

## التراضي عبر البريد الإلكتروني - Email - وأثره على صحة عقد الزواج في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

الأستاذ: بوشليف نور الدين

أستاذ مساعد - أ.

قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر

### ملخص:

يعتبر موضوع التراضي عبر البريد الإلكتروني لانعقاد الزواج موضوعا مستجدا، حيث أثار في الآونة الأخيرة جدلا فقهيًا واسعًا، فيما إذا كان هذا الأخير تم تكريسه في القانون الجزائري، وهل يجيزه الشرع الإسلامي.

وبعد الدراسة تبين أن القانون الجزائري كرس قاعدة جواز التعبير عن رضا الزوجين ضمناً في عقد الزواج من خلال نص المادة 9 من قانون الأسرة، وأن الشريعة الإسلامية تجيز هذه القاعدة في إطار احترام مجموعة من الضوابط.

### Résumé :

Le sujet de compromis par voie électronique pour le mariage, où il a soulevé la récente controverse doctrinale large de savoir, si ce dernier a été consacré en droit algérien, et est autorisé par la loi islamique.

Après l'étude de sujet montre que le droit algérien consacré implicitement la satisfaction de couple par voie électronique, dans la base du contrat de mariage, par le texte de l'article 9 du Code de la famille, et que la loi islamique autorise cette règle dans le cadre du respect d'un ensemble de contrôles.

## مقدمة:

يعتبر عقد الزواج المرحلة الأولى من أجل بناء الأسرة وقيامها بشكل شرعي وصحيح ، لذلك كان لانعقاده وإجرائه أهمية كبيرة اهتمت بها الشريعة الإسلامية والقانون اهتماما كبيرا ، وذلك بوضع القواعد وإقامة الضوابط، وقد شهدت العقود الأخيرة من القرن الماضي ثورة في مجال المعلومات والاتصالات أدت إلى ظهور الشبكة العالمية للمعلومات (الأنترنت)، والتي لها الفضل في تبادل المعلومات في مختلف أنحاء العالم، حيث أدت إلى إحداث تغير هائل في المجتمع من عدة نواحي، منها ما يتصل ببناء الأسرة (الزواج) ، إذ أن التطور السريع للتبادل الإلكتروني للبيانات كان له تأثير جوهري على الطريقة التي يتم من خلالها إبرام عقد الزواج، فإذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة، فان وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني تتعدد وتختلف فهو يتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية ويتم التعبير عن الإرادة في ظل العقد الإلكتروني بالتقاء الإيجاب والقبول من خلال برنامج معالجة عبر الأنترنت .

الإشكالية في هذا الموضوع ، إذا كان التشريع الجزائري قد كرس قاعدة جواز التعبير عن رضا الزوجين بشكل عام طبقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة (التعبير عبر البريد الإلكتروني ضمينا) في عقد الزواج، وسأوى القانون المدني بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة العادية من خلال المادة 323 مكرر 1، فهل توافق الشريعة الإسلامية القانون الجزائري إبرام عقد الزواج بهذه الطريقة أم تتعارض معه؟

وهذا ما سنحاول الوقوف عنده من خلال معرفة مفهوم التراضي عبر البريد الإلكتروني في عقد الزواج في (المبحث الأول) ، ثم معرفة أثر التراضي عبر البريد الإلكتروني على صحة عقد الزواج في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية في (المبحث الثاني) .

### المبحث الأول: مفهوم التراضي عبر البريد الإلكتروني في عقد الزواج

إن عقد الزواج كغيره من العقود مبناه على إرادة العاقدين على الرضا بموضوع العقد ، ولما كان التراضي من الأمور الخفية التي لا يطلع عليها البشر لزم أن يصدر عن كل واحد من العاقدين، مما يدل على قبوله بالعقد وموافقته عليه، وتسمى الألفاظ التي يتم بها العقد الإيجاب والقبول وهي ركنا عقد الزواج باتفاق أهل العلم<sup>(1)</sup>، كما أن قانون الأسرة الجزائري

يعتبر التراضي الركن الأساسي لإبرام عقد الزواج<sup>(2)</sup> واعتبر كلا من الأهلية، والصدق، والولي، والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية شروط لصحة عقد الزواج<sup>(3)</sup>، وهو ما ذهب إليه الحنفية، حيث يعتبر الحنفية التراضي هو الركن الأساسي أما ما عدا ذلك فهي شروط صحة عقد الزواج<sup>(4)</sup>، هذا في التعاقد التقليدي.

إلا أن التطور السريع للتبادل الإلكتروني للبيانات كان له تأثير جوهري على التراضي في عقد الزواج، فإذا كان إجراء التراضي في عقد الزواج التقليدي يتم بتطابق الإيجاب والقبول بصيغة اللفظ كقاعدة، وفي حالة العجز بما يفيد معنى النكاح كالإشارة والكتابة وغيرها، فإن التراضي عبر البريد الإلكتروني يتم بوسائل حديثة عن طريق التقاء الإيجاب والقبول من خلال برنامج معالجة عبر الأنترنت، وعلى هذا الأساس يقتضي معرفة البريد الإلكتروني كوسيلة مستحدثة في الاتصالات في (المطلب الأول)، ثم معرفة صيغة التراضي بالبريد الإلكتروني لإبرام عقد الزواج في (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: مفهوم البريد الإلكتروني

تقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية والملفات والرسوم والصور عن طريق إرسالها من المرسل إلى المرسل إليه، وهذه التقنية لها استخدامات متعددة في المؤسسات وعلى مستوى الأشخاص<sup>(5)</sup>.

