

## تأملی بر چالش‌های حقوقی مالکیت آب در حوضه زاینده‌رود از منظر حقوق عمومی

قدرت‌الله نوروزی\*

### چکیده

این پژوهش با اشاره کوتاه به مشکلات فنی کمبود آب زاینده‌رود، به چالش‌های حقوقی و پیشینه تملک آب در این حوضه می‌پردازد. بررسی‌ها نشان می‌دهد هرچه مشکلات فنی تأمین آب بیشتر شود، نظم نهادینه‌شده پیشین براساس طومار شیخ بهایی و مباحث مربوط به مالکیت آب و نقش دولت در مدیریت آن جدی‌تر شده است. برخی آب زاینده‌رود را از انفال دانسته و دولت را مجاز می‌دانند تا براساس تشخیص خود با آن برخورد کند. این پژوهش با تحلیل ابعاد حقوقی مالکیت آب در این حوضه و تأثیری که مسائل ناشی از آن بر عدالت در فرایند توسعه، مالکیت اشخاص، نظم عمومی و حق دسترسی بشر به آب دارد، می‌خواهد با استناد به جنبه‌های حقوق بشری آب، قوانین داخلی، منابع فقهی و تعریف مالکیت عمومی و دولتی و تبیین جایگاه طومار شیخ بهایی، مدیریت بر کل آب را حق دولت به حساب آورد، اما مالکیت آب زاینده‌رود طبیعی و آب الحاقی تونل اول کوه‌رنگ را بخشی از آب رودخانه متعلق به حبابه داران و سهم‌بران دانسته و آن را از دایره انفال یا اموال دولتی خارج کند.

### کلیدواژگان

حبابه‌بران، زاینده‌رود، سهم‌بران، مالکیت آب، مالکیت عمومی و دولتی.

## مقدمه

رودخانه زاینده‌رود از آب‌های داخلی کشور است که حوضه آبریز آن از مهم‌ترین قطب‌های جمعیتی و صنعتی کشور به حساب می‌آید. نظام تقسیم آب در این رودخانه بین حقیقه‌داران سابقه طولانی دارد. اولین سند مکتوب و مدونی که از دوران پیشین در این زمینه برجای مانده، به طومار شیخ بهایی معروف است. این سند که مورد قبول بهره‌برداران حوضه آبخور زاینده‌رود است، به خوبی نحوه تقسیم آب و حقوق حقیقه‌بران را توضیح می‌دهد و تاکنون توانسته کاربرد خود را در تثبیت حقوق این دسته از مالکان حفظ کند. چون مفاد این سند از بهره‌برداری موزون و حساب‌شده‌ای حکایت دارد، ذی‌نفعان اولیه (حقیقه‌داران) زاینده‌رود نیز با تکریم به آن می‌نگرند. با وجود این، امروزه به دلایل مختلف از جمله تأمین منابع آبی متعدد و تغییر ساختار اولیه بهره‌برداری از رودخانه زاینده‌رود، برخی مسائل جدید در مورد مالکیت آب این رودخانه ایجاد شده است. البته در دنیای کنونی که جهان آشکارا با بحران آب مواجه است و قطعنامه‌های متعددی در مجامع بین‌المللی تأمین آب به منظور حق دسترسی همه مردم به آب آشامیدنی با کیفیت و میزان کافی صادر شده است، دیگر نباید با اتخاذ رویکردی فردگرایانه، آب زاینده‌رود را تنها به‌عنوان یک کالای خصوصی که مالکیت آن متعلق به برخی از اشخاص جامعه است، محسوب کرد، بلکه باید ضمن رعایت مصلحت عامه، آن را حقی بشری به حساب آورد، تا امکان مدیریت صحیح و اصولی این منبع حیات‌بخش با مشارکت بهره‌برداران برای دولت فراهم شود. با این نگاه آب زاینده‌رود عنصری حیاتی برای زندگی جامعه بشری تلقی می‌شود.

نمی‌توان نادیده انگاشت که مسائل فنی و مدیریتی و بروز خشکسالی در سال‌های اخیر و تبعات ناشی از آن و تغییراتی که طی سال‌های گذشته در نحوه استفاده از آب رودخانه زاینده‌رود به وجود آمده، موضوع مالکیت آب را در این حوضه با چالش‌های حقوقی مواجه ساخته و لزوم تغییر رویکرد کالای به آب را دوچندان کرده است. این پژوهش با تأکید بر رویکرد حقوق بشری و عبور از این نوع نگاه به آب، درصدد پاسخ به پرسش‌های ذیل است: آیا آب رودخانه زاینده‌رود خصوصی است و دولت صرفاً نقش حفاظت و حراست از آن را بر عهده دارد؟ آیا می‌توان آن را عمومی دانست و از انفال محسوب کرد تا به این ترتیب، دولت بتواند همه گونه دخل و تصرفی در آن داشته باشد؟ آیا می‌توان گفت که آب زاینده‌رود با توجه به ماهیت مختلط آن - حقیقه سنتی و افزایش آب از طریق سازوکار دولتی - نمی‌تواند جزء انفال محسوب شود و در عین حال نمی‌توان آن را مصداق مالکیت محض خصوصی دانست؟ به این ترتیب، آیا نباید آن را در چارچوب حقی بشری تحلیل کرد تا امکان سازگاری حق شهروندان بر آب شرب با حق حقیقه‌داران بر مالکیت خصوصی آب فراهم باشد؟

این پژوهش، با توجه به سیاست‌های کلی نظام و اعمال حاکمیت حقوق عمومی بر عرصه منابع آب و به‌منظور پیشگیری از برخی اتفاقات ناگوار و با توجه به حق مکتسبه مردم در خصوص حقابه‌ها از یک سو و نقش اساسی دولت در تأمین آب شرب سالم و نظم عمومی از سوی دیگر درصدد پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته است.

## طبیعت مختلط آب زاینده‌رود و چالش سازگاری آب به‌عنوان مال

### خصوصی، آب به‌عنوان مصداقی از انفال و آب به‌عنوان حقی بشری

حفاظت از منابع آب کشاورزی و آب شرب از یک سو و تعیین تکلیف مالکیت منابع آبی از سوی دیگر و تعهد دولت در خصوص این دو موضوع، وضعیت حقوقی پیچیده‌ای را در موضوع «آب» ایجاد می‌کند. دلیل آن را باید در این نکته جست‌وجو کرد که آب از یک جهت می‌تواند به‌عنوان یک مال خصوصی و از جهت دیگر به‌منزله یک حق بشری محسوب شود. بی‌تردید آب یک امر حاکمیتی است و جزء حقوق عمومی به‌حساب می‌آید (بشیری و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۳). به همین دلیل تبیین ابعاد حقوقی و سیاستگذاری در حوزه حق دسترسی مردم به آب زاینده‌رود از مباحث مهم حقوق عمومی و مدیریتی کشور قلمداد می‌شود. فروض ذیل، درک و تحلیل بهتر وضعیت پیچیده پیش‌گفته را میسر می‌سازد.

