



The Position of Sign Language in the Marriage of Akhras from the Perspective of Imamiyyah Jurisprudence and Iranian Law with a Look at the Laws of Some Islamic Countries

davud hassanpur[✉] , Mohammadmahdi Vakili[✉] , Meysam Abbasi Lahroudi[✉] 

^۱. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran, Email: hassanpoor.davood@gmail.com

^۲. M.A. Candidate, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, University of Tehran, Iran, Email: mohammad.m.vakili^۱@gmail.com

^۳. Ph.D. Jurisprudence and Criminal Law, Tehran University of Shahid Motahari, Tehran, Iran. (Corresponding Author). meysamabbasi^۱@gmail.com

Abstract

The family system is the most important social system on which the stability of society depends. For this reason, Islamic jurisprudence attaches special importance to it and has shown considerable sensitivity in issues related to it. One of the areas related to the family is the discussion of marriage, which is a social contract and is concluded between spouses. Given that the necessity of a verbal contract is well-known among jurists, the issue of "the Marriage of Akhras" is one of the branches of jurisprudence. This article, using a descriptive-analytical method and collecting data in a library manner, has examined the position of sign language in Marriage of Akhras with a jurisprudential and legal approach. The main question of the present study is that given that the person by marriage is unable to conclude a verbal contract, in general, can such a person, regardless of his or her ability or inability to provide power of attorney, fulfill his or her marriage contract by merely indicating it? The findings of this study show that from the perspective of Imami jurisprudence, there are three positions regarding the marriage of the last-named person, which are very controversial among jurists. The main discussion is in the first position; where the mute and last-named person has the ability to use a proxy. In such a case, we want to examine whether a person can make a verbal offer and acceptance by gesture. The second position is the impermissibility of gesture in a non-last-named person, which is not permissible according to the jurists and is not a matter of discussion at all. But the third position is the necessity of stimulating the tongue along with the gesture, which is controversial. Finally, by examining jurisprudential and legal sources, we find that even if the last-named person has the ability to use a proxy, he can express the offer and acceptance of the marriage contract by gesture, and proxy and stimulating the tongue are not necessary, as can be inferred from the application of Article ۱۰۶۶ of the Iranian Civil Code and the personal status laws of some Islamic countries.

Keywords: gesture language, marriage, non-verbal composition, Imami jurisprudence, Iranian law, Islamic countries' law.

Received: ۱۴/۰۴/۲۰۲۰; **Revised:** ۲۹/۰۵/۲۰۲۰; **Accepted:** ۰۹/۰۷/۲۰۲۰; **Published online:** ۱۲/۰۸/۲۰۲۰.

How To Cite: hassanpur D, Vakili, M & Abbasi Lahroudi, M. (۲۰۲۰). The Position of Sign Language in the

Marriage of Akhras from the Perspective of Imamiyyah Jurisprudence and Iranian Law with a Look at the Laws of Some Islamic Countries. *Private Law Doctrines of Islamic Countries*, ۲(۳), ۱۹-۳۷. <http://www.diplic.qom.ac> <http://www.doi.org/10.22091/dplic.2020.13763.1061>





University of qom

آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی

<https://diplic.qom.ac.ir>

شاپا الکترونیکی: ۳۰۶۰-۶۳۶۵

جایگاه زبان اشاره در نکاح اُخرس از منظر فقه امامیه و حقوق ایران با نگاهی به حقوق برخی کشورهای اسلامی

داوود حسن پور^۱، محمد مهدی وکیلی^۲، میثم عباسی لاهرودی^۳

۱. استاد یار گروه فقه و حقوق دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. رایانامه: hassanpoor.davood@gmail.com
 ۲. دانشجوی کارشناسی ارشد گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران، تهران، ایران، رایانامه: mohammad.m.vakili۷۶@gmail.com
 ۳. دکتری تخصصی فقه و حقوق جزا دانشگاه شهید مطهری واحد تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول). رایانامه: meysamabbasi۰۰۴@gmail.com

چکیده

چکیده

نظام خانواده مهم‌ترین نظام اجتماعی است که قوام جامعه به آن وابسته است. به همین جهت فقه اسلامی اهمیت ویژه‌ای نسبت به آن قائل شده و در مسائل مربوط به آن حساسیت‌های قابل توجهی را مبذول داشته است. یکی از بخش‌های مربوط به خانواده، بحث نکاح می‌باشد که قراردادی اجتماعی است و میان زوجین بسته می‌شود. نظر به اینکه لزوم عقد قولی میان فقها مشهور است، مسئله «نکاح اُخرس» از جمله فروع فقهی است که این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و جمع‌آوری داده‌ها به شیوه کتابخانه‌ای به بررسی جایگاه زبان اشاره در نکاح اُخرس با رویکرد فقهی و حقوقی پرداخته است. سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که با توجه به اینکه شخص اُخرس از انعقاد یک عقد لفظی و کلامی عاجز است، به‌طور کلی آیا چنین شخصی صرف‌نظر از تمکن یا عدم تمکن وی از توکیل می‌تواند به صرف اشاره، ایجاب و قبول عقد نکاح خود را محقق سازد؟ یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد از منظر فقه امامیه، در خصوص نکاح اُخرس سه مقام وجود دارد که میان فقها بسیار چالش‌برانگیز است. عمده بحث در مقام اول است؛ جایی که شخص لال و اُخرس تمکن از توکیل داشته باشد. در چنین فرضی، می‌خواهیم بررسی کنیم که آیا شخص برای ایجاب و قبول لفظی می‌تواند به اشاره اکتفا کند؟ مقام دوم، عدم جواز اشاره در غیر اُخرس است که طبق نظر فقها جایز نبوده و اصلاً محل بحث نیست. اما مقام سوم، لزوم تحریک زبان به همراه اشاره است که اشکالاتی بر آن وارد است. در نهایت، با تتبع در منابع فقهی و حقوقی درمی‌یابیم که شخص اُخرس حتی در فرض تمکن از توکیل می‌تواند با اشاره، ایجاب و قبول عقد نکاح را بیان کند و توکیل و تحریک لسان لازم نیست چنانکه از اطلاق ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی ایران و قوانین احوال شخصیه برخی کشورهای اسلامی نیز همین نظر استنباط می‌شود.

واژگان کلیدی: زبان اشاره، نکاح، انشاء با غیر لفظ، فقه امامیه، حقوق ایران، حقوق کشورهای اسلامی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۳/۰۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۱۸؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۵/۲۱.
استناد: حسن پور، داوود؛ وکیلی، محمد مهدی و عباسی لاهرودی، میثم (۱۴۰۴). جایگاه زبان اشاره در نکاح اُخرس از منظر فقه امامیه و حقوق ایران با نگاهی به حقوق برخی کشورهای اسلامی، *آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی*، ۲(۳)، ۳۷-۱۹.
<http://www.doi.org/۱۰.۲۲۰۹۱/dplic.۲۰۲۶.۱۳۶۵۳.۱۰۶۱>



نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم

مقدمه

از جمله مزیت‌ها و برتری‌های دین اسلام نسبت به سایر ادیان، برخورداری از یک نظام فقهی و اعتقادی جامعی است که تمام نیازهای بشری را در ابعاد فردی و اجتماعی پیش‌بینی و برای هر یک پاسخی مناسب طراحی کرده است. از این‌رو، طبیعتاً انتظار می‌رود در مسائل بسیار حیاتی بشر که در ساحت‌های فردی و اجتماعی او تأثیر شگرف دارد، در چنین نظام قانونی تدابیر متقنی را شاهد باشیم.

