



مؤسسه آموزش عالی علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد

رشته حقوق خصوصی

عنوان:

ماهیت و مالکیت حقابه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه

و فقه حنفی

استاد راهنما:

حجت الاسلام دکتر سید حسن شبیری زنجانی

دانش پژوه:

سید اسدالله حسینی

۱۱۵۶۸۷۸

شهریور ۱۴۰۰

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

❖ «وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ»

سرچرخزنده‌ای را از آب پیدا آوردیم، آیا ایمان نمی‌آورند؟ (انبیاء/۳۰)

❖ «قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ»

حضرت صالح (ع) | فرمود: این ماده شتری است که یک روز نوبت آب حق او، و یک روز معین حق شما باشد.

(شعراء/۱۵۵)

مسئولیت مطالب:

- مسئولیت مطالب مندرج در این پایان نامه بر عهده نویسنده است
- هرگونه استفاده از این پایان نامه با ذکر منبع، اشکالی ندارد.
- نشر این پایان نامه بدون اجازه از جامعه المصطفی (ص) و نویسنده ممنوع می باشد.

تقدیم می‌کنم این اثر کوچکم را به:

- ائمه معصومین (ع) که بدون نیم‌مکاه آن بزرگواران از من چیزی ساخته بودند نیست.
- پدر و مادرم که در دشواری‌های زندگی‌ام یاور و دلسوز و غذاکار و گرمای وجودشان تکیه‌گاه مطمئین و آرام‌بخش و دعای‌های خالصانه‌شان گره‌گشای زندگی‌ام می‌باشند.
- برادران و خواهران خوبم که همواره مشوق و به‌کارم در فراگیری دانش بودند.
- استادان و عزیزانی که انگیزه خلق کرد و انرژی مثبت برایم در این راستا هدیه دادند.
- همسر گرامی‌ام که محیط خانه را آرام و سالم رقم زدند تا در شرایط کرونایی با آرامی این نوشته را به پایان برسانم.

تقدیر و پاسگذاری

● پاس بی کران پروردگار یکتای بی هم‌ترا که برای ما هستی بخشید، در شاه راه علم و دانش، بنمون ساخت، هم نشینی با هر روان علم و دانش

را مستخرمان نمود و خوشه چینی از علم و معرفت را روزیمان ساخت.

● پاس از همه عزیزانیکه برایم انگیزه داند و زیننه تحصیل علم را برایم فراهم نمودند.

● پاس از استادان خوبم که از خرمن دانش شان در دوره های تحصیلم خوشه ها چیدم.

● پاس ویژه دارم از استاد گرامی ام «مجت الاسلام دکتر سید حسن شبیری زنجانی»، که هم در کلاس درس شان حضور داشتم و از

خرمن دانش شان خوشه چیدم و هم از راهبانی های ارزنده شان در نوشتن این پایان نامه بهره بردم، خداوند برای ایشان عزت و

عظمت عنایت فرماید!

● و همچنان پاس و اتنان دارم از استاد گرامی «دکتر رضا حسین کندکان» که لطف نمودن و داوری این پایان نامه را به عهده گرفتند و

با تقدیم های مفیدشان پایان نامه را بهس کمال رسانند.

