الرافدين للحقوق مجلد (٩/السنة الثانية عشرة) **عدد** (٣٢) **سنة** (٢٠٠٧)
[ص١-ص٥٠]

إشكالية الطلاق الرجعي
فى الفقه والقانون

د. قيس عبد الوهاب الحيالي
مدرس الأحوال الشخصية
كلية القانون / جامعة الموصل

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين... ستتضمن المقدمة النقاط الآتية:

أولاً. مدخل تعريفي:

الطلاق شرعاً هو إنهاء عقد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة عليه، والطلاق مشروع في كتاب الله وسنة رسوله والاجماع والمعقول، أما الكتاب فقوله تعالى: [**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**][1]، وقوله تعالى: [**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**][2]. أما السنة النبوية فقد ثبت أن الرسول (ﷺ) قد طلق بعض زوجاته ومنهن حفصة بنت عمر بن الخطاب وفاطمة بنت الضحاك وأسماء بنت النعمان وأميمة بنت شراحبيل وخولة بنت حكيم[3]، وقد أجمع الفقهاء المسلمين على جواز الطلاق ولا يؤثم الزوج إذا أوقعه لأسباب مقبولة متبعاً سنة

(1) سورة البقرة، الآية (٢٢٩).
(2) سورة الطلاق، الآية (١).
(3) أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق عماد زكي البارودي و خيري سعيد، ج١٣، المكتبة التوفيقية، مصر، ص١٣٤.

الرسول (ﷺ) في ايقاعه، أما المعقول فان الغاية من الزواج هي المودة والسكينة، أما إذا أصبحت الحياة بين الزوجين مستحيلة فمن العقل والمنطق الفراق بينهما.

والزواج في نظر الإسلام أساسه التوادد والتراحم بين الزوجين لتكوين أسرة متماسكة لبناء مجتمع قوي، غير أن الحياة الزوجية قد تكشف لكل من الزوجين ما لا يرتضيه في الآخر من طباع وخلق فيطرأ بينهما الشقاق والتنافر ومن ثم تزول الثقة بينهما وتتحول القلوب من الحب إلى البغض ولا يجدي نُصح ولا صُلح، وليس من مصلحة الزوجين ولا المجتمع بناء الزوجية على هذا الوضع السيء الذي قد يتفاقم شره، كما أنه ليس من الحكمة ولا المصلحة إرغام الزوجين على حياة لم تتحقق فيها مقاصد الزواج.

وكثيراً ما يحدث بعد الطلاق الندم ويشعر المخطئ منهما بخطئه . وحفاظاً على الأسرة فقد شرع الإسلام الرجعة مرتين، أما إذا طلق الزوج زوجته طلقة ثالثة فهذا دليل الفشل في حياتهما الزوجية، وان كلاً منهما لا يصلح للآخر، فلا يقدر المطلق الزواج من مطلقته البائنة بينونة كبرى حتى تتزوج زوجاً آخر ويطلقها زوجها الثاني أو يتوفى عنها وبانتهاء عدتها يستطيع مطلقها الزواج منها لقوله تعالى: [**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ**][1].

ثانياً. أسباب اختيار الموضوع:

ان اختيارنا للكتابة في هذا الموضوع أسباب عدة نجملها بما يأتي:

([1]) سورة البقرة، الآية (٢٣٠).

١. ان المشرع العراقي كان مضطرباً وجانب الصواب في المادة (١/٣٨) إذ إنه لم يعرف الطلاق الرجعي وإنما بين أحد الآثار المترتبة عليه. إذ نص على أنه (الطلاق قسمان:

١. رجعي وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد وتثبيت الرجعة بما يثبت به الطلاق).

٢. شيوع خطأ بين الناس حتى أهل القانون بتقسيم الطلاق من حيث أثره، إذ إننا وجدنا من خلال استقراء الواقع العملي والإطلاع على بعض قرارات المحاكم أن كثيراً من المحامين وقسماً من القضاة يعتبرون الطلاق الأول رجعياً والثاني بائناً بينونة صغرى، ووصل الأمر أن هذا الخطأ الشائع غير قابل للنقاش.

٣. ان الخطأ الشائع في مفهوم الطلاق من حيث أثره ترتب عليه تحريم حلال وهدم كيان كثيرٍ من الأسر، إذ إن جهل كثير من المحامين وبعض مدعي العلم بعدم قدرة الزوج بارجاع زوجته إلى عصمته دون عقد ودون مهر ودون رضاها في الطلاق الثاني كونه طلاقاً رجعياً، حرم الزوج من هذا الحق وحرم حلالاً وهدم كيان أسرة.

٤. ان أغلب العوائل يخرجون ابنتهم عند طلاقها من بيت الزوجية بزعم أنها مطلقة ولا يجوز أن تبقى مع مطلقها بغض النظر عن كون الطلاق رجعياً أو بائناً، في حين أن من واجباتها عدم خروجها من دار الزوجية إذا كان الطلاق رجعياً طيلة فترة العدة.

ثالثاً. منهج البحث:

انتهجنا في بحثنا الأسلوب المقارن والتحليلي ، كالآتي:

١. المنهج المقارن:

سنحاول في هذا البحث المقارنة في الفقه الإسلامي بالتركيز على الفقهين الحنفي والجعفري لكون أغلب الشعب العراقي يقلدونهما فضلاً عن أن المشرع العراقي اقتبس جلَّ أحكامه من هذين المذهبين وسنعتمد على المعتمد والمشهور من هذين المذهبين وسنخرج عن هذه المنهجية إذا اتفق المذهبان على رأي ووجدنا رأياً مخالفاً في المذاهب الأخرى يستحق البحث وصولاً إلى الغاية المتوخاة.

واخترنا القانون السوري قانوناً مقارناً لكون معظم أحكامه مقتبسه من الفقه الإسلامي، وحاولنا اختيار قانونين مختلفين عن القانون العراقي من حيث المرجعية التشريعية فاخترنا القانون الصومالي والجزائري كون جلَّ أحكامهما مقتبسة من القوانين الغربية.

٢. المنهج التحليلي:

حاولنا الترجيح بين الآراء الفقهية في المسائل المختلفة وايراد حجج كل رأي ومحاولة تحليلها وبيان قيمة حجج كل رأي وأخيراً تبني الرأي المرجوح حسب وجهة نظرنا وإسقاط هذا الرأي على النصوص القانونية في القوانين المقارنة وبيان محاسن ومساوىء كل نص ثم ترجيح موقف أحد القوانين حسب وجهة نظرنا أو اقتراح أحد الآراء الفقهية غير المتبناة.

رابعاً. خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق الرجعي.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مفهوم الطلاق الرجعي في القوانين المقارنة.

المبحث الثاني: آثار الطلاق الرجعي.

المطلب الأول: آثار الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: آثار الطلاق الرجعي في القوانين المقارنة.

المبحث الثالث: أحكام الرجعة.

المطلب الأول: أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أحكام الرجعة في القوانين المقارنة.

الخاتمة.

المصادر.

المبحث الأول
مفهوم الطلاق الرجعي

ان مفهوم الطلاق الرجعي مفهوم خاطئ بين الناس عامة وعند كثير من أهل القانون خاصة ومفاده ان الطلاق الرجعي يقتصر على الطلقة الأولى التي يوقعها الزوج على زوجته بعد الدخول، وسنحاول في هذا المبحث بيان المفهوم الصحيح للطلاق الرجعي كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مفهوم الطلاق الرجعي في القوانين المقارنة.

المطلب الأول
مفهوم الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي

الطلاق الرجعي هو كل طلقة يوقعها الزوج على زوجته الداخل بها شرعاً الأول أو الثاني وبالصيغ المخصوصة شرعاً[١]، وسنبحث هذه الشروط كالآتي:

الفرع الأول
الطلاق بعد الدخول

يشترط لوقوع الطلاق رجعياً أن يوقعه الزوج بعد الدخول بزوجته دخولاً حقيقياً، أما ايقاع الطلاق بعد الدخول الحكمي وهو الخلوة الشرعية الصحيحة بلا دخول حقيقي فلا يعد طلاقاً رجعياً وإنما يقع طلاقاً بائناً[٢].

الفرع الثاني
الطلاق الأول والثاني

يشترط في وقوع الطلاق الرجعي أن يكون ضمن الطلقتين الأولى والثانية، وهذا يعني أن الزوج إذا طلق زوجته لأول مرة طلقة واحدة بعد الدخول فهذا يعني طلاقاً

---

(١) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، ط١، المطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٨هـ، ص١٠٩. المحقق الحلي، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، المجلد الثاني، دار مكتبة الحياة، لبنان، ١٩٧٨، ص٥٧.

(٢) د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، ط٣، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٠، ص٨. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط٥، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٧، ص٤١٨.

رجعياً فيستطيع أن يراجعها أثناء فترة العدة، فاذا طلقها طلقة ثانية فهذا يعد طلاقاً رجعياً أيضاً ويستطيع أن يراجعها أثناء فترة العدة، ويتحول الطلاق الرجعي الى طلاق بائن ببينونة صغرى بانتهاء فترة العدة[1].

الفرع الثالث
ان يقع الطلاق بالصيغة المخصوصة شرعاً

ذهب الحنفية الى أن الطلاق الرجعي يشترط فيه أن لايكون موصوفاً بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبهاً بعدد أو وصف يدل عليها، وبناءًعلى ذلك إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق بائن، أو أنت طالق حرام أو أنت طالق أبد الدهر أو أفحش الطلاق ونحو ذلك فيقع الطلاق بائناً عند الحنفية[2].