ولتحديد مفهوم البريد الإلكتروني بدقة ينبغي معرفة نشأة وتطور البريد الإلكتروني (الفرع الأول) ثم تعريف البريد الإلكتروني في (الفرع الثاني) وأخيرا التطرق إلى خصائصه في (الفرع الثالث)

#### الفرع الأول: نشأة وتطور البريد الإلكتروني.

يرجع الفضل في ظهور البريد الإلكتروني إلى العالم الأمريكي "توملينسون" والذي يعتبر مخترع البريد الإلكتروني، حيث صمم على شبكة الانترنيت برنامج لكتابة الرسائل فيما بينهم، ثم ما لبث أن اخترع برنامجا آخر يسمح بنقل الملفات من جهاز كمبيوتر إلى جهاز آخر، ثم قام بدمج البرنامجين في برنامج واحد نتج عنه ميلاد البريد الإلكتروني<sup>(6)</sup>.

وبعد هذا العمل صادفت "توملينسون" مشكلة تتمثل في أن الرسالة لا تحمل أي دليل على مكان مرسلها، ففكر في ابتكار رمز لا يستخدمه الأشخاص في أسمائهم يوضع بين

اسم المرسل والموقع الذي ترسل منه الرسالة، وكان اختياريه للرمز @ كان ذلك سنة 1971، وبذلك أصبح أول عنوان بريد إلكتروني في التاريخ tomlinson@bbn-tenexa(7).

### الفرع الثاني: تعريف البريد الإلكتروني

من أجل إعطاء صورة واضحة للبريد الإلكتروني نقدم التعريف الفقهي والقانوني للبريد الإلكتروني

#### أولاً: التعريف الفقهي

لقد اختلف الفقه في تعريف البريد الإلكتروني، فعرفه البعض بأنه "تلك المستندات التي يتم إرسالها واستلامها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني، وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي، ويمكنه استصحاب مرفقات به مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها"<sup>(8)</sup>.

بعض الفقه يعرفه بأنه طريقة تسمح بتبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة الكترونية، والتعبير عبر البريد الإلكتروني يكون بالكتابة، ولا تختلف هذه الكتابة عن الكتابة العادية إلا في الوسيلة المستعملة وهي الدعائم الإلكترونية بدلاً من الورقية<sup>(9)</sup>.

إذن البريد الإلكتروني حسب التعريف الفقهي هو طريقة تسمح بتبادل الرسائل الإلكترونية والملفات، والرسوم، والصور وغيرها عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص آخر يسمى المرسل إليه، وذلك باستعمال عنوان البريد الإلكتروني بدلاً من العنوان التقليدي.

#### ثانياً التعريف التشريعي

التشريعات المقارنة في هذا المجال لم تكن على مستوى واحد بخصوص وضع تعريف واضح وشامل للبريد الإلكتروني، كما أن بعضها لم تدخر جهداً في تعريف البريد الإلكتروني تاركة هذه المسألة للفقه ليبدلي بدلوه.

وبالرجوع إلى القانون الأمريكي بشأن خصوصية الاتصالات الإلكترونية، فقد أشار إلى تعريف البريد الإلكتروني بأنه وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تلفونية خاصة أو عامة، وفي غالب الأحيان يتم كتابة الرسائل على جهاز الكمبيوتر

ثم يتم إرسالها إلكترونياً إلى كمبيوتر مورد الخدمة، والذي يتم تخزينها لديه بحيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التلفون إلى كمبيوتر المرسل إليه<sup>(10)</sup>.

أما القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد لسنة 2004 فقد عرفه بأنه كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفقة بها صور أو أصوات، ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة وتخزن في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها<sup>(11)</sup>.

في حين أن القانون الجزائري على الرغم من وجود بعض النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية<sup>(12)</sup> إلا أنها جاءت خالية من تعريف العقد الإلكتروني ولم تبين أحكامه بدقة وتفصيلاته، وبناء على ذلك لا يوجد في الجزائر قانوناً مستقل بذاته عن بقية فروع القانون الأخرى ينظم المعاملات الإلكترونية.

إلا أنه بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري في الباب الخاص بإثبات الالتزام، ورد في المادة 323 مكرر مصطلح عام: "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"، وهذا بمناسبة الحديث عن الإثبات بالكتابة<sup>(13)</sup>.

كما أن الكتابة في الشكل الإلكتروني أصبحت على ضوء تعديل القانون المدني الجزائري لسنة 2005 لها مكانة ضمن قواعد الإثبات، لأن المشرع الجزائري ساوى بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل العادي، أي الورقية مع ضرورة التقيد ببعض الضوابط كالتأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وسلامتها من التزوير والتحريف<sup>(14)</sup>.