یکی از نیازهای بسیار عمیق و بااهمیت در زندگی انسان‌ها که با سایر شئون زندگی او ارتباط بسیار حیاتی دارد و تأثیر قابل توجهی از خود بر جای می‌گذارد، تشکیل خانواده و زندگی زناشویی است؛ به نحوی که زن و مرد در کنار یکدیگر به آرامش برسند و زمینه‌های رشد و تعالی را در یک زندگی جمعی مهیا کنند. قرآن کریم در این خصوص فرموده است: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ» (سوره روم، آیه ۲۱) و از نشانه‌های [قدرت و ربوبیت] او این است که برای شما از جنس خودتان همسرانی آفرید تا در کنارشان آرامش یابید و در میان شما دوستی و مهربانی قرار داد؛ یقیناً در این [کار شگفت‌انگیز] نشانه‌هایی است برای مردمی که می‌اندیشند. از این‌رو، فقه اسلامی نسبت به مسئله تشکیل خانواده در ابعاد مختلف مربوط به آن، ظرافت‌ها و حساسیت‌های ویژه‌ای به خرج داده است. عقد نکاح به‌عنوان یک بنیاد محکم که زیربنای تشکیل خانواده است، در نظام فقهی اسلام از قوانین متقنی برخوردار است؛ به نحوی که هیچ جای ابهامی برای ارتباط دو فرد باقی نگذاشته است. از جمله مشکلاتی که همواره در میان انسان‌ها بوده، وجود نقص‌هایی است که در آفرینش برخی افراد دیده می‌شود. دسته‌ای از انسان‌ها از ناتوانی‌های جسمانی رنج می‌برند و در انجام برخی امور عادی با مشکلاتی مواجه هستند. در همین راستا، بر هر نظام فقهی یا حقوقی که ادعای جامعیت دارد، لازم است برای این دسته از افراد که جمعیت قابل‌اعتنایی از اجتماع بشری را به خود اختصاص می‌دهند نیز راهکارهایی برای آنچه لازم می‌شورد، ارائه کند تا آنان نیز به راحت‌ترین شکل ممکن بتوانند مطابق چهارچوب‌های تعیین شده از ناحیه قانون‌گذار یا شارع به حیات اجتماعی خود پردازند. در این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای به بررسی جایگاه زبان اشاره در نکاح اُخرس از منظر فقه و حقوق پرداخته شده که دستاوردهایی را به دنبال داشته است. با تتبع در منابع فقهی و حقوقی درمی‌یابیم که در موضوع مورد بحث ما، از طرفی عقد لفظی در نکاح شرط دانسته شده و از سوی دیگر، التزام به چنین شرطی برای فرد اُخرس غیرممکن است لذا سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که با توجه به اینکه شخص اُخرس از انعقاد یک عقد لفظی و کلامی عاجز است، به‌طور کلی آیا چنین شخصی صرف‌نظر از تمکن یا عدم تمکن وی از توکیل می‌تواند به صرف اشاره، ایجاب و قبول عقد نکاح خود را محقق سازد؟ از این‌رو، مقاله حاضر ضمن تبیین

مفاهیم و عناوین اصلی تحقیق، ابتدا به بررسی حکم انعقاد نکاح از طریق اشاره در حقوق ایران و برخی کشورهای اسلامی می‌پردازد و در نهایت، اقوال فقهای امامیه در این زمینه مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱. مفاهیم

۱-۱. اُخْرَس

واژه «اُخْرَس» از ریشه «خَرَس» در لغت به چند معنا آمده است:

- «أَخْرَسَتِ الْأَرْضَ لَمْ تَصْلِحْ لِلزَّرْعَةِ» (مصطفی و دیگران، ۱۹۸۹م، ج ۱: ۲۲۶)؛ طبق این بیان،

«اُخْرَس» زمینی است که برای کشت مناسب نیست.

- «مَنْ كَانَ بِهِ خَرَسٌ»: آنکه مبتلا به بیماری «اُخْرَس» است (معلوف، ۲۰۰۰م: ۳۷۶) و در معنای این

بیماری آمده است: «هُوَ ذَهَابُ الْكَلَامِ خَلْقَةً أَوْ عَيْبًا»؛ یعنی از بین رفتن قدرت کلام که یا مادرزادی

است و یا بر اثر بیماری عارض می‌شود (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۲۵۹).

- «مَنْعٌ مِنَ الْكَلَامِ، فَرَضُ الصَّمْتِ وَالسُّكُوتِ»؛ کسی که نمی‌تواند سخنی بگوید و حرفی بزند

(معلوف، ۲۰۰۰م: ۳۷۶).

طبیعتاً معنایی که در این مقاله مدنظر است، غیر از معنای اول بوده و به نظر می‌رسد در معنای واژه

«اُخْرَس» نوعی عیب و نقص نهفته است؛ چنان‌که عمید از ادبای فارسی‌زبان نیز ذیل واژه «اُخْرَس» به این

مطلب اشاره نموده و آن را به «گنگ و لال» معنا کرده است (عمید، ۱۳۸۹: ۴۸۱). بنابراین، در جمع‌بندی

معنای اُخْرَس باید چنین گفت: «کسی که قادر به حرف زدن نباشد؛ خواه عدم تکلم مادرزادی بوده و خواه

پس از تولد عارض گردد» (مروج، ۱۳۷۹: ۲۴).

۲-۱. اِیْمَاء

واژه «ایماء» در لغت به معنای ذیل آمده است (معلوف، ۲۰۰۰م: ۱۵۶):

- «إِلْقَاءُ الْمَعْنَى فِي النَّفْسِ بِخَفَاءٍ وَسُرْعَةٍ»؛ رساندن معنا و مفهومی که ما فی الضمیر شخص است به

دیگران به نحو پنهانی و سریع.

- «الْكَلَامُ بِالْإِشَارَاتِ»؛ سخنی با اشارات و بدون لفظ.

- «مَا يَعْتمَدُ عَلَى الْإِشَارَاتِ وَتَقَاسِيمِ الْوَجْهِ وَحَرَكَاتِ الْجَسَدِ وَالْيَدَيْنِ فِي التَّمثِيلِ»؛ وقتی با اشاره سر

و دست یا حرکات صورت، مطلبی را به شخص دیگری انتقال می‌دهیم و بر این انتقال معنا اعتماد

می‌شود.

در جمع‌بندی معنای ایماء می‌توان همان انتقال معانی از راه اشارات را بیان کرد، اما اینکه آیا حتماً لازم

است این اشاره طبق معنای اول، مخفیانه و سریع هم باشد یا خیر، به نظر می‌رسد اشاره مخفیانه و پنهانی،

نوعی از اشاره است و حتماً لازم نیست که اشاره این‌گونه باشد. در قوام یافتن معنای ایماء، دو نکته حائز

اهمیت است: اولاً انتقال معنا از طریق حرکات بدن یا صورت اتفاق بیفتد؛ ثانیاً بتوان بر چنین انتقال معنایی اعتماد کرد (آنچه از مفاد معنای سوم استفاده می‌شود). عامل دوم (اعتماد کردن) عنصر مهمی است که در نتیجه نهایی این پژوهش می‌تواند راهگشا و مؤثر واقع شود؛ زیرا از این عامل فهمیده می‌شود آنچه اسم ایماء بر آن نهاده می‌شود و فن ایماء بر آن صدق می‌کند، مجموعه اشارات مُفهمه‌ای است که فهم متقابل طرفین بر آن اعتماد را بنا کند.

به‌طور کلی، زبان اشاره^۱ نظام قراردادی خاص منظم و پیشرفته زبانی است که برای انتقال معنا، به‌جای الگوهای صوتی یا نوشتاری در زبان، از الگوهای علائم دیداری (ترکیب هم‌زمان شکل، جهت و حرکت دستان، بازوها یا بدن و حالات صورت برای بیان سلیس افکار گوینده) در یک کلمه اشاره استفاده می‌کند. این نوع زبان اشاره ممکن است متنوع باشد؛ اما امروزه یک زبان اشاره بین‌المللی در سطح جهان قرار داده شده است که البته در هر منطقه جغرافیایی، عناصر بومی زبان نیز به آن افزوده می‌شود. هر جا تعامل و ارتباط ناشنویان وجود دارد، زبان‌های اشاره به وجود می‌آیند. دستور زبان‌های پیچیده زبان اشاره به‌طور چشمگیری با دستور زبان‌های گفتاری تفاوت دارند و در حوزه فرهنگی ناشنویان قرار می‌گیرند. در برخی از زبان‌های اشاره، بعضی حرکات از شناخت کلی کسب شده‌اند، در حالی که بقیه زبان‌ها چنین پایه‌ای ندارند (عالمی و مقداری، ۱۳۹۹: ۷۳).

