ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

Exchanging Wives and its Impact on Family Relationship - Comparative study -

Dr. Ahmed Burhanuddin AbdulRahman
College of Law, University of Tikrit, Salahaddin, Iraq
ahmedburhan@tu.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 10 July 2023
- Accepted 27 Aug 2023
- Available online 1 Sept 2023

Keywords:
- **exchange of wives.**
- **married adulterer.**
- **incitement.**
- **coercion.**
- **marriage contract.**
- **custody.**

Abstract: The act of exchanging wives and the issue of its appearance in a religious and conservative society raised a major question. Although it is one of the emerging issues, it was common in ancient primitive times because of the circumstances that surrounded them, so men dealt with their wives as properties to be exchanged with others. In the current era, it has turned into a mere sexual orientation for one or both spouses, and the ancient jurists did not address the issue of exchanging wives because they were not familiar with that behavioral deviation; however, that does not mean that Islamic jurisprudence is incapable of confronting it, as the Islamic religion is valid for every time and place. This matter wasn't sufficiently dealt with by modern legal registration due to its modernity, which led to a difference in its adaptation by the jurists of the law, so that the judge finds himself facing a deviant situation and a violation of the Sharia and sound human values, so his job prompts him to adapt it to a legal text close to it in order for the perpetrators not to escape punishment, except that this adaptation did not match the incident in a manner that conforms to it, so that his ruling would be subject to cassation by the higher court if it deems that the act committed does not apply to the adapted text. Therefore, the legislator must introduce new laws to address such innovative acts that have shown their challenges before the law, and to require the presence of a clear and explicit text. It is direct to criminalize such an act, and for this text to show the impact of this act on the fate and permanence of the marriage contract and its impact on the custody of the children whose parents committed this act. The trial judge cannot apply the traditional rules regarding such crimes because they are related to the legal adaptation that was developed and applied to them according to special criteria.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

تبادل الزوجات وأثره على العلاقة الاسرية
- دراسة مقارنة -

م.د. أحمد برهان الدين عبدالرحمن
كلية القانون، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق
ahmedburhan@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١٠ / تموز / ٢٠٢٣
- القبول : ٢٧ / اب / ٢٠٢٣
- النشر المباشر : ١ / ايلول /٢٠٢٣

الكلمات المفتاحية :
- تبادل الزوجات.
- الزاني المحصن.
- التحريض.
- الاكراه.
- عقد الزواج.
- الحضانة .

الخلاصة: إن فعل تبادل الزوجات ومسألة ظهورها في مجتمع متدين ومحافظ اثارت علامة استفهام كبرى، فبالرغم من إنها من المسائل المستحدثة إلا إنها كانت شائعة في العصور القديمة بسبب الظروف التي كانت تحيط بهم فتعامل الرِّجال مع زوجاتهم كممتلكات يتم تبادلها بها مع الآخرين، إلا إن تبادل الزَّوجات تحوَّل في العصر الحالي إلى مجرد ميل جنسي لدى أحد الزوجين أو كلاهما، ولم يتناول قدامى الفقهاء مسألة تبادل الزوجات لأنهم لم يعاصروا ذلك الانحراف السلوكي إلا إن ذلك لا يعني عجز الفقه الاسلامي بالتصدي له فالدين الإسلامي صالح لكل زمان ومكان، أما التشريعات القانونية الحديثة فلم تعالج هذا الامر بما فيه الكفاية لحداثته، مما ادى الى الاختلاف في تكييفه من لدن فقهاء القانون ليجد القاضي نفسه أمام حالة منحرفة ومخالفة للشرع والقيم الانسانية السليمة فتدفعه وظيفته إلى تكييفها مع نص قانوني قريب منها في سبيل أن لا يفلت الفاعلين من الجزاء، إلا إن هذا التكييف لم يكن ليوائم الواقعة بصورة مطابقة لها ليكون حكمه معرضاً للنقض من قبل المحكمة الأعلى منه إذا رأت عدم انطباق الفعل المرتكب على النص المكيف، وعلى ذلك فان على المشرع أن يستحدث قوانين جديدة للتصدي لهكذا افعال مستحدثة أظهرت تحدياتها أمام القانون, وليستلزم وجود نص واضح وصريح ومباشر لتجريم هكذا فعل، وليبين هذا النص أثر هذا الفعل على مصير وديمومة عقد الزواج وأثره على حضانة الاولاد الذين ارتكب آبائهم هذا الفعل، فلا يمكن لقاضي الموضوع أن يطبق القواعد التقليدية ازاء هكذا جرائم لتعلقها بالتكيف القانوني الذي وضع وليطبق عليها وفق معايير خاصة.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين, والصلاة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين وبعد: قال تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)[١], إن فعل تبادل الزوجات هو: "معاوضةٌ بالشرف مقتضاها أن يزني كل زوجٍ بزوجة نظيره", وبالرغم من وجود هذه الممارسة في العصور القديمة بسبب الظروف التي كانت تحيط بهم إلا إن هناك عدة عوامل ساهمت بعودتها من جديد, ومن أهم هذه العوامل هو الفضاء

(١) سورة الإسراء، الآية: ٣٢.

الإلكتروني المتاح للجميع والذي كان هو الميدان الاوسع للترويج لتلك الممارسة, مع الغياب الحقيقي لرصد هذه الممارسة في ظل عدم وجود رقابة فعلية على مواقع النت لحظر المواقع غير المرغوب (كالمنتديات الجنسية) كما هو معمول به في العديد من الدول, مع عدم وجود رؤية واضحة عن مدى خطورة هذه الممارسة لدى صانع القرار الذي لا يمتلك بيانات واضحة عن مدى انتشار هذه الممارسة, وبالمقابل نجد عدم فعالية المشرع للاستجابة التشريعية السريعة لمعالجة الثغرات العديدة في المنظومة القانونية للحد من هذه الممارسة التي تؤثر على بناء الاسرة وسلامتها.

اولاً: اهمية الدراسة: تأتي أهمية هذه الدراسة بكونها تختص بمعالجة افعال منحرفة ومخالفة للشرع والقيم الانسانية السليمة، وهي أفعال دخيلة على المجتمع العراقي المحافظ من أجل مكافحتها وايجاد السبل الصحيحة لتحجيمها.

ثانيا: مشكلة الدراسة: تنحصر اشكالية هذه الدراسة في عدم وجود نصوص قانونية صريحة ومباشرة للتصدي لفعل تبادل الزوجات في كل من قانوني العقوبات والأحوال الشخصية ليجد القاضي نفسه أمام حالة منحرفة ومخالفة للشرع والقيم الانسانية السليمة لتدفعه إلى تكييفها مع نص قانوني قريب مع هذه الفعلة في سبيل أن لا يفلت الفاعلين من العقاب، إلا إن هذا التكييف قد لا يوائم الواقعة ليبقى حكمه قاصراً ومعرضاً للنقض من قبل المحكمة الأعلى منه، إذا رأت عدم انطباق الفعل المرتكب على النص المكيف.

ثالثاً: منهجية الدراسة: اتبعنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن, باستعراض آراء فقهاء المذاهب الإسلامية ونصوص القوانين العراقية كقانون العقوبات وقانون الاحوال الشخصية وقانون رعاية الاحداث, وتحليل هذه النصوص للوصول الى نصوص قانونية تلائم مشكلة الدراسة.