ولكن يبقى على المشرع الجزائري وأمام الأهمية الاقتصادية والقانونية والاجتماعية للوسائل الحديثة الإلكترونية تأطير هذا النوع من المعاملات وسن قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية، ومن تم وضع الأحكام التفصيلية المتعلقة بهذه المعاملات.

### الفرع الثالث: خصائص البريد الإلكتروني

لقد بات معروفاً اليوم أن البريد الإلكتروني يتمتع بخصائص ينفرد بها في إطار الثورة المعلوماتية، ومن أهم هذه الخصائص ما يلي:

أولاً: وسيلة اتصال غير متزامن

ونقصد بذلك أنه ليس هناك تزامن في وجود الأشخاص على طرفي الاتصال عبر الانترنت، ومن خلال البريد الإلكتروني يستطيع الاتصال والحصول على مقصوده من الجهة المقابلة متى شاء دون أن يتدخل في ذلك شخص ما (15).

### ثانيا: السرعة

إذ أنه بمجرد إدخال نص الرسالة المراد إرسالها في المكان المخصص لذلك من برنامج البريد الإلكتروني، ومن تم إدخال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه في مكانه وضغط زر الإرسال ، وبعد الاتصال بالانترنت تكون الرسالة وصلت إلى صندوق البريد الإلكتروني للمستلم في فترة زمنية لا تتعدى بضعة ثوان.

### ثالثا: وسيلة اقتصادية للاتصال

والتي لا تتعدى رسوم الاتصال الهاتفي العادي المحلي، وهذا فضلا عن رسوم الاشتراك لدى مزود خدمة الانترنت، الأمر الذي يجعل البريد الإلكتروني بالمقارنة مع الفاكس والبريد العادي والسريع خصوصا إذا ما استعمل عبر الدول والقارات .

كما أن استخدامه يوفر على المؤسسات تكاليف عمليات الإنشاء والتسجيل والحفظ والأرشفة للمستندات ورقيا، إذ من الممكن باستخدامه أن يتم كل ذلك رقميا على الحاسب، كما يمكن من إرسال الرسالة نفسها إلى عدد كبير من الأشخاص المتواجدين في أماكن مختلفة من العالم بنفس الوقت وبنفس التكلفة (16).

### المطلب الثاني : شكل التراضي عبر البريد الإلكتروني في عقد الزواج

يتميز التراضي عبر البريد الإلكتروني بالسرعة الفائقة في إرسال المعلومات واستقبالها، والتعبير عن الإرادة أو التراضي عبر البريد الإلكتروني يطلق عليه تسمية التعبير الإلكتروني (17).

ويتم التعبير الإلكتروني بتوجيه الرسائل الإلكترونية أو تبادلها من وإلى البريد الإلكتروني الخاص بكل من المرسل والمرسل إليه، فهو يسمح بتبادل الرسائل بين مستخدمي شبكة الانترنت (18).

لذلك نجد أنه من الممكن إبرام العقد الإلكتروني عن طريق تلاقي الإيجاب بالقبول ، وهذا يعني أن ما ينطبق على العقد التقليدي من وسائل حول الإيجاب والقبول ينطبق على

العقد الإلكتروني، إلا أن الإشكالية في العقد بواسطة البريد الإلكتروني تكمن في التكيف، فهل يكفي على أساس أنه تعاقد بين حاضرين، أم تعاقد بين غائبين؟

وهذا ما سأحاول الإجابة عنه في هذا المطلب، من خلال الوقوف على الإيجاب والقبول لإبرام عقد الزواج التقليدي في (الفرع الأول) ثم أتناول بالدراسة الإيجاب والقبول لإبرام عقد الزواج عبر البريد الإلكتروني في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الإيجاب والقبول في عقد الزواج التقليدي

التراضي عند جمهور الفقهاء هو ركن أساسي لإبرام عقد الزواج، فالحنفية تعتبر الرضا ركنا جوهريا في عقد الزواج وما بقي هي شروط صحة، وهذا ما قال به أيضا الشافعية، إلا أنه حصل اختلاف بين مذهب الحنفية والشافعية، وهذا الاختلاف تمحور حول بعض ما يشترط في الصحة من شروط سواء في ماهيتها أو في شروطها (19).

القانون الجزائري هو الآخر جاء موافقا لجمهور الفقهاء (20)، حيث اشترط لانعقاد الزواج توفر رضا الزوجين، في حين أنها كانت تشترط قبل تعديل قانون الأسرة بالإضافة إلى رضا الزوجين ضرورة حضور ولي الزوجة، وشاهدي عدل، وصداق.

وبالرجوع إلى نص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري يكون الرضا في عقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، فما هو الإيجاب والقبول؟ وما هي شروط الإيجاب والقبول في عقد الزواج؟.

### أولا: الإيجاب في عقد الزواج

الإيجاب هو لفظ يصدر من أحد العاقدين للتعبير عن إرادته في إقامة العلاقة الزوجية، وهو يوحي أن العاقد ثبت في ذمته ما ألزم نفسه به بقوله (21).

