الفصل الثاني: تطبيق الترجيح بمراعاة الخلاف على مشهور المذهب.

المبحث الأول: تطبيق على باب العبادات، حكم قراءة البسملة في الصلاة الفريضة.

المبحث الثاني: في باب الأحوال الشخصية (نكاح الشغار).

المبحث الثالث:في باب المعاملات (الحساب الجاري).

وفي هذا الفصل نتاول أمثلة تطبيقية للترجيح بمراعاة الخلاف على المشهور في المذهب، حيث أوردنا ثلاث أمثلة مثال في باب العبادات وآخر الأحوال الشخصية وآخر في باب المعاملات،

و منهجنا في ذالك:

نتعرض للمسألة بالتعريف و التصور ثم نستعرض أقوال الفقهاء في المسألة، والمرا بالأقوال هنا , القول المشهور في المذهب أو المخرج على المشهور، و القول المُراعى في المسألة، ولم نتعرض لمناقشة الأدلة واستدلاتها كي لا يطول بنا البحث و الاستطراد ، بل ضمنا ذالك في المطلب الأخير في استخراج حكم مبنى على مراعاة الخلاف.

المبحث الأول: تطبيق على باب العبادات، حكم قراءة البسملة في الصلاة الفريضة.

المطلب الأول: تحرير محل النزاع

البسملة مأخوذة من قول الله تعالى: **بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ**.

وفضلها معلوم لاحت به النصوص منها افتتاح الكتاب العزيز بها، وكذا ما ورد في السنة من الأدعية و الأذكار، في قول بسم الله الرحمان الرحيم.

لكن نعالج الموضوع من الناحية الفقهية ،هل تقرأ في صلاة الفريضة في فاتحة القرآن؟.

قد اختلفوا(الفقهاء) في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة، فمنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهرا كانت أو سرا، لا في استفتاح أم القرآن، ولا في غيرها من السور، وأجاز ذلك في النافلة.[1]

وقال أبو حنيفة، والثوري، وأحمد: يقرؤها مع أم القرآن في كل ركعة سرا، وقال الشافعي: يقرؤها ولا بد في الجهر جهرا، وفي السر سرا، وهي عنده آية من فاتحة الكتاب، وبه قال أحمد، وأبو ثور.[2]

واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة؟ أم إنما هي آية من سورة النمل فقط، ومن فاتحة الكتاب؟ فروي عنه القولان جميعا.

وسبب الخلاف في هذا آيل إلى شيئين: أحدهما: اختلاف الآثار في هذا الباب.

والثاني: اختلافهم: هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا؟[3]

---

[1] ابن رشد الحفيد . بداية المجتهد و نهاية المقتصد،(ج 1 /ص 132).

[2] المصدر نفسه، (ج 1 /ص 132).

[3] المصدر نفسه، (ج 1 /ص 132).

المطلب الثاني: عرض الأقوال الفقهية في المسألة

القول الأول: وهو قول المالكية.

القول المشهور عند المالكية، تكره قراءة البسملة في الفرض.

قال ابن عاشر :

وكرهوا بسملة تعوذا .. .. في الفرض والسجود في الثوب كذا.[1]

وقال مالك: لا يقرأ في الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم في المكتوبة لا سرا في نفسه ولا جهرا.

قال في المدونة:" وقال مالك: وهي السنة وعليها أدركت الناس، قال: وقال مالك في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الفريضة، قال: الشأن ترك قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الفريضة قال: لا يقرأ سرا ولا علانية لا إمام ولا غير إمام".[2]

(وكرها) أي التسمية والتعوذ (بفرض) قبل فاتحة أو سورة بعدها على المشهور [3]

لأن البسملة عند المالكية ليست آية من الفاتحة ولا من القرآن

ودليلهم حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: « **قُمْتُ وَرَاءَ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ فَكُلُّهُمْ كَانَ لَا يَقْرَأُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ**».[4]

وفي رواية مسلم: « **لَا يَذْكُرُونَ {بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ} [الفاتحة: 1] فِي أَوَّلِ قِرَاءَةٍ وَلَا فِي آخِرِهَا** »[5].

---

[1] ابن عاشر . المرشد المعين على الضروري من علوم الدين(ص12).

