



اتاق بازرگانی، صنایع، معادن  
و کشاورزی اصفهان

۱۲

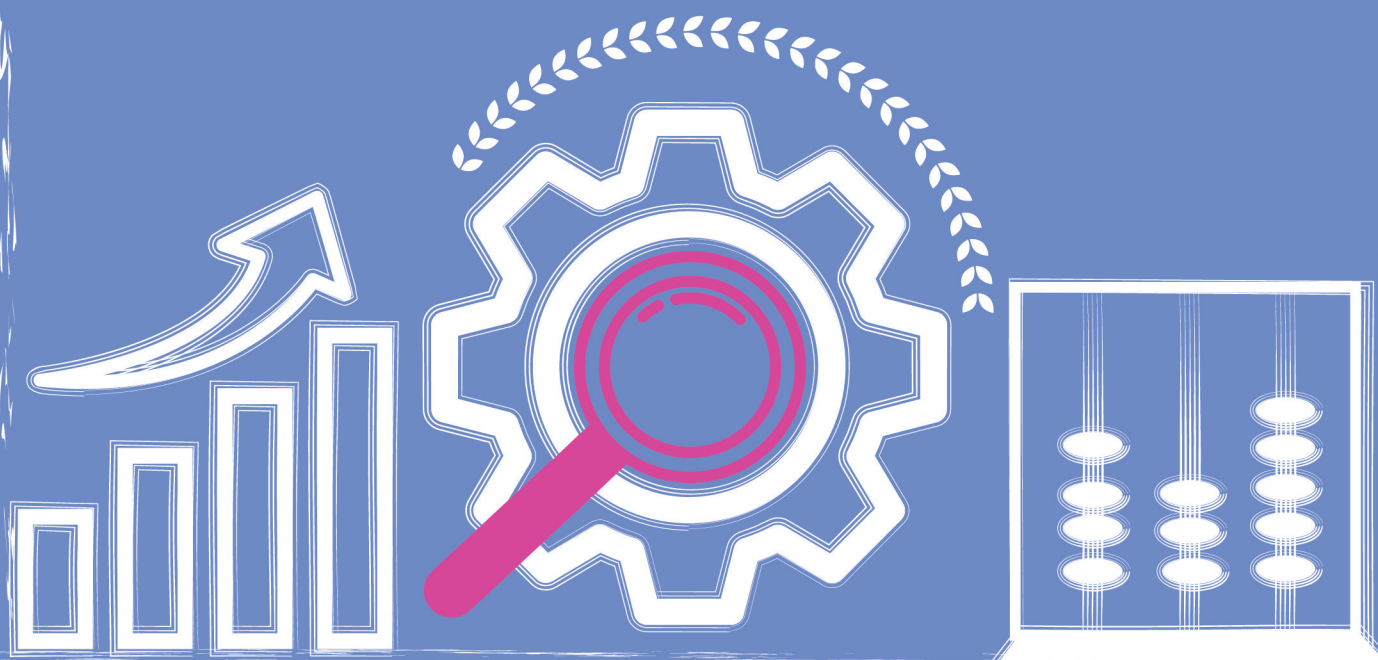


راهکار برای رشد و توسعه درونزا

• سلسله گزارش های مطالعات و  
دستاوردهای کمیسیون های تخصصی

## حقوق اشخاص بر آب های سطحی و زیر زمینی پس از ملی شدن آب ها از منظر قوانین و فقه اسلامی

کمیسیون کشاورزی، آب و محیط زیست



راهبرد؛ رویش راهکارهای رشد و توسعه درونزا، بر محور خرد جمعی فعالان اقتصادی و صاحب نظران و برگرفته از دستاورد های کمیسیون های تخصصی اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی اصفهان است. امید است انتشار هفتگی سلسله گزارش های راهبرد، به بهبود محیط کسب و کار استان و کشور کمک کند.



# "حقوق اشخاص بر آب های سطحی و زیرزمینی پس از ملی شدن آب ها

## از منظر قوانین و فقه اسلامی"

کمیسیون کشاورزی، آب و محیط زیست

دبیرخانه کمیسیون های تخصصی

اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی اصفهان

عنوان گزارش: " حقوق اشخاص بر آب‌های سطحی و زیرزمینی پس از ملی شدن آب‌ها از منظر قوانین و فقه اسلامی "

تهیه کننده: کمیسیون کشاورزی، آب و محیط زیست

انتشار: دبیرخانه مشترک کمیسیون ها و تشکل های اقتصادی

شماره گزارش: ۱۱۷۹۶۲۱

۱۳۹۶



**کمیسیون کشاورزی، آب و محیط زیست دوره هشتم**

**کمیته آب**

**حقوق اشخاص بر آب‌های سطحی و زیرزمینی  
پس از ملی شدن آب‌ها  
از منظر قوانین و فقه اسلامی**

اتاق بازرگانی صنایع، معادن و کشاورزی اصفهان

۱۳۹۶

## حقوق اشخاص بر آب‌های سطحی و زیرزمینی پس از ملی شدن آب‌ها از منظر قوانین و فقه اسلامی

### ۱- تعریف حق و حقا به و جایگاه آن به مثابه حق مطلق، عینی و ثابت

حق مفهومی اعتباری است که اعتبار خود را از قوانین موضوعه و امضای شرع بر این قوانین می‌گیرد. «در آثار حقوقی معمولاً از مالکیت با عنوان «حق مالکیت» تعبیر می‌گردد که کامل‌ترین نوع حق عینی، حق مالکیت است و به موجب آن مالک، حق همه گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود دارد(۱).