۲. بررسی حقوقی حکم انعقاد نکاح از طریق اشاره

نکاح یا ازدواج در قانون مدنی ایران تعریف نشده است، اما برخی کشورهای اسلامی آن را تعریف کرده‌اند. ماده ۱ قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳ میلادی بیان می‌دارد: «الزواج عقد بین رجل و امرأه تحل له شرعاً غایته إنشاء رابطه للحیاه المشتركه و النسل»؛ ازدواج قراردادی بین یک مرد و یک زن است که از لحاظ قانونی حق ایجاد یک پیوند از زندگی مشترک و فرزندان دارد. ماده ۳ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹ میلادی تکرار ماده ۱ قانون احوال شخصیه سوریه است. برخی حقوق‌دانان اسلامی نکاح را چنین تعریف کرده‌اند: «نکاح عقدی است که به هر یک از زوجین حق استمتاع از دیگری را به وجه مشروع می‌دهد (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۲۳-۲۴). شایسته بود که قانون‌گذار ایران نیز در قانون مدنی همچون برخی مباحث دیگر مانند بیع، اجاره، عاریه و... ابتدا تعریفی از نکاح بیان می‌نمود؛ زیرا تنها با تعریف دقیق است که وجه امتیاز امور مختلف از یکدیگر آشکار می‌شود. در ادامه، حکم انعقاد نکاح از طریق اشاره را در قوانین ایران و برخی کشورهای اسلامی مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۲-۱. حقوق ایران

اراده یا قصد و رضای طرفین از ارکان هر قرارداد از جمله نکاح است. در نکاح، مانند سایر قراردادها، اراده باطنی برای تحقق عقد کافی نیست، بلکه اراده باید با الفاظی که صریح در بیان مقصود است، اظهار شود. ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید»؛ چون نکاح قراردادی مهم است و تعهدات بزرگی را برای طرفین ایجاد می‌کند، طرفین باید صریحاً اراده خود را مبنی بر تشکیل خانواده قانونی با به‌کار بردن الفاظی اعلام کنند تا آثار نکاح بر آن بار شود. در باب نکاح برخلاف سایر قراردادها در نحوه بیان اراده سختگیری بیشتری شده است. قانون‌گذار می‌خواهد از آغاز، هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در قصد نکاح وجود نداشته باشد و بدین جهت به‌کار بردن الفاظی را که صریحاً دلالت بر قصد نکاح کند لازم می‌شناسد (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۴۸-۴۹). با این وجود مطابق ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی، «هرگاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشد، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود، مشروط بر اینکه به‌طور وضوح حاکی از انشای عقد باشد».

البته منشأ این لفظ‌گرایی قانونی، اقوال فقها است؛ فقهای بزرگ امامیه اعم از متقدمین، متأخرین و معاصرین در لفظی بودن عقد نکاح و ضرورت اجرای صیغه لفظی اتفاق نظر دارند و اجرای آن را شرط صحت عقد نکاح دانسته‌اند. به‌عنوان مثال، محقق حلی معتقد است نکاح به ایجاب و قبولی نیاز دارد که دلالت بر عقد داشته باشد و احتمال را برطرف کند. الفاظ ایجاب و قبول دو مورد است: «زوجتک»، «انکحتک»، «قبلت التزویج» و «قبلت النکاح»، نکاح به الفاظ دیگر واقع نمی‌شود و اگر هر دو یا یکی، از نطق عاجز باشند، با اشاره و ایما به عقد اکتفا کنند. البته در «متعنتک» تردید است و ارجح جواز آن است (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۲۱۷). برخی فقها چنان بر ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید دارند که نکاح بدون صیغه را سفاح (زنا) خوانده‌اند. شیخ انصاری در این زمینه می‌فرماید: «أَنَّ الفروج لا تباح بالإباحة و لا بالمعاطاة و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح لأنّ فیہ التراضی ایضاً غالباً»؛ همانا فرج با اباحه و با معاطات حلال نمی‌شود و فرق نکاح و سفاح نیز در صیغه است، زیرا در سفاح نیز غالباً تراضی است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۷۸). همچنین مشهور فقها قائل به اعتبار عربی بودن لفظ در عقد نکاح هستند و ترجمه را به هر صورت که باشد، کافی نمی‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳: ۱۶۷). البته این در صورتی است که شخص قدرت بر تکلم داشته باشد (عاملی، بی‌تا: ۱۶۱).

این گفتار در پی تبیین نقش و جایگاه زبان اشاره در انعقاد نکاح احرس از منظر حقوق ایران است و درصدد بررسی این مسئله است که آیا چنین شخصی که قدرت بر تکلم ندارد، در فرض تمکن از توکیل باید برای اجرای صیغه نکاح به دیگری وکالت دهد یا اینکه خود او می‌تواند با اشاره، عقد نکاح خود را منعقد نماید؟ به‌طور کلی، نکات قابل اشاره در مواد فصل چهارم قانون مدنی و باب شرایط صحت نکاح در زمینه موضوع مورد بحث به شرح ذیل است:

۱. در حقوق جدید برخلاف آنچه برخی فقهای اسلامی گفته‌اند، عربیت شرط تحقق نکاح نیست؛ یعنی لازم نیست ایجاب و قبول عربی باشد، زیرا خصوصیتی در به‌کار بردن الفاظ عربی وجود ندارد و اطلاق ماده ۱۰۶۲ نیز این نظر را تأیید می‌کند، لذا ایجاب و قبول به هر زبانی ممکن است واقع شود (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۵۰). برخی فقهای امامیه نیز همین نظر را پذیرفته‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۳۲ق، ج ۵: ۲۱). یکی از اساتید حقوق مدنی در این‌باره به صراحت می‌نویسد: «از این ماده نمی‌توان تشریفات بودن عقد نکاح را استنباط کرد؛ زیرا گرچه قانون‌گذار برخلاف دیگر اعمال حقوقی، ایجاب و قبول ضمنی را برای انعقاد عقد نکاح نپذیرفته است، اما از آنجا که الفاظ فقط وسیله بیان اراده است و به‌خودی‌خود تأثیری در وقوع و نفوذ عقد ندارد، نه تنها لفظ خاصی در نکاح شرط نیست، بلکه طرفین می‌توانند اراده خود را به وسیله نوشته بیان کنند و حتی در ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی اجازه داده شده که در صورت لال بودن متعاقدین یا یکی از آن دو، عقد نکاح با اشاره‌ای که دلالت واضح بر عقد داشته باشد نیز واقع گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۶۴). در مجموع، به نظر می‌رسد که آنچه در تحقق عقد مؤثر است، قصد انشاء و اعلام آن است. به عبارت دیگر، قصد انشاء یک امر باطنی است که عقد بدون آن صوری محسوب می‌شود و اثری ندارد، اما قصد باطنی صرف نیز کفایت نمی‌کند و باید به نوعی اظهار گردد. از این‌رو، قانون مدنی بر ضرورت اعلام اراده تصریح نموده و در ماده ۱۹۱ مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». در این ماده، مقصود از «چیزی که دلالت بر قصد کند» همان وسیله ابراز قصد باطنی است. از این‌رو، می‌توان گفت که لفظ در عقد نکاح نیز وسیله‌ای برای بیان اراده و توافق طرفین است و موضوعیت ندارد؛ زیرا وسیله اعلام اراده متنوع بوده و ممکن است از طریق به‌کارگیری الفاظی که دلالتش بر مقصود صریح است و یا از طریق نوشته یا اشاره یا فعل صورت گیرد (امجدیان و همکاران، ۱۴۰۱: ۲۶۳-۲۶۲).

۲. ایجاب و قبول در معاملات از یک نظر بر دو قسم است: «لفظی» و «فعلی». معامله در فرض دوم «معاطات» است که منظور قانون مدنی از دادوستد، لفظی نبودن ایجاب و قبول است، لذا ایجاب و قبول با اشاره و کتابت نیز از مصادیق معاطات است (شیری و عیدی‌پور کشکولی، ۱۴۰۲: ۸۸). در قوانین ایران، معاطات به‌طور کلی در معاملات که مبین قصد و اراده طرفین باشد، پذیرفته شده است، اما مواردی از شمول این کل، استثنا شده که در ذیل به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت:

به موجب ماده ۱۹۳ قانون مدنی، «انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض حاصل گردد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». همچنین در ماده ۱۹۲ قانون مدنی آمده است: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آن‌ها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود».

معاطات در عقود از نظر قانون مدنی، تنها در صورت عجز از تلفظ صحیح خواهد بود؛ اما این برداشت با بخش آخر ماده ۱۹۳ قانون مدنی به ویژه قسمت اخیر آن ناهماهنگ است، زیرا به موجب قسمت اخیر این ماده، معاطات تنها در صورتی صحیح نیست که قانون استثنا کرده است. بنابراین، مطابق این ماده اصل بر کفایت معاطات است. از این رو، به نظر می‌رسد ماده ۱۹۲ قانون مدنی مفهوم مخالف ندارد و قانون در مقام بیان فرض متعارف و شایع است که فقط زمان ممکن نبودن تلفظ از آن استفاده می‌شود. در نتیجه، معاطات در عقود مدنی (به جز در موارد استثنایی) صحیح است (افشاری و اسدی، ۱۳۹۴: ۱۲۹-۱۲۸).