وذهب الجعفرية بتجريد الصيغة عن الشرط والصفة على المشهور عندهم ولو طلق الزوج زوجته باثنتين أو ثلاثة بطل الطلاق وقيل يقع واحدة أي طلاقاً رجعياً[3].

ونتفق مع ما ذهب إليه الجعفرية في ذلك للسببين الآتيين:

١. ان الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق مرتين لقوله تعالى: [**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**][4]، وهذا يعني ان الطلقة الأولى تتبعها رجعة ثم تتلوها طلقة أخرى.

---

(1) الكاساني، المصدر السابق، ص١٠٩. أبو الصلاح الحليمي، الكافي في الفقه، المجلد ١، مكتبة أمير المؤمنين، أصفهان، ١٤٠٣ هـ، ص٣١٢.

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، المجلد ٦، ط١، دار الفكر، مصر، ١٤١٥ هـ، ص٢٧٧.

(3) المحقق الحلي، المصدر السابق، ص٥٦.

(4) سورة البقرة، الآية (٢٢٩).

٢. ان الأخذ بهذا الرأي فيه مصلحة المجتمع في الحفاظ على كيان الأسرة، كونهم اعتبروا الطلاق في هذه الحالة رجعياً لا بائناً.

ولا نتفق مع أستاذنا الفاضل الدكتور عبد الكريم زيدان في اشتراطه أن لا يقرن الطلاق بعوض من شروط الطلاق الرجعي[١]، ونجد أن هذا الشرط يخرج عن تعريف الطلاق الرجعي ويدخل في مفهوم الطلاق البائن وان وضع هذا الشرط يجعل التعريف غير مانعٍ.

المطلب الثاني
مفهوم الطلاق الرجعي في القوانين المقارنة

من نافلة القول أن وضع تعاريف للمصطلحات هو من اختصاص الفقهاء لا المشرعين، في حين وجدنا ان المشرعين وضعوا تعاريف للطلاق الرجعي، فكان لابد من بحثه، وسنتطرق إلى موقف القوانين في تعريف الطلاق الرجعي كالآتي:

الفرع الأول
القانون العراقي

نصت المادة (٣٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) في ١٩٥٩/١٢/٣٠ على أنه: (الطلاق قسمان: ١. رجعي وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق).

ونجد أن المشرع العراقي قد جانب الصواب في تعريف الطلاق الرجعي إذ إنه لم يعرف الطلاق الرجعي، بل انه نص على أحد آثار الطلاق الرجعي وهو حق الزوج

---

(١) د. عبد الكريم زيدان، المصدر السابق، ص٩.

باعادة زوجته إلى عصمته أثناء فترة العدة. ونأمل من المشرع العراقي تجاوز هذا الخطأ الجسيم إما بالغاء التعريف من نص القانون، وإذا كان لابد فباعادة صياغته بحيث يكون تعريفاً جامعاً مانعاً لا لبس فيه.

الفرع الثاني
القانون السوري

نصت المادة (٩٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري ذي العدد (٥٩) في ١٩٥٣/٩/١٧ على أنه (كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص على كونه بائناً في هذا القانون).

ونجد أن المشرع السوري لم يوفق في تعريف الطلاق الرجعي إذ إنه أدخل مفهوم الطلاق البائن في تعريف الطلاق الرجعي، فالطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل طلاق بائن وهذا منافٍ للتعريف الجامع المانع إذ إن المصطلح يجب أن يعرف بذاته لا بتعريف غيره.

الفرع الثالث
القانون الجزائري

نصت المادة (٥٠) من قانون الأسرة الجزائري رقم (٨٤) في ٩ يونيو ١٩٨٤ على أنه: (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد فمن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد)، ونصت المادة (٥١) من القانون ذاته على (لايمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء).

ونجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مفهوم الطلاق الرجعي بالمادتين المذكورتين، إذ إنه تطرق في المادة (٥٠) إلى أحد آثار الطلاق الرجعي وهو حق الزوج باعادة زوجته إلى عصمته وهو موقف مطابق لموقف القانون العراقي مع وجود فرق في أن الطلاق لايقع وفقاً للقانون الجزائري إلا بالمحكمة[1]. أما بالنسبة للمادة (٥١) فقد أشار بشكل ضمني إلى أحد شروط الطلاق الرجعي بذكره أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء، بمعنى اعتبار الطلقتين الأولى والثانية طلاقاً رجعياً.

الفرع الرابع
القانون الصومالي

نصت المادة (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية الصومالي رقم (٢٣) في ١١ يناير ١٩٧٥: (كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق الذي يقع قبل الدخول والطلاق المكمل للثلاث).

ويتضح من هذا التعريف ان المشرع الصومالي لم يكن موفقاً في تعريف الطلاق الرجعي إذ إنه أدخل مفهوم الطلاق البائن في تعريف الطلاق الرجعي، فالطلاق قبل الدخول يعد طلاقاً بائناً وهذا منافٍ للتعريف الجامع المانع إذ إن المصطلح يجب أن يعرف بذاته لا بغيره.

---

(١) أنظر نص المادة (٤٩) من قانون الأسرة الجزائري رقم (٨٤) في ٩ يونيو ١٩٨٤، إذ نصت على أنه: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر).

الفرع الخامس
تقويم القوانين

يتضح من خلال استقراء نصوص القوانين المقارنة ان جميع هذه القوانين لم تبين مفهوم الطلاق الرجعي بشكل واضح وصريح بالنص على شرطي الطلاق الرجعي، إذ إن القانون العراقي لم يبين مفهوم الطلاق الرجعي وإنما نص على أثر من آثاره وهو حق الزوج باعادة زوجته إلى عصمته، أما القانون الجزائري فقد أشار بشكل ضمني إلى أحد شرطي الطلاق الرجعي وهو اعتبار الطلقتين الأولى والثانية طلاقاً رجعياً وأغفل وقوعه بعد الدخول، أما القانونان السوري والصومالي فان تعريفهما لم يكن تعريفاً مانعاً، إذ إنهما أدخلا مفهوم الطلاق البائن لتعريف الطلاق الرجعي.

ونأمل من المشرع العراقي أن يتلافى هذا الخطأ التشريعي ولاسيما أنه ترتب عليه أخطاء قضائية حرمت حلالاً، إذ صدرت بعض القرارات القضائية معتبرة الطلاق الثاني طلاق بائناً بينونة صغرى، فقد جاء في أحد قرارات محكمة الأحوال الشخصية بالموصل (وحيث أن المدعى عليه أقر بأنه كان قد طلق المدعية في سنة ١٩٧٩، وحيث أن الشاهدة أفادت أن والدها المدعى عليه قد طلق والدتها المدعية بتاريخ ١٩٩٦/٤/١٤، لذا قرر الحكم بثبوت طلاق المدعية من المدعي طلقة ثانية بائنة)[1]، إذ حرمت المحكمة

([1]) أنظر قرار محكمة الأحوال الشخصية بالموصل ذي العدد (٢٥٠٢) في ١٩٩٦/٧/٢٥. بالاتجاه ذاته: أنظر: قرار محكمة الأحوال الشخصية في الموصل ذي العدد (٩٧/٢٥٢٥) في ١٩٩٧/٦/١٧ (غير منشور). أنظر: قرار محكمة تمييز العراق ٤٦٥١/شخصية/١٩٩٦ في ١٩٩٦/١٠/٢٤. (غير منشور)

بهذا التوجه حق الزوج باعادة زوجته إلى عصمته كون الطلاق الثاني الواقع بعد الدخول طلاقاً رجعياً لا بائناً وهي مسألة متفق عليها بين الفقهاء[1].

ونقترح أن يوضع نص يعرف الطلاق الرجعي بأنه: (هو طلاق الزوج لزوجته الأول أو الثاني بعد الدخول بها بالصيغة المخصوصة شرعاً).

إذ إن هذا التعريف جامع لشروط الطلاق الرجعي ومانع بعدم إدخال شروط مصطلحات أخرى في تعريفه.

المبحث الثاني
آثار الطلاق الرجعي

سنبين في هذا المبحث الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة كالآتي:

المطلب الأول: آثار الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: آثار الطلاق الرجعي في القوانين المقارنة.

---

(1) زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر، البحر الرائق، ج٤، دار المعرفة، بيروت، ص٥٣. محمد سلام مدكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٣٠. المحقق الحلي، المصدر السابق، ص٥٣. عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مطبعة حجازي، القاهرة، ١٩٤٧، ص٦١. مالك بن أنس أبو عبدالله الاصبحي، موطأ مالك، ج٢، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي، مصر، ص٥٥٨. محمد بن ادريس أبو عبدالله الشافعي، اختلاف الحديث، ط١، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ١٩٨٥، ص٢٥٧. ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي، المبدع، ج٨، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠ هـ، ص١٣٨.

المطلب الأول
آثار الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي

يترتب على ايقاع الزوج على زوجته طلاقاً رجعياً وفقاً للفقه الإسلامي الآثار الآتية:

الفرع الأول
الزوجية قائمة أثناء فترة العدة

ان الطلاق الرجعي لاينهي الرابطة الزوجية بين الزوجين في الحال ما دامت المطلقة في عدتها مصداقاً لقوله تعالى: [**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ * الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**][1]، أي أزواجهن أحق بردهن، فيدل ذلك على أن الزوجية قائمة بعد الطلاق الرجعي ولحين انتهاء فترة العدة، وهذا يعني أن جميع الحقوق المترتبة على الزواج تبقى قائمة فيبقى الزوج ملزماً بالإنفاق على زوجته وإذا مات أحدهما يرث الآخر ويستطيع الزوج أن يطأ زوجته ، وغيرها من الحقوق ما بين الزوجين[2].