[2] مالك ابن أنس . المدونة . دار الكتب العلمية . الطبعة: الأولى .1994م . (ج 1/ ص 162).

[3] الزرقاني . شرح الزرقاني على مختصر خليل، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين . دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى . 2002 م. (ج1/ص 382).

[4] أخرجه مالك في الموطأ في الصلاة باب : العمل في القراءة،رقم (265).

[5] أخرجه مسلم في الصلاة باب : حجة من قال لا يجهر بالبسملة رقم (399).

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه : "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:" **قَالَ اللهُ تَعَالَى: قَسَمْتُ الصَّلَاةَ بَيْنِي وَبَيْنَ عَبْدِي نِصْفَيْنِ، وَلِعَبْدِي مَا سَأَلَ، فَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ: {الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ} [الفاتحة: 2]، قَالَ اللهُ تَعَالَى: حَمِدَنِي عَبْدِي**".[1]

فقوله تعالى قسمت الصلاة يريد الفاتحة، سماها صلاة لأن الصلاة لا تصح إلا بها ، فلو كانت البسملة آية لذكرت في الحديث .

قال ابن عبد البر: " وهو أقطع حديث وأثبته في ترك قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في أول فاتحة الكتاب ، لأن غيره من الأحاديث قد تأولوا فيها فأكثروا التشغب والتنازع ".[2]

وروي أن عبد الله بن مغفل سمع ابنه يقرأ: بسم الله الرحمن الرحيم، فقال : " أي بني إياك والحدث ، قد صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم ومع أبي بكر ومع عمر ومع عثمان فلم أسمع أحدا منهم يقولها فلا تقلها ، إذا أنت صليت فقل : الحمد لله رب العالمين[3].

وكذلك لم ينقل عن أهل المدينة قراءة (بسم الله الرحمن الرحيم) في الصلاة المكتوبة.

قال ابن العربي: "إن مذهبنا يترجح في ذلك بوجه عظيم وهو المعقول وذلك أن مسجد النبي بالمدينة انقضت عليه العصور ومرت عليه الأزمنة والدهور من لدن رسول الله صلى الله عليه و سلم له إلى زمان مالك رحمه الله ولم يقرأ أحد فيه قط (بسم الله الرحمن الرحيم) إتباعا للسنة ".[4]

---

[1] أخرجه مالك في الصلاة باب : العمل في القراءة ، ومسلم في الصلاة باب :وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة رقم (395).

[2] ابن عبد البر. الاستذكار . تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض ، دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الأولى، 1421 – 2000 (ج4/ ص437).

[3] أخرجه الترمذي في الصلاة باب : ما جاء في ترك الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم .الرقم:244 . واحمد في مسنده (ج5/ص85).

[4] ابن العربي . أحكام القرآن . راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة الثالثة، 2003 م. (ج1/ ص 7).

ويكفيك أنها ليست بقرآن للاختلاف فيها، والقرآن لا يختلف فيه، فإن إنكار القرآن كفر.[1]

القول الثاني: وهو قول الشافعية.

البسملة آية من الفاتحة، ومن كل سورة.

قال النووي:"أما حكم البسملة فمذهبنا أن بسم الله الرحمن الرحيم آية كاملة من أول الفاتحة بلا خلاف".[2]

ودليلهم حديث أبي هريرة قال : **قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إِذَا قَرَأْتُمِ: الْحَمْدُ لِلَّهِ فَاقْرَءُوا: {بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ} [الفاتحة: 1]. إِنَّهَا أُمُّ الْقُرْآنِ , وَأُمُّ الْكِتَابِ , وَالسَّبْعُ الْمَثَانِي , وَ {بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ} [الفاتحة: 1] إِحْدَاهَا**"».[3]

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : قَالَ: **بَيْنَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ بَيْنَ أَظْهُرِنَا إِذْ أَغْفَى إِغْفَاءَةً ثُمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ مُتَبَسِّمًا، فَقُلْنَا: مَا أَضْحَكَكَ يَا رَسُولَ اللهِ قَالَ: «أُنْزِلَتْ عَلَيَّ آنِفًا سُورَةٌ» فَقَرَأَ: بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ {إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ الْكَوْثَرَ. فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ. إِنَّ شَانِئَكَ هُوَ الْأَبْتَرُ}.**[4]

وهذا يدل على أن البسملة آية من كل سورة.

