الإيلاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي
دراسة فقهية نقدية مقارنة مع بعض القوانين العربية

الدكتور/ خالد خلف الشمري
منتدب بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

ملخص:

إن الناظر في قانون الأحوال الشخصية الكويتي يجده موافقاً لما جاء في أصله للمذهب المالكي من أحكام في الجملة، وقد يختار بعض الآراء من المذاهب الأخرى بحسب ما تقتضيه المصالح والمقاصد العامة للمحافظة على الروابط الأسرية والعلاقات الأخوية والمجتمعية، ولأن القانون قد صدر في عام ١٩٨٤م وبعض مواده قد تحتاج إلى إعادة نظر لتواكب العصر الحديث وتطوراته، فقد جاء هذا البحث لدراسة باب الإيلاء في القانون والنظر في المواد التي تناولته من الناحية الفقهية مع مقارنتها ببعض القوانين العربية التالية (المصري – المغربي – الأردني – الإماراتي – القطري).

مقدمة:

الإيلاء يمين من الزوج يمنع نفسه به من معاشرة أهله مدة أربعة أشهر وأكثر، وقد جاء بيان حكمه في القرآن والسنة النبوية، ويتضمن هذا البحث دراسة للمواد القانونية التي تناولت موضوع الإيلاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي وهي ثلاث مواد، (المادة رقم ١٢٣ والمادة رقم ١٢٤ والمادة رقم ١٢٥).

أهمية البحث:

نظراً لأن قانون الأحوال الشخصية الكويتي استمد من الشريعة الإسلامية فقد جاء هذا البحث ليأكد على هذا بدراسة تلك المواد دراسة فقهية نقدية ومقارنة.

مشكلة البحث:

يمكن صياغة مشكلة البحث عبر الأسئلة التالية.

١ – هل مواد قانون الأحوال الشخصية الكويتي مستمدة من الشريعة الإسلامية؟

٢ – هل وجدت صعوبات في تطبيق وتنفيذ مواد القانون؟

نطاق البحث:

كتب التراث الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية.

منهجية البحث:

استخدم في هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي المقارن، فنذكر أولاً نص المادة القانونية، ثم نشرحها ونبين ما فيها، ثم بعد ذلك نعقد المقارنة مع القوانين العربية، ونستخلص نتيجة المقارنة بين القوانين.

خطة البحث:

المبحث الأول: الإيلاء وأحكامه (مادة رقم ١٢٣).

المبحث الثاني: مدة الفيء (مادة رقم ١٢٤).

المبحث الثالث: الرجعة في الطلاق بالإيلاء (مادة رقم ١٢٥).

الخاتمة.

المراجع.

المبحث الأول
الإيلاء وأحكامه (مادة رقم ١٢٣)

أولاً نذكر نص المادة القانونية، ثم نشرحها ونبين ما فيها، ثم بعد ذلك نعقد المقارنة مع القوانين العربية، ونستخلص نتيجة المقارنة بين القوانين.

نص المادة رقم ١٢٣ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك مسيس زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر، أو دون تحديد مدة، واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر، طلقها عليه القاضي طلقة رجعية بطلبها).

تعريف الإيلاء:

الإيلاء لغة: هو الحلف، وذلك أنه مأخوذ من الألية، تقول: آلى يؤلي إيلاء يعني حلف حلفاً(١).

ولقد كان الرجل في الجاهلية إذا غضب من زوجته حلف ألا يطأها السنة والسنتين، أو ألا يطأها أبداً، ويمضي في يمينه من غير لوم أو حرج، وقد تقضي المرأة عمرها كالمعلقة، فلا هي زوجة تتمتع بحقوق الزوجة، ولا هي مطلقة تستطيع أن تتزوج برجل آخر، فيغنيها الله من سعته.

فلما جاء الإسلام أنصف المرأة، ووضع للإيلاء أحكاماً خففت من أضراره، وحدد للمولي أربعة أشهر، وألزمه إما بالرجوع إلى معاشرة زوجته بالمعروف، وإما بالطلاق عليه(٢).

والإيلاء اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان(٣).

---

(١) انظر، النسفي، طلبة الطلبة، ص/٦١، الفيومي، المصباح المنير ج/١، ص/٢٠، الفيروزآبادى، القاموس المحيط ج/١، ص/١٢٦٠.

(٢) انظر، البغوي، معالم التنزيل، ج/١، ص/٢٩٧، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج/٣، ص/١٠٣.

(٣) انظر، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج/٣، ص/١٥٢، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج/٢، ص/٢٦١، ابن الهمام، فتح القدير، ج/٤ ص/١٨٩.

وقد وافق الحنفية في أن الإيلاء يكون بالحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته، وبالتعليق المالكية[٤]، والشافعي في الجديد[٥]، وأحمد بن حنبل في رواية[٦].