«مالکیت حقی است مطلق، انحصاری و دائمی که شخص نسبت به مالی دارد و به او اجازه می‌دهد که از تمامی منافع اقتصادی آن بهره‌مند گردد(۲)». قدرتی که از طرف قانون به شخص داده شده حق نامیده می‌شود؛ «در فقه در همین معنی، کلمه سلطه را به کار می‌برند. حق در این معنی دارای ضمانت اجراست و آن را حق تحقق - و حقوق موضوعه و حقوق مثبت نیز گفته‌اند(۳)».

قانون‌گذار در ماده ۹۵۶ قانون مدنی می‌گوید: «اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود.» ماده ۹۵۸ قانون مدنی نیز اضافه می‌نماید «هر انسان، متمتع از حقوق مدنی خواهد بود.»

آنچه از مجرای قانون گذشته به عنوان حق قابل دفاع و مطالبه است. از این حیث قید حمایت قانون یا حقوق کشور و یا تکیه بر قاعده حقوقی در تعریف حق واقعی غیر قابل انکار است(۳).

در تعریف حق می‌توان گفت: حق، امتیازی است که به موجب شرع و حقوق موضوعه ایجاد می‌شود و سایرین مکلف به رعایت آن هستند. این تعریف در مورد حقا به عینا مصداق دارد(۲).

حق مطلق حقی است که در مقابل تمامی افراد جامعه است و تمامی افراد مکلف به احترام به این حق هستند. تمامی اقسام حقوق عینی از این قبیل است. برای مثال «حق مالکیت» حقی است که تمامی افراد مکلفند آن را رعایت نموده و به آن تجاوز نکنند. حق عینی چهار رکن دارد:

- اول. صاحب حق یا مالک.
- دوم. موضوع حق یا ملک، و آن چیزی است که شخص مالک نسبت به آن حق دارد.

- سوم. ملکیت یا مالکیت و آن یک رابطه حقوقی است که قانون آن را معتبر شناخته و مردم را مکلف به احترام آن نموده است. از این رو، گفته می‌شود که «حق عینی» در مقابل تمام افراد جامعه است و در اثر این امر، حق تعقیب به صاحب حق عینی داده می‌شود و مالک می‌تواند مال خود را در دست هر کس بیابد بگیرد.
- چهارم. جزا، که به دو گونه ظهور می‌نماید: یکی حمایت قانون از صاحب حق، تا کسی نتواند به مالک تعدی کند و دیگر اجبار به رفع تجاوز، در صورتی که تعدی صورت گرفته باشد (۲).

به همین دلیل است که در ماده ۴۴ قانون توزیع عادلانه آب، دولت مکلف به پرداخت خسارت به اشخاص حقیقی و حقوقی شده است که در اثر اقدامات دولت منابع آب متعلق به آنها نقصان یافته و یا خشک شده باشد.

**حق ثابت و حق متزلزل:** حق به اعتبار قابلیت زوال، به دو قسم تقسیم می‌شود: حق ثابت و حق متزلزل. «حق ثابت» حقی است که نمی‌توان آن را زایل کرد؛ مثلاً، کسی که خانه را به دیگری می‌فروشد، حق مشتری نسبت به خانه ثابت است؛ یعنی بایع نمی‌تواند آن را فسخ کند. «حق متزلزل» حقی است که می‌توان در مدت معینی آن را زایل نمود مانند کسی که باغ خود را به دیگری می‌فروشد و شرط می‌کند هرگاه پول باغ را تا مدت یک ماه باز پس داد، بتواند معامله را فسخ کند. پس از معامله، مشتری مالک باغ می‌شود و نسبت به آن حق پیدا می‌کند، ولی حق او در مدت یک ماه متزلزل است (۲).

حقابه حقی است عینی، مطلق، ثابت، دائمی که به حقابه دار اجازه می‌دهد از حق بهره‌برداری از منابع آب برخوردار باشد. تفاوت بین حقابه و حق مالکیت بر زمین و سایر اموال در آن است که حقابه دار مالک عین آب نیست بلکه بر حق بهره‌برداری از یک منبع آب مالکیت دارد، حال آنکه مالکیت بر زمین و سایر اموال از نوع مالکیت بر عین مال است.

## ۲- جایگاه حقابه در نظام حقوقی ایران

تا پیش از تصویب قانون ملی شدن آب در سال ۱۳۴۷ حقوق اشخاص بر منابع آب تابع قانون مدنی ایران بود که خود این قانون منبعث از فقه امامیه بود. با ملی شدن آب‌ها و به دنبال آنکه منابع آب به عنوان ثروت ملی و متعلق به عموم دانسته شد و قانون‌گذار دولت را به عنوان متولی منابع آب کشور تعیین کرد، جایگاه حقابه اشخاص بر منابع آب نیاز به بررسی دارد. این بررسی، موضوع این نوشتار است.