([1]) سورة البقرة، الآيتان (٢٢٨-٢٢٩).

([2]) أبو عبدالله محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير، ج١، ط١، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٦ هـ، ص١٩١. علي بن بابوية، فقه الرضا، المجلد ١، المؤتمر العالمي للإمام رضا، ص٢٤١.

الفرع الثاني
إنقاص عدد الطلقات

ان الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فالزوج له الحق بايقاع الطلاق على زوجته ثلاث مرات، فاذا طلق الزوج زوجته الطلقة الأولى بعد الدخول بها . فمن حقه إعادتها إلى عصمته أثناء فترة العدة، ويبقى له طلقتان، فاذا طلقها طلقة ثانية فله إعادتها إلى عصمته أثناء فترة العدة، وتبقى له طلقة واحدة، فاذا طلقها فان الطلقة الثالثة تعد الزوجة مطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى[١].

الفرع الثالث
حق المطلق بالرجعة

ويترتب على الطلاق الرجعي حق الزوج بإرجاع زوجته إلى عصمته أثناء فترة العدة دون عقد نكاح جديد ومهر ودون رضاها مصداقاً لقوله تعالى: [**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً**][٢].

([١]) محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، المبسوط للسرخسي، ج٦، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦ هـ، ص١٩. المحقق الحلي، المصدر السابق، المجلد الثاني، ص٥٣.

([٢]) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

الفرع الرابع
التزام المطلقة بالعدة الشرعية

يترتب على الطلاق الرجعي التزام المطلقة بالعدة الشرعية استبراءاً للرحم وإعطاء فرصة للزوج للتفكير لإعادة زوجته لعصمته ومدة العدة ثلاثة قروء إذا كانت المطلقة من ذوات القروء، أو ثلاثة أشهر إذا كانت غير ذات قرء لصغر أو يأس، وتجب للمعتدة من طلاق رجعي نفقة على زوجها لأنها لاتزال في عصمته طيلة فترة العدة، ولا يجوز له أن يخرجها لكونها أهلاً أن يراجعها لقوله تعالى: [**لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ**][1]، وتلتزم المعتدة من الطلاق الرجعي بعدم الزواج أثناء فترة العدة وهو حكم ثابت لكل أنواع الطلاق[2].

المطلب الثاني
آثار الطلاق الرجعي في القوانين المقارنة

سنتناول في هذا المطلب آثار الطلاق الرجعي في القوانين المقارنة كالآتي:

([1]) سورة الطلاق، الآية (١).

([2]) علي بن الحسين بن محمد السغدي، فتاوى السغدي، ج١، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٤ هـ، ص٣٣٣، محمد بن الحسين بن بابوية القمي، المقنع، مجلد١، اعتماد، قم، ١٤١٥هـ، ص٣٣٩.

الفرع الأول
القانون العراقي

نصت المادة (١/٣٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بعد أن وضحت أن الطلاق قسمان أنه: (١. رجعي: وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق).

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع العراقي قد نص على أثر من آثار الطلاق الرجعي وهو حق الزوج باعادة زوجته إلى عصمته أثناء فترة العدة، وهذا لايعني حسب وجهة نظرنا أن الآثار الأخرى للطلاق الرجعي لاتترتب وفقاً للقانون العراقي، وإنما يسعفنا في ذلك الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقاً لأحكام المادة (الأولى) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، إذ نصت في فقرتها (٢): (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون). علماً أن المشرع العراقي قد خلط بنص المادة (٣٨) السابق ذكرها بين تعريف الطلاق الرجعي والآثار المترتبة عليه.

الفرع الثاني
القانون السوري

نصت المادة (٩١) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: (يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات)، ونصت المادة (٨٣) منه على أنه: (تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ)، ونصت المادة (١/١١٨) على أنه (الطلاق الرجعي لايزيل الزوجية وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط).

يتضح لنا من النصوص أعلاه أن المشرع السوري قد نص على جميع آثار الطلاق الرجعي إما صراحةً أو ضمناً، إذ نص في المادة (٩١) على أن الزوج يملك على زوجته ثلاث طلقات وهذا يعني أن الزوج إذا استعمل حقه في الطلاق فهذا ينقص عدد الطلقات، كما نص في المادة (٨٣) على وجوب التزام المطلق بنفقة مطلقته المطلقة طلاقاً رجعياً، ونصت المادة (١/١١٨) على بقاء الزوجة في عصمة زوجها وحقه في مراجعتها أثناء فترة العدة[1].

الفرع الثالث
القانون الجزائري

نصت المادة (٥٠) من قانون الأحوال الشخصية الجزائري على أنه: (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لايحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد).

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد نص على أثر من آثار الطلاق الرجعي وهو حق الزوج بمراجعة زوجته إلى عصمته، إلا أننا نجد أن المشرع الجزائري لم يقيد هذا الحق بانتهاء عدة الزوجة وإنما يعيدها إلى عصمته ما دام استعماله لهذا الحق أثناء محاولة الصلح، أما إذا راجعها بعد صدور الحكم فانه يحتاج إلى عقد، ونجد أن هذا التوجه قد جانب الصواب إذ العبرة باستعمال هذا الحق وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي هو استعماله أثناء فترة العدة بغض النظر عن صدور الحكم بالطلاق من عدمه، إذ إن صدور قرار بالطلاق لايؤثر في نوع الطلاق من حيث أثره

([1]) أنظر: د. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٧٢، ص١٣٠.

باعتباره رجعياً أو بائناً، وعدم النص على آثار الطلاق الرجعي في القانون الجزائري لايعني –حسب وجهة نظرنا– أن المشرع لم يرتب هذه الآثار وإنما على القاضي أن يستعين بأحكام الشريعة الإسلامية استناداً الى أحكام المادة (٢٢٢) من قانون الأحوال الشخصية الجزائري، إذ نص على أنه: (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

الفرع الرابع
القانون الصومالي

نصت المادة (٣٧) من قانون الأحوال الشخصية الصومالي على أنه: (الطلاق الرجعي لاينهي الزوجية حال وقوعه، ويجوز أيضاً إعادة رابطة الزوجية أثناء فترة العدة)، ونصت المادة (٤٨) على أنه: (تجب العدة على المرأة في الحالات الآتيـــــة: أ.....

ب. الطلاق الرجعي أو البائن بعد تمام الدخول)، ونصت المادة (٥٢) على أنه (يستمر الزوج في إعطاء النفقة لزوجته أثناء العدة إذا سبق إلزامه بها).

يتضح لنا من خلال هذه النصوص أن المشرع الصومالي قد نص على معظم آثار الطلاق الرجعي باستثناء أثر واحد وهو أن الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته إذ نص في المادة (٣٧) على بقاء الزوجية أثناء فترة العدة وحق الزوج بإعادة زوجته إلى عصمته، ونص في المادة (٤٨) على وجوب التزام المطلقة بالعدة، ونص في المادة (٥٢) على إلزام الزوج بالإنفاق على زوجته مع ملاحظة أن المشرع الصومالي لم يلزم الزوج بالانفاق على زوجته وإنما جعل الانفاق واجباً يقع على كلا

الزوجين[1] ونعتقد أن عدم النص على جميع آثار الطلاق الرجعي لايعني أن المشرع الصومالي لم يأخذ بها وإنما نستند بالأخذ بهذه الآثار بالرجوع إلى المذهب الشافعي ثم مبادئ الشريعة الإسلامية إذ نصت المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية الصومالي على أنه: (تطبق نصوص هذا القانون في جميع الحالات التي يشملها، وفي حالة عدم وجود نص معين، تطبق الآراء الراجحة في مذهب الإمام الشافعي، ثم المبادئ العامة للشريعة الإسلامية والعدالة الاجتماعية).

الفرع الخامس
تقويم القوانين

نعتقد أن توجه المشرع السوري كان الأفضل بين توجهات المشرعين في القوانين المقارنة محل البحث، إذ إن المشرع السوري نص على جميع آثار الطلاق الرجعي، في حين نجد أن المشرعين العراقي والجزائري قد نصا على أثر من آثار الطلاق الرجعي وهو حق الزوج باعادة زوجته إلى عصمته أثناء فترة العدة، بينما نص المشرع الصومالي على معظم آثار الطلاق الرجعي باستثناء أن الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

وترجيحنا لتوجه القانون السوري نابع من أن آثار الطلاق الرجعي آثار متكاملة يكمل بعضها الآخر ومن ثم وجب إما ذكرها جميعاً بحيث لا تكون عرضة للاجتهاد

([1]) أنظر: نص المادة (١/٣١) من قانون الأحوال الشخصية الجزائري رقم (٢٣) في ١١ يناير ١٩٧٥ إذ نصت على أنه (يساهم كل من الزوج والزوجة في تكاليف الحياة الزوجية بالنسبة لدخل كل منهما وفي حالة عدم قدرة أحدهما على المساهمة يلتزم الآخر بتحمل أعباء وتكاليف الحياة الزوجية).

وتسهيلاً لعمل القضاة، أو عدم النص عليها ومن ثم يمكن الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، ونأمل من المشرع العراقي تلافي هذا القصور التشريعي، ونقترح وضع نص يبين آثار الطلاق الرجعي بعد تعريفه بشكل واضح وصريح بحيث يكون النص كالآتي: (الطلاق الرجعي: وهو طلاق الزوج لزوجته الأول أو الثاني بعد الدخول بها بالصيغة المخصوصة شرعاً ويترتب عليه ما يأتي:

أ. بقاء الزوجية أثناء فترة العدة.

