

مفاد قاعده الخراج بالضمنان و قواعد مشابه

سعید خردمندی^۱

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۷/۳)

چکیده

قاعده الخراج بالضمنان، از قواعدی است که عیناً و با همین الفاظ، از پیامبر ﷺ نقل شده و فقهای اهل سنت و امامیه در استدلالهای فقهی به آن اشاره یا استناد کرده‌اند. مفهوم اجمالی این قاعده اگرچه روشن و بیانگر ملازمه بین منفعت و خسارت است، اما محدوده اجرای آن معرکه آراء است. از یک طرف برخی از فقها وقتی به آن ننهادند و به واسطه ضعیف بودن روایت استنادی به آن عمل نکرده‌اند. از طرف دیگر عده‌ای محدوده آن را به تمامی معاملات و موارد ضمان قهری گسترش داده‌اند. به نظر می‌رسد با توجه به نقد و بررسی استدلالهای موافقین و مخالفین، باید مفهوم این قاعده را به عنوان یک اصل، به تمامی معاملات صحیح و فاسد و موارد ضمان قهری تسری داد، اما باید توجه داشت که مواردی چون معاملات ربوی از تحت این قاعده خروج موضوعی دارد و تخصصاً بیرون است و موضوعاتی چون قمار و شرط‌بندی را باید تخصیصاً و به موجب دلیل خاص خارج دانست. علاوه بر این، قواعد مشابهی وجود دارد که آنها نیز بیانگر ملازمه بین منفعت و خسارت است، که با تحلیل آنها، به این نتیجه رسیده‌ایم که هر یک از این قواعد بیانگر مفاد کامل قاعده خراج یا بخشی از آن است.

کلیدواژه‌ها: قاعده خراج، الخراج بالضمنان، ملازمه منفعت و خسارت، محدوده قاعده خراج، قواعد مشابه الخراج بالضمنان.

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه/
saeid.kheradmandy@gmail.com

طرح مسئله

قاعده الخراج بالضمن اگرچه در کتابهای فقهی اهل سنت و کتابهای حقوقی مبتنی بر فقه اهل سنت، قاعده‌ای بسیار معروف است، اما در فقه قاعده «الغنم بالغرم» بیشتر مورد توجه بوده و در کتابهای حقوقی ما نیز فقط به این قاعده توجه شده است. از طرف دیگر در فقه اهل سنت و امامیه با قواعد بسیاری از این سنخ مواجه می‌شویم، مانند «الغنم بالغرم»، «الغرم بالغنم»، «من له الغنم»، «النعمة بقدر النعمة و النعمة بقدر النعمة»، «لا ربح ما لا یضمن»، «الربح بالضمن»، «انّ ضمان الشيء و درکه بإزاء منافعه»، «الأجر و الضمان لا یجتمعان»، «التلازم بین النماء و الدرک». از این رو تحلیل قاعده خراج و تلازم بین منفعت و ضرر و ارتباط بین این قاعده و قواعد مشابه، ضروری به نظر می‌رسد. هم‌چنین باید محدوده استناد به این قواعد را با توجه به اختلاف شدید آراء فقها، تبیین و مشخص کرد، تا در استناد به این قواعد در وادی تحیر سرگردان نماند.

در این مقاله، با یک تحقیق کتابخانه‌ای و استفاده از منابع فقهی و روایی معتبر نزد هر یک از فریقین، به دنبال آنیم که مفاد قاعده خراج و قواعد مشابه را تبیین کنیم و با توجه به مستندات فقهی و مصادیقی که در فقه از این قاعده استفاده شده است، محدوده قاعده الخراج بالضمن و قواعد مشابه را ترسیم کنیم.

معنای لغوی «الخراج بالضمن»

۱. معنای خراج

در کتاب مصباح المنیر، «خراج» به معنای محصول زمین آمده و به همین جهت بر جزیه اطلاق شده است (فیومی، ۱۴۰۵ق، ۱۶۶/۱). در کتاب تاج العروس به نقل از زجاج عنوان کرده که «خرج» مصدر و «خراج» اسم مصدر است، به دنبال آن از قاضی نقل کرده که این اسم مصدر، در منافع املاک استعمال شده است. هم‌چنین از زجاج نقل شده که «خراج» بر «فیء» و «خرج» بر «ضریبه و جزیه»، اطلاق شده است. در پایان عبارتی از ابن اعرابی نقل شده است که بر طبق آن «خرج» در رؤوس و «خراج» در زمینها استعمال می‌شود (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۳/۳۳۹).

در کتاب مجمع البحرین «خراج» به معنای محصول زمین آمده و گفته شده بر فیء و جزیه و غلّه، خراج اطلاق می‌شود. بنابراین واژه «خراج» اختصاصی به فوائدی که از

زمین حاصل می شود ندارد و بر فوائد مال و فیء^۲ و جزیه و نماء نیز اطلاق می شود. پس اگرچه معانی متفاوتی از خراج وجود دارد، اما آنچه در رابطه با الخراج بالضمآن، ماهیت آن را تبیین می کند، خراج به معنای فایده، منفعت، سود، محصول زمین، ارزش افزوده و بازده یک چیز است.

۲. معنای الضمان

ضمان در معنای احتواء و التزام، اشمال، کفالت و پذیرش مخاطره به کار رفته است (همان، ۳۴۷-۳۵۰/۱۸).

۳. معنای باء

در جمله الخراج بالضمآن، در حرف باء دو احتمال هست؛ یکی به معنای سببیت، که در این صورت معنای جمله: درآمد، نماء، منافع، سود، بازده و ارزش افزوده یک کالا به سبب پذیرش مخاطره‌ای است که شخص نسبت به کالا، بر عهده می‌گیرد. معنای دیگر باء، معنای مقابله است که بر طبق آن، درآمد، نماء، منافع، سود، بازده و ارزش افزوده یک کالا، در برابر پذیرش مخاطره‌ای است که شخص نسبت به کالا بر عهده می‌گیرد.

معنای اصطلاحی قاعده الخراج بالضمآن

«خراج» در اصطلاح بر مالیاتی که دولت از اراضی مفتوح العنوة، یعنی زمینهایی که دولت اسلامی به وسیله جنگ و لشکرکشی بر آنها مسلط گشته است، یا زمینهایی که با مصالحه به تصرف دولت اسلامی در آمده، اطلاق می‌شود. خراج، در این قاعده به اعتقاد بسیاری از فقها، با توجه به معنای لغوی، معنای وسیعی‌تری دارد و بیان‌کننده تلازم بین ضمان و ریسک با سود و فایده را بیان می‌کند و از این رو هرگاه شخصی به حکم شرع ضامن تلف مالی باشد، در صورت بهره‌برداری از منافع آن، با رد مال به صاحبش، ملزم به رد منافع نیست؛ زیرا ضامن مال بوده، و منافع و خراج در قبال این ضمان است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ۳۰۵/۲)، به همین جهت در خیار عیب گفته شده است: حصول مجانی

۲. فیء در اصطلاح فقها مالی از کافران است که بدون کارزار و جنگ و خونریزی عاید مسلمانان شده است؛ مثل جزیه و خراج و مانند آنها (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۶۴/۲؛ حلی، بی‌تا، ۴۱۹/۱).

زیادتی منفصل (مانند کسب و غله) برای مشتری که از اصل مال حاصل نشده، مانع از رد به واسطه عیب نیست؛ زیرا مشتری این زیادتی را در مقابل ضمان و پذیرش ریسک مالک شده، و بخشی از مبیع نیست تا در مقابل بخشی از ثمن قرار گیرد (رستم باز اللبنانی، ۱۴۰۶ق، ۵۶).

مستندات این قاعده

۱. کتب روایی امامیه

به جز «مستدرک الوسائل»، از این قاعده با همین الفاظ، ذکری به میان نیامده و تنها با روایاتی مواجه می‌شویم که مضمون قاعده خراج با عبارتهای دیگر تکرار شده است، مانند: روایت مرسل اسحاق بن عمار (خویی، بی تا، ۱۳۵/۳) از امام صادق علیه السلام که مطابق آن در موردی که خانه‌ای به صورت بیع شرط فروخته شده و سؤال شده که مالکیت منافع خانه در مدت یک سالی که با بیع حق فسخ دارد، برای چه کسی است؟ امام فرموده‌اند: منافع برای مشتری است، زیرا اگر خانه در این مدت آتش بگیرد، مال مشتری از بین رفته است^۳ (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۰/۱۸، ح ۱). همین مضمون در روایت مجهول معاویه بن میسره (خویی، بی تا، ۱۳۵/۳) از امام صادق علیه السلام آمده، با این تفاوت که مدت زمان خیار فسخ با بیع در بیع شرط، سه سال عنوان شده است^۴ (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۰/۱۸، ح ۳).

۳. [۲۳۰۴۷] محمد بن الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن إسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشتتر لي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن تردّ علي؟ فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردها عليه. قلت: فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة؟ فقال: الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله.

۴. [۲۳۰۴۹] عن معاوية بن میسره قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل، و كان بينه و بين الرجل اشترى منه الدار حاصر، فشرط إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: له شرطه قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد اصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: هو ماله.

و قال أبو عبد الله عليه السلام: أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري.

مشابه این استدلال در بحث رهن عبد نیز آمده، و امام علیه السلام با این استدلال که چون افزایش ارزش عبد برای مولای اوست، خساراتی را که در مدت رهن بر عبد وارد می‌شود را بر عهده مولای او دانسته است^۵ (همان، ۳۸۷/۱۸، ح ۶).

۲. کتب روایی اهل سنت

در این کتب، عبارت «الخراج بالضمنان» به وفور و به طرق مختلف به نقل از عایشه از پیامبر صلی الله علیه و آله روایت شده است (ابن حنبل، بی تا، ۴۹/۶؛ ابن ماجه، بی تا، ۷۵۴/۲؛ ابوداود، ۱۴۱۰ق، ۱۴۵/۲؛ ترمذی، ۱۴۰۳ق، ۳۷۷/۲-۳۷۶؛ نسائی، ۱۳۴۸ق، ۲۵۴-۲۵۵ / ۷؛ بیهقی، بی تا، ۳۲۲/۵-۳۲۱).

