



بررسی فقهی - حقوقی ارش البکاره و مهرالمثل

حجت اعراب شیبانی^۱

عبدالعظیم خروشی^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۱۲/۰۳ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۰۳/۱۷

چکیده

ارش البکاره و مهرالمثل به عنوان جبران خسارات ازاله بکارت از جمله مفاهیم میان هستند است که در دو حوزه حقوق کیفری و حقوق مدنی مورد بحث قرار می‌گیرد. در این تحقیق با روشی توصیفی-تحلیلی و با مدنظر قراردادن مقررات مختلف در حوزه‌های مذکور و همچنین با در نظر گرفتن آموزه های فقهی بدین نتیجه نائل شده‌ایم که مبنای پرداخت مهرالمثل نزدیکی و مبنای پرداخت ارش البکاره ازاله بکارت است. علاوه براین، هرچند که مهرالمثل در کلام فقها و ظاهر روایات مبین جبران خسارت معنوی نیست و به دلیل انتفاع از بضع زن در زنا یا عنف یا اکراه به زن باکره یا یتیمه پرداخت می‌شود، اما از دیدگاه قانون مسئولیت مدنی می‌تواند در بعضی از موارد منطبق با جبران خسارت معنوی باشد. افزون بر این، میان مواد ۶۵۸ و ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تعارضی وجود ندارد و مطابق با قواعد مسئولیت مدنی هرگاه ازاله بکارت با مقاربت یا غیر مقاربت و با رضایت انجام گرفته باشد، ضمانی وجود ندارد.

واژگان کلیدی: بدعت، سنت، دین، تشیع، تسنن، اختصاص گرایان، مطلق‌انگاران.

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند ایران. hojat.sheybani@yahoo.com

^۲ استادیار گروه حقوق، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران. (نویسنده مسئول): khoroushi@gmail.com

مقدمه

پرده بکارت در جامعه سنتی و مذهبی ایران به عنوان یک ارزش برای دختران ایرانی محسوب می‌شود. ارزشی که ریشه در نوعی اخلاق‌گرایی مبتنی بر تعالیم دینی دارد. به همین دلیل هم با کمی دقت متوجه خواهیم شد که هر نوع جنایت نسبت به پرده بکارت، افزون بر آسیب جسمانی، آسیب‌های روانی را بدنبال خواهد داشت. بنابراین ضرورت پرداختن به این موضوع فقط در بررسی پرده بکارت به عنوان یک «عضو» خلاصه نمی‌شود و باید مسائل مربوط به جبران خسارات معنوی آن را هم مورد بررسی قرار داد.

قانونگذار مبحث سیزدهم از کتاب چهارم قانون مجازات اسلامی را به این موضوع اختصاص داده است. نکته قابل توجه این است که، ازاله بکارت در حقوق کیفری ایران به شرط «عدم رضایت» غیرهمسر جرم انگاری شده است.^۱ در اینجا شاهد آن هستیم که، سیاست کیفری قانونگذار از سایر جرائم جنسی متمایز می‌شود. زیرا اگر ازاله بکارت با رضایت زانیه انجام شود، جرمی محقق نخواهد شد.

از دیدگاه پزشکی قانونی ازاله بکارت عبارت است از: «سائیدگی، خراشیدگی و پارگی بکارت را که با تورم و خونمردگی و جاری شدن خون توأم است». (گودرزی و کیانی، ۱۳۸۵: ۲۸۵). ازاله بکارت غیر همسر یک جنایت بر عضو تلقی می‌شود.^۲ حکم به جبران خسارت ازاله بکارت در قوانین متعدد اشاره شده است. از جمله مواد ۶۵۸ و ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی، ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و ماده ۷ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۸۶. پراکندگی قوانین در این خصوص به ابهام در این مورد دامن زده است. از یک سو ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی ضمان ازاله بکارت را مهرالمثل دانسته و از سوی دیگر ماده ۲۳۱ همان قانون حکم به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل داده است. افزون بر این، مطابق با مواد ۱۰۸۷، ۱۰۹۹ و ۱۱۰۰ قانون مدنی شرط استقرار مهرالمثل «تزدیکی» است و نه ازاله بکارت. در حالیکه در قانون مجازات اسلامی برای ازاله بکارت در بعضی از موارد مهرالمثل در نظر گرفته شده است.

^۱ در این مورد به ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مراجعه کنید.

^۲ جنایت بر عضو عبارت است از هر آسیب کمتر از قتل، مانند قطع عضو، جرح و صدمه‌های وارد بر منافع.

مبنای فقهی ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برگرفته از دیدگاه مرحوم امام (ره) در تحریر الوسيله است.^۱ همچنین ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به صراحت پرداخت ارش البکاره علاوه بر مهرالمثل را در زنا یا به عنف یا اکراه الزامی دانسته است. اکنون، مسئله اساسی این است که مبنای پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل چیست و مطابق با قوانین مسئولیت مدنی و کیفری ازاله بکارت از طریق رضایت و غیررضایت چه حکمی دارد؟ در این نوشتار به شیوه توصیفی - تحلیلی ابتدا مبنای مهریه و انواع آن را بیان می‌کنیم و سپس صور مختلف ازاله بکارت در وضعیت‌های رضایت و غیررضایت بررسی می‌نمائیم.

۱. مبانی مهریه و انواع آن

مهریه در قانون مدنی ایران تعریف نشده است و به بیان ساده مالی است که زوج پرداختن آن را به زوجه در هنگام انعقاد عقد نکاح یا پس از آن به عهده می‌گیرد، بدین ترتیب، ذمه زوج به تأدیه آن مشغول و زوجه نیز به محض جاری شدن عقد نکاح مالک آن خواهد شد (حیدری، ۱۳۸۴، ص ۷۱). انواع مختلف مهریه عبارتند از: مهرالمسمی، مهرالمثل، مهرالمتعه و مهرالسنه.

هرگاه مهر در عقد ازدواج تعیین شده باشد، آن را مهرالمسمی می‌گویند و در ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی به کار رفته است ولی قانون آن را تعریف نکرده است. مهرالمسمی عبارت از مال معینی که با عنوان مهر با توافق زوجین تعیین می‌شود یا شخصی که زوجین تعیین کرده‌اند معین می‌نماید. مهرالمثل، مهری است که به موجب قرارداد تعیین نشده، بلکه بر حسب عرف و عادت و با توجه به وضع زن از لحاظ زیبایی، تحصیلات، موقعیت خانوادگی و اجتماعی او و غیر اینها با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان معین می‌گردد. مهرالمتعه مهری است که مطابق با ماده ۱۰۹۴ قانون مدنی بعد از طلاق و قبل از نزدیکی و تعیین مهر، تعیین می‌شود. این نوع مهر، با توجه به وضعیت مرد از حیث دارایی و نداری تعیین می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۲ و ۱۶۳). مهرالسنه نیز همان مهری است که پیامبر برای همسرانش در نظر گرفته است و آن پانصد درهم است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۴۸۵).

