

تحلیل وضعیت «توافق بر تشکیل نکاح» با ابتناء بر جواز حقی و حکمی

حسین جاویر * دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

hjavair@ut.ac.ir

محدثه اصولی یامچی * دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشکده‌گان

m.osuli114@yahoo.com

فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

چکیده

اگر چه در خصوص «توافق بر عقد نکاح»، از منظر قواعدی مثل لزوم وفای به عهد و اصل حاکمیت اراده پژوهش‌هایی صورت گرفته است، مع‌هذا بررسی آن از منظر دلایل بنیادی‌تر، مانند تأثیر ماهیت لزوم و جواز حقی و حکمی در مسأله، ضروری به نظر می‌رسد. پرسش پژوهش حاضر از این قرار است که مبنا انگاری وصف لزوم و جواز تعهد بر تشکیل نکاح بر شناسایی سلسله مراتب دلایل و یافتن مبانی حاکم چه تأثیری دارد و نسبت آن با عمومات یادشده چگونه است؟ ضمن مراجعه گسترده به آراء فقیهان و حقوقدانان با روش توصیفی تحلیلی، معلوم شد «تعهد بر تشکیل نکاح»، اعم از آنکه به صورت «ایقاع»، «وعده یک طرفه ضمن عقد»، «وعده متقابل زن و مرد» و یا «تعهد بر ثالث» و نظایر آن باشد، در مرتبه «قواعد امری» قرار می‌گیرد و در نتیجه، «التزام‌ناپذیر» و «جایز حکمی» است و بنابراین، وصف «جواز رجوع» و «اختیار امتناع از نکاح»، «سلب‌ناشدنی» است. در مقابل، دیدگاه رقیب که به دلیل غفلت از مبانی بنیادی‌تر و با خلط مبنا و بناء و حاکم و محکوم، معتقد است به موجب دلیل لزوم وفای به عهد و عمومات صلح، «آزادی اراده و اختیار» اشخاص در امر وصلت، در مرتبه «قواعد تخییری» و در نتیجه، «تحدیدپذیر» و «سلب‌شدنی» است و در نتیجه، توافق بر تشکیل عقد نکاح، موجب «التزام متعهد» و «امکان الزام وی به انجام نکاح به امر حاکم» خواهد بود. سر انجام، اصلاح عبارت «وعده» به «تعهد» برای برون‌رفت از خطا در تفسیر ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی ایران ضروری است.

واژگان کلیدی: عقد نکاح، توافق بر تشکیل نکاح، جواز حقی، جواز حکمی، التزام‌پذیری تعهد.



مقدمه

یکی از ساحت‌های مهم در توافقات‌های اشخاص، این است که آیا تعهدات ناشی از این توافقات، برای طرفین الزام‌آور است یا خیر. به همین مناسبت، در قراردادها، از «وصف لزوم و جواز» گفتگو می‌شود. یکی از توافقات‌های محل بحث، «توافق زن و مرد بر تشکیل نکاح در آینده» است. حتی ممکن است سخن از الزام به ازدواج ناشی از شرطی باشد که اشخاص ثالث برقرار کرده‌اند (تعهد ازدواج بر ثالث).

پرسش مهمی که در این باره وجود دارد این است که، آیا این توافق، الزام‌آور است؛ به نحوی که اولاً، متعهد له، که ممکن است زن باشد یا مرد یا هر دو، بتواند از محکمه، الزام متعهد را به تشکیل نکاح مطالبه کند و ثانیاً، دادگاه نیز به حَسَب مضمون تعهد، به الزام متعهد حکم دهد و در صورت استنکاف از اجرای حکم، نماینده دادگاه به جای متعهد در دفترخانه حاضر شود و انشای نکاح را انجام دهد. از آن جایی که اولاً، این قبیل توافقاتها رو به فزونی است و ثانیاً، یافتن وضعیت این توافقاتها، بر روابط خصوصی اشخاص و نیز در امکان دخالت حاکمیت، موثر است، بررسی آن، مهم و ضروری به نظر می‌رسد.

پاسخ به این پرسش بر اساس دلایل و مبانی مختلف، متفاوت است. در دیدگاه رقیب، مبتنی بر دلایلی مثل «اوفوا بالعقود» یا «عمومات صلح (الصلح جایز بین المسلمین)» یا «عمومات شرط (المؤمنون عند شروطهم)»، تعهد بر تشکیل نکاح، الزام‌آور و التزام‌پذیر تلقی شده و به موجب این تعهد، «اختیار امتناع از ازدواج»، از شخص متعهد سلب می‌شود. بدین ترتیب، در صورت استنکاف متعهد، امکان الزام وی به انعقاد نکاح وجود دارد و به موجب قاعده «الحاکم ولیُّ الْمُتَمَتِّعِ»، در نهایت امکان تشکیل نکاح توسط حاکم به ولایت از سوی شخص مستنکف هم وجود دارد. به نظر می‌رسد در این رویکرد، از سلسله مراتب استدلال و مبانی بنیادی‌تر و رابطه حاکم و محکوم موجود بین دلایل، غفلت شده است. در نتیجه نتایج حاصل از این استدلال، پذیرفتنی نیست.

در دیدگاه مختار، از آن جایی که این پرسش به وصف لزوم و جواز مربوط است، پاسخ دقیق‌تر و فنی‌تر، به نوع لزوم و جواز موجود در این قبیل تعهدات بستگی دارد. اگر وصف جواز یا لزوم از توافق یا تعهد، انفصال‌پذیر باشد، با «لزوم و جواز حقی» و اگر پیوستگی وصف لزوم یا جواز به کیفیتی باشد که نوعی اتصال انفصال‌ناپذیر با قرارداد یا تعهد داشته‌باشد، که با هیچ شیوه‌ای نتوان آن را سلب کرد، با «لزوم و جواز حکمی» روبه‌رو هستیم. یکی از ابعاد مهم این تقسیم، به مرحله تشکیل نکاح یا به تعبیر بهتر به «توافق یا تعهد بر تشکیل نکاح» مربوط است که ماهیتاً، نوعی «توافق یا تعهد بر توافق» محسوب می‌شود. درباره تعهداتی که مضمون آنها، «التزام به تشکیل نکاح در آینده» است، صورت‌های مختلفی وجود دارد. این تعهد، ممکن است «به‌صورت یک‌جانبه و در قالب ایقاع»، «به‌صورت یک‌جانبه و ضمن توافق عقد تشکیل نکاح»، «به‌صورت یک‌جانبه و ضمن صلح بر خون‌بَس / خون‌بُر» یا «با تعهد متقابل به تشکیل نکاح» باشد. به‌موجب وصف جواز حکمی و تحلیل‌های نتیجه‌گرا (جلوگیری از نتایج زیان‌بار ناشی از تشکیل ازدواج‌های ناشی از کراهت شدید)، می‌توان به امتناع‌پذیری ذاتی نکاح تا قبل از تشکیل نهایی آن، نظر داد. بدین ترتیب، اولاً، تعهد یا توافقی که در این باره می‌شود، جایز است؛ ثانیاً، جواز آن، حکمی و سلب‌ناشدنی است. بنابراین، «تعهد بر ازدواج» نیز، «التزام‌پذیر» نیست و در نتیجه، «اختیار امتناع از ازدواج»، سلب‌شدنی نیست.

برای تبیین مسأله، نخست، مفهوم لزوم و جواز حقی و حکمی در نکاح و جنبه‌های امری و تخییری در آن، سپس آثار لزوم و جواز حقی و حکمی در حقوق خانواده و در ادامه کاریست آن در دو مورد توافق بر تشکیل نکاح، از جمله در قالب صلح بر خون‌بَس (متضمن تعهد بر نکاح یکی از دختران خانواده قاتل) بررسی شده‌است.