۳. ارتکاز و بنای عقلا

قاعده خراج، یک قاعده ارتکازی است؛ زیرا عقلا ضمان مال را برعهده کسی می‌دانند که منافع برای او است (خویی، بی تا، ۴۱/۷). بی تردید، زندگی عقلا و خردمندان بر این امر مبتنی است که در مقابل پذیرش مخاطره، سودی در نظر می‌گیرند. روایات نیز بیانگر همین بنای عقلایی است، از این رو مفاد این قاعده، از احکام امضایی است، نه تأسیسی (نائینی، ۱۴۱۸ق، ۲۳۲/۱).

۴. استقراء

تتبع در موارد تصرفات و تملکات تلازم بین فایده و غرامت را به اثبات می‌رساند و چون موارد مذکور قابل احصاء است، بنابراین حصول استقراء تام و حکم به ملازمه بین نما و درک ممکن است (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۲۴۸/۳).

۵. [۲۳۹۰۳] عن إسحاق بن عمار قال: قلت لابي إبراهيم عليه السلام: الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الافة على من يكون؟ قال: على مولاه، ثم قال: رأيت لو قتل قتيلا على من يكون؟ قلت: هو في عنق العبد، قال: ألا ترى فلم يذهب مال هذا؟ ثم قال: رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد و بلغ مائتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: كذلك يكون عليه ما يكون له.

۶. «حدثنا عبدالله حدثني ابي ثنا يحيى عن ابن ابي ذئب قال حدثني مخلد بن خفاف بن ايماء عن عروه من عائشه عن النبي صلی الله علیه و آله قال: الخراج بالضمنان.»

۵. شهرت فتوایی

قاعده «خراج» همان‌گونه که اشاره شد، در کتب فقهی اهل سنت و امامیه ذکر شده و بسیاری از فقها در ابواب مختلف بر طبق آن فتوا داده‌اند، از این رو می‌توان گفت قاعده مزبور دارای شهرت فتوایی است. در کتب فقهی امامیه علی‌رغم اعتقاد فقها به ضعف سند روایت الخراج بالضمنان و مرسل بودن آن، مضمون روایت را پذیرفته شده و بر طبق آن فتوا داده‌اند (طوسی، ۱۴۱۱ق، ۱۰۸/۳-۱۰۷ و ۲۵۷؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۲۳ و ۲۴۵؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ۲/۴۲۰؛ راوندی، ۱۴۰۵ق، ۲/۵۶؛ حلی، ۱۴۲۱ق، ۴۸۳ و ۴۹۰؛ ابن‌حجر، بی‌تا، ۷۹/۸ و ۳۲۷). به‌عنوان نمونه شیخ طوسی در کتاب مبسوط بحث بیع «شاة مصرأة»، و بحث منافع و نمائات مبیع تلف‌شده در قبل و بعد از قبض، به این قاعده استناد کرده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲/۱۲۶-۱۲۵). در تمامی این کتابها، قاعده «الخراج بالضمنان» از نبی اکرم ﷺ روایت شده است، که در برخی از آنها راوی اصلی مشخص نیست، و در برخی دیگر راوی عایشه است (همان‌جا).

نظرات مختلف راجع به محدوده اجرای قاعده الخراج بالضمنان

۱. پذیرش تعهد و ریسک توسط حاکم و دولت

برخی از فقها معتقدند: «مراد از خراج همان معنای معروف آن؛ یعنی خراج و مقاسمه است، و مراد از ضمان، ضمان اراضی خراجیه به سبب قباله و اجاره است». پس محدوده اعمال این قاعده به مالیاتی که حکومت اسلامی از اراضی خراجیه می‌گیرد، محدود شده است (خویی، بی‌تا، ۱۳۳/۳). برخی دیگر از فقها، دایره مفهوم خراجی که حاکم اسلامی دریافت می‌کند را توسعه داده و آن را شامل مالیاتی که از افراد و اراضی گرفته می‌شود، می‌دانند و تصریح می‌کنند که منظور از ضمان، تعهدات حاکم و دولت اسلامی نسبت به ملت در اداره مملکت و ایجاد امنیت در جامعه و تشکیل ارتش و تهیه مراکز آموزش و پژوهش و ساختن بیمارستانها و مراکز بهداشتی و تنظیم شهرداریها و غیره است. به تعبیر دیگر دولتها در جوامع مترقی عقلائی، در مقابل دریافت مالیات متعهد هستند همه خدمات شهری، فرهنگی و رفاهی را تأمین کنند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱/۴۷۲-۴۶۷).

۲. مختص به بیع صحیح

۲-۱. فقه امامیه

به اعتقاد برخی از فقها، به قرینه مناسبت حکم و موضوع، ضمان در این قاعده، ضمان جعلی اصلی است که از طرف قانونگذار امضا شده و قهراً شامل ضمان مقبوض به عقد فاسد و غصب و ضمان قهری نمی‌شود؛ زیرا منشأ ضمان و مسئولیت نسبت به عین، تملک منافع عین است و از این رو قاعده خراج، منحصرأً شامل بیع می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ۲/۲۷۹).

شیخ طوسی در بحث بیع کتاب مبسوط، فصلی را به «الخراج بالضمان» اختصاص داده است و با انتساب این قاعده به پیامبر ﷺ، معتقد است که خراج، یعنی فایده‌ای که مربوط به مبیع است، برای کسی است که مال در ملک او تلف می‌شود، از این رو نمائات و ثمرات بعد از قبض مبیع، برای مشتری است؛ چرا که بعد از قبض، ضمان مبیع در صورت تلف بر عهده مشتری قرار دارد، در حالی که نمائات قبل از قبض، برای بایع است؛ زیرا ضمان مبیع در این مدت بر عهده او است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲/۱۲۶).

شیخ طوسی در کتاب خلاف، نیز به این قاعده در بیع استناد کرده است (طوسی، ۱۴۱۱ق، ۳/۱۰۷) و فقهای دیگری نیز در کتابهای خود به قاعده خراج، در بیع استناد کرده‌اند؛ کتابهایی مثل: الوسیله (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ۲۴۹)، غنیة النزوع (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۲۳)، تذکره الفقهاء (حلی، بی‌تا، ۲/۳۵ و ۶۵ و ۲۶۲)، الدروس الشرعیه (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۳/۲۸۷)، به‌گونه‌ای که می‌توان گفت اعمال این قاعده، مختص به بیع صحیح است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ۲/۳۰۷-۳۰۶).

۲-۲. فقه اهل سنت

۲-۲-۱. شافعیه

در کتابهای الأم (شافعی، ۱۴۰۳ق، ۳/۶۹) و الرسالة (شافعی، بی‌تا، ۵۵۸-۴۴۸)، مختصر المزنی (مزنی، ۱۴۱۰ق، ۸۲)، فتح العزیز (رافعی، بی‌تا، ۳۷۹)، در تلخیص الحبیر (ابن حجر، بی‌تا، ۷۹/۸ و ۳۲۷)، به این قاعده تنها در محدوده بیع استناد شده است. شریینی نیز در مغنی المحتاج، به این قاعده در بیع استناد کرده و تصریح می‌کند که این قاعده در ثمن همانند مبیع، جاری است (شریینی، ۱۳۷۷ق، ۲/۶۲). نووی در المجموع با پذیرش اجرای قاعده خراج در بیع، به رابطه این قاعده با ضمان مغضوب می‌پردازد و مقرر می‌دارد: چون

غاصب مالی را در اختیار دارد که ملک دیگری است و بدون حقی آن را در اختیار گرفته، نمی‌تواند به استناد قاعده خراج و به واسطه مسئولیتش نسبت به اصل مال، خود را مالک منافع بداند و از مسئولیت نسبت به منافع رها کند. از این رو قول ازهری را که به قاعده مزبور در بیع فاسد استناد کرده، غلط و بر خلاف مذهب شافعی م‌داند (نووی، بی‌تا، ۱۹۹/۱۲).

۲-۲-۲. مالکیه

مالک در المدونة الکبری به این قاعده در بیع استناد کرده است (مالک، ۱۳۲۳ق، ۴/۳۷۶). دسوقی نیز در کتاب خود در موارد متعدد به این قاعده در بیع استناد کرده و متذکر شده آنچه در روایت آمده، مربوط به بایع است، از این رو اعتراض نویسندگان توضیح به ابن-شاس و ابن‌حاجب، درخصوص تسری این حکم به مشتری را با سکوت خود می‌پذیرد (دسوقی، بی‌تا، ۷۱/۳ و ۱۱۶ و ۱۱۷ و ۱۴۲). سایر فقهای معروف مالکی مانند رعینی و ازهری نیز بدون توسعه محدوده این قاعده به سایر ابواب، آن را در باب بیع به‌طور مطلق پذیرفته‌اند (خطاب، ۱۴۱۶ق، ۴۰۸/۶؛ ازهری، بی‌تا، ۵۰۳ و ۶۱۷).

۳. پذیرش ریسک در معاملات صحیح

۳-۱. فقه امامیه

به اعتقاد شیخ انصاری، مورد قاعده جایی است که شارع امضاء و تأیید کرده باشد، در حالی که معامله فاسد و اعمال غاصب مورد تأیید و امضاء شارع نیست تا به‌ازاء مسئولیتی که نسبت به تلف مال در اختیار دارد، منافع و خراج مال را برای او باشد و او را در مقابل منافع مسئول ندانیم (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۳/۱۰۴).