وذلك كأن يقول الرجل لزوجته: والله لا أقربك أربعة أشهر، أو ستة، أو يقول: والله لا أقربك أبداً، أو مدة حياتي، أو والله لا أقربك ولا يذكر مدة، وهذه صورة الحلف بالله تعالى، أما صورة التعليق، فهو أن يقول: إن قربتك فلله علي صيام شهر، أو حج، أو إطعام عشرين مسكيناً، ونحو ذلك مما يكون فيه مشقة على النفس، فإذا قال الزوج شيئاً من هذا اعتبر قوله إيلاء[٧].

ولم يدخل التعليق في الإيلاء الشافعي في القديم[٨] ولا الحنابلة كما هو المذهب عندهم[٩]، فالإيلاء عندهم هو الحلف بالله أو صفة من صفاته.

الأدلة:

استدل الجمهور لقولهم بما يلي:

١ – أن التعليق على ما يشق على النفس فعله يمنع من قربان الزوجة خوفاً من وجوبه فيكون إيلاء كالحلف بالله تعالى والتعليق وإن كان لا يسمى قسماً شرعاً ولغة ولكنه يسمى حلفاً عرفاً[١٠].

نوقش: أن التعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم، ولا يجاب بجوابه، ولا يذكره أهل العربية في باب القسم، فلا يكون إيلاء، وإنما يسمى حلفاً

(٤) الزرقاني، شرح مختصر خليل، ج/٤، ص/٢٦٤، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٤، ص/٨٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/٢، ص/٤٢٦.

(٥) الشيرازي، المهذب ج/٣، ص/٥٢، الشربيني، مغني المحتاج، ج/ ٥، ص/١٧، الحصني، كفاية الأخيار، ص/٤١١.

(٦) ابن قدامة، الكافي ج/٣، ص/١٥٦، الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج/٥، ص/٤٦٠، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٧٣.

(٧) انظر، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار ج/٣، ص/١٥٢، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج/٢، ص/٢٦١، ابن الهمام، فتح القدير، ج/٤ ص/١٨٩.

(٨) الشيرازي، المهذب ج/٣، ص/٥٢.

(٩) ابن قدامة، الكافي ج/٣، ص/١٥٦، الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج/٥، ص/٤٦٠، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٧٣، البهوتي، كشاف القناع، ج/٥، ص/٣٥٦.

(١٠) ابن قدامة، المغني ج/٧، ص/٥٣٦، الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج/٥، ص/٤٦٠، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٧٣، البهوتي، كشاف القناع، ج/٥، ص/٣٥٦.

تجوزاً، لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم، وهو الحث على الفعل أو المنع منه، أو توكيد الخبر(١١).

٢ – ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، أنه قال: (كل يمين منعت جماعها، فهي إيلاء)(١٢).

وجه الدلالة: أن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف فيكون إيلاء(١٣).

واستدل الحنابلة لقولهم بما يلي:

١ – حديث النبي صلى الله عليه وسلم (من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت)(١٤) متفق عليه.

٢ – قراءة أُبي وابن عباس رضي الله عنهما "يقسمون". مكان: يؤلون(١٥) وبه فسروها(١٦).

الترجيح: يترجح لدي قول الحنابلة من أن الإيلاء لا يكون إلا بالله لقوة ما استدلوا به، فالحلف عبادة وهي لا تكون إلا بالله كما في الحديث، والله أعلم.

ولقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي بتعريف الحنابلة للإيلاء كما في المادة ١٢٣.

ألفاظ الإيلاء:

لم يحدد القانون الألفاظ التي يقع بها الإيلاء وهذا يدل على أنه أراد الألفاظ الصريحة فقط، ولو أراد ألفاظ الكناية لبين ذلك لأنها تحتاج إلى يمين الزوج، أو أنه ترك ذلك للقاضي إذا رفعت له دعوى إيلاء(١٧).

---

(١١) ابن قدامة، المغني ج/٧، ص/٥٣٦، الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج/٥، ص/٤٦٠، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٧٣، البهوتي، كشاف القناع، ج/٥، ص/٣٥٦.

(١٢) البيهقي، السنن الكبرى، باب الإيلاء، حديث رقم/ ١٥٢٣٩، ابن قدامة، المغني ج/٧، ص/ ٥٣٦.

(١٣) ابن قدامة، المغني ج/٧، ص/٥٣٦.

(١٤) الإمام البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب كيف يستحلف، حديث رقم/٢٦٧٩، الامام مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى، حديث رقم/١٦٤٦.

(١٥) سنن سعيد بن منصور، تفسير سورة البقرة/ حديث رقم ٣٧٥.

(١٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج/٣، ص/١٠٢، ابن قدامة، المغني ج/٧، ص/٥٣٦٠.

(١٧) زيدان، المفصل، ج/٨، ص/٢٥٥، وما بعدها.

مدة الإيلاء:

لقد أخذ القانون بجميع أقوال الفقهاء في تحديد مدة الإيلاء فجوز الحلف بأربعة أشهر أو أكثر منها كما هو قول الحنفية[١٨] وجوز الحلف بأكثر من الأربعة أشهر كما هو قول المالكية[١٩] والشافعية[٢٠] والحنابلة[٢١]، أو بالحلف دون تحديد مدة، لكن الزوج استمر على يمينه هذه حتى مضت مدة أربعة أشهر وهو قول النخعي وحماد والحسن وابن أبي ليلى[٢٢] والظاهرية[٢٣].