رابعاً: هيكلية الدراسة : اشتملت الدراسة على مقدمة ومطلبين وخاتمة, وكما يأتي:

المقدمة

تمهيد: تبادل الزَّوجات في العصور القديمة

المطلب الاول: تبادل الزوجات في الفقه الاسلامي

المطلب الثاني: تبادل الازواج في القانون

الخاتمة

تمهيد: تبادل الزَّوجات في العصور القديمة

يذكر الدكتور Nigel Barber في مقالة له على موقع Psychology Today أنَّ تبادل الزَّوجات أو مشاركة الزَّوجة بين أكثر من رجل كان أمراً شائعاً في العصور القديمة أكثر مما كان يعتقد الباحثون. ويبدو أن سبب شيوع مثل هذه الممارسات في العصور القديمة كان يتعلق بزيادة عدد الذُّكورة أو الحد من تقسيم التركة، كما تعامل الرِّجال مع زوجاتهم كممتلكات يتم تبادلها وعرضها على الآخرين، فيما تحوَّل تبادل الزَّوجات في العصر الحديث إلى مجرد ميل جنسي لدى أحد الزوجين أو كلاهما، ويشير كاتب المقال إلى أنَّ الذُّكور لم يكونوا متصالحين تماماً مع فكرة تبادل الزَّوجات بسبب الغيرة الجنسية والأبوة الضائعة إضافة إلى الأحقية بإنتساب الأولاد[١]. يعود سلوك تبادل ومشاركة الزوجات إلى العصور الحجرية، بل أن تبادل الزوجات في العصور الغابرة كان تعدداً متفقاً عليه أكثر من مجرد نزوة كما هو الآن [٢].

إن تبادل النساء هو عنصر من عناصر نظرية التحالف– وهي النظرية البنيوية التي أسسها كلود ليفي ستروس وغيره من علماء الأنثروبولوجيا الذين يرون أن المجتمع قائم على النظام الأبوي الذي يقتضي معاملة النساء كممتلكات تعطى لغيرهم من الرجال من أجل تقوية التحالفات الأزواج الذكور هم من يبادرن عادة لطرح فكرة تبادل الزَّوجات، وغالباً ما ترفض الزَّوجات مثل هذه الأفكار في بادئ الأمر، لكن إذا انجرت إلى التجربة فهي تتأقلم بسرعة أكبر من الزوج مع انخفاض التوتر المتعلق بالأداء الجنسي[٣].

ولأجل الوقوف على موضوع دراستنا (تبادل الزوجات واثره على العلاقة الاسرية) فإننا قمنا بتناول ذلك فقها وقانونا في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول / تبادل الزوجات في الفقه الاسلامي

أمرت الشريعة السمحاء بإطاعة المرأة لزوجها وإن تحسن معاشرته، فلا يجوز لها أن تقدم على عمل دون رضاه أو علمه، وإن كان هذا العمل تطوعا منها في سبيل الله كصيامها صيام تطوع، ورغم

([1]) Nigel Barber, Wife Swapping in the Stone Age, Article published on psychology today on the link, https://www.psychologytoday.com/us/blog/the-human-beast.

([٢]) مقال منشور على النت للكاتب عامر العبود تاريخ النشر:١٢-٠٧-٢٠١٨

https://www.hellooha.com/articles/

([٣]) كلود ليفي ستروس، الأنثروبولوجيا البنيوية، ترجمة: د. مصطفى صالح، وزارة الثقافة السورية– دمشق، ١٩٧٧م، ص١٠٣ – ١٠٧.

ذلك فإن هذه الطاعة ليست مطلقة فهي مقيدة بحدود وضعها الله سبحانه وتعالى لعباده، اذ لا يجوز للزوج أن يدعو زوجه لفعل امر حرمه الله، فلا يحل لها مطاوعته في رغبه مخالفه لشرعه سبحانه، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وعلى ذلك فإن رضيت الزوجة أن يبدلها مع رجل مع اخر لا يحل لها، فإنها بذلك تكون شريكة له في المعصية وان لم تكن هي راضية بذلك.

ولم يتناول قدامى الفقهاء مسألة تبادل الزوجات، ذلك لأنهم لم يعاصروا ذلك الانحراف السلوكي، إلا إن ذلك لا يعني بالضرورة أن الفقه الاسلامي يتصدى الى لهذا الأمر، فالدين الإسلامي صالح لكل زمان ومكان، ولأجل توضيح هذه المسألة فإننا نبين من هو الزاني المحصن وما هي شروط الاحصان، والعقوبة المترتبة على الزاني المحصن شرعاً، ثم نسوق بعضاً من أقوال العلماء المعاصرين فيها في الفقرات الآتية:

اولاً: : من هو الزاني المحصن :

الزنى هو: " وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك"[١]، أما الاحصان فهو المنع[٢] ومنه قوله تعالى: (لا يُقَاتِلُونَكُمْ جَمِيعًا إِلا فِي قُرًى مُحَصَّنَةٍ)[٣]، ورجل محصن: أي أحصنه التزوج بوطئه لزوجته الحرة في نكاح صحيح[٤].

فـ(الزاني المحصن) فهو: كل حر عاقل بالغ (ذكراً كان أم انثى) متزوج بعقد صحيح قام بوطء من لا تحل له من غير شبهة او اكراه[٥].

ثانياً: شروط الاحصان:

يشترط في الاحصان ثلاثة امور وهي (البلوغ والعقل والحرية) ونبينها بإيجاز بالنقاط الآتية:

١. البلوغ: فلا حد على الصغير غير البالغ

---

(١) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني, الهداية في شرح بداية المبتدي, ج٤, بدون طبعة وسنة نشر, دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان, ص٣٤٤.

(٢) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط، ط٨, مؤسسة الرسالة– بيروت, ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م، ص١١٩٠.

(٣) سورة الحشر – الآية: ١٤ .

(٤) مكي بن أبي طالب بن محمد القيسي، الهداية إلى بلوغ النهاية، ج٢، جامعة الشارقة– الامارات، ١٤٢٩هـ– ٢٠٠٨م، ص١٢٥٣.

(٥) زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي, أسنى المطالب في شرح روض الطالب, ج٤, بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، دار الكتاب الإسلامي, القاهرة, ص١٢٨.

٢. العقل: فلا حد على المجنون، والدليل في الشرطين (البلوغ والعقل) قول الرسول ﷺ: "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ" (١).

٣. الحرية: وعلى ذلك فلا احصان لعبد أو أمة، فلا يجب عليهما حد الرجم وهو حد الزاني المحصن، إذ إنهما يحدان بنصف هذا الحد وبما ان الرجم لا يتجزأ، فالواجب فيهما هو الجلد بخمسين جلدة وهو نصف حد الزاني غير المحصن(٢).

واختلف الفقهاء في وجوب توافر هذه الشروط اعلاه في كلا الزوجين لاستحقاق العقاب على من وقع في هذه المعصية، فذهب المالكية والشافعية الى عدم اشتراط ذلك في الرجل والمرأة, فاذا كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة والزوج حر عاقل بالغ فإنها تحصنه وهو لا يحصنها والعكس صحيح، إذ أن كمال احدهما أشبه بكمال الطرفين، فيما اشترط الحنفية والحنابلة الى اشتراط الكمال في كلا الزوجين لان اقتضاء الشهوة بالمجنونة أو الصغيرة قاصر لوجود النفرة عن مواقعة هؤلاء(٣)، ونميل الى الرأي الاول لان نكاح هذه الفئة من الناس معناه عدم النفور منهم، وإلا لما حصل النكاح ابتداءً وعلى ذلك فان المجنونة أو الصغيرة تحصن زوجها ولا يحصنها والعكس صحيح.

ولم يشترط الجمهور الدخول في الاسلام للإحصان فأهل الكتاب محصنين بالزواج ما داموا تحت حكم الاسلام، لأن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين(٤).

ثالثاً: عقوبة الزاني المحصن في الشرع الاسلامي

عقوبة الزاني المحصن هي الرجم، وهو قول عامة الفقهاء على مدار العصور، والادلة في ذلك كثير ومنها:

---

(١) اخرجه أبو داود, سليمان بن الأشعث الأزدي, سنن أبي داود, رقم الحديث (٤٤٠٣), باب المجنون يسرق او يصيب حداً, ج٤, ط١, المكتبة العصرية، صيدا – بيروت, بدون سنة نشر, ص١٤١.

(٢) موفق الدين عبد الله بن قدامة, المغني، ج٩, بدون طبعة, مكتبة القاهرة– القاهرة، ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م، ص٤٩–٥٠.

