

بررسی مالکیت آب بندگان در حقوق ایران^۱

عباسعلی پورالشریعه*

دکتر مرتضی شهبازی نیا**

دکتر مهشیدالسادات طبایی***

علمی - پژوهشی

چکیده:

مالکیت آب بندگان یکی از موضوعات مهم حقوق آب کشور است که در قوانین موضوعه دارای حکم روشنی نیست. از آن جایی که این تأسیس آبی کهن به تعداد چشمگیر اما پراکنده در موقعیت‌های مکانی مختلف قرار دارد از اینرو اشخاص متعددی مدعی مالکیت آن می‌باشند. تبیین مالکیت آب بندگان یکی از دغدغه‌های مهم ذینفعان، قضات، وکلا و مدیران است و بررسی ادعای مالکیت اشخاص بر مبنای سوابق تقنینی و ارائه پاسخ حقوقی مستدل، مستند و کارآ، از جمله نیازهای جامعه حقوقی و دست‌انداران بوده لذا در این مقاله کوشش شد تا به این مهم پرداخته و پاسخی مستدل و کاربردی ارائه گردد بنابراین با تجزیه و تحلیل مبانی استدلالی و استنادی اشخاص مدعی مالکیت و همچنین بررسی سابقه تقنینی و ملاحظاتی تبادل ذهنی آب با اداره آبیاری و قاعده ظرف و مظروف و این که عمل به وظایف قانونی مربوط به مظروف (آب) بدون تصور حق اعمال مدیریت بر عرصه آب بندگان به عنوان ظرف مقدور نیست و این که آب بندگان جزء آن دسته از اموالی هستند که مورد استفاده عموم اند، مستنبط از موازین فقهی و ماده ۲۵ قانون مدنی و همچنین ملاحظه آخرین اراده مقنن در بند ج ماده ۱۴۲ قانون برنامه چهارم توسعه و این که قانوناً وزارت نیرو متولی آب کشور است، نتیجه‌گیری نموده ایم مادامی که آب بندگان با عنوان ذخیره گاه مهم آب در کشور مورد استفاده عموم قرار دارند تولید آن با رعایت حقوق مکتسبه‌ی اشخاص به عهده وزارت نیروست. واژگان کلیدی: آب بندگان، قانون آب، مالکیت، وزارت نیرو، شرکت آب منطقه‌ای

^۱ تاریخ ارسال: (۱۴۰۰/۱۰/۰۷) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۰۷/۱۱)

* گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، aapouralsharieh@gmail.com

** گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)، shahbazinia@modares.ac.ir

*** گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، dr_tabaei@yahoo.com

۱- مقدمه:

آب بندان تأسیس آبی سنتی است که از قدیم الایام به عنوان ذخیره گاه آب از سوی گروه‌های استفاده کننده آب مورد بهره برداری قرار داشته و امروزه نیز همپای تأسیسات آبی مدرن نقش و کارکرد قابل ملاحظه ای در ذخیره سازی آب دارد که به همین جهت نام خواهرخوانده قنات را برای آب بندان پذیرفته ایم مضافاً این که با توجه به شرایط اقلیمی، اجتماعی، اقتصادی و موقعیت جغرافیایی استفاده های دیگر نظیر پرورش ماهی، فعالیت های گردشگری، تفریحی، توریستی، تقویت سفره های آب زیرزمینی، کارکرد زیست محیطی و مطمح نظر ذی نفعان و دست اندرکاران بوده و موجبات اقبال روزافزون اشخاص را به این مخزن آبی مهم فراهم ساخت. مالکیت این تأسیس آبی کهن به دلیل فقدان حکم قانونی صریح و شفاف محل اختلاف بوده بنحوی که اشخاص اعم از حقوقی و حقیقی با توجه به موقعیت جغرافیایی و مکانی، نوع کارکرد و منشاء پیدایش مدعی مالکیت آن بوده و از سویی متولیان امور آب نیز حسب وظایفی که قانونگذار به عهده آنان محول نمود خود را ذی سمت و متولی اداره آن می دانند. بعضاً دامنه ی این اختلافات به حدی گسترش می یابد که علاوه بر دینفعان و بهره برداران، سایر مقامات اداری، قضایی و دست اندرکاران را نیز دربرگرفته و به عنوان یکی از دغدغه های سیاسی، اجتماعی، حقوقی و حتی بعضاً امنیتی بروز و ظهور می یابد. از آن جایی که مالکیت این تأسیس آبی کهن نیازمند بررسی و تجزیه و تحلیل بوده و مبتلا به کسانی است که در عمل به عنوان قاضی، وکیل و یا مدیر با این موضوع سروکار دارند به تدوین این مقاله اهتمام و به موجب آن کوشش شده است تا در وضعیت موجود و تا تعیین تکلیف مالکیت آب بندان از سوی قانونگذار اقلأً حکم تولیت آب بندان و متولی آن روشن گردد و گامی هرچند کوتاه برای حل این مشکل برداشته شود.

۲- تاریخچه مالکیت آب

نظام حقوقی ایران- به طور کلی- و نظام حقوق آب ایران به عنوان شاخه ای از شاخه های علم حقوق- به طور خاص- از بُعد تقنینی قدمتی یکصد و دوازده ساله دارد- از سال ۱۲۸۵ تا زمان تدوین این رساله ۱۳۹۷- اما از بُعد نظری، با ملحوظ نظر قرار دادن این که ایران کشوری است کهن، متمدن و دارای تجارب بهره برداری از آب که پس از پذیرش اسلام، آموزه های دینی (آیات و روایات) در تکامل آن نقشی آشکار و تأثیرگذار داشته و این که مبانی دینی در ارتباط با شاخه های

مختلف علم حقوق به ویژه حقوق آب مبنای عمل ذی نفعان بوده است، می توان تاریخچه ای چند هزارساله را در بررسی و تحلیل نظام حاکم بر حقوق آب ایران مدنظر قرار داد. توجهاً به مراتب مرقوم و عنایتاً به این که پیدایش حقوق آب در کشور ریشه در قوانین مخصوصه ی بخش آب دارد از این رو تبیین پیشینه ی حقوق آب ایران مستلزم بررسی قوانین راجع به آب، مجاری و مخازن آبی از دوره اول قانونگذاری (۱۲۸۵) تاکنون است. بررسی قوانین موضوعه بخش آب و سیر تحول و تطور آن نشانگر سه دوره مهم تاریخی به شرح ذیل است:

۱-۲- دوره مالکیت خصوصی آب (از ابتدای قانونگذاری (۱۲۸۵) تا سال ۱۳۴۷)

۲-۲- دوره مالکیت عمومی و ملی آب (از زمان تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷ تا سال ۱۳۶۱)

۳-۲- دوره حکمرانی آب (از تاریخ تصویب قانون توزیع عادلانه آب در سال ۱۳۶۱ تا کنون)
از آنجایی که نظام تقنینی کشور عموماً و حقوق آب خصوصاً متأثر از منابع حقوق اسلامی است بنابراین قبل از بررسی تاریخچه ی حقوق آب از منظر قوانین موضوعه به بررسی پیشینه ی حقوق آب از نگاه فقه میپردازیم:

۳- پیشینه حقوق آب از منظر فقه شیعه

فقه امامیه که با بهره گیری از چهار منبع کتاب، سنت، اجماع و عقل احکام الهی را استخراج و بیان می دارد در خصوص مقوله آب نیز بنحو پویا و فعال عمل نموده و با استناد به آیات قران کریم، سنت نبوی و سیره علوی احکام مربوط به خرید و فروش آب و مجاری آبی، قابلیت یا عدم قابلیت تملک خصوصی آب، نحوه بهره برداری از رودخانه ها، انهار و آب های جاری در آن و احکام مربوط به آبهای زیرزمینی و آب دریاها و همچنین چگونگی بهره برداری از آبهای سطحی خاصه در مواقعی که آب موجود کفایت نیاز ذی نفعان را نمی نماید و یا این که در اولویت بندی آن اختلاف حاصل می گردد بیان نموده است که این احکام تا قبل از تصویب اولین قانون نسبتاً جامع آب در سال ۱۳۴۷ از سوی استفاده کنندگان از منابع و مجاری آبی کشور مراعات می گردید و رفته رفته با تشکیل قوه مقننه و تصویب قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ این آراء و عقاید به شکل قانونی درآمد، از اینرو مقررات قانون مدنی راجع به آب را می توان نقطه عطف پیدایش حقوق آب به شمار آورد. آب کالایی است دارای ارزش اقتصادی و با قابلیت دادوستد، فلذا مال محسوب و در دسته اموال قرار می گیرد، این که

آب به عنوان مال جزء انفال است یا مشترکات عمومی، در بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از فقهاء دریاها و دریاچه ها و اساساً آبها را جزء مشترکات می دانند و عقیده بر تعلق آن به عموم افراد جامعه دارند. شیخ طوسی از جمله فقهایی است که دریاها و رودخانه ها و دریاچه ها را از مشترکات می داند و حتی مدعی اجماع فقهاء در این خصوص می باشد (ذوالفقاری، ۱۳۹۰، ۲۶). عده معدودی از فقهای متقدم منجمله شیخ مفید دریاها را از مصادیق انفال شناسایی کرده اند (بشیری و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۰۶). از آنجایی که مشهور فقهاء، انفال را در زمان غیبت از مباحات می دانند که تصرف در آن با احیاء حیازت صحیح است (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰ هـ، ق، ۸۵: ۲) و این که اصل چهل و پنجم قانون اساسی ایران نیز در تأسی از نظر مشهور فقهاء، دریاها، دریاچه ها، رودخانه ها و سایر آبهای عمومی را جزء انفال و ثروت های عمومی اعلام نمود و این که بنا برروایت منقول از حضرت ختمی مرتبت (ص) که فرموده است: « همه مردم در سه چیز شریکند؛ ۱- آب، ۲- آتش (مواد سوختنی) ۳- گیاه (مراعات)، الناس شرکاء فی ثلاث، الماء وانار و الکلا» (میرزایی، ۱۳۹۳، ۱۹۱۹: ۲) می توان گفت در حکم بهره برداری از آب در زمان غیبت، خواه آب را جزء انفال بدانیم و خواه مشترکات عمومی، تفاوتی نباشد اما از باب تملک آب باید گفت چنانچه قایل به این باشیم که آب جزء انفال است در این صورت مالکی جز خدا و رسول خدا و امام معصوم برای آن نمی توان شناخت. اما اگر آب را جزء مشترکات بدانیم، فرض مالکیت خصوصی برای آن به عنوان یک کالا قابل تصور است. وجه مشترکی که برغم اختلاف نظر مارالذکر در اقوال فقهاء مشاهده می شود این است که در عصر غیبت امام معصوم (ع) آب های عمومی نظیر آب فراهم آمده از برف و باران و آب دریاها و رودخانه ها و چشمه ها و در یک عبارت آبهای سطحی جاری و یا ذخیره شده در روی زمین که مالک خاصی نداشته باشند میان همه مردم مشترکند و حیازت کننده مالک آن می شود، براین اساس است که قانون مدنی ایران در پیروی از نظر فقهاء، آبهای عمومی را از اموال مباحه و قابل تملک اشخاص از طریق حیازت اعلام نمود- ماده ۱۴۹ و ۱۵۸ و ۱۵۹ و ۱۶۰ قانون مدنی- از آن جایی که تحقیق حاضر راجع به مالکیت مجاری و مخازن آبی است نه آب، در بیان اقوال فقهای راجع به آب به همین مقدار بسنده نموده در ادامه بحث به بررسی مالکیت مجاری و مخازن آبی در اقوال فقهاء می پردازیم.