۱- مفهوم لزوم و جواز حقی و حکمی در نکاح

پیش از بحث درباره جایگاه لزوم و جواز حقی و حکمی در نکاح، لازم است مفهوم شایع از لزوم و جواز در قراردادها و مفهوم حق یا حکم بودن آن، به‌طور کلی، بررسی و سپس موقعیت این نهاد

در نکاح شناسایی شود. این دو مطلب در ادامه به ترتیب بررسی می‌شود.

۱-۲- مفهوم شایع از لزوم و جواز در قراردادها

به‌صورت رایج، در بیان لزوم و جواز قراردادها به ماده ۱۸۵ و ۱۸۶ قانون مدنی استناد می‌شود. در حقیقت، در این رویکرد، بر اساس برخی مبانی فقهی (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۴) «اختیار بر هم زدن»، محور تشخیص قراردادهای لازم محسوب شده است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۴). بر این اساس، ملاک در لازم بودن یک قرارداد آن است که آیا می‌توان آن را یک‌جانبه و بدون رضای طرف دیگر و بدون وجود هیچ سببی بر هم زد یا خیر.

در این رویکرد، عقد لازم، قراردادی است که طبع اولیه و شأن آن، چنان است که، به صورت یک‌جانبه، قابل بر هم زدن نیست (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۵). با همین دیدگاه و به‌موجب ماده ۱۸۵ قانون مدنی نیز، «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد معینه». بنابراین، بر هم زدن یک‌جانبه، قرارداد، صرفاً با مجوز قانونی (خيارات) ممکن خواهد بود و به‌موجب ماده ۱۸۶ قانون مدنی، «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند».

در قراردادهای جایز اصولاً برای بر هم زدن، دلیلی نیاز نیست و می‌توان عقد را بدون دلیل موجه نیز بر هم زد. به همین دلیل، در قراردادهای جایز، جز درباره جعل خیار برای ثالث، از شرط خیار گفت‌وگو نمی‌شود؛ زیرا، خیار، در حقیقت، سلطه و اختیاری است که صاحب خیار برای بر هم زدن عقد دارد؛ به‌طوری که در صورت نبود این خیار عقد، لازم باشد؛ درحالی که این معنا در عقود جایز وجود ندارد؛ زیرا در این نوع قراردادها «عهد و التزام» مؤکد وجود ندارد و بنای آنها بر اباحه است (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۸۹) و بدون خیار نیز این قراردادها، جایز محسوب می‌شوند (گیلانی، ۱۴۰۷: ۸۳). در این معیار، به‌طور طبیعی، حقی یا حکمی بودن لزوم و جواز، تابع وصف این اختیار و امکان سلب و اسقاط آن خواهد بود.

۲-۲- مفهوم دقیق‌تر از لزوم و جواز و جهات امری و تخییری در آن

ظاهراً معیار شایع در تمایز وصف لزوم و جواز در قراردادها کامل به نظر نمی‌رسد و از این نظر، انتقاد محققان را در پی داشته است (قنوتی و دیگران، ۱۳۷۹: ۱۱۲). با پیمایش کلمات فقیهان و تحلیل

موارد، معلوم می‌شود که باید به معیارهای جوهری و دسته‌بندی‌های موجود توجه داشت.

۲-۲-۱- معیار جوهری در تشخیص لزوم و جواز حقی و حکمی

بر اساس مبنایی که در مقایسه با مبانی دیگر، جوهری و بنیادی‌تر محسوب می‌شود، اگر بازگشت لزوم یا جواز به «قاعده وفای به عقد» باشد؛ به‌طوری که التزام به عقد در قلمرو تصرف طرفین قرارداد قرار داشته باشد، این لزوم و جواز، «حقی» محسوب می‌شود و سلب‌شدنی است و امکان سلب آن به‌موجب شرط یا اقاله وجود دارد و اگر لزوم و جواز از «خود عقد» و «به حکم شرعی/قانونی» ناشی شود، لزوم و جواز، «حکمی» است و امکان سلب آن وجود ندارد. زیرا اگر از «خود عقد» ناشی شود، لزوم ذاتی یا جواز ذاتی دارد و اوصاف ذاتی سلب‌شدنی نیست و اگر «وصف لزوم و جواز، مبتنی بر حکم شرعی باشد»، با توجه به این که حکم شرعی قابل اسقاط نیست، لزوم و جواز ناشی از حکم شرعی نیز اسقاط پذیر نیست. بر اساس این ضابطه، چون اسباب انحلال نکاح، توقیفی است و در آن، خیار و اقاله راه ندارد (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۲: ۵۵)، کشف می‌شود لزوم نکاح، لزوم حکمی است. بنابراین، اتصاف نکاح به وصف لزوم، جنبه امری، حکمی و سلب‌شدنی دارد. زیرا شأن قواعد و اوصاف امری از شأن توافقاتها و تعهدات اشخاص بالاتر است و امکان توافق برخلاف آن وجود ندارد.

۲-۲-۲- گسست «قابلیت بر هم زدن (ارادی)» از «وصف بر هم خوردن (قهری)»

قراردادها از دیدگاه دخالت اراده برای بر هم زدن یا سلب این اختیار و نیز وصف بر هم خوردن قهری به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ قراردادهایی که در آنها این دو جهت از یکدیگر متمایز می‌شوند (مثل قراردادهای اذنی و عموم قراردادهای لازم) و توافقی‌هایی که قابلیت بر هم زدن در آنها نیز جنبه حکمی و امری دارد (مثل هبه و توافق بر تشکیل نکاح). زیرا بر اساس نظر مشهور فقیهان، اختیار رجوع در هبه، «حکم» است و با هیچ شیوه قراردادی قابل سلب نیست و در توافق بر تشکیل نکاح نیز حسب مدعای نوشتار حاضر و بنا به دلایلی که در ادامه خواهد آمد، اختیار امتناع از ازدواج، جنبه حکمی دارد و سلب‌شدنی نیست.

۲-۲-۲-۱- توافق با وصف گسست‌پذیری توافق از اختیار بر هم زدن

در بیشتر قراردادهای، ملاحظه می‌شود که دو ساحت «اختیار بر هم زدن یک‌طرفه» و «وصف بر هم خوردن»، از حیث لزوم و جواز از یکدیگر متمایزند و هرکدام وصف جداگانه‌ای دارد.

جنبه نخست، حقی بودن «قابلیت سلب حق بر هم زدن» و «تخیری بودن» آن است؛ زیرا این جهت در عموم قراردادهای لازم و نیز در قراردادهای جایز اذنی، از مصادیق مقتضای اطلاق قرارداد است. در واقع، قابلیت سلب این اختیار، بر «حق بودن» اختیار طرفین مبتنی است؛ چون، «امکان بر هم زدن»، اگر ذاتی عقد باشد، سلب‌شدنی نیست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۲۰۶). بنابراین، هرچند، اصل اول، این است که ماهیت، تغییرپذیر نیست، ولی به نظر می‌رسد، در این نوع قراردادها «امکان (اختیار) بر هم زدن قراردادها»، جنبه «ترخیصی» دارد و بر «اطلاق عقد» متکی است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸: ۲۵۹)؛ در نتیجه، در رتبه قواعد تخیری قرار می‌گیرد و «سلب‌شدنی» است.

بنابراین، اگر اختیار بر هم زدن، در قالب شرط سقوط یا با اسقاط، سلب شده باشد، حکم به امکان بر هم زدن، حکم به اعاده معدوم بعد از سقوط و از بین رفتن آن است؛ درحالی‌که اعاده معدوم، عقلاً محال است (الساقط لایعود و المعدوم لایُعاد) (کوه‌کمره‌ای، ۱۴۰۹: ۷۴). به همین دلیل (اختیار بر هم زدن) است که به نظر بسیاری از فقیهان قراردادهای جایز اذنی از قلمرو شمول ادله لزوم عقد از جمله «اوفوا بالعقود» خارج است و امکان محدود کردن اصل فسخ یا تعیین محدوده برای اعمال فسخ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۳۴۰) و لازم شدن آن وجود دارد (خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۰) و از دیدگاه «حق بر هم زدن»، جواز موجود در عقود جایز اذنی، «حقی» شمرده شده است (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۲: ۲۱).