علامه حلی نیز با قطعی دانستن حکم غاصب معتقد است که معامله فاسد، گیرنده مال را همانند غاصب می‌کند و از این رو مشمول قاعده خراج نیست و به‌واسطه در دست داشتن اصل مال و مسئولیت برای حفظ آن، مسئولیت او نسبت به منافع در این مدت، منتفی نمی‌شود و مالک منافع نمی‌گردد (حلی، ۱۴۱۵ق، ۵/۳۱۹).

در قاعده خراج به‌مناسبت حکم و موضوع، باید گفت: هر شخصی که دارایی‌ای را متعهد شود و ریسک و مخاطره آن را بر عهده گیرد، منفعت و بازده آن دارایی، برای آن شخص است؛ زیرا شخص عاقل، دارایی را متعهد نمی‌شود، مگر به جهت اینکه نماء آن

دارایی و منفعت و بازدهی آن دارایی را به تملک درآورده و در خواسته‌هایش به کار گیرد. این مناسبت بین حکم و موضوع، اختصاص به ضمان جعلی اصلی و فعلی که شارع امضا نموده، دارد و محدوده قاعده شامل تمامی معاملاتی است که ضمان، جعل و اختیار می‌شود و شارع نیز آن را امضاء می‌کند. بنابراین قاعده مذکور شامل ضمان قهری مجعول توسط شارع مثل ضمان غاصب نمی‌شود، زیرا در این مورد، جعل ضمان به اختیار ضامن نبوده است. هم‌چنین ضمان، عقد فاسد را شامل نمی‌شود، زیرا جعل و اختیار ضمان مورد تأیید شارع نیست و وجود آن کالعدم است. هم‌چنین در مورد ضمان تبعی مثل ضمان بایع نسبت به درک مبیع یا ضمان تقدیری مثل ضمان در باب عتق و ضمان در باب سبق و رمایه، به دلیل اینکه ضمان محصول انتخاب مستقیم ضامن نیست، قاعده شامل آن نمی‌شود.

۳-۲. فقه اهل سنت

۳-۲-۱. حنفیه

سرخسی در مبسوط، به قاعده خراج در مورد صدق استناد کرده و محدوده آن را به طلاق توسعه داده است (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۷/۵). ابوبکر کاشانی در بدائع الصنائع، در ابواب مختلف فقهی به این قاعده استناد کرده است (کاشانی، ۱۴۰۹ق، ۴/۱۶ و ۳۹ و ۱۶۶ و ۲۰۹؛ ۶/۱۷ و ۶۲ و ۱۹۲ و ۱۹۸ و ۱۹۹ و ۲۰۹ و ۲۲۱؛ ۷/۱۶ و ۲۶۸ و ۲۹۰ و ۳۸۶ و ۳۸۷) و شاید در بین علمای فرق مختلف اسلامی هیچ فقیهی تا این حد به قاعده مذکور استناد نکرده باشد.

۳-۲-۲. حنابله

به اعتقاد ابن قدامه، با توجه به اینکه مورد روایت بیع است و با در نظر گرفتن اجماع که انتفاع به مغضوب را جایز نمی‌داند، این قاعده، غصب را شامل نمی‌شود (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ۵/۴۳۵). این فقیه در بحثهای خرید کنیز (همان، ۴/۲۳۲)، لقیط (همان، ۶/۳۴۱) و نفقه عبد موصی (همان، ۶/۴۷۹) نیز به این قاعده استناد کرده و محدوده اعمال آن را منحصر به بیع ندانسته است. بهوتی نیز در کشف القناع، محدوده این قاعده را به بحث لقیط (بهوتی، ۱۴۱۸ق، ۴/۱۹۱)، و شفعه (همان، ۴/۲۶۹)، توسعه داده است.

۴. پذیرش ریسک در تمامی معاملات صحیح و فاسد

به اعتقاد طرفداران این نظریه، مقصود از ضمان (پذیرش ریسک و مخاطره) در قاعده خراج، به اقتضای مناسبت بین حکم و موضوع، پذیرش ریسک و مخاطره اختیاری است، نه ضمان قهری. بدین معنی که شخص بایستی خود، اقدام به پذیرش ریسک و مخاطره نماید و از ناحیه شرع به طور قهری بر عهده او نیامده باشد و بنابراین موارد ضمان غصب (پذیرش مخاطره غاصب) تخصُّصاً یا تخصیصاً از این قاعده خارج است.

فقهای امامیه با توجه به روایات بسیاری که از ائمه علیهم السلام مبنی بر ضمان غاصب نسبت به عین و منافع، وارد شده، فتوای ابوحنیفه، که با توجه به اطلاق نبوی الخراج بالضمن و مسلم بودن ضمان غاصب نسبت به عین مال مغضوبه، حکم به عدم ضمان او نسبت به منافع عین کرده است را رد کرده و معتقدند که مراد از ضمان در این روایت ضمان جعلی اختیاری است، زیرا ضروری است که هر عاقلی هرگاه ضامن ملک غیر می شود و غرامت تلف آن را بر عهده می گیرد، این عمل را به غرض استیفاء منافع آن انجام می دهد. بنابراین خراج و منافع به سبب ضمان اختیاری است و نه ضمان قهری مجعول توسط شارع مثل ضمان غاصب، یا ضمان تبعی مثل ضمان بایع نسبت به درک مبیع و ضمان مشتری نسبت به درک ثمن، زیرا بایع در اینجا علی رغم اینکه ضامن مبیع است، اما منافع آن برای مشتری است و مشتری نیز علی رغم اینکه ضامن ثمن است، اما منافع ثمن برای بایع است، بنابراین خراج در اینجا به سبب ضمان نیست. بلی خراج ثمن برای بایع و خراج مبیع برای مشتری است، زیرا بایع با دریافت ثمن مسئولیت تلف آن را بر عهده گرفته و مشتری نیز با دریافت مبیع ضمان تلف آن را بر عهده گرفته و تلف از مال اوست.

همچنین روایت شامل ضمان تقدیری نمی شود و به عنوان مثال اگر گفته شود: عبد خود را از طرف من آزاد کن، ضمان بر عهده گوینده است، اما نمی توان او را مالک منافع عبد دانست. بنابراین مراد از ضمان در این قاعده که در روایت نبوی آمده، ضمان جعلی اختیاری است که در معاملات و معاطات جاری است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۱/۵۶-۵۵).

برخی از شارحین المجله این اشکال را مطرح کرده اند که مطابق قاعده خراج که انتفاع از شیء را در مقابل ضمان و مسئولیت آن شیء قرار داده است، باید نتیجه گرفت که زیادتی که در مبیع قبل از قبض حاصل می شود، به جهت اینکه مسئولیت بیع مطابق ماده

۲۹۳ بر عهده بایع قرار می‌گیرد، برای بایع است و حال آنکه به مقتضای ماده ۲۳۶^۸، ثمره و زیادتی که در مبیع، بعد از عقد و قبل از قبض حاصل می‌شود، متعلق به مشتری است؟ در پاسخ این اشکال، گفته شده، انتفاع از مبیع قبل از قبض، مقابل یا به سبب ملک است و اما بعد از قبض، مقابل یا به سبب ملک و ضمان با هم است (حیدر، ۱۴۳۱ق، ۸۲/۱؛ رستم باز اللبنانی، ۱۴۰۶ق، ۵۷)، بنابراین پیش از قبض، چون منافع در مقابل ملک یا به سبب آن است نه ضمان، از این رو منافع مبیع متعلق به مالک آن یعنی مشتری است، نه بایع که ضامن مبیع است. اما بعد از قبض، صرف وجود مالکیت بر ملک، مجوز مالکیت علی-الاطلاق مالک نسبت به منافع آن نیست و باید ملاک ضمان و مسئولیت را نیز لحاظ کنیم. حاصل پاسخ این است که قاعده خراج شامل مبیع قبل از قبض نمی‌شود، بدون اینکه برای این عدم شمولیت استدلالی بیان شود.

اشکال دوم این است که ضمان مال مغضوب به مقتضای ماده ۸۹۱^۹ بر عهده غاصب است، پس مطابق قاعده خراج، چون انتفاع از شیء مقابل ضمان از آن است، باید زوائد مغضوب را ملک غاصب دانست، در حالی که ماده ۹۰۳^{۱۰}، زوائد مغضوب را ملک مغضوب مننه می‌داند.

در پاسخ گفته شده، ضمان در بحث غصب، ضمان خاص یعنی ضمان ملک است و بنابراین نفع ملک مربوط به کسی است که در صورت تلف شدن مال، ملک او تلف شده باشد و از این رو باید منافع را از آن مالک دانست نه غاصب (حیدر، ۱۴۳۱ق، ۸۳/۱-۸۲؛ رستم باز اللبنانی، ۱۴۰۶ق، ۵۷).

با توجه به مناسبت بین حکم و موضوع، هر شخصی که یک دارایی را متعهد شود و ریسک و مخاطره آن را در بر عهده گیرد، منفعت و بازده آن دارایی، برای او است، زیرا

۷. المادة ۲۹۳: المبیع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري.

۸. المادة ۲۳۶: الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد و قبل القبض كالثمرة و أشباهها هي للمشتري.

۹. المادة ۸۹۱: كما أن الغاصب يضمن إذا استهلك المال المغضوب، كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يضمن أيضاً.

۱۰. المادة ۹۰۳: زوائد المغضوب لصاحبه.

شخص عاقل، دارایی را متعهد نمی‌شود، مگر به جهت اینکه منفعت و نماء آن دارایی، را به تملک درآورد و آن را در خواسته‌هایش به‌کار گیرد.

