



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد بندر عباس

دانشکده علوم انسانی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)
رشته حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی حقوق آب و انرژی در وضعیت تملک مال غیر و انفال در حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر سارا ادیبی سده

نگارنده:

ندا آریافر

تابستان ۱۳۹۸

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ب.

تاریخ :
شماره :
پیوست :



تاییدیه هیات داوران جلسه دفاع

از این پایان نامه در تاریخ ۹۸/۰۶/۱۳ با حضور اساتید راهنما، مشاور، داور در دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس با موفقیت دفاع به عمل آمد و مورد تایید قرار گرفت .
نام و نام خانوادگی دانشجو: ندا آریافر
رشته: حقوق خصوصی
عنوان پایان نامه: بررسی حقوق آب و انرژی در وضعیت تملک مال غیر و انفال در حقوق ایران

تاریخ دفاع: ۹۸/۰۶/۱۳
هیئت داوران:

ردیف	نام و نام خانوادگی	رتبه علمی	امضاء
۱-	دکتر حمید قاسمی	استاد	
۲-	دکتر مصطفی سراجی		
۳-	دکتر سارا ادیبی سده		

تاریخ :
شماره :
پیوست :



دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس

تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجانب ندا آریافر دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ ۹۸/۰۶/۱۳ از پایان نامه خود تحت عنوان " بررسی حقوق آب و انرژی در وضعیت تملک مال غیر و انقال در حقوق ایران " با کسب نمره و درجه بسیار خوب دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

- ۱) این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه ، کتاب ، مقاله و ...) استفاده نموده ام ، مطابق ضوابط و رویه موجود ، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.
- ۲) این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
- ۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل ، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ می نمایم.
- ۴) چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

ندا آریافر

تاریخ و امضاء

د



معاونت پژوهش و فن آوری

منشور اخلاقی پژوهش

بیاری از خداوند سبحان و اعتماد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشتن مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادانشجویان و اعضاء هیات علمی واحدهای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تعد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بهکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۹- اصل برانت: التزام به برانت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلائند.

تقدیم به:

خدایی که آفرید

جهان را، انسان را، عقل را، علم را، معرفت را، عشق را

و تقدیم به پدر و مادرم

پاسکزاری:

بارالها، جان ماراضفای خودده و دل مارا بهوای خودده، چشم ماراضفای خودده و مارا از فضل و کرم خود، قراردده.

از اساتید فریخته ام

سرکار خانم دکتر سارا ایدی

که در کمال سعه صدر، از هیچ گلی در این عرصه بر من دریغ نمودند و زحمت راهنمایی و مشاوره این پایان نامه را بر عهده گرفتند،

بی نهایت پاسکزارم.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده
۲	مقدمه
۳	۱- بیان مسئله
۶	۲- اهمیت و ضرورت تحقیق
۸	۳- جنبه نوآوری تحقیق
۹	۴- سوال تحقیق
۹	۵- فرضیه های تحقیق
۱۰	۶- اهداف تحقیق
۱۰	۷- سوابق تحقیق
۱۳	۸- روش تحقیق
۱۳	۹- روش تجزیه و تحلیل اطلاعات

فصل اول

کلیات مفاهیم و مبانی تحقیق

۱۶	مبحث اول- مالکیت در اصطلاح
۱۶	گفتار اول- در کلام فقهاء و در حقوق اسلام
۱۶	گفتار دوم- مالکیت در قانون مدنی
۱۷	مبحث دوم- مفهوم انفال
۱۷	گفتار اول- انفال در اصطلاحات فقهی
۱۸	گفتار دوم- انفال در قانون
۱۸	مبحث سوم- تعاریف و مفاهیم و اصطلاحات حقوق آب
۱۸	گفتار اول- تعریف و مفهوم آب
۱۹	گفتار دوم- اصطلاحات مربوط به قانون آب

۲۳	گفتار سوم- جایگاه آب در حقوق موضوعه و فقه
۲۵	گفتار چهارم- اصول و جایگاه آب در حقوق تطبیقی
۲۶	گفتار پنجم- دامنه مالکیت حقوق آب
۲۹	بند اول- دریاها، دریاچه ها و رودهای بزرگ
۲۹	بند دوم- چشمه و نهرها
۳۰	بند سوم- آب مباح حیازت شده
۳۰	بند چهارم- چاه و قنات؛
۳۰	بند پنجم- کاریزلوله
۳۱	گفتار ششم- سیر تاریخی حقوق آب
۳۱	بند اول- تاریخچه حقوق آب در ایران باستان
۳۳	بند دوم- تاریخچه حقوق آب در ایران معاصر
۳۵	بند سوم- تاریخچه حقوق آب در جهان
۳۷	مبحث چهارم - تعاریف و مفاهیم و اصطلاحات حقوق انرژی
۳۷	گفتار اول- تعریف انرژی
۳۸	گفتار دوم- مالکیت حقوقی انرژی
۳۸	گفتار سوم- مبحث معادن در حقوق
۳۸	بند اول- قانون اساسی
۳۹	بند دوم- قانون مدنی
۳۹	بند سوم- مالکیت و انفال معادن انرژی
۴۱	گفتار چهارم- حقوق بین المللی انرژی
۴۲	گفتار پنجم- جایگاه تنظیم مقررات بخش انرژی در قوانین کشور

