



بررسی مبانی فقهی اخذ بالسوم در فقه پژوهشی مذاهب خمسہ اسلامی

حمید وفائی^۱

هرمز اسدی کوه‌باد^۲

دکتر مهدی زمانی^۳

چکیده

اخذ بالسوم یکی از شیوه‌های ابتدایی و مهم در فرآیند خرید و فروش است که نقش اساسی در ورود به معامله و تملک مال دارد و در فقه مذاهب خمسہ اسلامی مورد بحث قرار گرفته است. این مفهوم در منابع فقهی اختلاف‌هایی درباره مشروعیت، شرایط تحقق و آثار حقوقی به همراه دارد. اهمیت مطالعه اخذ بالسوم به دلیل کاربرد آن در معاملات سنتی و برخی تعاملات اقتصادی معاصر است که شناخت دقیق مبانی فقهی و تطبیقی آن موجب تسهیل فهم قواعد حقوقی و بهبود رویه‌های قضایی می‌گردد. هدف تحقیق، تبیین جایگاه اخذ بالسوم در نظام فقهی مذاهب خمسہ و بررسی تفاوت‌ها و اشتراکات نظری در خصوص مشروعیت، شرایط تحقق و آثار حقوقی آن است. پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و مطالعات کتابخانه‌ای انجام شده و یافته‌ها نشان می‌دهد که هر کدام از مذاهب برداشت متفاوتی از اخذ بالسوم دارند؛ برخی آن را مرحله مقدماتی ایجاب، برخی تعهد یا تملک ضمنی می‌دانند. این تفاوت‌ها پیامدهای عملی مهمی در نظام حقوقی و رویه قضایی دارد و ضرورت بازشناسی این مفهوم در حقوق معاصر اسلامی را برجسته می‌سازد.

کلیدواژه‌ها: اخذ بالسوم، بیع، تعهد، مذاهب خمسہ، فقه اسلامی.

^۱ دانشجوی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران: 1911404644@iau.ir

^۲ دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران: asadi.koohbad@gmail.com

^۳ استادیار گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران: mehdizamani3236@gmail.com



مقدمه

در فقه اسلامی، عقد بیع از مهم‌ترین و پرکاربردترین عقود معوض به شمار می‌رود و رفتارهای مقدماتی پیش از انعقاد آن نیز همواره مورد توجه فقها بوده است. یکی از این رفتارها، «اخذ بالسوم» است که به معنای گرفتن مال برای ارزیابی، سنجش یا آزمایش پیش از تحقق عقد بیع می‌باشد. این عمل در عرف معاملات به‌وفور دیده می‌شود، اما از منظر فقهی و حقوقی، جایگاه و آثار آن همچنان محل اختلاف است. برخی فقها آن را صرفاً تصرفی مباح مبتنی بر اذن مالک دانسته‌اند که موجب ضمان نمی‌شود، در حالی که گروهی دیگر، آن را دارای ماهیت عقدی ضمنی یا مقدمه‌ای بر بیع می‌دانند که می‌تواند آثار الزام‌آور و ضمانی داشته باشد.

پیشینه‌های موجود نشان می‌دهد که تاکنون پژوهش مستقلی درباره «اخذ بالسوم» صورت نگرفته و دیدگاه‌ها بیشتر به‌صورت پراکنده در آثار فقهی و حقوقی آمده است. فقهایی مانند مقدس اردبیلی و صاحب جواهر، با رویکردی متفاوت به مسئله ضمان این شخص پرداخته‌اند، و در حقوق مدنی نیز اختلاف نظر میان دکتر امامی و دکتر کاتوزیان درباره مسئولیت گیرنده مال مشهود است. افزون بر این، تحقیقات اخیر (نیازی، ۱۳۹۲ و مردای، ۱۳۹۵، ص ۱۵۸-۱۳۵) بر ضرورت بازنگری در مبانی فقهی و تدوین چارچوبی منسجم برای تعیین مسئولیت «اخذ بالسوم» تأکید دارند. اهمیت این پژوهش از آن روست که بسیاری از اختلافات حقوقی در معاملات روزمره، از رفتارهای مقدماتی چون «اخذ بالسوم» ناشی می‌شود که در قوانین مدنی صراحت ندارد. بررسی تطبیقی این مفهوم در فقه مذاهب خمس اسلامی می‌تواند ضمن رفع ابهامات موجود، زمینه‌ساز اجتهاد نوین و ارائه راهکارهای کاربردی در تدوین قوانین مبتنی بر فقه اسلامی باشد. این پژوهش با رویکرد توصیفی - تحلیلی و بر پایه منابع فقهی و حقوقی، در پی تبیین مبانی نظری، تحلیل اختلاف‌نظرها و ارائه تصویری جامع از جایگاه حقوقی و فقهی «اخذ بالسوم» است.

۱. کلیات و تعاریف

۱-۱. معنای لغوی «اخذ بالسوم»

واژه «سوم» از ریشه «سوم» در لغت عرب به معنای «تقاضا کردن قیمت یک کالا»، یا «پرسیدن قیمت آن» آمده است. ابن منظور در لسان العرب می‌نویسد:

«السُّومُ: سُومَانُ السَّلْعَةِ، أَنْ يَسُومَ الرَّجُلُ السَّلْعَةَ، أَي يَطْلُبُ سِعْرَهَا» یعنی: «سوم به معنای تقاضای قیمت یا

ارزیابی قیمت کالا است» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ص ۲۵۵).

«اخذ بالسوم» نیز در همین معنا، به عملی اطلاق می‌شود که شخصی کالایی را بدون عقد بیع، برای ارزیابی،

مشاهده یا پرس‌وجوی قیمت، از فروشنده دریافت می‌کند.



