

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

□ ٢٢ - كتاب الإيلاء □

والأصل في هذا الباب قوله تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾^(١) والإيلاء : هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر ، أو أربعة أشهر ، أو بإطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الأمصار في الإيلاء في مواضع : فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولي ، أم إنما تطلق بأن يوقف بعد الأربعة الأشهر ؟ فإما فاء وإما طلق ، ومنها هل الإيلاء يكون بكل يمين ، أم بالأيمان المباحة في الشرع فقط ؟. ومنها إن أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون مولياً أم لا ؟. ومنها هل المولي هو الذي قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك ؟ أو المولي هو الذي لم يقيد يمينه بمدة أصلاً ؟. ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعي ؟. ومنها إن أنى الطلاق والفى هل يطلق القاضي عليه أم لا ؟. ومنها هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث في الزواج الثاني ؟. ومنها هل من شرط رجعة المولي أن يطأها في العدة أم لا ؟. ومنها هل إيلاء العبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ؟. ومنها هل إذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عدة أم لا ؟. فهذه هي مسائل

(١) البقرة : (٢٢٦) .

الخلاف المشهورة في الإيلاء بين فقهاء الأمصار التي تنزل من هذا الباب منزلة الأصول ، ونحن نذكر خلافهم في مسألة مسألة منها ، وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

• المسألة الأولى .

أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسها أم لا تطلق ، وإنما الحكم أن يوقف فإما فاء وإما طلق ؟ فإن مالكا ، والشافعي ، وأحمد ، وأبا ثور ، وداود ، والليث ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر ، فإما فاء وإما طلق ، وهو قول علي وابن عمر ، وإن كان قد روي عنهما غير ذلك ، لكن الصحيح هو هذا ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالحملة الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر إلا أن يفى فيها ، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين .

وسبب الخلاف هل قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(١) أي : فإن فاءوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها ؟ فمن فهم منه قبل انقضائها قال : يقع الطلاق ، ومعنى العزم عنده في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ^(٢) أن لا يفى حتى تنقضي المدة فمن فهم من اشتراط الفينة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال : معنى قوله : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ﴾ ^(٣) أي : باللفظ ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ^(٤) . وللمالكية في الآية أربعة أدلة :

أحدها : أنه جعل مدة التبرص حقاً للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة .

الدليل الثاني : أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله . وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجوزاً ؛ أعني : ليس ينسب إليه على مذهب الحنيفة إلا تجوزاً ، وليس

(١) البقرة : (٢٢٦) .

(٢) البقرة : (٢٢٧) .

يصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل .

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾^(١) قالوا : فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة .

الرابع : أن الفاء في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(٢) ظاهرة في معنى التعقيب ، فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة ، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق . وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية ، إذ كانت العدة إنما شرعت لئلا يقع منه ندم ، وبالجمله فشبهوا الإيلاء بالطلاق الرجعي ، وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوي ، وقد روي ذلك عن ابن عباس .

• المسألة الثانية .

وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الإيلاء ، فإن مالكاً قال : يقع الإيلاء بكل يمين ، وقال الشافعي : لا يقع إلا بالآيمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته . فمالك اعتمد العموم ؛ أعنى : عموم قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾^(٣) والشافعي يشبه الإيلاء بيمين الكفارة ، وذلك أن كلا اليمين يترتب عليهما حكم شرعي ، فوجب أن تكون اليمين التي تترتب عليها حكم الإيلاء هي اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة .

• المسألة الثالثة .

وأما لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير يمين ، فإن الجمهور على أنه لا يلزمه ، حكم الإيلاء بغير يمين ، ومالك يلزمه وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء ، وإن لم يخلف على ذلك ، فالجمهور اعتمدوا الظاهر ، ومالك اعتمد المعنى ؛

(١) البقرة : (٢٢٧) .

(٢) البقرة : (٢٢٦) .

لأن الحكم إنما لزمه باعتقاده ترك الوطاء ، وسواء شد ذلك الاعتقاد يمينين أو بغير يمين ؛ لأن الضرر يوجد في الحالتين جميعاً .
• المسألة الرابعة .

وأما اختلافهم في مدة الإيلاء ، فإن مالكا ومن قال بقوله يرى أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذ كان الفيء عندهم إنما هو بعد الأربعة الأشهر ، وأما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هي الأربعة الأشهر فقط إذ كان الفيء عنده إنما هو فيها ، 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 الأشهر من وقت اليمين . وروي عن ابن عباس أن المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد . والسبب في اختلافهم في المدة إطلاق الآية ، فاختلفهم في وقت الفيء ، وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو مجملة ، وكذلك اختلافهم في صفة المولي والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتي بعد . وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها ، وهذه هي أركان الإيلاء ؛ أعني : معرفة نوع اليمين ، ووقت الفيء والمدة وصفة المولي والمولى منها ، ونوع الطلاق الواقع فيه .
• المسألة الخامسة .

فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعي أنه رجعي ؛ لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : هو بائن ، وذلك أنه إن كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة .

فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف في الطلاق ، فمن غلب الأصل قال : رجعي ، ومن غلب المصلحة قال : بائن .
• المسألة السادسة .

وأما هل يطلق القاضي إذا أبى الفيء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق ، فإن

مالكاً قال : يطلق القاضي عليه ، وقال أهل الظاهر : يحبس حتى يطلقها بنفسه .

وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف في الطلاق للمصلحة ، فمن راعى الأصل المعروف في الطلاق قال : لا يقع طلاق إلا من الزوج ، ومن راعى الضرر الداخِل من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان ، وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل ، والمنقول عن مالك العمل به ، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

• المسألة السابعة .

وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها ؟ فإن مالكاً يقول : إذا راجعها فلم يطأها تكرر الإيلاء عليه ، وهذا عنده في الطلاق الرجعي والبائن . وقال أبو حنيفة : الطلاق البائن يسقط الإيلاء وهو أحد قولي الشافعي ، وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة العلماء على أن الإيلاء لا يتكرر بعد الطلاق إلا بإعادة اليمين .

والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الإيلاء ، وذلك أنه لا إيلاء في الشرع إلا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ، ولكن إن راعينا هذا وجد الضرر المقصود إزالته بحكم الإيلاء ، ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد معنى الإيلاء .

• المسألة الثامنة .

وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها ؟ فإن الجمهور على أن العدة تلزمها ، وقال جابر بن زيد : لا تلزمها عدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأربعة الأشهر ثلاث حيض ، وقال بقوله طائفة ، وهو مروى عن ابن عباس . وحجته أن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم ، وهذه قد حصلت لها البراءة . وحجة الجمهور أنها مطلقة فوجب أن تعدد كسائر المطلقات .

وسبب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة ، فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

• المسألة التاسعة .

وأما إيلاء العبد ، فإن مالكاً قال : إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر ، قياساً على حدوده وطلاقه ، وقال الشافعي وأهل الظاهر : إيلأؤه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكاً بالعموم ، والظاهر أن تعلق الأيمان بالحر والعبد سواء ، والإيلاء يمين ، وقياساً أيضاً على مدة العنين ، وقال أبو حنيفة : النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة ، فإن كانت المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر ، وإن كان الزوج عبداً ، وإن كانت أمة فعلى النصف ، وقياس الإيلاء على الحد غير جيد ، وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحر ؛ لأن الفاحشة منه أقل قبحاً ، ومن الحر أعظم قبحاً ، ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة ، فإذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة ، والحر أحق بالتوسعة ونفي الضرر عنه ، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط ، وهذا لم يقل به أحد ، فالواجب التسوية . والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الإيلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الإيلاء ، هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا ؟ فقال مالك : لا ينتقل من إيلاء العبيد إلى إيلاء الأحرار ، وقال أبو حنيفة : ينتقل ، فعنده أن الأمة إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار ، وقال ابن القاسم : الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا إيلاء عليها ، فإن وقع وتمادى حسبت الأربعة الأشهر من يوم بلغت ، وإنما قال ذلك ؛ لأنه لا ضرر عليها في ترك الجماع ؛ وقال أيضاً : لا إيلاء على خصي ، ولا على من لا يقدر على الجماع .

• المسألة العاشرة .

وأما هل من شرط رجعة المولي أن يطأ في العدة أم لا ؟ فإن الجمهور ذهبوا إلى أن ذلك ليس من شرطها ؛ وأما مالك فإنه قال : إذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له إليها إذا انقضت العدة . وحجة الجمهور أنه لا يخلو أن يكون الإيلاء يعود برجعته إياها في العدة أو لا يعود ، فإن عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة ، أعني : تحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة ، وإن لم يعد إيلاء لم يعتبر أصلاً إلا على مذهب من يرى أن الإيلاء يكون بغير يمين ، وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة ، وأما مالك فإنه قال : كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر ، فإن صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر ، وأصله المعسر بالنفقة إذا طلق عليه ثم ارتجع ، فإن رجعته تعتبر صحتها بيساره .

فسبب الخلاف قياس الشبه ، وذلك أن من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الإيلاء ، ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال : يبقى على الأصل .