وقالوا أكبر دليل على أنها آية من القرآن كتابتها في المصحف ، فقد كتبت في المصحف الإمام في أول الفاتحة وفي أول كل سورة من سور القرآن ماعدا سورة براءة، وكتبت كذلك في مصحف الأمصار المنقول عنه، وتواتر ذلك مع العلم بأنهم كانوا لا يكتبون في المصحف ما ليس من القرآن وكانوا يتشددون في ذلك حفظا للقرآن من

---

[1] ابن العربي . أحكام القرآن . (ج1/ ص 7).

[2] النووي . المجموع شرح المهذب . دار الفكر، (ج3/ ص333).

[3] أخرجه الدارقطني في سننه،كتاب الصلاة، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى2004م، رقم (1190)(ج2/ص86).

[4] أخرجه مسلم في الصلاة باب : حجة من قال البسملة آية من كل سورة: 400(ج1/ص300).

التغيير ، فلما وجدت البسملة في سورة الفاتحة وأوائل السور دل على أنها آية من كل سورة.[1]

المطلب الثالث : الترجيح بمراعاة الخلاف على مشهور المذهب.

يراعي المالكية أدلة الشافعية ، وقالوا: يستحب قراءة البسملة في النافلة

قال ابن العربي" :بيد أن أصحابنا استحبوا قراءتها في النفل وعليه تحمل الآثار الواردة في قراءتها[2]

وكذلك يستحب قراءتها في الفريضة إذا قصد بقراءتها الخروج من الخلاف ، فقد جاء في الفواكه الدواني" :ومحل كراهة البسملة في الفريضة إذا أتي بها على وجه أنها فرض من غير تقليد لمن يقول بوجوبها ، وأما إذا أتى بها مقلدا له أو بقصد الخروج من الخلاف من غير تعرض الفريضة ولا نفلية فلا كراهة بل واجبة إذا قلد القائل بالوجوب و مستحبة في غيره".[3]

وكان المازري[4] يبسمل سرا فقيل له في ذلك فقال مذهب مالك على قول واحد من بسمل لم تبطل صلاته ومذهب الشافعي على قول واحد من تركها بطلت صلاته اهـ .

أي وصلاة يتفقان على صحتها خير من صلاة يقول أحدهما ببطلانها.[5]

والحاصل مما سبق، أدلة المالكية تقول أن البسملة ليست من الفاتحة، ولازم هذا كراهتها في الصلاة، وأدلة الشافعية ، أن البسملة آية، ولازم هذا وجوب قرائتها في الصلاة، لكن أخذا بأصل مراعاة الخلاف: فيعمل المالكية دليل الشافعية في لازم المدلول، فقالوا باستحباب قراءة البسملة في الفاتحة في الفرض و النفل.

---

[1] النووي . المجموع شرح المهذب . دار الفكر، (ج3/ ص291).

[2] ابن عربي . أحكام القرآن لابن العربي (ج1/ص20).

[3] النفراوي . الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني . (ج1/ص178) .

[4] أبو عبد الله محمد بن علي المازري، إمام المالكية في عصره توفي سنة (536) هـ ولد و عاش بالمهدية في تونس و مات بها، انظر الاعلام للزركلي (ج6/ص277).

[5] الزرقاني . شرح الزرقاني على المختصر (ج 1 ص382).

المبحث الثاني: في باب الأحوال الشخصية (نكاح الشغار).