(٣) زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦, دار الكتاب الإسلامي– القاهرة, بدون تاريخ نشر، ص١١؛ علاء الدين بن مسعود الكاساني, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط٢, دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤٠٦هـ– ١٩٨٦م، ص٣٨.

(٤) محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام, فتح القدير, ج٥, بدون طبعة وتاريخ نشر, دار الفكر– بيروت، ص٢٤؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني, مغني المحتاج، ج٤، دار الكتب العلمية– بيروت, ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م, ص١٤٧؛ زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي, أسنى المطالب، ج٤، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، دار الكتاب الإسلامي– القاهرة, ص١٢٨، إبراهيم بن محمد الملقب بابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ط١، ج٩، دار الكتب العلمية– بيروت، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م، ص٦٣.

١. ما رواه عبادة بن الصامت، قال: قال رسول الله ﷺ : « "خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلًا، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَنَفْيُ سَنَةٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَالرَّجْمُ" »[١].

٢. ما رواه البخاري ومسلم في الصحيحين: "ان رسول الله ﷺ رجم ماعز بن مالك والمرأة الغامدية"[٢].

٣. روي "أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَسْلَمْ، أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَحَدَّثَهُ أَنَّهُ قَدْ زَنَى، فَشَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ، فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرُجِمَ، وَكَانَ قَدْ أُحْصِنَ" [٣].

٤. اجماع الامة على وجوب الرجم على الزاني المحصن، وهذا هو فعل عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم اجمعين[٤]، قال الالوسي في روح المعاني: (اجمع الصحابة رضي الله عنهم، ومن تقدم من السلف، وعلماء الامة، وأئمة المسلمين على أن المحصن يرجم بالحجارة حتى يموت) [٥].

رابعاً: أقوال العلماء المعاصرين في مسألة تبادل الزوجات[٦]

١. الشيخ عبد الحميد الأطرش[٧]: أن الذي يرضى أن يفعل غيره فاحشاً في أهله فهو ديوث, وهؤلاء الأشخاص هم من أمثال الخنازير، فهم قد فقدوا الشعور بالغيرة على أهل بيتهم وعرضهم, أما الزوجة فهي ليست معذورة ولا لها حجة لها عند ربها إن أطاعت الزوج بما لا يرضي الله سبحانه وتعالى, وطالب بتطبيق كل السبل العقابية التي تناسب هذا الفعل لردع امثالهم عن هذه الافعال المنكرة, وعلى كل حال فطريق التوبة مفتوح دائمًا ولا يتطلب سوى رجوع الى الله وأن لا يعود المذنب الى ذنبه أبدًا.

---

(١) اخرجه مسلم بن الحجاج النيسابوري, صحيح مسلم, رقم الحديث, (١٦٩٠), باب حد الزنى, ج٣, بدون طبعة وسنة نشر, دار احياء التراث العربي – بيروت, ص١٣١٦.

(٢) اخرجه مسلم في صحيحه, المصدر نفسه, رقم الحديث (١٦٩٥), باب من اعترف على نفسه بالزنى, ج٣, ص١٣٢١.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه, محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري, صحيح البخاري, باب رجم المحصن, رقم الحديث (٦٨١٤), ج٨, ط١، ١٤٢٢هـ، ص١٦٥.

(٤) محيي الدين يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج١١، مؤسسة قرطبة– القاهرة, ١٤١٤هـ– ١٩٩٤م, ص١٩١.

(٥) شهاب الدين محمود الالوسي، روح المعاني، ج١٨، بدون طبعة، دار احياء التراث العربي – بيروت، ص٧٨.

(٦) اقوال العلماء منشورة موقع مقال على الرابط https://mqaall.com/is-it-permissible-to-exchange-a-wife/ تاريخ النشر ٢٥-٩-٢٠٢١م.

(٧) رئيس لجنة الفتوى الأسبق في الازهر .

٢. الشيخ هاشم إسلام[١]: أن الشخص الذي يقوم بفعل تبادل الزوجة مع كونه جاهلاً بالحكم الشرعي، فإنه يعد من الزناة والمرتكبين لكبيرة من الكبائر. وأما من يفعل هذا الفعل وهو عالم بحرمته فإنه يعد مرتدًا عن دينه وبذلك يكون من الكافرين, اما بالنسبة لولاية الرجل على المرأة فإنها مقصورة على ما شرعه الله تعالى, اذ ليس له أن يجبرها على فعل مالا تريده.

٣. الشيخ شوقي عبد اللطيف[٢]: إن فعل تبادل الزوجات هو من اكبر الفواحش فهو فعل متعارض مع حكم الشريعة واساسيات الكرامة الإنسانية وقواعد الرجولة, فيعد من أكبر المحرمات, وذلك لما ينجم عنه من أضرار صحية ومجتمعية جمة, فهو سبب لنشر الأمراض المختلفة, كما إنه سبب مباشر لاختلاط الانساب بين الناس، وعلى ذلك فإنه يؤدي لذهاب الحقوق لغير أهلها, وفي حال علم الشخص بتحريم هذا الفعل فهو كافر ويجب أن يطبق عليه حد الزنا.

المطلب الثاني / تبادل الزوجات في القانون

تأتي أهمية التشريع في بناء النظام القانوني للدولة، وإن لكل تشريع من التشريعات مقاصد وأغراض، فهدف التشريع والمصلحة المبتغاة منه هو ومدى ملاءمته في وقت معين على التطور والتكيف مع المتغيرات المحيطة به وقدرته على تنظيم العلاقات في المجتمع، ليكون عاملا مؤثرا في مختلف مناحي الحياة، ولأجل موائمة التشريعات الحالية في تغطية جميع جوانب موضوعنا فإننا سنبحث مسألة تبادل الزوجات في قانون العقوبات وقانون الأحوال الشخصية في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: تبادل الزوجات في قانون العقوبات

لم يتناول قانون العقوبات مسألة تبادل الزوجات بشكل صريح إلا إنه تناول مسألة (زنا الزوجية – التحريض على الزنا – السمسرة – البغاء)، فهل تنطبق مسألة تبادل الزوجات على واحد من هذه المسائل؟

قبل الخوض في موقف قانون العقوبات العراقي من مسألة تبادل الزوجات علينا أن نفرق بين حالتين، الحالة الاولى: إذا كان هناك طرف من الاطراف قد أُكره على فعل التبادل، والثانية: إذا كان هذا فعل التبادل قد جرى من جهة الزوجين سوياً مع زوجين آخرين برضا ورغبة جميع الأطراف الأربعة، ولبيان ذلك فإننا نوضحه في الفقرتين الآتيتين:

---

(١) عضو لجنة الفتوى في الازهر .

(٢) وكيل وزارة الأوقاف المصرية الأسبق.

اولاً: التبادل بالتحريض والاكراه:

