

تبیین فقهی - حقوقی ضمانت اجرای شرط بکارت در عقد نکاح

هاجر یاسینی نیا^۱، محمدعلی خورسندیان^۲

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۹/۵/۲۱ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۹/۱۲/۱۸)

چکیده

در سنت اسلامی و ایرانی بکارت امری مطلوب و هم‌تراز با پاکدامنی، شرافت، شایستگی و نجابت است از این‌رو اغلب مردان، وجود این پاکدامنی را از ضروریات شروع زندگی می‌دانند. هرچند نبود بکارت (ثیبوت) از عیوب منصوص نکاح در فقه و قانون نیست، اما سوال این پژوهش آن است که فقدان بکارت دارای چه ضمانت اجرای حقوقی است؟ نظر فقها در خصوص فقدان این وصف متفاوت است؛ برخی با شرایطی قائل به حق فسخ و بعض دیگر آن را از موجبات کاهش در مهریه دانسته و اعتقاد به عدم حق فسخ دارند. عده‌ای نیز قائل به تفصیل هستند. قریب به اتفاق حقوقدانان آن را مشمول ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی و از موجبات فسخ نکاح می‌دانند. با وجود ورود نیافتن اکثریت نویسندگان حقوقی به بحث تکلیف مهریه در صورت عدم فسخ، کاوش در مبانی فقهی و روایی، نشان می‌دهد به اعتقاد بسیاری از فقها در صورت عدم ایجاد حق فسخ یا عدم اعمال فسخ نکاح، تقلیل مهریه به نسبت تفاوت مهرالمثل باکره و ثیبه، اثر فقدان بکارت است، ایجاد وحدت رویه قضائی نیازمند افزودن تبصره‌ای بر ماده یاد شده در خصوص مقدار مهریه در صورت ادامه نکاح است.

کلید واژه‌ها: بکارت، تخلف در نکاح، خیار تدلیس، تقلیل مهریه، شرط ضمنی و بنایی

1. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شیراز؛
Email:h.yasinyniya@gmail.com

2. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز، (نویسنده مسئول)؛
Email:khorsan@shirazu.ac.ir

۱. مقدمه

در سنت خانواده‌های مسلمان و ایرانیان، بکارت زوجه، صفتی شایسته و هم‌تراز با پاکدامنی، شرافت و نجابت است. از این رو بیشتر مردان، بر وجود این صفت برای همسر خود به عنوان یک صفت ضروری تأکید دارند، به همین دلیل و به‌ویژه با دگرگونی اخلاقیات اجتماع، امروزه در بسیاری از اختلافات زناشویی در دادگاه‌ها مردان مدعی عدم بکارت همسر خود می‌گردند، در صورت اثبات این امر، چه ضمانت اجرایی وجود دارد؟ این تحقیق به موضع فقه و قانون در این موضوع می‌پردازد. در متون فقهی و قانون، نبود بکارت (ثیبوت) از عیوب منصوص برای فسخ نکاح نیست، اما سوال این پژوهش آن است که در صورتی که مرد پس از ازدواج با فقدان بکارت همسر خود روبرو شود چه حقوقی دارد؟ آیا در دو حالت اشتراط یا شرط نشدن این امر در عقد او می‌تواند عقد را فسخ کند؟ آیا او می‌تواند از مهریه بکاهد؟ هر چند که در عبارات فقها و در میان برخی بحث‌های نویسندگان حقوق خانواده اشاراتی به این مبحث دیده می‌شود؛ اما در پیشینه پژوهش‌های صورت گرفته، تحقیقی مستقل در این زمینه انجام نشده است. لذا بررسی آراء فقهی و حقوقی در این مسأله مبتلابه، و ارائه پاسخی برای رویه قضایی حائز توجه است. در این خصوص تنها مقالاتی در باب مفهوم بکارت از منظر حقوقی و پزشکی دیده شد که این تحقیق به آنها استناد نموده است [۵؛ ۴۲؛ ۷۴] در برخی کتب حقوق خانواده، در ذیل مصادیق ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد»، به این صفت اشاره مختصری شده است لیکن در مبنای حق فسخ اختلاف نظر وجود دارد، برخی مبنای حق فسخ را خیار تدلیس و بعضی تخلف از شرط صفت می‌دانند. در فقه نیز اختلاف نظر وجود دارد برخی از فقها بر وجود حق فسخ نظر دارند و عده‌ای دیگر معتقد به تقلیل مهریه هستند؛ لیکن در میزان تقلیل نیز، اختلاف نظر است. در نگارش پیش رو، این امر مورد بررسی قرار می‌گیرد که آیا فقدان بکارت می‌تواند از مصادیق ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی باشد یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا صرف امکان حق فسخ برای زوج کفایت می‌کند یا ضرر مالی وارد بر وی - از جهت پرداخت کل مهریه - نیز باید به طریقی جبران شود؟

۲. مفهوم بکارت در سنت دینی، واژه‌نامه‌ها، زبان فقیهان و متخصصان

در سنت دینی دوشیزگی صفت کمال است به همین دلیل قرآن کریم در چندین آیه، آن را از صفات بارز زنان و حوریان بهشتی معرفی کرده است برای درک درست از دایره‌ی مفهومی بکارت، این آیات و سپس تعدادی از روایات و در نهایت نظرات واژه‌شناسان و فقها بیان می‌گردد:

۱- «فِيهِنَّ قَاصِرَاتُ الطَّرْفِ لَمْ يَطْمِثْهُنَّ إِنْسٌ قَبْلَهُمْ وَلَا جَانٌّ» [الرحمن، آیه ۵۶] کلمه «طَمِث» که «لم یطمث» از آن مشتق شده است به معنای ازاله‌ی بکارت است و معنای آیه این است که حوریان بهشتی دست نخورده‌اند و قبل از همسران، هیچ جن و انسی ازاله‌ی بکارت از ایشان نکرده است [۵۶، ص ۱۱۰؛ ۸۰، ص ۱۶۹]

۲- «حُورٌ مَّقْصُورَاتٌ فِي الْخِيَامِ. لَمْ يَطْمِثْهُنَّ إِنْسٌ قَبْلَهُمْ وَلَا جَانٌّ» [الرحمن آیه ۷۲ و ۷۴] حوریان مقصور در خیمه‌هایند یعنی از دستبرد اجانب محفوظند، زانی مبتذل نیستند که غیرشهران نیز، ایشان را تماشا کنند. [۵۶، ص ۱۸۷] تعبیر به مقصورات، اشاره به این است که آنها تنها تعلق به همسرانشان دارند و از دیگران مستور و پنهان هستند و هرگز پیش از این، جن و انس دیگری با آنها تماس نگرفته و دوشیزه‌اند. [۸۰، صص ۱۸۳-۱۸۴]

۳- «فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَارًا» [واقعیه، آیه ۳۶] ما زنان بهشتی را همیشه بکر قرار دادیم به طوری که هر بار که همسران ایشان با آنان بیامیزند ایشان را بکر یابند. [۵۶، ص ۱۲۴] وصف بکارت همیشه برای آنان باقی است و با آمیزش وضع آنان دگرگون نمی‌شود. [۸۰، ص ۲۲۴]

۴- «كَانَهُنَّ بِيضٌ مَّكْنُونٌ» [صافات، آیه ۴۹] نزد آنها همسرانی است که جز به شوهران خود عشق نمی‌ورزند و چشمانی درشت و زیبا دارند، گویی از لطافت و سفیدی همچون تخم مرغهایی هستند که در زیر بال و پر مرغ پنهان مانده و دست انسانی هرگز آن را لمس نکرده است. «مکنون» کنایه از محفوظ ماندن آنان از دستبرد دیگران و به عبارت دیگر دوشیزگی ایشان است. [۹۳، ص ۲۸۰؛ ۹۴، ص ۲۸۹]

در سنت و روایات نیز به ازدواج با دوشیزگان توصیه شده است. [نک: ۶، ص ۲۵۸؛ ۹، ص ۹۱؛ ۱۰، ص ۲۵؛ ۱۱، ص ۳۲۳؛ ۱۲، ص ۲۳۷؛ ۱۶، ص ۵۳؛ ۲۳، ص ۱۹۶؛ ۷۶، ص ۱۷۸ باب استحباب اختیار البکر للتزویج]