الرفع للمحكمة (القاضي):

إذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي بعد مضي مدة أربعة أشهر، فإن القاضي يأمر الزوج بالفيء[٢٤] ويمهله مدة مناسبة فإن لم يفئ طلق القاضي الزوجة طلقة رجعية بحكم ولايته العامة.

واشتراط رفع الزوجة أمرها للقاضي بعد مضي مدة أربعة أشهر ومطالبتها بالفيئة أو الطلاق هو قول الجمهور من المالكية[٢٥] والشافعية[٢٦] والحنابلة[٢٧]، وهو القول الأول في المسألة.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

---

(١٨) انظر، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج/٢، ص/٢٦١، ابن الهمام، فتح القدير، ج/٤ ص/١٨٩.

(١٩) انظر، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٤، ص/٨٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/٢، ص/٤٢٢.

(٢٠) انظر، الشيرازي، المهذب، ج/٣، ص/٥٤، الشربيني، مغني المحتاج ج/ ٥، ص/١٦.

(٢١) ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٣٨، الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج/٥، ص/٤٦٣، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٧٤.

(٢٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ج/٣، ص/١٢٠، ابن قدامة، المغني ج/٧، ص/٥٣٨.

(٢٣) ابن حزم، المحلي، ج/٩، ص/١٧٩.

(٢٤) الفيء لغة من فاء الرجل يفيء فيئاً من باب باع رجع وفاء المولي فيئة رجع عن يمينه إلى زوجته، وله على امرأته فيئة أي رجعة انظر، الفيومي، المصباح المنير ج/٢، ص/٤٨٦، الفيروزآبادى، القاموس المحيط ج/١، ص/٤٨، واصطلاحاً الفيء هو الجماع، انظر، ابن المنذر، الإجماع، ص/٨٣، ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، ج/٢، ص/٦١.

(٢٥) انظر، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٤، ص/٨٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/٢، ص/٤٢٢.

(٢٦) انظر، الشيرازي، المهذب، ج/٣، ص/٥٤، الشربيني، مغني المحتاج ج/ ٥، ص/١٦.

(٢٧) ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٣٨، الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج/٥، ص/٤٦٣، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٧٤.

١ – قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾[٢٨].

وجه الدلالة من الآية: إن ذكر الفيء بعد المدة بفاء التعقيب في قوله تعالى: "فإن فآءوا" يوجب أن يستحق الفيء بعدها، ولا يرد أن "فاء التعقيب" في المدة يوجب أن يكون الفيء بعد الإيلاء لا بعد المدة؛ لأن الإيلاء ذُكر أولاً، ثم تلاه ذكر المدة، ثم تعقبها ذكر الفيء، فإذا أوجبت الفاء التعقيب، لم يجز أن يعود الضمير إلى أبعد المذكورين؛ بل يجب أن يعود إليهما جميعاً، أو إلى أقربهما، وعلى كلا الأمرين فلا بد من انتهاء المدة[٢٩].

وكذلك أن الله تعالى جعل وقوع الطلاق بعزم الأزواج لا بمضي المدة؛ لأن الضمير في قوله تعالى: "وإن عزموا الطلاق" يعود على الأزواج، أما انقضاء المدة فلا يعتبر عزيمة، وإنما العزيمة ما عُد من فعل الزوج، فلا يقع الطلاق إلا بعزم الزوج عليه بنفسه، أو بتطليق القاضي عليه عند امتناعه من الفيئة، بعد انقضاء المدة[٣٠].

وكذلك إن قوله تعالى: "وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم" يعني أن الله سميع لِما يتلفظ به الزوج من الطلاق، عليم بما في نفسه، وهذا يقتضي أن يكون الطلاق عن قول مسموع[٣١].

٢ – أثر عن سهيل بن أبي صالح أنه قال سألت اثني عشر من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – عن الرجل يؤلي، فكلهم يقول: ليس عليه شيء، حتى يمضي أربعة أشهر، فيوقف، فإن فاء، وإلا طلق[٣٢].

٣ – ومن المعقول أن الإيلاء يمين يوجب الكفارة، فلم يقع بها الطلاق كسائر الأيمان[٣٣].

---

(٢٨) سورة البقرة، آية/٢٢٦، ٢٢٧).

(٢٩) ابن رشد، بداية المجتهد، ج/٣، ص/١١٩، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤٢، ابن قدامة، المغني ج/٧، ص/٥٥٣.

(٣٠) ابن رشد، بداية المجتهد، ج/٣، ص/١١٩، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤٢، ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٥٣.

(٣١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج/٣، ص/١١٩، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤٢، ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٥٣.

(٣٢) سنن الدارقطني، كتاب الإيلاء، حديث رقم/٤٠٣٩، البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الإيلاء، باب من قال يوقف المولي، حديث رقم/١٥٢٠٩.