التحريض هو: الأمر بالشيء والحث عليه[١]، والتحريض لدى فقهاء القانون هو:" دفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة بالتأثير في إرادته وتوجيهها الوجهة التي يريدها المحرض" [٢]. والمحرض: "هو الذي يوجد التصميم الجنائي والعزم لدى الفاعل فهو المدبر للجريمة والسبب الأول في وقوعها"[٣]، فعندما يروم الزوج بمبادلة زوجته مع زوج آخر، فلا بد للزوج أن ينال رضا زوجته لهذا الفعل ابتداءً، وعلى ذلك فانه سيحاول اقناعها بتحريضها على ذلك فيجمل لها هذا الفعل على إنه: (حرية شخصية وكسر للملل والروتين في حياتهما الزوجية وإنه ممارسة لتجربة جديدة، وإن الامر سيتم بسرية تامة)، فإذا رضخت لهذا الأمر أو كانت لديها نفس الميول فإنها ستعتاد عليه، أما إذا وجد الزوج منها بعض التردد ولو كان بسيطاً فانه سيلح عليها وسيعاود اقناعها، فإذا كان الزوج ممن يمتلكون سبل الإقناع الجديد فإنه سيحولها عن اتجاهاتها وقيمها وقناعاتها وأنماطها السلوكية، لتتبنا قيماً أخرى جديدة يفرضها عليها ويجملها لها، ليجد منها ما يوافق انحرافه السلوكي، أما إذا كانت الزوجة تمتلك أساسا دينيا أو خلقاً متيناً فإنها سترفض هذا الأمر عندها سيقوم الزوج في الكثير من الأحوال بإجبارها على فعل الرذيلة وبالتالي ستكون الزوجة في حيرة من أمرها بين الرفض والطلاق أو بين ممارسة هذا الفعل الشائن، والمرأة السوية ستطلب الطلاق فوراً، أما اذا كانت الزوجة ضعيفة تجاه اكراهه فإن اكراه الزوج سيتغلب عليها وتنصاع لأمره، وقد عالج قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م تحريض الزوجة على الزنا فنص في المادة (٣٨٠) على إنه: **"كل زوج حرض زوجته على الزنا فزنت بناء على هذا التحريض يعاقب بالحبس"**، كما عالج مسألة الاكراه على الزنا فنص الفقرة الاولى من المادة (٣٩٣) على إنه: "**١ – يعاقب بالحبس المؤبد او المؤقت كل من واقع انثى بغير رضاها او لاط بذكر أو انثى بغير رضاه أو رضاها**"، وفي هذا الاتجاه فقد أصدرت محكمة جنايات ذي قار حكما بالسجن (١٥) عام بحق متهم تمت إدانته بممارسة عملية تبادل الزوجات بالإكراه مع أطراف أُخرى وفق المادة (٣٩٣) من قانون العقوبات، وقد صدر الحكم بناءً

---

(١) نشوان بن سعيد الحميرى اليمني، شمس العلوم، ج٣، ط١، دار الفكر – دمشق، ١٩٩٩م، ص١٤١٨.

(٢) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص٢١١. وينظر كذلك: د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات – القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد، العراق، ١٩٩٢، ص٢٤٥ ـ ٢٤٦. .

(٣) بلال احمد عوض ، مبادئ قانون العقوبات– القسم العام، بدون طبعة، دار النهضة العربية– القاهرة، ٢٠١١م، ص٤٥٧.

على شكوى تقدمت بها زوجة المدان نفسه، وقد اتخذ المدان أحد المنازل السكنية في المحافظة مركزاً لعمله[١].

ونرى إن الوصف الوارد في نصوص التجريم أعلاه والخاص بتحريض أو إكراه الزوجة على الزِنى في حالة التبادل لا يقع إذا لم يكن هناك (تحريض أو إكراه من الزوج على فعل الزنا) أي إنه لا يقع إلا بتحريض أو إكراه أحد الزوجين لزوجته أو كلاهما لزوجتيهما، وبالمقابل فإن فعل التحريض أو الإكراه لا يقع ايضاً إذا ما قامت كلتا الزوجتين بتحريض أو إكراه كلا الزوجين على هذا الفعل، أو قيام أحداهما بتحريض أو إكراه زوجها على هذا الفعل دون الزوجة الأُخرى، لأنَّ الجاني في هذه الجريمة لا يكون فيها إلا طرفاً واحداً هو الزوج، أما في حالة تبادل الزوجات دون تحريض أو إكراه فإن الفاعلين هم أربعة أطراف: (زوجين وزوجتين)، جميعهم فاعليين أصليين، وأنَّ تبادل الزوجات في هذه الحالة لا يمكن تجريمه إلاَّ اذا وقع بناءً على تحريض أو إكراه أحد الزوجين لزوجته أو كلاهما لزوجتيهما، مما يؤدي الى عجز القضاء عن التصدي لهذه الفعلة التي تقع غالباً بقبول ورضا جميع الاطراف وهذا ما سنتناوله في الفقرة التالية.

ثانياً: التبادل برضا الزوجين ورغبتهم:

وهو أن يتفق كل من الزوج وزوجته على القيام بفعل الرذيلة مع ازواج آخرين بالتراضي دون سابق تحريض من أحد الازواج، وذلك بأن يسقط الرجل رجولته وأن تسقطت المرأة حشمتها وأن يستسلم كل منهما لشهواته ورغباته، وغالبا ما يلجأ الراغبون لمثل هذه الممارسة باللجوء الى (المنتديات الجنسية الالكترونية) فيتم فيها تبادل أرقام الهواتف بين الراغبين بمبادلة ازواجهم مع آخرين، ثم تتم بعدها رؤية الأزواج بعضهم للبعض الآخر عبر كاميرات الهواتف أو الحاسوب، ثم الاتفاق على الفعل في مكان ما معد لذلك، فإذا ما تم هذا الفعل فهل يعد جريمة في نظر القانون؟

في الواقع إن هذا الفعل من الافعال التي لا يوجد لها سوابق في مجال القضاء، كما إنه من الافعال التي أثارت جدلاً واسعاً لدى فقهاء القانون.

إذ يرى القاضي المتقاعد (رحيم العكيلي)[٢] بانه: (لا يوجد نص قانوني يحاسب على تبادل الزوجات إذا ما وقع بناءً على رضا جميع الاطراف المشتركة في الفعل) لأن هذا الفعل من الأفعال المسموح بها وفقا للقانون، ولا يجوز أن يعد من أفعال زنا الزوجية، فضلا عن إنه لايمكن إقامة الشكوى

---

(١) حكم محكمة جنايات ذي قار/ هـ١/ المرقم: ١١٣/ج/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/١٩م .

(٢) مقال منشور على موقع الترا عراق على الرابط https://ultrairaq.ultrasawt.com/.

من قبل الغير فالشكوى في هذه الحالة لا تقام إلا من قبل الزوجة أو الزوج أحدهما تجاه الآخر، إذ نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي على إنه: " **١- لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر، ولا تقبل الشكوى في الأحوال التالية: ج – إذا ثبت أن الزنا تم برضى الشاكي**" ، وبما إن الفعل هنا قد وقع بناءً على رضا الزوجين فان مصير هذه الدعوى هو الرد وفقاً للقانون.

فيما يرى الفقيه القانوني (علي التميمي)[١] إن حالة تبادل الزوجات ينطبق عليها وصف (السمسرة) والتي جرمها قانون مكافحة البغاء المرقم (٨) لسنة ١٩٨٨م إذ نصت المادة الاولى من هذا القانون في تعريفها للسمسرة بأنها: "**الوساطة بين شخصين بقصد تسهيل فعل البغاء بأي طريقة كانت ويشمل ذلك التحريض ولو بموافقة أحد الشخصين أو طلبه كما يشمل استغلال بغاء شخص بالرضاء أو بالإكراه**".

اي إن وصف (السمسرة) هنا – وفقاً لرأي التميمي– ينطبق على فعل تبادل الزوجات والتي وعرفها المشرع بأنها (وساطة بين شخصين) فهنا تكون الوساطة من قبل أحد الازواج مع زوج ثاني على ممارسة الزنى من قبل الأخير مع زوجة الأول (الذي يقوم بالسمسرة) على أن يمارسها الزوج الأول مع زوجة الآخر، وقد تكون الوساطة بين أكثر من زوجين أي بشكل جماعي بتقليد ما يصل من الغرب عن طريق المواقع الإباحية، فالمشرع عد من يقوم بهذا الفعل مرتكباً لفعل السمسرة، إذ نصت المادة (٣) من قانون مكافحة البغاء على إنه: "**يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات: أ - كل سمسار أو من شاركه أو عاونه في فعل السمسرة**".