چکیده

یکی از مباحث مهم فقهی و حقوقی روز، مسأله حقاچه است، حقاچه عبارت از سهمیه‌ای از آب برای آبیاری زمین و رفع نیازمندی‌های ضروری زندگی، در بحث حقاچه بحث ماهیت و مالکیت حقاچه از اهمیت بیشتری برخوردار می‌باشند؛ زیرا مسیر مباحث بعدی حقاچه مرهون مشخص شدن ماهیت و مالکیت حقاچه می‌باشند. با توجه به اهمیت این بحث، موضوع تحقیق حاضر ماهیت و مالکیت حقاچه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی قرار داده شد. در این تحقیق تلاش شده است تا به دو پرسش مهم یکی اینکه ماهیت حقاچه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی چیست؟ و دیگر این که مالکیت حقاچه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی چگونه است؟ پاسخ ارایه شود. مطالب این تحقیق به روش کتابخانه‌ای گردآوری و با روش تحلیلی و توصیفی سامان یافته است. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهند که فقهای امامیه و احناف برای روشن شدن ماهیت حقاچه به سراغ ماهیت آب رفته‌اند و گویا معتقدند ماهیت حقاچه همان ماهیت آب است. وانگهی ماهیت آب را برخی از فقهای امامیه انفال، برخی هم مباحات عامه و مشهورشان مشترکات عامه دانسته‌اند. ماهیت آب را برخی از فقهای احناف مباحات عامه و اما مشهور آنان مشترکات عامه دانسته‌اند و حقوق افغانستان نیز مشترکات عامه دانسته است. اما آنچه از حقوق جدید به دست می‌آید ماهیت حقاچه غیر از ماهیت آب است که آن را حقوق افغانستان و برخی از فقهای معاصر حنفی، حق ارتفاع معرفی نموده‌اند. فقهای امامیه و احناف قائلند که همه مردم حق استفاده از آبهای عمومی مانند اقیانوس‌ها، دریاها و امثال آن‌ها را دارند و این حقاچه نه از باب مالکیت است و نه اولویت، اما در نهرها، چشمه‌ها و کاریزها یک‌کعبه معدودی حقاچه دارند و آن از باب اولویت در استفاده می‌باشد. و حیازت آب در ظرف و امثال آن باعث مالکیت آن می‌شود. حقوق افغانستان آب را ملکیت عامه معرفی نموده و حقاچه را مالکیت ناقص می‌داند.

واژه‌های کلیدی: حق ارتفاع، حقاچه، مشترکات عامه، مالکیت حقاچه، مباحات عامه.

فهرست مطالب

مقدمه	۱۰
الف. بیان مسأله	۱۰
ب. سؤالات تحقیق	۱۲
۱. سؤال اصلی	۱۲
۲. سؤال‌های فرعی	۱۲
ج. پیشینه تحقیق	۱۲
د. ضرورت انجام تحقیق	۱۶
ه. فرضیه‌های تحقیق	۱۶
و. اهداف تحقیق	۱۷
ز. روش تحقیق	۱۷
ح. روش گرد آوری	۱۷
ط. سامان‌دهی تحقیق	۱۸
فصل اول: کلیات	۲۰
مبحث اول: مفاهیم و بایسته‌های موضوع	۲۰
گفتار اول: انفال	۲۱
بند اول: تعریف لغوی انفال	۲۱
بند دوم: تعریف اصطلاحی انفال	۲۲
الف. تعریف انفال در اصطلاح فقه امامیه	۲۲
ب. تعریف انفال در اصطلاح فقه حنفی و حقوق افغانستان	۲۲
گفتار دوم: حیات	۲۳
بند اول: تعریف لغوی حیات	۲۳

۲۴	بند دوم: تعریف اصطلاحی حيازت
۲۴	الف. تعریف حيازت در اصطلاح فقه اماميه
۲۵	ب. تعریف حيازت در اصطلاح فقه حنفی
۲۵	ج. تعریف حيازت در اصطلاح حقوق افغانستان
۲۶	گفتار سوم: مباحات عامه
۲۶	بند اول: تعریف لغوی مباحات عامه
۲۶	بند دوم: تعریف اصطلاحی مباحات عامه
۲۶	الف. تعریف مباحات عامه در اصطلاح فقه اماميه
۲۶	ب. تعریف مباحات عامه در اصطلاح فقه حنفی و حقوق افغانستان
۲۷	گفتار چهارم: مشترکات عمومی
۲۷	بند اول: تعریف لغوی مشترکات عمومی
۲۷	بند دوم: تعریف اصطلاحی مشترکات عمومی
۲۷	الف. تعریف مشترکات عمومی در اصطلاح فقه اماميه
۲۸	ب. تعریف مشترکات عامه در اصطلاح فقه حنفی و حقوق افغانستان
۲۹	گفتار پنجم: مال
۲۹	بند اول: تعریف مال
۲۹	الف. تعریف لغوی مال
۳۰	ب. تعریف اصطلاحی مال
۳۰	۱. تعریف مال در اصطلاح فقه اماميه
۳۱	۲. تعریف مال در فقه حنفی
۳۱	۳. تعریف مال در حقوق افغانستان
۳۲	بند دوم: ویژگی‌های مال
۳۲	بند سوم: انواع مال به اعتبار مالک