۱-۲. معنای اصطلاحی « اخذ بالسوم »

در اصطلاح فقهی، «اخذ بالسوم» به حالتی گفته می‌شود که خریدار بالقوه، کالایی را از فروشنده در اختیار می‌گیرد تا آن را بررسی، آزمایش، یا قیمت‌گذاری کند، بدون اینکه هنوز عقدی میان آن دو واقع شده باشد. این عمل ممکن است با اذن مالک انجام شود یا در پاره‌ای موارد، بر اساس عرف بازار پذیرفته شده باشد. فقهای امامیه این مفهوم را در ذیل مباحث ید، ضمان، اذن، و امانت بررسی کرده‌اند. برای نمونه، صاحب جواهر می‌نویسد:

« وَ لَوْ أَخَذَ مَالٌ غَيْرَهُ بِالسُّومِ وَ لَمْ يُتْلَفْ وَ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ إِلَّا بِالنَّظَرِ فَإِنَّ لَمْ يَكُنْ غَضَبًا وَ لَمْ يَكُنْ تَعَدِّيًّا فَهُوَ أَمَانَةٌ لَا يُضْمَنُ » (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۸). یعنی اگر شخصی مال دیگری را برای بررسی (به قصد خرید) در اختیار بگیرد، و آن را تلف نکند یا بدون اذن تصرف نکند، در صورتی که غصب نباشد و تجاوز محسوب نشود، حکم امانت دارد و ضمان آور نیست.

در فقه اهل سنت نیز، اخذ بالسوم عمدتاً به عنوان سؤم السلعة مطرح شده است. شافعیان به صراحت بیان کرده‌اند که این عمل بدون قصد الزام آور بودن، مصداق تملک نیست و پیش از عقد، الزام حقوقی ندارد (نووی، ۱۴۲۵ق، ص ۲۵۲).

۱-۳. رابطه اخذ بالسوم با مفاهیم فقهی

الف) عقد بیع: اخذ بالسوم، خود بیع نیست، بلکه غالباً مقدمه‌ای بر بیع است. یعنی طرفین، پیش از اینکه ایجاب و قبول رسمی انجام دهند، کالایی را مورد بررسی قرار می‌دهند. لذا از منظر اصول فقه، در مرحله‌ی قبل العقد است و مشمول آثار بیع نمی‌شود.

ب) ید: شخصی که کالا را اخذ می‌کند، دارای ید بر مال غیر است؛ اما این ید، در صورتی که مبتنی بر اذن مالک باشد، ید امانی خواهد بود (موسوی خمینی، ۱۴۰۵، ص ۵۳۰). در غیر این صورت، ممکن است ید عدوانی (غصبی) تلقی شود.

ج) امانت و ضمان: اگر اخذ بالسوم با اذن مالک باشد و تعدی و تفریطی صورت نگیرد، مال در حکم امانت است و شخص، ضامن نخواهد بود (زحیلی، ۱۹۹۷م، ص ۲۹۰). اما اگر بدون اذن، یا همراه با تعدی باشد، ضامن محسوب می‌شود.

د) اذن: اذن مالک نقش کلیدی در تعیین ماهیت اخذ بالسوم ایفا می‌کند؛ به این معنا که در صورت وجود اذن، این عمل مباح شمرده شده و گیرنده مسئولیتی در قبال آن ندارد. اما در نبود اذن، اخذ بالسوم می‌تواند مصداق تصرف غیرمجاز در مال غیر محسوب شود. بنابراین، اخذ بالسوم مفهومی میانابینی است که در مرز عرف و فقه قرار



دارد. اگرچه این عمل به عنوان عقد مستقلی در منابع فقهی مطرح نشده است، ولی آثار حقوقی آن در صورت بروز تلف، ضرر یا اختلاف، اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند. تحلیل دقیق این مفهوم می‌تواند به فهم بهتر روابط معاملاتی عرفی در چارچوب اصول فقهی کمک کرده و زمینه‌ساز تدوین قواعد حقوقی متناسب با واقعیت‌های معاملاتی گردد (زحیلی، ۱۹۹۷م، ص ۲۸۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۷).

۲. مبانی فقهی مذاهب خمس در اخذ بالسوم

۱-۲. فقه امامیه

قاعده «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُوَدِّيَهُ» یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی در باب ضمان در فقه امامیه است که نقش محوری در تبیین مسئولیت مدنی ناشی از تصرف غیرمجاز در مال غیر دارد. مفاد این قاعده آن است که هر شخصی که مالی را در اختیار گیرد، اعم از اینکه آن را به صورت مشروع یا غیرمشروع به دست آورده باشد، تا زمان بازگرداندن عین یا مثل یا قیمت آن، ضامن است. این قاعده برگرفته از حدیث مشهور نبوی است که در منابعی همچون وسائل الشیعه از پیامبر (ص) نقل شده: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُوَدِّيَهُ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۴۲). این روایت اگرچه از حیث سند در زمره احادیث مرسله قرار دارد، اما شهرت عملی و فتوایی آن، موجب حجیت آن نزد فقهای امامیه شده است.

در فقه امامیه، اخذ بالسوم به عنوان تصرفی غیر ناقل مالکیت شناخته می‌شود؛ به این معنا که در صورت وجود اذن از سوی مالک، این عمل مصداق ید امانی محسوب می‌گردد و در صورت تلف مال، گیرنده مسئولیتی ندارد مگر در موارد تعدی یا تفریط. در این زمینه، علما نظرات روشنی ارائه داده‌اند: علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء اخذ بالسوم را نوعی ید جایز می‌داند که بدون عقد بیع، ایجاد مالکیت نمی‌کند. همچنین جواهر در جواهر الکلام می‌نویسد: «إذا أخذ الإنسان مال غيره بالسوم، فمع الإذن وعدم التفریط، فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۸).

