

## «زن و مطالعات خانواده»

سال هفدهم - شماره شصت و دوم، زمستان ۱۴۰۲

ص ص: ۸۹-۱۰۸

### تأثیر باکرگی بر وضعیت حقوقی زن

محمود عابدی اندریان<sup>۱</sup>

حسن پاشازاده<sup>۲</sup>

دکتر ناصر مسعودی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۸/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۹/۲۲

#### چکیده

تأثیر باکرگی بر حقوق زن یکی از موضوعات مهم حقوق خانواده است که پژوهش‌های جامعی در این خصوص انجام نپذیرفته است و اغلب نویسندگان حقوقی، اشاره اجمالی به موضوع نموده ولی اهمیت آن به حدی است که هیچ یک از مکاتب سیاسی، اجتماعی، فلسفی از پرداختن به آن بی‌نیاز نبوده‌اند. بحث اساسی در این است که آیا باکرگی حقوق زن را محدود می‌کند یا خیر؟ در این پژوهش، سعی بر این است که قریب به اتفاق آثار فقهی و حقوقی در این زمینه بررسی می‌شود و با ملاحظه کلیه جوانب امر، تأثیر باکرگی و ثبوت بر حقوق زن نمی‌توان به این سؤال به طور مطلق پاسخ داد. زیرا موارد بیشتری وجود دارد که نه تنها باکرگی حقوق زن را محدود نمی‌کند بلکه امتیازات حقوقی وی به مراتب بیشتر می‌شود. از جمله؛ زن ثبیه در صورت عدم دریافت مهریه و عدم تمکین نمی‌تواند مطالبه نفقه نماید و اگر هم مطالبه کند محکوم به رد دعواست لکن زن باکره، علی‌رغم عدم تمکین در این شرایط، حق مطالبه نفقه را داراست و یا طلاق زن ثبیه در حال حیض و نفاس صحیح نیست در صورتی که طلاق زن باکره در حال حیض صحیح است. لذا من حیث المجموع باکرگی در مقایسه با زن ثبیه حقوق وی را محدود نمی‌کند.

**واژگان کلیدی:** بکارت، باکره، ولی قهری، ثبیه، فسخ.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

mahmodabedi273@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران (نویسنده مسؤل).

pashazadeh45@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

MasoudiNaser@yahoo.com

مقدمه

جایگاه والای خانواده به عنوان باهویت‌ترین نهاد اجتماعی از دیرباز و خصوصاً قرون اخیر، موقعیت ممتازی را در بین کلیه‌ی تأسیسات حقوقی نوین و کهن احراز کرده است. حقوق خانواده بخش مهمی از این دستاورد عظیم خرد است که در طول قرون مختلف در بستر بی‌انتهای تاریخ به وسعت کل بشریت صیقل یافته است. اهمیت خانواده به حدی است که هیچیک از مکاتب سیاسی، اجتماعی و فلسفی از پرداختن به آنها بی‌نیاز نبوده‌اند.

حقوق خانواده در اسلام بخش مهمی از احکام و اخلاق را تشکیل می‌دهد. حقوق مربوط به خانواده به شکل مدون در شریعت مقدسه اسلام در مجموعه مقررات قانون مدنی ایران و کتب فقهی پایداری و هویت تاریخی خود را ادامه داد. جای خوشوقتی است که در وانفسای جولان اندیشه‌های منحرف، خردمندان و حقوقدانان و فقهای اسلامی در سایه درخشش تاریخی احکام جاویدان اسلام، حقوق خانواده مندرج در حقوق اسلامی به بالندگی تاریخی خود ادامه داد. در مقاله حاضر به یکی از حقوق خانواده تحت عنوان «تأثیر باکرگی بر حقوق زن» پرداخته می‌شود مادامی که اشخاص به قضیه به صورت کاربردی نگاه نکنند اهمیت مسأله چندان قابل فهم نخواهد بود. در پرونده‌های محاکم خانواده، موضوع خود را بهتر از تمامی موضوعات و دعاوی مربوط به خانواده نشان می‌دهد. این موضوع در عرصه اجتماعی بسیار مؤثر است. در فرهنگ غنی اسلام و به خصوص در فرهنگ ایرانی داشتن وصف بکارت در زن جایگاه ممتازی دارد. به طوری که در صورت فقدان این وصف، پرونده‌های متعددی در محاکم شکل می‌گیرد که فعلاً راجع به آن بحث نمی‌شود موضوع این است که وجود وصف بکارت، چه تأثیری بر حقوق وی دارد. آیا باکرگی حقوق زن را محدود می‌کند یا خیر، در مقاله پیش‌رو سعی بر این است با روش کتابخانه و مراجعه به کتب فقهی منبع و کتب حقوقدانان، مورد تتبع قرار گرفته است.

در بعضی موارد باکرگی حقوق زن را محدود می‌کند، در هنگام طلاق مهریه زوجه نصف می‌شود که در سوره مبارکه بقره آیه ۲۳۷ به این موضوع اشاره و مقرر شده است «اگر زنان را پیش از آن که با آنها تماس بگیرید (نزدیکی کنید) طلاق دهید در حالی که مهری برای آنها تعیین کرده‌اید نصف آنچه را تعیین کرده‌اید [به آنها بپردازید] مگر .....» و در بعضی موارد مهریه برای زوجه باکره تعلق نمی‌گیرد مثل ازدواج با عقد دائم بدون ذکر مهر و فوت زوج قبل از تعیین مهر و نزدیکی، در مقابل به موارد بیشتری برخورد خواهد شد که نه تنها حقوق وی را محدود نمی‌کند بلکه از امتیازات بیشتر حقوقی برخوردار است. زن ثبیه در صورت طلاق باید عده نگاه دارد لکن زوجه باکره در طلاق عده نخواهد داشت یا اینکه زن ثبیه در صورت عدم دریافت مهریه و عدم تمکین نمی‌تواند نفقه مطالبه نماید و حتی اگر مطالبه نماید محکوم به رد دعواست لکن زن باکره علیرغم عدم تمکین در این شرایط، حق مطالبه نفقه را دارد. این موارد به بررسی و تتبع تفصیلی نیاز دارد که این کار به شرح ذیل انجام گرفته است.

## - جواز خواستگاری از دختر باکره خالی از موانع نکاح

شهید مطهری در کتاب نظام حقوق زن در اسلام عقیده بر این دارند که خواستگاری همیشه از ناحیه جنس مذکر انجام می‌شود که این امر مطابق فطرت و طبیعت انسان بوده و امری واضح و طبیعی است. این قاعده علاوه از انسانها حتی در مورد حیوانات نیز جاری است و رجوع و درخواست از جنس مخالف. غالباً از ناحیه جنس مذکر آغاز می‌شود.