بنابراین مناسبت حکم و موضوع، اختصاص به ضمان (پذیرش ریسک و مخاطره) جعلی، اصلی و فعلی که شارع امضاء نموده است، دارد (نائینی، ۱۴۱۸ق، ۲۳۲). ظاهر قاعده خراج این است که مترتب بودن منفعت و بازده بر پذیرش مخاطره، نوعی ترتب علت غایی است که انگیزه را به سوی کار ایجاد می‌کند. بسیار روشن است که انگیزه بر مبادرت‌های پذیرش مخاطره در عقود معاوضی، منفعت‌ها و بازده‌ها می‌باشند (حسینی روحانی، ۱۴۱۸ق، ۲۹۲/۳). از این حمزه نقل شده است که ایشان در اثبات عدم ضمان مشتری نسبت به منافع مستوفات در مقبوض به عقد فاسد به این قاعده استناد کرده و بیان داشته است که مراد از خراج، منافع می‌باشد و مراد از این ضمان، ضمان مطلق نیست و منظور ضمان خاص است که مقید به قید اقدام است، یعنی ضمانی که خود شخص بر آن اقدام کرده است.

این نوع ضمان در معاملات محقق می‌شود که بایع یا مشتری اقدام به انجام آن کرده و آن را تضمین می‌کند، خواه شارع و قانونگذار این اقدام بر ضمان را امضاء کند (مانند عقد صحیح) یا امضاء نکند (مانند معامله فاسد)، بنابراین ضمان مذکور از این جهت اطلاق دارد. ازهری از علمای مالکی قاعده «الخراج بالضمان» را شامل غصب نمی‌داند و معتقد است که اگر کسی که به معامله فاسد مالی را در اختیار گرفته و علم به این امر نداشته باشد، غله و منافع مال برای اوست و مسئولیتی نسبت به آن ندارد، ولی در صورت علم به موضوع یا وجود شبهه معقول، باید او را نسبت به منافع مسئول دانست، زیرا به اعتقاد ازهری چنین شخصی همانند غاصب است و قاعده شامل حال او نمی‌شود (ازهری، بی‌تا، ۶۱۷).

۵. تمامی موارد ضمان اختیاری و قهری

کسانی که در نظریه خطر یا مسئولیت مدنی دولت به قاعده خراج استناد کرده‌اند، مفهوم این قاعده را از موارد ضمان اختیاری و قراردادی به موارد ضمان قهری توسعه داده‌اند. مطابق نظریه خطر، هر کس به فعالیتی بپردازد و محیط خطرناکی برای دیگران به وجود بیاورد، باید زیانهای ناشی از آن را نیز جبران نماید. در این دیدگاه آنچه اهمیت دارد،

درست یا نادرست بودن فعل موجب ضرر نیست، بلکه انتساب ضرر به فعل خوانده است. مهمترین فایده این نظریه این است، که با حذف تقصیر از زمره ارکان مسئولیت مدنی دعاوی جبران خسارت آسانتر، به مقصود می‌رسد و زیان‌دیده از اثبات تقصیر خوانده معاف می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵ ش، ۲۴-۲۳). در حقوق اسلام این ضابطه، مدلول روایت الخراج بالضمنان است و منظور از آن تلازم ملک و منافع است. هم‌چنین نباید از تفاوت نظریه ایجاد خطر با مسئولیت عینی نفی ضرر در حقوق اسلام غافل بود. در حقوق اسلام هر زیانی که به دیگری وارد شود، ضمان‌آور است، حتی اگر فاعل آن در خواب باشد، ولی در نظریه ایجاد خطر زیان ناشی از فعلی مسئولیت‌آور است، که برای فاعل آن سودمند باشد.

نظریه فوق درباره اشخاص عمومی کاربرد بیشتری دارد؛ مثلاً درباره دولت و سازمانهای دولتی که قبول نظریه تقصیر مشکل است، بسیاری از نویسندگان مبنای مسئولیت مدنی دولت را خطر ایجادشده از اعمال او معرفی می‌نمایند (غمامی، ۱۳۷۶ ش، ۴۴). بر این اساس در دعاوی مسئولیت، کافی است که زیان‌دیده ارتباط خسارت وارده را با عمل ارادی اثبات نماید. به‌طور مثال اگر کسی در اثر تفتیش بی‌نتیجه مأمورین گمرک، متوقف شده یا مجبور به تغییر مسیر گردد، می‌تواند تقاضای جبران خسارت وارد به خود را از این بابت بنماید. یا هرگاه بر اثر مجاورت با یک میدان تیراندازی شخصی آسیب ببیند، یا عبور لوله‌های نفت یک پالایشگاه موجب ورود خسارت به زمینهای زراعی گردد و یا در اثر آزمایشهای هسته‌ای خسارتی وارد آید، دولت به‌خاطر ایجاد خطر نامتعارف مسئول است.

در قاعده خراج، ظاهر عبارت حاکی از آن است که بآء به‌معنای سببیت است، از این رو لازمه قاعده این است که گفته شود هر کس ضمان عین را بر عهده دارد، منافع عین برای اوست و مسئولیتی نسبت به آن ندارد و با همین استدلال، فقهای حنفی، قول ابوحنیفه مبنی بر عدم ضمان غاصب نسبت به منافع که استیفاء کرده را این‌گونه توجیه کرده‌اند که غاصب ضامن عین است و ضمانت عین با ضمانت منافع، جمع نمی‌شود (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ ق، ۱/۵۵). بنابراین از دیدگاه ابوحنیفه، قاعده الخراج بالضمنان تمامی موارد ضمان اختیاری و قهری را بدون استثناء شامل می‌شود و نظریه خطر را در دل خود دارد. سرخسی از علمای حنفی، به دلیل اینکه از یک طرف منفعت را داخل در زوائد می‌داند و

از طرف دیگر غاصب را ضامن زوائد عین نمی‌داند، قاعده خراج را نسبت به منافع، در مدت غصب، شامل غاصب نمی‌داند و تصریح می‌کند که اگر همانند شافعی، زوائد غصب را بر عهده غاصب بدانیم، به استناد قاعده الخراج بالضمنان باید حکم به ضمان او نسبت به منافع دوران غصب کرد (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۷۸/۱۱). به عبارت دیگر چون منفعت همانند کسب است و شمول قاعده نسبت به کسب مسلم است، پس باید حکم به عدم مسئولیت غاصب نسبت به منافع کرد، زیرا مسئولیت غاصب نسبت به اصل مال موجب می‌شود که بر اساس قاعده او را نسبت به منافع مسئول ندانیم و به‌علاوه منافع همانند زوائدی است که در عین حادث می‌شود و غاصب مسئولیتی در قبال این زوائد ندارد. بنابراین با توجه به قواعد پذیرفته‌شده در مذهب حنیفه، باید با تمسک به اطلاق قاعده آن را شامل بیع فاسد و غصب نیز دانست.

نظریه مختار در خصوص محدوده اعمال قاعده الخراج بالضمنان

۱. نقد نظریه محدوده بیع صحیح

۱- استناد به مناسبت بین حکم و موضوع برای اثبات ضمان جعلی مالک و انحصار مورد به بیع صحیح نیست، زیرا مفاد بیع و شراء و حتی دلالت ضمنی آن، جعل ضمان نیست. مطابق این احتمال بآء در الخراج بالضمنان، نه به معنای سببیت است و نه به معنای مقابله، زیرا منافع به دلیل اینکه در مالکیت فرد واقع شده ملک اوست، نه اینکه مالکیت منافع به- سبب بر عهده گرفتن تعهد و ضمان یا به‌واسطه تقابل با تعهد و ضمان، حاصل شده باشد (خیمینی، ۱۴۲۱ق، ۱/۴۷۰).

۲- با توجه به مورد روایتی که بیان‌کننده قاعده است و اختصاص به بیع دارد و با در نظر گرفتن استناد فقهای متقدم به این قاعده در مبحث بیع، برخی از فقهای متأخر تصور کرده‌اند که محدوده اعمال این قاعده تنها عقد بیع است، به‌گونه‌ای که حتی علمای شافعی و مالکی با تعبدی که به مورد نص داشته‌اند، این قاعده را تنها در مورد مبیع اجرا کرده و حاضر نشده‌اند از مورد روایت تعدی کرده و در مورد ثمن نیز به آن استناد کنند. اما این استدلال صحیح نیست، زیرا اولاً در صورت پذیرش صدور این قاعده از طرف پیامبر ﷺ نباید مورد را مخصص دانست، مگر اینکه یقیناً خصوصیت مورد احراز شود. ثانیاً رویه فقها از قدیم الایام این‌گونه بوده که قواعد عمومی قراردادها و معاملات را در کتاب بیع

مورد بحث قرار داده و از تکرار آن در ابواب دیگر، جز در موارد ضروری، خودداری می- کرده‌اند. از این رو نباید کسانی را که به این قاعده تنها در بیع تمسک کرده‌اند، متهم کرد که به محدودیت اعمال این قاعده معتقد بودند. ثالثاً بخش اعظمی از فقهای شیعه و سنی به این قاعده در ابواب مختلف فقهی استناد کرده‌اند. فقهای بزرگ شیعه چون شیخ طوسی در خلاف، علامه حلی در بحث ارث منتهی المطلب و بحث ملتقط و وصیت به منافع تذکره الفقهاء، ابن زهره در غنیه و ابن‌ادریس در سرائر مبحث رهن، به این قاعده استناد کرده‌اند.

۳- علمای حنفی و حنبلی محدوده این قاعده را توسعه داده‌اند و ابوبکر کاشانی که از علمای حنفی است، در کثرت استناد به این قاعده گوی سبقت را از تمامی علمای مذاهب اسلامی ربوده است و شاید بتوان علامه حلی را در مقایسه با سایر علمای مذاهب اسلامی در رتبه بعد از او دانست.

۴- این قاعده یک قاعده مسلم ارتکازی است که به بیع اختصاصی ندارد (خویی، بی تا، ۴۱/۷).

۲. توسعه دایره شمول به کلیه اعمال و وقایع حقوقی^{۱۱}

۲-۱. معاملات صحیح

شمول قاعده نسبت به این نوع معاملات با توجه به مبحث پیشین، مبرهن است و نیازی به توضیح مجدد نیست.