الف) ممکن است مالکیت آب به یک شخص تعلق داشته باشد، ولی حفاظت و حراست از آن بر عهده مالک نباشد، بلکه دولت عهده‌دار این وظیفه شناخته شود تا امکان تأمین نیازهای اساسی مردم به‌خصوص آب شرب فراهم شود؛

ب) به‌دلیل تأمین آب شرب، ممکن است مالکیت آب متعلق به اشخاص باشد، ولی این مالکیت موجب همه‌گونه حق و اختیاری که اساساً از مالکیت ناشی می‌شود، نگردد؛

ج) ممکن است شخصی صرفاً حق بهره‌برداری از آب را بدون داشتن مالکیت آن داشته باشد، ولی آثار ناشی از رابطه بهره‌بردار با آب مانند رابطه شخصی که مالک چیزی است، نباشد. به‌عبارت دیگر، در این فرض، ممکن است به استناد قاعده فقهی که اذن در شیء اذن در لوازم آن است، نتوان مدعی شد با تحقق حق بهره‌برداری از منابع آبی، لزوماً حق بهره‌برداری هرچه بیشتر مالک از دارایی تحت مالکیت او با هدف درآمدزایی بیشتر برای او محقق شده است و حتی چنین مالکی نمی‌تواند مدعی شود که به‌دلیل مالکیت او بر آب، حق حفاظت و حراست از رودخانه و مدیریت و سازماندهی بهره‌برداری از آن نیز انحصاراً به او منتقل شده است. فروض پیش‌گفته، چالش تبیین نوع نظام مالکیتی حاکم بر آب زاینده‌رود را به‌خوبی نشان می‌دهد. به

عبارت دیگر، بحث انواع مالکیت یعنی مالکیت خصوصی<sup>۱</sup>، عمومی<sup>۲</sup> و دولتی<sup>۳</sup> نسبت به آب زاینده‌رود و تأثیر این نوع مالکیت‌ها در ایجاد حفاظت و حراست از آب، مطرح می‌شود. بی تردید، این چالش، پرسش‌هایی را ایجاد می‌کند. برای مثال، هنگامی که مالکیت منابع آب در اختیار اشخاص خصوصی اعم از حقیقی یا حقوقی قرار دارد، آیا مالک به تبع مالکیت و حقوق ناشی از آن حقی به نام حفاظت و حراست از آب و رودخانه پیدا می‌کند یا برای تأمین امنیت و حفظ نظم عمومی این وظیفه صرفاً متعلق به دولت است، یا مدیریت مشارکتی می‌تواند هم عدالت را برقرار کند و هم نظم و امنیت را در پی داشته باشد؟ رفع چالش پیش‌گفته و عدم پاسخ به پرسش‌های ناشی از آن، می‌تواند مشکلات و پرسش‌هایی را در زمینه رودخانه زاینده‌رود که براساس طومار شیخ بهایی<sup>۴</sup> دارای حقا به‌دار<sup>۵</sup> و به استناد قانون توزیع عادلانه آب دارای سهم آبه‌بر<sup>۶</sup> و حق اشتراکی<sup>۷</sup> است، شود. آیا آب زاینده‌رود با وجود حقوق مالکانه حقا به

۱. مالکیت خصوصی یعنی اینکه هر انسان در حدود قانون بتواند مالک اشیا، حتی ابزار تولید باشد. ایشان مالکیت خصوصی را ضد مالکیت اشتراکی می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۶۰۳).
۲. مالکیت عمومی: در هر جامعه‌ای، چیزهایی وجود دارد که متعلق به شخص یا اشخاص نیست، بلکه متعلق به همه مردم است. تعلق این چیزها به همه مردم، اگر به‌گونه‌ای باشد که حتی دولت هم نتواند به نمایندگی از طرف عموم مردم، آن را بفروشد و به اشخاص حقیقی یا حقوقی واگذار کند، مالکیت عمومی نام دارد (هادوی تهرانی، بی‌تا، ۱۳۳ و ۱۳۴).
۳. مالکیت دولتی: اگر تعلق اموال عمومی به همه مردم و کل جامعه چنان باشد که دولت بتواند برحسب اختیارات و وظایفی که در زمینه رعایت مصالح عمومی دارد، با رعایت این مصالح، در آنها تصرف کند، بخرد، بفروشد و به مصرف برساند، مالکیت آنها را مالکیت دولتی گویند (صدر، ۱۳۷۵، ج ۲: ۱۷۸ - ۱۷۴).
۴. به‌زعم نگارنده این طومار در جایگاه جامع‌ترین و کامل‌ترین نظام بهره‌برداری مدون برجای‌مانده از پیشینیان است و اهمیت طومار شیخ بهایی در این است که مورد تأیید و پذیرش کلیه بهره‌برداران حوضه زاینده‌رود و مورد اجماع همه ذی‌نفعان است. برای مطالعه بیشتر ر.ک: ضیایی، ۱۳۹۳: ۲۳۲ - ۲۳۰.
۵. تعریف حقا به‌دار در ماده ۳ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ منطبق با تعریف طومار شیخ بهایی است. این ماده مقرر می‌دارد: حقا به عبارت از حق مصرف آبی است که در دفاتر جزء جمع یا اسناد مالکیت یا حکم دادگاه یا مدارک قانونی دیگر قبل از تصویب این قانون به نفع مالک آن تعیین شده باشد.
۶. تا سال ۱۳۶۸ گروهی بودند که پیش از تصویب قانون توزیع عادلانه آب و در پی احداث سد زاینده‌رود و احداث شبکه‌های نکوآباد و آبشار از حق بهره‌برداری از آب زاینده‌رود یا شبکه‌های آبیاری منشعب از آن برخوردار شده‌اند. این دسته از سهم آبه‌بران مشمول تعریف حقا به‌بران هستند. در قانون توزیع عادلانه آب ملاک تشخیص آن را دارا بودن حق بهره‌برداری از آب پیش از تصویب قانون تعیین کرده است. بنابراین در مقطع زمانی تصویب قانون توزیع عادلانه آب که منبع آبی جاری در زاینده‌رود تنها خود رودخانه و تونل اول بوده است، حقا به‌داران رسمی و قانونی عبارت‌اند از: ۱. حقا به‌داران طومار شیخ بهایی، ۲. سهم آبه‌بران تا سال تصویب قانون توزیع عادلانه آب، ۳- حقا به زیست‌محیطی تالاب گاوخونی و ۴. گروهی هم تحت عنوان حق اشتراکی می‌توانستند از آب زاینده‌رود استفاده کنند.
۷. این گروه نیز بخشی از کسانی هستند که به‌طور رسمی و قانونی می‌توانند از آب زاینده‌رود استفاده کنند. اینها

داران و سهام‌بران ناشی از طومار شیخ بهایی به‌عنوان اولین سند مکتوب و مدون که از دوران پیشین در این زمینه برجای مانده و مورد قبول بهره‌برداران حوضه آبخور این رودخانه قرار گرفته است (ضیایی، ۱۳۹۳: ۲۳۱) و قوانین و مقررات موجود و حق اشتراکی باز از انفال محسوب می‌شود یا اموال شخصی به حساب می‌آید، اما تحت مدیریت دولت یا مدیریت مشترک حفاظت و حراست می‌شود؟ آیا دولت می‌تواند برای تأمین نیازهای اساسی مردم از جمله آب شرب با لحاظ شرایطی مانند پرداخت مابه‌ازا به حقیقه‌داران و سهام‌بران، آن را تملک کند. به نظر می‌رسد می‌توان دو فرضیه متفاوت را مطرح کرد:

فرضیه اول، با وجود مالکیت خصوصی بر منابع آب‌های طبیعی از جمله بخشی از آب زاینده‌رود، حفاظت از این آب‌ها مشمول قواعد عام مالکیت خصوصی خواهد بود. فرضیه دوم، چون همه آب‌های جاری در زاینده‌رود طبیعی نیست، باید مالکیت این منابع را عمومی دانست؛ در این صورت شرایط نگهداری، استفاده، حفاظت از آنها و در صورت نیاز، تملک آن توسط دولت، مشمول ضوابط دیگری خواهد بود. نظام حقوقی آب ایران هر دو فرضیه را تجربه کرده و با آثار اجرایی و مشکلات آن آشناست.