این بدان معناست که اگر فردی با اذن مالک مال دیگری را به منظور سنجش قیمت بگیرد و در حفظ آن کوتاهی نکند، مسئولیتی در قبال خسارت وارده ندارد، زیرا در حکم امانت‌دار است.

موسوی خمینی نیز در تحریر الوسیله بیان می‌کند:

«لو أخذ مالا بالسوم ولم یکن معه عقد ولا إذن من المالك، فمجرد الأخذ لا یحلّ المال، وإن تلف ضمن» (موسوی

خمینی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۳۰). یعنی اگر کسی مالی را بدون عقد و بدون اذن مالک اخذ نماید، صرف گرفتن مال موجب تملک نمی‌شود، ولی در صورت تلف، مسئول جبران خسارت خواهد بود.



در فقه امامیه، نه تنها فعلی غیراخلاقی و ناپسند عرفی محسوب می‌شود، بلکه در صورت تحقق ارکان ضمان، از جمله رابطه سببیت، تقصیر و ورود ضرر، موجب مسئولیت مالی و جبران خسارت نیز خواهد بود. در حقوق ایران نیز، چنین رفتاری با استناد به اصولی همچون منع اضرار (اصل ۴۰ قانون اساسی) و مواد قانون مسئولیت مدنی، قابل پیگرد و مطالبه خسارت است. بنابراین در فقه امامیه، اخذ بالسوم بدون عقد ناقل مالکیت نیست و اگر همراه با اذن مالک باشد، حکم ید امانی را دارد که ضمان آور نیست مگر در موارد تعدی و تفریط.

۲-۲. فقه حنفی

در فقه حنفی، به‌عنوان نوعی تصرف در مال غیر بدون اذن، از مصادیق بارز تملک یا بهره‌برداری غیرمجاز دانسته می‌شود و به‌صراحت موجب «ضمان مدنی کامل» است. فقیهان این مذهب، برخلاف آنچه ممکن است در ظاهر تصور شود، تنها بر قهر یا غصب آشکار تمرکز ندارند؛ بلکه معیار اصلی در ضمان، «تصرف بدون رضایت مالک» است، هرچند همراه با قصد خیر یا بدون عنف باشد.

«ابوبکر السرخسی» در اثر بزرگ خود «المبسوط» می‌نویسد: «إِذَا اسْتَوْلَى رَجُلٌ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَهُوَ

ضَامِنٌ لَهُ» (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ص ۱۹)

این عبارت به روشنی نشان می‌دهد که در فقه حنفی، معیار تحقق ضمان، «صرف استیلا بر مال غیر بدون اذن» است؛ نه کیفیت آن استیلا یا نیت فاعل.

فقه حنفی نگاه مستقلی و ساختارمندی نسبت به مفهوم اخذ بالسوم ندارد، اما این موضوع را در چارچوب کلی قواعد مربوط به ید، امانت، ضمان و اذن مالک بررسی می‌کند. فقهای این مذهب اخذ کالا به منظور سنجش یا مشاهده را به عنوان تصرفی مباح و مشروط به وجود اذن مالک می‌دانند.

در این زمینه، محمد بن الحسن سرخسی در کتاب *المبسوط* می‌نویسد:

«إِذَا أَخَذَ الرَّجُلُ الْمَتَاعَ عَلَى وَجْهِ السُّومِ، فَهُوَ عَلَى الْإِبَاحَةِ، لَا بَيْعٍ، فَإِنْ لَمْ يَتْلَفْ فَهُوَ أَمَانَةٌ، وَإِنْ تَلَفَ وَلَمْ يَكُنْ مِنْهُ

تَفْرِيطٌ، فَلَا يَضْمَنُ.» (سرخسی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۷).

این بدان معناست که اخذ کالا به منظور سنجش قیمت، عملی مباح است و ایجاد عقد بیع نمی‌کند. اگر کالا تلف شود و کوتاهی یا تعدی صورت نگرفته باشد، مسئولیتی متوجه فرد نمی‌باشد.

اما اخذ بدون اذن مالک در فقه حنفی، تصرفی غیرمجاز و موجب ضمان است، چرا که در این صورت ید، ید عدوان (غیرمشروع) محسوب می‌شود.

در مذهب حنفی، اخذ بالسوم با اذن مالک، ید مباح است که در صورت تلف کالا، به شرط عدم تعدی و تفریط،

ضمانی به دنبال ندارد.



کسانی، از فقهای برجسته حنفی، در « بدائع الصنائع » می‌نویسد: «وَأَنَّ مَنْ تَنَاوَلَ مَالاً لِغَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَهُوَ غَاصِبٌ، وَيُعْزَرُهُ الْإِمَامُ إِنْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ أَوْ اِعْتِدَاءٌ ظَاهِرٌ» بر این اساس، اگر موجب ضرر شود، ید او نه تنها ضامن است بلکه از منظر فقهی «قابل تعزیر توسط حاکم شرع» نیز خواهد بود (کاسانی ۱۴۰۶، ص ۲۵۶). بنابراین، فقه حنفی در کنار ضمان مالی، امکان اعمال مجازات تعزیری در موارد غیر مجاز را به رسمیت می‌شناسد.