۴_ اقوال فقهاء در مالکیت مجاری و مخازن آبی

در یک نگاه کلی می توان اراضی و املاک موجود در سطح کشور را به پنج دسته تقسیم نمود:

- ۱-۴- کوهها، جنگلها، مراتع، بیشه‌های طبیعی و معادن
- ۲-۴- بستر دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها، مسیله‌ها، دره‌ها، انهار، مردابها، برکه‌ها، تالابها، نیزارها و هر مخزن طبیعی یا احداثی ذخیره آب که مورد استفاده عموم است.
- ۳-۴- مباحات اعم از اراضی موات و مستحدثات ساحلی
- ۴-۴- اموال مجهول المالک و بلاوارث و اموالی که مالک خاص نداشته و مورد استفاده عموم اند.
- ۵-۴- سایر اراضی و املاک متعلق به اشخاص اعم از اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی عمومی و اشخاص حقوقی خصوصی.

با توجه به تعریفی که از انفال ارائه شد^۱ و عنایتاً به اصل چهل و پنجم قانون اساسی که برگرفته از عقاید فقهایست تمامی اراضی، املاک و اموال ارائه شده در تقسیم مذکور - بجز اراضی و املاک بند ۵ جزء انفال و ثروتهای عمومی بوده و نمی‌تواند به تملک اشخاص درآید. براین اساس بستر مجاری آبی که دارای مالک خاص نباشد و همچنین بستر مخازن آبی که دارای مالک خاص نبوده و یا مورد استفاده عموم قرار دارد نمی‌تواند برخلاف مصالح عامه مورد استفاده قرار گیرد کما اینکه قانونگذار نیز به تأسی از فقهای امامیه در ماده ۲۵ قانون مدنی بر آن صحنه نهاد. اما با توجه به این که مباحات به طریق حیات از امکان تملک و یا استفاده اختصاصی برخوردارند و این که طبق نظر مشهور فقهاء این امکان برای اراضی مباحه در عصر غیبت فراهم می‌باشد از اینرو قانونگذار با پیروی از نظر مشهور، احیاء اراضی مباحه که ملک اشخاص نمی‌باشد را در ماده ۳۷ قانون مدنی موضوع حکم قرار داد.

^۱ انفال در لغت جمع نفل، به معنای غنیمت‌ها، بخشش‌ها و بهره‌ها ذکر شده است. انفال در اصطلاح فقهای امامیه اموالی است که به پیامبر و پس از او به جانشینان ایشان اختصاص دارد و آنان این اموال را به هر نحو که مصلحت بدانند لیه مصرف می‌رسانند و انفال قابل تملک توسط اشخاص نبوده و مالکیتی بر آنها نیست و مصادیق آن را زمین‌های موافق قله‌ها، جنگل‌ها، دریاها، معادن و ... نام بردند. شیخ کلینی، شیخ مفید و ابوالصلاح از جمله فقهای هستند که دریاها را از انفال می‌دانند (ذوالفقاری، ۱۳۹۰، ۲۶)

^۲ ماده ۲۵ قانون مدنی: هیچکس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پل‌ها و کاروانسراها و آب‌انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدان‌های عمومی تملک کند و همچنین است قنوت و چاهائی که مورد استفاده عموم است.

^۳ ماده ۲۷ قانون مدنی: اموالی که ملک اشخاص نمی‌باشد و افراد مردم می‌توانند آنها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه به هر یک از اقسام مختلفه آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند مباحات نامیده می‌شود مثل اراضی موات یعنی زمینهای که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد.

نتیجه این که از منظر فقه شیعه در عصر غیبت آب به عنوان مظلوف و مجاری و مخازن آبی به عنوان ظرف از قابلیت احیاء و تملک خصوصی برخوردار می باشد لیکن بر قولی که به انفال بودن آب و بستر دریاها، رودخانه ها، انهار طبیعی و قایل می باشد نقدی وارد است که پذیرش این قول را بنا به جهات ذیل متعذر و متعسر می نمایاند:

جهت اول: برابر نص صریح قران کریم^۱ انفال برای خداوند و رسول گرامی و در غیاب حضرت رسول برای ائمه معصومین - در فقه امامیه - بوده که در این تردیدی نیست، اما در خصوص این که مفهوم انفال چیست و مصادیق آن کدامند قول واحدی وجود ندارد و این امر مستلزم آن است تا راسخون فی العلم^۲ تأویل آیه انفال را بیان دارند و یا از اهل ذکر^۳ مفهوم انفال و مصادیق آن پرسیده شود که به نظر می رسد در شرایط کنونی امکان آن جز برای خواص فراهم نباشد که آن نیز دور از دسترس ما است.

جهت دوم: بخوبی می دانیم که آب مایه حیات همه موجودات اعم از انسانها، دواب و نباتات است «و جعلنا من الماء کُلَّ شَیْءٍ حَیٍّ»^۴ و چنانچه آب را در مالکیت خداوند و رسول گرامی اش و ائمه هدی بدانیم به نحوی که استفاده از آب بدون اذن و اجازه معصومین جایز نباشد و یا این که امکان تملک آن را منتفی بدانیم در این صورت پذیرش عقلی آن بنا به جهات عدیده مقدور نخواهد بود خصوصاً این که در فقه امامیه علاوه بر قایل بودن به قاعده ملازمه عقل و شرع که بر اساس آن هرچه را عقل حکم کند شرع نیز حکم می کند و به هرچه شرع فرمان دهد عقل نیز فرمان می دهد به مستقلات عقلیه نیز قایلند که بر اساس آن، قاعده عقلی اصالتاً و بدون تبعیت از مقررات شرعی بدست می آید. منظور از «مستقلات عقلی» اموری است که عقل انسان، مستقل و جدای از احکام شرعی، بر آن حکم می کند و چندان بدیهی است که جای هیچ تردیدی در درستی آن باقی نمی ماند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۲).

جهت سوم: این که مقتضای آیه انفال آن است که حکومت واحد جهانی با ظهور حضرت حجت بن

^۱ سوره انفال آیه ۱

^۲ سوره آل عمران آیه ۷

^۳ سوره انبیاء آیه ۷

^۴ سوره انبیاء آیه ۳۰

الحسن (عج) تشکیل گردد و این که در شرایط کنونی این سعادت حاصل نیست و این که آیه انفال اختصاص به عالم خلق دارد و در جهان کنونی که هر کشور در محدوده جغرافیایی خود و قطع نظر از این که کشوری اسلامی باشد یا غیر اسلامی، تمامی مصادیق انفال که در اقوال مختلف آمده است را در اختیار داشته و از آن بهره برداری می نمایند و این که کشور ما نیز از این قاعده مستثنی نیست الاً این که دارای حکومت اسلامی به نیابت از امام معصوم است، ناگزیریم تا زمان ظهور و تشکیل حکومت جهانی حضرت صاحب، مرزبندی ها و نظم کنونی را پذیرا شده و برابر مصالح عامه به بهره برداری از انفال - بر فرض این که آب و مجاری آبی را از انفال بدانیم - بپردازیم و با حاکمیت فرامین عقل - تبعیت از قاعده مستقلات عقلی - مقرراتی را وضع نماییم که ضمن برخورداری از این نعمت بی بدیل الهی، برابر مصالح عامه از آن بهره برداری شود کما این که اصل ۵۶ قانون اساسی نیز در مورد مشابه چنین حکمی دارد آنجا که اصل حاکمیت مطلق بر جهان و انسان را از آن خداوند دانسته و مقرر می دارد هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است و هیچ کس نمی تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروه خاص قرار دهد. بنابراین در فرضی که آب و مجاری آن را جزء انفال و از آن خداوند متان و رسول گرامی و ائمه معصومین بدانیم در این صورت برابر آیات متعدد قرآن کریم از جمله آیاتی که می فرماید «و اوست آن که دریا را مسخر شما ساخت تا از آن گوشت تازه بخورید و زیوری را که می پوشید از آن استخراج کنید، و در آن کشتی ها را می بینی که آب را می شکافند و برای این که از کرم خدا روزی بطلبید و به این امید که شکرگزار باشید»^۱ و یا «خداست که آسمان ها و زمین را آفرید و از آسمان آبی را فرو فرستاد و به وسیله ی آن از میوه ها برای شما روزی بیرون آورد و کشتی را مسخر شما کرد تا به فرمان او در دریا حرکت کند و نهر ها را مسخر شما ساخت»^۲ و یا «آنچه در آسمان ها و آنچه در زمین است مسخر شما کرد که همه از اوست قطعاً در این برای مردمی که می اندیشند نشانه هاست»^۳ و همچنین حدیث نبوی که می فرماید: «همه مردم در آب، آتش و گیاه شریکند»، دریافت می گردد که این حق استفاده و بهره برداری از آب برای همگان تجویز گردید فلذا نمی توان این حق را از بشر سلب کرد بلکه می توان

^۱ سوره نحل آیه ۱۴

^۲ سوره ابراهیم آیه ۳۲

^۳ سوره جاثیه آیه ۱۳

برای بهره برداری بهینه و مصرف معقول آن قواعدی وضع نمود که مبتنی بر رعایت مصلحت عمومی باشد و از مفسده اسراف و بهره برداری غیر اصولی جلوگیری نماید «کلوا واشربوا و لاتسرفوا»^۱. با این توضیح قولی که آب و مجاری و مخازن آبی طبیعی و فاقد مالک خاص یا مورد استفاده عموم یا بلاوارث و یا مجهول المالک را جزء انفال می داند از قابلیت پذیرش عقلی برخوردار نبوده به ویژه در عصر غیبت که مشکلات عدیده ای را بوجود خواهد آورد. اما قولی که آب و مجاری و مخازن آبی موصوف را جزء مشترکات عمومی تلقی می نماید را می توان با قید مراعات مصالح عمومی پذیرفت.

