

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ضمان قهری شرعی

عباس کریمی* الهام صادقی راد** ابراهیم تقی زاده***

چکیده

گاهی اشخاص با انجام یک فعالیت قانونی و متعارف ضمن کسب سود، سبب ایجاد مخاطرات و خساراتی برای دیگران می‌شوند. اسباب بیشتر شناخته شده ضمان قهری شرعی مانند اتلاف و تسبیب نمی‌توانند جبران ضرر حاصله از این نوع فعالیت‌ها را پوشش دهند. سیستم ضمان قهری شرعی کثرت‌گرا است و محدود به قواعد شمارش شده نیست. در چنین مواردی که توازن و ملازمه میان سود و مخاطره بر هم خورده است، تمسک به قاعده نفع - مخاطره مستخرج از عبارات «الخراج بالضمن» و «من له الغنم فعلیه الغرم» می‌تواند زمینه مناسبی را جهت جبران این گونه از خسارت‌ها فراهم آورد. در چگونگی ملازمه مستخرج از این دو عبارت،

* استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
abkarimi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تهران
elhamsadeghirad@yahoo.com

*** دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تهران
taghizaadeh@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۷/۱۸

تعارضاتی وجود دارد، اما تبیین دقیق دو عبارت مذکور با ابتناء بر معنای حاصل مصدري برای واژه «ضمان»، می‌تواند جانی دوباره به قاعده نفع-مخاطره بخشیده و آن را به عنوان یک قاعده بنیادین در حیطه ضمان قهری شرعی و در مواجهه با چنین خسارت‌هایی کارآمد سازد.

واژه‌های کلیدی: نفع، مخاطره، من له الغنم فعلیه الغرم، الخراج بالضمان، ضمان قهری.

۱. مقدمه

در نظام حقوقی و اقتصادی اسلام که بر پایه عدل و قسط استوار شده، راهکارهای زیادی به منظور تأمین عدالت و برقراری تلازم و توازن میان سود و درآمد و خسارات و مخاطرات در نظر گرفته شده است. در کنار احکامی چون تحریم ربا، غرر و تدلیس و قواعدی مانند «نهی عن ربح ما لایضمن»، «ان ضمان الشیء و درکه بازاء منافعه» و «تلازم بین نماء و درک» در مباحث مربوط به معاملات در فقه، تمسک به قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» به مثابه یک قاعده عام، بنیادین و مترقی، آثار گرانقدری را در این زمینه در حیطه ضمان قهری شرعی به ارمغان خواهد آورد.

با ابتناء بر نظر مشهور سیستم ضمان قهری شرعی متکثر است؛ چراکه برای جبران خسارات قاعده‌ای عمومی تدوین نگردیده و هریک از موجبات ضمان مانند اتلاف، تسبیب، غصب دارای شرایط و دلایل حجیت و قلمروی اجرای ویژه خود هستند.^۴ (بادینی، ۱۳۸۴: ۴۸؛ طباطبایی، ۱۳۹۳: ۹۷) لازم به ذکر است که این اسباب در

^۴ قاعده «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» را نمی‌توان به مثابه یک قاعده عمومی در سیستم ضمان قهری شرعی و موجب ضمان تلقی نمود و به تبع آن سیستم ضمان قهری اسلام را جزء نظام‌های وحدت‌گرا محسوب کرد. چراکه بسیاری از فقهاء معتقدند لزوم جبران ضرر از آن استنباط نمی‌گردد. (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۴۶-۱۶۰)

شرع احصاء نشده‌اند. گاهی فرد با انجام یک فعالیت قانونی و متعارف ضمن کسب سود، سبب ایجاد مخاطرات و خساراتی برای دیگران می‌شوند. این ضرر هرچند ذیل قاعده «لاضرر» قرار می‌گیرد، اما اسباب بیشتر شناخته‌شده ضمان قهری شرعی مانند اتلاف و تسبیب نمی‌توانند جبران ضرر حاصله از این نوع فعالیت‌ها را پوشش دهند. حال پرسش این است که آیا قاعده‌ای فقهی در شرع قابلیت آن را دارد که مبنای ضمان قهری شرعی در این خصوص قرار گیرد؟ به نظر می‌رسد در چنین مواردی که توازن و ملازمه میان سود و مخاطره بر هم خورده است، تمسک به قاعده نفع - مخاطره مستخرج از عبارات «الخراج باضمان» و «من له الغنم فعلیه الغرم» می‌تواند زمینه مناسبی را جهت جبران این‌گونه از خسارات فراهم آورد.

منظور از عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم» این است که سهم داشتن در سود و منافع حاصل از یک مال یا عمل، منجر به تحمل مشقت یا تکالیف و خسارات و به طور کلی مخاطرات ناشی از آن مال یا عمل خواهد بود. بدین ترتیب استناد به این قاعده، با تبیین صحیح آن می‌تواند راه حل مناسبی برای جلوگیری از انباشت ثروت و منافع در یک دارایی و تحمیل مخاطره‌ها، خسارات و تلفات ناشی از آن، به دارایی دیگری باشد.

عبارت «الخراج بالضمان» که به تلازم ضمانت اصل مال و انتفاع از آن می‌پردازد، بیان دیگری از قاعده فوق است. شایان ذکر است که «غرم» و «ضمان» در کتب لغت به صورت مترادف معرفی شده‌اند. «خراج» و «غنم» نیز هر دو به معنای «نفع» هستند. عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم» ناظر بر تعیین منتفع و عبارت «الخراج بالضمان» ناظر بر تعیین ضامن است. افزون بر این «الخراج بالضمان» با توجه به حرف «باء» سببیت، عبارتی دوسویه بوده و ناظر بر عکس معنای خود و بر معنای عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم» است. همچنین در فقه شیعی از نظر حجیت

و اعتبار، زیر هریک از این عبارتها، به مستندات عبارت دیگر ارجاع شده است. از این رو، دو عبارت در ارتباط کامل با یکدیگر هستند.

بررسی متون فقهی نشان می‌دهد عبارت «الخراج بالضمان» با توجه به استعمال فقهاء، در ضمان جعلی (قراردادی) و به ویژه در بحث خيارات مورد استناد قرار گرفته است. دلیل عمده این محدودیت در کاربرد، این است که فقهاء به طور ویژه جایگاه صرفی واژه ضمان را مورد توجه قرار داده‌اند و تلاش نموده‌اند با در نظر گرفتن جایگاه مصدری از برخی تعارضات مانند قرار گرفتن ضمان غاصب ذیل قاعده جلوگیری نمایند. این در حالی است که «من له الغنم فعليه الغرم»، دامنه کاربرد وسیع‌تری داشته و در کاربردهای فقهی و حقوقی، موارد مربوط به ضمان غیرقراردادی را هم شامل شده است. به عنوان نمونه سرمایه‌گذارانی که محیط مخاطره‌آمیزی را برای دیگران فراهم می‌آورند، ولی بر اساس قواعد اولیه ضمان، مسئول شناخته نمی‌شوند، با استناد به این قاعده مسئول تلقی می‌شوند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۲۵) همچنین خسران مترتب بر معامله با مال یتیم، بر اساس همین قاعده به یتیم تحمیل می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸)

در نوشتارهای حقوقی و فقهی، بحثی راجع به چگونگی ملازمه نفع و مخاطره در این عبارات و لزوم هم‌راستایی و همانندی ملازمه در دو عبارت مشاهده نمی‌شود. شاید همین کاربردهای متفاوت و عدم توجه به کیفیت و چگونگی ملازمه مورد نظر در این عبارات باعث شده است که عبارات مذکور، جایگاه شایسته خود را در ضمان قهری به دست نیاورند. در نظر گرفتن جایگاه مصدری برای «ضمان» در «الخراج بالضمان»، مانع از نمایش درست «من له الغنم فعليه الغرم» گردیده است. به نحوی که این عبارت به عنوان یک مثل عرفی در نزد حقوقدانان معرفی شده و کاربرد محدود و غیرقابل توجهی دارد. توقع حقوقدانان و فقهاء و ارجاع ایشان به این عبارت به عنوان مؤید یا جزئی از دلیل در جهت مسئولیت شخص

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع- مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۴۱

منتفع، نمی‌تواند پیراه باشد.^{۱۵} به نظر می‌رسد مشکل ذکر شده، ناشی از نحوه تبیین متعارض ملازمه نفع و مخاطره در دو عبارت است. امری ضروری که مغفول مانده است و از خلال یک پژوهش نظری و و بر پایه مطالعات کتابخانه‌ای مرکز توجه این مقاله قرار گرفته است.

به نظر می‌رسد تبیین نحوه ملازمه مستخرج از این عبارات، می‌تواند تعارضات بین نظریات فقهی و حقوقی را در نحوه استناد به دو عبارت بکاهد و امید است که بتواند به طور خاص در حیطه ضمان قهری کاربرد دقیق‌تر و عمیق‌تری را برای قاعده ملازمه نفع- مخاطره به ارمغان آورد.

شایان توجه است که قاعده ملازمه نفع-مخاطره، معادل نظریه‌ی خطر که در قرون اخیر در غرب مطرح شده،^{۱۶} از ابتدا در حقوق اسلامی رقم زده است. البته در این نوشتار به دنبال تأیید نظریه خطر در سیستم ضمان قهری شرعی نیستیم، بلکه با ابتناء به عناوین «من له الغنم فعلیه الغرم» و «الخراج بالضمن» که بیانگر تلازم نفع (خراج، غنم) و مخاطره (ضمن، غرم) هستند، تلاش خواهیم کرد تا ملازمه نفع و مخاطره را به عنوان یک قاعده اصیل و بنیادین در سیستم ضمان قهری شرعی تبیین نماییم.

پیش از ورود به بحث اصلی، به بررسی اعتبار و حجیت روایات ناظر بر عناوین «من له الغنم فعلیه الغرم» و «الخراج بالضمن» خواهیم پرداخت.