## تحلیل تحولات وضعیت حقوقی آب؛ از «من حاز ملک» تا مصداقی از انفال

پیش از پرداختن به تحول صورت گرفته در مالکیت آب در نظام حقوقی ایران، باید به این نکته اشاره کرد که در حقوق بین‌الملل نیز به حقوق آب و تحول عمیقی که در آن ایجاد شده، به‌دقت پرداخته شده است؛ برای مثال می‌توان به کنوانسیون‌های مختلفی از جمله معاهده عمومی وین ۹ ژوئن ۱۸۱۵، کنوانسیون و اساسنامه نظام آبراه‌های قابل کشتیرانی بین‌المللی مورخ ۲۰ آوریل ۱۹۲۱، کنوانسیون مربوط به توسعه هیدرولیک متأثرکننده بیش از یک کشور و پروتکل آن که در ۹ دسامبر ۱۹۲۳ در ژنو تصویب شده<sup>۲</sup> و کنوانسیون مبارزه با بیابان‌زایی ۱۷ ژوئن ۱۹۹۴ پاریس<sup>۴</sup> و کنوانسیون حقوق کاربری‌های غیرکشتیرانی آبراه‌های بین‌المللی نیویورک مصوب ۲۱ می ۱۹۹۷ اشاره کرد<sup>۵</sup> (FAO, Rome: 1998). هرچند ورود به بحث

بعد از حقیقه‌داران و سهام‌بران با پرداخت پول حقیقه خریداری کرده‌اند.

1. General Treaty Vienna, 9 June 1815
2. Convention and Statute on the Regime of Navigable Waterways of International Concern Barcelona, 20 April 1921.
3. Convention relating to the Development of Hydraulic Power affecting more than one State and Protocol of Signature Geneva, 9 December 1923.
4. Convention to Combat Desertification Paris, 17 June 1994.
5. Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses New York, 21 May 1997.

تحلیلی حقوق آب در نظام بین‌المللی را باید در جای دیگری پیگیری کرد، در این پژوهش از این مقدمه می‌توان نتیجه گرفت که تحول در نظام حقوق آب از دید حقوق بین‌الملل اهمیت بسیاری دارد. بنابراین نظام داخلی نیز برای مقابله با چالش‌های مربوط به کمبود آب، باید همین حساسیت را داشته باشد. البته اهمیت سیر تحول مالکیت آب در اینجا از آن جهت مهم و حیاتی است که برای ما محقق می‌سازد نوع مالکیت این منبع حیات‌بخش تا چه حد در کشور ما مؤثر است و از جهات مختلف اقتصادی، حفاظتی و بهره‌برداری در چه وضعیتی قرار دارد. همچنین این بررسی می‌تواند از جهات دیگر مانند آثار عام مالکیت نسبت به آب‌ها، دعاوی ناشی از مالکیت آنها و قواعد نگهداری از این منابع و به‌طور کلی نظام حقوقی آب، ما را با چالش‌های موجود در راه بهره‌برداری از آب آشنا سازد. با توجه به مقررات بین‌المللی به‌خصوص میثاق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و معاهدات ناشی از این میثاق و تعهدات ایجادشده در راستای حق دسترسی بشر به آب به‌نظر می‌رسد در عمل مسئولیت سنگینی متوجه دولت‌ها شده است. چنانکه نظریه تفسیری شماره ۱۵<sup>۱</sup> بیان می‌کند، چنین حقی نیازمند اقدامی فراتر از تأمین آب شرب، آب جهت محیط زیست سالم و بهداشتی یا برای رشد مواد غذایی است. این حق همچنین شامل قابلیت دسترسی، مقرون به صرفه بودن، دسترسی عادلانه، عاری بودن از آلودگی به مواد مضر و میکروب‌های بیماری‌زا و نظارت و امحای زیست‌بوم‌های آبی است که به‌عنوان زیستگاهی برای بیماری‌ها عمل می‌کند (سلمان م.ا. سلمان و شیوان مک اینرنی، ۱۳۹۴: ۱۲۵). هرچند نظریات تفسیری فی‌نفسه الزام‌آور نیستند و نمی‌توانند تعهدات جدیدی را به مفاد میثاق بین‌المللی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اضافه کنند، از آنجا که دولت ایران به این میثاق پیوسته، پس در ارتباط با مفاد میثاق و تفاسیر ناشی از آن نیز مسئولیت سنگینی دارد. بنابراین باید با نگاهی جامع به همه ابعاد آب، بحث مالکیت و مدیریت آن را به‌گونه‌ای حل‌وفصل کرد تا امکان تحقق آن اهداف مهم فراهم شود. دولت ایران به دلایل مختلف با تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن، نظام کلی مالکیت آب را تغییر داده است. البته نظام حقوقی ایران در تحول مالکیت آب به همین جا بسنده نکرده، بلکه با تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ به این تحول ادامه داده و به‌دلیل نیاز فوری و حیاتی مردم به آب شرب سالم و تحت تأثیر مقررات بین‌المللی به سیر تکاملی خود ادامه خواهد داد.

۱. این نظریه در نشست بیست‌ونهم کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ژنو، که از ۱۱ تا ۲۹ نوامبر ۲۰۰۲ برگزار شد، صادر شده است.

## ۱. آب، مصداقی از مباحات

هرچند نظام بهره‌برداری از آب زاینده‌رود در قدیم تابع قانون حاکم در طومار شیخ بهایی بود و به دلیل دقت در مندرجات آن با اقبال عمومی مردم مواجه شده بود و در اجرا نیز مشکلی برای بهره‌برداران پیش نمی‌آورد، به‌طور کلی تا پیش از مقررات بین‌المللی آب و تدوین قوانین جامع در ایران 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 «من حاز ملک» تبعیت می‌کرد. مطابق این قاعده چنانچه هر یک از افراد به قصد مالکیت اقدام به حیازت مباحات می‌کردند، مالک آن شناخته می‌شدند. ماده ۱۴۶ قانون مدنی حیازت را به هر گونه وضع ید، تصرف یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلا تعریف کرده است. مباحات نیز اموالی است که ملک هیچ‌کس نیست و خداوند بهره‌گیری از آنها را حلال دانسته و هر کس بتواند آن را حیازت کند، مالک آن می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶: ۳۵۴). در این خصوص قانون مدنی نیز در ماده ۱۴۷ مقرر داشته است: هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوط به آن حیازت کند مالک آن می‌شود. پس مردم قبل از حیازت اموال نسبت به مباحات حق مالکانه ندارند، ولی پس از حیازت اموال، مالک آنها می‌شوند. به تعبیر دیگر از مباحات تنها به همان اندازه به تملک درمی‌آید که حیازت شده و آنچه حیازت نشده است، به‌هیچ‌وجه جزو مایملک اشخاص محسوب نمی‌شود. البته اقدام به حیازت مباحات به‌طور کلی و حیازت آب‌ها به‌طور اخص (حیازت میاه مباحه) تابع قاعده فقهی لاضرر و لاضرار است که مطابق آن حد حیازت مقید و منوط به آن است که موجب ضرر و زیان به دیگران نشود. بیشتر مواد قانون مدنی با اقتباس از حقوق امامیه و برداشت از اجماع فقها با شرع مقدس اسلام منطبق است. بنابراین از زمان وضع قواعد اجتماعی توسط قانونگذاران تا سال ۱۳۴۷ وضعیت مالکیت آب‌ها تابع شرایط و عمومات قانون مدنی بوده است. در این دوره اصل بر امکان تملک خصوصی تمام منابع آبی بوده و براساس مواد ۱۴۸ و ۱۴۹ قانون مدنی مردم می‌توانستند در زمین مباح نهرها را تملک و آب مباح را حیازت کنند. به تعبیر دیگر، هر کس می‌توانست در اراضی مباح از نهر یا رودخانه جویی منشعب و از آن بهره‌برداری کند. از این‌رو همین که شخص این کار را انجام می‌داد، مالکیت خصوصی آب و نهر برای وی مستقر می‌شد و دولت یا حکومت نظارت و مالکیتی بر منابع آبی از هر قبیل نداشت (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۷۳ و ۷۴). قانون مدنی در ماده ۳۰ مقرر داشته است: هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر مواردی که قانون استثناء کرده باشد. پس 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 (ناصرزاده، ۱۳۷۲: ۳۲).

