المبحث الأول

الصيغة[1]

تعريف الصيغة:

لم يحدد الفقهاء قديماً تعريفاً جامعاً للصيغة فى كل العقود الشاملة للتصرفات والمعاملات وغيرها.

لكن يفهم من الربط بين التعريف اللغوى والتعريف الاصطلاحى أن الصيغة فى كل العقود هى الألفاظ والعبارات التى تعرب عن إرادة المتكلم ونوع تصرفه.

كما يفهم من ذلك أن الأصل فى التعبير عن الإرادة فى العقود هو اللفظ المنطوق والعبارة التى تصدر من كل من الإيجاب والقبول.

ومن ثم فإن التعبير الذى يجمع بينهما ويحقق التراضى هو الصيغة المطلوبة، وإذن فإن الصيغة هى التى تظهر الإرادة وتعبر عنها، وهى ما يتحقق بها الإيجاب والقبول.

والصيغة – على هذا الاعتبار – هى الصورة الخارجية للعقد، حيث تكون الصورة الداخلية هى النية، أو هى بالتعبير الاصطلاحى (الإرادة الباطنة) وتكون الصيغة – إذن – هى الإرادة الظاهرة المعبرة عن النية المستترة لكل من العاقدين.

---

(١) مادة/ ٢ من قانون الوصية:

(تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً عنها، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة. ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها).

اختلاف الصيغة باختلاف الالتزامات[1]:

تختلف الصيغة – من حيث تمثيلها لالتزام كل من الطرفين – باختلاف الالتزامات على النحو التالى:

(أ) تتقيد بعض الالتزامات بصيغة خاصة لا يجوز العدول عنها، ومن أمثلة ذلك الشهادة عند جمهور الفقهاء.

فالشهادة إخبارٍ عن ثبوت الحق للغير على الغير فى مجلس القضاء، وقد اختلفت صيغتها تبعاً لتضمنها شروطاً فى قبولها كلفظ الشهادة ومجلس القضاء وغيره.

والشهادة من طرق القضاء لقوله تعالى: ﴿**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

(ب) وهناك التزامات لا تتقيد بصيغة معينة، بل تصح بكل لفظ يدل على المقصود كالبيع والإعارة[2].

فالصيغة التى تؤدى إلى انتقال الملك بعوض تسمى بيعاً، وبغير عوض تسمى هبة أو عطية أو صدقة.

وهى عند الحنفية – بناء على ذلك – تؤدى بأى لفظ معبر عن نية قائله لأن العبرة – عندهم – «بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى»[3].

وليس لهذه الصيغة أيضاً – عند المالكية – لفظ معين، فكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول، لزم به العقد.

ونجد نحوا من ذلك عند سائر المدارس الفقهية[4].

---

(١) أنظر: البدائع ص٦/ ٢٧٣، مغنى المحتاج ٤/ ٤٥٣.

(٢) نصب الراية ٤/ ٩٥. (٣) فتح القدير ٥/ ٤٥٨.

(٤) انظر: الحطاب ٤/ ٢٣٠، نهاية المحتاج ٤/ ١٧٩، كشاف القناع ٣/ ١٤٦.

وكل ما يشترط فى الصيغة أن تكون صادرة ممن هو أهل للتصرف، فإذا كانت خاصة بالتبرعات فيشترط فى المتبرع أن يكون أهلاً للتبرع، وإن كان بعض الفقهاء – كما سنذكر – قد أجازوا وصية السفية والصبى المميز.

كما يشترط فى هذه الصيغة أن يقصد المتكلم المعنى الذى يعبر عنه اللفظ، إذ الجهل بمعنى اللفظ مسقط لحكمه.

وبناء على الشروط التى تشترط فى الصيغة فإنها متى صدرت مستوفية لشروطها فقد أنتجت نتائجها.

الصيغة فى الوصية

وبناء على ما قدمناه من اختلاف الصيغة باختلاف الالتزام الناتج عنها، فإن للوصية طبيعة خاصة تختلف عن عقود المعاوضات، بل قد تختلف فى جانب منها عن عقود التبرعات.