خداوند متعال در سوره نساء آیه شریفه ۳ می‌فرماید «فانکحوا ما طاب لکم من النساء»  
«ای مردان با زنان طیب و پاک ازدواج کنید»

با ملاحظه آیه شریفه معلوم می‌شود، خداوند متعال در امر ازدواج، مردان را مورد خطاب قرار داده و بطور مستقیم به آنان دستور ازدواج داده است. دین مقدس اسلام که آیین فطرت است بر همین رویه‌ی فطری و طبیعی صحنه گذاشته است. البته خواستگاری قبل از مراسم عقد و اجرای صیغه نکاح صورت می‌گیرد و چنانچه مورد قبول واقع شود این فاصله زمانی میان خواستگاری و اجرای مراسم عقد شرعی را نامزدی می‌گویند و لازم به ذکر است در بعضی از مناطق به فاصله زمانی میان انعقاد عقد شرعی تا شروع زندگی مشترک و زیر یک سقف را می‌گویند. در عرف اکثر مناطق ترک زبان دوره مذکور را دوره نامزدی تلقی می‌کنند. خواستگاری ممکن است با درخواست مستقیم زوج صورت بگیرد یا بواسطه دوستان و خویشان انجام شود.

زنان باکره دو دسته هستند، یکسری از زنان باکره خالی از موانع نکاح نیستند لذا خواستگاری از اینان ممنوع است ولی یکسری از زنان باکره خالی از موانع نکاح هستند لذا خواستگاری کردن از چنین زنان جایز است. چنانچه قانون مدنی در ماده ۱۰۳۴ مقرر نموده «هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد می‌توان خواستگاری کرد»

مرحوم علامه حلی در «تذکره الفقهاء»: جواز خواستگاری از زنان در غیر موارد ممنوعه مورد انفاق نظر فقهاست (علامه حلی، ۷۲۶، ق، ج ۲: ۵۶۹)

رویه‌ی مردم در زمان‌ها و مکان‌های مختلف به همین اساس بوده است. خواستگاری ممکن است به صورت صریح باشد مثل آن که بگوید: «من می‌خواهم با تو ازدواج کنم» و ممکن است به صورت کنایه باشد و از لفظی استفاده کند که اشاره به تمایل ازدواج باشد؛ مثل آن که بگوید «چه بسا که به تو رغبت دارند» و یا «تو زیبا هستی» و در مورد خواستگاری از نامزد دیگری علمای اهل سنت حرام می‌دانند (بخاری، ۲۵۶، ج ۶: ۱۳۶).

اما در این مسأله میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای از جمله مرحوم شیخ طوسی (به نقل از تذکره الفقهاء ۵۷۰/۲) و شهید اول (شرح‌اللمعه ۲۴۱/۵) معتقدند خواستگاری از زنی که مرد مسلمان از او خواستگاری کرده و از طرف او یا ولی یا وکیلش مورد موافقت قرار گرفته، حرام است؛ مگر آن که خواستگار اجازه دهد. این دسته از فقهاء اعتقاد دارند که این عمل از طرف

پیامبر (ص) نهی شده و نهی ظهور در حرمت دارد. و همچنین دلیل می‌آورند که چون این گونه خواستگاری موجب ایذاء و عداوت می‌شود بنابراین حرام است.

عده و گروه دیگر، فقها مانند شهید ثانی، به کراهت عمل اعتقاد دارد و در توجیه نظریه خود می‌فرمایند: اولاً اصل، عدم حرمت است؛ ثانیاً وعده‌ی ازدواج فی‌نفسه ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند؛ بنابراین همان‌گونه که طرفین حق بر هم زدن آن را دارند، خواستگاری دیگران نیز بلامانع است؛ ثالثاً هر چند نهی مذکور در احادیث ظهور در حرمت دارد، ولی سند روایات ضعیف است (شهید ثانی، ج ۵: ۲۴۱).

دکتر محقق داماد: به نظر می‌رسد با توجه به اینکه احادیث مورد استناد گروه اول مبنای فتوای عموم فقهاء قرار گرفته - هر چند بعضی به حرمت و بعضی به کراهت نظر داده باشند - پس بدین ترتیب ضعف سند آنان جبران شده است؛ مضافاً به این که عملی مزبور اخلاقاً نیز زشت و دارای کراهت اجتماعی است. بدین ترتیب اصلح این است که معتقد شویم خواستگاری از زنی که مورد خواستگاری دیگر قرار گرفته و از طرف زن یا قائم مقام قانونی‌اش با آن موافقت شده، حرام است (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۳۱).

اما در مورد خواستگاری قبل از اعلام موافقت زن یا قائم مقام وی هیچیک از فقها در این خصوص قائل به حرمت نیستند.

- شهید ثانی: هر چند ظاهر احادیث حرمت را می‌رساند با وجود این، قائل به حرمت در میان فقهاء بافت نشده است (شهید ثانی، ج ۵: ۲۴۱).

علامه حلی نیز خواستگاری قبل از اعلام قبول یا رد را بلامانع می‌داند (نجفی، ج ۲: ۵۷۰).

#### - جواز عقد نکاح دختر باکره قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام

قانون مدنی ایران در ماده ۱۰۴۱ (اصلاحی ۱۳۸۱/۴/۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام) مقرر نموده: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح» اهمیت این موضوع به قدری زیاد بوده که از سال ۱۳۱۳ تا بحال این ماده برای چندین بار اصلاح و بشرح زیر بوده است.

ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۱۳/۱۲/۲۱: «نکاح انث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. معذک در مواردی که مصالحی اقتضاء کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطاء شود. ولی در هر حال این ممانعت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند.»

ماده ۱۰۴۱ (اصلاحی ۱۳۶۱/۱۰/۸) - نکاح قبل از بلوغ ممنوع است.

تبصره (اصلاحی آزمایشی ۱۳۶۱/۱۰/۸۰) - عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه.

ماده ۱۰۴۱ (اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴) - نکاح قبل از بلوغ ممنوع است.

تبصره - عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد (مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی: ۷۹۰)

مفاد ماده فعلی نوعی بازگشت به متن ماده قانون قبل از اصلاح سال ۱۳۶۱ است. منظور مقنن با تصویب ماده فوق (سال ۱۳۸۱) بر آن بوده که ازدواج نوجوانان قبل از سن فوق بدون اذن اولیایی شان انجام نگیرد.

سن بلوغ در تبصره یک ماده ۱۲۱۰ ق.م (اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴) برای پسران ۱۵ سال تمام قمری و برای دختران نه سال تمام قمری لحاظ شده است.

مقنن در ماده فعلی از واژه‌ی ولی استفاده کرده است. تعبیر ولی ظهور در آن دارد که پسران قبل از ۱۵ سال و دختران قبل از ۱۳ سال بالغ نیستند در این صورت با نظر مشهور فقهاء و ماده ۱۲۱۰ مغایرت خواهد داشت. بنابراین در تفسیر قانون دو احتمال می‌توان داد. ۱- کلمه ولی در این ماده حامل بار حقوقی و فقهی خود نباشد صرفاً منظور پدر و جد پدری برای لزوم اذن آنان در امر ازدواج باشد. البته در این صورت توجیه فقهی در مورد پسران وجود ندارد فقط مصالح اجتماعی می‌تواند پشتوانه توجیهی باشد.

۲- اینکه مقنن برای ازدواج شرط رشد را نیز منظور نموده و سنین اشاره شده در ماده را اماره رشد قرار داده باشد. اعتبار شرط رشد برای تصرفات مالی امری مسلم است که در تبصره ۳ ماده ۱۲۱۰ ق.م به این موضوع تصریح شده است.