^{۱۵} به نمونه‌هایی از این ارجاعات در مبحث دوم بند نخست اشاره شده است.

^{۱۶} تمامی طرفداران نظریه خطر ضرورت وجود تقصیر را برای تحقق مسئولیت مدنی نفی می‌نمایند. در این میان برخی نظریه خطر کامل را ارائه می‌نمایند. برخی معیارهای دیگری مانند متعارف بودن یا نبودن فعالیت، معیار خطر در برابر انتفاع و نیز معیار خطر ایجاد شده را مطرح می‌سازند. (بادینی، ۱۳۸۴: ۲۵۸) چنانکه خواهیم گفت اولاً نقش قاعده نفع مخاطره تعدیل‌کننده معیار قاعده تسبیب است و قرار نیست جایگزین آن گردد. همان‌گونه که قواعدی چون غصب، ضمانت، ضمان عامل مشترک چنین هستند. همچنین یکی از شرایط اعمال قاعده حصول نفع است؛ بنابراین این قاعده با وجود تشابه با نظریه خطر، تفاوت‌های جدی با آن دارد.

۲. حجیت و اعتبار

مهم‌ترین منبع قاعده ملازمه نفع و مخاطره در فقه شیعی، عبارات «من له الغنم فعلیه الغرم» و «الخراج بالضمان» هستند.

۲.۱. عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم»

متن عبارت، در مصادر حدیثی عامه و امامیه وارد نشده است، اما فحوای آن با عبارات مشابه در حدیث سعید بن مسیب از ابی‌هریره از پیامبر اکرم صلوات‌الله‌علیه‌وآله تجسم یافته است. به اعتبار این روایت از منظر فقه شیعی خدشه‌ای وارد نبوده و مورد استناد قرار گرفته است. (موسوی، ۱۴۱۴: ۳۷۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۶) بر اساس این حدیث منافع (غنم) مال مورد رهن در ملکیت راهن است چرا که خسارات و مخاطرات (غرم) مال مورد رهن را او متقبل می‌شود.^{۱۷} (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۷) همچنین برای اثبات این قاعده به موثق اسحاق بن عمار استناد شده است. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۶) در موثق مورد اشاره، راوی از امام کاظم (ع) در خصوص شخصی که غلام و خانه خود را رهن می‌گذارد می‌پرسد اگر هر یک از این دو دچار خسارت شد، این خسارت بر عهده کیست؟ حضرت فرمودند بر عهده مالک. سپس حضرت فرمودند آیا ندیده‌ای اگر غلام شخصی را به قتل برساند بر عهده چه کسی است؟ سائل می‌گوید بر عهده غلام (و به تبع غلام بر عهده مالک است و نه راهن) حضرت فرمودند آیا نمی‌بینی که دارایی این مرتهن از بین نرفته است. سپس فرمودند آیا ندیدی که اگر بهای غلام افزایش یابد برای چه کسی خواهد بود؟ راوی می‌گوید عرض کردم برای مالک آن خواهد بود. حضرت فرمودند همان‌طوری که خسارت بر عهده او است نفع برای اوست. (حر عاملی، ۱۴۰۹ الف: ۱۲۶) همان‌طور که قابل‌ملاحظه است جمله اخیر صریح در قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم»

^{۱۷} «لا یغلق الرهن و الرهن من صاحبه الذی رهنه له غنمه و علیه غرمه»

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۴۳

است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۸۷) و می‌توان به روشنی ملازمه نفع و مخاطره را از آن برداشت نمود.

از سوی دیگر، هرچند عبارت «من له الغنم فعليه الغرم» از نظر لفظ عکس عبارت «الخراج بالضمنان» است، اما هر دو به یک معنا هستند. (الزحیلی، ۱۴۲۹: ۲۱۵؛ مصطفوی، ۱۴۱۲: ۲۸۴) بنابراین برای قاعده الغنم علاوه بر این روایات، مدارک روایی دیگری نیز ذیل عبارت «الخراج بالضمنان» قابل طرح است.

۲.۲. عبارت «الخراج بالضمنان»

قاعده «الخراج بالضمنان» از جمله قواعد فقهیه مشهور میان فقهاء در باب معاملات و معاوضات است. افزون بر این به عنوان یک اصل مسلم اقتصادی در تمام نظام‌های اقتصادی مورد پذیرش قرار گرفته است. استقراء در نصوص نشان می‌دهد این عبارت همان حدیث نبوی مشهور است که هم در کتب عامه (ابن ماجه القزوینی، بی تا: ۷۵۴؛ الحاکم النیشابوری، ۱۴۲۲ ق: ۱۸-۱۹) و هم خاصه (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ ق: ۳۰۲) وجود دارد.

در خصوص عبارت «الخراج بالضمنان» در حقوق شرعی با دو دسته از روایات روبرو هستیم؛ دسته نخست روایاتی که با عبارت «الخراج بالضمنان» به این امر پرداخته‌اند و دسته دوم مجموعه روایاتی که به طور غیرمستقیم دلالت بر ملازمه مستخرج از این عبارت دارند.

الف- روایات حاوی عبارت الخراج بالضمنان: عمده روایاتی که حاوی این عبارت هستند، از طریق اهل تسنن است. در ادامه به تعدادی از این احادیث که از عایشه نقل شده‌اند، اشاره می‌کنیم:

۱- روایت عروه بن زبیر از عایشه: «رسول اکرم (ص) حکم دادند که خراج و منافع حاصل از عبد از آن کسی است که ضامن عبد است.»^{۱۸} (ابن ماجه القزوينی، بی تا: ۷۵۴)

۲- روایت هشام بن عروه از پدرش از عایشه: «مردی عبدی را خریداری نمود و سپس متوجه عیبی در آن شد و (به سبب خیار عیب) آن رد کرد، پس (فروشنده) گفت یا رسول الله (ص) همانا او از غلام من استفاده کرده است، رسول خدا فرمودند که خراج و منافع (عبد) در مقابل ضمان (عبد) است.»^{۱۹} (ابن ماجه القزوينی، بی تا: ۷۵۴).

ظاهراً این دو روایت حکایت از امر واحدی دارند که یکبار به صورت مختصر و بار دیگر به تشریح بیان شده‌اند. در هر دو روایت رسول اکرم (ص) مالکیت منافع عبد را تابع ضمان مشتری در مدت‌زمان قبل از اعمال خیار عیب می‌دانند.

۳- روایت عروه از عایشه: «همانا نبی (ص) فرمودند: خراج (منافع) در مقابل ضمان است.»^{۲۰} (احمد بن حنبل، بی تا: ۴۹)

این حدیث عام است و برخلاف نمونه‌های بالا، اختصاص به «عبد» یا «خیار عیب» ندارد.

۴- روایت مخلد بن خفاف با مضمونی مشابه با روایات فوق در خصوص منافع برده‌ای است که به سبب خیار عیب رد شده است. در این روایت عمر با

^{۱۸} «ان رسول الله (ص) قضی ان خراج العبد بضمانه»

^{۱۹} «ان رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً فردّه فقال يا رسول الله صلى الله عليه و آله انه قد استغل غلامى فقال رسول الله صلى الله عليه و آله الخراج بالضمان»

^{۲۰} «ان النبى صلى الله عليه و آله قال الخراج بالضمان»

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۴۵

استناد به عبارت «الخراج بالضمنان» حکم به مالکیت مشتری نسبت به منافع عبد قبل از اعمال خیار عیب می‌دهد. (بیهقی، ۱۴۲۴: ۳۲۱)

این روایات، مورد قبول فقهاء عامه بوده و قضات عامه به این قاعده تمسک کرده‌اند. (شبیری زنجانی، ۱۳۹۲)

قاعده الخراج بالضمنان در روایات نقل شده از طریق شیعه تنها در روایتی از ابن ابی جمهور احسائی در عوالی اللئالی آمده است: «روی عنه صلی الله علیه و آله انه قضی بان «الخراج بالضمنان» (الحاکم النیشابوری، ۱۴۲۲: ۴۷۳)

هرچند این روایت از طریق خاصه نقل نشده است اما استقراء در فتاوی ایشان نشان می‌دهد که بسیاری از فقهای امامیه در موارد بسیاری از فقه شیعه به این قاعده تمسک نموده‌اند. (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲۶؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۵۵-۲۴۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۱۴؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۵۸؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۲۸۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۲۱۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۱۷؛ نجفی صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۸) از مجموع کلام شیخ طایفه و جمعی از فقهاء چنین استفاده می‌شود که «الخراج بالضمنان» در زمره نبویاتی است که نزد فریقین مورد قبول واقع گردیده است. (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۳۱) همچنین استناد ابی حنیفه به این قاعده در فتاوی خود در صحیحہ ابی ولاد بر مفروغیت داشتن این قاعده نزد علماء شیعه و سنی صحه می‌گذارد. از این روی تردید در سندان شایسته نیست. (آملی، ۱۴۱۳: ۲۷)

^{۲۱} «قال أتبع غلاماً فاستغللته ثمَّ ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه الى عمر بن عبد العزيز، فقضی لی برده و قضی علی برد غلته، فأتیت «عروة» فأخبرته، فقال أروح اليه العشي فأخبره أن عائشة أخبرتنی ان رسول الله صلى الله عليه و آله قضی فی مثل هذا ان الخراج بالضمنان فعجلت الي عمر فأخبرته ما أخبرني عروة عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه و آله فقال عمر فما أيسر على من قضاء قضيته الله يعلم انی لم أرد فيه الا الحق فبلغتنی فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه و آله فارد قضاء عمر و أنفذ سنة رسول الله صلى الله عليه و آله فراح اليه عروة فقضی لی ان آخذ الخراج من الذی قضی به علی له»

مفاد قاعده همچنین از روایات بسیاری که از طریق خاصه نقل شده است قابل استنباط است. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۰۴) در ادامه نمونه‌ای از این احادیث ذکر خواهد شد.