۲-۳. فقه مالکی

فقه مالکی به عرف بازار و تعاملات متداول میان مردم توجه ویژه‌ای دارد و بسیاری از رفتارهای پیشاعقدی، حتی اگر به صورت مدون و قانونی نیامده باشند، می‌توانند آثار حقوقی پیدا کنند. در این مذهب، عرف بازار نقش تعیین‌کننده‌ای در مشروعیت و آثار اخذ بالسوم دارد. مالک بن انس، مؤسس مذهب مالکی، در اثر مشهور خود «الموطأ» (۱۴۱۵ق، ص ۴۸۳)، بر اصل «التَّرَاضِي فِي الْمُعَامَلَاتِ» تأکید دارد و معتقد است بدون تحقق رضایت کامل، هیچ‌گونه تصرفی در مال دیگری مشروع نیست و اگر کسی مالی را بدون اجازه معتبر بردارد یا استفاده کند، ضامن آن خواهد بود. وی در «الموطأ» بیان می‌کند: «لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِيٍّ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسٍ»، به این معنا که هیچ مالی از اموال مسلمانان حلال نمی‌شود مگر با رضایت قلبی و کامل او. ابن رشد مالکی در کتاب بدایة المجتهد و نهاية المقتصد اشاره می‌کند که اگر عرف بازار گرفتن کالا به منظور مشاهده یا آزمایش را بپذیرد، این عمل مجاز و بدون ضمان است.

همچنین صاوی مالکی در حاشیه الشرح الکبیر می‌گوید:

«السوم لا يوجب ضماناً إذا كان على وجه المتعارف، وكان بإذن أو برضا المالك.» (صاوی، بی تا، ص ۱۵۰). یعنی

اگر اخذ بالسوم مطابق عرف متداول و با اذن یا رضایت مالک باشد، ضمان ایجاد نمی‌کند.

در مذهب مالکی، اخذ بالسوم تابع عرف و اذن مالک است و در صورت انطباق با عرف بازار، ضمانی ندارد و حتی ممکن است آثار حقوقی عرفی به آن بار شود.

در فقه مالکی، زمانی که بدون اذن مالک یا بدون توافق مشخص صورت گیرد، می‌تواند تحت شرایط خاصی مشمول تعزیر شرعی (مسئولیت کیفری) قرار گیرد. مالکیان با تأکید بر رعایت «مصلحت» و «آداب اجتماعی در معاملات»، تصرف بدون مجوز در مال غیر برای بررسی کالا را نوعی تعدی به حق مالکیت می‌دانند که در صورت ورود ضرر، قابل مجازات تعزیری است. ابن رشد اندلسی در «البدایة المجتهد» می‌نویسد: «مَنْ تَصَرَّفَ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلَوْ لِلْمَسَاوَمَةِ، وَكَانَ فِي فِعْلِهِ ضَرَرٌ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ وَلَهُ الْحَاكِمُ أَنْ يُعْزَرَهُ» (ابن رشد، ۱۴۱۵ق، ص ۲۴۱). بر این اساس، اگر بدون اذن یا برخلاف عرف رایج، کالایی را برای بررسی بگیرد و در این فرآیند موجب تلف یا خسارت شود، قاضی می‌تواند بر اساس مصلحت عمومی و حرمت مال مسلمان، او را تعزیر کند. مالکیان در این‌گونه



موارد، اختیار حاکم شرع برای تعیین مجازات تعزیری را گسترده می‌دانند و صراحتاً بیان کرده‌اند که در تصرفات غیرمجاز در صورت نبود قصد مجرمانه جایز است که شخص به خاطر تجاوز به حدود شرعی، تعزیر شود (ابن فرحون، ۱۴۲۳ق، ص ۱۹۸)

۲-۴. فقه شافعی

فقه‌های مذهب شافعی اخذ بالسوم را به عنوان مقدمه‌ای برای عقد بیع تلقی می‌کنند و آن را فاقد آثار حقوقی الزام‌آور می‌دانند. در صورتی که اخذ بالسوم با اذن مالک صورت گیرد و بدون تعدی یا تفریط باشد، مسئولیتی برای اخذ وجود ندارد. ابن عابدین در حاشیه «رد المحتار علی الدر المختار» می‌نویسد: «الضمان فی الفقه الشافعی یتقرر بوجود الید الضمانیه سواء کان التلف عمدياً أم غیر عمدياً» این دیدگاه، در مباحثی چون بدون اجازه، اجرای مستقیم دارد و شخص را ضامن می‌داند، چه تلف مال ارادی باشد و چه نه (ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ص ۱۰۹).

جرجانی در شرح کتاب المواقف می‌نویسد: «من أخذ مال الغیر بإذن أو بغير إذن وتلف، فإنه یضمن العین أو قیمتها، وإن كانت له منفعة قبل التلف، ضمنها أيضاً» این رویکرد، در مقوله نیز مطرح است. اگر شخص مال را بدون اجازه مالک برای دیدن در اختیار بگیرد و آن تلف شود، علاوه بر عین مال، منفعت ناشی از آن در زمان داشتن آن نیز مشمول ضمان می‌شود (جرجانی، ۱۴۲۰ق، ص ۲۳۶).

امام نووی در کتاب المجموع می‌نویسد:

«إذا أخذ المتاع لیسومه ولم یتلفه، فهو أمين، وإن تلف بغير تعدٍ، فلا یضمن» (نووی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۵۲). یعنی

اگر فردی کالا را به منظور سنجش قیمت بگیرد و آن را تلف نکند، در حکم امانت‌دار است و در صورت تلف کالا بدون تعدی، مسئولیتی ندارد.

اما اگر کالا بدون اجازه مالک گرفته شود و تلف شود، اخذ ضامن خواهد بود.

در مذهب شافعی، اخذ بالسوم به شرط وجود اذن مالک، تصرفی جایز و بدون ضمان است مگر در صورت تعدی یا تفریط.

