# تطبيقات قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف على أحكام الوصية الواجبة في القانون الليبي

**د. عبدالرحمن حسن المختار**
**كلية القانون – جامعة الزاوية**

قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) يُعتمد عليها كثيراً في التشريعات المعاصرة لتقرير بعض الأحكام القانونية التي تُبنى على أحد الأقوال الفقهية في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد، ومن هذه المسائل التي اعتمد فيها المشرع الليبي أحد الأقوال مسألة (الوصية الواجبة) والتي اختلف الفقهاء سلفاً وخلفاً في حكمها بين الندب والوجوب.

تعرض هذه الورقات مدى التزام المشرع الليبي بتطبيق قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) أثناء سنه لأحكام الوصية الواجبة في القانون رقم (7) لسنة 1993م.

وسيبحث هذا الموضوع في ثلاث فروع الأول في مفهوم قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف والمقصود بالحاكم، والفرع الثاني في أحكام الوصية بين الوجوب والندب، والفرع الثالث في المدى التزام المشرع بأحكام هذه القاعدة عند سنه لأحكام الوصية الواجبة.

**الفرع الأول: في تقرير أحكام قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف)**

**أولاً:** معنى القاعدة: إن الحاكم إذا اختار رأيا فقهياً في مسألة اجتهادية يسوغ الخلاف فيها، يرتفع النزاع في هذه المسألة، ويتعين ما اختاره الحاكم ويلزم العمل به، ولو كان مرجوحاً.

**ثانياً:** من المراد بالحاكم: أغلب الفقهاء عند عرضهم لقاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) يُدرجونها في باب القضاء ويقصدون بالحاكم القاضي، ولذلك تجدهم يشترطون لصحة القاعدة أن يكون حكم الحاكم الذي يرفع الخلاف مسبوق بدعوى صحيحة مستوفية الشرائط[1]، وتطبيق هذه القاعدة على القضاة بين الخصوم تكاد تكون محل اتفاق في المسائل العملية التي يمكن أن يفصل فيها القضاء، ولكن اختلفوا في سريان هذه القاعدة

في حق ولي الأمر، الخليفة أو رئيس الدولة، فعندما يختار ولي الأمر قولاً في مسألة خلافية يسوغ فيها الاجتهاد ابتدأ وبدون أن تتقدمها دعوى أو خصومة، فهل يرتفع الخلاف فيها بما اختاره وحكم به، ويلزم الجميع بطاعته وامتثال أمره؟

للفقهاء في المسألة قولان:

**القول الأول:**

لا يجوز لولي الأمر أن يلزم الناس بقولٍ من الأقوال ابتدأً إلا إذا رفعت إليه خصومة ودعوى في قضية خاصة؛ لينظرها فحكمه فيها بما يترجح عنده ملزم لطرفي الدعوى دون غيرهم.

وفي هذا يقول ابن تيمية: (وليس المراد بالشرع اللازم لجميع الخلق – حكم الحاكم– ولو كان الحاكم أفضل أهل زمانه؛ بل حكم الحاكم العالم العادل يلزم قوماً معينين تحاكموا إليه في قضية معينة؛ لا يلزم جميع الخلق ولا يجب على عالم من علماء المسلمين أن يقلد حاكماً، لا في قليل ولا في كثير إذا كان قد عرف ما أمر الله به ورسوله؛ بل لا يجب على آحاد العامة تقليد الحاكم في شيء؛ بل له أن يستفتي من يجوز له استفتاؤه وإن لم يكن حاكما)[2].

ويقول أيضاً: (والأمة إذا تنازعت – في معنى آية أو حديث أو حكم خبري أو طلبي – لم يكن صحة أحد القولين وفساد الآخر ثابتاً بمجرد حكم حاكم، فإنه إنما ينفذ حكمه في الأمور المعينة دون العامة، ولو جاز هذا لجاز أن يحكم حاكم بأن قوله تعالى «يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» هو الحيض أو الأطهار، ويكون هذا حكماً يلزم جميع الناس قوله، أو يحكم بأن اللمس في قوله تعالى {أو لامستم النساء} هو الوطء، والمباشرة فيما دونه ... ولم يكن حكم الحاكم لصحة أحد القولين، وفساد الآخر مما فيه فائدة، ولو كان كذلك لكان من ينصر القول الآخر يحكم بصحته إذ يقول: وكذلك باب العبادات: مثل كون مس الذكر ينقض أو لا، وكون العصر يستحب تعجيلها أو تأخيرها، والفجر يقنت فيه دائماً أو لا، أو يقنت عند النوازل ونحو ذلك)[3].

(وأما إلزام السلطان في مسائل النزاع بالتزام قول بلا حجة من الكتاب والسنة فهذا لا يجوز باتفاق المسلمين، ولا يفيد حكم حاكم بصحة قول دون قول في مثل ذلك، إلا إذا كان

معه حجة يجب الرجوع إليها فيكون كلامه قبل الولاية وبعدها سواء، وهذا بمنزلة الكتب التي يصنفها في العلم)[4].