### ثانيا: القبول

هو ما صدر ثانيا من المتعاقد الآخر سواء أكان من الرجل أو المرأة، فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك، أو قال لأبيها تزوجت ابنتك فلانة، فقالت أو قال قبلت كان الأول إيجابا من الرجل والثاني قبولا من المرأة، وإذا قالت المرأة للرجل زوجتك نفسي فقال الرجل تزوجتك أو قبلت كان الأول إيجابا من المرأة والثاني قبولا من الرجل (22).

### ثالثاً: شروط الإيجاب والقبول

يشترط لصحة الإيجاب والقبول أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول، وأن يفرغ الإيجاب والقبول في شكل أو صيغة بما يدل على النكاح.

#### أ- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول

ونعني بذلك أن يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد من غير أن يفصل بينهما بفواصل يدل على إعراض أحد الطرفين عن العقد، ما هو متفق عليه أن حصول الاختلاف في المجلس ضار بالإيجاب والقبول ولا ينعقد الزواج به، كما لو قام أحد الطرفين بعد صدور الإيجاب، أو اشتغل بما لا علاقة له بالزواج، فاتحاد مجلس العقد محل اتفاق بين الجمهور<sup>(23)</sup>.

والخلاف الحاصل بين الفقهاء هو في الفور في القبول والإيجاب، فعند الحنفية والمالكية والحنابلة لا يضر بالتراضي مادام القبول حصل في نفس المجلس<sup>(24)</sup>، أما الشافعية فعندهم الفور في القبول للإيجاب الصادر من الطرف الأول شرط لصحة الإيجاب والقبول، فإن طال لا ينعقد العقد به الزواج<sup>(25)</sup>.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري اعتبر أن اتحاد مجلس الإيجاب والقبول من شروط انعقاد عقد الزواج<sup>(26)</sup>.

#### ب- الصيغة

يشترط في صيغة الإيجاب والقبول أن تكون بألفاظ تدل على الزواج كأنكحت، ملكت وغيرها، ولا يشترط أن تكون الصيغة بلفظ النكاح أو التزويج، لأن العبرة في العقود بالمقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وهذا أصح قولي العلماء، وقال به مالك والحنفية ومذهب الإمام أحمد واختيار شيخ الإسلام<sup>(27)</sup>، والإشكال المطروح هنا ما مدى جواز التعبير عن الإيجاب والقبول بدل اللفظ؟

ذهب الجمهور خلافاً للمالكية واتفقوا على أن إشارة الأخرس المفهومة معتبرة شرعاً وينعقد بها الزواج<sup>(28)</sup>، أما التعبير بواسطة الكتابة إذا كان المتعاقدان حاضرين في مجلس واحد وكانا قادرين على اللفظ وعبر كل واحد منهما بالكتابة، فلا ينعقد عقد الزواج<sup>(29)</sup>.



وإذا كان أحد العاقدين غير حاضر بمجلس العقد أجاز الفقه الإسلامي أن ينعقد عقد الزواج بالكتابة لتعذر التعبير باللفظ، لأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر<sup>(30)</sup>

والمشرع الجزائري وضع قاعدة عامة في المادة 1/10 من قانون الأسرة وهو أن يكون الإيجاب والقبول باللفظ الذي يفيد معنى النكاح شرعا، والاستثناء في حالة العجز، حيث تنص المادة 2/10 على إجازة الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة، أو الإشارة أو غيرها.

### الفرع الثاني : الإيجاب والقبول في عقد الزواج عبر البريد الإلكتروني

فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على ضرورة توفر رضا الزوجين لصحة عقد الزواج كما ذكرت ذلك سابقا، ويكون التعبير عن رضا الزوجين بتبادل الإيجاب والقبول لفظا كقاعدة عامة، وبما يفيد معنى النكاح في حالة تعذر اللفظ كالإشارة والكتابة وغيرها، ورأينا أن المشرع الجزائري وافق الفقه الإسلامي في ذلك من خلال نص المادتين 9 و10 من قانون الأسرة، هذا فيما يخص التراضي في عقد الزواج التقليدي، فما بال التراضي في عقد الزواج بواسطة البريد الإلكتروني؟.

الإيجاب عبر البريد الإلكتروني هو السعي لإبرام العقد بواسطة البريد طالما أن المرسل يرسل رسالته الإلكترونية الخاصة، أما المرسل إليه فيعلم بهذا العرض عندما يفتح صندوق خطابه الإلكترونية، واعتبارا من هذه اللحظة تبدأ فعالية الإيجاب بحيث يكون للمرسل إليه الحرية في قبول العرض وذلك بتحريه لرسالة الكترونية من جانبه أيضا<sup>(31)</sup>.

والملاحظ أن الإيجاب بالبريد الإلكتروني يمكن أن يكون موجها إلى شخص واحد كما هو الحال في عقد الزواج، وفي هذه الحالة يكون غير ملزم إلا إذا تضمن هذا الإيجاب إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة ، كما يمكن أن يتم العقد بالإيجاب غير الملزم إذا كان الموجب جازما ، ويمكن رفضه إذا قام الشخص الموجب بفعل يدل على الاعتراض فيبطل الإيجاب<sup>(32)</sup>.