فصل دوم

مسائل مربوط به حقوق آب و مالکیت

۴۵	مبحث اول- مبانی قانونی مالکیت منابع آب
۴۶	بند اول- مالکیت عمومی و ملی آب
۴۸	بند دوم- آثار حقوقی ملی شدن آب ها

۴۹	بند سوم- مشترکات
۵۲	گفتار دوم- مالکیت منابع آب در قانون مدنی
۵۳	بند اول- حيازت آب های مباح
۵۵	بند دوم- مشارکت در منابع آب
۵۶	بند سوم- چشمه
۵۸	بند چهارم- عقود
۵۸	مبحث دوم- مالکیت های مدنی آب بر اساس سیر تحول در قوانین آب
۵۸	گفتار اول- ماهیت حقوقی مالکیت منابع آب
۶۲	گفتار دوم- مالکیت تبعی در منابع آب
۶۴	گفتار سوم- مالکیت منابع آب در سایر قوانین
۶۸	مبحث سوم- اثبات مالکیت اشخاص بر منابع آب
۶۹	گفتار اول- اسناد عادی آب
۶۹	گفتار دوم- اسناد رسمی آب
۷۳	گفتار سوم- مراجع رسیدگی به اختلافات مالکیت آب
۷۳	بند اول- اختلافات فی مابین حقا به بران از منابع آبی
۷۴	بند دوم- اختلافات فی مابین حقا به بران و دولت
۷۵	گفتار چهارم- کمیسیون رسیدگی به امور آب های زیر زمینی
۷۵	بند اول- اعضاء کمیسیون رسیدگی به امور آب های زیر زمینی
۷۷	بند دوم- صلاحیت کمیسیون رسیدگی به امور آب های زیر زمینی
۷۹	مبحث چهارم- ماهیت فقهی مالکیت منابع آب
۷۹	گفتار اول- ماهیت انغال بودن آبها
۸۳	گفتار دوم- ماهیت مشترکات بودن آبها

فصل سوم

مسائل مربوط به حقوق انرژی و مالکیت آن

۸۵	مبحث اول- درآمدی بر حقوق انرژی
۸۵	گفتار اول- ترمولوژی و مقدمه ای بر حقوق انرژی

- گفتار دوم- عناصر حقوق انرژی ۸۶
- گفتار سوم- ابعاد حقوق انرژی ۸۸
- مبحث دوم- مالکیت نفت و گاز یا معادن نفتی ۸۹
- گفتار اول- مالکیت نفت و گاز ۸۹
- گفتار دوم- نظام مالکیت خصوصی بر منابع نفت و گاز ۹۰
- بند اول- در حقوق بین الملل ۹۰
- بند دوم- قاعده حیات و مالکیت خصوصی ۹۱
- گفتار سوم- تقسیم بندی مالکیت خصوصی نفت و گاز در فقه اسلامی ۹۳
- بند اول- تبعیت قرار زمین از زمین ۹۶
- بند دوم- معدن بودن نفت و گاز ۱۰۰
- بند سوم- معادن ظاهری و معادن باطنی ۱۰۲
- بند چهارم- احیاء و مالکیت خصوصی نفت و گاز ۱۰۳
- بند پنجم- حیات و مالکیت خصوصی نفت و گاز ۱۰۸
- گفتار چهارم- مالکیت منابع نفت و گاز در حقوق ایران ۱۱۰
- مبحث سوم- انفال و نفت و گاز ۱۱۴
- گفتار اول- تعریف انفال و نفت و گاز ۱۱۵
- گفتار دوم- مصادیق انفال و نفت و گاز ۱۱۵
- گفتار سوم- انفال بودن نفت و گاز ۱۱۷
- گفتار چهارم- پاسخ یک اشکال ۱۱۹
- گفتار پنجم - تحولات ساختاری شبکه برق ۱۲۴
- بند اول- بستر قانونی نهادهای تنظیم کننده بازار برق ۱۲۴
- بند دوم - ساختار و وظایف هیأت تنظیم بازار برق ایران ۱۲۵
- بند سوم- شرکت مدیریت برق ایران ۱۲۶
- مبحث چهارم- نهادهای تنظیم مقررات انرژی در ایران ۱۲۷
- گفتار اول- شورای رقابت ۱۲۷
- گفتار دوم- نهادهای تنظیم مقررات در بخش برق ۱۲۷