در ماده ۱ «قانون آب و نحوه ملی شدن آن» مصوب ۱۳۴۷ آمده است: «**منابع آب سطحی و زیر زمینی... ثروت ملی محسوب و متعلق به عموم است.**»

در ماده ۱ «قانون توزیع عادلانه آب» مصوب ۱۳۶۱ با استناد به اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است: «**منابع آب سطحی و زیر زمینی... از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است.**»

دو مفهوم حقوقی «ثروت ملی و متعلق به عموم» و «مشترکات و در اختیار حکومت اسلامی» در دو قانون یاد شده در خصوص منابع آب سطحی و زیرزمینی کشور بعضاً موجب این استنباط شده است که منابع آب سطحی و زیرزمینی از «انفال» است. استنباط «انفال» از منابع آب سطحی و زیرزمینی کشور گاه ابهام‌هایی را در خصوص جایگاه قانونی و حقوقی حقا به اشخاص حقیقی و حقوقی بر آب‌های سطحی و زیرزمینی موجب شده است. این ابهام‌ها بررسی اجمالی مبانی فقهی و قانونی حقا به اشخاص حقیقی و حقوقی را ضروری کرده است. نوشتار حاضر پاسخی به این ضرورت است.

### ۳- حقوق اشخاص بر آب‌های سطحی و زیرزمینی از منظر قوانین و فقه اسلامی

تا پیش از تدوین قوانین جامع آب از جمله قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، مالکیت آب‌ها و اراضی از قاعده فقهی: «مَنْ حَازَ مَلِكًا» تبعیت می‌نمود. مطابق این قاعده فقهی چنانچه هر یک از افراد به قصد مالکیت اقدام به حیازت مباحات می‌نمود مالک آن می‌گردید (۲). طبق تعریف هرگونه وضع ید، تصرف یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا و نیز انجام سلطه واقعی بر یک مال عنوان حیازت را دارد (۴). اقدام به حیازت مباحات به طور کلی و حیازت آب‌ها به طور اخص (حیازت میاه مباحه) تابع قاعده فقهی لاضرر می‌باشد که مطابق آن حد حیازت مقید و منوط به آن است که موجب ضرر و زیان به دیگران نشود (۵).

مباحات اصلی اموالی است که ملک هیچ کس نیست و خداوند بهره‌گیری از آن‌ها را حلال دانسته و هر کس بتواند آن‌ها را حیازت کند مالک آنها می‌شود (۶). در مباحات حقی برای مردم در نظر گرفته نشده بلکه آن‌ها می‌توانند از مباحات استفاده کنند و از رهگذر حیازت مالک آن‌ها شوند. از مباحات تنها به همان اندازه به تملک در می‌آید که برداشت شده است و آنچه برداشت شده است به تملک در نمی‌آید.

قانون مدنی مصوب ۱۳۰۹ ام القوانین و از نخستین قوانین حقوقی کشور ما محسوب است که 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 (۵). از زمان وضع قواعد اجتماعی توسط قانون‌گذاران تا ۱۳۴۷ مقررات حاکم بر مالکیت آب‌ها تابع عمومات قانون مدنی بوده است (۵). در این دوره اصل بر مالکیت عمومی تمام منابع آبی یعنی مباحات و مشترکات عمومی بوده و هر کس می‌توانست در اراضی مباح از نهر یا رودخانه جویی منشعب و از آن بهره‌برداری نماید (۶). لذا همین که شخص این کار را انجام می‌داد مالکیت آب و نهر برای وی مستقر می‌گشت و دولت یا حکومت نظارت و مالکیتی بر منابع آبی از هر قبیل نداشت (۷). اصول کلی حاکم بر قانون مدنی از جمله ماده ۳۰ آن، این است که هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع را دارد مگر مواردی که قانون استثناء کرده است و لذا هر کس با اقدامات مشخصی به یکی از منابع آبی دسترسی پیدا کند مالک آن خواهد بود و از این طریق حق بهره‌برداری از مالکیت خود را خواهد داشت (۴).

پس از قانون مدنی که بنیان‌گذار تفکر مالکیت خصوصی منابع آب با استقرار ایقاعی تملک منابع آب می‌باشد، پاره‌ای قوانین عادی به وسیله قانون‌گذار تدوین گردید که بر همین مبنا و شیوه معتقد به مالکیت خصوصی منابع آب بودند. از این قوانین که شمار آنها نیز اندک نیست موارد زیر را می‌توان برشمرد:

۱. قانون راجع به قنوت مصوب ۱۳۰۹
۲. قانون تکمیل قانون قنوت مصوب ۱۳۱۳
۳. قانون اجازه تأسیس بنگاه مستقل آبیاری مصوب ۱۳۳۲
۴. لایحه قانونی تأسیس وزارت آب و برق مصوب ۱۳۴۲
۵. قانون حفظ و حراست از منابع آب‌های زیرزمینی کشور مصوب ۱۳۴۵

در این قوانین هر گونه وضع ید بر منابع آبی قانوناً مجاز و با تلاش و زحمت بهره‌برداران ایجاد مالکیت بر منابع آبی ممکن و متصور شده بود. هر چند 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 آب‌ها ادامه یافت (۵).