ب- روایات حاوی مضمون «الخراج بالضمنان»: حدیث اسحاق بن عمار با مضمون «الخراج بالضمنان»، در خصوص مسلمانی است که در قالب بیع شرط خانه خود را می‌فروشد. بدین نحو که مقرر می‌گردد در صورتی که فروشنده ظرف یک سال ثمن معامله را به بایع مسترد نماید، خانه به وی مسترد شود. در این بین، این سؤال برای فروشنده پیش می‌آید که منافع خانه در مدت یک سال از آن کیست؟ امام صادق علیه‌السلام می‌فرماید منافع برای مشتری است چراکه اگر خانه در این مدت آتش می‌گرفت از مال مشتری تلف شده بود.^{۲۲} (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۰)

آیت‌الله مکارم شیرازی در خصوص این روایت می‌فرماید: «سند این روایت معتبر است هرچند علامه قدس سره در خلاصه نسب به وثوق اسحاق با توجه به فطحی بودن آن تردید کرده است اما حق این است که اعظام علماء علم رجال بر وثوق او صحه گزارده‌اند هرچند که فطحی باشد؛ و نسبت به باقی سند هم تردیدی باقی نمی‌ماند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۶۲)

همچنین اگر این ایراد گرفته شود که اسحاق این روایت را از کسی که آن را از حضرت صادق علیه‌السلام شنیده روایت کرده و این نوعی ارسال است باید در پاسخ گفت که تصریح به این امر که او آن را از امام علیه‌السلام شنیده است دلیل بر اعتماد بر رجل است.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۶۲)

^{۲۲} «قال حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و انا عنده، فقال: رَجُلٌ مُسْلِمٌ احْتَاجَ إِلَى بَيْعِ دَارِهِ فَجَاءَ إِلَى أَخِيهِ - فَقَالَ أَيْبُكَ دَارِي هَذِهِ - وَ تَكُونُ لَكَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ تَكُونَ لغيري - عَلَى أَنْ تَشْتَرِيَ لِي إِنْ أَنَا جِئْتُكَ بِثَمَنِهَا إِلَى سَنَةٍ - أَنْ تَرُدَّ عَلَيَّ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهَذَا - إِنْ جَاءَ بِثَمَنِهَا إِلَى سَنَةٍ رَدَّهَا عَلَيَّ - قُلْتُ فَإِنَّهَا كَانَتْ فِيهَا غَلَّةٌ كَثِيرَةٌ فَأَخَذَ الْغَلَّةَ - لِمَنْ تَكُونُ الْغَلَّةُ - فَقَالَ الْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي - أَوْ لَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اخْتَرَقَتْ لَكَانَتْ مِنْ مَالِهِ»

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۴۷

استقراء و بررسی در این روایت و روایات مشابه آن، فارغ از موضوعات جزئی آنها، به خوبی روشنگر حکم کلی ملازمه بین فایده و تحمل خسارت و مخاطره است.

علاوه بر موارد فوق در روایات مربوط به ضمان جنایات خطایی و ارث، در برخی موارد ضمان و ارث ملازم با هم معرفی شده‌اند. در باب ضمان ولاء، مسئولیت در ملازمه با ارث‌بری قرار گرفته است؛ به عبارتی اگر کسی ولاء دیگری باشد، هم وارث اوست و هم عاقله‌اش محسوب می‌گردد. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۴۵)

در جنایات خطایی ذمی که پرداخت دیه بر عهده خود ذمی است، در صورت عدم تمکن مالی وی، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌گردد و این امر از سوی معصوم (ع) نتیجه پرداخت جزیه از طرف ذمی به حکومت معرفی شده است. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹۱)

چنان‌که ملاحظه می‌شود در این روایات، دیه (ضمان و غرم) بر عهده کسی قرار گرفته است که از ارث (غنم، خراج) بهره‌مند می‌گردد. از این روی فحواً عبارت الخراج در این عبارت قابل ملاحظه است.

افزون بر اسناد روایی و استقراء فقهی که از نظر گذشت ملازمه «خراج» و «ضمان» بنای عقلاء نیز هست و به نظر می‌رسد مفاد قاعده از احکام امضایی است نه تأسیسی. مرحوم میرزا محمدحسن نایینی در این خصوص می‌فرماید: «بلکه معنایش فی الجمله از ارتکازیات است؛ بنابراین مناقشه در سندش وجهی ندارد.» (نایینی، ۱۳۷۳: ۲۳۲)

با استناد به روایات مذکور و استقراء و شهرتی که بین متقدمین از نظر گذشت اعتبار قاعده «الخراج بالضمن» قابل خدشه نیست.

علاوه بر دو عبارت «الخراج بالضمن» و «من له الغنم فعليه الغرم» قواعدی مانند «نهی عن ربح ما لا یضمن»، «ان ضمان الشئ و درکه بازاء منافعه»، «تلازم

بین نماء و درک» نیز بر ملازمه و توازن میان نفع و ضمان (مخاطره) دلالت دارند و می‌توانند به لحاظ اعتبار و حجیت و مفاد مؤید دو عبارت مورد بررسی باشند.

۳. ملازمه مستخرج از «من له الغنم فعلیه الغرم» و «الخراج بالضمنان» در کلام فقها

۳.۱. ملازمه مستخرج از «من له الغنم فعلیه الغرم»

هرچند فقهاء به طور مستقیم در خصوص چگونگی ملازمه مستخرج بر این عبارت سخنی نگفته‌اند، اما با توجه به نحوه استناد ایشان، می‌توان به چگونگی این ملازمه از دیدگاه ایشان پی‌برد.

در برخی موارد فقهاء «غنم» را مقابل غرم (ضمان) ناشی از قرارداد قرار داده‌اند. به عنوان نمونه در هنگام معامله با مال یتیم، با وجود دیدگاه حمایتی فقه در خصوص صغیر یتیم، از آنجا که سود و منافع کسب‌وکار با مال یتیم، برای او خواهد بود، خسران مترتب بر آن نیز با تمسک به عنوان «من له الغنم فعلیه الغرم» بر دارایی یتیم تحمیل می‌گردد. (نجفی صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۸)

همچنین به عبارت مذکور به عنوان یک کبری کلی برای حکم بر ضمان همه شرکا دارای نفع در خصوص خسارت مترتب بر عقود مانند مضاربه و مزارعه و مساقات، استناد شده است. ضمان مولی نسبت به خسارات مترتب بر عمل عبدی که در اجاره غیر است، مستند به همین عبارت شده است. (اشتهاردی، ۱۴۱۷ الف: ۱۷۴) مالکیت مولی بر مهریه امه، به همین شکل مستند شده است. (اشتهاردی، ۱۴۱۷ ب: ۱۶) در ضمان جریره، ضمان معادل غرم در نظر گرفته شده است و میراث مضمون عنه برای ضامن جریره است. (صدر، ۱۴۲۰ الف: ۲۹۵)

در میان فقهاء عامه، حنفی‌ها با عبارت «الغرم بالغنم» به قاعده استناد کرده‌اند. در مجله الاحکام با عنوان «الغرم بالغنم» به قاعده اشاره شده است. یکی از موارد مورد استناد در این مجله، ماده ۱۳۲۶ است. طبق این ماده، مخارج گودال کنی و

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۴۹

اصلاح نهر برای اراضی مشترک بر اساس قاعده «الغنم بالغرم» محاسبه می‌گردد بدین نحو که ابتدا تمام اراضی در این مخارج مشترک می‌باشند، اما پس از تجاوز از زمین اول و اتمام کار گودال‌کنی یا اصلاح نهر در آن زمین، او دیگر جز هزینه‌گرها نیست و از لیست خارج می‌شود و باقی هزینه‌بر عهده کسانی خواهد بود که از ادامه عملیات سود خواهند برد. (الزحیلی، ۱۴۲۹: ۲۱۶)

اجرت نگهداری از عین مرهونه، در مواد ۷۲۲ و ۷۲۳ المجله، به این دلیل بر مرتهن تحمیل گردیده است که مرتهن با تأمین و توثیق عین مرهونه از آن بهره‌مند می‌گردد. (همان: ۲۱۶) همچنین ماده ۷۲۴ المجله در مورد عهده رهن نسبت به مخارج و مئونات عین مرهونه، مستنبط از این قاعده است. (حیدر، ۱۴۲۳ الف: ۱۳۷) با استناد به عبارت الغرم بالغنم، مشتری عهده‌دار اجرت تحریر بیع نامه و مخارج دفاتر اسناد در نظر گرفته می‌شود. (الزحیلی، ۱۴۲۹ ق: ۲۱۶) همچنین مخارج تعمیر و ترمیم مال مشترک به اندازه حصه هر یک از شریکان بر عهده آن‌ها قرار داده شد. (حیدر، ۱۴۲۳ ب: ۳۱۰)

تتبع در فقه نشان می‌دهد افزون بر موارد فوق «غرم» گاهی در مقابل ضمان غیرقراردادی هم مورد استفاده قرار گرفته است. به عنوان نمونه در خصوص وجوب کفن عبد بر مولی، از آن روی که اگر عبد مالی داشت به مولی ارث می‌رسید، کفن هم با استناد به «من له الغنم فعلیه الغرم»، بر عهده مولا گذارده شده است. (اشتهاردی، ۱۴۱۷ ج: ۱۱۰) میراث عبد آزادشده، در قبال مال داده‌شده برای آزادی‌اش، متعلق به آزادکننده است (صدر، ۱۴۲۰ الف: ۲۹۵)، همچنین در موارد متعددی در باب ارث به این قاعده استناد شده است. (صدر، ۱۴۲۰ ب: ۳۹؛ صدر، ۱۴۲۰ الف: ۲۷ صدر، ۱۴۲۰ ج: ۳۰؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ۱۱۲) به عنوان نمونه در صورت وجود زوج، نقص تنها به خواهر یا خواهران ابوی تحمیل می‌گردد، از این رو و با توجه به «من