- گفتار سوم- نهادهای تنظیم مقررات در بخش نفت و گاز ۱۲۹
- گفتار چهارم- ظرفیت های قانونی ارتقای سازماندهی نهادهای تنظیم مقررات بخش انرژی کشور ۱۳۰
- مبحث پنجم- قراردادهای نفت و گاز ۱۳۱
- گفتار اول- تعریف قرارداد نفتی ۱۳۲
- گفتار دوم- انواع قراردادهای نفتی ۱۳۲
- گفتار سوم- ماهیت قراردادهای نفتی ۱۳۳
- گفتار چهارم- نظریه خصوصی بودن قرارداد های نفتی ۱۳۴
- گفتار پنجم- نظریه عمومی بودن قراردادهای نفتی ۱۳۵
- گفتار ششم- نظریه بین المللی بودن قراردادهای نفتی ۱۳۶
- گفتار هفتم- نظریه شبه بین المللی بودن قراردادهای نفتی ۱۳۷
- مبحث ششم- ماهیت بیع متقابل نفت و گاز در ایران ۱۳۸
- گفتار اول- مقایسه بیع متقابل با عقد بیع ۱۳۹
- بند اول- مقایسه بیع متقابل با بیع بین المللی ۱۳۹
- بند دوم- مقایسه بیع متقابل با بیع داخلی ۱۴۰
- بند سوم- مقایسه بیع متقابل با معاوضه ۱۴۲
- بند چهارم- نتیجه (ماهیت ویژه) ۱۴۳
- نتیجه گیری ۱۴۵
- پیشنهادات ۱۴۸

منابع و ماخذ

- منابع فارسی ۱۵۰
- قوانین و مواد وب سایت ها ۱۵۵
- چکیده لاتین ۱۵۷

چکیده

در رابطه با مالکیت بر آب ها می توان به مضمون قوانین موضوعه در رابطه با مالکیت بر آب های جاری، رودخانه ها، منابع آب زیر زمینی، منابع آب کنترل شده نظیر سد ها، آب های غیر جاری، چاه ها و قنوات و... و دیدگاه قانونگذار در این رابطه اشاره کرد. هرچند که منابع آبی بطور وسیع و متفاوت هستند ولی برخی از آنها بصورت قابل دسترسی در اختیار عموم می باشد مانند رودخانه ها یا چشمه سارها. و برخی دیگر از این منابع آبی مستقیماً در اختیار عموم نمی باشند و افراد با تلاش و هزینه خود به این قبیل منابع آبی دسترسی پیدا می کنند مانند چاه و قنات و همین گستردگی و تنوع منابع و بهره برداری از آنها در قالب قواعد قانون مدنی تحلیل شده است. مالکیت معادن نفت و گاز و قراردادهای نفتی از موضوعی است که همواره با اختلاف نظرهای زیادی در فقه و حقوق مواجه بوده است. نهایت این نتیجه به دست می آید که برخی فقهاء معادن را از انفال و برخی دیگر از مشترکات دانسته و عده ای نیز معتقد به تبعیت مالکیت معدن از مالکیت زمین شده اند، در این میان، برخی از فقهای بزرگ معاصر در کتب فقهی خویش جمع نظرات مختلف را بیان کرده اند، به این شکل که در بعضی از آثار خود قائل به مالکیت خصوصی این معادن و در برخی دیگر از آثارشان قائل به انفال یا مشترکات بودن این مخازن شده اند. قرارداد نفتی علی رغم داشتن جنبه هایی از حقوق عمومی و حقوق بین المللی، به لحاظ ماهیتی نوعی قرارداد خصوصی است که طرفین آن به طور ضمنی با توافق یکدیگر در حقیقت وجود برخی از امتیازات (حقوق حاکمیتی) را آن هم در شرایط ویژه و استثنایی برای طرف دولتی پذیرفته اند. در نظام حقوق نفتی کشور ما بیع متقابل دارای ماهیت قرارداد خصوصی و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است و صرفاً به دلیل موضوع آن استخراج منابع زیرزمینی متعلق به حاکمیت ملی) طرف خارجی با اراده خود برخی از الزامات و شرایط خاص را در این خصوص آگاهانه می پذیرد.