#### ۴- تحول در نظام کلی حقوق آب‌ها

با تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷ نظام کلی مالکیت آب‌ها در نظام حقوقی ایران تغییر یافت. این تحول با تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی (در سال ۱۳۵۸) و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ تداوم یافت. در ادامه به اختصار این دو قانون جامع آب که به عنوان نقطه عطف در نظام مالکیت منابع آب در کشور محسوب هستند مورد بررسی قرار می‌گیرند.

#### ۴-۱- قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷

به موجب ماده ۱ این قانون کلیه آب‌ها اعم از منابع آب سطحی و زیرزمینی، ثروت ملی محسوب و متعلق به عموم است و مسئولیت حفظ و بهره‌برداری این ثروت ملی و احداث و اداره تأسیسات توسعه منابع آب به وزارت آب و برق محول می‌شود. مقایسه ماده ۱ این قانون در خصوص ثروت ملی محسوب نمودن آب‌ها و ماده ۲ آن مبنی بر متعلق به دولت دانستن بستر رودخانه‌ها واجد اهمیت است. در ماده ۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن برخلاف ماده ۱ که منابع آبی را متعلق به عموم دانسته، بستر انهار و رودخانه‌ها را متعلق به دولت تلقی نموده است. تعبیر این عنوان مالکانه به تفاوت تعاریف مالکیت ملی یا عمومی با مالکیت دولتی بر می‌گردد. در تعریف اموال ملی به سه خصیصه اشاره نموده‌اند:

الف - عدم قابلیت انتقال و بیرون از قلمرو مبادلات؛

ب - عدم جاری شدن اماره تصرف؛

ج - عدم شمول مرور زمان.



در حالی که اموال دولتی اموالی هستند که به یک خدمت عمومی اختصاص یافته و یا مستقیماً در اختیار عموم برای بهره‌برداری قرار می‌گیرند مانند: راه آهن، کتابخانه‌های عمومی، لذا نباید عبارت اموال عمومی را در کنار اموال دولتی نهاد که موجب اشتباه گردد (۶).

با تصویب قانون ملی شدن آب در سال ۱۳۴۷ دولت از دو جهت عهده‌دار وظیفه‌ای خطیر شد:

۱. از جهت ملی شدن منابع آب؛

۲. از جهت مالک بودن بستر انهار و رودخانه‌ها (۵).

۲-۴- **قانون توزیع عادلانه آب (مصوب ۱۳۶۱):**

قانون توزیع عادلانه آب که در سال ۱۳۶۱ به تصویب مجلس و شورای نگهبان رسیده است قانون جامع ناظر بر مقررات مربوط به آب است. در ماده ۵۲ این قانون آمده است: کلیه قوانین و مقرراتی که مغایر با این قانون باشد از تاریخ تصویب این قانون در آن قسمت که مغایر است بلا اثر می‌باشد. به موجب این ماده، قانون توزیع عادلانه آب جایگزین قانون آب و نحوه ملی شدن آن (مصوب ۱۳۴۷) شده و در حال حاضر قانون جاری و نافذ در امور آب است. از نظر چارچوب کلی و مبانی، قانون توزیع عادلانه آب با قانون ملی شدن آب موارد انطباق زیاد دارد.

برای رعایت اختصار از بررسی مواد مختلف این قانون خودداری می‌شود و صرفاً تفاوت‌های آن با قانون مصوب ۱۳۴۷ که مرتبط با موضوع مالکیت منابع آب است مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. در قانون آب منابع آب اعم از سطحی و زیرزمینی زیر عنوان ثروت ملی محسوب شده‌اند حال آنکه در قانون توزیع عادلانه آب، منابع آب به عنوان «مشترکات» آمده‌اند. 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 (۵). در قانون توزیع عادلانه آب مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از منابع آب به دولت محول شده است. در این خصوص دولت به عنوان نماینده اجتماع مرجعی است که هر کس بخواهد در تأسیسات یا منابع آبی دخالت نماید باید از دولت اجازه بگیرد و گرنه اقدامات وی مشمول دخالت غیر قانونی و غیر مجاز بوده و یک نوع تجاوز تلقی و مستوجب مجازات خواهد بود.

در کتاب مجموعه نظرات شورای نگهبان آمده است: شورای نگهبان ضمن یکی از ایرادات ماهوی که نسبت به قانون توزیع عادلانه آب به عمل آورد چنین اظهار نظر نمود: «اینکه آب‌ها را از انفال ذکر نموده شرعاً صحیح نیست و پیشنهاد می‌شود نوشته شود «از مشترکات است و در اختیار دولت» (۷)».

در کتاب مجموعه نظرات شورای نگهبان همچنین آمده است:

«درست است که اصل ۴۵ قانون اساسی دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی را جزء انفال و ثروت-های عمومی قلمداد نموده و در کنار «انفال» عبارت «ثروت‌های عمومی» اضافه کرده است با این حال باید دانست که مفهوم «مشترکات عمومی» با دو مفهوم «انفال» و «ثروت‌های عمومی» متفاوت است (۷)».