له الغنم فعلیه الغرم» در صورت عدم وجود زوج نیز منفعت یا به عبارتی زائد بر فرض باید به آن‌ها رد شود.^۳ (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۲۹-۱۳۰)

تبعیت ضمان و غرم در باب ولاء هم قابل ملاحظه است. هرچند مستقیماً به در این موارد به عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم» استناد نگردیده است اما ملازمه غرم و منفعت مورد توجه است. اگر قاتل یا جانی در جنایت خطایی، فاقد عاقله یا ولاء عتق باشد، اما ضامن جریره داشته باشد، دیه جنایات خطایی بر عهده ضامن جریره است؛ اما اگر ضامن جریره نیز نداشته باشد امام و بیت‌المال عاقله او خواهند بود. در واقع به طور کلی در ضمان بیت‌المال اختلافی وجود ندارد چرا که از سویی روایاتی داریم که ولاء را بر امام ثابت می‌داند و از دیگر سو با روایاتی مواجه هستیم که مؤید این امر است که هرکس ولاء بر او ثابت شد بار ضمانت جنایات خطایی را بر عهده خواهد گرفت. همچنین است در صورتی که قاتل مجهول باشد تحت شرایطی بیت‌المال عهده‌دار پرداخت دیه خواهد بود. (خویی، ۱۴۱۰ ق: ۵۴۶)

حقوقدانان در مباحث مسئولیت مدنی به طور ویژه در مباحث مربوط به نظریه خطر-انتفاع مادی و حقوق مصرف‌کننده و مسئولیت تولیدکننده در قبال عیب کالا، به قاعده استناد نموده‌اند. در این موارد با استناد به قواعد اولیه ضمان مانند تسبیب و اتلاف نمی‌توان سرمایه‌گذار را مسئول تلقی کرد، اما استناد به عبارت مذکور می‌تواند توازن از دست رفته میان زیان‌دیده و سرمایه‌گذار را جبران نماید. (علوی قزوینی، ۱۳۹۳: ۷۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۲۵)

^۳ البته شایان توجه است که اگر قرار است این قاعده در ارث مورد استناد قرار گیرد باید در طبقه اول هم این امکان وجود داشته باشد؛ اما در طبقه اول مانند طبقه دوم عمل نمی‌شود. اینجا لازم است که به دو نکته توجه نماییم نخست آنکه فقیه در مقام اثبات مدعای خود در موضوع مطروحه در کنار سایر ادله به عبارت مذکور استناد ورزیده است و دیگر اینکه در نظر فقیه غرم معنای حاصل مصدري دارد و امکان استناد در ضمان غیر قراردادی را هم دارد هرچند در موضوع قوانین ارث محدود گردیده باشد.

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۵۱

چنان‌که در این چند سطر ملاحظه می‌شود فقهاء و حقوقدانان، با ابتناء به عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم»، ملازمه‌ای را بین «غنم» و «غرم»، فارغ از اسباب ایجاد غرم (ضمان) برقرار دانسته‌اند. چنین استناداتی به عبارت مذکور نشان دهنده این مطلب است که غرم (ضمان) مورد نظر در عبارت از نقطه نظر فقهاء در معنای حاصل مصدري به کاررفته است و دامنه شمول عبارت محدود به قراردادها نبوده و موارد غیرقراردادی را هم شامل می‌شود. هرچند احکام صادره در موضوعات فوق تنها مستند به «من له الغنم فعلیه الغرم» نیست و همچنین هرچند فقهاء در موارد اندکی به عبارت مذکور استناد کرده‌اند، اما همین موارد اندک می‌توانند به خوبی مؤید قرار گرفتن ضمان غیرقراردادی در دامنه شمول غرم (ضمان) از نظر فقهاء باشند.

۳.۲. ملازمه مستخرج از «الخراج بالضمان»

بررسی متون فقهی شیعه نشان می‌دهد در تبیین چگونگی ملازمه میان منافع و مخاطرات، فقهاء توجه ویژه خود را معطوف تحلیل عبارت «الخراج بالضمان» نموده‌اند. در این مجال سه مورد از مهم‌ترین نظریه‌های ارائه شده برای تبیین چگونگی ملازمه بین خراج و ضمان به تصور کشیده می‌شود:

۳.۲.۱. ملازمه بین مالکیت نفع و ضمان در جایگاه اسم مصدري: طبق این نظریه هرکس ضامن مالی تلقی گردد، مالک منافع مال نیز هست. اعم از اینکه به نحو ارادی یا غیرارادی (مانند غاصب) ضامن تلقی شود. در شرح این نظریه باید گفت که این نحو ملازمه، ناشی از در نظر گرفتن «ضمان» در معنای اسم مصدري^{۲۴} است.

^{۲۴} مصدر کلمه‌ای است که تنها بر وقوع کار یا حالتی بدون در نظر گرفتن زمان دلالت دارد. مصدر موضوع حدث ساده است بدون اعتبار آن به فاعل یا متعلق دیگر. اسم مصدر را کلمه‌ای است که اغلب بر حاصل مصدر دلالت دارد یعنی بر حدث بدون توجه به صدور آن از نسبت به فاعلش. به عنوان نمونه حمد به معنی مصدري ستودن و به معنای اسم مصدر ستایش است. بنابراین اسم مصدر اسم حدث غیر جاری بر فعل است.

بدین ترتیب، واژه «ضمان» در این عبارت، هر نحو ضامن بودن (اعم از ارادی و غیرارادی) را در بر می‌گیرد. با ابتناء بر این نظریه، ابوحنیفه در حل و فصل یک دعوا، رأی به عدم ضمان غاصب نسبت به منافع مال غصبی داده است. (خوانساری، بی تا: ۱۴۱) چرا که غاصب، ضامن عین است و بر اساس عبارت «الخراج بالضمان» منافع عین هم برای او خواهد بود. این قضاوت از نظر امام صادق (ع) به شدت نفی شده است و ایشان می‌فرمایند با چنین قضاوت‌هایی از آسمان بارانی نخواهد بارید و زمین برکاتش را نمایان نخواهد ساخت.^{۲۰} (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۹-۱۲۰) در فقه شیعی، غاصب هم ضامن برگرداندن عین است و هم ضامن منافع است.

۳.۲.۲. ملازمه بین مالکیت نفع و ضمان جعلی (قراردادی): طبق این نظریه هر کس به موجب یک عقد ملتزم به تحمل خسارات گردید، مالک منافع نیز هست. به نظر می‌رسد فقهاء، این تعبیر را برای احتراز از نتیجه نظریه نخست، با در نظر گرفتن معنای مصدری برای ضمان برگزیده‌اند. در این معنا اگر فرد به نحو ضمان جعلی مالکی و در نتیجه عقود صحیح مالک و ضامن مالی شد، منافع مال هم برای اوست. (خوانساری، بی تا: ۳۴۴)

بر اساس این نظریه، دامنه کاربرد قاعده، محدود به خرید و فروش و دادوستد خواهد شد. بهره و سود حاصل از عین، از آن مالک و دارنده عین است. از این رو اگر عین تلف شده یا ناقص گردد از دارایی مالک خواهد بود، چراکه او پاسخگوی غرامت و جبران خسارت است؛ به عبارت دیگر خردمند ضمانت ملک دیگری را به هدف بهره‌مندی از سود انجام خواهد داد. این قول را اکثر علمای شیعه پذیرفته‌اند و بدین ترتیب دامنه عمل قاعده را به خیار عیب محدود نموده‌اند. (ساکت، ۱۳۷۵: ۱۸۳)

در نقد این نظریه می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

^{۲۰} شرح کامل این روایت در قسمت های قبلی آمده است.

۱- هرچند موضوعات روایات مربوط به «الخراج بالضمنان»، عمدتاً خسارات ناشی از شیء تحت مالکیت را مدنظر قرار داده‌اند، اما نمی‌توانند مخصص حکم کلی روایات باشند. چنانکه شهید در تمهید القواعد و در توضیح این مسئله، دقیقاً به قاعده «الخراج بالضمنان» تمسک جسته و می‌فرماید گاهی دلیل عام با لفظ مستقلی بر سر سبب خاصی قرار می‌گیرد. از آنجا که منافاتی بین ذکر سبب و عموم وجود ندارد اکثر محققین معتقدند به عام بودن دلیل خدش‌های وارد نمی‌آورد. دلیل به علت ورود بر سر یک سبب خاص مقید نمی‌گردد. (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۲۱۶)

۲- در صورتی که تحمل خسارات را تنها متوجه مالک در نتیجه عقود مملک بدانیم، قاعده بدین معنا خواهد شد که هرکس مالک منتفع از شیء است متحمل خسارات و مخاطرات خواهد بود. تابعیت منافع عین از مالکیت عین و اینکه هر کس مالک شیء است مالک منافع آن نیز هست، اساساً حکم جدیدی نیست یک حکم عقلی است و احتیاجی به وضع قاعده جداگانه ندارد. از این روی، چنین تعبیری مردود به نظر می‌رسد. همچنین هرچند از جمله نتایج متعددی که می‌توان بر قاعده مترتب دانست این است که هر مالک منتفع از ملک خود بر اساس قاعده ملزم به تحمل خسارات آن نیز هست، اما گاهی به حکم شرع یا قانون، این نحو التزام به طور شرعی برای فردی غیر از مالک حادث می‌شود. شیخ طوسی صراحتهً در خصوص تلف مبیع قبل از قبض از آن روی که بایع ضامن مبیع است، منافع مبیع در این بازه زمانی تا تسلیم را متعلق به بایع می‌دانند.^{۳۶} همچنین ایشان ضامن مبیع را به همراه منافع آن بعد از قبض، متعلق به مشتری می‌دانند و معتقدند ضامن

^{۳۶} «وان حصل من المبیع نماء قبل القبض كان ذلك للبائع اذا اراد الرد بالبعب لان ضمانه على البائع لظاهر الخبر» (طوسی،

بعد از قبض به مشتری منتقل می‌گردد و نه با انتقال مالکیت.^{۲۷} افزون بر این موارد گاهی از مواقع ملک مسلوب المنفعه است و انتفاع از آن در اختیار شخص دیگری غیر از مالک قرار دارد. قانون مدنی چنین وضعیتی را در ملک شناسایی نموده است و شخص منتفع را مسئول زیان‌ها و خسارات مترتب بر موضوع انتفاع معرفی نموده است. نمونه بارز این امر را می‌توان در ماده ۱۰۵ قانون مدنی یافت که اذعان می‌دارد: کسی که حق الارتفاق در ملک غیر دارد، مخارجی که برای تمتع از آن حق لازم شود به عهده صاحب حق است، مگر اینکه بین او و صاحب ملک بر خلاف آن قراردادی شده باشد.»