والملاحظ كذلك أنه حتى ينعقد العقد بواسطة البريد الإلكتروني لا بد من اقتران الإيجاب بالقبول، وحتى يمكن أن يتلقى الإيجاب والقبول يجب أولا أن يتصل التعبير عن الإيجاب بعلم من وجه إليه، وأيضا يكون التعبير عن الإيجاب قائما لم يسقط بسبب من الأسباب،

ويجب أن يتصل التعبير عن القبول بعلم الموجب، والإشكالية التي يمكن طرحها بهذا الصدد هل التعاقد بالبريد الإلكتروني في عقد الزواج يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين؟.

#### أولاً: التعاقد بالبريد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين

البعض من الفقه يرى أن التعاقد عبر البريد الإلكتروني يأخذ شكل التعاقد بين غائبين من ناحية المكان والزمان، وهذه الحادثة تقترب من التعاقد عن طريق الفاكس، لأنه يعتمد على فتح المرسل إليه لبريده الإلكتروني وإطلاعه على الرسائل الواردة إليه، وعندما يكون قد اطلع على الإيجاب الوارد إليه، عندها يكون المرسل غير متحد مع المرسل إليه من ناحية الزمان والمكان<sup>(33)</sup>.

#### ثانياً: التعاقد بالبريد الإلكتروني تعاقد بين غائبين من حيث المكان وبين حاضرين من

##### حيث الزمان

فإذا تم الإيجاب والقبول في نفس الوقت وكان المتعاقدان على اتصال مباشر دون وجود فترة زمنية فاصلة بين صدور القبول وعلم الموجب له، عندها يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، وهذه الحالة قريبة من حالة التعاقد عبر الهاتف<sup>(34)</sup>.

ونحن نشاطر الرأي الذي يعتبر أن التعاقد عبر البريد الإلكتروني هو أقرب إلى التعاقد بين غائبين، وذلك بالكتابة أو الرسالة باعتبار أن المتعاقدين لا يجمعهما مكان واحد، والتي هي في الحقيقة ترجع إلى الكتابة أو المراسلة، و هي من طرق إجراء العقود المشروعة في الشريعة الإسلامية.

#### المبحث الثاني: أثر التراضي عبر البريد الإلكتروني على صحة عقد الزواج في

##### القانون الوضعي الجزائري والشريعة الإسلامية

سبق وإن قلنا أن التراضي هو جوهر عقد الزواج وقال بذلك جمهور الفقهاء وما تبقى من صداق وولي وشهود ما هي إلا شروط لصحة عقد الزواج، ويترتب على تخلف ركن

التراضي إبطال عقد الزواج وجعله كأن لم يكن، إلا أن الاختلاف كما تفضلت سابقا بين المذاهب الفقهية منسب على شروط الصحة، و حتى المشرع الجزائري سار على خطى ما قال به جمهور الفقهاء حيث نص في المادة 9 من قانون الأسرة على اعتبار رضا الزوجين ركنا أساسيا به ينعقد عقد الزواج، بينما يعتبر كل من الصداق والمهر الولي والشهود شروط لصحة عقد الزواج، ونحن ندرك الفرق بين الركن الذي ينعقد بغيره العقد وشروط الصحة، ويحصل التراضي بتبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العقد لفظا كقاعدة عامة، وفي حالة العجز يعتد بالإشارة أو الكتابة أو أي وسيلة تفيد معنى النكاح، هذا في عقد الزواج التقليدي، كما يمكن أن يحصل تبادل الإيجاب والقبول عن طريق البريد الإلكتروني، فبالرغم من اختلاف الفقه الإسلامي حول طبيعة الإيجاب والقبول عبر البريد الإلكتروني، فهناك من يعتبره تعاقدًا بين حاضرين، وهناك من يعتبره تعاقدًا بين غائبين، والبعض الآخر يعتبره خليطًا يتكون من تعاقد بين حاضرين بالنظر إلى زمانه وتعاقد بين غائبين بالنظر إلى مكانه، إلا أن الرأي الراجح هو اعتباره تعاقدًا بين غائبين وهذا ما ذهب إليه الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، على اعتبار التعاقد يتم بالكتابة باستخدام الجمل المكتوبة ويشبه التعاقد بالكتابة أو الرسول أو التلفون وما يشبهه والفاكس وما يشبهه، وعليه فمجلس العقد في هذه الحالة هو مجلس عقد حكمي<sup>(35)</sup>.