فهى تختلف – من حيث التعبير عن الإرادة – فى وسائل هذا التعبير، وإذا كانت الألفاظ والعبارات هى الأصل فى التعبير عما يريده الإنسان.

وكانت الكتابة أو الإشارة مما يقوم مقام الألفاظ والعبارات فى تمثيل الصيغة..

فإن الوصية كما تنعقد باللفظ المباشر كأن يقول: (أوصيت بجزء من مالى لفلان).

فإنها تنعقد كذلك بالكتابة، بل قد تكون الكتابة فى الوصية أكثر توثيقاً من اللفظ، لأن الموصى قد يعبر عن وصيته بالألفاظ فيجحدها ورثته من بعده.

ولكن الكتابة تبقى بعد وفاته، سيما وأن الوصية مضافة إلى ما بعد الموت.

ولقد خص بعض الشافعية عقد الوصية دون غيرها بالكتابة لثبوت الخبر منها.

وذلك استناداً إلى قول الرسول ﷺ: «ما حق امرىء مسلم بيت ليلتين وله شىء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه».

وقد استدلوا بقوله - ﷺ - «ووصيته مكتوبة» على جواز الاعتماد على الكتابة والخط، ولو لم يقترن ذلك بالشهادة قال القرطبى: ذكر الكتابة مبالغة فى زيادة التوثيق،، وإلا فالوصية المشهود بها متفق عليها ولو لم تكن مكتوبة[1].

الإشهاد على الوصية:

الحديث الذى ذكرناه سابقاً لم يشر إلى وجوب الإشهاد على كتابة الوصية، ويفهم من ذلك أن الإشهاد على الكتابة ليس شرطاً فى صحة الوصية التى يتسامح فيها كما يتسامح فى كتابة الحديث دون إشهاد.

لكن لا نشك فى أن الإشهاد إذا انضم إلى الكتابة كانت الوصية أكثر توثيقاً. وقد اتفق الفقهاء على نفاذ الوصية إن كتب الموصى وصيته وأشهد عليها، ثم قرأها على الشهود[2].

ولكنهم اختلفوا إن كتبها ولم يعلم الشهود بما فيها، سواء أكتبها ولم يشهد عليها أم كتبها فى غيبة الشهود ثم أشهدهم عليها.

فإذا كتبها مبهمة ثم دعا الشهود وقال: هذه وصيتى فاشهدوا على ما فى هذا الكتاب، فإن للفقهاء فى نفاذ الوصية وعدمه رأيين:

الرأى الأول: عدم نفاذ هذه الوصية، لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالإجماع فكذا هنا.

وهذا قول الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية، إلا أن بعض الحنابلة يقيد ذلك بما إذا كان خط الكاتب غير معروف للشهود، فإذا كان معروفاً لديهم فإن الوصية تكون نافذة[3].

---

(١) نيل الأوطار ج٧، كتاب الوصايا/ ١٦٧.

(٢) الخرشى ١٨/ ١٩٠، المغنى ٦/ ٦٩.

(٣) شرح أدب القاضى للخصاف ٣/ ٣٣٧، المغنى ٦/ ٦٩.

الرأى الثانى: أن هذا الإشهاد يصح وتنفذ به الوصية وإن لم يقرأها على الشهود، وهو قول المالكية، وعندهم أن الموصى إذا كتب وصيته بحضور الشهود، وأشهدهم عليها دون علم بما فيها فإنها تنفذ أيضاً.

ويبدو أن هؤلاء المالكية – أصحاب هذا الرأى – يبطلون الوصية بالكتابة دون الإشهاد عليها، فقد جاء فى قولهم: (من كتب وصية بخط يده، وكتب «أنفذوها»، ولكنه لم يشهد عليها حتى مات فوصيته باطلة، لاحتمال رجوعه عنها قبل موته)[1].

ونقول إن الإشهاد على الوصية لا يمنع الموصى من الرجوع عن وصيته قبل موته، كما لا يلزم الموصى مادام حياً، وله حق الرجوع عنها مادام نفاذها لا يتم إلا بعد وفاته.

ومع ذلك فإن الإشهاد على الكتابة – كما نرى عند المالكية – لا يكون بالاطلاع حتماً على مضمون الوصية، ولكن بمجرد معرفة الشهود أن المكتوب (فى هذه الورقة) وصية من فلان إلى فلان.