۳- محدود نمودن ملازمه نفع و ضمان در عبارت «الخراج بالضمن» به ضمان جعلی (قراردادی)، مغایر با نحوه استناد فقهاء به عبارت «من له الغنم فعليه الغرم» و ملازمه نفع و ضمان مستخرج از آن، در موارد مرتبط با ضمان قهری و غیر قراردادی است.

۳.۲.۳. ملازمه خراج و مالیات: دیدگاه امام خمینی (ره) و فقه حکومتی ایشان در خصوص «الخراج بالضمن» باعث شده که ایشان خراج را معادل مالیات پرداختی توسط مردم در نظر بگیرند و در مقابل وظایفی را برای حکومت تحت عنوان ضمان در نظر بگیرند. (خمینی، ۱۴۲۱: ۴۶۸-۴۶۹) دو نکته در خصوص این دیدگاه قابل تأمل است: نخست آنکه با اتخاذ چنین موضعی، موضوعات روایات در دایره شمول حکم مندرج در آن‌ها یعنی «الخراج بالضمن» قرار نمی‌گیرد و از این حیث این دیدگاه مورد ایراد است نکته دوم آنکه این دیدگاه مبتنی بر معنای حاصل مصدري ضمان است.

^{۲۷} «و لما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لان الضمان انتقل اليه بالقبض كان الخراج له فاما التناج و الثمره فانهما ايضاً للمشتري» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۲۶)

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع- مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۵۵

۴. پیشنهاد نظریه جدید برای ملازمه مستخرج از قاعده

از آن روی که معنا و کاربرد صرفی در نظر گرفته شده برای واژه‌های «ضمان» و «غرم» در این رویکرد آن را از سایر نظریه‌های ارائه شده متمایز می‌سازد، لذا شایسته است در بیان این نظریه ابتدا به تبیین مفردات پردازیم.

۴.۱. بررسی مفردات

تبیین دقیق واژگان «الضمان»، «الخراج»، «الغنم»، «الغرم» در کنار حرف «باء» در عبارت «الخراج باضمان»، نقش کلیدی در ارائه نظریه‌ای راهبردی از قاعده به دنبال خواهد داشت.

۴.۱.۱. ضمان، غرم: با توجه به تأثیرگذاری جایگاه صرفی و لغوی در تفسیر عبارت، هر دو، مورد توجه قرار گرفته‌اند.

ضمان در کتب لغت به معنی التزام، اشتغال، کفالت به کار رفته است. (ابن فارس، ۱۴۱۱: ۳۷۲؛ فراهیدی، ۱۴۰۵: ۵۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۸۹-۹۰) غرم به عنوان مترادف در مقابل واژه ضمان در کتب لغت معرفی شده است. در خصوص واژه غرم، صاحب کتاب التحقيق فی مفردات قران الکريم به صراحت به این امر می‌پردازد که غرم به معنای التزام است و این التزام بسته به نحوه استعمال این واژه در کنار واژگان دیگر می‌تواند معانی مختلفی را به ذهن متبادر سازد. (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۲۱۳-۲۱۴) ضرر، کفالت، خسارت و غرامت به عنوان معانی غرم مطرح شده‌اند.

فقه‌های شیعه، در مواضع متعددی به تعریف اصطلاحی ضمان پرداخته‌اند. به عنوان نمونه فقیهی، آن را با عبارت «كُونُ تَلَفِهِ عَلَيْهِ» تعریف کرده است: یعنی ضامن کسی است که تلف مال بر عهده او باشد (انصاری، ۱۴۲۹ ق: ۱۸۰) (بر اساس این تعریف ضامن خطر خسارات وارد بر مال را می‌پذیرد و در صورت

ورود خسارت عهده‌دار جبران خسارت خواهد بود. همچنین در صورتی که خسارتی حادث نگردد با وجود قبول ضمان جبران خسارتی بر عهده فرد قرار نخواهد گرفت؛ دیگری ضمان را «ادخالُ الشيءِ فی العَهْدَه» دانسته است؛ یعنی داخل نمودن (پذیرش مخاطره) چیزی (کالا و دارایی و...) بر عهده دانسته‌اند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۴). در جای دیگر ضمان این‌گونه تعریف شده است که «فالمراد بالضمان الذی بازائه الخراج التزام الشيء علی نفسه و تقبله له مع امضاء الشارع له» (انصاری، ۱۴۲۹: ۲۰۲) ضمان در این تعریف پذیرفتن و قبول (خطر خسارات و مخاطرات) چیزی در عهده خود با امضاء شارع معرفی شده است. (بدین ترتیب ضامن در صورت ورود خسارت مسئول جبران است.)

با توجه به تعاریف بالا در این نوشتار واژه مخاطره را به عنوان جایگزین فارسی برای واژه‌های «ضمان» و «غرم» برگزیده‌ایم. هیچ‌کدام از تعاریف بالا بر خلاف معنای مخاطره نیست. منظور ما از مخاطره در این نوشتار حالتی است که در آن فرد خسارات و ضررهای مترتب بر مال را در صورت حدوث و قطعی بودن بر عهده دارد. به عبارت دیگر مخاطره علت تامه نیست، بلکه علت ناقصه است.

بررسی متون فقهی روشنگر این امر است که معنای کلی و جامع واژه‌های «ضمان» و «غرم»، در قلمرو فقه مالی، محدود به معنی وجوب پرداخت خسارت یا درک یا بازگرداندن عین مال نیست، بلکه به مفهوم حکم وضعی، در خطر بودن شخص (نسبت به خسارات) است و از جمله آثار آن، وجوب تکلیفی پرداخت خسارت و درک است. ضمان، مفهوم و حقیقتی واحد به معنی در خطر بودن دارد. این مفهوم واحد، به اعتبار اسباب گوناگون تحمیل ریسک و خطر، تکرر می‌یابد. تقسیم ضمان به اختیاری و قهری، اصلی و تبعی، جعلی و معاوضی در متون فقهی، حقوقی و حدیث به اعتبار همین اسباب صورت گرفته است.

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۵۷

در تأیید این مدعا می‌توان به روایاتی اشاره کرد که در آن‌ها واژه ضَمان، در مقابل اَمان (بی‌خطری) قرار گرفته است و ضَمان از اَمان برداشته شده است.^{۲۸} از این روایات، معنای «در خطر بودن» برای واژه ضَمان، به روشنی قابل استنباط است. در متون فقهی از اَمان و مؤتَمَن و شخصی که در اَمان و بی‌خطری است، ضَمان (حکم وضعی در خطر بودن) نفی شده است.

همچنین اینکه فقها در عقود امانی، با ابتناء بر مقتضای ذاتی «اَمان و بی‌خطر بودن» بودن این عقود، بحث نموده‌اند که «آیا شرط ضَمان باطل است یا نه؟»، شاهی دیگر بر معنای ریسک و مخاطره، برای واژه ضَمان است. (قمی، ۱۴۱۳: ۴۰۱؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۶۹؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۵)

از نظر کاربرد صرفی، «ضمان» هم به عنوان مصدر و هم اسم مصدر می‌تواند استفاده شود. (این دو کاربرد را می‌توان در قسمت (۲.۳) ملاحظه کرد) حال باید دید ضَمان در عبارات و روایات در کدام معنا به کار رفته است. در معنای مصدری، فاعل مستتر است لذا «ضمان» با قبول التزام و تقبل آن به واسطه فاعل محقق می‌گردد؛ به عبارتی ضَمان قراردادی و اختیاری خواهد بود؛ اما در معنای حاصل مصدر، حاصل ضَمان در معنای مصدری مدنظر است. فارغ از اینکه فاعل

۲۸ کَیْسَ عَلَی الْمُؤْتَمَنِ ضَمانٌ؛ بر شخصی که در اَمان و بی‌خطری قرار داده شده است، پذیرش مخاطره نیست (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ج ۱۴: ۱۶).

عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال: كَيْسَ عَلَی مُسْتَعِيرٍ عَارِيَهُ ضَمانٌ و صاحبُ العارِيَةِ و الوديعَةُ مُؤْتَمَنٌ؛ حلبی از امام صادق نقل می‌نماید که بر شخص عاریه‌کننده، پذیرش ریسک و مخاطره نیست و صاحب عاریه و ودیعه، در اَمان و بی‌خطری قرار داده شده‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۳: الف: ۲۳۷)

العَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ أَمَانُهُ، فَلَا يَضْمَنُهَا الْمُسْتَأْجِرُ؛ عین مورد اجاره در دست مستأجر در اَمان و بی‌خطری است، بنابراین مستأجر، ضمانتی در مقابل آن ندارد و پذیرش مخاطره آن توسط مستأجر نیست (نجفی، بی تا، ج ۲۷: ۲۱۵). المضاربُ مُؤْتَمَنٌ، لَا ضَمانَ عَلَيْهِ؛ شخصی که عامل مضاربه است؛ در اَمان و بی‌خطری است، پذیرش ریسک و مخاطره سرمایه، بر او نیست (حلی، ۱۴۱۰: ج ۲: ۴۰۹).