۲-۲. معاملات فاسد

۲-۲-۱. معاملات فاسد به همراه قصد ضمنان و پذیرش ریسک

در مورد معاملات فاسد باید بین موردی که طرفین با اعتقاد به صحت معامله، اقدام به انعقاد آن کرده‌اند با موردی که قصد معاملی حقیقی در حین معامله موجود نبوده است، تفاوت گذاشت، زیرا در صورت اول ضمن جعلی اختیاری قصد شده و عدم امضاء اصل

۱۱. رویدادی که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود و اراده و انشاء مرتکب سبب اصلی آن آثار نیست، واقعه حقوقی نامیده می‌شود؛ در برابر اعمال حقوقی که زاده اراده و تراضی است. وقایع حقوقی انواع گوناگون دارد: گاه رویدادی است خارجی که به قهر واقع می‌شود و اراده در آن هیچ نقشی ندارد (مانند ولایت و مرگ) و گاه عملی است ارادی که قانون آثار آن را معین می‌کند (مانند غضب و دزدی) و یا خطایی است که ضمن به بار می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۵ ش، ۹).

معامله و حکم به فساد آن توسط شارع و قانونگذار نافذ این اراده نیست و به همین جهت است که در ماده ۳۶۲ ق.م. مقرر شده است: «آثار بیعی که صحیح واقع شده باشد، از قرار ذیل است: ... ۲. عقد بیع با بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می- دهد...»

مسئولیت با بایع نسبت به درک مبیع و مسئولیت مشتری نسبت به درک ثمن، به طور ضمنی در معامله‌ای که منظور طرفین بوده، قصد شده است و از این رو کشف بطلان معامله از نظر قانونگذار به واسطه مستحق للغير بودن مبیع یا ثمن، به معنای بطلان این تعهد ضمنی که ناظر به بطلان معامله است، نیست.

حکم این ماده را نمی‌توان به موردی که از همان ابتدا قصد واقعی معامله توسط متعاملین نبوده، سرایت داد، زیرا اولاً بر خلاف ظاهر این ماده است و ثانیاً در صورت عدم پذیرش این ظهور و شک در آن، استصحاب عدمی مانع این سرایت می‌شود.

بنابراین به حکم این ماده که متخذ از متون فقهی است، ضمان در معاملات فاسد را باید داخل در اعمال حقوقی دانست، زیرا متعاقبین از همان ابتدا نسبت به این نوع ضمانت در صورت بطلان معامله اصلی توافق کرده و آثار حقوقی آن را پذیرفته‌اند. از این رو با همان منطقی که قاعده الخراج بالضمان را شامل معاملات صحیح دانستیم، باید آن را به این نوع ضمان در معاملات فاسد، تسری دهیم.

۲-۲-۲. معاملات فاسد بدون قصد ضمان و پذیرش ریسک

در صورتی که متعاملین به واسطه علم به فساد معامله، قصد واقعی انجام معامله را ندارند، باید عمل آنها را از اعمال حقوقی جدا دانست و آن را تحت وقایع حقوقی دانست. معاملات ربوی که در آن قصد واقعی معامله وجود ندارد و رباگیرنده به هیچ عنوان مخاطره و مسئولیتی را نمی‌پذیرد را باید داخل در این گروه دانست و در عدم شمول قاعده خراج نسبت به این مورد تردید نکرد.

اساس معاملات مبتنی بر تحقق قاعده خراج و تقابل همیشگی سود و مخاطره است و به همین جهت معاملات ربوی که در آن تحصیل منفعت و سود در مقابل هیچ‌گونه سودی نیست، باطل اعلام شده است. اختلاف سود ربوی از سود تجاری در این است که سود تجاری بلکه سایر اقسام کسب سود از سرمایه، مانند سود زراعی و تولیدی، سرمایه در

ملک صاحب سرمایه‌ای که کسب سود می‌نماید، باقی است، به گونه‌ای که هر نوع خسارت و ضرر و تباهی یا عیب در سرمایه، بر عهده صاحب سرمایه است. بنابراین، صاحب سرمایه، از دارایی کسب سود می‌کند که در صورت تلف شدن یا ورود خسارت، خسارت و زیان آن سرمایه بر عهده اوست؛ بر خلاف ربا که مخاطره دارایی در آن بر عهده دیگری است و سود را کسی دارا می‌شود که مخاطره دارایی را بر عهده نگرفته است (بکتاش، ۱۳۹۱ش، ۱۴۶-۱۴۰).

۲-۲-۳. قمار و شرط‌بندی

باید توجه داشت که دو اصل مشروعیت درآمدزایی ریسک و رابطه مثبت ریسک با درآمد، با استناد به قاعده خراج، بدون محدودیت نیست. در قمار اگرچه ریسک و درآمدزایی با هم وجود دارد، اما گستره این دو اصل موضوعه به وسیله نصوص مربوط به ممنوعیت و عدم مشروعیت قمار، محدود شده است (همان‌جا). بر این اساس، مشروعیت درآمدزایی ریسک و مخاطره، اختصاص به ریسک و مخاطره تجاری دارد و شامل ریسک و مخاطره قمار نمی‌شود. در این قسم اگرچه توافق به همراه پذیرش ضمان و مخاطره وجود دارد و اصولاً قاعده خراج را باید شامل آن دانست، اما قانونگذار چنین توافق و پذیرش ضمانی را باطل اعلام کرده و آن را از تحت قاعده خراج بیرون کرده است.

۳. موارد ضمان قهری

۳-۱. ضمان قهری غاصب

در خصوص ضمان قهری، بدون شک ضمانت ناشی از غصب به اجماع فقهای شیعه و اتفاق غالب فقهای اهل سنت، از تحت قاعده خراج بیرون است. در صورتی که محدوده قاعده را به معاملات صحیح و فاسد محدود بدانیم، خروج غصب که داخل در ضمان قهری است، خروج تخصصی خواهد بود، اما اگر محدوده قاعده را ضمان قراردادی و قهری بدانیم، این خروج که به استناد دلایل متقن است، خروج تخصصی خواهد بود.

۳-۲. سایر موارد ضمان قهری

با توجه به موارد ذیل باید پذیرفت که در فقه و حقوق قاعده خراج اصولاً موارد ضمان قهری را شامل می-شود:

۳-۲-۱. مالیات

برخی از فقها احتمال داده‌اند که مراد از خراج، مالیات بر اراضی و افراد باشد که در مقابل تعهدات حاکم اسلامی نسبت به تدبیر امر جامعه و برطرف کردن حوائج آن و انجام اقداماتی که به صلاح جامعه است، قرار می‌گیرد. به تعبیر دیگر دولتها در جوامع مترقی عقلایی در مقابل دریافت مالیات، متعهد هستند همه خدمات شهری، فرهنگی و رفاهی را تأمین کنند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱/۳۱۸). حقوق مالیاتها از قاعده الخراج بالضمن پیروی می‌کند، لذا به‌عنوان یک اصل کلی می‌توانیم بگوییم مالیات را کسی باید پرداخت کند که از منبع مالیاتی بهره‌مند شده است. لذا در منابع مالیات بر دارایی کسی باید مالیات بر دارایی را پرداخت کند که مالک دارایی است و در مالیات بر درآمد نیز کسی باید مالیات را پرداخت کند که درآمد عاید او شده است. به‌عنوان مثال اگر شخصی ملکی را به دیگری واگذار کند، انتقال‌دهنده باید مالیات بر «درآمد مفروض» را بر اساس ماده ۵۹ قانون مالیاتها پرداخت نماید. در این مورد قانونگذار برای حل مشکل و برای راحتی کار یک درآمد مفروض را در نظر گرفته و انتقال‌دهنده را مکلف به پرداخت مالیات می‌نماید. بدیهی است اگر شخصی ملک خود را به صورت مجانی در اختیار دیگری قرار دهد در این مورد انتقال‌دهنده مشمول مالیات نمی‌شود و این انتقال‌گیرنده است که باید بر اساس فصل ششم و ماده ۶۳ قانون مالیاتها، مالیات بر درآمد اتفاقی را پرداخت نماید. همچنین به موجب ماده ۱۸۲ قانون مالیاتها «کسانی که مطابق مقررات این قانون مکلف به پرداخت مالیات دیگران می‌باشند و همچنین هر کس که پرداخت مالیات دیگری را تعهد یا ضمانت کرده باشد و کسانی که بر اثر خودداری از انجام تکالیف مقرر در این قانون مشمول جریمه‌ای شناخته شده‌اند، در حکم مؤدی محسوب و از نظر وصول بدهی طبق مقررات قانونی اجرای وصول مالیاتها با آنان رفتار خواهد شد.»^{۱۲} از این رو ماده ۱۹۹ قانون

۱۲. برخی، موارد مذکور در این ماده را به عنوان استثنائات بر قاعده الخراج بالضمن مطرح کرده‌اند، در حالی که با نگاهی دقیقتر می‌توان گفت این موارد از تحت قاعده خارج نیست و به حکم قانون افرادی

مالیاتها مقرر می‌دارد: «هر شخص حقیقی یا حقوقی که به موجب مقررات این قانون مکلف به کسر و ایصال مالیات مؤدیان دیگر می‌باشد، در صورت تخلف از انجام وظایف مقرر، علاوه بر مسئولیت تضامنی که با مؤدی در پرداخت مالیات خواهد داشت، مشمول جریمه‌ای معادل ۲۰ درصد مالیات پرداخت‌نشده خواهد بود.»