ب. انقاص عدد الطلقات.

ج. للمطلق إرجاع مطلقته أثناء فترة العدة.

د. التزام المطلقة بالعدة الشرعية).

المبحث الثالث
أحكام الرجعة

سنتناول في هذا المبحث أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة كالآتي:

المطلب الأول: أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أحكام الرجعة في القوانين المقارنة.

المطلب الأول
أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المطلب مشروعية الرجعة وشروطها في الفقه الإسلامي كالآتي:

الفرع الأول

مشروعية الرجعة

الرجعة هي إبقاء ملك النكاح بلا عوض في العدة وقد دل على مشروعيتها القرآن الكريم، والسنة، والإجماع، والمعقول، وسنتناولها كالآتي:

أولاً. القرآن الكريم:

نص القرآن الكريم على مشروعية الرجعة بعدة آيات كريمات نجملها بما يأتي:

١. قال الله تعالى: [**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**][١]، ودلالة الآية ان الله سبحانه وتعالى يأمر الزوج إما إمساك مطلقته –أي إرجاعها بمعروف– أو تسريحها بإحسان باعطائها حقوقها كافة بعد ايقاع الطلاق[٢].

٢. قال الله تعالى: [**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً**][٣]، أي أن المطلق أحق برد مطلقته طلاقاً رجعياً أثناء فترة العدة.

٣. قال الله تعالى: [**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**][٤]، والإمساك بالمعروف، أي إرجاع المطلقة طلاقاً رجعياً ومعاشرتها بالمعروف باعطائها حقوقها المالية والمعنوية[٥].

ثانياً. السنة النبوية:

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٢٩).

(٢) محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، تفسير الطبري، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥ هـ، ص٤٦٣.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٣١).

(٥) أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن للجصاص، ج٢، تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ، ص٧٣.

ثبت في السنة النبوية الشريفة مشروعية الرجعة وسنبين ذلك بما يأتي:

١. أن عبدالله بن عمر (ﷺ): طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله (ﷺ)، فسأل عمر بن الخطاب (ﷺ) رسول الله (ﷺ) عن ذلك، فقال رسول الله (ﷺ) (مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم ان شاء أمسك بعد، وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء)[١].

٢. طلاق الرسول (ﷺ) لأم المؤمنين حفصة بنت عمر ومراجعتها[٢].

ثالثاً. الإجماع:

أجمع الفقهاء المسلمون إجماعاً لا خلاف فيه على جواز إرجاع المطلق طلاقاً رجعياً زوجته أثناء فترة العدة[٣].

رابعاً. المعقول:

---

(١) أبو عبدالله بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ط٢، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩، ص٩٣٨.

(٢) القرطبي، المصدر السابق، ج١٤، ص١٣٦.

(٣) أنظر: الكاساني، المصدر السابق، ص١٨١. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيني، بداية المبتدئ، ج١، ط١، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ١٣٥٥ هـ، ص٧٧. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، ج٢، تحقيق يوسف محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢ هـ، ص١٠٤. محمد بن ادريس الشافعي أبو عبدالله، الأم، ج٧، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣، ص١٥٣. محمد بن مفلح المقدسي أبو عبدالله، الفروع، ج٥، ط١، تحقيق أبو الزهراء حازم القاطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨، ص٣٥٨.

ان العقل يتفق مع حق الزوج بارجاع مطلقته في الطلاق الرجعي إذ قد يكون الزوج قد أخطأ في طلاقه أو أنه لم يقدر الأمور بصورة صحيحة، ومن ثم حقه بالرجعة يتدارك خطأ ارتكبه أو تقديراً جانب الصواب، فان هدم الأسرة وما يترتب عليها من آثار سيئة على الزوجين والأولاد والمجتمع آثار تستوجب المراجعة والتأني والتفكير[1].

الفرع الثاني
شروط الرجعة

سنتناول في هذا الفرع شروط الرجعة في الفقه الإسلامي كالآتي:

أولاً. العقل:

ذهب الحنفية الى أن رجعة المجنون بالفعل تصح فاذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً وهو سليم ثم جن فله مراجعتها بالوطء أو التقبيل أو نحو ذلك، وتصح رجعة النائم والساهي والمكره وتصح أيضاً مع الهزل واللعب والخطأ، ودليلهم بهذا الرأي أن الرجعة استبقاء النكاح ولم تشترط هذه الأمور للإنشاء، فلا تشترط للإبقاء أولى[2] لقول الرسول (ﷺ) (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: (النكاح، والرجعة، والطلاق)[3].

---

(1) أنظر: محمد سلام مدكور، المصدر السابق، ص٢١٩.

(2) جماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، ج١، مطبعة الأميرية، مصر، ١٣١٠ هـ، ص٤٧٠. محمد أمين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٨٦، ص٣٩٨.

(3) محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، ج٣، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص٤٩٠.

وقد ذهب الجعفرية في هذا الشرط أنه لا عبرة بالفعل إذا حصل من النائم والساهي والمكره والمشتبه والمجنون، كما لو قاربها ظاناً أنها ليست مطلقة[1].

ونعتقد أن البحث في رجعة المجنون توجب التمييز بين الجنون المطبق والجنون غير المطبق، فاذا كان المطلق مجنوناً غير مطبق وأرجع زوجته عند حاله الإفاقة فرجعته تصح لأنه يعامل معاملة العاقل، أما اذا كانت رجعته في حالة الجنون فانها لاتصح لأنه يعامل معاملة الصغير غير المميز.

أما بالنسبة لرجعة المجنون جنوناً مطبقاً فانها لاتصح للأسباب الآتية:

١. ان المجنون جنوناً مطبقاً لايتصور إرجاع زوجته ابتداءاً لأنه فاقد للإرادة وبالتالي لايمكن أن يعبر عنها، فكيف يستطيع أن يعبر المجنون عن إرادته بارجاع مطلقته.
٢. ان إرجاع المطلقة إلى عصمة الزوج يرتب التزامات متقابلة على الزوجين وان المجنون جنوناً مطبقاً فاقداً للإرادة وبالتالي فليست لديه أهلية أداء فلا يمكن إلزامه بأي التزام بناءً على الإرادة.

أما القول بأن العقل لايشترط لإنشاء عقد الزواج فهو رأي محل نظر إذ إن من شروط الانعقاد المتفق عليها لابرام عقد الزواج هو التمييز[2]، والمجنون غير مميز.

---

(١) محمد جواد مغنية، المصدر السابق، ص٤٤٤. أحمد المرتضى، شرح الأزهار، مجلد ٤، ج٢، صنعاء، ١٤٠٠ هـ، ص٤٧٩.

(٢) ابن عابدين، المصدر السابق، ج٣، ص٢١ . أبو عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج٦، ط٣، إدارة المنار، مصر، ١٣٦٧هـ، ص٥٣٠ . محمد بن أحمد بن جزي المالكي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، ص٢٦٩. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ص١٦٨.

ومع إجلالنا لفقهائنا الحنفية فاننا لانتفق معهم بصحة الرجعة من قبل النائم والساهي والمكره والخاطئ. إذ إنهم جميعاً فاقدو الإرادة ومن ثم لايمكن الزامهم بأي التزام في حالة النوم والسوه والإكراه والخطأ، أما بالنسبة للهازل فاننا نتفق أن رجعته تصح حفاظاً على كرامة المرأة وزجراً للزوج بعدم اللعب والهزل بأحكام الله سبحانه وتعالى.

ثانياً. قصد الإصلاح:

اتفق فقهاء المذهبين الحنفي والجعفري لصحة الرجعة أن تكون بقصد الإصلاح لقوله تعالى: [**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً**][1]، أي أن الإصلاح يكون شرطاً في الرجعة بأن يقصد الزوج بارجاع زوجته أن يعاشرها بالمعروف باعطائها حقوقها كافة المالية والمعنوية وأن لايقصد بارجاعها الحاق الضرر بها بأي وجه من الوجوه[2].

ونعتقد أن هذا الشرط وهو نية الإصلاح مسألة كامنة في نفس الزوج، وبالتالي فان إرجاع الزوج لزوجته أثناء فترة العدة صحيحة قضاءً، ويؤثم الزوج شرعاً إن كان يقصد بهذه الرجعة الإضرار بزوجته إذ إن توافر هذا الشرط من عدمه لايؤثر في صحة الرجعة قضاءً، فالزوج الذي يُطلق زوجته ويعيدها الى عصمته في آخر يوم لانتهاء عدتها، ثم يطلقها طلقة ثانية ثم يتركها الى آخر يوم من انتهاء عدتها ويراجعها فرجعته تصح ويؤثم إن كان قاصداً الإضرار بها.

---

(1) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

(2) عبد الكريم زيدان، المصدر السابق، ص٢٥. أحمد المرتضى، المصدر السابق، ص٤٨٣.

ثالثاً. ابلاغ المطلقة بالرجعة:

ذهب جمهور الفقهاء والجعفرية باستحباب إعلام المطلقة بالرجعة واستدلوا بأن الرجعة ليست عقداً فلا تنعقد برضا المطلقة فالرجعة تصرف بالإرادة المنفردة للمطلق، فلا يشترط لصحتها إعلام المطلقة لأن الرجعة حق خالص للمطلق كونه تصرفاً في إرادة منفردة ومن ثم لايشترط إعلام الغير[١].

وذهب الظاهرية إلى وجوب إعلام المطلقة بالرجعة للحكم بصحتها واستدلوا بذلك على ما يأتي من الأدلة:

١. قوله تعالى: [**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوف**][٢]. ومن أهم مقومات إمساكها بمعروف هو إعلامها بالرجعة لكي تكون على علم بحقوقها فتستوفيها وواجباتها فتؤديها.

٢. قوله تعالى: [**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ**][٣]، وقصد الإصلاح يكون بعلمها فاخفاء المطلق إرجاع زوجته دليل قاطع على أنه أراد أن يضر بها.

---

(١) الكاساني، المصدر السابق، ج٣، ص١٨١. ابن قدامة، المصدر السابق، ج٧، ص٢٧٨. ابن شرف النووي، المصدر السابق، ص٣٣٦. الميرزا جواد التبريزي، صراط النجاة، ج٣، ط١، مطبعة سلمان الفارسي، قم، ١٤١٨ هـ، ص٢٦٦.

(٢) سورة الطلاق، الآية (٢).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

٣. ما رواه الإمام ابن حزم بسنده أن عمر بن الخطاب (ﷺ) قال في امرأة طلقها زوجها. فأعلمها ثم راجعها ولم يعلمها حتى انقضت عدتها قد بانت منه[١].

٤. ويردُ على أن الرجعة ليست عقداً فلا يُلزم إعلام المطلقة، ان الرجعة تتعلق بالحل والحرمة، فقد تنقضي عدتها ولا يعلمها مطلقها بارجاعها، فتتزوج زوجاً آخر لأنها تجهل بارجاعها من قبل زوجها الأول، فتقع المرأة في الحرام فيكون زوجها المطلق هو المتسبب في ذلك، فمن الواجب عليه أن يعلمها بالرجعة منعاً لها من الوقوع بالحرام[٢].

ونتفق مع أستاذنا الدكتور عبد الكريم زيدان والدكتور محمد سلام مدكور بتأييد الظاهرية بوجوب إعلام المطلقة بالرجعة ونضيف إلى ما ذكر آنفاً الحجج الآتية:

١. ان ابلاغ المطلقة بالرجعة لايستلزم موافقتها فاعلامها لايعني أن الرجعة تتوقف على رضاها، فالرجعة حق خالص للمطلق ولكن ابلاغ المطلقة واجب لكي تفي ما عليها من التزامات وتستوفي مالها من حقوق، فلو افترضنا أن المطلق لم يبلغ مطلقته بالرجعة وبعد انتهاء فترة العدة تزوجت زوجاً آخر فهل من العدل معاقبتها لأنها ارتكبت حراماً بزواجها من رجل آخر مع بقائها على عصمة زوجها الأول ؟ ان العدل والمنطق يقضي بعدم معاقبتها لأنها لم تعلم بالرجعة بناءً على قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان) وتزوجت بناءً على انتهاء عدتها دون إرجاعها، ثم ما

---

(١) أبو محمد علي بن أحمد بن حزم، المحلى، ج١٠، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص٢٥٣.

(٢) د. عبد الكريم زيدان، المصدر السابق، ص٢٨.

ذنب الزوج الثاني الذي تزوج بعقد صحيح مستوفي الأركان والشروط بابطال عقد زواجه ؟

٢. ان المطلق الذي لايُعلم مطلقته بالرجعة أراد قصداً سيئاً فيردُ قصده السيء اليه، فلا يمكن أن يتمسك بأن مطلقته ما زالت في عصمته لأنه أرجعها أثناء فترة العدة وأن الرجعة تتم بارادته المنفردة ولا تحتاج إلى قبول من المطلقة بناءً على قاعدة (من أراد قصداً سيئاً فيردُ قصده السيء اليه).

ونعتقد أن المطلق إذا أرجع مطلقته طلاقاً رجعياً أثناء فترة العدة تكون الرجعة صحيحة ولا تحتاج إلى رضا المطلقة ولكنها غير نافذة بحق المطلقة إلا بعد علمها بهذه الرجعة وحكم هذه الرجعة مع كونها صحيحة لا يترتب عليها أي أثر من آثار الرجعة مالم تعلم بها المطلقة، فان علمت بها المطلقة نفذت الرجعة، وان لم تعلم بها أثناء فترة العدة أو علمت بها بعد انتهاء فترة العدة لاتنفذ بحقها لأن من شروط التكليف العلم ومن المعلوم أن الرجعة يرتب على المطلقة جملة التزامات وهي التزامات الزوجة تجاه زوجها.

ولكن يثار سؤال مفاده هل تنفذ الرجعة بحق المطلق ؟ فاذا كان متزوجاً أربع نساء وطلق إحداهن طلاقاً رجعياً ثم أعادها إلى عصمته بدون علمها فهل تعد زوجه أم لا؟

نعتقد أن الرجعة في هذه الحالة نافذة بحق المطلق إذ إنه ألزم نفسه بارادته المنفردة والرجعة تصرف انفرادي لايحتاج إلى قبول من أحد، ولكنها غير لازمة للمطلق إلى ما لا نهاية فتبطل رجعته بزواج مطلقته بعد انتهاء فترة عدتها أو رفضها الرجعة لأنه أعلمها بالرجعة بعد انتهاء فترة عدتها.

رابعاً. الاشهاد:

ذهب الحنفية والجعفرية والمشهور عند المالكية أن الشهادة ليست بشرط لصحة الرجعة، وبالتالي لايجب على المطلق أن يشهد على رجعته حتى تصح، ففسروا قوله تعالى: [**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوف وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**][1]. ان الاشهاد في الرجعة للندب وليس للوجوب واستدلوا بذلك على الأدلة الآتية:

١. ان الشهادة شرط ابتداء عقد النكاح وإنشائه وليست شرطاً لبقائه والرجعة ابقاء عقد النكاح فلا يشترط لها الشهادة.

٢. ان الله سبحانه وتعالى أعطى الحق للمطلق في الآية الكريمة بالإمساك أو الفراق ثم قال جل شأنه: [**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**]، إذ لم يجعل الاشهاد شرطاً في الرجعة وإنما للمطلق أن يرجع مطلقته أو يتركها والاشهاد للاثبات والاحتياط في حال إنكار المطلقة للرجعة.

٣. قاسوا على أن الطلاق حق للزوج ويصح بدون إشهاد، فكذلك الرجعة حق له وتجوز دون إشهاد[2].

---

(1) سورة الطلاق، الآية (٢).

(2) الكاساني، المصدر السابق، ج٣، ص١٨١. السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج٦، ص١٩. الشيخ علي بن محمد بن محمد القمي السبزوراي، جامع الخلاف والوفاق، تحقيق الشيخ حسين الحسني، ط١، باسدار إسلام، ص٤٨١. المحقق الحلي، المصدر السابق، ص٦٠. محمد بن أحمد بن جزي المالكي، المصدر السابق، ص٢٥٩.

وذهب الظاهرية وشيخ الإسلام ابن تيمية وقول للشافعية والحنابلة أن الاشهاد على الرجعة للوجوب واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

١. ان قوله تعالى: [**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**] يدل على الوجوب، لأن الأصل في صيغة الأمر الوجوب.

٢. قرن الله سبحانه وتعالى بين الرجعة والطلاق والاشهاد بقوله: [**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوف وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**][1]، فلا يجوز فصل هذه الآيات عن بعضها فكل من طلق أو راجع ولم يشهد فلا يقع طلاقه ولا رجعته.

٣. ان الاشهاد على الرجعة يمنع التجاحد بين الزوجين في حالة ادعاء المطلق أنه أرجع مطلقته وإنكار المطلقة للرجعة[2].

ومع احترامنا لرأي فقهائنا الأجلاء الذين ذهبوا إلى وجوب الاشهاد لصحة الرجعة إلا أننا نميل إلى ما ذهب اليه فقهاء الحنفية والجعفرية والمالكية في استحباب الاشهاد على الرجعة لقوة أدلتهم ورجحانها حسب وجهة نظرنا، ونضيف أن القول بوجوب الاشهاد على الرجعة يرد عليه بما يأتي:

([1]) سورة الطلاق، الآية (٢).

([2]) ابن حزم، المصدر السابق، ج١٠، ٢٥١. الشيخ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس الحلي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص٢٧٣. ابو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، المهذب، ج٢، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر، ص١٠٣. الشيخ منصور بن ادريس الحنبلي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٣، ط١، الطبعة الشرقية، مصر، ١٣١٩هـ، ص٢١٠.

١. ان هذا الرأي يتعارض مع جواز الرجعة بالفعل بالقبلة أو اللمس بشهوة أو الجماع فلا يمكن بأي شكل من الأشكال الاشهاد على الإرجاع بالفعل وهي رجعة متفق عليها بين أغلب الفقهاء المسلمين[١]. إذ إن تبرير وجوب الاشهاد في الرجعة منعاً من إنكار الزوجة للرجعة فما هو الحل فيمن أرجع زوجته بالفعل؟ فالزوجة غير الراغبة في زوجها يمكن أن تنكر أنه راجعها بالأفعال.

٢. ان اشتراط وجوب الاشهاد على الرجعة وعدم صحتها في حالة عدم وجود شهود قد يؤدي إلى هدم كثير من الأُسر ولاسيما ان الرجعة غالباً تتم في بيت الزوجية فلا يوجد شهود في الغالب لأن من التزامات المطلقة طلاقاً رجعياً عدم الخروج من بيت زوجها طيلة فترة العدة.

٣. ان الأصل في صيغة الأمر الوجوب ولكن قد يستعمل لمعان أخرى عند وجود قرائن تدل على ذلك[٢] فقوله تعالى: [**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ**] لايدل على الوجوب لأن الله سبحانه وتعالى جعل الارجاع أو الفراق بيد المطلق ثم أعقبه بذكر الاشهاد فلم يجعل الاشهاد شرطاً في الرجعة وإنما يستحب الاشهاد منعاً للتجاحد وتسهيل الاثبات.

---

(١) الكاساني، المصدر السابق، ج٣، ص١٨٣. محمد بن علي بن الحسين بن بابوية القمي، المصدر السابق، ص٣٤٤. أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي المالكي الدردير، الشرح الكبير للدردير على مختصر سيدي خليل، ج٢، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ص٤١٧. منصور بن إدريس الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٣، ط١، المطبعة الشرقية، مصر، ١٣١٩هـ، ص٢١٠.

(٢) أنظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في منهجه الجديد، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧، ص٣٧٠.

خامساً. صيغة الرجعة:

وهي ما يصدر من المطلق من قول أو فعل يدل على إرادته إرجاع مطلقته طلاقاً رجعياً فتكون الرجعة إما بالقول أو بالفعل وكالآتي:

١. الرجعة بالقول: اتفق جمهور الفقهاء والجعفرية على ان المطلق يمكن أن يراجع زوجته إلى عصمته إما صراحة كأرجعتك، وراجعت زوجتي، وارتجعتك ورددتك وأمسكتك، فهذه الألفاظ وردت في الكتاب والسنة، فالرد ورد بقوله تعالى: [**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ**][1]، والإمساك ورد في قوله تعالى: [**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوف**]، وورد لفظ الرجعة في السنة النبوية المطهرة بقول الرسول (ﷺ): (مُره فليراجعها)[2] في حديث ابن عمر لما طلق زوجته وهي حائض.

وتصح الرجعة بلفظ الكناية مع النية كأن يقول المطلق لمطلقته أنت عندي كما كنتِ، أو أنت امرأتي، أو أنكحتك، ولا تصح الرجعة إلا اذا كانت منجزة لا معلقة على شرط ولا مضافة إلى مستقبل لأن الرجعة استبقاء ملك النكاح فلا يحتمل التعليق على شرط ولا الاضافة إلى وقت في المستقبل، كما ان انعقاد الزواج يجب أن يكون بصيغة منجزة فكذلك الرجعة[3].

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

(٢) البخاري، المصدر السابق، ص٩٣٨.

(٣) زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، المصدر السابق، ج٤، ص٥٤. ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي، المبدع، ج٧، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٤٠٠ هـ، ص٣٩٣. السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي أبو بكر، اعانة الطالبين، ج٤، دار الفكر، بيروت، ص٢١٩. علي الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢ هـ، ص١٠٥.

٢. الرجعة بالأفعال: من خلال استقرائنا لآراء الفقهاء المسلمين في الرجعة بالأفعال وجدنا أنهم انقسموا إلى أربعة آراء ، كالآتي:

الرأي الأول: وهو جواز المراجعة بأي فعل من أفعال النكاح مع نية المراجعة كالوطء أو مقدماته ودواعيه كالقبلة ولمس أعضاء المطلقة رجعياً أو النظر إلى فرجها بشهوة، وعللوا ذلك أن الرجعة هي استدامة النكاح القائم من كل وجه فلا تختص بالقول فقط، لأن الفعل قد يقع دالاً على الاستدامة مع وجود نية المراجعة، والجماع والقبلة ولمس أعضاء المرأة أو النظر إلى فرجها بشهوة هي أفعال يختص بها الزوج دون غيره وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية[١].

الرأي الثاني: وهو جواز المراجعة بالفعل من أفعال النكاح ولو بدون النية، كالوطء والتقبيل ولمس المرأة، أو غير ذلك مما لايحل إلا للأزواج لأن المطلقة طلاقاً رجعياً ما زالت زوجه ومن ثم فالرجعة لا تحتاج إلى نية. وهذا ما ذهب اليه الجعفرية[٢].

الرأي الثالث: وهو جواز المراجعة بالوطء فقط ولو بدون نية، ولا تصح الرجعة بالقبلة واللمس ولو بشهوة لأن هذه الأفعال لا تدل على إرادة المطلق رجعتها دلالة قاطعة، كما ان الطلاق الرجعي لاينهي الرابطة الزوجية حال وقوعها وإنما ترك للمطلق مدة للخيار بين الرجعة والفراق والوطء دليل

---

(١) الكاساني، المصدر السابق، ج٣، ص١٨٢. محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت، ص٣٨٤. أبو البركات المالكي، المصدر السابق، ج٢، ص٤١٧.

(٢) محمد بن علي بن الحسين بن بابوية القمي، المقنع، المصدر السابق، ص٣٤٤.

قاطع على أن المطلق اختار إمساك زوجته وهذا ما ذهب اليه الحنابلة في المشهور عندهم[١].

الرأي الرابع: وهو عدم صحة الرجعة بالأفعال كالوطء ومقدماته كالقبلة واللمس والنظر إلى فرج المرأة بشهوة وهذا ما ذهب اليه الشافعية والظاهرية واستدلوا بذلك بما يأتي:

أ. أن الشرع لم ينص بصحة الرجعة بالأفعال لا في كتاب الله ولا في سنة رسوله (ﷺ).

ب. فسروا قوله تعالى: [**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**] بأن الإمساك يكون من الراد وهذا لا يعرف إلا بالكلام لا بالأفعال.

ج. ان النكاح لاينعقد إلا بالألفاظ ما دام المتعاقدين قادرين على النطق فكذلك الرجعة.

د. ان الوطء يوجب العدة فكيف يقطعها.

هـ. ان الرجعة استباحة فرج فلا يصح بالفعل مع القدرة على القول.

و. ان الرجعة إنشاء للنكاح وإنشاء النكاح من كل وجه لايجوز إلا بالقول[٢].

ونميل إلى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأي الأول وهو رأي الحنفية والمالكية وهو جواز المراجعة بأي فعل من أفعال النكاح مع نية المراجعة إذ إن المطلقة طلاقاً رجعياً ما زالت في عصمة زوجها حتى تنتهي فترة العدة وتبقى الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما قائمة طيلة هذه الفترة وبالتالي إذا قام المطلق بأي فعل من أفعال الأزواج

---

(١) منصور بن إدريس الحنبلي، المصدر السابق، ج٣، ص٢١٠.

(٢) الإمام الشافعي، كتاب الأم، المصدر السابق، ج٥، ص٢٦٠. ابن حزم، المصدر السابق، ج١٠، ص٢٥١.

فهذا دليل قاطع على إرجاع مطلقته بوطئها أو تقبيلها أو لمس أعضائها بشهوة وبأي فعل له الدلالة ذاتها وهي المراجعة.

سادساً. أن تكون الرجعة في العدة:

وهذا الشرط أمر متفق عليه بين الفقهاء المسلمين، فالرجعة هي ابقاء ملك النكاح بلا عوض في العدة، فابقاء الملك معناه أن الطلاق الرجعي يحتمل إنهاء الرابطة الزوجية إذا انقضت العدة دون رجعة، فالرجعة من ضمن فترة العدة دفع لذلك الاحتمال وابقاء لملك النكاح واستدامة له ، فقوله تعالى: [**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ**] معناه وأزواجهن أحق برجعتهن، فالرد معناه الرجعة، وهي ابقاء الملك القائم، وليس معناه رد الملك الزائل، فالطلاق الرجعي سبب في إنهاء عقد الزواج لا حالاً، بل مآلاً بعد انقضاء العدة وهذا يعني أن الرجعة لا تتحقق إلا إذا كانت العدة باقية لم تنقضِ[1].

المطلب الثاني
أحكام الرجعة في القوانين المقارنة

سنتطرق إلى أحكام الرجعة في القوانين المقارنة كالآتي:

([1]) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، تحقيق: أحمد فريد الزيدي و محمد فؤاد رشاد، المكتبة التوفيقية، مصر، ص٤٠٨. المحقق الحلي، المصدر السابق، ص٦٠.

الفرع الأول
القانـون العراقـي

نصت المادة (١/٣٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (الطلاق قسمان، الرجعي: وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق).

من خلال استقراء هذا النص نجد أن المشرع العراقي لم يتطرق إلا لشرط واحد من شروط الرجعة وهو إعادة المطلق لمطلقته أثناء فترة عدتها منه، ونرى أن المشرع العراقي وإن لم ينص على هذه الشروط فان القاضي يطبقها طبقاً لأحكام المادة (الأولى) من قانون الأحوال الشخصية وهذا الرأي صحيح ولكن معظم شروط الرجعة اختلف فيها الفقهاء اختلافاً كبيراً فكان لابد للمشرع أن يرجح بين هذه الآراء ويتبنى أرجحها، وترك هذه المسألة لتقدير القاضي ينتقد للأسباب الآتية:

أولاً. ان اجتهاد القضاة في مسائل مختلف عليها بين الفقهاء يؤدي إلى تناقض وتضارب قرارات المحاكم.

ثانياً. بكل احترام نعتقد جازمين أن أغلبية قضاتنا ليست لديهم القدرة على الترجيح بين الآراء الفقهية لقصور التعليم في أصول الفقه في كليات القانون والمعهد القضائي، فضلاً عن أن اختصاص القاضي هو تطبيق النص القانوني على الواقعة المعروضة أمامه وليس الترجيح بين الآراء الفقهية المختلفة فهذا من اختصاص الفقهاء.

الفرع الثاني
القانون السوري

نصت المادة (١/١١٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن (الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط).