اراده تحمل چنین التزامی را داشته است یا خیر. معنای ضمان در این برداشت «ملتزم و ضامن شدن» است.

۴.۱.۲. غنم و خراج: کلمه «خراج» به معنای درآمد است. (واسطی، ۱۴۱۴: ۳۳۹؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲۶؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱۴۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۵۱-۲۵۲، طریحی، ۱۴۱۶: ۲۹۴)

صاحب کتاب «النهایه فی غریب الحدیث و الاثر» که مانند «مجمع البحرین» لغات قرآنی و حدیثی شیعه را معنا می‌کند، در خصوص کلمه خراج می‌نویسد اگر کسی عبد یا امه‌ای را بخرد، چنانکه بعداً در آن مبیع عیبی پیدا بکند، این فرد می‌تواند به جهت عیب معامله را به هم زند. آنگاه می‌گوید اگر برای این ملک یا مبیع در این مدت درآمد یا منفعتی باشد، این درآمد از آن مشتری است، چراکه او ضامن عین است و اگر در این مدت (قبل از فسخ) مال تلف شده بود بر عهده مشتری بود و نه فروشنده. (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۲۱)

کلمه غنم در معنایی مشابه خراج استعمال می‌شود مقصود از غنم، نفع و زیاده است. این واژه در مقابل ضرر استفاده می‌شود. (سبحانی تبریزی، بی تا: ۸) البته چنانکه ملاحظه می‌گردد در کتب لغت، به طور عام نسبت به هر نفعی واژه «غنم» قابل استعمال است.

۴.۱.۳. باء: فقهاء عمدتاً با تمسک به احادیث مربوطه معانی «سببیت» و «مقابله» را در عبارت «الخراج بالضمان» برای باء متصور شده‌اند. (خوانساری، بی تا: ۱۴۴) بای سببیت یا تعلیل بر علت و سبب وارد می‌شود. (ابن هشام انصاری، ۱۹۷۹: ۱۳۹) باء مقابله به این گونه است که فعل قبل در مقابل و عوض شیء مابعد قرار می‌گیرد. «باء» در «بالضمان» ظهور در سببیت و مقابله دارد و مقتضای این ظهور، سببیت و مقابله از طرفین است، بدین معنی تملک منافع عین انگیزه ضمان عین است و

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۵۹

ضمان عین سبب تملک منافع عین است و این معنی در هر علت غائی است. (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۷۹)

۴.۲. تبیین نظریه پیشنهادی

اگر ضمان را در معنای اسم مصدر به کار ببریم دامنه عبارت «الخراج بالضمنان» با عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم» یکسان بوده و شامل ضمان قراردادی و غیرقراردادی می‌گردد، اما کاربرد ضمان در جایگاه اسم مصدری، ممکن است این شائبه را به وجود بیاورد که این نظریه در واقع همان نظریه ابوحنیفه (طرح شده در مبحث دوم) است که بر طبق آن ضمان غاصب تحت شمول «الخراج بالضمنان» قرار می‌گیرد و غاصب مالک منافع مال غصبی است. عمده‌ترین دلیل فقها برای احتراز از معنای حاصل مصدری همین امر است. برای رد این شائبه، روایت مربوط به قضاوت ابوحنیفه را مورد مذاقه قرار می‌دهیم.

۴.۲.۱. تحلیل و بررسی قضاوت ابوحنیفه: بر اساس روایت، مردی بر خلاف قرارداد اجاره، حیوانی را در مسیری غیر از مسیر مورد توافق و مدت معین شده مورد استفاده قرار می‌دهد. صاحب حیوان از او به دلیل عدم رعایت مفاد قرارداد و بطلان آن تقاضای جبران خسارت و اجره المثل حیوان را می‌نماید. ابوحنیفه در مقام قضاوت بین این دو، بر اساس قاعده «الخراج بالضمنان»، با استناد به این امر که در صورت ورود خسارت به حیوان در مدت وضعی، مستأجر ضامن تلقی می‌شد، حکم به مالکیت او در این مدت نسبت به منافع می‌نماید و از آن روی که خسارتی نیز به حیوان وارد نیامده است، حکم به بی‌حقی موجر می‌دهد. این امر به استحضار امام صادق علیه‌السلام می‌رسد. ایشان این نحو قضاوت را مورد قبول نمی‌دانند و رویکرد انتقادی شدیدی نسبت به آن اتخاذ می‌نمایند. همچنین در مقام پاسخ، نقد

^{۲۹} العلة بماهیته و المعلول بآئینه (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۲: ۲۷۹)

خویش را معطوف واژه قضا می‌نمایند و می‌فرمایند با این‌گونه قضاوت‌ها باران از آسمان نخواهد بارید.

روشن است که آنچه در قضاوت رخ می‌دهد، اختصاص یک حکم کلی به یک موضوع جزئی است.^{۳۰} بنابراین نهایت امری که می‌توان از این روایت تا این قسمت استنباط نمود، عدم امکان استناد به قاعده در موضوعات با وصف غاصبانه است. در ادامه روایت این ابهام برای مستأجر به وجود می‌آید که در طول مسیر تأمین علف به عهده مستأجر بوده است، پس موجر باید جبران خسارت کند. (گویی این بار به عکس قاعده استناد شده است؛ حال که منافع از آن موجر است، بنابراین موجر عهده‌دار موونه (مخراج و هزینه‌ها) نیز هست.) امام علیه‌السلام در رد استدلال مستأجر، او را ضامن دانسته و بر عنوان غاصبانه مستأجر تأکید می‌نمایند. به تعبیری از سخن ایشان این‌طور برداشت می‌شود که از آن روی که ضامن بودن مستأجر توأم با وصف غاصبانه بودنید اوست، هرچند سهمی در منافع ندارد اما عهده‌دار علوفه است. فقها، با استناد به این روایت و با طرح نظریه جایگاه صرفی مصدری برای واژه «ضمان»، اساساً ضمان غاصب را از دایره شمول ضمان در عبارت «الخراج بالضمان» خارج نموده‌اند؛ و در نتیجه فاصله‌ای عمیق بین این عبارت و عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم» رقم زده‌اند.

نحوه پرسشگری و پاسخ‌دهی در این روایت حاکی از آن است که هرچند ضمان غاصب هم می‌تواند تحت شمول این قاعده قرار گیرد، اما با حکم خاص در خصوص غاصب (الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال)، این موضوع خاص از دایره شمول این قاعده خارج شده و به عبارتی تخصیص خورده است. نحوه بیان امام

^{۳۰} «فتوا»، بیان حکم کلی الهی است که مجتهد، استنباط کرده است البته تطبیق آن بر موضوعات و موارد آن، بر عهده مقلد است. فتوا تنها برای مقلدان فتوا دهنده حجت است؛ «قضاوت»، انشای حکم است که قاضی جامع شرایط، برای بر طرف کردن نزاع و خصومت بین مردم، در قضایای جزئی حکم می‌کند. (خویی، ۱۴۱۰ ق: ص ۵)

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۶۱

صادق علیه السلام نشان دهنده این است که ایشان ضمن تأیید ضمنی قاعده، تطبیق حکم قاعده بر موضوع خاص غاصب در قالب قضاوت ابوحنیفه را، صحیح نمی‌دانند. از آن روی که ایشان حکم خود را مدلل به وصف غاصبانه موضوع مورد سؤال نموده‌اند، حداکثر نتیجه‌ای که می‌توان گرفت این است که ضمان غاصب از ذیل قاعده تخصیص خورده است.

به عبارت دیگر نحوه استناد معصوم بدین نحو است که گویی اگر فقط و فقط همین قاعده بود ضمان غاصب نیز تحت شمول این قاعده قرار می‌گرفت، اما از آن روی که برای غاصب قاعده خاص داریم که اذعان می‌دارد «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال»، قاعده الخراج تخصیص خورده و ضمان غاصب، از دایره شمول قاعده خارج گردیده است. بر اساس این روایت، شدیدترین مجازات باید برای غاصب در نظر گرفته شود. از این رو فقهاء به عنوان نمونه، با استناد به این روایت حکم به ضمان غاصب نسبت به منافع داده‌اند. قرار دادن غاصب ذیل حکم قاعده «الخراج بالضمنان» مغایر با «یؤخذ بأشده» در این نص است. همچنین عدم ضمان بر خلاف این شبه است. بدین ترتیب، گفتمان صورت گرفته در روایت، نظریه مبتنی بر جایگاه صرفی اسم مصدری برای ضمان را تقویت می‌نماید. با پذیرش معنای اسم مصدری برای ضمان، هرچند قاعده توسعه معنایی معتنابه‌ای را خواهد داشت، اما منجر به صدور فتاوی و قضاوت‌های خلاف شرع نخواهد گردید.

۴.۲.۲. نظریه پیشنهادی: با توجه به ملاحظات بیان‌شده، معنای عبارات «من له الغنم فعلیه الغرم» و «الخراج بالضمنان» چنین است: «هر شخصی که ملتزم به تحمل مخاطرات یک مال یا فعالیت تلقی گردد، از منافع مال نیز سود خواهد برد و برعکس.»؛ به عبارتی موجز «سود در مقابل مخاطره است و برعکس.» این دو سویه بودن عبارت مبتنی بر تحلیل حرف «باء» و روایاتی است که قبلاً از نظر گذشت.

در صورتی که ملازمه نفع و مخاطره را تنها محدود به ضمان اختیاری و قراردادی نماییم، با توجه مترادف بودن دو عبارت «من له الغنم فعلیه الغرم» و «الخراج بالضمان»، برخی استنادات فقهی به قاعده و روایاتی که در مبحث نخست از نظر گذشت، غیرقابل توجیه خواهد بود؛ اما پذیرش معنای اسم مصدری می‌تواند این تعارضات را برطرف ساخته و «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» را بین دو عبارت فراهم آورد.