با توجه به ماده ۳۳۹ قانون مدنی^۱ و با بررسی سایر مواد قانونی^۲ مشخص می‌شود که در قوانین ایران، معاطات در عقود به طور کلی پذیرفته شده و موارد استثنا از معاطات شامل مواردی خاص است. از جمله موارد استثنا شده، عقد نکاح است. البته قانون مدنی در باب نکاح، میان حالت اختیار و اضطرار فرق گذاشته است؛ زیرا مطابق ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی، ایجاب و قبول در عقد نکاح باید لفظی باشد، با این وجود ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی حالت عجز از تلفظ را نیز مقرر نموده است. در مورد مفاد ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی، دو نکته حائز اهمیت است: نخست آنکه اعلام قصد انشاء به وسیله کتابت، برای افراد عاجز از تلفظ صحیح است. این مطلب گرچه در قانون نیامده، اما به قیاس اولویت از ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی قابل استنباط است؛ زیرا دلالت کتابت بر مقصود نسبت به اشاره واضح‌تر است. نکته دیگر این است که ظاهراً افراد لال می‌توانند از طریق اشاره یا کتابت اعلام اراده نمایند، حتی اگر بتوانند از طریق توکیل به دیگری، به نمایندگی قصد انشاء نمایند، زیرا متن ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی از این حیث اطلاق دارد (شیری و عیدی پور کشکولی، ۱۴۰۲: ۹۳).

۲-۲. حقوق برخی کشورهای اسلامی

هرچند در قانون مدنی ایران هیچ قیدی مبنی بر لزوم تبیین ایجاب و قبول در یک مجلس و مکان واحد وجود ندارد؛ اما همان‌طور که در احوال شخصیه مصر آمده و از عقاید فقهای حنفیه برمی‌آید، ایشان قائل بر اتحاد مجلس واحد به معنای استقرار متعاقدین در مکانی ثابت به منظور انعقاد عقد هستند. از این رو، هرگاه اعلام اراده در مکانی واحد ولی متحرک مانند راه رفتن و یا سوار بر چهارپا یا خودرو و... صورت گیرد، عقد منعقد نخواهد شد (جزیری، ۱۴۲۴ق: ج ۴، ۱۹). در قوانین احوال شخصیه کشور مصر که مبتنی بر نظر فقهای حنفی است، نصی در زمینه ارکان عقد دیده نمی‌شود؛ لذا آنچه فقهای حنفی در مورد ارکان عقد گفته‌اند معتبر است که از نظر ایشان انعقاد نکاح به وسیله الفاظ صریح یا کنایه امکان‌پذیر است (دانیال‌زاده نمینی و طاهری‌پور، ۱۴۰۱: ۴۴). همچنین، مطابق نظر فقهای حنفی، چنانچه متعاقدین در

۱. «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد».
 ۲. برای نمونه، بند (ص) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی مقرر می‌دارد: «عقد از راه دور (Distance Contract)، ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین تأمین‌کننده و مصرف‌کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور است». همان‌طور که مشاهده می‌شود، در این مورد، قانون صراحتاً شرط لفظی بودن ایجاب و قبول را رد نموده و ایجاب و قبول به شیوه الکترونیکی را می‌پذیرد.

مجلس عقد حضور نداشته باشند، می‌توانند از کتابت و نوشته به‌عنوان وسیله‌ای مؤثر برای انعقاد عقد موردنظر استفاده نمایند در حالی که اگر متعاقدين در مجلس عقد حاضر بوده و امکان تکلم نیز داشته باشند، دیگر نمی‌توانند از کتابت و نوشته استفاده نمایند (قره‌داغی، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ۹۴۲).

بر این اساس، ابتدا لازم است به بررسی ارکان و مقومات عقد نکاح در نظر فقهای اهل سنت پرداخته شود. در خصوص تعداد ارکان نکاح، میان فقهای اهل سنت اتفاق نظر وجود ندارد، اما عموم آن‌ها بالاجماع بر این نکته تصریح دارند که «ایجاب» و «قبول» از ارکان نکاح به شمار می‌رود (زحیلی، ۱۴۰۵ق: ج ۷، ۳۶). اهمیت عنصر ایجاب و قبول در انعقاد نکاح به حدی است که برخی عقد نکاح را مرادف با ایجاب و قبول دانسته‌اند (جزیری، ۱۴۲۴ق: ج ۴، ۱۶). همانند فقهای امامیه، مقصود فقهای عامه از ایجاب و قبول الفاظ مخصوصی است که صراحت در عقد نکاح دارند (کاسانی، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ۲۲۹). مقصود از الفاظ مخصوص، الفاظ «إنکاح» و «تزوید» است (مقدسی، ۱۳۸۸ق: ج ۷، ۷۸). گرچه در این خصوص ادعای اجماع شده و انعقاد نکاح با الفاظ «إنکاح» و «تزوید» مورد اتفاق همه مذاهب است، اما این بدان معنا نیست که نکاح با الفاظ دیگر منعقد نمی‌شود، بلکه در این خصوص میان مذاهب اختلاف وجود دارد.

لزوم صراحت لفظ در انشای عقد و ابراز اراده باطنی، موضوعی است که فقهای حنبلی در جهت اثبات عدم جواز استعمال الفاظ غیرمخصوص برای انشای عقد نکاح بدان استناد کرده‌اند. ابن قدامه از فقهای حنبلی در توضیح چرایی عدم صحت انشای عقد با الفاظ غیرمخصوص چون اجاره و اباحه تصریح می‌کند: «و لأنه لفظ ینعقد به غیئر النکاح فلم ینعقد به النکاح، کلفظ الإجازة و الإباحة و الإحلال؛ و لأنه لیس بصریح فی النکاح، فلا ینعقد به کالذی ذکرنا» (مقدسی، ۱۳۸۸ق: ج ۷، ۷۹). طبق این مبنا، انشای عقد با اشاره در صورت قدرت بر تکلم جایز نیست؛ چراکه دلالت لفظ از دلالت اشاره صریح‌تر است (قندیل، بی‌تا: ۷۰). فتوای فقهای حنفی گویای آن است که ایشان به تعلیل فوق اعتقادی ندارند؛ زیرا از دیدگاه آن‌ها، انعقاد نکاح با الفاظ غیر مخصوص جایز است؛ چنان‌که کاسانی می‌نویسد: «هل ینعقد بلفظ البیع و الهبة و الصدقة و التملیک؟ قال أصحابنا -رَحِمَهُمُ اللهُ: ینعقدُ»؛ از این عبارت به دست می‌آید از دیدگاه مذهب حنفی، عقد نکاح با الفاظی که صراحت در نکاح نداشته باشند نیز منعقد می‌شود (کاسانی، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ۲۲۹)؛ لذا انشاء نکاح با هر لفظی که دلالت بر «تملک» کند جایز است (زیدان، ۱۴۱۳ق: ج ۶، ۸۲-۸۳).

با بررسی آثار فقهای اهل سنت در می‌یابیم جدی‌ترین منتقد نظریه لزوم انشای عقد با الفاظ مخصوص ابن تیمیه حرانی است. به باور او چنین نیست که همه الفاظ غیر از لفظ «نکاح» و «تزوید» کنایه باشند، بلکه حداقل برخی از آن‌ها صراحت در ماهیت عقد دارند. از سوی دیگر، اگر کنایات با قرائن حالیه همراه شوند صراحت در ابراز اراده متعاقدين خواهند داشت؛ اعمالی نظیر خواستگاری، تعیین مهریه و برگزاری مراسم عقد از جمله قرائن حالیه‌ای است که می‌تواند به‌روشنی قصد و اراده طرفین عقد مبنی بر ایجاد علقه زوجیت را آشکار سازد (ابن تیمیه حرانی، ۱۴۱۶ق: ج ۳۲، ۱۶).

در رابطه با موضوع مورد بحث، نکاح اُخرس که عاجز از تکلم است نزد همه مذاهب اربعه به کتابت و اشاره منعقد می‌شود، هر چند حنفیه معتقدند اگر شخص لال قادر به کتابت باشد، عقد نکاح او فقط با کتابت منعقد می‌شود (اسدی، ۱۳۹۷: ۳-۴).