## ۲. آب، «ثروتی عمومی»

گام اول تحول آب در ایران، قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷/۴/۲۷ است. به موجب ماده ۱ این قانون کلیه آب‌ها اعم از منابع آب سطحی و زیرزمینی، ثروت ملی محسوب شده 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. به نظر می‌رسد ماده ۱ این قانون مالکیت آب‌ها را جزو انفال تلقی کرده و دولت را تنها مسئول حفاظت از آب‌ها و چگونگی بهره‌برداری از آنها به حساب آورده است. بنابراین مقایسه ماده ۱ این قانون در خصوص ثروت ملی محسوب کردن آب‌ها و ماده ۲ آن مبنی بر متعلق به دولت دانستن بستر رودخانه‌ها اهمیت دارد، زیرا همان‌طور که اشاره شد، در ماده ۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن برخلاف ماده ۱ که منابع آبی را ثروت ملی یعنی از انفال و متعلق به عموم مردم دانسته، بستر آنها را رودخانه‌ها را متعلق به دولت تلقی کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ [الف]: ۷۴؛ ضیایی، ۱۳۹۳: ۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶: ۷۶). بیان این عنوان مالکانه به تفاوت تعاریف مالکیت ملی یا عمومی با مالکیت دولتی برمی‌گردد. حقوقدانان فرانسه براساس ماده ۵۳۷ قانون مدنی آن کشور که مبنای تنظیم ماده ۲۳ قانون مدنی ایران نیز است، در تعریف اموال ملی آنها را به دو دسته اموال عمومی و اختصاصی تقسیم می‌کنند و برای اموال عمومی سه خصیصه را بیان می‌دارند. از دید آنها اموال عمومی عبارت‌اند از:

(الف) قابل انتقال نیست و بیرون از قلمرو مبادلات است؛

(ب) اماره تصرف در مورد آنها به کار نمی‌رود؛

(ج) مشمول مرور زمان نمی‌شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶: ۵۹).

این در حالی است که ماده ۲۶ قانون مدنی ایران از اموال دولتی که در اختیار ادارات قرار دارد سخن به میان آورده است؛ یعنی اموالی که به یک خدمت عمومی اختصاص یافته یا مستقیماً در اختیار عموم برای بهره‌برداری قرار می‌گیرند؛ مانند راه‌آهن و کتابخانه‌های عمومی که مالکیت آن به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی تحت تصرف دولت قرار دارد و قابل تملک خصوصی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶: ۷۹). بنابراین نباید عبارت اموال عمومی در کنار اموال دولتی قرار گیرد تا موجب اشتباه شود.

باید گفت دولت با تصویب قانون ملی شدن آب در سال ۱۳۴۷، از دو جهت عهده‌دار وظیفه خطیری شده است: الف) ملی شدن منابع آب و ب) مالک بودن بستر آنها و رودخانه‌ها. با این وصف، نمی‌توان آب‌ها را جزو اموال دولتی به حساب آورد. البته در خصوص اینکه آیا آب رودخانه زاینده‌رود جزو انفال محسوب می‌شود یا خیر، در ادامه بحث پاسخ لازم داده خواهد شد.



### ۳. آب، مصداقی از مشترکات عمومی

در گام دوم تحول در نظام حقوقی آب در ایران، قانون توزیع عادلانه آب در سال ۱۳۶۱ به تصویب رسیده است. این قانون که پس از درک درست مشکلات ناشی از مالکیت آب‌ها به تصویب رسید، در واقع قانونی جامع و ناظر بر مقررات مربوط به آب است. ماده ۵۲ این قانون مقرر می‌دارد: کلیه قوانین و مقرراتی که مغایر با این قانون باشد، از تاریخ تصویب این قانون در آن قسمت که مغایر است بلااثر است. طبق این ماده، قانون توزیع عادلانه آب جایگزین قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب سال ۱۳۴۷ شده و در حال حاضر قانون جاری و نافذ در امور آب کشور به حساب می‌آید. از نظر چارچوب کلی و مبانی، قانون توزیع عادلانه آب با قانون ملی شدن آب موارد انطباق زیادی دارد. براساس این قانون حقابه‌های موجود پیش از احداث تأسیسات از نظر حجم و تعیین زمان مصرف همچون گذشته در اختیار وزارت نیرو قرار دارد تا طبق این قانون و سایر قوانین مربوط در اختیار حقابه‌داران قرار گیرد (بشیری و همکاران، ۱۳۹۲: ۲۳).

در اینجا ضمن عبور از اشتراکات این دو قانون، صرفاً به تفاوت‌های آن با قانون مصوب ۱۳۴۷ که مرتبط با موضوع مالکیت منابع آب است، اشاره می‌شود.

در قانون ۱۳۴۷، منابع آب اعم از سطحی و زیرزمینی ثروت ملی به حساب آمده‌اند، در صورتی که در قانون توزیع عادلانه آب، منابع آب جزو «مشترکات»<sup>۱</sup> محسوب شده‌اند. 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 می‌شود. 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 به‌عنوان نماینده اجتماع، مرجعی است که هر کس بخواهد در تأسیسات یا منابع آبی دخالت کند، باید از دولت اجازه بگیرد، وگرنه اقدامات وی مشمول دخالت غیرمجاز بوده و نوعی تجاوز تلقی می‌شود که مستوجب مجازات است.

شورای نگهبان ضمن یکی از ایرادات ماهوی که به این قانون به‌عمل آورد، اظهار نظر کرد: «اینکه آب‌ها را از انفال ذکر نموده شرعاً صحیح نیست و پیشنهاد می‌شود نوشته شود: «از مشترکات است و در اختیار دولت». در ادامه آمده است: «درست است که اصل ۴۵ قانون اساسی دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی را جزء انفال و ثروت‌های عمومی قلمداد نموده و در کنار «انفال» عبارت «ثروت‌های عمومی» را اضافه کرده است، با این حال باید دانست که مفهوم «مشترکات عمومی» با دو مفهوم «انفال» و «ثروت‌های عمومی» متفاوت است» (مهرپور، ۱۳۷۱: ۲۱۶-۲۱۳). هر چند قانون توزیع عادلانه آب، منابع آب را از مشترکات

۱. مشترکات یا مالکیت اشتراکی یعنی حق اختصاص مالکانه ابزار تولید، از آن جامعه باشد، ولی دولت، به ادعای نیابت موهوم از جامعه، تصدی امور راجع به آن کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۶۰۳).

و در اختیار حکومت اسلامی دانسته است، به دلایل زیر نمی‌توان آن را به‌منزله نفی حقوق صاحبان حق بر منابع آب دانست.

دلیل اول: در ماده ۱، قانونگذار پس از اعلام منابع آب به‌عنوان مشترکات، 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 به‌عنوان مشترکات را به‌روشنی مشخص می‌کند که دولت تنها مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از منابع آب سطحی و زیرزمینی را دارد.

دلیل دوم: مقایسه ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب با ماده ۱ آن به‌روشنی این استنباط را اثبات می‌کند. در ماده ۲ بستر و حریم رودخانه‌ها را در اختیار حکومت اسلامی دانسته و از اجازه بهره‌برداری از آنها سخنی به‌میان نیاورده، بلکه به دولت اجازه قلع مستحذات واقع در بستر در قبال پرداخت خسارت را داده است.

دلیل سوم: 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 مستحذته که در اثر پایین رفتن سطح آب دریاها و دریاچه‌ها یا خشک شدن مرداب‌ها و باتلاق‌ها پدید آمده باشد، در صورت عدم احیا قبل از تصویب قانون نحوه احیای اراضی تأکید شده است.

