مدى حجية التعبير بالإيجاب والقبول بين غائبين في عقد الزواج المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية غير المرئية

أ/ خالد بوزيدي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان

ملخص:

لقد شهد العالم في الآونة الأخيرة تطورا هائلا في وسائل الاتصال، ما أدى إلى تطور الحياة وانتشار ما يعرف بثورة تكنولوجيا المعلومات، التي أضحت جزءا لا يتجزأ من حياة الإنسان، يستخدمها في أدق العلاقات الاجتماعية، ولذلك بات من المسلم به تصور إجراء واستخدام هذه الوسائل حتى في مجال عقد الزواج، حيث يتم التعبير عن الإرادة بتبادل الإيجاب والقبول عن طريق البريد الإلكتروني مثلا أو عن طريق التلكس أو الفاكس... وانطلاقا من ذلك وبسبب البعد المادي بين الأطراف المتعاقدة في مثل هكذا حالات، إذ يفترض أن أحدهما أو كلاهما غير حاضر في مجلس العقد، مما ينعكس بدوره على طبيعة كل من الإيجاب والقبول المشكلين لركن التراضي في عقد الزواج، حيث أصبح هذا الأخير يتميز بخصوصيات أثرت كثيرا على المفاهيم التقليدية السائدة في هذا الخصوص.

وقد تناولت الدراسة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، بتبيان طبيعة التعبير عن الايجاب والقبول بين غائبين في عقد الزواج في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، كما تناولت حكم وحجية التعبير عن الايجاب والقبول بين غائبين عبر وسائل الاتصال الالكترونية غير المرئية عند فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري، وقد توصل الباحث إلى أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لم يشر إلى هذه المسألة وإن كانت نصوصه تشير ضمنا لجواز ذلك، وتركها للراجح من رأي الفقه الإسلامي مع ترجيح كفة مذهب الإمام أبي حنيفه، ولذا يوصي الباحث بإعادة النظر في قانون الأسرة الجزائري، وإدخال النصوص الملائمة لمثل هذه العقود في تشريعاتها بإباحة هذا النوع من العقود إذا كان مستوفيا للشروط الشرعية، أو منعه إذا كان مخالفاً لنصوص الشريعة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Abstract:

Recently the world has witnessed a tremendous development in the means of communication, which led to the evolution of life and the spread of what is known as a revolution of information technology, which has become a part of human life, used in the most delicate social relations, and so it became possible to make use of these means, even in the field of the marriage contract, which is the expression of the will exchange offer and acceptance for example through e-mail or by telex or fax... and because of the physical distance between the contractors in such a case, it is assumed that one of them is not present in the contract Council, which in turn is reflected on the nature of Each of offer and acceptance in the marriage contract, where he became the latter is characterized by a set of characteristics influenced too much on prevailing in this particular traditional concepts .

The study dealt with the views of the scholars of Islamic law and the position of the Algerian legislator of this issue, by showing the nature and the rule of expression corner of satisfaction among the absentees in the marriage contract in Islamic jurisprudence and Algerian law and researcher concluded that the Algerian legislator in the Family Law Algerian did not refer to this issue, and left to the Rajah of view of Islamic jurisprudence with tilt the view of Imam Abu Hanifa, so the researcher to reconsider the Algerian Family Code, and the introduction of appropriate texts for such contracts in legislation recommend to legalize this type of contract if it fulfills the requirements of legality, or prevented if it is contrary to the provisions of Sharia .

مقدمة:

طور العلماء في هذا العصر وسائل الاتصال تطويرًا هائلاً، وقد مكن هذا التطور البشر من التخاطب فيما بينهم على الرغم من تباعد الأماكن، كما مكنتهم من إرسال المعلومات والأخبار والحصول عليها بسرعة فائقة.

وكان للأحوال الشخصية نصيب من وسائل الاتصالات الحديثة فأصبح من الممكن إبرام عقود الزواج وإيقاع الطلاق عن طريق وسائل الاتصالات الحديثة، وقد كان

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

معروفًا في القديم إجراء العقود عن طريق الكتابة والمراسلة إلى الطرف الآخر، وعلى ذلك فإن إجراء العقود بالكتابة ليس جديدًا، وإنما الجديد هو السرعة المذهلة التي يتم فيها نقل ما في الكتاب أو صورته ؛فالذي كان ينقل في ساعة أو ساعات أو أسابيع أو شهور يتم نقله في ثوان كما نشاهده بالبريد الإلكتروني أو بالفاكس...