در حقیقت، در نوع قراردادهایی که امکان فسخ در آنها وجود دارد، اختیار بر هم زدن، اقتضای ذات نیست؛ زیرا، اولاً، بر این مدعا دلیلی وجود ندارد و ثانیاً، در صورت شک، اصل، عدم آن است و ثالثاً، اگر چنین بود، امکان شرط برخلاف، ممکن نبود (جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۸۴) پس، در «قراردادهای جایز اذنی»، «استقلال در بهم زدن» وجود دارد که سلب‌شدنی است و در «قراردادهای لازم»، هویت بسیط و واحدی شکل می‌گیرد و هیچ‌کدام از طرفین قرارداد در به هم زدن قرارداد، استقلال ندارند، ولی «نداشتن استقلال در بر هم زدن»، سلب‌شدنی است و «اعطای استقلال در به هم زدن» امکان دارد و امکان برهم زدن در گرو اختیار قراردادی یا قانونی است و به دلیل جنبه حقی داشتن این اختیار، شرط‌پذیری و اسقاط‌پذیری در آن راه دارد (بهبهانی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۴۰۳).

جنبه دوم، حکمی بودن «وصف انحلال قهری» در اثر عواملی مثل وفات و «امری بودن» آن است. در قراردادهای لازم، قرارداد به مواردی مثل وفات، جنون و سفه منحل نمی‌شود و این وصف جنبه حکمی و امری دارد. درباره عقود جایز اذنی به دلیل متکی بودن نفس این قراردادها به اذن جوازی

که از وابستگی عقد به اراده انشایی و سلامت اراده ناشی می‌شود، جواز حکمی است و جنبه امری دارد و سلب ناشدنی است.

در کنار «اختیار بر هم زدن یک‌طرفه» در ماده ۱۸۶، در ماده ۹۵۴ قانون مدنی معیار دیگری نیز در عقود جایز اذنی مطرح شده است. به موجب این ماده، «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است.» آنچه به‌وضوح در این ماده ملاحظه می‌شود، معیار ممتازی است که می‌توان به‌اختصار، «وصف بر هم خوردن» نامید که در اثر عواملی مثل وفات، جنون و سفه (در قراردادهایی که موضوعشان مالی است) رخ می‌دهد و با توجه به ابعاد امری ماده ۹۵۴، به‌هیچ‌روی نمی‌توان از این معیار چشم پوشید.

بنابراین، تکیه بر معیارهای مواد ۱۸۵ و ۱۸۶ قانون مدنی، اگرچه لازم است، کافی و جامع نیست. از این رو، برخی حقوق‌دانان با تأسی به برخی تعابیر و کلمات فقیهان امامیه در عقود جایز اذنی (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۸۲؛ همدانی (آقارضا)، ۱۴۱۶، ج ۱۴: ۵۵۴)، عقد لازم و جایز را به‌گونه‌ای دیگر تعریف کرده‌اند. از دیدگاه ایشان، «عقد لازم، عقدی است که در مرحله حدوث، نیازمند وجود طرف‌های دارای اراده معتبر است، ولی عقد جایز، در حدوث و بقا، به طرف‌های دارای اراده معتبر نیاز دارد.» (شهیدی، ۱۳۸۰: ۶۵) باید دقت داشت در این تعریف، منظور از جواز، جوازی است که در عقود جایز اذنی مد نظر است و آن، با جواز موجود در لزوم و جواز نسبی یا عقودی که در آن‌ها اختیار رجوع وجود دارد، متفاوت است و این دو دسته را باید با ادبیات دیگری بیان و تحلیل کرد.

«جواز» در لزوم و جواز نسبی به معنای «اسقاط یا اعراض از حق» و «رجوع» در مثل هبه هم نوعی حکم است و به دلیل ماهیت حکمی با حق بر هم زدن اصطلاحی در قراردادهای جایز اذنی یا خیار فسخ در قراردادهای لازم فرق دارد و با آن‌ها مقایسه‌شدنی نیست. در این معیار، ممکن است امکان بر هم خوردن قراردادها از جهات مختلفی جنبه حکمی پیدا کند؛ نخست آنکه، «وصف بر هم خوردن قهری، در زمره احکام محسوب شود.» (خمینی (امام)، ۱۴۲۴: ۴۶۳) در این صورت، این وصف، «حکم» است و ارتباط آن با قراردادهای جایز، جنبه حکمی و امری خواهد داشت.

جهت دیگر امری بودن، در ناحیه انحلال قراردادهای لازم است. طبع قراردادها و انتظار متعارف این است که این قراردادها در اثر عواملی مثل وفات، جنون و سفه متزلزل نشوند و سلب این خصلت

ممکن نباشد. اما درباره عقود جایز اذنی، وابستگی آن به شخص و شخصیت از اوصاف جوهری است و این وابستگی به کیفیتی است که اگر منشأ اذن (اراده) به خاطر وفات از بین برود یا به دلیلی مثل جنون و سفه (در امور مالی) از سلامت بیفتد، عقد جایز اذنی، به دلیل از بین رفتن اهلیت در مرحله استمرار، منفسخ می‌شود. در عقد جایز اذنی، در مرحله تشکیل (پیدایش)، مثل سایر قراردادها به وجود اراده و سلامت اراده دو طرف عقد نیاز هست. از این رو، در این قراردادها، در مرحله استمرار هم به وجود اراده انشایی سالم نیاز هست و اگر بعد از تشکیل قرارداد، مواردی مثل وفات، جنون و سفه بر هر کدام از طرف های توافق عارض شود، به انفساخ قرارداد منجر می‌شود. در مثل وفات، به دلیل ارتفاع اذن به موت و به دلیل از بین رفتن اهلیت و اذن و انتقال مالکیت به ورثه (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷: ۱۴۰) به اذن جدید ورثه و یا تجدید عقد نیاز هست (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۲: ۱۳۴). هر چند برخی فقیهان (سبحانی تبریزی، ۱۴۰۶: ۴۹) سقوط‌پذیری وصف بر هم خوردن را در قالب شرط بقای عقد بعد از وفات پذیرفته‌اند، ولی شمار ایشان، اندک و مدعای ایشان بر مبنای تمایزی که بیان شد، پذیرفتنی نیست.

۲-۲-۲-۲- توافق با وصف گسست‌ناپذیری توافق از اختیار بر هم زدن

اگر چه در عموم توافق‌ها، اختیار برهم زدن، به شیوه‌های مختلف و به تعبیر قانون مدنی «به وجه مُلْزِم»، سلب شدنی است (مواد ۱۲۰، ۵۸۹، ۳۶۵۱ قانون مدنی)، با معیار برخی فقیهان (بهبهانی، ۱۴۰۵، ج ۳: ۲۴۰)، برخی توافق‌ها به صورتی هستند که اختیار بر هم زدن را نمی‌توان از آنها جدا کرد و این اختیار، ذاتی آنهاست. در این باور، اولاً، اختیار بر هم زدن و «جواز» در عقود که ذاتاً جایز

۱. «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند مگر این که به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد.»

۲. «هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزومی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند.»

۳. «اگر برای ادای قرض به وجه ملزومی اجلی معین شده باشد مقرض نمیتواند قبل از انقضای مدت طلب خود را مطالبه کند.»