در فتوای امام رملی شافعی نیز آمده است که تصرف در مال بالسوم بدون عقد، اگر موجب نقص یا خسارت

شود، در حکم غاصب است و مستحق تعزیر (رملی، ۱۴۰۴ق، ص ۹۶).

۲-۵. فقه حنبلی

در فقه حنبلی، یعنی تصرف در مال غیر بدون اجازه و رضایت مالک، حتی بدون قهر و عنف یکی از مصادیق

بارز تملک غیرقانونی و موجب مسئولیت مدنی (ضمان) دانسته می‌شود. فقه‌های حنبلی با نگاهی سخت‌گیرانه به این

نوع تصرف می‌نگرند و آن را تحت عنوان در حکم غصب قرار می‌دهند.



ابن قدامه در کتاب «المغنی» تصریح می‌کند که: «الغصبُ هو أخذُ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنه ولا رضاهُ، سواءً كانَ بعُنفٍ أو بدونه؛ فیدخلُ فیهِ ما أيضاً» (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ص ۵۰۰). این جمله به روشنی نشان می‌دهد که در فقه حنبلی، معیار تحقق غصب و ضمان، «عدم اذن مالک» است، نه لزوماً اعمال زور.

مبانی این مسئولیت مدنی در فقه حنبلی بر قواعد مهم فقهی استوار است. هر کس بدون اجازه بر مال دیگری تسلط یابد، ضامن آن است. این قاعده برگرفته از حدیث نبوی است: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»، که حنبلیان آن را مبنای عام ضمانات مالی می‌دانند. (ابن قدامه، ق، ص ۴۰۰؛ جبرین، ۱۴۳۵ق، ص ۳۶۷) هر کس بدون اجازه بر مال دیگری تسلط یابد، ضامن آن است. این قاعده برگرفته از حدیث نبوی است: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»، که حنبلیان آن را مبنای عام ضمانات مالی می‌دانند (همان).

ابن قدامه در کتاب المغنی می‌گوید:

«من أخذ متاعاً ليسومه، ولم يُبِعْ، فإن لم يُفِرط، فلا ضمان عليه.» (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ص ۱۵۶).

به این معنی که اگر کسی کالا را برای سنجش بگیرد و آن را نفروشد، در صورت عدم تفریط مسئولیتی ندارد. ضمان تنها در صورت تعدی یا تفریط مطرح می‌شود.

در مذهب حنبلی، اخذ بالسوم با اذن مالک، تصرفی غیرضمان‌آور است و مسئولیت تنها در صورت تخلف از امانت به وجود می‌آید.

در فقه حنبلی، اگر شخصی مالی را بالسوم (برای بررسی و پسندیدن) بدون اذن مالک بگیرد و از حدود عرفی یا شرعی فراتر رود، مشمول تعزیر شرعی (مسئولیت کیفری) خواهد بود. فقهای این مذهب چنین تصرفی را در صورت ورود ضرر یا تلف، نه تنها موجب ضمان مالی، بلکه نوعی معصیت قابل تعزیر می‌دانند. ابن مفلح در کتاب «المبدع فی شرح المقتنع» تصریح می‌کند: «وَكُلُّ مَعْصِيَةٍ لَا حَدَّ فِيهَا وَلَا كَفَّارَةَ، فِيهَا التَّعْزِيرُ؛ كَالْجِنَايَةِ عَلَى الْأَمْوَالِ بِغَيْرِ إِذْنٍ» (ابن مفلح، ۱۴۸۱ق، ص ۹۱).

۳. وجوه اشتراک اخذ بالسوم در مذاهب خمس

یکی از اصول مشترک فقهی در میان تمام مذاهب اسلامی آن است که تصرف در مال غیر بدون اذن مالک، از نظر شرعی و فقهی غیرمجاز و موجب ضمان است. در فقه امامیه، این اصل در قالب قاعده‌ی «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» تبیین شده است که تمامی فقها بر آن اتفاق نظر دارند (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۸ق، ص ۵۲). در فقه اهل سنت نیز این اصل به‌عنوان قاعده‌ای کلی پذیرفته شده و فقهای چون سرخسی (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۳۵) و (ابن قدامه، ۱۴۱۲ق، ص ۴۹۰) به آن تصریح کرده‌اند.



همه مذاهب بر آن اند که اگر اخذ بالسوم در نگهداری مال، دچار تعدی یا تفریط شود، ضامن تلف یا نقصان مال خواهد بود، حتی اگر اصل تصرف با اذن صورت گرفته باشد. در فقه امامیه، این قاعده در بحث «ضمان امین در صورت تعدی یا تفریط» مطرح شده (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۹)، و در فقه اهل سنت نیز این قاعده در آثار (نووی ۱۴۲۵ق، ص ۲۲۶) و (بهوتی، ۱۴۱۸ق، ص ۴۹۱) با صراحت بیان شده است.

در صورتی که مال بدون اذن مالک (صریح یا ضمنی) برای بررسی، آزمایش یا پسندیدن اخذ شود و سپس تلف گردد، همه مذاهب ید اخذ را در حکم ید غاصب دانسته و او را ضامن می‌دانند. در فقه امامیه این مطلب در آثار (علامه حلی ۱۴۱۴ق، ص ۳۸۰) و نیز در *تحریر الوسیله* امام خمینی (ره) به روشنی آمده است. در فقه حنفی، در بدائع الصنائع (کاسانی ۱۴۰۶، ص ۲۵۶) و در فقه مالکی، ابن رشد در *بداية المجتهد* (ابن رشد ۱۹۹۵م، ص ۲۸۸) همین دیدگاه را اتخاذ کرده‌اند. در فقه شافعی نیز نووی این مسئله را در *المجموع* (نووی، ۱۴۲۵ق، ص ۲۳۰) تأیید کرده است.