در ماده ۴۳ این قانون نیز مقرر گردیده است: «در صورتی که بانکها و شرکتها و موسسات و اشخاصی که مالی از متوفی نزد خود دارند، از اجرای مواد ۳۴ و ۳۶ این قانون تخلف نمایند، علاوه بر اینکه تا معادل ارزش مالی که نزد آنها بوده با وراثت نسبت به پرداخت مالیات و جرایم متعلق مسئولیت تضامنی دارند، مشمول جریمه‌ای معادل پنج درصد قیمت مال نیز خواهند بود. در این مورد بانکها و شرکتهای دولتی و مؤسسات دولتی، متخلف و شرکا و معاونان وی در تخلف نیز مسئولیت تضامنی خواهند داشت.» هم‌چنین بر اساس ماده ۸۶ قانون مالیاتهای مستقیم: «پرداخت‌کنندگان حقوق هنگام هر پرداخت یا تخصیص آن مکلف‌اند مالیات متعلق را طبق مقررات ماده ۸۵ این قانون محاسبه و کسر و ظرف سی روز ضمن تسلیم فهرستی متضمن نام و نشانی دریافت‌کنندگان حقوق و میزان آن به اداره امور مالیاتی محل پرداخت و در ماههای بعد فقط تغییرات را صورت دهند.»

به حکم ماده ۲۰۰ قانون مالیاتها، سردفترانی که به تکلیف قانونی مشخص شده در این قانون (از جمله گواهی ماده ۱۸۷) در قبال مؤدیان مالیاتی عمل نکنند، مسئول جبران و پرداخت مالیات آنها خواهند بود.

۳-۲-۲. پرداخت دیه از بیت‌المال

در روایات متعدد، میان ارث بردن امام و حکومت از شخص بدون وارث و قبول مسئولیت جنایات خطایی چنین شخصی ملازمه برقرار شده است، از جمله: زراره از امام باقر علیه السلام روایت می‌کند که «قضی أمير المؤمنین علیه السلام فی ابن الملاعنة أنه ترثه أمه الثلث و الباقي للإمام لأن جنایته علی الامام: امام علی علیه السلام در مورد میراث ابن ملاعنه حکم کرد: مادر ثلث اموال

که از تعهدات و مسئولیتهای عمومی دولت بهره‌مند می‌شوند، در موارد فوق الذکر به واسطه تعهد مستقلی که کرده‌اند یا کوتاهی در انجام تکالیف قانونی بر مالیاتهای خود، مکلف به پرداخت مالیات دیگران در چهارچوب تعیین شده هستند.

و باقی‌مانده را امام (حاکم) ارث ببرد، زیرا مسئول جنایت (خطایی) او، امام (حاکم) است» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۶/۲۶، ح ۴). در روایت ابی‌ولاد، «قال أبو عبدالله علیه السلام فی الرجل یقتل و لیس له ولی إلا الإمام؛ إنه لیس للإمام أن یعفو، له أن یقتل، أو یأخذ الدیة فیجعلها فی بیت مال المسلمین، لأن جنایة المقتول كانت علی الامام و كذلك تكون دیتة لإمام المسلمین: امام صادق علیه السلام در مورد مردی که کشته شده و ولی دمی غیر از امام ندارد، فرمود: امام نمی‌تواند قاتل را عفو کند، بلکه یا باید او را قصاص کند و یا دیه را بگیرد و در بیت‌المال مسلمانان قرار دهد. هم‌چنان‌که جنایت مقتول بر عهده بیت‌المال است، دیه او نیز برای امام مسلمانان خواهد بود» (همان، ۱۲۵/۲۹، ح ۲).

در روایت دیگر آمده است که سلیمان بن خالد در مورد مسلمانی که کشته شده و تنها یک پدر نصرانی دارد، از امام صادق علیه السلام می‌پرسد: «سألته عن رجل مسلم قتل و له أب نصرانی، لمن تكون دیتة؟ قال تؤخذ فتجعل فی بیت مال المسلمین لان جنایته علی بیت مال المسلمین: دیه او برای چه کسی است؟ حضرت در جواب می‌فرماید: دیه مقتول گرفته می‌شود و در بیت‌المال مسلمانان قرار می‌گیرد، زیرا جنایت چنین شخصی بر عهده بیت‌المال مسلمانان است» (همان‌جا، ح ۳).

علاوه بر روایات، در آثار بسیاری از فقیهان به این مسئله اشاره شده است که بین ارث بردن از شخص بدون وارث و قبول مسئولیت جنایات خطایی او ملازمه وجود دارد (طوسی، ۱۴۱۱ق، ۵/۲۰۹).

قواعد مشابه قاعده الخراج بالضمان

۱. من له الغنم فعليه الغرم^{۱۳}

از نظر اصطلاحی غنم نیز به معنای غنیمت، سود، محصول، بهره و بازده (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۷/۹)، و غرم به معنای خسارت، تاوان، ضرر، زیان و خرابی است (طریحی، ۱۴۱۶ق،

۱۳. من له الغنم فعليه الغرم: کسی که از مالی بهره می‌برد، خسارت هم بر عهده اوست. در بیع شرط سابق (قبل از وضع ماده ۳۴ قانون ثبت) که مبیع ملک مشتری می‌شد، بهره و منافع مبیع در ایام خیار متعلق به مشتری شرطی بود و بالتبع اگر مبیع شرطی دچار حریق و به‌طور کلی تلف می‌شد، خسارت هم بر عهده مشتری بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸ش، ۷۸۷).

۱۲۷/۶). مطابق این قاعده، هر کس که از منافع و سود دارایی برخوردار است، زیان و خطر دارایی را نیز به عهده دارد.

عین این عبارت به عنوان یک قاعده در لسان فقهای اهل سنت در قرون متقدم و متأخر استعمال نشده است، به گونه‌ای که در بین کتابهای فقهی معتبر مذاهب اربعه اهل سنت حتی با یک مورد عبارت «من له الغنم فعليه الغرم» برخورد نمی‌کنیم. در کتب فقهای متقدم شیعه نیز با قاعده‌ای تحت این عنوان برخورد نمی‌کنیم و تنها در کتابهای فقهای متأخر شیعه است که به این قاعده با چنین الفاظی استناد شده است. بحر العلوم برای اولین بار از این قاعده با همین عنوان نام می‌برد و به آن استناد می‌کند (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ۱/۱۸۷) و پس از او فقهای دیگر به این قاعده استناد کرده‌اند.

بنابراین استعمال این قاعده با این عبارت خاص، اصطلاح فقهای متأخر شیعه است، اما نباید نتیجه گرفت که بدون در نظر گرفتن قاعده الخراج بالضمآن، سابقه‌ای از این اصطلاح در بین فقهای شیعه نمی‌توان یافت. سید مرتضی برای اولین بار در بحث رهن، روایتی را از پیامبر ﷺ نقل می‌کند که در آن برای اثبات اینکه باب رهن برای رهن نسبت به مال مرهونه بسته نیست، به این قسمت از روایت پیامبر ﷺ استناد می‌کند که حضرت ﷺ می‌فرماید: «له غنمه و علیه غرمه» (شریف مرتضی، ۱۴۱۷ق، ۳۸۲). در خلاف (طوسی، ۱۴۱۱ق، ۲۴۶/۳ و ۲۵۲ و ۲۵۷)، مسوط (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲/۱۹۶ و ۲۴۳)، غنیه (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۴۵) و سرائر (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ۲/۴۱۹ و ۴۲۷) نیز به این روایت استناد شده است.

تعبیر «له غنمه و علیه غرمه» در باب رهن کتب روایی اهل سنت نیز به‌وفور آمده است (مزی، ۱۴۰۳ق، ۱۳/۲۱۳؛ محمد خلیل، ۱۴۱۳ق، ۱۷/۳۱۵).^{۱۵}

بنابراین قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» چیزی جز «له غنمه و علیه غرمه» در روایت منسوب به پیامبر ﷺ در باب رهن نیست و به همین جهت برخی از فقهای متقدم شیعه که به قاعده ضمان در ابواب مختلف استناد کرده‌اند، به قاعده «من له الغنم» تنها در باب رهن

۱۴. أن النبي ﷺ قال: لا يعلق الرهن... قال: و بلغني عنه بعد أنه قال: إن ملك لم يذهب حق هذا، إنما هلك من رب الرهن، له غنمه و علیه غرمه. و عن أحمد بن يونس، عن ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، قال: قضی رسول الله ﷺ لا يعلق الرهن لصاحبه، له غنمه و علیه غرمه.

۱۵. و فی روایت: لَا يُعْلَقُ الرَّهْنُ، هُوَ لِمَنْ رَهْنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ.

استناد جسته‌اند و فقهای چون شیخ طوسی نیز که به قاعده خراج تنها در بیع تمسک کرده‌اند، قاعده غنم را تنها در بحث رهن مورد استناد قرار داده‌اند. بنابراین می‌توان گفت: قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» خاص و قاعده «الخراج بالضمنان» عام مطلق است. مگر اینکه گفته شود، ذکر یک قاعده در بیان حکم یک مسئله جزئی، امر متعارفی است و نباید مورد خاص را موجب تخصیص حکم و قاعده کلی دانست. هم‌چنین با توجه به سیاق^{۱۶} روایت مورد استناد این قاعده، می‌توان کلی بودن آن را استنباط کرد. بنابراین قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» مصداق خاص یا بیان دیگری از «قاعده الخراج بالضمنان» است، که در صورت اخیر تمامی مباحث و دیدگاههای مطرح شده در بحث مذکور، عیناً در اینجا قابل طرح است.

۲. الغنم بالغرم

روایتی که پیش از این از سید مرتضی در بحث رهن نقل شد، در کتب روایی اهل سنت^{۱۷} نیز آمده، ولی فقهای مذکور قاعده «الغنم بالغرم: هر کس از منفعت چیزی بهره‌مند می‌شود، ضرر آن را هم متحمل می‌شود»^{۱۸} را از آن اخذ کرده‌اند. بنابراین قاعده، همان قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» با عبارتی دیگر است و باید آن را مصداق خاص یا بیان دیگری از قاعده «الخراج بالضمنان» با الفاظ متفاوت دانست.