^۱ مَنْ افْتَضَ بَكَراً يَأْصِبُهُ فَخْرَقَ مَثَانَتِهَا فَلَمْ تَمْلِكْ بَوْلَهَا فَفِيهِ دَيْتُهَا وَ مَهْرٌ مِثْلُ نَسَائِهَا. (موسوی الخمينی، بی‌تا: ص ۵۸۷؛ مکی‌العاملی، ۱۴۱۰ ق: ۲۸۲).

در مورد اینکه مبنای مهریه عوض بضع^۱ است یا هبه، اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۱۱۷) با توجه به آیه^۴ سوره نساء^۲ معتقدند که مهریه نوعی هدیه است و شخص با دادن مهر صدق احترام و حق زن یا دستور خدا را ظاهر میکند. زیرا، کلمه «نحله» در آیه دلالت بر آن دارد که مهریه هیچ عنوانی جز عنوان هدیه ندارد (مطهری، بی تا، ص ۲۰۰). در مقابل برخی دیگر (الجبعی العاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۵۷) معتقدند که مراد از «نحله» به معنای هدیه نیست. زیرا مهر عوض از بضع است و کلمه نحله از انتحال اشتقاق شده که به معنی تدبیر است (یعنی منسوب داشتن خود به مذهب یا قبیله‌ای می‌باشد). همچنین آیه^۳ سوره نساء^۳ و حدیثی از حضرت علی (ع) که بیان داشته‌اند: «سزاوارترین شروطی که باید مورد ملاحظه قرار بگیرد آن است که عوض آنچه به واسطه آن، فروج زنان بر شما حلال گردیده است بپردازید. مؤید این است که در عقد ازدواج مهر عوض تمتع از بضع است.» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۹۹) دلالت بر این ادعا دارند.

موضع پیشین مورد از چند جهت قابل نقد است. نخست اینکه، در برخی از موارد در عقد نکاح، به زن، مهریه تعلق می‌گیرد. در حالی که، ممکن است هرگز نزدیکی صورت نپذیرد. مثلاً مهر المتعه به زنی تعلق می‌گیرد که بدون تعیین مهریه به حباله زوجیت مردی درآید و نکاح قبل از نزدیکی به طلاق منجر شود. همچنین به زنانی که با مردان سالخورده (فاقد نیروی مردی) ازدواج می‌کنند، مهریه به طور کامل تعلق می‌گیرد. دوم، عنوان «مهر السنه» در فقه که به موجب آن میزان مهر به طور ثابت پانصد درهم است، دلیل دیگری است بر این که مهر، عوض، معامله نیست. زیرا عوض، در کمیت، تابع ارزش معوض است و با تغییر معوض، عوض، تغییر می‌کند. حال آنکه، گاهی عوض به هیچ وجه تابع معوض، نمی‌باشد چنان که تعلیم سوره‌ای از قرآن برای زنی، مهر قرار داده می‌شود. نکته بعد آنکه، اگر مهر، عوض نکاح بود، می‌بایستی در صورت بطلان یا فسخ مهر، عقد نکاح منحل، و زن از انجام وظایفی که به عهده دارد، معاف

^۱ بضع در لغت به معنای جماع است (عمید، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۶۰).

^۲ خداوند متعال بیان داشته‌اند: « وَآتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتٍ مِّمَّنْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ فَارِزْقًا لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّمَّنْ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا». مهر زنان را در کمال رضایت و طیب خاطر به آنها بپردازید اگر چیزی از مهر خود را از روی رضا و خشنودی به شما بخشیدند از آن برخوردار شوید که حلال و گوارا خواهد بود (سوره نساء، آیه ۴).

^۳ مطابق با این خداوند متعال بیان داشته‌اند: «...فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا». «...پس چنان که شما از آنها بهره‌مند شوید آن حق معین که مزد آنها است به آنان بپردازید و باقی نیست بر شما که بعد از تعیین مهر هم به چیزی با هم تراضی کنید البته خدا دانا و به حقایق امور عالم آگاه است»

می‌شد. در حالی که، چنین نیست. مواد ۱۰۸۱ و ۱۱۰۰ قانون مدنی موید این دیدگاه است. (امامی نمینی، ۱۳۸۶، ص ۳۴).

در مقابل هم عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که مهر یکی از دو عوض در عقد نکاح است البته عقدی که می‌بایست آن را با خصوصیات و آثار خاص آن در نظر گرفت. نه مانند سایر عقود معوض. بنابر این اگر مهر بدون در نظر گرفتن اوصاف عقد نکاح صرفاً یکی از عوضین محسوب می‌گردید، در صورت عدم وقوع نزدیکی، نمی‌بایست پرداخت شود. این است که می‌گوییم مهر، عوضی است که قانونگذار خصوصیات آن را با توجه به عقد نکاح تعیین کرده، همچنان که در سایر عقود، عوضین را با توجه به خصوصیات همان عقد مشخص کرده است. با همه این اختلاف نظر ها، با امان نظر به آثار نکاح و ویژگی های آن، میتوان نوعی معاوضه مهر و بضع را مشاهده کرد (پولادی، ۱۳۸۸، ص ۸۵). البته همانطور که ذکر آن رفت این دیدگاه در مورد همه انواع مهر متزلزل است. نظریه معاوضی بودن در مورد مهرالمثل صحیح‌تر به نظر می‌رسد. زیرا، شرط لازم برای پرداخت مهرالمثل، انجام نزدیکی است، هرچند که ازاله بکارت هم صورت نگرفته باشد.

توضیح آنکه، از دیدگاه فقهای امامیه نزدیکی شرط استقرار مهرالمثل است (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ص ۱۶۴). در ضمن با امان نظر به مواد قانون مدنی از جمله ۱۰۹۹، ۱۰۸۷ و ۱۱۰۰، متوجه می‌شویم که در هر چهار حالت تعیین مهرالمثل شرط وقوع «نزدیکی» باید وجود داشته باشد. علمای عامه مستند به روایتی از حضرت محمد(ص) که فرموده‌اند: «اگر مرد بر زنی دخول کرده باشد در مقابل بهره‌ای که از او برده بایستی مهرالمثل او را بدهد»، قائل به لزوم مهرالمثل شده و موجب آن را نزدیکی دانسته‌اند و مادام که نزدیکی وقوع نیافته، مهرالمثل به عهده زوج قرار نمی‌گیرد (پولادی، ۱۳۸۸، ص ۹۳).

بنابراین مهرالمثل عوض بضع است ولی نکاح عقد معوض نیست. زیرا نکاح بی مهر هم صحیح است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۵۶۲). نزدیکی هم که عامل وجوب مهرالمثل است شامل دخول به قدر حشفه در قبل یا دبر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۸). از همین رو، مهرالمثل به دلیل نزدیکی پرداخت می‌شود و نه ازاله بکارت. اگر دختری با نزدیکی پرده بکارت او همچنان سالم باقی ماند، مستحق دریافت مهرالمثل است.

۲. بررسی فقهی - حقوقی رضایت به ازاله بکارت از طریق مقاربت

در فرض آنکه که زن رضایت به نزدیکی داده باشد، مستحق دریافت مهرالمثل نیست و بین فقهای امامیه در این خصوص هیچ‌گونه اختلافی وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۱۹؛ سیوری

حلی، ۱۴۰۴ق، ص ۵۰۷؛ محقق حلی، ۱۳۸۸، ص ۵۱۲؛ الجبعی العاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۶۶؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۶۴).