گفتار ششم: مالکیت	۳۳
بند اول: تعریف مالکیت	۳۳
الف. تعریف لغوی مالکیت	۳۳
ب. تعریف اصطلاحی مالکیت	۳۴
۱. تعریف مالکیت در اصطلاح فقه امامیه	۳۴
۲. تعریف مالکیت در اصطلاح فقه حنفی	۳۵
۳. تعریف مالکیت در اصطلاح حقوق افغانستان	۳۵
بند دوم: ویژگی‌های مالکیت	۳۵
الف. جامع بودن حق مالکیت	۳۶
ب. مانع / منحصر بودن حق مالکیت	۳۷
ج. دائمی بودن حق مالکیت	۳۸
بند چهارم: انواع مالکیت	۳۹
الف. مالکیت حقیقی	۳۹
ب. مالکیت اعتباری	۳۹
۱. مالکیت خصوصی	۴۰
۲. مالکیت عمومی	۴۱
۳. مالکیت دولتی	۴۱
بند پنجم: اسباب تحصیل مالکیت	۴۲
گفتار هفتم: حقاچه	۴۳
بند اول: تعریف حقاچه	۴۳
الف. تعریف لغوی حقاچه	۴۳
ب. تعریف اصطلاحی حقاچه	۴۴
بند دوم: ویژگی‌های حقاچه	۴۶

الف. تبعی بودن حقا به	۴۶
ب. قابل نقل و انتقال بودن حقا به	۴۷
۱. انتقال به شیوه قهری	۴۷
۲. انتقال به شیوه قراردادی	۴۷
ج. دایمی بودن حقا به	۴۸
د. غیر منقول بودن حقا به	۴۸
گفتار هشتم: حق	۴۸
بند اول: تعریف حق	۴۸
الف. حق در لغت	۴۸
ب. حق در اصطلاح فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان	۴۹
بند دوم: مفهوم حق عینی و انواع آن	۵۱
الف. تعریف حق عینی	۵۱
ب. انواع حق عینی	۵۲
۱. حق عینی اصلی	۵۲
۱-۱. حق مالکیت رقبه و منفعت عین	۵۳
۱-۲. حق مالکیت منفعت عین بدون مالکیت رقبه	۵۳
۱-۳. حقوق ارتفاق	۵۴
۲. حق عینی تبعی	۵۶
مبحث دوم: تاریخچه حقا به در فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان	۵۶
گفتار اول: تاریخچه حقا به در فقه امامیه	۵۸
گفتار دوم: تاریخچه حقا به در فقه حنفی	۵۹
گفتار سوم: تاریخچه حقا به در حقوق افغانستان	۶۲
فصل دوم: ماهیت حقا به از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفیه	۶۴

مبحث اول: انفال و یا عدم انفال بودن ماهیت حقاچه در حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفیه	۶۴
گفتار اول: انفال و یا عدم انفال بودن ماهیت حقاچه در فقه امامیه	۶۵
بند اول: قائلین به انفال	۶۵
۱. تبیین دیدگاه قائلین به انفال	۶۵
۲. ادله قائلین به انفال	۶۷
بند دوم: قائلین به عدم انفال	۷۰
گفتار دوم: انفال و یا عدم انفال بودن ماهیت حقاچه در فقه حنفی	۷۱
گفتار سوم: انفال و یا عدم انفال بودن ماهیت حقاچه در حقوق افغانستان	۷۱
مبحث دوم: مباحات عامه یا عدم مباحات عامه بودن ماهیت حقاچه در حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی	۷۲
گفتار اول: مباحات عامه یا عدم مباحات عامه بودن ماهیت حقاچه در فقه امامیه	۷۲
بند اول: قائلین به مباحات عامه	۷۲
۱. تبیین دیدگاه قائلین به مباحات عامه	۷۳
۲. ادله قائلین به مباحات عامه	۷۳
بند دوم: قائلین به عدم مباحات عامه	۷۵
گفتار دوم: مباحات عامه یا عدم مباحات عامه بودن ماهیت حقاچه در فقه حنفیه	۷۵
بند اول: قائلین به مباحات عامه	۷۵
۱. تبیین دیدگاه قائلین به مباحات عامه	۷۵
۲. ادله آنان	۷۶
بند دوم: قائلین به عدم مباحات عامه	۷۷
گفتار سوم: مباحات عامه یا عدم مباحات عامه بودن ماهیت حقاچه در حقوق افغانستان	۷۸
مبحث سوم: مشترکات عامه یا عدم مشترکات عامه بودن ماهیت حقاچه در حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی	۸۱