۱۶. سیاق عبارت است از چیزهایی که می‌توانند در فهمیدن معنای کلمه ما را یاری دهند؛ خواه این چیزها لفظی باشند، مثل کلماتی که همراه لفظ مورد نظر آمده‌اند و یک جمله پیوسته را درست کرده‌اند و خواه این چیزهایی که ما را در فهم معنای کلمه مورد نظر یاری می‌دهند، غیرلفظی باشد؛ مثل شرایط و احوال زمانی و مکانی و غیره که جمله را احاطه کرده‌اند و در موضوع مورد نظر، دلالتی دارند (صدر، ۱۳۸۸ش، ۱/۱۰۰).

۱۷. حدیث «لا یغلق الرهن من صاحبه الذی رهنه، له غنمه و علیه غرمه» أخرجه الدارقطنی من حدیث سعید بن المسیب مرسلأ و قال ابن حجر فی التخلیص (تخلیص، بی‌تا، ۳/۳۶): صحح أبو داود و البزار و الدارقطنی إرساله (الموسوعة الفقهية، ۱۴۰۴ق، ۳۱/۳۰۱).

۱۸. من القواعد الفقهية قاعدة: «الغنم بالغرم» و معناها: أن من ینال نفع شیء یتحمل ضرره. و دلیل هذه القاعدة هو قول النبی ﷺ: «لا یغلق الرهن من صاحبه الذی رهنه، له غنمه و علیه غرمه». قال الشافعی: غنمه زیادته، و غرمه هلاکه و نقصه (همان‌جا).

۳. الغرم بالغنم^{۱۹}

در مجموعه مقررات مجله الأحكام، به جای قاعده «الغنم بالغرم»، قاعده «الغرم بالغنم» آمده است و برخی از شارحین تصریح کرده‌اند که این قاعده، عکس قاعده «الخراج بالضمنان» در ماده ۸۵ است و علی‌رغم اختلاف الفاظ، هر دو معنای واحدی دارند (حیدر، ۱۴۳۱ق، ۸۳/۱-۸۲)،^{۲۰} اما معلوم نیست که چرا در تدوین این مقررات به مستند روایی این قاعده توجه نشده و به صورت عکس نقل گردیده است، اگرچه این جابجایی در معنای قاعده تأثیری ندارد.

نویسنده کتاب تحریر المجله بدون توجه به این معکوسیت، ماده ۸۷ مجله الاحکام را به جای «الغرم بالغنم»، «الغنم بالغرم» نقل کرده است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۵۶/۱).^{۲۱} به هر حال هر دو احتمال مطرح شده در «من له الغنم فعليه الغرم» و «الغنم بالغرم»، در اینجا نیز قابل طرح است.

۴. النعمه بقدر النقمه و النقمه بقدر النعمه^{۲۲}

با توجه به این قاعده، لقیط^{۲۳} اگر نیاز به نفقه داشته باشد یا اگر مرتکب قتل موجب دیه شود، نفقه و دیه بر عهده بیت المال است، زیرا در صورت فوت لقیط، ترکه او متعلق به

۱۹. فی المصباح: و الغنم بالغرم أى مقابل به فكما أن المالك يختص بالغنم لا يشاركه فيه أحد فكذلك يتحمل الغرم و لا يتحمل معه أحد و هذا معنى قولهم: الغرم مجبور بالغنم (ابن عابدین، ۱۴۰۴ق، ۲۹۲/۴).

۲۰. المادة ۸۵: «الخراج بالضمنان.» هذه المادة هي نفس الحديث الشريف «الخراج بالضمنان» و هي المادة ۸۷ (الغرم بالغنم) و المادة ۸۸ (النعمه بقدر النقمه و النقمه بقدر النعمه). كلها بمعنى واحد و إن اختلف الألفاظ فكان من الواجب الإكتفاء بواحدة منها... یعنی أن من يضمن شيئاً إذا تلف يكون نفع ذلك الشيء له في مقابلة ضمانه حال التلف و منه اخذ قولهم الغرم بالغنم.

المادة ۸۷: «الغرم بالغنم.» هذه المادة مأخوذ من المجمع و هي عكس المادة ۸۵، أى أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره.

۲۱. المادة ۸۷: «الغنم بالغرم.» و قد سبق أن المعلوم كون منافع الشيء لا يملكها الانسان الا اذا كان مالكا او متلقيا من المالك...

۲۲. نعمت به اندازه نعمت و نقت به اندازه نعمت است.

۲۳. منظور بچه تازه متولد شده‌ای است که از ترس فقر یا به جهت فرار از تهمت، والدینش او را رها کرده‌اند.

بیت‌المال است. این قاعده به‌عنوان یک ماده در مجله الأحكام^{۲۴} آمده و شارحین تصریح کرده‌اند که همان معنای قاعده «الخراج بالضمن» و قاعده «الغرم بالغنم» دارد و تفاوت بین این سه قاعده، تنها یک تفاوت لفظی است (حیدر، ۱۴۳۱ق، ۸۲/۱؛ آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۵۶/۱).

۵. لا ربح ما لا یضمن^{۲۵}

این قاعده که بیان‌کننده قاعده الخراج بالضمن با الفاظ دیگری است، در کتب روایی شیعه (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۸/۱۸) و^{۲۶} و سنی^{۲۷} آمده است و فقهای امامیه (خمینی، ۱۴۲۱ق، ۳۱۷/۱) و اهل سنت (ابن‌قدامة، ۱۳۸۸ق، ۱۱۶/۴) در کتب فقهی خود به آن استناد کرده‌اند.

مقصود از این قاعده، نهی سودبری از مالی است که مخاطره و ریسک آن پذیرفته نشده باشد. بنابراین مادامی که انسان ریسک و مخاطره دارایی را نپذیرفته است، به‌گونه‌ای که در صورت تلف آن دارایی، ثمن آن بر عهده‌اش باشد، مستحق سود و بازده آن دارایی را نمی‌شود.

به عبارت دیگر، مفاد نهی از «ربح ما لا یضمن» منع استحقاق سود و ارزش افزوده و منفعت از مالی است که مخاطره آن به‌عهده گرفته نشده باشد. این نهی، اقتضایی بیش از

و اللقیط مولود طرحه اهله خوفاً من العیلة أو فراراً من التهمة (رستم باز اللبانی، ۱۴۰۶ق، ۵۶).
۲۴. المادة ۸۸: النعمة بقدر النعمة و النعمة بقدر النعمة.

۲۵. روایات در این خصوص همان‌گونه که خواهیم دید، به دو صورت در کتب روایی و فقهی نقل شده است:

الف) در غالب موارد، از پیامبر ﷺ نقل شده که ایشان «ربح ما لا یضمن» را نهی کرده است.
ب) در برخی روایات عبارت «لا ربح لا ضمان» از لسان پیامبر ﷺ نقل شده است. در این روایت ربح بدون ضمان، نفی شده است، نه نهی و اما همانند آیه شریفه «فَلَا رِبْحَ وَلَا فَسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ»؛ در اثنای حج، همبستری و گناه و جدال [روا] نیست» (بقره، ۱۹۷)، باید نفی را به معنای نهی گرفت.

۲۶. و عنه، عن محمد بن الحسین، عن علی بن أسباط، عن سلیمان بن صالح، عن أبي عبد الله ﷺ قال: «نهی رسول الله ﷺ عن سلف و بیع و عن بیعین فی بیع، و عن بیع ما لیس عندک، و عن ربح ما لا یضمن.»
۲۷. «نهی عن سلف و بیع، و شرطین فی بیع، و بیع ما لیس عندک، و ربح ما لم یضمن.» «طب عن حکیم بن حزام» (متقی هندی، ۱۴۰۱ق، ۷۸/۴).

عدم استحقاق سود و بازده در صورت عدم پذیرش ریسک را ندارد و دلالتی بر فساد معامله و بیعی که ریسک و مخاطره دارایی آن پذیرش نشده یا فساد ضمن (پذیرش مخاطره)، ندارد. این قاعده، تطبیقات مهمی در بابهای مختلف فقه معاملات داشته و نقش مهمی در نظریه اقتصادی دارد. در چارچوب روبنای سلبی، از این قاعده به دست می آید که تعلق سود، بازده و ارزش افزوده به دارایی‌ای که ریسک آن توسط مالک پذیرفته نشده، ممنوع است. اسلام با منع سود و ارزش افزوده از هرگونه دارایی‌ای که مخاطره آن توسط مالک پذیرفته نشده است، سیطره بر چنین سود و ارزش افزوده‌ای را غیرشرعی و باطل می‌داند (بکتاش، ۱۳۹۱ش، ۱۱۵ و ۱۴۱).

۶. الربح بالضمن

این قاعده بیان مثبتی از قاعده «لا ربح ما لا یضمن» است و در معنا تفاوتی با آن ندارد و از جهت ظاهر الفاظ، با قاعده «الخراج بالضمن» شباهت بیشتری دارد. برخلاف قاعده «لا ربح ما لا یضمن»، قاعده «الربح بالضمن»، به همین صورت در کتب روایی اهل سنت و امامیه، نیامده است و تنها فقهای اهل سنت در کتابهای فقهی هم چون اخبار القضاة (وکیع، ۱۳۶۶ق، ۲/۳۱۹)^{۲۸}، بدائع الصنائع (کاسانی، ۱۴۰۹ق، ۶/۸۷)^{۲۹} و مبسوط (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۲۲/۳۳)^{۳۰} به این قاعده با این الفاظ، استناد کرده‌اند.

۲۸. «الربح بالضمن»: حدثنا الصغانی قال: حدثنا ابوبکر قال: حدثنا أبو معاوية عن حجاج عن فضل بن عمرو عن شريح، قال: من ضمن مالا فله ربحه.

۲۹. ... فإذا ظهر في المال ربح صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح لأنه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لأنه نماء ماله فإذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الأجير لرب المال فإذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب و يصير المال مضموناً عليه و يكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه له لأن الربح بالضمن...