۴. تفاوت‌ها در برداشت‌های فقهی در مذاهب خمسه

در فقه امامیه، اذن عرفی به‌عنوان یک مبنای معتبر برای مشروعیت تصرف در مال غیر پذیرفته شده است، به‌ویژه در مواردی که رفتار عرفی طرفین نشان از رضایت ضمنی مالک داشته باشد (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۱۵؛ موسوی خمینی (ره)، ۱۴۰۸ق، ص ۵۲). بنابراین، اگر اخذ بالسوم بر اساس عرف رایج در معاملات و با سکوت مالک یا رفتار مثبت او صورت گیرد، ید اخذ در حکم ید مأذونه تلقی شده و در صورت عدم تقصیر، ضامن نخواهد بود. در فقه حنفی و شافعی نیز اذن عرفی قابل قبول است، هرچند با دقت بیشتر. فقهای این دو مذهب بر لزوم قرائن قطعی بر رضایت مالک تأکید دارند و صرف برداشت ذهنی را کافی نمی‌دانند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۵۵؛ نووی، ۱۴۲۵ق، ص ۲۲۸).

اما در فقه مالکی و حنبلی، به‌ویژه نزد حنابله، اذن عرفی از اعتبار لازم برخوردار نیست و تصرف بدون اذن صریح یا عقد لازم، غالباً در حکم غصب تلقی می‌شود. ابن قدامه در «المغنی» تصریح می‌کند که اگر کسی مال دیگری را بدون عقد بیع بگیرد، حتی با رضایت ظاهری، ید او در حکم ید ضمانی است (ابن قدامه، ۱۴۱۲ق، ص ۴۹۰). بهوتی نیز همین نظر را در «کشاف القناع» تأکید می‌کند (بهوتی، ۱۴۱۸ق، ص ۴۹۱).

نتیجه‌گیری تطبیقی: امامیه، حنفی و شافعی: اذن عرفی را معتبر می‌دانند، و در صورت اثبات رضایت، ید را امانی می‌دانند.

مالکی و حنبلی: اذن عرفی را کافی نمی‌دانند و غالباً ید اخذ بالسوم را ضمانی می‌دانند، حتی بدون تقصیر.



تفاوت در تحلیل ید موجب اختلاف در ضمان یا عدم ضمان تلف مال می‌شود، که در داوریه‌های فقهی و قضایی نقش مؤثر دارد.

۵. مشکلات و چالش‌ها در تسلیم مال برای آزمایش در مذاهب خمس

۱-۵. اختلاف در ماهیت ید آخذ

در مذهب حنفی و شافعی، ید آخذ معمولاً ید امانی و بدون ضمان است مگر در موارد تعدی یا تفریط. در مذهب مالکی و امامیه، بیشتر آخذ را ضامن می‌دانند و مسئولیت تلف یا نقصان مال بر عهده اوست مگر خلاف آن اثبات شود.

مذهب حنبلی میان این دو رویکرد قرار دارد و ضمان را منوط به شرایط و عرف می‌داند.

۲-۵. تفاوت در معیار ضمان

برخی مذاهب ضمان را به صورت قاعده‌ای کلی نمی‌پذیرند و فقط در صورت تعدی، تفریط یا سوء استفاده مسئولیت را می‌پذیرند.

برخی دیگر، مانند امامیه، مسئولیت را اصل می‌دانند و اثبات فقدان تقصیر بر عهده آخذ است.

۳-۵. ابهام در حدود اذن و تصرفات مجاز

تعیین دامنه و مدت اذن در استفاده از مال برای بررسی در مذاهب مختلف متفاوت است و عدم وضوح آن موجب اختلاف نظر در ضمان می‌شود.

۴-۵. نبود قواعد روشن برای الزام به بازگرداندن یا خرید

در همه مذاهب، راهکار قانونی یا فقهی روشنی برای الزام آخذ به بازگرداندن مال یا بیع پس از بررسی وجود ندارد و بیشتر به عرف و قرارداد متکی است.

۵-۵. تفاوت در نگاه به نقش عرف و نیت طرفین

مذاهبی مانند حنبلی و امامیه، عرف تجاری و قصد طرفین را در تعیین مسئولیت و ضمان مؤثر می‌دانند، در حالی که برخی مذاهب دیگر کمتر بر این نکته تأکید دارند.

۶. نتیجه‌گیری

تحقیق حاضر نشان می‌دهد که مسئله مسئولیت آخذ بالسوم یکی از موضوعات پیچیده و مناقشه‌برانگیز در فقه اسلامی و حقوق موضوعه به‌شمار می‌رود؛ به‌ویژه آن‌که اختلاف در تفسیر نصوص فقهی و اصول ضمان، موجب شکل‌گیری دیدگاه‌های متعارض میان فقهای مذاهب خمس شده است. نخست، می‌توان تأکید کرد که اصل



مشروعیت عمل اخذ بالسوم، یعنی تسلیم موقت مال به شخص دیگر برای بررسی یا آزمایش، مورد اتفاق همه مذاهب فقهی است. اما ماهیت فقهی ید اخذ و دامنه مسئولیت او در قبال تلف یا نقصان مال، محل اختلاف جدی میان مکاتب فقهی است. در فقه امامیه، دیدگاه غالب آن است که اخذ بالسوم با اذن مالک تصرف کرده و بنابراین، ید او از نوع ید امانی مأذونه است. مسئولیت وی تنها در صورت تعدی، تفریط یا خروج از حدود عرفی و قصد مالک محقق می‌شود. قاعده «علی الید...» در این مذهب نیز پذیرفته شده، اما با لحاظ قیود ناظر به نیت، اذن و عرف معاملاتی تفسیر می‌شود. در نتیجه، اصل بر عدم ضمان است مگر خلاف آن احراز گردد.

در مقابل، مذاهب اهل سنت به‌ویژه مالکی و شافعی، تفسیر موسع‌تری از قاعده «علی الید» ارائه می‌دهند و ید اخذ را در بسیاری از موارد، ید ضمانی تلقی می‌کنند. از دیدگاه این مذاهب، صرف اخذ مال با اذن بدون بازگرداندن به‌موقع یا بدون انعقاد بیع، ممکن است به مسئولیت مطلق منتهی شود. در مذهب حنفی نیز، گرچه ید اخذ در ابتدا امانی تلقی می‌شود، اما در صورت تأخیر یا کوتاهی، ضمان بر او مترتب است. در مذهب حنبلی، مسئولیت تابع شرایط خاص عرفی، تقصیر و نیت طرفین است و با انعطاف بیشتری تحلیل می‌شود. از منظر حقوق موضوعه ایران، به‌ویژه در قانون مدنی، نهاد «اخذ بالسوم» به‌صورت مستقل تعریف نشده است و تحلیل آن وابسته به قواعد کلی مانند ید، امانت، اتلاف و مسئولیت مدنی است. بنابراین، مسئولیت اخذ عموماً در چارچوب رعایت اذن، حفظ مال و جلوگیری از تلف بررسی می‌شود. در این نگاه، برخلاف برخی تفسیرهای فقهی، ضمان اخذ بالسوم مطلق نیست و باید با توجه به تقریب به تقصیر یا نقض شرایط عرفی بررسی شود.

نکته قابل تأمل این است که این تعارض فقهی و حقوقی در تفسیر ید اخذ بالسوم، سبب بروز ابهام در دادرسی‌ها، عدم انسجام در رویه قضایی و دشواری در تنظیم روابط معاملاتی شده است. به‌ویژه در نظام‌های حقوقی امروزی که تجارت و تحویل آزمایشی کالا بخشی جدایی‌ناپذیر از فرآیند بیع است، نبود تعریف و تبیین روشن از این نهاد می‌تواند منجر به سوءاستفاده، تضییع حق یا مسئولیت‌گریزی شود.

بر این اساس، می‌توان نتیجه گرفت که هرچند اذن مالک و مشروعیت اولیه تصرف در همه مذاهب پذیرفته شده، اما اختلاف در تحلیل ماهیت ید و شرط تحقق ضمان، بازتاب‌گر رویکردهای متفاوت فقهی و سطح تعهدات قراردادی است.



منابع و مأخذ:

منابع فارسی و عربی:

- ابن رشد، احمد بن علی، (بی تا)، البداية و النهاية.
- ابن عابدین، أحمد بن محمد، (۱۴۱۵ق)، حاشیه رد المحتار، جلد ۴، بیروت، دار التراث العربی.
- ابن فرحون، ابراهیم بن علی، (۱۴۲۳ق)، تبصرة الحکام فی أصول الأفضیة و مناهج الأحکام، ج ۱، بیروت، دارالفکر.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، (۱۴۰۵ق)، المغنی، ج ۴، بیروت، دار الفکر.
- ابن مفلح، شمس‌الدین، (۱۴۱۸ق)، المبدع فی شرح المقنع، ج ۹، بیروت، دارالکتب العلمیة.
- ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، ج ۱۲، بیروت، دار صادر.
- بهوتی، منصور بن یونس، (۱۴۱۸ق)، کشف القناع عن متن الإقناع، ج ۴، بیروت، دار الکتب العلمیة.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۵)، مبسوط در حقوق ترمینولوژی، ج ۱.
- جرجانی، شریف علی بن محمد، (۱۴۲۰ق)، شرح المواقف، جلد ۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، ج ۱۹، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- رملی، احمد بن حمزه، (۱۴۲۴ق)، فتاوی الرملی فی فروع الفقه الشافعی، جلد سوم، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ اول.
- زحیلی، وهبه، (۱۹۹۷م)، الفقه الإسلامی وأدلته، ج ۴، دمشق، دار الفکر.
- سرخسی، محمد بن احمد، (۱۴۱۳ق)، المبسوط، ج ۱۳، بیروت، دار المعرفة.
- صاوی، احمد بن محمد، (۱۴۰۰ق)، حاشیه الشرح الکبیر، ج ۳، بیروت، دار الکتب العلمیة.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ق)، تحریر الأحکام، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- کاسانی، علاء‌الدین ابوبکر بن مسعود، (۱۴۰۶ق)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، جلد ۷، بیروت، دارالکتب العلمیة.
- مالک بن انس، (۱۴۱۵ق)، الموطأ، تحقیق: محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- مردای، حسین، (۱۳۹۵)، مسئولیت در فقه امامیه، قانون مدنی و نظریه‌های حقوقی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم.
- مطهری، مرتضی، (۱۳۷۰)، آشنایی با علوم اسلامی: فقه و اصول، ج ۲، تهران، انتشارات صدرا، چاپ نهم.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، (۱۴۱۵ق)، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، قم، مؤسسه الوفاء.
- نووی، یحیی بن شرف بن مری، (۱۴۲۵ق)، المجموع شرح المذهب، ج ۹، بیروت، دارالفکر.



- نیازی، عباس؛ بادینی، حسن، (۱۳۹۲)، بررسی مسئولیت اخذبالسوم با نگاهی تطبیقی، فصلنامه پژوهش‌های

حقوق تطبیقی، ش ۳.