مبنای فقهی عدم تعلق مهرالمثل برای کسی که راضی به زنا بوده است روایت‌های زیادی است که دلالت بر «لامهرلبغی»^۱ دارد. بغی در لغت به معنای زنا کار، پلید کار، زن فاجره آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ص ۷۷؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۵۳). امام صادق فرمودند بهای ناشی از فروش حیوان مرده و سگ و شراب انگوری و مهر ناشی از زنا فاجره و رشوه در صدور حکم و مزد کاهن حرام و ناروا است. (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۹۳).

از نظر مبنای قانونی نیز از مفهوم مخالف ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی نیز استفاده می‌شود که زن در صورت علم به فساد نکاح حقی بر مهرالمثل ندارد و از نظر رعایت اصولی نیز زن در این صورت زانیه است و نزدیکی در چنین شرایطی برای زن حقی ایجاد نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۶۶۳). بنابراین زانیه مستحق مهر المثل نیست. اما در مورد اینکه آیا مستحق ارش البکاره می‌باشد یا خیر؟ از لحاظ رویه قضایی باید اشاره کنیم که دیوان عالی کشور در رأی مورخه ۱۳۷۳/۱۲/۵ شعبه ۲۷ خود اشعار داشته است: «رضایت به زنا مسقط مهرالمثل بوده ولی مسقط ارش نیست». اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۳۱۷۷-۱۳۶۸/۱۱/۳ بیان داشته است: «...هرچند در این مورد مجنی علیه مرتکب زنا شده و به حکم لا مهر لبغی مهری به او تعلق نمی‌گیرد ولی مهر غیر از ارش بکارت است و دلیلی بر سقوط ارش بکارت که با توجه به ذیل ماده ۱۸۷ قانون دیات (ماده ۴۴۱ ق. م. ا) تعلق می‌گیرد نیست و...». (بازگیر، ۱۳۸۶، ص ۲۲۷). فقهای امامیه در خصوص استحقاق ارش البکاره برای زانیه مطاوعه اختلاف دارند. بعضی معتقدند که اگر باکره رضایت به زنا داشت چیزی ثابت نیست (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۴۴۹؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۴۰۱؛ موسوی الخمینی، الف ۱۴۲۲ق، ص ۸۹) و در مقابل بعضی دیگر از فقها معتقدند که در این مورد ارش البکاره ساقط نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۷۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۰۳؛ برغانی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۹) بعضی از فقها نیز اسقاط ارش البکاره را محتمل دانسته‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۱۹؛ بهجت، ۱۴۲۸ ق، ص ۴۵).

^۱ نویسندگان این تحقیق حدیثی به عبارت «لا مهرلبغی» مشاهده نمودند اما احادیث دیگری وجود دارد که دلالت بر همین معنا دارد مانند روایتی از حضرت رسول (ص) که فرمودند: «نَهَى عَنْ خِصَالٍ تَسْمَعُ - عَنْ مَهْرٍ الْبَغِيِّ...». و همچنین روایتی از امام صادق (ع) که فرمودند: «السُّخْتُ... وَ مَهْرُ الْبَغِيِّ...». (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۹۳ و ۹۶).

فقیهانی که معتقدند ارش البکاره از زانیه ساقط نمی‌شود، به چند دلیل استناد می‌کنند. اولاً: اذن مجنی علیه اسقاط ارش البکاره را نمی‌کند. زیرا همانگونه که مجنی علیه حق ندارد بر خود جنایتی وارد سازد اذن او در جواز فعل و سقوط ارش به طریق اولی جایگاهی ندارد. مانند آنکه فردی رضایت بدهد دست او قطع شود. در این حالت دیه برای او ثابت است. ثانیاً: قاعده لا مهرلیغی شامل لا ارش لیغی نمی‌شود. ارش و مهر متفاوت هستند. ثالثاً: صحیح است که اذن به جنایت داده شده ولی این اذن اسقاط مطالبه ارش را نکرده است و زانیه صرفاً خود را برای تمتع جنسی تسلیم نموده است.

در مقابل کسانی که معتقدند ارش البکاره برای زانیه مطاوعه نیست به چند دلیل استناد می‌کنند. اولاً: با فرض آنکه ارش البکاره داخل در مهرالمثل باشد، آنگاه به تبع نفی مهر، ارش البکاره نیز اسقاط می‌شود. ثانیاً: به استناد قاعده اقدام مجنی علیه با اذن حق خود را اسقاط نموده است زیرا اقدام زانیه رضایت و بهره مندی مجانی برای طرف مقابل از بضع بوده است. ثالثاً: عنوان جنایت برای بعضی از صور ازاله بکارت صدق نمی‌کند و هنگامیکه خودش می‌تواند ازاله بکارت کند پس به دیگری هم این اذن را می‌تواند بدهد.

به نظر می‌رسد از جهت تفسیر اخلاقی بهتر است بین فردی که رضایت به ازاله بکارت داده و کسی که رضایت به ازاله بکارت نداده است، تفاوت قائل شویم و زانیه را مستحق ارش البکاره ندانیم. البته، هرچند که ممکن است گفته شود که رضایت مجنی علیه تأثیری در اسقاط ارش ندارد ولی باید در جواب بگوییم که اولاً: شخص صرفاً در مقام مجنی علیه نیست و خودش زانیه است. ثانیاً: زانیه در ازاله بکارت علیه خود اقدام کرده و «اقدام زیان دیده موجب قطع رابطه سببیت میان فعل زیان بار و خسارت شده است». (اسماعیل آبادی و رضوی، ۱۳۸۶، ص ۷۹).

ثالثاً: یکی از شرایط ضرر قابل جبران عبارت است از مشروعیت مطالبه جبران ضرر (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۲، ص ۳۴). یعنی در حقوق ایران این شرط از ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی برمی‌آید که ضرر وقتی جبران می‌شود که مطالبه‌اش مشروع باشد و جبران زانی را می‌توان خواست که ناشی از لطمه به حقوق مشروع و قانونی باشد. بنابراین هرگاه شخصی لطمه به وضع دیگری بزند در حالیکه آن وضع از نظر قانون رسمیت ندارد و شناخته شده نیست (یزدانیان، ۱۳۷۹، ص ۱۰۰) زیان زننده مسئول نمی‌باشد مانند اینکه دختر دارای اهلیت، خودش با رضایت کامل تن به همخوابگی نامشروع بدهد و در نتیجه از او ازاله بکارت شود در این صورت خودش هم مجرم بوده و نمی‌تواند به دلیل ضرری که به او وارد شده جبران خسارت بخواهد. از سوی دیگر، اسقاط ارش البکاره از زانیه منافاتی با امره بودن قواعد حقوق جزا و اینکه مجازات با هدف

منافع عمومی انجام می‌گیرد ندارد. زیرا در این صورت با رضایت زانیه مجازات حدی یا تعزیری از وی ساقط نمی‌شود و به قوت خود باقی خواهد ماند.