- گفتار اول: مشترکات عامه بودن ماهیت حقه در فقه امامیه ۸۱
- بند اول: قائلین به مشترکات عامه ۸۱
۱. تبیین دیدگاه قائلین به مشترکات عامه. ۸۲
۲. ادله آنان ۸۲
- بند دوم: قائلین به عدم مشترکات عامه ۸۴
- گفتار دوم: مشترکات عامه بودن ماهیت حقه در فقه حنفی ۸۵
- بند اول: قائلین به مشترکات عامه ۸۵
۱. تبیین دیدگاه قائلین به مشترکات عامه ۸۵
۲. ادله و مستندات آنان ۸۶
- بند دوم: قائلین به عدم مشترکات عامه ۸۸
- گفتار سوم: مشترکات عامه یا عدم مشترکات عامه بودن ماهیت حقه در حقوق افغانستان ۸۸
- مبحث چهارم: دیدگاه برگزیده در باره ماهیت حقه در فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان** ۸۹
- گفتار اول: دیدگاه برگزیده فقه امامیه در باره ماهیت حقه ۹۰
- بند اول: دیدگاه برگزیده ۹۰
- بند دوم: ادله آن ۹۰
- گفتار دوم: دیدگاه برگزیده فقه حنفی در باره ماهیت حقه ۹۴
- بند اول: دیدگاه برگزیده ۹۵
- بند دوم: ادله آن ۹۵
- گفتار سوم: دیدگاه نهایی حقوق افغانستان در باره ماهیت حقه ۹۷
- فصل سوم: مالکیت حقه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی** ۱۰۰
- مبحث اول: قواعد فقهی مرتبط با مالکیت حقه ۱۰۰
- گفتار اول: قاعده حیات ۱۰۱
- بند اول: مستندات قاعده حیات ۱۰۱

۱۰۴ بند دوم: ارکان حیازت
۱۰۵ بند سوم: اهلیت حیازت
۱۰۵ گفتار دوم: قاعده تحجیر
۱۰۵ بند اول: مفاد قاعده تحجیر
۱۰۶ بند دوم مستندات قاعده تحجیر
۱۰۸ بند سوم: شرایط تحجیر
۱۰۹ گفتار سوم: قاعده سبق
۱۱۰ گفتار چهارم: قاعده الاعلی فالاعلی و الاقرب فالاقرب
۱۱۲ گفتار پنجم: قاعده نفی ضرر
۱۱۴ مبحث دوم: مالکیت حقا به از منظر فقه امامیه
۱۱۴ گفتار اول: آبهای سطحی
۱۱۴ بند اول: دریاها، دریاچهها و رودهای بزرگ
۱۱۵ الف. قائلین به انغال و ادله آنان
۱۱۵ ب. قائلین به مشترکات عمومی و ادله آنان
۱۱۶ بند دوم: نهرها
۱۱۶ الف. نهرهای طبیعی
۱۱۶ ب. نهرهای مملوک
۱۱۹ بند سوم: چشمهها
۱۲۰ الف. چشمههای جاری در زمین مباحات عامه
۱۲۰ ب. چشمههای جاری در زمینهای مملوک
۱۲۱ بند چهارم: آبهای حیازت شده
۱۲۲ گفتار دوم: آبهای زیر زمینی
۱۲۳ بند اول: نظریه انغال