باید توجه داشت این موضوع که قانون توزیع عادلانه آب منابع آب را از مشترکات و در اختیار حکومت اسلامی دانسته به دلایل زیر به منزله نفی حقوق صاحبان حق اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی بر منابع آب نمی‌باشد.

۲. در ماده یک بلافاصله پس از اعلام منابع آب به عنوان مشترکات، قانون‌گذار عبارت: «مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها به دولت محول می‌شود» را آورده است. در واقع این عبارت مراد قانون‌گذار از اعلام منابع آب به عنوان مشترکات را به روشنی مشخص می‌کند که دولت تنها مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از منابع آب سطحی و زیرزمینی را دارد (۸).

مقایسه ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب با ماده ۱ آن به روشنی این استنباط را اثبات می‌کند. در ماده ۲ بستر و حریم رودخانه‌ها را در اختیار حکومت اسلامی دانسته است و نه تنها از اجازه بهره‌برداری از آنها سخنی در میان نیست بلکه به دولت اجازه قلع مستحذات واقع در بستر در قبال پرداخت خسارت را داده است.

۳. در ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب علاوه بر تملک دولت بر حریم و بستر رودخانه‌ها و دریاها و دریاچه‌ها و باتلاق‌ها، تملک دولت بر اراضی ساحلی و اراضی مستحذات که در اثر پایین رفتن سطح آب دریاها و دریاچه‌ها و یا خشک شدن مرداب‌ها و باتلاق‌ها پدید آمده باشد، در صورت عدم احیاء قبل از تصویب قانون نحوه احیاء اراضی تأکید شده است. قید «در صورت عدم احیاء قبل از تصویب قانون نحوه احیاء اراضی» در این ماده حاوی اذعان قانون‌گذار به واقعیت حقوقی مالکیت افراد بر اراضی احیاء شده ساحلی توسط آنها پس از پائین رفتن سطح آب می‌باشد. این قید به روشنی استنباط انفال از موضوع منابع آب و اراضی ساحلی را مشخص می‌کند.

علت این امر آن است که از نظر فقهی تا قبل از تصویب قانون نحوه احیاء اراضی به وسیله شورای انقلاب و خصوصاً قبل از تأسیس جمهوری اسلامی، احیاء این دسته از اراضی بر اساس حکم فقهی «من احیی ارضاً میتة فهی له» (۷) موجب مالکیت می‌گردید و پس از این قانون، حکومت اسلامی تملک اراضی موات را قاعده‌مند ساخته است و به همین جهت اگر چه چنین تملکاتی بر خلاف قوانین حاکم در زمان تملک صورت گرفته ولی چون منطبق با این دیدگاه فقهی بوده است در ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب به چنین تملکاتی وجهه قانونی داده شده و به رسمیت شناخته است.

۵- ادله فقهی و قانونی نادرست بودن برداشت مفهوم انفال از منابع آب متعلق به اشخاص

در پی تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷ و تصویب قانون توزیع عادلانه آب در سال ۱۳۶۱ و خارج شدن آب از مباحات و اعلام منابع آب سطحی و زیرزمینی به عنوان مشترکات در قانون توزیع عادلانه آب، نظام مالکیت عمومی بر منابع آب موضوع بررسی‌ها قرار گرفته است. عمده این بررسی‌ها پس از اعلام آب‌ها توسط قانون‌گذار به عنوان مشترکات و قرار گرفتن منابع آب در اختیار حکومت اسلامی برای رفع شبهات و تشکیک در استقرار مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی بر آب‌ها انجام شده است. در اینجا به اختصار ادله فقهی و قانونی رفع شبهات مزبور ارائه می‌گردد.

#### ۵-۱- ادله فقهی:

- شهید ثانی (۹۶۵ ق) به عنوان یک قاعده اصولاً انفال را مالی می‌داند که مالک خصوصی نداشته باشد (۱۰).
- صاحب ریاض المسائل بی اشاره به سخن شهید ثانی همین نظر را می‌پذیرد (۱۱).
- امام خمینی (ره) ملاک اصلی و عنصر اساسی تشکیل دهنده مفهوم انفال را نداشتن مالک خصوصی می‌داند.

بر پایه تعریف امام و در نظر گرفتن پاره‌ای ملاک‌ها می‌توان انفال را چنین تعریف کرد:

«انفال اموالی است خدادادی و فاقد مالک خصوصی که بشر در پدید آوردن آن‌ها سهمی نداشته و خداوند متعال این اموال را برای بالنده ساختن دین و جامعه توحیدی در اختیار پیامبر، امامان پس از او و رهبری مشروع جامعه اسلامی گذاشته است.»

مفهوم این فتاوا آن است که وجود مالکیت خصوصی در هر مال آن را از شمول انفال خارج می‌نماید.

امام خمینی (ره) در این باره نظریه‌ای ویژه دارد. ایشان ملاک و محور همه انواع انفال را مالک خصوصی نداشتن می‌داند. بدین سان از دیدگاه ایشان هر مالی که مالک خصوصی نداشته باشد چه از زمین‌های موات باشد و چه از زمین‌های آباد طبیعی، چه از کوه‌ها و چه از ته دره‌ها و... از انفال خواهد بود و عنوان‌های یاد شده را در واقع «عنوان مشیر» می‌داند برای بیان همین واقعیت.