هستند، از «شئون سلطنت بر نفس و عمل» نیست؛ ثانیاً، «سلب اختیار شخص برای برهم زدن» این نوع قراردادها، ممکن نیست؛ در نتیجه، اسقاط‌پذیری و انقلاب عقد جایز به لازم، ممکن نیست. در این گونه توافق‌ها، اختیار بر هم زدن قرارداد به عنصر استقلال داشتن یا نداشتن ارتباطی ندارد، بلکه به دلیل وجود مناسبت‌های موضوعی و متعلق اختیار و مصلحتی در ناحیه موضوع و نیز مفاسدی که از سلب اختیار ناشی می‌شود، ماهیت توافق، با عنصر «اختیار رجوع» یا «امتناع از عمل به تعهد» چنان پیوندی دارد که امکان سلب و اسقاط آن، با هیچ‌یک از شیوه‌های حقوقی وجود ندارد. بنابراین، وصف جواز در این موارد، سلب‌شدنی نیست و تعهد مبتنی بر سلب اختیار رجوع و یا امتناع، التزام‌ناپذیر است. به نظر می‌رسد، «اختیار امتناع از وصلت» که به‌صراحت در ماده ۱۰۳۵ به آن تصریح شده، از همین قبیل است و گسست توافق از این اختیار امکان ندارد. تفصیل مطلب در ادامه همین نوشتار مطرح خواهد شد.

لزوم و جواز، بسته به حقی یا حکمی بودن آن، آثار متفاوتی به دنبال دارد که در ادامه بررسی می‌شود.

۳-۱- آثار لزوم و جواز حقی در نکاح

لزوم حقی به این معناست که مصلحت لزوم در این قرارداد، صرفاً، به یکی از طرفین مربوط است و از این رو، می‌توان برای طرفین یا یکی از آنها و حتی برای شخص ثالث «شرط خیار» قرار داد یا از شیوه‌هایی مثل «شرط فاسخ (انفساخ)» و «اقاله» برای بر هم زدن قرارداد استفاده کرد. به‌موجب ماده ۱۸۸ قانون مدنی، «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد». بنابراین، یکی از سنجه‌های لزوم حقی، «خیارپذیری» آن است؛ چون با وضع خیار، جز در موارد قانونی، امکان دیگری هم برای انحلال قرارداد پیش می‌آید و معلوم می‌شود، حکم اولیه لزوم از نظر «بر هم زدن»، از تبعات اطلاق عقد است و جنبه حقی دارد و نه حکمی.

پس، لزوم حقی در نکاح، بر فرض وجود، به این معناست که در مورد دارای بحث و تردید، شخص بتواند برخلاف جریان لزوم با درج شرط خیار و شرط فاسخ و امثال آن و با اعمال اراده مستقیم و غیرمستقیم به استمرار نکاح پایان دهد. امکان درج خیار تخلف از شرط در نکاح را نیز می‌توان با همین دیدگاه ارزیابی کرد و نیز به این معناست که اگر مثلاً، امکان رجوع مرد به زن در طلاق رجعی یا امکان رجوع زن به فدیة در طلاق رجعی جنبه حقی داشته باشد، امکان سلب آن در قالب اسقاط

یا تحدید حق نیز ممکن باشد.

۳-۲- آثار لزوم و جواز حکمی در نکاح

در این معنا، به‌طور مثال، «لزوم سلب‌ناشدنی» قرارداد به استحکام عقد در برابر امکان بر هم زدن به شیوه‌های غیرمُصرَّح اشاره دارد و «جواز اسقاط‌ناپذیر» در قلمرو نفوذ اراده طرفین قرارداد، در تشکیل، (مثل جواز تعهد به تشکیل نکاح) و انحلال قرارداد و حتی در روابط بعد از انحلال (مثل جواز رجوع به فدیة)، منشأ تأثیرهای مهمی است که شایسته بررسی است. اقاله‌ناپذیری نکاح، امکان نداشتن درج شرط خیار و خیار تخلف از شرط فعل یا پذیرش ضمانت اجرای فسخ برای تخلف از شرط فعل از جمله آثار لزوم حکمی در نکاح است و به‌علاوه، می‌توان نپذیرفتن اسقاط حق رجوع در طلاق رجعی یا در رجوع به فدیة و یا در رجوع به هبه منعقدشده قبل از نکاح یا ضمن نکاح یا بعد از آن را نیز با همین دیدگاه ارزیابی کرد. به‌علاوه، الزام‌ناپذیری تعهد به تشکیل نکاح و عقد تشکیل نکاح از جمله آثار جواز حکمی در نکاح است.

۲- قلمرو نفوذ اراده در وعده ازدواج و تعهد بر آن؛ مبتنی بر وصف لزوم و جواز

۴-۱- مفهوم وعده و تعهد بر نکاح

با تشکیل عقد نکاح در لازم و الزام‌آور بودن آن بحثی نیست، ولی ممکن است بعد از مذاکرات و مقاولات، با عناوینی روبه‌رو شویم که به مسأله نوشتار حاضر مربوط باشد. کیفیت وضع ماده ۱۰۳۵ و استفاده از واژه «وعده» نیز بر اهمیت مفهوم‌شناسی در قلمرو وعده و نکاح افزوده است. به‌موجب این ماده، «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند، اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده، پرداخته شده باشد؛ بنابراین، هریک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده، می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به‌هیچ‌وجه او را مجبور به ازدواج کرده، یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید».

از مهم‌ترین موارد، ارتباط دو عنوان «وعده» و «تعهد» است. این دو واژه به لحاظ لغوی به یکدیگر نزدیک‌اند. برای وعده معانی متعددی بیان کرده‌اند؛ گاهی وعده در وجه خبری به کار رفته و به معنای «اخبار» و «نوید دادن» از انجام دادن کاری در آینده (تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱: ۴۲۳) و گاه در وجه انشایی

رابطه‌ای است بین حکم و موضوع که باعث می‌شود با توجه به لفظ، موضوع متناسب با حکم یا حکم متناسب با موضوع در ذهن انسان متبادر شود که در این ماده، از قسم دوم است. علاوه بر مناسبت حکم و موضوع، ظهور مجموع این گزاره قانونی نیز، تفسیر یادشده را توجیه می‌کند. با این بیان که، پرداخت مهریه زمانی موضوعیت دارد که اولاً، توافقی در میان باشد؛ ثانیاً، در ضمن این توافق تعهدی شده باشد؛ ثالثاً، این توافق بین طرفین صورت الزام‌آوری داشته باشد که بخشی از مفاد آن تعهد راجع به مهریه به مرحله پرداخت هم رسیده باشد، ولی این تلقی الزام‌آوری بین طرفین حتی اگر معهود عرفی هم باشد، از نظر قانون‌گذار معتبر شناخته نشده است. یکی از فواید این گونه تفسیر از واژه وعده آن است که حکم ماده ۱۰۳۵ به طریق اولی در وعده ایقاعی هم جاری خواهد بود؛ چون وعده مبتنی بر قرارداد و توافق دوجانبه، از وعده مبتنی بر ایقاع، شدیدتر و نوعی عهد موکد است

در ادامه و در چگونگی توصیف این توافق‌ها در ارتباط با نوعی جواز حکمی مطالب بیشتری بیان خواهد شد.

۴-۲- وضعیت الزام‌پذیری وعده نکاح و تعهد بر آن؛ صورت‌بندی فرض‌های ممکن به هر حال، بر اساس هر کدام از احتمال‌های بیان‌شده در بند پیش، باید وضعیت الزام‌پذیری وعده یا تعهدی که «متعلق آن»، «ازدواج در آینده» است، جداگانه بررسی شود. بنابراین، موضوع این بخش نوشتار، قراری است که بین طرفین برای «تشکیل عقد نکاح در آینده» شکل می‌گیرد. در ادامه، بر اساس فرض‌های ممکن، حکم مسئله با تأکید بر ضابطه حق و حکم بررسی می‌شود. البته پیش از بررسی وضعیت فرض‌ها باید تذکر داد که در صورت وجود موانع نکاح، بدون نیاز به بررسی وضعیت هر صورت، حکم مسئله، روشن است و در صورت وجود موانع نکاح، به دلیل وجود حرمت فوقانی و مقدم بر نکاح، تعهد دادن به امر حرام و ممنوع، مقدور اشخاص نیست (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً).