المطلب الأول : تعريف النكاح الشغار

لغة: وهو مصطلح مركب من جزأين(النكاح و الشغار) فنعرف كل كلمة ثم نورد المعنى الاصطلاحي

النكاح: حقيقته التداخل: يقال تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض، ونكح البذر الأرض، ويطلق في الشرع على العقد والوطء، وأكثر استعماله في العقد.[1]

والنكاح اصطلاحا: عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم و مجوسية و أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا.[2]

والشغار من مادة {ش غ ر} : (شغر) البلد خلا من الناس و (الشغار) بالكسر نكاح كان في الجاهلية وهو أن يقول الرجل لآخر: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه[3]

إصطلاحا :

الشغار في أصل اللغة رفع الكلب رجله عند البول، ثم استعمل لغة فيما يشبهه من رفع رجل المرأة عند الجماع، ثم نقله الفقهاء واستعملوه في رفع المهر من العقد[4]

وقال ابن عرفة في حدوده :

قال الشيخ – رضي الله عنه – في المدونة:" قوله زوجني مولاتك على أن أزوجك مولاتي ولا مهر بيننا شغار"[5]

---

[1] خليل بن إسحاق الجندي . التوضيح . (ج3 ص 504).

[2] . أحمد بن محمد بن أحمد الدردير . أقرب المسالم لمذهب الإمام مالك . دار الفضيلة . مصر القاهرة . 2012م . (ص103).

[3] زين الدين أبو عبد الله محمد الرازي . مختار الصحا ح . تحقيق : يوسف الشيخ محمد ,المكتبة العصرية . 1999م ،. (ج1/ص 166).

[4] الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (ج2 ص307).

[5] الرصاع . شرح حدود ابن عرفة . (ص 260).

وفي القاموس الفقهي :

نكاح الشغار عند الفقهاء: هو ما رفع فيه المهر من العقد, ويكون بضع كل واحدة مهر الأخرى[1]

وصورته: أن يزوج الرجل قريبته رجلا آخر، على أن يزوجه هذا الآخر قريبته بغير مهر منهما.[2]

المطلب الثاني : أقوال الفقهاء في نكاح الشغار.

أن نكاح الشغار باطل عند الجمهور، صحيح مكروه تحريما عند الحنفية، فإن وقع فسخ النكاح عند الجمهور قبل الدخول وبعده، وإن وقع جاز عند الحنفية بمهر المثل[3].

وسبب اختلافهم: هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل؟[4]

القول الأول: وهو أن النكاح غير معلل بعدم العوض، وهو قول الجمهور غير الأحناف.

فنكاح الشغار باطل عند الجمهور (المالكية،الشافعية،الحنابلة) فإن وقع فسخ النكاح عند الجمهور قبل الدخول وبعده.[5]

ودليلهم :النهي الوارد في الحديث.

أ. [عن عبد الله بن عمر:] **أَنَّ رَسولَ اللَّهِ . صلى الله عليه و سلم . نَهى عَنِ الشِّغارِ .والشِّغارُ :أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ على أَنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ ابْنَتَهُ، ليسَ بيْنَهُما صَداقٌ.**[6]

---

[1] سعد أبو حبيب، القاموس الفقهي . دار الفكر. دمشق سوريا . الطبعة الثانية 1988م . (ص361).

[2] المرجع نفسه (ص361).

[3] وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته .(ج9 /ص 6611).

[4] ابن رشد . بداية المجتهد ونهاية المقتصد. (ج3/ ص80).

[5] وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته (ج9 ص 6611).

[6] البخاري ،صحيح البخاري رقم (5112).

ب . عن ابن عمر أن رسول الله . صلى الله عليه و سلم . قال: "**لا شغار في الإسلام**".[1]

فالنهي هنا يقتضي فساد المنهي عنه.

فمالك – رضي الله عنه – رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد – ففساد العقد ها هنا من قبل فساد الصداق – مخصوص لتعلق النهي به، أو رأى أن النهي إنما يتعلق بنفس تعيين العقد، والنهي يدل على فساد المنهي.[2]

القول الثاني: أن النهي معلل بعدم العوض وهو قول الأحناف.

فالنهي عن نكاح الشغار لا يقتضي فساد العقد، ويجب مهر المثل، وهو قول الحنفية قال ابن عابدين: فإنه صح النهي عنه وقلنا يصح موجبا لمهر المثل لكل منهما، فلم يلزمنا النهي[3]،

وروود حديث «النهي عن نكاح الشغار» فقد قلنا به ؛ لأنه إنما نهي عنه لخلوه عن المهر، وقد أوجبنا فيه مهر المثل فلم يبق شغارا قيد بالشغار[4]

والدليل عليه: أنه لو تزوجها على خمر أو خنزير: جاز النكاح، وبطل الشرط.