ماده ۴ قانون احوال شخصیه عراق شماره ۱۸۸ مصوب ۱۹۵۹ نیز مقرر می‌دارد: «انعقد الزواج بإيجاب -یفیده لغة أو عرفاً- من أحد العاقدین و قبول من الآخر و يقوم الوکیل مقامه»؛ عقد نکاح با ایجاب (به نحوی که بر حسب لغت یا عرف دلالت کند) از یکی از طرفین عقد و قبول از طرف دیگر منعقد می‌شود و وکیل نیز می‌تواند به جای او این کار را انجام دهد. در شرح فصل دوم از باب اول این قانون، در خصوص نکاح اُخرس چنین آمده است: «عقد الزواج بالإشارة: كأن يكون أحد الزوجین أُخرس لا يقدر علی النطق أو الكتابة، فإشارة الأُخرس إذا فهم منها معنى العقد کافی لإنعقاده، إذا لم یکن یحسن الكتابة، مع الإیجاب أو القبول بالإشارة متى كانت مفهومة و ینعقد زواج الأُخرس بإشارته إذا كانت معلومة»؛ اگر یکی از زوجین در عقد نکاح لال بوده و قادر به تکلم یا نوشتن نباشد، اشاره او در صورتی که از آن معنای عقد فهمیده شود، برای انعقاد عقد کفایت می‌کند. اگر این شخص قادر به نوشتن نیز نباشد، ایجاب یا قبول با اشاره انجام می‌شود، مشروط بر اینکه قابل فهم باشد (الکبیسى، ۱۹۷۰م: ۴۲). بنابراین با توجه به ماده فوق‌الذکر و شرح آن، به نظر می‌رسد در قانون عراق، نکاح اُخرس با اشاره مفهومی قابل تحقق است و منعی ندارد.

همچنین، ماده ۱۰ قانون احوال شخصیه سوریه در این زمینه مقرر می‌دارد: «یصح الإیجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن کان یکتب وإلا فبالإشارة المعلومه»؛ ایجاب یا قبول کسی که عاجز از تکلم است، چنانچه قادر بر نوشتن باشد، از طریق کتابت صحیح است، در غیر این صورت با زبان اشاره واضح معتبر است». این ماده قانونی بیانگر مقدم بودن کتابت برای شخص اُخرس است، اما چنانچه وی قادر بر نوشتن نباشد، اشاره او در صورتی که مبرز قصد باشد، معتبر است.

۳. آراء فقهای امامیه در مسئله نکاح اُخرس

به دلیل اهمیت فوق‌العاده مسئله نکاح، حفظ فروج و طهارت مولد در نسل‌ها، فقهای امامیه حساسیت‌های ویژه‌ای در این زمینه داشته‌اند. از این رو، در مسئله نکاح اُخرس که از انعقاد یک عقد لفظی و کلامی عاجز است، راه‌حل استفاده از اشاره را پیشنهاد کرده‌اند. بنابراین ضرورت دارد که این موضوع در سه مقام دنبال شود:

۳-۱. مقام اول: بررسی جواز اشاره برای اُخرس

عمده بحث در مقام اول است که شخص لال و اُخرس تمکن از توکیل داشته باشد؛ زیرا اگر چنین شخصی امکان توکیل نداشته و کسی نباشد که عقد را برای او جاری کند، چاره‌ای جز اشاره برای او باقی نمی‌ماند و

دیگر جای بحث ندارد. حال در فرض تمکن از توکیل، می‌خواهیم بررسی کنیم که آیا این شخص برای ایجاب و قبول لفظی می‌تواند به اشاره اکتفا نموده و ایجاب و قبول را با اشاره البته به قصد انشاء محقق کند؟ مبنای در باب اعتبار لفظ مختلف است و به تبع آن، نحوه استدلال هم متفاوت می‌شود. گاهی گفته می‌شود که ایجاب و قبول لفظی در عقد نکاح معتبر است و دلیل آن اجماع است؛ اما گاهی دلیل اعتبار لفظ در عقد نکاح، روایات و ادله لفظیه است که ممکن است اجماع نیز پذیرفته شود. در ادامه، ما طبق هر دو مبنا به این مسئله می‌پردازیم (۲۷/۰۲/۱۴۰۱/۱). (<https://m-noormofidi.com/>)

۳-۱-۱. مبنای اول: استناد اعتبار لفظ به ادله لفظیه

چنانچه اعتبار لفظ از ادله لفظیه مثل برخی روایات استفاده شود، همان‌طور که مرحوم خوئی به این امر معتقدند و یکی از ادله اعتبار لفظ در باب نکاح را روایت برید دانسته و دلالت آن را بر اعتبار لفظ پذیرفته‌اند، برای مکفی بودن اشاره اُخرس باید به دلیل خاص استناد کنیم در حالی که اگر دلیل اعتبار لفظ اجماع باشد، دیگر نیازی به دلیل خاص نیست (۲۷/۰۲/۱۴۰۱/۱). (<https://m-noormofidi.com/>)

برخی فقها مانند مرحوم خوئی اطلاقات و عمومات صحت بیع را ذاتاً تمام می‌دانند؛ یعنی معتقدند اطلاقات و عمومات بیع دلالت می‌کند بر اینکه ایجاب و قبول خواه با لفظ واقع شود و یا غیر لفظ آن عقد صحیح است، لذا مقتضای اطلاقات و عمومات این است که لفظ معتبر نیست (خوئی، ۱۴۰۴، ج ۲: ۱۷۲). اما در خصوص نکاح با وجود روایاتی مثل برید (حر عاملی، بی تا، ج ۲۰: ۲۶۲)، لفظ معتبر می‌شود. بنابراین، از آنجایی که اصل اعتبار لفظ در نکاح با دلیل خاص ثابت شد، لذا برای خروج از این دلیل، در مورد اُخرس اگر بخواهیم به اشاره اکتفا کنیم تا ایجاب و قبول او با اشاره پذیرفته شود، احتیاج به دلیل خاص است مبنی بر اینکه در اینجا لفظ معتبر نیست. در مجموع، محقق خوئی می‌فرماید: روایت مسعدة بن صدقه دلیلی است که به استناد آن می‌توان به کفایت اشاره اُخرس برای ایجاب و قبول عقد نکاح حکم نمود:

«عَنْ مَسْعَدَةَ بِنِ صَدَقَةَ قَالَ: سَمِعْتُ جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ عليه السلام، وَ سَأَلَ عَمَّا قَدِ اجُوزُ وَ عَمَّا قَدِ لَا يَجُوزُ مِنَ النِّيَّةِ ...»؛ مسعدة بن صدقه می‌گوید: از امام صادق عليه السلام شنیدم در حالی که از او درباره آن مواردی که در نماز جایز است و آن چیزهایی که جایز نیست، سؤال شده بود؛ آن موارد را ذکر می‌کند تا به اینجا می‌رسد: «وَ ذَلِكَ أَنَّكَ قَد تَرَى مِنَ الْمُحْرِمِ مِنَ الْعَجْمِ لَا يُرَادُ مِنْهُ مَا يُرَادُ مِنَ الْعَالِمِ الْفَصِيحِ، وَ كَذَلِكَ الْأُخْرَسُ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ وَ التَّشَهُدِ، وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَهَذَا بِمَنْزِلَةِ الْعَجْمِ الْمُحْرِمِ لَا يُرَادُ مِنْهُ مَا يُرَادُ مِنَ الْعَاقِلِ الْمُتَكَلِّمِ الْفَصِيحِ. وَ لَوْ ذَهَبَ الْعَالِمُ الْمُتَكَلِّمُ الْفَصِيحُ حَتَّى يَدَعَ مَا قَدِ عَلِمَ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ وَ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَقُومَ بِهِ، حَتَّى يَكُونَ ذَلِكَ مِنْهُ بِالنَّبَطِيَّةِ وَ الْفَارِسِيَّةِ ...» (حمیری، ۱۴۱۳ق: ۴۹).