**القول الثاني:**

يجوز لولي الأمر أن يلزم الناس في الأمور العامة بما يرجحه من أقوال في المسائل الخلافية التي يسوغ فيها الخلاف، في غير باب العبادات وما يتعلق بها، وبه قال بعض المتأخرون من الفقهاء، وفي ذلك يقول السيوطي: (بعض المتأخرين ذكر أن أمر الإمام الأعظم وفعله يرفعان الخلاف كحكم الحاكم تفخيماً لشأنه، ونص العلماء على أن السلطان صلاح الدين ما وقف الذي وقفه حتى أفتاه بذلك علماء عصره من الشافعية، والحنفية، والحنابلة)[5].

وأما اختيارات ولي الأمر في مسائل العبادات فمحل خلاف بين من أقروا بأن حكمه يرفع الخلاف أسوة بالقاضي ولهم في ذلك ثلاثة أقوال:

**الأول:**

حكم ولي الأمر في مسائل العبادات لا يرفع الخلاف، ولا ينبغي له أن يحمل الناس على قول واحد يرجحه في المسائل الاجتهادية، وعليه أن يذر الناس كل يتبع مفتيه، وفي هذا يقول القرافي: (اعلم أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة بل الفتيا فقط فكل ما وجد فيها من الإخبارات فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة، ولا أن هذا الماء دون القلتين فيكون نجساً فيحرم على المالكي بعد ذلك استعماله، بل ما يقال في ذلك إنما هو فتيا إن كانت مذهب السامع عمل بها، وإلا فله تركها، والعمل بمذهبه، ويلحق بالعبادات أسبابها فإذا شهد بهلال رمضان شاهد واحد فأثبته حاكم شافعي، ونادى في المدينة بالصوم لا يلزم ذلك المالكي؛ لأن ذلك فتيا لا حكم... ولا يلزمه قول ذلك القائل لا في عبادة، ولا في سببها، ولا شرطها، ولا مانعها، وبهذا يظهر أن الإمام لو قال لا تقيموا الجمعة إلا بإذني لم يكن ذلك حكماً، وإن كانت مسألة مختلفاً فيها هل تفتقر الجمعة إلى إذن السلطان أم لا، وللناس أن يقيموا بغير إذن الإمام)[6]، ويقول الجويني: (العبادات البدنية التي تعبد الله بها المكلفين، لا تتعلق صحتها

بنظر الإمام، وإذا أقامها المتعبدون على شرائطها وأركانها في أوقاتها وأوانها، صحت ووقعت موقع الاعتداد، وقد زل من شرط في انعقاد الجمعة تعلقها بإذن الإمام)[7].

**الثاني:**

حكم ولي الأمر في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف حتى في أحكام العبادات وما يتعلق بها، يقول ابن عابدين: (عن أئمتنا أن طاعة الإمام في غير معصية واجبة فلو أمر بصوم وجب)[8]، وقال ابن رشد في مسائل العبادات أن: (حكم الحاكم يدخلها استقلالاً كالمعاملات)[9].

**الثالث:**

حكم ولي الأمر فيما اختلف فيه يرفع الخلاف في مسائل العبادات تبعا وليس استقلالاً[10]. (أن حكم الحاكم يدخل العبادات تبعا لا استقلالا، فعلى هذا إذا حكم بثبوت الشهر لزم المالكي الصوم، لا إن حكم بوجوب الصوم)[11].

وهذه الأقوال الثلاثة قال بها المالكية ولعل ثالثها أرجحها، والتي تقرر أن حكم ولي الأمر يرفع الخلاف في مسائل العبادات تبعاً وليس استقلالاً وأصلةً.

وحاصل المسألة (أن المخالف إذا حكم بثبوت شهر رمضان بشهادة شاهد فهل يلزم المالكي الصوم بهذا الحكم؟ لأنه حكم وقع في محل يجوز فيه الاجتهاد وهو العبادات وهذا قول ابن راشد القفصي، أو لا يلزم المالكي صومه ؟ لأنه إفتاء لا حكم ؛ لأن حكم الحاكم لا يدخل العبادات، وحكمه فيها يعد إفتاءً، فليس للحاكم أن يحكم بصحة صلاة أو بطلانها، وإنما يدخل حكمه حقوق العباد من معاملات وغيرها، وهذا قول القرافي وهو الراجح عند الأصوليين، وللناصر اللقاني قول ثالث : وهو أن حكم الحاكم يدخل العبادات تبعاً لا استقلالاً، فعلى هذا إذا حكم الحاكم بثبوت الشهر لزم المالكي الصوم، لا إن حكم بوجوب الصوم)[12].

ونخلص إلى أن المتقدمين من الفقهاء يقصرون مفهوم الحاكم في قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) على القاضي، وأن المتأخرين ادخلوا في مفهومها الأحكام التي يصدرها ولي الأمر.

والناظر إلى عصرنا الحاضر يلحظ أن الخلاف في شمول مفهوم الحاكم لولي الأمر أسوة بالقاضي خلاف شكلي، إذ أن ولي الأمر هو الذي يصدر القوانين ولا يسع القاضي مخالفتها.