وانطلاقا من ذلك وبسبب البعد المادي بين الأطراف المتعاقدة في مثل هكذا حالات، إذ يفترض أن أحدهما أو كلاهما غير حاضر في مجلس العقد، مما ينعكس بدوره على طبيعة كل من الإيجاب والقبول المشكلين لركن التراضي في عقد الزواج، حيث أصبح هذا الأخير يتميز بخصوصيات أثرت كثيرا على المفاهيم التقليدية السائدة في هذا الخصوص.

وعلى هذا الأساس تأتي أهمية هذا البحث من النتائج المترتبة عليه ومدى استجابة قانون الأسرة الجزائري للتطورات العلمية وربطها بالفقه الإسلامي.

اشكالية البحث:

تتلخص إشكالية البحث في السؤال التالي:

ما مدى حجية ومن ثم اعتراف القانون بالإيجاب والقبول المعبر عنهما عبر وسائل الإتصال الإلكترونية غير المرئية ؟ ويندرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية، الأسئلة الفرعية التالية:

1. ما حكم انعقاد الزواج في مثل هذه الحالة ؟
2. ومن ثم فما هي الشروط والضوابط الواجب توافرها لصحة الإيجاب والقبول المعبر عنهما عبر هذه الوسائل ؟

أهداف الدراسة:

1. تهدف هذه الدراسة لإثراء قانون الأسرة الجزائري على وجه الخصوص، والنقص الحاصل في التشريعات العربية بوجه عام.

2. كما تهدف لسد حاجات الناس والوقوف على حكم الشرع في مثل هذا النوع من التعاقد ومدى تطور القانون وملاءمته لقضايا العصر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

منهج البحث:

سلك الباحث في دراسته المنهج المقارن والمنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال عرض نصوص قانون الأسرة الجزائري وغيرها من قوانين الأحوال الشخصية العربية، وكذا آراء الفقه الإسلامي في المسألة المطروحة والترجيح مع بيان دليل الترجيح.

أولا: طبيعة التعبير عن الايجاب والقبول بين غائبين في عقد الزواج في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

لقد اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه، إلا أنه اختلف في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الايجاب والقبول، وهناك من يسميه الصيغة، وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج، على أن هذا الاختلاف هو لفظي فقط، أما المعنى فهو واحد.

وفيما يلي سنبين ونوضح طبيعة التعبير عن الايجاب والقبول المعتمد من قبل المشرع الجزائري، خاصة منها ما يتم منها في غياب أحد المتعاقدين، ومدى ربطها وانسجامها مع غيرها من آراء ومواقف فقهاء الشريعة الاسلامية، سواء في المرحلة التي سبقت التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، أو المرحلة التي تلت التعديل.

1 -التعبيرعن الايجاب والقبول المعتبر بين غائبين في الفقه الاسلامي وضوابطه

من الأمور المتفق عليها أن أي لفظ في سائر العقود الأخرى يصدر من طرفي التعاقد يدل على رغبتهما في إتمام العقد، ومن ثم يصيح صالحا لترتيب آثاره الشرعية على هذا، أما في عقد الزواج فإن الأمر مختلف لما لهذا العقد من طبيعة خاصة في حياة الأسرة والمجتمع على حد سواء.

وفي هذا الإطار يرى الحنفية ولأهمية الإرادة في إبرام عقد الزواج، أن أركان الزواج التي يتحقق بها الزواج تنحصر في الصيغة، وهي الايجاب والقبول اللذان يرتبط أحدهما بالآخر على الوجه المسمى باعتباره عقد شرعيا. أما عند الجمهور غير الحنفية فللزواج أركان وهي الصيغة المتمثلة في الايجاب والقبول والزوج والزوجة والولي[1].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويعبر عن هذه الارادة في الزواج كقاعدة عامة بالألفاظ، والألفاظ التي فيها الايجاب والقبول تناولها العلماء تضييقا وتوسعة، فقد قصر المالكية والشافعية والحنابلة ألفاظ الزواج على لفظي الإنكاح والتزويج [2]، بينما توسع الحنفية في الألفاظ حتى قالوا أنه ينعقد بلفظ الهبة والصدقة، والبيع والتمليك، وكل لفظ يدل على تمليك الأعيان[3].