۴.۳. دایره شمول نظریه پیشنهادی

نظریه پیشنهادی، دارای حدود و ثغوری است که در ادامه مورد توجه قرار خواهد گرفت:

۱- مالکیت منتفع یا متضرر بر مال یا عمل شرط برقراری ملازمه نیست. ممکن است تمام یا بخشی از انتفاع یا مخاطرات مترتب بر مال یا عمل متوجه شخصی غیر از مالک باشد. برای تبیین بهتر این امر، ماده ۷۱ آیین‌نامه سابق کمیته انضباطی فدراسیون فوتبال و تبصره آن را مورد توجه قرار می‌دهیم. در این ماده خسارات مترتب بر افعال تماشاگران حین، قبل و بعد از برگزاری مسابقه متوجه باشگاه خواهد بود. در این مورد بخش عمده‌ای از سود افعال تماشاگران، متوجه باشگاه است. از این رو خسارات هم متوجه باشگاه دانسته شده است.

همچنین در مسئولیت مدنی گاهی با خساراتی روبرو هستیم که عامل و مالک فعل زیان‌بار مجهول است. این امر به طور ویژه در خسارات مترتب بر محیط‌زیست قابل مشاهده است و یا اینکه عامل، توانایی جبران خسارت را ندارد و این در حالی است که خسارت وارد شده، غیرقابل مسامحه است. ملازمه نفع-مخاطره با توجه نظریه پیشنهادی شرایطی را فراهم می‌آورد که بر اساس آن می‌توان جبران خسارت

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع- مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۶۳

را به اشخاصی که در قبال فعل یا مال مستوجب زیان منتفع گردیده‌اند، تحمیل نمود.

۲- در ضمان قهری، زمانی می‌توان به قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» تمسک جست که یک فعالیت سودمند و درآمدزا مخاطره‌ای را بر غیر تحمیل نماید (مانند بوی گاوداری برای مجاورین آن یا دود کارخانه برای مجاورین آن) چنین فعالیتی بر اساس قاعده «ملازمه نفع- مخاطره»، استعداد ایجاد ضمان را خواهد داشت.

بدین ترتیب قاعده ملازمه نفع-مخاطره، مانند قواعد ضمانید، غصب، ضمان عامل مشترک، قاعده تسبیب را تعدیل می‌نماید؛ به عبارت دیگر باید گفت که قاعده تسبیب تنها امکان جبران خساراتی را فراهم می‌آورد که ناشی از فعالیت‌های غیرمتعارف و توأم با تقصیرند. این در حالی است که قاعده ملازمه نفع مخاطره امکان جبران خسارات ناشی از فعالیت‌های سودآور را فراهم می‌آورد، هرچند این فعالیت‌ها توأم با تقصیر نباشند. همچنین در ضمانید و غصب خسارات حتی اگر ناشی از حوادث قهری باشند بر عهده غاصب قرار می‌گیرند و ضابطه غیرمتعارف بودن در این قواعد نمی‌تواند منجر به ایجاد محدودیت در ایجاد ضمان گردد.

۳- مخاطرات متعدد و سودهای مختلفی می‌تواند متوجه یک دارایی باشد؛ اما منظور از سود و مخاطره در اینجا، تقابل سود و مخاطره حاصل از یک مال یا عمل است. همچنین این سود و مخاطره باید به صورت متناسب با هم توزیع شوند. به عنوان نمونه مشتری که در ایام خیار حیوان، گاو خریداری شده را به بایع مسترد می‌نماید، نمی‌تواند با استناد به قاعده ملازمه نفع- مخاطره، گوساله حاصل از او در این ایام را به ازای علوفه و نگهداری و... تصاحب کند. به نظر می‌رسد منفعتی مثل شیر گاو در این ایام می‌تواند تناسب بهتری را با این نوع مخاطرات برقرار سازد. ملاک در تشخیص تناسب سود و مخاطره در چنین مواردی داوری عرف خواهد بود.

۴.۴. رفع تعارض قاعده «الخراج بالضمان» با قاعده «جواز الشرعی ینافی الضمان»: جواز ثابت به دلیل شرع را جواز شرعی گویند. (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶: ۱۳۲) طبق قاعده «جواز الشرعی ینافی الضمان» هر جا که ضمان به واسطه موجبات ضمان به وجود آمد در صورت وجود جواز شرعی، ضمان برداشته می‌شود.

شاید این شائبه به وجود آید که به عنوان نمونه در خصوص سرمایه‌داری که به‌طور قانونی و بدون ارتکاب هیچ تقصیری از کارخانه خود سود می‌برد، از آنجا که کار را او دارای جواز شرعی است، نمی‌توان او را به واسطه قاعده ملازمه مسئول جبران خسارت وارده به غیر تلقی کرد.

در پاسخ باید گفت که بررسی آرای فقهی نشان می‌دهد این قاعده ناظر به امانات شرعی و بر مواردی است که شخص به جواز شرعی مالی را قبض می‌کند و تصرف بدون تعدی و تفریط، در همه این موارد از طرف شارع مأذون است. لذا در صورت تلف شدن مال به نحوی غیر از تعدی و تفریط، متصرف، ضامن نیست؛ بنابراین ضمان و جواز با هم جمع نمی‌شود. (نجفی، ۱۳۵۹: ۵۷-۵۸؛ صفایی، ۱۳۹۳: ۱۰۳-۱۰۵)

آقای محقق داماد قاعده «اذن شرعی تنافی الضمان» را ذیل قاعده احسان مورد بررسی قرار داده است. از نظر ایشان برای اجرای این قاعده باید شرایط اجرای قاعده احسان (جلب منفعت یا دفع ضرر از غیر) موجود باشد. (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳۰۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۲)

از آن روی که قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» در خصوص شخصی است که از کار خود سود می‌برد، لذا محسن تخصصاً از دامنه آن خارج خواهد بود.

۴.۵. ضمانت اجرای قاعده: هرچند با تعریفی که از قاعده ارائه شد، ملازمه نفع و مخاطره به مثابه یک قاعده عام برای تمام پیکره نظام حقوقی کارآمد خواهد بود، اما

استناد به آن از باب ضمانت اجرا نیز گریزناپذیر است. از آن روی که این قاعده دو سویه است بازه و دامنه اثر آن نیز در ضمان قهری دوسویه خواهد بود. این قاعده از سویی می‌تواند منجر به تعریف یک سبب جدید در دسته اسباب ضمان قهری تلقی گردد؛ بدین نحو که هر کس به تناسب میزانی که از منافع شیء و یا فعالیت بهره‌مند گردیده است باید مخاطرات حاصل بر آن را هم پذیرا بوده و نسبت به آن‌ها متعهد تلقی گردد. با توجه به ملازمه مستخرج از این قاعده صرف استناد به آن می‌تواند منجر به صدور حکم بر محکومیت منتفع به جبران مخاطرات مترتب بر شیء یا فعل گردد که به دیگری وارد شده است. از سوی دیگر این قاعده یک سلسله موضوعات جدید در ضمان قهری، ذیل قاعده وضعی ارائه می‌دهد؛ بدین ترتیب که اگر منافع یک شیء یا عملکرد در دارایی «الف» و خسارات در دارایی «ب» پدید آمده باشد، از آن رو که هرکس در خسارات سهیم است طبق قاعده در منافع نیز باید سهیم باشد، «الف» ضامن است نسبت به منافی که تحتید او ایجاد شده است و در ملکیت «ب» است.

برای استناد به این قاعده نخست باید انتفاع اتفاق بیافتد؛ دوم ضرر و خسارتی به صورت بالفعل یا بالقوه به غیر وارد گردد؛ سوم ملازمه‌ای بین این انتفاع و ضرر وجود داشته باشد. اگر ورود ضرر به غیر به دنبال انتفاع نباشد، این ملازمه برقرار نخواهد گردید. همچنین با توجه به خاص بودن موضوع در سایر اسباب ضمان قهری باید این اسباب را بر قاعده نفع-خطر مقدم داشت. اگر شرایط مقرر فوق فراهم باشد، هر کس منتفع شده باید خسارات را متحمل گردد و یا در بخشی از منافع سهیم باشد. این امر که در هر مورد خاص، کدام سمت از این قاعده دو سویه را باید اجرا کرد، نیازمند ارائه ضوابط مبتنی بر مقتضیات زمان و مکان و موضوع خواهد بود.

۵. نتیجه

حقوقدانان و فقهاء در موارد مختلفی به قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» به عنوان مؤید و یا جزئی از دلیل، برای تحمیل مسئولیت بر شخص منتفع، استناد جسته‌اند. استناد به این قاعده، در بسیاری از نمونه‌هایی که جبران خسارت از طریق قواعد اولیه ضمان امکان‌پذیر نیست و سود حاصل از یک فعالیت در یک دارایی و خسارات مترتب بر آن در دارایی دیگر شکل می‌گیرد، می‌تواند کارآمد باشد.

عبارت «الخراج بالضمن» که به تلازم ضمانت اصل مال و انتفاع از آن می‌پردازد، تعبیر دیگری از این قاعده و در ارتباط کامل با آن است. مترادف بودن مفردات دو عبارت، دوسویه بودن «الخراج بالضمن» به واسطه «باء» مقابله و ارجاع فقهاء به مستندات هریک از عبارات در زیر عبارت دیگر، مؤید این مدعاست.

بررسی متون فقهی نشان می‌دهد که بر خلاف دامنه کاربرد وسیع عبارت «من له الغنم فعليه الغرم»، عبارت «الخراج بالضمن» با توجه به استعمال فقهاء شیعی، به طور محدود در ضمان جعلی (قراردادی) و به ویژه در بحث خیارات مورد استفاده قرار گرفته است. دلیل عمده این محدودیت در کاربرد، این است که فقهاء به طور ویژه جایگاه صرفی واژه ضمان را مورد توجه قرار داده‌اند و تلاش نموده‌اند با در نظر گرفتن جایگاه مصدری برای آن، مانع قرار گرفتن ضمان غاصب در دایره شمول قاعده گردند.