ومن المقرر عند الفقهاء أن سلطة ولي الأمر تقيد سلطة القاضي، وقد تظافرت الروايات على أن لولي الأمر إلزام القاضي بحكم معين يحدده له ويختاره من أقوال واجتهادات في مسألة معينة، ومن ذلك ما روي عن شريح القاضي أن عمر رضي الله عنه كتب إليه: (أن في عين الدابة ربع ثمنها)[13]، (والأصابع سواء، ويستوي جراحات الرجال والنِّسَاء في الموضحة والسن وما دون ذلك، وأحق أخبار الرجل أن يصدق باعترافه ولده عند موته، وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في مرضه ورثته ما كانت في العدة)[14]، وروي عن عبدالله بن الزبير رضي الله عنه أنه كتب إلى قاضيه: (عبد الله بن عتبة بن مسعود أن الأسود بن زيد شهد عندي أن معاذاً أعطى المال الكلالة فاقض به)[15].

وبهذا يتقرر أن لولي الأمر أن يصدر قانوناً مبنياً على قول فقهي اختاره في مسألة يسوغ فيها الاجتهاد ويُلزم الناس بتنفيذه والقضاة بالحكم به، ويكون ذلك رافعاً وقاطعاً للخلاف، في غير أحكام العبادات استقلالا.

إن رفع حكم الحاكم للخلاف مقيد بالجانب العملي، أما الجانب العلمي فلا يقطع الخلاف فيه حكم الحاكم وتبقى المسألة محل نظر العلماء والمجتهدين بالاستدلال لهذا القول أو لغيره، ولا يلزمون باعتقاد صحة أو بطلان ما حكم به القاضي أو ولي الأمر وإن التزموا به في العمل، وهذا متقرر قديماً وحديثاً، ومن ذلك ما يقع من بعض فقهاء القانون بعد صدور أي قانون فإنهم يخوضون في محاسنه ومساويه ويكشفون عواره بالنقد والتشريح واقتراح الآراء البديلة التي يرونها أفضل منه ومع أنهم ملتزمون بتطبيق أحكامه.

التساؤل كيف طبق الحكام والهيئات التشريعية المعاصرة قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) على تقنين أحكام الوصية الواجبة؟ وما المقصود بالوصية الواجبة عند فقهاء الشريعة؟

**الفرع الثاني بيان أحكام الوصية الواجبة**

الوصية تدخل في باب المعاملات باعتبارها (عقداً يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته ... [أو هو عقد] تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الشرع)[16]، فهي عقد اختياري من طرف واحد ابتدأً، يلتزم فيه الموصي بتمليك عين أو منفعة، ويدرجه الفقهاء تحت عقود التبرعات.

فالأصل في الوصية أنها اختيارية ينشئها الموصي بإرادته واجبة كانت أو مندوبة، ولا يُلزم بها قضاءً، ولا يُخرج مال وصيةً دون أن يكون صاحب المال قد أوصى به قبل موته، فلو وجبت حقوق لله في مال الميت من زكاة وكفارات وفدية، أو حقوق لآدميين ولم يوص بها الميت ولم يقرها الورثة ولا بينة عليها فلا تخرج من تركته جبراً بالقضاء، وإنما يخرجها الورثة طوعاً برضاهم؛ لأنها وجبت ديانة في مال آل إليهم[17].

**الوصية للوالدين والأقربين**

**الوالدان:** هما الأب والأم (إن الوالدين ليسوا من الأقرباء بقوله تعالى: «الوصية للوالدين والأقربين» ولأنهم لا يدلون بغيرهم، ورحمهم بأنفسهم، وسائر الأرحام سواهما إنما يدلون بغيرهم)[18]

**الأقربون:** هم من يقرب إلى غيره بواسطة[19]، (فهم من يجتمعون مع الميت في الأب الذي به يعرف إذا نسب، ومن جهة أمه كذلك أيضا: هو من يجتمع مع أمه في الأب الذي يعرف بالنسبة إليه؛ لأن هؤلاء في اللغة أقارب، ولا يجوز أن يوقع على غير هؤلاء اسم أقارب بلا برهان)[20].

وأما الأبناء من الصلب (فليسوا من الأقربين أيضاً، لأنه بنفسه يدلي برحمه لا بواسطة بينه وبين والده، ولأنه إذا لم يكن الوالدان من الأقربين، والولد أقرب إلى والده من الوالد إلى ولده، فهو أحرى أن لا يكون من الأقربين ... فمن أوصى لأقرباء بني فلان ... لا يدخل فيها ولده ولا والده ويدخل فيها ولد الولد والجد والإخوة ومن جرى مجراهم؛ لأن كلا منهم يدلي إليه بواسطة غير مدل بنفسه، وفي معنى الأقرباء خلاف والله أعلم)[21].

كان المسلمون في أول عهدهم (إذا حضر أحدهم الموت قسم ماله بين أهله وأقاربه ومن حضره من غيرهم كيف شاء وأحب، ميراثاً ووصيةً ، وفيه نزل قول الله تعالى:

«كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين» البقرة : 179)[22]، وقال الشافعي: (وكان فرضاً في كتاب اللَّه تعالى على من ترك خيراً – والخير: المال – أن يوصي لوالديه وأقربيه)[23]،

وكان ذلك قبل نزول آية المواريث، ولما أنزل الله تعالى آيات المواريث يقول ابن عباس رضي الله عنه: («الوصية للوالدين والأقربين» البقرة: 179، نسختها هذه الآية «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا» النساء 7، وروي عن ابن عمر وأبي موسى الأشعري، وسعيد بن المسيب، والحسن، ومجاهد، وعطاء، وسعيد بن جبير، ومحمد بن سيرين وزيد بن أسلم والربيع بن أنس وقتادة والسدي ومقاتل بن حيان وإبراهيم النخعي وشريح والضحاك والزهري، أن هذه الآية منسوخة نسختها آية الميراث)[24]، فكانت الوصية واجبة على الواجد إذا حضرته الوفاة بكل المال للوالدين والأقربين، ولما نزلت آية المواريث نُسخ هذا الحكم وصارت الوصية لمن لا يرث[25]، ولكن وقع الخلاف في حكم الوصية للأقارب غير الوارثين بين الاستحباب والوجوب.

**تحرير محل النزاع:**

أوجب الله الوصية في المال للوالدين والأقربين بقوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المحسنين» البقرة: 179، ثم نسخ ذلك بآية المواريث في قوله تعالى: «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا» النساء: 7 ، وبحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا وصية لوارث»[26] ومحل النزاع هل النسخ يشمل جميع الوالدين والأقربين أم أنه مقصور على الوارثين منهم ويبقى الوجوب في حق غير الوارثين على أصله؟ وبمعنى آخر هل كان نسخاً لنص محكم، أم تقييد نص مطلق، أو هو نسخ جزئي مقصور على الوارثين دون غيرهم؟

اختلف الفقهاء في ذلك ولهم في المسألة قولان:

**القول الأول:**

أن النسخ وقع على الحكم المتعلق بالوالدين والأقربين الوارثين، وأما غير الوارثين فيبقى الحق على أصله، (فالوصية للوالدين والأقربين حق واجب ، وفرض لازم ، فلما نزلت آية المواريث نسخ منها الوصية للوالدين وكل وارث ، وبقي فرض الوصية لغير الورثة في الأقربين على حاله وهو قول طاووس وقتادة والحسن البصري وجابر بن زيد)[27]، وإلى هذا ذهب الظاهرية مستدلين بظاهر قوله تعالى: «الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين» البقرة : 179، وبما يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من مات من غير وصية ، مات ميتة جاهلية»[28]، وبقوله: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة[29]»[30]، وبما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: « وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه» النساء: 7، (قال: أمر الله عز وجل عند قسمة مواريثهم أن يصلوا أرحامهم ويتماهم ومساكينهم من الوصية، فإن لم تكن وصية وصل لهم من الميراث، وقد حكم بهذه الآية في ميراث عبد الرحمن بن أبي بكر بعلم عائشة أم المؤمنين فلم تنكر ذلك)[31]، ويقول الطبري: (فأعلم أنه قد كتبه علينا وفرَضه، كما قال: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» سورة البقرة: 182، ولا خلاف بين الجميع أن تارك الصيام وهو عليه قادر مضيع بتركه فرضًا لله عليه، فكذلك هو بترك الوصية لوالديه وأقربيه ولهُ ما يوصي لهم فيه، مُضِيعٌ فَرْضَ الله عز وجل)[32]، وروي عن الضحاك أنه كان يقول: (من مات ولم يُوص لذوي قرابته، فقد ختم عمله بمعصية)[33].

وبناء على ما ذكر يقرر ابن حزم وجوب الوصية بقوله: (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون، إما لرق، وإما لكفر، وإما لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك)[34].

فإذا فرط من حضرته الوفاة ولم يوص فأنه يكون مضيعاً واجباً عليه كمن ترك صيام رمضان[35].

ويمكن التساؤل هنا حول حكم من مات لم يوص هل تخرج الوصية من ماله بعد وفاته، أم أن المال ينتقل للورثة بمجرد الوفاة ويضيع حق من وجب أن يوصى لهم؟

ويجيب ابن حزم عن هذا مقرراً حكماً أخر إذ يقول:(فمن مات ولم يوص؛ ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد؛ لأن فرض الوصية واجب... وأَنَّ ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يُكفَر عنه ذلك، بأن يتصدق عنه، وهذا ما لا يسع أحد خلافه)[36]، عبر بلفظ يتصدق عنه، وفي عبارة أخرى يقول: (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون ... فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة، أو الوصي)[37]. بمعنى أنهم يعطون ما تطيب به أنفس الورثة، أو ما أوصي لهم به.

**القول الثاني:**

أن حكم الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين مستحبة وليست واجبة؛ لأن آية المواريث نسخت حكم الوجوب الوارد في آية الوصية، والاستحباب في حق غير الوارثين جميعاً سواء، أقارب كانوا أو أباعد، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة وعامة الصحابة والتابعين وأكثر المفسرين (والدليل على أنها غير واجبة للأقارب والأجانب ، ما روى ابن عباس وعائشة وابن أبي ليلى –رضي الله عنهم – : أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوص ... وعن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «لأن يتصدق المرء في حياته بدرهم خير له من أن يتصدق بمائة عند موته» ، ولأن الوصية لو وجبت لأُجبر عليها، ولأُخِذَت من ماله إن امتنع منها كالديون والزكوات؛ ولأن الوصايا عطايا فأشبهت الهبات)[38]. وأن أكثر الصحابة لم ينقل عنهم وصية؛ لكونها محض تبرع لم تجب حال الحياة فلم تجب بعد الممات، ويعضد ذلك (ما صح عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله تعالى من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للوالدين لكل واحد منهما السدس، وفرض للزوج وللزوجة فرضيهما» وهذا نص لا معدل لأحد عنه، فمن كان من القرابة وارثاً دخل مدخل الأبوين، ومن لم يكن وارثاً قيل له: إن قطعك من الميراث الواجب؛ إخراج لك عن الوصية الواجبة، ويبقى الاستحباب لسائر القرابة)[39].

في قوله تعالى: «حقاً على المتقين» (يدل على كونه ندباً؛ لأنه لو كان فرضاً لكان على جميع المسلمين، فلما خص الله تعالى من يتقي، أي يخاف تقصيراً، دل على أنه غير لازم)[40]، (وقد حصل الاتفاق من الفقهاء بعد عصر التابعين على جواز الوصايا للأجانب والأقارب، والذي أوجب نسخ الوصية عندنا للوالدين والأقربين قوله تعالى في سياق آية المواريث: «من بعد وصية يوصي بها أو دين» النساء:11، فأجازها مطلقة ولم يقصرها على الأقربين دون غيرهم، وفي ذلك إيجاب نسخها للوالدين والأقربين؛ لأن الوصية لهم قد كانت فرضاً، وفي هذه إجازة تركها لهم والوصية لغيرهم، وجعل ما بقي ميراثاً للورثة على سهام مواريثهم، وليس يجوز ذلك إلا وقد نسخ تلك الوصية... لأنه أطلق الوصية في هذا الموضع بلفظ منكور يقتضي شيوعها في الجنس؛ إذ كان ذلك حكم النكرات، والوصية المذكورة للوالدين والأقربين لفظها لفظ المعرفة فغير جائز صرفها إليها؛ إذ لو أرادها لقال من بعد الوصية حتى يرجع الكلام إلى المعرف المعهود من الوصية التي قد علمت...فلما أطلق الوصية في آية المواريث بلفظ منكور ثبت أنه لم يرد بها الوصية المذكورة للوالدين والأقربين وأنها مطلقة جائزة لسائر الناس)[41].

وليس المقام في معرض ترجيح لما تقرر أن حكم الحاكم يقطع الخلاف، وإن كان القول الذي ذهب إليه مرجوحاً، مادام من المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد والترجيح له دليل معتبر ووجهة من النظر ويتوافق ومقتضيات جلب المصلحة ودرء المفسدة.

المقصد في هذا المقام هو عرض مسألة الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، وبيان حكمها وأدلتها وسبب الخلاف فيها، وأقوال الفقهاء حولها، لمعرفة مدى صلاحية الحاكم في اختيار أحد هذه الأقوال ولو كان مرجوحاً، ليكون حكمه قطعاً للخلاف وملزماً لذوي الشأن.

**الفرع الثالث: الوصية الواجبة في القوانين المعاصرة وقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف:**

لما كانت الوصية من باب المعاملات فحكم القاضي يرفع فيها الخلاف بلا خلاف، وكذلك لا خلاف عند من ينزل ولي الأمر منزلة الحاكم في هذه القاعدة أن حكمه في الوصية يرفع الخلاف في جانبه العملي ويلزم القضاة والناس بالقول الذي يراه لأنه من المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد.

فهل سلكت السلطة التشريعية في ليبيا النهج نفسه في إقرار الوصية الواجبة بما لهم من صلاحية خولتها قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف)؟ حيث اختارت الرأي الذي يقول بوجوب الوصية ثم ضمنته في القانون رقم 7 لسنة 1993م بشأن أحكام الوصية، تحت الباب الثالث الفصل الثالث تحت عنوان الوصية الواجبة، وأدرجت أحكامها تحت المواد (37، 38، 39، 40) من القانون.

لمعرفة ذلك يتحتم عرض نصوص مواد القانون الخاصة بأحكام الوصية الواجبة واستظهار مدى توافقها وأحكام الوصية الواجبة عند الفقهاء.

**ونصوص القانون كالآتي:**

**المادة السابعة والثلاثون**

(من توفى وله أبناء ابن مات أبوهم قبله أو معه وجبت في ماله لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزل واحدا كان أو أكثر وصية بمقدار ما كان يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض حياته إذا كان لا يزيد عن ثلث التركة فإن زاد لا يدفع لهم إلا الثلث وصية واجبة).

**المادة الثامنة والثلاثون**

(تقسم الوصية الواجبة بين المستحقين قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ويحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط).

**المادة التاسعة والثلاثون**

(لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية واجبة إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى بهم أو أعطاهم في حياته ما يساوي نصيبهم فيما يستحقونه بالوصية الواجبة فإن نقص ما أوصى لهم به أو أعطاهم أقل من ذلك استوفوا ما نقص)

**المادة الأربعون**

الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة).

يقرر القانون من خلال هذه المادة (37) وجوب منح أولاد الأبن ذكوراً أو إناثاً حصة في ميراث جدهم أو جدتهم لأبيهم وهم هنا غير وارثين لكونهم محجوبين بأعمامهم، بمقدار حصة أبيهم في الميراث لو كان أبيهم حياً، وبما لا يجاوز ثلث التركة، فإن جاوزه

رد إلى الثلث، من باب الوصية الواجبة التي فرضها ولي الأمر بما رجحه من أقوال الفقهاء في كون الوصية واجبة وليست مستحبة.

وفي هذه المادة تلاحظ أحكام جديدة لا تجدها عند القائلين بوجوب الوصية، وهي حصر الوصية في أولاد الأبناء ذكوراً وإناثاً دون غيرهم، وحرمان باقي الأقربين، والوالدين إن كانا غير وارثين لمانع، ولا تجد له دليلاً صحيحاً يقوم عليه من كتاب أو سنة أو إجماع، وكذلك تحديد مقادير ما يأخذونه بحصة أبيهم أو الثلث أيهم أقل، هو تفصيل لم يقل به أحد ممن أوجب الوصية ولا تقوم به حجة صحيحة، قال ابن حزم:(فمن مات ولم يوص: ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد؛ لأن فرض الوصية واجب... وأنَّ ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنه ذلك، بأن يتصدق عنه)[42]، يتصدق عنه بما تيسر وليس بالثلث أو بما يساوي حصة أبيهم، فما قرر المشرع هنا يبعد عن وصف الوصية التي قررها الفقهاء وهي أقرب منها إلى أحكام جديدة في الميراث، ومما يعضد ذلك ما جاء في المادة (38) التي يقرر فيها حكماً تفصيلياً يجعل الوصية الواجبة في حكم الميراث قسمةً وحجباً، وهذا مما لا تجد له ذكر في باب الوصية عند الفقهاء سلفاً وخلفاً.

جاء في المادة (39) تقريراً لحكم متفق عليه وهو عدم جواز الوصية للوارث من حيث الأصل، ثم أضافت حكماً تفصيلياً آخر، وهو عدم منح هذه الوصية الواجبة لمن أوصى لهم الموصي الوصية الاختيارية أو الواجبة أو منحهم حال حياته ما يساوي نصيب أبيهم بما لا يجاوز الثلث، ثم عاد وقرر أن يعطوا ما نقص إن قل ما أوصى به أو أعطاه لهم عن النصيب المقرر في المادة (37)، فتدخل من جديد حتى في زيادة الوصية إن قلت عما قرره لهم هذا القانون.

كما تجد حكماً أخر في المادة (40) يقرر فيه تقديم الوصية الواجبة على الاختيارية، في الاستيفاء من الثلث المقرر للوصية، فلو أوصى لأحد والديه غير الوارثين كجده لأمه مثلاً، فإن ذلك يتوقف حتى يستوفي أولاد الابن حصتهم مما قررته فإن بقي شيء من الثلث أخذه وإلا فلا، ولا قائل بهذا ممن قرروا وجوب الوصية.

بهذا يتقرر أن ما اعتمد عليه المشرع في كونه أخذ برأي القائلين بوجوب الوصية غير صحيح، وإن وافقهم في الأصل وهو الوجوب إلا أنه خالفهم بسوق أحكام جديدة تخالف

أصل الوصية وتنزع إلى أحكام جديد للميراث.

إن إدراج هذه المسألة بهذا الوصف تحت قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف) لا يستقيم إذ يشترط فيها أن يلتزم أحد الأقوال التي ساغ الاجتهاد فيها، لا يحيد عنها ولا يزيد، فيأتي بأحكام جديدة لم ترد عند القائلين بها، بل تخالفها، هذا من ناحية، وفي ناحية أخرى، يقصر الأحكام الواردة في القول الذي اختاره في بعض جزئياته، مما يؤدي إلى إسقاط حقوق تقررت لمستحقين بموجب الرأي الذي أخذه به، ويخرج المسألة عن وصفها (الوصية) المعهودة شرعاً ويغير حقيقتها وينقلها إلى وصف جديد، وهذا مما يخرج تصرف المشرع للنصوص القانونية عن التزام قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، وحكمه لا يكون رافعاً للخلاف في هذه الصور.

قد يقال أن المسألة ربما تندرج تحت قاعدة (لولي الأمر أن يقيد المباح) وتدخل تحت اختصاصه بما فيه من جلب مصلحة ودرء مفاسدة، لأن تصرفات ولي الأمر منوطة بالمصلحة.

يمكن أن يقال أن التقييد فرع المنع والحظر، والمسألة هنا في معرض إيجاب مندوب مختلف فيه وليس منعه، فلا مجال لإعمال هذه القاعدة من هذا الوجه، وإن وجد، فليس بابه الوصية التي اختلف في حكمها بين الوجوب والندب.

وقد أثار بعض الباحثين تساؤلاً كيف لا تعد هذه المسألة اجتهادية كما اجتهد عمر رضي الله عنه في ميراث الأشقاء مع الإخوة لأم، مراعاة للمصلحة المنضبطة شرعاً وعقلاً، ثم ساق الكثير من المبررات التي يرى أن وجود هذه النصوص في القانون تحقق العدالة ورفع الظلم وتزيل الحقد والبغض وتدعوا إلى التراحم وتحقق مقاصد الشريعة الغراء، وقد ساق الكثير من الحجج وأثار العديد من التساؤلات الشرعية والعقلية حول الموضوع[43].

قد يقبل هذا القول للنقاش في باب مراعاة المصالح والمقاصد الشرعية والاجتهادات العقلية، كمسألة اجتهادية تحت باب جديد، خارج مسألة الوصية التي فصل فيها الفقهاء الحكم بين الواجب والندب.

**الخاتمة:**

الذي يظهر أن ما نص عليه القانون لا يندرج تحت أحكام الوصية، وإنما هو أحكام مستقلة هي أقرب للتعديل في أحكام الميراث منها لتقرير أحكام في الوصية، فلا تطبق في شأنها قاعد حكم الحاكم يرفع الخلاف، لأن السلطة التشريعية في ليبيا لم تأخذ أحد القولين كما هو وترفع به الخلاف، وإنما حورته وزادت عليه مسائل وأحكام لم يقل بها أصحابه، مما يجعله قولاً جديد غير الذي اختارته.

فينبغي عرض النصوص القانونية التي أدرجت تحت مسمى الوصية الواجبة، تجوزاً، مع ذكر كل أدلتها السمعية والعقلية والمقاصدية واعتباراتها المصلحية، كمسألة مستقلة لتكون محلاً للنظر والتمحيص وفق قواعد التأصيل والاستدلال الشرعي، ومن ثَمَّ الحكم لها أو عليها صحة وبطلاناً، ولا تنسب لأحكام الوصية التي اختلف الفقهاء في حكمها إيجاباً وندباً.

ولعل المشرع الليبي قد استشعر هذا الإشكال فأصدر القانون رقم (12) لسنة 2015م بإلغاء بعض أحكام القانون رقم (7) لسنة 1993م بشأن أحكام الوصايا، والذي ينص في مادته الأولى على أنه: (يلغى الفصل الثالث من القانون رقم ( 7 ) لسنة 1993 ميلادية بشأن أحكام الوصايا ، المتضمن أحكام الوصية الواجبة).

**الهوامش:**

1 ينظر حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين بن عابدين الحنفي ت: 1252هـ ، دار الفكر –بيروت –لبنان، ط/ الثانية، 1412هـ– 1992م. 412/3. والفروق للقرافي. أنوار البروق في أنواء الفروق لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت: 684هـ، عالم الكتب–بيروت –لبنان، بدون ط ولا ت. 103/2. وبلغة السالك للدردير بلغة السالك لأقرب المسالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير لأبي العباس الصاوي ت:1241هـ، دار المعارف، بيروت– لبنان– بدون ط ولا ت. 228/4، وحاشية الخرشي شرح مختصر خليل لمحمد بن عبدالله الخرشي المالكي ت/1101هـ. دار الفكر –بيروت –لبنان، 166/7، وإعانة الطالبين للبكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لأبي بكر عثمان البكري ت:1310هـ، دار الفكر –بيروت –لبنان، ط/ الأولى، 1418هـ– 1997م. 347/3. ومطالب أولي النهى للسيوطي الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى بن سعد السيوطي الرحيباني الحنبلي، ت: 1243هـ، المكتب الإسلامي، ط/الثانية، 1415هـ– 1994م. 392/1.

2 مجموع الفتاوى لابن تيمية مجموع الفتاوى لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية، ت:728هـ، ت/عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد –المدينة المنورة– السعودية، 1416هـ– 1995م. 372/35.

3 مجموع الفتاوى لابن تيمية 238/3، 239.

4 مجموع الفتاوى لابن تيمية 240/3

5 الحاوي للسيوطي. الحاوي للفتاوى لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي ت: 911هـ، دار الفكر –بيروت– لبنان، 1424هـ– 2004م. 181/1.

6 الفروق للقرافي 48/4.

7 غياث الأمم للجويني. غياث الأمم في التياث الظلم لأبي المعالي عبدالملك الجويني ت: 478هـ ، ت/هبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، ط/الثانية، 1401هـ. 198.

8 حاشية ابن عابدين 422/5.

9 حاشية الدسوقي 375/1 .

10 ينظر حاشية الدسوقي 375/1 .

11 حاشية الدسوقي 512/1.

12 بلغة السالك حاشية الصاوي 442/1.

13 أخرجه عبدالرزاق في المصنف. المصنف لأبي بكر بن همام الصنعاني ت211هـ، ت/ مركز البحوث بدار التأصيل، دار التأصيل –القاهرة– مصر، ط/ الأولى، 1436هـ–2015م. 201/8.

14 رواه وكيع في أخبار القضاة. أخبار القضاة لأبي بكر محمد بن خلف البغدادي المعروف بوكيع ت: 306هـ، صححه وعلق عليه وخرّج أحاديثه: عبدالعزيز مصطفى المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، بشارع محمد علي بمصر، ط/الأولى، 1366هـ=1947م. 299/1.

15 أخبار القضاة لوكيع 404/2.

16 شرح حدود ابن عرفة للرصاع. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، لأبي عبدالله محمد بن قاسم الرصاع التونسي ت:984م، المكتبة العلمية، ط/الأولى، 1350هـ. 528.

17 ينظر أحكام التركات والمواريث للشيخ محمد أبو زهرة 230.

18 أحكام القرآن للجصاص 206/1.

19 ينظر أحكام القرآن للجصاص 206/1.

20 المحلى لابن حزم 353/8.

21 أحكام القرآن للجصاص 206/1.

22 الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد البغدادي، الشهير بالماوردي 450هـ، ت/ علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الفكر ــ بيروت، ط/ الأولى، 1419 هـ – 1999 م، 69/8.

23 – تفسير الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس 204هـ، ت/ د. أحمد الفرَّان، دار التدمرية، السعودية ، ط/الأولى، 1427 – 2006 م. 267/1 .

24 – تفسير القرآن العظيم لابن أبي حاتم الرازي 327هـ ، ت/ أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، ط/ الثالثة – 1419 هـ ، 299/1.

25- ينظر تفسير القرآن العزيز لأبو عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بابن أبي زَمَنِين المالكي399هـ ، ت/ أبو عبد الله حسين بن عكاشة – محمد بن مصطفى الكنز، الفاروق الحديثة – مصر/ القاهرة، ط/الأولى، 1423هـ – 2002م. 199/1.

26- أخرجه أبو داود في سننه عن أبي أمامة ﷺ ، باب ما جاء في الوصية للوارث، رقم(2870) 114/3. وصححه الألباني.

27- الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد البغدادي، الشهير بالماوردي 450هـ، ت/ علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الفكر ــ بيروت، ط/ الأولى، 1419 هـ – 1999 م، 185/8، 186.

28- أخرجه الديلمي في الفردوس موقوفاً عن جابر ﷺ بلفظ: « من مات من غير وصية لم يؤذن له في الكلام إلى يوم القيامة». الفردوس بمأثور الخطاب لأبي شجاع الديلمي، ت/ السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية ط/الأولى ، 1406هـ – 1986م. 505/3.

29- أخرجه مسلم في صحيحه عن عبدالله بن عمر ﷺ في كتاب الوصية برقم (1627) 265/3.

30- ينظر الحاوي الكبير للماوردي 185/8.

31- المحلى بالآثار لابن حزم، أبو محمد علي الظاهري ت456هـ، دار الفكر – بيروت– لبنان، بدون ط ولا تاريخ. 421/6.

32- تفسير الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ت:310، ت/ أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط/الأولى، 1420هـ– 2000م. 385/3.

33- تفسير الطبري 385/3.

34- المحلى لابن حزم 353/8.

35- ينظر تفسير الطبري 385/3.

36- المحلى بالآثار لابن حزم، 351/8، 352.

37- المحلى لابن حزم 353/8.

38- الحاوي الكبير للماوردي 188/8، 189.

39- أحكام القرآن لابن العربي. أحكام القرآن للقاضي أبي بكر محمد بن عبدالله بن العربي المعافري، ت:543، ت/علي البجاوي، عيسى البابي الحلبي، مصر، ط/ الثالثة، 1392هـ- 1972م. 113/1.

40- أحكام القرآن لابن العربي 114/1.

41- أحكام القرآن للجصاص. أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ت:370هـ، ت/ محمد القمحاوي، دار إحياء التراث العربي-بيروت-لبنان،1405م. 202/1، 203.

42- المحلى لابن حزم 351/8، 352.

43- ينظر مقال منشور في موقع ليبيا المستقبل بعنوان: (الوصية الواجبة بين اجتهاد التضييق واجتهاد التوسعة) للدكتور/عبدالباري التربل، بتاريخ 2017/6/10م.
http://www.libya-al-mostakbal.org/top/25191/الوصية-الواجبة-بين-اجتهاد-التضييق-واجتهاد-التوسعة