ومن وجهة نظرنا فأنَّ فعل تبادل الزوجات لا ينطبق عليه وصف السمسرة لان السمسرة : كما عرفها المشرع هي الوساطة بين شخصين بقصد تسهيل فعل البغاء، والبغاء كما عرفه المشرع في نفس المادة: هو تعاطي الزنا أو اللواطة بأجر، وفي حالة تبادل الزوجات لا يوجد أجر إنما هناك انتفاع متقابل، وهذا الانتفاع غير مقوم شرعًا وقانونًا ولا يدخل في دائرة الأجر لان قياس خدمة المتعة بزوجة الآخر على إنه أجر باعتباره (خدمة مقابل خدمة) لا يصلح وهو قياس فاسد لأن الأجر يجب أن يأخذ صورة مقابل المادي أو أن يأخذ صورة منفعة قابلة للتقويم ماديًا, والمنفعة في حالة تبادل الزوجات ذات طبيعة معنوية غير قابلة للتقويم، ومن المعلوم بأن فعل تبادل الزوجات يصدر غالبا من أُناس ليسوا بحاجة للأجر مقابل السمسرة إذ وصل بهم رغد الحياة وترف العيش إلى السطحية التفكير فقلدوا ما يصلهم من الغرب عبر الافلام الشاذة وجرهم ما يتداول في غرف الدردشة الالكترونية المشبوهة.

([١]) مقال منشور في صحيفة المدى العراقية, صحيفة مستقلة، العدد (٥١٧٤)، بتاريخ٢٠٢٢/٤/٢٦م.

ونرى أنَّ فعل تبادل الزوجات برضا جميع الاطراف غير معالج بما فيه الكفاية في قانون العقوبات إذ إنه لا ينطبق مع نص قانوني منضبط يشير اليه بوضوح، وعلى ذلك فإن القاضي الجنائي يجد نفسه أمام حالة منحرفة ومخالفة للشرع والقيم الإنسانية السليمة لتدفعه إلى تكييفها مع نص قانوني قريب مع هذه الفعلة في سبيل أن لا يفلت فاعليها من العقاب، إلا إن هذا التكييف سوف لن يوائم تلك الواقعة ليبقى حكمه قاصراً ومعرضاً للنقض من قبل المحكمة الأعلى منه، إذا رأت عدم انطباق الفعل المرتكب على النص المكيف.

وعلى ذلك فإننا نقترح على المشرع إضافة نص قانوني جديد الى قانون العقوبات لتكون صياغته كما يأتي: "**يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات كل من الزوج والزوجة إذا ثبت قيامهما سوياً بعلاقة غير مشروعة خارج إطار الزوجية، وتنتفي مسؤولية الطرف المُكرَه في هذه العلاقة**".

الفرع الثاني: تبادل الازواج في قانون الأحوال الشخصية

لأجل بيان تداعيات فعل تبادل الازواج في قانون الأحوال الشخصية فإننا سنبين أثر هذا الفعل على ديمومة عقد الزواج، واثره على حضانة الاولاد في الفقرتين الآتيتين:

اولا: اثر فعل تبادل الزوجات على ديمومة عقد الزواج

سنبين أثر فعل تبادل الزوجات على ديمومة عقد الزواج فيما لو حصل الفعل بالرضا أو بالإكراه في الفقرتين الآتيتين:

١. فعل تبادل الزوجات بالإكراه

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية العراقي – كغيره من القوانين الاخرى – الى مسألة تبادل الزوجات بالإكراه بصورة خاصة إلا إنه نص على حق الزوج الآخر بطلب التفريق إذا تضرر أحد الزوجين من الزوج الآخر ضرراً جسيماً يتعذر معه دوام العشرة بينهما كالاعتداء على النفس أو المال أو الأولاد، فنصت المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية على إنه: " **لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الاسباب الاتية:١- إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الاخر أو بأولادهما ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية** ". ونرى فعل الإكراه على تبادل الزوجات والذي يصدر غالبا من الزوج يعطي الحق للطرف الآخر الحق في طلب التفريق كونه إكراه على تصرف مشين يلحق بالطرف المُكره إساءة بالغة وجسيمة مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، وعلى ذلك فان للطرف المتضرر من سلوك الزوج الآخر أن يطلب التفريق والتعويض من القضاء.

٢. فعل تبادل الزوجات برضا الزوجين ورغبتهم

إذا حصل تبادل الأزواج برضا الطرفين فلا يوجد هناك إكراه يمكن أن يستند اليه الطرف الآخر لإنهاء عقد الزواج، كما إنه لا يوجد نص تشريعي قانون الأحوال الشخصية العراقي يمكن تطبيقه على هذه المسألة، وعلى ذلك فإن هذا الفعل يخضع لمبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية وفقا للفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الأحوال الشخصية[١].

وبالعودة الى مبادئ الشريعة الاسلامية فان الفقهاء قد انقسموا الى قولين في مدى وجوب التفريق بين الزوجين عند وقوع فعل الزنا من أحدهما، علما إن هذا الخلاف مبني على خلاف سابق وهو حكم نكاح الزانية، فمن أجاز نكاح الزانية قبل توبتها لم يرتب أثراً على زنا أحد الزوجين بعد عقد الزواج وأجازوا دوامه، ومن لم يجز نكاح الزانية قبل توبتها ذهب إلى القول بانفساخ عقد الزواج بزنا أحدهما، وفيما يأتي استعراض لهذين القولين:

القول الاول: وهو للحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وذهبوا الى ديمومة عقد الزواج بزنا أحدهما، وحجتهم في ذلك هو ما روي عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: "جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: إِنَّ امْرَأَتِي لَا تَمْنَعُ يَدَ لَامِسٍ قَالَ: «غَرِّبْهَا» قَالَ: أَخَافُ أَنْ تَتْبَعَهَا نَفْسِي، قَالَ: «فَاسْتَمْتِعْ بِهَا»" [٦] قيلَ: مَعْناهُ الزّيبةُ، وأنَّها مُطاوِعةٌ لِمَن أرادَها في الفاحِشةِ لا تَرُدُّ يَدَهُ فكنى اللمس عن الزنا، فأمرة النبي ﷺ بطلاقها، ولو كان الزنا يفسخ الزواج لما أمره النبي صلى الله عليه وسلم بطلاقها ما دام الزنا يفسخه ابتداءً، ولما أذن له بالاستمتاع بها، إلا إن البعض ذهبوا الى أن المراد باللمس إنها تبذر مال زوجها، وليس معناه الزنا[٧].

---

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية على انه: (٢- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) .

(٢) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج٣، ص٥٠ .

(٣) احمد بن محمد الصاوي، بلغة المسالك، مطبعة مصطفى الباب الحلبي، مصر، ج١، ص٣٨٠.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩، ص١٩٠.

(٥) البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٥، ص٨٣، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٥١٨.

(٦) اخرجه أبو داود, سنن أبي داود, رقم الحديث (٢٠٤٩), باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء, ج٢, مصدر سابق, ص٢٢٠.

(٧) محمد بن إسماعيل بن صلاح ، الكحلاني, سبل السلام, ج٢, دار الحديث- القاهرة , بدون طبعة وبدون تاريخ نشر, ص٢٨٤.

واستدلوا ايضاً بما روي عَنْ سليمان بن عمر بن الاحوص قال: حدثني أَبي، أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ، فحمد اللَّهَ وأثنى عليه وذكر ووعظ، ثم قَال: "اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا، فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٍ، لَيْسَ تَمْلِكُونَ مِنْهُنَّ شَيْئًا غَيْرَ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ، وَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا" [١]، ووجه الاستدلال يشير إلى جواز استمرار نكاح من زنت وهي تحته[٢]، كما إن الزنا معصية لَا تخرج فاعله عن الإسلام ، فأشبهت بالسرقة، التي لا تخرج مرتكبها عن الإسلام.

القول الثاني: وهو للحسن البصري[٣] الذين يقولون بانفساخ عقد الزواج بين الزوجين إذا زنى أحدهما ويجب التفريق بينهما لانهم يرون بحرمة النكاح بين الزاني والزانية على التأبيد فكيف الحال مع القيام بهذا الفعل.

واستدل أصحاب هذا الرأي برواية جاء فيها: "أنَّ رجلاً تزوج امرأة فأصاب فاحشة فضرب الحد ثم جيء به إلى علي (رضي الله عنه) ففرق بينه وبين امرأته ثم قال للرجل: لَا تَتَزَوَّجْ إِلَّا مَجْلُودَةً مِثْلَكَ"، واستدلوا كذلك بالمعقول، فالزوج إذا قام بقذف زوجته بالزنا ولاعنها فإنها تبين منه، فدل ذلك على إنها بالزنا تبين منه[٤].