وكذلك لو تزوجها على أن لا مهر لها: كان لها المهر، وجاز النكاح، وبطل الشرط.[5]

---

[1] مسلم بن الحجاج . المسند الصحيح رقم (1415).

[2] ابن رشد . بداية المجتهد ونهاية المقتصد . (ج3 /ص80).

[3] ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار . دار الفكر–بيروت لبنان، الطبعة الثانية، : دار الفكر–بيروت 1992م (ج3/ ص51).

[4] ابن نجيم المصري. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية، (ج3/ص167).

[5] أحمد أبو بكر الرازي الجصاص . شرح مختصر الطحاوي . دار السراج . الطبعةالأولى . (ج4ص361).

المطلب الثالث:الترجيح بمراعاة الخلاف على مشهور المذهب المالكي.

الفرع الأول : المشهور في المذهب أن نكاح الشغار يفسخ بغير طلاق.

وهذا باعتبار أن المشهور هو قول الأكثر ،أو هو قول ابن القاسم.

قال في المدونة : "قلت: وكل نكاح لا يقر عليه أهله على حال أيكون فسخا بغير طلاق في قول مالك"؟

قال: نعم، قال سحنون:" وهو قول أكثر الرواة أن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه مثل نكاح الشغار ونكاح المحرم ونكاح المريض، وما كان صداقه ... فالفسخ في جميع ما وصفنا بغير طلاق وهو قول عبد الرحمن غير مرة، والذي كان يقول به عليه أكثر الرواة وما كان فسخه بغير طلاق فلا ميراث فيه".[1]

قال أصبغ: "لا يقع فيه طلاق ولا ميراث ، وهو قول أشهب".[2]

الفرع الثاني :الترجيح على المشهور مراعاة لخلاف الأحناف.

فقد رُجح أن الفسخ بطلاق ، والفسخ بطلاق يعني أنه كالصحيح فيعطى حكمه[3] فيقع به التحريم والتوارث ،

فكل مختلف فيه فهو كالصحيح في التحريم والإرث[4]

قال الصاوي : "قاعدة كلية وهي ،كل ما اختلف فيه ففسخه بطلاق (كشغار) أي صريحه يفسخ أبدا بطلاق للاختلاف فيه".[5]

راعى في هذا قول من قال بالصحة[6].

فلازم دليل أبي حنيفة صحة العقد ولازم مدلوله وقوع التوارث، ونشر الحرمة.

---

[1] مالك بن أنس . المدونة . (ج2/ ص119).

[2] أبو زيد القيرواني ،النوادر والزيادات ،،دار الغرب الإسلامي ،الطبعة الأولى، 1999 م، (ج4 ص/ 547).

[3] أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي . بلغة السالك لأقرب المسالك ،دار المعارف، (ج 2/ ص 388).

[4] المصدر نفسه(ج 2/ ص 388).

[5] المصدر نفسه(ج 2/ ص 388).

[6] خليل بن إسحاق، التوضيح . (ج 4/ ص 240).

ودليل الإمام مالك دل على النهي عن نكاح الشغار، ولازم دليل النهي هو فسخ العقد، ولازم مدلوله هو عدم التوارث.

فلما قال بثبوت الميراث ،فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار إذا وقع ،لدليل دل على ذلك وهو عدم الفسخ، وعدم فسخ النكاح ،لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين فأعمل مالك – رحمه الله – دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله وهو ثبوت الميراث[1].

فأعمل مالك لازم دليله، وقضى بفسخ العقد، وأعمل لازم مدلول خصمه، وقضى بالتوارث ونشر الحرمة .

المبحث الثالث:في باب المعاملات (الحساب الجاري).

المطلب الأول : تحديد مفهوم الحساب الجاري

يسمى الحساب الجاري ، والودائع الجارية ، كما يسمى الودائع المصرفية النقدية، أو الودائع تحت الطلب.[2]

وعرف الحساب الجاري بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان بتحويل الحقوق والديون الناشئة عن علاقتهما المتبادلة إلى قيود في الحساب تتقاص فيما بينهما بحيث يكون الرصيد النهائي عند إقفال الحساب وحده ديناً مستحق الأداء"[3].