والإشكالية المطروحة هنا، إذا كان المجال الخصب لاستخدام البريد الإلكتروني هو عقود التجارة الإلكترونية فهل يصح إبرام عقد الزواج باستخدام طريقة البريد الإلكتروني في الشريعة الإسلامية؟ وهل قنن المشرع الجزائري هذه الوسيلة المستحدثة في إبرام عقد الزواج؟ للإجابة عن هذه الإشكالية يتم الحديث عن أثر استخدام البريد الإلكتروني على صحة عقد الزواج في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) ثم موقف القانون الجزائري بشأن ذلك في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أثر التراضي بالبريد الإلكتروني على صحة عقد الزواج في الشريعة

الإسلامية

من المعروف أن عقد الزواج المبرم عبر البريد الإلكتروني يجرى عن طريق الكتابة ويتم بالتخاطب بين أطراف العقد كتابة، وإبرام عقد الزواج بالكتابة معروف قديماً، كما أن الفقه اختلف في حكمه بين مجيز ومانع لذلك، والبريد الإلكتروني لم يبتدع هذه الطريقة في الإبرام، إلا أن الجديد هو سرعة نقل الكتابة، ولذلك سأقوم بعرض أقوال المعارضين للتعاقد بواسطة الكتابة وحججهم في ذلك في (الفرع الأول)، وأقول المؤيدين للتعاقد بالكتابة في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أقوال المعارضين من الفقهاء للتعاقد بالبريد الإلكتروني

وهو قول الجمهور، فيرون أن الموجب بهذه الطريقة لا ينعقد به عقد الزواج، وأيده في ذلك مجمع الفقه الإسلامي، وذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز إجراء العقد بواسطة البريد الإلكتروني أو الكتابة، وممن قال بذلك أيضاً مجموعة من المفتين بموقع إسلام أون لاين<sup>(36)</sup>، كما أفتى بذلك مجمع الفقه الهندي، ومن أهم حججهم في ذلك:

أولاً: عقد الزواج له خطر عظيم، وهو عقد فيه معنى العبادة والأمر فيه يقوم على الاحتياط، وقد احتاط جمهور الفقهاء له فمنعوا عقد الزواج فيه بالكتابة وذلك احتياطاً لأمر الزواج والمحاذير الشرعية في الزواج عبر البريد الإلكتروني، فوجب المنع من باب أولى<sup>(37)</sup>.

ثانياً: كما أن القائلون بمنع عقد الزواج بالبريد الإلكتروني يبررون ذلك بأن العقد بهذه الطريقة ينقصه الإشهاد، والإشهاد عند فقهاء المنع شرط لصحة العقد وهذا الشرط قال به الحنفية، أما المالكية فشرط الإشهاد عندهم حاصل، إلا أنه يجوز تأخيره إلى ما قبل الدخول<sup>(38)</sup>.

ثالثاً: اشتروا كذلك اجتماع الإيجاب والقبول في وقت واحد، إلا أنهم اختلفوا في الوقت الذي يتم فيه العقد إيجاباً وقبولاً، فأوجب الشافعية ذلك على الفور ولا يضر عندهم الفصل اليسير، أما الحنابلة فلم يشترطوا الفورية ولكنهم اشتروا أن يتم الإيجاب والقبول في مجلس واحد<sup>(39)</sup>.

### الفرع الثاني: أقوال المؤيدين من الفقهاء للتعاقد بالبريد الإلكتروني

وهو قول بعض العلماء، ويرون جواز انعقاد الزواج بالبريد الإلكتروني بتلاقي الإيجاب والقبول، وهؤلاء أخذوا بقول الحنفية، الذين أجازوا عقد الزواج بواسطة الكتابة واعتبروا عقد الزواج عبر الانترنت نظير للزواج بالكتابة، ولا يختلف عنها، واشتروا له ما يشترط للزواج بالكتابة من ولي وإشهاد (40).

وابرز القائلين بجواز العقد هم فقهاء الحنفية ولم يكن رأيهم هذا نتيجة لعدم اشتراطهم المولاة بين الإيجاب والقبول، أو لعدم اشتراطهم الإشهاد بل اشتروا ذلك لكنهم جعلوا مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب الذي يحمل الإيجاب إلى الطرف الآخر، فإذا وصله ودعي الشهود وأطلعهم على الكتاب وأشهدهم على قبول الزواج صح ذلك، ومجلس العقد هو المجلس الذي يصل فيه الخطاب حكماً، وعلى ذلك تتم المولاة بين الإيجاب والقبول ويتم الإشهاد (41)

### الفرع الثالث: القول بالراجح

نرجح الرأي القائل بجواز انعقاد الزواج بالبريد الإلكتروني لأن الإشكالات التي أوردتها الفقهاء قديماً على إجراء العقد بالمكاتبة حلتها طرق الاتصال الحديثة من خلال المظاهر التالية:

#### أولاً: بالنسبة للمولاة

إن اشتراطهم المولاة بين الإيجاب والقبول الذي كان غير ممكن في الماضي، إذا تم العقد عن طريق التخاطب أصبح اليوم ممكناً، كما أن الشهود يمكنهم الإطلاع على الكتابة لحظة وصول الرسالة الإلكترونية وإعلان المرسل إليه القبول أمامهم.