منابع لاتین:

- Ibn Rushd, Ahmad b. 'Ali, (n.d.), Al-Bidaya wa al-Nihaya.
- Ibn 'Abidin, Ahmad b. Muhammad, (۱۴۱۵ AH), Hashiyat Radd al-Muhtar, vol. ۴, Beirut, Dar al-Turath al-'Arabi.
- Ibn Farhun, Ibrahim b. 'Ali, (۱۴۲۳ AH), Tabsirat al-Hukkam fi Usul al-Aqdiya wa Manahij al-Ahkam, vol. ۱, Beirut, Dar al-Fikr.
- Ibn Qudama, 'Abdullah b. Ahmad, (۱۴۰۵ AH), Al-Mughni, vol. ۴, Beirut, Dar al-Fikr.
- Ibn Muflih, Shams al-Din, (۱۴۱۸ AH), Al-Mubdi' fi Sharh al-Muqni', vol. ۹, Beirut, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- Ibn Manzur, Jamal al-Din Muhammad b. Mukarram, (۱۴۱۴ AH), Lisan al-'Arab, vol. ۱۲, Beirut, Dar Sadir.
- Bahuti, Mansur b. Yunus, (۱۴۱۸ AH), Kashshaf al-Qina' 'an Matn al-Iqna', vol. ۴, Beirut, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- Ja'fari Langarudi, Muhammad Ja'far, (۱۳۹۵), Mabsut dar Huquq Terminology, vol. ۱.
- Jurjani, Sharif 'Ali b. Muhammad, (۱۴۲۰ AH), Sharh al-Mawaqif, vol. ۴, Qom, Mu'assasat al-Nashr al-Islami.
- Hurr al-'Amili, Muhammad b. Hasan, (۱۴۰۹ AH), Wasa'il al-Shi'a, vol. ۱۹, Beirut, Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi.
- Ramli, Ahmad b. Hamza, (۱۴۲۴ AH), Fatawa al-Ramli fi Furu' al-Fiqh al-Shafi'i, vol. ۳, Beirut, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, ۱st ed.
- Zuhayli, Wahba, (۱۹۹۷), Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu, vol. ۴, Damascus, Dar al-Fikr.
- Sarakhsi, Muhammad b. Ahmad, (۱۴۱۳ AH), Al-Mabsut, vol. ۱۳, Beirut, Dar al-Ma'rifah.
- Sawi, Ahmad b. Muhammad, (۱۴۰۰ AH), Hashiyat al-Sharh al-Kabir, vol. ۳, Beirut, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- 'Allama Hilli, Hasan b. Yusuf, (۱۴۱۴ AH), Tahrir al-Ahkam, vol. ۲, Qom, Mu'assasat al-Nashr al-Islami.



- Kasani, 'Ala' al-Din Abu Bakr b. Mas'ud, (۱۴۰۶ AH), Bada'i' al-Sana'i' fi Tartib al-Shara'i', vol. ۷, Beirut, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- Malik b. Anas, (۱۴۱۰ AH), Al-Muwatta', ed. Muhammad Fu'ad 'Abd al-Baqi, Beirut, Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi.
- Mardai, Husayn, (۱۳۹۰), Mas'uliyat dar Fiqh-e Imami ya, Qanun-e Madani va -Nazariyyat-e Huquqi-ye Iran, MA thesis in Private Law, Qom University.
- Mutahhari, Morteza, (۱۳۷۰), Ashna'i ba 'Ulum-e Islami: Fiqh wa Usul, vol. ۲, Tehran, Sadra Publications, ۹th ed.
- Mussavi Khomeini, Sayyid Ruhullah, (۱۴۱۰ AH), Tahrir al-Wasila, vol. ۲, Qom, Mu'assasat Tanzim wa Nashr Athar-e Imam Khomeini.
- Najafi, Muhammad Hasan, (۱۴۰۴ AH), Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam, vol. ۲۲, Qom, Mu'assasat al-Wafa'.
- Nawawi, Yahya b. Sharaf b. Mari, (۱۴۲۰ AH), Al-Majmu' Sharh al-Muhadhdhab, vol. ۹, Beirut, Dar al-Fikr.
- Niazi, 'Abbas; Badini, Hasan, (۱۳۹۲), Barrasi-ye Mas'uliyat-e Akhdh bi al-Salas ma Nigah-e Ttbiqi, Faslnameh-ye Pazu hsh-ha-ye Huquq-e Ttbiqi, no. ۳.



A Jurisprudential Examination of *Akhz bil-Sawm* in the Research-Based Jurisprudence of the Five Islamic Schools of Thought

Abstract:

Akhz bil-sawm (price offering or bidding) is one of the fundamental and initial methods in the process of sale and purchase, playing a crucial role in initiating transactions and acquiring ownership. This concept has been discussed in the jurisprudence of the five major Islamic schools of thought. Jurisprudential sources reveal differences of opinion concerning its legitimacy, conditions of realization, and legal implications. The importance of studying *akhz bil-sawm* lies in its application to traditional transactions and some modern economic interactions, where a precise understanding of its jurisprudential and comparative foundations facilitates a better grasp of legal principles and improves judicial practices. The aim of this research is to clarify the position of *akhz bil-sawm* within the jurisprudential framework of the five Islamic schools and to analyze their theoretical similarities and differences regarding its legitimacy, conditions of realization, and legal effects. Using a descriptive-analytical method and library-based research, the findings indicate that each school holds a different view of *akhz bil-sawm*: some regard it as a preliminary stage of offer (*ijab*), others as an implicit commitment or ownership acquisition. These differences have significant practical implications in legal systems and judicial procedures, highlighting the necessity of reexamining this concept in contemporary Islamic law.

Keywords: *Akhz bil-sawm*, sale (*bay'*), commitment, five Islamic schools, Islamic jurisprudence.