أما إذا تعذر لأحد الزوجين التعبير عن إرادته مشافهة بأن كان أحدهما غائبا، فقد أجاز الأحناف التعبير عن الايجاب والقبول في عقد الزواج بالكتابة في مثل هذه الحالة [4]، على أن ذلك مرتبط في الوقت ذاته إذا كان بمحضر الشهود، وسمع الشهود كلا من الايجاب والقبول كما لو قالت حين بلغها الكتاب وقرأته على الشهود، إن فلانا كتب إلي يخطبني فاشهدوا أني قد زوجت نفسي معه فهذا صحيح، لأنهم سمعوا كلام الخاطب بإسماعهم إياهم.

والإمام السرخس في مبسوطه يقول في تعليل جواز الايجاب والقبول في الزواج بالكتابة بين الغائبين، وهذا لأن الكتاب من نأى–أي لم يكن حاضرا مجلس عقد الزواج -كالخطاب ممن دنى –أي من كان حاضرا مجلس العقد - فإن الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي إلى معنى معلوم، فهو بمنزلة الخطاب من الشخص الحاضر[5].

وقاعدة الحنفية على العموم في ذلك أن "الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر" ومن أدلتهم على ذلك:

– عن عروة عن أم حبيبة رضي الله عنها أنها كانت تحت عبيد الله بن جحش فمات بأرض الحبشة، فزوجها النجاشي النبي صلى الله عليه وسلم وأمرها عنه 4000 د، وبعث بها إلى رسول الله عليه وسلم مع شرحبيل بن حسنة (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)[6].

– أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يرى الكتاب تبليغا تقوم به الحجة، وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان، فإن كتب إلى ملوك الآفاق يدعوهم إلى الدين، وكان ذلك تبليغا تاما، فكذلك في عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

– أن الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم، فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر.

بينما ذهب المالكية والشافعية إلى أن النكاح لا ينعقد بالكتابة سواء كان غائبا عن مجلس العقد أم حاضرا، بل لا بد لمن يمكنه النطق من اللفظ بالصيغة لأنه بحاجة إلى الإشهاد عليه، والكتابة كناية تحتاج إلى نية والشهود لا تشهد على النية.

وقد ذكر النووي الكيفية المثلى لذلك إذا دعت الضرورة لمثل هذه الطريقة من التعاقد، فقال (وحيثما حكمنا بانعقاد النكاح بالكتابة فليكتب زوجتك ابنتي، ويحضر الكتاب عدلان، ولا يشترط أن يحضرهما، ولا أن يقول لهما اشهدا، بل لو حضرا بأنفسهما كفى، فإذا بلغ الكتاب الزوج فليقبل لفظا، ويكتب القبول ويحظر القبول شاهدا الايجاب...)[7].

2 -التعبير عن الايجاب والقبول بين غائبين المعتبر في القانون الجزائري وضوابطه:

إن الدارس في مفهوم الإرادة ودورها في إبرام عقد الزواج، ومن ثم التعبير عن الايجاب والقبول في القانون الجزائري، ينبغي أن يميز في البداية بين مرحلتين، مرحلة ما قبل تعيل قانون الأسرة الجزائري، ومرحلة ما بعد التعديل. فبالرجوع إلى المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري في النص الأصلي قبل تعديله، نجد بأن هذه الأخيرة في تعرفها لعقد الزواج لا تشير البتة إلى دور الإرادة في إبرام عقد الزواج، حيث نصت على أن (الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب)[8]، دون النص صراحة على أنع عقد رضائي أو شكلي، على الرغم من أنه وفي أكثر من مناسبة شدد على أهمية الرضا ومنه الايجاب في عقد الزواج تحت طائلة البطلان[9].

إلا أن المشرع الجزائري تدارك الأمر من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة سنة 2005 [10]، وأصبحت المادة 4 تنص على أن (الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب). تطبيقا لذلك نصت المادة 9 منه على أن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، وهو ما يعني أن المشرع الجزائري قد اعتبر في التعديل الأخير لقانون الأسرة الرضا الركن الأساسي والجوهري الوحيد، والذي لا يمكن أن يقوم بدونه، وأن يحل محله أي إجراء آخر.

وعليه اشترط المشرع الجزائري أن يتم التعبير عن الرضا وفقا لطرق معينة، وكذلك وفقا للشروط المستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية مثلما سبق بيانه وتوضيحه.

فلكي ينعقد عقد الزواج ينبغي أن يكون هناك تطابق للإيجاب والقبول، وأنه لا ينعقد إلا إذا كانت الإرادة واضحة الدلالة، ومن ثم فقد نص المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون الأسرة على أن (يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا). غير أن المشرع الجزائري قد فرق بين طريق التعبير عن الارادة، بحيث أعطى الأولوية للفظ، وهو ما يعني أن على الشخص المقبل على الزواج أن يعبر عن إرادته باللفظ، بينما وإن عجز عن ذلك بأن لا يستطيع أن يعبر عن إرادته بالزواج عن طريق اللفظ والكلام، فقد أجاز المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة التعبير عن الايجاب والقبول في مثل هذه الحالة بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة[11].

والمتأمل في فحوى الفقرة الثانية التي حملت الاستثناء في التعبير عن الايجاب والقبول أنها قد جعلت كلا من الكتابة والإشارة في مرتبة واحدة، بمعنى أن العاجز عن الكلام بإمكانه أن يعبر عن إرادته في عقد الزواج سواء بالكتابة والإشارة، وهو ما يأخذ على هذا النص وعن المشرع الجزائري، إذ كان من الأولى عليه في مثل هذه الحالة أن يقوم بترتيب هذه الوسائل، بأن يجعل الكتابة في المرتبة الثانية، ثم الاشارة، على غرار بعض التشريعات العربية كمدونة الأسرة المغربية [12]التي رتبت طرق التعبير عن الايجاب والقبول من العاجز باللفظ ثم الكتابة فالإشارة، وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية بقولها (يصح الايجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما يمكن ملاحظته كذلك في هذا المجال على أنه وإن كان المشرع الجزائري قد ركز على وجوب توافر رضا الزوجين كركن لانعقاد الزواج، إلا أنه سكت عن توضيح الشروط المتعلقة بالتعبير عن الارادة، مثل النص على كون الرضا حالا، إذ أنه لا يصح أن يعلق الزواج على شرط أو يقترن بأجل.

على أنه لا يجب الخلط هنا بين الرضا والإرادة المعلقة بشرط أو أجل، ما يعني تعليق عقد الزواج على تحقق شرط ما، أو إضافته إلى زمن مستقبل، وهي معطيات تتخالف ولا تتفق مع إنشاء عقد الزواج في الحال وبصفة فورية، أما فيما يخص الشروط المقترنة بعقد الزواج، فإن المشرع الجزائري قد أجاز للطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، وهذا حسب المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري [13] وهو ما يؤدي بنا إلى القول بأن هذه الشروط المتفق عليها، يمكن أن تكون صحيحة كما يمكن أن تكون متنافية مع عقد الزواج، ولذلك يجب أن تكون هذه الشروط متلائمة مع عقد الزواج وتؤكد مقتضاه[14].

وينبغي كذلك أن يصدر رضا الزوجين خاليا مما يعيبه، ولقد أغفل المشرع الجزائري الكلام على هذا الجانب المهم في خلو الرضا من عيوبه التي تؤدي إما لإبطال العقد بطلانا مطلقا أو نسبيا، وهو ما يمكن طرفي العقد من استعمال هذه الطرق في انهاء العقد بطرق مغايرة مخالفة للطلاق أو التطليق أو الخلع، وكل هذا يجنب الطرفين ن التعسف ومن ثم التعويض.