بنابراین، احتمال دارد قانونگذار پسران قبل از ۱۵ سال و دختران قبل از ۱۳ سال را غیر رشید دانسته و ازدواج آنان را منوط به اذن ولی نموده است. و وجود شرط رعایت مصلحت می‌تواند احتمال دوم را تقویت نماید. و ذکر این مطلب خالی از لطف نیست که اعتبار رشد در نکاح مخالف قانون مدنی نیست. ممکن است بعضی به ماده ۱۰۶۴ ق.م استناد کنند که جواب آن روشن است که ماده مذکور شرایط مجری عقد را بیان می‌کند لاغیر، در ماده ۱۰۶۳ آمده است: ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود و یا از طرف اشخاصی که قانوناً حق عقد دارند. بنابراین، اشخاصی که قانوناً حق عقد دارند باید شرایط ماده ۱۰۶۴ ق.م را داشته باشند.

در نکاح توسط ولی برای دختر صغیره یا پسر صغیر بین فقهاء اختلاف وجود ندارد. فرقی نمی‌کند دختر صغیره باکره باشد یا بعلت کسالت یا جنایت یا اشتباه از او ازاله بکارت شده باشد. مستند این فتوی علاوه از اجماع، روایات زیادی در این خصوص وارد شده است. (جرعاملی، ج ۱۴: ۲۰۷). لکن اقدام ولی نسبت به نکاح صغیر یا صغیره باید با رعایت مصلحت آنان باشد والا بر اساس نظریه حضرت امام خمینی عقد به صورت فضولی واقع شده و موقوف بر آن است که صغیر

یا صغیره پس از بلوغ اجازه دهد یا رد نماید که در صورت اجازه عقد صحیح و در صورت رد عقد باطل است (موسوی‌الخمينی، ج ۲، ۲۵۵)

گروهی دیگر از فقها عقیده دارند در صورتی که ولی به دختر صغیره یا پسر صغیر خود نکاح را بر خلاف مصلحت صغار، منعقد نماید عقد بطور کلی باطل است و اجازه بعدی صغار موجب صحت آن نمی‌شود (طباطبایی یزدی، ج ۵، ص ۶۱۷). لذا از ظاهر ماده ۱۰۴۱ ق.م استفاده می‌شود، مقنن در بیان حکم این ماده از نظریه دوم پیروی کرده است؛ زیرا این ماده صحت عقد را مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه نموده است. بنابراین ولی مکلف است ضرورت ازدواج، مصلحت صغیر را در دادگاه به اثبات برساند و پس از اثبات مصلحت صغیر و اخذ حکم از دادگاه، اقدام به نکاح نماید.

#### - وابستگی نکاح دختر باکره بر اذن ولی قهری

ماده ۱۰۴۳ ق.م (اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴) مقرر نموده «نکاح دختری که هنوز باکره است اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست، و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط است و در این صورت، دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید».

این ماده تقریباً مشابه ماده مصوب ۱۳۱۳ سابق است؛ با این تفاوت که در قسمت اخیر به جای دفتر ازدواج، دادگاه مدنی خاص قرار داده شده است. ماده سابق از این حیث ناقص بود که اصلاح مورخه ۱۳۶۱/۱۰/۸ این نقیصه را جبران نمود. اینکه تشخیص عذر موجه به عهده سردفتر ازدواج باشد با منطق قضایی مغایرت داشت لذا در این اصلاحیه تشخیص عذر موجه بر عهده دادگاه مدنی خاص گذاشته شده است. بدیهی است که دادگاه با لحاظ جمیع جهات، از جمله حق ولایت پدر و حرفه و صلاح دختر، اقدام به صدور اجازه یا خودداری از آن می‌نماید اصلاحات آزمایشی مورخه ۱۳۶۱/۱۱/۸ با تغییرات بسیار اندک، در مورخه ۱۳۷۰/۰۸/۱۴ تصویب گردید.

اشکالی که به اصلاحیه اخیر وارد است، این است که: قانون مدنی، مادر کلیه قوانین و مقررات حقوقی است؛ کلی‌ترین عناوین باید در آن درج شود، قید مدنی خاص برای دادگاه با احتمال تغییر تشکیلات قضائی مغایرت دارد. بهتر بود به جای دادگاه مدنی خاص فقط «دادگاه» یا «دادگاه ذیصلاح» قید می‌شد. (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۵۱).

در نظریه شماره ۷/۲۲۶۱ مورخه ۱۳۷۷/۱۲/۲۳ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه چنین آمده است. «ازدواج دوشیزه باکره بدون رضایت پدر و بدون اجازه دادگاه بنا بر مستفاد از ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی صحیح نیست و چنانچه این امر در دادگاه ذیصلاح احراز شود. حکم به بطلان آن صادر خواهد شد و رأی وحدت رویه ۱۳۶۳/۱/۲۹ هیات عمومی دیوان عالی کشور

مؤید این نظر می‌باشد» و در نظریه شماره ۷/۷۸۴۵ مورخ ۱۳۸۰/۹/۱۴ اداره مذکور حاکمیت که «بموجب ماده ۱۰۴۳ نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و اخذ گواهی رشد ضرورت اذن پدر را منتفی نمی‌نماید» (مجموعه تفسیح شده قوانین و مقررات حقوقی: ۷۹۱)، از نظر فقهی در اینکه پدر و جد پدری بر بالغه غیرباکره ولایتی ندارند بین فقهاء اختلافی وجود ندارد اما در مورد دختر باکره اختلاف نظر وجود دارد، واهم نظریه فقهاء سه نظریه می‌باشد.

- ۱- ولایت از حین بلوغ ساقط می‌شود. گروهی از قدام و متاخرین از جمله شیخ طوسی در تبیان و شهید اول در لمعه و مرحوم آیت‌الله گلپایگانی طرفدار این نظریه هستند.
- ۲- مادامی که دختر باکره است ولایت پدر یا جد پدری کماکان استمرار دارد. جمعی از فقهاء از جمله شیخ طوسی در «النهایه» بر این نظریه‌اند.
- ۳- ولایت میان دختر و ولی او مشترک است؛ یعنی هر یک می‌توانند با موافقت دیگری اقدام به نکاح نمایند. شیخ مفید در کتاب «المقنعه» بر این عقیده هستند.
- ۴- اختلاف نظر فقهاء ناشی از اختلاف روایات واصله در این خصوص است. لذا برای حفظ و رعایت احتیاط برخی از فقهاء نظریه سوم را اختیار نموده‌اند (شرایح الاسلام، ج ۲: ۵۰۲). امام خمینی در جلد دوم تحریرالوسیله صفحه ۲۵۴: «احتیاط استیذان از ولی است». قانون مدنی نیز چنین نظریه‌ای را اتخاذ نموده و نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر یا جد پدری دانسته است. لازم به یادآوری است قبل از سال ۱۳۷۰ ملاک شوهر نکردن بود ولی بعد از اصلاح ملاک بکارت دختر است. بنابراین چنانچه دختری شوهر بکند، ولی قبل از دخول و ازاله بکارت طلاق بگیرد در این صورت دختر باکره است و در صورت ازدواج موقوف به اجازه ولی است. البته اعتبار اجازه ولی، تنها در صورتی است که بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه ننماید. اما چنانچه ولی با وجود خواستگار متناسب و شایسته از دادن اجازه خودداری کند، در این صورت اعتبار اجازه او ساقط می‌شود و همچنین اگر ولی غایب باشد و در دسترس نباشد اذن او معتبر نیست.