تقریب استدلال ایشان این است که در این روایت، وظیفه عجم و عرب در قرائت نماز و تشهد، متفاوت بیان شده است؛ زیرا امام عليه السلام می‌فرماید: «از محرم من العجم چیزی می‌بینید که لا یراد منه ما یراد من العالم

الفصیح))؛ طبیعی است کسی که به زبان عربی فصیح آشنا باشد، نحوه قرائت او با کسی که با این زبان آشنا نیست و عجمی است فرق دارد. «محرم من العجم» فی الجمله معنایش این است: کسی که می‌خواهد نماز و تشهد را بخواند، اگر به عربی فصیح می‌تواند بخواند، یک تکلیف دارد و کسی هم که نمی‌تواند به عربی فصیح بخواند، تکلیف دیگری دارد. محقق خوئی از عبارت «وَ كَذَلِكَ الْأَخْرَسُ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ وَ الشَّهَادَةِ، وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ» استفاده کرده‌اند که در نکاح، شخص اخرس می‌تواند به جای لفظ با اشاره این کار را انجام دهد؛ زیرا «ما شبه ذلك» شامل نکاح نیز می‌شود (خوئی، ۱۴۰۴ق، ج ۲: ۱۷۳). به عبارت دیگر، همان‌طور که عجمی نمی‌تواند لغات نماز را به عربی فصیح قرائت کند و از او انتظار نمی‌رود به همان کیفیت آن را قرائت کند، اخرس نیز که قدرت بر تکلم ندارد، قرائت و تشهد او جز با اشاره مقدور نیست. بر این اساس وقتی در نماز، اخرس می‌تواند قرائت را با اشاره اتیان کند و تکلیفش این است که تشهد را با اشاره انجام دهد، در «ما شبه ذلك» که شامل نکاح نیز می‌شود این‌گونه است. در نتیجه، «ما شبه ذلك» یعنی هر آنچه را که نیازمند لفظ باشد، شخص اخرس و لال می‌تواند با اشاره انجام دهد.

این روایت از نظر سند اشکال ندارد؛ چون مسعدة بن صدقه موثق بوده و توثیق شده است. البته ما اینجا دو نام داریم: یکی «مسعدة بن صدقه» و دیگری «مسعدة بن زیاد». نجاشی در کتاب رجال، مسعدة بن زیاد را توثیق کرده (نجاشی، بی تا، ج ۱: ۴۱۵) و تعبیر ایشان درباره مسعدة بن زیاد چنین است: «ثقة عين»؛ اما چون بنا بر نظر تحقیق، مسعدة بن زیاد همان مسعدة بن صدقه است، لذا توثیق نجاشی شامل او هم می‌شود. مرحوم بروجردی نیز معتقدند این دو نفر یکی هستند (بروجردی، ۱۴۱۵ق، ج ۲۰: ۹۳).

۳-۱-۲. مبنای دوم: استناد اعتبار لفظ در نکاح به اجماع

اگر اعتبار لفظ در باب نکاح از طریق اجماع حاصل شود، دیگر نیازی به دلیل خاص نیست. نحوه استدلال در اینجا کاملاً متفاوت است؛ چراکه اجماع یک دلیل لبی است و در دلیل لبی به قدر متیقن اخذ می‌شود. قدر متیقن از معقد اجماع در غیر اخرس است، اما در مورد اخرس چنین چیزی از اجماع استفاده نمی‌شود، لذا به مقتضای اطلاعات و عمومات ادله نکاح، اشاره برای نکاح کفایت می‌کند. این نحوه استدلال برای اکتفا به اشاره اخرس در عقد نکاح، ساده و آسان است که در این صورت، دیگر مسئله جواز اشاره برای خصوص اخرس ثابت نمی‌شود، بلکه برای هر کس که به هر دلیلی عاجز از تکلم باشد، این حکم جاری است (<https://m-noormofidi.com/1401/02/28>).

۳-۱-۳. بنا بر هر دو مبنا

علاوه بر موارد فوق، ادله دیگری نیز در اینجا قابل استناد است:

دلیل اول: اجماع

دلیل دیگری که برخی فقها به آن استناد نموده‌اند، اجماع در خصوص جواز اشاره برای نکاح اُخرس است. این اجماع را صاحب جامع المقاصد و صاحب کشف اللثام ادعا کرده‌اند؛ برای نمونه محقق کرکی می‌فرماید: «فتکفی الإشارة للأُخرس کما تکفی فی التکبیر و الأذکار و سائر التصرفات القولية و كأنه لا خلاف فی ذلك» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲: ۷۶). صاحب کشف اللثام نیز می‌فرماید: «أشار (الأُخرس) بما يدل على القصد للضرورة و لفحوى ما ورد فى الطلاق و هو مما قطع به الأصحاب» (فاضل هندی، بی‌تا، ج ۷: ۴۷).

البته به نظر می‌رسد که این دلیل محل اشکال است؛ زیرا محقق کرکی می‌فرماید: «کأنه لا خلاف فى ذلك» و این غیر از اجماع است. فاضل هندی نیز می‌گوید: «و هو مما قطع به الأصحاب» یعنی این چیزی است که اصحاب به آن قطع و یقین دارند؛ این مورد نیز ممکن است در برخی موارد پذیرفته شود، اما با اجماع متفاوت است. به‌علاوه، این مسئله در کلمات بسیاری از اصحاب معنون نیست و مورد اشاره قرار نگرفته است، لذا نمی‌توانیم از عدم تعرض کثیری از فقها، موافقت آن‌ها را به دست آورده و بگوییم این مسئله اجماعی است (https://m-noormofidi.com/۱۴۰۱/۰۲/۲۸).

دلیل دوم: ضرورت

دلیل دومی که شاید طبق هر دو مبنا بتوان برای جواز اشاره اُخرس به آن استناد کرد، مسئله ضرورت است. این دلیل در عبارات کاشف اللثام (فاضل هندی، بی‌تا، ج ۷: ۴۷) و برخی دیگر از فقها مانند صاحب ریاض (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱: ۱۸) مطرح شده است؛ بدین صورت که اگر اُخرس بخواهد عقد نکاح را منعقد کند، از آنجایی که چنین شخصی قادر بر تکلم نبوده و نمی‌تواند الفاظ مخصوصه عقد نکاح را بر زبان جاری کند، دو راه پیش روی او وجود دارد:

۱. ولیّ او نیابتاً از طرف او این کار را انجام دهد؛ یعنی همان‌طور که مثلاً ولیّ طفل صغیر ولایت دارد و می‌تواند برای طفل صغیر عقد نکاح را جاری کند، برای اُخرس نیز این کار را انجام دهد، اما باید گفت که چنین ولایتی برای ولیّ اُخرس ثابت نشده و دلیلی در این خصوص وجود ندارد؛

۲. کسی را برای اجرای صیغه وکیل کند و این راه نیز برای او تعین ندارد؛ چراکه اصل، عدم لزوم توکیل است، لذا اُخرس علی‌رغم قدرت بر توکیل می‌تواند به اشاره عقد را واقع کند. صاحب ریاض در این باره می‌فرماید: «گرچه این شخص می‌تواند دیگری را به‌عنوان وکیل برای اجرای صیغه نکاح قرار دهد و دیگر خودش به اشاره اکتفا نکند، اما به دلیل اصل عدم لزوم توکیل، گرفتن وکیل لازم نیست» (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱: ۱۸). به عبارت دیگر طبق نظر ایشان، از آنجایی که خود شخص نمی‌تواند الفاظ را بر زبان جاری کند و گرفتن وکیل هم برای او لازم نیست، ضرورت ایجاب می‌کند که اُخرس بتواند به اشاره، عقد نکاح را برای خود محقق سازد (https://m-noormofidi.com/۱۴۰۱/۰۲/۳۱). در ادامه، به دیدگاه برخی فقها می‌پردازیم که معتقدند اُخرس در فرض تمکن از توکیل می‌تواند با اشاره، ایجاب و قبول را بیان کند:

آیت‌الله شبیری زنجانی: محقق زنجانی حتی با فرض تمکن اُخرس از توکیل، صرف اشاره عرفی که مفهوم و مبرز قصد باشد را بدون در نظر گرفتن هیچ قید دیگری، مطلقاً جایز شمرده‌اند. ایشان معتقدند «ما نه تنها دلیلی بر عدم کفایت اشاره اُخرس نداریم، بلکه می‌توان گفت حتی دلیل بر کفایت اشاره اُخرس در ایجاب و قبول با فرض تمکن او از توکیل نیز وجود دارد؛ زیرا همان‌طور که برخی فقها همچون صاحب مدارک و کاشف اللثام فرموده‌اند، وقتی شارع مقدس با آن همه سختگیری که در مورد طلاق دارد (لزوم حضور عدلین و...)، به‌طور کلی مذاق شرع بر این است که حتی الامکان طلاق واقع نشود، مع‌ذلک اشاره اُخرس را کافی دانسته و الزامی در توکیل نموده است، لذا به‌طریق اولی عرف چنین استفاده می‌کند که در باب نکاح نیز اشاره اُخرس کافی باشد. طبق روایات باب حج نیز «تلبیه» اُخرس با اشاره کفایت می‌کند، با اینکه در آنجا نیابت نیز فی‌الجمله مشروع است، اما الزامی در نایب گرفتن نیست. مؤکد و مؤید دلیل فوق این است که در بین عامه نیز فتوایی مخالف با این مسئله (کفایت اشاره اُخرس) وجود ندارد، لذا مطلبی که این‌گونه بین مسلمین رایج باشد و خلاف آن در روایتی مطرح نباشد، دلیل بر امضای آن است» (شبیری زنجانی، ۱۳۸۳، ج ۹: ۳۲۳۱).

محقق نائینی: نائینی در صورتی که شخص قادر به تکلم نباشد، اشاره را مکفی می‌داند، لذا الفاظ در عقود شرط است به شرط قدرت که با فرض عدم القدرة، اشاره قائم‌مقام لفظ می‌شود. ایشان اشاره را اصرح و ابلغ در بیان مقصود و ما فی الضمیر می‌دانند و حتی چنین اشاره‌ای را از لحاظ صراحت، مقدم بر کتابت در نظر گرفته‌اند (حسینی روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳: ۱۹۵). نکته قابل‌توجه در بررسی نظر فقهی ایشان، این است که نائینی در مورد همین اشاره‌های عادی و عرفی، ادعای چنین صراحتی حتی نسبت به کتابت دارند. همچنین از نظر فقها، علما و متشرعین، اشارات رایج میان اشخاص اُخرس چنان از شفافیت و ویژه‌ای برخوردار بوده است که با وجود حساسیت‌هایی که نسبت به مسئله نکاح داشتند، آن را پذیرفته‌اند.

سید عبدالفتاح بن علی حسینی مراغی: مرحوم مراغی به شش دلیل قائل هستند که اُخرس می‌تواند به‌جای لفظ از اشاره استفاده کند و این مطلب اجماعی است. از اطلاق کلام ایشان استفاده می‌شود که اشاره مدنظر وی، طبیعتاً اشاره‌ای است عاری از هرگونه ابهام به نحوی که بین مردم متعارف باشد و هیچ قید و شرط دیگری برای اشاره جدای همان انصراف عرفی بودن آن قائل نیستند؛ بدین جهت که اساساً اشارات معمول میان مردم از چنان درجه روشنی برخوردار است که علما بر صحت و کفایت آن تسالم داشته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۱۳۴).

سید هاشم معروف حسینی: مرحوم حسینی در «نظریة العقد فی الفقه الجعفری» که کتابی در طبقه‌بندی فقه مقارن محسوب می‌شود، پس از آنکه اشاره را برای اُخرس کافی و جایگزین لفظ دانسته، در آراء فقها نظر جالبی را از صاحب‌جواهر نقل کرده‌اند. طبق نظر ایشان، کتابت نیز مجزی از لفظ کلامی است، نه به‌عنوان یک عنصر در کنار اشاره، بلکه به‌عنوان یکی از مصادیق اشاره و در عرض آن. بنابراین ایشان معنای اشاره را

توسعه داده و کتابت و نگارش را نیز گونه‌ای از اشاره در نظر گرفته‌اند که البته این نظر منحصر به فرد ایشان بوده و کسی از علما غیر از ایشان به سمت این نگاه و بیان از اشاره نزدیک نشده‌اند (حسنی، بی تا: ۱۴۰). موسوعه فقه اسلامی مطابق با مذهب امامیه: آنچه در این دایرةالمعارف مشهود و متناسب با هدف پژوهش حاضر است، این است که به صراحت اعلام داشته: «اشاره‌ای که مفهमे باشد می تواند قائم مقام کلام و لفظ باشد»^۱ لذا اگر چنین قیدی در هر نوع اشاره‌ای ولو غیررسمی وجود داشت، آن اشاره نه تنها در امر نکاح بلکه در سایر شئون و مسائل مهم مربوط به اُخرس اعم از جمیع معاملات و عبادات و حتی اظهار اسلام که از اولیات و پایه و اساس هر مسئله بعدی مربوط به فعل مسلمان است، کافی است. امام خمینی رحمته: امام خمینی رحمته نیز اشاره را با قید مفهमे بودن کافی و در صحت عقد جایز دانسته‌اند: «لو تعذر التلّفظ - لُخرس و نحوه - تقوم الإشارة المفهمة مقامه؛ حتّى مع التمكن من التوكيل على الأقوى، ولو عجز عن الإشارة أيضاً فالأحوط التوكيل أو المعاطاة و مع تعذرهما إنشاؤه بالكتابة» (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۵۰۵).

۲-۳. مقام دوم: عدم جواز اشاره در غیر اُخرس

مقام دوم در تعبیر تحریر چنین آمده است: «و كذا الإشارة المفهمة في غير الأُخرس» (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲: ۲۴۶)؛ یعنی اشاره مفهमे در غیر اُخرس کفایت نمی‌کند. بنابراین کسی که می‌تواند لفظ را استعمال کند، نباید با اشاره این کار را انجام دهد که دلیل آن واضح است و نیاز به بحث ندارد. قطعاً در نکاح دائم با توجه به اجماعی که در مسئله وجود دارد، غیر لفظ کفایت نمی‌کند (<https://m-noormofidi.com/1401/02/31>).

۳-۳. مقام سوم: لزوم تحریک زبان با اشاره

در مقام سوم، بحث در این است که آیا اشاره به تنهایی کافی است یا باید زبان نیز همراه با اشاره به حرکت درآید؟ محقق خوئی در مورد اُخرس فرموده‌اند: «و من الواضح أن المتعارف عند الأُخرس في مقام بیان مقاصده هو تحریک لسانه مضافاً إلى الإشارة بأصبعه أو يده أو غيرهما» (خوئی، ۱۴۰۴، ج ۲: ۱۷۴)؛ متعارف نزد اشخاص اُخرس این است که در مقام بیان مقاصدشان، باید علاوه بر اشاره زبانش را نیز به حرکت درآورد. استدلال ایشان برای لزوم اضافه تحریک زبان به اشاره، برخی روایات از جمله روایت مسعدة بن صدقه است. البته ایشان به برخی روایات باب طلاق نیز استناد کرده است، با این بیان که طبق این روایات، اُخرس برای نکاح می‌تواند قصد و نیت خودش را به اشاره ابراز کند و علاوه بر آن نیازمند تحریک زبان است؛

۱. لا خلاف في كفاية الإشارة المفهمة للأُخرس؛ لما دلّ على قيام الإشارة مقام اللفظ لغير القادر عليه و لما روي أنّ رجلاً جاء إلى النبي (ص) و معه جارية أعجمية أو خرساء، فقال: يا رسول الله، عليّ عتق رقية، فهل تجزي عتبي هذه؟ فقال لها النبي (ص): «أين الله؟» فأشارت إلى السماء، ثم قال لها: «من أنا؟» فأشارت إلى أنه رسول الله (ص)، فقال له: «أعتقها فإنّها مؤمنة» (مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي، ۱۴۲۳، ج ۱۳: ۲۶).

چون حکم به ابراز نکاح به اشاره مثل ابراز سایر مقاصد و امور احرص است، یعنی احرص همان‌گونه که در مقام بیان همه امور و مقاصدش علاوه بر اشاره (حالا به انگشت و امثال آن)، زبانش را هم به حرکت درمی‌آورد، در باب نکاح نیز همین‌طور باید عمل کند. بنابراین طبق نظر مرحوم خوئی در نکاح احرص اشاره به تنهایی کافی نیست، بلکه اشاره به ضمیمه تحریک زبان می‌تواند محقق عقد نکاح باشد (https://m-noormofidi.com/1401/02/28). البته به استدلال ایشان دو اشکال صغروی و کبروی وارد است:

اولاً اینکه به چه دلیل ایشان می‌فرماید «متعارف نزد اشخاص احرص این است که در مقام بیان مقاصد خود علاوه بر اشاره، زبانش را هم به حرکت درمی‌آورد» این اول الکلام است؛ اصلاً چنین نیست که متعارف این باشد احرص هنگام تفهیم مقاصدش به دیگران، زبانش را نیز به حرکت درآورد. این صغرای مسئله است که محل اشکال است؛

ثانیاً از روایت مسعدة بن صدقه و روایات باب طلاق چنین تقییدی استفاده نمی‌شود که ابراز حقیقت نکاح احرص مثل ابراز سایر مقاصد و امور وی صورت می‌گیرد؛ زیرا در بخشی از روایت آمده است: «وَ كَذَلِكَ الْأَخْرُسُ فِي الْقِرَاءَةِ وَالصَّلَاةِ وَالتَّسْبِيحِ، وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ»؛ یعنی همان‌طور که عجمی مثل عالم به زبان عربی که فصیح سخن می‌گوید، نمی‌تواند این چنین کلمات را ادا کند، احرص نیز این‌گونه است. بنابراین روایات مذکور دالالتی بر استدلال مرحوم خوئی ندارد (https://m-noormofidi.com/1401/02/28).