ونرجح ما ذهب اليه اصحاب القول الأول القائلين بديمومة عقد الزواج لقوة ادلتهم، ولان الزنا في حالة تبادل الزوجات قد وقع من لدن كلا الزوجين فكلاهما في نفس الدرجة من الإثم، كما إن قياس الفرقة باللعان على الفرقة بالزنا لايصح لان اللعان لايثبت زنا الزوجة.

ثانياً: اثر فعل تبادل الزوجات على حضانة الاولاد

الحضانة هي: " القيام بتربية الطفل والتزام شؤونه ممن له الحق في ذلك شرعاً "[٥]، وجاء في مقدمة التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي ما نصه: "يُقصد بإصلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية، تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل مَنْ له حق في ذلك قانوناً, والمحافظة على من لا

---

(١) اخرجه أبن ماجه, محمد بن يزيد القزويني, سنن ابن ماجه, رقم الحديث (١٨٥١), باب حق المرأة على زوجها, ج١, بدون طبعة وسنة نشر, دار إحياء الكتب العربية– القاهرة, ص٥٩٤.

(٢) محمد بن علي بن محمد الشوكاني, نيل الاوطار, ج٦, ط١, دار الحديث– القاهرة, ١٤١٣هـ– ١٩٩٣م, ص١٧٣–

(٣) محمد بن عبد الله بن أبي بكر الريمي, المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة, ج٢, ط١, دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م، ص٢٠٩.

(٤) أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، ط٣، دار الكتب العلمية– بيروت،١٤٢٤هـ– ٢٠٠٣م، ص٢٥٢.

(٥) د. أحمد الكبيسي، كتاب الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، مطبعة الرشاد، ١٩٧٣م، ص٢٥٢.

يستطيع تدبير اموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره"[١], وتعد الحضانة أساساً لمستقبل الابناء من حيث نجاحهم أو فشلهم في الحياة، ومن حيث أن هذا الابن يمكن أن يصبح عنصراً نافعاً وصالحاً في المجتمع أو عنصر طالحاً ضاراً فيه, فالحضانة هي من سيقرر مصير هذا الصغير ليكون بذرة صالحة يخدم المجتمع أو إنه سيكون عالة عليه، وكل ذلك يتعلق بالوالدين فإذا كانت العلاقة بينهما مبنية على أُسس صحيحة فسوف ينعكس ذلك إيجابا على الصغير أما اذت كانت مبنية على أساس رخو فأنها ستؤثر سلباً عليه, وقد بين الشرع بأن حضانة الأولاد تكون لدى الابوين إذا كانت الزوجية قائمة بينهما, جاء في الشرح الكبير للدردير: " فإن كان حيا، وهي في عصمته فهي حق لهما"[٢], أما في القانون فقد نص قانون الأحوال الشخصية العراقي على "أحقية الام بالحضانة وتربية الولد حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون" [٣], فيما أعطى قانون رعاية القاصرين العراقي حق الولاية للأب[٤], وعلى ذلك فان الأولاد سيعيشون فعلياً – حال قيام الزوجية وعند توافر شروط الحضانة والولاية – في كنف الأب والأم, إلا إن لهذا الفعل الشائن (تبادل الزوجات) الأثر الكبير على استمرار حضانة الاولاد وسيختلف الأمر حتماً فيما لو كان التبادل قد حصل برضا الزوجين أم إنه قد حصل بالإكراه، وبيان ذلك يكون في الفقرتين الآتيتين:

١. اثر تبادل الزوجات بالإكراه على حضانة الاولاد

خلصنا الى أن فعل الإكراه على تبادل الزوجات يلحق بالطرف الآخر (المُكرَه) ضرراً بالغاً وجسيماً, مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، وعلى ذلك فان للطرف المتضرر من سلوك الطرف الآخر أن يطلب التفريق من القضاء, وبالتالي فإن كان فعل الإكراه قد وقع من قبل الزوج – وهذا ما يحدث غالباً – فإن الزوجة في هذه الحالة ستبقى محتفظة بحضانتها للأولاد – إن توافرت لديها شروط الحضانة الاخرى– وبالمقابل فان ولاية الزوج على الاولاد ستسلبها المحكمة لسوء تصرفه, وهذا ما بينته المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين[٥], أما إن كان فعل الاكراه قد وقع من قبل الزوجة – ونادراً ما يحدث ذلك – فان الزوجة في هذه الحالة ستفقد حضانتها لأولادها لفقدانها أحد شروط الحضانة وهو

---

(١) البند الرابع من التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم (٢١) لسنة ١٩٧٨.

(٢) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي, حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, ج٢, بدون طبعة وتاريخ نشر, دار الفكر– القاهرة, ص٥٢٦.

(٣) تنص الفقرة الاولى من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة١٩٥٩م على انه: (١– الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

(٤) تنص المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠م على انه: (ولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة).

(٥) تنص المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين على انه: (للمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه).

شرط الأمانة, إذ إن المشرع قد اشترط في الحاضنة أن تكون أمينة على المحضون[١] وأن تتصف بالأخلاق الفاضلة والسمعة الجيدة, بأن تكون عفيفة وصادقة بعيدة عن كل ما يسيء اليها كالفسق والفجور[٢], وعلى ذلك فان الحضانة ستنقل الى الاب, اعمالاً للفقرة السابعة من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي, اذا توافرت فيه شروط الحضانة[٣], وبهذا الصدد فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها: (إن المدعى عليها فقدت أحد شروط الحضانة فلم تعد تصلح لحضانة أولادها لعدم أمانتها عليهم وأن الحضانة تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون)[٤].

٢. تبادل الزوجات برضا الزوجين ورغبتهم

إذا ما حصل التبادل برضا الطرفين فإن معنى ذلك هو فقدان كلا الزوجين لأحد شروط الحضانة وهو شرط الأمانة الذي اشترطه المشرع في الحاضن, فسوء السلوك يعد مانعاً من الحضانة لأثره البالغ على الصغير، اذ ان ممارسة هذا الفعل الشنيع يعد سلوكاً يضعف الاخلاق لدى المحضون، إذ أن الأولاد سينشؤون في ذات البيئة التي يعيش فيها الحاضن فإذا ما كان هذا الحاضن قد اقترف تصرفات سيئة فان هذه التصرفات لابد من انتقالها إلى الأولاد وبالتالي ستؤثر على سلوكهم[٥], وعلى ذلك فإذا ثبت سوء السلوك لدى الأم والأب فإن كلاهما سيفقدان حضانة الأولاد على حدٍ سواء, وعلى ذلك فإن على قاضي الموضوع أن يبحث عن أقرب حاضن تتوفر فيه شروط الحضانة ليودعه إياها إعمالاً للفقرة الثامنة من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي, فإن لم يجد من هو أهلاً للحضانة اودع الأولاد في دور الحضانة المعدة من قبل الدولة[٦]، كما يمكن لدائرة رعاية القاصرين – إذا تدارك الى علمها وبعد صدور حكم بات سوء سلوك الابوين – من أن تقيم دعوى لإسقاط الحضانة عن الأبوين

---

(١) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، ط١, مطبعة جامعة السليمانية، ٢٠٠٤م، ص٢٢٥.

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية على انه: (٢- يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته .....) .

(٣) تنص الفقرة السابعة من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية على انه: (٧- في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك .....) .

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم: ٢٩٠/شخصية اولى /٢٠١١ بتاريخ ٢٠١١/٢/٧م (غير منشور).

(٥) عمر عبدالله، احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة ، ط٢، ١٩٥٨م، ص٤٨٤.

(٦) تنص الفقرة الثامنة من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية على انه: (٨- اذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين, كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها) .