ذکر عبارت «در صورت عدم احیاء قبل از تصویب قانون نحوه احیای اراضی» در ماده ۲ بیانگر اذعان قانونگذار به واقعیت حقوقی مالکیت افراد بر اراضی احیاشده ساحلی توسط آنها پس از پایین رفتن سطح آب است. این قید به‌روشنی استنباط انفال از موضوع منابع آب و اراضی ساحلی را مشخص می‌کند. علت این امر آن است که از نظر فقهی تا پیش از تصویب قانون نحوه احیای اراضی و به‌خصوص قبل از نظام جمهوری اسلامی، احیای این دسته از اراضی براساس حکم فقهی «من احیی ارضا میته فهی له» موجب مالکیت می‌شد و پس از این قانون، جمهوری اسلامی تملک اراضی موات را قاعده‌مند ساخته است و به همین سبب اگرچه، چنین تملکاتی برخلاف قوانین حاکم در زمان تملک صورت گرفته، ولی چون منطبق با این دیدگاه فقهی بوده است، در ماده ۲ قانون به چنین تملکاتی وجهه قانونی داده و به رسمیت شناخته شده است.

## تحلیل وضعیت حقوقی آب زاینده‌رود؛ مالکیت خصوصی آب و

### سازگاری آن با برداشت حقوق بشری از آب

رفع شبهات و تشکیک‌هایی که ممکن است در استقرار مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی بر آب زاینده‌رود وارد می‌شود، بدون تحلیل وضعیت حقوقی این آب ممکن نیست. در نگاه اول و با استناد اصل ۴۵ قانون اساسی، به‌نظر می‌رسد آب زاینده‌رود را باید مصداقی از انفال تلقی کرد.

این اصل، به مسئله مصادیق انفال پرداخته است. مقصود از انفال در این اصل، ثروت‌های عمومی و به تعبیر دیگر اموال بی‌مالک است. مصادیق پانزده‌گانه‌ای که در این اصل آورده شده، در واقع نمونه‌هایی از اموال عمومی است. تصریح قانونگذار مبنی بر استفاده از ثروت‌های طبیعی به کار بردن آن در راه مصلحت عمومی است. مصالح عمومی نیز دایره وسیعی از ملاحظات اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی را در نظر می‌گیرد. هرچند بحث انفال و مالکیت اشخاص از دید فقهی در بخش دیگر این مقاله بررسی می‌شود، شایسته است تا ارتباط این اصل با قرآن و فقه در اینجا مشخص شود، زیرا آنچه در اولین مواجهه با واژه انفال در قانون اساسی به نظر می‌رسد، آن چیزی است که در قرآن آمده است: «یسالونک عن الانفال قل الانفال لله والرسول فاتقوا الله واصلحوا ذات بینکم واطیعوا الله ان کنتم مومنین» (انفال: ۱). از روایات متعدد نیز به دست می‌آید که در زمان حضور پیامبر (ص) و ائمه (ع) انفال از آن پیامبر و امامان معصوم بوده و آنان آن را هر کجا می‌دانسته‌اند صرف می‌کردند (حسینی، ۱۳۸۱: ۱۴۴).

از نظر فقهی انفال از جمله آب که در اصل ۴۵ قانون اساسی ذکر شده، سرمایه اسلام است و باید تنها در راه مصالح اسلام و عموم جامعه مصرف شود. با این وصف برخی اشخاص از مفهوم انفال در رابطه با رودخانه‌ها و آب‌های فروخته‌شده به مردم برداشت غلطی داشته و زاینده‌رود را جزو انفال می‌دانند. براساس دلایلی که آورده می‌شود این برداشت از پشتوانه قانونی و فقهی لازم برخوردار نیست، مردود اعلام می‌شود و با این وصف تعلق مالکیت آب زاینده‌رود به اشخاص حقیقی و حقوقی تعارضی با قانون اساسی ندارد و به استناد این اصل نمی‌توان آب زاینده‌رود را که مالکیت آن مشخص و مدیریت و حفاظت و حراست آن بر عهده دولت است، از انفال به حساب آورد. دلایل حقوقی و فقهی این ادعا و اثبات مالکیت اشخاص نسبت به آب زاینده‌رود، در دو بند ذیل مطالعه می‌شود:

## ۱. دلایل حقوقی خصوصی بودن آب زاینده‌رود

در این بخش با بررسی ماده به ماده قانون و استفاده از تفسیر لفظی و کمک از برخی مواد قانون توزیع عادلانه آب برای فهم مواد دیگر آن که از بهترین شیوه‌های تفسیر است و به‌وسیله آن می‌توان معنای درست قانون را از سایر اعلام‌های قانونگذار فهمید (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۶). کوشش می‌شود به این پرسش پاسخ داده شود که آیا اعلام آب‌های سطحی و زیرزمینی به‌عنوان مشترکات در اختیار حکومت اسلامی است را باید به‌منزله نفی حقوق افراد بر منابع آب به حساب آورد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت در مجموع قانون توزیع عادلانه آب بر حقوق صاحبان حق بر منابع آب‌های سطحی و زیرزمینی دلالت دارد و حتی با استنباط مفهوم فقهی «انفال» از عبارت «مشترکات» در ماده ۱ آن قانون، حقوق شرعی و قانونی حقا به‌بران بر آب‌های سطحی و زیرزمینی همچنان به لحاظ قانونی پابرجاست. دلایل این ادعا بدین شرح است:

الف) در ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب با اعلام اینکه آب‌های سطحی و زیرزمینی از مشترکات و در اختیار حکومت اسلامی است، بلافاصله جایگاه قانونی دولت را نه به‌عنوان مالک آب‌ها، بلکه به‌عنوان مسئول حفظ و نظارت و اجازه بهره‌برداری از منابع آب مشخص کرده است. متن عبارت به اندازه کافی گویا و رساست و ابهامی در آن مشاهده نمی‌شود. این متن عبارت است از: «مسئولیت حفظ، اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آب‌ها به دولت محول می‌شود» مطابق صریح قانون، بلافاصله پس از اعلام اختیار دولت بر آب‌ها، قانونگذار این اختیار دولت بر آب‌ها را نه از نوع مالکیت بلکه از نوع حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری مشخص کرده است. این قسمت از قانون دقیقاً می‌تواند در راستای اجرای تعهدات دولت ایران نسبت به میثاق‌های بین‌المللی و نظریه تفسیری شماره ۱۵ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و قطعنامه‌های بعدی مجمع عمومی سازمان ملل از جمله قطعنامه ۳۵/۱۸ که در ۱۰ نوامبر ۱۹۸۰ در اجلاس ۵۵ درباره تأمین آب آشامیدنی و فاضلاب بهداشتی صادر شده است، قرار گیرد.<sup>۱</sup>

ب) متن ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب که اراضی حریم و بستر رودخانه‌ها و دریاها را در اختیار حکومت اسلامی می‌داند و اختیار قلع مستحذات مزاحم را به دولت می‌دهد، با مبانی ماده ۱ که دولت را مسئول حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از منابع آب می‌داند، به‌خوبی گویای تفاوتی است که قانونگذار بین مالکیت حکومت بر حریم و بستر رودخانه‌ها و دریاها با مسئولیت دولت در حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از منابع آب قائل شده است.

ج) قانون توزیع عادلانه آب حقایق را به‌مثابه حقی قانونی تأیید و سازوکار تعیین آن را به‌خوبی معین کرده است. مطابق تبصره ذیل ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب «حقابه 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 به‌صراحت حقوق اشخاص حقیقی و حقوقی بر منابع آب را به رسمیت شناخته است. در ماده ۱۹ همین قانون حتی این حق را برای حقابه‌دار قائل شده است که در صورت اعتراض به مقدار حقابه تعیین‌شده در هیأت‌های پنج‌نفره که قانون تعیین کرده است، اقامه دعوا کند.

د) استثنا کردن اراضی احیاشده قبل از تصویب قانون نحوه احیای اراضی در حکومت اسلامی از یک سو دلیل بر استنباط مالکیت دولت بر حریم و بستر رودخانه‌ها و دریاها و از سوی دیگر قائل بودن قانونگذار به مالکیت ایقاعی ایجادشده در اثر قاعده فقهی حیازت اراضی موات تا پیش از ملی شدن آنهاست.

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

1. see Report of the United Nation Water Conference, supra n. 14, Resolution II (A), at 66.