فهى بمثابة شهادة على فعل لا على تفصيل لهذا الفعل.

وقد جاء فى «المدونة»[2]: كتب رجل وصيته ولم يقرأها على الشهود ودفعها إليهم مكتوبة فشهدوا بما فيها دون قراءة فهذا جائز إذا عرفوا مضمونها وصدّق الموصى.

وإذا كتب وصيته وهو مريض وأشهد عليها ثم مات فالوصية جائزة ومعنى ذلك أن المرجع فى حقيقة هذه الوصية وجديتها هو صدق الموصى لاشهادة الشهود.

---

(١) فتح العلى المالك، للشيخ محمد أحمد عليش ٢ / ٣٦٨.
(٢) ج١٥، كتاب الوصايا / ١٤.

كما يفهم من الاتجاه السابق فى اشتراط الشهادة أيضاً أن الشهادة قد تتحقق بكتابة الموصى، ثم قوله لمن حوله – شفوياً – «أنفذوا هذه الوصية» فإذا كتب وصيته ولم يوص بإنفاذها، فإن ذلك – عندهم – لا يفيد ولا تنفذ بعد موته.

بل إنه لو كتب كلمة «أنفذوها» ومات قبل أن يخاطب جماعة بالمشافهة ويقول «أنفذوها».. فالحاصل أن الكتابة بمجردها لا عبرة بها، إذ لابد أن يقول لأحد بالمشافهة «أنفذوها»[1].

وفى هذا لون من التشديد فى توثيق الوصية، إذ يجمع بين الكتابة والنطق والإشهاد على كل منها.

والقول بنفاذ الوصية لمجرد كتابتها بحضرة الشهود وإشهادهم عليها دون علم بما فيها يستند إلى أن الرسول ﷺ كان يكتب إلى عماله وأمرائه فى أمر ولايته وأحكام سننه.

وأن الخلفاء الراشدين من بعده كتبوا إلى ولاتهم الأحكام التى تتضمن أحكاماً فى الجنايات والأموال، وبعثوا بها مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجوهها.

وقد جاء فى المغنى لابن قدامه الحنبلى[2]: لا نعلم أحدا أنكر ذلك مع شهرته فى علماء العصر فكان ذلك إجماعاً.

أما عند أبى حنيفة والشافعى فإن الوصية بهذه الكيفية لا تنفذ، لأنها كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه، فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضى إلى القاضى[3].

ورغم ما أشرنا إليه من عدم أهمية الإشهاد فى الوصية، وأنها لا تمنع الموصى

---

(١) فتح العلى المالك (السابق).
(٢) ج٦/ ٩٦.
(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٧ – القليوبى وعميرة ٣/ ٢٨.

من الرجوع فى وصيته حال حياته، فإننا نرى أن الإشهاد على وصية مكتوبة دون الإطلاع على ما فيها هو إشهاد على شيء مجهول، ولا تجوز الشهادة على مجهول.

وعند الحنفية أن إنشاء الوصية كتابة جائز، وأن الكتابة فى ذلك تساوى العبارة، مادام الوصى قادراً على الكتابة.

فإذا كان خط الموصى معروفاً فإن ذلك يقوم مقام الشهادة، أما إذا لم يكن معروفاً، أو كتبها غيره فإنها لا تصح[1].

وإلى نحو ذلك يتجه الحنابلة[2].

ونرى أن اشتراط كتابة الموصى بيده لا محل له مادام هناك شهود على الوصية سواء أكانت بالعبارة أو بالكتابة.

فإن الله سبحانه يقول فى كتابة الديون: ﴿ **وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ** ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولا يشترط أن يكون هذا الكاتب هو المدين الذى يقر بالدين، واكتفت الآية بأن هذا المدين المقر بالدين هو الذى يملى الكاتب، وكأن هذا الإملاء اعتراف بالدين أمام الشهود»... ﴿ **وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ** ﴾.

ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون الوصية أنه لا يشترط أن يكتب الموصى وصيته بخط يده، بل يمكن أن ينيب أحداً عنه ليكتب له هذه الوصية.