من خلال هذا النص نجد أن المشرع السوري تطرق إلى شرطين من شروط صحة الرجعة وهما إعادة المطلق لمطلقته أثناء فترة العدة وصيغة إرجاع المطلق لمطلقته بالقول والفعل ولم يتطرق لباقي شروط صحة الرجعة.

ولا يعني عدم النص على الشروط الأخرى لصحة الرجعة في القانون السوري أن المشرع السوري لم يأخذ بها وإنما نرجع إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي إذ نصت المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري (كل مالم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي).

ويؤخذ على توجه المشرع السوري الملاحظتين الآتيتين:

أولاً. أنه قيد القاضي في الرجوع إلى الفقه الإسلامي بالمذهب الحنفي وهذا تقييد للقاضي لامبرر له.

ثانياً. أن الأخذ بالرأي الأرجح بالمذهب الحنفي يؤدي إلى اجتهاد القضاة اجتهادات مختلفة ومن ثم يؤدي إلى تناقض في قرارات المحاكم.

ثالثاً. يصعب على القاضي الترجيح بين الآراء في المذهب الحنفي وتبني أحدها مما يؤدي إلى إطالة أمد النزاع.

الفرع الثالث
القانـون الجزائـري

نصت المادة (٥٠) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد).

ونصت المادة (٨٥) من القانون ذاته على: (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه).

نلاحظ من خلال النصين المذكورين أن المشرع الجزائري نص على شرط العقل لصحة الرجعة في المادة (٨٥)، بينما جاءت صياغة المادة (٥٠) مرتبكة وغير واضحة ولاسيما أن المطلق لا يستطيع أن يعيد مطلقته إلى عصمته إلا في الطلاق الرجعي وهذا غير منصوص عليه في هذه المادة، كما أن صدور قرار لا يؤثر في نوع الطلاق رجعياً أو بائناً.

ونرى أن المشرع الجزائري قد جانب الصواب بعدم النص على شروط صحة الرجعة بشكل واضح وصريح، والقول بأن المشرع الجزائري أخذ بشروط صحة الرجعة بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية استناداً لأحكام المادة (٢٢٢): (كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، وهذا رأي محل نظر ولا نتفق معه، لأن شروط صحة الرجعة محل بحث واختلاف واسع بين الفقهاء المسلمين وبالتالي كان لابد من الإحالة إلى الفقه الإسلامي وحتى آراء الفقهاء المسلمين كانت متضاربة ومختلفة في أغلب هذه الشروط فكان لابد من الترجيح بين الآراء الفقهية وتقنين الرأي الأرجح المنسجم مع واقع المجتمع تسهيلاً للقاضي ومنعاً من تناقض قرارات المحاكم.

الفرع الرابع
القانـون الصومالـي

نصت المادة (٣٧) من قـانون الأحـوال الشخـصية الـصومالي علـى أن (الطـلاق الرجعي لا ينهي الزوجية حال وقوعه، ويجوز أيضاً إعادة رابطـة الزوجيـة أثنـاء فـترة العدة).

ونجد أن المشرع الصومالي قد نص على شرطين من شروط صـحة الرجعـة همـا بقاء الزوجية أثناء فترة العدة وإعادة المطلق لمطلقته أثناء فترة عـدتها ولم يتطـرق لبـاقي الشروط.

هذا الاتجاه منتقد وهذا الانتقاد لايمكن تلافيه بتطبيق نص المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية الصومالي إذ تنص على أنه (تطبـق نـصوص هـذا القـانون في جميـع الحالات التي يشملها. وفي حالة عدم وجود نص معين تطبق الآراء الراجحـة في مـذهب الإمام الشافعي، ثم المبادئ العامة للشريعة الإسلامية والعدالة الاجتماعية).

إذ إن هذا النص يحيـل القاضـي إلى تطبيـق الآراء الراجحـة في مـذهب الإمـام الشافعي ثم المبادئ العامة للشريعة الإسلامية والعدالة الاجتماعية في حالـة عـدم وجـود النص، ونعتقد أن التقيد بمذهب معين صورة من صور الجمود الـتي لاتتفـق مـع مرونـة الفقه الإسلامي فكان يفترض بالمشرع الـصومالي أن يقـارن بـين مختلـف الآراء الفقهيـة ويقنن الأرجح.

الفرع الخامس
تقويم القوانين

سنتطرق في هذا الفرع إلى نقطتين ، هما : موقف القوانين المقارنة من مشروعية الرجعة وشروط صحتها ، كالآتي:

أولاً. مشروعية الرجعة:

ان جميع القوانين المقارنة لم تنص على مشروعية الرجعة في نصوصها، ونرى أن هذا الاتجاه قد وافق الصواب إذ النصوص القانونية تتضمن قواعد تنظيمية أو آمرة للأفراد لا البحث في مشروعية الأحكام، إذ إن البحث في مشروعية الأحكام من اختصاص الفقهاء.

ثانياً. شروط صحة الرجعة:

ان المشرع العراقي نص على شرط واحد من شروط صحة الرجعة وهو إرجاع المطلق لمطلقته أثناء فترة عدتها منه. أما المشرع السوري فقد نص على شرطين من شروط صحة الرجعة ، هما : إرجاع المطلق لمطلقته أثناء مدة عدتها وصيغة الرجعة بالقول أو بالفعل. أما المشرع الجزائري فقد نص على شرط العقل فقط ولم يتطرق إلى باقي الشروط، بينما وجدنا المشرع الصومالي قد نص على شرطين من شروط صحة الرجعة ، هما : بقاء الزوجية أثناء مدة العدة وإعادة المطلق لمطلقته أثناء مدة عدتها.

ونرى أن جميع القوانين المقارنة قد جانبت الصواب بهذا التوجه إذ كان يفترض النص بشكل واضح وصريح على جميع شروط صحة الرجعة وهذا التوجه فيه عدة ايجابيات:

أولاً. تسهيل عمل القضاة باسقاط النص القانوني على الواقعة محل النزاع، دون بذل الجهد في البحث في الآراء الفقهية وترجيح أحدها على الآخر.

ثانياً. تلافي تناقض القرارات في المحاكم وتضاربها.

أما القول بأن هذا التوجه يقيد القاضي ويحرمه من الاجتهاد ولاسيما أن القوانين المقارنة قد أشارت إلى تطبيق الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي في حالة عدم وجود نص، إن هذا الرأي محل نظر ولا نتفق معه للأسباب الآتية:

أولاً. ان عمل القاضي هو تطبيق النص القانوني بشكل سليم، لا البحث في الآراء الفقهية والترجيح بينها والتمييز بين الرأي الراجح والمرجوح وتبني أحدهما، إذ إن هذا العمل من اختصاص الفقيه.

ثانياً. القول إن النص على شروط صحة الرجعة يقيد القاضي قول غير صحيح، إذ إن القاضي يجتهد في المسائل التقديرية التي ينظر بها والتي يكون الأقرب اليها كتقدير كون المطلق فاقداً لإرادته عند ايقاع الطلاق أم لا، وتقدير تعسف الزوج في الطلاق من عدمه، وتقدير شهادات الشهود وغيرها من الأمثلة التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ونأمل من المشرع العراقي النص بشكل واضح على شروط صحة الرجعة ونقترح النص الآتي: (الرجعة: هي إرجاع المطلق لمطلقته في الطلاق الرجعي ويشترط لصحتها:

١. العقل.
٢. ابلاغ المطلقة بالرجعة.
٣. الرجعة بالقول أو الفعل.
٤. أن تكون الرجعة في العدة).

الخاتمة :

سنتناول في خاتمة بحثنا النتائج التي توصلنا اليها في هذا البحث وصولاً الى المقترحات التي نأمل إفادة المشرع العراقي منها ، كالآتي:

أولاً. النتائج:

١. ان الاضطراب الذي وقع فيه المشرع العراقي في نص المادة (١/٣٨) بخلطه بين تعريف الطلاق الرجعي وأحد آثاره كان أحد أسباب الفهم الخاطئ لمعنى الطلاق الرجعي، فضلاً عن التقصير في التعمق في تدريس مادة الأحوال الشخصية وأصول الفقه الإسلامي في كليات القانون العراقية والمعهد القضائي.

٢. اتفق فقهاء الحنفية والجعفرية على مفهوم الطلاق الرجعي إلا أنهم اختلفوا بصيغته، فاشترط الحنفية في الطلاق الرجعي أن لا يكون موصوفاً بصفة تنبئ عن البينونة، وذهب الجعفرية بتجريد الصيغة عن الشرط والصفة على المشهور عندهم.

ونميل إلى ما ذهب اليه الجعفرية لسببين:

أ. ان الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق مرتين لقوله تعالى: [**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**] [البقرة/ ٢٢٩]، وهذا يعني أن الطلقة الأولى تتبعها رجعة ثم تتلوها طلقة، ولا يستطيع المطلق تغيير هذا الحكم لمجرد قوله أنت طالق طلاقاً بائناً.

ب. ان الأخذ بهذا الرأي فيه مصلحة المجتمع في الحفاظ على كيان الأسرة كونهم اعتبروا الطلاق في هذه الحالة رجعياً لا بائناً، فيقدر المطلق ارجاع مطلقته لعصمته أثناء مدة العدة.

٣. ان جميع القوانين المقارنة العراقي والسوري والجزائري والصومالي قد نأت عن الصواب في بيان مفهوم الطلاق الرجعي.