سؤال: اگر ازدواج بدون اذن ولی صورت بگیرد چه حکمی دارد. آیا باطل است که حتی بعد از رضایت نیز مؤثر نیست یا همچون عقد فضولی غیرنافذ است و در فرض اعلام رضایت، صحیح و در فرض عدم رضایت، محکوم به بطلان است؟

محقق داماد در کتاب «بررسی فقهی حقوقی خانواده (نکاح و انحلال آن)» صفحات ۵۴ و ۵۵: «تتبع انجام شده نشان می‌دهد که هیچ یک از قائلین به نظریه ولایت اشتراکی، هر چند به لزوم استیذان تصریح کرده‌اند، اما بطلان عقد نکاح را در فرض رد ولی به صراحت اعلام نداشته‌اند؛ حتی همگی گفته‌اند: در فرض عدم تحصیل رضایت، لازم است با طلاق جدایی انجام گیرد.

مرحوم آیت اله گلپایگانی در کتاب مجمع المسائل جلد دوم صفحه ۱۵۱: «احتیاط این است که در ازدواج دختر باکره چه موقت چه دائم از پدر اذن حاصل شود، لکن اگر دختر بالغه رشیده بدون اجازه پدر ازدواج نموده صحیح است.» نتیجه این است که اولاً بزرگانی از فقهاء دختر رشیده باکره را مستقل دانسته و تحصیل رضایت را به هیچ وجه لازم ندانسته‌اند و ثانیاً آنان که تحصیل رضایت را لازم دانسته‌اند، آن را حکم تکلیفی محسوب داشته و یا آن که استیذان مطابق با احتیاط اعلام داشته‌اند.

#### - جواز تصرف دختر باکره بر تمامی مهریه

ماده ۱۰۸۲ ق.م. مقرر می‌دارد، «به مجرد عقد زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید»

نظریه شماره ۷/۱۰۴۸۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۱ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه: با توجه به اینکه بر اساس ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، به مجرد وقوع عقد، زن مالک مهر می‌شود و طبق ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است مگر این که خلاف آن ثابت شود. قانوناً زوجه حق مطالبه مهریه را دارد. ماده ۱۱۰۲ ق.م. «همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود»

در مورد زنی که ازدواج نموده و هنوز غیرمدخوله می‌باشد. آیا مالک تمامی مهریه می‌شود یا مالک نصف مهریه می‌شود اختلاف نظر وجود دارد. اکثر حقوقدانان با در نظر گرفتن مواد ۱۰۸۲ و ۱۱۰۲ ق.م. بر این اعتقاد هستند که به مجرد عقد زن مالک تمامی مهریه می‌شود ولی در بین فقهای امامیه دو نظریه وجود دارد.

۱- مشهور فقهاء معتقدند که با انجام عقد، زن مالک تمامی مهریه می‌شود (شهید ثانی/ ج ۵/ ص ۳۵۳) ولی بطور متزلزل و با انجام عملی نزدیکی تمامی مهریه مستقر می‌شود.

۲- نظر غیر مشهور فقهاء بر این است که زوجه هم زمان با انجام عقد تنها مالک نصف مهر می‌شود و با دخول تمامی آن را مالک می‌شود؛ (طباطبایی، ج ۱۰: ۴۳۱).

بنا بر نظر مشهور، تمام مهریه و بنا بر نظر غیرمشهور مهریه تنصیف خواهد شد (خویی، ج ۲: ۲۷۱ و ۲۷۹).

مستند فقهی بطلان عقد در فرض وقوع مرگ قبل از نزدیکی روایات منقوله از جمله روایت زراره می‌باشد. (شهید ثانی، ج ۱۴: ۳۸۹).



### - جواز استفاده زوجه باکره از حق حبس

ماده ۱۰۸۵ ق.م: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.»  
 ماده ۱۰۸۶ ق.م: «اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نبود دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند. معذالک حتی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد.»

نظریه اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه بشماره ۷/۵۴۵۵ مورخ ۱۳۸۱/۵/۳:  
 «منظور از عبارت «ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد» مذکور در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی، تمکین خاص به معنی مطلق دخول است و لذا اذن زوجه به زوج برای برخورداری از سایر استماعات بدون دخول حق حبس زوجه را ساقط نمی‌کند.»  
 نظریه شماره ۷/۶۰۷۷ مورخه ۱۳۸۰/۷/۱:

«با توجه به مدلول مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ و ۱۱۰۸ ق.م، زوجه‌ای که مهر او حال باشد می‌تواند تا قبل از اخذ مهریه خود از ایفاء وظایفی که در مقابل همسرش دارد خودداری نماید و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود و از سوئی با توجه به مدلول ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی منظور از مهر همه مهر است نه بخشی از آن، لذا زوج تا تمام مهر را پرداخت نکند زن می‌تواند از حق حبس استفاده کند، بنابراین شرط، سقوط حق حبس با رضایت زوجه و یا پرداخت همه مهریه است ضمناً اگر قبل از اخذ مهر تمکین خاص نموده باشد دیگر نمی‌تواند از حق حبس استفاده کند.»  
 در توضیح نظر مشهور فقهاء لازم است گفته شود که مفاد نظریه آنان چنین است اگر زوج در حال یسار از پرداخت مهریه خودداری کند، اولاً معصیت کرده است و ثانیاً زوجه می‌تواند از تمکین خودداری کند، در حالی که حق نفقه وی نیز ساقط نمی‌شود و برای گرفتن حقوق خویش می‌تواند به دادگاه مراجعه کند؛ که در این صورت دادگاه، زوج را نسبت به عدم انجام وظیفه شرعی مواخذه و او را به پرداخت مهریه ملزم می‌نماید. اما در صورت اعسار زوج، هر چند الزام او صورت نخواهد گرفت، ولی زوجه هم ملزم به تمکین نخواهد شد، بلکه او حق دارد از تمکین خودداری کند.

### - جواز دریافت نفقه توسط زوجه علی‌رغم عدم تمکین

زوجه غیرمدخوله با وجود عدم تمکین حق دریافت نفقه را دارد. همانطوریکه برای عدم تمکین زوجه سه شرط لازم و ضروری بود. برای دریافت نفقه نیز در این حالت آن سه شرط ضروری است.  
 ۱- مهریه حال باشد. ۲- زوجه غیرمدخوله باشد. ۳- زوج مهریه را پرداخت نکرده باشد.  
 اگر مهریه موجد باشد یا زوجه مدخوله باشد یا زوج مهریه را پرداخت کرده باشد نمی‌تواند از مزایای دریافت نفقه با وجود عدم تمکین برخوردار شود. چرا که تمکین اصل بوده و نفقه فرع آن است.

با در نظر گرفتن مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ ق.م، منظور از «قیام به وظایفی که زوجه در مقابل شوهر دارد» مفهومی عام است و به زوجه این حق را می‌دهد که مادام که مهریه را نگرفته است به طور کلی هیچ‌گونه اطاعتی نسبت به خواست‌های زوج نشان ندهد، ولی با توجه به این که همین تعبیر علاوه بر ماده ۱۰۸۵ در ماده ۱۰۸۶ نیز به کار رفته نمی‌توان پذیرفت که چنانچه زوجه قبل از دریافت مهریه نسبت به یکی از خواست‌های زوج اطاعت کند، هر چند نزدیکی صورت نگرفته باشد، دیگر حق حبس یعنی خودداری از تمکین برای اخذ مهریه نداشته باشد.

این ابهام موجب شده است که برخی حقوقدانان هر دو ماده را به تمکین خاص یعنی نزدیکی تفسیر نموده و گفته‌اند مقصود از قیام به وظایفی که در مقابل شوهر دارد که در هر دو ماده به کار رفته همان تمکین خاص یعنی نزدیکی است (امامی، جلد ۴: ۳۹۴ و ۳۹۵) و برخی دیگر اعلام حیرت نموده و راه‌حلی ارائه نداده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، شماره ۹۰)

با مراجعه به منابع قانون یعنی کتاب‌های فقهی راهگشای حل معما خواهد بود. علامه حلی در کتاب تحریر الاحکام ج ۳، ص ۵۵۶ می‌فرماید.

«اذا كان الصداق حالا، كان لها ان تمنع نفسها حتى تقبضه، و ان كانت قد سلمت نفسها، فان لم يدخل بها كان لها الامتناع بعد ذالك، لان التسليم هو القبض، و القبض في النكاح هو الوطى...»

یعنی وقتی صداق حال باشد زوجه می‌تواند از نزدیکی خودداری کند؛ هر چند که نسبت به سایر وظایف زناشویی تمکین کرده باشد، زیرا مادام که نزدیکی وقوع نیافته، زوجه می‌تواند مادام که مهریه را نگرفته تمکین نکند، به دلیل آن که تسلیم عبارت است از قبض، و قبض در نکاح نزدیکی است.»

#### - موارد عدم استحقاق مهریه برای زوجه باکره

مواردی وجود دارد که زوجه باکره استحقاق مهریه نیست. این موارد به شرح مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرد:

#### - ازدواج با عقد دائم بدون ذکر مهر و فوت زوج قبل از تعیین مهر و نزدیکی

مواردی در قانون مدنی ذکر شده است که زوجه غیرمدخوله نمی‌تواند مهریه خود را مطالبه کند عبارت دیگر مستحق دریافت مهریه نمی‌باشد.

ماده ۱۰۸۷ ق.م «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی به مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود»

ماده ۱۰۸۸ ق.م «در مورد ماده قبل، اگر یکی از زوجین قبل از تعیین مهر و قبل از نزدیکی بمیرد، زن مستحق هیچ‌گونه مهری نیست.»

البته لازم بذکر است که مهریه در عقد دائم از ارکان عقد نیست لذا عدم ذکر آن و یا عدم تعیین مهر موجب بطلان عقد نکاح دائم نخواهد شد. چنانچه در صدر ماده ۱۰۸۷ آمده است که «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده باشد یا عدم مهر شرط شود» نکاح صحیح است و لکن مهر در نکاح منقطع (عقد موقت) از ارکان عقد بوده و عدم ذکر آن یا عدم تعیین آن موجب بطلان عقد موقت می‌شود چنانچه ماده ۱۰۹۵ ق.م. به این موضوع تصریح دارند.

زوجین چنانچه پس از نکاح در مقدار مهر توافق نمودند و آن را معین کردند ملزمند طبق آن عمل کنند و هیچ یک نمی‌تواند از آن رجوع نماید. نکاح مزبور پس از تعیین مهر مانند نکاحی خواهد بود که مهر در آن ذکر شده باشد.

#### - ازدواج با عقد دائم بدون ذکر مهر و طلاق قبل از نزدیکی و تعیین مهر

مطابق ماده ۱۰۹۳ ق.م. «هرگاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد، زن مستحق مهر المتهه است و اگر بعد از آن طلاق دهد مستحق مهر المثل خواهد بود»

لازم است در خصوص مهرالمسمی و مهرالمثل و مهرالمتهه و مهرالسنة مطالبی عرض کنم مهرالمسمی: همان مهریه‌ای است که زوجین حین ازدواج به تراضی طرفین تعیین می‌نمایند و حد و حدودی هم ندارد بستگی به توافق طرفین است و حداقل آن بر چیزی که مالیت داشته و قابل تملک نیز باشد می‌توان مهر قرار داد.

مهر السنه: پانصد درهم نقره، هر درهم دوازده نخود وزن دارد بعبارت دیگر هر دو درهم از نظر وزن مساوی است با یک مثقال متداول فعلی بازار.

مهرالمثل: مهریه‌ای است که در زمان اجرای عقد نکاح تعیین نشده و یا اینکه مهرالمسمی مجهول بوده مثلاً خانه را بدون ذکر مساحت مهر قرار دهند و یا اینکه مهر تعیین گردیده و لکن مالیت ندارد مثلاً زوجین مسلمان چند خوک را مهر قرار دهند و یا اینکه نکاح فاسد بوده و زوجه نیز به این موضوع عالم نبوده بلکه جاهل بوده و نزدیکی نیز واقع شده و یا اینکه مهریه در عقد ذکر نشده و نزدیکی هم واقع شده زوج قصد طلاق دارد و یا اینکه مهریه در عقد ذکر نشده و نزدیکی هم واقع شده ولی تا زمان مطالبه مهریه، مهریه تعیین نشده است در تمامی موارد مذکور زن مستحق مهر المثل است. و اگر اختیار تعیین مهر به زن داده شود نمی‌تواند بیشتر از مهرالمثل معین نماید (ماده ۱۰۹۰ ق.م.) و برای تعیین مهرالمثل مطابق ماده ۱۰۹۱ ق.م. باید حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به امثال و اقربان و اقارب و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود.

مهرالمتهه: آن عبارت از چیزی است که دارای ارزش مالی باشد و در نکاحی که مهریه ذکر نشده و نزدیکی هم واقع نشده اگر مرد بخواهد طلاق دهد مکلف است مهرالمتهه بدهد. دادن

مهرالتمعه برای جبران توهینی است که نسبت به زن در اثر طلاق قبل از نزدیکی حاصل شده است. قانون مدنی در ماده ۱۰۹۴ می‌گوید: برای تعیین مهرالتمعه حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه می‌شود.

تفاوت عمده مهرالمثل و مهرالتمعه در این است که در مهر المثل از هر جهت حال زن مدنظر قرار می‌گیرد ولی در مهرالتمعه حال مرد لحاظ می‌شود.

### - کشف بطلان نکاح قبل از نزدیکی

ماده ۱۰۹۸ ق.م. «در صورتی که عقد نکاح اعم از دائم یا منقطع باطل بوده و نزدیکی واقع نشده زن حق مهر ندارد و اگر مهر را گرفته شوهر می‌تواند آن را استرداد نماید.» مثل آنکه زوجه خواهر رضایی زوج باشد.

این مسأله نزد فقها قطعی و جزء مسلمات به شمار می‌آید و قواعد نیز همین امر را اقتضاء دارد؛ زیرا مهرالمسمی لازمه‌ی عقد نکاح صحیح است و چون عقد باطل بوده، لذا مهر المسمی، به عهده‌ی زوج نخواهد بود.

مهرالمثل هم متوقف بر وقوع نزدیکی و جهل زوجه است (ماده ۱۰۹۹ ق.م. «در صورت جهل زن به فساد نکاح و وقوع نزدیکی زن مستحق مهرالمثل است») که در اینجا منطقی بنظر می‌رسد.

### - فسخ نکاح قبل از نزدیکی

ماده ۱۱۰۱ ق.م. «هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد؛ مگر در صورتی که موجب فسخ، عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است.»

ماده ۱۱۲۱ ق.م. «جنون هر یک از زوجین به شرط استقرار، اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای طرف مقابل موجب حق فسخ است»

ماده ۱۱۲۲ (اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴) ق.م.:

عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود.

۱- خصاء (اخته بودن مرد بوسیله کشیدن بیضه‌های او)

۲- عنن به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد.

۳- مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.

در جمیع مواردی که نکاح قبل از نزدیکی فسخ شود، زن حق مهر ندارد به جز یک صورت که آن عبارت است از این که نکاح به علت وجود عنن (ناتوانی جنسی زوج) فسخ شود که در این صورت زن مستحق نصف مهرالمسمی است (نجفی، ج ۳۱: ۱۴۴).

هرگاه مهریه در ضمن عقد نکاح معین نشود و عقد به خاطر عنن فسخ شود زن مستحق نصف

مهرالمثل است (شهید ثانی، ج ۵: ۳۹۴)

### - صحت طلاق زن باکره در حال حیض

ماده ۱۱۴۰ ق.م: «طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست؛ مگر این که زن حامل باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود یا شوهر غایب باشد؛ به طوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند.»  
از مفهوم ماده فوق، شرایط بطلان طلاق در یکی از حالات حیض یا نفاس بشرح آتی الذکر است:

۱- زن مدخوله باشد.

۲- حامله نباشد.

۳- شوهرش در نزد او باشد.

اگر این سه شرط موجود باشد، طلاق انجام شده در حالت حیض یا نفاس باطل خواهد بود و اگر یکی از شرایط فوق الذکر وجود نداشته باشد. یعنی زن مدخوله نباشد یا حامله باشد یا شوهر غایب باشد و طلاق در حال حیض یا نفاس واقع شود؛ اشکالی بر طلاق انجام شده مترتب نیست. به نظر فقهای امامیه مطلق غیبت و فاصله مرد و زن کافی نیست؛ پاره‌ای گفته‌اند: از مدت غیبت بایستی حداقل یکماه گذشته باشد، ولی اکثراً مدت خاصی را مطرح نموده و معیار را بر امکان دستیابی و اطلاع قرار داده‌اند. به موجب این نظریه حتی چنانچه از طریق محاسبات بتواند ایام عادت و یا نفاس زوجه‌ی خویش را تحصیل نماید، نمی‌تواند بدون رعایت، طلاق دهد و اگر طلاق دهد در صورت مصادف شدن با ایام حیض و یا نفاس طلاق باطل خواهد بود (شهید ثانی، ج ۶: ۲۷).

ولی چنانچه زوج در فاصله‌ی دوری از زوجه بسر می‌برد به طوری که نتواند کسب اطلاع کند انجام طلاق بلامانع است (اصفهانی، ۱۳۸۱، ص ۲۸۲).

### - شمول استحقاق نصف مهریه برای زن باکره در طلاق

ماده ۱۰۹۲ ق.م: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند.»

حکم ماده مذکور مستند به آیه شریفه ۲۳۷ از سوره مبارکه بقره می‌باشد و به شرح زیر است: «وَ ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضه فنصف ما فرضتم الا ان یعفون او یعفو الذی بیده عقدہ النکاح» «اگر زنان را پیش از آن که با آنها تماس بگیرید (آمیزش جنسی کنید) طلاق دهید در حالیکه مهری برای آنها تعیین کرده‌اید [لازم است] نصف آنچه را که تعیین کرده‌اید [به آنها بپردازید] مگر این که آنها [حق خود را] ببخشند و یا آن کس که عقد ازدواج بدست اوست آن را ببخشد.»

- اثر باکره بودن زن در تعیین نوع طلاق

ماده ۱۱۴۵ ق.م: «در موارد ذیل طلاق بائن است:

۶- طلاقى که قبل از نزدیکی واقع شود.

۲- طلاق یائسه

۳- طلاق خلع و مبارات، مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد.

۴- سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید؛ اعم از این که وصلت در نتیجه‌ی

رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید»

در طلاق بائن رابطه زوجیت قطع می‌گردد و برای شوهر حق رجوع نیست و اگر زوجه باکره

باشد چون فاقد عده بوده وی نیز نمی‌تواند به مابذل رجوع نماید.

لازم است به انواع طلاق بائن و احکام مربوط به آن اشاره کنیم:

۱) طلاق زوجه باکره یا غیرمدخوله (باکره زنی است که تابحال دخول نشده است ولی غیرمدخوله زنی است که شوهر فعلی دخول ننموده است ممکن است قبلاً با کسی ازدواج نموده و آن هم دخول نموده است) مراد از دخول، نزدیکی به نحوی است که موجب غسل جنابت گردد، خواه از قبیل باشد و خواه از دبر. فقها بر این مسأله اجماع دارند؛ زیرا نصوص به طور مطلق گفته‌اند که با دخول مهر و عده لازم می‌آید.

۲) طلاق یائسه: زن یائسه به زنی گفته می‌شود که از نظر سن و سال در حدی است که زنان نظایر و امثال او در آن سن و سال حائض نمی‌شوند؛ به عبارت دیگر از باردار شدن مایوس و ناامید است. زنان غیرقرشی در سن پنجاه سالگی و زنان قرشی در سن شصت سالگی یائسه می‌شوند.

۳) طلاق زوجه‌ی صغیره (کمتر از نه سال قمری)

۴ و ۵) طلاق خلع و مبارات، مادام که زن به عوض رجوع نکرده باشد؛ و چنانچه رجوع کند،

طلاق مبدل به رجعی می‌شود.

۶) سه طلاقه‌ای که دو رجوع در میان آنها فاصله شده باشد. لازم به یادآوری است از نظر فقها

طلاق در ابتدا به طلاق «بدعی» و «سنی» تقسیم می‌شود.

طلاق بدعی به طلاقى گفته می‌شود که برخلاف شرایط مقرر در شریعت انجام گرفته باشد و

این طلاق هم باطل است، ولی طلاق سنی به طلاقى گفته می‌شود که مطابق شریعت انجام شده

باشد و طلاق سنی دو قسم است: الف) طلاق بائن ب) طلاق رجعی.

طلاق‌هایی که خارج از صور ۶ گانه انجام گرفته باشد. طلاق رجعی خواهد بود.