فإذا قرأها الموصى أو قرأها الكاتب أمام الناس، فقراءتها إقرار وسماع الناس لها شهادة.

ومن هنا نقول أن الكتابة كافية، وإن الإشاد على هذه الكتابة من باب الاستحسان لتمام توثيقها.

---

(١) ابن عابدين ٥/ ٤٢٦.

(٢) شرح أدب القاضى للخصاف ٣/ ٣٤١.

ولقد اتفق الفقهاء على صحة العقود وانعقادها بالكتابة.

والكتابة المقصودة هنا – والتى تقوم مقام العبارة – هى الكتابة الواضحة المستبينة التى تعبر عن حقيقة الإرادة.

كالكتابة على الصحيفة وما شابهها، أما الكتابة غير المستبينة فهى كالكتابة على الماء أو على الهواء، وهذه لا ينعقد بها تصرف من التصرفات.

الوصية بالإشارة:

تجزىء الإشارة عن النطق والكتابة إذا كان المتعاقد أبكم منذ ولادته، فإذا كانت هذه العلة طارئة عليه فلا تعتبر إشارته إلا إذا فقدنا الأمل فى شفائه[1].

ومن الفقهاء من لا يجيز عقود الأخرس بالإشارة إذا كان يجيد الكتابة، لأن الكتابة أقوى فى الدلالة من الإشارة.

ولا يصح العدول عن الدلالة القوية إلى الدلالة الضعيفة.

بينما يرى المالكية والحنابلة انعقاد العقد بالإشارة من الأبكم وغير الأبكم مادامت مؤدية إلى المعنى المقصود، ومادام الناس قد تعارفوا عليها وتفاهموا بها.

وإن غير الأخرس كالأخرس فى اعتبار إشارته المفهومة[2]، بل ذهبوا إلى أن الإشارة يطلق عليها أنها كلام حيث يقول الله تعالى: ﴿ **قَالَ آيَتُكَ أَلاَّ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزًا** ﴾ [آل عمران: ٤١].

وهذا الاتجاه فى التسوية بين الإشارة والعبارة هو ما يذهب إليه القانون المدنى، حيث أشرنا قبل ذلك إلى نص المادة القائلة (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً....).

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن وصية الأخرس معتبرة شرعاً، وتقوم مقام عبارة الناطق فيما لابد فيه من العبارة.

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ / ١٣، حاشية ابن عابدين ج٤ / ١٠.

(٢) مواهب الجليل ج٤ / ٢٢٩، المغنى ج٦ / ٥٣٤.

كما ذهبوا إلى أن (معتقل اللسان) – وهو وسط بين الناطق والأخرس – كالأخرس فتقوم إشارته المفهمة مقام العبارة.

فإن أوصى بالإشارة، أو قرئت عليه الوصية، وأشار أن (نعم) صحت الوصية.

والمذهب عند الحنابلة أن معتقل اللسان لا تصح وصيته[1].

قبول الوصية:

وهذا القول يتعلق بحق الموصى له، وسنخصص له مبحثاً في الصفحات التالية لنبين حكم اشتراط قبول للوصية.

ولكننا نشير هنا إلى رأى الحنفية[2] في قبول الوصية، حيث يرون أن قبول الوصية يكون بعد موت الموصى، ويبطل ردها وقبولها في حياته لأن أوان ثبوت حكم الملك بعد الموت لتعلقه به، فلا يعتبر القبول قبله كما لا يعتبر قبل العقد.

ولأن وضع الوصية متعلق بالموت فلا يكون الملك فيها حالاً كالبيع الذى لابد له من القبول في المجلس.

ونرى أن تعليق قبول الوصية على وفاة الموصى يعد استثناءً من طبيعة العقود كلها، فالأصل في كل العقود وجود طرفي العقد (الإيجاب والقبول) في المجلس، وسماع كل منهما قول الآخر، حيث تلتقي إرادتاهما على موضوع واحد.

فإذا كان القول بجواز قبول الموصى له بعد وفاة الموصى مقبولاً، فليس القول ببطلانه في حياة الموصى مقبولاً.

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر/ ٢٤٨، ٢٤٩.

(٢) كشف الحقائق، شرح كنز الدقائق ج٢ / ٣١٢.