وفقاً للمادة (٢٣) من قانون رعاية القاصرين[١]، إلا إن الأمر الذي يدق هنا هو ما هو الضمان في علم دائرة رعاية القاصرين بصدور حكم بات بسوء سلوك الابوين، ولو فرضنا جدلاً بعلمها بالأمر فإن إقامة دائرة رعاية القاصرين دعوى لإسقاط حضانة الصغير هو أمر جوازي لها وليس وجوبي عليها، فما هو الضمان في اقمتها للدعوى، وعلى ذلك فإننا نقترح على المشرع العراقي إيراد نص يلزم قاضي الجنايات الذي احيلت اليه دعوى تبادل الزوجات أو أية دعوى مماثلة لها أن يحيل الدعوى وبعد الفصل بها الى قاضي الاحوال الشخصية للنظر في صلاحية الابوين للولاية والحضانة ليكون النص المقترح كما يأتي: (إذا ثبت قيام كل من الأب والأم بعلاقة غير مشروعة خارج إطار الزوجية فعلى المحكمة وبعد الفصل في الدعوى أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة موضوع الدعوى إلى محاكمة الأحوال الشخصية للنظر في صلاحية الأب للولاية وصلاحية الأم للحضانة).

الخاتمة: في نهاية هذه الدراسة توصلنا الى النتائج والتوصيات الآتية:

اولا: النتائج

١. أنَّ فعل تبادل الزوجات برضا جميع الاطراف غير معالج بما فيه الكفاية في قانون العقوبات إذ إنه لا ينطبق مع نص قانوني منضبط يشير اليه بوضوح، وعلى ذلك فإن القاضي الجنائي يجد نفسه أمام حالة منحرفة ومخالفة للشرع والقيم الإنسانية السليمة لتدفعه إلى تكييفها مع نص قانوني قريب مع هذه الفعلة في سبيل أن لا يفلت فاعليها من العقاب، إلا إن هذا التكييف سوف لن يوائم تلك الواقعة ليبقى حكمه قاصراً ومعرضاً للنقض من قبل المحكمة الأعلى منه، إذا رأت عدم انطباق الفعل المرتكب على النص المكيف.

٢. إذا ما حصل تبادل الزوجات برضا جميع الاطراف فإن معنى ذلك هو فقدان كلا الزوجين لأحد شروط الحضانة وهو شرط الأمانة الذي اشترطه المشرع في الحاضن, فسوء السلوك يعد مانعاً من الحضانة لأثره البالغ على الصغير.

ثانيا: التوصيات

١. بما أنَّ فعل تبادل الزوجات برضا جميع الأطراف غير معالج قانوناً بصورة واضحة نقترح على المشرع العراقي إضافة نص قانوني الى قانون العقوبات لتكون صياغته الآتي: " **يعاقب بالسجن مدة**

---

(١) تنص المادة (٢٣) من قانون رعاية القاصرين على انه: (لدائرة رعاية القاصرين اقامة الدعوى لإسقاط حضانة حاضن الصغير وطلب ضمه الى من تتحقق مصلحة الصغير نفسه في ضمه اليه وفق احكام المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل).

لا تزيد على عشر سنوات كل من الزوج والزوجة إذا ثبت قيامهما سوياً بعلاقة غير مشروعة خارج إطار الزوجية، وتنتفي مسؤولية الطرف المُكرَه في هذه العلاقة ".

٢. لضمان إحالة دعوى تبادل الزوجات أو أية دعوى مماثلة لها بعد الفصل فيها جزائياً الى محكمة الاحوال الشخصية للنظر في صلاحية الأبوين للحضانة والولاية نقترح على المشرع العراقي إيراد نص يلزم قاضي الجنايات بذلك ليكون النص المقترح كما يأتي: **(إذا ثبت قيام كل من الأب والأم بعلاقة غير مشروعة خارج إطار الزوجية فعلى المحكمة وبعد الفصل في الدعوى أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة موضوع الدعوى إلى محاكمة الأحوال الشخصية للنظر في صلاحية الأب للولاية وصلاحية الأم للحضانة).**

المصادر والمراجع :

اولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الحديث الشريف

١. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري, صحيح البخاري, باب رجم المحصن, رقم الحديث (٦٨١٤), ج٨, ط١، ١٤٢٢هـ.

٢. مسلم بن الحجاج النيسابوري, صحيح مسلم, ج٣, بدون طبعة وسنة نشر, دار احياء التراث العربي– بيروت.

٣. سليمان بن الأشعث الأزدي, سنن أبي داود, ج٢و٤, ط١, المكتبة العصرية، صيدا – بيروت, بدون سنة نشر.

٤. محمد بن يزيد القزويني, سنن ابن ماجه, ج١, بدون طبعة وسنة نشر, دار إحياء الكتب العربية– القاهرة.

٥. محيي الدين يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج١١، مؤسسة قرطبة– القاهرة,١٤١٤هـ.

ثالثا: الكتب الفقهية والقانونية

١. إبراهيم بن محمد الملقب بابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ط١، ج٩، دار الكتب العلمية– بيروت،١٤١٨هـ – ١٩٩٧م.

٢. أحمد الكبيسي، كتاب الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، مطبعة الرشاد، ١٩٧٣م.

٣. أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، ط٣، دار الكتب العلمية- بيروت،١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.

٤. بلال احمد عوض، مبادئ قانون العقوبات- القسم العام، بدون طبعة، دار النهضة العربية- القاهرة،٢٠١١م.

٥. زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي, أسنى المطالب في شرح روض الطالب, ج٤, بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، دار الكتاب الإسلامي, القاهرة.

٦. زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي, أسنى المطالب، ج٤، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، دار الكتاب الإسلامي- القاهرة.

٧. زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦, دار الكتاب الإسلامي- القاهرة, بدون تاريخ نشر.

٨. شهاب الدين محمود الالوسي، روح المعاني، ج١٨، بدون طبعة، دار احياء التراث العربي – بيروت.

٩. علاء الدين بن مسعود الكاساني, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط٢, دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.

١٠. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني, الهداية في شرح بداية المبتدي, ج٤, بدون طبعة وسنة نشر, دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان.

١١. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٢م.

١٢. عمر عبدالله، احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة ، ط٢، ١٩٥٨م.

١٣. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، ط١, مطبعة جامعة السليمانية، ٢٠٠٤م.

١٤. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات – القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد، العراق، ١٩٩٢م.

١٥. كلود ليفي ستروس، الأنثروبولوجيا البنيوية، ترجمة: د. مصطفى صالح، وزارة الثقافة السورية- دمشق، ١٩٧٧م.

١٦. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط، ط٨, مؤسسة الرسالة- بيروت, ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م.

١٧. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني, مغني المحتاج، ج٤، دار الكتب العلمية- بيروت, ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١٨. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي, حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, ج٢, بدون طبعة وتاريخ نشر, دار الفكر- القاهرة.

١٩. محمد بن إسماعيل بن صلاح ، الكحلاني, سبل السلام, ج٢, دار الحديث- القاهرة, بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.

٢٠. محمد بن عبد الله بن أبي بكر الريمي, المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة, ج٢, ط١, دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٢١. محمد بن عبد الواحد السيواسي, فتح القدير, ج٥, بدون طبعة وتاريخ نشر, دار الفكر- بيروت.

٢٢. محمد بن علي بن محمد الشوكاني, نيل الاوطار, ج٦, ط١, دار الحديث- القاهرة, ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م.

٢٣. مكي بن أبي طالب بن محمد القيسي، الهداية إلى بلوغ النهاية، ج٢، جامعة الشارقة- الامارات،١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م.

٢٤. موفق الدين عبد الله بن قدامة, المغني، ج٩, بدون طبعة, مكتبة القاهرة- القاهرة، ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨م.

٢٥. نشوان بن سعيد الحميرى اليمني، شمس العلوم، ج٣، ط١، دار الفكر - دمشق، ١٩٩٩م.

رابعاً: الصحف والمقالات

١. صحيفة المدى العراقية, صحيفة مستقلة، العدد (٥١٧٤)، بتاريخ٢٦/٤/٢٠٢٢م.