در اقسام ۱ و ۲ و ۳ از طلاق بائن، عده وجود ندارد، و لذا به محض وقوع طلاق، رابطه‌ی

زوجیت قطع می‌شود و زن بلافاصله می‌تواند با مردی دیگر ازدواج کند و از آنجا که در این

طلاق‌های سه‌گانه عده وجود ندارد لذا رجوع معنا ندارد، و چنانچه آن زن و مرد بخواهند مجدداً با یکدیگر ازدواج نمایند بایستی به انعقاد عقد جدید مبادرت نمایند.

طلاق در صورت‌های چهارم و پنجم قبل از رجوع زوجه به عوض، بائن است و لذا هر چند در این نوع طلاق عده وجود دارد و به این علت زوجه نمی‌تواند بلافاصله با مرد دیگری ازدواج نماید لکن وجود عده بدان معنا نیست که مرد بتواند به اختیار خود هرگاه خواست در طول مدت زمان عده رجوع کند. در طلاق بائن مادامیکه زوجه به عوض رجوع نکند زوج حق رجوع ندارد ولکن وقتی زوجه به عوض رجوع کرد طلاق از بائن به رجعی تبدیل می‌شود در این صورت زوج حق رجوع دارد.

در طلاق نوع ششم، زوجه بر زوج حرام می‌گردد و حلال شدن زوجه منوط به آن است که پس از انقضای عده با مرد دیگری ازدواج کند که در اصطلاح فقهی به آن مرد دیگر «محلل» گفته می‌شود و پس از نزدیکی (دخول) محلل چنانچه با طلاق یا موت محلل از یکدیگر جدا شوند، زن می‌تواند مجدداً با شوهر سابق خویش ازدواج نماید. قانون مدنی طلاق زوجه صغیره را مطرح نکرده است ولی فقها طلاق صغیره را به عنوان طلاق بائن ذکر کرده‌اند.

#### - موارد عدم شمول عده برای زن باکره

ماده ۱۱۵۵ ق.م: «زنی که بین او و شوهرش نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه، نه عده‌ی طلاق دارد و نه عده‌ی فسخ نکاح، ولی عده‌ی وفات در هر دو مورد باید رعایت شود.» ماده‌ی مذکور مطالب زیر را حکایت دارد:

الف) بر زوجه‌ی باکره و غیرمدخوله نگاه داشتن عده‌ی طلاق و فسخ واجب نیست. در این مسأله اختلافی در فقه وجود ندارد و مستند آن اخبار واصله می‌باشد. (حر عاملی، ج ۱۵: ۴۰۳). مدلول اخبار مطلق است و هرگونه دخول اعم از قُبُل یا دُبُر را شامل می‌شود؛ بنابراین چنانچه زوجه از طریق قُبُل یا دُبُر مدخوله باشد و طلاق داده شود و یا نکاح وی فسخ شود باید عده نگاه دارد. استنباط فقها از اخبار آن است که عده به یکی از دو امر واجب می‌شود:

۱- نزدیکی؛ هر چند بدون انزال منی صورت گیرد.

۲- ورود منی در رحم؛ هر چند بدون نزدیکی انجام شود. (العروه الوثقی، ج ۶: ۸۳).

عده‌ی وفات در تمامی حالات واجب است و هیچ چیز رافع آن نیست (بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، محقق داماد: ۴۴۹).

#### - موارد شمول عده برای زن باکره

##### وفات شوهر

ماده ۱۱۵۵ ق.م: «زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده... عده وفات باید رعایت شود.» دختری که با مردی ازدواج نمود، و زوج قبل از نزدیکی بمیرد در این صورت زوجه مکلف

است طبق ماده ۱۱۵۴ همان قانون چهارماه و ده روز عده نگهدارد و حتی در عده وفات فرقی بین عقد دائم و عقد موقت وجود ندارد.

### مفقودالایثر بودن زوج و طلاق حاکم

ماده ۱۱۵۶ ق.م: «زنی که شوهر او غایب مفقودالایثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق عده وفات نگاه دارد» البته فرقی نمی‌کند این زن باکره باشد یا مدخوله و همچنین با عقد دائم یا عقد موقت در هر صورت باید از تاریخ طلاق عده وفات نگاه دارد البته در زن حامله عده وفات تا موقع وضع حمل است مشروط به باینکه فاصله بین حکم طلاق و وضع حمل از چهارماه و ده روز بیشتر باشد. والا مدت عده همان چهارماه و ده روز خواهد بود.

- ورود منی در رحم هرچند بدون نزدیکی باشد (طباطبائی یزدی، ج ۶: ۸۳).

### حق اخذ وکیل در ازدواج

بر اساس ماده ۱۰۷۱ ق.م. هر یک از مرد و زن می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد. لکن در مورد وکالت چندین مطلب باید توسط وکیل مراعات شود.  
الف- اگر وکالت به صورت مطلق داده شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر این که این اذن صریحاً به او داده شده باشد (۱۰۷۲ ق.م).  
ب- اگر وکیل از آنچه موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معینی کرده تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود (۱۰۷۳ ق.م).  
ج- اگر وکالت بدون قید بوده وکیل مصلحت موکل را رعایت نکرده باشد باز هم صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود (۱۰۷۴ ق.م).

### حق اختیار تعیین مهر

مستنبط از مواد ۱۰۸۹، ۱۰۹۰، ۱۰۹۱ ق.م. اختیار تعیین مهر از سه حالت خارج نیست اختیار تعیین مهر یا با شوهر است یا با زوجه یا با شخص ثالث لکن در صورتیکه اختیار تعیین مهر با شوهر یا شخص ثالث باشد می‌تواند مهر را هر قدر بخواهند معین کنند. اما در صورتی که اختیار تعیین مهر با زوجه باشد نمی‌تواند بیشتر از مهرالمثل معین نماید و برای تعیین مهرالمثل باید حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات او نسبت به امثال و اقربان و اقارب و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود.

- حق انعقاد هرگونه شرط در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر

ماده ۱۱۱۹ ق.م: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد



یا در مدت معین غائب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد» اگر زوج چندین مرتبه تخلف نماید، و زن از وکالت خود استفاده ننماید با عنایت به اینکه زوجین به شرایط ضمن عقد مقید می‌باشند مادام که عقد ازدواج و وکالت معتبر است زوجه می‌تواند از وکالتی که به او داده شده برای گرفتن طلاق استفاده نماید و عدم استفاده وی، وکالت وی را زایل نمی‌سازد (نظریه شماره ۷/۱۰۲۹۷ مورخه ۱۳۸۰/۱۱/۴ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه) لازم به یادآوری بوده که حقوق زیادی را زوجه باکره دارا بود. از قبیل اخذ وکالت مطلق جهت طلاق، حق اعمال فسخ نکاح، حق تقاضای طلاق در قالب مواد ۱۱۲۹، ۱۱۳۰، ۱۰۲۹ ق.م. حق انتخاب مسکن، حق اشتغال، حق ادامه تحصیل، حق ازدواج با تبعه خارجه تحت شرایط خاص، لکن مجال پرداختن به آنها در این مقاله میسر نگردید.