نتیجه‌گیری

به‌طور کلی، از منظر فقه امامیه در خصوص نکاح احرص سه مقام وجود دارد که عمده چالش میان فقهاست. مقام اول که در واقع اصلی‌ترین مقام است، این است که آیا در انعقاد نکاح اشاره برای احرص جایز است؟ در این زمینه، برای اثبات جواز اشاره احرص سه مبنا وجود دارد:

الف. استناد اعتبار لفظ به ادله لفظیه که طبق این مبنا در انعقاد نکاح باید لفظ وجود داشته باشد؛ در این زمینه، روایاتی مانند روایت برید وجود دارد، اما در مقابل این روایت، مرحوم خوئی به روایت مسعدة بن صدقه استناد نموده و ثابت کرده است که در احرص نیازی به بیان لفظ نیست؛

ب. استناد اعتبار لفظ در نکاح به اجماع که طبق این مبنا، دیگر نیازی به دلیل اثبات‌کننده جواز اشاره برای احرص نیست؛

ج. بنابر هر دو مبنا که در این فرض، ادله‌ای از روایات و همچنین ضرورت اکتفا به اشاره در مورد احرص ثابت شد.

مقام دوم، عدم جواز اشاره در غیر احرص است که طبق نظر فقها جایز نبوده و اصلاً محل بحث نیست. مقام سوم، لزوم تحریک زبان به همراه اشاره است و مرحوم خوئی از جمله کسانی است که این نظریه را مطرح نموده و برای اثبات مدعای خود به عرف و روایت مسعدة استناد نموده است، اما به استدلال ایشان دو اشکال

صغروي و کبروي وارد است. در مجموع، با تتبع در منابع فقهی و حقوقی ثابت شد که شخص اُخرس حتی در فرض تمکن از توکیل می‌تواند با اشاره، ایجاب و قبول عقد نکاح را بیان کند و نیازی به توکیل و تحریک لسان نیست، چنان‌که از اطلاق ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی ایران و قوانین احوال شخصیه برخی کشورهای اسلامی نیز همین نظر استنباط می‌شود. همچنین نزد همه مذاهب اربعه نکاح شخص لال به اشاره منعقد می‌شود و در مجموع، صحت انعقاد نکاح اُخرس به طریق اشاره اقرب به واقع به نظر می‌رسد؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، لفظ در عقد نکاح وسیله‌ای برای بیان اراده و توافق طرفین است و موضوعیت ندارد؛ چراکه وسیله اعلام اراده متنوع بوده و ممکن است از طریق به‌کارگیری الفاظی که دلالتش بر مقصود صریح است و یا از طریق نوشته یا اشاره یا فعل صورت گیرد.

فهرست منابع

- ابن تیمیه حرانی، أبو‌العباس أحمد بن عبد‌الحلیم (۱۴۱۶ق). **مجموع الفتاوی**. مدینه: مجمع الملك فهد.
- اسدی، بهنام (۱۳۹۷). **بررسی نکاح در مذهب حنفیه**. همایش ملی مطالعات و پژوهش‌های علمی علوم انسانی. افشاری، فاطمه؛ اسدی، حمید (۱۳۹۴). «بررسی فقهی، حقوقی نکاح معاطاتی و شیوه ابراز اراده در آن». **دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)**، شماره ۶۳.
- امجدیان، صادق؛ تقی زاده، ابراهیم و چهکندی نژاد، علی (۱۴۰۱). «بررسی دلایل و مبانی لفظ‌گرایی فقهی در عقد نکاح». **فصلنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی**، شماره ۲۹.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق). **کتاب النکاح**، قم: مؤسسه باقری.
- بروجردی، سید حسین (۱۴۱۵ق). **جامع أحادیث الشیعه فی أحكام الشریعه**. قم: نشر الصحف.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). **الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴ق). **الفقه علی المذاهب الأربعة**. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- حر عاملی، محمد بن حسن (بی‌تا). **وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه**. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع) لإحياء التراث.
- حسینی، سید هاشم معروف (بی‌تا). **نظریة العقد فی الفقه الجعفری**. بیروت: مکتبه هاشم.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۴۲۹ق). **منهاج الفقاهة**. قم: أنوار الهدی.
- حسینی مراغی، سید عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). **العناوین الفقهیة**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام**. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حمیری، عبدالله بن جعفر (۱۴۱۳ق). **قرب الإسناد**. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع) لإحياء التراث.
- خمنی، سید روح‌الله (۱۳۹۰). **تحریر الوسيلة**. نجف: مطبعة الآداب.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۴ق). **کتاب النکاح**. نجف: مطبعة الآداب.
- دانیال‌زاده نمینی، بنت‌الهدا و طاهری‌پور، زهرا (۱۴۰۱). «مشروعیت شیوه‌های نوین انعقاد نکاح در نظام حقوقی ایران و مصر». **دو فصلنامه مطالعات فقه و حقوق رسانه**، شماره ۲.
- زحیلی، وهبه (۱۴۰۵ق). **الفقه الإسلامی و أدلته**. دمشق: دار الفکر.
- زیدان، عبدالکریم (۱۴۱۳ق). **المفصل فی أحكام المرأة و البیت المسلم فی الشریعه الإسلامیه**. بیروت: مؤسسه الرساله.
- شیرازی زنجانی، سید موسی (۱۳۸۳). **کتاب نکاح**. قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
- شیری، مهرزاد و عیدی‌پور کشکولی، حسین (۱۴۰۲). «بررسی نکاح معاطاتی از منظر فقه و حقوق و مقایسه آن با ازدواج سفید در ایران». **نشریه علمی فقه، حقوق و علوم جزا**، شماره ۲۹.
- صاحب بن عباد، اسماعیل (۱۴۱۴ق). **المحیط فی اللغه**. بیروت: عالم‌الکتب.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۸). **مختصر حقوق خانواده**. تهران: نشر میزان.

طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ق). **ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام باللائل**. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع) لإحیاء التراث.

عالمی، مینو و مقداری، علی (۱۳۹۹). «راهبردهای آموزش علوم و مهندسی همگام با زبان اشاره ناشنوایان». **فصلنامه آموزش مهندسی ایران**، شماره ۸۵.

عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (بی‌تا). **اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه**. قم: دار الفکر.

عمید، حسن (۱۳۸۹) **فرهنگ فارسی**. تهران: راه رشد.

فاضل هندی، محمد بن حسن (بی‌تا). **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

قره‌داغی، علی محیی‌الدین (۱۴۰۶ق). **مبدأ الرضا فی العقود**. بیروت: دار البشائر الإسلامیه.

قندیل، محمد عبداللطیف (بی‌تا). **فقه النکاح و الفرائض**. بی‌جا: بی‌نا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). **حقوق مدنی، خانواده**. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاسانی، علاء‌الدین ابی‌بکر (۱۴۰۶ق). **بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع**. بیروت: دار الکتب العلمیه.

کاشف‌الغطاء، محمدحسین (۱۴۳۲ق). **تحریر المجله**. قم: المجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الإسلامیه.

الکبسی، احمد (۱۹۷۰م). **شرح قانون الأحوال الشخصیه فی الفقه و القضاء و القانون**. بغداد: مطبعة الإرشاد.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع) لإحیاء التراث.

مروج، حسین (۱۳۷۹). **اصطلاحات فقهی**. قم: بخشایش.

مصطفی، ابراهیم؛ نجار، محمدعلی؛ زیات، احمدحسن و عبدالقادر، حامد (۱۹۸۹م). **المعجم الوسیط**. استانبول- ترکیه: دار الدعوة.

معلوف، لويس (۲۰۰۰م). **المنجد فی اللغة العربیة المعاصرة**. بیروت: دار المشرق.

مقدسی، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸ق). **المغنی**. مصر: مکتبه القاہره.

مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی (۱۴۲۳ق). **موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)**. قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی.

نجاشی، أحمد بن علی (بی‌تا). **رجال النجاشی**. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

سایت‌های اینترنتی: <https://m-noormofidi.com>