۵- تعریف آب بندان:

آب بندان واژه ای است مرکب از دو جزء «آب» و «بند آن» که عنایتاً به نقش و کارکردش در قالب سازه ای که جلوی آب را بند نموده و ذخیره گاهی برای آب بوجود می آورد با عنوانش منطبق بوده و اسم با مسمایی است که نفس این نام گذاری خود حکایت از دقت نظر ابداع کنندگان این مخازن ارزشمند که در نوع خود بی نظیر است داشته و جا دارد که از آن به عنوان خواهرخوانده قنات نام برد و نسبت به ثبت آن به عنوان یک اثر و میراث ملی البته با حفظ حقوق بهره برداران و صاحبان حق به قید فوریت اقدام نمود. آب بندان یک تأسیس آبی سنتی کهن است که به صورت طبیعی یا احداثی در سطوح متفاوت با ورودی و خروجی معین مورد استفاده عموم قرار دارد. این سازه آبی در مناطقی از کشور به ویژه در استان های شمالی با کارکردهایی نظیر تأمین آب زراعی اراضی تحت پوشش، آبیاری پروری، گردشگری، تفریحی، زیست محیطی و تقویت سفره های آب زیرزمینی مورد استفاده ذی نفعان است. با کمال تأسف باید گفت از این تأسیس کهن آبی برغم اهمیت ویژه ای که دارد تا کنون از سوی قانونگذار تعریفی ارائه نگردیده است. آب بندان ها نقش بسیار مهمی را در کشاورزی مناطق شمالی کشور ایفا می کنند آن چنان که نقش آب بندان ها در استان های شمالی کشور را مشابه نقش قنات در استان های مرکزی و کویری و گرم و خشک کشوری دانند (آزموده و دیگران، ۱۳۸۷). آب بندان در استان گیلان سل و در استان مازندران اندون و در استان گلستان به بند سار معروف است (علی باقری، ۱۳۸۷).

^۱ سوره اعراف آیه ۳۱

۶- بررسی سابقه ی تقنینی آب بندان:

اولین گام قانونگذار در شناسایی این مخزن آبی با نام آب بندان در سال ۱۳۵۴ و در بند ج ماده یک قانون اراضی مستحدث و ساحلی برداشته شد این بند در تعریف تالاب آورده است: «تالاب، اعم است از مرداب، باتلاق یا آب بندان طبیعی که سطح آن درحداکثر از ارتفاع آب از پنج هکتار کمتر نباشد.» (وزارت نیرو، ۱۳۷۳، ۱:۷۰) و آخرین گام قانونگذار در شناسایی آب بندان نیز در سال ۱۳۸۹ و در بند ج ماده ۱۴۲ قانون برنامه پنج ساله پنجم برداشته شد در این بند مقرر شد: «به منظور جمع آوری آبهای سطحی و هرزآبهای پراکنده و نیز استفاده و جمع آوری نزولات آسمانی در فصلهای غیر زراعی برای بهبود کشاورزی، وزارت نیرو موظف است در دو سال اول برنامه نسبت به احیاء آب بندانهای شناخته شده اقدام و در صورت نیاز آب بندانهای جدید احداث نماید.» (روزنامه رسمی کشور، ۱۳۹۰، ۱:۶۱۰). به جز دو مورد یاد شده نامی از آب بندان در هیچ یک از قوانین موضوعه به چشم نمی خورد.

۷- مالکیت آب بندان در قوانین مخصوصه آب:

آب بندان تنها واژه ای است که برغم شناسایی آن از سوی قانونگذار متأسفانه نه در قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ (قانون قبلی) و نه در قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ (قانون فعلی) که به عنوان قوانین مخصوصه و نسبتاً جامع قبلی و فعلی بخش صنعت آب کشور نامی از آن برده نشد، این در حالی است که این مخزن آبی در بسیاری از نقاط کشور و با نامهای مختلف وجود داشته و از قدیم الایام به عنوان ذخیره گاه آب برای مصارف بخش کشاورزی در حال بهره برداری است و امروزه نیز علاوه بر نقش و اهمیتش در تأمین و ذخیره سازی آب کشاورزی، کارکردهای دیگری نظیر پرورش آبزیان، تفریحی، گردشگری، تولید خاک حاصل از ترسیب گل و لای، زیست محیطی و تقویت سفره های آب زیرمینی نیز دارد که هر کدام از این کارکردها در جای خود حائز اهمیت فوق العاده ای است، این مخازن در استانهای شمالی از فراوانی بیشتری نسبت به سایر نقاط کشور برخوردار بوده و در استان مازندران تحت عنوان آب بندان شهرت دارند که به نظر می رسد این شهرت در شناسایی آن از سوی مقنن بی تأثیر نبوده باشد. یکی از نکاتی که بررسی آن ضروری تشخیص می گردد این است که معلوم شود چرا با توجه به شناسایی آب بندان از سوی قانونگذار، نامی از این مخزن مهم در دو قانون مخصوصه ی آب قبلی و فعلی به میان نیامد، کشف این موضوع ایجاب می نماید تا موادی از دو قانون مذکور را که به مخازن آبی اختصاص دارد بررسی و مرور

نماییم: در ماده یک^۱ قانون آب و نحوه ملی شدن آن که اختصاص به بیان مالکیت عمومی و ملی آب دارد مقنن از دریاچه ها، مرداب ها و برکه های طبیعی به عنوان مخازن آبی نام می برد و در قسمت اخیر ماده ۲ قانون مذکور که مربوط به بستر مجاری و مخازن آبی است نیز به «دریاچه ها اعم از طبیعی و یا مخزنی»^۲ اشاره می نماید که از جمع دو ماده مذکور می توان گفت مخازن آبی شناسایی شده در قانون قبلی منحصر است به دریاچه های طبیعی، مرداب ها، برکه های طبیعی و دریاچه های مخزنی. آنچه پیداست این است که در این قانون از آب بندان به عنوان مخزن آبی، نامی به میان نیامد. شاید گفته شود که آب بندان مخزن آبی شناخته شده ای نبوده و به همین جهت در قانون قبلی نیز از آن نامی برده نشد در پاسخ باید گفت این قول پذیرفتنی نیست زیرا در بند ج ماده یک قانون اراضی مستحدث و ساحلی مصوب ۳۵۴/۴/۲۹^۳ که از حیث تاریخی مقدم بر قانون آب و نحوه ملی شدن آن (مصوب ۱۳۴۷) می باشد قانونگذار در تعریف تالاب از آب بندان طبیعی، در کنار مرداب و باتلاق نام برده است بنابراین آب بندان ولو با قید «طبیعی» نوعی تالاب تعریف و از سوی مقنن مورد شناسایی قرار گرفت فلذا عدم ذکر آن در قانون آب و نحوه ملی شدن آن باید علت دیگری داشته باشد. شاید گفته شود که آب بندان همان مرداب یا باتلاق است که در قانون قبلی آمده است و به همین جهت قانونگذار به ذکر نام مرداب و باتلاق بسنده نموده و از آب بندان نامی نبرد، این سخن نیز بدلیل این که آب بندان طبیعی در کنار مرداب و باتلاق از مصادیق «تالاب» در بند ج ماده یک قانون اراضی مستحدث و ساحلی تعریف گردید و این که نامی از تالاب در قانون آب و نحوه ملی شدن آن به میان نیامد قابل پذیرش نیست البته اگر در قانون آب قبلی قانونگذار از تالاب نام می برد

^۱ ماده ۱- کلیه آبهای جاری در رودخانه ها و انهار طبیعی و دره ها و جویبارها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و همچنین سیلابها و فاضلابها و زه آبها و دریاچه ها و مردابها و برکه های طبیعی و چشمه سارها و آبهای معدنی و منابع آبهای زیرزمینی ثروت ملی محسوب و متعلق به عموم است و مسئولیت حفظ و بهره برداری از این ثروت ملی و احداث و اداره تأسیسات توسعه منابع آب به وزارت آب و برق محول می شود. (وزارت نیرو، ۱۳۷۳، ۱:۹۱)

^۲ ماده ۲- بستر انهار طبیعی و رودخانه ها اعم از این که آب دائم یا فصلی داشته باشند متعلق به دولت است و پهنای آن تا حدی است که مسیر رودخانه یا نهر را در حداکثر طغیان معمولی نشان دهد و همچنین است ساحل دریاها و دریاچه ها طبق قانون اراضی ساحلی مصوب ۱۳۴۶/۵/۲۵ ایجاد هرنوع اعیانی در بستر انهار و رودخانه ها و در سواحل دریاها و دریاچه ها اعم از طبیعی و یا مخزنی با توجه به حریم قانونی ممنوع است مگر با اجازه وزارت آب و برق. (همان، ۱۳۷۳، ۱:۹۱)

^۳ بند ج ماده ۱- تالاب، اعم است از مرداب، باتلاق یا آب بندان طبیعی که سطح آن در حداکثر ارتفاع آب از پنج هکتار کمتر نباشد. (همان، ۱۳۷۳، ۱:۱۷۰)

