

اسباب ایجاد و انتقال حَقَّابَه در فقه مذاهب اسلامی

محمد رضا رضوان طلب^۱ محمد مهدی سعیدی^۲

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۱۱/۳۰ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۶/۱۲)

چکیده

استفاده از منابع آب و نقل و انتقال آن در فقه اسلامی، ضوابط و احکام خاصی دارد. حَقَّابَه یا حق الشرب از جمله عناوین فقهی است که از آن به مناسبت در برخی از ابواب فقهی مانند: تجارت، اجاره و احیاء موات؛ سخن رفته است. این نوشتار سعی دارد تا طرق انتقال مالکیت حَقَّابَه و راه‌های ایجاد و ثبوت آن در فقه اسلامی را با رویکردی تطبیقی، بررسی کند. حَقَّابَه از جمله حقوق مالی است که قابلیت نقل و انتقال به صورت ضمنی و یا مستقل در برابر عوض و یا به صورت مجانی را دارد. اشتراک عمومی یکی از اسباب ثبوت حق الشرب است که مبنی بر آن عموم مردم در استفاده و بهره‌گیری از آن برابر هستند. حیات منابع آب و ثبوت حَقَّابَه به تبع حیات، و انتقال حَقَّابَه از طریق تبرع در قالب قرارداد «مهایات» و انتقال حَقَّابَه از طریق ارث و وصیت از دیگر اسباب نقل و انتقال حَقَّابَه است.

واژگان کلیدی: تبرع، حَقَّابَه، حق الشرب، حیات، نقل و انتقال، معاوضه.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران؛ (نوسنده مسئول)؛

Email: mrrezvan@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران؛

Email: saidi.mahdi.moham@ut.ac.ir

مقدمه

آب مایه حیات بشر است و اهمیت آن در توسعه کشورها به خصوص در حوزه کشاورزی بر کسی پوشیده نیست. بحران آب و رشد جمعیت، بیش از پیش ضرورت تبیین قوانین اسلامی در خصوص بهره‌گیری و بهره‌برداری از این مایه حیات‌بخش را روشن می‌سازد. خداوند منان این مایه حیات را به‌طور رایگان و عادلانه در بین تمامی ساکنان ربع مسکون تقسیم نموده است و برحسب روایات اسلامی: «سال خشک که در آن خداوند سهم انسانها را از نزولات آسمانی از یاد برده باشد یا مهمل نهد؛ وجود ندارد»^۱. به همین جهت و با نظر به عمومی بودن این ثروت، استفاده از منابع آب در فقه اسلامی، قواعد، ضوابط و احکام خاصی دارد که با توجه به ماهیت فقهی آب و دیدگاه‌های مطرح در آن، این احکام متفاوت است. در فقه اسلامی بحث گسترده‌ای در مورد مفهوم مالکیت بر آب، اقسام و مبانی آن با توجه به معرفی آن به عنوان بخشی از ثروت‌های عمومی و مباحات، صورت گرفته است. بر اساس مقررات خاص و در قالب حیازت، ملکیت برای شخص حیازت کننده اعتبار می‌شود.

آبها، مراتع، گیاهان، شکارهای خشکی و دریایی و معادن زمینی و دریایی، غیر از ثروت‌های عمومی است که ملک عموم و اختیارش برای دولت تعریف شده است. حقّ الشرب و حقّابه از جمله عناوین فقهی است که از آن به مناسبت در ابواب تجارت، اجاره و احیاء موات؛ سخن رفته است؛ اما تاکنون این موضوع، به صورت مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است. حقّابه سهم مقرر ده، مزرعه، باغ، خانه و یا فردی از یک منبع آب، مانند رود، چشمه و یا قنات است و همچنین حقّابه از جمله حقوق مالی است که قابلیت نقل و انتقال به صورت ضمنی و یا مستقل در برابر عوض و یا به صورت مجانی را دارد. این پژوهش به تبیین اسباب ایجاد حقّابه و طرق انتقال آن با رویکردی بین‌مذهبی و مقارن، می‌پردازد. وبه سوالات زیر در این مورد پاسخ می‌دهد:

سوالات پژوهش

۱. ماهیت فقهی آب و حقّابه چیست؟
۲. چه اموری باعث ایجاد و ثبوت حقّابه برای افراد می‌شود؟

۱. مبتنی بر روایت منقول از امام باقرعلیه السلام: «إِنَّهُ مَا مِنْ سَنَةٍ أَقَلَّ مَطَرًا مِنْ سَنَةٍ وَ لَكِنَّ اللَّهَ يَضَعُ حَيْثُ يَشَاءُ» (کلینی، ۲/۲۷۲).

۳. حقابه از چه راه‌هایی قابل نقل و انتقال است؟

۴. از دیدگاه فقه مذاهب خمسه آب ملک کیست و ملکیت حقابه چگونه انجام می‌گیرد؟

پیشینه پژوهش

تاکنون بیش از ۱۶۴ رساله و پایان در سامانه ایرانداک به ثبت رسیده است که در آن واژه «حقابه» به کار رفته است. اما سوالات این پژوهش در هیچکدام از آنها پاسخ داده نشده است. مقالات به ثبت رسیده در سامانه نورمگز نیز معمولاً به حقابه های مناطق خاص اختصاص یافته است. نمونه‌ای از این موارد در ذیل نمایه می‌گردد:

- ۱- «بررسی نظام حقوقی حقابه در ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد ۱۳۹۱، پدیدآور: جمال نوگلی، استاد راهنما: محمدرضا مجتهدی، استاد مشاور: سیدمحمدتقی علوی، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- ۲- «ماهیت و مالکیت حقابه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد ۱۴۰۰، جامعه المصطفی العالمیه.
- ۳- «مبانی فقهی و حقوقی مالکیت آب در ایران و سایر کشورهای اسلامی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد ۱۳۹۶، پدیدآور: هادی حاجی نورمحمدی، استاد راهنما: مرتضی محمدی، موسسه آموزش عالی طلوع مهر - قم.
- ۴- «منابع آبی و احکام فقهی و حقوقی آن»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد ۱۳۹۸، پدیدآور: محمد افشار، استاد راهنما: محدثه معینی‌فر، استاد مشاور: مهدی نوریان، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی.
- ۵- «حق بر آب شیرین در اسناد و معاهدات حقوق بشر»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد ۱۳۹۷، رشته: حقوق - حقوق بین‌الملل، پدیدآور: شهرزاد کوهستانی‌نژاد، استاد راهنما: سبحان طیبی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دملوند.
- ۶- «حق اشخاص در بهره‌برداری از منابع آب در فقه و حقوق»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد ۱۳۹۴، رشته: علوم انسانی، پدیدآور: سیدمحمد محلاتی چقایی، استاد راهنما: اسماعیل فرجی، استاد مشاور: ابوالحسن مجتهد سلیمانی، دانشگاه تربیت معلم - تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- ۷- «عوامل مؤثر بر تمایل حقابه داران به تغییر روش‌های آبیاری در منطقه مغان»، کارشناسی ارشد ۱۳۹۵، رشته: علوم انسانی، پدیدآور: سالار عزیزی‌فر، استاد راهنما:

اصغر باقری، استاد مشاور: امین کانونی، استاد مشاور: مجتبی سوختانلو، دانشگاه محقق اردبیلی، دانشکده فنی مهندسی.

۸- «بازنگری کارآیی مصرف و بهره‌وری آب کشاورزی با تأکید بر حقابه‌های زیست محیطی»، غلامرضا سلطانی؛ مجله: اقتصاد کشاورزی، پاییز ۱۳۹۳ - ویژه نامه علمی- پژوهشی / ISC، ۱۲ صفحه - از ۱۷ تا ۲۸.

۹- «راهبردهای دیپلماسی تأمین حقابه رودخانه هیرمند»، روح اله اسلامی، رضا سرحدی، مهدی فیضی، مجله: پژوهش‌های راهبردی سیاست، پاییز ۱۳۹۸ - شماره ۳۰ علمی - پژوهشی / ISC، ۳۲ صفحه - از ۷۱ تا ۱۰۲.

۱۰- «تدوین الگوی ارزش‌گذاری حقابه‌های کشاورزی (مطالعه موردی: اراضی کشاورزی منطقه پاشاکلا، مازندران)، جواد شهرکی، مجید دهمرده، محمدحسین پورکاظمی، محمدرضا نظری، مجله: تحقیقات اقتصاد کشاورزی، بهار ۱۳۹۲ - شماره ۱۷ علمی - پژوهشی (۲۰ صفحه - از ۱۰۱ تا ۱۲۰).

روش تحقیق

در پاسخ به سوالات پیش‌گفته و با بیان دیدگاه‌ها و ادله فقهای مذاهب اسلامی به روش توصیفی تحلیلی؛ طرق نقل و انتقال حقابه در قالب قراردادهای معاوضی مانند: خرید و فروش، صلح و اجاره و انتقال و ثبوت حقابه تحت عناوین فقهی مانند: اشتراک عمومی، حیات، تبرع (هبه، صدقه، وقف، وصیت) و ارث، بررسی می‌شود. ذکر این نکته لازم است که هرچند بین دو مفهوم آب و حقابه تفاوت وجود دارد اما به این دلیل که ماهیت حقابه وابسته به ماهیت آب و احکام آب در فقه اسلامی است و گاه احکام در پیوند با آب مستقیماً در احکام حقابه اثرگذار است؛ به ناچار دو عنوان آب و حقابه در پژوهش کنونی، مورد مطالعه قرار گرفته است.

مفهوم شناسی حقابه

حقابه واژه‌ای است ترکیب یافته از «حق» عربی و «آب» فارسی و به معنای سهم مقرر ده، مزرعه، باغ، خانه و یا کسی از یک منبع آب، مانند رود، چشمه و یا قنات است. (دهخدا، ۸۰۳/۶). در ادبیات فقهی واژه معادل و برابر حقابه؛ حق الشرب است. شرب با ضمّه به معنای نوشیدن و شرب با کسره به معنای سهم و نصیب از آب است (ازهری، ۲۴۱/۱۱؛ ابن سیده، ۱۵۱/۹؛ راغب اصفهانی، ۴۴۸) و در این آیه شریفه: ﴿قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَ لَكُمْ

شَرِبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ ﴿﴾ (شعراء، ۱۵۵) این کلمه، به همین معنا استعمال شده است. همچنین شَرِبُ با کسره به معنای وقت نوشیدن نیز است (فراهیدی، ۲۵۶/۶؛ ازدی، ۷۰۸/۲).

حقّابه یا حق الشرب در اصطلاح فقه امامیه ریشه در معنای لغوی آن دارد و فقهای امامیه آن را به حظ و نصیب و بهره از آب تعریف کرده‌اند (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۳۶/۷؛ مجلسی، مرآة العقول، ۸۱/۲۶؛ طباطبائی، ۱۰۶/۱۴؛ خوانساری، ۲۴۷/۵). از میان فقهای اهل سنت، فقهای حنفی مذهب به بحث حق الشرب اعتنای بیشتری داشته‌اند و در توضیح و تبیین مفهوم آن کوشیده‌اند. علاء الدین کاسانی در تعریف حقّابه می‌نویسد: «حق الشرب عبارت است از حق نوشیدن آب و حق آبیاری کشاورزی» (کاسانی، ۱۶۴/۵؛ و ۱۸۸/۶) و سرخسی آن را اینگونه تعریف می‌کند: «شرب به معنای بهره و نصیب از آب برای زمین‌های کشاورزی و غیر از آنها است» (سرخسی، ۲۸۴/۲۳) و در تعریفی دیگر آمده است: «نوبت استفاده و انتفاع از آب برای آبیاری زمین، درخت و مزرعه حق الشرب است» (قدری پاشا، ص ۹) و در برخی منابع فقهی حق الشفّه را به حقّابه ملحق کرده‌اند که به معنای حق الشرب است که مراد از آن؛ حق انسان و حیوان در آشامیدن به مقدار رفع عطش و نه سیراب شدن، است. (زحیلی، ۴۶۲/۵).

حقابه در قوانین موضوعه

کهن‌ترین و باستانی‌ترین قانون آب، قانون حمورابی است که قدمتی بیش از ۳۷۰۰ سال دارد. در مواد ۵۳ تا ۵۶ از بخش چهارم این قانون، به نحوه آبیاری و استفاده از حقّابه اشاره شده است (محمود الامین، ص ۲۵-۲۶). همچنین سابقه حقّابه در قوانین موضوعه ایران به «قانون مدنی» مصوب ۱۳۰۷ شمسی، باز می‌گردد. مواد ۱۴۸ تا ۱۶۱ این قانون به موضوع حیازت منابع آبی و مالکیت بر آن، پرداخته است. البته این مواد، با قانون «آب و نحوه ملی شدن آن» در سال ۱۳۴۷ شمسی منسوخ شد. این قانون، آبهای مباح را به صورت یکی از اموال عمومی، اعلام کرد که توسط دولت اداره می‌شود. همچنین بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۱ قانون «توزیع عادلانه آب» مصوب سال ۱۳۶۱ شمسی که مطابق قواعد و احکام ثانویه فقهی مانند قاعده مصلحت و قاعده نفی اختلال نظام، تدوین شده‌اند، آب از مشترکات عمومی و در اختیار حکومت و دولت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامّه از آن بهره‌برداری شود. منطبق بر نظریه ولایت فقیه در فقه سیاسی امامیه، دولت و کارگزاران آن، با اذن ولی فقیه، مجری قوانین پیشگفته در حوزه آب هستند و تخلف از قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران،

هرچند آن تخلف، مطابق حکم اولی فقهی باشد، جائز نیست؛ زیرا قوانین موضوعه جدید مانند قانون «توزیع عادلانه آب» مصوب سال ۱۳۶۱ منطبق بر عناوین ثانویه که با انطباق عنوان بر موضوع، دیگر مجالی برای عمل به حکم اولی نمی‌ماند. ذکر این نکته ضروری است که در فقه اسلامی نیز هرچند مباحث مرتبط با حقایق به صورت مختصر و پراکنده در ابواب مختلف فقهی ذکر شده است؛ اما این مباحث به صورت مجزا و مستقل، مورد بررسی قرار نگرفته است.

اسباب ایجاد حَقَّابَه

حَقَّابَه از جمله حقوق مالی است که قابلیت نقل و انتقال به صورت ضمنی و یا مستقل در برابر عوض و یا به صورت مجانی را دارد. در منابع فقه اسلامی ایجاد حَقَّابَه و ثبوت آن و همچنین انتقال آن اسبابی دارد که به موارد آن در ادامه اشاره می‌شود: فقهای امامیه گاه آب و منابع آن را از مشترکات عمومی دانسته‌اند (شهید اول، الدروس الشرعية، ۱۷۴/۳؛ خمینی، ۲/۲۱۶)، و گاه آن را از مباحات دانسته‌اند (طوسی، المبسوط، ۲۸۲/۳-۲۸۳؛ ابن براج، ۲/۳۹؛ ابن ادریس، ۲/۳۸۵)، و برخی دیگر آب را از انفال به شمار آورده‌اند (کلینی، ۱/۵۳۸؛ مفید، ۲۷۸؛ حلبی، ۱۷۰-۱۷۱؛ سیستانی، ۲/۳۰۴؛ فیاض، ۳۸۷-۳۸۸).

مشترکات عامه، مباحات و انفال از عناوین مالکیت عمومی هستند که با وجود قرابت مفهومی، در آثار و احکام با یکدیگر متفاوت هستند. مشترکات عمومی اموالی هستند که مالک خصوصی ندارند و متعلق به عموم مردم است که همه مردم در استفاده و بهره‌گیری از آنها برابر هستند (نجفی، ۷۶/۳۸)، شارع مقدس، اجازه تملک این اموال را به کسی نداده است؛ بلکه تنها اجازه انتفاع و بهره‌برداری از آن اموال را داده است، مانند: راه‌ها، خیابان‌ها، مساجد و پل‌ها (جمعی از پژوهشگران، ۱۲۲/۲).

اما مباحات عام، ثروت‌های طبیعی هستند که مالک خاص ندارند و عموم مردم در حق بهره‌برداری از آنها مشترک هستند و مانع شرعی برای بهره‌گیری و یا تملک آن وجود ندارد؛ مانند: مراتع و علفزارها و از آن جهت که امکان بهره‌برداری از این موارد برای هر فرد وجود دارد آنها را مباحات اصلیه نیز گفته‌اند (نراقی، ۱۱۹).

تفاوت در احکام و ویژگی‌ها، دو عنوان اشتراک عمومی و مباحات اصلیه را از یکدیگر متمایز می‌سازد که در ذیل به آن اشاره می‌شود:

۱. مشترکات یا منافع عمومی به هیچ‌وجه تحت تملک خصوصی واقع نمی‌شود

(عاملی، ۱۱۳/۱۹)، بنابراین مقدمات تملک، مانند: تحجیر و احیای این موارد جایز نیست (محقق حلی، ۲۷۷/۳؛ علامه حلی، ۵۰۳/۴)، در صورتی که مباحات عامه با حیازت و احیا، تحت تملک افراد در می‌آید (حلبی، ۳۵۹؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۱۵۶/۲-۱۵۷؛ همو، تذکره، ۱۲۱/۹؛ همو، منتهی المطلب، ۱۷۵/۱۴).

۲. خرید و فروش مشترکات عمومی جایز نیست (کاشف الغطاء، ۲۱۸) اما خرید و فروش مباحات بعد از حیازت و اخذ آن، جایز است (علامه حلی، تذکره، ۳۹/۱۰؛ همو، قواعد الأحکام، ۲۳/۲).

۳. در مشترکات عمومی افراد اجازه بهره‌برداری بیش از حد نیاز خود، از این منابع را ندارند (طوسی، المبسوط، ۲۷۴/۳؛ ابن ادریس، ۴۸۳/۱؛ و ۳۸۳/۲)؛ زیرا همه مردم حق استفاده از این منابع را دارند و نباید استفاده یک نفر، مانع از بهره‌برداری دیگر افراد شود. همچنین استفاده از این منابع، منوط به عدم اضرار به دیگران است (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۲۷۰/۲؛ عاملی، ۱۱۲/۱۹)؛ اما در مباحات هر چند حیازت آن مشروط به عدم اضرار است ولی محدود به مقدار رفع نیاز نیست.

۴. حاکم اسلامی نمی‌تواند مشترکات و سرمایه‌های ملی را به دیگران واگذار کند که در اصطلاح به آن «إقطاع» گفته می‌شود (طوسی، المبسوط، ۲۷۴/۳؛ ابن ادریس، ۴۸۳/۱؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۲۷۰/۲).

۵. با توجه به این که مشترکات عامه قابل تملک نیست، حق انتفاع و ارتفاع برای عموم مردم ثابت است (عاملی، ۱۰۳/۱۹) و استباق و پیشی گرفتن، صرفاً برای افراد، حق اولویت در انتفاع، ایجاد می‌کند (محقق حلی، ۲۲۱/۳؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۲۵۱/۲؛ همو، منتهی المطلب، ۲۹۶/۱۵؛ شهید اول، ذکری، ۱۵۵/۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۳۰۶/۷) اما مباحات اصلی بعد از حیازت، مورد تملک قرار می‌گیرند.

ذکر این نکته ضروری است که باید بین آب و منابع طبیعی آب مانند دریا و رودخانه، تفاوت قائل شد. به نظر می‌رسد می‌توان منبع آب که متشکل از مکان، آب و دیگر عناصر طبیعی است را از مشترکات عامه دانست و آب موجود در این منابع را از مباحات اصلیه دانست که حیازت، احیا، خرید و فروش آن جایز است و با توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی و «قانون توزیع عادلانه آب» که مطابق قاعده «مصلحت عمومی و نفی اختلال نظام» طراحی و تصویب شده است، ماهیت فقهی آب به عنوان ثانوی به اشتراک عمومی تغییر یافته و نمی‌توان بدون اذن حکومت و دولت اسلامی از آن منابع، برداشت کرد.

با توجه به تفاوت‌های مذکور در احکام و آثار هر یک از عناوین، گنجاندن آب و منابع آن، تحت هر یک از عناوین مشترکات و مباحات اصلیه، منجر به نتایج و ثمرات متفاوتی می‌شود، اگر آب را از مشترکات عامه بدانیم؛ قابل تملک نبوده و تنها افراد حق انتفاع از آب، به مقدار نیاز خود را دارند که منوط به عدم اضرار به دیگران است و همچنین غیر قابل خرید و فروش است. اما اگر آب از مباحات اصلیه باشد، آب و منابع آن قابل تملک و حیازت است و قابلیت معاوضه و خرید و فروش را دارد و حیازت آن محدود به حدّ خاص و مشخصی نیست. همچنین اگر آب و منابع آن از انفال باشد در این صورت منابع آب ملک امام است و برخی از فقهاء حیازت آب را - با آنکه آن را از انفال و ملک امام می‌دانند - سبب ملکیت دانسته‌اند (سیستانی، ۳۰۴/۲) و برخی دیگر حیازت را موجب حق اولویت می‌دانند (فیاض، ۳۸۷).

به هر جهت در فقه امامیه مسلمانان به‌طور خاص^۱ و آحاد مردم به‌طور عام^۲ در منابع آب شریک هستند و حق بهره‌برداری از این منابع را برای مصارف صنعتی، کشاورزی و خانگی دارند. البته این بهره‌برداری‌ها در پرتوی مفهوم عام حدیث «لاضرر» و قاعده فقهی «نفي ضرر»، مشروط به عدم اضرار به غیر است.

در فقه مذاهب چهارگانه آب و منابع تامین کننده آب، مانند: دریا و رودها از مشترکات عمومی است که عامه مردم حق استفاده به صورت شرب خانگی، آبیاری کشاورزی و مصارف صنعتی را دارند. فقهای حنفی (سرخسی، ۲۹۰/۲۳؛ کاسانی، ۱۸۹/۶؛ مرغینانی، ۳۸۷/۴؛ ابن مودود، ۷۰/۳) و فقهای شافعی (انصاری، ۴۵۴/۲؛ شربینی، ۱۴۱۵، ۵۱۶/۳) و فقهای مالکی (ابن رشد، البیان و التحصیل، ۲۸۶/۱۰؛ همو، المقدمات الممهّدات، ۳۰۱/۲) و فقهای حنبلی (ابن قدامه، المغنی، ۲۱۵/۴؛ همو، الشرح الکبیر، ۲۱/۴؛ بهوتی، ۱۹۹/۴؛ مرداوی، ۲۷۹/۶) بر این نکته اتفاق نظر دارند و شرط استفاده از این مشترکات را عدم ضرر رسانی به دیگران دانسته‌اند. (سرخسی، ۲۹۲/۲۰؛ ابن عابدین، ۲۲۰/۲)

مبتنی بر نظریات مطرح شده در ماهیت فقهی آب، در صورتی که آب و منابع آن را از مشترکات عمومی و یا از مباحات عامه و یا از انفال بدانیم، میزان و نحوه انتفاع از این

۱. مبتنی بر روایت منقول از امام موسی کاظم علیه السلام: «إِنَّ الْمُسْلِمِينَ شُرَكَاءُ فِي الْمَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَلْبِ؛

مسلمانان در آب، و آتش (هیزم) و چراگاه، شریک‌اند». (صدوق، ۲۳۹؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۶/۷).

۲. مبتنی بر روایت منقول از پیامبر صلی الله علیه و آله: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ: فِي الْكَلْبِ، وَالْمَاءِ، وَالنَّارِ؛

مردم در سه چیز شریک‌اند: آب، و آتش (هیزم) و چراگاه» (طوسی، الخلاف، ۵۳۳/۳).

منابع برای تمام مردم متفاوت است. و استفاده و بهره‌گیری از منابع آب مانند: دریاها، رودها، رودخانه‌ها، برکه‌ها، تالاب‌ها، حوضچه‌های طبیعی، منابع سطحی و زیر سطحی آب که در مالکیت خصوصی نیستند؛ احکام خاصی خواهد داشت. باید توجه داشت که عموم مردم «حقّ نوشیدن» دارند که در فقه اهل سنت اصطلاحاً به آن «حقّ الشّقه» گفته می‌شود (زحیلی، ۲۰۰۵، ۴۶۲/۵).

انتقال حقّابه

حقّابه از جمله حقوقی است که قابل نقل و انتقال است و خرید و فروش آن مجاز است. در فقه امامیه حقّابه یا از منابع آب‌های مباح است، یا از منابع آب با مالک خصوصی و مالک یا خود شخص بهره بردار است یا فردی دیگر. در معاوضه هر یک از این موارد، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد که در ادامه به آن اشاره می‌شود:

برخی از فقهای امامیه خرید و فروش حقّابه‌های منشعب از آب‌های مباح را مجاز می‌دانند (مفید، ۶۱۳؛ طوسی، النهایة، ۴۱۷؛ ابن ادریس، ۳۷۲/۲؛ سلار دیلمی، ۱۸۰؛ ابن براج، ۳۸/۲؛ حلی، ۲۷۴؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۴۳۸/۲؛ همو، قواعد الأحکام، ۲۷۳/۲) و تصریح کرده‌اند که خرید و فروش حقّابه به صورت مستقلّ و یا در ضمن خرید زمین کشاورزی، جایز است (ابن براج، ۳۸/۲) و در صورت خرید زمین بدون ذکر حقّابه در متن عقد بیع، حقّابه منتقل نمی‌شود و خارج از قرارداد است (علامه حلی، تذکرة، ۵۹/۱۲) برخی دیگر از فقها با استناد به مباح بودن این گونه منابع آبی برای عموم مردم، معاوضه حقّابه از آب‌های مباح را جایز نمی‌دانند (ابن حمزه، ۱۳۴). در مورد فروش حقّابه به غیر، توسط مالک آب مانند آب چاه و چشمه سه دیدگاه وجود دارد:

الف - عدم جواز فروش آب اضافی مطلقاً و وجوب بذل آن برای مصارف شرب
دیگر افراد و حیوانات آنها و استحباب بذل آب به دیگران برای مصارف کشاورزی (طوسی، الخلاف، ۵۳۲/۳؛ همو، المبسوط، ۲۸۱/۳) این دیدگاه مستند به نهی رسول خدا - صلی الله علیه و آله - از خرید و فروش آب اضافه و مازاد بر نیاز^۱ است.

ب - جواز فروش آب به صورت پیمانه شده (مکیل) و یا وزن شده (موزون) و عدم جواز فروش کل آب چاه و تمام آب چشمه (طوسی، المبسوط، ۲۸۰/۳-۲۸۱؛ ابن

۱. «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ فُضْلِ الْمَاءِ». (ابن حنبل، ۲۳، ۹ و ۱۶؛ مسلم، ۳، ۱۱۹۷).

ادریس، ۳۸۴/۲؛ محقق حلی، ۲۲۳/۳؛ علامه حلی، تحریر الأحكام، ۵۰۱/۴؛ همو، تذكرة، ۴۰۹-۴۱۰؛ همو، قواعد الأحكام، ۲۷۳/۲، کرکی، ۵۳/۷؛ شهید ثانی، مسالك، ۴۴۷/۱۲؛ سبزواری، ۵۶۸/۲؛ دلیل عدم جواز فروش کل آب چاه این است که در این نوع عقد بیع، مبیع مجهول است و نیز لحظه به لحظه به مقدار آب اضافه می‌شود و آب تازه با آب قبلی مخلوط می‌شود (شهید ثانی، مسالك، ۴۴۷/۱۲؛ سبزواری، ۵۶۸/۲)؛ و نیز دشوار بودن و یا عدم امکان تحویل مبیع (تعذر تسلیم) (محقق حلی، ۲۲۳/۳؛ علامه حلی، قواعد الأحكام، ۲۷۳/۲) که موجب غرر و جهالت در عقد بیع می‌شود (طباطبائی، ۱۳۲/۱۴). برخی از فقها برای حل این مشکل، دیگر معاوضات غیر از بیع مانند صلح را در انتقال حقایق مجاز شمرده‌اند (شهید ثانی، مسالك، ۴۴۷/۱۲؛ سبزواری، ۵۶۸/۲، عده‌ای دیگر، عقد هبه را نیز جایز دانستند (نجفی، ۱۲۱/۳۸).

شایان ذکر است امروزه با وجود ابزارهای دقیق اندازه گیری میزان آب در چاه و چشمه، مجهول بودن میزان و مقدار مبیع، منتفی است. بنابراین، موضوع حکم غرر که از مشکلات فقهاء گذشته در این مورد بوده است؛ در حال حاضر وجود ندارد و در فرض مذکور، دلیل نفی غرر، برای حکم به عدم جواز فروش آب، قابل استناد نیست.

ج- کراهت فروش حقایق با توجه به وجود دو دسته روایت در این مسئله که دسته اول حاکی از نهی رسول خدا صلی الله علیه و آله از فروش مقدار آب اضافه بر نیاز است (کلینی، ۲۷۷/۵؛ طوسی، الخلاف، ۵۳۳/۳؛ همو، المیسوط، ۲۸۱/۳)، و دسته دوم روایات صحیح السندی مانند صحیحہ سعید الاعرج^۱ (کلینی، ۲۷۷/۵؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۹/۷) و صحیحہ عبدالله کاهلی^۲ (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۹/۷) است که حکم به

۱. «أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ سَعِيدِ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الشَّرْبُ مَعَ قَوْمٍ فِي قَنَاةٍ فِيهَا شُرَكَاءُ فَيَسْتَعْنِي بَعْضُهُمْ عَنْ شُرْبِهِ أَوْ يَبِيعُ شُرْبَهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَ بَاعَهُ بَوْرِقٍ وَإِنْ شَاءَ بَاعَهُ بِكَيْلِ حِنْطَةٍ. سَعِيدُ أَعْرَجٍ كَوَيْدٌ: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی با جماعتی در (آب) قناتی شریک است و برخی از ایشان به سهم آب خود نیاز ندارد، آیا می‌تواند آن را به دیگری بفروشد؟ فرمود: آری، هر گاه بخواهد درقبال پول یا پیمانہ گندم، مبادله کند.» فقهای بسیاری حکم به صحت سند این روایت کرده‌اند (نک: علامه حلی، تذكرة، ۴۱۰؛ سبزواری، ۵۶۸/۲؛ فیض، ۲۶/۳؛ مجلسی، مرآة العقول، ۳۶۵/۱۹؛ عاملی، ۱۶۳/۱۹؛ طباطبائی، ۱۳۰/۱۴؛ نجفی، ۱۱۹/۳۸؛ خوانساری، ۲۴۶/۵).

۲. «الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ وَ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ الْكَاهِلِيِّ قَالَ: سَأَلَ رَجُلٌ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع وَ أَنَا عِنْدَهُ عَنْ قَنَاةٍ بَيْنَ قَوْمٍ لِكُلِّ رَجُلٍ مِنْهُمْ شَرْبٌ مَعْلُومٌ فَاسْتَعْنَى رَجُلٌ مِنْهُمْ عَنْ شُرْبِهِ أَوْ يَبِيعُهُ حِنْطَةً أَوْ شَعِيرٍ قَالَ يَبِيعُهُ بِمَا شَاءَ هَذَا مِمَّا لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ: : عبدالله کاهلی گوید: مردی از امام صادق علیه السلام در حالی که من در نزد ایشان بودم، سوالی پرسید، درباره قناتی که بین گروهی مشترک است ←

صحت فروش حقّ الشرب می‌کنند که منطبق بر قواعد جمع بین روایات؛ دسته اول حمل بر کراهت می‌شوند (طوسی، الاستبصار، ۱۰۷/۳؛ ابن براج، ۳۸/۲؛ علامه حلی، تذکره، ۴۱۰؛ همو، مختلف الشیعه، ۲۰۴/۶)، طرفداران این دیدگاه فروش کل آب چاه و چشمه را با قید دوام و استمرار مجاز شمرده‌اند (شهید اول، الدروس، ۶۷/۳؛ سبزواری، ۵۶۸/۲).
فقه‌های امامیه، معاوضه حقّابه، از منابع آب با مالکیت خصوصی توسط فرد غیر مالک را از موارد بیع فضولی می‌دانند و صحت این قرارداد را بنابر نظر مشهور فقه‌های امامیه؛ موقوف بر اجازه مالک می‌شمرند.

در فقه دیگر مذاهب، معاوضه و خرید و فروش حقّابه به صورت ضمنی یعنی در ضمن خرید زمین، به اتفاق فقه‌های اهل سنت جایز است. (کاسانی، ۱۶۴/۵ و ۱۸۹/۶؛ ابن مازہ، ۳۶۲/۶؛ زیلعی، ۵۱/۴؛ ابن همام، ۲۸۴/۶؛ ابن قدامه، المغنی، ۳۱/۵؛ همو، الشرح الکبیر، ۲۳/۵؛ حجاوی، ۱۹۹/۲؛ مرداوی، ۱۸۶/۵)
اما نسبت به خرید حقّ الشرب به صورت منفرد، فقه‌های اهل سنت اختلاف نظر دارند که به صورت کلی دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: جواز خرید و فروش حقّابه به صورت منفرد که فقه‌های مالکیه این دیدگاه را اختیار کرده‌اند (مالک، ۳۱۲/۳ و ۴۷۰/۴؛ ابن براج، ۲۶۵/۳؛ صقلی، ۱۰۴۳/۱۳) و یکی از دو قول منسوب به شافعیه (ماوردی، ۲۷۰؛ شربینی، ۴۴۸/۳) و حنابله (ابن فراء، ۲۱۵؛ ابن قدامه، المغنی، ۳۱/۵؛ همو، الشرح الکبیر، ۲۳/۵؛ حجاوی، ۱۹۹/۲؛ مرداوی، ۱۸۶/۵) است. همچنین فقه‌های حنفی مکتب بلخ (ابن همام، ۴۲۸/۶) این قول را اختیار کرده‌اند. مدافعان این دیدگاه معتقدند حقّابه مانند دیگر اموال، قابل تصرف و خرید و فروش است و مالک می‌تواند هر تصرفی که بخواهد در آن انجام دهد.
دیدگاه دوم: عدم جواز خرید و فروش حقّابه؛ که دیدگاه مختار اکثر فقه‌های حنفیه (کاسانی، ۱۶۴/۵ و ۱۸۹/۶؛ ابن مازہ، ۳۶۲/۶؛ زیلعی، ۵۱/۴؛ ابن همام، ۲۸۴/۶) و دیدگاه دوم شافعیه (شربینی، ۴۴۸/۳) و دیدگاه دوم حنابله (ابن قدامه، المغنی، ۳۳۵/۴ و ۳۱/۵؛ همو، الشرح الکبیر، ۲۳/۵؛ حجاوی، ۱۹۹/۲؛ مرداوی، ۱۸۶/۵) است و بر دیدگاه

→ و هر فرد سهم مشخصی از آن دارد و فردی از آنان نسبت به سهم خویش بی‌نیاز می‌شود؛ آیا می‌تواند سهم خود را در مقابل گندم و جو بفروشد، امام فرمودند: سهم خود را در مقابل هر چه که می‌خواهد بفروشد و اشکالی ندارد» برخی از فقها بر صحت سند این روایت تأکید کرده‌اند (نک: علامه حلی، تذکره، ۴۱۰؛ مجلسی، ملاذ الأخیار، ۲۱۱/۱۱؛ طباطبائی، ۱۳۱/۱۴؛ نجفی، ۱۲۰/۳۸).

خود، به وجوهی استدلال کرده‌اند: ۱. سنت: جابر از پیامبر صلی الله علیه و آله روایت می‌کند که: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ» (مسلم، ۱۱۹۷/۳؛ ابن حنبل، ۹/۲۳)؛ وجه استدلال: پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله از فروش اضافه آب نهی کرده است و حَقَّابَه نیز اضافه آب محسوب می‌شود؛ بنابراین خرید و فروش حَقَّابَه جایز نیست. پس صاحب حَقَّابَه تا زمانی که به آن احتیاج دارد می‌تواند از آن استفاده کند و زمانی که به آن احتیاج ندارد؛ نمی‌تواند آن را بفروشد و کسی که به آن احتیاج دارد در استفاده از آن اولویت دارد. (ابن قدامة، المغنی، ۳۳۶/۴). همچنین روایتی که از بعضی از صحابه پیامبر صلی الله علیه و آله نقل شده است که گفت از پیامبر صلی الله علیه و آله شنیدم که فرمود: «مسلمانان در سه چیز با هم شریک‌اند؛ چراگاه، آب و آتش (هیزم)» (ابن حنبل، ۱۷۴/۳۸). وجه استدلال: پیامبر صلی الله علیه و آله شراکت تمام مسلمین در آب را بیان کرده است؛ پس جایز نیست که شریک، چیزی را که برای شریک‌اش مباح است به او بفروشد (صنعانی، ۱۲۶/۲).

۲. همچنین حنفیه استدلال کرده‌اند به اینکه خرید و فروش حَقَّابَه جایز نیست به خاطر اینکه مقدار آن نامعلوم است و باعث غرر می‌شود و یا اینکه اساساً حَقَّابَه، مال دارای قیمت نیست (مرغینانی، ۳۹۱/۴؛ کاسانی، ۱۸۹/۶؛ بایرتی، ۸۷/۱۰؛ عینی، ۳۳۸/۱۲؛ ابن نجیم، الأشباه و النظائر، ۲۱۲). منشأ اختلاف در این سؤال است که آیا حَقَّابَه مالیت دارد یا ندارد؟ کسی که معتقد است حَقَّابَه مالیت دارد، قائل به جواز خرید و فروش آن است و کسی که معتقد است حَقَّابَه مالیت ندارد، قائل به عدم جواز خرید و فروش آن است (تویجری، ۱۰۵).

نقش حیات در حَقَّابَه

حیات به معنی «جمع کردن و گرد آوردن هر چیزی» است (دهخدا، ۸۱۱۹/۶) و در اصطلاح به معنای استیلاء و تحت تصرف درآوردن مباحات منقولی که در ملک کسی نیست، (عاملی، ۴۱۴/۲۰) و نیز به معنای اخذ، حفظ و اختصاص به آن شیء است (عاملی، ۸۳۱/۱۷). در فقه امامیه، حیات مباحات؛ سبب ملکیت است، اما در اینکه حصول ملکیت مشروط به قصد تملک است یا صرف حیات در تحقق ملکیت کافی است به این معنا که شارع حیات را سبب قهری برای تملک قرار داده است (طوسی، المبسوط، ۳۴۶/۲؛ بحرانی، ۱۸۹/۲۱؛ نجفی، ۳۲۴/۲۶) و یا تملک علاوه بر حیات محتاج نیت تملک نیز است (فخرالمحققین، ۳۰۳/۲؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۲۴/۴-۳۲۵)؛

عاملی، ۴۱۲/۲۰) و یا حیازت تنها در فرضی که شخص، نیت عدم تملک نداشته باشد؛ موجب ملکیت خواهد شد (کرکی، ۵۰/۸-۵۲)، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. برخی از فقهاء در فتوا دادن در مسئله تردید داشته و توقف نموده اند (محقق حلی، ۱۰۸/۲؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ۲۳۵/۲، همو، قواعد الأحکام، ۳۳۰/۲؛ همو، مختلف الشیعة، ۲۳۹/۶؛ عاملی، ۸۳۱/۱۷)، وجه تردید در افتاء، این است که از یک طرف، تسلط و استیلاء در حیازت وجود دارد که در شهادت بر مالکیت می توان به صرف استیلاء اکتفا کرد؛ همچنین سببیت حیازت برای ملکیت فی الجمله ثابت است و احتیاج به نیت تملک مشکوک است، که با اصل برائت نفی می شود (شهید ثانی، مسالک، ۳۲۸/۴؛ نجفی، ۳۲۱/۲۶). از طرف دیگر اصل اولی در مباحات، عدم ملکیت است که حیازت همراه با نیت تملک یقیناً از این اصل خارج است، بنابراین باقی موارد (حیازت بدون نیت تملک) تحت این اصل باقی می ماند (عاملی، ۸۳۱/۱۷).

به هر جهت در فقه امامیه به اجماع فقهاء (نجفی، ۱۲۴/۳۸)، فرد فراهم کننده آب از منابع مباحات اصلیه، همراه با نیت تملک، مالک آن می شود (علامه حلی، تذکره، ۴۰۶؛ همو، تحریر الاحکام، ۴۹۵/۴؛ کرکی، ۵۲/۷؛ شهید ثانی، مسالک، ۴۴۴/۱۲؛ فیض، ۲۵/۳؛ سبزواری، ۵۶۶/۲).

در فقه اهل تسنن نیز حیازت یکی از اسباب ملکیت به شمار می آید (جمعی از نویسندگان، ۲۹۰/۱۸) و همچنین فقهای مذاهب چهارگانه در مسئله حیازت آب از منابع مباحات اصلیه، مانند فقهای امامیه فتوا داده اند (کاسانی، ۱۸۸/۶؛ ابن همام، ۸۰/۱۰؛ نووی، ۱۴۹/۱۱؛ دمیری، ۴۴۴/۵؛ بهوتی، ۱۸۹/۴؛ قرافی، ۱۶۰/۶؛ جندی، ۲۶۵/۷؛ زحیلی، ۴۶۳/۵)، غیر از برخی از فقهای شافعی که قائل هستند شخص جمع کننده آب حق اولویت دارد و مالک آب نیست (ابن ملقن، ۹۵۸/۲؛ شربینی، ۵۱۸/۳).

بنابراین در فقه اسلامی حیازت چه سبب ملکیت بر آب شود و چه سبب حق اولویت در بهره گیری از منابع آب شود، یکی از اسباب ایجاد حق الشرب و حَقّابه است؛ زیرا حق الشرب و حَقّابه از حقوق مسلم شخص مالک آب و شخصی است که نسبت به آب حق اولویت دارد.

واگذاری مجانی حَقّابه

از دیگر اسباب ایجاد حق الشرب و حَقّابه، تبرع یا نقل مجانی حق است. تبرع به معنای بذل و اعطای شیء اعم از عین، منفعت و حقوق، به شخص دیگر به صورت مجانی و

بلاعوض و با نیت احسان و نیکوکاری است. تبرع می تواند به صورت هبه، وصیت و وقف باشد. (عبد الرحمن، ۴۳۲/۱). مبتنی بر آموزه های فقه امامیه، توافق و تراضی بر استفاده از حَقَّابه از منابع مباحات اصلی، در زمان بندی مشخص نوعی قرارداد «مهایات» است (علامه حلی، تذکرة، ۴۰۹؛ مامقانی، ۱۱۶/۲). قرارداد مهایات، تقسیم منفعت یک عین به صورت زمان بندی مشخص بین چند نفر می باشد (شهید ثانی، الروضة، ۱۱۶/۳) بنابراین استفاده از حَقَّابه توسط افراد مختلف در بازه های زمانی معین که مبتنی بر توافق و تراضی است، نوعی «تبرع» و بذل و از مصادیق قرارداد «مهایات» و عقدی غیر لازم است که موجب انتقال مالکیت نشده و صرفا باعث اباحه تصرف می شود (علامه حلی، تذکرة، ۴۰۹). از آن جا که این قرارداد، توافقی غیر الزام آور است؛ هر یک از طرفین که قصد رجوع به حَقَّابه خود را داشته باشد، می تواند توافق را فسخ کرده و از حَقَّابه خود استفاده کند (علامه حلی، تذکرة، ۴۰۹).

در فقه مذاهب چهارگانه نیز ثبوت حق الشرب از طریق «تبرع» مورد اجازه واقع شده است و شخص می تواند به فرد دیگر اجازه دهد تا از منابع آب او بهره برداری کند (مرغینانی، ۳۸۹/۴؛ عینی، ۳۲۱/۱۲؛ ابن همام، ۸۱/۱۰) جمهور فقهای مذاهب، «تبرع» را قراردادی غیر لزوم آور دانسته و برای مالک حَقَّابه، حق رجوع قائل هستند (مرغینانی، ۳۸۹/۴؛ تویجری، ۱۲۵). اما از دیدگاه فقهای مالکیه؛ مالک حَقَّابه، حق رجوع ندارد و «تبرع» قراردادی لزوم آور است؛ زیرا توافق آنان یا به صورت مطلق و غیر مدت دار بوده، یا به صورت مدت دار؛ در صورت مدت دار بودن، مالک حَقَّابه در طول مدت قرارداد حق رجوع ندارد و در صورت غیر مدت دار بودن، باید اجازه دهد مدت زمانی که در عرف و عادت می توان از آن بهره برداری کرد بگذرد و بعد از آن مدت، حق رجوع دارد (تُسولی، ۴۱۳/۲-۴۱۴).

ذکر این نکته ضروری است که فقهای حنفیه انتقال حَقَّابه در قالب هبه و صدقه را جایز نمی دانند (کاسانی، ۱۹۰/۶؛ مرغینانی، ۳۹۱/۴؛ عینی، ۳۳۸/۱۲؛ زیلعی، ۴۳/۶؛ ابن نجیم، البحر الرائق، ۲۴۶/۸؛ ابن عابدین، ۴۴۵/۶) زیرا حَقَّابه را از حقوق مالی نمی دانند.

انتقال حَقَّابه از طریق ارث و وصیت

در فقه اسلامی انتقال حَقَّابه و حق الشرب به وسیله ارث به دو صورت متصور است: ۱. ارث بردن حَقَّابه به تبع زمین؛ ۲. ارث بردن صرف حَقَّابه. صورت اول در جایی است که مالک زمین دارای حَقَّابه از دنیا برود، در این صورت، زمین و حق الشرب آن، از

طریق ارث به ورثه منتقل می شود و سهم هر وارث از حقّابه به نسبت سهم الارث هر یک متفاوت است (مالک، ۴/۴۷۰؛ ابن برادعی، ۴/۱۸۰) و صورت دوم در جایی است که فرد مالک، زمین را به صورت مجرد از حقّابه بفروشد که در این حالت حقّابه آن زمین در ملکیت مالک اول باقی مانده و بعد از مرگ به ورثه او منتقل خواهد شد. فقهای حنفیه که حقّ الشرب را از حقوق مالی نمی دانند و فروش جداگانه آن را اجازه نمی دهند (کاسانی، ۶/۱۸۹) به انتقال حقّابه به وسیله ارث تصریح کرده اند (کاسانی، ۶/۱۹۰؛ مرغینانی، ۴/۳۹۱؛ عینی، ۱۲/۳۳۸؛ ابن نجیم، البحر الرائق، ۸/۲۴۶) با این تعلیل که عدم جواز فروش حقّابه مستلزم عدم انتقال به وسیله ارث نیست؛ همانطور که حق قصاص قابل فروش نیست اما با ارث منتقل می شود (بابرتی، ۱۰/۸۷؛ ابن عابدین، ۶/۴۴۵).

از دیگر اسباب انتقال حقّابه، وصیت به حقّابه است. در فقه اسلامی وصیت به حقّابه امری مجاز شمرده شده است (زحیلی، ۵/۴۶۷) همچنین فقهای حنفیه که وصیت به فروش حقّابه را جایز نمی دانند زیرا اصل فروش حقّابه را مجاز نمی دانند اما وصیت به حقّابه را جایز می دانند (کاسانی، ۶/۱۹۰؛ مرغینانی، ۴/۳۹۱؛ عینی، ۱۲/۳۳۸).

نتیجه گیری

مبتنی بر مطالعات انجام شده در این مقاله، نتایج ذیل حاصل می شود:

- ۱) حقّابه یا حقّ الشرب در فقه، حظ و نصیب و بهره از آب است و یا نوبت استفاده و انتفاع از آب برای آبیاری زمین، درخت و مزرعه است.
- ۲) به نظر می رسد می توان منبع آب که متشکل از مکان، آب و دیگر عناصر طبیعی است را از مشترکات عامه دانست و آب موجود در این منابع را از مباحات اصلیه دانست که حیات، احیا، خرید و فروش آن جایز است و با توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی و «قانون توزیع عادلانه آب» که مطابق قاعده «مصلحت عمومی و نفی اختلال نظام» طراحی و تصویب شده است، ماهیت فقهی آب به عنوان ثانوی به اشتراک عمومی تغییر یافته و نمی توان بدون اذن حاکم اسلامی از این منابع، برداشت کرد.
- ۳) حقّابه از جمله حقوقی است که قابل نقل و انتقال است، و خرید و فروش آن مجاز است. معاوضه حقّابه از آبهای مباح، جایز بوده و فروش حقّابه به غیر، توسط مالک آب، توسط برخی از فقها تحریم شده و برخی دیگر فروش آب را به صورت پیمانانه شده (مکیل) و یا وزن شده (موزون) مجاز شمرده اند. خرید و فروش حقّ الشرب به صورت

منفرد، در نزد فقهای حنفی ممنوع است زیرا ایشان برای حقّابه مالیت قائل نیستند و حقّ الشرب را از حقوق مالی نمی دانند.

۴) در فقه اسلامی حیات چه سبب ملکیت بر آب باشد و چه سبب حق اولویت در بهره گیری از منابع آب بشود، یکی از اسباب ایجاد حق الشرب و حقّابه است؛ زیرا حق الشرب و حقّابه از حقوق مسلم شخص مالک آب و شخصی است که نسبت به آب حق اولویت دارد.

۵) از دیگر اسباب ایجاد حق الشرب و حقّابه تبرع یا نقل مجانی حق است. تبرع می تواند به صورت هبه، وصیت، وقف و اعاره و باشد. استفاده از حقّابه توسط افراد مختلف در بازه های زمانی معین که مبتنی بر توافق و تراضی باشد، نوعی «تبرع» و بذل و از مصادیق قرارداد «مهایات» و عقدی غیر لازم است. فقهای حنفیه انتقال حقّابه در قالب هبه و صدقه را جایز نمی دانند.

۶) انتقال حقّابه و حقّ الشرب به وسیله ارث به دو صورت متصور است: ۱. ارث بردن حقّابه به تبع زمین؛ ۲. ارث بردن صرف حقّابه.

۷) از دیگر اسباب انتقال حقّابه، وصیت به حقّابه است و در فقه اسلامی وصیت به حقّابه امری مجاز شمرده شده است.

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن ادريس، محمد بن منصور حلی، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن براج، عبد العزيز طرابلسي، المهذب، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامي. ۱۴۰۶ ق.
۴. ابن براءعی، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب فی اختصار المدونة، چاپ اول، دبی، دارالبحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث. ۱۴۲۳ ق.
۵. ابن حمزه، محمد بن علی، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشي. ۱۴۰۸ ق.
۶. ابن حنبل، احمد بن محمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، چاپ اول، بیروت، مؤسسة الرسالة. ۱۴۱۶ ق.
۷. ابن رشد، أبوالوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل، چاپ دوم، بیروت، دار الغرب الإسلامي. ۱۴۰۸ ق.
۸. -----، المقدمات الممهدة، چاپ اول بیروت، دار الغرب الإسلامي. ۱۴۰۸ ق.
۹. ابن سيده، علی بن اسماعيل، المخصص، چاپ اول، بیروت، دار الكتب العلمية منشورات محمد علی بیضون. بی تا.
۱۰. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار علی الدر المختار، چاپ دوم، بیروت، دارالفکر. ۱۴۱۲ ق.
۱۱. ابن فراء، ابو يعلى محمد بن حسين، الأحكام السلطانية للفراء، چاپ دوم، بیروت، دار الكتب العلمية. ۱۴۲۱ ق.
۱۲. ابن قدامه، عبدالله بن أحمد، الشرح الكبير علی متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. بی تا.
۱۳. -----، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، چاپ اول، بیروت، دارالفکر. ۱۴۰۵ ق.
۱۴. ابن مازة، محمود بن أحمد، المحيط البرهاني فی الفقه النعماني، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمية. ۱۴۲۴ ق.
۱۵. ابن ملقن، عمر بن علی بن أحمد، عجلة المحتاج إلى توجيه المنهاج، چاپ اول، إربد - اردن، دارالكتاب. ۱۴۲۱ ق.
۱۶. ابن مودود، عبدالله بن محمود موصلی حنفي، الاختيار لتعليل المختار، چاپ اول، قاهره، مطبعة الحلبي. ۱۳۵۶ ق.
۱۷. ابن نجيم حنفي، عمر بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بیروت، دار المعرفة. بی تا.
۱۸. -----، الأشباه و النظائر، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمية. ۱۴۱۹ ق.
۱۹. ابن همام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دارالفکر. بی تا.
۲۰. ازدی، عبدالله بن محمد، کتاب الماء، چاپ اول، تهران، دانشگاه علوم پزشکی ایران، موسسه مطالعات تاریخ پزشکی. ۱۳۸۷ ش.
۲۱. ازهری، محمد بن احمد، تهذيب اللغة، بیروت، چاپ اول، دار احياء التراث العربي. ۲۰۰۱ م.
۲۲. انصاری، زکریا()، أسنى المطالب فی شرح روض الطالب، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمية. ۱۴۲۲ ق.
۲۳. بابرتی، محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، بیروت، دارالفکر. بی تا.
۲۴. بحرانی، یوسف بن احمد، الحقائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامي. ۱۴۰۵ ق.

٢٥. بهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع عن متن الإقناع، تحقیق هلال مصیلحی، بیروت، دار الفکر. ١٤٠٢ ق.
٢٦. تُسُولی، علی بن عبدالسلام، البهجة فی شرح تحفة الحکام، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیة. ١٤١٨ ق.
٢٧. تویجری، سلیمان، حق الارتفاق دراسة و مقارنة، رساله دکتری در دانشگاه أم القرى، دانشکده الشریعة و الدراسة الاسلامیة، ١٤٠١ ق.
٢٨. جمعی از نویسندگان، الموسوعة الفقهیة، چاپ اول، کویت، وزارت اوقاف کویت. ١٤٠٦ ق.
٢٩. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام. ١٤٢٦ ق.
٣٠. جندی، خلیل بن إسحاق، التوضیح فی شرح المختصر الفرعی لابن الحاجب، چاپ اول، دار البیضاء، مرکز نجیبویه للمخطوطات وخدمة التراث. ١٤٢٩ ق.
٣١. حجاوی، موسی بن أحمد، الإقناع فی فقه الإمام أحمد بن حنبل، بیروت، دار المعرفة. بی تا.
٣٢. حلبی، ابو الصلاح، الکافی فی الفقه، مصحح: رضا استادی، چاپ اول، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام. ١٤٠٣ ق.
٣٣. حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، چاپ: اول، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیة. ١٤٠٥ ق.
٣٤. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیلة، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم. بی تا.
٣٥. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان. ١٤٠٥ ق.
٣٦. دَمیری، محمد بن موسی، النجم الوهاج فی شرح المنهاج، چاپ اول، جدة دار المنهاج. ١٤٢٥ ق.
٣٧. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، چاپ دوم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. ١٣٧٣ ش.
٣٨. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، چاپ اول، لبنان، سوریه، دار العلم، الدار الشامیة. ١٤١٢ ق.
٣٩. زحیلی، وهبه بن مصطفی، الفقه الاسلامی و أدلته، دمشق، دار الفکر. ٢٠٠٥ م.
٤٠. زبَلعی، عثمان بن علی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، چاپ اول، قاهره، المطبعة الكبرى الأمیریة. ١٣١٣ ق.
٤١. سیزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفاية الأحكام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی. ١٤٢٣ ق.
٤٢. سرخسی حنفی، أبو بکر محمد بن أبی سهل، المبسوط، چاپ اول، بیروت، دار الفکر. ١٤٢١ ق.
٤٣. سلار دیلمی، حمزة بن عبد العزیز، المراسم العلویة و الأحکام النبویة فی الفقه الإمامیة، چاپ اول، قم، منشورات الحرمین. ١٤٠٤ ق.
٤٤. سیستانی، سیدعلی حسینی، منهاج الصالحین، قم، چاپ پنجم، دفتر حضرت آية الله سیستانی. ١٤١٧ ق.
٤٥. شربینی، محمد بن أحمد، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیة. ١٤١٥ ق.
٤٦. شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی. ١٤١٧ ق.

٤٧. ----- ، ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت. ١٤١٩ ق.
٤٨. شهيد ثانی، زين الدين بن علی ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری. ١٤١٠ ق.
٤٩. ----- ، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية. ١٤١٣ ق.
٥٠. صدوق، محمد بن علی بن بابويه، کتاب من لا يحضره الفقيه، قم، چاپ: دوم، دفتر انتشارات اسلامي. ١٤١٣ ق.
٥١. صقلي، محمد بن عبدالله، الجامع لمسائل المدونة، چاپ اول، بيروت، دارالفکر للطباعة والنشر والتوزيع. ١٤٣٤ ق.
٥٢. صنعانی، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، قاهره، دار الحديث. بی تا.
٥٣. طباطبائی، سيدعلی بن محمد، رياض المسائل، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام. ١٤١٨ ق.
٥٤. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، چاپ اول، تهران، دار الكتب الإسلامية. ١٣٩٠ ق.
٥٥. ----- ، الخلاف، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامي. ١٤٠٧ ق.
٥٦. ----- ، المبسوط في فقه الإمامية، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية. ١٣٨٧ ق.
٥٧. ----- ، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، چاپ دوم، بيروت، دار الكتاب العربي. ١٤٠٠ ق.
٥٨. ----- ، تهذيب الأحكام، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الإسلامية. ١٤٠٧ ق.
٥٩. عاملی، سيدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامي. ١٤١٩ ق.
٦٠. عبدالرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، چاپ اول، قاهره، دار الفضيلة. ١٤١٩ ق.
٦١. علامه حلی، حسن بن يوسف، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام. ١٤٢٠ ق.
٦٢. ----- ، تذكرة الفقهاء، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام. ١٣٨٨ ق.
٦٣. ----- ، تذكرة الفقهاء، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام. ١٤١٤ ق.
٦٤. ----- ، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامي. ١٤١٣ ق.
٦٥. ----- ، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، قم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامي. ١٤١٣ ق.
٦٦. ----- ، منتهى المطلب في تحقيق المذهب، چاپ اول، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية. ١٤١٢ ق.
٦٧. عینی، محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، چاپ اول، بيروت، دار الكتب العلمية. ١٤٢٠ ق.
٦٨. فخرالمحققين، محمد بن حسن، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعيليان. ١٣٨٧ ق.
٦٩. فراهیدی، خليل بن احمد، کتاب العين، تصحيح دکتر مهدي مخزومی و دکتر ابراهيم سامرائي، قم، نشر هجرت. ١٤١٠ ق.

٧٠. فياض، محمد اسحاق كابللي، الأراضى - مجموعة دراسات و بحوث فقهية إسلامية، چاپ اول، قم، دار الكتاب. ١٤٠١ ق.
٧١. فيض، محمد محسن كاشاني، مفاتيح الشرائع، چاپ اول، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى. بى تا.
٧٢. قدرى باشا، محمد، مُرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، چاپ دوم، بولاق، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية. ١٣٠٨ ق.
٧٣. قُرَافى، أحمد بن إدريس، الذخيرة، چاپ اول، بيروت، دار الغرب الإسلامى. ١٩٩٤ م.
٧٤. كاسانى، علاء الدين، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، چاپ دوم، بيروت، دار الكتاب العربى. ١٩٨٢ م.
٧٥. كاشف الغطاء، جعفر بن خضر، شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة ابن المطهر، نجف، مؤسسه كاشف الغطاء - الذخائر. ١٤٢٠ ق.
٧٦. كركى، على بن حسين، جامع المقاصد فى شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام. ١٤١٤ ق.
٧٧. كلينى، محمد بن يعقوب، الكافى، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الإسلامية. ١٤٠٧ ق.
٧٨. مالك بن أنس، المدونة، چاپ اول، بيروت، دار الكتب العلمية. ١٤١٥ ق.
٧٩. مامقانى، محمدحسن، غاية الآمال فى شرح كتاب المكاسب، چاپ اول، قم، مجمع الذخائر الإسلامية. ١٣١٦ ق.
٨٠. ماوردى، على بن محمد بن حبيب، الاحكام السلطانية و الولايات الدينية، قاهره، دار الحديث. بى تا.
٨١. مجلسى، محمدباقر، مرآة العقول فى شرح أخبار آل الرسول، چاپ دوم، تهران، دار الكتب الإسلامية. ١٤٠٤ ق.
٨٢. -----، ملاذ الأختيار فى فهم تهذيب الأخبار، چاپ اول، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى. ١٤٠٦ ق.
٨٣. محقق حلى، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعيليان. ١٤٠٨ ق.
٨٤. محمود الامين، شريعة حمورابى، چاپ اول، لندن، دار الوراق للنشر المحدودة. ٢٠٠٧ م.
٨٥. مرداوى، أبو الحسن على بن سليمان، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف، چاپ اول، بيروت، دار إحياء التراث العربى. ١٤١٩ ق.
٨٦. مرغينانى، على بن أبى بكر، الهداية فى شرح بداية المبتدى، بيروت، دار احياء التراث العربى. بى تا.
٨٧. مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، چاپ اول، قاهره، دار الحديث. ١٤١٢ ق.
٨٨. مفيد، محمدبن محمد بن نعمان، المقنعة، چاپ اول، قم، كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد. ١٤١٣ ق.
٨٩. نجفى، محمدحسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بيروت، دار إحياء التراث العربى. ١٤٠٤ ق.
٩٠. نراقى، احمد، عوائد الأيام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم. ١٤١٧ ق.
٩١. نووى، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، بيروت، دار الفكر. بى تا.