این امر، منجر به تبیین متعارض دو عبارت شده است. به نحوی که عبارات مذکور نتوانسته‌اند جایگاه شایسته خود را به دست آورند و در سطح یک مشهور یا مثل عرفی باقی مانده‌اند. در این نوشتار تلاش گردید با در نظر گرفتن و تبیین جایگاه صرفی اسم مصدری و معنای لغوی مخاطره، برای «غرم» و «ضمن» در عبارات مذکور، دامنه ملازمه از محدوده ضمان قراردادی، به ضمان غیر قراردادی توسعه داده شود. البته شایان توجه است که موردی همچون غاصب، با توجه

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع- مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۶۷

«الغاصب یؤخذ باسق الاحوال»، به نحو تخصیصی از دایره شمول قاعده خارج خواهد بود. این شیوه‌ی تبیین واژگان و ملازمه مستخرج از دو عبارت، می‌تواند به خوبی ارتباط کامل آن‌ها را ترسیم نموده و از تعارضات پیشین جلوگیری نماید. همچنین می‌تواند نمایانگر ملازمه‌ای بنیادین و راهبردی میان استحقاق نفع و مخاطره مترتب بر مال، در نظام حقوقی اسلام باشد. افزون بر این، ملازمه پیشنهاد شده می‌تواند به طور خاص در حیطه سیستم کثرت‌گرایی ضمان قهری شرعی و در تکمیل قواعد اولیه ضمان، کاربرد دقیق‌تر و عمیق‌تری را برای قاعده ملازمه نفع-مخاطره به ارمغان آورد. قاعده ملازمه نفع-مخاطره، همچون قواعد ضمانت، غصب، ضمان عامل مشترک، قاعده تسبیب را تعدیل می‌نماید بدین نحو که در مواردی که فعالیت منجر به اضرار غیر همراه با تقصیر نباشد، امکان جبران خسارت را فراهم می‌آورد.

منابع

الف. فارسی

- بادینی، حسن (۱۳۸۴). فلسفه مسئولیت مدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). الفارق، دایره المعارف عمومی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی؛ هاشمی، سید محمود (۱۴۲۶). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل البیت علیهم السلام، مصحح: محققان موسسه دائره المعارف فقه اسلامی. قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- ساکت، محمد حسین (۱۳۷۵). «نگاهی به قاعده فقهی «الخارج باضمان»». مطالعات اسلامی، شماره ۳۱ و ۳۲، ص ۱۹۰-۱۷۷.
- شبییری زنجان، سید موسی (۱۳۹۲). «بررسی روایت الخارج بالضمنان». مشاهده شده در <http://www.zanjani.ir/newindex.aspx?pid=99&ArticleID=44832&title>
- طباطبایی، سید محمد صادق؛ سرمدی، پگاه (۱۳۹۳). «بررسی قابلیت جبران ضرر از بین رفتن دارایی» براساس فقه امامیه، حقوق موضوعه و رویه قضایی». مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره سوم: ۸۹-۱۱۳.
- صفایی، سید حسین؛ هوشمند فیروزآبادی (۱۳۹۳). «عناوین خاص موجب مسئولیت مدنی در قرآن». مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره ۴: ۹۵-۱۲۲.
- علوی قزوینی؛ مسعودیان زاده، سید ذبیح الله (۱۳۹۳). «قاعده من له الغنم فعلیه الغرم»، پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، شماره ۱: ۷۵-۹۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). مسئولیت ناشی از عیب تولید. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

ب. عربی

- ابن فارس، احمد بن زکریا (۱۴۱۱ ق). معجم مقاییس اللغة، بیروت: دارالجیل.
- ابن ماجه القزوینی، محمد بن یزید (بی تا). السنن لابن ماجه، ج ۲. بیروت: دارالاحیاء الکتب العربی.

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۶۹

ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴). لسان العرب، مصحح: احمد فارس صاحب الجوائب، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع.

ابن هشام انصاری، جمال الدین (۱۹۷۹). مغنی اللیب عن کتب الأعاریب، ط ۵. بیروت: مکتبه بنی هاشمی.

اشتهاردی، شیخ علی پناه (۱۴۱۷ الف). المدارک العروه، ج ۲۷. تهران: دارالاسوه.

----- (۱۴۱۷ ب). المدارک العروه، ج ۳۰. تهران: دارالاسوه.

----- (۱۴۱۷ ج). المدارک العروه، ج ۷. تهران: دارالاسوه.

انصاری، مرتضی بن احمد امین (۱۴۱۵). المکاسب المحرمه و البیع و الخیار. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

----- (۱۴۲۹). المکاسب، ج ۳. قم: المجمع الفكر الاسلامی.

اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.

احمد بن حنبل (بی تا). مسند أحمد بن حنبل، ج ۶، محقق شعيب الاناوپ و الاخرون. بیروت: مؤسسه الرساله.

آملی، محمدتقی (۱۴۱۳). المکاسب و البیع، اباحت الاستاذ الميرزا محمد حسين الغروي النایینی. قم: اسلامی.

بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱). قواعد فقهیه، ج ۲. تهران: مؤسسه عروج.

----- (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی، قم.

بحرالعلوم، محمد (۱۴۰۳ ق). بلغه الفقیه، ج ۱. تهران: مکتبه الصادق.

بیهقی، احمد بن الحسین بن علی (۱۴۲۴). السنن البیهقی الکبری (ط العلمیه)، ج ۵، محقق محمد عبدالقادر عطا. بیروت: دارالکتب العلمیه.

الحاکم النیشابوری، محمد بن عبدالله (۱۴۲۲). المستدرک علی الصحیحین، ج ۲. بیروت: دارالکتب العلمیه.

حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ الف). وسائل الشیعه، ج ۱۳. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

----- (۱۴۰۹ب). وسائل الشیعة. ج ۱۸. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

----- (۱۴۰۹ج). وسائل الشیعة. ج ۲۶. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

----- (۱۴۰۹د). وسائل الشیعة. ج ۲۹. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

----- (۱۴۰۹ه). وسائل الشیعة. ج ۱۹. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

حیدر، علی (۱۴۲۳ الف). در الاحکام، ج ۲. ریاض: دار عالم الكتب.

----- (۱۴۲۳ ب). در الاحکام، ج ۳. ریاض: دار عالم الكتب.

خمینی، روح الله. (۱۴۲۱). کتاب البیع، ج ۱. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.

خوانساری، محمد امامی (بی تا). الحاشیه الثانیه علی المکاسب. بی جا.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۰). تکمله المنهاج. قم: نشر مدینه العلم.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲). مفردات الفاظ قرآن کریم، مصحح: صفوان عدنان داودی. لبنان-سوریه: الدار الشامیه.

الزحلی، وهبه (۱۴۲۹ ق). نظریه الضمان. دمشق: دارالفکر.

سبحانی تبریزی، جعفر. (بی تا). سلسله المسائل الفقہیه: ج ۱۲. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

----- (۱۴۱۵). نظام الارث فی شریعه الاسلامیه الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۶). تمهید القواعد الاصولیه و العربیه لتفریع قواعد

الاحکام الشرعیه، مصحح: عباس تبریزیان و همکاران. قم: انتشارات دفتر تبلیغات

اسلامی حوزه علمیه قم.

----- (۱۴۱۰ ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۸. قم: داور.

صدر، سید محمد (۱۴۲۰ الف). «ماوراء الفقه»، ج ۸. بیروت: دارالاضواء.

----- (۱۴۲۰ ب). «ماوراء الفقه»، ج ۵. بیروت: دارالاضواء.

----- (۱۴۲۰ ج). «ماوراء الفقه»، ج ۲۸. بیروت: دارالاضواء.

طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۳۷۸). حاشیه المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان

تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ... ۲۷۱

طبرسی، امین الإسلام، فضل بن حسن (۱۴۱۰). المؤلف من المختلف بین أئمة السلف، ج ۱. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.

طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶). مجمع البحرين، ج ۲. مصحح: سید احمد حسینی. تهران: کتابفروشی مرتضوی.

طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. ج ۲، محقق سید محمد تقی کشفی. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

----- (۱۴۰۰). النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى، ج ۱. بيروت: دار الكتاب العربی.

----- (۱۴۰۷). الخلاف، ج ۲. مصحح: علی خراسانی و همکاران. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.

طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸). الوسيلة إلى نيل الفضيلة. قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴). تذکره الفقهاء (ط - الحديث)، ج ۱۰. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

عاملی، شهید اول محمد بن مکی (۱۴۱۷). الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه، ج ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم

عاملی، شیخ محمد حسن (۱۴۰۹). الوسائل الشیعه. قم: آل البيت لاحیاء التراث.

فراهدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۵ ق). العین، قم، مؤسسه دارالهجره.

قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۱۳ ق). جامع الشتات فی اجوبه السوالات. تهران: کیهان.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵). انوار الفقاهه - کتاب البیع. قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۱۲ ق). القواعد، مائه قاعده فقهیه معنا و مدرکا و موردا. قم: اسلامی.

مصطفوی، حسن (۱۴۰۲). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر.

موسوی، سید مرتضی علی بن حسین (۱۴۱۴). المسائل الناصریات. تهران: رابطه الثقافه و العلاقات الاسلامیه.

محقق داماد، سید مصطفی یزدی (۱۴۰۶). قواعد فقه، ج ۲. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
نایینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. تهران: المکتبه المحمدیه.

نجفی صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۵، مصحح: عباس قوچانی. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.

نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۱۸ ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب، تقریرات المحقق المیرزا محمد حسن النایینی. قم: اسلامی

نوری طبرسی، میرزا حسین (۱۴۰۸ ق) مستدرک الوسائل و مستنبط المسایل. بیروت: موسسه آل البيت.

واسطی زبیدی حنفی، محب الدین سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴). تاج العروس من جواهر القاموس، مصحح: علی شیری. بیروت: دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع.