که مالکیت آب با حق بهره‌مندی از آن دو مقوله متفاوت و مجزاتلقی می‌شوند. (29) اقدام به وضع قوانین جدید در این خصوص نمود.

در این راستا در مورخه 27/4/1347 قانون آب و نحوه ملی شدن آن از تصویب قانونگذار گذشت: شاخصه دقیق این قانون ایجاد تحولی است که با ملی شدن آب بعنوان یک ثروت ملی و اعلام تعلق آن به عموم جامعه مبانی بهره‌مندی از آن را در یک چهارچوب جدید طرح ریزی و نحوه استفاده و انتفاع آن دچار تغییر و تحول می‌گردد. این امر علاوه بر آنکه مالکیت منابع آب را از حالت خصوصی خارج نمود بعلت ملی بودن آب دولت را بعنوان نماینده اجتماع متکفل امر ساماندهی بهره‌برداری از آبهای مختلف کشور ساخت و در این راستا ماده 1 قانون اشعار می‌دارد که:

کلیه 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 زهابها و دریاچه‌ها و مردابها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آبهای معدنی و منابع آبهای زیرزمینی ثروت ملی محسوب و متعلق به عموم است. در اینجا هر چند که اصطلاح ثروت ملی تعریف نگردیده و متعلق به عموم به قرینه لفظ در مالکیت عموم اجتماع آمده است اما طبق تعریف ادبی این الفاظ مشترکا لغو امتیازات خصوصی و وجود مالکیت همگانی مردم را گویا می‌باشند در فراز دوم ماده 1 وظیفه حفظ این منابع خدادادی را به دولت محول نموده می‌فرماید:

مسئولیت حفظ و بهره‌برداری این ثروت ملی و احداث و اداره تأسیسات توسعه منابع آب به وزارت آب و برق محول می‌شود.

وزارت آب و برق در این ماده بعنوان نماینده اجتماع عهده‌دار حفاظت فیزیکی، قانونی، علمی و فنی از این منابع می‌باشد و وظیفه دارد تا با برنامه‌ریزی نسبت به توسعه منابع آب و احداث و اداره تأسیسات مرتبط اقدام نماید.

در ماده 2 قانون مذکور به تعیین بخش دیگری از حوزه منابع آبی اشاره دارد و اعلام می‌کند که:

بستر انهار طبیعی و رودخانه‌ها اعم از اینکه آب دائم یا فصلی داشته باشند متعلق به دولت است و ایجاد هر نوع اعیانی در بستر انهار و رودخانه‌ها و در سواحل دریا و دریاچه‌ها اعم از طبیعی یا مخزنی با توجه به حریم قانونی ممنوع است مگر با اجازه وزارت آب و برق.

ماده 2 برخلاف ماده 1 که خود منابع آبی را متعلق به عموم دانسته، بستر انهار و رودخانه‌ها را ملک دولت تلقی نموده است، تغییر این عنوان مالکانه به تفاوت تعاریف مالکیت ملی (30) یا عمومی یا مالکیت دولتی برمی‌گردد.

در تعریف اموال ملی به سه خصیصه: 1 - عدم قابلیت انتقال و بیرون از قلمرو مبادلات 2 - عدم جاری شدن اماره تصرف 3 - عدم شمول مرور زمان، اشاره نموده‌اند، (31) در حالی که اموال دولتی اموالی هستند که به یک خدمت عمومی اختصاص یافته یا مستقیماً در اختیار عموم برای بهره‌برداری قرار می‌گیرند مانند: راه آهن یا کتابخانه‌های عمومی.

لذا نباید عبارت اموال عمومی را در کنار اموال دولتی نهاد که موجب اشتباه گردد. نظر اساتید فن نیز چنین است. (32)

علیهذا دولت از دو جهت عهده‌دار وظیفه‌ای خطیر شد:

1 - از جهت ملی شدن منابع آب

2 - از جهت مالک بودن بستر انهار و رودها که برطبق شرایط جدید موظف به حراست از منابع آبهای کشور گردید. تحول مذکور باعث شد که قوانینی که متعاقب قانون مذکور تصویب می‌گردیده در راستای این قاعده کلی باشند. هرچند که قانون آب قانون نسبتاً جامعی تلقی می‌شود و گزارش کارشناسان کنفرانس اکافه در سال 1967 در شهر بانکوک حکایت از مفید بودن آن می‌کند. (33) ولی قوانین تکمیلی دیگر همه در راستای اصول قانون مذکور حرکت کرده‌اند. (34)(35).

7- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب 1358/1/9

در اصول 44 و 45 که مبین دیدگاههای اقتصادی حکومت اسلامی تلقی می‌شوند نظام اقتصادی ایران را در سه بخش دولتی، خصوصی و تعاونی استوار ساخته‌اند. اصل 44 اشعار می‌دارد که: نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی بابرنامه‌ریزی منظم و صحیح استوار است.

بخش دولتی شامل: کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه آهن و مانند اینها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصول مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت جمهوری اسلامی است.

دکتر هاشمی در تشریح مبانی اصول 44 و 45 قانون اساسی چنین آورده است: (36)

دولت در انجام مأموریت‌های خود همواره منافع عمومی را در نظر دارد و بدین منظور برای خود حق مداخله در بسیاری از امور اجتماعی را قائل است. مداخلات اقتصادی ممکن است بطور مستقیم یا غیرمستقیم (37) صورت گیرد. در مداخله مستقیم، دولت با در نظر گرفتن مصالح کلی و منافع جمعی برخی از واحدهای عمده اقتصادی را تحت انحصار خود در می‌آورد و حتی اگر این واحدها در اختیار اشخاص خصوصی باشد از طریق ملی کردن آنها را تصرف می‌کند. در مداخله غیرمستقیم، منظور اصلی سروسامان دادن به بعضی موضوعات و فعالیت‌های اقتصادی می‌باشد.

در اصل چهل و چهارم قانون اساسی ج.ا.ا. از مداخله مستقیم دولت در اقتصاد تحت عنوان بخش دولتی، یاد شده است. علاوه بر تأسیس این بخش که بصورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است مجموعه بزرگی از واحدهای عمدتاً فعال اقتصادی خارج از این بخش وجود دارد که تحت عنوان مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی اداره می‌شوند. و در عین حال، بعضاً نقش بسیار مؤثری در اقتصادی کشور دارند.

دولت جمهوری اسلامی ایران در مقام حافظ منافع ملی و تأمین کننده اهداف عدالتخواهانه نظام، وظیفه سنگین و در عین حال خطیری را در امر اقتصاد برعهده دارد. تأمین بخش مذکور مالکیت

عمومی و مدیریت را بر تمام اجزا این بخش دوام می‌بخشد. بنابراین واگذاری و نقل و انتقال هیچیک از این اجزاء تحت هر عنوان به بخش غیردولتی و خصوصی قانوناً مقدور نیست. در قانون اساسی علاوه بر آنکه تصدی منابع و تأسیسات آبی را با دیدگاه استفاده بهینه توسط بخش دولتی مدنظر داشته ابعاد دیگر مطلب یعنی کسب درآمد برای دولت در جهت اهداف اقتصادی و درآمدی را از نظر دور نداشته است. شاید بتوان دلایل مختلفی را برای انگیزه قانونگذار برشمرد.

زیرا منابع آبی از جهات مختلف دارای اهمیت هستند. کمبود منابع آبی لزوم بهره‌مندی عمومی از امکانات آن، حجم عظیم سرمایه‌گذاری در این بخش و نیز اهداف سیاسی، نظامی و آن که آب‌بعضاً در جهت منافع معدودی قرار نگیرد و می‌توان بعنوان پاره‌ای از دلایل این امر توجیه کرد.

همچنین درباره علل توجه قانونگذار به منابع آبی چنین آورده‌اند: (38)

آب و برق و تأسیسات و شبکه‌های مربوط به آن نیروهای عمده‌ای هستند که زندگی مردم و کلیه تأسیسات اقتصادی و اجتماعی جامعه بدان متکی است و کمترین نقصان و یا اختلال در آنها اثرات تخریبی زنجیره‌ای و مرتبط با تمام شئون فردی و اجتماعی به جای می‌گذارد. بدین جهت تولید، بهره‌برداری، تنظیم و توزیع این نیروهای حیاتی باید از هدایت و مدیریت مستحکمی برخوردار باشد.

دولت در مقام ایجاد نظم، حفظ امنیت و مراقبت از حقوق مردم و انتظام کلیه امور جامعه در این خصوص از حقوق و تکالیف اجتناب‌ناپذیری باید برخوردار باشد.

از زمان تأسیس وزارت آب و برق (سال 1343) به بعد، با احداث بیشتر سدها و شبکه‌ها آبرسانی و تأسیس نیروگاهها، این امر به تدریج در اختیار دولت قرار گرفت و در کنار آن نسبت به ایجاد نیروگاههای اتمی اقداماتی بعمل آمد. در این خصوص اصل چهل و چهارم قانون اساسی <تأمین نیرو و شبکه‌های بزرگ آبرسانی را بصورت مالکیت عمومی در اختیار دولت مقرر داشته است. این بخش مهم خدماتی همین اینک در انحصار دولت قرار دارد.

یکی دیگر از اصول حقوقی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصل 45 آن می‌باشد که اشعار می‌دارد:

انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمینهای موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آبهای عمومی، کوهها، دره‌ها، جنگلها، نزارها و بیشه‌های عمومی، مراتعی که حریم نیست و در اختیار حکومت اسلامی است.

انفال عبارتست از ثروت‌های خدادادی که بعنوان ثروت عمومی توسط امام عادل در راه خدا و برای رفاه مردم به مصرف می‌رسد. (39)

قرآن کریم انفال را از آن خدا و پیامبر خدا(ص) می‌داند که به منظور اصلاح ذات‌البین در اختیار پیامبر(ص) قرار می‌گیرد این اموال که اصولاً بدون جنگ بدست می‌آید(فیء) نامیده می‌شوند.

مصرف فیء در قرآن به تفکیک بیان شده که ایتم، مساکین و در راه ماندگان جزء مصرف کنندگان آن محسوب می‌شوند. اموال عمومی که به حکم قرآن در اختیار پیامبر قرار گرفته

بعد از آن در اختیار امامان معصوم و سپس به نواب آنها (فقهای جامع شرایط) می‌رسد. (40)

با وجود اصل مذکور در قانون اساسی دولت با در اختیار داشتن انفال و ثروت‌های عمومی، سهم مهمی از ابتکار عمل را در راه برطرف کردن فقر و محرومیت خواهد داشت. (41)

در اینجا دو اصل مهم مورد نظر قرار گرفته است

اول آنکه اکثر منابع آبی جزء انفال و ثروت‌های عمومی بحساب آمده‌اند و ملک خصوصی افراد نبوده و قابل تملک خصوصی نیز بشمار نمی‌آیند

دوم آنکه اختیار آنرا با حکومت اسلامی قرار داده است.

چگونگی استفاده از انفال را قانون اساسی معین نساخته است ولی آنچه مسلم است در قوانین عادی باید زمینه‌های استفاده از انفال روشن گردد. با این وجود باید دیدگاه اقتصادی استفاده از این منابع بیشتر مدنظر باشد با حفظ اصل نگهداری از آنها، اما آنچه که صحیحتر به نظر می‌رسد اینست که خروج موضوعی مالکیت آنها از مالکیت خصوصی طبیعتاً به افزایش حاکمیت دولت و کنترل و نظارت بر این منابع می‌افزاید.

هرچند که به نظر می‌رسد دولت بتواند با بهره‌گیری از اصل فوق، ضمن حفظ مالکیت عمومی این منابع را از سلطه اشخاص حقیقی یا حقوقی خارج و برای کسب درآمد آنرا به بخش

خصوصی‌وامی نمایند، ولی در بهره‌برداری آن توسط بخش خصوصی تا حدی که به مالکیت عمومی این منابع صدمه‌ای وارد نیاید. در حال حاضر به نظر می‌رسد که روند کنونی سیاست دولت

نیز در این چهارچوب باشد. (42)

- 8 قانون توزیع عادلانه آب مصوب 1361/12/26

قانون توزیع عادلانه آب با تأسی از اصول کلی حاکم بر بخش اقتصادی قانون اساسی و با عنایت به اصل 45 قانون مذکور در مورخه 26/12/1361 توسط قانونگذار تصویب گردید. (43)

هر چند که با وجود مقررات قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب 1374 وجود شرایطی جدی برای امر آبرسانی ضروری به نظر نمی‌رسید اما تغییر ساختار حکومتی و شرایط مخصوص پس از انقلاب اسلامی دال بر اختلال در روند سابق، «قانونگذار اسلامی ضرورت تدوین مقررات جدیدی برای امر آبرسانی را شایسته دانسته و با هدف تدوین مقررات برای تأمین عادلانه آب برای همه قانون مذکور را به تصویب رساند. بدیهی است که در بحث فعلی صرفاً ما به ابعاد مالکیت منابع آبی توجه داشته و از تعرض به سایر مقررات این قانون خودداری می‌نمائیم.

قانون مذکور در ماده 1 اشعار می‌دارد:

بر اساس اصل 45 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، زه آبها و دریاچه‌ها و مردابها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آبهای معدنی و منابع آبهای زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها به دولت محول می‌شود.

اولا در این ماده به انواع منابع آبی اشاره شده است. **ثانیا** این ماده با جمع مقررات قانون اساسی دال بر انفال دانستن منابع آبی اشاره ظریفی به مقررات قانون مدنی دارد که این قبیل منابع را مشترکات دانسته که تعبیر به مشترکات عمومی در قانون مدنی آشنابه ذهن به نظر می‌رسد و **ثالثا** بهره‌برداری از آنها را طبق مصالح عامه ذکر کرده است که نکاتی در این خصوص قابل ذکر می‌باشد:

اول: تطبیق ماده 1 قانون توزیع عادلانه آب با ماده 1 قانون آب و نحوه ملی شدن آن

- **1** در قانون آب منابع آبی تحت عنوان ثروت ملی محسوب شده‌اند حال آنکه در قانون توزیع عادلانه آب منابع جزء مشترکات آمده‌اند که مشترکات عمومی مجزا از ثروت ملی است زیرا ثروت ملی در کلام ادبی به انفال نزدیکتر است تا مشترکات عمومی که در قانون مدنی به اموال عمومی اطلاق می‌گردد.

2 - در قانون آب قید نموده که این منابع متعلق به عموم است ولی در قانون توزیع عادلانه آب صرفاً به مشترکات بودن آنها اکتفاء نموده و اختیار آنها را با حکومت اسلامی دانسته و به اصل مالکیت آنها اشاره‌ای ننموده است و به نظر می‌رسد با وجود تصریح به اصل 45 خود را از تعرض به مسئله مالکیت عمومی مستغنی دیده است.

3 - در قانون آب مرجع اداره تأسیسات را وزارت آب و برق داشته در حالی که در قانون توزیع عادلانه آب به دولت اشاره کرده که دولت به مجموعه سازمانهای اداری مجری سیاستهای عمومی جامعه اطلاق می‌شود و ممکن است دستگاههایی را بوسیله سایر قوانین نیز متکفل امور منابع آب دانست و لذا تعبیر وسیعتری بکار رفته است.

دوم: تفسیر عبارات ماده 1 قانون توزیع عادلانه آب

1 - هرچند که قانونگذار سعی داشته که اغلب منابع آبی را بیان نماید با این وجود از ذکر برخی از آنها غفلت نموده، لذا با وجود شبکه‌های آبیاری و زهکشی، مسیله‌ها، که جزء منابع آبی هستند در قانون ذکری از آنها بعمل نیامده است.

2 - از طرفی کلمه منابع آبهای زیرزمینی بدون تعریف قانونی امری مبهم است مگر آنکه هرگونه منبع زیرزمینی شامل چاه، قنات، آبرفت و چشمه را مشمول این تعریف بدانیم.

3 - در این قانون به بهره‌برداری طبق مصالح عامه اشاره شده است در حالی که این عنوان بسیار کلی و عام می‌باشد و مصالح عامه در عبارات قانونی فاقد تعریف بخصوص و روشن است و متأسفانه آئین‌نامه‌های اجرایی نیز این عبارت را تعریف نکرده‌اند و مشخص نیست آیا لازم است که در سایر قوانین مصادیق مصالح عامه ذکر شود یا همین که دولت با تدابیر ویژه خود اقداماتی را به‌انجام رسانیده که نهایت عنایت آنها تأمین مصالح عامه باشد، هرچند که محتمل است در پاره‌ای مواقع در کوتاه مدت، مصالح عمومی در معرض تعدی و تفریط دولت نیز قرار گیرد. به نظر می‌رسد که شایسته آن باشد که این عبارات واجد تعریف بخصوص و متقن گردند تا از اعمال تفسیرهای بخصوص ممانعت بعمل آید.

4 - مسئولیت حفظ، اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از این منابع به دولت واگذار شده است. به نظر می‌رسد که امور مربوط به حفظ و حراست از منابع آبهای مختلف به عهده دولت می‌باشد کما اینکه در خصوص منابع آبهای زیرزمینی قانون بخصوصی وجود دارد. (44)

هرچند که نحوه حفظ و حراست مشخص نشده اما دولت بایستی با بهره‌گیری از قواعد عام حفاظت مندرج در قانون، پیرامون سیاست جزایی و مسئولیت آب برای، قواعد حفاظت از آنها را به‌مورد اجرا گذارد. همچنین دولت در سایر قوانین جزایی ابزار حفاظت را از طریق اعمال مجازاتهای قانونی بدست آورده است. مضافاً حفاظت جنبه‌های مختلفی دارد که یکی از این جنبه‌ها حفاظت قانونی است که سایر جنبه‌ها شامل حفاظت فنی، فیزیکی، علمی، اجرایی قابل ذکر و تأمل می‌باشند.

5- مسئولیت خدمت اجازه و بهره‌برداری از منابع آبها به دولت محول شده است در این خصوص دو مطلب به نظر می‌رسد

اول: آنکه دولت به دیگران اجازه بهره‌برداری می‌دهد و خود به‌نگام وضع ید نیازمند کسب اجازه از کسی نیست و چون دیگران در این مشترکات سهم هستند این حق را ندارند که از اقدامات حفاظتی یافنی دولت ممانعت بعمل آورند، مضافاً آنکه قضیه بالعکس می‌باشد و دولت بعنوان نماینده اجتماع مرجعی است که هر کس بخواهد در تأسیسات یا منابع آبی دخالت نماید باید از دولت اجازه بگیرد والا اقدامات وی مشمول دخالت غیرقانونی و غیرمجاز بوده و یک نوع تجاوز تلقی و مستوجب مجازات خواهد بود.

دوم: آنکه دولت در هنگام بهره‌برداری به امر نظارت خواهد پرداخت و از مفهوم مخالف این عنوان استنباط می‌شود که دولت خود عامل نظارتی است نه عامل اجرایی مگر آنکه دستگاههای دولتی را شامل در بخش اجرایی و نظارتی بدانیم که برخی از دستگاههای بهره‌برداری از این منابع، باید تحت نظر دستگاههای ناظر در بهره‌برداری از منابع آبی اقدام نمایند اما چون سیاست عمومی دولت در جهت احاله امور به بخش غیردولتی و بهره‌مندی از پتانسیلها و ظرفیتهای اقتصادی بخش خصوصی است امکان بهره‌برداری از منابع آبی بوسیله بخش غیردولتی با وجود نظارت عمومی دولت بلامانع و شایسته به نظر می‌رسد. حال آنکه در زمان فعلی نیز تفسیری که در عمل مشاهده می‌شود گویای این امر می‌باشد. (45)

در هر حال مالکیت عمومی و ملی دولت در قانون توزیع عادلانه آب در ماده 1 بشرح مطلوبی ملحوظ نظر واقع شده است.

همچنین در ماده 2 قانون توزیع عادلانه آب آمده است:

بستر انهار طبیعی و کانالهای عمومی و رودخانه‌ها اعم از اینکه آب دائم یا فصلی داشته باشند مسیله‌ها و بستر مردابها و برکه‌های طبیعی در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران است.

و در تبصره‌های 3 و 4 ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در منابع آبی را ممنوع دانسته مگر با اجازه وزارت نیرو. نیز امکان خلع ید و تخلیه و قلع و قمع اعیانی‌های مزاحم را به وزارت مذکور با شرایطی اعطاء می‌نماید.

در مقایسه این ماده با ماده 2 قانون آب سال 47 باید تصریح کرد که در این ماده بستر منابع آبی به تفصیل روشن شده‌اند و مالکیت آنها به حکومت جمهوری اسلامی واگذار شده در حالی که در قانون سال 47 از کلمه متعلق به دولت استفاده شده بود که در ماهیت امر همان مفهوم را گویا می‌باشد اما از نظر حقوقی شاید بتوان عبارت دولت با حکومت را در دو مقوله مجزا نیز بکار برد.

بدیهی است در مقام مالکیت است که دولت اجازه می‌یابد از هر نوع تجاوز غیر، ممانعت نموده یا امکان استفاده دیگران را فراهم سازد. لذا کلماتی که تحت عنوان <در اختیار حکومت> یا <متعلق به دولت> در متون قانون مورد اشاره رفته حکایت دقیق از مالکیت منابع آبی دولت و مالاوزارت نیرو دارد.