امکان پذیرش قول مزبور فراهم می‌شد چرا که در این فرض با استناد به تعریف تالاب دست کم آب بندان طبیعی قابلیت اثبات داشت همان گونه که از عناوین قانونی مرداب و باتلاق، تالاب امکان اثبات دارد، اما عکس آن صادق نیست یعنی نمی‌توان با ذکر نام مرداب و باتلاق در قانون قبلی، آب بندان را اثبات و یا آب بندان را نوعی مرداب یا باتلاق به حساب آورد زیرا آب بندان در بند ج قانون اراضی مستحدث و ساحلی در کنار مرداب و باتلاق قرار دارد نه از مصادیق آن، درست عکس تالاب که مرداب و باتلاق و حتی آب بندان طبیعی از مصادیق تالابند نه در کنار آن. «دریاچه» اعم از طبیعی و مخزنی، نوعی دیگر از مخازن آبی است که از سوی قانونگذار در قانون آب قبلی مورد شناسایی قرار گرفت این که آیا آب بندان را می‌توان نوعی دریاچه اعم از طبیعی یا مخزنی دانست موضوعی است قابل تأمل. با توجه به تعریفی که از دریاچه ارائه شد و با لحاظ این که دریاچه‌ها چه به صورت طبیعی و چه به صورت مخزنی (احدائی) وجود خارجی داشته و مورد بهره‌برداری قرار دارند می‌توان گفت که آب بندان‌ها خواه به صورت طبیعی که به لحاظ کمی بسیار اندکند و خواه به صورت احدائی که غالب موارد را شامل می‌شوند نوعی دریاچه اند ولی هر دریاچه‌ای آب بندان نیست بدینسان نمی‌توان آب بندان را از مصادیق دریاچه به شمار آورد ولو اینکه تعریف دریاچه بر آب ذخیره شده پشت آب بندانها نیز قابل تسری باشد. بنوعی هذا از بررسی و مرور موادی از قانون آب قبلی که مخازن آبی را احصاء نمود این نتیجه حاصل می‌شود که آب بندان بر هیچکدام از مخازن آبی موصوف قابل انطباق نمی‌باشد و پاسخ این که چرا قانونگذار برغم شناسایی در قانون اراضی مستحدث و ساحلی نامی از این مخازن مهم در قانون آب و نحوه ملی شدن آن به میان نیاورد را باید به حساب غفلت قانونگذار منظور نمود. متأسفانه با بررسی مادتين ۱ و ۲ قانون توزیع عادلانه آب و همچنین تبصره ۳ ماده ۲ قانون مزبور نیز مشاهده می‌شود که از این حیث تغییر محسوسی ایجاد نگردیده و غفلت قانونگذار کمافی السابق بر آب بندان‌ها سایه گسترانده و در این قانون نیز نامی از آب بندان‌ها به میان نیامد. در قانون آب فعلی مرداب‌ها، باتلاق‌ها و دریاچه‌ها اعم از طبیعی و مخزنی شناسایی شدند و در کنار آنها از برکه‌های طبیعی نیز نام برده شد اما به آب بندان‌ها اشاره‌ای نگردید از آنجایی که عناوین مخازن آبی مذکور در قانون فعلی به جز باتلاق‌ها عیناً همان است که در قانون قبلی احصاء گردید و این که در این خصوص بررسی لازم انجام پذیرفت و این نتیجه حاصل شد که آب بندان‌ها بر هیچکدام از عناوین فوق قابلیت تطبیق ندارند با التفات به مباحث پیش گفته، به بررسی برکه‌های طبیعی می‌

پردازیم تا معلوم شود که آیا می توان این نام را بر آب بندان ها منطبق دانست یا خیر؟ با ابراز تأسف از عدم ارائه تعریف از آن همه واژه ها، اصطلاحات و عبارات تخصصی، فنی و علمی بکار رفته در قوانین آب قبلی و فعلی از سوی مقنن، برکه های طبیعی نیز یکی از آن اصطلاحاتی است که در قانون توزیع عادلانه آب به عنوان مخزن آبی طبیعی شناسایی اما تعریفی از آن به عمل نیامد تا زمینه تطبیق آن با آب بندان ها فراهم باشد اگر چه این نقص با ارائه تعاریف برخی از واژه ها در آیین نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه ها و ... مصوب ۱۳۷۹/۸/۱۶ تا حدی مرتفع گردید اما به خوبی می دانیم که تعاریف ارائه شده از سوی هیأت وزیران هیچ گاه هم عرض با تعاریف ارائه شده از سوی مقنن نبوده و از طرفی این تعاریف که با توجه به موضوع آیین نامه، ارائه شد بسیار محدود و مرتبط با همان موضوع خاص بوده و جامع و کامل نیست و قطعاً بخش کوچکی از اصطلاحات بکار رفته در قانون را شامل می شود و بالمال این که نقص در ارائه تعاریف کامل از همه واژگان تخصصی، فنی و علمی بکار رفته در قانون، کماکان بقوت خود باقی است - قابل ذکر است که در آیین نامه مربوط به تعیین بستر، حریم رودخانه ها و مصوب ۱۳۵۳/۲/۸ که در اجرای قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷/۴/۲۷ به تصویب رسید هیچ تعریفی از مخازن آبی احصاء شده در قانون آب و نحوه ملی شدن آن مشاهده نمی شود- با مراجعه به آیین نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه ها و مصوب ۱۳۷۹ ملاحظه می شود که هیأت وزیران تعریف زیر را از برکه های طبیعی در بند (ث) ماده ۱ آیین نامه ارائه داد:

«ث- برکه: اراضی پستی است که در اثر جریان سطحی و زیرزمینی [ء] آب در آنها جمع شده و باقی می ماند.» از تعریف ارائه شده فهمیده می شود که برکه اراضی پستی است که آب در آن جمع شده و باقی می ماند و این تعریف به ما می گوید که برکه های طبیعی نقش مخزن تأمین کننده آب را ندارند بلکه فقط نقش مخزن جمع کننده آب را آن هم به لحاظ وقوع در خط القعر و اراضی پست دارا بوده و جز استفاده های زیست محیطی و تغذیه سفره آبهای زیرزمینی و نظایر آن هرگز قادر نیستند که به عنوان مخزن ذخیره گاه آب برای استفاده های کشاورزی ایفاء نقش کنند چون هم به لحاظ ساختار فنی و هم به لحاظ موقعیت مکانی و هم به لحاظ این که دارای ورودی آب و خروجی آب نیستند هرگز قابلیت تطبیق با آب بندان را ندارند خصوصاً این که قانونگذار در بند ج ماده ۱۴۲ قانون برنامه پنجساله پنجم مصوب ۱۳۸۹ که مقرر می دارد: «ج- به منظور جمع آوری آبهای سطحی و

هرزآبهای پراکنده و نیز استفاده و جمع آوری نزولات آسمانی در فصل های غیر زراعی برای بهبود کشاورزی، وزارت نیرو موظف است در دو سال اول برنامه نسبت به احیاء آب بندان های شناخته شده اقدام و در صورت نیاز آب بندان های جدید احداث نماید.» به شاخص هایی نظیر جمع آوری آبهای سطحی، هرزآبهای پراکنده، استفاده و جمع آوری نزولات آسمانی در فصلهای غیر زراعی اشاره داشته و همه این اقدامات را به قید: «برای بهبود کشاورزی» هدفمند ساخت تا بگوید که آب بندان ها نوعی از مخازن آبی هستند که هدف آنها جمع آوری آبهای سطحی و نزولات آسمانی برای تأمین آب مورد نیاز بخش کشاورزی است، با این توصیف آب بندان برخلاف تالاب، باتلاق و برکه از نظر موقعیت مکانی در جایی قرار دارند که قادرند بطور ثقیل آب مورد نیاز کشاورزی را تأمین نمایند و قطعاً برای آبیگری دارای سردهنه مستقل که منشعب از رودخانه است، یا آبیگر از کانالهای احداثی و یا آبراهه هایی که آبهای سطحی و هرزآبهای بالادست که در نقطه رقومی بالاتر قرار دارند و همچنین نزولات جوی را بداخل آب بندان هدایت می نماید بوده و بالطبع دارای دریچه خروجی است که آبهای ذخیره شده در فصل غیر زراعی را برای مصارف کشاورزی به اراضی پایین دست که در نقطه رقومی پایین تر از آب بندان و بالاتر از سطح دریا قرار دارند منتقل می سازد از اینرو مخازن آبی موصوف اعم از تالاب، مرداب، برکه و باتلاق خواه در اراضی ساحلی قرار داشته باشند و خواه در اراضی غیر ساحلی، دارای شاخص هایی که برای آب بندان ذکر گردید نمی باشند و به همین جهت است که گفته ایم آب بندان نه تالاب است، نه مرداب است و نه باتلاق و اینک اضافه می کنیم که آب بندان ها حتی از برکه های طبیعی نیز متمایز است و بین برکه های طبیعی و آب بندان ها قاعده این همانی و یا آن همینی جریان ندارد. حال با توجه به مباحث پیش گفته باید دید که جایگاه آب بندان کجاست، مالک یا متولی آن کیست و برای اداره این مخازن مهم آبی چه باید کرد. از آنچه گفته شد دریافتیم که آب بندان در قوانین مخصوصه آب (قانون آب قبلی و قانون آب فعلی) به عنوان یک مخزن آبی شناسایی نگردید لیکن در قوانین مرتبط (نظیر بند ج ماده ۱۴۲ قانون برنامه پنج ساله پنجم مصوب ۱۳۸۹) احیاء آب بندانهای شناسایی شده و در صورت نیاز احداث آب بندانهای جدید به وزارت نیرو تکلیف و مورد حکم قرار گرفت که از این حکم قانونگذار اقلأً سه نکته مهم فهمیده می شود که با بررسی نکات اشاره شده به پاسخ سوالات مطروحه خواهیم رسید و آن سه نکته عبارتند از: ۱- ضرورت جمع آوری آبهای سطحی با تمامی مصادیق آن اعم از هرزآبهای پراکنده، نزولات آسمانی و ... در فصلهای