این ماده به روشنی مالکیت قانونی و قطعی اشخاص حقیقی و حقوقی بر منابع آب سطحی و زیرزمینی را اثبات می‌کند، زیرا در غیر این صورت چگونه ممکن است قانونگذار به دولت دستور پرداخت خسارت ناشی از نقصان آب یا خشک شدن یا مسلوب‌المنفعه شدن آب‌هایی را که متعلق به دولت است، 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، سخنی بی‌معنا و لغو بود و پرداخت خسارت بابت نقصان مالی که متعلق به دولت است، بی‌اساس تلقی می‌شد (ضیایی، ۱۳۹۴: ۲۳۲).

## ۲. دلایل فقهی انفال نبودن آب زاینده‌رود

امام خمینی (ره) ملاک اصلی و عنصر اساسی تشکیل‌دهنده مفهوم انفال را نداشتن مالک خصوصی می‌داند. ایشان درباره انفال نظریه‌ای ویژه دارد. وی ملاک و محور انواع انفال را مالک خصوصی نداشتن می‌داند. بنابراین 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. امام خمینی (ره) در کتاب *البیع ذیل باب خمس 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 علیه‌السلام است، لیکن نه با عنوان‌های مختلف و ملاک‌های متعدد، بلکه همه آنها با یک ملاک از آن امام علیه‌السلام است و آن اینکه این اموال مالک خصوصی ندارد... پس عنوان‌هایی از قبیل جنگل، موات بودن، آباد طبیعی بودن، در زمره مسیر کوه‌ها و قعر دره‌ها قرار داشتن و... در انفال بودن موارد یادشده 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 مال از آن خود مالک و نه از آن امام علیه‌السلام و در فرض دوم از آن امام علیه‌السلام 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 به‌ویژه آن که همین روش میان دولت‌ها نیز استوار است» (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۶۴۳ به بعد). مطابق تصریح امام خمینی (ره) تعلق اموال به افراد و داشتن مالک خصوصی آن را از شمول انفال خارج می‌کند. شهید ثانی نیز اصولاً انفال را به عنوان یک قاعده، مالی می‌داند که مالک خصوصی نداشته باشد. صاحب *ریاض المسائل* هم بدون اشاره به سخن*

شهید ثانی همین نظر را می‌پذیرد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق: ۲۵۴ به بعد). برخی انفال را پانزده نوع می‌دانند که بستر رودخانه‌ها از جمله آنهاست (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹۰). بعضی فقها نیز در پاسخ به پرسش‌هایی که درباره انفال مطرح شده در راستای نظرهای سایر فقهای مورد اشاره ابهامات را چنین تبیین کرده‌اند. اراضی موات و کوه‌ها و مراتع و جنگل‌ها و معادن و دریاها همگی از انفال هستند، یعنی از اموال عمومی‌اند که متعلق به شخص خاص نیستند، چون در آنها نقشی نداشته‌اند؛ و به اصطلاح ملی می‌باشند و در اختیار امام مسلمین خواهد بود (منتظری، ۱۴۰۸ق: ۴۷۰). بنابراین بین دیدگاه شهید ثانی و صاحب *ریاض المسائل* و امام خمینی و فقهای دیگر که در اینجا از ذکر نام آنها خودداری می‌شود، در این موضوع اتفاق نظر وجود دارد. به عبارت دیگر، از نگاه همه آنها اموالی که مالک خصوصی نداشته باشد، جزو انفال بوده و اموالی که دارای مالک خصوصی است، خارج از انفال قرار می‌گیرد. البته عده‌ای دیگر بر این باورند که بنابر ظاهر روایات، بلکه صریح بسیاری از آنها، انفال شامل تمام منافع روی زمین است. در خصوص آب‌ها اگرچه مفهوم «مشترکات» مذکور در قانون توزیع عادلانه آب با مفهوم «انفال» تفاوت دارد، حتی با استنباط انفال بودن آب‌ها از عبارت «مشترکات» مذکور در قانون، براساس نظریه حضرت امام (ره) صرف داشتن مالکیت خصوصی آن را از شمول انفال و از شمول مالکیت امام علیه‌السلام و حکومت اسلامی خارج می‌کند. شیخ طوسی در *تهذیب المسائل* 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» (شیخ طوسی، ۱۴۰۱ق: ۱۳۵). از نظر فقهای اسلامی زمین کشاورزی احیاء شده بدون ملحقات آن از جمله آب، معنا نداشته است. محقق حلی فقیه برجسته شیعه در *شرایع الاسلام* معتقد است اصولاً تحقق احیا و آبادی زراعی به دنبال جاری ساختن آب بر آن زمین معنا پیدا می‌کند (محقق حلی، بی تا: ۱۲۷ به بعد). روایت صحیح السنند شیخ صدوق در همین زمینه 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 می‌فرمایند: «بلی، همه را مالک است» (شیخ صدوق، ۱۴۰۹ق: ۳۴۶). با توجه به ادله شرعی مذکور همان‌گونه که سلب مالکیت زمین از صاحب آن ممکن نیست، سلب مالکیت حقوق الحاقی زمین مثل آب و راه هم از احیاکننده جایز نیست.

### ۳. آب زاینده‌رود، حقی بشری

اثبات مالکیت اشخاص نسبت به آب زاینده‌رود نمی‌تواند حق دسترسی مردم به آب شرب را سلب کند، زیرا بحث مالکیت آب زاینده‌رود با حق دسترسی مردم به آب دو بحث جداگانه است و در هیچ شرایطی نمی‌توان این حق بشری را که مقدم بر مالکیت آب است، نادیده انگاشت. بی تردید، حق مالکیت خصوصی نیز حقی بشری است؛ یکی از مهم‌ترین مصادیق نسل اول

حقوق بشر همین حق مالکیت خصوصی است. نسل اول حقوق بشر بیش از آنکه مفهوم و ماهیتی واقع‌گرایانه داشته باشد، ماهیتی متافیزیکی داشته، ذات و قوام فرد به آن بستگی دارد. اما امروزه، باید سخن از نسل سوم حقوق بشر به میان آورد. این نسل برعکس نسل اول با تأکید بر تحول اجتماعی فرد و توسعه اجتماعی، کمتر از رویکردهای فردگرایانه متأثر است. به عبارت دیگر، نسل سوم حقوق بشر تجلی مفهوم فرد نیست، بلکه تجلی مفهوم شهروند است. حق بر توسعه از مصادیق نسل سوم حقوق بشر است و حق بر آب، زیرمجموعه حق بر توسعه به عنوان حق شهروندی محسوب می‌شود. امروزه نباید در تقدم شهروند بر فرد تردید داشت (جاوید، ۱۳۹۲: ۶۷ و ۶۸)؛ چراکه فردگرایی مبتنی بر منفعت خصوصی است و سازگاری چندانی با توسعه اجتماعی ندارد. علاوه بر آن در دنیای کنونی حقوق بشر آنچنان به هم وابسته و پیوسته شده است که نمی‌توان تحقق یکی را بدون توجه به سایر حقوق عملی دانست. برای مثال حق دسترسی بشر به آب، شرط لازم برای تحقق حق حیات اولین و بنیادی‌ترین حق بشری است و برای توسعه امری ضروری محسوب می‌شود. در سال‌های اخیر اهمیت مسئله آب و ارتباط آن با حقوق بشر تا آنجا پیش رفته که جزو مهم‌ترین مسائل جهانی و بحث‌های توسعه‌ای شده است. کنفرانس دویلین ایرلند در خصوص آب و توسعه و اجلاس ریو در مورد محیط زیست و توسعه در سال ۱۹۹۲ و کنفرانس جهانی حقوق بشر در وین اتریش در سال ۱۹۹۳، کنفرانس آب ماردل پلاتا در آرژانتین<sup>۱</sup> در سال ۱۹۷۷ و مجامع جهانی ۱۹۹۷<sup>۲</sup> مراکش و ۲۰۰۰ لاهه و ۲۰۰۳ کیوتو بر وابستگی و پیوستگی حقوق بشر و اهمیت آب به عنوان یک نیاز اساسی و ارتباط آن با توسعه و رفع فقر و پیشگیری از نقض کرامت انسانی تأکید دارند. البته علاوه بر منشور بین‌المللی حقوق بشر (اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین)، نظریه تفسیری شماره ۱۵ سال ۱۹۸۹ کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که در سال ۲۰۰۲ از طرف سازمان ملل تأیید شد، به صراحت ارتباط مستقیم آب و حقوق بشر را بیان و حق دسترسی بشر به آب را شناسایی کرده و نسبت به رویکرد دوگانه اعلامیه‌های مورد اشاره قبلی که آب را کالایی اساسی می‌دانستند، تعیین تکلیف کرده است. پس در دنیای کنونی که آب از یک سو عنصر ضروری برای زندگی بشر و راهکار زیربنایی برای توسعه است و از سوی دیگر، «حقوق بشر ایده زمان ما شده است» (Henkin, 1981:64)، باید به آب نگاهی متفاوت داشته باشیم تا قبل از هر چیز موجب محرومیت افراد از حق دسترسی به آن نشود. اتخاذ هر سیاستی که به این محرومیت منجر شود، در واقع انکار حق حیات بشری به حساب می‌آید. پیش‌بینی شده تا سال ۲۰۵۰ حداقل از هر چهار نفر یک نفر در کشوری زندگی می‌کند که تحت تأثیر کمبود مزمن و

1. see Report of The United Nations Water Conference, Mar del Plata, March 14-25, 1977, U.N. Publication, Sales No. E.77.II.A.12 (1977).

2. see Report of The United Nations Water Conference, SUPRA N. Resolution II(a), at 66.

بلندمدت آب سالم است. این در حالی است که در طول قرن گذشته جمعیت جهان بیش از سه برابر شده، ولی مصرف آب برای مقاصد انسانی شش برابر شده است و از آنجا که شهرنشینی عامل تخریب سریع محیط زیست است (William&Frank,2000:157)، پس باید ضمن حفظ حقوق ذی‌نفعان رودخانه زاینده‌رود (حقابهداران و سهم‌بران) حق دسترسی مردم به آب شرب سالم در اولویت اول قرار گیرد تا بحران‌های ذکرشده حیات بشری را به خطر نیندازد. همین موضوع علت اصلی مداخله دولت در موضوع آب زاینده‌رود و قانونگذاری منطقی و تصمیم‌گیری واقعی و تدریجی برای صاحبان آن است.

### بحث و نتیجه‌گیری

با توجه به بحث‌های حقوقی صورت‌گرفته مشخص شد که حداقل مالکیت آب زاینده‌رود طبیعی و آب الحاقی تونل اول کوه‌رنگ نه جزو انفال است و نه در مالکیت دولت قرار دارد، بلکه در شرایط عادی حق کسانی است که یا در این حوضه حقابه دارند یا سهم‌برند. اما مالکیت این مالکان امروزه به دلیل چالش‌های فنی و کمبود آب دستخوش خطرهایی شده که بی‌توجهی به آنها می‌تواند از لحاظ حقوق اجتماعی و اقتصادی تأثیر مهمی در سرنوشت مالکیت آب و تضعیف حقوق مالکانه آنها ایجاد کند. شایان ذکر است براساس اصل ۴۴ قانون اساسی اقتصاد ایران به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تقسیم شده است. براساس بند ۱ این اصل اموالی که نام برده شده است، به صورت عمومی در اختیار دولت قرار دارد. پس نمی‌توان از این اصل برداشت مالکیت دولتی نسبت به اموال مورد اشاره کرد؛ زیرا این اموال در اختیار دولت قرار دارد و دولت بدون داشتن مالکیت، فقط آنها را مدیریت می‌کند. این دسته از اموال، عمومی است و دولت نمی‌تواند نسبت به آنها خرید یا فروش کند. به عبارت دیگر، این گونه اموال متعلق به مردم در مالکیت عمومی قرار دارد و دولت مجاز است به‌عنوان نماینده مردم در آنها تصرف کند. اما این متصرف صاحب و مالک به حساب نمی‌آید. بنابراین دولت در بخشی از حوضه زاینده‌رود مالک نیست، بلکه مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از منابع آب زاینده‌رود را بر عهده دارد. اما اعمال این مسئولیت نیز کار ساده‌ای نیست؛ زیرا از دیرباز حوضه زاینده‌رود با کمبود آب روبه‌رو بوده و از گذشته‌های دور یعنی دوران صفوی تاکنون تلاش‌های زیادی برای انتقال آب از حوضه مجاور یعنی کارون به حوضه زاینده‌رود شده است. اما فعالیت‌ها برای انتقال بخشی از آب مازاد بر مصارف حوضه مجاور به حوضه زاینده‌رود نخستین بار در سال ۱۳۳۲ با بهره‌برداری از تونل اول کوه‌رنگ به بار نشست. بعدها با بهره‌برداری از تونل ۲ کوه‌رنگ در سال ۱۳۶۴ و پس از آن با بهره‌برداری از تونل چشمه لنگان حجم آب انتقالی به حوضه زاینده‌رود به ۷۰۰ میلیون متر مکعب در سال رسیده است. شایان ذکر است که حجم



آب خروجی از استان اصفهان (ورودی به سرشاخه‌های دز و کارون) بالغ بر ۱۸۰۰ میلیون متر مکعب در سال است (ضیایی، ۱۳۹۴:۲۳۳). اما چالش‌های فنی در راه حقوق مالکیت مردم نسبت به آب زاینده‌رود نیز دست کمی از چالش‌های حقوقی آن ندارد، زیرا طی این سال‌ها رشد جمعیت و رشد برداشت‌های غیراصولی از آب به‌ویژه در بالادست آنچنان بوده که حجم آب انتقالی نتوانسته کمبود آب در حوضه زاینده‌رود را جبران کند و همین موضوع مزید بر مشکلات حقوقی مربوط به مالکیت آب و اخلال در نظم اقتصادی آن شده و اگر با جدیت این مسئله پیگیری نشود، مشکلات از مرز اقتصادی و حقوقی عبور کرده و به مسائل مهم سیاسی امنیتی تبدیل خواهد شد. شایان ذکر است یکی از شاخص‌های سازمان ملل متحد برای ارزیابی وضعیت آب در حوضه‌های آبریز کشورها و مناطق، سرانه آب تجدیدپذیر در سال است. مطابق معیار سازمان ملل سرانه ۱۲۰۰ متر مکعب آب در سال، آستانه ورود به کمبود آب است. وقتی تغییرات سرانه آب قابل تأمین در حوضه زاینده‌رود از سال ۱۳۱۰ تا سال ۱۳۹۵ و با شاخص سازمان ملل مقایسه شود وضعیت نگران‌کننده‌ای را نشان می‌دهد (نوروزی، ۱۳۹۳: ۹).

با وجود وارد مدار شدن تونل اول کوه‌رنگ در سال ۱۳۳۲ و تونل دوم کوه‌رنگ در سال ۱۳۶۴ و تونل چشمه لنگان در سال ۱۳۸۵، سرانه آب تجدیدپذیر حوضه همچنان روند کاهشی داشته و از ۴۴۲۸ متر مکعب در سال به ازای هر نفر در سال ۱۳۳۳ به کمتر از ۷۰۰ متر مکعب در سال به ازای هر نفر در حال حاضر رسیده است. این کاهش سرانه منابع آب تجدیدپذیر آنچنان است که حوضه زاینده‌رود را در بحران آب فرو برده و همان‌طور که گفته شد، این بحران تمامی ابعاد اجتماعی - زیست‌محیطی - اقتصادی - سیاسی و امنیتی در حوضه زاینده‌رود را فرا گرفته است (ضیایی، ۱۳۹۴: ۲۰۵-۲۰۳). بحران آب در حوضه زاینده‌رود پدیده‌ای موقت و گذرا ناشی از خشکسالی سال‌های اخیر نیست، بلکه بحرانی دائمی ناشی از عدم توازن منابع آب حوضه با نیازهاست. آمارهای مورد اشاره براساس تغییرات سرانه آب تجدیدپذیر در حوضه زاینده‌رود با فرض شرایط نرمال بارش و آبدهی است. اصولاً وضعیت منابع آب در هر حوضه یا منطقه بر مبنای منابع آب تجدیدپذیر در سال نرمال ارزیابی می‌شود، زیرا دوره‌های خشک موقت و گذرا هستند و نباید مبنای برنامه‌ریزی‌های بلندمدت قرار گیرند. بی‌تردید در دوره‌های خشکسالی بحران آب در حوضه از آنچه گفته شد، وخیم‌تر است (نوروزی، ۱۳۹۳: ۹). با توجه به شناختی که از چالش‌های حقوقی و فنی آب به‌دست آمد و تفسیری که از قوانین مربوط و مبانی فقهی در زمینه انفال صورت گرفت و بر مقررات بین‌المللی به‌خصوص بحث حق دسترسی بشر به آب برای همه به‌طور مساوی تأکید داشت، باید این نکته را اضافه کرد که تا پیش از تصویب قانون ملی شدن آب سال ۱۳۴۷ و قانون توزیع عادلانه آب سال ۱۳۶۱ مالکیت آب‌ها تابع قانون مدنی بوده 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. البته از نظر

حقوقی قانون توزیع عادلانه آب، آب‌های سطحی و زیرزمینی را از مشترکات تلقی کرده و در اختیار حکومت اسلامی دانسته، ولی این مسئله رابطه دولت با آب‌ها را یک رابطه مالکانه بیان نکرده است؛ بلکه برای دولت وظیفه حفاظت و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آب‌های سطحی و زیرزمینی را تعیین کرده است. برای اثبات این ادعا می‌توان به این نکته اشاره کرد که براساس قانون، دولت مکلف است خسارت اشخاص حقیقی و حقوقی را که در اثر اقدامات دولت با نقصان آب، یا خشک شدن منابع آب روبه‌رو شده‌اند، جبران کند. جبران خسارت ناشی از اقدامات دولت تأکیدی بر حقوق مالکانه حقایبه‌داران و سهم‌بران و آثار ناشی از مالکیت آنهاست، زیرا ممکن است دولت در راستای حق مردم بر آب شرب سالم، اقدام به واگذاری حق انشعاب آبی که مالکیت آن متعلق به دیگران است کرده باشد، ولی در این وضعیت که دولت وظیفه تأمین آب شرب سالم را دارد، باید به‌گونه‌ای خسارت وارده و خلل ایجادشده در مالکیت ناشی از مداخلات دولت برای تأمین مصالح اجتماعی را جبران کند.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. امامی، حسن (۱۳۶۴). حقوق مدنی، ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۲. بشیری، عباس؛ بشیری، انیسه؛ براتی دارانی، علی‌اکبر؛ چاووشی، محمدصادق؛ خمسه، سعید؛ شهرجردی، سید حسن؛ عالی‌پور، مسعود؛ صالحی، علی؛ مارانی، محمدرضا؛ نورمحمدی سیگارودی، نوید (۱۳۹۲). نظام حاکم بر حقوق کاربردی آب، چ اول، تهران: انتشارات جاودانه.
۳. جاوید، محمدجواد (۱۳۹۲). نقد مبانی فلسفی حقوق بشر، چ اول، ج ۱، فلسفه طبیعی حقوق بشر، تهران: نشر مخاطب.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹). وسیط در ترمینولوژی حقوق، چ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. ----- (۱۳۵۶). حقوق اموال، ج ۱، تقریرات درس حقوق مدنی در مدرسه عالی قم، بی‌جا.
۶. سلمان م.ا. سلمان، شیوان مک اینرنی-لنکفورد (۱۳۹۴). آب و حقوق بشر، حق دسترسی بشر به آب، ابعاد حقوقی و سیاسی، ترجمه حسن اسدآبادی زیدی، چ اول، تهران: انتشارات ناهید.
۷. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). الجمل والعقود فی العبادات، ترجمه

- خراسانی، محمد واعظزاده، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی.
۸. صدر، سید محمدباقر (۱۳۷۵). *اقتصادنا*، ترجمه سید محمدکاظم موسوی، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامیه.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت*، ج اول، تهران: دادگستر.
۱۰. ----- (۱۳۷۹). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: دادگستر.
۱۱. مهرپور، حسین (۱۳۷۱). *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، تهران: سازمان انتشارات کیهان.
۱۲. منتظری، حسینعلی (۱۴۰۸ق). *رساله استفتاءات*، ج ۲، چ اول، تهران: انتشارات سایه.
۱۳. هادوی تهرانی، مهدی (بی‌تا). *مکتب و نظام اقتصادی اسلام*، ج ۲، قم: انتشارات خانه خرد.
۱۴. هوشنگزاده، ناصر (۱۳۷۲). *مجموعه قوانین مدنی، مسئولیت مدنی*، تهران: نشر دیدار.

## ب) مقالات

۱۵. حسینی، سید علی (۱۳۸۱). «بازشناسی مفهوم انفال و رابطه آن با مراتع در فقه و حقوق»، *مجله فرهنگ جهاد*، ش ۳۰.
۱۶. ضیایی، لطف‌الله (۱۳۹۳). «نگرشی به‌طور منسوب به شیخ بهایی و حقوق آب»، *نشریه دانش‌نما، ماهنامه تخصصی سازمان نظام مهندسی ساختمان اصفهان*، دوره تیر-شهریور، شماره پیاپی ۲۳۲-۲۳۰.
۱۷. ضیایی، لطف‌الله (بی‌تا). «مالکیت اشخاص بر آب‌های سطحی و زیرزمینی پس از ملی شدن آب‌ها از منظر قوانین و فقه اسلامی»، *نشریه دانش‌نما، ماهنامه تخصصی سازمان نظام مهندسی ساختمان اصفهان*، دوره تیر-شهریور، شماره پیاپی ۲۳۲-۲۳۰.
۱۸. ضیایی، لطف‌الله (۱۳۹۴). «بحران آب در ایران»، *ویژه‌نامه شرق*.
۱۹. نوروزی، قدرت‌الله (۱۳۹۳). «کمبود آب در حوضه زاینده‌رود از دیدگاه قوانین و حقوق آب»، *فصلنامه فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی دریاچه*، انتشارات و چاپ فرزندگان.

## ۲. عربی

۲۰. خمینی، روح‌الله (۱۴۲۱ق). *البیع*، ج ۲، مؤسسه نشر و آثار امام خمینی (ره).
۲۱. جعفر بن الحسن الحللی (محقق) (بی‌تا). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۱، تحقیق سید صادق شیرازی، قم: انتشارات دارالمهدی.
۲۲. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل، ذیل کتاب الخمس*، ج ۵، قم: انتشارات آل‌البيت (ع).

٢٣. شيخ صدوق (١٤٠٩ق). من لا يحضره الفقيه، ج ٢، تصحيح علي اكبر غفاري و صدر بلاغي، نشر صدوق.
٢٤. شيخ طوسي (١٤٠١ق). التهذيب المسائل، ج ٤، دارالتعارف بيروت.

### ٣. لاتين

25. Louis Henkin (1981). *Introduction in The International Bill of Rights*, (Louis Henkin, ed., Columbia University Press.
26. FAO (1998). *Legal Office Sources of International Water Law*, FAO, Rome.
27. Malaurie Philippe et Laurent Aynès (2005). *Les Biens*, Paris, 2<sup>e</sup> édition, Défrénois William J. Cosgrove & Frank R. Rijsberment, *World Water Vision-Making Water Everybody's Business* (World Water Council). 4 (Earthscan publications Ltd. 2000).