همچنین می‌توان گفت، به جز بحث الزام به نکاح، که محل خلاف است، در سایر موارد، مثل الزام به پرداخت خسارت در فرض خودداری، این مسأله بدون اختلاف پذیرفتنی است و از این رو این

مسأله در این نوشتار بررسی نخواهد شد.

۴-۲-۱- فرض اول، وعده و تعهد یک طرفه بر تشکیل نکاح (اخبار/ایقاع) یکی از فرض‌های مطرح در این مسأله آن است که یک طرف، مرد یا زن، به صورت یک جانبه، بر نکاح با دیگری، وعده می‌دهد که ممکن است، ماهیتاً، صرف «اخبار» باشد یا در رتبه «تعهد».

۴-۲-۱-۱- صورت اول: نوید و اخبار یکی از احتمال‌هایی که اتفاقاً زیاد رواج دارد و قدر متیقن از ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی محسوب شده، آن است که یک طرف صرفاً به دیگری «نوید می‌دهد» که در آینده با او ازدواج خواهد کرد. چنین وعده‌ای، الزام‌آور نیست و نمی‌توان به این مناسبت، زن یا مرد را بر ازدواج الزام کرد. چنین اقدامی ماهیت خبری دارد و بحث از الزام و التزام به مضمون خبر معنا ندارد.

۴-۲-۱-۲- صورت دوم: تعهد یک طرفی (ایقاع) بر تشکیل نکاح در آینده این صورت، این گونه است که شخص متعهد، اعم از زن یا مرد، بدون داشتن توافق مستقل یا بدون توافق ضمن قراردادهای دیگر، چنین تعهدی را بپذیرد و «به صورت کاملاً یک جانبه، بر تشکیل نکاح در آینده با شخص معین، متعهد شود». این تعهد، ماهیتاً، ایقاع است. تفاوت این مورد با قسم قبلی در این است که مورد قبلی صرفاً جنبه خبری و اعلامی دارد و شبیه آن است که کسی، خواست یا آرزوی خود را به دیگری اعلام می‌کند. ولی این قسم، «جنبه انشایی و حقوقی» دارد. در عین حال، الزام‌آوری این قسم از وعده، تابع «وضعیت وعده یک طرفه» است که آیا الزام‌آور است یا خیر. حکم مسئله در دیدگاه کسانی که تعهد ابتدایی را الزام‌آور نمی‌دانند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۰، ج ۲: ۲۳؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ۲۱۳) کاملاً روشن است و این اعلام، شخص را به مضمون و مفاد آن، یعنی «تعهد بر تشکیل نکاح در آینده»، ملتزم نمی‌کند و از این رو امکان الزام او به خواست متعهد له و یا حاکم نیز وجود ندارد. ولی در دیدگاهی که تعهدات یک جانبه الزام‌آور دانسته شده (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۱۱۷)، مسئله تابع حکم صورت توافق مستقل یا شروط ضمن عقد، است که در ادامه بررسی خواهد شد.

۴-۲-۲- فرض دوم: «توافق» زن و مرد بر «تشکیل نکاح» (عقد تشکیل نکاح)

ممکن است زن و مرد درباره تشکیل زندگی مشترک در آینده با یکدیگر توافق کنند که می‌توان این توافق را «عقد تشکیل نکاح» نامید؛ یعنی «توافقی که مضمون آن، تشکیل نکاح در آینده» است. البته ممکن است توافق طرفین بر تشکیل نکاح در بردارنده «تعهد یک طرف: تعهد یکجانبه» یا «تعهد هر دو طرف: تعهد متقابل» یا «تعهد به نفع ثالث» باشد، سه صورت پدید می‌آید:

۴-۲-۲-۱- صورت نخست، تعهد متقابل به تشکیل نکاح ضمن توافق (عقد تشکیل)

این توافق، ممکن است به صورت مستقل و ساده و «بدون تشریفات خاص» و یا به صورت مستقل ولی در قالب «نامزدی» واقع شود.^۴ در حقیقت، نامزدی در عرف امروز، مُبرز ویژه چنین توافقی است ولی نمی‌توان توافق طرفین به ازدواج در آینده را به تشریفات نامزدی که امروزه رواج دارد، منوط کرد. همچنین، ممکن است توافق مستقل در هر کدام از این دو مورد به همین صورت و «بی‌نام» و نیز ممکن است در قالب «قراردادهایی مثل صلح» و امثال آن باشد.

۴-۲-۲-۲- صورت دوم، تعهد یکجانبه به تشکیل نکاح ضمن توافق (عقد تشکیل)

صورت دوم، آن است که، با توافق طرفین در قالب بخشی از قرارداد، موضوع تعهد برای طرف دیگر الزام‌آور باشد. مثلاً، جایی که دو نفر به مدت محدودی در قالب نکاح موقت با هم محرم می‌شوند و مرد به زن تعهد می‌دهد که در پایان مدت مَحْرَمِیت او را به نکاح دائم خود درآورد. این توافق ممکن است در ضمن هر عقد دیگری از جمله صلح نیز برقرار شود و از این نظر محدودیتی در پی ندارد. البته پرسش مهم در این قسمت، درجه الزام‌آوری هر کدام از صورت‌های پیش‌گفته است و اگر صرفاً خبری از قصد شخص برای اقدام در آینده اعلام می‌شود، بحث از الزام‌آوری آن بی‌معنا به نظر می‌رسد. مهم‌ترین محل چالش، صورتی است که در آن، قراردادهای مستقل یا توافقاتی ضمن قراردادهای الزام‌آور دیگر مبنی بر تعهد به تشکیل نکاح بسته می‌شود؛ اعم از آنکه مفاد تعهد در این توافقات و

^۴ . برای ملاحظه دیدگاهی که نامزدی را مرادف با وعده نکاح می‌داند، رک: کاتوزیان، ناصر،

شروط، ناظر به یک طرف تعهد باشد (تعهد یک طرفه ضمن عقد) یا به صورت متقابل و ناظر به دو طرف تعهد. برای سهولت در بحث، توافقاتی که ضمن قراردادهای جایز به دلیل الزام آور نبودن تعهدات ضمن آنها که تقریباً درباره آنها اتفاق نظر وجود دارد، از موضوع بحث خارج شده است.

به پرسش مطرح درباره وضعیت این قبیل تعهدات، از دو دیدگاه می توان پاسخ داد؛ نخست و از دیدگاه رقیب، حل این پرسش ذیل قواعدی مثل «اوفوا بالعقود» یا «عمومات صلح» (الصلح جائز بین المسلمین) یا «عمومات شرط» (المؤمنون عند شروطهم) است (قبولی درافشان، ۱۳۹۵: ۵). به موجب نتایج حاصل از این تحلیل، در صورت محقق شدن تعهد بر ازدواج در هر کدام از قالب های یادشده، مضمون این توافق، متعهد را به انجام آن متعهد و ملتزم می کند و از این رو، امکان الزام و اجبار مستنکف و عندالافتضا دخالت حاکم در این باره وجود دارد. برخی فقیهان بزرگ (حکیم، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۸۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۳۸۹) و برخی حقوق دانان (امامی، ۱۳۷۹، ج ۴: ۲۷۱؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۳۳) در این زمره قرار دارند و از دیدگاه این دسته از حقوق دانان، واژه وعده در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی، منصرف از این قبیل تعهدات است و به جایی که تعهدی بر ازدواج داده شده است، مربوط نمی شود.

البته به خاطر تحلیل این دلایل در نوشته های دیگر، بررسی دوباره آنها لازم نیست، ولی از بیان این اشکال نمی توان گذشت که اگرچه لفظ «شرط» و «عهد» و «صلح»، الفاظ عامی محسوب می شوند، یکی از مواردی که به تحدید اختیار در اشتراط و مصالحه می انجامد، همان ضابطه تناسب حکم و موضوع است که پیش تر نیز به آن اشاره شد و گاه به توضیح دامنه شمول الفاظ و عبارات می انجامد، (کاربرد توضیحی قرینه مناسبت حکم و موضوع). بنابراین، با ملاحظه نسبت التزام و اختیار در تشکیل نکاح و جنبه های اخلاقی و اجتماعی آن، این فرد از تعهد و التزام، در ارتکاز متشرعه و عقلاً مشمول عنوان شرط و عهد قرار نمی گیرد و در نتیجه می توان ادعا کرد که این مسأله، به تحدید قلمرو شروط و عهد و به انصراف الفاظ «به» برخی افراد یا «از» از برخی افراد می انجامد. پس، در نظریه رقیب، این قبیل مناسبات و ارتکازهای عرفی در این گونه تفسیرها نادیده گرفته می شود و به همین دلیل، نتایج حاصل شده نیز قابل التزام نیست.

از دیدگاه دوم (دیدگاه مختار)، به سلسله مراتب قواعد در اعمال اراده و مبتنی بر «جواز حکمی» توجه شده

است. از این دیدگاه، «اختیار امتناع» از نکاح با دیگری «حق اصطلاحی» نیست تا با شرط و عقد و نظایر آن عدول‌پذیر باشد. در نتیجه، «جواز تعهد به تشکیل نکاح»، «جواز حکمی» است و نمی‌توان با ابزارهایی مثل شرط ضمن عقد این وصف را از آن سلب کرد.

در حقیقت، در دیدگاه نخست (رقیب)، به قواعد موجود در این باره و این که نفوذ شرط و عقد در گرو آن است که برخلاف قواعد امری نباشد، بی‌توجهی شده است؛ زیرا شأن قواعد و اوصاف امری از شأن توافقات و تعهدات اشخاص بالاتر است و امکان توافق برخلاف آن وجود ندارد. درباره فلسفه «جواز امری تعهد بر نکاح» هم به‌طور خلاصه می‌توان گفت، اگر مصلحت‌هایی مثل مودت و رحمت به عنوان اصول بنیادین خانواده (روم/۲۱) و جلوگیری از بروز مفسده در مرحله تشکیل نکاح مد نظر قرار گیرد، اختیار زوجین در تشکیل نکاح باید تا آخرین لحظه قبل از تشکیل نکاح حفظ شود؛ زیرا کراهت ناشی از الزامی بودن نکاح برای هریک از زوجین، نهاد خانواده را که از اساس و بنیان بر مبنای محبت، عشق‌ورزی، تشیید مبنای خانواده و حسن سلوک اخلاقی بنا نهاده می‌شود، از همان لحظه آغاز در معرض تزلزل قرار می‌دهد و به‌علاوه، به دلیل نبود تمایل که ممکن است در لحظه تشکیل عقد به‌ویژه در زن وجود داشته باشد، مفساد اخلاقی بسیاری در انتظار خانواده خواهد بود و نتیجه چنین ازدواجی چندان با ازدواج اکراهی و از سر اجبار متفاوت نخواهد بود. از این رو، اکثر قریب به اتفاق حقوق‌دانان، تعهد بر ازدواج را الزام‌آور نمی‌دانند (گرگی و همکاران، ۱۳۹۰: ۲۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۲).

۴-۲-۲- صورت سوم، تعهد به تشکیل نکاح به نفع ثالث در ضمن صلح؛ مطالعه موردی خون‌بس تعهد بر تشکیل نکاح، گاه در ضمن عقدی الزام‌آور ولی به نفع ثالث معین یا نامعین رخ می‌دهد. این صورت، در نوعی سنت بومی عشایر برخی مناطق کشور واقع می‌شد که در آن برای پایان دادن به انتقام‌های بی‌پایان، طبق توافق، خانواده قاتل باید دختر نشان‌شده‌ای را به عقد یکی از افراد خانواده مقتول درآورند و حتی ممکن است در زمان مصالحه، آن مرد، معلوم باشد یا نباشد.

خون‌بس که در اصطلاح گاهی با عناوین دیگری مثل خون‌صلح و خون‌بُر نیز هم نامیده می‌شود (رضوی فرد و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۱۹)، «نوعی قاعده عرفی و اجتماعی است که جهت تنظیم روابط اجتماعی میان جوامع مختلف از جمله جامعه عشایری و طایفه‌ای با تکیه بر هنجار، اخلاق و فرهنگ قومی و قبیله‌ای به کار می‌رود» (نامیان و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۱۰). این قاعده عرفی، زمانی اجرا می‌شود که به خاطر وجود زمینه‌های فراوانی در زندگی ایلاتی و پدید آمدن نزاع فردی یا جمعی، فردی از افراد یک ایل به

دست فردی از ایل دیگر کشته می‌شود. در مناطقی که هنوز ریشه‌های قومی و طایفه‌ای و ویژگی‌های جوامع سنتی در آنها ملموس است، با توجه به وجود ساختار سنتی، عصبیت قومی و اعتقاد به اجرای عدالت خصوصی، وقوع یک قتل می‌تواند شروعی برای ارتکاب انواع جرائم باشد. با این توضیح که در نظام عشیره‌ای، هر فرد علاوه بر هویت فردی، یک هویت جمعی هم دارد و ارتکاب جرم نسبت به یک نفر، تجاوز به تمام افراد است. بنابراین، با وقوع قتل، مردم به دو گروه بزه‌کار و بزه‌دیده تقسیم می‌شوند. پیامد این شکاف در جامعه، استمرار نزاع این دو گروه، علیه یکدیگر است (غلامی و مرادقلی، ۱۳۹۴: ۱۵۹). در نتیجه، به شیوه‌ای متناسب، نیاز بوده تا این دست افراد را از وقوع نزاع‌های جدید و استمرار نزاع‌ها حفظ کند. خون‌بس یا خون‌صلح، در واقع پاسخی کاربردی به این نیاز عملی بوده است.

رسم خون‌بس با نقش‌آفرینی سه گروه واقع می‌شود؛ کسان طایفه یا دودمان مقتول، کسان طایفه یا ایل قاتل و ریش‌سفیدان سادات و بزرگان بی‌طرف؛ خون‌بس، کنش اجتماعی به‌هم‌پیوسته‌ای است که میان اعضای سه گروه یادشده صورت می‌گیرد تا در نهایت به سازش و توافق دست یابند (ارجمندی و نوروزی، ۱۳۸۹: ۱۵). پس از حصول توافق، مراسم خون‌بس به صورت نمادین اجرا می‌شود که بررسی جزئیات آن خارج از موضوع نوشتار حاضر است.

مراجعه به برخی پژوهش‌ها که مفاد این توافقات در آنها بررسی شده‌اند، نشان می‌دهد که در متن این سازش‌ها چند عنصر ثابت وجود دارد: نخست، جبران‌های مالی، مثل دادن زمین، پول و احشام به خانواده مقتول؛ دوم، دادن تفنگ؛ سوم، مهاجرت خانواده قاتل از محل جنایت؛ چهارم، دادن دختری از خانواده قاتل به فردی به انتخاب خانواده (طایفه) مقتول (عباسی و دیگران، ۱۴۰۲: ۱۴). در کنار مزیت‌های انکارناپذیر این سنت بومی، این سنت معایب خاصی هم دارد؛ از جمله، رعایت نشدن حقوق شهروندی و بدرفتاری با شخصی که از خانواده قاتل به خانواده مقتول وارد شده است، گسترش ازدواج‌های اجباری، نگاه به زن در جایگاه جنس فرودست جامعه، دزدگی از قوانین و باورها به‌ویژه در میان زنان و ایجاد زمینه خیانت و خودکشی در میان زنان خون‌بس (نامیان و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۲۶).

همچنین، در متن توافق‌نامه نیز یکی از مفاد آن، ازدواج دختری از یک طایفه با مردی از طایفه دیگری است. در گذشته ازدواج دختری از خانواده قاتل، با یکی از بستگان مقتول، از شرایط اصلی توافق بوده است و به همین دلیل در بیشتر طوایف، شاهد حضور تعدادی از زنان هستیم که بدین شکل

ازدواج کرده‌اند اما در دوره‌های اخیر، این وضعیت تغییر یافته است (خان محمدی و احسانی، ۱۳۹۷: ۲۵۶). بنابراین، از میان همه مفاد خون‌بس یا خون‌صلح، ازدواج دختری از خانواده و طایفه قاتل با مردی از خانواده مقتول، چالش‌برانگیزترین موردی است که به موضوع این نوشتار ارتباط دارد. این ازدواج، به نوعی تنبیه قاتل، بستگان قاتل و حتی طایفه او محسوب می‌شود؛ چون در جامعه عشایری، زن، ناموس فرد و ناموس طایفه و الزام به ازدواج مصداقی از مجازات ترذیلی و نوعی ننگ و عار و تنبیهی برای افراد طایفه قاتل محسوب می‌شود. وجه ترذیلی و تنبیهی این قضیه زمانی نمود بیشتری دارد که مثلاً، دختری با شخصیت ممتاز را از طایفه قاتل انتخاب می‌کنند و به نکاح شخص دارای نقصان عقلی و جسمی درمی‌آورند.

در مجموع، با مشاهده وضعیت زندگی عاملان درگیر در این رسم - به‌ویژه زنان - می‌توان گفت، این پدیده دارای آثار مثبت و منفی اجتماعی متعددی است. پدیده خون‌بری برای طوایف و نظام ایلی به لحاظ اجتماعی خوب است و سبب هم‌بستگی و اتحاد خویشاوندی بین اهالی منطقه می‌شود. از طرفی، اختلافات در درون ایل به آسانی و با توافق حل و فصل می‌گردد، حتی هزینه کمتری در بردارد؛ اما به لحاظ جایگاه اجتماعی زن یک پدیده ضد زن است؛ زن در این جریان مورد ظلم و نادیده گرفتن شخصیت قرار می‌گیرد؛ به طوری که اکثر زنان خون‌بسی از این جریان در رنج بوده و احساس نارضایتی فردی دارند و نیز دچار نوعی سرخوردگی اجتماعی و از دست دادن عزت نفس و شخصیت اجتماعی شده‌اند. برچسب خوردن در میان ایل بزرگ‌ترین داغی است که زنان خون‌بس از آن رنج می‌برند. نکته دیگر آثار اجتماعی این پدیده نوع واکنش‌های بدی است که افراد ایل مقتول، نسبت به عروس خون‌بس دارند. اکثر افراد یک ایل احساس طلبکاری از وی دارند و لذا با دیدن او رفتارها و کلامی توهین‌آمیز و اذیت‌کننده انجام می‌دهند و همواره جریان قتل و یا درگیری و خسارت‌ها را یادآوری می‌کنند. سخنان بزرگان قوم نیز نشان می‌دهد که پدیده خون‌بس در بلندمدت موفق نبوده است و نتوانسته ریشه اختلاف و درگیری میان اقوام را حل کند؛ چراکه بعد از گذشت مدت‌زمانی با اتکا به همان مسائل قبلی درگیری و نزاع از نقطه‌ای دیگر آغاز می‌شود؛ بنابراین، اصل پدیده خون‌بس، یک تسکین‌دهنده موقت به شمار می‌آید؛ با وجود این، زن به ناچار آینده زندگی طولانی مدت خود را با آن گره می‌زند (خان محمدی و احسانی، ۱۳۹۷: ۱۵۶).

بنابراین، قاعده عرفی خون‌بس، که نوعی عرف حکمی است و الزاماتی را در عمل بر زنان طوایف

عشایری تحمیل می‌کند، اگرچه مزیت‌هایی را فی‌الجمله دارد، ولی در محتوا با نقض برخی از حقوق مسلم زنان و گاه با اجبار و الزام عملی و گریزناپذیر زنان به قبول ازدواج اجباری و زیر پا گذاشتن شخصیت و کرامت آنها همراه است و از این رو می‌توان خون‌بس را عرفی نامید که به این دلیل از نظر شرعی مردود است و این بخش‌های نامطلوب از آن باید زدوده شود و تعهداتی که گاه ریش‌سفیدان علیه برخی دختران خانواده قاتل بنا می‌نهند، از مصادیق «تعهد به ضرر ثالث/وعده برای دیگری/شرط فعل بر ثالث» است (رک: ایزانلو، ۱۳۸۶: ۶) و مفاد آن به موجب ماده ۲۳۴ ق.م، آن است که با توافق طرفین قرارداد، «فعل یا ترک فعلی بر شخص ثالث شرط شود» و با این کار، تعهد (التزام) به انجام عمل حقوقی (نکاح) را بر یکی از دختران خانواده قاتل تحمیل می‌شود.

زیرا بر اساس قواعد عمومی تشکیل قرارداد و اصل نسبی بودن قراردادها، «اراده متعاملین، با رعایت مقررات می‌تواند حقوق و تکالیفی برای آنها به وجود آورد، ولی اصولاً نمی‌تواند در وضع حقوق افرادی که در بستن دخالت نداشته و به آن رضایت نداده‌اند، مؤثر باشد.» (رک: صفایی، ۱۳۹۵: ۱۷۹)؛ در نتیجه، بدون رضایت متعهد ثالث، الزامی برای وی ندارد (مامقانی، ۱۳۵۰ ق: ۱۴۶؛ امامی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۹۳) و حتی اگر چنین کاری با رضایت دختران خانواده قاتل هم اعلام شود، باز هم الزام‌آور نیست و وی به ملاک ماده ۲۳۱ ق.م، «اختیار رد تعهد به ضرر خویش» را دارد و حتی در فرض پذیرش هم، در نهایت و قبل از تشکیل نکاح، می‌تواند از آن سرباز زند؛ زیرا در صورت اول و دوم بیان شد که اولاً، این تعهد، ماهیتاً جایز است و ثانیاً، جواز آن، حکمی و سلب‌ناشدنی و در نتیجه التزام‌ناپذیر است. حتی در صورت وقوع ازدواج نیز ممکن است به حسب مورد از مصادیق ازدواج اکراهی یا ناشی از اضطرار محسوب شود که حکم هر کدام روشن است و به بحث جدید نیاز ندارد.

نتیجه‌گیری

- 1- در بحث از قواعد حاکم بر مسأله پژوهش ممکن است به دلیل برخی موارد مهم، مثل بی‌توجهی به سلسله‌مراتب موجود در روند تحلیل و پردازش دلایل و نیز بی‌اعتنایی به مناسبت‌های موجود بین حکم و موضوع، نگاهی تک‌ساحتی به متغیرهای مؤثر بر مسأله ایجاد شود که نتیجه آن، خلط مبنا و بنا و اشتباه در نتیجه‌گیری صحیح خواهد بود.
- 2- برخلاف غالب قراردادها که «حق بر هم زدن» در تعهدات جایز، به اطلاق عقد و سلب‌شدنی

است، درباره وعده بر تشکیل نکاح ویژگی‌هایی وجود دارد که به تحدید اراده زن و مرد در این باره می‌انجامد و می‌توان آن را «جواز اسقاط‌ناپذیر» نامید.

3- تعهد بر ازدواج در هر قالبی که شکل گیرد، اولاً، «جایز» است؛ ثانیاً، جواز آن «جواز حکمی» است؛ به این معنا که جواز و اختیار بر انحلال توافق یا عدول از تعهد یک‌جانبه، جنبه امری دارد و سلب‌نشدنی و مورد تعهد بر تشکیل نکاح، اعم از آنکه در قالب ایقاع باشد یا عقد و اعم از آنکه تعهد یک‌جانبه باشد یا دوجانبه و اعم از آنکه نسبت به طرفین باشد یا تعهد بر طرف ثالث (در مثل صلح خون‌بس)، موضوع از شمول عموماتی مثل لزوم وفای به عهد و شرط و عمومات صلح خارج است و تمسک به این موارد از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است و بلکه به دلیل مناسباتی که بین حکم (التزام و وجوب وفای به تعهد) و موضوع (اختیار بر امتناع از وصلت) و مفاسدی که بر سلب اختیار بر ازدواج و آزادی انتخاب در طرف نکاح وجود دارد، توافق بر عقد تشکیل (توافق بر توافق) و تعهد بر آن، التزام‌ناپذیر و اختیار زن و مرد در این باره سلب‌نشدنی است.