غیر زراعی برای بهبود کشاورزی. ۲- اقدام فوری برای احیاء آب بندانهای شناخته شده و احداث آب بندانهای مورد نیاز. ۳- موظف نمودن وزارت نیرو به انجام این مأموریت. عبارت «ضرورت جمع آوری آبهای سطحی برای بهبود کشاورزی» به ما می گوید که آب بندان ها آن نوع از مخازن سطحی هستند که قادرند با جمع آوری و ذخیره سازی آبهای سطحی (با تمامی مصادیق آن) در فصل غیر زارعی، وضعیت ذخیره و تأمین آب مورد نیاز بخش کشاورزی را در فصل زراعی بهبود بخشند با اوصافی که مذکور افتاد معلوم می گردد که کارکرد آب بندان ها مشابه کارکرد سدهای احداثی است که این ویژگی، آب بندان ها را از سایر مخازن آبی نظیر مرداب، باتلاق و برکه های طبیعی متمایز می سازد. وظیفه مند نمودن وزارت نیرو به انجام تکالیف مقرر در بند ج ماده ۱۴۲ قانون برنامه پنج ساله پنجم نیز مفید این معناست که مدیریت و تولید آب بندان ها به حکم مقنن با وزارت نیروست لیکن این که چرا مدیریت و یا تولید بر آب بندان ها باید توسط وزارت نیرو اعمال گردد پرسشی است که در ادامه بحث به پاسخ آن خواهیم رسید. و اما حکم مقنن در اقدام فوری برای احیاء آب بندان های شناخته شده (در دو سال اول برنامه) و همچنین احداث آب بندان های مورد نیاز در طول برنامه پنج ساله پنجم علاوه بر آن که متضمن بیان اهمیت و جایگاه آب بندان ها و ضرورت مهار آبهای سطحی است، ملهم پیام مهم دیگری نیز می باشد که عبارت است از: «احیاء آب بندان های شناخته شده». اگرچه به خوبی می دانیم که انبیه ی آب بندان ها در گذر زمان و در اثر استفاده طولانی مدت فرسوده شده و نیازمند تقویت است و همچنین حجم مخزن به دلیل ترسیب رسوبات ناشی از آلودگی روان آبها کاهش یافته و محتاج لایروبی است و این که انجام دو اقدام مهم فوق به معنی حیات بخشی مجدد آب بندانها است اما نکته ای که در این خصوص باید بدان پرداخته شود این است که آب بندان ها با توجه به منشاء پیدایش، فلسفه وجودی و موقعیت جغرافیایی محل استقرار و ... دارای وضعیت یکسانی نبوده به همین اعتبار نیز از حیث مالکیت بر عرصه و اراضی مخزن آن وضع یکسانی ندارند بنابراین باید دید که هدف قانونگذار از وظیفه مند نمودن وزارت نیرو برای احیاء آب بندان های شناخته شده که وضعیت مالکیت یکسانی ندارند چه بوده است برای درک این موضوع ناگزیریم تا ذیلاً اشاره ای گذرا و اجمالی به وضع موجود آب بندان ها داشته باشیم. آب بندان های موجود را با توجه به موقعیت مکانی و محل استقرار آن در طبیعت و همچنین با ملحوظ نظر قرار دادن سابقه احداث و اشخاص سازنده می توان به دسته های زیر تقسیم نمود:

۱-۷- آب بندان های واقع در عرصه منابع ملی

۲-۷- آب بندان های واقع در دهات و قراء مشمول قانون اصلاحات ارضی

۳-۷- آب بندان های واقع در اراضی موقوفه

۴-۷- آب بندان های احدثی دولت در اراضی دولتی یا ملی شده

۵-۷- آب بندان های احدثی دولت در اراضی متعلق به اشخاص که به دولت واگذار یا در اختیار دولت

قرار گرفت

۶-۷- آب بندان های احدثی اشخاص در ملک خود که مورد استفاده شخصی است

۷-۷- آب بندان های احدثی اشخاص در اراضی مجهول المالك یا ناشناخته یا بلاوارث که مورد استفاده عموم اند.

با التفات به دسته بندی فوق در می یابیم که جز بند «۶» که عرصه آب بندان در ملک اشخاص خصوصی قرار دارد در سایر موارد دولت (وزارت نیرو) می تواند برای احیاء آب بندان ها اقدام نماید و در خصوص بند ۵ نیز چنانچه احدث آب بندان توسط دولت انجام شده باشد اما در اراضی متعلق به اشخاص اعم از این که این اراضی به دولت هبه یا صلح شده باشد و یا این که عده ای از اشخاص خصوصی عرصه و بستر آب بندان را جهت ذخیره آب و برای استفاده عموم اختصاص داده باشند باز هم وزارت نیرو می تواند برای احیای آب بندان های مذکور اقدام نماید و تنها یک فرض که آب بندان توسط اشخاص خصوصی و در ملک شخصی آنان احدث شده باشد و استفاده شخصی داشته باشد از حکم مقرر در بند ج ماده ۱۴۲ قانون برنامه پنج ساله پنجم خارج است چرا که آب بندان های خصوصی و شخصی ذاتاً از شمول حکم مقرر در بند ج ماده ۱۴۲ قانون خروج موضوعی دارند و به تبع مالکیت این گونه آب بندان ها از موضوع این رساله نیز خارج است. این سوال را که چرا قانونگذار برغم این که می دانست آب بندان ها از لحاظ مالکیت بر عرصه و بستر آن دارای وضعیت یکسانی نیستند اما با علم به این موضوع احیاء آب بندان ها را به وزارت نیرو محول نمود این گونه می توان پاسخ داد که در تمامی موارد ارائه شده در دسته بندی آب بندان ها، آب به عنوان مظروف ضابطه و شاخص اصلی و مهم مطرح نظر قانونگذار قرار داشته و از آنجایی که تولیت آب برابر قوانین و مقررات مخصوصه با وزارت نیروست از این جهت احیاء آب بندان های شناسایی شده به وزارت نیرو محول گردید همان طوری که احدث آب بندان های مورد نیاز نیز به عهده وزارت نیرو گذاشته شد. ایضاً این

که در تمامی موارد ذکر شده به استثناء بند ۶ که از موضوع حکم مقتن خارج است مالکیت عرصه و بستر آب بندان متعلق به دولت است (جز آب بندان واقع در اراضی موقوفه که آن هم از بعد تولیت وزارت نیرو بر آب - به عنوان مظروف - قابل توجیه است) و این که دولت اعضاء مختلفی دارد که قانونگذار از بین آنان وزارت نیرو را عهده دار این وظیفه نمود آن هم به جهت این است که تولیت امور آب کشور را داراست فلذا از نگاه قانونگذار، وزارت نیرو شایسته ترین شخص برای اجرای این مأموریت تشخیص داده شد.

۸- تولیت آب بندان:

«تولیت آب بندان ها» به عنوان مخازن آبی، مقوله ای است مستقل و جدای از «مالکیت آن»، بنابراین خواه در فرضی که برای مالکین و سازندگان آب بندان ها حقوق مالکانه متصور باشیم و خواه نباشیم تعیین متولی قانونی آب بندان هایی که آب ذخیره شده در آن مورد استفاده عموم قرار دارد ضرورتی است اجتناب ناپذیر، حال اگر این امکان فراهم باشد که با بررسی قوانین موضوعه وضعیت مالکیت آب بندان ها نیز روشن گردد فیه المراء چرا که در این فرض اعمال مدیریت با برخورداری از حقوق مالکانه و به نحو کامل صورت خواهد پذیرفت که یقیناً امری است مطلوب و اگر این امکان فراهم نباشد با پذیرش تولیت برای آب بندان ها و شناسایی متولی برای آن اوضاع پریشان فعلی را سامان می دهیم تا آن که قانونگذار در گام بعدی برفع نقص موجود اهتمام ورزیده و حکم مالکیت آب بندان ها را روشن سازد فلذا با رویکرد فوق به عنوان تنها راه حل ممکن در شرایط فعلی ذیلاً تقسیم بندی جدیدی به اعتبار تعلق مالکیت عرصه ی آب بندان ها به اشخاص ارائه و در عین حال مبانی استنادی و استدلالی مدعیان مالکیت این تأسیس آبی کهن را مورد ارزیابی قرار داده و به تطبیق آن با قوانین و مقررات موضوعه می پردازیم:

۹- تقسیم بندی آب بندان ها به اعتبار تعلق مالکیت عرصه آن به اشخاص:

آب بندان ها با توجه به منشاء پیدایش، فلسفه وجودی و موقعیت جغرافیایی محل استقرار و ... دارای وضعیت یکسانی نبوده به همین اعتبار نیز از حیث مالکیت بر عرصه مخزن آن دارای احکام متفاوتند که ذیلاً بدان می پردازیم:

۹-۱- آب بندان های واقع در عرصه ی منابع ملی:

اگرچه تعداد این آب بندان ها بسیار اندک است لیکن عرصه آن به جهت وقوع در اراضی ملی جزء ثروتهای عمومی است که در اختیار حکومت اسلامی قرار دارد و از آن جایی که آب ها نیز از مشترکات عمومی بوده و در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند از اینرو ظرف و مظروف با هم منطبق بوده می توان این گونه استنباط کرد که حکم هردو موضوع یعنی آب و عرصه آن طبق اصل ۴۵ قانون اساسی برابر بوده چون هر دو به عنوان ثروت های عمومی و مشترکات در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند و از آن جایی که قانونگذار برابر ماده یک قانون توزیع عادلانه آب مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره برداری از آبهای عمومی را به دولت محول نمود و این که وزارت نیرو به نمایندگی از دولت عهده دار این مهم است اذن در شئی (حفظ و اجازه و نظارت بر بهره برداری از آبهای عمومی) اذن در لوازم شئی (تولیت بر بستر مخزن آبی) است و توجهاً به تأخر زمانی تصویب قانون توزیع عادلانه آب ۱۳۶۱ / ۱۲/۱۶ بر قانون ملی شدن جنگل ها مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ در می یابیم که وزارت نیرو بهترین و مناسب ترین گزینه تولیت بر آب بندان هایی است که در عرصه منابع ملی شده قرار دارند چرا که: اولاً تولی گری وزارت نیرو بر آبهای عمومی مستند به نص قانونی است. ثانیاً عرصه ملی شده همانند آبهای عمومی در اختیار حکومت اسلامی است و حکومت اسلامی به موجب قانون به وزارت نیرو اذن در حفظ و اجازه و نظارت بر بهره برداری از آبهای عمومی را داده است و از آن جایی که طبق قاعده فقهی اذن در شئی اذن در لوازم آن است و این که مدیریت بر آب های عمومی مستلزم مدیریت بر بستر مخازن آبی است وزارت نیرو عهده دار مدیریت بر عرصه ی آب بندان های واقع در اراضی ملی شده نیز می باشد و محق خواهد بود تا از هرگونه دخل و تصرف غیر مجاز در آن جلوگیری و مادامی که آب بندان های موصوف به عنوان ذخیره گاه آب مورد استفاده عموم قرار دارند وزارت نیرو همانند بستر رودخانه ها در قبال آن دارای حق و تکلیف بوده و می تواند مطابق موازین قانونی مربوط به ثروتهای عمومی و مشترکات خصوصاً مقررات مندرج در قانون توزیع عادلانه آب به وظایف قانونی خود در قبال مظروف (آب) و به تبع ظرف آن عمل نماید. نکته ای که نباید مورد غفلت قرار گیرد این است که چنانچه اعیان آب بندان احداثی متعلق شخص معینی باشد و دولت از محل بودجه دولتی به احداث آب بندان در عرصه ملی شده اقدام نکرده باشد و اعیان مستحدث نیز با اجازه مقامات صالحه انجام پذیرفته باشد و فی الحال دارای مدعی باشد رعایت حقوق شخص برابر موازین قانونی و شرایط قراردادی احتمالی لازم است و اگر شخص از آن اعراض و یا به

قصد قربت و یا نیت خیرخواهانه بدان مباشرت نموده باشد و یا از محل کمک های مردمی و با مشارکت عمومی آب بندانی در عرصه منابع ملی احداث شده باشد که به لحاظ مرور زمان فی الحال مالک معینی برای آن متصور نباشد باز هم مستنداً به اصل ۴۵ قانون اساسی و مقررات قانون توزیع عادلانه آب مادامی که این دسته از آب بندان ها به عنوان ذخیره گاه آب زراعی مورد استفاده عموم اند تولیت وزارت نیرو بر این دسته از آب بندان ها مفروض می باشد.

۹-۲- آب بندان های احداثی اشخاص در قراء و دهاتی که بعداً مشمول قانون اصلاحات ارضی قرار گرفتند:

از آن جایی که اکثر آب بندان های احداثی با توجه به قدمت آنها به قبل از تصویب قانون اصلاحات ارضی برمی گردد و این که در نظام ارباب رعیتی، ششدانگ دهات و قراء به نام اربابان ثبت و یا در تصرف مالکانه اربابان قرار داشت و این که اربابان برای تأمین آب مورد نیاز اراضی زراعی به احداث ذخیره گاههای آب مبادرت می ورزیدند و این که این اراضی همراه با حقا به و در اجرای قانون اصلاحات ارضی از سوی دولت به نمایندگی وزارت کشاورزی وقت خریداری و به صاحبان نسق و زارعین واگذار و از آن زمان تاکنون همچنان از آب این ذخیره گاههای آبی که به آب بندان موسوم است برای آبیاری اراضی زراعی استفاده می شود پرداختن به این موضوع مهم و تعیین تکلیف آن بیش از هر موضوعی دیگر گره گشا بوده و ما را در رسیدن به راهکار مناسب برای مدیریت و بهره برداری از آب بندان ها یاری خواهد داد. به خوبی می دانیم که با اجرای قانون اصلاحات ارضی وزارت کشاورزی به نمایندگی از دولت نسبت به خرید اراضی و املاک مشمول قانون و متعاقباً واگذاری نسق زراعی به زارعین اقدام نمود در این اثناء اراضی آبی واقع در قراء و دهات مشمول قانون نیز به زارعین منتقل گردید از آن جایی که قنوات، چاهها، رودخانه ها، استخرها، سدبندها و آب بندان های احداثی منابع تأمین آب اراضی آبی مذکور بوده اند به تبع، زارعین صاحب نسق نیز از حقا به یا حق استفاده از منابع آبی مذکور برخوردار شدند اما مالکیت این منابع اگرچه به وزارت کشاورزی منتقل گردید اما باید به خاطر داشت که مالکیت وزارت کشاورزی به نمایندگی از دولت بوده است. با وصف فوق آب بندان های موصوف که سابقاً در مالکیت اربابان و مالکین قراء و دهات مشمول قانون اصلاحات ارضی قرار داشت بعداً در مالکیت دولت مستقر گردید تا این که با تصویب قانون توزیع عادلانه آب تولیت کلیه آبهای عمومی و همچنین بستر مجاری و مخازن آبی به وزارت نیرو محول شد و توجهاً به این که

وزارت نیرو و وزارت کشاورزی هر دو عضو یک دولتند و این که برابر قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۶۱/۱۲/۱۶ که مؤخر بر قانون اصلاحات ارضی است امور آب کشور به عهده وزارت نیرو گذاشته شد از اینرو تولیت وزارت نیرو بر آب بندان های احداثی مشمول قانون اصلاحات ارضی هم به جهت صلاحیت ذاتی در تولى گرى امور آب که به موجب قانون دارد و هم به جهت این که در افراد دولت تفاوتی بین وزارت کشاورزی و وزارت نیرو وجود نداشته چون هر دو از اعضاى یک دولتند هم به جهت این که اذن در شئى اذن در لوازم آن است و این که مدیریت بر مظلوف (آب) بدون مدیریت بر ظرف (آب بندان) ممکن نیست قابل استناد و استدلال بوده و پذیرفتنی است. البته قابل ذکر است که مخالفین این عقیده بر این باورند که چون در ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب قانونگذار نامی از آب بندان نبرده است بنابراین آب بندان های داخل قراء مشمول مرحله اول قانون اصلاحات ارضی به لحاظ آن که دولت تمامت ملک را خریداری و سپس نسق زارخانه را به زارعین واگذار نمود و اماکن عمومی را در مالکیت شرکت های تعاونی روستایی قریه مربوطه دانست از اینرو آب بندان ها نیز از مصادیق اماکن عمومی موضوع ماده ۲۵ آیین نامه اصلاحات ارضی است و در مالکیت شرکت های تعاونی روستایی قریه مذکور قرار دارد بنابراین مالکیت چنین آب بندان هایی متعلق به شرکت تعاونی محل می باشد که می بایست طبق عرف محل و تحت پوشش شرکت تعاونی روستایی بهره برداری شود و اضافه می نمایند که؛ هرآن تعداد از آب بندان هایی که داخل قراء مشمول مرحله دوم و سوم قانون اصلاحات ارضی قرار گرفته اند چون نسق زارخانه زارعین با حقا به مربوطه انتقال یافت به تبع مالک این گونه آب بندان ها زارعین صاحب نسق همان قریه می باشند و آن تعداد از آب بندان ها که در داخل پلاک ثبتی قریایی که مشمول قوانین اصلاحات ارضی نشده اند قرار دارند با توجه به اصل مالکیت و ماده ۳۵ قانون مدنی و ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک کماکان در مالکیت خرده مالکین مربوطه قرار دارد نگارنده بنا به جهات ذیل عقیده مخالفین را قابل پذیرش نمی داند: جهت اول این که: آیین نامه تاب تعارض در برابر قانون را ندارد بنابراین استناد به ماده ۲۵ آیین نامه برای مالک قلمداد کردن شرکت تعاونی روستایی نسبت به آب بندان هایی که برابر قانون اصلاحات ارضی به ملکیت دولت درآمدند فاقد محمل قانونی و موقعیت حقوقی است. جهت دوم این که: هیچ ماده یا تبصره ای در قانون اصلاحات ارضی وجود ندارد که آب بندان ها را جزء اماکن عمومی اطلاق کرده باشد بنابراین ادعای مذکور منطبق با مقررات مندرج در قانون اصلاحات ارضی نمی باشد. جهت سوم

این که: آب بندان به عنوان ذخیره گاه آب جزء منابع آبی است که مورد استفاده عده ای معین به عنوان زارع و صاحب نسق قرار دارد نه تمامی اهالی ده، فلذا عنوان اماکن عمومی آن گونه که بر مساجد، پارکها، حمام های عمومی و صادق است بر آب بندان ها صدق نمی کند چرا که آب بندان ها اماکن نبوده و مورد استفاده همه افراد قریه قرار ندارند فی المثل آنان که به مشاغلی نظیر نجاری، بقالی، آهنگری، کفاشی و سایر مشاغل خدماتی اشتغال داشته و ساکن قریه هستند از جمله افراد عموم اند اما استفاده کننده از آب بندان نیستند. بنا علی هذا نمی توان مالکیت آب بندان ها را به عنوان امکانه عمومی، متعلق به شرکت تعاونی روستایی دانست خصوصاً این که این انتقال مسبوق به سابقه ی اسنادی نیست و از آن جایی که شخصیت شرکت تعاونی روستایی به عنوان شخص حقوقی خصوصی متفاوت و مستقل از دولت به عنوان شخص حقوقی عمومی است مادامی که این انتقال برابر اسناد رسمی انجام نپذیرد پذیرش چنین ادعایی بنا به جهاتی که مذکور افتاد میسر نخواهد بود. ایضاً این که ادعای مالکیت زارعین صاحب نسق نیز پذیرفتنی نیست چرا که زارعین صاحب نسق برابر اسناد مالکیت صادره و به میزان سهمی که برایشان مقرر گردید صاحب نسق می باشند و لاغیر، این که در اسناد مذکور به حقا به اشاره گردید افاده ملکیت نمی نماید پذیرش چنین ادعایی ملازمه با آن خواهد داشت که صاحبین نسق را مالک رودخانه هایی که از آن حقا به دارند نیز بدانیم در حالی که واقعیم بر این که رودخانه ها نه تنها قابلیت تملک خصوصی ندارند - مستنداً به ماده ۲۵ قانون مدنی - بلکه با تصویب قانون توزیع عادلانه آب از مشترکات بوده و در اختیار حکومت قرار دارد به علاوه این که ذکر حقا به در اسناد زارعین به منزله آن است که این عده از زارعین در استفاده از آب ذخیره شده در آب بندان های مورد سخن محق می باشند نه این که مالک آنند بنابراین با توجه به استدلالی که پیشتر مذکور افتاد وزارت نیرو هم تولید بر آب آب بندان ها دارد و هم باید تولید بر عرصه آن داشته باشد تا بتواند به وظیفه ذاتی و قانونی خود عمل نماید والا پذیرش هر تفسیری به غیر از آنچه که گفته شد به لغو بودن قانون منتهی می شود که تفسیری خواهد بود ناصواب. و اما در خصوص آب بندان های موجود در قرایی که مشمول اصلاحات ارضی قرار نگرفته اند اما مورد استفاده عموم قرار دارند باید قائل به تفصیل شد و ضمن پذیرش تولید وزارت نیرو از باب تولی گری آب های عمومی، حقوق مالکین آن را بر فرض اثبات و بر فرض این که مورد اعراض قرار نگرفته باشد و یا از مصادیق مجهول المالک و یا بلاوارث تشخیص نگردد محترم شمرد.

