

اثر فقدان بکارت در ایجاد حق فسخ نکاح توسط زوج محمد هادی ذاکر حسین - کارشناس حقوق

مقدمه:

« بکارت» از جمله مفاهیمی است که طی تاریخ بشریت حامل بار معنایی مقدسی بوده است و عاملی سبب عفت و ورزیدن دختران شناخته شده، آنگونه که در احادیث اسلامی نیز اشارت رفته است. چنین است که بکارت نقش مهمی را در امر ازدواج ایفا می کند.

در این مقاله سعی بر آن شده است که ان شاء الله با نگاهی فقهی - حقوقی به نقش بکارت و اشتراط آن در عقدنکاح و موضوعات مرتبط با آن مانند تدلیس در نکاح، مسایل این حوزه مورد بررسی قرار بگیرد. به امید آنکه برای علاقه مندان مفید واقع بشود. بدیهی است این مقاله داعیه دار صفت جامعیت نمی باشد.

۱) معنای بکارت:

مفهوم بکارت در موضوعات مختلف فقهی تفاوت دارد. به طور مشخص فقها ذیل موضوع « اولیای عقد» و به هنگام بیان حکم ولایت پدر در نکاح باکره، به تعریف باکره و ارائه ملاک در این باره پرداخته اند. در اینجا برخی از فقها بکارت را عدم دخول به عقد شرعی می دانند چه دخول از راه قبل بوده باشد چه از راه دبر. اما برخی دیگر که ظاهراً اکثریت نیز می باشند بکارت را عدم دخول به طور مطلق دانسته چه و طی مشروع بوده یعنی در اثر نکاح اعم از دائم و موقت بوده باشد یا وطی نامشروع مانند زنا بوده و یا وطی به شبهه واقع شده باشد. پس آنچه که در اینجا ملاک ثبوت عنوان باکره بر دختر است وقوع یا عدم وقوع دخول است و وجود پرده مخصوص بکارت در آن نقشی ندارد، چرا که مثلاً وطی از راه دبر به ازله بکارت نمی انجامد و همچنین هستند زنانی که بواسطه مجامعت ازاله بکارت نمی شوند. مراد از دخول نیز همان ایلاج یا ورود حشفه مرد به فرج زن است، پس ازاله بکارت بواسطه غیر دخول مانند ازاله بواسطه بیماری یا حوادث طبیعی و یا بوسیله انگشت و سایر اعضای بدن و غیره مسقط عنوان بکارت نیست. در این معنا، از میان متاخرین حضرت امام رحمه الله علیه دخول مسقط بکارت را مطلق دخول (اعم از مشروع یا نامشروع) می دانند و آیت الله سیستانی دامت برکاته تنها دخول مشروع را موثر در سقوط بکارت می دانند. البته نظرات و اقوال دیگری در اینباره ابراز شده است که بر خلاف اقوال مشهورند مانند اینکه ملاک ثبوت بکارت انعقاد عقد نکاح و عدم آن و یا وجود پرده بکارت است.

اما در موضوع مورد بحث ما یعنی باکره بودن زن در نکاح، مبادرت منطبق بر همان مفهوم عرفی حاکم در امر نکاح است، و مقصود از باکره دختری است که هم سابقه نزدیکی را مطلقاً نداشته باشد و هم اینکه دارای پرده باشد و در واقع مفهوم باکره بودن و عقیفه بودن در اینجا ممزوج یکدیگرند، پس معنای بکارت به عنوان یکی از صفات زن مورد خواستگاری اعم از معنای بکارت در مفهوم باکره تحت ولایت ولی است. البته مقام رهبری دامت برکاته در اینجا قدر متیقن مفهوم بکارت را وجود پرده می دانند و عدم دخول را در صورتی وارد در معنا می دانند که جز قصد متعاقدين باشد؛ اما باید در اینجا گفت عدم دخول نیز عرفاً وارد در معنای بکارت است و این عرف جزئی از ارادتين را تشکیل می دهد هر چند که طرفین می توانند این لازمه عرفی را اسقاط نمایند.

۲) ماهیت بکارت چیست؟

باکرده بودن صفت است و آنگونه که فقها تصریح کرده اند جز «صفات کمال» می باشد یعنی صفتی است که اگر در زنی باشد موجب کمال آن زن نسبت به زنهای دیگر بوده و در نتیجه موجب افزایش میزان مهریه او خواهد بود، لذا در بحث تعیین مهرالمثل یکی از صفاتی که مورد ملاک قرار می گیرد باکره یا ثیبه بودن زوجه است. جمال و زیبایی و سواد و دانش نیز از جمله صفات کمال در یک زن هستند.

اینکه فقدان بکارت فی نفسه «عیب» محسوب می شود یا خیر محل بحث است. شهید اول رحمه الله علیه می فرمایند عیب محسوب نمی شود چرا که فقدان بکارت فوت چیز زائد بر خلقت اصلی است و این عیب و نقص نمی باشد، چنانکه موی پر نداشتن که داشتنش از صفات کمال زن است عیب محسوب نشده و زوج نمی تواند با استناد به آن خواهان اعمال خیار عیب بگردد. اما شهیدثانی رحمه الله علیه ضمن قبول این ملاک کلی درباره شناسایی عیوب، عدم بکارت را فی نفسه عیب می دانند و می فرمایند مقتضای خلقت اولیه و اصلی زن، داشتن پرده بکارت است و فقدان آن نقصان خلقت اصلی است. لذا به عنوان مثال در بیع کنیز اگر پس از انعقاد بیع، کنیز باکره نبود مالک با استناد به معیوب بودن کنیز می تواند با اعمال حق خیار عیب، یا عقد را فسخ کند یا اینکه ارش بگیرد. اما در نکاح زن آزاد، صرف فقدان بکارت از عیوب موجب فسخ نکاح نیست بلکه در تقلیل مهریه اثرگذار است و البته این در صورتی که زوج نسبت به عدم بکارت زوجه آگاه نبوده باشد. آیت الله سیستانی دامت برکاته این رای را پذیرفته اند اما برخی دیگر صرف عدم بکارت را (یعنی بدون اشتراط در عقد) نه موجب حق فسخ می دانند و نه موجب تقلیل مهریه. پس می توان گفت فقدان بکارت عیبی است که تمامی آثار عیوب در عقود بر آن مترتب نیست.

۳) خروج خیارات:

همانطور که عنوان شد فقدان بکارت در زن مانند عیب در مبیع نیست که از موجبات حق فسخ برای زوج باشد، پس در اینجا خیار عیب واقع نمی شود، اینکه آیا شرط کردن بکارت در عقد موجب ایجاد حق خیار اشتراط می شود یا خیر؟ پاسخ منفی است. چرا که خیار شرط در جایی است که آنچه شرط می شود (مشروط به) یا صفت نبوده باشد یا از صفات کمال نباشد مانند اینکه بایع در بیع شرط کند این جنس را فروختم به شرط آنکه مشتری فلان پیراهن را رنگ بکند. لذا به اصطلاح اصولین بکارت از عنوان خیار شرط «خروج موضوعی» دارد. البته به طور کلی شرط خیار در نکاح وجود دارد و جاری است.

۴) خیار تدلیس:

استناد به فقدان بکارت تنها تحت یک عنوان می تواند در ایجاد حق فسخ اثر داشته باشد و آن خیار تدلیس است. چرا که صفت کمالی مانند بکارت شرطی است که تخلف از آن موجب تدلیس است. تدلیس از دلس به معنای ظلمت است و آن در موقعی ثابت است که مثلاً در بیع بایع صفت کمالی را در مبیع شرط کند و آنگاه خلاف آن ظاهر بگردد. پس اگر در نکاح وجود بکارت در زن به طور صریح یا ضمنی در عقد شرط شده باشد. و پس از عقد زن ثیبه یافته شود برای زوج حق فسخ یا قبول عقد به همان صورت (یعنی بدون ارش) وجود دارد، اما بنابر قاعده غرور (المغرور یرجع الی من غره) زوج می تواند به غار و مدلس مراجعه کرده و از او مطالبه خسارت نماید که در اینجا میزان خسارت برابر با میزان ارش زن باکره و ثیبه است.

اگرچه اشتراط بکارت شرط است و فقدان آن تخلف از شرط، اما چون بکارت هم صفت کمال است و هم یک صفت ایجابی است که مورد ادعا واقع شده است، پس فقدان آن، یعنی پنهان کردن واقع، که همان تدلیس است.

۵) انواع شرط:

اشترط بکارت بر دو صورت است: یا در عقد صراحتاً وجود بکارت شرط شده و یا اعلان می گردد مانند آنچه که امروزه متعارف است و در هنگام وکالت گرفتن از دختر بیان می شود ک مثلاً: « دوشیزه مکرمه خانم ...» یا آنکه اشتراط به صورت ضمنی صورت می پذیرد. شرط ضمنی خود بر دو قسم است یکی شرط تبانی و دیگر شرط عرفی. آنچه که مورد قبول اکثر فقها خصوصاً متأخرین از ایشان واقع شده است ضمنی تبانی در عقد است و آن شرطی است که پیش از عقد بواسطه توصیف شدن یا اخبار به مشروط به بدان اشاره شده است اما به هنگام عقد بدان تصریح نمی گردد؛ مثلاً اگر هنگام خواستگاری درباره باکره بودن دختر صحبت و مذاکره بشود و عقد هم با عنایت به آنچه گفته شده منعقد بشود، این شرط معتبر بوده و با استناد به فقدان آن می توان عقد را فسخ نمود. اعتبار شرط ضمنی تبانی بر اساس قاعده «العقود تابعه للقصود» قابل اثبات است.

نوع دیگر شرط ضمنی « شرط عرفی » است که متأسفانه غالب فقها متعرض آن نشده اند و حتی برخی از فقها مانند مرحوم ابوالحسن اصفهانی در ابتهاج صراحتاً آن را مردود شمرده اند؛ و آن شرطی است که هیچ گاه پیرامون آن بحث نمی شود بلکه بنابر عرف جامعه و اوضاع و احوال، جزئی از اراده متعاقدين محسوب می شود. در واقع شرط عرفی تأثیری همانند نقش بنا، عقلا در ادله استنباط احکام دارد. اگر چه شارع مقدس صراحتاً حکم به اعتبار عرف نکرده است اما در مصادیق مختلف اعتبار آن را فرض کرده است. به عنوان مثال احکام ذیل همگی در نتیجه الزام عرفی هستند.

الف) سالم بودن مبیع از عیوب

ب) لزوم تسلیم و قبض مبیع

ج) حق حبس و لزوم پرداخت ثمن

د) عدم حق نفقه در فاصله زمانی عقد تا زفاف

و موارد دیگری که اگرچه در عقد شرط نمی شود اما به عنوان شرط و الزام عرفی وارد در اراده متعاقدين است. عدم توجه به عامل عرف در جامعه امروزی اثرات نامطلوبی در پی خواهد داشت و فقه جعفری سلام الله علیه را از حالت پویایی به ایستایی تبدیل می کند.

یکی از مواردی که مسلماً از الزامات و شروط عرفی نکاح است، باکره بودن دختر مورد خواستگاری است یعنی حکم عرف آنست که مردی که برای بار اول به خواستگاری دختری می رود که او نیز سابقه ازدواج نکرده، به خواستگاری باکره رفته است، خصوصاً که شارع مقدس همواره در ازدواج اول تأکید و ترغیب به نکاح باکره نموده است. پس در چنین حالتی حتی اگر بکارت صراحتاً یا متبایناً در عقد شرط نشده باشد، فقدان آن موجب خیار تدلیس است.

۶) شرایط فسخ:

برای تحقق خیار تدلیس وجود دو شرط لازم است:

اول آنکه فقدان بکارت مسبوق به پیش از عقد بوده باشد. در واقع در اینجا بنا بر اصل دوام نکاح و از آنجا که این احتمال وجود دارد که ازاله بکارت مابین عقد تا زمان علم به ازاله روی داده باشد، زوج مدعی محسوب شده و می بایست ادعای خود را از طریق اقامه بینه یا اقرار خود زوجه ثابت کند. دوم آنکه مرد پیش از عقد آگاه از وضعیت زوجه نبوده

باشد در غیر این صورت حق فسخ ندارد چرا که بنابر قاعده « اقدام » او به وضعیت زوجه رضایت داده و عقد را با همان اوصاف واقع پذیرفته است. از سوی دیگر از ارکان تدلیس علم مدلیس به فعل تدلیس است. خیار تدلیس فوری است و عدم اعمال به موقع آن موجب تحقق قاعده اقدام و سلب خیار خواهد شد.

۷) سکوت:

فقه‌ها عنوان کرده اند سکوت سبب تحقق تدلیس نمی شود و سکوت نسبت به وجود عیب یا فقدان صفت کمال موجد حق فسخ نیست. این سخن در جایی صحیح است که هیچ شرطی در کار نباشد، یعنی مثلاً اگر شرط نشده باشد که موی زن پرپشت بوده و زن هم کم مو باشد و چیزی نکوید این تدلیس نیست. اما هنگامی که مشروط به عرفاً ضمن عقد باشد سکوت در اینجا موجد تدلیس است، چرا که اگر چه سکوت امری سلبی است و اثر ایجابی از آن نمی توان اخذ کرد و بنا بر همین مبناست که گفته اند « لا ینسب القول لساکت » اما به وقت اشتراط (چه صریح چه ضمنی) چونکه سکوت همراه با قرینه و دال بر اعلان اراده است امری ایجابی محسوب شده و موثر خواهد بود لذا سکوت دختر و همچنین اولیای عقد در این هنگام تدلیس محسوب می شود. پس امروزه اگر فردی به خواستگاری زنی برود که عرف حکایت از باکره بودن اومی کند، سکوت زن نسبت به باکره نبودن تدلیس محسوب می شود. از آنجایی که فقه‌ها شرط عرفی را ضمن شروط مدخلیت نداده اند به تبع به این موضوع نیز اشاره نکرده اند.

۸) ترمیم پرده بکارت:

از مواردی که امروزه بر اثر پیشرفت علوم پزشکی صورت می پذیرد، ترمیم پرده بکارتی است که پاره شده باشد این امر منشا وقوع بسیاری از تدلیس‌ها و نیرنگ‌ها در امر ازدواج شده است و کسانی که روزگاری به خاطر ترس از ازاله بکارت به سوی فساد اخلاقی نمی رفتند امروزه بدون دغدغه به این قبیل امور می پردازند.

ترمیم پرده بکارتی که در اثر مجامعت پاره شده باشد متیقناً تاثیری در سقوط حق فسخ نداشته و موجد خیار تدلیس است، در اینجا حتی پزشکی که ترمیم کرده است مدلس شناخته می شود، روشن است که فعل تدلیس مانند عمل جراحی مذکور حق مکاسب محرمه بوده و در آمد حاصله از آن نیز نامشروع است. اما اگر پارگی بوده در اثر حوادث طبیعی و ناخواسته بوده باشد می توان گفت ترمیم نه تنها جایز بلکه به جهت حفظ آبرو و شان اجتماعی واجب است (آیت الله صانعی دامت برکاته نیز چنین حکم فرموده اند) همچنین چنین ترمیمی تدلیس محسوب نمی شود و سکوت دختر نسبت به آن نیز چنین است، چرا که آنچه مطلوب مرد است داشتن پرده و عقیفه بودن زن است که هر دو در اینجا واقع است.

۹) اشتراط ثیبوبت:

شرط خلاف موضوع مورد بحث ما نیز صحیح است، یعنی اگر مرد زنی را به شرط ثیبه بودن عقد کند و بعد بفهمد که باکره است حق فسخ خواهد داشت، اما این حق در اثر خیار تخلف از شرط حاصل شده است نه خیار تدلیس چرا که ثیبوبت صفت کمال نیست. شرط ثیبوبت معتبر است چرا که غیر عقلانی نبوده و ممکن است مرد نیاز خاصی به ازدواج با غیر باکره داشته باشد.

۱۰) بررسی تطبیقی:

در بین سایر فرق اسلامی حنفیه معتقد است در میان شروطی که نسبت به اوصاف زوجین می شود تنها شرطی که مربوط به کفایت و کفویت زوج است موثر بوده و تخلف از آن موجب حق فسخ خواهد بود اما در سایر شروط تخلف از

شرط موجد خیار شرط نیست. سایر فرق با استناد به قاده «المسلمون عند شروطهم» خیار شرط را در کلیه شروط جاری می دانند. جاری دانستن خیار تدلیس در مورد صفات کمال در نکاح در این سطح، از مختصات فقه امامیه است.

(۱۱) دیدگاه حقوقی:

ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر داشته است: «هر گاه 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 متباین بر آن واقع شده باشد»

آنچه که این ماده بدان اشاره کرده است شرط صریح و ضمنی تبانی است. اما اعتبار شرط عرفی مستند است به ماده ۲۲۵ که می گوید: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.» در واقع عرف که قاعده ای الزام آور است که به تدریج میان همه یا گروه خاصی از مردم حاکم شده است جزئی از ارادتهای محسوب می شود.

مطابق قانون مجازات اسلامی تدلیس در نکاح موجب تحقق مسوولیت کیفری و اعمال مجازات است.

نتیجه گیری:

- ۱) منظور از باکرده هنگام انعقاد عقد نکاح، دختری است که علاوه بر اینکه صاحب پرده مخصوص بکارت است. مطلقاً مورد نزدیکی قرار نگرفته باشد چه از راه مشروع یا غیر مشروع و چه با رضایت و چه از سر اکراه.
- ۲) بکارت جز صفات کمال زن بوده و فقدان آن از جهاتی عیب محسوب شده و در تقلیل میزان مهریه موثر است.
- ۳) صرف فقدان بکارت موجد خیار عیب و خیار شرط نیست.
- ۴) تخلف از اشتراط صریح یا ضمنی وجود بکارت در زن، موجب تحقق تدلیس و حق فسخ برای زوج می گردد.
- ۵) وجود بکارت در زنی که اولین بار است که می خواهد ازدواج کند عرفاً شرط محسوب شده و فقدان آن موجب خیار است.
- ۶) ترمیم پرده بکارت اگر ازاله در اثر حوادث طبیعی بوده باشد نه تنها تدلیس نبوده بلکه لازم است.

منابع:

- ۱) احوال شخصیه، محمد جواد مغنیه، ققنوس
- ۲) بررسی فقهی حقوق خانواده، محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی
- ۳) تحریرالوسیله، ج سوم، امام خمینی (ره)، انتشارات جامعه مدرسین قم
- ۴) تبیین شرح لمعه، علی شیروانی، دارالعلم
- ۵) جزوه «ماهیت، احکام و حدود نکاح منقطع» هادی ذاکر حسین
- ۶) شرط ضمنی، حسین سیمایی صراف، بوستان کتاب قم
- ۷) ماهنامه حقوق دادرسی، شماره ۴۴، مقاله «تدلیس در ازدواج»
- ۸) مجموعه آرای فقهی، قضائی در امور حقوق، ج اول، معاونت آموزشی قوه قضاییه