٤. اتفق الحنفية والجعفرية في الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي وهي بقاء الزوجية قائمة طيلة مدة العدة، وانقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، وحق المطلق بارجاع مطلقته لعصمته أثناء مدة عدتها دون عقد ودون مهر وبدون رضاها، والتزام المطلقة بالعدة الشرعية.

٥. ان موقف القانون السوري كان الأفضل ما بين القوانين المقارنة في النص بشكل واضح وصريح على جميع آثار الطلاق الرجعي ولم يترك الموضوع عرضة للاجتهاد والتحليل، بينما نجد القانونين العراقي والجزائري قد نصا على أثر واحد من آثار الطلاق الرجعي وهو حق المطلق بارجاع مطلقته أثناء فترة العدة، بينما نص القانون الصومالي على معظم آثار الطلاق الرجعي باستثناء أن الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

٦. ان مشروعية الرجعة في الطلاق الرجعي ثبتت في القرآن والسنة النبوية والإجماع والمعقول.

٧. ذهب الحنفية بصحة رجعة المجنون والنائم والساهي والمكره والهازل والخاطئ واستدلوا بأن الرجعة استبقاء للنكاح ولم تشترط هذه الأمور للإنشاء فعدم اشتراطها للابقاء أولى. واختلف معهم الجعفرية، إذ ذهبوا الى عدم صحة رجعة النائم والساهي والمكره والمشتبه والمجنون.

٨. اتفق فقهاء الحنفية والجعفرية على اعتبار قصد الإصلاح شرطاً من شروط صحة الرجعة ونعتقد انهم وافقوا الصواب وقصد الإصلاح نية كامنة في نفس المطلق لايمكن تقنينها في قوانين الأحوال الشخصية.

٩. ان رأي الظاهرية أدق بوجوب إعلام المطلقة بالرجعة من رأي جمهور الفقهاء والجعفرية باستحباب إعلامها، فصحيح أن الرجعة حق خالص للمطلق ولكن وجب ابلاغ المطلقة لكي تفي ما عليها من التزامات وتستوفي مالها من حقوق وهذا الاتجاه ينسجم مع العدل والمنطق.

١٠. نرجح رأي الحنفية والجعفرية والمشهور عند المالكية باستحباب الشهادة على الرجعة وليس الوجوب كما ذهب الظاهرية والشافعية والحنابلة إذ القول بوجوب الإشهاد على الرجعة يتعارض مع جوازها بالفعل كالقبلة واللمس إذ من الصعب جداً الإشهاد على ذلك، كما أن اشتراط وجوب الإشهاد على الرجعة وعدم صحتها في حالة عدم وجود الشهود يؤدي إلى هدم كيان كثير من الأسر إذ إن الزوج غالباً ما يعيد مطلقته أثناء مدة العدة وهي في بيت الزوجية بالأفعال ويستحيل معه وجود شهود.

١١. نرجح رأي الحنفية والمالكية بجواز المراجعة بأي فعل من أفعال النكاح مع نية المراجعة.

١٢. أجمع جمهور الفقهاء والجعفرية على وجوب أن تكون الرجعة أثناء مدة العدة.

١٣. ان القوانين المقارنة محل البحث وافقت الصواب بعدم النص والتطرق الى مشروعية الرجعة إذ البحث في هذا الموضوع من اختصاص الفقهاء لا المشرعين.

١٤. نرى أن جميع القوانين قد جانبت الصواب بعدم النص على شروط الرجعة بشكل واضح وصريح لتسهيل عمل القضاة وتلافي تأخير الدعاوى وتناقض القرارات.

ثانياً. التوصيات:

١. نأمل من المشرع العراقي تلافي القصور التشريعي بالخلط بين تعريف الطلاق الرجعي وآثاره بالغاء الفقرة (١) من المادة (٣٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي ونقترح النص الآتي: (١. رجعي: وهو طلاق الزوج لزوجته الأول أو الثاني بعد الدخول بها بالصيغة المخصوصة شرعاً، ويترتب عليه ما يأتي:

أ. بقاء الزوجية أثناء مدة العدة.

ب. انقاص عدد الطلقات.

ج. للمطلق إرجاع مطلقته أثناء مدة العدة.

د. التزام المطلقة بالعدة الشرعية).

٢. تلافياً لتناقض قرارات المحاكم وتسهيلاً لعمل القضاة وصولاً إلى الآراء الأرجح في الفقه الإسلامي نقترح إضافة النص الآتي لقانون الأحوال الشخصية العراقي: (الرجعة: هي إرجاع المطلق لمطلقته في الطلاق الرجعي ويشترط لصحتها الشروط الآتية:

١. العقل.

٢. ابلاغ المطلقة بالرجعة.

٣. الرجعة بالقول أو الفعل.

٤. أن تكون الرجعة في العدة).

المصادر :

أولاً. كتب التفسير:

١. أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق عماد زكي البارودي و خيري سعيد، ج١٣، المكتبة التوفيقية، مصر.

٢. أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن للجصاص، ج٢، تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ.

٣. محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، تفسير الطبري، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥ هـ.

ثانياً. كتب الحديث:

٤. أبو عبدالله بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ط٢، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ١٩٩٩.

٥. محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، ج٣، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار احياء التراث العربي، بيروت.

ثالثاً. كتب الفقه:

٦. ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي، المبدع، ج٧، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٤٠٠ هـ.

٧. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، المجلد ٦، ط١، دار الفكر، مصر، ١٤١٥ هـ.

٨. أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، المهذب، ج٢، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

٩. أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي المالكي الدردير، الشرح الكبير للدردير على مختصر سيدي خليل، ج٢، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
١٠. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، تحقيق يوسف محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢ هـ.
١١. أبو الصلاح الحليمي، الكافي في الفقه، المجلد ١، مكتبة أمير المؤمنين، أصفهان، ١٤٠٣هـ.
١٢. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.
١٣. أبو عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج٦، ط٣، إدارة المنار، مصر، ١٣٦٧هـ.
١٤. أبو عبدالله محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير، ج١، ط١، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٦ هـ.
١٥. أبو محمد علي بن أحمد بن حزم، المحلى، ج١٠، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
١٦. أحمد المرتضى، شرح الأزهار، مجلد ٤، ج٢، صنعاء، ١٤٠٠ هـ.
١٧. جماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، مطبعة الأميرية، مصر، ١٣١٠ هـ.
١٨. زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت.
١٩. السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي أبو بكر، اعانة الطالبين، ج٤، دار الفكر، بيروت.

٢٠. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، تحقيق: أحمد فريد الزيدي و محمد فؤاد رشاد، المكتبة التوفيقية، مصر.

٢١. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٧٢.

٢٢. عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مطبعة حجازي، القاهرة، ١٩٤٧.

٢٣. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط٣، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٠.

٢٤. الشيخ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس الحلي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

٢٥. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، المطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٨هـ.

٢٦. علي بن محمد بن محمد القمي السبزوراي، جامع الخلاف والوفاق، تحقيق الشيخ حسين الحسني، ط١، باسدار إسلام.

٢٧. علي الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢ هـ.

٢٨. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيني، بداية المبتدئ، ط١، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ١٣٥٥ هـ.

٢٩. علي بن الحسين بن محمد السغدي، فتاوى السغدي، ج١، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٤هـ.

٣٠. علي بن بابوية، فقه الرضا، المجلد ١، المؤتمر العالمي للإمام رضا.

٣١. مالك بن أنس أبو عبدالله الاصبحي، موطأ مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي، مصر.

٣٢. المحقق الحلي، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، المجلد الثاني، دار مكتبة الحياة، لبنان، ١٩٧٨.

٣٣. محمد أمين، حاشية ابن عابدين، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٨٦.

٣٤. محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦ هـ.

٣٥. محمد بن أحمد بن جزي المالكي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت.

٣٦. محمد بن ادريس أبو عبدالله الشافعي، اختلاف الحديث، ط١، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ١٩٨٥.

٣٧. محمد بن ادريس الشافعي أبو عبدالله، الأم، ج٧، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣.

٣٨. محمد بن الحسين بن بابوية القمي، المقنع، مجلد١، اعتماد، قم، ١٤١٥هـ.

٣٩. محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت.

٤٠. محمد بن مفلح المقدسي أبو عبدالله، الفروع، ط١، تحقيق أبو الزهراء حازم القاطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨.

٤١. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط٥، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٧.

٤٢. محمد سلام مدكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.

٤٣. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في منهجه الجديد، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧.

٤٤. منصور بن إدريس الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٣، ط١، المطبعة الشرقية، مصر، ١٣١٩هـ.

٤٥. الميرزا جواد التبريزي، صراط النجاة، ج٣، ط١، مطبعة سلمان الفارسي، قم، ١٤١٨هـ.

رابعاً. القوانين :

٤٦. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) في ١٩٥٩/١٢/٣٠.

٤٧. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) في ١٩٥٣/٣/١٧.

٤٨. قانون الأسرة الجزائري رقم (٨٤) في ٩ يونيو ١٩٨٤.

٤٩. قانون الأحوال الشخصية الصومالي رقم (٢٣) في ١١ يناير ١٩٧٥.

خامساً. القرارات:

٥٠. قرار محكمة الأحوال الشخصية بالموصل ذي العدد (٢٥٠٢) في ١٩٩٦/٧/٢٥. (غير منشور)

٥١. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الموصل ذي العدد (٩٧/٢٥٢٥) في ١٩٩٧/٦/١٧ (غير منشور).

٥٢. قرار محكمة تمييز العراق ٤٦٥١/شخصية/١٩٩٦ في ١٩٩٦/١٠/٢٤ (غير منشور).