حضرت امام (ره) در کتاب البیع می‌فرماید:

«از مجموع روایات فهمیده می‌شود اموالی که از امام است (و از انفال) دارای یک عنوان است و آن عنوان بر مصداق‌های متعددی تطبیق می‌شود و لیکن ملاک در همه این موارد و مصداق‌ها یکسان است و آن اینکه هر مالی چه زمین باشد و چه غیر زمین هر گاه مالک و سرپرست خصوصی نداشته باشد از آن رهبر جامعه است و او می‌تواند در هر جایی صلاح بداند آن را هزینه کند. این روشی است که میان دولت‌ها شایع است... (مصداق انفال) همه از آن امام علیه السلام است لیکن نه با عنوان‌های مختلف و ملاک‌های متعدد بلکه همه آنها با یک ملاک از آن امام علیه السلام است و آن اینکه این اموال مالک خصوصی ندارد... پس عنوان‌هایی از قبیل جنگل، موات بودن، آباد طبیعی بودن، در زمره مشیر کوه‌ها و قعر دره‌ها قرار داشتن و... در انفال بودن موارد یاد شده دخالت ندارد بلکه همه موضوع انفال بودن یک چیز نداشتن مالک خصوصی است و این عنوان‌ها از مصداق‌های آن است... پس به صورت یک قاعده کلی می‌توان گفت که هر مالی یا مالک دارد و یا ندارد. در فرض اول از آن مالک خود اوست و نه از آن امام علیه السلام و در فرض دوم از آن امام علیه السلام است... هر گاه به روایات زیادی که در این باره نقل شده است مراجعه کنی به این نکته دست خواهی

یافت که آن چه گفتیم هم مطابق فهم عرف است و هم منطبق بر روایات و به ویژه آن که همین روش میان دولت‌ها نیز استوار است (۱۲)».

مطابق تصریح امام تعلق اموال به افراد آن را از شمول انفال خارج می‌کند. در خصوص آب‌ها اگر چه مفهوم «مشترکات» مذکور در قانون توزیع عادلانه آب با مفهوم «انفال» تفاوت دارد ولی حتی با استنباط انفال بودن آب‌ها از عبارت «مشترکات» مذکور در قانون، طبق نظریه حضرت امام صرف داشتن مالکیت خصوصی آن را از شمول انفال و از شمول مالکیت امام علیه السلام و حکومت اسلامی خارج می‌کند.

- شیخ طوسی در التهذیب در روایت صحیح از امام صادق (ع) به نقل از پیامبر اکرم (ص) آورده است: «هر کس از زمین زودتر بهره‌برداری کرد و آن را آباد ساخت آن زمین متعلق به اوست» (۹). از نظر فقهای اسلامی زمین کشاورزی احیاء شده بدون ملحقات آن که از قبیل آب باشد معنا نداشته است. محقق حلی فقیه برجسته شیعه در شرایع الاسلام معتقد است «اصولاً تحقق احیاء و آبادی زراعی به دنبال جاری ساختن آب بر آن زمین معنا پیدا می‌کند». روایت صحیح السند شیخ صدوق در همین ارتباط است که از امام صادق (ع) می‌پرسند: «آیا آنکه زمینی را آباد کرده و در آن زمین نهر کشیده، اتاق ساخته و نخل و درخت کاشته است مالک همه آنها می‌شود؟» امام می‌فرماید: «بلی، همه را مالک است» (۱۳). با توجه به ادله شرعی فوق همانگونه که سلب مالکیت زمین از صاحب آن ممکن نیست، سلب مالکیت حقوق الحاقی زمین مثل آب و راه هم از احیاء کننده جایز نیست.

در واقع از آنجا که قوانین موضوعه، مالکیت زمین را از مالکین سلب نکرده است اعم از آنکه سبب مالکیت احیاء و یا غیر آن بوده باشد بنابراین سلب مالکیت حقوق الحاقی زمین هم خلاف قانون و شرع می‌باشد.

#### ۵-۲- فتاوی مراجع عظام

الف- مقام معظم رهبری:

س: حق استفاده از آب رودخانه و آب‌های زیرزمینی در صورت نیاز مبرم و در حد نیاز در مناطق مرتفع با اهالی همان منطقه است یا اهالی مناطقی که ده‌ها کیلومتر دورتر زندگی می‌کنند؟

ج: «اگر اهالی منطقه بالا ساختمان مسکونی یا مزرعه‌ای را پیش از اقدام اهالی منطقه پائین به امید استفاده از آب رودخانه احداث نموده باشند در این صورت اهالی منطقه بالا در استفاده از آب رودخانه به مقدار نیاز خودشان حق تقدم دارند و در مورد آب‌های زیرزمینی، اگر حفر چاه در مناطق پائین آب چاه‌های بالا را به خودش جذب نکند، اهالی مناطق بالا حق ممانعت ندارند» (۱۴).