کلمات کلیدی : حقوق آب، حقوق انرژی ، مالکیت ، انفال

مقدمه

آب ماده بی همتا و فراوانترین منبع در دنیاست. گرچه هنوز بیشترین مقدار آب غیر قابل استفاده است اما همان بخش اندک قابل استفاده آن، همانند کالایی با ارزش نیازمند حفاظت و نگهداری است. آب برای زندگی ضروری است. ارزش آب بسته به نوع مصرف، موقعیت مکانی، زمان، قابلیت دسترسی و کیفیت آن متفاوت است. به علت حیاتی بودن آب این مایه زندگی امروزه جوامع مختلف نیازمند آن است که قواعد و ضوابطی جامع برای تنظیم روابط و مسائل مربوط به آب داشته باشند.

به همین جهت حقوق آب در عصر حاضر با توجه به تخصصی شدن موضوعات آن، رشته خاصی از حقوق به شمار آمده و اهمیت فراوانی پیدا کرده است. در گذشته به علت اینکه تقاضا یا نیاز به مصرف آب کمتر از عرضه و مصرف آن بود و در حقیقت مصرف آن آزاد و هرکس میتوانست در حد عرف معمول محل و منابع آبی موجود به مقدار نیاز استفاده نماید و اندک قواعد و مقرراتی که از احکام مربوط به حقوق مالکیت ها در حقوق مدنی وجود داشت برای حل و فصل مسائل و مشکلات مربوط به آب کفایت میکرد و دولتها کمتر مداخله ای در اداره یا چگونگی مصرف آن داشته اند و اگر تخلفات و جرائمی هم صورت میگرفت به تبع آن مجازاتی هم پیش بینی میشد عمدتاً مربوط به کسانی بود که به منابع و مصارف آب دیگری ضرر میزدند. امروز اهمیت انرژی بر کسی پوشیده نیست و همگان بر سر این مسئله متفق القول هستند که انرژی در صورتهای مختلف خود، یکی از مؤلفه های حیاتی در رشد اقتصادی هر کشوری قلمداد می شود. بدین ترتیب انرژی در از بین بردن فقر، بهبود رفاه و ارتقاء استانداردهای زندگی نقشی کلیدی ایفا میکند و دسترسی به انرژی ارزان قیمت و غیر مضر برای محیط زیست بشر، یکی از عناصر ضروری در توسعه ی پایدار به حساب می آید.

با آنکه کشور ما بیش از یک قرن در صنعت انرژی دارای تجربه است، اما هنوز جایگاه این صنعت به درستی درک نشده. شاید یک علت آن است که این صنعت تا مدتها به متخصصین خارجی وابسته بوده و نتوانسته است نیروی انسانی لازم را در این زمینه تربیت کند؛ یکی از مولفه های مهم در این رابطه « حقوق انرژی» است؛ خوشبختانه در سالهای اخیر حجم قابل توجهی از ادبیات علمی به این حوزه اختصاص یافته و دانشگاه ها تربیت متخصص در حوزه ی حقوق انرژی (خصوصاً حقوق نفت و گاز) را جزو اولویتهای خود قرار داده اند.

۱- بیان مسئله

در مبانی حقوق اسلامی انواع مالکیت را می توان به مالکیت های خصوصی و عمومی تقسیم کرد. مالکیت خصوصی نیز به دو دسته مالکیت فردی و مالکیت گروهی قابل تقسیم است. عنوان مالکیت خصوصی درباره دارایی هایی به کار میرود که تصمیم گیری درباره مبادله عین یا منافع آنها در اختیار بخش خصوصی است. چنانکه از مفاد قاعده فقهی تسلیط بر می آید بسته حقوق مالکیت در اسلام اختیارات فراوانی را برای مالکان دارایی های خصوصی در نظر گرفته است.^۱

یکی از موارد مورد بحث در باب مساله مالکیت، استفاده عموم مردم از حيازت و بهره برداری غیر شخصی از این اموال است. حيازت و ثروتهای عمومی از قبیل زمینهای موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه ها، رودخانه ها، آب و انرژی، بیشه های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول المالك و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می شود. در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می کند.^۲

مالکیت های عمومی، اموالی هستند که هیچ فرد خاصی، مالک آنها نیست تا بتواند به نحو دلخواه در آن تصرف کند؛ بلکه ملک همه مسلمانان است؛ خواه آنان که در قید حیاتند و خواه آنان که هنوز به دنیا نیامده اند. در رابطه با تجاوز به حریم و حقوق مالکانه در فقه اسلامی دو نوع تجاوز پیش بینی شده است، تجاوز افراد به حریم مالکانه دولت و تجاوز دولت به حریم مالکانه شخصی افراد. در رابطه با حریم مالکانه دولت و منافع ملی، در فقه اسلامی ادله ها و آراء مشخصی بیان شده است.