۳-۹- آب بندان های احدثی اشخاص واقع در اراضی موقوفه:

در این که حقوق وقف لازم الرعایه است تردیدی راه ندارد بنابر این در فرضی که بدون مراعات حقوق وقف نسبت به احداث آب بندان در اراضی موقوفه اقدام شده باشد و امروزه مورد استفاده عموم نیز قرار داشته باشد با فرض پذیرش تولیت وزارت نیرو بر این دسته از آب بندان ها به اعتبار این که تولیت وزارت نیرو بر آبهای عمومی تولییتی ذاتی و قانونی است، لزوم مراعات حقوق وقف را نیز باید متذکر شد اما باید توجه داشت که بعضی از مواقع اشخاص بخاطر فرار از برخی تکالیف قانونی به وقف نمودن اراضی و املاک خود مبادرت می ورزیدند و یا این که اشخاص بدون آن که مالک ملک بوده باشند به وقف آن مبادرت می نمایند نظیر وقف اراضی جنگلی و یا بستر رودخانه ها که در این گونه موارد باید رسیدگی لازم انجام و اصل صحت وقف احراز و اثبات و سپس مطابق موازین شرعی و قانونی حقوق وقف نیز به اجرا گذاشته و مراعات شود.

۴-۹- آب بندان های احدثی دولت در اراضی دولتی یا ملی شده:

در خصوص این دسته از آب بندان ها باید گفت که دولت در ایفای وظایف قانونی خود در تأمین آب مورد نیاز اراضی به استملاک اراضی اشخاص مبادرت و سپس از محل اعتبارات دولتی به احداث آب بندان اقدام می نماید که در این فرض دولت - شرکت آب منطقه ای - هم مالک عرصه و هم مالک اعیان آب بندان های موصوف می گردد اما در برخی مواقع دولت با هزینه دولتی نسبت به احداث آب بندان در اراضی ملی شده اقدام می نماید که در این فرض اگر عرصه مطابق مقررات به شرکت آب منطقه ای واگذار گردد حکم آن همانند حکم موردی است که عرصه از سوی سازنده آب بندان تملک می گردد و اگر مالکیت عرصه به سازنده منتقل نگردد در این صورت مادامی که آب بندان به عنوان ذخیره گاه آب مورد استفاده عموم قرار دارد تولیت وزارت نیرو بر آن استمرار خواهد داشت به علاوه این که حکم این مورد عیناً منطبق با حکم مقرر برای آب بندان های واقع در عرصه منابع ملی بوده و استدلال ارائه شده در بند ۱ در خصوص این بند نیز قابل تسری است.

۵-۹- آب بندان های احدثی دولت در اراضی متعلق به اشخاص که به دولت واگذار

و یا در اختیار دولت قرار گرفت:

این دسته از آب بندان های احدثی که با مشارکت مردمی ساخته می شود از لحاظ مدیریت و بهره

برداری متفاوتند، در این گونه موارد توافقات حاصله فی مابین واگذار کننده یا واگذار کنندگان عرصه و سازنده آب بندان بسیار تعیین کننده است و غالباً نیز دولت پس از احداث، بهره برداری و نگهداری از آب بندان را به بهره برداران و ذینفعان واگذار می کند اما در این که دولت مالک عرصه و اعیان آب بندان های یاد شده در فرض واگذاری عرصه از سوی اشخاص می باشد خللی راه ندارد اما در فرضی که عرصه صرفاً جهت احداث آب بندان در اختیار دولت قرار گرفته باشد و مالکیت آن کمافی السابق متعلق به شخص یا اشخاص بوده باشد در این صورت مادامی که آب بندان به عنوان مخزن آبی تأمین کننده آب مورد نیاز زراعی مورد استفاده عموم قرار دارد تولید آن با وزارت نیرو - شرکت آب منطقه ای - است و از حیث سایر منافع مستوفات یا قابل استیفاء می توان قائل به مشارکت شد که در این فرض نیز جایگاه وزارت نیرو برابر قوانین ناظر بر امر معلوم بوده و در قالب قراردادهای منعقدہ بین طرفین حقوق، تکالیف، نحوه بهره برداری و سهم هریک از طرفین از منافع مورد نظر تعیین و بر اساس توافقات حاصله اقدام می گردد.

۶-۹- آب بندان های احداثی اشخاص در ملک خود که مورد استفاده شخصی است:

این دسته از آب بندان ها با توجه به این که در ملک شخصی و توسط شخص یا اشخاص معین احداث و مورد استفاده شخصی نیز قرار دارند از حکم مقرر در قانون توزیع عادلانه آب خروج موضوعی دارند الا این که بهره بردار برابر ماده ۲۱ قانون توزیع عادلانه آب مکلف به اخذ مجوز از وزارت نیرو در امر برداشت از آب های عمومی جهت ذخیره سازی در آب بندان شخصی می باشد. مالکیت این دسته از آب بندان ها با وصفی که گذشت محل اختلاف نبوده و باید گفت که این گونه آب بندان ها کاملاً شخصی بوده و متعلق به اشخاصی است که برابر موازین قانونی و شرعی مالک آن شناخته می شوند.

۷-۹- آب بندان های احداثی اشخاص در اراضی مجهول المالك یا ناشناخته و بلاوارث که مورد استفاده عموم اند:

این دسته از آب بندان ها یحتمل در گذشته های دور دارای مالکین یا سازندگان معینی بودند اما به لحاظ قدمت طولانی و گذر زمان و درگذشت مالکین، امروزه کسی از مالک یا مالکین اطلاعی ندارد و در برخی موارد نیز مالکین شناخته شده اند اما وارثی از آنان بجای نمانده است که در هر دو حالت و مستنداً به اصل ۴۵ قانون اساسی که این گونه اموال را در اختیار حکومت اسلامی اعلام نموده است و

عنايتاً به همان استدلالی که در بند ۱ ارائه گردید- به جهت پرهیز از اطاله کلام از تکرار آن خودداری می‌شود- به تولیت وزارت نیرو (شرکت آب منطقه ای تابعه) بر آب بندگان های موصوف قائل و بر این باوریم که جز وزارت نیرو که تولیت ذاتی آبهای عمومی کشور را به عهده دارد متولی دیگری در شرایط فعلی برای اداره امور آب بندگان های اینگونه شناسایی نمی‌گردد.

۱۰- نتیجه گیری:

بی‌گمان هر تحقیق و پژوهشی دستاوردی را بدنبال خواهد داشت که ارزیابی این دستاوردها ایده های جدید برای شناختن معایب و نواقص موجود و رفع آن بدست خواهد داد که مقاله حاضر نیز از این قاعده مستثنی نیست. از بررسی و مرور موادی از قانون آب قبلی که مخازن آبی را احصاء نمود این نتیجه حاصل می‌شود که آب بندگان بر هیچکدام از مخازن آبی موصوف قابل انطباق نمی‌باشد و پاسخ این که چرا قانونگذار برغم شناسایی در قانون اراضی مستحدث و ساحلی نامی از این مخازن مهم در قانون آب و نحوه ملی شدن آن به میان نیاورد را باید به حساب غفلت قانونگذار منظور نمود. متأسفانه با بررسی ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب و همچنین تبصره ۳ ماده مزبور از قانون فعلی آب نیز مشاهده می‌شود که از این حیث تغییر محسوسی ایجاد نگردیده و غفلت قانونگذار کمافی السابق بر آب بندگان ها سایه گسترانده و در این قانون نیز نامی از آب بندگان ها به میان نیامد. در قانون آب فعلی مرداب ها، باتلاق ها و دریاچه ها اعم از طبیعی و مخزنی شناسایی شدند و در کنار آنها از بستر برکه های طبیعی نیز نام برده شد اما به آب بندگان ها اشاره ای نگردید نتیجه این که آب بندگان ها بر هیچکدام از عناوین فوق قابلیت تطبیق ندارند.

آب بندگان ها به اعتبار تعلق مالکیت عرصه ی آن به اشخاص و همچنین به اعتبار تعلق مالکیت اعیان احداثی به سازندگان آن دارای احکام متفاوتند و این که وجه اشتراک تمامی موارد مذکور در این است که این آب بندگان ها ذخیره گاه آب بوده و مورد استفاده صاحبین نسق زراعی و مالکین اراضی تحت پوشش آن قرار دارد از اینرو عقیده ی نگارنده در خصوص تولیت و تولى گری آب بندگان ها این است که با ملحوظ نظر قرار دادن وجه اشتراک مذکور از یک جهت و توجهاً به تولیت وزارت نیرو برامور آب کشور از جهت دیگر و با تجزیه و تحلیل مبانی استدلالی و استنادی اشخاص مدعی مالکیت و همچنین بررسی سابقه تقنینی و ملاحظه ی تبادر ذهنی آب با اداره آبیاری و قاعده ظرف و مظروف و این که اعمال مدیریت صحیح برآبهای عمومی به عنوان مظروف (آب) و عمل به وظایف قانونی

بدون تصور حق اعمال مدیریت بر عرصه آب بندان ها به عنوان ظرف مقدور نیست و این که آب بندان ها جزء آن دسته از اموالی هستند که مورد استفاده عموم اند، مستنبط از موازین فقهی و ماده ۲۵ قانون مدنی و همچنین ملاحظه آخرین اراده مقنن در بند ج ماده ۱۴۲ قانون برنامه چهارم توسعه ناظر بر احیاء آب بندان های شناسایی شده و احداث آب بندان های مورد نیاز جهت جمع آوری آب های سطحی برای بهبود کشاورزی و این که برابر قانون توزیع عادلانه آب، وزارت نیرو متولی آب کشور است، نتیجه گیری نموده ایم مادامی که از این مخازن ذخیره گاه آبهای عمومی برای رفع نیازهای عمومی آب بران و تأمین آب زراعی اراضی تحت پوشش استفاده می شود تولید آن اعم از حفظ، نگهداری، مدیریت و بهره برداری با رعایت حقوق مالکانه و مکتسبه ی اشخاص به عهده وزارت نیرو (شرکت های آب منطقه ای تابعه) است.

یاد آور می شود: مالکیت مخازن آبی احداثی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی از قوانین مخصوصه ی بخش آب خروج موضوعی داشته و علی القاعده متعلق به شخص حقیقی و یا اشخاص حقوقی اعم از عمومی و خصوصی و سازندگان و احداث کنندگان آن است مقنن در ماده ۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن از واژه دریاچه ها استفاده کرده و آن را به دو دسته ی «دریاچه طبیعی» و «دریاچه مخزنی» تقسیم نمود و ایجاد هرنوع اعیانی در سواحل دریاچه های طبیعی و مخزنی را ممنوع اعلام کرد اما متعرض عرصه ی آنها نگردید و حکم مالکیت آن را در هاله ای از ابهام قرار داد این ابهام عیناً در تبصره ۳ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب نیز تکرار شد که از توجه به ذکر دریاچه های مذکور در قوانین آب از یک سو و سکوت قانونگذار در مقام بیان از دیگر سو این نتیجه حاصل می شود که مالکیت عرصه ی دریاچه های طبیعی که می تواند عناوینی غیر از برکه و مرداب داشته باشد فی الواقع متعلق به عموم بوده و در اختیار حکومت اسلامی است نه در مالکیت آن که می بایست با رعایت مصالح عامه از آن بهره برداری گردد اما حکم مالکیت دریاچه های مخزنی بر حسب مورد متفاوت می باشد بدین توضیح که اگر این مخازن توسط دولت به معنای خاص احداث شده باشد متعلق به دولت و چنانچه توسط اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی خصوصی احداث شده باشد متعلق به اشخاص سازنده ی آن است با این تفاوت که اگر این گونه مخازن توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی احداث شده باشد مادامیکه از این ظرف برای ذخیره آبهای عمومی استفاده می شود به اعتبار تولید ذاتی وزارت نیرو بر آبهای عمومی و همچنین مورد استفاده ی عموم بودن آبهای

ذخیره شده در این نوع از مخازن آبی احداثی، حکم دریاچه‌های طبیعی بر این مورد نیز با وصف فوق قابلیت جریان دارد در تقویت قاعده ی ظرف و مظلوف میتوان به نظریه تقدم حقوق عمومی بر حقوق خصوصی توسل جست (حمیدی، فلاح، فقیهی، ۱۴۰۳: ۱۸۵-۱۶۶). برابر نظریه مزبور نظریه حرمت حقوق خصوصی دچار نسبیت شده و طبع اجتماعی انسان این محدودیت را ایجاب می کند و فعالیت های عمومی و خصوصی در یکدیگر تداخل کرده اند و دیگر حقوق خصوصی به معنای اخص کلمه وجود ندارد بنابراین نمی توان مطلقاً حقوق خصوصی را بر عمومی مقدم دانست و عادلانه نیست در مواردی که فرد از حق خود تجاوز و بخواهد برخلاف حقوق عمومی یا مصلحت اجتماعی رفتار کند منافع جمع را فدای منفعت فردی کرد البته در حقوق عمومی نظریه تقدم حقوق عمومی بر حقوق خصوصی پذیرفته شده است (درویشی عباس آبادی، ۱۳۹۲: ۲۹-۲۴).

ایضاً این که، محتمل است در عمل با مصادیقی از آب بندگان ها مواجه شویم که عرصه ی آن نه در مالکیت اشخاص حقیقی و یا حقوقی خصوصی است و نه در مالکیت شخص حقوقی عمومی (دولت به معنی خاص) بلکه در اختیار حکومت اسلامی است نظیر اموال مجهول المالک و بلاوارث که حکم مالکیت آن همانند حکم دریاچه های طبیعی است. توجهاً به نقش و کارکرد آب بندگان ها در تأمین آب زراعی، تولید پروتیین مورد نیاز کشور، ایجاد اشتغال و همچنین کارکردهای زیست محیطی، گردشگری و ... که موجبات افزایش اقبال رو به تزاید اشخاص به این مخازن آبی مهم برای بهره برداری چندمنظوره از آن را فراهم نمود و این که منافع حاصل از آب بندگان ها لاجرم به برخی نزاع ها و تنش های اجتماعی منتهی و یا با دخل و تصرف غیرمجاز اشخاص ، حقوق عمومی را در معرض تعدی، تفریط یا تضییع قرار می دهد می طلبد تا قبل از تدوین قانون جامع آب که ممکن است سالها بطول انجامد، با تصویب مقرراتی خاص این دسته از مخازن آبی که در دو قانون مهم آب کشور مورد شناسایی قرار نگرفتند از این غربت خارج و به موطن واقعی خود در قوانین آب اعاده و با پذیرش استدلالی که در این مقاله ارائه گردید " مدیریت مظلوف سیالی چون آب بدون مدیریت ظرف آن (آب بندگان ها) مقدور نخواهد بود" و با ملحوظ نظر قرار دادن وظیفه ذاتی وزارت نیرو در مدیریت امور آب کشور، یکبار و برای همیشه به تشتت در آراء و نظریات مدعیان مالکیت آب بندگان خاتمه داده شود و دغدغه های متولیان امر و ذینفعان و دست اندرکاران و ... پایان پذیرد و با تعیین تکلیف قانونی مالکیت آب بندگان ها، امر بهره برداری چند منظوره از این تأسیس مهم آبی با

رعایت حقوق عمومی و حقوق سایر اشخاص سامان یابد. خاطر نشان می سازد که بهره برداری از این گونه آب بندان ها با اهداف غیر کشاورزی نظیر گردشگری، تفریحی، توریستی، پرورش آبزیان و..... می بایست با توجه به اقتضائات هر منطقه و با مشارکت و همکاری مقامات محلی و حقوق مکتسبه ی ذینفعان به گونه ای انجام پذیرد که بهره مندی عمومی اولویت اول و وجه غالب باشد و در عین حال نسبت به ثبت این تأسیس آبی کهن از سوی متولیان امر به عنوان یک اثر تاریخی و میراث ملی که حکم خواهرخوانده قنات را دارد همت گمارده شود. با اذعان به تمامی کاستی ها، تلاش شده است تا ضمن تبیین جایگاه مالکیت و تولید مخازن آبی بویژه آب بندان ها در قوانین مصوب که یکی از موضوعات مهم حقوق آب کشور و از جمله دغدغه های اساسی و مبتلا به صنعت آب است گامی هر چند ناچیز در جهت اعتلای حقوق آب و حل مسائل آن برداشته شود. امید آن که مورد تأیید حضرت حق واقع و انتظار این که با اظهار لطف متخصصان امر کامل تر گردد.

منابع:

- آزموده، علی، (۱۳۸۷). بررسی نقش آب بندان ها به عنوان راهکاری برای مقابله با خشکسالی در شمال کشور، کنفرانس بین المللی بحران آب، دانشگاه زابل، دوره ۱.
- باقری، علی، (۱۳۸۷). مدیریت آب بندان و نقش اب بندان در ذخیره سازی و تأمین آب مورد نیاز اراضی کشاورزی شمال کشور، دومین همایش ملی مدیریت شبکه های آبیاری و زهکشی.
- بشیری، عباس و دیگران، (۱۳۹۲). نظام حاکم بر حقوق کاربردی آب، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل.
- جعفری، عباس، (۱۳۷۲). فرهنگ بزرگ گیتاشناسی (اصطلاحات جغرافیایی)، تهران، سازمان گیتاشناسی، چاپ دوم.
- درویشی عباس آبادی، سجاد، (۱۳۹۱). بررسی مبنای و روش های تهدید مالکیت خصوصی در تعارض با مالکیت عمومی (پایان نامه).
- ذوالفقاری، یوسف، (۱۳۸۵). مالکیت آب و حریم منابع آب، تهران، (۱۳۸۵). (پایان نامه و گزارش).
- ذوالفقاری، یوسف، (۱۳۹۰). حقوق آب، (۱۳۹۰). مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- رشیدی، حمید، (۱۳۸۲). دایرة المعارف حقوق نیرو، نشر دادگستر.

- رشیدی، حمید، (۱۳۸۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی آب و برق، نشر دادگستر.
- شهبازی نیا، مرتضی، پورالشریعه، عباسعلی، (۱۴۰۰). مالکیت مجاری و مخازن آبی در حقوق ایران، رساله دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۴۵ ه.ق). المبسوط فی فقه الامیه، تهران، مکتب المرتضویه الحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ج ۳.
- علامه حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، (۱۴۱۴ ه.ق). تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل بیت لاحیاء التراث، چاپ دوم.
- عاملی، حر، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ ه.ق). الروضه البیّه فی شرح المعنه الدمشقیه، قم، کتابفروشی داوری، ج ۲.
- قوه قضاییه، روزنامه رسمی کشور، (۱۳۹۰). مجموعه قوانین و مقررات سال (۱۳۸۹). روزنامه رسمی کشور، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷). اموال و مالکیت، بنیاد حقوقی میزان.
- محقق کرکی، علی بن الحسین بن عبدالعالی، (۱۴۰۸ ه.ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه ال بیت الاحیاء التراث، چاپ اول، ج ۷.
- حمیدی فرح آبادی، زهرا؛ فلاح، اکبر (۱۴۰۳). واکاوی فقهی سلب مالکیت های خصوصی در جامعه. مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل، دوره بیست و یکم، شماره ۷۸، ص ۱۸۵-۱۶۶.
- مکارم، ناصر، (۱۳۹۶). قران حکیم، انتشارات افلاکیان.
- منصوری، جهانگیر، (۱۳۹۳). قانون مدنی، نشر دیدار.
- موسوی خمینی، روح الله، (۱۴۰۳ ه.ق). تحریر الوسیله، تهران، انتشارات مکتب الاعتماد، چاپ اول، ج ۲.
- موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۷۸). تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۳.
- میرزایی، علیرضا، (۱۳۹۳). قوانین و مقررات اراضی در نظم حقوقی کنونی، تهران، انتشارات بهنامی، دوره ۲ جلدی.
- نجفی، شیخ محمد حسین، (۱۴۰۴ ه.ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ج ۳۸.
- وزارت نیرو، (۱۳۷۳). مجموعه قوانین، تصویب نامه ها و آیین نامه های آب و برق از

ابتدای دوره قانونگذاری لغایت (۱۳۷۲). دفتر حقوقی وزارت نیرو، ج ۱.