#### ثانياً: إمكانية إجراء العقد بين غائبين

فإجراء العقد بين غائبين لا حرج فيه، فالعاقدان غائبان بأشخاصهما، ولكنهما يعقدان عقد الحاضرين، كما نوافق من قال بالتحوط في الفروج، فمنع إجراء عقد الزواج بواسطة البريد الإلكتروني، ولكن في اعتقادنا لا يلزم منه المنع فالتحوط يلزم من اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء العقد، وهذا لا يمنع من ذلك، فظهرت بعض الوسائل تقلل من التزوير، كما أصبح من الممكن التأكد من هوية المتعاقدين من خلال ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني.

## المطلب الثاني: أثر التراضي بالبريد الإلكتروني على صحة عقد الزواج في القانون

### الجزائري

القانون الجزائري خلا من أي نص ينظم المعاملات الإلكترونية خلافا لكثير من الدول التي سنت قواعد مستقلة تنظم بها المعاملات الإلكترونية، على الرغم من صدور القانون رقم 04-15 الصادر سنة 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين<sup>(42)</sup>، وبعض المواد في القانون المدني تعالج مسألة جزئية وهي إثبات الالتزام، حيث ساوت بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية في الحجية القانونية، لكن الإشكال الذي ظهر فيما بعد هل تنطبق هذه الأحكام على جميع التصرفات؟ أم أن هناك بعض التصرفات القائمة على اعتبار شخصي كعقد الزواج يجب أن تستقل بقواعد خاصة؟ .

أما على مستوى قانون الأسرة الجزائري فلا يوجد نص صريح يتكلم عن استخدام الوسائل المستحدثة للاتصالات بشكل عام والبريد الإلكتروني بشكل خاص لإبرام عقد الزواج.

### الفرع الأول: التراضي الإلكتروني في قانون الأسرة

بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أقر في المادة العاشرة منه أن الأصل في صيغة التراضي يكون باللفظ، والاستثناء في حالة العجز، حيث يجوز أن يصدر من العاجز الإيجاب والقبول بكل ما يفيد معنى النكاح، كالكتابة والإشارة.

والعجز المنصوص عليه في المادة العاشرة جاء بصيغة العموم، فيمكن أن يستهدف العجز عن النطق، أو تعذر حضور مجلس العقد، وبمفهوم المخالفة يمكن إجراء التراضي في قانون الأسرة الجزائري عن طريق الكتابة إذا تعذر اللفظ، لأن الكتابة بين غائبين كاللفظ بين حاضرين كما أسلفت القول مع ضرورة الأخذ بالشروط التي قال بها الفقه في هذا الشأن.

وأمام غياب نص صريح في قانون الأسرة الجزائري يجيز التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، وأمام الاعتراف القانوني للتعاقد بواسطة الكتابة في حالة العجز، يفهم بطريقة ضمنية أنه يجوز التعاقد بالبريد الإلكتروني، ولكن في انتظار تعديل قانون الأسرة الجزائري وتأطير التعاقد الإلكتروني.

ومن جهة أخرى وبالعودة لنص المادة 222 من قانون الأسرة، فهي تحيل القاضي إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص على الواقعة المعروضة عليه في قانون الأسرة، وبالعودة إلى الفقه الإسلامي فهو يجيز استخدام البري الإلكتروني في عقد الزواج للمبررات التي سقناها سابقا في إبرام عقد الزواج .

### الفرع الثاني: التراضي عبر البريد الإلكتروني في القانون المدني

القانون المدني هو الآخر لم ينظم أحكام المعاملات الإلكترونية، إلا أنه وبموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005 أضاف مادة جديدة وهي المادة 323مكرر، إذ ساوت بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل العادي من حيث حجيته بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، إلا أن النص جاء مطلقا، الأمر الذي أثار جدلا فقهيًا وقضائيا هل يمكن أن ينطبق ها النص على عقد الزواج، أم يقتصر فقط على العقود الأخرى.

### الفرع الثالث: التراضي عبر البريد الإلكتروني في القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

القانون رقم 15-04 هو الآخر لم ينظم جميع أحكام المعاملات الإلكترونية سيما البريد الإلكتروني، إلا أنه نظم جزء منها ويتعلق الأمر بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، حيث أكد على ضرورة أن تحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا في شكلها الأصلي<sup>(43)</sup>، و حدد هذا القانون استعمالات التوقيع الإلكتروني في توثيق هوية الموقع واثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني كون ممثل للتوقيع سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي<sup>(44)</sup>، شريطة أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة، مع الارتباط بالموقع دون سواه بشكل يمكن من تحديد هويته، واحترام مبدأ الأمان في تصميمه، والحصرية في التحكم بالنسبة للموقع، ومبرزا أهميته وفعاليته واستخدامه كدليل قضائي إن اقتضت الضرورة بسبب شكل اعتماده على شهادة تصديق والآلية المؤمنة التي تم إنشاؤه عليها.

### خاتمة

التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني هو أقرب إلى التعاقد بين غائبين بالكتابة، أو بالرسالة على اعتبار أن المتعاقدين لا يجمعهما مكان واحد، ويسقط عليها حكم التعاقد بالكتابة في

الفقه الإسلامي، وخاصة أنه تبين أن الوثائق الصادرة عبر الآلات الحديثة قد تحققت فيها شروط الكتابة من خط وتأكد نسبتها لصاحبها.

الشريعة الإسلامية تجيز هذا النوع من التعاقد في إبرام عقد الزواج إذا احترمت الضوابط، كتأمين سلامة الرضا من التزوير والتحريف، وكذلك التأكد من نسبة الكتابة أو الرسالة الصادرة إلى صاحبها، وفعلا ظهرت في الآونة الأخيرة وسائل تقنية يمكن من خلالها التقليل من التزوير، وكذا ضمان التأكد من صاحب الرسالة الإلكترونية من خلال التوقيع الإلكتروني .

كما أن قانون الأسرة الجزائري يجيز إجراء التراضي بواسطة البريد الإلكتروني بطريقة ضمنية عندما أقر قاعدة أساسية في صيغة التراضي وهو اللفظ، وجعل من الكتابة أو الإشارة، أو أية وسيلة تنفيذ معنى النكاح شرعا في حالة العجز ، وعلى اعتبار أن التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني هو نظير للتعاقد بالكتابة ، ويتم اللجوء إلى هذه الصيغة لتعذر حضور مجلس العقد فهذا يمكن اعتباره عجزا .

إن الشريعة الإسلامية سبقت القانون الجزائري في إجازتها إبرام عقد الزواج عن طريق الوسائل الحديثة، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وقادرة على استيعاب ما أستجد من تطورات في المجتمع.

## الهوامش:

- 1- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، الجزء الثالث ، المكتبة التوفيقية، القاهرة ، مصر، سنة 2003، ص 132.
- 2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج ر ج ج عدد 15 ،الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005 ، والموافق بالقانون 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005، ج ر ج ج عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005.
- 3-المادة 9 مكر من القانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة .
- 4-اسماعيل أبو بكر البامري، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق عند الحنفية والشافعية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص78.
- 5 - محمد طلال العسلي، أحكام إجراء الشهادات بالوسائل الحديثة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون،الجامعة الإسلامية، غزة ، 2011، ص 49.



- 6- نفس المرجع، ص15.
- 7- نفس المرجع، ص14.
- 8- خالد ممدوح ابراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، 2007، ص68.
- 9- مرزوق نو الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، 2012، ص65.
- 10- أسعد فاضل منديل، البريد الإلكتروني، دراسة قانونية، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع التالي: [www.profassad.info/](http://www.profassad.info/) page-id = 106
- 11- نفس الموقع الإلكتروني.
- 12- المرسوم التنفيذي 98-257 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستعمالاتها، المؤرخ في 1998/08/25، ج ر ج ج عدد 63 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 200-307 المؤرخ في 2000/10/14 ج ر ج ج، عدد 60.
- 13- الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 الصادرة بتاريخ 1975/09/30 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر ج ج، عدد 44.
- 14- المادة 323 مكرر من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني .
- 15- أسعد فاضل منديل، مرجع سابق .
- 16- عدنان غسان برا نبو، دراسة عن بعض الجوانب القانونية والتقنية لاستخدام البريد الإلكتروني في المؤسسات، مذكرة ماجستير، جامعة دمشق، 2004/2005.
- 17- نورا كاظم الزامل، ميعاد إبرام العقد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، المجلد 2، 2009، ص360.
- 18- إسماعيل أبو بكر البامري، مرجع سابق، ص78.
- 19- نفس المرجع، ص360.
- 20- المادة 9 من الأمر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة رقم 84-11.
- 21- أبو مالك كمال بن السيد سالم، مرجع سابق، ص132.
- 22- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص99.
- 23- اسماعيل أبو بكر البامري، مرجع سابق، ص79.
- 24- أبو مالك كمال بن السيد سالم، مرجع سابق، ص134.
- 25- إسماعيل أبو بكر البامري، مرجع سابق، ص80.
- 26- المادة 10 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- 27- أبو مالك كمال بن السيد سالم، مرجع سابق، ص133.
- 28- نفس المرجع، ص133.
- 29- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص103.
- 30- نفس المرجع، ص104.

- 31- أحمد أمداح ، التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006، ص70.
- 32- نفس المرجع ص 60.
- 33- نورا كاظم الزامل، مرجع سابق، ص 360.
- 34- نفس المرجع، ص 361.
- 35- نفس المرجع، ص 361.
- 36- موقع إسلام أون لاين [www.islamonline-net](http://www.islamonline-net)
- 37- إيهاب حسين مصطفى، أحمد فتحي سليمان، الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، بدون طبعة، بدون بلد النشر، 2012، ص 74.
- 38- عبد الباسط عبد الصمد الشاوي، إبرام العقود عبر شبكة الانترنت، دراسة في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد 23، المجلد 6، ص 24.
- 39- نفس المرجع، ص 24.
- 40- إيهاب حسين مصطفى، أحمد فتحي سليمان، مرجع سابق، ص75.
- 41- عبد الباسط عبد الصمد الشاوي، مرجع سابق، ص 24.
- 42- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ج ج، عدد 06، الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2015.
- 43- أنظر المادة 04 من القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.
- 44- انظر المادة 06 من القانون 15-04 السابق الذكر.