به هرروی، قانونگذار در ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی با اشاره به قید «بدون رضایت» لازمه پرداخت مهرالمثل را عدم رضایت دانسته است و تبصره یک همین ماده بیان می‌دارد: «هرگاه ازاله بکارت با مقاربت و با رضایت انجام گرفته باشد چیزی ثابت نیست». منظور از عبارت «چیزی ثابت نیست» عدم تعلق ارش البکاره و مهرالمثل است (محمودیان اصفهانی و مال میر، ۱۳۹۲، ۱۳۸). زیرا اگر منظور از عبارت چیزی ثابت نیست عدم استحقاق مهرالمثل باشد، چنین چیزی از مفهوم مخالف ماده ۶۵۸ کاملاً واضح است و نیازی به ذکر مجدد آن در تبصره وجود نداشته است. بنابراین به نظر می‌رسد منظور قانونگذار در این تبصره عدم تعلق ارش البکاره و مهرالمثل در صورت رضایت به ازاله بکارت از طریق مقاربت بوده است.

۳. بررسی فقهی - حقوقی ازاله بکارت از طریق غیرمقاربت

مشهور فقهای امامیه این بحث را در باب دیات مطرح نموده‌اند و معتقدند که هر کس با انگشت ازاله بکارت دختری را نماید به طوری که مثانه او پاره شود و نتواند بول خود را نگه دارد علاوه بر دیه کامل زن باید مهرالمثل او را نیز بدهد (مکی العاملی، ۱۴۱۰ق: ۲۸۲؛ الجبعی العاملی، ۱۴۱۰ق: ۲۵۲؛ محقق حلی، ۱۳۸۸: ۵۱۴؛ موسوی الخمینی، بی تا: ۵۱۸؛ برغانی، ۱۳۸۲: ۱۹۱).

فقیهانی که حکم به ازاله بکارت در موارد غیرمقاربت را ارش البکاره دانسته‌اند به روایت سکونی از امام علی(ع) استناد می‌کنند که امام در مورد دو دختر که در حمام بودند و یکی از دیگری با انگشت ازاله بکارت نمود فرمودند آن دختری که این کار را انجام داده است باید عقل را بپردازد^۱ (عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ۳۵۴). برخی از فقهای امامیه بیان نموده‌اند که احتمال دارد مراد از عقل در این روایت ارش البکاره باشد (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۱، ۴۰۴). ولی بعضی دیگر معتقد هستند که منظور از عقل در این روایت دیه است (طریحی، ۱۴۱۶ق: ج ۵، ۴۲۷).

^۱ سلسله سند کامل این روایت عبارت است از: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ التُّوفَلِيِّ عَنِ السُّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّ عَلِيًّا ع رَفَعَ إِلَيْهِ جَارِيَتَانِ - أَدْخَلْنَا الْحَمَامَ فَاقْتَضَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِإِصْبِعِهَا - فَقَضَى عَلِيُّ التِّي فَعَلَتْ عَقْلَهَا». (عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۹، ۳۵۴).

قول غیر مشهور فقهای امامیه مبنی بر پرداخت ارش البکاره در موارد غیرنزدیکی معقول و هماهنگ با مبانی است. زیرا پرداخت مهرالمثل به جهت انتفاع از بضع است درحالی که در این مورد انتفاع از بضع منتفی است.

از دیدگاه حقوقی، ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی با اشاره به قید «هر وسیله» در مقام بیان حکم ازاله بکارت در موارد نزدیکی و غیرنزدیکی است. البته، ماده ۲۲۹ همان قانون برای ازاله بکارت حکم به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل داده است. ممکن است این شبهه مطرح شود که این مواد با هم در تعارض هستند ولی این دو ماده مثبتین هستند و بین مثبتین تعارضی نیست.

نکته دیگر هم آن است که حکم ازاله بکارت در موارد «غیرمقاربت» در تبصره یک ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی نیامده است. بنابراین این ابهام مطرح می شود که در موارد غیرمقاربت دختر مستحق دریافت مهرالمثل هست؟ اگر قاعده «لا مهر لبغی» را مختص به زنا بدانیم آنگاه باید قائل باشیم که در موارد غیرمقاربت دختر مستحق دریافت مهر نیست. زیرا زنا کار نیست. این فرض مانند موردی است که فردی با رضایت بزه دیده دست او را قطع کند که در این حالت اگر چه بزه دیده رضایت داشته است دیه برای او ثابت است. اما، به نظر می رسد عدم استحقاق مهرالمثل و ارش البکاره در این مورد با عقل هماهنگ باشد. زیرا، حق مالی دختر با اقدام علیه خود زایل شده است.

۴. ازاله بکارت از دیدگاه قانون مسئولیت مدنی

ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی در مقام بیان جبران خسارت مادی و معنوی در موارد منافی عفت بیان می دارد: «دختری که در اثر اعمال حیله یا تهدید و یا سوءاستفاده از زیر دست بودن حاضر برای همخواهی نامشروع شده می تواند از مرتکب علاوه از زیان مادی مطالبه زیان معنوی هم بنماید».

همانگونه که در این ماده اشاره شده است دختر می تواند با وجود شرایطی مطالبه ضرر مادی و ضرر معنوی را بنماید. در مباحث گذشته اشاره نمودیم که ارش البکاره برای جبران خسارت بدنی است. اما سئوالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا پرداخت مهرالمثل به دختری که ازاله بکارت شده است می تواند جبران خسارت معنوی محسوب گردد؟

به طور خلاصه و در یک تعریف جامع می توان گفت ضرر معنوی ضرری است که به یک حق غیر مالی شخص وارد می آید (توکلی، ۱۳۷۶، ص ۵۶). خسارت معنوی در شرع مقدس وجود

ندارد. اما حقوق دانان معتقدند در لزوم جبران خسارت معنوی نباید تردید نمود و اختلافات موجود را باید حمل بر روش جبران نمود و الاً اصل لزوم جبران خسارت قابل انکار یا تردید نیست (باریکلو، ۱۳۸۹، ص ۲۳۷).

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ از چند جهت بر قلمرو خسارات معنوی و عدم نفع تاثیر گزار بوده است. دامنه مسئولیت مدنی اشخاص در قبال خسارات معنوی وارد به زیان دیده گسترش یافته است. توضیح اینکه به موجب ماده ۱۴ قانون مذکور، لطمه به هر دو قسم سرمایه معنوی و صدمات روحی، موجب مسئولیت مدنی فاعل زیان می گردد. از سوی دیگر، قلمرو قابلیت جبران خسارات معنوی و عدم نفع و به تعبیری، قلمرو مسئولیت مدنی اشخاص به شدت کاهش یافته است. بدین توضیح در مواردی که دیه پرداخت و یا تعزیر منصوص شرعی به اجرا گزارده می شود، این دو قسم خسارت، قابلیت جبران ندارند. قانون گذار در خسارات عدم نفع، پا را از این هم فراتر گذاشته و خسارات مذکور را صرفاً در صورتی قابل جبران دانسته که بر این دسته از خسارات، اتلاف صدق کند. نهایتاً قلمرو و طرق جبران خسارت معنوی گسترش یافته و به موجب تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری خسارات معنوی هم از طریق مالی و هم از طریق غیرمالی قابل جبران است (محمدی و دیگران، ۱۳۹۷، ۷۰).

هر چند که مهرالمثل در کلام فقها و ظاهر روایات بیان کننده جبران خسارت معنوی نیست و به دلیل انتفاع از بضع زن در زنا یا عنف یا اکراه به زن باکره یا تیبّه پرداخت می شود. اما از دیدگاه قانون مسئولیت مدنی و قواعد حاکم بر آن می تواند منطبق با جبران خسارت معنوی باشد. مخصوصاً اینکه میزان آن بر خلاف دیه در افراد مختلف متفاوت است. بنابراین در مواردیکه ازاله بکارت از طریق زنا یا عنف یا اکراه صورت می گیرد ارش البکاره به عنوان جبران خسارت بدنی و مهرالمثل به عنوان جبران خسارت معنوی پرداخت می گردد. البته در همه موارد نیز نمی توان گفت که مهرالمثل منطبق با جبران خسارت معنوی است. مانند اینکه ازاله بکارت از طریق وطی به شبهه نسبت به دختری که فحشاء اخلاقی او مسلم است محقق شده باشد. در این خصوص جبران خسارت بدنی کفایت می کند و لزومی به پرداخت خسارت معنوی نیست. در واقع از دیدگاه فقهی فحشاء یا فساد اخلاقی موجب تغییر در حکم نمی شود. دلیل آنها نیز واضح است زیرا مهرالمثل به جهت انتفاع از بضع زن پرداخت می شود و این ویژگی (فحشاء) می تواند صرفاً موجب کاهش مهرالمثل باشد ولی در اصل حکم تغییری را ایجاد نمی کند.

بنابراین مهرالمثل در همه موارد منطبق با جبران خسارت معنوی نیست. در مواردی که ازاله بکارت از طریق غیر مقاربت صورت می گیرد و موجب پرداخت مهرالمثل است دختر می تواند

علاوه بر مهرالمثل تقاضای خسارت معنوی نیز مطابق با ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی بنماید. زیرا مهرالمثلی که در اینجا به دختر پرداخت می‌شود، هرچند که احکام حاکم بر دیات بر آن مترتب نیست، جایگزینی برای دیه و جبران خسارت بدنی است.

باید توجه نمود که در تعیین مهرالمثل ویژگی‌های اخلاقی و خانوادگی و ارزش‌های علمی از نظر داشتن مدارک علمی و هنری و یا معیارهای جسمانی، سن، زیبایی، بکارت و بالاخره آنچه که در عرف محل مایهٔ افزایش مهر یا کاهش آن است، باید مورد نظر ارزیابان قرار بگیرد (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۵۶).

نکته دیگر آنکه، ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی با ذکر قید «همخواهی نامشروع» حتی برای موردی هم که دخول یا ازالهٔ بکارت صورت نگرفته مانند تقبیل یا مضاجعه‌ای که با اکراه صورت گرفته باشد جبران خسارت مادی و معنوی را پیش بینی نموده است. پرداخت خسارت به دختر در این ماده مشروط به «حیله» یا «تهدید» یا «سوءاستفاده از زیر دست بودن» شده است ذکر این قیود اشاره دارد به یکی از شرایط ضرر قابل جبران که عبارت است از «مشروعیت مطالبه جبران ضرر یعنی در حقوق ایران این شرط از ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی برمی‌آید که ضرر وقتی جبران می‌شود که مطالبه‌اش مشروع باشد و جبران زبانی را می‌توان خواست که ناشی از لطمه به حقوق مشروع و قانونی باشد. بنابراین هرگاه شخصی لطمه به وضع دیگری بزند در حالیکه آن وضع از نظر قانون رسمیت ندارد و شناخته شده نیست». (یزدانیان، ۱۳۷۹، ص ۱۰۰). زیان زنده مسئول نمی‌باشد مانند اینکه دختر دارای اهلیت، خودش با رضایت کامل تن به همخواهی نامشروع بدهد و در نتیجه از او ازالهٔ بکارت شود در این صورت خودش هم مجرم بوده و نمی‌تواند به خاطر ضرری که به او وارد شده جبران خسارت بخواهد. بنابراین دو صورت ذکر شده در ماده یعنی حیله و سوءاستفاده از زیر دست بودن را می‌توان به دو قسم تقسیم نمود: ۱- اختیار ۲- اجبار یا اکراه، زیرا اعمال حیله ممکن است به صورت وعدهٔ ازدواج یا پرداختن اموال و غیره باشد و آن دختر برای رسیدن به این امور به اختیار خود اقدام به همخواهی نامشروع نماید و اگر ارتکاب او به تهدید یا اجبار باشد داخل در صورت دوم خواهد بود. در مواردی هم که دختر به لحاظ زیر دست بودن می‌ترسد و این ترس در حدی است که او را به صورت مکره در می‌آورد و یا اینکه به لحاظ رسیدن مقاصد مادی و جلب رضایت تن به این عمل می‌دهد و به اختیار خود مرتکب عمل منافی عفت می‌شود که در این حالت مستحق دریافت خسارت مادی و معنوی نیست. در ضمن خصوصیتی در ذکر کلمه دختر وجود ندارد و اگر مجنی علیه دختر هم نباشد طبق

قواعد عمومی مسئولیت مدنی و ماده ۱۰ این قانون می‌تواند مطالبه ضرر و زیان مادی و معنوی را بنماید.

بنابراین از شرایط پیش بینی شده در ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی استنباط می‌گردد در صورتیکه شخصی رضایت به هم خوابگی نامشروع یا رضایت به ازاله بکارت یا زنا داده است مستحق دریافت خسارت مادی (ارش البکاره) و خسارت معنوی (مهرالمثل) نیست چون ضرر وقتی جبران می‌شود که مطالبه‌اش مشروع باشد. این تفسیر با قانون مجازات اسلامی و نظرات مشهور فقهای امامیه که بیان می‌دارند زن در صورت رضایت به روابط نامشروع، بقیه است و مستحق دریافت مهرالمثل نیست هماهنگ است.

۵. امکان سنجی جبران خسارت ازاله بکارت زوجه با اکراه

قانونگذار، در ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ با اشاره به قید «غیر همسر» از مواردی که ازاله بکارت توسط زوج انجام می‌شود احتراز جسته است. زیرا زوج در این حالت مرتکب فعل «مجاز» شده و آن «فعلی است که فاعل بوسیله آن حق قانونی خود را اعمال نموده است». (امامی، بی‌تا، ص ۳۹۹). با امعان نظر به فصل هفتم (در مهریه) قانون مدنی و مواد ۱۰۷۸ تا ۱۱۰۱ آن متوجه می‌شویم آنچه که در استقرار و میزان مهریه اعم از مهرالمثل، مهرالمتعه و مهرالمسمی نقش دارد «نزدیکی» یا عدم نزدیکی می‌باشد و ابدأ بحث ازاله بکارت مطرح نیست.^۱ اما بعضی از فقهای امامیه معتقدند در صورتیکه ازاله بکارت از طریق «غیر نزدیکی» مثلاً با انگشت توسط زوج انجام بگیرد زوج موظف است کل مهریه را بپردازد (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۴۱، ص ۳۷۱).

بحث دیگری که در اینجا مطرح می‌باشد این است که اگر زوج پرده بکارت زوجه خود را با عنف یا اکراه ازاله نموده باشد آیا زوج را می‌توان ضامن دانست؟ ماده ۶۵۸ قانون مجازات جدید جبران خسارت ازاله بکارت به اکراه را فقط در مورد «غیر همسر» مورد توجه قرار داده است. اگر معتقد باشیم که ازاله بکارت توسط همسر حتی اگر با عنف یا اکراه هم باشد، آنگاه باید بپذیریم که زوج به مجرد عقد نکاح مالک بضع زن شده و او می‌تواند هرگونه استمتاعی را از زوجه خود

^۱ در دعوی اثبات رابطه زوجیت دائم و مطالبه مهرالمثل، مطابق قانون مدنی خواهان علاوه بر ادله ارزی می‌بایست سوگند شرعی نیز یاد نماید. در این مورد بنگرید به دادنامه قطعی 92099709083006 : تاریخ دادنامه قطعی 1392/12/25 صادره از شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور.

نماید. اما بعضی دیگر معتقدند که: «اگر زوج بکارت زنش را با انگشت ازاله نماید مرتکب کار حرامی شده است و برخی گفته‌اند تعزیر شده و همه مهرالمسمی را زن مالک می‌شود فتأمل». (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۴۸۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۷۱). از ظاهر کلام این دسته از فقها می‌توانیم به چند نکته پی ببریم اولاً: هرگونه رفتار جنسی با زن به بهانه مالکیت بضع زن حلال نیست. ثانیاً: اعمال مجازات تعزیری برای زوج نشان دهنده این است که ازاله بکارت توسط زوج همراه با اکراه بوده است در غیر این صورت اگر با رضایت زوجه بوده کاملاً روشن است که مرد مستحق مجازات نیست زیرا حق قانونی و شرعی خود را اعمال نموده است. بنابراین به نظر می‌رسد هرچند که مرد به مجرد عقد نکاح مالک بضع زن می‌شود و زوجه موظف است بدون عذر شرعی خود را در معرض استمتاع زوج قرار دهد اما زوج نمی‌تواند مرتکب هرگونه عمل جنسی مانند ازاله بکارت با عنف یا اکراه مرتکب می‌شود. زیرا هرچند که زوج به موجب ازدواج رضایت به رابطه جنسی با شوهر خود داده است ولی این رضایت شامل رضایت به رابطه جنسی با اکراه نیست و در این خصوص هرچند قانون مجازات اسلامی جدید، از ضمان ازاله بکارت همسر احتراز جسته است ولی به نظر می‌رسد ضمان مالی و مجازات زوج در این موارد بدون سبقه شرعی نبوده و باید مورد توجه قانونگذار قرار بگیرد.

۶. بررسی فقهی - حقوقی ازاله بکارت از طریق مقاربت و بدون رضایت

مطابق با ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و ماده ۲۳۱ همان قانون، ازاله بکارت با هر وسیله‌ای (وطی یا غیر وطی) با اکراه صورت بگیرد موجب ضمان است. در مواردی که ازاله بکارت با اکراه و از طریق «وطی» صورت می‌گیرد علاوه بر مهرالمثل، ارش البکاره پرداخت می‌شود. بنابراین وسیله می‌تواند در میزان ضمان ناشی از ازاله بکارت نقش داشته باشد. ظاهراً کسانی (خویی، ۱۴۲۲ ق: ۲۶۴) که معتقدند وسیله نقشی در حکم ازاله بکارت ندارد. ازاله بکارت را در موارد نزدیکی و یا غیر نزدیکی مانند انگشت موجب پرداخت مهرالمثل دانسته‌اند و معتقدند که در ازاله بکارت در موارد زنا یا عنف یا اکراه ارش البکاره داخل در مهرالمثل است.

اصولاً وسیله ارتکاب جرم نقشی در جبران خسارات ناشی از جرم ندارد. اما، آلت جنایت می‌تواند مؤثر در میزان ارش البکاره باشد. در خصوص تأثیر دخول در میزان ارش البکاره آیت الله موسوی اردبیلی در جواب به این سؤال که «در اثر تصادف بکارت دختری زایل شده است، آیا ضرر و زیان بر طبق چه مبنایی محاسبه می‌شود؟ بیان داشته‌اند ارش البکاره پرداخت می‌شود و تعیین ارش البکاره مقایسه باکره با غیره باکره در امثال این زن و به نظر کارشناس باید مراجعه

شود با در نظر گرفتن اینکه بکارت بر اثر تصادف از بین رفته نه دخول محاسبه می‌شود». (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۸: ۱۱۹). آلت جنایت می‌تواند مؤثر در تعیین مهرالمثل یا ارش البکاره هم باشد. چون ازاله بکارت در موارد زنا یا به عنف یا اکراه موجب پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل است و در موارد غیر نزدیکی موجب پرداخت فقط مهرالمثل می‌باشد.

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۴۱۴۷ مورخ ۱۳۷۹/۵/۱۰ اشعار داشته است: «طبق فتوای امام قدس سره در تحریرالوسیله مسئله ۵ صفحه ۵۸۴ و نظر صاحب جواهر رضوان الله علیه و اطلاق ماده ۴۸۱^۱ قانون مجازات اسلامی در صورت ازاله بکارت به عنف جانی باید ارش بکارت را پرداخت نماید...». (شهری و دیگران، ۱۳۸۶: ۹۷۲). نظریه مشورتی فوق از این جهت که پرده بکارت دیه معین ندارد و در ازاله بکارت از طریق زنا یا به عنف یا اکراه بنا بر نظر امام (ره)^۲ باید علاوه بر ارش البکاره مهرالمثل نیز پرداخت شود کاملاً صحیح است. اما اشکالی که در این نظریه مشورتی وجود دارد این است که اداره حقوقی قوه قضاییه نظریه صاحب جواهر (ره) را به اشتباه بیان کرده است. زیرا صاحب جواهر (ره) در ابتدا بیان نموده‌اند: «و لو کانت المکره بکرا هل يجب لها ارش البکاره زائدا عن المهر فيه تردد و الأشبهه عند المصنف و الفاضل وجوبه، بل عن المبسوط أنه مذهبنا، لأصالة تعدد المسببات بتعدد الأسباب». (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴۳، ۲۷۶). یعنی اگر دوشیزه اکراه شده بود آیا علاوه بر مهرالمثل ارش البکاره نیز واجب می‌شود؟ در آن تردد است اشبه نزد مصنف (محقق حلی) و فاضل و جوب ارش البکاره است. بلکه در مبسوط شیخ طوسی آمده است این حکم عقیده ما (شیعه) است به خاطر اصل تعدد اسباب که موجب تعدد مسببات است. اما صاحب جواهر (ره) در ادامه بحث خود نظر به داخل شدن ارش البکاره در مهرالمثل دارند که متأسفانه اداره حقوقی قوه قضاییه به آن توجه نکرده است. ایشان بیان داشته‌اند: «و لکن قد يقوى دخوله فى المهر الذى اعتبر البکاره فيه، للأصل بعد خلو

^۱ منظور ذیل ماده ۴۸۱ قانون مجازات اسلامی است که بیان می‌دارد: «... در صورتی که آن عضو دارای دیه معین نباشد دادن ارش لازم است».

^۲ نظریه مشورتی دیگری نیز مانند همین نظریه به شماره ۷/۳۱۷۷-۱۱/۳-۱۳۶۸ وجود دارد که اشعار داشته است: «زاله بکارت چنانچه به عنف و اکراه صورت گرفته باشد طبق فتوای امام قدس سره در تحریرالوسیله (مسئله ۵ صفحه ۵۸۴) و نظر صاحب جواهر رضوان الله علیه و اطلاق ماده ۱۸۷ قانون دیات جانی باید ارش بکارت را پرداخت نماید...». (بازگیر، ۱۳۸۶: ۲۲۷).

^۳ حضرت امام (ره) در مسئله پنجم تحریرالوسیله در این خصوص بیان نموده‌اند: «اگر زنیکه اکراه شده باکره بود و در اثر وطی بکارتش زایل شده و هم افضاء گردیده آیا علاوه بر مهر و دیه ارش بکارت را طلبکار می‌شود یا نه؟ محل تردد است و احتیاط در دادن هر سه است». (الموسوی الخمينی، بی تا: ۵۸۷).

النصوص الواردة في مقام البيان عنه، بل ظاهر اقتصارها على غيره عدمه، و لقول الصادق عليه السلام لعبد الله بن سنان المتقدم في ديه الشعر «إن شعر المرأة و عذرتها شريكان في الجمال فإذا ذهب بأحدهما وجب لها المهر كمالاً». (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴۳، ۲۷۶). یعنی نظر قوی این است که ارش البکاره داخل در مهرالمثل می‌شود. به خاطر ملاحظه بکارت در مهرالمثل و اصل عدم بعد از اینکه روایات در مقام بیان حکم ازاله بکارت درباره پرداخت ارش البکاره علاوه بر مهرالمثل خالی از نص هستند. بنابراین ظاهر این است که بر آن چیزی که در روایات گفته شده است اکتفاء گردد و دلیل ما قول امام صادق (ع) از عبدالله بن سنان در بحث دیه مو است که امام فرمودند: «موی زن و بکارت زن در زیبایی زن شریک هستند هرکدام از بین برود دیه کامل واجب می‌شود». در پایان این بحث دو رأی از دیوان عالی کشور را ذکر می‌کنیم که تعیین ارش البکاره علاوه بر مهرالمثل غیر موجه دانسته شده است (محمودیان اصفهانی و مالمیر، ۱۳۹۲، ۱۳۵).

نکته دیگر آنکه، دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۲۶/۱۲۴۹/شعبه ۲۶ به تاریخ ۷/۴/۷۱ اشعار داشته است: «...در خصوص مهرالمثل و ارش البکاره لازم به توضیح است که با ازبین رفتن بکارت طبق گواهی پزشکی مهرالمثل به عهده متهم ثابت می‌شود ولی اضافه نمودن زاید بر آن در صورتی صحیح است که پزشک افضاء را نیز تصریح نماید که در این صورت دیه ثابت می‌شود و در غیره این صورت فقط ضامن مهرالمثل می‌باشد و برای پاره‌گی‌ها ارش هست نه ارش البکاره...». لازم به توضیح است که در این پرونده شخص متهم است به ارتکاب سه فقره زنا به عنف نسبت به دخترهای خردسال ۱- نه ساله ۲- دوازده ساله ۳- پنج ساله بوده است (بازگیر، ۱۳۸۶: ۲۲۹). در رأی مشابه دیگری مورّخه ۱۳۷۳/۱۲/۵ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور آمده است: «بر فرض وقوع زنا به عنف آنچه از جهت ازاله بکارت مسلماً بر عهده جانی است مهرالمثل است نه ارش البکاره و نه دیه». (حجتی، ۱۳۸۹: ۶۳۵). در این رأی دیوان عالی کشور مطابق با ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی پرداخت مهرالمثل را قدر متقین برای ازاله بکارت از راه زنا به عنف یا اکراه دانسته است. درحالی که همان‌گونه که اشاره نمودیم ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی ترجمه‌ای دقیق است از فرع پنجم از مسئله دوم از باب دیات کتاب تحریر الوسیله حضرت امام (ره) (موسوی الخمینی، بی‌تا: ۵۸۷) و ناظر به موارد غیرنزدیکی می‌باشد و حکم ازاله بکارت در موارد نزدیکی در تحریر الوسیله ارش البکاره علاوه بر مهرالمثل است (موسوی الخمینی، بی‌تا: ۵۸۴) بنابراین با توجه به اینکه پرداخت مهرالمثل در موارد مقاربت به

عنوان دیه نیست و به جهت انتفاع از بضع پرداخت می‌شود، می‌توان برای ازاله بکارت در موارد زنا یا اکره ارش البکاره علاوه بر مهرالمثل تعیین نمود

نتیجه‌گیری

۱. پرده بکارت در قانون مجازات اسلامی ایران به عنوان یک «عضو» محسوب شده است و هرگونه صدمه غیر قانونی به آن یک جنایت بر عضو محسوب می‌شود. مبنای ارش البکاره به سبب جنایت بر عضو به جهت جبران خسارت مادی است. علاوه بر این در مواردیکه پرده بکارت به طور طبیعی وجود ندارد یا پرده بکارت از نوع حلقوی قابل اتساع است، خسارت مادی برای ازاله بکارت تعلق نمی‌گیرد زیرا جنایت بر عضو محقق نشده است.

مشهور فقهای امامیه در مورد زنا یا اکره یا اکره با زنی هم که ازاله بکارت نشده (زن غیر باکره) قائل به پرداخت مهرالمثل شده‌اند. بنابراین مبنای اصلی پرداخت مهرالمثل انتفاع از بضع است ولی در شرع و قانون برای موردی هم که بدون نزدیکی و با اکره یا اکره ازاله بکارت صورت گرفته باشد مهرالمثل پیش بینی شده است. ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی نیز موید همین نظر است.

۲. از شرایط پیش بینی شده در ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی استنباط می‌گردد در صورتیکه شخصی رضایت به هم خوابگی نامشروع یا رضایت به ازاله بکارت یا زنا داده است مستحق دریافت خسارت مادی (ارش البکاره) و خسارت معنوی (مهرالمثل) نیست چون ضرر وقتی جبران می‌شود که مطالبه‌اش مشروع باشد. این تفسیر با قانون مجازات اسلامی و نظرات مشهور فقهای امامیه که بیان می‌دارند زن در صورت رضایت به روابط نامشروع، بقیه است و مستحق دریافت مهرالمثل نیست هماهنگ است.

۳. ابهامی که در اینجا باید به آن پرداخت این است که از یک سو، در ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ارش البکاره به سبب «ازاله بکارت» در نظر گرفته شده، اما از سوی دیگر مطابق با ماده ۶۵۸ همان قانون جبران خسارت ازاله بکارت در موارد مقاربت و بدون رضایت موجب ضمان مهرالمثل است. در مقام رفع این ابهام می‌توان گفت که ماده ۶۵۸ با اطلاق مقامی ارش البکاره را نفی می‌کند ولی ماده ۲۳۱ بیان است. بنابراین، با بیان ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی اطلاق مقامی ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی از بین می‌رود.

۴. قانونگذار، برخلاف ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ با اشاره به قید «غیر همسر» از مواردی که ازاله بکارت توسط زوج انجام می‌شود احتراز جسته است. زیرا زوج در این حالت مرتکب فعل «مجاز» شده ولی به نظر می‌رسد هرچند که مرد به مجرد عقد نکاح مالک بضع زن می‌شود و زوجه موظف است بدون عذر شرعی خود را در معرض استمتاع زوج قرار دهد اما زوج نمی‌تواند مرتکب هرگونه عمل جنسی مانند ازاله بکارت با عنف یا اکراه مرتکب می‌شود. زیرا هرچند که زوج به موجب ازدواج رضایت به رابطه جنسی با شوهر خود داده است ولی این رضایت شامل رضایت به رابطه جنسی با اکراه نیست و در این خصوص هرچند قانون مجازات اسلامی جدید، از ضمان ازاله بکارت همسر احتراز جسته است ولی به نظر می‌رسد ضمان مالی و مجازات زوج در این موارد بدون سبقه شرعی نبوده و باید مورد توجه قانونگذار قرار بگیرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

اسماعیل آبادی، علیرضا، رضوی، محمد حسن، ۱۳۸۶. مطالعه تطبیقی قاعده رضایت زیان دیده و اقدام در نظام حقوقی کامن لا و اسلام. فصلنامه فقه و حقوق. سال چهارم. شماره ۱۵.
اصغری آقمشهدی، فخرالدین، ۱۳۸۲، جبران خسارت معنوی در حقوق ایران. پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی. شماره نهم و دهم: ۳۶-۳۱.
امامی نمینی، محمود. ۱۳۸۶، ماهیت مهر و نقد مهریه‌های سنگین، مجله مقالات و بررسی‌ها. شماره ۸۶.

امامی، حسن. بی تا. حقوق مدنی. جلد اول. چاپ اول. تهران: انتشارات اسلامییه.
باریکلو، مرتضی. ۱۳۸۹. مسئولیت مدنی. چاپ سوم. تهران: نشر میزان.
بازگیر، یدالله. ۱۳۸۶. قصاص عضو و دیه اعضاء. چاپ دوم. تهران: انتشارات جنگل.
برغانی محمد تقی بن محمد [شهید ثالث]. ۱۳۸۲. دیات. چاپ اول. قزوین: انتشارات حدیث امروز.
بهجت، محمد تقی. ۱۴۲۸ق. استفتائات. جلد چهارم. چاپ اول. قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت.
پولادی. ابراهیم. ۱۳۸۸. مهریه و تعدیل آن (محاسبه مهریه به نرخ روز). چاپ دوم. تهران: نشر دادگستر.

توکلی س. ۱۳۷۶. خسارات معنوی. مجله دادرسی. شماره ۴

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۶، حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
حجتی، مهدی، ۱۳۸۹. قانون مجازات در نظم حقوق کنونی. چاپ اول. تهران: دادستان.
حیدری، عباسعلی، ۱۳۸۴. مبانی فقهی مهریه، موانع و راهکارهای استیفای آن، مجله تخصصی
فقه و مبانی حقوق بابل، شماره ۲.

صفایی، سید حسن. امامی، اسدالله. ۱۳۸۵، مختصر حقوق خانواده، چاپ یازدهم. تهران: نشر
میزان.

عمید، حسن، ۱۳۷۹، فرهنگ عمید، جلد اول، چاپ بیستم، تهران: نشر امیر کبیر.
محمدی، پژمان، پور شاد، امیر، مبین، حجت، ۱۳۹۷، تأثیر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب
۱۳۹۲ بر امکان مطالبه خسارات معنوی و عدم نفع در نظام حقوقی ایران، پژوهش حقوق
خصوصی، سال ششم، شماره ۲۴.

محمودیان اصفهانی، کامران، المیر، محمود، ۱۳۹۲، جبران خسارات ازاله بکارت در حقوق
کیفری ایران و فقه امامیه، مجله حقوقی دادگستری، شماره هشتاد و سوم، پاییز.
محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۵، بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر
علوم اسلامی.

مطهری، مرتضی، بی تا، فقه و حقوق (مجموعه آثار)، جلد ۱۹، چاپ اول، قم.
معاونت آموزش قوه قضائیه. ۱۳۸۸. مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری. جلد پنجم.
امامی. مسعود. ازاله بکارت در اثر معاینات پزشکی. چاپ اول. تهران: انتشارات جنگل.
یزدانیان. علیرضا. ۱۳۷۹. حقوق مدنی قلمرو مسئولیت مدنی. چاپ اول. تهران: نشر ادبستان.

ب. عربی

ابن ادریس، محمدبن منصوربن احمد. ۱۴۱۰ ق. السرائر الحاوی التحریر الفتاوی. جلد سوم. قم:
دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن منظور، جمال الدین محمدبن مکرّم. ۱۴۱۴ ق. لسان العرب. جلد چهاردهم. چاپ سوم. لبنان.
بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

اردبیلی، احمدبن محمد. ۱۴۰۳ ق. مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. جلد چهاردهم.
چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزل علمیه قم.

الجبعی العاملی، زین الدین بن علی [شهید ثانی]. ۱۴۱۳ ق. مسالک الافهام الی تنقیح شرایع
الاسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- خویی. سید ابوالقاسم، ۱۴۲۲ق. مبانی تکمله المنهاج، جلد دوم. چاپ اول. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- سُیوری حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله [فاضل مقداد]. ۱۴۰۴ ق. التنقیح الرائع لمختصر الشرایع. جلد چهارم. چاپ اول. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- صدوق، ابن بابویه ابی جعفر محمد بن علی. ۱۴۱۳ ق، من لایحضر الفقیه. جلد چهارم. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طریحی، فخرالدین. ۱۴۱۶ ق، مجمع البحرین، چاپ سوم. تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
- عاملی. حر. ۱۴۰۹ ق. وسائل الشیعه. چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- فاضل اصفهانی. محمد بن حسن. ۱۴۱۶ ق. کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام. جلد دهم و یازدهم. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل لنکرانی. محمد. ۱۴۱۸ق. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله. چاپ اول. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- قرشی. سید علی اکبر. ۱۴۱۲ق. قاموس قرآن. جلد ۱. چاپ ششم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محقق حلی. ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن. ۱۳۸۸. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد دوم. الطبعة الثامنة. تهران: انتشارات استقلال.
- مکی العاملی. شیخ ابی عبدالله شمس الدین محمد بن جمال الدین [شهید اول]. ۱۴۱۰ ق. اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه. چاپ اول. بیروت: دار التراث، دارالاسلامیه.
- موسوی الخمینی. روح الله. ۱۴۲۲ ق. استفتاات. جلد سوم. چاپ پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی الخمینی. سید روح الله. بی تا. تحریر الوسیله. جلد دوم. چاپ اول. قم: مؤسسه المطبوعات دارالعلم.
- نجفی. محمد حسن [صاحب جواهر]. ۱۴۰۴ق. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. جلد ۴۱ و ۴۳. چاپ هفتم. بیروت: دار احیاء التراث العربی.