(٣٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤٢.

٤ – ومن المعقول أن التخيير بين أمرين يوجب أن يكون فعلهما إليه ليصح منه اختيار فعله أو تركه ولو لم يكن له فعله لبطل حكم خياره(٣٤).

وأما الحنفية(٣٥) فيرون أن الزوجة لها أن تطلب الفيئة من الزوج قبل انقضاء المدة، فإذا انقضت ولم يفئ الزوج فإنها تطلق طلقة بائنة بمضي المدة ولا يحتاج أن ترفع أمرها للقاضي، وهذا هو القول الثاني في المسألة.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

١ – قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾(٣٦).

وجه الدلالة من الآية: إن مدة التربص أربعة أشهر، وتخيير المولي بعدها يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها، وهي مدة اختيار الفيئة أو الطلاق، والزيادة لا تجوز إلا بدليل، وإذْ لا دليل عليها فإن الطلاق يقع بانقضاء المدة(٣٧).

نوقش: أننا لا نزيد على مدة التربص، وإنما نقدر بها مطالبة الفيئة في مدة التربص(٣٨).

٢ – قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقد قرأ: (فإن فاءوا فيهن فإن الله غفور رحيم) فأضاف الفيئة إلى المدة فدل على استحقاق الفيئة فيها، وهذه القراءة وإن تفرد ابن مسعود بها تجري مجرى خبر الواحد في وجوب العمل به(٣٩).

نوقش: أنها قراءة شاذة(٤٠).

٣ – من المعقول استدلوا بما يلي: أن الإيلاء كان في الجاهلية طلاقاً معجلاً، فجعله الشارع طلاقاً مؤجلاً، والطلاق المؤجل يقع بانقضاء الأجل من غير إيقاعٍ جديد من الزوج أو غيره، كما إذا قال لها أنت طالق أول الشهر، فيقع الطلاق بحلول أول الشهر(٤١).

---

(٣٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤٢.
(٣٥) انظر، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج/٢، ص/٢٦١، ابن الهمام، فتح القدير، ج/٤ ص/١٨٩.
(٣٦) سورة البقرة، آية/.٢٢٦،٢٢٧)
(٣٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٣، ص/١٧٢.
(٣٨) الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤٢.
(٣٩) الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤١، ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٥٣.
(٤٠) الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤٢.
(٤١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٣، ص/١٧٢.

نوقش: إن قياس الإيلاء على الطلاق المعلَّق الذي يعني أنه لو علق الطلاق بأقل من أربعة أشهر وقع قبلها، ولو علق بأكثر من أربعة أشهر لم يقع قبلها، وليس الإيلاء عندهم كذلك(٤٢).

الترجيح:

بعد النظر في أدلة القولين يترجح لدي قول الجمهور بأن الزوجة ترفع أمرها للقاضي بعد مضي مدة الإيلاء وتطلب الفيئة أو الطلاق، لقوة ما استدلوا به وسلامته من المعارضة، كما أن الأخذ بقول الجمهور فيه تضييق لدائرة وقوع الطلاق؛ لأن الزوج بعد حضوره أمام القاضي ربما يراجع نفسه، أو يدرك أن الرجوع عن إيلائه خير له ولأسرته من الطلاق، وهذا يتفق مع مقاصد الشريعة في الحفاظ على البيوت، وتضييق الخناق على الطلاق، كما إن الحكم بوقوع الطلاق تلقائياً فيه سلب لحق الرجل في الطلاق، كما أنه يلحق الضرر البالغ بجميع أفراد الأسرة، وعلى رأسهم المرأة، فقد تكون صابرة على موقف زوجها مراعاة لمصلحتها ومصلحة أطفالها، ورجاء صلاح زوجها، فإذا هي مطلقة تلقائياً دون سابق إنذار، وأي ضرر أعظم من ذلك، ولقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقول الجمهور كما في المادة رقم ١٢٣.

نوع الطلقة بالإيلاء:

اختلف الفقهاء في نوع الطلقة الواقعة بالإيلاء، فمن غلب المصلحة المقصودة من الإيلاء على الأصل في الطلاق قال إنه بائن، ومن غلب الأصل قال إنه رجعي(٤٣)، وذلك على قولين:

القول الأول: أن الطلاق الواقع بالإيلاء طلاق رجعي، ما لم يكن قبل الدخول أو مستكملاً لِعدد طلقات الزوج، وسواء أوقعه الزوج بنفسه، أو طلق عليه الحاكم(٤٤)، وإليه ذهب الجمهور من المالكية(٤٥) والشافعية(٤٦) وهو المذهب عند الحنابلة(٤٧).

---

(٤٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٤٢، ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٥٣.

(٤٣) انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، ج/٣، ص/١٢٠.

(٤٤) مذهب الشافعي في القديم أن الحاكم لا يطلق على الزوج بل يحبسه ويعزره حتى يفيء أو يطلق، انظر، الشيرازي، المهذب، ج/٣، ص/٦١، النووي، روضة الطالبيين، ج/ ٨، ص/٢٥٥، الشربيني، مغني المحتاج، ج/ ٥، ص/٢٧.