### نتیجه گیری

جایگاه والای حقوق خانواده، به عنوان با هویت ترین نهاد اجتماعی از دیر باز و خصوصاً قرون اخیر، موقعیت ممتازی را در بین کلیه تأسیسات حقوقی، احراز کرده حقوق مربوط به خانواده به شکل مدون در شریعت مقدسه اسلام در مجموعه مقررات قانون مدنی ایران و کتب فقهی پایداری و هویت تاریخی خود را ادامه داده است. در پژوهش حاضر، به یکی از حقوق زن تحت عنوان «تأثیر باکری بر حقوق زن» پرداخته شد. این موضوع در پرونده‌های محاکم خانواده، خود را بهتر از تمامی موضوعات و دعاوی مربوط به خانواده نشان می‌دهد که در عرصه اجتماعی هم بسیار تأثیرگذار است. چنانچه در فرهنگ غنی اسلام و بخصوص در فرهنگ ایرانی داشتن وصف بکارت در زن جایگاه ممتازی دارا می‌باشد. نتایج حاصل از این پژوهش نشان می‌دهد که در بعضی موارد باکری حقوق زن را محدود می‌کند به عنوان مثال در هنگام طلاق، مهریه زوجه نصف می‌شود که در سوره مبارکه بقره آیه ۲۳۷ نیز به این موضوع تصریح شده و در بعضی موارد مهریه برای زوجه باکره تعلق نمی‌گیرد و در مقابل به موارد کثیری برخورد شد که نه تنها حقوق زن باکره محدود نشده بلکه از امتیازات حقوقی بیشتری مثل عدم عده در طلاق، دریافت نفقه علی‌رغم عدم تمکین، صحت طلاق در حال حیض و نیز در بعضی موارد از شمول تمام مهریه برخوردار می‌شود بنابراین من حیث المجموع باکری در مقایسه با زن ثبیه حقوق وی را محدود نمی‌کند.

## References

- Allama Hali, (1999), Tahrir al-Ahkam, Vol. 5, Partes 5, Research by Sheikh Ibrahim Bahadri, Publishers one, published by the Imam Sadiq Foundation (PBUH), Qom
- Allama Hali, Yusuf bin Mutahar, Tadhkirah al-Fuqaha', 2 Partes, leatherette, Publications of the Al-Murtazawiyah Library for the Revival of Ja`fari Antiquities, Stone print.
- Bukhari, Muhammad, (1980), Al-Sahih, Volume 8, Dar Al-Fekr for Printing, Publishing and Distribution, Gap Offset.
- Bahjat, Muhammed Taqi, (1999), Explanation of Issues, Shafak Qom publications.
- Deputy Legal and Judicial Development of the Judiciary, (2005), Revised Collection of Laws and Legal Regulations, Official Gazette of the country, first edition.
- Emami, Sayed Hassan, (1984), Civil Rights, Part 4, Islamic Publishers. Gulpayghani, Muhammad Reza, (1992), Majma' al-Masa'il, vol. 4, 3 Partes, Published by Dar al-Qur'an al-Karim, Qom.
- Haramali (1692), Vasayel Al-Shia, 20 leather, investigation and correction: Sheikh Muhammad Razi, commentary: Sheikh Abu Al-Hassan Shaarani, Dar Al-Hayya Al-Turath Al-Arabi, Beirut.
- Isfahani, Abul-Hasan, (1907), Wasyleh al-Najat, Najaf.
- Katouzian, Nasser, (2011), Civil Rights, family, Mizan.
- Khomeini, Ruhollah Mousavi, (2011), Tahrir al-Wasila, 2 Partes, Vol 2, Published by the Dar Al.kotb Al.elmiyeh, Najaf.
- Khoei, Sayyid Abul-Qasim, (1989). Minhaj Al-Salihin, Part 2, vol. 28, Nashra Madinah al-Ilm Ayatollah Khoi
- Mohaghegh Heli, (1989). Translated by Farsi, The laws of Islam, translated by Abu al-Qasim Ibn Ahmad Yazdi, Publication and Printing Institute of Tehran University,
- Mohaghegh, Heli, Jaafar ben Hassan, (1988), Shariat al-Islam, Tehran: Istiqlal Publications.
- Mohaghegh Damad. Sayed Mostafa, (2015), jurisprudential review of family law (marriage and its dissolution), Islamic Science Publishing Center.
- Naini, Muhammad Hossein, (1953), Muniyat al-Talib in Hashiyat al-Makasib, Muhammadiyah Library, Publishers 1 Edition, Tehran.
- Najafi, Muhammad Hassan, (1983), Jawaher al-Kalam in Sharh al-Islam, Dar Ahyaya al-Tarath al-Arabi, Beirut, 7 Edition.
- Qur'an Karim.

- Shahid Motahhari, Morteza, (1994), Women's Rights System in Islam, Insharat Sadra, Qom.
- Shaheed Sani, Zain al-Din ibn Ali al-Amili, (1992) Vol.1, Paths of understanding to the revision of the laws of Islam, 15 Partes, investigation and publication: Najaf Religious University..
- Shaheed Thani, Sheikh Zayn al-Din ibn Ali Amali, (2007), Sharh al-Luma'a, 10 vol. leather, investigated by Syed Muhammad Kalanter, Chap Dome, Religious University of Najaf Publications.
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Muhammad Kazem, (1996), al-Urwa al-Wuthqi, vol. 1, 6 Partes, Research and Publication: Islamic Publication Institute Affiliated to the Society of Seminary Teachers, Qom.
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Muhammad Kazem, Hashiyet Bar Makasib, Volume 2 Leather, old cover.
- Tabatabaei, Seyyed Ali, (2001), Riyadh Al-Masa'il, vol. 1, 14 Partes, Investigation and Publication, an Islamic publishing institution that has established it with the Hawza.
- Tusi, Abu Jaafar Muhammad ibn Hassan (1967)., Al-Mabsout in Imami jurisprudence, Sayyid Muhammad Taqi Kashfi, Al-Murtazavi Library for the Revival of the Jaafari Antiquities, Tehran.
- Theories of the General Legal Department and the compilation of the laws of the judiciary.

## The effect of virginity on the legal status of women

*Mahmood Abedi Andrian*<sup>1</sup>

*Hassan Pashazadeh*<sup>2</sup>

*Naser Masoudi*<sup>3</sup>

The effect of virginity on women's rights is one of the important issues of family law, which has not been comprehensively researched, and most of the legal writers have briefly mentioned the issue, but its importance is so great that none of the political, social, and philosophical schools can ignore it. The main debate is whether virginity limits women's rights or not? In this research, an attempt is made to examine jurisprudential and legal works in this field, and by considering all aspects of the matter, the effect of virginity and pregnancy on women's rights cannot be answered absolutely. Because there are more cases, in which, not only does virginity not limit a woman's rights, but her legal privileges are far more. For example, in case of not receiving the dowry and lack of empowerment, the female cannot claim alimony, and if she does, she is doomed to reject the claim, but a virgin woman, despite the lack of empowerment in these conditions, has the right to demand alimony, or divorce the female during menstruation and Nifas is not valid if the divorce of a virgin woman while menstruating is valid. Therefore, in general, virginity does not limit her rights in comparison with a female prostitute.

---

1 . PhD student in Private Law, Faculty of Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.

2 . Assistant Professor, Department of Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran (Responsible Author).

3 . Assistant Professor, Department of Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran