

بررسی تطبیقی مجازات ازاله بکارت در فقه امامیه و حقوق کیفری

کامران محمودیان اصفهانی^{۱*}، حسن پورباقرانی^۲، علی یوسف‌زاده^۳

۱. مدرس دانشگاه و دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان)

(تاریخ دریافت: ۹۴/۱۲/۱؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۲/۱۸)

چکیده

مجازات ازاله بکارت بر حسب جنسیت فاعل جرم، رضایت دوشیزه و کیفیت رفتار مرتکب (آمیزش یا غیرآمیزش) متغیر است؛ در موارد ازاله بکارت از طریق زنا، علاوه بر حد، اجرای تعزیر جایز نیست و در این مورد اگر ازاله بکارت با اکراه باشد، ضمان مهرالمثل معادل دیه ازاله بکارت تلقی نمی‌شود؛ بر خلاف موردی که ازاله بکارت با اکراه در مورد غیرمجامعت محقق می‌شود که در این حالت مهرالمثل، دیه ازاله بکارت و ملحق به قواعد حاکم بر دیات است، اما ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش بنا به نظر مشهور فقهای امامیه، از مصادیق موضوع تعزیر منصوص شرعی است؛ به‌علاوه یکی از ویژگی‌های منحصر به فرد این قسم از ازاله بکارت در مقایسه با سایر جرایم جنسی، برخورداری بزه‌دیده از حق قصاص است که این حق در صورتی اعمال می‌شود که دختر بکر بدون رضایت دوشیزه به ازاله بکارت وی مبادرت کند. ضمن آنکه ازاله بکارت در موارد غیرمقاربت مشمول «حدود غیرمذکور» موضوع ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی یا «تعزیر منصوص شرعی» موضوع تبصره دوم ماده ۱۱۵ همین قانون نیست. گذشته از این ازاله بکارت در موارد غیرنزدیکی به تبع کیفیت رفتار ارتكابی شاید مشمول بعضی از مقررات قانون مجازات اسلامی در بخش تعزیرات شود.

واژگان کلیدی

ازاله بکارت، تعزیر، مجازات.

مقدمه

هر جامعه «انتظارات» و ضوابط مخصوص به خود دارد که طی سده‌ها حیات اجتماعی پدید آمده‌اند و حقوق نیز از همین انتظارات نشأت گرفته، پس ماهیت حقوق نیز در هر جامعه منحصر به فرد است (صانعی، ۱۳۸۹: ۹۶). بنابراین برای آنکه قانون‌های موضوعه در کشوری دوام داشته باشد، باید با انتظارات عمومی مردم آن جامعه سازش داشته باشد. یکی از این انتظارات عمومی که در قبل و بعد از انقلاب اسلامی نزد جامعه و فرهنگ ایرانی فارغ از مباحث پیچیده فلسفه اخلاق به عنوان «ارزش انسانی اجتماعی» قلمداد شده، حمایت از «پرده بکارت» است. در ظاهر این ارزش در دوران ما تا حدودی به‌ویژه در موارد رضایت به ازاله بکارت، منحصر به جامعه ایران است^۱ تا حدی که پرده بکارت بیش از آنچه ارزش «جسمی» داشته باشد، ارزشی «حیثیتی» تلقی می‌شود و معمولاً به‌مثابه یک صفت برای دختران ایرانی است که ازدواج می‌کنند، از همین رو ازاله بکارت نقض یکی از ارزش‌های مهم انسانی در جامعه ایران دانسته می‌شود و قانونگذار در مقررات کیفری در پاره‌ای از موارد آن را مورد حمایت قرار داده که تحلیل این سیاست کیفری تقنینی موضوع تحقیق حاضر است.

ازالۀ بکارت در لغت به معنای مَهر برداشتن و بسودن دختر می‌باشد (دهخدا، ۱۳۳۷: ۵) و از نظر پزشکی قانونی صدمه و آسیب یا پارگی پرده بکارت را «ازالۀ بکارت» می‌نامند

۱. مفهوم جرم مفهومی نسبی است به این معنا که در جوامع در دوران مختلف، اعمالی را که مخالف انتظارات عمومی بودند، جرم‌انگاری کرده‌اند. مثلاً در گذشته بر خلاف دوران ما در حقوق کامن‌لا مجازات تجاوز به عنف نسبت به یک زن باکره با یک زن غیرباکره متفاوت بوده است، برای مثال در سده سیزدهم در کانادا، مجازات تجاوز بیشتر مربوط به مالکیت عضو بود تا امنیت شخصی زن. در این مورد برکتون گفته است: «وقتی یک باکره ازاله بکارت شده یک عضو را از دست داده است». بر این اساس برای تجاوز چندگانه اولین نفری که بکارت را زایل کرده باشد، به حداکثر مجازات محکوم می‌شود و نفرات بعدی به مجازات کمتری محکوم می‌شوند (Macfarlane, 1993: 5).

(صناعی زاده، ۱۳۸۷: ۲۴۷). مجازات ازاله بکارت در حقوق کیفری اختصاصی مطالعه می‌شود و از نظر پیشینه تقنینی «ازاله بکارت غیرهمسر» برای اولین بار در فصل پنجم قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ در ماده ۲۰۸ مکرر به صورت یک عنوان مجرمانه مورد توجه قانونگذار قرار گرفت. با اینکه مشهور فقهای امامیه، ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش را یکی از مصادیق تعزیر منصوص شرعی قلمداد کرده‌اند، قانونگذار بعد از انقلاب اسلامی، برای ازاله بکارت در قانون‌های تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ و ۱۳۷۵ مجازات خاص وضع نکرد و «ازاله بکارت غیرهمسر» به صورت عنوان مجرمانه مستقلی پیش‌بینی نشد. سؤال اساسی در این تحقیق آن است که وضعیت مجازات ازاله بکارت در صور گوناگون آن چگونه است؟

«ازاله بکارت» از جرایمی است که بنا بر صور متعدد آن، مجازات متفاوتی دارد؛ به‌طور مثال برای ازاله بکارت در موارد آمیزش برخلاف غیرآمیزش، تعزیر منصوص پیش‌بینی نشده و مجوز تعزیر علاوه بر حد زنا در این رابطه به اعمال قاعده تعدد اسباب یا تداخل اسباب بستگی دارد که به‌نظر می‌رسد هیچ‌کدام از دو قاعده حاکمیت نداشته باشند؛ اما مناقشه مشکل‌تر، داوری درباره این مسئله است که ازاله بکارت در موارد غیر نزدیکی از افراد، موضوع تعزیرات منصوص شرعی است یا یکی از موارد حد. همین مناقشه در مقررات کیفری، به تبع همین مسئله وارد شده است مبنی بر اینکه موضوع مطروحه ملحق به ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی می‌شود یا خیر؛ از طرف دیگر تعیین میزان دیه برای ازاله بکارت در صور مختلف، نیازمند مذاقه ویژه‌ای است، زیرا ازاله بکارت در این رابطه تابعی از قصد مرتکب نیست و آنچه در این زمینه مهم خواهد بود، علاوه بر عنصر «رضایت»، شناسایی وضعیتی است که مهرالمثل در صور مختلف ازاله بکارت به دیه یا جبران خسارت معنوی ملحق می‌شود؛ البته تفاوتی بین رضایت ناشی از فریب به ازدواج و غیر آن وجود ندارد، ولی در نظر نداشتن این عدم تفاوت از جهات اصل اخلاق‌گرایی و سرزنش شاید قابلیت تجدید نظر را در مقررات کیفری و از سوی قانونگذار داشته باشد.

نگارندگان در مقاله حاضر صور مختلف ازاله بکارت را طی دو بخش اصلی از منظر فقه امامیه و حقوق کیفری با روشی توصیفی و تحلیلی نقد و بررسی و در نهایت ضمن نتیجه‌گیری پیشنهادهایی را ارائه کرده‌اند.

۱. مجازات ازاله بکارت در موارد آمیزش در فقه امامیه و حقوق کیفری

قبل از ورود به بحث، ذکر این نکته لازم است که مجازات اصلی آمیزش (زنا) اعم از اینکه به ازاله بکارت منجر شود یا خیر و اعم از اینکه زانیه فاقد یا واجد پرده بکارت باشد؛ مجازات حدی است که از حیث نوع مجازات حدی دارای حالت‌های ساده و مشدد (زناى محصنه یا تجاوز به عنف و ...) است. صرف نظر از این بحث، این مقاله صرفاً ناظر به حالتی است که ازاله بکارت صورت گرفته و در این میان حسب حالت‌های مختلف به بررسی مجازات قابل اعمال در این زمینه می‌پردازد. در مورد ازاله بکارت در موارد آمیزش که مرتکب لزوماً مذکر است، امکان اجرای قصاص نیز موضوعاً منتفی است، پس در این بخش مجازات تعزیر و دیه تحلیل می‌شود.

۱.۱. فقه امامیه

الف) تعزیر غیرمنصوص شرعی

ازاله بکارت از طریق آمیزش برخلاف مورد غیرآمیزش تعزیر مقدر و منصوص شرعی ندارد، اما مبرهن است که مجرد سکوت در این مورد به آن معنا نیست که تعزیر مشروعیت ندارد، لذا در همین ابتدا مناقشه‌ای در فرض سلب بکارت از طریق مقاربت وجود دارد مبنی بر اینکه آیا امکان جمع بین حد به سبب زنا و تعزیر به علت ازاله بکارت وجود دارد یا خیر. مطابق با یک قاعده شناخته شده فقه جزایی اصل عدم تداخل است. به عبارت دیگر اصل، عدم تداخل تعزیر در حد است مگر موردی که تخصصاً خارج از قاعده باشد (قبله‌ای خوبی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۵۷-۱۳۳) که این مورد فاقد آن است. بنابراین در بحث مذکور تعدد سبب موجب تعدد مسبب است که نتیجه آن جمع بین حد و تعزیر خواهد

بود، البته از طرف دیگر چون عمل زنا محقق شده حد زنا جاری است و تعزیر معنا ندارد، چرا که ازاله بکارت مقدمه و لازمه جدایی ناپذیر زناست، لذا قاعده تداخل اسباب جاری می شود که نتیجه آن صرفاً اجرای حد است. به نظر ما توصیف وضعیت مزبور و الحاق آن به «قاعده تداخل» معقول تر به شمار می آید، چرا که صرف اثبات اصل عدم تداخل اسباب در همه موارد، موجبی برای تعدد مسببات نیست و در امور جزایی باید جرایمی که به صورت تفکیک ناپذیر به هم مرتبط هستند و تجزیه آنها مقدور نباشد، مشمول ملاحظات باشند. بنابراین همان طور که موازین فقهی بر آن است که برای تقبیل و مضاجعه هنگام زنا مجازات علی حده ملحوظ نکند، در این مورد نیز اجرای مجازات تعزیر علاوه بر اینکه مضاعف محسوب می شود، خلاف روح مبانی فقهی حاکم بر قواعد تعدد است، به ویژه اینکه وجه تحقق تعدد «سبب» ناتمام محسوب می شود، زیرا ازاله بکارت طی یک واقعه واحد محقق شده و از این جنبه عدم تحقق تعدد سبب روشن است، لذا ازاله بکارت در هنگام زنا در واقعه واحد، طبیعت فعل زانی و سبب واحد تلقی می شود، ضمن آنکه این تفسیر با مقتضای اصل عدم جواز تعزیر نیز هماهنگ است. به بیان دیگر در مورد تعزیر «اضافه بر حد» اصل عدم تغلیظ است؛ البته شاید گفته شود که تعیین تعزیر علاوه بر حد به استناد قاعده «تعزیر الی الامام» با صلاحدید حاکم شرع مانعی ندارد، اما به نظر می رسد که حاکمیت قاعده مذکور مربوط به وضعیتی است که ثبوت اصل تعزیر علاوه بر حد روشن باشد، بنابراین با توجه به مناقشات قاعده تداخل و تعدد، اگر عدم تداخل را بپذیریم، اجرای تعزیر به صلاحدید حاکم بستگی دارد.

نظریه مذکور مبنی بر تداخل تعزیر در حد به هنگام تحقق زنا، به معنای عدم مشروعیت تعزیر برای ازاله بکارت در حالت محقق نشدن زنا نیست؛ به بیان دیگر در مواردی که بکارت از راه مقاربت ازاله می شود، اما به هر دلیلی غیر از شبهه مانند عدم تکافوی دلیل شرعی، زنا محقق نمی شود، بر اجرای تعزیر اشکالی مترتب نیست و با عدم تحقق زنا منافاتی ندارد، زیرا ازاله بکارت در این وجه مشمول قاعده «کل معصیه لم یرد فیها

الحد فیهما التعزیر» است و دلیل عقلی یا روایی مبنی بر خروج آن از افراد قاعده وجود ندارد. در همین مقام به نکته ظریفی اشاره می‌شود مبنی بر اینکه اگر ازاله بکارت از طریق آمیزش به صورت غیر عمدی ارتکاب یابد، اجرای تعزیر غیر مقدور است، به عبارت دیگر اگر فرضاً زنا به علت فقدان دلیل شرعی کافی مانند نبود چهار شاهد عادل محقق نشود و از طرف دیگر نیز «قصد ازاله بکارت» نزد فاعل ثابت نشود، مانند آنکه مرد در هنگام مقاربت جاهل به وجود پرده بکارت بوده یا اینکه دوشیزه وی را بر نبود بکارت نزد خود فریفته باشد، در این فرض با توجه به اینکه ازاله بکارت تابع قصد فاعل است و آنچه واقع شده مورد قصد نبوده است، اجرای تعزیر محل اشکال می‌شود و صرفاً به لحاظ قبح فعلی، ضمان مالی نزد مرتکب ثابت خواهد شد.

آنچه بحث شد در خصوص ازاله بکارت «غیرهمسر» بود، اما اگر از بین بردن بکارت «همسر» در هنگام آمیزش بدون رضایت وی باشد، تعزیر شوهر محل تأمل است. بعضی از فقهای معاصر معتقدند که ازاله بکارت توسط همسر حتی همراه با عنف یا اکراه مانعی ندارد (صافی گلپایگانی، ۱۴۳۳؛ روحانی، ۱۴۳۳). دلیل این دسته از فقها این است که مرد به مجرد عقد نکاح مالک بضع زن است و زوج می‌تواند هرگونه استمتاعی را از زوجه خود به هر نحو بکند. اما بعضی دیگر از فقها از جمله صاحب جواهر بیانی دارد که نقل آن در این مقام بی‌مناسبت نیست: «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، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۴۸۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۷۱). این تقریر ناظر به مورد «غیر آمیزش» است، اما در مورد «آمیزش» ایشان می‌فرمایند: «در مورد مردی که در ماه مبارک با زوجه خود جمع شود، در صورت اکراه زوجه، دستور پنجاه ضربه به شوهر را

فرموده‌اند و در صورت عدم اکراه زن، هر یک متحمل بیست و پنج ضربه می‌شوند^۱ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۱۶: ۳۰۸). هر چند که حالت اول مربوط به ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش است، با لغو خصوصیت از استظهار کلام مزبور 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. بنابراین هرچند که زوج به موجب عقد شرعی به رابطه جنسی با شوهر خود رضایت داده است، ولی این رضایت مبتنی بر رضایت به رابطه جنسی با اکراه نیست، بنابراین شوهر وارد یکی از افراد قاعده «التعزیر لكل عمل المحرم» می‌شود؛ لذا با ملاحظه اینکه مجازات زوج در این موارد بدون صبغه شرعی نبوده است، می‌تواند بنا بر مناسباتی مبنای جرم‌انگاری قانونگذار باشد^۲، زیرا تأثیر سوء انحراف جنسی مرد همسر در بر کانون خانواده روشن است و به توضیح نیاز ندارد.

ب) دیه

فارغ از مباحثی که در خصوص مجازات یا جبران خسارت بودن دیه مطرح است (مرعی، ۱۳۷۶: ۱۸۹؛ میرسعیدی، ۱۳۷۲: ۱۴۲). دیه ازاله بکارت در صور مختلف به نسبت رضایت دوشیزه متغیر می‌شود، اما عمد یا غیرعمد بودن رفتار فاعل در ضمان مالی تأثیری ندارد،

۱. وَ فِي رِوَايَةِ الْمُفْضَلِ بْنِ عُمَرَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ أَتَى امْرَأَتَهُ وَ هُوَ صَائِمٌ وَ هِيَ صَائِمَةٌ فَقَالَ إِنْ كَانَ اسْتَكْرَهَهَا فَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ وَ إِنْ كَانَتْ طَاوَعَتْهُ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَ عَلَيْهَا كَفَّارَةٌ وَ إِنْ كَانَ أَكْرَهَهَا فَعَلَيْهِ ضَرْبُ خَمْسِينَ سَوْطًا نِصْفَ الْحَدِّ وَ إِنْ كَانَتْ طَاوَعَتْهُ ضَرْبُ خَمْسَةٍ وَ عَشْرِينَ سَوْطًا وَ ضُرِبَتْ خَمْسَةَ وَ عَشْرِينَ سَوْطًا (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۱۷؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۰: ۵۶).

۲ مشابه با همین مسئله نیز در حقوق آمریکا در مورد امکان تحقق زنا به عنف نسبت به همسر مطرح است، در این مورد ن ک: جان ام اسچپ، حقوق جزای آمریکا، ترجمه امیر سماواتی پیروز، نگاه بینه، ۱۳۸۳: ۲۴۴.

به‌ویژه اینکه دیه بدل از قصاص عضو به دلایلی مانند نبود موضوع قصاص، از باب سالبه به انتفای موضوع است، زیرا لزوماً در فرض ما مرتکب مذکر است، پس اصل و میزان دیه بکارت تابعی از قصد مرتکب نیست، یعنی همان‌طور که ازاله بکارت از طریق وطی به شبهه موجب پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل است (علامه حلی، ۱۴۲۱: ۳۶۶). ازاله بکارت از طریق زنا به اکراه نیز موجب پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل است. در توضیح این مطلب به دو فرض اشاره می‌کنیم. فرض اول: اگر ازاله بکارت از طریق آمیزش بدون رضایت مجنی‌علیها باشد، در این مورد بنا بر نظر صحیح‌تر ارش البکاره به‌سبب ازاله بکارت و مهرالمثل به‌سبب انتفاع از بضع لازم می‌شود^۱ (حلی اسدی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۳۴۸؛ حلی، ۱۴۲۴، ج ۲: ۵۹۱؛ مجلسی اول، ۱۴۰۰: ۲۱۳؛ مرعشی، ۱۳۷۶: ۱۶۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۸۴؛ محقق حلی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۵۱۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۱: ۲۰۳؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۳۹۳؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷: ۱۵۰). اما مسئله شایان توجهی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که آیا مهرالمثل پرداختی در این فرض، دیه ازاله بکارت محسوب می‌شود یا خیر. اثر این بحث در گستره میزان مهرالمثل نمایان خواهد شد، در ادامه به توضیح این بحث می‌پردازیم. بنا بر دیدگاهی مهرالمثل نباید از دیه کامل زن تجاوز کند، زیرا مطابق با یکی از قواعد حاکم بر دیات دیه هیچ عضوی نباید از دیه کامل تجاوز کند، بنابراین با توجه به اینکه مهرالمثل دیه پرده بکارت است، نباید از دیه کامل زن تجاوز کند، اما از منظر دیگر می‌توان گفت مهرالمثل شاید از دیه کامل زن تجاوز کند، زیرا مهرالمثل دیه نیست. حال باید به این پرسش پاسخ دهیم که ضمان مهرالمثل در فرض ازاله

۱. شایان تذکر است که بررسی دقیق و تفصیلی جبران خسارات ازاله بکارت توسط نویسنده مقاله حاضر به نگارش درآمده است. خوانندگان گرامی در صورت تمایل ن ک: کامران محمودیان اصفهانی و محمود مالمر، جبران خسارات ازاله بکارت در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳، سال ۷۷، پاییز ۹۲.

بکارت از طریق آمیزش دینه پرده بکارت است یا خیر، به نظر می‌رسد در این مورد باید میان ازاله بکارت از طریق زنای به اکراه و ازاله بکارت از طریق غیرمقاربت قائل به تفکیک شویم. زیرا مهرالمثل که در زنای با اکراه پرداخت می‌شود، به دلیل انتفاع از بضع است و دینه نیست؛ لذا احکام دیات را ندارد و با جبران خسارت معنوی منطبق است، زیرا اگر دینه پرده بکارت را در این مورد مهرالمثل فرض کنیم، امکان اخذ ارش البکاره و مهرالمثل برای ازاله بکارت از طریق زنای به عنف وجود ندارد، چرا که امکان جمع بین دینه و ارش برای یک عضو نیست. بنابراین در این مورد مهرالمثل شاید از دینه کامل زن تجاوز کند، اما مهرالمثلی که در ازاله بکارت از طریق غیرمقاربت پرداخت می‌شود، نباید از دینه کامل زن تجاوز کند، زیرا هرچند که ماهیت و احکام مهرالمثل و دینه کاملاً متفاوت است، بنا بر حکم خاصی در فقه مهرالمثل جایگزینی برای دینه پرده بکارت وضع شده است، مانند از بین بردن موی زن که اگر بروید موجب پرداخت مهرالمثل است^۱. فرض دوم مترتب بر وضعیتی است که مجنی علیها به ازاله بکارت رضایت دارد که در این فرض بنا بر نظر صحیح تر ارش البکاره و مهرالمثل ثابت نیست (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۴۴۹؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱۱: ۴۰۱؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۳۳؛ موسوی الخمینی، ۱۴۲۲، ج ۳: ۸۹).

۱. حضرت امام (ره) در پاسخ به این سؤال که: «در صورتی که صغیری از صغیره‌ای به عنف ازاله بکارت (به زنا) نموده باشد پرداخت مهرالمثل به عهده خود صغیر است یا عاقله وی باید پرداخت نماید؟ فرموده‌اند: مهرالمثل بر عهده شخص صغیر است که باید از مال او پرداخت شود یا بعد از بلوغ خودش بپردازد، ولی علاوه بر مهرالمثل ارش البکارت نیز به احتیاط واجب ثابت است که در مورد سؤال از جهت مکلف نبودن جانی باید عاقله او بپردازد». (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۹، ج ۳: ۹۱). همان طور که ملاحظه شد حضرت امام نیز معتقدند مهرالمثل در زنای به عنف دینه نیست و احکام دینه را ندارد. زیرا مهرالمثل از مال صغیر پرداخت می‌شود، بر خلاف ارش (دینه غیرمقدر) که عاقله پرداخت می‌کند.

۲.۱. حقوق کیفری

ازالۀ بکارت در موارد آمیزش یا غیرآمیزش در قانون‌های کیفری بعد از انقلاب اسلامی توسط قانونگذار جرم‌انگاری نشد، اما قبل از انقلاب اسلامی در قانون‌های مجازات عمومی ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ در مواد ۲۰۷ و ۲۰۸ و ۲۰۸ مکرر، ازالۀ بکارت با رضایت و بدون رضایت مجنی‌علیها در صور مختلف به‌طور دقیق بنا بر وضعیت سنی دوشیزه جرم‌انگاری شده بود. گفتنی است در مواد ۲۰۷ و ۲۰۸ هتک ناموس نسبت به دختر «باکره» یا ازالۀ بکارت از علل مشدده محسوب می‌شد. در این موارد ازالۀ بکارت از طریق آمیزش بدون رضایت مجنی‌علیها بود، زیرا منظور از هتک ناموس دخول آلت تناسلی مرد در قبل یا دبر زن است که به‌طور جبراً و قهراً ارتکاب می‌یابد. ماده ۲۰۸ مکرر قانون‌های مجازات عمومی ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ اشعار می‌داشت: «هرکس ازالۀ بکارت دختری را نماید و عمل او مشمول هیچ‌یک از دو ماده قبل [مواد ۲۰۷ و ۲۰۸] نباشد، به حبس تأدیبی از یک تا دو سال محکوم می‌شود». ازالۀ‌کننده در این ماده می‌توانست مرد یا زن باشد، ولی نباید سمت محرمیت با مجنی‌علیها را داشته باشد، زیرا در این صورت مشمول بند ج از ماده ۲۰۷ قانون مجازات عمومی می‌شد. عنصر معنوی جرم نیز شامل قصد مرتکب به ازالۀ بکارت بود و پس از اثبات وجود قصد مرتکب رضایت مجنی‌علیها نیز شرط تحقق بزه این ماده بود، به‌علاوه اینکه لازم بود سن مشارالیها از ۱۸ سال به بالا باشد (صالح عموم، ۱۳۳۷: ۸۵). در ضمن مهم‌ترین تفاوت‌های هتک ناموس و ازالۀ بکارت در این بود که در ازالۀ بکارت مقصود رفع بکارت دختر بود، ولی در هتک ناموس نزدیکی و ورود آلت تناسلی شرط اساسی تلقی می‌شد و در ازالۀ بکارت عنصر عنف برخلاف هتک ناموس حتمی نبود (لطفی، ۱۳۱۸: ۷۲۹). بنابراین از مواد ۲۰۷ و ۲۰۸ و ۲۰۸ مکرر می‌توان پی برد که در صورتی که ازالۀ بکارت از طریق مقاربت و بدون عنف نسبت به دختری که بیش از ۱۵ سال داشته باشد، ولی به سن ۱۸ تمام نرسیده است، صورت می‌گرفت قانونگذار ۷ سال حبس یعنی حداکثر مجازات و برای دختری که تمکین از او کرده است، حبس در دارالتأدیب از ۱ تا ۵

سال پیش بینی می کرد و اگر ازاله بکارت بدون عنف در غیرمقاربت نسبت به دختری که ۱۵ سال تمام یا کمتر داشته است، ارتکاب می یافت، مرتکب به ۱۰ سال حبس محکوم می شد و در موردی که ازاله بکارت بدون عنف و در غیرمقاربت بود و مجنی علیها نیز بیش از ۱۵ سال داشت، ولی به ۱۸ سال تمام نرسیده بود، مرتکب به حبس تأدیبی از ۶ ماه تا دو سال محکوم می شد.

بعد از انقلاب اسلامی نظام کیفری دستخوش تغییرات عمیق شد و به تبع آن ازاله بکارت مانند سابق هیچ گاه عنوان مجرمانه ای پیدا نکرد و حتی مانند قانون های قبل از انقلاب از علل مشدده هم محسوب نشد. شاید یکی از توجیحات عدم جرم انگاری ازاله بکارت در موارد آمیزش، در نظر نداشتن مجازات تعزیر علاوه بر مجازات لایتغیر حد زنا باشد، زیرا ازاله بکارت در این مورد جزء لاینفک و مقدمه فعل زناست و از لحاظ مبانی فقهی خارج از سیستم جمع مجازات ها قرار می گیرد، به هر حال چنین سیاست کیفری مبنی بر عدم جرم انگاری ازاله بکارت در موارد آمیزش به نظر می رسد، آگاهانه یا غیر آگاهانه تا حدودی همه جانبه نگر بوده، زیرا در بعضی از صور خاص موجب بی کیفری فرد خاطی نمی شود؛ مانند آنکه مرتکب به هنگام آمیزش ازاله بکارت کرده، ولیکن زنا به دلایلی همچون فقدان نصاب اقرار نزد مقر یا نبود شاهد عادل ثابت نمی شود، اما ازاله بکارت ثابت می شود که در این حالت امکان اعمال ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (روابط نامشروع غیرزنا) ممکن است، پس در مواردی که ازاله بکارت به طریق آمیزش ارتکاب می یابد، از جهات ثبوتی و اثباتی رابطه لازم و ملزومی بین زنا و ازاله بکارت واقع نیست؛ زیرا علاوه بر فرض مذکور شاید زنا ثابت شود، ولی ازاله بکارت به دلایلی مثل وجود پرده بکارت الاستیک یا ارتجاعی^۱ محقق نشود، در همین مقام ذکر این نکته ضروری است که رفع

۱. پرده ها از نظر مقاومت و قابل اتساع بودن (الاستیک بودن) با هم فرق دارند، نوعی از پرده ظریف، ولی ارتجاعی و قابل اتساع است، به طوری که ممکن است دخول سبب پارگی و خونریزی آنها نشود.

بکارت از دختر، مقید به نتیجه است یعنی تا زمانی که بر پرده بکارت آسیب‌هایی مانند ساییدگی، خراشیدگی، خونمردگی و پارگی صورت نگرفته باشد، «ازالۀ بکارت» واقع نمی‌شود.

در مواردی که ازالۀ بکارت از طریق آمیزش با وعده دروغین ازدواج باشد، قانونگذار چنین انگیزه غیرشرافتمندانه‌ای را که به رضایت دوشیزه به ازالۀ بکارت منجر شده، اثری بر آن مترتب نکرده است؛ با توجه به اینکه این رضایت نافی مسئولیت کیفری دوشیزه هم نیست، بهتر بود قانونگذار به لحاظ ضرر روحی و معنوی که متوجه دختر شده، از جنبه تشدید مجازات به جرم‌انگاری مستقل این رفتار در بخش تعزیرات با ملاحظه «اصل زیان» و «اخلاق‌گرایی» اقدام کند. جرم‌انگاری در این مورد در قانون‌های کیفری بعضی از کشورها به دلیل شیوع چنین رفتار ناپسندی مورد ملاحظه قرار گرفته است؛ به طور مثال در قانون‌های کیفری سوریه، لبنان و اردن جرم ازالۀ بکارت از راه فریب به ازدواج، یکی از علل مشدده عینی کیفر محسوب شده است. ماده ۳۰۴ قانون جزای اردن در این خصوص بیان داشته است: «۱. هر کس دختر باکره‌ای را که بیشتر از پانزده سال دارد، با وعده ازدواج فریب داده و بکارت او را از بین ببرد، چنانچه این عمل، مستوجب مجازات شدیدتری نباشد، به حبس از سه ماه تا یک سال محکوم می‌شود...» (قانون العقوبات الاردنی، ۲۰۰۲). ماده ۵۱۸ قانون جزای لبنان اشعار می‌دارد: «هرکس دختری را به وعده ازدواج فریب دهد و بکارت او را از بین ببرد، به حبس تا شش ماه و جزای نقدی تا حداکثر دویست هزار لیره، یا یکی از دو مجازات محکوم می‌شود، مشروط بر اینکه عمل ارتكابی موجب مجازات شدیدتری نباشد...» (قانون العقوبات اللبناني، ۱۹۴۳). ماده ۵۰۴ قانون جزای سوریه نیز دقیقاً مانند قانون کیفری لبنان است (قانون العقوبات السوري، ۱۹۴۹).

به عنوان مثال کم نیستند خانم‌هایی که حامله‌اند ولی پرده بکارت سالم دارند. این نوع پرده‌ها را پرده‌های الاستیک یا قابل اتساع می‌گویند (صناعی‌زاده، ۱۳۸۷: ۲۴۰).

۲. مجازات ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش در فقه امامیه و حقوق کیفری

از این رهگذر که مرتکب ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش لزوماً فرد مذکر نیست، گستره مجازات مورد تحلیل ما در این بخش شامل تعزیر، قصاص و دیه خواهد بود.

۱.۲. فقه امامیه

الف) تحلیل نظرهای قائلان به حد و تعزیر منصوص

در فقه امامیه ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش به عنوان یک تعزیر منصوص شناسایی شده، زیرا حسب روایات از جانب شرع بعضی از افراد تعزیر تقدیر شده است و آن پنج مورد خواهد بود: ۱. هرکس در روز ماه مبارک رمضان با زن خود نزدیکی کند ۲۵ ضربه شلاق تعزیر می شود؛ ۲. هر کس بدون اجازه از همسر آزادش با کنیز ازدواج یا نزدیکی کند، یک هشتم حد زانی یعنی با دوازده و نیم تازیانه تعزیر می شود؛ ۳. بنا بر قولی دو نفر مرد که برهنه زیر یک لحاف بخوابند، از سی تا نود و نه تازیانه تعزیر می شوند؛ ۴. اگر کسی بکارت دختری را با انگشتش پاره کند، شیخ طوسی فرموده است از سی تا هفتاد و هفت ضربه شلاق به او می زنند؛ ۵. اگر زن و مرد برهنه تحت یک پوشش واحد یافت شوند؛ شیخ مفید گفته است از ۱۰ تا ۹۹ ضربه آنان را تعزیر می کنند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۲۵۴؛ الجبعی العاملی، ۱۴۱۳، ۱۴: ۳۲۶؛ منتظری، بی تا: ۴). مستظهر از تعبیر فقها این است که ازاله بکارت در موارد غیرنزدیکی تعزیر منصوص شرعی است. کلام مشهور در این خصوص بر مبنای روایات متعدد واصله است، لکن به نظر بعضی (خویی، ۱۴۲۲، ج ۱: ۴۱۰؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۵۰۳). قول مشهور فقها دارای اشکال است، زیرا به حسب همین نصوص موجب، نوع و مقدار مجازات معین شده است، بنابراین مورد مزبور از افراد حد است. پیش از داوری در مورد مبانی استدلال مشهور و غیرمشهور در ادامه نصوص وارده را بیان می کنیم.

در روایت ابن سنان از امام صادق علیه السلام آمده است: «زنی که با دستش بکارت دختری را زائل کرده بود، فرمودند بر عهده اوست که مهریه او را بپردازد و هشتاد تازیانه می خورد» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ۲۶؛ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷: ۲۰۳؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ۵۹). مانند این روایت، روایت دیگری است ولی در آن روایت به جای *تُجَلد الثمانین*، *تُضرب الحد* آمده است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ۴۷؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۳۱۶). در خبر سومی نیز به نقل از دعائم الاسلام آمده است که امیر مؤمنان علیه السلام در مورد زنی که پرده بکارت دختر را با دستش پاره کرد، حکم داد و فرمود: «مهر آن بر این زن است و با زدن، کیفر می بیند» (ابن حیون مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۴۲۲). روایت اخیر در کتب اربعه ذکر نشده و ظاهراً معارض است با روایتی که در آن به نقل از صدوق و شیخ واژه «حد» آمده است، به هر روی به نظر می رسد با توجه به اینکه روایت دعائم الاسلام سند آن معلوم نیست، ملاک صدور حکم شرعی قرار نمی گیرد.

از مجموع روایات وارده استظهار می شود، به لحاظ آنکه در این نصوص فقط برای ازاله کننده بکارت تعزیر یا حد در نظر گرفته شده است، این روایات را باید به مواردی حمل کنیم که ازاله بکارت با اکراه صورت گرفته است و اگر ازاله بکارت با رضایت باشد، مطابق با عموم «التعزیر لکل عمل مُحرم» تعزیر دختر هم امکان پذیر خواهد بود.

ظاهراً از نظر سندی بر روایات ذکر شده توسط مشایخ ثلاثه آسیبی مترتب نیست. در نقل کتاب فقیه^۱ و تهذیب محمدبن ابی عمیر و عبدالله بن سنان به طور مشترک آمده است. محمدبن ابی عمیر از اصحاب اجماع محسوب می شود. عبدالله بن سنان نیز از اصحاب برجسته ائمه بود و مورد وثاقت بسیار است (نجاشی، ۱۳۶۵: ۲۱۴؛ مظاهری، ۱۳۸۷: ۸).

۱. در نقل صدوق آمده: «و رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي امْرَأَةٍ اقْتَضَتْ جَارِيَةَ بَيْدِهَا قَالَ عَلَيْهَا الْمَهْرُ وَ تُضْرَبُ الْحَدَّ. وَ فِي خَبَرٍ آخَرَ وَ تُضْرَبُ ثَمَانِينَ». اطلاق جاریه در روایت شامل دختر آزاد و کنیز می شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۳۰۱).

ضمن آنکه در تمام طرق عبدالله بن سنان، راوی مشترک است. در طریق کافی^۱ که با نقل شیخ در تهذیب مشترک بوده، علی بن ابراهیم، ابیه، ابن ابی نجران و عبدالله بن سنان آمده است. علی بن ابراهیم در کتب رجالی توثیق شده و صاحب تفسیر قمی و استاد شیخ کلینی است (نجاشی، ۱۳۶۵: ۲۶۰) مراد از ابیه، ابراهیم بن هاشم قمی است که هرچند به صورت صریح توثیق نشده است، بعضی از فقها دلایل بسیاری بر وثاقتش اقامه کرده‌اند و حتی در مورد او اجماع منقول وجود دارد؛ زیرا ابن طاووس بر وثاقت او ادعای اجماع کرده است (سبحانی، ۱۳۸۸: ۴۶؛ خویی، بی تا، ج ۱: ۲۸۹؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۱۱۱۰). از مجموع آنچه بیان شد اعتبار اسناد مزبور به اثبات می‌رسد، لذا استناد به روایات فوق‌الذکر سنداً تمام است، لکن مناقشه‌ای در مورد حد بودن ازاله بکارت در موارد غیرنزدیکی باقی است که در ادامه به بررسی این موضوع می‌پردازیم.

مشهور فقهای امامیه معتقدند هر کس پرده بکارت دختری را که همسر او نباشد، با انگشت یا هر وسیله دیگری ازاله کند، به تعزیر محکوم می‌شود. چرا که اولاً: منظور از حد که در روایت آمده، تعزیر است و اکثراً به تعزیر هم حد می‌گویند؛ ثانیاً: هیچ یک از فقها به روایتی که مبتنی بر حد است، عمل نکرده‌اند؛ لذا آن روایت ۸۰ ضربه را یا باید کنار بگذاریم یا بگوییم یکی از افراد تعزیر است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۴۷۹). گفتنی است که قائلان به نظریه تعزیر در مقدار تعزیر اختلاف نظر دارند. بعضی معتقدند که مقدار مشخصی از نظر حداقل و حداکثر وجود ندارد و به صلاحدید حاکم است (مظاهری، ۱۳۸۷: ۸؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۴۸۸؛ موسوی الخمینی، بی تا، ج ۲: ۴۶۹؛ بهجت، ۱۴۲۶، ج ۵: ۲۸۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۷؛ حلی، ۱۳۹۴: ۱۰۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۳۰۱؛ مشکینی، ۱۴۱۸: ۴۹۸؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۱: ۶۸۶). به نظر این دسته از فقها اختیار حاکم شرع در مورد تعزیرات منصوص شرعی به استناد

۱. عَلِيُّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ.

«التعزیر علی حسب ما یراه الامام» محدودیتی ندارد، زیرا تعزیرات منصوص خصوصیتی ندارند و به همین دلیل مقدار تعزیر حتی در این موارد هم به نظر حاکم شرع وابسته است؛ اما به نظر می‌رسد: «در مواردی که مقدار تعزیر مشخص است، باید مقدار آن رعایت گردد، مگر اینکه گفته شود چنین مجازاتی از تعریف تعزیر خارج شده و داخل در مصادیق حد می‌شود» (منتظری، ۱۳۶۷: ۱۵). ضمن آنکه اگر در تعزیرات منصوص بگوییم تعیین مقدار تعزیر به صلاح‌دید امام است، لغو بودن کلام معصوم لازم می‌آید، لذا تعزیرات منصوص شرعی اختیار حاکم به گونه مبسوط‌الید را تخصیصاً در تعیین مقدار تعزیر خارج کرده‌اند.

بعضی از فقها مقدار تعزیر را در این مورد مقدر کرده‌اند به ۳۰ تا ۸۰ ضربه شلاق (مفید، ۱۴۱۳: ۷۸۵؛ دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۵۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۲۷۳) و بعضی دیگر ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق (محمد قمی، ۱۴۲۲، ج ۱: ۹۰؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۴۴۹؛ طوسی^۱، ۱۳۶۲: ۴۷۶؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۴۱۱؛ قطب‌الدین کیدری، ۱۴۱۶: ۵۱۶) و فقیه دیگر ۳۰ تا ۹۷ ضربه شلاق (محقق حلی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۲۹۶). در حداقل مقدار تعزیر، اختلافی وجود ندارد و تفاوت نظر فقها در مقدار تعزیر مبتنی بر این است که بر اساس یکی از قواعد فقه جزایی حاکم بر تعزیرات، مقدار تعزیر باید کمتر از حد باشد، بنابراین کسانی که حداکثر تعزیر را ۸۰ می‌دانند، به روایت عمل کرده‌اند و فقهای که معتقدند جانب حداکثر ۹۹ ضربه است (که کمتر از بیشترین حد است) پیرو قاعده بوده‌اند، به نظر ما اگر بپذیریم ازاله بکارت در موارد غیرنزدیکی یکی از افراد تعزیر است، نه حد، آنگاه تقریب استدلال به روایات این است که بپذیریم قول به ۳۰ تا ۸۰ ضربه موجه‌تر بوده و این نظر تعلیل به این مطلب

۱. صاحب جواهر قول شیخ طوسی را ۳۰ تا ۹۷ ضربه بیان کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۷۰). در حالی که قول شیخ طوسی (۱۳۶۲) در نسخه چاپی نهایتاً ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق بوده و در مختلف شیعه نیز آمده که قول شیخ ۳۰ تا ۹۹ ضربه است.

می‌شود که در تعزیرات منصوص شرعی تخصیصاً باید مقدار وارد شده در روایت از جانب حداکثر لحاظ شود.

با اینکه بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، ازاله بکارت از افراد تعزیر منصوص شرعی قلمداد می‌شود؛ لکن بعضی به نظر مشهور اشکال کرده‌اند و معتقدند اگر کسی بکارت غیرزوجه‌اش را با انگشت یا مانند آن ازاله کرد؛ بنا بر قول مشهور تعزیر می‌شود، ولی در نظر مشهور اشکال کرده‌اند و اقرب آن است که ۸۰ ضربه شلاق حد می‌خورد؛ زیرا اولاً به قرینه صحیحه اول (۸۰ تازیانه) حد ذکر شده در روایت بر هشتاد تازیانه حمل می‌شود؛ ثانیاً اگر اجماع بر نظریه تعزیر وجود داشته باشد که می‌پذیریم؛ ولی چنین اجماعی وجود ندارد و به همین دلیل برای دست برداشتن از ظهور صحیحه در لزوم ۸۰ تازیانه علتی وجود ندارد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۱: ۴۱۰؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۵۰۳). عده دیگری از فقها صرفاً به بیان اقوال مسئله اکتفا و در این مورد توقف کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۹: ۱۶۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۲۴، ۱۳؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۱؛ منتظری نجف آبادی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۳۵۲؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۲۲؛ صادق روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۵: ۳۷۳). بعضی معتقدند مراد از حد در روایت به قرینه اجماع تعزیر است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۳۰۱). اما به نظر می‌رسد با توجه به اینکه شهرت متقدمین نسبت به قضیه مطروحه محل خدشه است، به طریق اولی نمی‌توانیم از اجماعی بودن موضوع بحث کنیم، به علاوه مشخص نیست که مراد از اجماع بیان شده چیست و نزد چه کسانی محقق شده است.

در مقام دآوری در مورد دلالت روایات مبنی بر حد یا تعزیر بودن ازاله بکارت در موارد غیرنزدیکی، چند نکته حائز اهمیت است. اول اینکه می‌توان گفت که منظور از حد تعزیر است و در عرف بیانات فقها و احادیث متعدد به تعزیر حد گفته شده است. گذشته از این نظر مشهور فقها هم بر همین معنا از حد دلالت دارد. برای نمونه می‌توان به صحیحه عبدالرحمن بن الحجاج اشاره کرد که در آن آمده است: «إذا اخذ الرجلین فی لحاف واحد ضربهما الحد ثم قال غیر سوط» (عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰: ۳۴۱). مقصود تعزیر به ۹۹ ضربه است

که بر آن حد اطلاق کرده اند. در مورد کسی که گوشت خوک را آماده کرده بود تا بخورد و با نهی شدید امیرالمؤمنین علیه السلام روبه رو شد، حضرت فرمود: «لو انک اکلته لاقمت علیک الحد» (عاملی، همان: ۵۸۰). روشن است مقصود از حد در این سخن تعزیر است، زیرا خوردن گوشت خوک که یکی از محرّمات است، جز فسق اثر دیگری ندارد. در صحیحۀ سماعه درباره شاهد زور آمده است: «یجلدون حدا لیس له وقت فذلک الی الامام». در این سخن نیز آشکار است حدی که به نظر امام واگذار می‌شود، همان تعزیر اصطلاحی است.

بعضی محتمل دانسته‌اند که حد در صحیحۀ ابن‌سنان برای قذف باشد، به قرینه فعلی که انجام گرفته (ازالۀ بکارت) در اتهام زدن به دختر. چنانکه ظاهر صحیحۀ معاویه بن وهب نیز همین است (تبریزی، ۱۴۱۷: ۱۷۰). مطابق با این صحیحۀ در حدیث طولانی آمده است: «زنی چند زن را دعوت کرده و همگی دختر بچۀ یتیمی را نگه داشته بودند و آن زن به او تهمت زنا زده و پرده بکارتش را با انگشتش برداشته بود و حضرت علی علیه السلام چنین قضاوت کردند که بر آن زن حد قذف زده می‌شود و همه آن زنان را به پرداخت دیۀ بکارت که چهارصد درهم بود، ملزم کرد» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۳۱۷). به نظر می‌رسد که در این روایت با توجه به اینکه به فعل قذف اشاره صریح شده، بعید است بتوان این روایت را شاهد روایات ابن‌سنان و مطلوب مدعی مبنی بر حمل معنای حد بر تعزیر دانست، اما از طرف دیگر بعید نیست ۸۰ تازیانه که به‌طور ثابت در روایات آمده است از قبیل ذکر یک مصداق باشد، نه انحصار در آن مصداق. در تفسیر دوم می‌توان گفت که ظاهر الفاظ را باید بر معنای حقیقی آنها حمل کرد، مگر آنکه قرینه قطعی بر معنای دیگر وجود داشته باشد، به‌علاوه در خصوص استناد قائلان نظریۀ تعزیر به نظریۀ مشهور باید توجه کرد که حجیت شهرت به شیخ طوسی و فقهای بعد از او نسبت داده شده است که این‌گونه شهرت را بسیاری از فقهای متأخر رد کرده‌اند و آن را تقلید از شیخ برشمرده‌اند؛ به عبارت دیگر با توجه به اینکه در آنچه از متقدمان بر شیخ طوسی (قدّه) همچون ابن بابویه، ابن ابی‌عقیل و ابن‌جنید در خصوص مسئله مورد بحث چیزی به دست ما نرسیده

است، نمی توان شهرت قدما در این مسئله را محقق دانست؛ ضمن اینکه مخالفت با مشهور در فرض وجود دلیل صریح و صحیح دشوار نیست؛ به نظر می رسد با توجه به خالی بودن نصوص وارد شده در رابطه با ازاله بکارت از قرینه عرفی مبنی بر استعمال حد به جای تعزیر، در صورت پذیرش عدم حجیت شهرت متأخرین و عدم تحقق اجماع، می توان گفت نظریه غیرمشهور که معتقد به حد ۸۰ ضربه بوده اند، مستدل تر است.

ب) قصاص

گزاره نگفته ایم اگر بیان کنیم که تنها جرم جنسی که امکان اجرای قصاص در آن وجود دارد، ازاله بکارت در موارد غیر آمیزش توسط دوشیزه است. در منابع روایی اثری از این حکم دیده نمی شود. فقها در خصوص ثبوت قصاص در ازاله بکارت اختلاف نظر دارند. بعضی از اعظام، این مورد را از موارد ثبوت قصاص نمی دانند و معتقدند ادله قصاص از چنین موردی انصراف دارد، زیرا پرده بکارت در باطن بدن دختر هست و اگر بخواهند آن را قصاص کنند، شاید به عضو دیگر آسیب برسد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۶۵۰؛ طباطبایی الحکیم، ۱۴۳۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۳۳؛ مظاهری، ۱۴۳۳). در مقابل بعضی دیگر معتقدند که اگر دختر بکر از دختر بکر دیگری بکارت را زائل کند؛ ظاهر این است که با رعایت مماثلت قصاص می شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲: ۳۷۸؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۲۲۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۶۴۵؛ بهجت، ۱۴۲۶، ج ۵: ۴۵۵؛ موسوی الخمینی، بی تا: ۵۴۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۳۳؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۳۳). به نظر می رسد کسانی که قصاص را در این مورد ممکن می دانند، به ادله عام قصاص مبنی بر اینکه در تمامی جروح قصاص ثابت است، تمسک جسته اند؛ اما قائلان به عدم امکان اجرای قصاص ظاهراً مضامین روایات را مد نظر داشته اند که خالی از قصاص هستند و فقط به مهر و هشتاد ضربه شلاق اشاره کرده اند، اما استدلال مخالفان از این جهت ناتمام است که می توان گفت عدم تصریح قصاص نافی ثبوت آن نیست، چرا که ممکن بوده تعیین مهر و شلاق به واسطه عدم محل از برای قصاص نزد ازاله کننده باشد؛ ضمن آنکه اگر قصاص با جراحی های پزشکی همراه

باشد، بی‌شک در مواردی همچون «پرده بکارت» نیز ممکن است و فقه در گذشته تابع دانش زمان خود بوده؛ ولی امروزه که علم پزشکی پیشرفت فراوانی کرده است، بدون در نظر داشتن چنین توسعه و پیشرفتی اظهار نظر در مورد عدم امکان قصاص تضييع حقوق خواهد بود؛ لذا بعيد نیست در صورتی که باکره‌ای از باکره دیگری با عنف یا اکراه ازاله بکارت کند با شرایط مماثلت امکان قصاص وجود داشته باشد؛ در این صورت پرداخت مهرالمثل و تعزیر منتفی است و قصاص انجام می‌گیرد، زیرا پرداخت مهرالمثل بدل از قصاص بوده است، پس امکان جمع بین قصاص و مهرالمثل (دیه) وجود ندارد (الدیه و القصاص لایجمعان) و از طرف دیگر به استناد مفهوم قاعده «لاقصاص فیما فیہ التعزیر» تعزیر ممنوع خواهد بود. گفتنی است در صورتی که شکل پرده بکارت جانی و مجنی‌علیه متفاوت باشد، مثلاً دنداندار و زبانه‌دار باشد، مانعی برای قصاص نیست، چون تساوی در شکل عضو شرط مماثلت نیست. همان‌گونه که با رضایت باکره در ازاله بکارت مهر ثابت نیست، حق قصاص هم که جایگزین مهرالمثل است با رضایت به ازاله بکارت ثابت نمی‌شود؛ به این دلیل قصاص در این مورد متوقف بر اکراه می‌شود و به نظر ما این مورد را نمی‌توان با موارد جنایت بر عضو که رضایت و اذن مجنی‌علیه بر سقوط قصاص مدخلیتی ندارد، قیاس کرد؛ زیرا پرده بکارت عضوی است که بر خلاف اعضای دیگر صدمه «جسمانی» به آن اهمیتی ندارد و آنچه به آن ارزش می‌دهد، بعد ضرر «معنوی» و روحی آن است، لذا با دقت به علت حکم می‌توان دریافت که ازاله بکارت در نزد شارع از ملاحظات ویژه‌ای برخوردار است که قابلیت الغای خصوصیت را نسبت به اعضای دیگر ندارد.

به هر حال به نظر می‌رسد در عمل مجازات قصاص در این مورد همیشه دارای ویژگی‌های بازدارنده و اصلاح‌کننده نیست، چون ممکن است برای دوشیزه‌ای که به ازاله بکارت اقدام کرده، علاوه بر اینکه قصاص پرده بکارت دردآور نبوده است، از بین رفتن پرده بکارت هم ارزشی نداشته باشد؛ زیرا در از بین رفتن پرده بکارت آنچه بیشتر از صدمه «جسمی» اهمیت دارد «هتک حیثیت» است و چون هدف از قصاص پرده بکارت در وهله

اول ارضای خاطر آزرده بزه‌دیده است تا جنبه تردیلی بودن آن؛ تحقق اهداف فوق‌الذکر کمی دشواریاب است.

پ) دیه

با توجه به روایات پیش‌گفته و استظهار از کلام مشهور آشکار است که هرکس با انگشت پرده بکارت دختر باکره‌ای را ازاله کند، باید مهرالمثل او را بپردازد (مکی‌العاملی، ۱۴۱۰: ۲۸۲؛ الجبعی‌العاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۰: ۲۵۲؛ محقق‌حلی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۵۱۴؛ موسوی‌الخمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۱۸؛ حلی، ۱۴۲۴، ج ۲: ۵۱۹؛ علامه‌حلی، ۱۴۲۰: ۵۸۳؛ برغانی، ۱۳۸۲: ۱۹۱). در روایت سکونی از امام صادق علیه السلام آمده است: «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» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۳۵۴). بعضی معتقدند که منظور از عقل در این روایت دیه است (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۵: ۴۲۷) و اینکه پرداخت مهرالمثل در این روایت نیامده است، اشکالی ندارد، چون مهرالمثل در روایات دیگر آمده و پرداخت مهرالمثل اجماعی است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۲۹۰). خبر دیگری نیز از عبدالله بن سنان هست که مؤلفان کتب اربعه آن را نقل کرده‌اند. روایت این است که به امام صادق علیه السلام گفتند: جانم فدایتان مجازات مردی که روی زنی پریده (به زور) موی سرش را تراشیده است، چیست؟ فرمودند تازیانه به او محکم زده می‌شود و در زندان مسلمانان زندانی می‌شود تا زمانی که موی زن رشد کند. اگر مو روید، از او به اندازه مهر زنانشان گرفته می‌شود و اگر نروید، از او یک دیه کامل گرفته می‌شود. پرسیدم: چطور اگر مویش روید به اندازه مهر زنانشان [از وی می‌گیرند]؟ حضرت فرمودند: ای ابن‌سنان، موی زن و پرده بکارتش در زیبایی زن مشترکند و اگر یکی از این دو از بین برود، مهر کامل برای زن ثابت است» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۳۳۴؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ۲۶۲؛ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷: ۲۶۱). فقرات این بخش به تفصیل در خلال مباحث پیش‌گفته بررسی و محصل کلام این شد که مهرالمثل در موارد غیرنزدیکی معادل دیه است، پس با توجه به اینکه فقها «اجماع

دارند دیه عضو هیچ‌کس بیش از دیه کاملش نمی‌شود» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۱۷۵) اگر مهرالمثل بیشتر از دیه کامل زن شد، به همان مقدار دیه کامل وی بسنده می‌شود.

۲.۲. حقوق کیفری

الف) ازاله بکارت به عنوان حد غیرمذکور یا تعزیر منصوص

همان‌طور که پیش‌تر هم اشاره کردیم، قانونگذار بر خلاف فقه امامیه ازاله بکارت در موارد «غیرنزدیکی» را جرم‌انگاری نکرده و مجازات مستقل برای آن در نظر نگرفته است. آنچه در این مقام اهمیت دارد، بررسی این مسئله است که ازاله بکارت در غیرنزدیکی جزو افراد «حدود غیرمذکور» یا «تعزیرات منصوص شرعی» است. این مناقشه تأثیر خود را در مواردی می‌گذارد که به‌موجب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به دادگاه این مجوز داده شده که در رابطه با حدودی که در قانون ذکر نشده است، با زیر پا نهادن اصل قانونی بودن جرایم و مجازات مطابق با اصل ۱۶۷ قانون اساسی مجازات حد را در رابطه با مرتکب اعمال کند، لکن اگر ازاله بکارت در موارد غیرنزدیکی را از موارد موضوع تبصره دوم ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بدانیم، باید مجرم را مطابق با این مقرر از بیشتر نظامات ارفاقی محروم کنیم، البته در مورد اخیر باید بر این نکته دقت شود که بر اساس صراحت ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی تعزیر باید «به‌موجب قانون» باشد، بنابراین ازاله بکارت در موارد غیرمجامعت از ماده ۱۸ خروج موضوعی داشته است، لذا طبیعتاً تحت شمول آثار تبصره دوم ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی قرار نمی‌گیرد، بنابراین آنچه در این مقام اهمیت می‌یابد، این است که آیا ازاله بکارت در موارد غیرنزدیکی از حدود غیرمذکور قلمداد می‌شود یا خیر؟ در ادامه به بررسی این مطلب می‌پردازیم.

در بخش بررسی فقهی بیان کردیم که مطابق با نظر مشهور فقها، ازاله بکارت در موارد غیرنزدیکی یکی از افراد موضوع تعزیرات منصوص شرعی است. با توجه به محوریت اصل ۱۶۷ قانون اساسی مبنی بر استناد به «منابع معتبر اسلامی» یا «فتاوی معتبر» مناقشه‌ای به‌وجود می‌آید که چالش‌های واقعی فراروی ماده ۲۲۰ را بیشتر نمایان می‌کند. مشکل

اساسی این است که فهم از «منابع یا فتاوی معتبر» با توجه به نداشتن ضابطه روشن و دقیق در این مورد متغیر است، با این بیان که اگر قاضی رسیدگی کننده بنا بر نظر اساطین ارجمندی چون آیت الله خویی و آیت الله وحید خراسانی، مورد مطروحه را حد غیرمذکور تلقی کند، خلاف اصل ۱۶۷ قانون اساسی رفتار نکرده است؛ به عبارت دیگر نمی توان نظر غیرمشهور را فتوای غیرمعتبر تلقی کرد، اما به راستی چرا مرز بین فقه جزایی و قانون کیفری در قرن بیست و یکم نباید مشخص باشد. قانونگذار در ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی خود را به پیروی از اصل قانونی بودن (که یکی از بنیادی ترین حقوق شهروندی است) ملزم کرده است؛ در حالی که در ماده ۲۲۰ در رابطه با مسئله مهم حدود به راحتی از آن عدول می کند. به واقع پیامدهای چنین سیاست دوگانه ای چه خواهد بود، آیا جز این است که موجبات اضطراب اغماض ناپذیری را در دستگاه عدالت کیفری ایجاد می کند. تنها رهیافتی که به نظر نگارندگان می رسد این است که در مقام تفسیر و به منظور پاسداشت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها، بگوییم که تأکید ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی از عبارت «حدودی که در این قانون ذکر نشده اند» به این دلیل است که حدود غیرمذکور به موجب فتاوی و منابع فقهی معتبر در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، همان موارد شش گانه ای است که در قانون مجازات اسلامی احصا شده اند، به عبارت اخری قدر متقین با رعایت جانب احتیاط این است که ماده ۲۲۰ مجوز جرم انگاری قضایی را مطابق با اصل ۱۶۷ صادر نکرده و صرفاً در آن مقام بوده است که تأکید کند موارد حدود غیرمذکور مطابق با اصل مزبور بر مبنای فتاوی و منابع معتبر اسلامی عمل می شود که ماحصل تتبع از این منابع و فتاوی معتبر اسلامی همان حدودی است که در قانون مجازات اسلامی آمده اند. نتیجه این تفسیر شاید موجب عبث بودن ماده ۲۲۰ باشد و تا حدودی خلاف تفسیر لفظی، اما به لحاظ حذف جرم انگاری قضایی و رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها، بیشترین جذابیت «عدالت گرایی» و «اخلاق گرایی» را به دلیل حفظ حقوق و آزادی های فردی دارد.

ب) دیه ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش

مخلص کلام گذشته این بود که دیه ازاله بکارت در موارد غیرمجامعت بنا بر اجماع فقها مهرالمثل است. همین رویکرد نیز در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پذیرفته شد، در ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی جدید با اشاره به عبارت «... انگشت یا با وسیله دیگری ...» و قید «بدون رضایت» بسیاری از اشکال‌های ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ برطرف شد. ظاهراً این ماده با اشاره به قید «هر وسیله» در مقام بیان حکم ازاله بکارت در موارد نزدیکی و غیرنزدیکی بوده است، ولی باید توجه کرد که ماده ۲۳۱ این قانون که حکم ازاله بکارت در موارد زنای به عنف را بیان کرده، تخصیصی بر حکم عام ماده ۶۵۸ است، در نتیجه ازاله بکارت به اکراه در موارد غیروطی مطابق با ماده ۶۵۸ موجب پرداخت فقط مهرالمثل است.

پ) تعزیر در ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش

برای ازاله بکارت به صورت خاص، در قانون مجازات اسلامی مجازات تعزیری در نظر گرفته نشده است، ولی برای تدقیق در این موضوع ناگزیریم بررسی کنیم که آیا ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش مشمول یکی از افراد موضوع ماده ۶۱۴ قانون تعزیرات و تبصره آن می‌شود یا خیر.

ازاله بکارت موجب ایجاد کاستی در شکل ظاهری عضو یا کاستی در نحوه طبیعی عضو نیست، بنابراین نقص عضو^۱ نخواهد بود و معمولاً به صورت «جرح» یا «ضرب»

۱. مطابق با رأی وحدت رویه شماره ۲۴-۵۴/۷/۱۶-۵۴ منظور از نقص عضو، ایجاد کاستی در شکل ظاهری عضو یا نحوه طبیعی عضو است که معمولاً همراه با ضایعه ظاهری است، نظیر کر شدن گوش و... بنابراین شکستن یک دندان نقص عضو تلقی نمی‌شود (شکری و سیروس، ۱۳۸۵: ۶۶۳). اما قطع شدن عضو یا کاسته شدن کارایی یا تغییر شکل طبیعی آن نقص عضو محسوب می‌شود (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۹: ۱۴۳).

محقق می‌شود؛^۱ لذا صرف ازاله بکارت با هیچ‌کدام از نتایج ماده ۶۱۴ یعنی نقصان یا شکستن یا از کارافتادن عضوی از اعضا یا مرض دائمی یا فقدان یا نقص یکی از حواس یا منافع یا زوال عقل منطبق نیست و به نظر می‌رسد در ازاله بکارت اگر پرده بکارت ترمیم‌شدنی نباشد، مشمول از بین رفتن عضو باشد. با وصفی که گذشت معلوم می‌شود که با عدم تحقق نتایج ماده ۶۱۴، اگر ازاله بکارت به وسیله اسلحه یا چاقو یا امثال آن باشد، مرتکب طبق تبصره ماده ۶۱۴ به ۳ ماه تا ۱ سال حبس محکوم خواهد شد و این در حالی است که ازاله بکارت به صورت جرح عمدی بدون اسلحه یا چاقو؛ مثلاً با انگشت^۲ از شمول این تبصره خارج است و در این مورد اگر مرتکب مذکور باشد، عمل وی منطبق با ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات یعنی «عمل منافی عفت غیر از زنا» است. البته این مجازات به سبب ازاله بکارت نیست و از بین رفتن بکارت نیز در میزان مجازات تعزیری تأثیری ندارد. در مواردی هم که ازاله بکارت توسط زنی نسبت به دختر دیگر صورت می‌گیرد، بعید نیست بتوان این عمل را منطبق با ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دانست.

در مواردی که ازاله بکارت ناشی از تصادف رانندگی است، با توجه به اینکه در این سوانح «پرده بکارت به دنبال آسیب دهانه مهبل یا پارگی لب‌های فرج پاره می‌شود و

۱. ضرب به صدماتی اطلاق می‌شود که بدون از هم گسیختگی ظاهری نسجی و جاری شدن خون ایجاد می‌شوند. تورم و خونمردگی از آثار «ضرب» هستند و جرح به مواردی اطلاق می‌شود که بافت‌های بدن از هم گسیخته شده و اغلب با خونریزی توأم هستند. خراشیدگی و پارگی از آثار «جرح» هستند (گودرزی و کیانی، ۱۳۸۵: ۲۰۱) آسیب‌های پرده بکارت که به ازاله بکارت منجر می‌شوند عبارتند از: ساییدگی، خراشیدگی، پارگی، تورم و خونمردگی (صناعی‌زاده، ۱۳۸۷: ۲۴۱).

۲. در اعمال منافی که پرده بکارت با انگشت صدمه می‌بیند، ممکن است یک پارگی کوچک یا ساییدگی در یک قسمت از لبه پرده ایجاد شود. این مسئله را با معاینه دقیق می‌توان از سایر موارد افتراق و تشخیص داد (صناعی‌زاده، ۱۳۸۷: ۲۴۳).

هیچ‌گاه منحصرأ آسیب نمی‌بیند» (گودرزی و کیانی، ۱۳۸۵: ۲۸۷) اگر ازاله بکارت در این موارد به تغییر شکل دائمی اندام تناسلی زن منجر شود، مرتکب به مجازات ماده ۷۱۵ قانون تعزیرات محکوم می‌شود و اگر ازاله بکارت به پاره شدن مثانه و عدم ضبط ادرار بینجامد و زن دچار ریزش ادرار شود، به گونه‌ای که در بعضی از مواقع نتواند ادرار خود را ضبط کند و درمان هم نشود، چون «ضعف دائم یکی از منافع» اعضای زن محقق شده است؛ مرتکب مشمول مجازات ماده ۷۱۶ قانون مجازات می‌شود. در مواردی هم که ازاله بکارت به صورت غیر عمدی توسط پزشک صورت گرفته، به همان ضمان مالی اکتفا شده و مجازات تعزیری در این خصوص پیش‌بینی نشده است. در قانون مجازات اسلامی جدید با توجه به اینکه میّت در اسلام دارای حرمت است، برای «هتک» و «جنایت» عمدی نسبت به میّت مجازات تعزیری پیش‌بینی شده است. بنابراین اگر شخصی عمداً میّتی را ازاله بکارت بکند، مطابق با ماده ۷۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شود.

نتیجه‌گیری

۱. همان‌طور که ملاحظه کردیم، مشایخ ثلاثه سه روایت را با سند صحیح در رابطه با مجازات ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش ذکر کرده‌اند که بر اساس این روایات دو نظریه میان فقها مطرح است: اول دیدگاه تعزیری بودن ازاله بکارت و دوم قائلان به حد. دیدگاه اول فقها مطابق با نظریه مشهور و عمل اصحاب است که به نظر ما با فرض پذیرش عدم تحقق اجماع و عدم حجیت شهرت نزد متأخرین، نظریه حدی بودن ازاله بکارت در فرض اکراه در موارد غیرآمیزش، مستدل و موافق با قواعد عقلی حاکم بر روایت است، با وجود این قانونگذار کیفری بدون تبعیت از نظر مشهور یا غیرمشهور فقها، عنوان مجرمانه مستقلی برای ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش در نظر نگرفته و صرفاً به بیان جبران خسارات ازاله بکارت در مواد ۶۵۸ و ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بسنده کرده و این در حالی است

که قبل از انقلاب اسلامی در قانون‌های مجازات عمومی ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ در مواد ۲۰۷ و ۲۰۸ و ۲۰۸ مکرر، ازاله بکارت با رضایت و بدون رضایت مجنی^۱ علیها در صور مختلف به‌طور دقیق بنا بر وضعیت سنی دوشیزه جرم‌انگاری شده بود.

۲. در مواردی که ازاله بکارت به وسیله اسلحه یا چاقو یا امثال آن باشد، مرتکب طبق تبصره ماده ۶۱۴ به ۳ ماه تا ۱ سال حبس محکوم خواهد شد و در حالی که ازاله بکارت توسط مرد نسبت به دختر از طریق غیرآمیزش مثلاً با انگشت صورت می‌گیرد، عمل مرتکب مطابق با ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات (عمل نامشروع غیرزنا) است.

۳. از منظر فقهی در خصوص این فرض که از بین بردن بکارت دختر همراه با زنا یا اکراه یا رضایت باشد، دو دیدگاه مطمح نظر است. مطابق با دیدگاه اول با تمسک به قاعده «تعدد سبب لتعدد المسبب» اعمال تعزیر علاوه بر حد ممکن است و بنا بر نظر دوم که صائب‌تر محسوب می‌شود، چون قابلیت تعدد وجود ندارد، به همان مجازات حدی اکتفا می‌شود، البته پذیرفتن نظریه اخیر در مورد پرداخت ارش البکاره علاوه بر مهرالمثل در زنا با اکراه ناتمام است.

۴. در رابطه با مجازات قصاص، فقها امکان قصاص در ازاله بکارت را پذیرفته‌اند که با تحلیل دلالت عقلی روایات وارده پی می‌بریم که مجوز قصاص در این مورد متوقف بر این است که ازاله بکارت توسط دوشیزه با عنف یا اکراه تحقق پذیرد؛ ضمن اینکه در صورت قصاص، امکان اخذ مهرالمثل و اجرای تعزیر وجود ندارد.

۵. دیه ازاله بکارت در مورد غیرمجامعت بنا بر نظر مشهور و حتی ادعای اجماع از سوی بعضی فقها، مهرالمثل است، پس بر همین مبنا میزان مهرالمثل در این موارد نباید از دیه کامل زن تجاوز کند، اما ازاله بکارت در موارد زنا با اکراه موجب پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل است که در این مورد ارش به سبب جزئی است که از بین رفته است، به همین علت مهرالمثل در این وضعیت معادل دیه ازاله بکارت نیست.

۶. بر فرض که بپذیریم ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش یکی از افراد موضوع تعزیرات منصوص شرعی است، ملحق کردن آن به موضوع تبصره دوم ماده ۱۱۵ محل اشکال است، زیرا مطابق با ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی تعزیرات منصوص باید به موجب «قانون» باشند.

۷. در پایان پیشنهاد می‌شود که برای جلوگیری از تشتت مواد قانونی، قانونگذار برای صور مختلف ازاله بکارت مانند ازاله بکارت در موارد غیرآمیزش و ازاله بکارت ناشی از فریب به ازدواج و ازاله بکارت با عنف یا اکراه، نسبت به همسر مجازات مستقلی در نظر بگیرد؛ زیرا علاوه بر سابقه جرم‌انگاری چنین رفتارهایی در فقه، اعمال مذکور به اندازه ضروری جای سرزنش اخلاقی دارند.

منابع

۱. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ ق). *السرائر الحاوی التحریر الفتاوی*، جلد سوم، قم دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. بازگیر، یدالله (۱۳۸۶). *قصاص عضو و دیه اعضا*، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
۳. برغانی محمدتقی بن محمد [شهید ثالث] (۱۳۸۲). *دیات*، چاپ اول، قزوین، انتشارات حدیث امروز.
۴. بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ ق). *جامع المسائل*، جلد پنجم، قم، چاپ دوم، دفتر معظم له.
۵. تبریزی، میرزا جواد بن علی (۱۴۱۷ ق). *اسس الحدود و تعزیرات*، قم، چاپ اول، دارالصدیقه الشهیده سلام الله علیها.
۶. الجبعی العاملی، زین الدین بن علی [شهید ثانی] (۱۴۱۰ ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، جلد دهم، چاپ اول، کتابفروشی داوری.
۷. حلّی اسدی، جمال الدین احمد بن شمس الدین محمد بن فهد [ابن فهد حلّی] (۱۴۰۷ ق). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، جلد پنجم، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع القطان (۱۴۲۴ ق). *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، جلد دوم، قم، چاپ اول، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۹. حلّی، یحیی بن سعید (۱۳۹۴ ق). *نزهه الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر*، قم، چاپ اول، منشورات رضی.
۱۰. حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ ق). *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق). *مبانی تکمله المنهاج*، جلد دوم، قم، چاپ اول، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۱۲. دهخدا، علی اکبر (۱۳۳۷). *لغت نامه*، جلد یازدهم، تهران، چاپخانه مؤسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران.

۱۳. دیلمی، سلار، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ ق). *المراسم العلویه و الأحکام النبویه*، قم، چاپ اول، منشورات الحرمین.
۱۴. روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۲ ق). *فقه الصادق*، جلد ۲۶، قم، دارالکتاب، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۵. الروحانی، محمدصادق (۱۴۳۳ ق). *استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارنده*، به شماره ۶۰۷۷۵. مورخ ۱۳۹۱/۴/۱ و ۱۳۹۱/۶/۱۲ و ۱۳۹۱/۶/۱۵.
۱۶. زنجانی، سید موسی شبیری (۱۴۱۹ ق). *کتاب نکاح (زنجانی)*، جلد ۲۱، قم، چاپ اول، مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
۱۷. سبحانی، جعفر (۱۳۸۸). *تلخیص جامع کلیات فی علم الرجال*، تدوین، محمد محسنی، قم، نشر حقوق اسلامی.
۱۸. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق). *مهذب الاحکام*، جلد ۲۹، قم، چاپ چهارم، مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیت‌الله سبزواری.
۱۹. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۶ ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، جلد اول، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۲۰. شکری، رضا و سیروس، قادر (۱۳۸۵). *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مهاجر.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ ق). *أنوار الفقاهه - کتاب الحدود و التعزیرات (لمکارم)*، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۲. صافی گلپایگانی، شیخ لطف الله (۱۴۳۳ ق). *استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارنده* به شماره ۱۳۰/۴/۹۱، مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۱ و ۱۳۹۱/۶/۵.
۲۳. صالح عموم، محمود (۱۳۳۷). *هتک ناموس و روابط جنسی نامشروع*، مجله کانون وکلا، شماره ۶۲: ۸۷-۷۷.
۲۴. صانعی، پرویز (۱۳۸۹). *حقوق و اجتماع*، تهران، چاپ دوم، طرح نو.
۲۵. صدوق، محمدبن علی بن بابویه (۱۴۱۳ ق). *من لایحضره الفقیه*، جلد ۲ و ۴، قم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

۲۶. صنایعی زاده، حسین (۱۳۸۷). *پزشکی قانونی*، تهران، چاپ دوم، نشر دادگستر.
۲۷. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ ق). *مجمع البحرین*، جلد پنجم، تهران، چاپ سوم، کتابفروشی مرتضوی.
۲۸. طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ ق). *تهذیب الاحکام*، جلد دهم، تهران، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه.
۲۹. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۶۲). *ترجمه النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، ترجمه سید محمد باقر سبزواری، جلد دوم، تهران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۰. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ ق). *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد هفتم، تهران، چاپ سوم، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۳۱. عاملی، حر (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعه*، جلد ۲۰، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۳۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۱ ق). *تبصره المتعلمین فی احکام الدین*، تهران، چاپ اول، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ ق). *قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، جلد سوم، قم، چاپ اول دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، جلد ۹، قم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۵. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۱ ق). *تلخیص المرام فی معرفه الاحکام*، قم، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
۳۶. فاضل اصفهانی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ ق). *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، جلد دهم و یازدهم، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. فاضل لنکرانی، شیخ محمد جواد (۱۴۳۳ ق). *استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارنده*، به شماره ۴۶۱۷۴، مورخ ۱۳۹۱/۴/۳.
۳۸. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۸ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، قم، چاپ اول، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

۳۹. قانون العقوبات الاردنی (۲۰۰۲). قانون موقت رقم ۳۳ وفقاً لآخر التعديلات، عدد المواد: ۴۷۶.
۴۰. قانون العقوبات السوري (۱۹۴۹). الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ۱۴۸، عدد المواد: ۷۵۵، تاريخ ۱۹۴۹/۶/۲۲.
۴۱. قانون العقوبات اللبناني (۱۹۴۳). مرسوم اشتراعي رقم ۳۴۰، بناء على تصريح ۲۶ تشرين الثاني سنة ۱۹۴۱ و بناء على اقتراح وزير العدلیه و بناء على قرار مجلس الوزراء تاريخ ۲۷ شباط سنة ۱۹۴۳، عدد المواد: ۷۷۲.
۴۲. قبله ای خوبی، خلیل، شعبانی کندسری، هادی و دشتی، محمد رضا (۱۳۹۳). *تداخل اسباب و مسیبات در علم اصول و حقوق موضوعه*، نشریه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۳.
۴۳. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*، جلد پنجم و هفتم، تهران، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه.
۴۴. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی (۱۴۱۲ق). *الدر المنصود فی أحكام الحدود*، جلد اول، قم، چاپ اول، دارالقرآن الکریم.
۴۵. گودرزی، فرامرز و کیانی، مهرزاد (۱۳۸۵). *پزشکی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق*، تهران، چاپ سوم، انتشارات سمت.
۴۶. لطفی، رضا (۱۳۱۸). *اعمال منافی عفت*، مجله مجموعه حقوقی، شماره ۱۹: ۷۲۶-۷۲۹.
۴۷. مجلسی، محمد تقی [مجلسی اول] (۱۴۰۰ق). *یک دوره فقه کامل فارسی*، تهران، چاپ اول، مؤسسه و انتشارات فراهانی.
۴۸. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۳۸۸). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد دوم، تهران، الطبعة الثامنة، انتشارات استقلال.
۴۹. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۲ق). *نکت النهایه*، جلد ۳، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. مرعشی، سید محمد حسن (۱۳۷۶). *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران، نشر میزان.

۵۱. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۲۴ ق). *السرقه علی ضوء القرآن و السنه*، در یک جلد، قم، چاپ اول انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۵۲. مشکینی، میرزا علی (۱۴۱۸ ق). *الفقه المأثور*، در یک جلد، قم، چاپ دوم نشر الهادی.
۵۳. مظاهری، حسین (۱۴۳۳ ق). *استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارنده*، به شماره ۱۹۴۵۷. مورخ ۱۳۹۱/۴/۳ و ۱۳۹۱/۶/۱۴.
۵۴. مظاهری، حسین (۱۳۸۷). *تقریرات درس خارج فقه کتاب حدود و تعزیرات*، اصفهان، مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهرا.
۵۵. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه (۱۳۸۹). *مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری*، جلد سوم، مزروعی رسول، حسنی محمد، *تقاضای ارش البکاره در جرم زنا توسط زانیه*، تهران، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۰۱-۸۹.
۵۶. مفی، محمدبن نعمان (۱۴۱۳ ق). *المقنعه*، چاپ اول، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵۷. مکی العاملی، شیخ ابی عبدالله شمس‌الدین محمدبن جمال‌الدین [شهید اول] (۱۴۱۰ ق). *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*، چاپ اول، بیروت، دارالتراث، دارالاسلامیه.
۵۸. منتظری نجف‌آبادی، حسین علی (۱۳۶۷). *سلسله درس‌ها (تعزیرات شرعی ۳)*، مجله نور علم، شماره ۲۷.
۵۹. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (بی‌تا). *کتاب الحدود (للمنتظری)*، قم، چاپ اول، انتشارات دارالفکر.
۶۰. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (۱۴۰۹ ق). *دراسات فی ولایه الفقیه و الفقه الدوله الاسلامیه*، جلد دوم، قم، چاپ دوم، انتشارات تفکر.
۶۱. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۷ ق). *فقه الحدود و التعزیرات*، جلد یک، قم، چاپ دوم، مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه‌الله.
۶۲. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۲۲ ق). *استفتائات*، جلد سوم، قم، چاپ پنجم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۳. موسوی خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا). *تحریر الوسیله*، جلد دوم، قم، چاپ اول، مؤسسه المطبوعات دارالعلم.

۶۴. مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۲ق). *مبانی تحریرالوسیله (کتاب الحدود)*، تهران، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۶۵. نجاشی، احمد بن علی (۱۳۶۵ ش). *رجال النجاشی*، قم، چاپ ششم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسين بقم المشرفه.
۶۶. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (۱۴۰۹ ق). *دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الإسلامیه*، جلد دوم، قم، چاپ دوم، نشر تفکر.
۶۷. نجفی، محمدحسن [صاحب جواهر] (۱۴۰۴ق). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۴۱ و ۴۲ و ۴۳، بیروت، چاپ هفتم، دار الاحیاء التراث العربی.
۶۸. نقوی، محسن (۱۳۴۸). *نظری به جرائم منافی عفت*، مجله کانون وکلا، شماره ۱۱۲: ۷۲-۶۱.
۶۹. نوری همدانی، حسین (۱۴۳۳ ق). *استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بیکارت توسط نگارنده*، مورخ ۱۳۹۱/۵/۲۳.
۷۰. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ ق). *منهاج الصالحین*، جلد سوم، قم، چاپ پنجم، مدرسه امام باقر علیه السلام.
۷۱. میرسعیدی، سید منصور (۱۳۷۲). *ماهیت حقوقی دیات*، تهران، نشر میزان.

72. Macfarlane, Bruce. (1993). *Historical Development of the Offense of Rape*, Originally Puvlished by Canadian Bar Association in a Book Commemorating the 100th Anniversary of Canada's Criminal code, Edited by Wood and Peck .