۳۰. فإن كان رأس المال مكيلاً أو موزوناً من غير النقود فالمضاربة فاسدة أيضاً عندنا و قال ابن أبي ليلى رحمه الله هي جائزة لأنها من ذوات الأمتثال... فيكون ذلك بمنزلة النقود في أن المضارب إنما يستحق الربح بالضمن.

۷. قواعد بیانگر بخشی از قاعده الخراج بالضمان

در روایات و کتب فقهی با قواعدی چون «تلازم بین نماء و درک»، «إِنَّ ضَمَانَ الشَّيْءِ وَ دَرَكَهُ بَأْزَاءِ مَنَافِعِهِ»^{۳۱}، «الأجر و الضمان لا يجتمعان»^{۳۲}، مواجه می‌شویم که در محدوده قاعده الخراج بالضمان مصادیق محدودتری را شامل می‌شود و می‌توان رابطه این قواعد با قاعده «الخراج بالضمان» و قواعد مشابه آن را از نظر منطقی رابطه عموم و خصوص مطلق دانست.

نتیجه

۱. بر خلاف نظر برخی از فقها، قاعده الخراج بالضمان، محدود به بیع نیست و تمامی معاملات صحیح را شامل می‌شود.
۲. در مورد معاملات فاسد باید دو صورت را جدا کرد:
 - اول: عدم وجود قصد ضمان و پذیرش ریسک: این مورد را باید ملحق به موارد ضمان قهری دانست و با توجه به مبنای پذیرفته شده در ضمان قهری، نسبت به سرایت قاعده خراج به این قسم قضاوت کرد.

۳۱. این قاعده بیان می‌کند که پذیرش ریسک و مخاطره شیء و خسارت شیء به ازای منافع شیء است.

۳۲. المادة ۸۶: «الأجر و الضمان لا يجتمعان.» هذه القاعدة مأخوذة من المجامع و يفهم منها أنه لا تجب الأجرة في الحال التي يجب فيها الضمان يعني أن الإنسان إذا استأجر دابة و هلكت بلا تعدد لا يضمن سوى الأجرة. و اذا غضب دابة فهلك يضمن قيمتها و لا اجرة عليه (حيدر، ۱۳۳۱ق، ۱/۸۳).

مطابق این قاعده اجرت و ضمان با هم جمع نمی‌شود و به همین جهت اگر حیوانی اجاره و بدون تعدی و تفریط هلاک شود، مستأجر تنها ضامن اجرت است و در موردی که حیوانی غضب می‌شود و به هلاکت می‌رسد، غاصب تنها ضامن قیمت است و نسبت به پرداخت اجرت مسئولیتی ندارد.

کاشف الغطاء این قاعده را قبول ندارد و معتقد است که: جمع بین اجرت و ضمان، هیچ مانع عقلی و شرعی ندارد و به همین جهت در مقبوض بالسوم یا مقبوض به عقد فاسد یا مقبوض به غضب، قابض در عین حالی که ضامن عین است، باید اجرت منافی را که استیفاء کرده بپردازد:

«و من جمیع ما ذکرناه یتضح لک وجه القدرح فی مادة ۸۶ الاجر و الضمان لا يجتمعان، و الحق انهما يجتمعان و لا مانع من اجتماعهما عقلاً و شرعاً، فالمقبوض بالسوم او بالعقد الفاسد یضمن العین قابضها و یعطى اجرة ما استفواه من منافعها و هكذا الغاصب و نظائره» (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۱/۵۶).

دوم: وجود قصد ضمان و پذیرش ریسک: به اعتقاد ما قاعده خراج اصولاً شامل این دسته می‌شود، اما باید توجه داشت که بعضی از معاملات مثل ربا که در آن وجود ریسک منتفی است، تخصصاً از تحت قاعده الخراج بالضمان خارج است و مواردی چون قمار و شرط‌بندی که علاوه بر قصد، پذیرش ریسک در حد اعلی وجود دارد، به واسطه وجود دلیل خاص، باید آنها را تخصصیاً از تحت قاعده خراج، بیرون دانست.

۳. با توجه به مواردی چون مالیات و دیه باید گفت: قاعده الخراج بالضمان، ضمان قهری را شامل می‌شود و غصب از تحت آن با دلیل خاص خارج شده است.

۴. قواعد مشابهی چون قاعده من له الغنم، الغنم بالغرم، الغرم بالغنم، الربح بالضمان، لا ربح ما لا یضمن را یا باید بیانگر قاعده الخراج بالضمان با لسانی دیگر دانست و یا با توجه به استناد به آن در موارد خاص، باید آن را مصادقی از مصادیق این قاعده کلی دانست.

فهرست منابع

- آل کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، تهران، مکتبه النجاشی؛ قم، مکتبه الفيروزآبادی، ۱۳۵۹ق.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، *التلخیص الحبیر*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسیلة إلى نیل الفضیلة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
- ابن حنبل، احمد بن محمد، *مسند احمد*، بیروت، دارصادر، بی تا.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع*، قم، مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
- ابن عابدین، محمدامین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، قاهره، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده، ۱۴۰۴ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنی*، قاهره، مکتبه القاهرة، ۱۳۸۸ق.
- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابوداود سجستانی، سلیمان بن اشعث، *سنن أبي داود*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۰ق.
- ازهری، صالح بن عبدالسمیع، *الثمر الدانی*، بیروت، المکتبه الثقافیة، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق.
- بحر العلوم، سید محمد، *بلغة الفقیه*، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ق.
- بکناش، محمدکاظم، «مشروعیت درآمدزایی ریسک و مخاطره در بازارهای مالی از دیدگاه فقه امامیه»، *مجله معرفت اقتصاد اسلامی*، شماره اول، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ش.
- بهوتی، منصور بن یونس، *کشاف القناع*، بیروت، منشورات محمدعلی بیضون، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۸ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ترمذی، محمد بن عیسی، *سنن الترمذی*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق، *منهاج الفقاهة*، قم، العلمیة، ۱۴۱۸ق.
- خطاب، محمد بن محمد، *مواهب الجلیل*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۶ق.
- حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، تهران، المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، بی تا.

- همو، *مختلف الشيعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٥ق.
- همو، *نهج الحق و كشف الصدق*، قم، دارالهجرة، ١٤٢١ق.
- حيدر، علي، *درر الحكّام شرح مجلة الأحكام*، عمان، دارالثقافة، ١٤٣١ق.
- خميني، سيد روح الله، *كتاب البيع*، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني عليه السلام، ١٤٢١ق.
- خويي، سيد ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة*، قم، داوري، بي تا.
- دسوقي، محمد بن احمد، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، دارإحياء الكتب العربية؛ عيسى البابي الحلبي و شركاه، بي تا.
- رافعي، عبدالكريم بن محمد، *فتح العزيز بشرح الوجيز*، بيروت، دارالفكر، بي تا.
- راوندي، سعيد بن هبة الله، *فقه القرآن*، قم، كتابخانه آية الله مرعشي نجفي، ١٤٠٥ق.
- رستم باز اللبناي، سليم، *شرح المجلة*، بيروت، دارإحياء التراث العربي، ١٤٠٦ق.
- زيبيدي، محمدمرتضى، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بيروت، دارالفكر، ١٤١٤ق.
- سرخسي، محمد بن احمد، *المبسوط*، بيروت، دارالمعرفة، ١٤٠٦ق.
- شافعي، محمد بن ادريس، *الأم*، بيروت، دارالفكر، ١٤٠٣ق.
- همو، *الرسالة*، بيروت، المكتبة العلمية، بي تا.
- شرييني، محمد بن احمد، *معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*، بيروت، دارإحياء التراث العربي، ١٣٧٧ق.
- شريف مرتضى، علي بن حسين، *مسائل الناصريات*، تهران، مؤسسة الهدى، ١٤١٧ق.
- شهيد اول، محمد بن مكي، *الدروس الشرعية في فقه الإمامية*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٤ق.
- صدر، سيد محمداقبر، *دروس في علم الأصول*، ترجمه نصر الله حكمت، قم، دارالعلم، ١٣٨٨ش.
- طوسي، محمد بن حسن، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١١ق.
- همو، *المبسوط في فقه الإمامية*، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ق.
- غمامي، مجيد، *مسئوليت مدني دولت*، تهران، دادگستر، ١٣٧٦ش.
- فيومي، احمد بن محمد، *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير*، قم، دارالهجرة، ١٤٠٥ق.
- كاساني، ابوبكر بن مسعود، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، باكستان، المكتبة الحبيبية، ١٤٠٩ق.
- كاتوزيان، ناصر، *وقايح حقوقي*، تهران، شركت سهامی انتشار، ١٣٨٥ش.
- مالك بن انس، *المدونة الكبرى*، بيروت، دارإحياء التراث العربي، ١٣٢٣ق.

- متقی هندی، علی بن حسام‌الدین، *کنز العمال فی سنن الأئوال و الأفعال*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٠١ق.
- محمد خلیل، محمود، *المسند الجامع*، بیروت، دارالجيل؛ کویت، الشركة المتحدة لتوزيع الصحف و المطبوعات، ١٤١٣ق.
- مزنی، اسماعیل بن یحیی، *مختصر المزنی*، بیروت، دارالمعرفة، ١٤١٠ق.
- مزنی، یوسف بن عبدالرحمن، *تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف*، بیروت، المكتب الإسلامي، الدار القیمة، ١٤٠٣ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهية*، قم، مدرسة الإمام امیرالمؤمنین علیه السلام، ١٤١١ق.
- الموسوعة الفقهية، کویت، وزارة الاوقاف و الشؤون الإسلامية، ١٤٠٤ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، عروج، ١٤٠١ق.
- نائینی، محمدحسین، *منية الطالب (تقریرات خوانساری)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٨ق.
- نسائی، احمد بن شعيب، *سنن النسائی*، بیروت، دارالفکر، ١٣٤٨ق.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع شرح المهدب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- وکیع، محمد بن خلف، *أخبار القضاة*، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٦٦ق.