متعاقب تصویب قانون توزیع عادلانه آب قانون دیگری که پیرامون روند کلی منابع آب باشد از تصویب قانونگذار نگذشته است و در حال حاضر این قانون حاکمیت اجرایی دارد. از نقطه نظر مالکیت منابع پاره‌ای از آئین‌نامه‌های اجرایی قانون توزیع عادلانه آب مانند: آئین‌نامه تعیین حد حریم و بستر رودخانه‌ها و انهار و مسیله‌ها و مردابها و برکه‌های طبیعی مصوب 12/4/70 و نیز آئین‌نامه حریم مخازن تأسیسات آبی، کانالهای عمومی آبرسانی و آبیاری و زهکشی مصوب 24/4/71

نیز در راستای مالکیت قانونی دولت بر منابع آبهای داخلی به وضع ضوابط مربوطه پرداخته‌اند که بدلیل متابعت آنها از قواعد قانون توزیع عادلانه آب از تعرض به آنها خودداری می‌شود. (46)

حریم منابع آبهای زیر زمینی

فصل اول: تعریف حریم:

1- تعریف حریم در فرهنگ لغات

در فرهنگ و ادبیات ایران حریم به معنای « بازداشت کرده » و « حرام کرده شده » آمده است که مَس آن جایز نیست یعنی چیزی که حرام باشد و دست بدان نتوان زد ، چیزی که آنرا حمایت کنند (68) و اهمیت این موضوع تا بدانجاست که برای حمایت از حریم جنگ می کنند (69) لغت نویسان می گویند حریم به فتح کسر را (ح ر) و در زبان عربی اسم و لغت آن به معنی منع می باشد . (70)

در فرهنگ نامه های ادبیات عرب آمده است که الحريم : جمع « حُرْم و أَحْرُم و احاریم » به معنای « ما حُرْمَ فَلَمْ يُمَسَّ » و ترجمه آن همان است که در لغت نامه های فارسی به شرح فوق آمده است . پس حریم « موضوع متسع حول قصر الملک تلزم حمایته یعنی محل فراخ و با وسعتی که پیرامون قصر پادشاه باشد و حمایت از آن لازم و ضروری است . » و دیگر مفهوم آن « کل موضوع تجب حمایته » یعنی هر مکان و محل که حمایت از آن واجب است به آن حریم گویند.

شاید واژه مقدس حریم از حَرَم و حَرِم و مشتقات آن ، حَرِمًا و حَرِمَانًا و حَرِمًا ، حَرِمَةٌ و حَرِیمَةُ الشیء باشد . بی شک واژه حریم ریشه قرآنی دارد که هشتاد و سه مرتبه در مشتقات مختلف آن و در بیست و پنج سوره قرآن وارد شده است . (71)

پس حریم را از آن حریم روی حریم خوانده اند که تعرض دیگران نسبت به آن به گونه ای عدوانی ، حرام و ممنوع است و این ماده از قرآن و فقه اسلامی اخذ شده است . همانطور که در مفهوم لغوی ذکر شد حریم امری است که ذیحق از آن در مقابل تعرض دیگران حمایت می نماید (72)

2- تعریف حریم از نظر حقوقدانان

1-2- حریم : آن مقدار از مساحت های مجاور است که برای دوام و بقاء رقبه احیاء شده در اراضی موات ، عرفاً و عادتاً ضروری است که تعیین آن بر حسب تشخیص عرف و تجربه یا کارشناس است . (73)

2-2- حریم : کلمه ای عربی است و به معنی منع می باشد و مقداری از اراضی اطراف ملک ، قنات و نهر ، امثال آن است که برای کمال انتفاع از آنها و جلوگیری از ضرر ، ضرورت دارد و از

نظر احترامی که افراد باید به حق حریم بگذارند و نمی توانند به آن تجاوز بنمایند **حریم** نامیده می شود. (74)

3-2-2 در صورتی که کسی بوسیله احیاء اراضی موات، باغ، منزل، مزرعه، چاه آب، قناتی، احداث نماید مقداری از اراضی موات که نزدیک آن است و برای کمال انتفاع لازم است بخودی خود **حریم** آن می شود. (75)

4-2-2 **حریم**: مقداری مساحت از اراضی اطراف چاه و چشمه است که دیگری نمیتواند در آن احداث چاه یا قنات کند. (76)

5-2-2 یکی از حقوق عینی که میتوان آنرا نوعی حق ارتفاق دانست، **حق حریم** است. (77)

6-2-2 **حق حریم**: حقی است که مالک زمین، قنات، نهر، چاه و امثال آن برای کمال استفاده از ملک خود نسبت به اراضی مجاور دارد، شناختن حق حریم برای مالک، نسبت به اراضی مجاور برای جلوگیری از تضرر اوست، چه تصرفات دیگران در اراضی مجاور قنات و چاه و غیر آن ممکن است موجب زیان مالک باشد. (78)

7-2-2 استفاده از غالب املاک، مستلزم این است که زمین اطراف آن به مالکیت دیگری در نیاید، یا دست کم تصرفی در آن نشود که انتفاع از ملک را دشوار یا ناممکن سازد، برای مثال، اگر کسی در زمین موات قناتی احداث کند، برای آنکه بتواند از آبی که حیات شده است استفاده مطلوب را ببرد باید آن مقدار از زمین حلقه چاهها را که جهت ریختن خاک آنها لازم است همیشه در اختیار داشته باشد، و دیگران نیز نتوانند قنات و چاه دیگری در نزدیکی قنات او حفر کنند. این مقدار از زمین را در اصطلاح «**حریم**» و حقی را که مالک بر آن دارد «**حق حریم**» می نامند. (79)

8-2-2 **مبنای شناسایی حریم**: جلوگیری از تضرر صاحب ملک، قنات و نهر هر چاه است، پس دیگران باید از تصرفاتی که مضر حال او و انتفاع است ممنوع شوند ولی تصرف بدون ضررمباح است. (80)

9-2-2 **حریم**: آن مقدار زمینی است که صاحب چاه یا صاحب خانه ای بتوانند در آنجا بایستند و از چاهها آب بکشند. (81)

3- تعریف حریم در قوانین ومقررات

1-3- حریم: نام مقداری زمین است. (82)

2-3- حریم: مقداری از اراضی اطراف ملک، قنات، نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد. (83)

3-3- حریم: آن قسمت از اراضی رودخانه، مسیل، نهر طبیعی و یا احداثی شبکه های آبیاری و زهکشی است که به عنوان حق ارتفاق برای کمال انتفاع و حفاظت آن لازم است و بلافاصله پس از بستر قرار دارد. (84)

4-3- حریم: آن قسمت از اراضی اطراف رودخانه، مسیل، نهر طبیعی یا سنتی، مرداب و برکه طبیعی است که بلافاصله پس از بستر قرار دارد و به عنوان حق انتفاع برای کمال انتفاع و حفاظت از آن لازم است و طبق مقررات توسط وزارت نیرو و یا شرکت های آب و برق و سازمان آب و برق خوزستان تعیین می گردد. (85)

5-3- حریم تأسیسات آبی: مقداری از اراضی گرداگرد خطوط آبرسانی، خطوط جمع آوری فاضلاب اختصاصی از شبکه موجود تا ابتداء لوله انشعاب، سد، کانال، انشعاب لوله کشی، دستگاههای تولید و توزیع آنهاست که به هزینه دولت یا با کسر مایه مشترک دولت و بخش خصوصی، یا از طرف بخش خصوصی به منظور استفاده عمومی ایجاد شده باشد، اعم از اینکه تأسیسات مربوط به استخراج آب زیر زمینی باشد (مثل تأسیساتی که در کنار قنات و چاهها منصوب و در مالکیت اشخاص باشد) و یا تأسیسات آبرسانی شهری و کشاورزی و صنعتی که برای کمال انتفاع و حفظ و نگهداری آن ضرورت دارد. (86)

6-3- حریم مخازن: آن مقدار از اراضی اطراف و پیرامون دریاچه مصنوعی یا طبیعی است که آب ذخیره شده در آن به مصرف تولید برق برسد و برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد. (87)

7-3- حریم: قسمتی از اراضی ساحلی یا مستحدث است که یک طرف آن متصل به آب دریا یا دریاچه یا خلیج باشد. (88)

8-3- به منظور حفظ و حراست دریاچه ها و جلوگیری از آلودگی آب، دخل و تصرف و احداث هر گونه ساختمان و ایجاد اعیانی در حریم دریاچه پشت سدها مستلزم صدور اجازه کتبی از طرف وزارت آب و برق یا مؤسسات تابعه مجاز خواهد بود. (89)

9-3- حریم قنات : اگر قناتی را در نظر بگیریم ، این قنات چاههایی دارد که در ازمنه مختلف ، صاحب آن حاجت به پاک کردن قنات دارد و باید خاک را از چاهها درآورده و بیرون بریزد ، ریزشگاه خاک ها ، حریم آن چاهها است ، زیرا از نظر زیر زمینی ، آبهایی که به چاهها وارد می شوند از هر نقطه که به سوی قنات آیند از آن نقطه تا قنات حریم قنات است . (90)

با توجه به مراتب فوق رکن مشترک تمامی تعاریف مذکور در فوق عبارتست از 1- حریم در املاک وجود دارد 2- حریم در پیرامون املاک است نه سایر فضاهای فوق نه تحتانی 3- حریم برای کمال انتفاع است 4- حریم برای جلوگیری از ورود ضرر است 5- حریم برای حفاظت از ملک است .

فصل دوم : حریم در فقه اسلامی

○ حریم در فقه اسلامی

- در فقه اهل بیت موضوعات فراوانی به چشم می خورد که فقیهان با تیزبینی ها و نکته سنجی های عمیق خود در ضمن کتاب های گوناگون فقهی بدان پرداخته اند . بسیاری از این موضوعات اکنون سخت مورد نیاز جامعه اسلامی است، اما مشکل مهم این است که در ابواب مختلف فقهی پراکنده اند و برای مردم و حتی بسیاری از اهل فضل و دانش، رجوع به همه آنها وقت گیر یا غیرممکن است . از این رو، لازم است که در کتاب های کم حجم تر و به صورت دسته بندی شده و تک نگاری، براساس منابع و مدارک معتبر در دسترس علاقه مندان قرار گیرد .
- یکی از این موضوعات، مسئله «حریم» است که از زمان تدوین فقه اسلامی، فقیهان شیعه و سنی در ضمن کتاب «احیاء الموات» درباره آن بحث کرده اند .
- اهل سنت در دوره های اخیر نوشته هایی مستقل در این باب عرضه کرده اند چون؛ فلسفه الإسلام فی تشریح الحریم و الحمی و الارفاق (1) و نیز کتاب ها و مقاله هایی در باب «اقطاع» (2) و «حمی» (3) تدوین شده است، اما به زبان فارسی و از سوی عالمان شیعی اثری مستقل در دست نیست .

این رساله می‌کوشد تا زمینه‌ای برای توجه جدی فقیهان و دانشوران به این موضوع فراهم آورد.

در این نوشتار، مباحث در سه بخش عرضه می‌شود؛ نخست حکم وضعی و تکلیفی مترتب بر حریم بیان می‌شود، پس از آن تحلیلی گسترده از مفهوم و حد و مرز حریم ارائه می‌شود و در بخش پایانی به مباحثی چون اقطاع و حمی، که نوعی قرابت با حریم دارد، پرداخته می‌شود.

حکم حریم

مهم‌ترین حکمی که در حریم مورد توجه است، این است که برای صاحبش اولویت می‌آورد و جایز نیست در استفاده از آن مزاحمتی برای صاحب حریم ایجاد گردد. هم‌چنین، احیای حریم برای دیگران جایز نیست.

علامه حلی در این زمینه فرموده است:

و قد بینا أنه لا يجوز لأحدٍ إحياءه، لتعلق حق الغير به؛(1)

کسی حق احیای حریم را ندارد چون دیگران نیز در آن ذی‌حق‌اند.

حتی ایشان نسبت به کفار می‌فرماید:

و سبق أن الكفار، إذا صالحونا على أن البلدة لهم، كان عامرها ملكاً لهم، فلا يجوز لأحدٍ من

المسلمين إحياءها؛(2)

اگر با کفار این‌گونه مصالحه شود که شهر متعلق به آنان باشد، کشت‌زار آن شهر نیز در ملکیت

آن‌هاست، و کسی از مسلمانان حقّ آباد کردن آن را ندارد .

آن چه نقل شد نظر علّامه در مورد زمین‌های آباد بود، ولی در مورد اراضی موات نظر دیگری دارد و می‌فرماید:

و أمّا مواتها، فإن كان يذبون عنه، فهو من حریم تلك البلدة و مرافقها، فلا يجوز إحياءه؛(3)

زمین‌های موات همان شهر آباد، اگر به نحوی است که در هنگام بروز اختلاف از آن به دفاع بر می‌خیزند و در حقیقت آن را متعلّق به شهر می‌دانند، حریم شهر محسوب شده و کسی حقّ آباد کردن آن را ندارد .

امام خمینی(ره) می‌فرماید:

إذا كان الموات بالأصل حریماً لعامر مملوك، لا يجوز لغير مالكة إحياءه و إن أحياء لم يملكه؛(4)

اگر زمینی که موات بالاصل است حریم روستایی آباد و مملوک باشد، آباد کردن آن حریم برای غیر مالک جایز نیست .

از این کلام استفاده می‌شود که مالک می‌تواند حریم متعلّق به خودش را آباد کند، ولی دیگران نمی‌توانند حریم ملک او را احیا کنند، زیرا تجاوز به حقوق او به حساب می‌آید، و اگر کسی اقدام به احیا کند شرعاً مالک نیست .

مرحوم امام خمینی(ره) حکم زمین‌های اطراف خانه‌ها و مزارع احداث شده را این گونه بیان

می‌کند:

إِنَّ مَنْ أَحْيَى مَوَاتًا لِأَحْدَاثِ شَيْءٍ مِنْ دَارٍ أَوْ بَسْتَانٍ أَوْ مَزْرَعٍ أَوْ غَيْرِهَا، تَبِعَ ذَلِكَ الشَّيْءَ الَّذِي أَحْدَثَهُ
مِقْدَارَ مِنَ الْأَرْضِ الْمَوَاتِ الْقَرِيبَةِ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءِ الْحَادِثِ مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ؛ لِتَمَامِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ وَيَتَعَلَّقُ
بِمَصَالِحِهِ عَادَةً، وَيَسْمَى ذَلِكَ الْمِقْدَارَ التَّابِعَ حَرِيمًا لِذَلِكَ الْمَتَّبِعِ ..؛ (5)

اشخاصی که در زمینی اقدام به ساخت خانه و احداث مزرعه و باغ می کنند، زمین های اطراف
آنها هم تابع آنهاست .

یعنی چون احداث کننده خانه و مزرعه مالک آنها می شود در حقیقت اراضی پیرامون آنها نیز
حکم حریم را پیدا می کند که قهراً مالک خانه، مالک آن نیز می گردد .

شایان ذکر است که مالک خانه و مزرعه و امثال آن نمی تواند هکتارها از اراضی اطراف را به عنوان
حریم ملک به حساب آورد و تصاحب کند . بلکه همان طور که امام می فرماید، مقداری که انتفاع
و بهره بردن کامل از مزرعه و باغ و خانه بستگی به آن داشته باشد و عادتاً از مرافق آن زمین
به حساب آید را حریم باغ و مزرعه و مانند آن می نامند .

تحلیل مفهوم حریم

• تحلیل مفهوم حریم

1. حریم خانه

2. حریم روستا

• زمین هایی که مورد نیاز روستا نیست

• 3. حریم راه

• مفهوم مبتکر

• حد حریم راه خصوصی

• 4. حریم چاه

• 5. حریم چشمه

• 6. حریم دیوار

• 7. حریم نهر

• 8. حریم قنات

• فاصله بین دو قنات

• 9. حریم مرتع روستا

• مرتع و سکونت موقت

تحلیل مفهوم حریم

لغت نویسان حریم را این گونه معنا کرده‌اند:

بی‌بهره گردانیده شده و بازداشت شده، حرام شده که مس آن جایز نباشد، گرداگرد و پیرامون و

دور و بر. حریم خانه: پیرامون خانه از حقوق و مرافق و مقدار زمینی که فقط مالک خانه در

اختیار دارد و کسی را در آن سهمی نیست. (1)

مرافق: «محل ریزش آب و محل مورد نیاز خانه». (2)

از مجموع کلمات اهل لغت استفاده می‌شود که حریم به جوانب هر چیزی که نیاز به آن باشد گفته می‌شود؛ چه نیاز شخصی و چه عمومی .

عَلَّامَه حَلَّى در معنای آن گفته است :

الحریم إشارةً إلى المواضع القریبة التي یحتاج إليها لتمام الانتفاع، كالطریق و مسیل الماء، و مطرح التراب، و أشباه ذلك؛(3)

حریم به جاهای نزدیک هر چیز گفته می‌شود، جایی که بهره بردن کامل مردم از آن مورد نیاز باشد، مانند راه و مسیر آب و محل ریختن خاک و امثال آن .

حریم به طور کلی به حسب مقدار ذوالحریم مختلف است؛ مثلاً مقدار حریمی که یک باب منزل برای رفع نیاز ساکنان لازم دارد با حریمی که یک حلقه چاه بدان محتاج است متفاوت است . در این زمینه نظر امام خمینی (ره) را متذکر می‌شویم:

و یختلف مقدار الحریم زیاده و نقیصه باختلاف ذی الحریم، و ذلك من جهة تفاوت الأشياء فی المصالح و المرافق المحتاج إليها فما یحتاج الدار من المرافق بحسب العادة غیر ما یحتاج إليه البئر والنهر مثلاً، وهكذا باقی الأشياء؛(4)

حریم از جهت کوچک و بزرگ بودن ذوالحریم مختلف است، زیرا مصالح و منافع مورد نیاز هر چیزی با چیز دیگر متفاوت است؛ اگر آن چه احداث شده خانه باشد، مصالح و مرافقش به حسب عادت بیش تر است از مرافقی که یک چاه یا یک نهر محتاج آن است، و هم چنین چیزهای دیگر .

ایشان در دنبال این مبحث، حریم شهر را بسته به اختلاف عادت‌ها و رسوم متفاوت می‌دانند:
بل یختلف ذلك باختلاف البلاد والعادات أيضاً، فإذا أراد شخصٌ إحياء حوالی ما له الحریم،
لا يجوز له إحياء مقدار الحریم بدون إذن المالك ورضاه، وإن أحياء لم يملكه و كان غاصباً؛(5)
حریم از نظر بلاد و رسوم و عادات مردم هر شهری متفاوت است، پس اگر کسی بخواهد اطراف
جایی که دارای حریم است آباد کند، بدون رضایت مالک آن محل، حق آباد کردن آن را
نخواهد داشت. و اگر احیا کند مالک نیست، بلکه غاصب است.

صاحب منهاج پس از بر شمردن حریم منزل، دیوار، نهر، چاه، چشمه و روستا می‌گوید:

كل ذلك بمقدار حاجة أهل القرية بحيث لو زاحمهم مزاحم لوقعوا في ضيق و حرج؛(6)

آن چه درباره حریم بیان شد در حقیقت مقدار نیاز اهالی آن روستاست، به طوری که اگر برای
ساکنان روستا مزاحمتی فراهم شود در تنگنا و حرج قرار خواهند گرفت.

نظر مؤلف منهاج درباره حد حریم این چنین است:

و هي تختلف باختلاف سعة القرية و ضيقها و كثرة أهلها و قلتهم و كثرة مواشيتها و دوابها و قلتها

وهكذا؛(7)

حریم از جهت بزرگی و کوچکی روستا و زیادی و کمی جمعیت و گوسفندان و چهار پایان و
موارد دیگر، متفاوت است.

در این جا این پرسش مطرح می‌شود که آیا ضوابطی جز موارد مذکور وجود دارد یا نه؟ نظر ایشان

چنین است:

و ليس لذلك ضابطاً غير ذلك؛(8)

ضابطی برای حریم جز ضوابطی که گذشت، وجود ندارد .

و ليس لأحدٍ أن يزاحم أهاليها في هذه المواضع؛(9)

کسی نمی تواند در موضعی که بیان شد مزاحمتی برای اهالی روستا ایجاد کند .

از این رو، می توان گفت حریم، مقدار زمینی است که با منع اهالی از آن، دچار مشکل شوند، به

تعبیر دیگر حریم مقدار زمینی است که استفاده از ذوالحریم بدون آن با سختی مواجه است .

برای تبیین بیش تر موضوع، موارد حریم را یک به یک مورد تأمل و دقت قرار می دهیم .

1. حریم خانه

مرحوم علامه حلی می نویسد :

حریم الدار فی الموات مطرح ترابها و الرماد والكناسة و الثلج و قمامة المنزل و مسيل مياها؛(10)

حریم خانه در زمین موات احداث شده عبارت است از محل ریختن خاک و خاکستر و زباله و

برف انداز و خاکروبه خانه و آب راه های آن .

امام خمینی (ره) می فرماید :

حریم الدار مطرح ترابها و کناستها و رمادها و مصب مائها و مطرح ثلوجها و مسلک الدخول و

الخروج منها فی الصوب الذی یفتح إلیه الباب، فلو بنی داراً فی أرض موات تبعه هذا المقدار من

الموات من حوالیها، فلیس لأحد أن یحیی هذا المقدار بدون رضا صاحب الدار، و لیس المراد من استحقاق الممرّ فی قبالة الباب استحقاقه علی الاستقامة و علی امتداد الموات، بل المراد أن یبقی مسلک له یدخل و یدخل إلى الخارج بنفسه و عیاله و أضيافه و ما تعلّق به من دوابّه و أحماله و أثقاله بدون مشقّة بأی نحوٍ کان، فیجوز لغيره إحياء ما فی قبالة الباب من الموات إذا بقی له الممرّ ولو بانعطاف و انحراف ..؛ (11)

حریم خانه عبارت است از محل ریختن خاک، زباله، خاکستر، محل ریزش آب، برف انداز و آن مقدار زمینی که آن خانه برای رفت و آمد نیاز به آن دارد از همان سویی که در خانه واقع شده است. بنابراین، اگر کسی در زمین موات خانه‌ای بسازد مقداری از موات اطراف آن را به تبع مالک می‌شود و کسی نمی‌تواند بدون رضایت صاحب‌خانه این مقدار را آباد کند. منظور از آن چه گفته شد که، صاحب‌خانه در مقابل در ورودی خانه‌اش راه عبوری را مستحقّ است، این نیست که به خطّ مستقیم از روبه‌روی در تا آخر زمین موات، محلّ عبوری برای او اختصاص دهند، بلکه منظور این است که صاحب‌خانه و خانواده و میهمانان و متعلقاتش از حیوان سواری و احشام و چهارپایانش راهی داشته باشند که بدون مشقّت بتوانند آمد و شد کنند حال به هر نحوی که باشد، با خطّ مستقیم و یا با انحراف ..