وقريب منه تعريف الحساب الجاري في اتفاقية فتح الحساب الجاري لمصرف الإنماء، حيث تم تعريفه بأنه: " قيد مصرفي يفتحه المصرف بناء على طلب عميله، يتم فيه قيد جميع المبالغ التي تكون للعميل أو عليه، ويتصرف المصرف بما يودع في ذلك

[1] الرصاع . شرح حدود ابن عرفة .(ص179).

[2] صبحي قريصة . النقود والبنوك . دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع . بيروت . لبنان 1984م، (ص130).

[3] مصطفى كمال طه . القانون التجاري . الدار الجامعية، بيروت . لبنان، 1980م (ص 134).

الحساب من مبالغ لمصلحته (أي لمصلحة المصرف)، وفقاً للقواعد المنظمة لذلك، مع التزامه برد المبالغ المودعه في ذلك الحساب للعميل عند الطلب".[1]

ويلحظ أن القانونيين يطلقون الحساب الجاري على ما هو أعم من الوديعة النقدية تحت الطلب والتي يعبرون عنها بالحساب البسيط. [2]

والمقصود بالبحث هنا هو الوديعة النقدية، وقد عرفت بأنها عبارة عن المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بحيث ترد بمجرد الطلب ودون توقف على إخطار سابق من أي نوع[3].

• وجاء في عمليات البنوك : "يقصد بالوديعة المصرفية النقدية ،في خصوص هذا البحث– النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك، على أن يتعهد الأخير بردها أو برد مبلغ مساو لها إليهم أو إلى شخص آخر مع دين، لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها". [4]

ومن خلال ما سبق من التعاريف يظهر أن الحساب الجاري يشمل الأموال التي يضعها الشخص (الحقيقي أو الاعتباري) في البنك ، لكن باتفاقيات وشروط، لذالك لزم التكيف الشرعي لهذه العملية.

المطلب الثاني : التكيف الشرعي للحساب الجاري وعرض الآراء المختلفة.

إختلف الباحثون في حقيقة العلاقة في الحساب الجاري هل هو قرض (وهو قول الأكثر) أم وديعة ؟.

---

[1] مصرف الإنماء . اتفاقية علاقة مع مصرف الإنماء . الإصدار، 1.1.1.19043. أكتوبر 2019م، (ص1).

[2] عبد الله بن محمد العمراني . الحساب الجاري العلاقة المصرفية والأثار الشرعية . مجلة البحوث و الدراسات الشرعية . العدد الثامن جمادى الأولى 1434هـ، (ص 14).

[3] لحسن عبد الله الأمين . الودائع المصرفية النقدية و استثمارها فيى الإسلام . دار الشروق . جدة السعودية، 1983م،(ص209).

[4] علي جمال الدين عوض . عمليات البنوك من الوجهة القانونية،دار النهضة العربية،القاهرة . مصر، 1981، (ص30).

وسبب الاختلاف ظهر من خلال الشروط التي تعتبر مستحدثة، كالضمان والفوائد والخدمات المترتبة على علاقة البنك و المتعامل .

القول الأول : وهو قول أكثر من كتب في الودائع المصرفية [1]

العلاقة في الحساب الجاري: قرض في الحقيقة، المودع هو المقرض والبنك هو المقترض، وبه صدر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة،[2] والمعيار الشرعي الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.[3]

أدلة أصحاب القول الأول:

ذكر أصحاب القول الأول أن العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني، والمتأمل للعلاقة بين المصرف والمودع يظهر له أن العلاقة بينهما إنما هي قرض لا وديعة.[4]

الدليل الأول:

أن المصرف يمتلك ما يودع في الحساب الجاري من أموال، ويكون له الحق في التصرف فيها، ويلتزم برد مبلغ مماثل عند الطلب، وهذا معنى القرض الذي هو دفع مال لمن ينتفع به –أي يستخدمه ويستهلكه في أغراضه– ويرد بدله، وهذا بخلاف الوديعة في الاصطلاح الفقهي التي هي المال الذي يوضع عند إنسان لأجل الحفظ، بحيث لا يستخدمها ويردها بعينه إلى صاحبها[5]

الدليل الثاني :

أن المصرف يلتزم برد مبلغ مماثل عند طلب الوديعة الجارية، ويكون ضامناً لها إذا تلفت سواء فرط أو لم يفرط وهذا مقتضى عقد القرض، بخلاف الوديعة في

---

[1] عبد الله بن محمد العمراني الحساب الجاري العلاقة المصرفية والأثار الشرعية . (ص 17).