بکارت در لغت، مصدر ثلاثی مجرد از ریشه بکر بوده و کلمه بکر صفت مفرد به

معنای دست نخورده و «مترادف با عذرا»^۱ [۲۶، ص ۵۹۶ ذیل بکر] است غیر از معنای یادشده به فرزند نخست انسان نیز بکر گفته می‌شود [۴۱، ص ۱۴۰] و البته زنی را که تنها یک بار زاییده، نیز بکر می‌خوانند [۲۶، ص ۵۹۶؛ ۵۳، ص ۲۸۵] با وجود این، دلالت «تازه، دست نخورده، و غیرمستعمل» بر لفظ بکر قوی‌تر از سایر دلالت‌ها و نزدیک‌تر به تبادر عرفی است. همچنین بکر زنی است که مردی او را لمس نکرده باشد. [۲، ص ۵۵۱؛ ۳، ص ۲۸۹؛ ۳۳، ص ۶۰۰]

فقها در بحث از شرط بکارت به صراحت به مفهوم بکارت اشاره نکرده‌اند اما در برخی ابواب مانند احصان، مهریه، عنن و ولایت پدر در ازدواج باکره بحث شده است. به نظر می‌رسد عنوان اخیر به موضوع این نگارش نزدیک‌تر است و می‌توان از آن وحدت ملاک گرفت. در بحث اذن پدر در نکاح دوشیزه، چهار نظر در مورد مفهوم بکارت و ثیبویت ارائه شده است: [نک: ۱۶، ص ۴۵۰؛ ۵۸، ص ۴۵۱؛ ۹۵، ص ۸۶۵]

۱- معیار اصلی، پرده بکارت است و به هرطریقی از بین رود - اعم از آمیزش و غیر آمیزش مانند پریدن، بیماری و...- ثیبویت محقق است. این نظر طرفداری ندارد. [نک: ۴۷، ج ۱۱، ص ۴۰۵؛ ۵۸، ص ۴۵۱]

۲- تحقق ثیبویت و زوال بکارت، مبتنی بر از بین رفتن پرده بکارت با نزدیکی و دخول شوهر است. کسی که بکارت او با ازدواج و آمیزش مشروع زائل نشده باشد، باکره است. [۸۸، ص ۱۲۲] بنابراین اگر بکارت با زنا، وطی به شبهه یا ورزش و پریدن از بین رفته باشد، آن شخص در حکم باکره است.

۳- معیار عدم تزویج است و صرف ازدواج، سبب زوال بکارت می‌شود. [۹۵، ص ۸۶۵]

۴- کسی که بکارت او با آمیزش (چه حرام یا حلال) زائل نشده باشد، باکره است. این معنی استعمال شرعی است. [۱۸، ص ۴۱] طبق این نظر اگر بکارت با غیر وطی مانند بیماری، شدت حیض، جهش و... از بین رفته باشد زن در حکم باکره است. [۳۸، ص ۲۲۰؛ ۴۴، ج ۲۴، ص ۲۶۵؛ ۵۸، ص ۴۵۰؛ ۶۵، ج ۷، ص ۱۶۱؛ ۹۵، ص ۸۶۵]

نمی‌توان دیدگاه کسانی که بود و نبود پرده بکارت را تمام‌العله برای صدق بکارت و ثیبویت دانسته‌اند (نظر اول) به‌طور کلی پذیرفت بلکه نقش اصلی آن، کاشفیت از دخول و نزدیکی است. دیدگاه دوم که دخول از راه ازدواج را دخیل کرده، متأثر از فرهنگ عرفی یا شرعی بوده که ازاله بکارت در ضمن ازدواج صورت گرفته است. شاید باور

۱. البکر: العذراء

کسانی که باکره را ازدواج نکرده (دیدگاه سوم) معنا کرده‌اند به این علت است که عادتاً چنین کسی مورد دخول واقع نشده و پرده بکارتش باقی است. در مجموع می‌توان بیان داشت که نظر چهارم که نظر اکثریت فقها است، در بحث شرط بکارت و مفهوم آن جامع‌تر است ضمن آنکه غالب فقهای معاصر (میرزا جواد تبریزی، سید علی سیستانی، فاضل لنکرانی، موسوی اردبیلی) نیز در پاسخ به استفتائات بیان داشته‌اند که، باکره زنی است که با او نزدیکی (اعم از مشروع، نامشروع و به شبهه) نشده باشد و در صورت نزدیکی چه پرده بکارت باقی بماند یا باقی نباشد، زن ثبیه محسوب می‌شود. [۷۹، صص ۱۴۰، ۱۳۹، ۱۳۶، ۱۴۲] لذا حتی اگر زنی - که پرده بکارت وی از نوع حلقوی و ارتجاعی باشد - بعد از نزدیکی باکره بماند، حکم باکره را ندارد؛ بلکه ثبیه است. [لطف‌اله صافی گلپایگانی و مکارم شیرازی به نقل از ۷۹، صص ۱۳۹-۱۴۰] البته در صورتی که دختر در اثر ورزش، فعالیت‌های جسمی، بیماری و مانند آن، بکارت خود را از دست داده باشد، باید وی را مانند دوشیزگان محسوب کرد [علامه حلی در تذکره به نقل از ۹۵، صص ۸۶۵ مساله ۲؛ ۸، ص ۱۴۶]؛ زیرا بکارت تنها در صورت آمیزش با مردان از بین می‌رود که در اینجا حاصل نشده است. [علامه حلی به نقل از ۶۶، صص ۸۵؛ ۱۰، ص ۱۲۹] به نظر می‌رسد در بحث شرط بکارت در نکاح نیز بتوان از این ملاک استفاده کرد و حکم به باکره بودن چنین زنی داد به‌ویژه که در نظر عرف باکره بودن با پاکدامنی و عدم اختلاط با مردان آمیخته است. پذیرش این نظر با نگاه به ملاک و پیشینه‌ی عرفی است؛ زیرا در عرف، مفهوم بکارت با عدم تجربه جنسی و عقیفه بودن ممزوج است. در خصوص وطی از دبر و تفخیز نیز در مبحث ازدواج زنان باکره و لزوم اذن ولی، این اختلاف وجود دارد که آیا این ارتباط نیز موجب زوال عنوان بکارت است؟ صاحب جواهر چنین زنی را بنا بر احتیاط در حکم باکره دانسته‌اند. [۸۷، ج ۳۱، ص ۲۴۲] شهید ثانی نیز اصل را بر عدم خروج چنین زنی از حکم بکارت می‌داند. [۶۵، ج ۷، ص ۱۴۴]

شایان ذکر است از نظر پزشکی، صرف سلامت پرده بکارت را نمی‌توان علامت نبود رابطه‌ی جنسی دانست؛ زیرا نشانه‌های اصلی دوشیزگی سه مورد است: اول: سلامت پرده‌ی بکارت. دوم: حالت طبیعی در دهانه مهبل و دهلیز آن. سوم: باریکی مهبل، اگر هر سه علامت با هم وجود داشت، دلیل بر دوشیزگی محسوب می‌شود؛ لذا در پرده‌های قابل اتّسع، عدم پارگی پرده بکارت برای تشخیص دوشیزگی مطرح نیست. در این موارد، وضع مهبل مشخص‌کننده مدخوله بودن است. [۷۴، ص ۶۳] با این حال برخی از

نویسندگان در این علایم نیز تشکیک کرده و معتقدند علی‌رغم استفاده از برخی ویژگی‌های پرده‌ی بکارت برای اثبات سوء استفاده‌ی جنسی در پزشکی قانونی، (مانند شکل و اندازه منفذ، قوام و ضخامت آن، فضای قدامی و همچنین فاصله لبه تحتانی هایمن تا وستیبول) به دلیل افزایش قابلیت اتساع هایمن (پرده) در نوجوانی، وجود پرده‌های ارتجاعی، فقدان مادرزادی پرده بکارت، وجود شکاف‌های طبیعی در هایمن، عدم توانایی در تمایز علت آسیب‌دیدگی هایمن در اثر نزدیکی یا ورود جسم خارجی و همچنین پیشرفت تکنیک‌های ترمیم پرده بکارت، قطعیت معاینه پرده بکارت در تشخیص دخول مورد تردید است. به بیان دیگر بسیاری از متخصصین بر این نظرند که نه تنها بررسی شکل ظاهری پرده بکارت، شاخص قابل قبولی برای وقوع رابطه جنسی مهملی نیست بلکه با توجه به اینکه رابطه جنسی دهانی و مقعدی در این معاینه قابل تشخیص نیست به جرأت می‌توان گفت که معاینه پرده بکارت شاخص مناسبی برای تشخیص باکرگی به معنای فقدان رابطه جنسی نیست. [۴۲، ص ۲۹]

در جمع‌بندی از مفهوم بکارت می‌توان گفت مسلم است که وطی (اعم از مشروع، نامشروع و وطی به شبهه)، زوجه را از حکم باکره خارج می‌کند؛ لذا منظور این است که دختر دارای پرده بکارت سالم باشد و آن را بر اثر دخول (اعم از مشروع، به شبهه و یا حرام) از دست نداده باشد ضمناً سایر علائم دخول در مهبل وی وجود نداشته باشد؛ زیرا در عرف، عدم همبستری زوجه با غیر، از اهمیتی فراوان برخوردار است؛ اغلب مردان دوست دارند که همسر آنها سابقه تجربه جنسی را نداشته باشد؛ لذا فرقی نمی‌کند که زوجه با همسر سابق تجربه جنسی داشته باشد، یا اینکه از طریق نامشروع (اعم از رضایت یا به عنف) مورد دستبرد غریبه‌ای قرار گرفته باشد. ذکر این نکته نیز ضروری است که عرف، بنای عقد را بر وجود صفت عفت دختر و نه بکارت او قرار می‌دهد؛ لذا اگر دختری به واسطه‌ی سانحه دچار پارگی پرده‌ی بکارت گردد، عرف این وصف را مغایر با اوصاف مورد نظر در عقد تشخیص نمی‌دهد. نظر غالب فقها نیز بر پذیرش همین دیدگاه بود.

۳. اثر فقدان بکارت از دیدگاه فقها

اگر ضمن نکاح، بکارت شرط شود یا زوجه، موصوف به بکارت شود، اما بعد از عقد روشن شود که باکره نبوده است فقها در حکم و اثر تخلف از آن، اختلاف نموده‌اند. شایان ذکر است که دو روایت صحیح [۱۰، ص ۱۶۵؛ ۱۱، ص ۳۸۷] در کتب روایی در باب «حُكْمُ مَنْ

تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهَا بَكْرٌ فَظَهَرَ تَيْبًا» وارد شده است که هر دیدگاه، برداشتی متفاوت دارد که در ادامه به آنها اشاره می‌شود.

دیدگاه اول: عدم ایجاد حق فسخ

برخی از فقها - به ویژه قدما - نظر بر عدم ایجاد حق فسخ برای مرد دارند. [۱، ص ۶۱۵؛ ۴، ص ۸۸؛ ۲۹، ص ۱۰۵؛ ۵۱، ص ۵۱۹؛ ۶۰، ص ۲۱۳؛ ۶۱، ص ۴۲۸؛ ۶۳، ص ۲۹۹؛ ۶۷، ج ۳، ص ۵۴۳؛ ۶۹، ص ۳۸۹؛ ۸۶، ص ۳۷۶] موافقان این نظریه به دو روایت ذیل استناد می‌کنند:

در نخستین روایت آمده است «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقَاسِمِ بْنِ الْفَضِيلِ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ عَلَى أَنَّهَا بَكْرٌ فَيَجِدُهَا تَيْبًا - أَيْ جَوْزٌ لَهُ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهَا قَالَ - فَقَالَ قَدْ تَفْتَقُ الْبَكْرُ مِنَ الْمَرْكَبِ وَ مِنَ النَّزْوَةِ» [۲۸، ص ۲۲۳، ح ۲۶۹۴۵؛ ۶۱، ص ۴۲۸، ح ۱۷۰۵]

راوی از امام معصوم می‌پرسد اگر شرط بکارت شود اما مشخص شود که زن تیبیه است آیا می‌توان بر علیه او اقامه دعوی کرد؟ حضرت می‌فرماید: گاه بکارت در اثر سواری بر مرکب یا جهیدن از بین می‌رود. (برخی تعبیر کرده‌اند که آیا می‌توان با او زندگی کرد؟ [۳۶، ج ۴، ص ۳۷۷] اما تعبیر فوق بهتر است).

در روایت دوم بیان شده «وَ عَنْهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جَزَكٍ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ ع أَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ جَارِيَةً بَكْرًا فَوَجَدَهَا تَيْبًا هَلْ يَجِبُ لَهَا الصَّدَاقُ وَأَفِيًا أَمْ يَنْتَقِصُ؟ قَالَ: يَنْتَقِصُ» راوی در نامه‌ای از امام هادی (علیه السلام) پرسیده است، مردی زنی باکره را به عقد خود درآورده است، سپس در می‌یابد که وی تیبیه (غیرباکره) است، آیا باید تمام مهر به او پرداخته شود یا از مهر کاسته می‌شود؟ حضرت فرمودند: کاسته می‌شود. [۲۸، ص ۲۲۳، ح ۲۶۹۴۶؛ ۶۱، ص ۴۲۸، ح ۱۷۰۶]

دلایلی که برای این دیدگاه ارائه شده عبارتند از:

۱. اصل لزوم و اصل احتیاط، مقتضی ثبات عقد نکاح است. [نک: ۸۷، ج ۳۰، ص ۳۷۶]
۲. ثبوت به تنهایی عیب به شمار نمی‌آید و گرنه از دسته‌ی عیوب موجب فسخ نکاح شمرده می‌شد. [۴، ص ۸۸؛ ۶۹، ص ۳۸۹]
۳. زوال بکارت همواره بر اثر وطی نیست، چه بسا بروز حوادثی مانند افتادن، پرش یا بیماری موجب زوال بکارت باشد. [۳۱، ص ۲۶۶]
۴. روایت دوم که در آن به کاسته شدن مهریه تصریح شده است، دلیل بر عدم ایجاد حق فسخ و لزوم تنقیص مهریه است. [۳۷، ص ۲۷۹]

هرچند که برخی از قائلین به این دیدگاه معتقدند زوج از مهریه نیز نمی‌تواند کسر کند چون ثبوت عیب نیست [۴، ص ۸۸؛ ۶۹، ص ۳۸۹] و با عقد تمام مهر ثابت شده و اصل بقای آن است. [۴، ص ۲۹۶] اما اکثریت بر تقلیل مهریه نظر دارند. در خصوص میزان تقلیل مهریه نیز نظریاتی متفاوت مطرح شده است:

الف) مقداری فی‌الجمله کسر می‌شود؛ چون شرع مقدار را تعیین نکرده است. [۶۲، ص ۴۸۶]

ب) مقدار سدس کسر می‌شود. [قطب‌الدین راوندی شرح النهایه، ج ۲، ص ۳۶۱ به نقل از ۸۷، ج ۳۰، ص ۳۷۸]

ج) نسبت مهر بکر به ثیب از مهرالمسمی کسر می‌شود. [۱، ص ۳۰۳؛ ۷، ص ۴۸۹؛ ۴۸، ص ۱۲۴؛ ۶۷، ج ۳، ص ۵۴۳] آیات عظام فاضل لنکرانی و لطف‌اله صافی و سیستانی نیز بر همین نظرند. [۷۹، ص ۱۳۷] برای مثال اگر مهرالمسمی ۱۰۰۰ تومان باشد و مهرالمثل زوجه بر فرض باکره بودن ۱۰۰ تومان و در فرض ثیب بودن ۵۰ تومان باشد، نسبت آنها نصف است بنابراین مهریه زوجه ۵۰۰ تومان می‌شود. [۲۲، ص ۵۳۲].

د) ارجاع به حاکم می‌شود. [۳۲، ص ۳۷۹]

ه) تنصیف می‌شود. [نک: ۸۷، ج ۳۰، ص ۳۷۸]

این دیدگاه (عدم حق فسخ)، نظر بیشتر فقهای متقدم است. یکی از فقهای معاصر نیز می‌گوید که قبل از محقق کرکی، برای نمونه یک نفر هم پیدا نکردم که قائل به فسخ باشد. [۴۷، ج ۲۱، ص ۶۷۲۲] محقق کرکی نیز نظر قدما را بر عدم فسخ چنین توجیه نموده است، که این نظر مخصوص حالتی است که اعتقاد و یا گمان به بکارت باشد، اما قدما صورتی را که شرط بکارت شده باشد، در نظر نگرفته‌اند و نگفته‌اند که در این صورت حق فسخ برای زوج نیست. در پاسخ باید بیان داشت که این توجیه مورد قبول نیست؛ چون عبارت فقها هر دو صورت را در برمی‌گیرد [۴۷، ج ۲۱، ص ۶۷۱۰]؛ زیرا تعبیر «علی آنها»^۱ در عبارت قدما هم صورتی را که بکارت شرط شده باشد، شامل می‌شود و هم جایی که عقد مبنی بر آن واقع شده باشد. [۴۷، ج ۲۱، ص ۶۷۱۱]

۱. عبارت قدما چنین است: «اذا تزوج امراه علی آنها بکراً فوجدها ثیباً لم یکن ردّها» هرچند که برخی از آنها از واژه‌ی شرط نیز استفاده نموده‌اند مانند علامه در تحریر الاحکام که بیان داشته: «لو تزوج و شرط البکاره، فخرجت ثیباً لم یکن له الفسخ...» [۶۷، ج ۲، ص ۳۱]

دیدگاه دوم: حق فسخ

برخی دیگر از فقها [۱۷، ص ۴۰۸؛ ۵۹؛ ۴۸۳؛ ۶۴، ص ۴۰۰-۳۹۹؛ ۶۸، ص ۴۶۵؛ ۸۴، ص ۱۳۶-۱۳۷؛ ۸۷، ج ۳۰، ص ۳۷۶] معتقدند بر این اساس که هرگاه در نکاح مشخص شود یک طرف فاقد وصف مشروط است، طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت. فقدان بکارت نیز از اسباب فسخ محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد بعد از مرحوم علامه، مشهور و اکثریت قائل به ایجاد حق فسخ هستند. [۴۷، ج ۲۱، ص ۶۷۲۳]

اهم استدلال این گروه به شرح زیر است:

۱. ادله لزوم شرط و وجوب وفای به آن. [۱۴، ص ۳۳۵؛ ۵۹، ص ۴۸۳]

۲. تراضی به عقد بر مبنای وصف بوده است و با فقدان وصف، تراضی لطمه می‌بیند.

[۴۴، ج ۲۵، ص ۱۴۰]

۳. مفهوم مخالف حدیث اول، این است که اگر احتمال زوال بکارت به عللی چون پرش و سوار شدن بر مرکب نباشد و قطع حاصل شود که بکارت قبل از عقد از بین رفته بوده است خیار ثابت است.

۴. حدیث دوم نیز دلالت بر ارش دارد؛ زیرا همان‌گونه که در باب بیع ارش مربوط به جایی است که یکی از طرفین خیار دارد، در باب نکاح نیز همین‌گونه است و در کنار ارش خیار فسخ نیز وجود دارد و دلیل صدور حکم کاسته شدن مهریه توسط معصوم (ع) همین نوع خیار بوده است. [نک: ۲۹، ص ۱۰۳]

بر استدلال چهارم نیز این انتقاد وارد شده است که لزوم بیع، «حقی» است، در حالی که لزوم نکاح «حکمی» است؛^۱ لذا این استدلال، قیاس مع الفارق است. [۲۹، ص ۱۰۳] از طرفی پیوستگی ارش به حق فسخ در خیار عیب حکم خاص بیع است و قابل تعمیم به سایر عقود نیست.

اکنون که استدلال قائلین به حق فسخ بیان شد، باید افزود که این حق مشروط به این است که اولاً شرط بکارت شده باشد؛ ثانیاً از طریق اقرار زوجه یا بیّنه یا قرائن، معلوم شود که بکارت قبل از عقد نکاح زائل شده باشد؛ وگرنه آنان نیز قائل به عدم حق فسخ هستند. [۲۲، ص ۵۳۰]

۱. لزوم حقی بیع به این معناست که لزوم، پایداری و قابل فسخ نبودن در بیع یک حکم تکمیلی است نه امری و دو طرف می‌توانند با خیار، عقد لازم را به تعبیری جایز کنند و به هم زند اما لزوم نکاح، حکمی و امری است نه حق و تکمیلی؛ لذا نمی‌توان در نکاح، پیش‌بینی خیار کرد.

پیروان این دیدگاه گفته‌اند که اگر فسخ بعد از نزدیکی باشد، تمام مهریه مستقر می‌شود و چنانچه تدلیس شده باشد، زوج حق رجوع به مدّلس را دارد. اگر زوجه مدلس باشد، اقل مهر یا مهرالمثل یا چیزی به او تعلق می‌گیرد. [۱۷، ص ۴۰۸؛ ۵۹، ص ۴۸۳؛ ۶۴، ص ۴۰۰؛ ۶۸، ص ۴۶۵؛ ۸۷، ج ۳۰، ص ۳۷۶] البته عده‌ای از قائلین فسخ نیز معتقدند که اگر زوج فسخ نکند، می‌تواند از مهریه کسر نماید. [۳۴، ص ۲۹۶؛ ۵۹، ص ۴۸۳؛ ۸۷، ص ۳۷۷] که این نظر به مشهور نسبت داده شده است. [۸۷، ص ۳۷۷]

دیدگاه سوم: تفصیل

این گروه معتقدند در سه فرضی که: در ضمن عقد نکاح، شرط یا وصف بکارت ذکر شده باشد و یا در مذاکرات پیش از عقد در مورد آن صحبت شده و عقد مبنی بر آن منعقد شده باشد؛ در صورت تخلف، خیار وجود دارد و در غیر این صورت - مانند زمانی که زوج به گمان و یا اعتقاد به بکارت عقد کرده - خیار ندارد [۱۱، ص ۳۸۷؛ ۲۲، ص ۵۳۰؛ ۴۴، ج ۲۵، ص ۱۴۰؛ نک: ۳۵، ص ۱۶۱؛ ۸۶، ص ۴۶۰] ولی از مهر او به نسبت مهر باکره به ثیب کسر می‌شود [۲۹، ص ۲۶۰؛ ۳۵، ص ۳۰۲؛ ۴۴، ج ۲۵، ص ۱۴۱؛ نظر آیات عظام سیستانی، اراکی، خویی، صافی در ۳۵، ص ۴۹۳؛ مساله ۲۴۴۴]؛ زیرا مجرد بنای قلبی و انگیزه‌های درونی اثری در عقد ندارد. [نک: ۳۵، ص ۱۶۱؛ ۴۴، ج ۲۵، ص ۱۴۰] بسیاری از فقهای معاصر نیز بر این نظرند که اگر بکارت دختر در خواستگاری و در ضمن عقد به سکوت گذاشته شود و سپس معلوم شود که زوجه باکره نیست، در چنین حالتی زوج تنها می‌تواند مقداری از مهر را کاهش دهد. آن‌ها این حالت را ملحق به شرط ندانسته‌اند. [۱۳، ص ۲۰۶؛ ۲۱، ص ۳۵۱؛ ۳۰، ص ۳۲۰؛ ۳۷، ص ۲۷۹؛ ۳۹، ص ۱۱۰؛ ۴۴، ج ۲۵، ص ۵۵؛ ۱۴۰، ص ۵۷؛ ۴۰، ص ۲۹۴؛ ۷۰، ص ۵۵؛ ۸۶، ص ۴۵۹؛ ۸۷، ج ۳۰، ص ۳۷۶؛ ۹۱، ص ۳۱۶]

البته برخی بر این نظرند که معمولاً در محیط‌های ما، شرط بکارت به عنوان یک شرط ضمنی و از پیش توافق شده است. [۸۱، ص ۲۰۸؛ ۸۲، ص ۱۵۳] گرچه در متن عقد و یا قبل از آن ذکر نشود که در اینجا هم خیار تخلف شرط وجود دارد؛ [۸۳، ص ۱۲۳]؛ زیرا بکارت در عرف عام به صورت ضمنی بر دختران شرط است. [نظر آیه الله فاضل لنکرانی در ۳۵، ص ۴۹۳؛ ۴۳، ص ۱۶۲] اکثر حقوقدانان نیز اشاره نموده‌اند که بکارت از لوازم عرفی عقد نکاح محسوب می‌شود؛ زیرا در ازدواج با دختر، شرط باکره بودن مستتر است و موردی برای تصریح وجود ندارد. ممکن است طرفین در هنگام عقد مأخوذ به حیا شوند و نتوانند چنین شرطی را به

صراحت در ضمن عقد بیاورند. شرط کردن دوشیزه بودن دختر از نظر اخلاقی چندان پسندیده نیست چون نوعی بی‌اعتمادی و بدگمانی را به خانواده دختر نشان می‌دهد. [۱۵، ۴۷۲؛ ۴۰، ۱۵۷؛ ۷۳، ۲۹۱؛ ۹۰، ۱۴۱]

۴. تأثیر سکوت در خصوص فقدان بکارت بر عقد نکاح

در این جا دو موضوع سکوت زوج در شرط نمودن این صفت و همچنین سکوت زوجه در اعلام فقدان بکارت بررسی می‌شود. در حالتی که زوج در زمان عقد نکاح و یا قبل از آن در خواستگاری در خصوص بکارت سکوت کند، اگر بعد از عقد مشخص شود که زوجه ثیبه است، آیا تخلف از شرط بنایی و یا تدلیس محسوب شده و زوج صاحب حق فسخ است یا اینکه این امر تنها بر مهریه اثرگذار است؟

از دیدگاه اغلب فقها (دیدگاه سوم) همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد در این حالت، زوج دارای حق فسخ نیست، بلکه تنها می‌تواند از مهرالمسمی به نسبت کسر کند، ضمن آنکه در این حالت تدلیس نیز محقق نشده است.

از منظر حقوقی، ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی به صراحت بر اعتبار شرط بنایی تاکید نموده است. از دیدگاه حقوقدانان، شرط بنایی را به دو مفهوم می‌توان به کار گرفت: در معنی خاص، تعهدی تبعی است که پیش از انشای قرارداد مورد گفتگو قرار گرفته ولی در هنگام انشای عقد به آن تصریح نمی‌شود، اما عقد مبتنی بر آن منعقد می‌شود [۲۰، ۱۷۵؛ ۲۵، ۲۰۰؛ ۴۵، ۳۹؛ ۴۹، ۳۴۱؛ ۵۰، ۴۰؛ ۵۴، ۲۵۰؛ ۷۱، ۴۳؛ ۷۲، ۳؛ ۴۳؛ ۷۵، ۳۷؛ ۷۷، ۱۶۵] در معنی عام، علاوه بر پوشش دادن معنی خاص، شامل شروطی است که هیچ سخنی راجع به آنها میان دوطرف تبادل نشده و هر طرف با آگاهی از ضمیر دیگری قرارداد را منعقد می‌نماید. [۳۹، ۴۵] گفته‌اند که با لحاظ انس جامعه و از قرائن و اوضاع و احوال، وجود این شرط معهود در عرف و مورد شناسایی است به گونه‌ای که اگر عقد به‌طور مطلق هم انشاء شود، وجود این شرط ضمنی در ذهن عرف انعکاس می‌یابد. [۵۰، ۴۴ و ۴۱؛ ۵۴، ۲۵۰؛ ۷۷، ۲۷۷؛ ۷۵، ۳۷] شرط بنایی یکی از ملاحظات شگرف فقهی است که در ادبیات فقهی از آن به «شرط ارتکازی» نیز یاد کرده‌اند. [نک: ۷۷، ۲۸۳]

بسیاری اوقات، بکارت در تشریفات عقد با توصیف زوجه به «دوشیزه» اشتراط می‌شود و گاه در گفتگوهای مقدماتی، به صراحت از آن سخن به میان می‌آید؛ که در

این حالت شرط بنایی مسلم است. اما اغلب حتی در گفتگوهای مقدماتی نیز از آن سخنی به میان نمی‌رود؛ زیرا ظاهر آن است که چنین شرطی وجود دارد و چندان مودبانه نیست که چنین گفتگویی به صراحت به میان آید. با این حال در این صورت نیز با نظر به عرف کنونی ایران اعتقاد حقوقدانان آن است که این‌جا نیز شرط ضمنی بنایی وجود دارد. [۱۵، ص ۴۷۲؛ ۴۰، ص ۱۵۷؛ ۷۳، ص ۲۹۱] لذا گفته‌اند که براساس ماده

۱۱۲۸ ق.م. به‌طور ضمنی این شرط وجود دارد که دختر باکره است. [۹۰، ص ۱۴۱]

شعبه ۸ دیوان عالی کشور نیز طی رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۲۲۶ به تاریخ ۹۳/۱۲/۶ همین نظر را ابراز کرده است: «چون در ازدواج اول، بین هر پسر و دختری حسب عرف مسلم و متداول در جامعه ایران باکره بودن دختر به عنوان وصف کمال، مقصود پسر بوده و به عنوان یک شرط مبنائی نانوشته محسوب می‌شود که عقد نکاح مبنیاً بر آن واقع می‌شود ... و در صورتی که معلوم شود، زوجه به هنگام ازدواج با فرجام‌خواه دوشیزه نبوده و فاقد صفت کمال بوده است، این امر می‌تواند از مصادیق تدلیس در ازدواج فی‌مابین محسوب گردد ...» [نک: سایت پژوهشگاه قوه قضاییه، بانک داده آراء به نشانی ۹۶]

بررسی دیدگاه حقوقدانانی که به این بحث اشاره نموده‌اند، نشان می‌دهد که از نظر آنان، بکارت از لوازم عرفی عقد نکاح محسوب می‌شود. در ازدواج با دختر، شرط باکره بودن مستتر است و موردی برای تصریح وجود ندارد؛ لذا هرگاه پس از عقد کشف شود که زن فاقد صفت بکارت است مرد می‌تواند نکاح را فسخ نماید.

لیکن در مجموع به‌نظر می‌رسد نظر فقها ارجحیت دارد؛ زیرا اولاً؛ در عقد نکاح، لزوم حفظ کانون خانواده در اولویت است و باید تا آنجا که امکان‌پذیر است از انحلال آن پرهیز نمود. ثانیاً؛ صرف دادن حق فسخ نمی‌تواند بهترین ضمانت اجرا برای زوج باشد به این دلیل که چنانچه وی تمایل به انحلال داشته باشد می‌تواند از حق طلاق استفاده کند، لیکن موضوع مهم برای وی پرداخت کل مهریه در فرض وقوع نزدیکی است که اگر قائل به تقلیل مهریه شویم، این مشکل نیز تا حدی رفع می‌شود. ثالثاً؛ اگر بپذیریم که تخلف شرط که به نوعی تدلیس نیز محسوب می‌شود، رخ داده است، وفق ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی^۱ ضمانت اجرای کیفری را نیز برای زوجه در برخواهد داشت؛ حال

۱. ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «چنانچه هر یک از زوجین قبل از عقد ازدواج طرف خود را به امور واهی از قبیل داشتن تحصیلات عالی، تمکن مالی، موقعیت اجتماعی، شغل و سمت خاص، تجرد و امثال آن فریب دهد و عقد بر مبنای هر یک از آنها واقع شود مرتکب به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد.»

آنکه در مباحث کیفری، سکوت به‌عنوان فعل منفی (عنصرمادی جرم) نمی‌تواند جایگاهی محکم داشته باشد. از سویی دیگر نیز باید توجه داشت که روند تحولات اجتماعی به سویی است که در برخی از جوامع شهری دیگر ارتکاز محکمی نسبت به دوشیزگی بانوان وجود ندارد.

سوال بعد در خصوص سکوت زوجه است، که آیا سکوت وی با علم به فقدان بکارت تدلیس محسوب می‌شود؟ به اعتقاد برخی فقها، اگر بکارت در عقد شرط شود، یا زوجه به آن توصیف شود، یا قبل از عقد به آن توصیف شود و زوجه سکوت کند، تدلیس محقق است. لیکن اگر امور ثلاثه مذکور نباشد؛ مثلاً زوج به اعتقاد بکارت تزویج کرده و زوجه سکوت نموده، مجرد سکوت زوجه تدلیس محسوب نمی‌شود و زوج حق فسخ ندارد، لیکن می‌تواند از مهریه به نسبت مابه‌التفاوت مهر باکره و ثیب از مهرالمسمی کسر نماید. [۲۹، ص ۲۶۰؛ ۴۴، ج ۲۵، ص ۱۳۵-۱۳۶ و ۱۴۱]

در رأی صادره از شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۴۰ مورخ ۹۲/۸/۲۹ نیز چنین استدلال شده است که: «... اگر چه این امر تدلیس محسوب می‌گردد و لیکن تدلیسی که موجب خیار فسخ نکاح باشد، نیست؛ مگر اینکه صفت باکره بودن به یکی از انحاء ثلاثه باشد؛ یعنی صفت مذکور در ضمن عقد نکاح صریحاً شرط شود و یا توصیف گردد و یا اینکه در گفتگوهایی مقدماتی مطرح و بر آن توافق نمایند، سپس عقد نکاح مبنیاً بر آن توافق قبلی اجرا و واقع شود. در حالی که وجود این صفت در عقد نکاح شرط یا توصیف نشده است و در گفتگوهای مقدماتی قبل از عقد نیز مطرح نشده تا عقد بر مبنای آن جاری شود و در نتیجه مورد با ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی که مورد استناد قرار گرفته است انطباق ندارد...» [نک: سایت پژوهشگاه قوه قضاییه، بانک داده آراء، ۹۶]

۵. اثر فقدان بکارت از دیدگاه حقوقدانان

برخی از حقوقدانان در خصوص شرط بکارت و ضمانت اجرای آن، بر این نظرند که تخلف از این شرط سبب پیدایش حق فسخ برای زوج نمی‌شود و او صرفاً می‌تواند به جای مهرالمسمی، مهرالمثل پرداخت نماید. [۴۶، ص ۲۵۱] نویسنده‌ای دیگر معتقد است که اگر شرط بکارت شود و خلاف آن رخ دهد، زوج دو راه دارد: یا می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند یا اینکه نکاح را فسخ نکند لکن مهرالمسمی را فسخ کند و در این

صورت به شرط وقوع دخول، به نسبت تفاوت مهر ثیب و بکر از مهرالمسمی، مهریه بدهد. [۲۴، ص ۲۱۹] اما اکثریت، نظر بر حق فسخ نکاح دارند [۲۷، ص ۳۸۲؛ ۵۲، ص ۱۵۵؛ ۵۴، ص ۲۳۴، ش ۱۸۸؛ ۷۳، ص ۲۸۷؛ ۷۸، ص ۵۸؛ ۸۵، ص ۱۵۶] بدون اینکه آنها - به جزء دکتر صفایی - اشاره‌ای به تقلیل مهریه داشته باشند.

برخی از قائلین این گروه مبنای خود را برای ایجاد حق فسخ، تخلف از وصف عنوان نموده‌اند [۷۸، ص ۵۸؛ ۸۵، ص ۱۵۶] و تعدادی دیگر به خیار تدلیس اشاره دارند. [۵۲، ص ۱۵۵؛ ۵۴، ص ۲۴۶، ش ۱۸۸؛ ۷۳، ص ۲۸۷] هم‌چنین گفته‌اند، سکوت طرفین در مورد باکره بودن زن، به معنای تایید اقتضای مزبور تلقی می‌شود؛ بنابراین چنانچه زن عنوان نکند که باکره نیست از مصادیق تدلیس است. [۵۲، ص ۱۵۵]

هرچند قانون مدنی، ماده‌ای را به خیار تدلیس در نکاح اختصاص نداده است، اما نویسندگان حقوق، از قسمت اخیر ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی که تخلف از اوصافی را که «عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد» موجب حق فسخ ذکر می‌کند، خیار تدلیس را استنباط نموده‌اند. [۱۵، صص ۴۷۰-۴۷۱؛ ۴۰، ص ۱۵۷؛ ۴۶، ص ۳۴۴؛ ش ۷۴۳؛ ۷۳، ص ۲۵۸؛ ۹۲، ص ۱۵۶]

به‌طور کلی فقهای امامیه «تدلیس» و «تخلف از شرط صفت» را به هم آمیخته‌اند. چنانچه در ذیل بحث مربوط به تدلیس، فروعی فقهی را ذکر نموده‌اند که مشعر به تخلف از شرط صفت است. [نک: ۶۷، ج ۲، ص ۳۰] دلیل این امر آن است که خیار تدلیس مبنایی جدای از تخلف وصف ندارد [نک: ۷۳، ص ۲۸۳] و یکی از متفرعات خیار تخلف وصف است. البته برخی متذکر شده‌اند که حوزه تدلیس از شرط صفت جداست؛ زیرا تحقق تدلیس نیازمند دو رکن مادی و معنوی است. تدلیس به مفهوم نیرنگ و عملیاتی است که موجب فریب طرف می‌شود؛ [۷۲، ج ۵، ص ۳۲۵] لذا بر خلاف تخلف وصف، تدلیس نیازمند عنصر معنوی است. این تفاوت در مسئولیت کیفری موثر است؛ زیرا سوء نیت امری است که در تحقق جرم «فریب در ازدواج» (ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی) تاثیر دارد. با این همه در حقوق خصوصی مبنای تدلیس، چیزی جز تخلف شرط نیست.

یکی از مصادیق بارز تدلیس، هایمنوپلاستی یا بازسازی پرده بکارت با عمل جراحی است و فرآیندی است که طی آن، بقایای پرده بکارت که بر اثر آمیزش یا هر دلیلی دیگر آسیب دیده است به هم دوخته می‌شود. [۸۹، ص ۲۰۲] عوامل از بین رفتن پرده بکارت شامل داشتن آمیزش جنسی، ورزشهای سنگین یا خشن، وقوع حوادثی که منجر به

آسیب‌دیدگی ناحیه تناسلی از جمله غشا و فرآیندهای غشایی شود؛ مثل سقوط از بلندی، تصادف و برخورد با برخی اشیای سخت و عفونت واژن است. [همان، ص ۲۰۳] عده‌ای از فقها نیز این عمل را جایز نمی‌دانند. [نک: ۱۹، صص ۱۴۰-۱۴۱] لذا ترمیم پرده بکارتی که با دخول (اعم از مشروع و غیرمشروع) زائل شده، از مصادیق فعل مثبت و رکن مادی تدلیس و جرم فریب در ازدواج است.

۶. اثر فقدان بکارت بر مهریه

چنانچه به دلیل فقدان بکارت، با شرط بکارت، نکاح قبل از دخول فسخ شود، مهر به اجماع و به دلیل روایات وارد شده ساقط است. [۴۳، ج ۸، ص ۱۴۸؛ ۴۴، ج ۲۵، ص ۱۴۱؛ ۶۵، ج ۸، ص ۱۴۸] اما اگر نزدیکی رخ داده باشد و اقدام به فسخ نشود - اعم از اینکه زوج تمایل به فسخ نکاح نداشته باشد و یا حق فسخ وجود داشته، ولی فوریت آن از بین رفته باشد یا اینکه اساساً طبق نظر برخی از فقها در چنین حالتی حق فسخ وجود نداشته باشد، یا حتی در فرضی که تخلف از شرط یا تدلیس رخ داده باشد (بر فرض یکسان بودن این دو عنوان) زوج می‌تواند از باب غرامات به مدلس مراجعه نماید.

هرچند در کتب حقوقی، بحث تقلیل مهریه، مورد استقبال حقوقدانان - به جز سه تن - [۲۴، ص ۲۱۹؛ ۴۶، ص ۲۵۱؛ ۵۴، ص ۲۳۴] از آنها - قرار نگرفته است، اما نباید از آن غفلت کرد؛ زیرا چه بسا در مواردی زوج تمایل به فسخ نکاح نداشته باشد، لیکن نیاز به حمایت قانونی در زمان پرداخت مهریه داشته باشد؛ پس نباید ضمانت اجرای فقدان بکارت را منحصر به فسخ نکاح دانست. در این موضوع مراجعه به فقه راهگشا است. از میان نظریاتی که در قسمت دیدگاه اول فقها در خصوص فقدان بکارت و میزان مهریه مطرح شد، نظریات تنصیف، سدس و کسر مقداری از مهریه، وجاهتی نداشت و بهترین نظر همان نظر مشهور است که بر اساس آن، از مهرالمسمی به نسبت تفاوت میان مهرالمثل دوشیزه و ثیبه کاسته شود؛ زیرا این مورد را می‌توان از ملاک عقلایی موجود در ادله خیار عیب و نحوه محاسبه ارش دریافت.

در فرض تدلیس، زوج می‌تواند مهرالمسمی را به زوجه بپردازد و تفاوت را از مدلس دریافت نماید. در فرضی که مدلس خود زوجه باشد زوج ملزم به پرداخت کل مهرالمسمی نیست و حق تقلیل را به روش فوق دارد. البته یکی از فقها معتقد است در این حالت به زوجه کمترین چیزی را که صدق عنوان مهریه‌ی امثال آن زن دارد تعلق می‌گیرد. [۶۴، ص ۴۰۰] این نظر نیز وجهی ندارد.

هم‌چنین روشن است که رجوع به مهرالمثل که یکی از حقوقدانان [نک: ۴۶، ص ۲۵۱] بیان کرده‌اند، توجیهی ندارد؛ زیرا مهرالمثل مربوط به مواردی است که مهریه یا نکاح باطل باشد.

۷. نتیجه

۱. در جامعه کنونی ایران در نظر اکثر مردان رابطه مستقیم بین بکارت و پاکدامنی وجود دارد. منظور از بکارت این است که دختر دارای پرده بکارت سالم باشد و آن را بر اثر دخول (اعم از مشروع، به شبهه و یا حرام) از دست نداده باشد و در ضمن سایر علائم دخول در مهبل وی وجود نداشته باشد؛ لذا چنانچه بکارت از طریق پرش، سقوط، فعالیت‌های ورزشی، بیماری یا بطور مادرزادی زائل شده باشد چون عفت زن خدشه دار نشده است اثری در عقد نکاح ندارد، هرچند وجود بکارت شرط شده باشد. زیرا فقدان شرط از این مورد انصراف دارد.

۲. چنانچه بکارت در ضمن عقد شرط شود یا زوجه به این وصف توصیف شود - همان‌گونه که هنگام خطبه نکاح از زوجه به «دوشیزه» یاد می‌شود- یا اگر در گفتگوهای قبل از نکاح از آن سخن گفته شده باشد، بی‌گمان فقدان این وصف به استناد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، موجب پیدایش خیار تخلف از وصف (و تدلیس) برای زوج می‌شود. در این موارد افزون بر حق فسخ، از باب قاعده غرور، رجوع به مدّلس نیز برای زوج جهت مطالبه مهریه پرداختی در فرض نزدیکی و سایر خسارات وارده بوجود می‌آید. چنانچه خود زوجه مدّلس باشد، در فرض فسخ نکاح توسط زوج، چیزی به عنوان مهرالمتعه به او تعلق می‌گیرد ولی اگر وی ادامه زندگی زناشویی را انتخاب کند، از مهرالمسمی به نسبت تفاوت مهر باکره و ثبیه کاسته می‌شود.

۳. اگر در ضمن عقد یا قبل از آن، گفتگویی در خصوص وجود این صفت به میان نیامده باشد - که غالباً عرف جامعه از نظر اخلاقی، گفتگو در این مورد را پسندیده نمی‌داند- و مسئله به سکوت گذاشته شود و سپس ثبیه بودن زوجه محرز شود، طبق نظر اکثر حقوقدانان با توجه به عرف رایج و اوضاع و احوال و همچنین عبارت «عقد متبانیاً بر آن واقع می‌شود» مصرح در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی شرط بنایی محسوب و زوج حق فسخ دارد؛ لیکن براساس نظر بسیاری از فقها در چنین حالتی زوج حق فسخ ندارد و صرفاً مهریه تقلیل می‌یابد که به نظر می‌رسد این نظر فقهی، بیشتر با مبانی حفظ لزوم خانواده سازگاری دارد.

۴. در مواردی که حق فسخ وجود دارد، در فرض عدم اعمال فسخ و اختیار ادامه زندگی توسط زوج، باید تقلیل مهریه را در کنار آن مورد توجه قرار داد، این نظری است که مشهور فقها بر آن تصریح دارند؛ لذا افزودن تبصره‌ای بر ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی برای خروج از انحصار ضمانت اجرای شرط فقدان بکارت به فسخ، بدین صورت پیشنهاد می‌شود «تبصره: در خصوص شرط بکارت در صورت عدم اختیار فسخ نکاح و بقای زندگی، از مهرالمسمی به نسبت تفاوت مهر باکره و ثیبه کاسته می‌شود.»

منابع

- [۱]. ابن‌ادریس حلی، محمد (۱۴۱۰ق). سرائر، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۲]. ابن‌منظور، ابو‌الفضل، جمال‌الدین، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق). لسان‌العرب، ج ۴، چاپ سوم، بیروت، دار‌الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.
- [۳]. ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغة، ج ۱، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- [۴]. ابی‌الصلاح حلبی، تقی‌الدین (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه، ج ۱۸، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین (ع).
- [۵]. احسان‌پور، رضا؛ مدیحه هاشم‌پور (۱۳۹۲). «مفهوم فقهی بکارت»، فصلنامه پزشکی قانونی، سال پنجم، شماره ۱۷، صص ۱۰۹-۱۳۲.
- [۶]. احسائی، (ابن ابی‌جمهور)، محمد بن علی (۱۴۰۵ق). عوالی اللئالی العزیزیه، ج ۱، قم، دار سیدالشهدا للنشر.
- [۷]. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۹ق). کتاب النکاح، چاپ اول، قم: نورنگار.
- [۸]. اشتهااردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروه (للإشتهاردی)، ج ۳، چاپ اول، تهران، دار‌الأسوه للطباعة و النشر.
- [۹]. اشعث‌کوفی، محمد بن محمد (بی‌تا). الجعفریات - الأشعثیات، تهران، مکتبه نینوی الحدیثه.
- [۱۰]. اصفهانی (مجلسی دوم)، محمدباقر بن محمد تقی، (۱۴۰۴ق)، مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۲۰، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۱۱]. _____ (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۲، قم، انتشارات کتابخانه آیه اله مرعشی نجفی.
- [۱۲]. _____ (۱۴۱۰ق). بحارالانوار، ج ۱۰۰، بیروت، مؤسسه الطبع و النشر.
- [۱۳]. اصفهانی، ابوالحسن (۱۳۹۳ق). وسیله النجاه، ج ۳، قم، چاپخانه مهر، قم.
- [۱۴]. اصفهانی، محمدتقی (مجلسی اول) (۱۴۰۶ق). روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، ج ۸، چاپ دوم، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
- [۱۵]. امامی، سید حسن (۱۳۷۵). حقوق مدنی، ج ۴، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
- [۱۶]. انصاری شیرازی، قدرت‌الله (۱۴۲۹ق). موسوعه الاحکام الاطفال و ادلتها، ج ۱، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

- [۱۷]. بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۵ق). *حدائق الناصره*، ج ۲۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۱۸]. بحرانی، محمد (۱۴۲۹ق). *سند العروه الوثقی - کتاب النکاح*، ج ۲، چاپ اول، قم، مکتبه فدک.
- [۱۹]. بسامی، مسعود (۱۳۸۹). «هایمنوپلاستی؛ ضمان بیمار و پزشک معالج»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال چهارم، شماره پانزدهم، صص ۱۲۹-۱۶۰.
- [۲۰]. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۱). *کلیات عقود و قراردادها*، حقوق مدنی، ج ۳، تهران، نشر میزان.
- [۲۱]. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۶ ه ق). *منهاج الصالحین*، ج ۲، مجمع الإمام المهدی (عج)، قم.
- [۲۲]. ترحینی عاملی، سیدمحمدحسین (۱۴۲۷ ه ق). *زبد الفقهیة فی شرح الروضه البهیة*، ج ۶، چاپ چهارم، تهران، دارالفقه للطباعة و النشر.
- [۲۳]. تمیمی مغربی، ابو حنیفه، نعمان بن محمد (۱۳۸۵ق). *دعائم الإسلام*، ج ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۲۴]. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۸). *حقوق خانواده*، تهران، گنج دانش.
- [۲۵]. _____ (۱۳۶۹). *دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات*، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- [۲۶]. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق-۱۹۸۷م). *الصحاح تاج اللغه وصحاح العربیة*، ج ۲، چاپ چهارم، بیروت، دارالعلم للملایین.
- [۲۷]. حبیبی تبار، جواد (۱۳۸۰). *گام به گام با حقوق خانواده*، نشر خرم، تهران.
- [۲۸]. حر عاملی، محمد (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*، ج ۲۱، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۲۹]. حسینی روحانی قمی، سید صادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق علیه السلام*، ج ۲۲، چاپ اول، قم، دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
- [۳۰]. حسینی روحانی قمی، سید محمد (۱۴۱۷ق). *المسائل المنتخبه*، کویت، شرکه مکتبه الألفین.
- [۳۱]. حلّی، جمال‌الدین احمد (ابن فهد) (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۳۲]. حلّی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، قم.
- [۳۳]. حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ق). *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، ج ۱، چاپ اول، بیروت.
- [۳۴]. خمینی، امام روح‌اله الموسوی (بی تا). *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم، مؤسسه دارالعلم.
- [۳۵]. _____ (۱۴۲۴ق). *توضیح المسائل (محشّی - امام خمینی)*، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۳۶]. خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، ج ۴، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۳۷]. خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*، ج ۲، قم، النشرالمدینه.
- [۳۸]. _____ (۱۴۱۸ق). *موسوعه الإمام الخوئی*، ج ۳۳، چاپ اول، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).
- [۳۹]. خوبی، سید ابوالقاسم - تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۷ق). *فقه الأعدار الشرعیة و المسائل الطبیة من صراط النجاه (المحشّی)*، چاپ اول، قم، دار الصدیقه الشهیده (س).
- [۴۰]. دیانی، عبدالرسول (۱۳۷۹). *حقوق مدنی خانواده*، تهران، امید دانش.

- [۴۱]. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ ق). مفردات ألفاظ القرآن، چاپ اول، لبنان-دمشق: دارالعلم-الدار الشامیه.
- [۴۲]. رباط جزى، مهرى؛ سیمبر، معصومه؛ ناهیدی، فاطمه؛ قره داغی، جابر؛ ودادهیر، ابوعلی؛ امام هادی، محمدعلی؛ جعفری، آسیه (۱۳۹۶). «بررسی مفهوم باکرگی و آسیب شناسی آن»، مجله علمی پزشکی قانونی، سال بیست و سوم، شماره اول، صص ۲۵-۳۶.
- [۴۳]. سبحانی، جعفر (۱۴۱۷ ق). نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ج ۲، قم، مؤسسه الامام الصادق.
- [۴۴]. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق). مهذب الاحکام، ج ۲۴ و ۲۵ چاپ چهارم، قم، دفتر آیت اله سبزواری.
- [۴۵]. سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۰). شرط ضمنی، پژوهشی تطبیقی در فقه، قانون مدنی ایران و قانون خارجی، قم، بوستان کتاب.
- [۴۶]. شایگان، علی (۱۳۷۵). حقوق مدنی، تهران، انتشارات طه.
- [۴۷]. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ ق). کتاب نکاح، ج ۱۱ و ۲۱، چاپ اول، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- [۴۸]. شوشتری، محمد تقی (۱۴۱۶ ق). النجعه فی شرح اللمعه، ج ۹، چاپ اول، تهران، کتابفروشی صدوق.
- [۴۹]. شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). اصول قراردادهای و تعهدات، ج ۲، تهران، عصر حقوق.
- [۵۰]. _____ (۱۳۸۶). شروط ضمن عقد، ج ۴، تهران، انتشارات مجد.
- [۵۱]. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳ ق). المقنعه، چاپ اول، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره).
- [۵۲]. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵). حقوق خانواده: ازدواج، طلاق، فرزندان، تهران، سمت.
- [۵۳]. صاحب بن عباد، کافی الکفاه، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ ق). المحيط فی اللغه، ج ۶، چاپ اول، بیروت، عالم الکتاب.
- [۵۴]. صفایی، حسین (۱۳۹۳). حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- [۵۵]. طباطبایی حکیم، سید محمد سعید (۱۴۱۵ ق). منهاج الصالحین، بیروت، دارالصفوه.
- [۵۶]. طباطبایی، سید محمد حسین (۱۴۱۷ ق). تفسیر المیزان، ج ۱۹، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۵۷]. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ ق). منهاج الصالحین، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.
- [۵۸]. _____ (۱۴۱۶ ق). مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه دار التفسیر.
- [۵۹]. طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، ج ۱۱، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۶۰]. طرابلسی، قاضی ابن براج، عبد العزیز (۱۴۰۶ ق). المهذب، ج ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۶۱]. طوسی، محمد (۱۴۰۷ ق). تهذیب الاحکام، ج ۷، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامیه.
- [۶۲]. _____ (۱۴۰۰ ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، المتن، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب العربی.
- [۶۳]. طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ ق). الوسيله إلى نیل الفضیله، قم، انتشارات کتابخانه آیت اله مرعشی نجفی.
- [۶۴]. عاملی (شهید ثانی) زین الدین جبعی (۱۴۱۰ ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۵، قم: کتابفروشی داوری.
- [۶۵]. _____ (۱۴۱۳ ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۷ و ۸، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.

- [۶۶]. عاملی، محمد بن علی موسوی (۱۴۱۱ ق). *نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام*، ج ۱، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۶۷]. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق). *تحریر الاحکام*، ج ۲ و ۳، قم، موسسه امام صادق (ع).
- [۶۸]. عمیدی، سید عمید الدین (۱۴۱۶ ق). *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۶۹]. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ق). *کشف اللثام*، ج ۷، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۷۰]. فیاض کابلی، محمد اسحاق (بی تا). *منهاج الصالحین*، بی تا.
- [۷۱]. فنوتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سیدحسن؛ عبدی پور، ابراهیم (۱۳۷۹). *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، ج ۱، تهران، سمت.
- [۷۲]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸). *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۳ و ۵، تهران، انتشارات بهنشر.
- [۷۳]. _____ (۱۳۶۸). *حقوق خانواده*، ج ۱، تهران، انتشارات بهنشر.
- [۷۴]. گودرزی، فرامرز، «طرز تشخیص دخول جنسی «باکره بودن با نبودن» در پرده‌های بکارت ازاله ناپذیر» (۱۳۷۸). *مجله علمی پزشکی قانونی*، ش ۱۸، صص ۶۱-۶۵.
- [۷۵]. لطفی، اسداله، (۱۳۸۹). *حقوق خانواده*، ج ۲، تهران، انتشارات خرسندی.
- [۷۶]. محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، ج ۱۴، بیروت، موسسه آل‌البیت علیهم السلام.
- [۷۷]. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- [۷۸]. مدنی، جلال الدین (۱۳۸۵). *حقوق مدنی: حقوق خانواده*، ج ۹، تهران، پایدار.
- [۷۹]. معاونت آموزش قوه قضاییه (۱۳۸۷). *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاههای خانواده*، ج ۴، تهران، انتشارات جنگل.
- [۸۰]. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه*، ج ۲۳، چاپ اول، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۸۱]. _____ (۱۴۲۷ ق). *استفتائات جدید*، ج ۱، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- [۸۲]. _____ (۱۴۲۸ ق). *احکام بانوان*، چاپ یازدهم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- [۸۳]. _____ (۱۴۲۵ ق). *أنوار الفقاهه - کتاب النکاح*، ج ۵، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- [۸۴]. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۳۹۰ ق). *مختصر الأحکام*، قم، دارالقرآن الکریم.
- [۸۵]. میرداداشی، سید مهدی (۱۳۹۱). *تبیین فقهی حقوقی شروط ضمن عقد ازدواج*، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه.
- [۸۶]. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد (۱۴۱۳ ق). *جامع الشتات*، ج ۴، تهران، موسسه کیهان.
- [۸۷]. نجفی. محمدحسن (۴). *جواهر الکلام*، ج ۳۰ و ۳۱، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- [۸۸]. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ ق). *مستند الشیعه فی أحكام الشریعه*، ج ۱۶، چاپ اول: قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.

- [۸۹]. نظری توکلی، سعید؛ فرخانی، ابراهیم، «امکان استناد به قاعده «حرمت تعاون بر ائمه» در اثبات عدم مشروعیت بکرنامایی» (۱۳۹۴). فقه پزشکی، ۹۴، شماره ۲۴ و ۲۵، صص ۱۹۹-۲۲۰.
- [۹۰]. نیکوند، شکراله (۱۳۹۳). حقوق خانواده، تهران، بهنامی.
- [۹۱]. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ ق). منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام.
- [۹۲]. وفادار، علی (۱۳۸۰). حقوق خانواده، تهران، انتشارات وفادار.
- [۹۳]. هاشمی رفسنجانی، اکبر (۱۳۸۶)، فرهنگ قرآن، ج ۶، چاپ پنجم، قم، بوستان کتاب.
- [۹۴]. ——— (۱۳۸۴). تفسیر راهنما، ج ۱۵، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب.
- [۹۵]. یزدی، محمدکاظم (۱۴۰۹ ق). العروه الوثقی، ج ۲، چاپ دوم، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات [96]. <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx>