مانند همین مطلب را صاحب منهاج الصالحین هم بیان کرده است. (12)

2. حریم روستا

پیش از بررسی مطالبی که در این زمینه آمده لازم است تعریفی برای حریم روستا بیان شود.

حریم روستا عبارت است از مقدار زمینِ مواتِ (اعمّ از مرتع و غیر آن) اطراف روستا که عرفاً مصالح و منافع روستا وابسته به آن است که در انتفاع و رفع نیازهای طبیعی مورد استفاده اهالی قرار گیرد به نحوی که اگر از استفاده آن منع شوند عادتاً به زحمت افتاده دچار مشکل شوند.

1. مرحوم علامه در تذکره می‌نویسد:

حریم القرى المحیة ما حوالیها، من مجتمع النادی و مرکز الخیل و مناخ الإبل و مطرح الرماد و السماد و سائر ما یعدّ من مرافقها، لا یجوز لأحدٍ إحیاءه و لا الاختصاص به لما فیہ من التضييق علی المسلمین و منع حقوقهم عنها؛ (13)

حریم روستاهای آباد شده عبارت است از آن چه که در اطراف روستا واقع شده مانند جایی که مردم در آن تجمع می‌کنند و یا محلّ رفت و آمد اسبان و شتران و محلّ ریختن خاکستر و فضولات و سایر چیزهایی که از مصالح و منافع روستا به حساب آید. کسی نمی‌تواند حریم روستا را احیا کند و به خود اختصاص دهد، زیرا باعث تضییق امر بر مسلمین و مانع حقوق آنان خواهد شد. شهید اول در مورد حریم روستا می‌فرماید:

و حریم القرية مطرح القمامة و التراب و الرمل و مناخ الإبل و مرتکض الخیل، و النادی و ملعب الصبیان و مسیل المیاه و مرعی الماشیة و محتطب أهلها بما جرت العادة بوصولهم إلیه، و لیس لهم

المنع مما يُعدّ من المرعى و المحتطب بحيث لا يطرقونه إلّا نادراً و لا المنع مما لا يضرّ بهمّ
يطرقونه، و لا يتقدّر حریم القرية بالصيحة من كلّ جانب، و لا فرق بين قري المسلمين و أهل الذمّة
في ذلك؛(14)

حریم روستا عبارت است از محلّ ریختن زباله و خاک و گل و جایگاه نگهداری شتران و اسبان و
محلّی که مردم در آن تجمع می نمایند و جایی که کودکان به بازی می پردازند و آبراه روستا و
محلّ چراگاه چهارپایان و جایی که مردم هیزم جمع آوری می کنند به مقداری که عادتاً به آن
دسترسی دارند . ساکنان روستا حقّ جلوگیری از استفاده غیراهالی و دیگران در چراگاه و محلّ
جمع آوری هیزم، که چندان بدان نیاز نداشته و گاه گاه مورد استفاده مردم است، را ندارند، و نیز
حقّ جلوگیری از چرانیدن و استفاده کردن دیگران، در صورتی که باعث زیان آنان نشود، را
ندارند . البته حدود حریم روستا را نمی توان به فاصله ای که صدای بلند به آن محلّ برسد محدود
نمود و تفاوتی بین روستاهای مسلمان نشین و اهل ذمّه وجود ندارد .

آن چه فقها در تحدید حریم روستا بیان نموده اند ذکر برخی از مصادیقی است که در رفع نیاز
ساکنان یک روستا در بدو امر به نظر می آید .

از این رو، با دقّت در کلمات آنان می توان گفت که مجموع مایحتاج مردم را ذکر نکرده اند و با
ذکر عبارت هایی چون «و ما شاکل ذلک» یا «أشباه ذلک» یا «غیر ذلک» برخی از نیازمندی های
مردم روستا را بیان کرده اند .

2. امام خمینی (ره) می فرماید:

القریة المبنیة فی الموات لها حریم لیس لأحد إحصاؤه، ولو أحياء لم یملکة و هو ما یتعلق بمصالحها و مصالح أهلها من طرقها المسلوكة منها و إليها و مسیل مائها و مجمع ترابها و کناستها و مطرح سادها و رمادها و مشرعها و مجمع أهلها لمصالحهم علی حسب مجری عادتهم و مدفن موتاهم و مرعى ماشیتهم و محتطبهم و غیر ذلك . و المراد بالقریة البیوت و المساکن المجتمععة المسکونة، فلم یثبت هذا التحريم للضیعة و المزرعة ذات المزارع و البساتین المتصلة الخالیة من البیوت و المساکن و السکنة . فلو أحدث شخص قنائة فی فلاة و أحيى أرضاً بسیطة بمقدار ما یکفیه ماء القنائة و زرع فیها و غرس فیها النخیل و الأشجار لم یکن الموات المجاور لتلك المحیاء حریماً لها، فضلاً عن التلال و الجبال القریبة منها، بل لو أحدث بعد ذلك فی تلك المحیاء دوراً و مساکن حتی صارت قریة کبیرة یشکل ثبوت الحریم لها، نعم لو أحدثها فی جنب المزرعة و البساتین فی أراضی الموات فالظاهر ثبوته لها، بل لا یبعد ثبوت بعض الحریم من قبیل مرعى الماشیة لها مطلقاً، كما أن للمزرعة بنفسها أيضاً حریماً و هو ماتحتاج إليه فی مصالحها و یكون من مرافقها من مسالك الدخول و الخروج و محل بیادرها و حظائرهما و مجمع سادها و ترابها و غیرها؛(15)

روستایی که در زمینی موات بنا شده حریم دارد، و کسی نمی تواند آن حریم را احیا کند، و اگر احیا نمود مالک نمی شود . این حریم عبارت است از مقدار زمینی که مصالح روستا و مصالح اهالی آن به او بستگی دارد از قبیل راه رفت و آمد روستا، مسیر سیل آب، جای ریختن زباله و خاکستر و

کود، میدان گاهی که محل اجتماع اهالی است به حسب عادت که دارند، قبرستان روستا، محل چرای احشام، محل انباشتن هیزم زمستان و کارهای دیگری که دارند. منظور از روستا، مجتمع مسکونی‌ای است که کنار هم ساخته شده و جمعیتی در آن ساکن باشد، پس شامل کشت‌زار و مزرعه نمی‌شود، و در نتیجه مزرعه که عبارت است از چند قطعه زمین زراعی و یا بستان‌های متصل به هم اما خالی از ساختمان و سکنه، چنین حریمی ندارد. بنابراین، اگر شخصی قناتی در بیابان حفر کند و زمینی را به مقداری که آب آن قنات بتواند مشروبش کند احیا نماید و در آن زمین با آب آن قنات مزرعه و نخلستان احداث و اشجاری غرس کند، موات مجاور آن زمین، حریم آن زمین نیست، چه رسد به تپه‌ها و کوه‌های نزدیک این زمین. حتی اگر بعد هم در این مزرعه خانه‌ها و اتاق‌هایی ساخته شود و به تدریج به صورت روستایی بزرگ درآید، مشکل است بگوییم زمین‌های موات اطراف روستا حریم چنین روستایی است. بلی اگر روستا، یعنی خانه‌ها، را در زمین موات مجاور مزرعه بنا کند ظاهراً حریم برایش ثابت می‌شود. بلی، بعضی از اقسام حریم از قبیل چراگاه احشام و مانند آن را برای این مزرعه می‌توان اثبات نمود. چنان که مزرعه هم برای خود حریمی دارد و آن عبارت است از مقدار زمینی که مزرعه در مصالحش محتاج به آن است؛ مصالحی از قبیل محل آمد و شد و خرمن‌گاه و باربند احشام و محل جمع‌آوری کود و زباله و غیر این‌ها.

3. در کتاب منهاج الصالحین نیز در این مورد آمده است:

حریم القریة ماتحتاج إلیه فی حفظ مصالحها و مصالح أهلها من مجمع ترابها و کناستها و مطرح
سمادها و رمادها و مجمع أهالیها لمصالحهم و مسیل مائها و الطرق المسلوكة منها و إلیها و مدفن
موتاهم و مرعی ماشیتهم و محتطبهم و ماشاکلَ ذلک؛ (16)

حریم روستا عبارت است از زمینی که برای حفظ مصالح آن روستا و مردم آن، مورد نیاز است؛
چون محل ریختن خاک و فضولات و کود و خاکستر، محل تجمع اهالی به خاطر مصالح ایشان،
مسیر سیل آب و آب آن، راه‌های ورودی و خروجی، گورستان، محل چراگاه گوسفندان، محل
جمع‌آوری هیزم و نظیر آن .

زمین‌هایی که مورد نیاز روستا نیست

با توجه به مطالبی که گذشت، حدود و حکم یک مسئله دیگر نیز روشن می‌شود، و آن زمین‌هایی
است که چرای حریم قرار گرفته ولی جزء حریم نیست .

از مطالب گذشته می‌توان نتیجه گرفت که اگر زمینی در نزدیک حریم باشد ولی از حریم

محسوب نشود، صاحب حریم بر آن زمین اولویتی ندارد و صرف نزدیک به زمین بودن برای او

حقی ایجاد نمی‌کند، چنان‌که امام خمینی (ره) به این مطلب اشاره می‌کند و می‌فرماید:

إن کان موات بقرب العامر و لم یکن من حریمه و مرافقه، جاز لكل أحد إحياءه و لم یختصَّ

بمالک ذلک العامر ولا أولویة له، فإذا طلع شاطئ من الشطِّ بقرب أرض محیاء أو بستان مثلاً کان

كسائر الموات، فَمَنْ سبق إلى إحيائه و حيازته کان له و لیس لصاحب الأرض أو البستان منعه؛ (17)

اگر در نزدیکی زمین آباد، زمین مواتی باشد که جزء حریم آن زمین نیست، هر کس می‌تواند آن

را احیا کند و این احیا مخصوص به مالک آن زمین آباد شده نیست، و حتی در احیای آن اولویت هم ندارد. بنابراین، اگر رودخانه‌ای از بستر سابقش منحرف شود و در نتیجه بین آن رودخانه و زمین احیا شده قطعه زمینی ظاهر شود، هر کس زودتر آن جا را آباد کند مالکش می‌شود و صاحب زمین احیا شده حق ندارد مانع کار او گردد.

شبهه مطلب مذکور در منهاج الصالحین نیز این گونه آمده است:

إِذَا لَمْ تَكُنْ الْمَوَاتِ مِنْ حَرِيمِ الْعَامِرِ وَمُرَافِقَهُ عَلَى النُّحُوِّ الْمُتَقَدِّمِ، جَازَ إِحْيَاؤُهَا لِكُلِّ أَحَدٍ، وَإِنْ كَانَتْ بِقَرْبِ الْعَامِرِ، وَلَا تَخْتَصُّ بِمَنْ يَمْلِكُ الْعَامِرُ وَلَا أَوْلِيَهُ لَهُ؛ (18)

اگر زمین موات، از حریم زمین آباد شده و مرافق و منافع آن به شمار نیاید، بنابر آن چه که قبلاً هم بیان شد، هر کس می‌تواند آن را احیا کند گرچه زمین موات در نزدیکی زمین آباد شده قرار گرفته باشد. این زمین مختص به مالک زمین آباد شده نیست، و حتی از اولویتی هم برخوردار نخواهد بود.

از مجموع کلمات فقها چنین نتیجه می‌گیریم که نکات زیر در تعیین حریم روستا نقش اساسی دارد:

1. جمعیت روستا و تعداد خانوار ساکن در آن؛
2. نوع و تعداد احشام متعارف و معمول روستا؛
3. موقعیت مکانی و جغرافیایی و حدفاصل روستای مجاور؛

4. نیازهای طبیعی ساکنان روستا از قبیل:

الف) تعداد مسکن؛

ب) راه رفت و آمد؛

ج) راه عبور و مرور احشام؛

د) محل ریختن زباله؛

ه) گورستان؛

و) غسل خانه؛

ز) محل تجمع مردم در مقاطع مختلف از قبیل جایگاه مخصوص خرید و فروش احشام و بازار

هفتگی، محل برگزاری مراسم مذهبی و غیره؛

ح) محل چرای معمولی احشام متعارف اهالی روستا؛

ط) آب ریزها مانند رودخانه‌ها، نهرها، چشمه‌ها و غیره؛

ی) و به طور کلی، هر چیز که مورد نیاز روستا و ساکنان آن باشد، مانند میادین ورزشی، و میادین

برگزاری مسابقات و مانند آن . (19)

3. حریم راه

محقق حلی (ره) می‌فرماید:

وحدّ الطريق لمن ابتکر ما یحتاج إلیه فی الأرض المباحة خمس أذرع وقیل سبع أذرع؛(20)

حدّ و حریم راه برای کسی که بخواهد در زمین مباحی راهی - که مورد نیاز باشد - بسازد، پنج ذرع است و هفت ذرع نیز گفته شده است .

صاحب جواهر در ذیل کلام محقق می نویسد:

.. متى أحتيج إلى الطريق في الأرض المباحة التي يراد إحيائها، فحدّه خمس أو سبع؛(21)

اگر نیاز به احداث راه در زمین مباحی که اراده احیای آن را کرده داشته باشد، حدّ و حریم آن راه پنج یا هفت ذرع است .

مفهوم مبتکر

صاحب جواهر از قول صاحب ریاض، «مبتکر» را این گونه تعریف می کند:

و في الرياض فسّر المبتكر بالملك المحدث في المباح من الأرض إذا تشاح أهله؛(22)

در ریاض، «مبتکر» این گونه تفسیر شده است: به ملکی که در زمین مباح ایجاد می شود در صورتی که بین اهالی زمین مباح اختلاف و نزاع وجود داشته باشد .

حد حریم راه خصوصی

در تعیین و تبیین حریم راه اختصاصی، بین فقها اختلاف است، در کتاب جواهر می نویسد:

و على كلّ حال فظاهر المصنّف اختيار الخمس، كالفاضل في بعض كتبه .. لكن عن الفخر نسبه

إلى كثير، بل عن حواشي الإرشاد نسبه إلى الأكثر .. للموثّق عن أبي عبدالله(ع) قال: إذا تشاح قوم

في طريق فقال بعضهم: سبع أذرع، و قال بعضهم: أربع أذرع، فقال أبو عبدالله(ع): «بل خمس أذرع .»

مؤيداً بما في المسالك من أصالة البراءة من الزائد؛(23)

آنچه از ظاهر کلام محقق حلّی به دست می‌آید این است که ایشان حریم راه را پنج ذراع اختیار نموده مانند مرحوم علامه حلّی در برخی از کتاب‌های فقهی خود، ولی از فخرالمحققین نقل شده که این قول را به بسیاری از فقها نسبت داده و در حواشی ارشاد این قول را به اکثر نسبت می‌دهد، و دلیل این مسئله، روایت موثقی از امام صادق (ع) است؛ هنگامی که جمعی در حد و حریم راه اختلاف و نزاع کردند و برخی گفتند که حد آن هفت ذراع است و برخی دیگر گفتند چهار ذراع، حضرت فرمود: «نه هفت و نه چهار بلکه پنج ذراع است».

پنج ذراعی که در روایت ذکر شده است تأیید می‌شود به آنچه که شهید در مسالک الافهام گفته که اصل، براءت از زاید باشد.

ولی در مقابل قول مذکور بعضی قائل به هفت ذراع شده‌اند، محقق حلّی (ره) پس از آن که حدّ حریم راه را پنج ذراع اختیار کرده می‌گوید:

«و قيل سبع أذرع؛ بعضی هفت ذراع گفته‌اند.» که از لحن این مطلب استفاده می‌شود خود ایشان این قول را نپذیرفته است.

صاحب جواهر مراد از قائل را این گونه توضیح می‌دهد:

والقائل الشيخ والقاضی والتقی والحلی و یحیی بن سعید و الفاضل فی جملة أخری من کتبه و

ولده و الشهیدان و الکرکی و غیرهم علی ما حکى عن بعضهم سبع أذرع.. لخبر مسمع عن

أبی عبدالله (ع): «الطریق إذا تشاحّ علیه أهله فحدّه سبع أذرع» و نحوه خبر السکونی و النبوی «إذا

اختلفتم فی الطريق فاجعلوه سبع أذرع .»؛(24)

قائلان به هفت ذراع، شیخ طوسی، قاضی ابن برّاج، تقی‌الدین ابوالصلاح حلبی، ابن ادريس حلی، یحیی بن سعید، علامه حلی در بعضی از کتاب‌هایش و فرزندش فخرالمحققین، شهید اول و دوم، محقق کرکی و غیر از اینان می‌باشند و دلیل این قول، خبر مسمع بن عبدالملک به نقل از امام صادق(ع) است که فرمود:

«راهی که صاحبان آن به خاطر حریم و حدّ آن اختلاف داشته باشند هفت ذراع است .» مانند این خبر، خبر سکونی و روایتی است که از پیغمبر اکرم(ص) نقل شده که فرمود: «هنگامی که در حدّ و حریم راه اختلاف پیدا کردید، حریم آن را هفت ذراع قرار دهید .»

به نظر شهیدثانی در مسالک هر دو قول صحیح است، ایشان در تبیین این دو قول می‌گویند:

و يمكن حمل اختلاف الروایات علی اختلاف الطرق؛ فإنّ منها ما یکفی فیہ الخمس، کطرق الأملاک، والتي لا تمرّ علیها القوافل و نحوه غالباً، و منها ما یحتاج إلى السبع، و قد یفرض احتیاج بعضها إلى أزيد من السبع - کالطریق التي یمرّ علیها الحاجّ بالکنائس و نحوها - فیجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة إلى الزائد علی المقدّر، أمّا التّقصان عنه فلا؛(25)

ممکن است اختلاف روایات را حمل بر اختلاف راه‌ها کنیم، چون در برخی از راه‌ها همان پنج ذراع کافی است، مانند راه‌های املاک شخصی و مسیرهایی که قافله‌ها عبور و مرور نمی‌کنند. ولی برخی از راه‌ها نیاز به هفت ذراع و بیش از آن دارد، مانند راه‌هایی که حاجیان در آن با کجاوه و

مانند آن عبور و مرور می کنند . به هر روی، لازم است رعایت مقدار نیاز بشود، و کم تر از مقدار مذکور جایز نیست .

در این مورد می توان گفت که صاحب مسالك خصوصیت پنج و هفت ذراع در روایات را حمل بر اختلاف راه ها کرده و سپس ملاك را مقدار رفع نیاز دانسته است .

شهید اول در دروس هفت ذراع را اختیار کرده و در این زمینه می نویسد:

و حریم الطريق فی المباح سبع أذرع لروایتی مسمع والسکونی، والقول بالخمس ضعیف؛ (26)
و حریم راه در زمین مباح هفت ذراع است، زیرا روایات مسمع و سکونی دلالت بر مطلب دارند و قول به پنج ذراع ضعیف است .

شهید اول می فرماید:

.. لو جعل المحيون الطريق أقلّ من سبع أذرع فلإمام إلزامهم بالسبع ..؛ (27)

اگر احیا کنندگان، راه را کم تر از هفت ذراع قرار دهند بر امام مسلمین است که آنها را ملزم کند تا هفت ذراع را به عنوان راه قرار بدهند .

از کلام شهید ثانی در مسالك می توان استفاده کرد که حکومت اسلامی هر مقدار از راه را به عنوان حریم لازم دانست که برای رفع نیاز مردم باشد می تواند مردم را ملزم به رعایت آن مقدار کند .

شهید اول در دروس می فرماید:

لا يزول حریم الطريق باستیجامها و انقطاع المرور علیها؛ لأنه يتوقع عوده، نعم لو استطرق المارة

غيرها و أدى ذلك إلى الإعراض عنها بالکلیة أمکن جواز إحياء الأولى ..؛ (28)

حریم راه با تبدیل شدن به نی زار و قطع عبور و مرور از آن از بین نمی رود، زیرا توقع بازگشت آن به حالت اولیه وجود دارد .

آری، چنان چه راه دیگری احداث شود و از راه اول اعراض شود می توان قائل به جواز احیای راه اولی برای هر که بخواهد احیا کند، شد .

شهیدثانی نیز در مسالک همین دیدگاه را پذیرفته است، ولی در مقابل آنها، صاحب جواهر(ره) نظری مخالف دارد و می نویسد:

والظاهر زوال حرمة الطريق باستیجامها و انقطاع المرور علیها، و إن توقع عودها؛ (29)

حریم بانی زار شدن، و قطع رفت و آمد، از حریم بودن خارج نمی شود، اگر چه توقع بازگشت راه به حالت اولیه اش باشد .

از نظر صاحب جواهر، عبور و مرور باید صورت بگیرد تا به عدم جواز احیا حکم شود .

البته این مسائل در صورتی است که حاکم اسلامی در این خصوص نظر یا قانونی نداشته باشد

و گرنه آنچه که حکومت نظر دهد ملاک عمل است و حاکم اسلامی و یا مؤمنان عادل می توانند

مانع کار کسانی شوند که این راهها را از صورت راه بودن خارج کرده و جزء املاک خویش قرار می دهند .

آن چه گفته شد مربوط به راه‌های عمومی است. در صورتی که اهالی روستا بخواهند راه مخصوص روستا را تغییر دهند و یا آن را تنگ‌تر کنند، می‌توان گفت چنین حقی برای آنها هست

در این خصوص شهید اول در دروس می‌فرماید:

لا فرق بین الطريق العام أو ما يختص به أهل قری أو قریه فی ذلك، نعم لو انحصر أهل الطريق فاتفقوا علی اختصاره أو تغییره أمکن الجواز، و الوجه المنع؛ لأنه لا ینفک من مرور غیرهم علیه - و لو نادراً؛ (30)

هیچ گونه تفاوتی بین راه‌های عمومی و راه‌هایی که برای استفاده روستایی احداث شده نیست. آری، اگر راه منحصر به یک روستا باشد و همه مردم محل از آن راه استفاده کنند، ممکن است قائل به جواز تغییر شویم تا تنگ‌تر گردد، گرچه در این صورت هم اگر قائل به عدم جواز شویم، موجه است، چون بالأخره این راه مورد استفاده دیگران هم - ولو به طور نادر - واقع خواهد شد. پس متعلق حق دیگران هم خواهد بود.

صاحب جواهر در این زمینه می‌فرماید:

و فيه أن الملك أو الحق لهم دون غیرهم، و الناس مسلطون علی أموالهم، نعم لا يجوز ذلك فی الطريق العام ..؛ (31)

اشکالی که به شهید هست این که این ملک و یا این حق، از آن مردم روستاست و دیگران

هیچ گونه حقی به آن نداشته و دلیل آن هم حدیث «الناس مسلطون علی أموالهم» است . چون از این حدیث، غیر از سلطه مردم بر اموال و دارایی، سلطه بر حقوق هم استفاده می شود، زیرا حق هم یک مرتبه ضعیف از مال است . آری، در راه های عمومی که همه مردم از آن استفاده می کنند تغییر جایز نیست .

4 . حریم چاه

یکی دیگر از مسائلی که فقها مطرح کرده اند، حریم چاه است که کلمات بعضی از آنان را نقل می کنیم . درباره حریم چاه در دو بخش بحث می شود :

1 . حریم خود چاه برای کمال بهره وری از آن؛

2 . حد فاصل بین دو چاه .

محقق حلّی می فرماید :

حریم بئر المَعْطِن اربعون ذراعاً؛(32)

حریم چاه مَعْطِن چهل ذراع است .

صاحب جواهر در ذیل کلام محقق می گوید :

المَعْطِن - بکسر الطاء - التي يستقى منها لشرب الإبل؛(33)

مَعْطِن به چاهی گفته می شود که برای آب دادن شتران از آن استفاده می شود . حریم چنین چاهی چهل ذراع است .

شایان ذکر است که چهل ذراع مذکور از چهار جانب چاه محاسبه می شود .

امام خمینی (ره) در این زمینه می گوید:

و حریم البئر ما تحتاج إليه لأجل السقي منها و الانتفاع بها من الموضع الذي يقف فيه النازح، إن كان الاستقاء منها باليد، و موضع الدولاب و مُتَرَدِّدُ البهيمة إن كان الاستقاء بهما و مصب الماء و الموضع الذي يجتمع فيه لسقى الماشية أو الزرع من حوضٍ و نحوه، و الموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منها من الطين و غيره لو اتفق الاحتياج إليه؛ (34)

حریم چاه آن مقدار زمینی است که مورد نیاز باشد در ارتفاع از آن چاه، یا به هر نحوی که برای آب دادن حیوانات معین کرده اند، یا حوض، یا استخری که بسازند تا آب در آن جمع شود جهت سیراب کردن گوسفندان، یا آبیاری مزارع، و نیز آن مقدار از زمین که پس از لای رویی قنات باید گل ها و آنچه از چاه بیرون آورده می شود آن جا ریخت .

از این کلام به خوبی استفاده می شود که معیار، نیاز و احتیاج چاه است؛ پس چهل ذراع که در روایات ذکر شده، منظور حدفاصل بین دوچاه است اگر در بعضی روایات تصریح شده به این معنا درباره روایات حریم مَعَطِن آورده نشده است .

قریب به سخنان امام خمینی (ره) در منهاج نیز نقل شده است . (35)

شهید اول نیز مانند محقق حلی می فرماید :

و حریم بئر المعطن - بكسر الطاء - أربعون ذراعاً، و هو ما يُسقى منها الإبل و شبهها؛ (36)

و حریم چاهی که شتر و مانند آن از آن آب داده می شوند چهل ذراع است .

مرحوم آیتالله سید احمد خوانساری حریم مذکور را به حدفاصل بین دو چاه تفسیر کرده اند:

و أمّا حریم بئر المعطن - بكسر الطاء - التي يستقى منها لشرب الإبل فقد حدّ بأربعين ذراعاً من كلّ

جانب على المشهور، و يمكن الاستدلال بما في الفقيه، روى أصحابنا أنّ حدّ ما بين بئر المعطن إلى

بئر المعطن أربعون ذراعاً .. مضافاً إلى خبر عبدالله بن الفضل المنجبر بما سمعت عن النبي (ص) «من

احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها لعطن ماشيته» و قویّ السكونی عن أبي عبدالله (ع) «قال

رسول الله (ص): ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعاً ..» و عن قرب الإسناد روى مثل

ذلك .. و في الفقيه «قضى رسول الله (ص) أنّ البئر حریمها أربعون ذراعاً لا يحفر إلى جنبها بئر آخر

لعطن أو غنم» و فی قبالها صحیح حمّاد بن عثمان المروى فی الكافي: سمعت الصادق (ع) يقول :

«حریم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها» قال: و فی رواية أخرى «خمسون ذراعاً، إلّا أن يكون إلى

عطن أو طريق فتكون أقلّ من ذلك إلى خمسة و عشرين ذراعاً». و خبر وهب بن وهب، عن جعفر

بن محمّد، عن أبيه (ع) أنّ علیّ بن أبي طالب (ع) كان يقول: «حریم البئر العادية خمسون ذراعاً إلّا أن

تكون إلى عطن أو إلى طريق، فيكون أقلّ من ذلك خمسة و عشرين ذراعاً». و الظاهر عدم العمل

بهما، و لم يظهر أنّ عدم العمل من جهة الطرح أو من باب التخيير ..؛ (37)

حریم چاهی که از آن برای شتران آب می کشند با چاه دیگر، بنابر مشهور بین فقها، از هر طرف

چهل ذراع است، و می توان برای اثبات این مطلب به روایتی که کتاب منّ لا يحضره الفقيه نقل

نموده استدلال کرد، که امام(ع) فرمود: «حدّ و حریم مابین دو چاهی که شتران از آن آب داده می‌شوند تا چاه دیگری که به همین منظور حفر گردیده، چهل ذراع است». علاوه بر خبر عبدالله بن فضل که ضعف آن نیز به آن چه از پیامبر(ص) نقل شده است، که فرمود: «از چهار جانب چهل ذراع را بدون کشت بگذارد تا هنگام آب دادن به حیوانات مشکلی پیش نیاید» و روایت قوی سکونی از حضرت صادق(ع) که فرمود: پیامبر اسلام(ص) فرمودند: «مابین چاه معطن تا چاه معطن دیگر چهل ذراع باید فاصله باشد» جبران می‌شود. از قربُ الإسناد نیز روایتی مانند همین نقل شده است. . . و نیز کتاب من لایحضره الفقیه روایتی به این مضمون نقل کرده که رسول گرامی اسلام(ص) حکم فرمود: «حریم چاه چهل ذراع است و کسی حقّ حفر چاه دیگر در کنار آن ندارد، هر چند چاه به خاطر سیراب نمودن شتر و یا گوسفند حفر شده باشد». در مقابل این روایات، خبر صحیحی است از حمّاد بن عثمان که مرحوم کلینی در کافی نقل کرده است، حمّاد می‌گوید: از امام صادق(ع) شنیدم که می‌فرمود: «حریم چاه عادی چهل ذراع اطراف آن است»، و در خبر دیگری آمده است که «حریم چاه عادی پنجاه ذراع اطراف آن است، مگر چاهی که برای آب دادن به شتر حفر گردیده و یا در کنار راهی واقع شده باشد که حریم آن را تا 25 ذراع نیز گفته‌اند». خبر دیگری از وهب بن وهب از جعفر بن محمد و ایشان از پدرش(ع) نقل می‌کند که فرمود: امیر مؤمنان علی(ع) همواره می‌فرمود: «حریم چاه عادی پنجاه ذراع است مگر این که این چاه برای شرب شتر حفر شده باشد و یا در کنار راهی واقع شده که در این صورت حریم آن 25

ذراع است» .

روشن است که فقها به مضمون این دوروایت فتوا نداده‌اند، و معلوم نیست که علت عمل نکردن

فقها به خاطر طرح دو خبر مذکور بوده یا از باب تخییر؟

یادآوری این نکته لازم است که فقها برای چاه، حریم دیگری را هم بیان نموده‌اند که برخی از

آنها را نقل می‌کنیم:

امام خمینی (ره) می‌فرماید :

لكلّ من البئر و العين و القنّاء - أعتى بئرها الأخيرة التي هي منبع الماء و يقال لها بئر العين و أمّ الآبار

- و كذا غيرها إذا كان منشأ للماء حریم آخر بمعنى آخر، و هو المقدار الذي ليس لأحد أن يحدث

بئراً أو قنّاءً أخرى فيما دون ذلك المقدار بدون إذن صاحبهما، بل الأحوط لحاظ الحریم كذلك

بين القنّاتين مطلقاً و إن كان الجواز في غير ما ذكر أشبه و هو في البئر أربعون ذراعاً إذا كان حفراً

لأجل استقاء الماشية من الإبل و نحوها منها، و ستون ذراعاً إذا كان لأجل الزرع و غيره . فلو أحدث

شخص بئراً في موات من الأرض، لم يكن لشخصٍ آخر إحداث بئرٍ أخرى في جنبها بدون إذنه بل

ما لم يكن الفصل بينهما أربعين ذراعاً أو ستين فما زاد على ما فصلّ ..؛ (38)

در هر یک از چاه و چشمه و قنات - البته آخرین چاه قنات که محل جوشش آب است و

اصطلاحاً آن را چاه چشمه یا مادر چاه می‌گویند- و هم چنین رشته چاه‌های دیگر که از آنها آب

می‌جوشد، کسی حق ندارد در آن حریم، چاه یا قنات جدید احداث کند، مگر این که صاحب

چاه موجود اجازه بدهد، بلکه احوط آن است که رعایت حریم را در بین دو قنات بکنند چه آن حلقه‌ها که منشأ آب است و چه غیر آن‌ها؛ هر چند جواز حفر قنات در کم‌تر از حریم اقرب است. این حریم در چاهی که به منظور آب دادن به احشام حفر شود، چهل ذراع است و اگر به منظور آبیاری زراعت و غیر آن حفر شده شصت ذراع است.

بنابر آن چه گفته شد، اگر کسی چاهی در زمین موات احداث کرد هیچ کس حق حفر چاه جدید در کنار آن چاه ندارد مادامی که فاصله کم‌تر از چهل یا شصت ذراع یا بیش‌تر باشد بنابر تفصیلی که ذکر شد.

صاحب جواهر نیز در این باره می‌نویسد:

البئر الذی یستقی علیه مزرع و غیره ستون ذراعاً، فلا یجوز لأحد إحياء المقدار المزبور بحفر بئر
أخرى أو غیره كزرع أو شجر أو نحوهما؛ (39)

چاهی که برای آب دادن به زراعت و غیر آن حفر می‌گردد حریم آن شصت ذراع است و کسی نمی‌تواند در این مقدار چاه دیگر احداث کند یا احیا کند چه با زراعت و کشت و یا با درخت کاری و امثال آن.

شهید اول در دروس فرموده است:

وقال ابن الجنید: حریم بئر الناضح قدر عمقها ممرّاً للناضح .. وهذا الحریم مستحقّ، سواء كانت
البئر و العین مختصّة أو مشترکة بین المسلمین؛ (40)

ابن جنید گفته است: حریم چاهی که برای آبیاری زراعت حفر شده به اندازه گودی چاه است تا آب دهنده بتواند در اطراف آن عبور و مرور کند. . و این حریم حقّ چنین چاهی است. در این جهت فرقی نیست بین این که مالک چاه و چشمه، شخص باشد یا از اموال عمومی باشد.

ماده 137 قانون مدنی نیز می گوید: «حریم چاه برای آب خوردن بیست گز و برای زراعت سی

گز است که متناسب با چهل و شصت ذراع است». (41)

خلاصه این که چاه دارای دو حریم است :

1. مقداری که برای انتفاع و استفاده کردن از آن مورد نیاز است؛

2. اندازه‌ای که کسی حقّ احداث چاه دیگر در آن ندارد که به حسب اختلاف نحوه استفاده بردن از چاه متفاوت است.

5. حریم چشمه

چشمه نیز دارای حریم است که باید مورد توجه قرار گیرد:

محقق حلّی در شرایع می نویسد :

.. و العین ألف ذراع فی الأرض الرخوة و فی الصّلب خمساً ذراع، و قیل حدّ ذلک أن لا یضّرّ

الثانی بالأوّل، و الأوّل أشهر؛ (42)

حریم و حدفاصل دو چشمه در زمین سست، هزار ذراع و در زمین محکم پانصد ذراع است و گفته شده حدّ و حریم چشمه آن مقداری است که چشمه دوم به اولی زیان نرساند، ولی قول اول بین

فقها مشهورتر است .

شهید اول در دروس می گوید:

و حریم العین ألف ذراع فی الرخوة، و خمسماء فی الصلبة، فلیس للغیر استنباطُ عین أُخری فی هذا
القدر؛(43)

حریم چشمه در زمین سست، هزار ذراع و در زمین سخت پانصد ذراع است که دیگری نمی تواند
چشمه‌ای در این مقدار از حریم حفر کند .

امام خمینی(ره) می فرماید:

و حریم العین ماتحتاج إليه لأجل الانتفاع بها أو إصلاحها و حفظها علی قیاس غیرها؛(44)
حریم چشمه، مقدار زمین اطراف آن است که برای بهره‌برداری و حفظ و لای‌روبی آن، نیاز است
مرحوم علامه حلی نیز در تذکره می نویسد :

حریم العین فی الأرض الصلبة خمسماء ذراع و فی الرخوة ألف ذراع، فإذا حفر إنسانُ عیناً فی أرض
الموات الصلبة و أراد غیره حفر أُخری، تباعد عنه بخمسماء ذراع، و إن كانت رخوة تباعد بألف
ذراع عند علمائنا و هو قریب من قول أبی حنیفه؛ لأنه جعل حریم العین خمسماء ذراع، و أطلق و
لم یفصل الأرض إلى الرخوة و الصلبة؛(45)

حریم چشمه در زمین سخت، پانصد ذراع و در زمین سست، هزار ذراع است . پس اگر شخصی
چشمه‌ای را در زمین مواتِ سخت حفر کند و دیگری بخواهد چشمه دیگری در نزدیکی آن حفر

کند به اندازه پانصد ذراع باید دورتر باشد، و اگر زمین، سست و غیر محکم باشد باید به مقدار هزار ذراع دورتر از چشمه اول حفر شود. این فتوای علمای ماست. در میان فقهای سنت نیز ابوحنیفه، قریب به این نظر فتوا داده است، ایشان حریم چشمه را پانصد ذراع می‌داند و کلام او مطلق است و تفصیلی در مورد سخت و سست بودن زمین نداده است.

صاحب ایضاح الفوائد هم می‌گوید:

و العين ألف في الرخوة و خمسمائة في الصلبة؛ (46)

حریم چشمه در زمین سست هزار ذراع و در زمین سخت پانصد ذراع است.

6. حریم دیوار

برای دیوار نیز فقها حریم قائل شده‌اند، محقق حلی در شرایع می‌نویسد:

و حریم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه نظراً إلى إمساس الحاجة إليه لو استهدم؛ (47)

حریم دیوار در زمین مباح، مقدار زمینی است که صاحب دیوار برای ریختن خاک و مصالح ساختمانی (هنگامی که دیوار خراب شود و نیاز به ترمیم داشته باشد) به آن احتیاج دارد.

صاحب جواهر در ذیل کلام محقق حلی می‌گوید:

بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة عندنا مشعراً بدعوى الإجماع عليه؛ (48)

خلافی در این مسئله بین فقها وجود ندارد، بلکه علامه حلی در تذکره ادعای اجماع نموده است.

امام خمینی (ره) نیز در تحریر می‌گوید:

و حریم الحائط، لو لم یکن جزء من الدار، بأن کان مثلاً جدار حصار او بستان أو غیر ذلك مقدار

ما یحتاج إلیه لطح التراب و الآلات و بلّ الطین لو انتقض و احتاج إلی البناء و الترمیم؛ (49)

حریم دیوار چنانچه جزئی از خانه به حساب نیاید بلکه دیوار قلعه یا باغ و یا غیر آن باشد، مقدار

زمینی است که صاحب خانه بتواند برای تجدید بنا و یا تعمیر دیوار، خاک و مصالح ساختمانی

بریزد و گل تهیه کند. ولی چنانچه دیوار متعلق به خانه باشد، حریم دیوار جدای از حریم خانه

نخواهد بود.

صاحب ایضاح الفوائد نیز شبیه همین نظر را دارد و می نویسد:

و حریم الحائط فی المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم؛ (50)

حریم دیوار در زمین مباح، مقدار معینی است که صاحب دیوار برای ریختن خاک نیاز داشته باشد

که اگر دیوار فروریخت بتواند تجدید بنا کند.

شهیدثانی در مسالک در ذیل عبارت محقق حلّی (ره) می نویسد:

خصّ التراب بالذکر نظراً إلی کون الحائط منه غالباً، و إلاً فالمعتبر مطرح لآلته من حجر و تراب و

غیرهما، و قید الحریم بکونه فی المباح للاحتراز من الحیطان الکائنه فی الأملاک المجاوره فلا حریم

لها...؛ (51)

این که محقق حلّی مقدار حریم دیوار را محل ریختن خاک بیان کرده به خاطر این است که دیوار

غالباً از همان خاک ساخته شده و آلاً آن چه حریم دیوار گفته می شود محلی است که بتوان ابزار و

مصالح مانند سنگ و خاک و غیر آنها را در آن ریخت .

اما این که محقق حلی حریم دیوار را مقید کرد که در زمین مباح باشد، به خاطر احتراز از دیواری است که در جوار املاک دیگران کشیده می شود و قهراً برای این گونه دیوارها حریم وجود ندارد .

صاحب منهای الصالحین در این مورد می گوید:

حریم حائط البستان و غیره مقدار مطرح ترابه والآلات والطين والجصّ إذا احتاج إلى الترميم والبناء؛(52)

حریم دیوار باغ و امثال آن، مقدار زمینی است که برای ریختن خاک و آلات و ابزار و گل و گچ مورد نیاز باشد، که اگر دیوار نیاز به ترمیم داشته باشد جهت بنای آن، مورد استفاده قرار می گیرد .

7. حریم نهر

در مورد حریم نهر، امام خمینی (ره) می فرماید:

و حریم النهر مقدار مطرح طینه و ترابه إذا احتاج إلى التنقیة و المجاز علی حافتیه، للمواظبة علیه و لإصلاحه علی قدر ما یحتاج إليه ..؛(53)

حریم نهر آن مقدار زمینی است که هنگام لای روبی بتوان گل کف نهر را در آن ریخت و نیز در دو طرف نهر بتوان رفت و آمد کرد که هرگاه نهر نیاز به اصلاح داشته باشد بتوان از آن استفاده نمود .

علامه در تذکره می گوید:

و أمّا النهر فحریمه مقدار ترابه و المجاز علی حافتیه؛(54)

حریم نهر مقداری است که برای ریختن خاک و رفت و آمد در دو طرف نهر مورد نیاز باشد .

شهید اول در دروس می نویسد:

و حریم الشرب مطرح ترابه و المجاز علی حافتیه؛(55)

حریم نهر مقداری است که برای ریختن خاک و رفت و آمد در دو طرف نهر لازم است .

«شرب» در عبارت دروس به معنای نهر و قنات است، چنانچه شهید ثانی در مسالک به این معنا

تصریح کرده و می گوید:

و حریم الشرب، و المراد بالشرب هنا النهر و القناه و نحوهما ممّا یجری فیہ الماء، فإنّ حریمه مقدار

ما یطرح فیہ ترابه إذا احتیج إلى إخراجہ فیہ و مشی مالکة علی حافتیه للانتفاع به و لإصلاحه، إمّا

فوق التراب المرفوع أو بدونه علی قدر ما یحتاج إليه الحال عادة؛(56)

مراد از کلمه شرب در این جا، نهر و قنات و مانند آن است؛ یعنی جایی که در آن آب جاری

می شود . بنابراین، حریم نهر مقدار زمینی است که هنگام لای رویی نهر در صورت نیاز و اصلاح

بتوان خاک آن را در آن زمین ریخت و مالک نهر بتواند برای استفاده از آن نهر در کنار آن رفت

و آمد کند . چه عبور و مرور از روی خاکها باشد یا این که اصلاً در دو طرف خاکی نباشد که

مورد استفاده قرار گیرد، و هر کدام از این دو حریم جداگانه ای ندارند .

8 . حریم قنات

حریم قنات همراه حریم نهر ذکر می‌شود و همان‌گونه که قبلاً نیز بیان کردیم معمولاً برای نهر و قنات و مانند این دو از کلمه شرب استفاده کرده و حریم قنات را همان حریم نهر دانسته‌اند .
از این رو، با توجه به تعاریف و حدودی که برای حریم نهر بیان شد لازم نیست در قنات به‌طور جداگانه بحث شود .

فاصله بین دو قنات

در ذیل حریم قنات نکته‌ای باقی می‌ماند که باید روشن شود، و آن اعتبار فاصله بین دو قنات است . با نگاهی به کلام امام خمینی (ره) این مسئله نیز به خوبی روشن می‌شود؛ ایشان می‌گویند:

اعتبار البعد المزبور فی القنات إنما هو فی إحداث قناتٍ أُخرى كما أشرنا إليه آنفاً، و أما إحياء الموات الذى فى حوالیها لزرى أو بناءٍ أو غیرهما فلا مانع منه، إذا بقى من جوانبها مقدار تحتاج للزرى أو الاستقاء أو الإصلاح و التنقیة و غیرها ممّا ذکر فى مطلق البئر، بل لا مانع من إحياء الموات الذى فوق الآبار و ما بینها إذا أبقى من أطراف حلقها مقدار ما تحتاج إليه لمصالحها، فليس لصاحب القنات المنع عن الإحياء للزرى و غیره فوقها إذا لم یضرّ بها؛ (57)

اعتبار فاصله مزبور بین دو قنات منحصر به جایی است که کسی بخواهد در جوار قنات شخصی، قنات دیگری احداث کند، اما اگر بخواهد زمین اطراف قنات را برای زراعت یا خانه‌سازی و دام‌داری احیا کند رعایت آن فاصله لازم نیست، تنها از اطراف قنات باید حریمی که قنات در

لای رویی و آب کشی و اصلاح نیاز به آن دارد در نظر بگیرد، و مانعی نیست از این که زمین های بالای قنات و مابین قنات را (با رعایت حریم در اطراف حلقه چاه های آن به مقداری که چاه ها نیاز دارد) احیا کند. پس اگر کسی دست به احیای چنین زمین هایی بزند صاحب قنات نمی تواند مانع کار او شود، با فرض این که کار او هیچ ضرری به قنات نداشته باشد.

باز ایشان در عبارت دیگری در همین مورد می گوید:

قد مرَّ أنَّ التَّبَاعِدَ الْمَزْبُورَ فِي الْقَنَاةِ إِنَّمَا يَلَاظُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْبُئْرِ الَّتِي تَكُونُ مَنبِعَ الْمَاءِ أَوْ مَنشَأَهُ، وَأَمَّا الْآبَارُ الْآخَرُ الَّتِي هِيَ مَجْرَى الْمَاءِ فَلَا يِرَاعَى الْفَصْلَ الْمَذْكُورَ بَيْنَهَا، فَلَوْ أَحْدَثَ الثَّانِي قَنَاةً فِي أَرْضِ صُئْبَةٍ وَكَانَ مَنبِعُهَا بَعِيداً عَنِ الْمَنبِعِ الْأَوَّلِيِّ بِخَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ ثُمَّ تَقَارَبَ فِي الْآبَارِ الْآخَرِ الَّتِي هِيَ مَجْرَى الْمَاءِ إِلَى الْآبَارِ الْآخَرَ لِلْآخَرِ إِلَى أَنْ صَارَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهَا عَشْرَةُ أَذْرَعٍ مَثَلًا، لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الْأَوَّلِيِّ مَنَعُهُ، نَعَمْ لَوْ فَرضَ أَنَّ قَرَبَ تِلْكَ الْآبَارِ أَضْرُتْ تِلْكَ الْآبَارِ مِنْ جِهَةٍ جَذِبَهَا لِلْمَاءِ الْجَارِي فِيهَا أَوْ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى تَبَاعَدَ بِمَا يَنْدَفِعُ بِهِ الضَّرْرُ؛ (58)

پیش تر گفتیم فاصله مزبور، که رعایتش بین دو قنات معتبر است، تنها نسبت به حلقه هایی است که آب دهی دارند، از مادرچاه گرفته تا بقیه حلقه هایی که منشأ آب اند. اما حلقه های دیگر که صرفاً جنبه کانال برای جریان آب دارد، رعایت این فاصله در آنها لازم نیست، پس چنانچه صاحب قنات دوم، مادرچاه و حلقه های آب ده خود را در زمین سخت در فاصله پانصد ذراع حفر کرده ولی حلقه های دیگر قناتش این فاصله را ندارند، بلکه فاصله حلقه های دوم با حلقه چاه های اول

مثلاً ده ذراع باشد، صاحب قنات اول نمی تواند مانع او شود. چون قنات دومی آب قنات اول را نمی کشد. آری اگر فرض شود که حلقه های پایین قنات اگر در کم تر از آن فاصله حفر شود، آب قنات قبلی را به سوی خود می کشد (به خاطر این که مثلاً قنات دوم پایین تر و عمیق تر از قنات اول است) و یا فاصله داشته باشد که این ضرر پیش نیاید.

از مجموع کلمات فقها می توان چنین نتیجه گرفت که قنات نیز مانند سایر چیزهای دیگر از قبیل خانه، نهر، چشمه، روستا، چاه، دیوار و غیره حریم دارد و حدود حریم آن باید رعایت گردد.

9. حریم مرتع روستا

از مسائل دیگری که باید مورد بحث قرار گیرد و حدود آن تبیین شود مسئله مرتع و حریم بودن آن است، فقها درباره عنوان مزبور مطالبی را بیان نموده اند، ولی قبل از تبیین مطالب آنان توجه به این نکته ضروری است که حریم مرتع پس از نیازهای واقعی روستا به مواردی که سابقاً در بحث تشخیص حریم روستا اشارت رفت، از قبیل راه آمد و شد روستاییان، راه عبور و مرور احشام، محل ریختن زباله، قبرستان، غسل خانه، محل تجمع مردم در مقاطع گوناگون، محل فروش احشام، بازار هفتگی، محل برگزاری مراسم مذهبی، آب ریزها و مسیل ها، میادین ورزشی و غیره، شروع می شود.

بنابراین، اطلاق مرتع به اراضی و دشت هایی که در اطراف روستا واقع شده، جهت بر آورده شدن نیاز روستاییان به چراگاه دام است. از این رو، اگر روستایی از داشتن مرتع محروم گردد ساکنان

آن با توجه به داشتن دام‌های گوناگون به مشقت افتاده و نگران وضعیت تعلیف احشام خویش می‌شوند، زیرا بخشی از علوفه دام‌هایشان را از دشت‌های اطراف روستا تأمین می‌کنند. وانگهی روستایی نیاز به مرتع دارد و باید مرتع به عنوان حریم به حساب آید، زیرا روستاییان علاوه بر کارها و فعالیت‌های دیگر، جهت تأمین معاش خود، اقدام به نگهداری و پرورش چند دام هم می‌کنند. برخی مطلب مزبور را این گونه تحریر کرده‌اند که: حریم مرتع برای روستاهایی است که شغل آنان دام‌داری نیست بلکه معمولاً تعداد چند رأس در منزل نگهداری می‌کنند و مرتع را جهت چرای آن‌ها قرار داده‌اند. در جای دیگر در همین زمینه گفته شده: اگر در همین روستا کسانی باشند که تعداد دام آن‌ها از حد معمول تجاوز کند، حق استفاده از حریم مرتع برای چرای دام خود ندارند.

علامه در تذکره می‌نویسد:

و أمّا مرعى البهائم، ففی کونه من حریمها نظر؛ (59)

در این که چراگاه حیوانات جزء حریم روستا باشد اشکال است.

امام خمینی (ره) هم در این مورد می‌گوید:

حدّ المرعى الذی هو حریمٌ للقریة و محتطبها مقدار حاجة أهالیها بحسب العادة بحيث لو منعهم مانع

أو زاحمهم مزاحم لوقعوا فی الضیق و الحرج، و یختلف ذلك بکثرة أهالی و قلتهم، و کثرة

المواشی و الدوابّ و قلتها، و بذلك یتفاوت المقدار سعةً و ضیقاً، طولاً و عرضاً؛ (60)

حدّ مرتع و چراگاه که حریم روستا و جای نهادن سوخت تنور آن قریه است، آن مقدار زمینی است که اهل روستا به حسب عادت بدان نیازمندند به طوری که اگر مزاحمی جلو آنان را از این مقدار زمین بگیرد در مضیقه و حرج قرار خواهند گرفت و معلوم است که این حریم بر حسب اختلاف روستاها از نظر جمعیت مختلف است؛ یک روستا حریمش کم و یکی زیاد است، چون احشام و حیواناتشان زیادتر است و به همین جهت مقدار حریم و طول و عرض آن هم مختلف می شود .

مرتع و سکونت موقت

با توجه به مطالب حضرت امام (ره)، تبیین یک مسئله و پاسخ آن ضروری است، و آن این که سکونت موقت برخی از قبایل و عشایر که در فصلی از فصول سال برای چرای دام خود به بعضی نقاط عزیزت می کنند و مدتی در آن محل ساکن می شوند، آیا حکم روستای مسکونی دارد یا نه؟ به عبارت دیگر آیا جایی که در فصلی از فصول سال مورد استفاده دام عشایر قرار می گیرد نیاز به مرتع دارد یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش می توان گفت که نیاز به مرتع نیست، بلکه در فصل «چرا» هر که زودتر به آن مکان عزیزت نمود، می تواند از آن استفاده کند، مگر این که منطقه ای را کسی از حکومت اسلامی برای مدتی به منظور تعلیف احشام خود اجاره کرده باشد، که در این صورت بهره وری دیگران از زمین مورد اجاره صحیح نیست . مناسبات حریم

• مناسبات حریم

1. • قرقگاه (جمی)

• جمی، حریم و فرق بین آنها

2. • اقطاع

• کیفیت واگذاری

• پس گرفتن اقطاع

• حدود و قلمرو اقطاع

• اقطاع در اراضی خراج

3. • آب‌های طبیعی

مناسبات حریم

برای تکمیل بحث حریم، در سه موضوع که به نوعی با مسئله حریم ارتباط دارد درنگی خواهد

شد: قرقگاه و جمی؛ اقطاع؛ آب‌های طبیعی .

1. قرقگاه (حمی)

یکی از عناوینی که با مبحث حریم مناسبت دارد و باید مورد بررسی قرار گیرد، قرقگاه یا به تعبیر روایات «حمی» است .

در این که ما در اسلام عنوانی به نام «حمی» داریم و احکامی دارد جای بحث نیست . چگونه می توان گفت که اسلام، که در هر حال مصالح مسلمین و آن چه را در مصالح آنان مداخلیت دارد، مورد بررسی قرار داده و به آن اهتمام ورزیده، ولی مسئله قرقگاه و «حمی» را مسکوت گذاشته است!

در حالی که در برخی از روایات به آن اشاره شده؛ مثلاً در روایتی آمده است: «هر حکومتی دارای قرقگاه است و قرقگاه خدا معاصی است» چنانچه کسی گوسفندان را در نزدیک قرقگاه بچراند خود را در قرقگاه قرار داده و قرقگاه معاصی، امور مشتبه است که مشخص نیست حلال است یا حرام، و کسی که امور مشتبه را مرتکب شود خود را به گناه نزدیک کرده و از راهی که نمی داند، وارد گناه خواهد شد .

از لحن این روایات استفاده می شود، اصل بودن قرقگاه قابل انکار نیست .

«حمی» از نظر لغت و برداشت عرفی به مقدار زمینی گفته می شود که شخص حقیقی مثل رئیس قبیله یا حقوقی مثل حکومت، برای مصالح عمومی اختصاص دهد و به دیگری اجازه ندهد از آن استفاده کند، البته لازم نیست قرقگاهی به منظور بهره وری باشد، چون ممکن است یک منطقه که

مرتفع عمومی است و محلّ تعلیف احشام است در اثر استفاده بی‌رویه تخریب شده باشد، و به صورت زمین لم یزرع در آمده باشد که موجب خیزش سیل‌های موسمی گردیده و خسارت بسیاری را برای کشور یا مردم در پی داشته باشد، از این رو، حکومت، آن محل را برای مدتی قرق خواهد کرد و به هیچ کس حق بهره برداری نمی‌دهد تا مجدداً به حال اول برگردد.

با توجه به نکته‌ای که گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که اگر در روایات یا فتاوای فقها «حمی» به

شخص رسول خدا(ص) و یا به امام معصوم(ع) اختصاص داده شده، به این معنا نیست که از مختصات شخصی پیامبر(ص) است، بلکه چون آن حضرت در رأس حکومت قرار گرفته، برای مصالح مسلمین و حفظ اموال عمومی، خداوند این حق را به او تفویض کرده، و در زمان امام معصوم(ع) به امام معصوم و در دوران غیبت، به ولی فقیه که از جانب امام معصوم(ع) به عنوان ولی امر مسلمانان منصوب گردیده، محوّل شده است.

البته از ظاهر کلمات برخی از فقها استفاده می‌شود که این حق از مختصات شخص پیامبر یا امام است.

محقق حلی در شرایع می‌گوید:

و للنبی(ص) أن یحمی لنفسه و لغيره من المصالح، کالحمی لنعم الصدقة، و کذا عندنا لإمام الأصل، و لیس لغيرهما من المسلمین أن یحمی لنفسه، فلو أحياء محی لم یملکه مادام الحمی مستمراً، أو حماه النبی(ص) أو الإمام لمصلحة فزالت، جاز نقضه، و قيل: ما یحمیه النبی(ص) خاصّة، لا یجوز

نقضه؛ لأنّ حماه كالنص؛(1)

یکی از مختصات رسول خدا(ص) و امام معصوم در نزد امامیه، اختصاص دادن زمین است به عنوان قرقگاه؛ چه برای شخص خود این حق را قرار دهد، یا برای رعایت مصالح امت. بنابراین، اگر کسی قرقگاهی را احیا کند مالک آن نمی‌شود، بلکه اگر شخص رسول اکرم یا امام معصوم قرقگاهی را برای مصلحتی تعیین کرده باشند ولی دیگر رعایت آن مصلحت لازم نباشد (مانند مثالی که قبلاً گفته شد) در این صورت شکستن قرقگاه و استفاده کردن از آن جایز است.

ظاهر کلام محقق حلی اختصاص این حقّ به شخص رسول اکرم(ص) است ولی جمله «أولغیره من المصالح» می‌فهماند که اساس این مسئله رعایت مصالح است و به شخص رسول اکرم سپرده شده، چون او ولیّ امر مسلمین است. بلکه از نظر مرحوم محقق می‌توان این جهت را استظهار کرد که رسول اکرم(ص) برای شخص خود این حقّ را قرار داده است و بعضی از فقها گفته‌اند آن چه رسول اکرم برای شخص خود حمی قرار دادند قابل نقض نیست، چون عمل پیامبر مانند دلیل است که نصّ در یک معنا باشد و قول به جواز نقض، اجتهاد در مقابل نصّ است.

صاحب جواهر در استدلال بر فتوای مرحوم محقق به عدم خلاف و اجماع تمسّک کرده است؛ لاجلاف را خود ایشان می‌گوید، اما اجماع را به شیخ در مبسوط و علامه در تحریر و شهید ثانی در مسالک نسبت داده است. در مقابل، کسانی قائل به جواز نقض شده و گفته‌اند: نقض حمای رسول اکرم(ص) هم جایز است و مرحوم علامه و شهیدین و محقق ثانی، بنابه نقل جواهر، استدلال

می کنند و می گویند دلیل این حکم دو چیز است: 1. اصالة الحلّ و الجواز؛ 2. عمومات و اطلاقات ادله .

مرحوم علامه در تذکره در تعریف حمی و تعیین حامی می فرماید :

و المراد من الحمی أن یحمی بقعه من الموات لمواشی بعینها و لایمنع سائر الناس من الرعی فیها، و الحمی قد کان لرسول الله لحامی نفسه أو للمسلمین لما روی عن رسول الله أنه قال: «لا حمی إلا لله و لرسوله» و لکنه لم یحم لنفسه و إنما حمی النقیع لإبل الصدقة و نعم الجزیه و خیل المجاهدین فی سبیل الله . و عندنا أن للإمام أن یحمی لنفسه و لإبل الصدقة و نعم الجزیه و خیل المجاهدین علی حدّ ما کان للنبی (ص)، و أمّا غیرهما من آحاد المسلمین فلیس لهم أن یحموا لأنفسهم و لا لغيرهم لقوله (ص): «لا حمی إلا لله و لرسوله» و إنما قصد به النبی (ص) منع العامّة من الحمی أو ذلك لأنّ الزبیر من العرب إذا کان انتجع بلداً مخضباً و اقی بکلبه علی جبل إن کان به أو علی شقّ حیث انتهى صوته حماه من کلّ ناحیه لنفسه و یرعی مع العامّة فیما سواه، فنهی رسول الله عن ذلك لما فیہ من التّضییق علی الناس؛ (2)

حمی زمینی است که مخصوص گوسفندان قرار دهند و دیگران را از چرانیدن گوسفند در آن منع کنند . در اصل، خداوند قرقگاه را برای شخص نبی اکرم (ص) قرار داده تا برای منافع خود یا منافع مسلمین به کار گیرد . دلیل این حکم گفته خود رسول خداست که فرمود: «بر هیچ کس جز خدا و رسول خدا قرقگاه قرار داده نشده است» . رسول اکرم هم در زمان حیات جایی را برای خود قرقگاه

قرار نداد، قطعه زمین «نقیع» را که قرقگاه قرار داد، برای شترانِ زکات و گوسفندانی بود که به عنوان جزیه از کفار گرفته می‌شد و مرکب مجاهدان در راه خدا بود. البته شیعه این حق را برای امام معصوم (ع) هم قائل است که امام چون رسول خدا (ص) می‌تواند برای خود یا شتران زکات یا گوسفندان جزیه و مرکب مجاهدان حمی قرار دهد، ولی برای غیر رسول خدا و غیر امام معصوم چنین حقی نیست که جایی را بر خود یا دیگران قرقگاه قرار دهند. دلیل این مسئله حدیث نبی اکرم (ص) است که فرمود: «قرقگاه مخصوص خدا و پیامبر اسلام است». مقصود پیامبر از این کلام این بود که همه مردم را از این که جایی را قرقگاه قرار دهند، منع کند چون در بین اشراف عرب رسم بود که اگر به قصد پیدا کردن زمین سرسبزی کوچ می‌کردند و به محلی که سرسبز بود می‌رسیدند، سگان خود را بر کوه‌های مشرف بر آن زمین می‌فرستادند و چنانچه کوهی وجود نداشت سگ را به ناحیه‌ای از زمین می‌فرستادند و از دیگران کمک می‌گرفتند، کسانی را در اطراف زمین می‌فرستادند و تا هر کجا صدای سگ هنگام فریاد کردن می‌رسید آن مقدار از زمین را قرقگاه خود قرار می‌دادند، و در عین حال با سایر مردم در سایر مراتع نیز شریک می‌شدند و گوسفندان خود را در آن‌ها هم می‌چراندند. به این جهت، نبی اکرم از اصل قرق کردن زمین منع فرمود، چون این عمل موجب می‌شد عامه مردم در تنگنا قرار گیرند.

ابن ادريس در سرائر می‌فرماید:

ولا بأس أن يحمي الإنسان الحمى من المرعى والكلاء، إذا كان في أرضه و سقاه بمائه، و أمّا غير

ذلك فلا يجوز بيعه، لأنّ الناس كلّهم فيه شرع؛(3)

انسان می تواند چراگاهی که در زمین مخصوص خود احداث نموده و خود آبیاری کرده قرق کند و دیگران را از استفاده بردن از آن منع کند، ولی چنانچه چراگاه زمین مخصوص او نباشد و به وسیله خود آبیاری نشده باشد بلکه حریم باشد، در این صورت حقّ فروش این گونه اراضی یا علوفه آن را ندارد و چون تمام مردم در استفاده از این چراگاهها مساوی هستند کسی بر دیگران ترجیح ندارد.

حِمَى، حَرِيم و فرق بين آنها

از خلال مطالبی که نقل شد، این معنا روشن می شود که حریم و حمی دو حقیقت کاملاً متفاوت و از هم جدا هستند. علاوه بر آن از فتاوی فقها درباره حریم این تفاوت به دست می آید، زیرا جمعی از فقها در خصوص حریم قائل به ملکیت آن برای ذوالحریم شده، و گفته اند چون حق را شارع مقدّس به منظور بهتر استفاده کردن از ذوالحریم قرار داده و پرواضح است اگر حریم در ملکیت کسی قرار بگیرد آسوده تر می تواند از ذوالحریم بهره ببرد و لذا گفته اند: «حریم، ملک صاحب ذوالحریم است»، ولی در قرقگاه عکس این معنا صادق است، چون اولاً: شخص حامی بر این زمین و زمین مجاور مالکیتی ندارد و درست عکس صورت سابق است که اگر بخواهد دیگران را از استفاده از این مرتع منع کند در واقع مردم را به زحمت خواهد انداخت و موجب تضییق امر بر آنها خواهد شد. به عبارت دیگر، حریم را به خاطر تسهیل امر برای مسلمین قرار داده و قرقگاه را به خاطر این که مردم دچار زحمت می شوند منع فرموده اند. حتی از دیدگاه

جمعی از فقها حریم نه تنها تابع ذوالحریم است، بلکه جزء املاک او محسوب می‌شود و قهراً حق فروش آن را هم به تبع فروش خانه یا هر ذوالحریمی دارد، برخلاف حمی که در ملک کسی واقع نمی‌شود و هیچ کس حق فروش آن را ندارد.

شارع حریم را جعل فرموده تا صاحب ملک بتواند به آسانی از ملک خود استفاده کند، چون بدون این حریم دچار زحمت خواهد شد، و یکی از مسائلی که مورد اهتمام شارع است، تسهیل امر بر مردم است. ولی حمی به زمینی گفته می‌شود که در اختیار عامّه مردم است و همه در انتفاع از آن مساوی هستند، ولی به خاطر مصالح شخصی، نبی اکرم (ص) و امام معصوم یا ولیّ امر می‌توانند مردم را از انتفاع بردن از آن منع کنند، ولذا حمی برای غیر زمامدار قرارداد نشده، چون جعل قرقگاه موجب تضییق امر بر عامّه مردم می‌شود.

درست عکس فلسفه وجودی حریم، ولی زمین موات جزء انفال است و هر کسی حقّ احیای آن را دارد، ولی اگر به عرف مراجعه شود، در درجه اول این حق را مخصوص ذوالحریم می‌دانند و چنانچه او نخواست از این حق استفاده کند، گویند حق متعلق به عموم است، ولی در حمی حامی نسبت به آن زمین هیچ اولویت شرعی و عرفی ندارد. اگر بخواهیم مطلب را در دو جمله خلاصه کنیم باید گفت: حریم را شارع به دلیل تسهیل امر بر مردم جعل فرموده و حمی به خاطر این که موجب تضییق امر بر مردم می‌گردد، شارع مقدّس از آن منع فرموده، مگر نسبت به امام مسلمین چون مصالح مردم از روزمره مردم مهم‌تر است.

ای بسا تضییق امر بر یک عدّه مخصوص، در زمان محدود، موجب تسهیل امر بر عامّه مردم در درازمدت شود و لذا امام مسلمین می‌بایست مصالح را ملاحظه کرده و آنچه اهمّ است به آن توجه کند.

2. اقطاع

چون بحثِ حمی به مناسبتِ سنخیت‌اش با حریم مورد بررسی قرار گرفت، مناسب است درباره اقطاع نیز بحث شود.

اصولاً می‌توان گفت که اقطاع در ادوار و قرون مختلف به ویژه در تاریخ کشورهای اروپایی از مفهوم معین و مشخصی برخوردار بوده است و لذا اقطاع به یک نظام اجتماعی خاصی اطلاق می‌شده است؛ به طوری که مفاهیم و نظامات تعیین‌کننده مناسبات زارع و مالک را در عصر رواج «تیول‌داری در اروپا» و سایر نقاط عالم افاده می‌کند.

آیا اینک می‌توان گفت که مفاهیم و نتایج حاصل از کلمه اقطاع در مکاتب اجتماعی موجود در جهان -به‌ویژه ممالک اروپایی- و مفاهیمی که در فرهنگ اسلامی از آن استفاده می‌شود و در موارد متعددی کارآیی صحیح پیدا کرده و عمل شده است یکسان است؟

باید گفت که نتایج و مفاهیم مستفاد از اقطاع از دیدگاه اسلام با دیدگاه مکاتب اجتماعی نشأت گرفته از افکار و اندیشه‌های ناقص انسانی متفاوت است. از این رو، هرگز نمی‌توان مفهوم اسلامی و غیراسلامی این واژه را با یکدیگر مقایسه کرد، و اگر بخواهیم بین مفاهیم و موارد استعمال آن

قیاس کنیم، قطعاً به خطا خواهیم رفت .

در روایات ما کلمه اقطاع، قطاق، قطیعۀ و اقطاعۀ آمده است . در اصطلاح به بخش هایی از اراضی عمومی که مالک معینی ندارد و لشکریان اسلام برای بهره برداری از آنها در اختیار خود می گیرند، قطاق، اقطاعۀ یا اقطاع گفته می شود .

اقطاع در اصطلاح فقهی عبارت است از قطعه زمین یا معدنی که رسول گرامی (ص) یا امام معصوم (ع) یا ولی فقیه حاکم در اختیار افراد حقیقی یا حقوقی قرار می دهد چون از مجموع روایات و ادله ای که درباره اموال عمومی وارد شده به دست می آید که هیچ کس حق تصرف در منابع مواد خام - اعم از زمین یا معادن - را بدون اذن و اجازه امام مسلمین و ولی امر ندارد . ولی امر اختیار دارد که به طور مستقیم یا با تأسیس سازمان های اجتماعی، از منابع طبیعی بهره برداری کند، و می تواند بهره برداری از آن را به افراد حقیقی یا حقوقی به منظور بسط عدالت اجتماعی و توزیع عادلانه سرمایه های طبیعی واگذار نماید .

کیفیت واگذاری

درباره کیفیت واگذاری مقطع میان فقها اختلاف است، بدین صورت که : آیا شخص رسول اکرم (ص) و امام معصوم و ولی فقیه فقط حق واگذاری مقطع را جهت بهره وری دارند، یا حق تملیک هم دارند و آنچه را که حاکم اسلامی مصلحت دانست، در نحوه واگذاری انجام خواهد داد؛ به خصوص با توجه به این که امام مسلمین دارای ولایت مطلقه است؟

از مرحوم علامه در قواعد نقل شده که فرموده: «و هو یفید الاختصاص .» (4)

بنابراین از نظر وی، واگذاری زمین یا معدن به اشخاص فقط برای دریافت کننده مقطع، حق

اختصاصی ایجاد می کند. نظیر این قول از شیخ در مبسوط و محقق در شرایع نیز نقل شده است:

إِنَّ السُّلْطَانَ إِذَا أَقْطَعَ رَجُلًا مِنَ الرِّعِيَّةِ قِطْعَةً مِنَ الْمَوَاتِ صَارَ أَحَقَّ بِهَا مِنْ غَيْرِهِ؛

سلطان و حاکم هنگامی که به یکی از رعیت قطعه‌ای از زمین موات را واگذار نمود، او بر آن زمین از دیگران شایسته‌تر می گردد.

شیخ در مسئله، ادعای خلاف کرده و به تفصیل قائل شده؛ یعنی چنانچه واگذار کننده شخص نبیّ اکرم یا امام معصوم بود، هم حقّ تملیک دارد و هم حق واگذاری و انتفاع، ولی حکومت اسلامی حقّ واگذاری و بهره‌وری دارد، نه تملیک.

دلیل مشخصی برای این تفصیل نیست؛ و حتی در مختصات پیامبر(ص) و امام(ع) در این باره

چیزی نقل نشده، خصوصاً با توجه به این که ولیّ فقیه هم دارای ولایت مطلقه است؛ یعنی همان‌گونه که معصوم، حقّ حاکمیت بر اموال عمومی دارد ولیّ فقیه هم همان ولایت را داراست، و نمی‌توان بین ولایت معصوم و ولایت ولیّ فقیه فرقی قائل شد. بالاخره اگر مصلحت ایجاب کرد، خداوند این ولایت و حق حاکمیت را به معصوم(ع) تفویض کند، به همان دلیل باید برای ولیّ فقیه هم این حاکمیت را پذیرفت، زیرا اصل تشکیل و اداره حکومت منحصر به زمان تصدّی معصوم نیست و همان مصالحی که در زمان تصدّی امام معصوم باید ملحوظ باشد در زمان تصدّی ولیّ فقیه هم باید منظور گردد.

مگر این که گفته شود در خصوص اصل اقطاع نصی نداریم، به جز آن چه از نبی اکرم (ص) رسیده که بخشی از اراضی را در نقاط مختلف اقطاع فرموده‌اند و اغلب از نظر سند جزء اخبار ضعیف هستند. بله تنها دلیل جواز رعایت مصلحت عمومی و حق حاکمیت حاکم بر ثروت‌های عمومی است، چون اگر ثروت‌های عمومی در اختیار حاکم اسلامی بود، لازمه آن این است که در بهره‌وری از آن‌ها هم اختیار با حاکم اسلامی باشد. وقتی حاکم اسلامی حق بهره‌وری را واگذار کرد و اصل رقبه در اختیار حاکم بود، در هر حال رعایت مصالح آیندگان را خواهد کرد و از استفاده بی‌رویه که به تخریب این منابع منجر گردد جلوگیری می‌کند. این معنا با تملیک سازگار نیست، بلکه شخص پیامبر اکرم و امام معصوم را می‌توان استثنا کرد، چون آن‌ها هر اقدامی که انجام می‌دهند رعایت مصالح را خواهند کرد؛ به خصوص جایی که پای حق حکومت و امت در میان باشد.

مطلب دیگر این است که آیا حاکم اسلامی می‌تواند بیش از حد توان افراد اموال عمومی را در اختیار آن‌ها بگذارد؟ مرحوم علامه حلی - در تحریر - و شافعی قائل به منع شده‌اند. زیرا خود اقطاع به معنای اجازه رسمی در بهره‌برداری است و در صورت عدم توانایی شخص در فعالیت، اجازه خود به خود از بین می‌رود و استمرار کار مشروع نیست.

حاکم اسلامی هم تنها حق انتفاع برای مقطعی را به اشخاص واگذار می‌کند؛ بدین معنا که فردی که زمین یا معدنی از ناحیه امام و ولی فقیه حاکم به او واگذار شد می‌تواند آن را احیا کند و کسی

حقّ مزاحمت او را نخواهد داشت .

مرحوم علامه حلی در قواعد اقطاع را فقط حقّ اختصاصی می داند نه ملکیت و به آن تصریح نموده می گوید:

إقطاع الإمام و هو متّبع فی الموات فلا يجوز إحياءه و إن كان مواتاً خالياً من التحجير كما أقطع النبي (ص) بلال بن الحرث العقيق .. و هو يفيد الاختصاص، و ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياءه كالمعادن الظاهرة على إشكال، و فی حکم الإقطاع الجمی .. ؛

اگر امام زمین را به عنوان اقطاع واگذار نمود متّبع است و احیا و آباد کردن آن بدون اذن جایز نیست گرچه آن زمین موات تحجیر نشده باشد، همان گونه که پیامبر بزرگ اسلام (ص) «عقیق» را به «بلال بن حرث» واگذار کرد .

اقطاع موجب حقّ اختصاصی است و امام نمی تواند چیزی را که احیا و آباد کردن آن جایز نیست واگذار کند مانند معادن فوق الأرض ..

در همین باره نیز شیخ در کتاب مبسوط می فرماید :

إذا أقطع السلطان رجلاً من الرعيّة قطعته من الموات صار أحقّ به من غيره بإقطاع السلطان إياه
بلاخلاف (5)؛

هرگاه امام، زمینی را به کسی اقطاع کند، مُقطع در استفاده از زمین بر دیگران مقدّم است و در این نظر کسی مخالف نیست .

بنابراین، اقطاع تملیک نیست بلکه حقی است که امام به فرد یا گروهی واگذار می کند تا در زمین یا در یک منبع طبیعی از آن بهره برداری کند .

بدیهی است تا هنگامی که اصالت اقطاع، به عنوان یک شیوه تقسیم نیروی کار، باقی و محفوظ مانده، اجازه مزبور معتبر بوده و ادامه خواهد داشت .

پس گرفتن اقطاع

از زمانی که معدن یا زمینی در اختیار کسی قرار می گیرد باید لوازم کار و مقدمات بهره برداری را فراهم کند، و حقی جز کار کردن در مقطع ندارد، و مانع از مزاحمت دیگران می شود . و هر اقدامی که برخلاف اختیارات و متجاوز از مقررات معمول دارد مغایر سیاست تقسیم و بهره برداری از منابع طبیعی، براساس فعالیت خصوصی است .

فاصله زمانی بین اجازه اقطاع، تا آغاز عملیات، قاعدتاً نباید به طول انجامد، فرد نمی تواند بدون دلیل موجّه، کار را به تأخیر اندازد؛ چه مسامحه در این امر با فلسفه اقطاع منافات دارد .
به همین جهت شیخ طوسی (ره) در مبسوط می نویسد:

فإن آخر الإحياء فقال له السلطان إنا أن تحيها، أو تخلى بينه وبين غيرك حتى يحيها، فإن ذكر
عذراً في التأخير مثل أن يزعم أن الآلة قد عابت يريد إصلاحها أو أصحابه وأكرته هربوا أو عبيده
أبقوا واستأجل في ذلك أجله السلطان في ذلك . وإن لم يكن له عذر في ذلك وخيره السلطان
بين الأمرين فلم يفعل، أخرجها من يده، فإن بدر غيره قبل أن يخرجها السلطان من يده فأحياها لم
يملك بذلك . . . ؛

اگر شخصی در احیا تأخیر نماید، امام دستور آغاز عملیات را صادر می‌کند و در غیر این صورت آن را از او بازمی‌ستانند، تا دیگران احیاکنند، اگر در تأخیر معذور باشد و تقاضای مهلت کند، امام مهلت می‌دهد، و اگر معذور نباشد و امام در انتخاب یکی از دو موضوع مخیرش گرداند، و او هیچ‌کدام را انجام ندهد، از وی خلع ید می‌شود.

در این زمینه در کتاب مفتاح الکرامه آمده است:

اگر شخصی به علت اعسار، متعذر باشد، و تا زمان پیدا کردن تمکن، تقاضای مهلت بنماید،

موافقت نمی‌شود؛ زیرا مهلت، موجب اطاله و تعطیل کار می‌گردد. (6)

این نقش اقطاع و اثر آن، در فاصله بین واگذاری حق و شروع عملیات بود. در این دوره است که از لحاظ قانونی، آثار اقطاع آشکار می‌شود و به طوری که دیدیم چیزی بیش از اجازه کار برحسب توانایی فرد نیست.

اما با شروع عملیات در زمین یا معدن، قانوناً دیگر اثری از اقطاع باقی نمی‌ماند، بلکه کار است که

جانشین آن شده، و بنابه ماهیت عمل و برطبق مقررات، به نفع فرد، حقوقی به وجود می‌آید. (7)

با این بیان، اقطاع منحصر به مواردی است که شخص مُقطع با عملیاتی که روی آن منبع انجام می‌دهد بتواند از آن استفاده کند و بدون عملیات قابل استفاده نباشد، مثل زمین موات که تا تسطیح نشود و شیار و آب مورد نیاز تأمین نگردد و مراحل کاشت و داشت را انجام ندهد، قهراً به مرحله برداشت نخواهد رسید. یا معادنی که استفاده از منابع خام آن بدون عملیات امکان‌پذیر نباشد که از

آن در اصطلاح فقها به معادن «باطنه» یاد می‌شود.

ولی اگر این گونه معادن در سطح زمین باشد، مثل معادن طلا و نقره و قلع و مس که باید عملیاتی روی آنها انجام گیرد تا فلزهای ارزشمند آنها، از سنگ و سایر چیزهایی که با او عجین شده جدا شود، تا قابل انتفاع باشد، و معدنی که مواد خامش بدون عملیات قابل استفاده است و برای استخراج آنها هزینه لازم است، ولی هزینه استخراج غیر از هزینه تخلیص است که به آنها معادن «ظاهر» می‌گویند، ولو در عمق چند هزار متری زمین باشد؛ مثل معدن نفت، قیر، و سنگ‌های مختلف، اینها جزء مشترکات است و قابل اقطاع نیست.

با این مطلب روشن شد که معادن «ظاهر» معادن سطح اراضی نیست، بلکه معدنی است که بدون عملیات مواد خام آن ظاهر می‌گردد. و معادن «باطنه» معدنی نیست که مواد خام آن ظاهر نباشد.

حدود و قلمرو اقطاع

علاوه بر آن چه که درباره اقطاع گفته شد، نصوص و احکام دیگری هم هست که حدود و قلمرو اقطاع را تعیین کرده است.

به استناد این دسته از نصوص، اقطاع محدود به منابعی است که فرد به سبب کار کردن در آنها، حق یا نوعی ارتباط خصوصی کسب می‌کند، و در عرف فقهی به آنها «موات» اطلاق می‌شود. بنابراین، اقطاع، در منابعی که با وجود انجام دادن کار، هیچ‌گونه حق یا اختصاصی به نفع عامل پیدا نمی‌شود، جایز نیست. حواشی جاده‌ها که شیخ طوسی در مبسوط به عنوان نمونه متذکر شده از همین نوع سرمایه‌ها محسوب می‌شود. ممنوعیت اقطاع در این قبیل منابع از یک طرف، و شرط

«موات بودن» از طرف دیگر، با صراحت کامل بر این حقیقت دلالت دارد که اقطاع از نظر حقوقی چیزی جز اعطای حق کار در منابع طبیعی معین، به منظور خاص، و به عنوان شیوه‌ای از شیوه‌های تقسیم کار روی منابع طبیعی که نیاز به احیا و کار دارند نیست.

بنابراین، حق فرد در نفس منبع طبیعی، مبتنی بر کار است، نه اقطاع. از این رو، نتیجه می‌گیریم که وقتی ثروت طبیعی از مواردی باشد که به احیا و کار نیاز نداشته و کار کردن روی آن، منجر به حق خاصی نگردد، اقطاع آن جایز نیست. زیرا اقطاع این قبیل سرمایه‌های طبیعی، که احتیاج به کار ندارند، و اگر کاری هم در موردشان صورت گیرد، حق فردی به نفع عامل در آن‌ها پیدا نمی‌شود، از نظر اسلام جایز نیست.

مسلم است چنان که این نوع ثروت‌ها تحت عنوان اقطاع به کسی واگذار شود، غیر قانونی بوده و اقطاع را از مسیر اصلی منحرف و به احتکار و استثمار بدل می‌کند.

اقطاع در اراضی خراج

موضوع دیگری که باقی می‌ماند موردی است که در عرف فقهی به آن اقطاع گفته شده، ولی در حقیقت، اقطاع نیست، بلکه نوعی پرداخت اجرت در ازای کار و خدمت است.

موضوع این نوع اقطاع، زمین خراجی است که ملک امت شناخته شده است؛ توضیح آن که: گاه اتفاق می‌افتد که حاکم قسمتی از زمین خراجی را در اختیار فردی گذاشته و در مقابل اخذ خراج اجازه استفاده از آن را به وی می‌دهد. این اقدام حاکم که گاهی اشتباهاً از لحاظ تاریخی، نوعی تملیک رقبه زمین تلقی شده، از نظر مفهوم فقهی و مقررات موضوعه، با تملیک زمین به کلی

متفاوت است، زیرا این موضوع، شیوه‌ای است برای پرداخت مزد و خدماتی است که دولت در مقابل کار و خدمت مردم ملزم به تأدیه آن است.

برای این که به عمق موضوع پی ببریم باید توجه داشت که خراج (مالی که دولت از مزارعین مطالبه می‌کند) به تبع مالکیت اصلی زمین، از آن امت است و از این رو دولت باید اموال خراجی را تصرف کند و درآمدهای آن را برای مصالح عمومی امت به مصرف برساند، چنان که فقها تصریح کرده‌اند، و در مثالی که برای مخارج عمومی زده‌اند هزینه‌های عمومی والیان و قاضیان، ساختن مساجد و پل‌ها و غیره را ذکر کرده‌اند، زیرا ولات و قضات انجام‌دهنده خدمات عمومی‌اند و ملت باید هزینه آنان را بپردازد؛ هم‌چنان که مساجد و پل‌ها از جمله ثروت‌های عمومی است و چون با زندگی همه مردم بستگی دارد تأسیس و ایجاد آن‌ها به خرج ملت و از محل درآمدهای خراجی جایز است.

اقدام دولت در تأمین هزینه زندگی ولات و قضات و یا سایر مسؤولانی که خدمات عمومی انجام می‌دهند، یا به‌طور مستقیم، از خزانه عمومی و بیت‌المال بوده و یا قسمتی از اراضی و املاک ملی، در اختیار ایشان قرار می‌گرفته است. ترتیب اخیر، مخصوصاً در مواقعی که دولت، سازمان اداری متمرکز و مقتدری نداشته، معمول بوده است.

پس بر حسب شرایط سازمانی و اداری دولت اسلامی، حقوق و دستمزد عاملان خدمات عمومی گاه نقداً و گاه از طریق واگذاری حق اخذ خراج از مزارعین پرداخت می‌شد، و منظور از اقطاع در

این مبحث همین رابطه خاص حقوقی اخیر است .

در حقیقت این موضوع را اقطاع نمی توان دانست، بلکه حق فرد است به این که حقوق و مزد خود را از درآمدهای حاصل از خراج زمین معین که طبق مقررات، آن را از دولت اسلامی اخذ می کند، برداشت نماید .

بنابراین، فرد مُقطع، خراج را به جای اجرت خدمت عمومی خویش دریافت کرده است، ولی مالک زمین نبوده و حقّ مستقل در رقبه و منافع زمین کسب نمی کند . بدین ترتیب، زمین، عنوان خراجی را فاقد نشده و از مالکیت مسلمین خارج نمی گردد . چنان که فقیه محقق سید محمد بحرالعلوم در کتاب بلغه تصریح کرده، و در مقام تحدید و تعریف این نوع اقطاع می نویسد:

این اقطاع، زمین را از خراجی بودن خارج نمی سازد، زیرا مفهومش این است که تنها خراج حاصل متعلق به فرد مُقطع است، نه آن که زمین از حال خراجی، خارج گردد . (8)

3 . آب های طبیعی

گرچه بحث درباره حریم بود، ولی چون از اقسام ذوالحریم چاه، چشمه، قنات و نهر بحث شد، مناسب است درباره آبی هم که چاه یا قنات به خاطر آن حفر شده تحقیقی بشود که اصلاً آب تحت اراضی (چه در اراضی دولت و چه در اراضی شخصی) جزء انفال است یا از مشترکات که در اختیار عامّه باشد یا این که در زمین ملک، مال صاحب زمین است و یا این که صاحب زمین نسبت به آن آب، اولی از دیگران خواهد بود و چنانچه قائل به اولویت شدیم، آیا تمام آب جاری

نهر اختصاصی و آب موجود در چاه خصوصی جزء املاک صاحب نهر است و حق فروش آنها را مثل سایر املاک دارد یا فقط نسبت به مقدار مورد نیاز باید استفاده کند و مازاد بر آن را باید جزء مشترکات شمرد؟ و نیز آب‌های عمومی وضعیت چگونه است و چنانچه آب جاری اراضی کم‌تر از مقدار زمین بود نحوه تقسیم آب چگونه است؟ آیا به نسبت حقی که صاحبان زمین دارند می‌باید آب را تقسیم کرد، ولو هر کدام مثلاً 12 زمین‌های خود را مشروب کنند و یا این که باید این حق را به بخشی از اراضی سپرد؟ برای روشن شدن موضوع، حکم انواع آب‌ها را به تفکیک بررسی می‌کنیم:

آب‌های طبیعی بر دو نوع است؛ آب‌های جاری بر روی زمین و آب‌های ذخیره شده در زیر زمین. قسم اول؛ مثل آب دریا، نهرهای بزرگ، رودخانه‌ها و چشمه‌های طبیعی. دسته دوم آب‌هایی که تا در زمین اقداماتی صورت نگیرد، قابل استحصال نیست؛ مثل آب برکه‌ها، چشمه‌های احداث شده، قنوات، و آب ذخیره در عمق زمین که با حفر چاه‌های عمیق یا نیمه عمیق استحصال می‌شود. مشهور بین فقها این است که هر دو دسته از مشترکات است و مردم در استفاده از آنها مساوی‌اند. برای اثبات این مدعا به اجماع و روایت معروف نبوی (ص): «الناس شرکاء فی ثلاث، النار والکلاء والماء»، تمسک شده است.

روایت شده است که از حضرت درباره آب‌های عمومی سؤال شد، فرمودند: «إِنَّ الْمُسْلِمِينَ شُرَكَاء فِي الْمَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَأَلِ». (9)

از این دو خبر استفاده می‌شود که آب به قول مطلق، نه فقط آب‌های عمومی، جزء مشترکات است . دلیل سوم اصل است؛ یعنی مقتضا و اصل اولی و طبع آب اقتضا می‌کند که ملک کسی نباشد، چون این گوهر پر بها را خدای عالم در اختیار جانداران قرار داده و براساس قاعده در ملک کسی داخل نمی‌شود، مگر دلیل معارضی در کار باشد .

در مقابل این دو روایت، روایات صحیحی داریم که امام (ع) می‌فرماید: «تمام زمین از آن ماست» و تمام زمین شامل آب‌های موجود در زمین هم می‌شود، مثل صحیحه کابلی (10) و صحیحه حلبی (11) «والأرضُ کلُّها لنا؛ تمام زمین از آن ما است»، که از این دسته روایات استفاده می‌شود جزء انفال است و قهراً از نظر حکم با هم متفاوت هستند؛ اگر از مشترکات باشد نیاز به تحصیل اذن از حکومت نیست، ولی چنانچه جزء انفال باشد، در اختیار حکومت است و می‌تواند به یکی اجازه بهره‌برداری بدهد و به دیگری ندهد .

البته این مسئله در آب‌های موجود اراضی موات و آنچه در اختیار حکومت است مطرح می‌شود و چنانچه زمین جزء اراضی «مفتوحه العنوة» بود، چون رقبه زمین از آن عامه مسلمین است آب موجود آن زمین تابع زمین خواهد بود .

ممکن است به مالکیت کسی که آب را از زمین استحصال نموده قائل شویم و برای اثبات مطلب به سیره قطعیه تمسک کنیم مبنی بر این که با کشف کننده آب، معامله ملک با مالک می‌شود و دو روایت قبل هم به طور مطلق گفت: مردم در آب شریک اند . با قطع نظر از دو خبر، چون سند خبر

اول به امامیه منتهی نمی‌شود و خبر دوم هم به دلیل راوی آن؛ یعنی محمد بن سنان، خبر ضعیفی است، باز دلیل نیست، چون قدر مسلم منظور از آب در این روایت، آبی است که به همان حال طبیعی باقی مانده و دست انسان در آن دخالت نداشته است، ولی چنانچه جریان آب روی زمین با عملیات افراد صورت گرفته باشد روشن است که عمل مسلمان محترم است، در این صورت اگر به مالکیت آب هم قائل نشویم حداقل می‌بایست قائل به اولی بودن باشیم .

از آن چه تا این جا گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که: آب‌های جاری بر سطح زمین که انسان در تحصیل آن کوشش نکرده با «حیازت» و استیلای بر آن، مالک آب و احق به آن است به طوری که می‌تواند دیگران را از استفاده از آن منع کند .

آری، اگر کسی آب طبیعی را در نهر اختصاصی خود به جریان انداخت، در مقدار مورد نیازش بر دیگران اولویت خواهد داشت .

البته اگر آب ذخیره در زمین را از قبیل درخت حساب کنیم، آب به تبع زمین، ملک صاحب زمین می‌شود، ولی چنانچه بگوییم این دو در احقیّت اند و نسبت این دو به هم نسبت ظرف به مظروف است، قهراً با مالکیت زمین، شخص، مالک آب‌های ذخیره در اعماق زمین نخواهد شد و نتیجه این می‌شود که اگر کسی در زمین مباح یا ملکی خود چاهی حفر کند و در اعماق زمین کانالی به سوی آب‌های ذخیره شده در زیرزمین ملک شخصی دیگری بزند، مالک زمین، حق ممانعت از او را نخواهد داشت .

قول دوم با روح احکام شرع مقدس اسلام نسبت به این مواهب طبیعی مناسب تر است . ولی در مقابل این احتمال، روایاتی از امام نقل شده که از آب قنات یا «حق آبه» نهری سؤال کرده‌اند که صاحب قنات یا حق آبه می‌تواند حق آبه خود را بفروشد؟ امام(ع) فرموده‌اند: بله . (12)

چنانچه در باب بیع قائل شویم که بیع در غیر ملک جایز نیست یا این که بگوییم استحصال آب به منزله احیای آب است چون احیای هر چیزی متناسب با همان چیز است؛ مثلاً احیای زمین برای کشاورزی با احیای زمین برای ایجاد مسکن متفاوت است، در این صورت گفته شود تحصیل کننده آب، مالک آب‌های تحت اراضی می‌شود، ولی اگر از راه احیا وارد شدیم باید به مقدار رفع نیاز بسنده کنیم و مازاد آن را جزء اموال عمومی بدانیم، ولو در نهر جاری است، چون از روایات هم بیش از این استفاده نمی‌شود که در این مورد از تمام این آب استفاده می‌شده است .

البته برای اولویت حفر کننده قنات و چاه، از روایاتی که در باب حریم وارد شده می‌توان استفاده کرد، ولی قدر متیقن، اولویت را برای صاحبان قنات اثبات می‌کند، نه مالکیت را .

قهرأً اگر مالکیت تحصیل کننده را قائل شدیم، مازاد بر مقدار حاجت خود را می‌تواند بفروشد، ولی شیخ طوسی(ره) در مبسوط با این نظریه مخالفت کرده و به عدم جواز بیع قائل شده و فرموده است:

فکلّ موضع قلنا إنّهُ یملک البئر فإنّه أحقّ من مائها بقدر حاجته لشربه و شرب ماشيته و سقی زروعہ،
 فإذا فضل بعد ذلک شیء و جب علیه بذله بلا عوض لمن احتاج إليه؛(13)

در هر کجا که به مالکیت چاه برای صاحب آن قائل شدیم منظور ما این است که صاحب چاه نسبت به آب داخل آن بر دیگران اولاست، ولی در همان مقداری که مورد نیاز اوست، چه برای شرب، چه برای آب دادن دام و چه برای زراعت، و مازاد آن را می‌بایست به طور رایگان در اختیار نیازمندان قرار دهد.

ابی بصیر از امام صادق(ع) روایت کرده که آن حضرت فرمود: «رسول گرامی اسلام از «نطاف» و «اربعاء» نهی فرموده است»؛ مراد از «نطاف» حق آبه داشتن است؛ یعنی این که حق آبه، از آن حق آبه دار است و هرگاه نیاز خود را تأمین کرد می‌تواند مازاد را بفروشد. و یا به تعبیر دیگر «وقتی برای مشروب نمودن زمین زراعتی از آب چاه استفاده نمایند به آب مازاد بر احتیاج مزبور اربعاء گفته اند و نطاف آب مازاد بر احتیاج آشامیدنی است که چنین آبی را نمی‌توان خرید و فروش کرد.» (14)

اما در صورتی که آب موجود، برای زمین‌های زراعی کافی نباشد آیا می‌باید بین استفاده‌کنندگان به مقدار سهمی که از زمین دارند تقسیم نمود؟ یا این که دسته‌ای را بر دسته دیگر مقدم داشت؟ اگر تمام صاحبان زمین یک زمان از آب استفاده می‌کرده‌اند، از مجموع روایات وارده (15) به دست می‌آید که کسانی که به مظهر آب نزدیک‌ترند بر دیگران مقدم‌اند و تمام نیاز خود را می‌بایست تأمین کنند، چنان‌چه بعد از رفع نیاز مقداری باقی باشد به دیگران با رعایت اقرب بودن واگذار می‌شود که مضمون این روایات روش عملی همه عقلا در تمام اعصار بوده است.

ولی در صورتی که قبل از انتفاع، کسانی که در نزدیکی مظهر نهر زمین‌هایی را احیا کرده، کسانی که در زیر دست این‌ها بوده‌اند، از این آب استفاده می‌کرده‌اند، آیا باز هم باید به اطلاق این روایات تمسک کرد؟ و گفت این یک حکم تعبّدی است یا این که روایات همان معنای مرتکز عندالعرف را می‌گویند و عرف در صورتی برای صاحب زمین بالاتر از دسته دوم حق قائل است که زمان احیای هر دو دسته زمین مساوی باشد یا حداقل معلوم باشد کدام دسته قبلاً احیا شده، ولی در صورتی که ثابت شد اراضی پایین دست قبلاً احیا شده، یا به وسیله اشجار کهن که از عمر آن‌ها صدها سال می‌گذرد یا با ساختمانی که در زمین دور دست باقی مانده یا با آن‌چه از اسناد به دست می‌آید، عرف باید حق انتفاع را به او بدهد.

با توجه به آن چه در باب حریم گفته شد ملاک رعایت حال استفاده کننده از آب قنات یا چاه برای زمین خود اوست و تا مادامی که به مال سابق مضر نباشد، انتفاع جایز است. بنابراین، صاحبان اراضی بالا دست اراضی اسبق احیا شده، تا زمانی حق انتفاع دارند که مضر نباشند، ولی چنانچه استفاده آن‌ها در هر زمان به حال سابقین مضر باشد اسلام به آن‌ها حق چنین استفاده‌ای را نداده است.

1- حریم در فقه اهل سنت

از منابع کهن که درباره حریم چاه و کاریز (قنات) سخن به بیان آورده و برخی آراء فقها را ذکر کرده است کتاب «انباط المیاه الخفیه» ابوبکر کرجی است که در آن علاوه بر جنبه‌های مهندسی قنات نظرات امام ابوحنیفه، قاضی ابویوسف و محمد شیبانی و هشام و ابوجعفر طحاوی از فقهای حنفی را گزارش کرده است. (91)

ابوبکر کرجی درباب حریم چاه و کاریز بر اساس موازین دینی می نویسد: « محمد بن الحسن گفته است ابوحنیفه گفت: هر کس به اذن امام در محلی که مسلمانی را بر آن حقی نباشد چاهی حفر کند (موات باشد) مالک آن است و حریم این چاه چهل ذراع است و اگر کسی کاریزی ایجاد کند، حریم آن پانصد ذراع است و هر کس بدون اجازه امام چاهی حفر کند، مالک آن نمی شود و چنین چاهی حریم ندارد.» (92)

ابویوسف گفته است « من عقیده دارم که مالک آن است. اگر چاه برای آبشخور گوسفندان حفر شده باشد حریم آن چهل ذراع و اگر برای آبکشی و آبشخور چارپایان و احشام باشد حریم آن شصت ذراع است و اگر کاریز باشد، حریم آن پانصد ذراع است و اندازه حریم بنابر آنکه امام برای احداث آن اجازه داده باشد یا نه تفاوتی پیدا نمی کند. اگر شخص بخواهد در حریم چاه مالک اول چاهی حفر کند یا بنایی بسازد یا زراعتی کند، یا آنکه چیز دیگری بوجود بیاورد، صاحب چاه می تواند مانع کار او شود و اگر بر اثر اعمال شخص دوم به صاحب چاه زیانی وارد شود، زیان رساننده ضامن جبران خسارت است. (93)

همچنین وی گفته است: « اگر مردی به اذن امام در خارج از حریم آن چاهی حفر کند و آب چاه اول فروکش کند بر شخص دوم جرمی تعلق نمی گیرد و اگر مردی بدون دستور امام کاریزی احداث کند و آب آنرا به زمینهای احیاء شده جاری سازد، حقوق صاحب کاریز به اندازه حریم قنات و به نسبت زمینهای احیاء شده می باشد.» (94)

نامبرده مضافاً اظهار نظر کرده که: « جایز نیست که دو نفر برای حفر چاهی به این صورت توافق کنند که هزینه حفر را مشترکاً پردازند و شرط کنند، که چاه از آن یکی و حریم از آن دیگری باشد، اگر مردی مالک نهری باشد که آن نهر از میان زمین دیگری عبور می کند و صاحب نهر بخواهد برای اصلاح نهر خود داخل زمین شود، مالک زمین حق دارد که مانع شود مگر آنکه صاحب نهر برای انجام مقصود خود فقط از وسط نهر عبور کند و همچنین است که در میان زمین او چشمه یا کاریز یا چاهی باشد مگر آنکه در این زمین راه عمومی وجود داشته باشد، که در این صورت صاحب زمین حق ندارد مانع صاحب آب شود.» (95)

حسن بصری از رسول اکرم (ص) نقل کرده است که فرمود: « هر کس چاهی حفر کند اطراف آن را تا شعاع چهل ذراع برای آبشخور گوسفند مالک می شود.» نیز فردی از رسول خدا

نقل کرده که فرمود: «حریم چشمه پانصد ذراع و حریم چاه آبشخور چهار پایان چهل ذراع و حریم چاه آبکشی شصت ذراع است.» (96)

ابویوسف و محمد گفته اند: هر کس زمین موات را آباد کند مالک آن است، خواه امام اجازه داده باشد و یا نداده باشد و حریم چاه مذکور برای سیراب کردن چهارپایان از هر طرف چهل ذراع است و حفر کننده مالک این زمین است مگر آنکه ریسمان چاه از چهل ذراع بیشتر باشد که در این صورت حریم چاه به اندازه طول طناب است و حریم چاه آبکش از هر طرف شصت ذراع است مگر آنکه طول ریسمان چاه از شصت ذراع بیشتر باشد که در این صورت حریم چاه به اندازه طول ریسمان می باشد.» (97)

هشام از فقهای دیگر فقه حنفیه چنین گفته است: «اگر کسی در حریم یا زمین و خود در نزدیکی چشمه ای چاه یا کاریز حفر کند و آنرا چندان پایین ببرد که آب چشمه فروکش کند و از محل تازه حفر شده بیرون آید، صاحب چشمه حق ندارد مانع او شود زیرا وی در ملک خود چاه یا کاریز احداث کرده است.» و او درباره حفر کاریز در زمین موات گفته است: «اگر کسی در زمین موات کاریزی حفر کند، دیگری نمی تواند در آن کاریزی دیگر احداث نماید، بشرط آنکه فاصله این دو کاریز بیشتر از پانصد ذراع باشد گفتند این کاریز باعث زیان اولی می شود وی پاسخ گفت در این صورت شخص دوم به این کار مجاز نیست مگر آنکه عمل وی زیان نباشد و گفته است: صاحب کاریز حق دارد مانع آن کس شود که بخواهد در حریم کاریزش بنایی ایجاد کند.»

هشام گفته است: «از ابویوسف پرسیدم: اگر کسی در زمین دیگری مالک چاهی باشد آیا آن چاه دارای حریم است؟ گفت آری به اندازه خاکریز چاه. از او پرسیدم آیا می تواند خاک آنرا جابجا کند و بیرون ببرد؟ گفت آری و همچنین گفته است که حریم چاه آب و چاه هرز آب اگر در یک خانه وجود داشته باشد پنج ذراع است و باید حریم چاه آب باید به اندازه ای باشد که آب چاه هرز (فاصلاب) در آن سرایت نکند.» (98)

با توجه به مطالب فوق توجه فقه اهل سنت را به موضوع حریم منابع آبی خصوصاً قنات در می یابیم.

2- حریم در فقه شیعه

محقق حلی که یکی از فقهای بزرگ شیعه است در کتاب خود « شرایع الاسلام » که جزء کتب معتبره این فقه است پیرامون مسایل مربوط به حریم در ابعاد مختلف با ذکر جزئیات انواع آبهای مباح و مالکانه به وجود حریم در منابع آبی اظهار نظر کرده (99) و حریم هایی برای انواع منابع ذکر نموده است وی **حریم مُعَطَن**، یعنی چاهی که شتر را با آن آب می دهند چهل ذراع و **حریم بئر ناضح** یعنی چاهی که از آن آب برای زراعت می کشند شصت ذراع ذکر نموده است (100) همچنین **حریم عین** یعنی چشمه و قنات را هزار ذراع در زمین سست و رخوه و پانصد ذراع در زمین سخت و صلب گفته است. و خودش ادامه می دهد که اندازه آن این است که ضرر نرساند فرد دوم به مالک چاه اول و قول و فتوی خود را قول اول قرار داده است.

همچنین شیخ کلینی یکی دیگر از فقهای شیعه از طریق محمد بن حسن روایت کرده است که گفته است: « فایده اعتبار این حریم منع غیر است از احداث قنات دیگر در مقدار حریم از سایر ارتفاعات بعد از وضع آنچه آن قنات احتیاج دارد. عرفاً به خلاف حریم چاه که ممنوع است غیر از سایر ارتفاعات، حتی زراعت نمودن و درخت نشانیدن در غیر آن (101)

امام خمینی که یکی از فقهای معاصر و صاحب نظریات فقهی نافذ و قوی در فقه شیعه می باشد در کتاب فقهی خود بنام « تحریر الوسیله » پیرامون حریم بطور کلی و حریم منابع آبی بطور مفصل بحثی را در ذیل مباحث مربوط به اراضی موات بیان نموده است که به جهت اهمیت به بیان آن پرداخته می شود.

« مقدار حریم در زیادی و کمی به اختلاف صاحب حریم است و آن به خاطر این است که مصالح و حریم منابع که به آن نیاز دارند، متفاوت می باشد، پس حریمی که خانه به آن نیازمند است بر حسب عادت غیر از حریمی است که چاه و نهر به آن احتیاج دارد و هکذا در بقیه چیزها چنین است بلکه اختلاف بین بلاد نیز وجود دارد. پس اگر شخصی بخواهد که حوالی چیزی را که دارای حریم است احیاء کند برایش جایز نیست که بدون اذن صاحب و رضایت او به مقدار حریم احیا کند. » (102)

همچنین می فرماید: « حریم چاه مقداری است که برای کشیدن آب و استفاده از آن در جایی که برای آب کشی می ایستد ((در صورتی که استفاده از چاه با دست باشد)) و جای

دولاب و تردد چارپاست . حریم چشمه مقداری است که جهت استفاده یا اصلاح و حفظ آن بر قیاس غیر آن نیاز به آن می باشد .»

امام خمینی پیرامون حریم قنات اشاره می نماید : «برای هر کدام از چاه ، چشمه که از آن آب می جوشد و بیرون می آید و به آن چشمه ، چاه و مادر چاه گفته می شود و نیز غیر آن در صورتی که منشأ آب باشد حریمی است به معنای دیگر و آن مقداری است که کسی بدون اذن صاحب آنها حق ندارد در کمتر از آن مقدار ، چاه یا قنات دیگری احداث نماید بلکه احوط با (احتیاط شرعی) ملاحظه حریم است بین دو قنات بطور مطلق . اگر چه جواز آن در غیر آنچه که ذکر شد شبه باشد و مقدار حریم در چاه چهل ذراع است در صورتی که حفر آن بخاطر آب خوردن گله و احشام باشد و شصت ذراع است در صورتی که حفر آن بخاطر زراعت و همانند آن باشد .» (103)

« مقدار حریم در چشمه و قنات در زمین سخت پانصد ذراع و در زمین سست هزار ذراع می باشد . پس اگر انسانی ، چشمه یا قناتی را در زمین سخت درآورد و دیگری بخواهد قنات دیگری احداث نماید باید پانصد ذراع از او دور باشد و اگر در زمین سست باشد هزار ذراع از دو دور می شود و اگر ضرری به صاحب قنات اول برسد باید دوری را به قدری زیاد کند که ضرر برطرف شود یا صاحب چاه اول رضایت دهد .»

«اعتبار دوری مذکور در قنات فقط در احداث قنات دیگری است و صاحب قنات از احیای بالای قنات و زمینهای مجاور که جهت زراعت و غیر آن، که برای قنات ضرری نداشته باشد حق جلوگیری کردن ندارد . اما در چاههای دیگر که محل جریان آب می باشد رعایت این فاصله بین آنها لازم نیست . پس اگر نفر دوم قناتی را در زمین سخت احداث کند ، و سر چشمه آن پانصد ذراع از سرچشمه قنات اول دور باشد ، سپس در چاههایی که برای آب بردن می باشد و به قدری نزدیک شوند که مثلاً در فاصله ده ذراعی باشند ، صاحب قنات اول حق منع او را ندارد .» (104)

«همچنین اگر شخص قناتی را در فلاتی احیاء نماید و زمین صافی را به مقداری که آب آن قنات برای او کافی باشد احیاء کند و در آن زراعت نماید اراضی موات مجاور قنات حریم آن نمی باشد و فقط همان مقدار تصرفی او برای وی مجاز می باشند .»

« نیز حریم قنات که به پانصد یا هزار ذراع تقدیر می شود بدون اشکال ملک صاحب نبوده ، و متعلق به حق او نیست که از بقیه تصرفات غیر بدون اذنش منع کند نمی باشد بلکه فقط حق جلوگیری از احداث قنات دیگری را دارد کما اینکه قبلاً بیان شد. (105)

لذا با بررسی بعمل آمده در متون فقه شیعه و سنی درمی یابیم که : 1- هر دو فرقه در اصل حریم داشتن برای منابع آبی اتفاق نظر دارند. 2- هر دو برای چاهها و قنات در وقتی که برای آشامیدن و زراعت باشد حریمی قائل هستند 3- هر گاه قنات در زمین با مقاومت بخصوصی باشد حریم متناسب با وضعیت زمین متفاوت است و اختلاف بخصوصی در این باره بجز مقدار حریم بین مذاهب اسلامی بطور جدی وجود ندارد .

فصل سوم : حریم در قانون مدنی

1- اصول حریم در قانون مدنی:

قانونگذار هر گاه به تثبیت مالکیت و حفاظت ویژه از امور عمرانی یا فنی نظر داشته به وضع قواعد بخصوص تحت عنوان حریم همت گمارده است. در آثار مختلف حقوقی میتوان به تعاریف ، آثار ، میزان و حدود حریم دست یافت . همچنین همانطور که بیان شد این موضوع در فقه اسلامی سابقه ای دیرینه و گسترده دارد و اکثر متون فقهی مدخلی در این باب دارند. حریم از نظر لغوی و تعریفی که فقها و دانشمندان در کتب خود برشمرده اند با آنچه قانون مدنی ذیل ماده 136 آورده تفاوت چندانی ندارد . (106) از نظر لغوی حریم به معنای پیرامون و گرداگرد و اطراف ملک است و از نظر قانون مدنی عبارت است از « مقداری از اراضی اطراف ملک قنات ، نهر و امثال آن که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد . » در بیان قانون فوق ضمن اشاره به معنی و مفهوم عرفی و لغوی آن به عنوان شاهد مثال نام قنات ذکر شده و صراحتاً از نظر این قانون قنات دارای حریم هستند . همچنین از منظر دکترین حقوقی حریم در جرگه ملک صاحب حریم

تلقی شده و هرگونه تملک و تصرف در آن که با طبیعت حریم منافات داشته باشد بدون اذن مالک صحیح نیست و از این منظر حریم ملک تبعی است. یعنی از توابع ملک محسوب شده و مالک می تواند از حق خود بصورت بلا عوض یا در قبال دریافت معوض صرف نظر نماید. (107)

برخی دیگر از حقوقدانان از جمله منصورالسلطنه در تفسیر ضرورت وجود حریم برای منابع آبهای زیر زمینی ضمن طرح یک مثال چنین بیان میدارد:

« برای استفاده و انتفاع از یک مال موجبات و وسایلی لازم است که بدون آن وسایل انتفاع غیر ممکن و یا لا اقل کامل نمیگردد. مثلاً اگر کسی مالک یک حلقه چاه یا قناتی باشد که باید آب آنرا برای زراعت زمین استعمال و استفاده کند، وقتی می تواند از این چاه و قنات استفاده کند که دارای چرخ و یا تلمبه باشد. ولی صرف داشتن این وسایل انتفاع او را نمی تواند کامل نماید مگر وقتی که در اطراف چاه مقداری زمین کافی وجود داشته تا بتواند وسایل خود را در آن بگذارد یا آبی را که از چاه می کشد به آنجا بریزد تا به کار زراعت و آبیاری بخورد پس در این صورت آن مقدار زمینی که در اطراف چاه یا قنات یا غیره برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد حریم محسوب شده که متعلق به صاحب چشمه یا قنات بوده و ملک او تلقی میشود و هیچ تصرفی از طرف دیگران در آن مجاز نمی باشد. (108) ماده 136 قانون مدنی پس از بیان تعریف حریم، فلسفه وجودی این تأسیس حقوقی را یک امر مهم عنوان می کند و آن را قاعده و ملاک **کمال انتفاع** میداند که همین امر باعث شده که آنرا در حکم ملک صاحب حریم بداند. با این تلقی آثار ناشی از مالکیت املاک به حریم تسری یافته و مالک می تواند به دو روش از ملک خود حفاظت نماید.

روش اول ایجابی یا استفاده کامل: یعنی آنکه مالک به هر نحو که خود صلاح بداند و یا

این که کسی حق اعتراض یا تعرض به وی داشته باشد از مال خود بهره بردای و استفاده بنماید.

روش دوم سلبی: یعنی مالک میتواند با هر گونه تجاوز یا تعرض دیگران بدلیل مالک بودن

برخورد قانونی نموده و حمایت مقامات قانونی را بهمراه داشته باشد. لذا حریم برای تکمیل انتفاع و

دفع ضرر از سوی دیگران است خواه این ضرر بالفعل باشد و خواه بالقوه و فرضی. در فرض

تجاوز، زیان به صاحب حریم می رسد اما اگر تجاوزی نباشد زیانی هم مطرح نخواهد بود.

(109) و (110)

ماده 139 قانون مدنی در بیان این امر تصریح دارد که: «حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست و بنابراین کسی نمی تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است.»

در خصوص بخش انتهایی ماده 139 یک نکته قابل ذکر است که نایستی صاحب حریم اقداماتی بعمل آورد که موجب تضرر و تعدی به حقوق سایر افراد گردد. زیرا در اسلام بصورت صریح هر گونه ضرر و ضرر رساندن به کلی منع شده و این موضوع از اصول مسلم حقوقی حاکم بر روابط اجتماعی اسلام است. (111)

بنابراین مالک حریم میتواند صرفاً تصرفاتی که متعارف باشد در حریم انجام دهد و فرض قانونگذار بر آن است که املاک موات اطراف قنات که فاقد مالک هستند توسط صاحب حریم قنات قابلیت تملک را دارا هستند.

مؤید این نظر ماده 1 قانون قنات مصوب 1309/6/6 می باشد که صراحتاً بیان می دارد: «اگر کسی مالک چاه یا قنات یا مجرای آبی در ملک غیر و یا در اراضی مباح (موات) باشد تصرف صاحب چاه یا قنات یا مجرا فقط از حیث مالکیت قنات یا مجرا و برای عملیات مربوط به قنات و چاه و مجرا خواهد بود و صاحب ملک می تواند در اطراف چاه یا مجرا یا اراضی واقع بین دو چاه تا حریم چاه و مجرا هر نوع تصرفاتی که بخواهد بنماید مشروط بر آنکه تصرفات او موجب ضرر صاحب قنات و مجرا نشود.»

بدین جهت است وقتی کسی در اراضی موات و مباحه چاه آب یا قنات بکند و به آب برسد حق حریم پیدا می نماید. زیرا پس از آنکه از آبهای مباحه زیر زمینی استفاده نمود نسبت به منبع آب چاه یا قنات حق تقدم و اولویت در بردن آب پیدا می کند و دیگران نمی توانند بوسیله کندن چاه یا قنات جدید موجب نقصان آب چاه یا قنات سابق شوند و بر همین اساس حفظ حریم طبق مواد 136 و 139 قانون مدنی تأمین می شود.

2- میزان حریم در قانون مدنی :

قانون مدنی از نظر فنی حدودی برای حریم قائل شده و جهات فنی مهندسی موضوع را لحاظ داشته است. قانونگذار با علم و آگاهی به ضرورت محدود بودن حریم حسب مورد میزان

حریم ها را معین ساخته و برای هر یک از منابع آبی حریمی وضع نموده و این میزان حداکثر حریم می باشد. مقادیر معین شده از دو دیدگاه مورد توجه قرار گرفته است.

دیدگاه اول: نوع استفاده از یک منبع

بر اساس ماده 137 قانون مدنی هر گاه نوع استفاده از آب برای خوردن و آشامیدن باشد 20 گز و هر گاه برای کشاورزی و زراعت باشد 30 گز معین شده است. لذا بر اساس این ماده قانونگذار با بیان نوع استفاده به وضع قاعده پرداخته است.

دیدگاه دوم: نوع وضعیت منبع آبی

بر اساس ماده 138 قانون که اعلام میدارد: « حریم چشمه و قنات از هر طرف در زمین رخوه (500) گز (112) و زمین سخت 250 گز است » (113) در این ماده که نوع منبع آبی از نظر زمین قناتی و وضعیت مهندسی آن ملاک عمل قرار گرفته و چنانچه وضعیت قنات یا چشمه در اراضی مستحکم باشد با حالتی که این نوع منابع آبی در اراضی، ساختار غیر مستحکم متفاوت است.

لذا برای گریز از هر گونه مشکل قانونگذار در انتهای ماده 138 یک ضابطه حقوقی دیگر نیز وضع می نماید و آن گسترش حریم تا میزان مورد نیاز و جلوگیری از ضرر است و اشاره میدارد: « لیکن اگر مقادیر مذکوره در این ماده و ماده قبل برای جلوگیری از ضرر کافی نباشد به اندازه ای که برای دفع ضرر کافی باشد به آن (حریم) افزوده می شود. »

در این ماده اشکالات و سوالاتی مطرح است که بیان می شوند: اولاً حد انتهایی افزایش حریم چقدر می باشد، ثانیاً تشخیص این افزایش با چه مرجعی است، ثالثاً در صورت بروز اختلاف چه ملاکی در اختیار حاکم می باشد. که در این باره قانون مدنی ساکت است.

التهایه با وجود این اشکالات در بحث حریم قانون مدنی، سایر قوانین توسط قانونگذار به نوعی این موارد را مرتفع ساخته اند. مختصر آنکه قانونگذار با تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن

آن در ماده 35 و مقررات بعدی تعیین حریم را به عهده کارشناسان وزارت نیرو قرار داده و برخی از حقوقدانان معتقدند که مواد قانون مدنی با تصویب قانون آب نسخ ضمنی شده است. (114)

منابع و مأخذ:

- 1- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق اموال، انتشارات گنج دانش، تهران 1368
صفحه 297
- 2- Dudomaina Public
- 3- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق اموال، انتشارات گنج دانش، تهران 1368
صفحه 226
- 4- همان منبع صفحه 46
- 5- همان منبع صفحه 77
- 6- ماده 29 قانون مدنی، هوشنگ، مجموعه قوانین مدنی، مسئولیت مدنی، نشریدار تهران، 1372، صفحه 12
- 7- دکتر جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق اموال، انتشارات گنج دانش، تهران 1368
صفحه 104
- 8- ماده 30، قانون مدنی، ناصر زاده، هوشنگ، مجموعه قوانین مدنی، مسئولیت مدنی، نشریدار تهران، 1372، صفحه 12
- 9- ماده 928 قانون مدنی آلمان همانند این ماده است و ظاهراً در ماده 27 از قانون آلمان بهره گیری شده است.
- 10- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق اموال، انتشارات گنج دانش، تهران 1368
صفحه 652

- 11- سرمد، مرتضی ، حقوق آب، جلد اول، چاپ سکه ، تهران ، 1350، صفحه 43 تا 45
- 12- Ros nallius
- 13- Les choses abandonnees
- 14- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر ، حقوق اموال ، انتشارات گنج دانش ، تهران 1368
صفحه 353
- 15- ماده 146 قانون مدنی ، ناصرزاده ، هوشنگ، مجموعه قوانین مدنی ، مسئولیت مدنی ،
نشریدار تهران ، 1372- صفحه 32
- 16- مواد 149 ، 148 ، 100 ، 96 قانون مدنی ، ناصرزاده ، هوشنگ، مجموعه قوانین
مدنی، مسئولیت مدنی ، نشریدار تهران ، 1372، صفحه 30 الی 32
- 17- ماده 96 قانون مدنی ، ناصرزاده ، هوشنگ، مجموعه قوانین مدنی ، مسئولیت مدنی ، نشریدار
تهران ، 1372، صفحه 23
- 18- طبق قاعده (لاضرر و لاضرار فی الاسلام) چنین خسارتی منع گردیده است .
- 19- امامی ، دکتر سید حسن ، حقوق مدنی ، انتشارات اسلامیة ، تهران 1368 ، صفحه 137
- 20- امامی ، دکتر سید حسن ، حقوق مدنی ، ج 1 انتشارات اسلامیة، تهران 1368 ، صفحه
137
- 21- دفتر حقوقی وزارت نیرو مجموعه قوانین صنعت آب و برق انتشارات وزارت نیرو ، تهران
1373 صفحه 3
- 22- دفتر حقوقی وزارت نیرو مجموعه قوانین صنعت آب و برق انتشارات وزارت نیرو ، تهران
1373 صفحه 8
- 23- همان منبع صفحه 17
- 24- قانون اصلاح قانون تأسیس بنگاه آبیاری و امور مربوط به آبیاری کشور مصوب 1334
11/5/ دفتر حقوقی وزارت نیرو مجموعه قوانین صنعت آب و برق انتشارات وزارت نیرو ، تهران
1373 صفحه 17 تا 21
- 25- اکثر موارد این قانون در جهت کاهش اختیارات مالکین می باشد .
- 26- دفتر حقوقی وزارت نیرو مجموعه قوانین صنعت آب و برق انتشارات وزارت نیرو ، تهران
1373 صفحه 51

- 27- دفتر حقوقی وزارت نیرو مجموعه قوانین صنعت آب و برق انتشارات وزارت نیرو ، تهران
1373 صفحه 60
- 29- سرمد مرتضی ، حقوق آب ، جلد اول ، چاپ سکه ، تهران 1368- صفحه 76
- 30- *Domaine or biens nationaux*
- 31- و 32- لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق اموال ، انتشارات گنج دانش ، تهران 1368،
صفحه 76
- 33- سرمد مرتضی ، حقوق آب ، جلد اول ، چاپ سکه، تهران 1368- صفحه 101
- 34- قانون تأسیس وزارت نیر مصوب 28 / 11 / 53
- 35- قانون گسترش کشاورزی در قطبهای کشاورزی مصوب 5/2 / 54
- 36- هاشمی دکتر سید محمد ، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران ، جلد 1، انتشارات دانشگاه
شهید بهشتی تهران 374 صفحه 323 تا صفحه 326
- 37- *Intervention directe et indirecte*
- 38- هاشمی، دکتر سید محمد ، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران ، جلد 1، انتشارات
دانشگاه شهید بهشتی تهران 1374 صفحه 323 تا صفحه 329
- 39- از فضلا و نویسندگان ، تفسیر نمونه ، جلد سیزدهم ، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی ، قم،
1374 صفحه 508 و 509 ، پاورقی با تخلص
- 40- هاشمی دکتر سید محمد ، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران ، جلد 1، انتشارات دانشگاه
شهید بهشتی تهران 1374 صفحه 323 تا صفحه 306
- 41- همان منبع صفحه 37
- 42- تشکیل شرکتهای بهره برداری از شبکه های آبیاری و سدها و انتقال و توزیع برق که با حفظ
مالکیت دولت بر این منابع می باشد از مصادیق بارز این تصمیم گیری است .
- 44- قانون حفظ و حراست از آبهای زیر زمینی مصوب 1345 به نقل از روزنامه رسمی کشور
ایران- به شماره 62 / 41345 / 2/4
- 45- بخشهای عمده ای از روند بهره برداری از منابع آبی بواسطه تشکیل شرکتهای بهره برداری
شبکه های آبیاری ، سدها صورت می گیرد و دولت خود بعنوان ناظر عالیه ، سیاستهای کلی بهره
برداری را به این قبیل شرکتهای ابلاغ می نماید .

46- آئین نامه های کثیری در این خصوص وجود دارد که عمدتاً مالکیت دولت را مورد تأیید قرار داده اند .

1 . تذکره الفقهاء، ج 2، ص 413 .

1 . مصادر النظام الاسلامی، ج 1، ص 173 .

4 . تحرير الوسیله، ج 2، ص 198 .

5 . تحرير الوسیله، ج 2، ص 198 .

1 . لغت نامه دهخدا، واژه حریم .

2 . همان، به نقل از منتهی الارب .

3 . تذکره الفقهاء، ج 2، ص 413 .

4 . تحرير الوسیله، ج 2، ص 199 .

5 . همان .

6 . منهاج الصالحین، ج 2، ص 167 .

7 . همان .

8 . همان .

9 . همان .

10 . تذکره الفقهاء، ج 2، ص 413 .

- 11 . تحرير الوسيله، ج 2، ص 199 .
- 12 . منهاج الصالحين، ج 2، ص 166 .
- 13 . تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 413 .
- 14 . الدروس الشرعيه، ج 3، ص 59 .
- 15 . تحرير الوسيله، ج 2، ص 201 .
- 16 . منهاج الصالحين، ج 2، ص 167 .
- 17 . تحرير الوسيله، ج 2، ص 202 .
- 18 . منهاج الصالحين، ج 2، ص 169 .
- 19 . مجموعه قوانين و مقررات سازمان جنگل ها و مراتع كشور .
- 20 . شرائع الاسلام، ج 2، ص 287 .
- 21 . جواهر الكلام، ج 38، ص 37 .
- 22 . همان، ص 38 .
- 23 . همان، ص 37 .
- 24 . همان، ص 38 .
- 25 . مسالك الافهام، ج 2، ص 289 .
- 26 . الدروس الشرعيه، ج 3، ص 60 .

27. همان، ج 2، ص 60.
28. همان، ج 3، ص 61.
29. جواهرالکلام، ج 38، ص 39.
30. الدروس الشرعیه، ج 3، ص 61.
31. جواهرالکلام، ج 38، ص 39.
32. شرائع الاسلام، ج 2، ص 287.
33. جواهر الکلَام، ج 38، ص 41.
34. تحریر الوسیله، ج 2، ص 199.
35. منهاج الصالحین، ج 2، ص 166.
36. الدروس الشرعیه، ج 3، ص 59.
37. جامع المدارک، ج 5، ص 236.
38. تحریر الوسیله، ج 2، ص 200.
39. جواهرالکلام، ج 38، ص 41.
40. الدروس الشرعیه، ج 3، ص 60.
41. مجموعه قوانین و مقررات اراضی املاک مزروعی و شهری دایر و بایر.
42. شرائع الاسلام، ج 2، ص 287.

43. الدروس الشرعيه، ج 3، ص 59.
44. تحرير الوسيله، ج 2، ص 200.
45. تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 413.
46. ايضاح الفوائد، ج 2، ص 233.
47. شرائع الاسلام، ج 2، ص 287.
48. جواهر الكلام، ج 38، ص 46.
49. تحرير الوسيله، ج 2، ص 199.
50. ايضاح الفوائد، ج 2، ص 233.
51. مسالك الافهام، ج 2، ص 290.
52. منهاج الصالحين، ج 2، ص 166.
53. تحرير الوسيله، ج 2، ص 199.
54. تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 414.
55. الدروس الشرعيه، ج 3، ص 59.
56. مسالك الافهام، ج 2، ص 289.
57. تحرير الوسيله، ج 2، ص 200.
58. همان، ص 201.

59. تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 413.
60. تحرير الوسيله، ج 2، ص 202.
1. شرائع الاسلام، ج 2، ص 287؛ ايضاح الفوائد، ج 2، ص 233.
2. تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 411.
3. السرائر، ج 2، ص 373.
4. قواعد الاحكام، ج 1، ص 221.
5. المبسوط، ج 3، ص 273.
6. اقتصادما، ج 2، ص 124 به نقل از مفتاح الكرامه.
7. اقتصادما، ج 2، ص 124 و 125.
8. اقتصادما، ج 2، ص 126 به نقل از بلغة الفقيه.
9. تهذيب الأحكام، ج 7، ص 146؛ الفقيه، ج 3، ص 151.
10. وسائل الشيعه، ج 17، ص 329.
11. تهذيب الأحكام، ج 7، ص 201، ح 34.
12. تهذيب الاحكام، ج 7، ص 140.
13. المبسوط، ج 3، ص 281.

14 . اقتصادما، ج 2، ص 131 .

15 . تهذيب الأحكام، ج 7، ص 140 .

کتاب نامه

. آل بحر العلوم الطباطبائی، سید محمد: بلغة الفقيه (چاپ قدیم)، 1329ق .

. حلّی، جعفر بن حسن (محقق): شرائع الاسلام، المكتبة العلمية الاسلامية، 1377ق .

. حلّی، حسن بن يوسف (علّامه): تذكرة الفقهاء، المكتبة المرتضوية، تهران .

. حلّی، حسن بن يوسف (علّامه): قواعد الاحكام (چاپ قدیم)، 2 جلد، 1329ق .

. حلّی، محمد بن حسن بن يوسف (فخرالمحققين): ايضاح الفوائد، چاپخانه علميه، قم 1387ق .

. حلّی، محمد بن منصور: السرائر، چاپ دوم، مؤسسه النشر الاسلامی، 1410ق .

. خمینی، سیدروح الله (امام): تحرير الوسیله، 2 جلد، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم .

. خوئی، سید ابوالقاسم (آیتالله): منهاج الصالحين، 2 جلد، چاپ پنجم، انتشارات علميه، قم،

1395ق .

. خوانساری، سید احمد (آیتالله): جامع المدارك، 7 جلد در 6 مجلد، چاپ دوم، مؤسسه

اسماعیلیان، 1364ش .

. رفاعی، عبدالجبار: مصادر النظام الاسلامی .

. صدر، محمد باقر: اقتصادما، ترجمه ع - اسپهبدی، 2 جلد، انتشارات اسلامی .

. صدوق، محمد بن علی: [کتاب] من لا یحضره الفقیه، مؤسسۃ الأعلمی للمطبوعات، بیروت .

. طوسی، محمد بن حسن (شیخ): المبسوط، 8 جلد، چاپ سوم، چاپخانه حیدریه .

. طوسی، محمد بن حسن (شیخ): تهذیب الأحکام، چاپ دوم، دارالکتب الاسلامیه، 1382ق /

1962م .

. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی): مسالک الافهام (چاپ قدیم سنگی)، 2 جلد .

. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول): الدروس الشرعیة، مؤسسۃ النشر الاسلامی، 1412ق .

. گروهی از نویسندگان: لغت نامه دهخدا، 14 جلد، مؤسسۃ انتشارات و چاپ دانشگاه تهران،

تهران 1373 ش .

. نجفی، محمد حسن: جواهر الکلام، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، 1981م .

. وطنی، محمد حسن (گرد آورنده): مجموعه کامل قوانین و مقررات اراضی و املاک مزروعی و

شهری دایر و بایر، انتشارات فردوسی، 1364 ش .