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد التاسع 931/1 قرار رقم 9د/3/90،

[3] المعايير الشرعية . هيئة المحاسبة و المراجعات للمؤسسات المالية الإسلامية . المنامة . 1437هـ . (ص271).

[4] عبد الله بن محمد العمراني . الحساب الجاري العلاقة المصرفية والأثار الشرعية . (،ص18).

[5] علي أحمد السالوس . الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة . دار الثقافة . الدوحة قطر. 1416هـ (ج1ص 163).

الاصطلاح الفقهي حيث تكون الوديعة أمانة عن المودع، فإن تلفت بتعدٍ منه أو تفريط ضمن، وإن تلفت من غير تعد منه أو تفريط فإنه لا يضمن. جاء في المهذب:

«والوديعة أمانة في يد المودع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن وهو إجماع فقهاء الأمصار»، وبهذا يظهر أن الودائع الجاريةقرض لا وديعة[1]

القول الثاني : أن الحساب الجاري وديعة حقيقة بالمعنى الفقهي، وممن ذهب إلى هذا القول : حسن الأمين [2]، عبد الرواق الهيتي[3].

أدلة أصحاب القول الثاني:

الدليل الأول:

إذا كانت الوديعة النقدية تحت الطلب هي مبلغ يوضع لدى البنك، ويسحب منه في الوقت الذي يختاره المودع، فإن ذلك كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية، ولا توجد أي شائبة في ذلك[4]

والدليل الثاني:

أن إرادة المودع لم تتجه أبداً في هذا النوع من الإيداع نحو القرض، كما أن البنك لم يتسلم هذه الوديعة على أنها قرض؛ بدليل أنه يتقاضى أجرة –عمولة– على حفظ الوديعة تحت الطلب، وبدليل الحذر الشديد في استعمالها والتصرف فيها من جانبه، ثم المبادرة الفورية بردها عند الطلب، مما يدل على أن البنك حينما يتصرف فيها إنما يفعل ذلك من موقف انتهازي لا يستند إلى مركز قانوني كمركز المقترض.[5]

---

[1] سامي حسن حمود . تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق و الشريعة الإسلامية . مطبعة الشروق و مكتبها . عمان الأردن . الطبعة الثانية 1402هـ،(ص265).

[2] حسن عبد الله الأمين . الودائع المصرفية النقدية و استثمارها في الإسلام . (ص233).

[3] عبد الرزاق رحيم الهيتي . المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق،دار أسامة . عمان الأردن . الطبعة الأولى 1998م . (ص261).

[4] حسن عبد الله الأمين . الودائع المصرفية النقدية و استثمارها في الإسلام . (ص233).

[5] المرجع نفسه (ص233).

المطلب الثالث : الترجيح بمراعاة للخلاف على القول المشهور.

1. القول المشهور تخريجا:

كما سبق وبيينا أن قول أكثر من كتب في تكيف الحساب الجاري، أنه قرض، وتخريجا على مفهوم المشهور الذي هو قول الأكثر، فإن هذا القول الأول يُخرّج على أنه هو القول المشهور.

وهناك قول معتبر آخر يقول أصحابه أن :الحساب الجاري يكيف شرعا أنه وديعة .

وهناك أقوال أخرى لم نذكرها لضعفها [1]، ولأن البحث يعتني بجانب معين يظهر من عنوانه.