در کشور موضوع مالکیت بر آب و انرژی از مسائل فقهی و حقوقی بوده که از نظر فقهی در دو حوزه مالکیت خصوصی و عمومی یا انفال و در حقوق موضوعه در قوانین مصوب سال ۱۳۴۷ در ابتدا و در قوانین بعدی نظیر قانون اساسی و قانون سال ۱۳۶۱ و ۸۲ مورد بررسی و تبیین قرار گرفته شده است. در رابطه با آب و انرژی جاری، این مالکیت در عهده دولت است. براساس اصل ۴۵ قانون اساسی، آب و انرژی دریاها و آب و انرژی جاری در رودخانه ها و انهار طبیعی و منابع زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است. یافته های پژوهش نشان می دهد که مرجع رسیدگی به حل اختلاف پرونده های مرتبط با آب، در محدوده اختیار دیوان عدالت اداری و دادگاه های عمومی است.

در بحث تشخیص فقهی و به تبع آن قانونی نحوه مالکیت آب های زیرزمینی در مبانی فقهی اسلام باید گفت در مورد به زمین و آب به سه شکل برخورد شده است. ۱- انفال اموالی را گویند که در اختیار حکومت

^۱ شمس، عبدالله؛ ۱۳۸۵، آئین دادرسی، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات دراک، ص ۲۵۴

^۲ صدر زاده افشار، سید محسن؛ ۱۳۸۷، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی، ص ۳۹۲

اسلامی است و به هرنحو که بخواهد تخصیص می‌دهد؛ مانند غنائم جنگی.^۲ - مشترکات یا ثروت‌های ملی اموالی است که عموم مردم می‌توانند با حقوق مساوی از آن بهره‌برداری و استفاده کنند؛ مانند راه‌ها، مکان‌های عمومی، پل‌ها و پارک‌ها.^۳ - مباحات اموال غیرمنقولی است که هر فرد از آحاد شهروندان حکومت اسلامی که آنها را از حالت طبیعی خارج و قابل استفاده و بهره‌برداری نماید به میزانی که احیاء کرده و به شرط عدم واردآوردن زیان به دیگری، مالک آن اموال به طور قطعی و دائم خواهد شد؛ مانند زمین موات که با احیاء و آبیاری آن تبدیل به ملک متصرف می‌گردد.^۱

تحولات ایجاد شده و تغییر سیستم استحصال آب زیرزمینی و بهره‌برداری بی‌رویه و بروز مشکلات بسیار در این زمینه در دهه چهل قانون‌گذاران بر آن داشت که در سال ۱۳۴۵ به منظور مدیریت منبع آب زیرزمینی و بهره‌برداری اصولی از این تصویب نماید. منابع و جلوگیری از اضرار به مالکین آبها قانون حفظ و حراست از آبهای زیرزمینی را با پیروزی انقلاب اسلامی و تدوین قانون اساسی در سال ۱۳۵۸، در اصل ۴۵ این قانون دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سیر آبهای عمومی جزء انفال و ثروتهای عمومی قرار گرفتند که در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه به آنها عمل نماید که تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند. پس از آن در راستای اصل ۴۵ قانون اساسی، قانونگذار در سال ۱۳۶۱ قنون در رودها و آنها را طبیعی و دره‌ها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و سیلاب - توزیع عادلانه آب را به تصویب رساند. طبق ماده یک این قانون دریاها و آبهای جاری‌ها و فاضلاب و انرژی، زه آبها و دریاچه‌ها و مرداب و انرژی و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آبهای معدنی و منبع آب و انرژی زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی برداری از آنها به دولت محول می‌شود. است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود.^۲

صرف نظر از قوانین متعدد و پراکنده ای که موجود می‌باشد عمده قوانین کاربردی و قابل استناد در این خصوص قانون توزیع عادلانه آب است که فصل دوم شامل مواد ۳ تا ۱۷ به آبهای زیرزمینی و در آئین نامه اجرایی فصل دوم همان قانون مصوب ۱۳۶۳ نیز، فصل اول به صدور پروانه حفر چاه و قنات، فصل دوم به صلاحیت و تکالیف کارشناسان، فصل سوم به صلاحیت و تکالیف حفاران و فصل چهارم آن به تخلفات اختصاص دارد.