همانگونه که به روشنی مشخص است مقام معظم رهبری در این پاسخ، حقوق شرعی و قانونی مالکین پیشین را اساس قرار داده‌اند. این نگرش فقهی و حقوقی بر مواد ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون مدنی انطباق دارد که با لحاظ سببه زمانی مقرر می‌دارد: «زمینی که احیاء آن مقدم بوده است در آب نیز مقدم می‌شود بر زمین متأخر در احیاء اگر چه در پایین تر از آن باشد» (۱۵).

آنچه از فتوای مقام معظم رهبری مستفاد می‌شود آن است که ملی شدن آب‌ها نافی مالکیت افراد بر آب‌های حیات شده توسط آنان تا پیش از قانون ملی شدن آب‌ها نمی‌باشد و به لحاظ شرعی مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی بر آب‌ها مسجل و

لازم الرعايه است. اين نگرش فقهی مسلماً بر حقوق شرعی و قانونی حقايقه بران بر آب زاینده رود اعم از طوماری و غیر طوماری که دارای تقدم زمانی می باشند تأکید می گذارد.

### ب- فتوای آیت الله العظمی مکارم شیرازی

در پاسخ به سؤال مربوط به اینکه آیا آب های تحت الارضی از مباحات یا مشترکات یا انفال است؟

- پاسخ: «جزء مباحات محسوب می شود که هر کس در حد معمول بدون ضرر زدن به دیگران و با اجازه حکومت آن را حیازت کند متعلق به اوست» (۱۶).

### ۵-۳- ادله قانونی با استناد به مواد قانون توزیع عادلانه آب

تفسیر و تعبیر هر قانون به کمک مواد همان قانون مبنای محکمی است (۱۵) که راه را بر تفسیر به رأی قانون می بندد و صرف نظر از دیدگاه های متفاوت حقوقی و فقهی منجر به دستیابی به دیدگاه قانونگذار می گردد. در این بخش با این شیوه با اتکا به مواد مختلف قانون توزیع عادلانه آب کوشش می شود به این پرسش پاسخ داده شود که: اعلام «از مشترکات و در اختیار حکومت اسلامی» بودن آب های سطحی و زیرزمینی در ماده یک قانون توزیع عادلانه آب و تصریح آن به اصل ۴۵ قانون اساسی آیا به منزله نفی حقوق افراد بر منابع آب است؟

به دلایل زیر قانون توزیع عادلانه آب بر حقوق صاحبان حق بر منابع آب های سطحی و زیرزمینی دلالت دارد و حتی با استنباط مفهوم فقهی «انفال» از عبارت «مشترکات» در ماده ۱ آن قانون، حقوق شرعی و قانونی حقايقه بران بر آب های سطحی و زیرزمینی همچنان به لحاظ قانونی پا برجا است.

۱. در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب با اعلام اینکه آب های سطحی و زیرزمینی از مشترکات و در اختیار حکومت اسلامی است بلافاصله جایگاه دولت را نه در مقام مالک آن منابع بلکه به عنوان مسئول حفظ و نظارت و اجازه بهره برداری از منابع آب مشخص می نماید. متن عبارت به اندازه کافی گویا است: «مسئولیت حفظ، اجازه و نظارت بر بهره برداری از آب ها به دولت محول می شود» مطابق صریح قانون، بلافاصله پس از اعلام اختیار دولت بر آب ها، قانونگذار این اختیار دولت بر آب ها را نه از نوع مالکیت بلکه از نوع حفظ و اجازه و نظارت بر بهره برداری مشخص کرده است.

۲. متن ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب که اراضی حریم و بستر رودخانه ها و دریاها را در اختیار حکومت اسلامی می داند و اختیار قلع مستحذات مزاحم را به دولت می دهد با مبانی ماده ۱ که دولت را مسئول حفظ و اجازه و نظارت بر بهره برداری از منابع آب می داند به خوبی گویای تفاوتی است که قانونگذار بین مالکیت حکومت بر حریم و بستر رودخانه ها و دریاها با مسئولیت دولت در حفظ و اجازه و نظارت بر بهره برداری از منابع آب قائل شده است.

۳. قانون توزیع عادلانه آب بر حقايقه به مثابه حقی قانونی صحه گذاشته و ساز و کار تعیین آن را معین نموده است. مطابق تبصره ذیل ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب «حقايقه عبارت از حق مصرف آبی است که در دفاتر جزء جمع قدیم یا اسناد

مالکیت یا حکم دادگاه یا مدارک قانونی دیگر قبل از تصویب این قانون برای ملک یا مالک آن تعیین شده باشد.» این تعریف صراحتاً حقوق اشخاص حقیقی و حقوقی بر منابع آب را به رسمیت شناخته است. در ماده (۱۹) حتی این حق را برای حقابه دار قائل شده است که در صورت اعتراض به مقدار حقابه تعیین شده به هیأت‌های ۵ نفره که قانون تعیین کرده اقامه دعوی نماید.

۴. استثنا کردن اراضی احیاء شده قبل از تصویب قانون نحوه احیاء اراضی در حکومت اسلامی از یکسو دلیل بر استنباط مالکیت دولت بر حریم و بستر رودخانه‌ها و دریاها و از سوی دیگر قائل بودن قانون‌گذار به مالکیت ایقاعی ایجاد شده در اثر قاعده فقهی حیات اراضی موات تا پیش از ملی شدن آنها می‌باشد.

۵. در ماده ۴۴ قانون توزیع عادلانه آب دولت مکلف به پرداخت خسارت به اشخاص حقیقی و حقوقی شده است که در اثر اقدامات دولت منابع آب متعلق به آنها نقصان یافته و یا خشک شده باشد.

این ماده به روشنی حق قانونی و قطعی اشخاص حقیقی و حقوقی بر منابع آب سطحی و زیرزمینی را اثبات می‌کند زیرا در غیر اینصورت چگونه ممکن است قانون‌گذار به دولت دستور پرداخت خسارت ناشی از نقصان آب یا خشک شدن یا مسلوب المنفعه شدن آب‌هایی که متعلق به دولت است را بدهد؟

چنانچه این منابع متعلق به دولت می‌بود، دستور قانون‌گذار به دولت برای جبران خسارات وارده به اشخاص حقیقی و حقوقی که در اثر اقدامات دولت دچار نقصان آب شده‌اند لغو می‌بود و پرداخت خسارت بابت نقصان مالی که متعلق به دولت است بی‌وجه است.

باید توجه داشت که در قانون توزیع عادلانه آب، حقابه، مال تبعی و وابسته به زمین است. بر اساس ماده ۲۷ این قانون:

«پروانه مصرف آب مختص به زمین و مواردی است که برای آن صادر شده است مگر آنکه تصمیم دیگری به وسیله دولت در منطقه اتخاذ شود.»

#### ۶- جمع‌بندی:

الف- تا پیش از تصویب قانون ملی شدن آب (سال ۱۳۴۷) و قانون توزیع عادلانه آب (سال ۱۳۶۱) مالکیت آب‌ها تابع قانون مدنی بوده است که در آن منابع آب اعم از سطحی و زیرزمینی از مباحات تلقی شده و تابع قاعده فقهی حیات میاه مباحه با رعایت قاعده فقهی لاضرر بوده است.

ب- قانون توزیع عادلانه آب اگر چه آب‌های سطحی و زیرزمینی را از مشترکات تلقی نموده و در اختیار حکومت اسلامی دانسته ولی رابطه دولت را با آب‌ها رابطه مالکانه تعیین نکرده بلکه برای دولت وظیفه حفاظت و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آب‌های سطحی و زیرزمینی را تعیین کرده است.

ج - تکلیف به دولت برای جبران خسارت به اشخاص حقیقی و حقوقی که در اثر اقدامات دولت با نقصان آب و با خشک شدن منابع آب روبرو شده‌اند بر تصریح قانون‌گذار به حقوق مالکانه حبابه‌داران دلالت دارد.

د - نظریه فقهی حضرت امام (ره) که تعریف انفال را مشروط به نداشتن مالک خصوصی می‌داند و نیز نظر مشابه دیگر فقهای برجسته مذهب تشیع از جمله شهید ثانی، محقق حلی، شیخ طوسی و غیره خارج بودن منابع آب متعلق به اشخاص از شمول انفال را اثبات می‌کند.

ه - فتاوی صادره از سوی مراجع عظام و از جمله مقام معظم رهبری، آیات عظام سیستانی، صافی گلپایگانی و مکارم شیرازی همگی بر حقوق صاحبان حق بر منابع آب سطحی و زیرزمینی تصریح دارند.

#### ۷- نتیجه‌گیری:

بنابر موارد مذکور، حقوق قانونی حبابه بران قطعی، مسلم و لازم‌الرعايه است و با هر تفسیری از ملی شدن آب و حتی با تعبیر انفال از مشترکات، حقوق حبابه بران از آب‌های سطحی و زیرزمینی، مسلم و غیر قابل‌خداشه است.

## منابع :

۱. بررسی فقهی - حقوقی مفهوم حق و ملک. فروغی، سید علیرضا.
۲. حقوق مدنی. امامی، دکتر سید حسن.
۳. ترمینولوژی حقوق. جعفری لنگرودی، محمد جعفر.
۴. مجموعه قوانین مدنی. ناصر زاده، هوشنگ.
۵. مالکیت منابع آب. مدنیان، غلامرضا.
۶. حقوق اموال. جعفری لنگرودی، محمد جعفر.
۷. مجموعه نظرات شورای نگهبان. مهرپور، حسین.
۸. مالکیت و قیمت گذاری آب. رجایی، سید محمد کاظم.
۹. التهذیب، جلد ۷. شیخ طوسی.
۱۰. بازشناسی مفهوم انفال و رابطه آن با مراتع در فقه و حقوق. حسینی، سیدعلی.
۱۱. ریاض المسائل، جلد ۵. طباطبائی، سیدعلی.
۱۲. کتاب البیع. امام خمینی (ره).
۱۳. من لایحضره الفقیه، جلد ۳. شیخ طوسی.
۱۴. استفتائات. مقام معظم رهبری
۱۵. قانون مدنی ایران.
۱۶. استفتائات. آیت الله العظمی مکارم شیرازی.
۱۷. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. کاتوزیان، دکتر ناصر.