(٤٥) انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، ج/٣، ص/١٢٠، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٤، ص/ ٩٠، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/٢، ص/٤٢٧.

(٤٦) انظر، الشيرازي، المهذب، ج/٣، ص/٦١، الشربيني، مغني المحتاج، ج/ ٥، ص/٢٥.

(٤٧) ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٦٣، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٨٩، البهوتي، كشاف القناع، ج/٥، ص/٣٦٨.

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بأن الفرقة بسبب الإيلاء تكون طلاقاً رجعياً بالقرآن والمعقول:

١ – من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾(٤٨).

وجه الدلالة: إن حق الزوج في رجعة زوجته، أرجح من حقها بنفسها مادامت في العدة، فيبقى هذا الحق على عمومه، سواء في الطلاق بسبب الإيلاء أو غيره(٤٩).

٢ – من المعقول وذلك من وجهين:

الأول: أنه طلاق لم يستوف عدده، ولم يقابله عوض؛ فاستحق فيه الرجعة؛ كطلاق غير المولي(٥٠).

الثاني: إن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع يحمل على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن(٥١).

القول الثاني: أن ما يقع بالإيلاء بعد انقضاء مدته من غير فيء تطليقة بائنة، وإليه ذهب الحنفية(٥٢)، رواية عن الإمام أحمد(٥٣).

أدلة القول الثاني:

استدل لقولهم بأنه طلاقٌ بائن بأقوال الصحابة والمعقول كما يلي:

١ – أن هذا القول مروي عن عثمان، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم؛ حيث قالوا: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة، وادعوا إجماع الصحابة على ذلك(٥٤).

٢ – أن الطلاق الواقع بالإيلاء بعد مضي المدة يقع لدفع الظلم، ولا يندفع الظلم عنها إلا بالبائن، حتى تتمكن من التخلص منه، واستيفاء حقها من زوج آخر(٥٥).

---

(٤٨) سورة البقرة، آية/٢٢٨.

(٤٩) الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٥٧.

(٥٠) انظر، الشيرازي، المهذب، ج/٣، ص/٦١، الشربيني، مغني المحتاج، ج/ ٥، ص/١٦، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٥٧، ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٦٤.

(٥١) ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٦٤، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٨٩.

(٥٢) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٣، ص/١٧٧، الموصلي، الاختيار، ج/٣، ص/١٥٢، ابن الهمام، فتح القدير، ج/ ٤ ص/١٩١.

(٥٣) ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٦٣، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٨٩.

(٥٤) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٣، ص/١٧٧، ابن الهمام، فتح القدير، ج/ ٤ ص/١٩١.

(٥٥) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٣، ص/١٧٧، ابن الهمام، فتح القدير، ج/ ٤ ص/١٩١.

٣ – أن القول بوقوع الطلاق الرجعي يدعو إلى العبث؛ لأن الزوج إذا أبى الفيء أو التطليق، وطلق عليه القاضي طلاقاً رجعياً، كان للزوج أن يراجعها، فيخرج فعل القاضي مخرج العبث(٥٦).

الترجيح:

بعد النظر في الأدلة، فإني أميل إلى ترجيح القول الأول وأن الواقع بالإيلاء طلاق رجعي ما لم يكن قبل الدخول أو مستكملاً لعدد الطلقات الثلاث، وهو قول جمهور الفقهاء.

وذلك للأسباب الآتية:

١ – وجاهة أدلة الجمهور، وذلك لأن الأصل في الطلاق وقوعه رجعياً.

٢ – إن وقوع الطلاق بائناً لمصلحة الزوجة؛ لرفع الظلم عنها، وإيقاعه رجعياً نافذة للإصلاح، واستئناف للحياة الزوجية فهو لمصلحة الأسرة بأكملها.

٣ – إن القول بأن وقوع طلاق المولي رجعياً يدعو إلى عبث الزوج غير مسلم به؛ لأن عبث الزوج من الأمور الخفية التي ترجع إلى نيته، ولا يطلع عليها أحد، كمن راجع زوجته في العدة بقصد إضرارها وتطويل عدتها، ولم يقل أحد من أهل العلم بأن طلاقه يقع بائناً؛ وذلك لخفاء مقصده على فرض وقوع العبث بحكم القاضي من قبل الزوج، فيمكن اتقاء ذلك باشتراط الوطء حال الرجعة؛ فإن امتنع من الوطء بقيت الزوجة على عدتها. والله أعلم، ولقد أخذ بهذا القول قانون أحوال الشخصية الكويتي.

وبعد أن تم شرح ما يتعلق بهذه المادة القانونية نعقد المقارنة مع القوانين العربية.

المقارنةُ بالقوانين العربية(٥٧):

نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن يمين الإيلاء هو الحلف بالله أو صفة من صفاته ولم يدخل التعليق على فعل ما يستشق به.

وأما الألفاظ التي يقع بها الإيلاء فتركها دون تحديد، وهذا يدل على أنه أراد

(٥٦) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج/٣، ص/١٧٧، ابن الهمام، فتح القدير، ج/٤ ص/١٩١.

(٥٧) القوانين العربية المختارة للمقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الكويتي هي: القانون المصري والمغربي والأردني والإماراتي والقطري، وتكون المقارنة بذكر رقم المادة القانونية والنص المقارن منها.

الألفاظ الصريحة فقط، ولو أراد ألفاظ الكناية لبين ذلك لأنها تحتاج إلى يمين الزوج لإثباتها، أو أنه ترك ذلك لتقدير القاضي.

أما مدة الإيلاء فقد أخذ القانون بجميع أقوال الفقهاء في تحديد مدة الإيلاء فجوز الحلف بأربعة أشهر أو بأكثر منها أو بالحلف دون تحديد مدة، لكن الزوج استمر على يمينه هذه حتى مضت مدة أربعة أشهر.

ونص القانون على أن الزوجة لها أن ترفع أمرها للقاضي بعد انقضاء الأربعة أشهر وتطلب الفيئة أو الطلاق من زوجها، وليس لها أن تطلب هذا قبل انقضاء المدة.

ونص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن الطلقة الواقعة بالإيلاء طلقة رجعية وليست بائنة ما لم تكن قبل الدخول أو مستكملة لعدد الطلقات الثلاث.

وهذه هي الأحكام الشرعية التي نصت عليها المادة القانونية.

ولقد وافق قانون الأحوال الشخصية الأردني قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما جاء فيها، ففي المادة رقم (١٢٣) فقرة أ ونصها: (أ. إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك وطء زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر أو دون تحديد مدة واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر طلق عليه القاضي طلقة رجعية بطلبها)[٥٨].

وكذلك القانون القطري فقد جاء في المادة رقم ١١٢ منه ونصها: (كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق المكمل لثلاث، والطلاق قبل الدخول، وما نص عليه في هذا القانون أنه بائن أو فسخ)[٥٩]، وهو لم ينص على أن الطلاق بالإيلاء طلاق بائن فهو رجعي.

وكذلك في المادة رقم ١٤٦ ونصها: (الإيلاء هو حلف الزوج على ترك وطء الزوجة مطلقاً، أو لمدة أربعة أشهر أو أكثر)[٦٠].

وكذلك في المادة رقم ١٤٧ ونصها: (للزوجة طلب التفريق للإيلاء، ما لم يفئ الزوج عن يمينه قبل انقضاء أربعة أشهر، ويأمر القاضي الزوج بالفيء أو الطلاق، فإن امتنع حكم بالتفريق)[٦١].

وأما قانون الأحوال الشخصية المصري فقد اتفق مع قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن الطلاق بالإيلاء طلاق رجعي كما جاء في المادة رقم ٥ منه ونصها:

(٥٨) قانون الأحوال الشخصية الأردني مادة رقم / ١٢٣ فقرة أ.
(٥٩) قانون الأسرة القطري مادة رقم ١١٢.
(٦٠) قانون الأسرة القطري مادة رقم ١٤٦.
(٦١) قانون الأسرة القطري مادة رقم ١٤٧.

(كل طلاق رجعياً إلا المكمل لثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩)[٦٢].

وأما باقي الأحكام فلم ينص فيها على شيء فيكون بذلك تركها لاجتهاد المحكمة.

وأما القانون المغربي فقد أجاز للزوجة أن ترفع أمرها للمحكمة قبل انقضاء مدة الإيلاء، فإذا لم يفئ بعد الأجل طلقتها المحكمة وتكون رجعية كما جاء في مدونة الأسرة في الباب الثاني: التطليق لأسباب أخرى الفرع الخامس: الإيلاء والهجر مادة رقم ١١٢ ونصها: (إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة)[٦٣].

وكما جاء في مدونة الأسرة في الباب الثاني: الطلاق الرجعي والطلاق البائن مادة رقم ١٢٢ ونصها: (كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق)[٦٤].

وأما باقي الأحكام فلم ينص فيها على شيء فيكون بذلك تركها لاجتهاد المحكمة.

وأما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فقد اتفق مع قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن الإيلاء هو حلف بالله مدة أربعة أشهر أو أكثر، فإذا لم يفئ الزوج قبل انقضاء المدة طلقتها المحكمة، ولكنه نص على أن الطلقة تكون بائنة كما جاء في الفصل السابع التفريق للإيلاء والظهار المادة رقم ١٣٢ ونصها: (للزوجة طلب التطليق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مدة أربعة أشهر فأكثر ما لم يفئ قبل انقضاء الأشهر الأربعة ويكون الطلاق بائناً)[٦٥].

وأما باقي الأحكام فلم ينص فيها على شيء فيكون بذلك تركها لاجتهاد المحكمة.

النتيجة: أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي والأردني والقطري متفقون على أحكام الإيلاء كما جاء في المقارنة، أما القانون المصري والمغربي فقد اتفقا معهم على أن الطلقة بالإيلاء تكون رجعية، وخالفهم القانون الإماراتي فعد الطلقة بائنة، واتفقوا جميعاً على أن مدة بالإيلاء تكون أربعة أشهر أو أكثر، وأن الرفع للمحكمة يكون بعد انقضاء مدة الأربعة أشهر، باستثناء القانون المغربي فقد أجاز للزوجة الرفع للمحكمة قبل انقضاء المدة، ويمهل الزوج لانتهاء مدة الأربعة أشهر فإذا لم يفئ طلقتها للمحكمة.

---

(٦٢) قانون الأحوال الشخصية المصري الباب الرابع أحكام متفرقة مادة رقم / ٥.
(٦٣) مدونة الأسرة المغربية مادة رقم ١١٢.
(٦٤) مدونة الأسرة المغربية مادة رقم ١٢٢.
(٦٥) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مادة رقم / ١٣٢.

المبحث الثاني
مدة الفيء (مادة رقم ١٢٤)

أولاً نذكر نص المادة القانونية، ثم نشرحها ونبين ما فيها، ثم بعد ذلك نعقد المقارنة مع القوانين العربية، ونستخلص نتيجة المقارنة بين القوانين.

نص المادة رقم ١٢٤ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(إذا استعد الزوج للفيء قبل التطليق، أجله القاضي مدة مناسبة، فإن لم يفئ طلق عليه).

شرح المادة القانونية:

هذه المادة تبين أن للقاضي الحق في إعطاء الزوج مهلة مناسبة ليفيء إلى زوجته ويرجع عن إيلاءه، فإذا فاء ورجع لزوجته لزمته كفارة الإيلاء[٦٦]، وإذا لم يرجع عن إيلائه بعد المهلة طلق القاضي زوجته طلاقاً رجعياً، وهذا هو قول الجمهور القائلين بأن الزوجة ترفع أمرها للقاضي ماعدا الحنفية والذي سبق ترجيحه معنا، ويكون الفيء بالجماع ما لم يوجد عذر يمنع من الجماع كالحبس أو السفر فيصح بالقول[٦٧].

المقارنةُ بالقوانين العربية:

لقد وافق قانون الأحوال الشخصية الأردني قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما جاء في المادة رقم (١٢٤) إلا أنه حدد المهلة بمدة لا تزيد عن شهر، ففي المادة رقم (١٢٣) فقرة ب ونصها: (ب. إذا استعد الزوج للفيء قبل التطليق أجله القاضي مدة لا تزيد على شهر فإن لم يفئ طلق عليه طلقة رجعية ما لم تكن مكملة لثلاث)[٦٨]، وأما باقي القوانين فلم تنص على أي مواد تشير لمثل هذه المادة حسب اطلاعي.

---

(٦٦) كفارة الإيلاء هي كفارة يمين لأن الإيلاء يمين.

(٦٧) انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، ج/٣، ص/١٢٠، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٤، ص/٨٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/٢، ص/٤٢٢، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٥٧، الشيرازي، المهذب، ج/٣، ص/٥٤، الشربيني، مغني المحتاج، ج/ ٥، ص/١٦، ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٣٨، الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج/٥، ص/٤٦٣، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٧٤.

(٦٨) قانون الأحوال الشخصية الأردني مادة رقم/١٢٣ فقرة ب.

النتيجة:

أن للمحكمة الحق في إمهال الزوج مدة مناسبة لكي يرجع عن إيلائه، وهي تعتبر فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما قبل الانفصال، وقد نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي والأردني على ذلك، وأما باقي القوانين فلم تنص على أي مواد تشير لمثل هذه المادة حسب اطلاعي.

المبحث الثالث
الرجعة في الطلاق بالإيلاء (مادة رقم ١٢٥)

أولاً نذكر نص المادة القانونية، ثم نشرحها ونبين ما فيها، ثم بعد ذلك نعقد المقارنة مع القوانين العربية، ونستخلص نتيجة المقارنة بين القوانين.

نص المادة رقم ١٢٥ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(يشترط لصحة الرجعة في التطليق للإيلاء أن تكون بالفيء فعلاً في أثناء العدة، إلا أن يوجد عذر فتصح بالقول).

شرح المادة القانونية:

إذا طلق الزوج زوجته بعد الإيلاء أو طلقها عليه القاضي بسبب الإيلاء، وكانت الطلقة رجعية أي غير المكملة لثلاث ولم تكن قبل الدخول، فله أن يراجعها ما دامت في العدة بالفيء فعلاً، ويقصد بالفيء الجماع كما مر معنا، إلا أن يوجد له عذر يمنعه من الجماع كالسفر أو المرض فتصح الرجعة بالقول، وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة فقد بانت منه(٦٩).

المقارنة بالقوانين العربية:

ولقد وافق قانون الأحوال الشخصية الأردني قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما جاء في المادة رقم (١٢٥)، ففي المادة رقم (١٢٣) فقرة ج ونصها: (ج. يشترط لصحة الرجعة في التطليق للإيلاء أن تكون بالفيء فعلا أثناء العدة إلا أن يوجد عذر فتصح بالقول)(٧٠).

وأما باقي القوانين فلم تنص على أي مواد تشير لمثل هذه المادة حسب اطلاعي.

النتيجة: أن للزوج إرجاع زوجته في العدة من الطلقة الرجعية بسبب الإيلاء، ما دامت فيها بالفيء ويقصد به الجماع، إلا أن يوجد له عذر يمنعه من الجماع كالسفر أو المرض فتصح الرجعة بالقول، وقد نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي والأردني

---

(٦٩) انظر، الماوردي، الحاوي الكبير، ج/١٠، ص/٣٥٧، انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، ج/٣، ص/١٢٠، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج/٤، ص/٩٠، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/٢، ص/٤٢٧، الشيرازي، المهذب، ج/٣، ص/٦١، الشربيني، مغني المحتاج، ج/ ٥، ص/٢٥، ابن قدامة، المغني، ج/٧، ص/٥٦٣، المرداوي، الإنصاف، ج/٩، ص/١٨٩، البهوتي، كشاف القناع، ج/٥، ص/٣٦٨.

(٧٠) قانون الأحوال الشخصية الأردني مادة رقم / ١٢٣ فقرة ج.

على ذلك، وأما باقي القوانين فلم تنص على أي مواد تشير لمثل هذه المادة حسب اطلاعي.

الخاتمة:

وفي ختام هذا البحث تبين أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد أخذ في المواد التي تناولت أحكام الإيلاء بالأقوال الراجحة في الفقه الإسلامي والتي فيها تسهيل على المجتمع ورعاية لمصالح الأزواج والأبناء.

النتائج:

١ – أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي أخذ بما جاء بالشريعة الإسلامية من أحكام.

٢ – أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي متقدماً على القوانين المقارنة من حيث توسع وشمول مواده لموضوع الإيلاء.

٣ – لم أجد قضايا منظورة أمام القضاء الكويتي في موضوع البحث، فبالتالي لم تكن هناك أحكام نهائية فيها.

المراجع

- ابن حزم. المحلي. دار الفكر – بيروت. بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ابن رشد. بداية المجتهد. دار الحديث القاهرة. بدون طبعة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
- ابن قدامة الكافي. دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
- ابن قدامة. المغني. الناشر: مكتبة القاهرة. بدون طبعة.
- ابن القطان الإقناع في مسائل الإجماع. الفاروق الحديثة للطباعة والنشر. الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م.
- ابن المنذر الإجماع. دار المسلم للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
- ابن الهمام فتح القدير. الناشر: دار الفكر. بدون طبعة وبدون تاريخ.
- البخاري صحيح البخاري. دار طوق النجاة. الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- البغوي معالم التنزيل. دار طيبة للنشر والتوزيع. الطبعة: الرابعة، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
- البهوتي كشاف القناع. دار الكتب العلمية. بدون طبعة وبدون تاريخ.
- البيهقي السنن الكبرى.
- الحصني كفاية الأخيار. تحيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان دار الخير – دمشق. الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
- الخرشي شرح مختصر خليل. دار الفكر للطباعة بيروت. بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الدارقطني سنن الدارقطني. مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان. الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٤م.
- الدسوقي حاشية الدسوقي. دار الفكر. بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الزرقاني شرح مختصر خليل. دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م.
- الزركشي شرح الزركشي على مختصر الخرقي. دار العبيكان. الأولى، ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م.
- زيدان المفصل. الرسالة. الطبعة الأولى. ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

- الزيلعي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي. المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة. الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.
- سعيد بن منصور سنن سعيد بن منصور. تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. الدار السلفية الهند. الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٢م.
- الشربيني مغني المحتاج. دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
- الشيرازي المهذب. دار الكتب العلمية. بدون طبعة وتاريخ.
- الفيروزآبادى القاموس المحيط. مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ/ ٢٠٠٥م.
- الفيومي المصباح المنير. المكتبة العلمية. بدون طبعة وتاريخ.
- القرآن الكريم.
- القرطبي الجامع لأحكام القرآن. دار الكتب المصرية. الثانية. ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني.
- قانون الأسرة القطري.
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي.
- قانون الأحوال الشخصية المصري.
- الماوردي الحاوي الكبير. دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.
- مدونة الأسرة المغربية.
- المرداوي الإنصاف. دار إحياء التراث العربي. الثانية بدون تاريخ.
- مسلم صحيح مسلم. دار إحياء التراث العربي. بدون طبعة وتاريخ.
- الموصلي الاختيار لتعليل المختار. مطبعة الحلبي (وصورتها دار الكتب العلمية – بيروت، وغيرها) تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧ م
- الكاساني بدائع الصنائع. دار الكتب العلمية. الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
- النسفي طلبة الطلبة. المطبعة العامرة، مكتبة المثنى. بدون طبعة. ١٣١١هـ.
- النووي روضة الطالبين. المكتب الإسلامي. الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.