و إذا كان الحساب الجاري يكييف أنه قرض فهذا يترتب عليه :

1. ضمان المقترض المال لربه ، ورد المقترض على المقرض (مثله) قدرا وصفة[2]

2 . أن صاحب المال يزكيه لعام واحد بعد قبضه، وإنما يزكى الدين المقبوض بشروطه (لسنة) فقط عند المالكية ولو أقام عند المدين سنين[3] خلافا للشافعي في الأظهر أنه يجب دفع زكاته عند الحول ولو لم يقبضه[4]

قال ابن المواز: قال ابن القاسم: ومن له دين على ملي مأمون، يتركه عليه أعواما، ولو شاء أخذه، وهو يعرضه عليه، فيتركه، أو كان على عديم ثم افاد، فقضاه، فذلك سواء عند مالك، لا يزكيه إلا لعام واحد بعد قبضه[5]

وعلى هذا فإن المشهور في الحساب الجاري أن يزكي بعد القبض .

أما اذا كييف الحساب الجاري أنه وديعة فإنه يترتب عليه:

1 أن البنك لايضمن إلا إذا فرط، لأن الوديعة أمانة، وكل أمانة لا يضمنها الأمين إلا إذا فرط [6]

---

[1] عبد الله بن محمد العمراني . الحساب الجاري العلاقة المصرفية والأثار الشرعية . (ص 17).

[2] الصاوي . بلغة السالك لأقرب المسالك . (ج3 ص 296).

[3] الدسوقي . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . (ج1 ص468).

[4] ابن قدامة . المغني . مكتبة القاهرة . 1968م . (ج3 ص 71).

[5] أبو زيد القيرواني . النَّوادر والزِّيادات . (ج2 ص 149).

[6] الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف،(ج3 ص549).

2 . يزكي المال المودع (الحساب الجاري)كل سنة.

قال خليل: وتعددت بتعدده في مودعة[1] أي تعددت الزكاة بتعدد الحول فيزكيها لكل عام ...و استظهر ابن عاشر أن مالكها يزكيها كل عام مما بيده قبل قبضها ... هذا هو المشهور.[2]

2 . وتطبيقا لقاعدة مراعاة الخلاف:

بناء على أن هذا الحساب الجاري قرض، فلا زكاة فيه حتى يقبض صاحب الحساب ماله، ويزكي عن سنة مضت فقط.

نقول للبنك :على اعتبار أ نه قرض، فأنت يا بنك تضمن مطلقا، وفي حالة إفلاس البنك تسدد من أموال المساهمين، لكن عندنا ثغرة أنهلن يزكي، لأنه قرض على مذهب مالك، إلا بعد

قبضه، ويزكَّى عن عام مضى.

جيد ماذا لو قلنا :إنه وديعة؟ إذا قلنا :إنه(وديعة) فعليه زكاة على مذهب مالك وغيره باتفاق وقد حللنا مشكلة الزكاة، لكن وقعنا في إشكال جديد وهو أن الوديعة ليست مضمونة،

إلا بالتعدي والتقصير، فإذا أفلس البنك ذهبت أموال الناس، ولا يلزمه ضمانا لأنها ودائع.

فنقول بناءا على أصل رعي الخلاف عند مالك يراعى قول من قال: أن الحساب الجاري وديعة، فباعتبار الضمان للبنوك سنجعله قرضا، وباعتبار الزكاة سنجعله وديعة، مثلما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن زمعه، ونكون قد حمينا الزكاة وأموال المودع ، وجعلنا البنوك تضمن، والزكاة تخرج لصالح الفقير، فأصبنا خيرات عدة بإعمال هذا الأصل، فالإمام مالك أقام وزنا لقصد المكلف خلافا للشافعي.[3]

---

[1] خليل بن إسحاق . تحقيق: أحمد جاد . دار الحديث، القاهرة . (ص 55).

[2] محمد عليش . منح الجليل شرح مختصر خليل . دار الفكر . 1409هـ . (ج2 ص 42).

[3] وليد مصطفى شاويش . الروض الأنف في شرح منظومة ابن ابي كف .(ص 189).

وهذا القول:. العلاقة في الحساب الجاري وديعة مضمونة . قال به الدكتور نزيه حماد،[1] وقريب منه قول الشيخ عبد الله المنيع الذي عبر بأنه وديعة في الذمة.[2]

[1] نزيه حماد . التكيف الفقهي للحساب الجاري في البنوك . (ص 1).

[2] الندوي . الحساب الجاري . (ص 5).