^۱ شهبازی، محمد حسین؛ ۱۳۸۲، مبانی جواز و قابلیت رجوع در اعمال حقوقی، پایان نامه دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران. ص ۹۳

^۲ حیدری، حامد؛ ۱۳۹۲، توصیف و تحلیل یک قرن قانونگذاری درباره ی آب در ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نعت، ص ۴۷

مطابق قانون مدنی ایران مصوب سال ۱۳۰۷، آب و انرژی زیرزمینی، به صراحت از مباحات شناخته شده و تأکید شده که حيازت آن‌ها مالکیت دائم ایجاد می‌کند. اکثریت آب‌های زیرزمینی حيازت شده در کشور تحت لوای این قانون مورد بهره‌برداری و تملک قرار گرفته و به موجب "قانون در مورد قنوت" برای آنها سند ثبتی صادر گشته است. حقوق مالکیت اینگونه مالکین در همه قوانین بعدی مرتبط با آب‌های زیرزمینی به رسمیت شناخته شده است

قانون اصلاح الگوی مصرف انرژی مصوب ۱۳۸۹ که جزء قوانین خوب به حساب می‌آید متأسفانه به دلیل عدم تکمیل و تصویب آیین نامه اجرایی آن در خصوص استاندارد مصرف انرژی باعث تخریب بیشتر سفره های آب زیرزمینی شده است. یافته های پژوهش نشان می‌دهد که مرجه رسیدگی به حل اختلاف پرونده های مرتبط با آب، در محدوده اختبار دیوان عدالت اداری و دادگاه های عمومی است، این دادگاه ها صلاحیت رسیدگی به پرونده های حقیقی و حقوقی اختلاف در زمینه آب را دارند

در قانون مدنی اصل مالکیت و بهره برداری فردی یا شراکتی با مالکیت شخصی پذیرفته شده بود البته قاعده لاضرر و حفظ حریم هم وجود داشته است پس از آن در قانون راجع به قنوت مالکیت خصوصی را پذیرفته و باز اصل لاضرر بر آن حاکم است. در قانون تکمیل قنوت حقا به قبول کرده، در قانون اساسی ما آب را جزء انفال معرفی کرده است بدین معنا که آب متعلق به همه است و در اختیار دولت و هر کس که آن را حيازت کند نسبت به مقداری از آن که حيازت کرده مالک می‌شود. قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ در خصوص مالکیت آب طرحی نو در انداخت و آب را جزء مشترکات عمومی با تصدی و نظارت دولت طبق مصالح عامه قرار داد. قانون توزیع عادلانه آب به عنوان منشور و مبنای قانونی ما در بحث آب، آب را جزء مشترکات عمومی تلقی و مسئولیت و تصدی آن را در اختیار وزارت نیرو قرار داده. در بحث آب این قانون جزء مترقی ترین قوانینی است که حتی امروز هم راه گشاست^۱

مواد ۱۴۶ تا ۱۶۱ قانون مدنی ایران به حيازت مباحات اختصاص دارد، جز دو ماده اول که به مفهوم حيازت پرداخته، سایر مواد آن به حيازت منابع آبی مربوط است. مواد ۱۶۱ تا ۱۸۲ نیز به قوانین مربوط به معادن، حیوان گمشده، دفینه و شکار اختصاص دارد که حيازت آن‌ها با شرایط خاصی امکان پذیر است. درضمن، مواد ۱۴۸ تا ۱۶۱ این قانون با ماده اول قانون توزیع عادلانه آب منسوخ شده است^۲.

^۱ موحد، محمدعلی؛ ۱۳۸۴، در هوای حق و عالت (از حقوق طبیعی تا حقوق بشر)، چاپ سوم، تهران، انتشارات کارنامه، ص ۸۵

^۲ شهبازی، محمد حسین؛ ۱۳۸۲، مبانی جواز و قابلیت رجوع در اعمال حقوقی، پایان نامه دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آب های دریاها و آب های جاری در رودها و آنهار طبیعی و دره ها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیر زمینی و سیلاب ها و فاضلاب ها و زه آب ها و دریاچه ها و مرداب ها و برکه های طبیعی و چشمه سارها و آب های معدنی و منابع آب های زیر زمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آن بهره برداری می شود. مسئولیت حفظ و اجازه نظارت بر بهره برداری از آنها به دولت محول می شود.

ماده ۲ بستر آنهار طبیعی و کانال های عمومی و رودخانه ها اعم از اینکه دائم یا فصلی باشند و مسیل ها و بستر مرداب ها و برکه های طبیعی در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران است و همچنین است اراضی ساحلی و اراضی محدثه که در اثر پائین رفتن سطح آب دریاها و دریاچه ها و یا خشک شدن مرداب ها و باتلاق ها پدید آمده باشد در صورت عدم احیاء قبل از تصویب قانون نحوه احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی^۱. تبصره ۱ تعیین پهنای بستر و حریم آن در مورد هر رودخانه و نهر طبیعی و مسیل و مرداب و برکه طبیعی در هر محل با توجه به آمار هیدرولوژی رودخانه و آنهار و داغاب در بستر طبیعی آنها بدون رعایت اثر ساختمان تأسیسات آبی وزارت نیرو است.

تبصره ۲ حریم مخازن و تأسیسات آبی و همچنین کانال های عمومی آب رسانی و آبیاری و زهکشی اعم از سطحی و زیر زمینی به وسیله وزارت نیرو تعیین و پس از تصویب هیات وزیران قطعیت پیدا خواهد کرد.

۲- اهمیت و ضرورت تحقیق

با توجه به رشد فزاینده جمعیت بشری و گسترش صنعت و تکنولوژی از یک طرف و آلودگی های مفرط ناشی از همان رشد جمعیت و صنعت از طرف دیگر و گسترش فرهنگ بهداشت عمومی همه باعث می شود که به مقوله آب شیرین چه در عرصه بین المللی و چه در عرصه داخلی توجه ویژه ای مبذول گردد.^۲ نظریه ارتباط تنگاتنگ آب با بسیاری از حقوق اساسی بشر از جمله حق حیات، حق بر سلامتی و... که از حقوق اولیه و غیرقابل انکار بشری می باشد و با توجه به جایگاه این ماده در حقوق محیط زیست به عنوان یکی از مصادیق نسل سوم حقوق بشر مطالعه و بررسی این مسأله از دیدگاه حقوق بین الملل بشر برجسته می گردد.^۳

^۱ رمضانی قوام آبادی، محمد حسین؛ هاشمی، حسین؛ مبرقی، نغمه؛ ۱۳۹۱، قوانین و مقررات حفاظت از کیفیت منابع آب ایران مشتمل بر قوانین، مصوبات،

آیین نامه ها، بخشنامه ها و استعلامات حقوقی لغایت ۱۳۹۰، چاپ اول، تهران، انتشارات متالون، ص ۲۳

^۲ قاری سید فاطمی، محمد؛ ۱۳۸۶، حقوق بشر در جهان معاصر، در آمدی بر مباحث نظری، مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، چاپ نخست، تهران، انتشارات

شهر دانش، ص ۵۹

^۳ موحد، محمدعلی؛ ۱۳۸۴، در هوای حق و عالت (از حقوق طبیعی تا حقوق بشر)، چاپ سوم، تهران، انتشارات کارنامه، ص ۹۶

از طرف دیگر حق بر توسعه که خود از مصادیق نسل سوم حقوق بشر می باشد ارتباط تنگاتنگ با مسئله آب بطور عام و آب شیرین بطور خاص دارد؛ چرا که یکی از پایه های توسعه پایدار حفظ محیط زیست و دسترسی مطمئن به آب است لذا هر چند که در ابتدا به نظر می رسد مسأله آب یک مقوله زیست محیطی باشد اما عملاً در هر سه نسل بشر جایگاه ویژه ای دارد. چه آمارهای بسیار نگران کننده از عدم دسترسی مردم کشورهای در حال توسعه به آب آشامیدنی سالم و مرگ و میرهای ناشی از آن بیماری های حاصل از مصرف آب آلوده و عدم وجود امکانات اقتصادی و تکنولوژی در کشورهای توسعه نیافته به منظور تأمین آب شرب مناسب به خوبی بیانگر این موضوع می باشد. وجود چندین کشور در حال توسعه دارای منابع با آب فراوان اما با کیفیت نازل و در نتیجه وجود مشکل آب آشامیدنی در این کشورها به خوبی رابطه توسعه و حق بر آب را نشان می دهد. لذا با توجه به توضیحات فوق از یک طرف و نقش بسیار خطرناکی را که آلودگی آب های شیرین در تخریب خاک، محیط زیست رودخانه ها و دریاچه ها می تواند ایفا نماید از طرف دیگر اهمیت مطالعات گسترده در این عرصه را نشان می دهد. آن چه تاکنون بیان شد نشانگر این است که آب شیرین یک مقوله چند بعدی از منظر حقوق بشر می باشد!

در مجموع باید گفت آب یک منبع محدود طبیعی و منفعت عمومی اساسی برای حیات و سلامتی است. حق انسانی بر آب برای جریان یک زندگی با احترام به کرامت انسانی لازم و ضروری است. این در واقع پیش شرط تحقق دیگر حقوق انسانی است. همان گونه که در ادامه خواهیم دید، ما همواره با انکار حق بر آب به طور گسترده در کشورهای در حال توسعه و همچنین توسعه یافته رو به رو هستیم. بیش از یک میلیارد نفر فاقد دسترسی به عرضه اساسی آب هستند، در حالی که چندین میلیارد نفر دسترسی به بهداشت کافی ندارند که خود سبب اصلی آلودگی آب و بیماری های مرتبط با آب است. آلودگی مستمر آب، کاهش منابع و توزیع نابرابر آب فقر موجود را تشدید می کند. کشورهای طرف باید اقدامات کارآمدی را به منظور تحقق حق دسترسی بر آب، به نحوی که در این نظریه تفسیری بیان شده، بدون تبعیض، اتخاذ نمایند.

آب از ضروریات اساسی در زندگی است؛ نه تنها برای محیط زیست و سیستم های حمایت کننده زندگی آن ضرورت دارد، بلکه دسترسی به آب شیرین اثر زیادی بر موجودیت و کرامت ذاتی انسان می گذارد. در بسیاری از موارد آب جایگزینی ندارد و همین ویژگی، آب را از دیگر منابع طبیعی نظیر نفت متمایز می سازد.

¹ شهرجردی، سیدحسن؛ مارانی، محمدرضا؛ خمسه، سعید؛ بشیری، عباس؛ حیدری، عباس؛ ۱۳۹۲، مجموعه توصیفی و تفسیری قوانین، مقررات و رویه قضایی آب و منابع آبی (آبرسانی، آبیاری، مخازن و تاسیسات آبی طرح های حفاظت و بهره برداری آب، ...)، چاپ اول، تهران انتشارات جنگل، ص ۹،

مطلوب آن است که آب به لحاظ کمی و کیفی در دسترس باشد تا همه مردم و نیز کل کره زمین آن را در اختیار داشته باشند^۱.

بر طبق گزارش توسعه آب جهان ۱/۱ میلیارد نفر از دسترسی به آب آشامیدنی پاکیزه و مناسب و ۲/۴ میلیارد نفر از دسترسی به بهداشت مناسب محروم هستند. افزون بر آن حدود نیمی از رودخانه ها و دریاچه های سیاره ما به طور نگران کننده ای آلوده هستند. مناطق مرطوب زمین در حال ناپدید شدن است و سفره های آب زیرزمینی مهم در معرض بهره برداری بیش از حد مجاز قرار دارند.

در روند تحولات قانونی تا به امروز، به تدریج دخالت و اختیارات دولت در اعمال نظارت و حاکمیت بر منابع آب زیرزمینی ابعاد گسترده تری به خود گرفت، اما هیچ یک از این تمهیدات تا به امروز نتوانستند به طور جدی مانع از روند افزایشی اضافه برداشت آب زیرزمینی و کاهش آن حتی در دشت های ممنوعه شوند. روند اجتماعی دیگری که پس از انقلاب اسلامی به اتکا نگرش دولتی سبب تشدید تخریب منابع آب زیرزمینی کشور شده است، سیاست دست اندازی مداوم به این منابع و بازتوزیع آن بین افراد جدید با هدف جلب رضایت بخش هایی از جامعه است. با وقوع انقلاب و پس از آن هر چند سال یک بار، بخش های مختلف حکومت با نیت یا با شعار تقسیم این ثروت بین اقشار مستضعف، عملاً اقدام به صدور مجوزهای برداشت جدید از منابع آبی محدود، مشترک و رو به اضمحلال کرده اند. باز توزیع این ذخایر محدود بین قانون شکنان متأخر، متأسفانه قبح تجاوز به منابع آب زیرزمینی را شکسته است. مسائل مربوط به حاکمیت بر محیط زیست و منابع طبیعی در سالهای اخیر از اهمیت روزافزونی برخوردار شده است. با توجه به اینکه در حوزه منابع آب با مشکلات و چالش های جدی مواجه هستیم که بخشی از این چالش ها مربوط به مدیریت و متولیان امر می باشد که از موضوع ما خارج است اما بخشی از این دغدغه ها مربوط به رفتارهای مصرف کنندگان و بهره برداران از آب می شود که این رفتارها بخشی در دایره رفتارهای مجرمانه قرار می گیرد و بخشی دیگر در دایره رفتارهای غیرمجرمانه که تأثیرات زیادی بر تلفات و هدر روی آب دارد به عبارت دیگر در حوزه منابع آب ما شاهد ارتکاب پدیده مجرمانه توسط بهره برداران مجاز و غیرمجاز از منابع آب هستیم.

۳- جنبه نوآوری تحقیق

از مهمترین مضامینی که در شریعت و حقوق اسلامی به آن تاکید فراوان شده است، حفاظت و صیانت از حریم شخصی و پذیرش مالکیت های خصوصی افراد بر دارایی ها بوده است. مالکیت خصوصی، مقصود رابطه ای است اختصاصی بین فرد انسان با مال که منع دیگران را از انتفاع موجب می شود، یا به شکلی است

^۱ قاری سید فاطمی، محمد؛ ۱۳۸۶، حقوق بشر در جهان معاصر، در آمدی بر مباحث نظری، مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، چاپ نخست، تهران، انتشارات شهر دانش، ص ۶۴