

الطلاق بالإيلاء

بين أحكام التشريع الإسلامي والقانون

د . إلفات ربيحة.

- جامعة الجزائر-1

تمهيد:

كان الإيلاء في الجاهلية طلاقا، ولما جاء الإسلام جعله يمينا، فالرجل إذا حلف على أن لا يجمع زوجته كان فيه من الظلم والضرر للزوجة مما لا يحتمل لأن الحياة الزوجية تقوم على التعاطف والتحاب ولا يكون هذا في حال هجر الزوج زوجته، ولهذا فقد وضع الشارع أحكاما تنصف المرأة المظلومة من جراء هذا التعسف، فأوجب على الزوج أن يعود إلى زوجته بعد أن يكفر عن يمينه.

وقد اختلفت المذاهب في الإيلاء، هل تقع به الفرقة بمجرد مضي أربعة أشهر على اليمين، أم لا بد من الطلاق؟ وما هي المدة التي حددها الشارع حتى تعتبر اليمين إيلاء؟ نتعرض للإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها أثناء بحثنا لموضوع الإيلاء في النقاط التالية:

- تعريف الإيلاء لغة وشرعا مع ذكر آراء الفقهاء - حجية الإيلاء - صفته الشرعية - حكمه - أحكامه - شروطه - أركانه - مدته - خلاصة الطبيعة القانونية وموقف المشرع الجزائري ، آثاره .

المبحث الأول : تعريف الإيلاء

تعريف الإيلاء لغة :

هو مصدر مشتق من الفعل آلى - والمضارع منه . يولي - هذا إذا كان مجردا، فإن كان مزيدا، جاء على الصورة التالية : تآلى ، تآليا . وإئتلى - يأتلى - إئتلاء .

- وقد ذكره القرآن الكريم في قوله تعالى: وَلَا يَأْتِلِ أَوْلُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ⁽¹⁾ وهو يفيد الامتناع والعزم على ما يجري مجراه الانقطاع والهجر.

- آلى - يؤلى : بمعنى الحلف (إذا حلف الزوج) .

- والآلية - اليمين - وهو إيلاء وألية - والجمع أليا .

تعريفه اصطلاحا:

يمكن تعريف الإيلاء شرعا بأنه: الحلف على عدم قربان الزوج زوجته وهو الامتناع باليمين أو القسم على عدم قربان الزوجة، يستوي في ذلك اليمين بالله، أو الصوم، أو الصدقة أو الطلاق أو غير ذلك.

وقد كان الرجل في الجاهلية، يحلف أن لا يقرب زوجته السنة والسنتين، والأكثر من ذلك يقصد الإضرار بها، فيتركها معلقة، لاهي زوجة ولا هي مطلقة.

فأراد الله سبحانه وتعالى أن يضع حدا لهذا العمل الضار فحدده بمدة أربعة أشهر، يتروى فيها الرجل، عله يرجع إلى رشده، فإن رجع في تلك المدة، أو في آخرها بأن حنث في اليمين، ولامس زوجته، وكفر عن يمينه فيها، وإلا طلق.

بعد التعريفين اللغوي والاصطلاحي للإيلاء، نحاول التعرض إلى آراء الفقهاء طبقا للمذاهب الإسلامية بشأن مفهوم الإيلاء، حيث تضاربت آراؤهم في تعريفهم للإيلاء لكنهم استقروا على رأي واحد هو حلف الرجل باليمين على عدم قربان زوجته وسندرج هذه الآراء باختصار فيما يلي:

1 - سورة النور- الآية 22.

المذهب الحنفي : جاء في فتح القدير¹ : هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو ما ينشأ به من القرآن وهو أولى من قوله في الكفر، الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر، لأن مجرد الحلف يتحقق في نحو قوله : إن وطئتك فله عليّ أن أصلي ركعتين أو أغزو .

ولا يكون موليا بذلك لأنه ليس مما يشق في نفسه وإن تعلق إشقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل، بخلاف إن وطئتك فعليّ حج أو صيام أو صدقة، فالمولى حينئذ من لا يخلو على أحد المكروهين من الطلاق أو لزوج ما يشق عليه، وهو أولى من قولهم: من لا يخلو على أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو أن قربتك فعبده حر، أو فلانة طالق .

قال صاحب المبسوط² في الشريعة هو عبارة عن يمين يمنع جماع المنكوحة.

وعرفه الجصاص من الحنفية بأنه : الحلف على ترك الجماع الذي يكسب الطلاق بمضي المدة .

وقال أبو حنيفة: إن حلف بطلاق أو عتاق أو حج أو عمرة أو صيام فهو إيلاء، فإن حلف بنذر صلاة، أو بأن يطوف أسبوعا أو يسبح مائة مرة فليس موليا، وهذا كلام يغني سماعه . تكلف الرد عليه ، يضيف الإمام أبو حنيفة .

ويرى أبو محمد أن الله تعالى ذكر الإيلاء من نسائهم دون توقيف، ثم حكم بالتوقيف، والتريص أربعة أشهر، ثم حكم بعد انقضاء الأربعة أشهر بإلزام الفيئة أو الطلاق .

أما من قال: الإيلاء إلا ما كان في غضب، وهذا ما روي عن علي بن أبي طالب وسعد بن منصور وغيرهما. وقال صاحب البناية في شرح الهداية: الإيلاء شرعا هو الحلف على ترك قربان المنكوحة، على ترك أربعة أشهر فصاعدا .

1- البناية ، شرح الهداية ، 4/633 .

2- الإمام سحنون - المدونة الكبرى ، 2/320-321

المذهب المالكي:

جاء في المدونة الإيلاء هو الامتناع عن فعل الشيء أو تركه باليمين، ويعرف أيضا بأنه: الحلف على اعتزال الزوجات وترك جماعهن، حيث ذكره الله في كتابه ونص على الحكم فيه، وأصل ذلك أن الرجل لوقال: إن قربتك أنا زان ويقسم على ذلك - أيكون موليا أم لا ؟ قال مالك: من قال أنا زان إن فعلت كذا فليس بحالف .

وجاء في الموطأ: قال مالك : في الرجل يولي من امرأته، فيوقف فيطلق، عند انقضاء الأربعة أشهر، ثم يراجع امرأته فإن لم يصحبها حتى تنقضي عدتها، فلا سبيل له إليها، ولا رجعة له عليها، إلا أن يكون له عذر من مرض، أو ما أشبه ذلك من العذر.

وجاء في بداية المجتهد الإيلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يوطأ زوجته، إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر، أو أربعة أشهر.

المذهب الشافعي :

جاء في زاد المحتاج بشرح المنهاج⁽¹⁾ هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقا أو فوق أربعة أشهر .

جاء في مغني المحتاج⁽²⁾ الإيلاء هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع «عن زوجته» مطلقا أو فوق أربعة أشهر .

جاء في المجموع للإمام زيد⁽³⁾: الإيلاء القسم وهو الحلف، فإذا حلف الرجل أن لا يقرب امرأته أربعة أشهر أو أكثر من ذلك فهو مول، وإن كان دون الأربعة أشهر، فليس بمول .

1- زاد المحتاج بشرح المنهاج ص 3/37.

2- مغني المحتاج- ص 3/343.

3 - الإمام زيد، المجموع ص 4/186.

وجاء في شرح المذهب النووي: لا يصح الإيلاء إلا على ترك الوطء، لأن الإيلاء هو اليمين التي يمنع بها نفسه من الجماع⁽¹⁾ بقصد الإضرار بها بترك الوطء .

وجاء في حاشية الشرقاوي⁽²⁾: هو حلف زوج يتصور وطؤه ويصح طلاقه ولو سكرانا على امتناعه من وطء زوجته التي يتصور وطؤها مطلقا أو فوق أربعة أشهر .

المذهب الحنبلي :

جاء في المغني⁽³⁾ الإيلاء هو الحلف على ترك الوطء ، فإن تركه بغير يمين لم يكن موليا، لأن الإيلاء الحلف.

جاء في كشف القناع⁽⁴⁾: حلف زوج يمكنه الجماع، بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، ولو قبل الدخول في قبل أبدا، أو أكثر من أربعة أشهر أو ينوبها.

وعرفه العلامة الهوتي -في النهاية في مجرد الفقه⁽⁵⁾ - : جمع أركان الإيلاء في شروطه.

وبهذا يكون قد اتفق مع المالكية والشافعية في مدة الإيلاء المعتبرة شرعا إذا كان

تحديد من المولى

ويضيف ابن قدامة⁽⁶⁾: المولى هو الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يوطئ زوجته أكثر من أربعة أشهر، أما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا، كأن حلف بطلاق أو صدقة المال أو الظهار ففيه روايتان.

1- النووي، المجموع شرح المذهب ص 19/09.

2 - حاشية الشرقاوي- ص 2/311.

3- ابن قدامة ، المغني ، ص 502 /8

4 - كشف القناع على متن الإقناع ، ص 353 /5

5 - النهاية في مجرد الفقه - ص 353

6- ابن قدامة - المغني - 502 - 503 /8

1 - لا يكون موليا، وهو قول الشافعي كما سبق بيانه.

2 - والرواية الأخرى هو مول.

ويؤيد الإمام أحمد، أن الزوج بعد مضي الأربعة أشهر، إما يفىء أو يطلق، فابن قدامة لم يحدد المدة بينما كتب الحنابلة الأخرى ذكرت المدة.

المبحث الثاني: حجية الإيلاء

المطلب الأول: القرآن الكريم.

الأصل في الإيلاء قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ^٨ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ^(١)﴾.

بينت الآيات الكريمة حكم الإيلاء، ونسخت ما كان عليه العرب في الجاهلية حيث أنهم كانوا يطلقون بالإيلاء، فجعلت هذه الآية الكريمة أربعة أشهر لمن يؤلي من امرأته أقصى ما أن تصبر عليه المرأة.

ويمكن للمولي أن يحنث خلال هذه المدة ويكفر عن يمينه ليعود إلى زوجته التي طلقها بترك حقوقها. فإن فاء الرجل وعاد إلى زوجته فإن الله غفور رحيم له، لأن الفئنة توبة واستغفار لما أقدم عليه، وإن عزم الطلاق فيراقب وليخشى الله فيما يفعل، لأن الله سميع عليم^(٢).

سبب النزول:

كان إيلاء الجاهلية السنة و سنتين وأكثر من ذلك، فقد حدد الله عز وجل المدة بأربعة أشهر، فإن كان إيلاء أقل من أربعة أشهر، فليس بإيلاء.

1- سورة البقرة-الآيتان 226/227.

2 - ابن الهمام -فتح القدير، - 3 / 233.

قال الشافعي: سمعت أهل العلم بالقرآن يقولون: كان أهل الجاهلية يطلقون بثلاث تطليقات الإيلاء، والظهار في القرآن، ما أخرج سعيد بن منصور، والطبراني والبيهقي، عن ابن عباس رضي الله عنه-قال: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك، فوقت الله له أربعة أشهر، فإن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء.

المطلب الثاني: السنة النبوية :

بعد التعرض إلى المصدر الأول للتشريع الإسلامي وهو القرآن الكريم وما ذكر بشأن الإيلاء، نتعرض إلى المصدر الثاني وهي السنة النبوية فقد جاء في الحديث الشريف: «ومن يتآل على الله يكذب به»¹

وذكر الشوكاني في فتح القدير²: قال ابن عباس: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين، وأكثر من ذلك، يقصدون بذلك إيذاء المرأة والإساءة إليها.

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: آلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه وجرم، فجعل الحرام حلالا. وجعل اليمين كفارة. رواه الترمذي وأصحابه .

1 - فهذا الحديث دليل على جواز حلف الرجل على اعتزال زوجته، وليس فيه تصريح بالإيلاء المعروف في حكم الشرع وهو الحلف عن عدم وطء الزوجة .

2 - وهو دليل على إيلاء رسول الله e واختلفت الروايات في سبب ذلك.

قال أبو الضحى: حدثنا ابن عباس قال: أصبحنا يوما ونساء النبي صلى الله عليه وسلم يبكين عند كل امرأة منهن أهلها، فدخلت المسجد فإذا هو ملآن من الناس قال: فجاء عمر رضي الله عنه فصعد إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو في علية له فسلم عليه فلم يجبه أحد، ثم سلم فلم يجبه ، ثم سلم فلم يجبه أحد، ثم رجع فنادى بلالا فدخل على النبي صلى الله عليه وسلم فقال: أطلقت نساءك؟ فقال: لا، ولكني آليت منهن شهرا، فمكث تسعا وعشرين ثم نزل فدخل على نسائه، فنادى بلالا. المشهور أنه

1- النووي -كتاب المجموع شرح المذهب - ، 4/ 19 .

2- ابن الهمام ، فتح القدير، مرجع سابق، 3/ 233 .

صلى الله عليه وسلم استأذن. بواسطة عبد له، أي بواسطة استئذان ذلك العبد له.

- آليت: أي حلفت من الدخول عليهن، وهذه ليس من باب الإيلاء المؤدي إلى الطلاق.

المطلب الثالث : صفة الإيلاء الشرعية.

بعد التعرض للتعريفين اللغوي والشرعي وطرح آراء الفقهاء من المذاهب الإسلامية الأربعة وغيرهم. نتطرق إلى صفة الإيلاء الشرعية وما قيل بشأنها، فالإيلاء فيه ظلم وإيذاء للمرأة، ولهذا فإنه حرام، حيث يمنع الزوج عن زوجته حقا ثبت لها بموجب عقد الزواج.

- جاء في فتح القدير(1). الإيلاء يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء.

- جاء في الإنصاف . الإيلاء محرم في ظاهر كلام الأصحاب، لأنه يمين على ترك واجب.

- جاء في مغني المحتاج(2) وهو حرام للإيذاء.

المطلب الرابع : حكم الإيلاء.

الإيلاء جائز لتأديب الزوجة لذا كان أقل من أربعة أشهر، ولقد آلى صلى الله عليه وسلم من نسائه شهرا كاملا، لقوله تعالى : لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ^٨ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ⁽³⁾. ويحرم إن كان للإضرار بالزوجة، لا لقصد تأديبها لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار»، فإذا حلف أن لا يقرب زوجته، فإن مسها في الأربعة أشهر انتهى الإيلاء ولزمته كفارة اليمين. وإذا مضت المدة ولم يجامعها، فيرى جمهور الفقهاء أن الزوجة تطالبه، إما بالوطء، وإما بالطلاق إن امتنع عنها.

1- ابن الهمام، فتح القدير، ص 3/ 182.

2- مغني المحتاج – ص 3/ 343.

3-سورة البقرة- الآية 226 - 227.

- يرى الأحناف: أنه إذا مضت المدة ولم يجامعها فإنها تطلق طلاقاً بائناً بمجرد مضي المدة، ولا يكون للزوج حق المراجعة لأنه أساء في استعمال حقه، بامتناعه عن الوطء بغير عذر، ففوت حق زوجته وصار بذلك ظالماً لها.

- ويرى مالك: للحاكم أن يطلق عليه دفعا للضرر عن الزوجة ويضيف الإمام مالك: أن الزوج يلزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بترك الوطء وإن لم يحلف على ذلك لوقوع الضرر في هذه الحال، كما هو واضح في حالة اليمين.

- ويرى الشافعي وأحمد وأهل الظاهرية، أن القاضي لا يطلق، وإنما يضيق على الزوج ويحبسه حتى يطلقها بنفسه.

المبحث الثالث: شروط الإيلاء

تتمثل شروط الإيلاء فيما يلي:

- الهجر في المضجع لا يكون إلا بسبب التأديب وهذا لا يحتاج إلى أربعة أشهر، إلا إذا كان إهمالاً للزوجة، ففي هذه الحالة لها أن ترفع دعوى إلى القاضي تطلب إزالة الضرر، متوخاة أن يرجع الزوج إلى رشده.

- أو بسبب اليمين والعزم على عمل أو على الامتناع عنه، وهذا يكون إيلاءً وعلى ذلك، فالإيلاء الذي بيناه، وذكرنا أحكامه بحيث يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية، وإلا فإنه لا يقع وهذه الشروط هي:

1. أن يحلف الرجل بالله أو بصفة من صفاته، كأن يقول: والله أو أقسم بالله، أو برب الخلق... الخ. فإن أقسم مثلاً: برأس أبيه أو بشيء آخر، فلا يكون هذا إيلاءً، لأنه ليس يميناً إطلاقاً.

2. أن يحلف على مدة لا تقل على أربعة أشهر، فإن قلت فلا يطالب بشيء باتفاق الفقهاء. غير أنهم اختلفوا في الاكتفاء بالأربعة أشهر، أو الزيادة عليها.

o فقال الحنفية أن يحلف على أربعة أشهر، فإن قلت فلا يطالب بشيء.

o وقال الإمام مالك: أن المدة يجب أن تكون إما أكثر من أربعة أشهر، أو مطلقة غير محددة أو مضافة إلى زمن معين، وذلك ابتداء من تاريخ النطق باللفظ إلى نهاية الأربعة أشهر، وليس من تاريخ رفع الزوجة دعواها إلى المحكمة لطلب التطليق.

فإن أنكر أمام هيئة المحكمة، فبامتناعه هذا يكون موليا، فالغرض لا يخرج من أحد أمرين .

- إما أن يكون صادقا في أقواله، فلم يقرها لمرض أو ضعف خشن، وكان يعالجه سرًا عليها، وهذه الحال يطالب فيها بشيء غير الإعلان سبب الامتناع عن جماعها ليتضح الأمر للمحكمة، فإن قبلت عذره لمرض أو غير ذلك، أمرت الزوجة بالصبر حتى يزول هذا المرض أو المانع الشرعي.

- وإن رأتها المحكمة مهملًا لزوجته، أمرته بالعودة إليها، فإن امتنع ولم يعد ومرت مدة الأربعة أشهر، طلقها القاضي عليه، لأنه يهجرها في المضجع فوق الأربعة دون إيلاء، وكان مضرا بزوجه وظالما لها فوجب رفع هذا الظلم والإيذاء.

وقد يكون كاذبا ويخبر المحكمة أنه لم يكن موليا بحيث أنه إن كان قد حلف وعاد إلى زوجته كان حائثا وتلزمه الكفارة، فإن لم يمثل لقي جزائه يوم القيامة.

3. أن تربطه بالزوجة المولي منها رابطة زوجية صحيحة قائمة وقت الإيلاء، فلا يصح للرجل أن يولي من امرأة أجنبية عنه، إما لعدم قيام الرابطة الزوجية الشرعة أصلا، أو لأنه كان قد طلقها طلاقا بائنا أو رجعيًا وانتهت عدتها فيه .

المبحث الرابع: أركان الإيلاء

لتحقق الإيلاء لابد من توافر الأركان التالية :

1. حالف

2. محلوف له

3. محلوف عليه

4. زوجة

5. صيغة

6. مدة

المطلب الأول : حالف.

يصح الإيلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطاء ، لقوله تعالى ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ﴾.

أما الصبي والمجنون فلا يصح الإيلاء منهما، لقوله e « رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يعقل (يفيق)، وعن النائم حتى يستيقظ »¹ ولأنه قول يختص بالزوجة فلم يصح من الصبي و المجنون كالطلاق. أما من لا يقدر على الوطاء (العاجز عليه)، فإن كان السبب يزول كالمرضى والمحبوس صح إيلاؤه، وإن كان السبب لا يزول، كالمجنون الدائم وغير ذلك من الموانع ففيه قولان:

o يصح إيلاؤه، لأن من صح إيلاؤه إذا كان قادرا على الوطاء، صح إيلاؤه إذا لم يقدر كالمرضى والمحبوس.

o أما الرأي الثاني فإنه لا يصح إيلاؤه، لأنه يمين على ترك ما لا قدرة له عليه، ولذا لم يصح كما لو حلف عن الامتناع عن القيام بفعل ما، ولأن القصد من الإيلاء أن يمنع نفسه من الجماع باليمين، وذلك لا يصح ممن لا يقدر عليه لأنه ممنوع من غير يمين، بخلاف المريض والمحبوس لأنهما يقدران عليه إذا زال المرض والحبس. فصح منهما المنع من باليمين، أما الم محبوب والأشمل فلا يصح منهما لأنهما لا يقدران عليه .

- قال الأحناف والجعفرية: يجوز الإيلاء من كل زوج ولو كان غير قادر على الوطاء فجاء في الروضة البهية¹: ويصح الإيلاء من الخصي والمحبوب وفيؤه العزم على الوطاء .
أما المالكية والشافعية والحنابلة وأيضا الإباضية، يشترطون في الزوج أن يكون قادرا على الوطاء، لأن الإيلاء معناه الحلف على ترك الجماع، فإذا كان الزوج عاجزا عن قربان امرأته فلا تنعقد اليمين.

وقال الشافعي: لا يلزم الإيلاء إلا زوجا صحيح النكاح أما فاسد النكاح فلا يلزمه إيلاء، هذا بالنسبة للمحبوب ثم أضاف الشافعي: وإذا آلى الخصي والمحبوب من امرأته، وقيل له - فيء بلسانك لا شيء عليه لأنه ممن لا يجامع مثله، وإنما الفيء الجماع وهو ممن لا يجامع.

أما إن تزوج رجل امرأة ثم آلى منها، ثم خصي ولم يجب كان كالفحل وإن وجب كان لها الخيار، أما البقاء معه أو الفراق بينهما، فإذا طلبت الوقف، يقال له، فيء بلسانك، لأنه ممن يجامع.

-أما بالنسبة للمريض ففيه أقوال مختلفة .

- المرض الذي يمنع الوطاء.

- والمرض الذي لا يمنع الوطاء .

- لا يعتبر إيلاء إلا إذا زال المرض الذي يمنع الجماع، فإذا زال واستمر في الإيلاء يعتبر موليا. وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه .

أما الكافر اختلف بشأنه الفقهاء على الآراء التالية:

قال فريق من الفقهاء يصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم، إذا تقاضى إلى المسلمين، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن المسلم لم ينقطع إيلاؤه .

- وروي عن الإمام مالك قوله: إن أسلم سقط حكم يمينه .

- وروي عن أبي يوسف ومحمد بن الحسن إن حلف بالله لم يكن مولياً، لأنه لا يحنث إذا جامع لكونه غير مكلف، وأن كانت يمينه بطلاق أو عتاق، فهو مول يصح عتقه وطلاقه.

المطلب الثاني: المحلوف به .

اتفق الفقهاء على أن المحلوف به وهو الركن الثاني من أركان الإيلاء يكون بالله سبحانه وتعالى، أو باسم من أسمائه، أو بصفة من صفاته.

وقال ابن قدامة⁽¹⁾ لا خلاف بين أهل العلم في ذلك، وجاء عن الإمام الشافعي قوله: اليمين التي فرق الله تعالى كفارتها اليمين بالله عز وجل ولا يحلف بشيء دون الله تبارك وتعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم: « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حلفاً فيحلف بالله أو ليصمت ».

فمن حلف بالله عز وجل فعليه الكفارة إذا وجبت، ومن حلف بغير الله تعالى فليس بمولى ولا كفارة عليه .

ومن حلف باسم من أسماء الله تعالى فعليه الكفارة كما لو حلف بالله عز وجل وجب عليه الكفارة وإذا قال الرجل لإمرته والله لا أقربك فإذا أراد اليمين فهو مول، وإن لم يرد اليمين فليس بمول لأنها ليست بظاهر اليمين.

وإذا قال مثلاً ورب الكعبة أو ورب الناس أو ربى أو رب كل شيء أو قال مثلاً ومالك كل شيء لا أقربك فهو في هذه الحالة مولى، ولكن إذا قال أقسم بالله لا أقربك فهو مول.

المطلب الثالث: المحلوف عليه:

المحلوف عليه في الإيلاء هو عدم قربان الزوج زوجته سواء في ذلك مصلحة للزوجة أو الزوج أو كليهما معاً.

1 - ابن قدامة - المغني - 502 / 8 .

فقال الحنفية: إن كان لعدم الوطء مصلحة للزوجة ففي اعتباره الإيلاء رأيان:

1. إذا حلف أن لا يوطأ زوجته ما دامت ترضع أو تطفم ولدها، أو طلبه مدة الرضاع فلا إيلاء عليه عند مالك.

2. وقبلت يكون موليا وهناك من أنه لا يكون موليا.

وقيل هو مقيد فيما إذا قصد بترك الوطء إصلاح الولد أولم يقصد شيء، فإن قصد بحلفه مجرد الامتناع عن الجماع فهو مول، وقد روي عن علي ابن أبي طالب: ليس في إصلاح الولد إيلاء (1)

- أما بقية المذهب فلم يفرق بين قصد الإصلاح وغيره .

- جاء في المحلى: الإيلاء أن يحلف أن لا يوطأ امرأته سواء في غضبه أو الإصلاح أو غيره بخلاف ابن عباس الذي قال: الإيلاء ما كان في الغضب.

وذكر ابن قدامة في المغني: أما إذا حلف أن لا يوطأها حتى تطفم ولده فإذا أراد وقتا للفظام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مول. فإذا أراد قصد الفطام فقط لم يكن موليا، لأنه ممكن قبل أشهر فليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن موليا.

المطلب الرابع: الزوجة

يشترط في الزوجة المولى منها أن تكون للمولى بنكاح صحيح، فلا يكون إيلاء للأجنبية عنه أو بنكاح فاسد. فلو حلف على أن لا يوطأ أجنبية فلا إيلاء.

أما إذا طلقت طلاقا رجعيا، اختلف الفقهاء في الإيلاء منها هل ينعقد الإيلاء أم لا ينعقد ؟

وسبب خلافهم هو الخلاف حول الطلاق في العدة، فمنهم من قال: أن الطلاق يتبع الطلاق، قال: يقع الإيلاء على المطلقة رجعيا، ومن قال أن الطلاق لا يتبع الطلاق، قال لا إيلاء على المطلقة رجعيا .

1-(١) ابن قدامة، المغني، 524/8.

وكذلك اختلفوا في الصغيرة التي لا تطيق الوطء، والمصابة بعيب جنسي يحول دون الاتصال، هل تنعقد اليمين عليها أم لا؟ فقال الشافعية: لو آلى من رتقاء أو قرناء لم يصح الإيلاء على رأي المذهب لأنه لا يتحقق منه قصد الإيلاء والإضرار لامتناع الأمر في نفسه.

وقال الحنابلة في المغني: أما الرتقاء والقرناء فلا يصح الإيلاء منهما لأن الوطء متعذر أصلاً ودائماً فلم تنعقد اليمين على تركه.

أما بشأن الصغيرة فقد اتفق الفقهاء على وقوع الإيلاء من الكبيرة، وأما الصغيرة فتضاربت بشأنها الآراء.

وقال الإمام مالك لا إيلاء من صغيرة لم تبلغ، فإن آلى منها ثم بلغت لا إيلاء من يوم بلوغها.

جاء في المحلى: والعبد والحر في الإيلاء إذا آلى كل واحد منهما من زوجته الحرة أو الأمة المسلمة أو الذمية، الكبيرة أو الصغيرة سواء في كل ما ذكر. لأن الله عز وجل عم ولم يخص ﴿وما كان ربك نسيا﴾.

وقال الأحناف في تبين الحقائق أثناء مناقشة من اشترط في الزوجة ألا تكون رتقاء، قال: ولأن النص يقتضي صحة الإيلاء في النساء مطلقاً غير مقيد بوصف القدرة على الجماع.

وقال القاضي من الحنابلة: إذا كانت الصغيرة بنت سبع سنين لم يكن مولياً لأن حملها ممكن، ويرى كافة أصحاب أحمد عدا القاضي وأبا الخطاب، كما يصح عن ابن قدامة: إن قال الزوج والله لا وطئت حتى تحبلي فهو مول، لأن حبليها بغير وطئه مستحيل عادة، وهذا ما اختاره ابن قدامة واستدل عليه بقوله تعالى عن مريم ﴿أَنِّي يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ بَغِيًّا﴾. وقولهم ﴿يَا أُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ بَغِيًّا﴾. ولو لا استحالة ذلك لما نسبوه إلى البغاء لوجود الولد وقول عمر رضي الله عنه: الرجم حتى على من زنى وقد أحصن إذا قامت عليه البينة أو كان الحبل أو الاعتراف.

إلا أنه رد على كلامهم هذا مكان حدوث الحبل باستحالة المني ومن ثم لا يكون مواليا.

المطلب الخامس: الصيغة: الصيغة وهي من الأركان الهامة للإيلاء وهي ثلاثة أقسام.

1. ما هو صريح في الحكم والباطن جميعا هو على ألفاظ ثلاثة منها: كقوله والله لا أتيناك - لا أولج (لا أغيب) ولا أبضعتك للذكر صريحة ولا يدين فيها لأنها لا تحتل غير الإيلاء.

2. اللفظ الثاني صريح في الحكم ويدين فيها بينه وبين الله تعالى وهي: لا وطئت - لا جامعتك - لا أصبتك - لا باشرت - لا مسستك - لا قربتك - لا أتيتك - لا باضعتك - لا باعلتك - لا اغتسلت منك، فهي عشرة ألفاظ صريحة في الحكم لأنها تستعمل في العرف في الوطء. وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله تعالى: ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن، فإذا تطهرن فأتوهن﴾ وقال تعالى ﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾ وقال تعالى ﴿من قبل أن تمسوهن﴾.

أما الجماع والوطء فهما أشهر الألفاظ في الاستعمال فلو قال: أردت بالوطء، الوطء بالقدم، وبالجماع اجتماع الأجسام، وبالإصابة الإصابة باليدين، بقي ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف.

وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع من هذه الألفاظ، فقال في موضع، ليس بصريح في الحكم لأنه حقيقة في غير الجماع، وقال في لفظ - لا باضعتك - ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين - البضعة من البدن بالبضعة منه، فإن النبي e قال: «فاطمة بضعة مني» واللفظ مستعمل في الوطء عرفا وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع.

وكونه حقيقة في غير الجماع يبطل بلفظه الوطء والجماع. وكذلك قوله فارقتك وسرحتك في ألفاظ الطلاق فإنهم قالوا هي صريحة في الطلاق مع كونها حقيقة في غيره، وأما قوله: باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء وهو أولى أن يكون صريحا من سائر الألفاظ لأنها تستعمل في غيره وهذا قال الإمام أبو حنيفة.

3. ما لا يكون إيلاء وهو ما عدا هذه الألفاظ مما يحتمل الجماع كقوله: والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء - لا أقربت فراشك لا أويت معك، فمثل هذه الألفاظ وغيرها إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا، لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور الألفاظ السالفة الذكر، ولم يرد النص باستعمالها فيه، إلا أن هذه الألفاظ منقسمة إلى ما يفتقر فيه إلى نية الجماع والمدة معا فلا يكون موليا حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك، وفي سائر هذه الألفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط.

وإن قال: والله ليطولن تركي لجماعك أو لوطئتك، أولا أصبتك، فهذا صريح في ترك الجماع. تعتبر نية المدة دون نية الوطء لأنه صريح في، وإن قال والله لا جامعتك إلا جماعا ضعيفا، لم يكن إلا أن ينوي كاملا .

وإن كان له زوجتان، وقال لإحدهما والله لا وطئتك ثم قال للأخرى: أشركتك لصار موليا من الثانية، لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة والاشتراك بينهما كناية، فلم يصح به اليمين .

- وقال القاضي لم يكن موليا منهما، وإن قال: إن وطئتك فأنت طالق، ثم قال للأولى أشركتك معها ونوى طلاقا فقد صار طلاق الثانية معلقا على وطئها أيضا لأن الطلاق يصح بالكناية.

- فإن قلنا أن ذلك إيلاء في الأولى، صار إيلاء في الثانية لأنها صارت في معناها وإلا فليس بإيلاء في واحدة منهما.

المطلب السادس : مدة الإيلاء.

روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال 1: كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك فحدده الله بأربعة أشهر، فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء ولأنه ليس في النص شرط الأبد فيلزمه إثبات حكم الإيلاء في حق الطلاق

1- الكاساني - بدائع الصنائع - - 3/172 .

عند تربص أربعة أشهر، فلا يجوز الزيادة إلا بدليل والإمام الشافعي كلامه مبني على حكم الإيلاء في حق الطلاق.

- وحسب الكاساني، إذا مضت الأربعة أشهر تبين عنه، أما عند الإمام الشافعي لا تبين بل يوقف عند مضي هذه المدة، ويخير بين الفء والتطليق، فلا بد وأن تزيد المدة على أربعة أشهر.

ويذكر المسألة في بيان حكم الإيلاء، وسواء كان الإيلاء في حال الرضا أو الغضب، أو أريد به إصلاح ولده في الرضاع أو الإضرار بالمرأة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم، وهو الصحيح لأن نص الإيلاء لا يفصل بين حال وحال.

- أما مدة إيلاء الأمة كمدة إيلاء الحرة واحتج بقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَبْرُصَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ من غير فصل بين الحرة والأمة، وهذا رأي الإمام الشافعي، أما حسب الكاساني، فمدة إيلاء الأمة المنكوحة شهران فصاعداً، ويضيف الكاساني أن مدة الإيلاء ضربت أجلاً للبينونة، فأشبهه مدة العدة فينتصف بالرق كمدة العدة، وضربت لإظهار ظلم الزوج بمنع حقها من الجماع في المدة. وهذا يوجب التسوية بين الحرة والأمة كأجل العنين، ويرى الإمام مالك ومن حذا حذوه(1) أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذا كان الفء عندهم إنما هو بعد الأربعة أشهر.

أما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هي أربعة أشهر فقط إذا كان الفء عنده إنما هو فيها(2). ويرى سعيد بن جبيرة والأوزاعي: أنه لا يكون مولياً حتى تزيد المدة على الأربعة أشهر، وبهذا قال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل والجعفرية(3).

وذهب الحسن وابن أبي ليلى إلى أنه إذا حلف وقتاً ما وإن كان أقل من أربعة أشهر كان مولياً يضرب له الأجل إلى انقضاء الأربعة أشهر من وقت اليمين.

0-1 - الإمام ابن سحنون - المدونة الكبرى - 2/324

0-2 - ابن رشد - بداية المجتهد - 2/101 .

0-3 - المرادوي - الإنصاف ، ، 9/192

وروى عن ابن عباس أن المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد، والسبب في اختلافهم في المدة، إطلاق الآية فاختلفهم في وقت الفیء وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو مجملة، وكذلك اختلافهم في صفة المولى، والمولى منها ونوع الطلاق وأمام ما عدا ذلك فسبب اختلافهم هو سبب السكوت عنها

ومدة الإيلاء في حق الأحرار العبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء، ولا فرق بين الحرية والأمة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة حسب مذهب الإمام الشافعي⁽¹⁾ وابن المنذر، وعن أحمد رواية أخرى أن مدة إيلاء العبد شهران، وهو اختيار ابن ذكروقول عطاء والزهري ومالك إسحاق لأنهم على النصف في الطلاق وعدد المذكورات وكذلك في مدة الإيلاء.

ورد في المحلى⁽²⁾: قول الحسن البصري وإسحاق أن أي مدة حلف عليها كان موليا وإن كانت يوما على أن يتركها أربعة أشهر، وبهذا القول أخذ الظاهرية.

وإن انقضت المدة وهو غائب، فإن كان الطريق آمنا فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها (العودة)، أو يحملها إليه أو يوقع الطلاق، وإن كان الطريق غير آمن، فاء فيئة معذور إلى أن يعذر فإن لم يفعل أعتد بالطلاق.

وإن انقضت المدة وادعى أنه عاجز ولم يكن قد عرف حاله أنه عنين فهذا من العيوب التي لا يقف عليها غيره فقبل قوله فيه مع اليمين، فإن حلف طولب بفيئة معذرا أو يطلق، وقيل لا يقبل قوله أنه متهم فعلى هذا يؤخذ بالطلاق، وابن آلى الم محبوب فإنه يصح إيلاؤه، أو آلى وهو صحيح الذكر وانقضت المدة وهو محبوب فاء فيئة معذور، وهو أن يقول لو قدرت فعلت، فإن لم يفئ أخذ بالطلاق، وإن انقضت المدة وهو محرم قيل له: إن وطئت فسد إحرامك، وإن لم تطأ أخذت بالطلاق، فإن طلقها سقط حكم الإيلاء، وإن وطئها فقد أوفأها حقها وفسد نسكه وإن لم يطأ ولم يطلق ففيه رأيان :

1- ابن قدامة - المغني ، ، 8/527 .

2- ابن حزم - المحلى - 10/42 .

1 - يمتنع منه بفيئة معذور إلى أن يتحلل، لأنه غير قادر على الوطء، فأشبهه المريض والمحبوس.

2 - لا يمتنع منه وهو ظاهر النص، لأنه امتنع عن الوطء بسبب من جهته.

وإن انقضت المدة وهو مظاهر فلو خير بين الظهار والطلاق، فقال: أمهلوني حتى اشتري رقبة أكفر بها أمهل. ثلاثة أيام، وإن قال أمهلوني حتى أكفر بالصيام لم يمهل لأن مدة الصيام تطول وإن أول أن يطأها قبل أن يكفر، وقالت المرأة لا أمكنك من الوطء، لأنني محرمة عليك، فليس لها أن تمتنع، فإن امتنعت سقط حقها في المطالبة.

وإن اختلف الزوجان في انقضاء المدة فادعت المرأة انقضائها، وأنكر الزوج فالقول قول الزوج لأن الأصل أنها لم تنقض، أو أن هذا الاختلاف في وقت الإيلاء، فكان القول فيه قوله، وإن اختلفا في الإصابة فادعى « الزوج أنه أصابها وأنكرت المرأة، فالحكم هنا كما سبق في العنين».

المبحث الخامس: آثار الإيلاء

إذا انعقد الإيلاء صحيحا مستوفيا لشروطه وأركانه السالفة الذكر، وفاء الزوج إلى زوجته، فجامعها بعد أن كفر عن يمينه فالأمر منتهى، أما إن استمر في هجره لها، ومضت المدة دون أن يجامعها، اختلفت آراء الفقهاء على النحو التالي:

- يرى الأحناف بمضي المدة تبين الزوجة بطلقة بائنة، دون مطالبتها الزوج أو تطلب التفريق من القاضي.

- وقال جمهور الفقهاء: إذا طالبت الزوجة بالفء بعد مرور الأربعة أشهر أو وقف الحمل، وله الخيارين أن يفء ويعود إلى زوجته، وإما أن يطلق، والطلاق في هذه الحالة يكون رجعيا.

أما الظاهرية فيرون: أنه إذا حلف الزوج على عدم قربان زوجته فالحاكم يلزمه الفء ولو لم تطلبه الزوجة.

ويمكننا أن نبحث آثار الإيلاء من خلال نقاط ثلاث وهي:

1. مطالبة الزوجة بالفيء .
2. متى يقع الطلاق بالإيلاء ؟
3. الفرقة بين الزوجين هل هي طلاقا رجعي أم بائن ؟

المطلب الأول : مطالبة الزوجة بالفيء.

قال تعالى: ﴿ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾. يفهم من معنى الآية الكريمة أن الزوج إذا آلى من زوجته، فعليه أن يعود إليها بعد أن يكفر عن يمينه، لقوله عليه الصلاة والسلام: « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا له، فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه، ولا يؤاخذ الله بتلك اليمين بل يغفر له ويرحمه ».

وحسب جمهور الفقهاء أنه إذا ما انقضت مدة الأربعة أشهر على الزوجة أن تطالب زوجها بالفيء، ولا يمكنها المطالبة بالفيء إذا ما كان بها عذر يمنع الجماع لأن الوطء ممتنع من جانبها، وليس من الزوج، فليس عليه شيء هنا .

أما إن كان العذر من جانب الزوج يمنعه من الجماع. كالإحرام أو المرض أو نحو ذلك فتطبق القاعدة ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾. وعليه أن يبرر ذلك بقوله: متى استطعت جامعتهما، لأن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الإضرار بالامتناع وقد عدل عنه.

المطلب الثاني : متى يقع الطلاق بالإيلاء.

اختلف الفقهاء في طريقة التفريق بين الزوجين على النحو التالي:

يرى أبو حنيفة وأصحابه أن التفريق يتم بمجرد مضي أربعة أشهر من غير أن يقربها، فالآية الكريمة، تدعو إلى الفيء في المدة، فإن لم يفئ إلى زوجته في المدة فقد عزم الطلاق، وفي هذه الحالة يعتبر مطلقا طلاقا بائنا بمجرد انتهاءها من غير فيء. ويضيف الأحناف أنه إذا حلف الرجل أن لا يقرب زوجته أبدا فمرضت مدة الأربعة أشهر، وقع عليها طلاقا

بائنا، فإن تزوجها ثانية، ولم يدخل بها في تلك المدة وقعت الطلقة الثانية، فإن تزوجها ولم يدخل بها وقعت الطلقة الثالثة، ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره، بدخول فعلي مع الزوج الثاني. فإن تزوجها من بعد ولم يدخل بها لا يقع شيء، لأن الوقت الذي كانت فيه اليمين قد انتهى، ولكنه إن جامعها جنت في يمينه، ووجبت كفارة اليمين، وهي إطعام عشرة مساكين (10) أو كسوتهم أو تحرير رقبة فإن لم يجد، فصيام ثلاثة أيام.

ويؤيد رأي الأحناف الإباضية حيث جاء في شرح النيل: وإن لم يمسه حتى مضت الأربعة أشهر بانت.

وقال مالك والشافعي وأحمد: لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة بل يوقف، فإذا طلق وإما رفعت الزوجة الأمر إلى القضاء، فحكم بالطلاق الذي يكون رجعيا، لأن الطلاق يكون رجعيا حتى يثبت بالشرع ما يدل على أنه بائن، والإمام مالك لا يعتد بالرجعة إلا إذا حصل دخول فعلي بالزوجة، لأن التفريق، كان لسبب وهو الامتناع عن وطء الزوجة، فإذا أراد أن يزيل التفريق، فعليه أن يزيل سببه وهو الامتناع عن جماع الزوجة، فهذا ظلم في حقها، وكيد وإيذاء من جانبه.

وجاء في المحلى (الظاهرية): أن المولى يجب أن يقاضيه القاضي، وأن يأمره بوطئها ويمهله أربعة أشهر من حين الحلف، سواء أطلبت الزوجة أو لم تطلب، رضيت بذلك أم لم ترضى، فإن فاء في المدة انتهى الأمر، وإن لم يفى أجبره القاضي على الفیء أو الطلاق إلا أن يكون عاجزا لا يقدر على الوطاء أصلا، فلا يكلف به وعليه أن يفیء بلسانه أو يطلق، ولا يجوز أن يطلق عليه القاضي، فإن طلق لم يلزمه طلاقه، لأن ذلك من حق الله.

قال الجعفرية: لا يجوز للقاضي أن يطلق زوجة المولى حتى وإن لم يفى إليها، لكن إن طلبت الزوجة الفیء، فللقاضي أن يمهل الزوج مدة أربعة أشهر ابتداء من يوم مطالبة الزوجة لا من وقت الحلف، فإن رفض الفیء أو الطلاق حبسه القاضي حتى يفعل.

جاء في الروضة البهية : وإذا رافعته أنظره الحاكم أربعة أشهر من حين المرافعة لا من حين الحلف، فإن أصر على الامتناع حبسه ولا يطلق عليه، وتشتط المرافعة من المرأة لأنه حقها.

ويرى الزيدية: إذا مضت الأربعة أشهر على الإيلاء، وطالبت الزوجة بالفء أو الطلاق، فالقاضي يجبره على أحد الأمرين ولا يطلق عليه.

جاء في التاج المذهب: مواقعتها بعد مضي الأربعة أشهر، ويحبس الزوج إن امتنع حتى يطلق أو يفء.

المطلب الثالث : الفرقة بين الزوجين هل هي طلاق رجعي أم بائن؟

اختلف الفقهاء في نوع الطلاق الذي يترتب على الإيلاء قال الأحناف والزيدية والإباضية: أن الطلاق الذي يقع بالإيلاء، طلاق بائن، وحكمه وقوع طلاق بائنة هذا ما جاء في تنوير الأبصار⁽¹⁾.

أما ما جاء في المجموع للإمام النووي: فإن عزم الطلاق فتطبيقه بائنة، وفي شرح النيل⁽²⁾: الإيلاء طلاق واحد إن لم ينو أكثر ولا يملك رجعتها، وحجة أصحاب هذا الرأي أن المشرع جعل الفرقة بالإيلاء لرفع الظلم والضرر عن الزوجة. وهذا لا يتحقق إلا في الطلاق البائن لا الرجعي⁽³⁾.

جاء في حاشية الشلبي⁽⁴⁾ عن سعيد بن المسيب: إنما وقع بائنا لأن الزوج ظلمها حيث منعها حقها المستحق عليه وهو الوطاء، في المدة، فجازاه الشرع بالطلاق عند مضي المدة تخلصاً من ضرر التعليق، ولا يحصل التخلص بالرجعي فوق بائنا.

1- تنوير الأبصار، مرجع سابق، ص 562/ 2

2 - شرح النيل - ، ص 442/ 3 .

3 - الإمام النووي ، المجموع ، ، ص 188/ 4 .

4 - حاشية الشلبي علي تبين الحقائق ص 262/ 2 .

ويرى مالك والشافعي: أن الطلاق بالإيلاء رجعي، سواء كان من الزوج أم من القاضي، لأن الأصل في كل طلاق وقع بالشرع يجب حمله على أنه رجعي إلى أن تثبت القرينة ببينونته.

- فالإمام الشافعي يرى أنه إذا راجعها وما زالت مدة الإيلاء، فإن جامعها سقط الإيلاء، وإن لم يراجعها عاد لتوقفه مدة أربعة أشهر. إما أن يفىء أو يطلق الحاكم عليه، إذا كانت الطلقة رجعية وهكذا حتى إذا كانت الثالثة تصبح الطلقة بائة بينونة كبرى ويؤيد هذا الرأي الإمام أحمد بن حنبل.

ويرى الحنابلة أن الطلاق بالإيلاء بائن، وبدون حاجة إلى صدور الطلاق من المولي أو صدور حكم بذلك من القاضي وبهذا قال ابن مسعود وعكرمة والحسن البصري.

ووجهة نظرهم أنه بائن إنما شرع لدفع الظلم لا يزول إلا بالبائن لتخلص الزوجة من ظلم زوجها .

جاء في المغني⁽¹⁾ والطلاق الرجعي، سواء أوقعه بنفسه، أو طلق الحاكم عليه، وعن أحمد في رواية أنه بائن إذا طلق الحاكم عليه، رجعي إذا طلق الزوج.

وفي شرح الخرشي⁽²⁾: أن المولي إذا طلق الحاكم عليه زوجته التي دخل بها فله أن يراجعها مادامت العدة باقية.

وفي نهاية المحتاج⁽³⁾ إن طلاق المولي فهو طلاق رجعي، إلا إذا كان قبل الدخول أو مكملًا للثلاث.

وفي التهذيب⁽⁴⁾، فإن عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتهما.

1 - ابن قدامة - المغني - - ص 342/8 .

2- شرح الخرشي - 240/3 .

3 - الرملي ، نهاية المحتاج ، ، ص 165/6 .

4- التهذيب ص 255/3 .

وفي المحلى⁽¹⁾ فإذا طلقها ثم راجعها فقد سقط عنه حكم الإيلاء.

وسبب الخلاف بين من اعتبر الطلاق بالإيلاء بائناً، وبين من قال أنه رجعي معارضة المصلحة المفقودة من الإيلاء للأصل المعروف في الطلاق، فمن غلب الأصل قال: أنه رجعي ومن غلب المصلحة قال أنه بائن⁽²⁾.

وجاء في المحلى⁽³⁾: إذا حلف ولو لم يحدد وقتاً، فالحكم يلزمه أن يفىء ووطء امرأته، ويؤجل له أربعة أشهر من حين الحلف سواء طلبت المرأة أولم تطلب، رضيت أولم ترضى. وإذا لم يفىء خلال المدة وهي أربعة أشهر من حين الحلف، أجبره الحاكم بالسوط يجامع أو يطلق، وليس للحاكم أن يطلق عليه.

الطبيعة القانونية للإيلاء:

نعلم أن من أهم حقوق الزوجة هو إعفافها، ولا يحق له هجرها لأنه يعود عليها بالضرر هذا من جهة، ولكن من جهة أخرى، من بين وسائل تأديب الزوج هو هجرها في المضجع ولكن الهجر المقصود به هو الهجر الجميل وذلك لقوله سبحانه وتعالى ﴿وَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا﴾⁽⁴⁾.

أما إذا كان الهجر للضرر وإلحاق الأذى بالزوجة دون وجه حق، فقد أجاز الفقهاء بالإضافة إلى القانون، حق الزوجة في طلب الطلاق، شرع الله الهجر كوسيلة لتأديب الزوجة نتيجة لنشوزها طبقاً لقوله عز وجل ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾⁽⁵⁾.

1 - ابن حزم ، المحلى ، ص 43/10 .

2 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ص 61/2 .

3 - ابن حزم ، المحلى ، ، ص 44/10 .

4 - سورة المزمل ، الآية 20 .

5 - سورة النساء ، الآية 35 .

فمن هذه الآلية قد أعطى الله عز وجل للزوج الحق في هجر زوجته في حدود الشريعة من أجل تأديبها عن ذلك النشوز الذي صدر منها ولكن نفترض أن الأمور تصير على غير مجراها، الزوجة طائفة لزوجها لما أمر الله ورسوله، ولكن ذلك الزوج قد تعسف في استعمال الحق الممنوح له حيث قام بهجر زوجته من أجل الإضرار بها وبدون سبب مقبول ومن وراء هذا الهجر قد أضر بالزوجة إضرار قد يدفعها إلى ارتكاب ما حرم الله عز وجل، فهل تصبر الزوجة؟ وإن صبرت فإلى متى تصبر ونحن نعلم أن النفس البشرية في مثل هذه الأحوال من الصعب أن تتحمل ذلك الأمر، أو بصيغة أخرى هل يكون من حق الزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب التفريق نتيجة الظلم الذي لحق بها من جراء الهجر؟

موقف المشرع الجزائري:

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا الموضوع في المادة 53 من قانون الأسرة الفقرة 3: «بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر» فما نلاحظه أن الهجر في المضجع قد يتحول من وسيلة تأديب إلى وسيلة هلاك إذا تجاوز مدة الأربعة أشهر المقررة فقها وأكدها القانون.

- لكن لا يحق للزوجة أن تطلب الطلاق إلى إذا توفرت مجموعة من الشروط¹.

1- هجران الزوج زوجته ولا يعاملها معاملة الأزواج .

2- أن يكون الهجر عمليا وهذا ما يسمى بالهجر غير المشروع

3- أن تفوق مدة الهجر الأربعة أشهر متتالية دون أن يقع أي اتصال بينهما فهذا تأكيد على أن الهجر في هذه الحالة ليس بغية الإصلاح وإنما بغية الإضرار والعكس صحيح، فإذا كان للهجر عذر شرعي ومقبول، كأداء الخدمة الوطنية أو كان للهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر، فهنا الزوجة إذا رفعت دعوى تطليق، فلا يجب على القاضي سماعها وعليه رفض دعوها، لأن هذا مبرر مشروع منعه من إتيان زوجته .

1- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 1/281.

لكن ما نلاحظه على هذه الفقرة أنها تثير العديد من التساؤلات خاصة السؤال الذي قد يطرحه أي شخص نبيه لماذا أهمل المشرع الإيلاء؟¹ والذي يقترب مع أحكام الهجر في المضجع مع العلم أن الأصل في الإيلاء، قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ...﴾ الخ²، حيث أن هناك من برر موقف المشرع الجزائري في إهماله هذا في كون اعتباره يمينا معلقا على شرط فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع³.

مع لفت الانتباه إلى أن الطلاق لا يقع على الزوجة، بمجرد انقضاء المدة بل لابد من طلاق الزوج، أو تطليق القاضي، مع العلم أن الطلاق بالإيلاء رجعي سواء من الزوج أو القاضي.

من جهة أخرى نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن المهلة التي تعطى للزوج بعد أن ترفع أمرها إلى القاضي فقد يراجع الزوج نفسه بعد أن تحرك الزوجة الدعوة القضائية نظرا لخطورة إيقاع الطلاق والنتائج التي تلحق بالزوج من جراء التفريق، لذلك كان على المشرع أن يعطي مهلة للزوج من أجل مراجعة نفسه تأسيا بما ذهب إليه فقهاء الحنابلة.

هناك أمر آخر تركه المشرع دون أن يعلن فيه عن موقفه صراحة، المتمثل في نوعية النفقة التي تحدد عن ذلك التفريق، هل هو طلاق رجعي أم أنه طلاق بائن؟⁽⁴⁾.

فهذه النقطة جد هامة في مثل هذه الحالة، أن الطلاق هو طلاق بائن، والسبب أو التبرير أن الأمر الذي قام به الزوج هو ظلم، والمتعارف عليه بين الفقهاء أن كل ظلم وجب رفعه وبالتالي فإن هذا الظلم الذي لحق بالزوجة المتمثل في هجر الزوج فراش زوجته

1- الإيلاء: هو عدم إشباع غريزة الزوجة .

2- سورة البقرة: الآية 227-226

3- فضيل سعد ،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر(6/279).

4- يذهب أصحاب المذهب الحنبلي أن الحكم الذي يأخذه في هذه الحالة هو حكم المول أما المالكية فقد قالوا بأن يفسخ عقد النكاح.

وجب إزالته، وذلك بالتفريق ويكون الحكم الصادر عن القاضي الطلاق البائن(1) كما أن هذا الأمر يكون فيه عبءة للزوج في زواجه الثاني فقبل أن يقدم على فعلته يتذكر ما قد سبق له، من طلاق بائن .

فهرس المصادر والمراجع:

- 1 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بن رشد القرطبي، ط8، دار المعرفة ، بيروت لبنان.
- 2 - إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، العلامة أبي السعود، دار الفكر، سوريا.
- 3 - التنقيح المشبع في تحريم أحكام المقنع، المرداوي(ت885هـ)، تحقيق: الشيخ عبد الرحمن حسن محمود، المؤسسة السعودية، الرياض.
- 4 - الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي.
- 5 - جامع البيان في تفسير القرآن، الإمام الطبري(ت310هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 6 - الجامع الصحيح، أبو عيسى الترمذي(ت217هـ)، تحقيق وتخريج: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 7 - أحكام القرآن، بن العربي(ت543هـ)، تحقيق محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

1 - المجلة القضائية ع 1 . 189 ص 115 ملف رقم 39463 قرار بتاريخ 10/02 / 1998 .

- 8 - أحكام القرآن، أبو بكر الجصاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار المصنف، القاهرة، مصر.
- 9 - حاشية الشرقاوي(ت1226هـ) على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الألباب، لأبي زكريا الأنصاري، دار مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر.
- 10 - حاشية رد المختار- الدرالمختار شرح تنوير الأبصار، بن عابدين في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان، وضع المتن والشرح بأعلى الصحائف، ط3. 1984. دار مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر.
- 11 - الروضة الندية شرح الدرر البهية، الشوكاني، دار الجيل بيروت، لبنان.
- 12 - زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية(ت751هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.
- 13 - السنن الكبرى، البيهقي(ت458هـ)، وفي ذيله الجوهر النقي- جوهرة التوحيد- للمرديني الشهير بابن التركماني، دارالمعرفة، بيروت، لبنان.
- 14 - معالم السنن، لأبي سليمان الخطابي، تهذيب بن القيم، دارالمعرفة، بيروت، لبنان.
- 15 - أسهل المدارك- شرح الإرشاد في مذهب الإمام مالك، أبو بكر بن حسن الكشناوي، ط2، دارالفكر، سورية.
- 16 - شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه: حاشية الشيخ العدوي، دارالصادر، بيروت، لبنان.
- 17 - شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الأستاذ: سعد فضيل، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
- 18 - صحيح البخاري، الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، دار الطباعة العامرة، استمبول، تركيا.

- 19 - فتح الباري بشرح صحيح البخاري، بن حجر العسقلاني، قام بإخراجه وتصحيحه: محب الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه، واستقصى أطرافه ونبه على أرقامها في كل حديث: محمد فؤاد عبد الباقي، دارالريان للتراث، القاهرة، مصر.
- 20 - الكافي في فقه أهل المدينة، بن عبد البر القرطبي، تحقيق وتعليق الدكتور: محمد ولد ماريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديث، الرياض، السعودية.
- 21 - الكشف في حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوب التأويل، الزمخشري، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 22 - لسان العرب، لابن منظور، والمصطلحات العلمية والفنية مجمع اللغة العربية بدمشق، القاهرة، مصر.
- 23 - المذهب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي (ت476هـ)، وبهامشه: النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، دارمصطفى البابلي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر.
- 24 - المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني، على متن المنهاج لأبي زكريا النووي، دارمصطفى البابلي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر.
- 25 - المحلى بالآثار، لابن حزم الظاهري، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث، القاهرة، مصر.
- 26 - المجموع في شرح المذهب، للإمام النووي (ت676هـ)، ويليهِ شرح الوجيز وهو الشرح الكبير للإمام أبي القاسم الرافعي (ت623هـ)، ويليهِ: تخرّيج أحاديث الرافعي الكبير لأبن حجر العسقلاني، دارالفكر، سورية.
- 27 - المغني، لابن قدامة المقدسي (ت630هـ)، على مختصر أبي القاسم الخرق، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- 28 - المدونة الكبرى، للإمام سحنون، مع مقدمات بن رشد (ت520هـ)، دارالفكر، سورية.

- 29 - الموطأ، الإمام مالك بن أنس، تحقيق الشيخ محمد الشاذلي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 30 - المبسوط، السرخسي، تحقيق: محمد الشيباني، دارالمعرفة، بيروت، لبنان.
- 31 - نهاية المحتاج، الشافعي الصغير(ت1004هـ)، دار مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر.
- 32 - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني(ت1255هـ)، والمنتقى لأبي البركات مجد الدين بن تيمية الحراني(ت652هـ).
- 33 - نصب الراية في تخریج أحاديث الهداية، لأبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي(ت862هـ)، وفي حاشيته: تنفيذ المهمة البغية للألمعي في تخریج أحاديث الزيلعي، دار الحديث.
- 34 - الإنصاف في الراجح من الخلاف، المرداوي، ط1، 1957م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.