4- پیشنهاد اصلاحی: نظر به اینکه تعبیر «وعده» دارای معنایی اعم از تعهد ابتدایی، تعهد یک‌طرفه، تعهد متقابل و حتی اخبار است، در زمره استعمال‌های مجازی است و منشأ اشتباه در تفسیرهای حقوقی شده و شایسته است به واژه مناسب‌تری مثل «تعهد» تغییر یابد.

منابع

ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد (۱۴۱۴)، لسان العرب، تحقیق جمال‌الدین میرداماد، ج ۳، بیروت: دار صادر.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، کتاب النکاح، ج ۳، قم: کنگره شیخ اعظم انصاری.

بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، ج ۵، قم: نشر الهادی
بحرالعلوم، سیدمحمد (۱۴۰۳)، بلغة الفقیه، ج ۱ و ۲، شرح و تعلیق سیدمحمدتقی بحرالعلوم،
طهران: منشورات مکتبه الصادق.

بهبهانی، سیدعلی (۱۴۰۵)، الفوائد العلیه - القواعد الکلیه، ج ۲، اهواز: کتابخانه دارالعلم.
تبریزی، جعفر سبحانی (۱۴۱۶)، نظام المضاربه فی الشریعه الاسلامیه الغراء، قم: مؤسسه امام
صادق (علیه السلام).

تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۴۲۱)، التعلیق الاستدلالیه علی تحریرالوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و
نشر آثار امام خمینی(ره).

جوهری، اسماعیل (۱۴۰۷)، الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه، تحقیق: احمد عبدالغفور عطار،
ج ۱ - ۶، بیروت: دارالعلم للملایین.

حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیه، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، ج ۲، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات،
حلی (علامه)، حسن (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام، ج ۲ و ۳ و ۷، قم: دفتر
انتشارات اسلامی.

خراسانی، آخوند محمدکاظم (۱۴۰۶)، حاشیه مکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸)، موسوعه الامام الخوئی، ج ۳۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶)، نظام المضاربه فی الشریعه الاسلامیه الغراء، قم: مؤسسه امام
صادق (علیه السلام).

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶)، نظام النکاح فی شریعه الاسلامیه الغراء، ج ۱ و ۷، قم: مؤسسه
الامام الصادق(علیه السلام) □.

سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳)، مهذب الاحکام، ج ۱۸، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت
الله سبزواری.

سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳)، کفایه الاحکام، ج ۲ و ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۷)، دلیل تحریر الوسیله - المضاربه، تهران: مؤسسه تنظیم و
نشر آثار امام خمینی (قدس سره).

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۰)، حاشیة المكاسب، ج ۱ و ۲، قم: اسماعیلیان.
عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۲)، الروضة البهیه فی شرح المعه الدمشقیه، ج ۲ و ۵، قم،
انتشارات دفتر تبلیغات

فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲)، الاحکام الواضحه، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
کوه‌کمری، سیدمحمد بن علی حجت (۱۴۰۹)، کتاب البیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به
جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله رشتی (۱۴۰۷)، فقه الإمامیه، قسم الخیارات، قم: کتابفروشی
داوری.

مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰ ق)، نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیه، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
معین، محمد (۱۳۵۶)، فرهنگ فارسی معین، ج ۱، حرف آ-خ، تهران: امیرکبیر.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴)، کتاب النکاح، ج ۱ و ۴ و ۶، تصحیح: محمدرضا حامدی و مسعود
مکارم، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.

نائینی، میرزامحمدحسین غروی (۱۴۱۳)، المكاسب و البیع، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته
به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
نائینی، میرزامحمدحسین غروی (۱۴۲۴)، منیه الطالب فی شرح المكاسب، تقریرات آقاموسی
خوانساری، ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق محمدقوچانی، ج
۲۶، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

همدانی، آقارضا (۱۴۱۶)، مصباح الفقیه، ج ۱۴، قم: مؤسسه الجعفریه لإحياء التراث و مؤسسه
النشر الإسلامی.

ارجمندی، غلامرضا؛ نوروزی، ابولقاسم (۱۳۸۹)، حل منازعات قومی در میان عشایر بختیاری

شهرستان ایذه: رسم «خون‌بری» یا «خون‌بس» بررسی مسائل اجتماعی ایران - (1)1

امامی، سیدحسن (۱۳۷۹)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامییه.

ایزائلو، محسن (۱۳۸۶)، تعهد به فعل ثالث، فصلنامه دانشکده حقوق، ش ۱، صص ۱-۱۷.

جمعی از مؤلفان (بی تا)، مجله فقه اهل البیت (بالعربیة)، ج ۴۷، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

خان محمدی، کریم؛ حکیمه احسانی (۱۳۹۷). مطالعه انسان شناختی پدیده «خون بس» در منطقه صیدون خوزستان، فصلنامه اسلام و مطالعات اجتماعی، سال ششم، شماره اول، ص ۱۴۰ - ۱۶۹.

خمینی (امام)، سیدروح الله (۱۴۲۴)، تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، ج ۱ و ۲ و ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغت نامه دهخدا، ج ۱۲، تهران: دانشگاه تهران.

شیری زنجانی، سیدموسی (۱۴۱۹ ق)، کتاب نکاح، ج ۴، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

شهیدی، مهدی (۱۳۷۹)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات عصر حقوق.

صفایی، سیدحسین (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: انتشارات میزان.

صفایی، سیدحسن و دیگران، زیر نظر ابوالقاسم گرجی (۱۳۸۷)، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران: دانشگاه تهران.

عباسی دره بیدی، احمد؛ طیبه زارعی و مریم محبی پور (۱۴۰۲)، مدل پارادایمی تحقق فرهنگ خون صلح در راستای صلح و سازش و کاهش جرم میان اقوام، فصلنامه دستاوردهای نوین در حقوق عمومی، س ۲، ش ۷، ص ۱-۱۷.

قبولی درافشان، محمد مهدی، بررسی جایگاه فقهی و حقوقی تعهد به ازدواج، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، دوره (۷)، شماره (۲۸)، سال (۲۰۱۴-۳)، صفحات (۵-۲۶)؟.

قنوتی، جلیل و همکاران (۱۳۷۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت.

کاتوزیان ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، حقوق مدنی خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰)، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، چ ۱۶، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنواتی، سیدحسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور (۱۳۹۰)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- مرادقلی حسین و سیروس ضرغامی (۱۳۹۵)، بررسی آثار ترمیمی مراسم خون‌صلح؛ مطالعه موردی در استان کرمانشاه، مجله حقوقی دادگستری، س ۸۰، ش ۹۴، ص ۲۱۷-۲۳۴.
- میرباقری، منصوره سادات و مریم السادات محقق داماد (۱۴۰۱)، معنانشناسی «وعده» و «تعهد» و تأثیر آن بر تفسیر ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی ایران، فقه و حقوق خانواده. 104-79, (77) 27, doi: 10.30497/flj.2022.241515.1695
- نامیان، فاطمه؛ طاها عشایری؛ حوریه سادات صالحی و محمدرضا سیفی (۱۳۹۹)، خون‌بس در فرهنگ سنتی ایران تحلیل کارکردگرایانه از منظر دورکیم، نشریه فرهنگ مردم ایران، شماره ۶۰، ص ۱۰۷-۱۳۰.
- غلامی، حسین؛ حسین مرادقلی (۱۳۹۴)، خون‌صلح؛ حل و فصل سنتی قتل، مجله پژوهشهای حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۵، ص ۱۵۹-۱۸۴.