۱۲۴	بند دوم: نظریه حق اولویت
۱۲۵	بند سوم: نظریه حق مالکیت
۱۳۱	مبحث سوم: مالکیت حقا به از منظر فقه حنفی
۱۳۱	گفتار اول: آب دریا و نهرهای بزرگ
۱۳۲	گفتار دوم: آب نهر مشترک
۱۳۳	گفتار سوم: آب چاه، حوض و چشمه
۱۳۴	گفتار چهارم: آب مملوک
۱۳۵	مبحث چهارم: مالکیت حقا به از منظر حقوق افغانستان
۱۳۶	گفتار اول: مالکیت حقا به در قانون مدنی
۱۳۸	گفتار دوم: مالکیت حقا به در قانون آب مصوب ۱۳۸۸
۱۳۸	بند اول: ماده اول قانون آب
۱۳۸	الف. پیش‌بینی قانون خاص در قانون اساسی
۱۳۹	ب. اهداف قانون آب
۱۳۹	ج. منبع قانون آب
۱۳۹	۱- احکام فقهی
۱۴۰	۲. عرف و عنعنات پسندیده
۱۴۱	بند دوم: ماده دوم قانون آب
۱۴۱	الف. مالکیت آب در قانون آب
۱۴۱	ب. مدیریت آب در قانون آب
۱۴۱	۱- تبدیل حقا به به اجازه نامه
۱۴۴	۲- مدیریت یکپارچه منابع آب
۱۴۶	مبحث پنجم: احکام مربوط به مالکیت حقا به
۱۴۸	گفتار اول: تعارض مالکیت خصوصی و عمومی در حقا به

۱۴۸	گفتار دوم: چگونگی رفع تعارض مالکیت خصوصی و عمومی در حقابه
۱۵۱	نتایج و پیشنهادات تحقیق
۱۵۱	نتایج تحقیق
۱۵۴	پیشنهادات تحقیق
۱۵۷	منابع و مأخذ

مقدمه

با توجه به اهمیت حیاتی که آب داشته و دارند همواره اختلافات فراوان بین انسان‌ها بر سر حقوق آب وجود داشته‌اند. برای رفع این اختلافات فقه اسلامی و حقوق راه‌حل‌ها و قواعد گوناگونی را برای مشخص نمودن چگونگی استفاده از منابع آب را تعریف نموده‌اند. اما این راه‌حل‌ها عمدتاً مبتنی بر حق مالکیت عقار می‌باشند. در زمان حاضر به جهت کمبود منابع آبی و ضرورت تامین آب کافی برای مصارف جدید، نیز به جهت اینکه مسأله حیات انسان و بقیه موجودات زنده به آب گره خورده است، و از سویی لازم است که حق اشخاص محترم شمرده شود و نحوه مواجهه با حقوق شان به شکل قانونی تعریف شود و در عین حال منابع آبی بخوبی اداره، حفاظت و کنترل شود تا استفاده دوامدار و موثر از منابع آبی فراهم گردد، این را می‌طلبد که حقابه‌ای جدیدی تعریف گردد، تا نیل بر این اهداف نیز فراهم گردد. اینجا است که در برخی از کشورها از جمله افغانستان و ایران با تدوین و تصویب قانون آب و تبدیل حقابه‌های سنتی به اجازه نامه و یا پروانه مصرف به دنبال حل این مشکلات می‌باشند. نویسندگان در آغاز بر آن بود که در باره حقابه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی پژوهشی داشته باشد و به تمام ابعاد حقوقی و فقهی آن پردازد؛ اما از آنجا که روشن شد که پرداختن به تمام ابعاد حقابه در یک پایان نامه نمی‌گنجد، و نیاز دارد که چندین تحقیق جداگانه صورت گیرد، لذا بر آن شدن که در باره ماهیت و مالکیت حقابه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی تحقیقی داشته باشد، تا باشد با روشن شدن ماهیت و مالکیت حقابه که مباحث کلیدی در بحث حقابه است مسیر مباحث بعدی حقابه نیز بخوبی روشن شود.

الف. بیان مسأله

بر اساس حکم فقه و حقوق، مالک نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف را دارد یعنی مالکیت مطلق؛ اما گاهی این اطلاق شکسته می‌شود و یکی از مواردی که در آن اطلاق شکسته می‌شود، حق ارتفاق است و حق ارتفاق چنانچه ماده ۲۳۴۰ قانون مدنی افغانستان تعریف می‌نماید،

عبارت از: حقی است بالای عقار^۱ جهت منفعت عقار شخصی دیگر، یعنی قانونگذار برای این که اشخاص بتوانند استفاده درست و کامل از ملک عقار خودشان ببرند حقی را در ملک عقار شخص دیگر قرار داده است. تعریفی را که کاتوزیان در کتاب حقوق اموال و مالکیت از حق ارتفاق دارد، راه-گشایتر به نظر می‌رسد، که می‌فرماید: حق ارتفاق حقی است که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود، می‌تواند از ملک دیگری استفاده نماید^۲ و یکی از مصادیق مهم حق ارتفاق، حقابه (حق شرب) است، که قانون مدنی افغانستان در ماده ۲۳۴۶ این حق را چنین تعریف کرده است، حقابه عبارت از: نوبت استفاده از آب است به منظور آبیاری زراعت یا اشجار.

مقوله حقابه در افغانستان از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است زیرا براساس گزارش و مطالعات انجام شده بدست می‌آید که تقریباً ۸۰ درصد جمعیت افغانستان از طریق زراعت و باغداری امرار معاش می‌کنند؛ اما متأسفانه در طی چندین دهه جنگ و ویرانی، آسیب جدی به سیستم آبی افغانستان وارد آمده است و آن روند رو به رشد در بخش زراعت متوقف گردید. تا این که بعد از فروکش کردن جنگ‌ها و روی کار آمدن حکومت جدید، شاهد گسترش مصرف آب در افغانستان در تمام بخش‌ها اعم از کشاورزی، صنعتی و مصارف شهری می‌باشیم. در بحبوحه این نیازها، وقتی به منابع آبی نگاه می‌اندازیم، می‌بینیم که خشک سالی‌های دوامدار، آلودگی‌ها و تخریب منابع آبی، حفر چاه‌های عمیق و نیمه عمیق، تهدید بزرگ و جدی در این راستا محسوب می‌شوند و مهمتر از این‌ها شاهد نزاع‌ها و کشمکش‌های دوامدار و ویرانگر بر سر حقابه می‌باشیم، مردمی که شدیداً خودشان را وابسته به زراعت می‌دانند و می‌بینند و از این طریق ارتزاق خود و مواشی‌شان را فراهم می‌کنند، این مشکل را مضاعف می‌سازد حال این سوال مطرح است که در حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی حقابه دارای چه مفهومی می‌باشد؟ آیا حقابه عبارت از حق تابع ملک است (حق ارتفاق) یا دارای مفهوم فراتر از حق ارتفافی می‌باشد و خود یک حق مستقل است؟ و حقابه دارای چه ماهیت فقهی و حقوقی می‌باشد؟ آیا حقابه از جمله‌ای مباحات عامه است تا اشخاص با حیازت، بر آن تملک و یا اولویت پیدا کنند؟ و یا از انفال محسوب می‌شود تا در تحت ملکیت امام و دولت باشد؟ و یا

۱. عقاراشیایست که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن، غیر ممکن باشد و اشیایی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می‌شود. (ماده ۴۷۹ قانون مدنی).

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق اموال و مالکیت، ص ۲۲۲

حقابه از مشترکات عامه است و همه مردم از آن حق استفاده را دارند؟ حقابه از لحاظ مالکیت چگونه می‌باشد؟ آیا مردم نسبت به آب‌های عمومی حق مالکیت دارند و یا حق اولویت؟ در آب‌های خصوصی چه؟ اگر در باب مالکیت حقابه تعارضی بین مالکیت عمومی و خصوصی ایجاد شود، برای رفع تعارض، اولویت از آن کدام است و این تعارض را قانون آب افغانستان که در سال ۱۳۸۷ تصویب و در سال ۱۳۸۸ لازم الاجرا شد، چگونه حل ساخته است؟

ب. سؤالات تحقیق

۱. سؤال اصلی

ماهیت و مالکیت حقابه در حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی چگونه است؟

۲. سؤال‌های فرعی

۱- حقابه چیست؟

۲- ماهیت حقوقی حقابه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی چیست؟

۳- مالکیت حقابه از منظر حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی چگونه است؟

ج. پیشینه تحقیق

برای این که پیشینه‌ای تحقیق حاضر بخوبی تبیین شود، آن را به دو دسته تقسیم می‌نمایم. یکی پیشینه خاص و دیگری پیشینه عام.

در قسمت پیشینه خاص - یعنی حقابه در حقوق افغانستان، فقه امامیه و فقه حنفی - تا آنجا که نگارنده تحقیق داشته است به اثری مستقلی و یا اثری که به طور قابل توجهی به این موضوع با ارایه هر سه دیدگاه پرداخته باشد، دست نیافته است و تنها اثری که در این موضوع نوشته شده است پایان‌نامه‌ای است تحت عنوان «بررسی تطبیقی قانون توزیع عادلانه آب ایران و قانون آب افغانستان» از محمد مهدی نوروزی که - در سال ۱۳۹۶ در دانشگاه حکیم سبزواری نوشته است - در این تحقیق تنها به تطبیق و مقایسه قانون توزیع عادلانه آب ایران و قانون آب افغانستان پرداخته شده است و آن هم در پرتو حقوق دو کشور مذکور و لذا از دیدگاه فقه امامیه و فقه حنفی به آن نگرسته نشده است و جای تحقیق و تبیین این دو دیدگاه در باره حقابه - و آن هم در نظام حقوقی افغانستان

که ضرورت چنین تحقیق و تحقیقاتی بخوبی روشن است - خالی دیده می‌شود.

اما در قسمت پیشینه عام تحقیق (حقابه)، پایان‌نامه‌ها و مقالات فراوان نوشته شده است که هر کدام به برخی از مطالب موجود در تحقیق اشاره دارند و اما در کتب فقهی - مخصوصاً کتب فقهی امامیه - بابتی و یا بحث مستقلی را پیرامون حقابه نمی‌توان یافت؛ بلکه باید در ضمن ابواب مثل باب احياءالموات، باب مباحات، باب مشترکات عامه، باب ثروات الطبیعیه، باب میاه الطبیعیه، باب المیاه و ... به جستجوی آن پرداخت. در زیر چند مورد از این پیشینه‌ها را که ارتباط نزدیک با تحقیق حاضر دارد معرفی می‌نماییم.

۱- پایان‌نامه‌ها:

۱. «مالکیت و شیوه‌های بهره‌برداری از منابع آب از دیدگاه فقه امامیه و فقه حنفیه» از احمد خان غفاری، که نگارنده این تحقیق را در چهار فصل مورد بررسی قرار داده است که در فصل اول در باره کلیات و مفاهیم مالکیت و شیوه‌های بهره‌برداری از منابع آب، در فصل دوم در باره مالکیت منابع آب از دیدگاه فقه امامیه و فقه حنفیه و در فصل سوم در باره شیوه‌های بهره‌برداری منابع طبیعی در اسلام و در فصل چهارم در باره وضعیت منابع آب در کشور پاکستان پرداخته است.
۲. «مطالعه تطبیقی حق بهره‌برداری اشخاص از منابع آب شیرین» از احمد هنری لطیف پور که نگارنده در طی دو بخش که در بخش اول در باره مفاهیم و ماهیت حقوقی حق بهره‌برداری از منابع آب و در بخش دوم در باره قواعد حاکم بر بهره‌برداری از منابع آب، پرداخته است.
۳. «مبانی فقهی و حقوقی مالکیت آب در ایران و سایر کشورهای اسلامی» از هادی حاجی نورمحمدی که نگارنده در این تحقیق در طی سه فصل - که در فصل اول در باره کلیات مالکیت آب، در فصل دوم در باره مالکیت آب در فقه و قانون و در فصل سوم در باره مصادیق مالکیت خصوصی منابع آب - به این موضوع پرداخته است.
۴. «بررسی حکم مالکیت آب‌های مباح در فقه و حقوق موضوعه» از محمد رضا اکبری، که نویسنده در طی چهار فصل که در فصل اول در باره کلیات حکم مالکیت آب‌های مباح، در فصل دوم درباره مالکیت آب‌های مباح، در فصل سوم در باره فروع مالکیت آب‌های مباح و در فصل چهارم درباره حریم آب‌ها و املاک، پرداخته است.