٢. مقال للقاضي: المتقاعد رحيم العكيلي منشور موقع الترا عراق على الرابط https://ultrairaq.ultrasawt.com/.

٣. مقال للكاتب: عامر العبود منشور على موقع (حلوها) على الرابط https://www.hellooha.com/articles/376-

٤. مقال للكاتب: نيجل باربر، مبادلة الزوجة في العصر الحجري، في علم النفس

Nigel Barber, Wife Swapping in the Stone Age, Article published on psychology today on the link , https://www.psychologytoday.com/us/blog/the-human-beast .

خامساً: التشريعات

١. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة١٩٥٩م.

٢. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م

٣. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠م.

سادساً: الاحكام القضائية

١. حكم محكمة التمييز الاتحادية رقم: ٢٩٠/شخصية اولى /٢٠١١ بتاريخ ٢٠١١/٢/٧م .

٢. حكم محكمة جنايات ذي قار/ هـ١/ المرقم: ١١٣/ج/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/١٩م .

Sources and references

First: the Holy Quran

Second: the honorable hadith

1. Muhammad bin Ismail Abu Abdullah Al-Bukhari, Sahih Al-Bukhari, Chapter on Stoning the Muhsin, Hadith No. (6814), Part 8, Edition 1, 1422 AH.
2. Muslim Ibn Al-Hajjaj Al-Nisaburi, Sahih Muslim, Part 3, without edition and year of publication, Dar Revival of Arab Heritage - Beirut.
3. Suleiman bin Al-Ash'ath Al-Azdi, Sunan Abi Dawud, vol. 2 and 4, 1st edition, Al-Asriyyah Library, Sidon - Beirut, without a year of publication.
4. Muhammad bin Yazid Al-Qazwini, Sunan Ibn Majah, Part 1, without edition and year of publication, Dar Revival of Arabic Books - Cairo.
5. Muhyi al-Din Yahya bin Sharaf al-Nawawi, Sahih Muslim, with an explanation of al-Nawawi, vol. 11, Cordoba Foundation - Cairo, 1414 AH.

Third: Fiqh and legal books

1. Ibrahim bin Muhammad, nicknamed Ibn Mufleh, Al-Mubdi' fi Sharh Al-Muqni', 1st edition, Part 9, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah - Beirut, 1418 AH - 1997 AD.
2. Ahmed Al-Kubaisi, Book of Personal Status in Jurisprudence, Judiciary and Law, Part 1, Al-Rashad Press, 1973 AD.
3. Ahmed bin Al-Hussein Abu Bakr Al-Bayhaqi, Al-Sunan Al-Kubra, Part 7, Edition 3, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya - Beirut, 1424 AH - 2003 AD.
4. Bilal Ahmed Awad, Principles of Penal Code - General Section, without edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya - Cairo, 2011 AD.

5. Zakaria bin Muhammad bin Zakaria Al-Seneki, Asna Al-Matalib fi Sharh Rawd Al-Talib, Part 4, without edition and without publication date, Dar Al-Kitab Al-Islami, Cairo.
6 .Zakaria bin Muhammad bin Zakaria Al-Seneki, Asna Al-Matalib, Part 4, without edition and without publication date, Dar Al-Kitab Al-Islami - Cairo.
7. Zain al-Din ibn Ibrahim ibn Nujaym al-Masri, Al-Bahr al-Ra'iq, explaining the treasure of minutes, Part 6, Dar al-Kitab al-Islami - Cairo, without a publication date.
8. Shihab al-Din Mahmoud al-Alusi, Ruh al-Ma'ani, vol. 18, without edition, Dar Revival of Arab Heritage - Beirut.
9. Aladdin bin Masoud Al-Kasani, Bada'i Al-Sana'i fi Tartib Al-Sharia', vol. 7, 2nd edition, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah - Beirut, 1406 AH - 1986 AD.
10. Ali bin Abi Bakr bin Abd al-Jalil al-Marghinani, Al-Hidaya fi Sharh Bidayat al-Mubtadi, Part 4, without edition and year of publication, Dar Revival of Arab Heritage - Beirut - Lebanon.
11. Ali Hussein Al-Khalaf, Dr. Sultan Abdul Qadir Al-Shawi: General Principles in the Penal Code, Dar Al-Resala, Kuwait, 1982 AD.
12. Omar Abdullah, Islamic Sharia Rulings on Personal Status, Dar Al-Fikr, Cairo, 2nd edition, 1958 AD.
13. Farouk Abdullah Karim, The Mediator in Explanation of the Iraqi Personal Status Law, 1st edition, Sulaymaniyah University Press, 2004.
14. Fakhri Abd al-Razzaq Salbi al-Hadithi, Explanation of the Penal Code - General Section, Al-Zaman Press, Baghdad, Iraq, 1992 AD.
15. Claude Levi-Strauss, Structural Anthropology, translated by: Dr. Mustafa Saleh, Syrian Ministry of Culture - Damascus, 1977.
16. Majd al-Din Muhammad bin Yaqoub al-Fayrouzabadi, Al-Qamous al-Muheet, 8th edition, Al-Risala Foundation - Beirut, 1426 AH - 2005 AD.
17. Muhammad bin Ahmed Al-Khatib Al-Sherbiny, Mughni Al-Muhtaaj, Part 4, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya - Beirut, 1415 AH - 1994 AD.
18. Muhammad ibn Ahmad ibn Arafa al-Dasouki, footnote to al-Dasouki on al-Sharh al-Kabeer, vol. 2, without edition and publication date, Dar al-Fikr - Cairo.
19. Muhammad bin Ismail bin Salah, Al-Kahlani, Subul Al-Salam, Part 2, Dar Al-Hadith - Cairo, without edition and without publication date.
20. Muhammad bin Abdullah bin Abi Bakr Al-Raymi, The Beautiful Meanings in Knowing the Difference of the People of Sharia, Part 2, Edition 1, Dar Al-Kutub Al-Ilmiya - Beirut, 1419 AH - 1999 AD.

21. Muhammad ibn Abd al-Wahed al-Siwasi, Fath al-Qadeer, Part 5, without edition and date of publication, Dar al-Fikr- Beirut.
22. Muhammad bin Ali bin Muhammad Al-Shawkani, Neil Al-Awtar, Part 6, Edition 1, Dar Al-Hadith - Cairo, 1413 AH - 1993 AD.
23. Makki bin Abi Talib bin Muhammad al-Qaisi, Guidance to the End, Part 2, University of Sharjah - UAE, 1429 AH - 2008 AD.
24. Muwaffaq al-Din Abdullah bin Qudamah, Al-Mughni, Part 9, without edition, Cairo Library - Cairo, 1388 AH - 1968 AD.
25. Nashwan bin Saeed Al-Humairi Al-Yamani, Shams Al-Uloum, Part 3, Edition 1, Dar Al-Fikr - Damascus, 1999 AD.

Fourth: newspapers and articles

1. The Iraqi Al-Mada newspaper, an independent newspaper, issue (5174), dated 4/26/2022 AD.
2. An article by Judge: Retired Rahim Al-Akeli, published by the Ultra Iraq website at the link https://ultrairaq.ultrasawt.com/.
3. An article by the author: Amer Al-Aboud, published on the website (Hellooha) at the link https://www.hellooha.com/articles/376-
4. Article by Nigel Barber, Wife Swapping in the Stone Age, in Psychology

Nigel Barber, Wife Swapping in the Stone Age, Article published on psychology today at the link , https://www.psychologytoday.com/us/blog/the-human-beast.

Fifth: Legislations

1. The Iraqi Personal Status Law No. (188) of 1959 AD.
2. The Iraqi Penal Code No. (111) of 1969 AD
3. Iraqi Minor Care Law No. (78) of 1980 AD.

Sixth: Judicial rulings

1. Judgment of the Federal Court of Cassation No. 290 / First Person / 2011 dated 7/2/2011 AD.
2. Judgment of the Criminal Court of Dhi Qar / H 1 / No. 113 / C / 2022 on 4/19/2022 AD.