ثانيا: حكم وحجية التعبير عن الايجاب والقبول بين غائبين عبر وسائل الاتصال الالكترونية غير المرئية

لقد بينا فيما سبق أن هذه الطريقة التي يتم فيها التعبير عن الصيغة أي الإيجاب والقبول في عقد الزواج قد كانت معروفة منذ القدم، وتكلم الفقهاء في حكمه بين مجيز ومانع، ولم تبتدع وسائل الاتصال الحديثة هذا النمط من العقود، وإنما الجديد فيها هو سرعة النقل، لذلك سنحاول أن نبين في هذا الجزء من الدراسة حكم التعبير عن الإيجاب والقبول بين غائبين عبر الوسائل الإلكترونية غير المرئية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن ثم حجيتها في القانون الجزائري كالآتي:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1 -حكم التعبير عن الايجاب والقبول بين غائبين عبر وسائل الاتصال الالكترونية غير المرئية عند فقهاء الشريعة الاسلامية

باعتبار الشريعة الاسلامية منهج حياة، ونظاما صالحا لكل زمان ومكان، كان من الطبيعي أن تستوعب أحكامها السمحة توظيف وسائل الاتصال الالكترونية وسائر ما أحدثه التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي نراه ونلمسه اليوم من وسائل اتصال حديثة، بحيث تكون وسيلة لإجراء العقود.

لكن فقهاء الشريعة الاسلامية وإن كانوا قد اتفقوا على أن الأصل في التعبير عن الايجاب والقبول أن يكون لفظا، إلا أنهم اختلفوا في مسألة جواز التعبير عن الايجاب والقبول بين غائبين من عدمها عن طريق الكتابة، على أن هذه المسألة مردها هو اختلاف الفقهاء حول الشهادة على عقد الزواج، من حيث هل هي شرط في النكاح أم غير شرط ؟ واتحاد المجلس، فهل المراد به أن يكون المتعاقدان في مكان واحد أو المراد به اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد؟

فالمقصود بمجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد [15]، وبمعنى آخر هو المكان الذي يضم المتعاقدين ويبدأ من وقت صدور الايجاب ويستمر ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد، ولم يبديا اعتراضا عنه. لذلك صرح فقهاء الحنفية بجواز عقد النكاح بواسطة المراسلة والمكاتبة بشرط الإشهاد عند القبول، لأنه لا نكاح إلا بشهود، فقد جاء في كتاب "رد المحتار على الدر المحتار": (كما ينعقد النكاح بالكتابة ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتابة أيضا)[16]. ومثال ذلك ما جاء في كتاب "بدائع البضائع" عن أئمة الحنفية أيضا (ويعتبر من قبيل المراسلة والمكاتبة في عصرنا الحاضر، التلغراف، والتلكس، ويشترط لصحة عقد النكاح بهاتين الوسيلتين ما يشترط في التعاقد بالمراسلة والمكاتبة من الاشهاد على العقد، أما اجراء عقد النكاح بواسطة الهاتف فتتوقف صحته على إحضار الشهود عند المخاطبة، وسماعهم كلام العاقدين، فإذا تحقق ذلك جاز وإلا فلا)[17].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن ثم نجد بأن الحنفية قد اشترطوا لصحة عقد الزواج بالكتابة الشروط التالية:

- أن لا يكون العاقد حاضرا بل غائبا.
- أن يشهد العقد شاهدين على ما في الكتاب عند إرساله.
- أن يصرح المرسل إليه بالقبول لفظا لا كتابة، فلو كتب رجل إلى امرأة تزوجتك فكتبت إليه قبلت لم ينعقد، إذ أن الكتابة بلا قول لا تكفي ولو في الغيبة.
- أن يشهد الغائب حين يأتيه الكتاب شاهدين، ويعرفهم بواقع الحال ويصرح أمامهم بالقبول.

بينما ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز إجراء عقد الزواج بالكتابة سواء كان غائبا مجلس العقد أم حاضرا، بل لابد لمن يمكنه النطق بالصيغة، لأنه بحاجة إلى الإشهاد عليه، والكتاب كناية تحتاج إلى نية، والشهود لا تشهد على النية[18]. وهو الموقف الذي تبناه فقهاء الشريعة الاسلامية، حيث استثنوا من ذلك التعبير عن الايجاب والقبول للزواج بهذه الوسائل الحديثة، بحسب ما جاء في وثيقة مجمع الفقه الاسلامي رقم 137، حسب القرار رقم 6/03/52، إذ جاء فيهو نظرا إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل في ابرام العقود لسرعة انجاز المعاملات المالية والتصرفات، وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن ابرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس عدا الوصية والإيصاء والوكالة، وتطابق الايجاب والقبول وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد والمولاة بين الايجاب والقبول بحسب العرف، قرر أنه (إذا تم التعاقد بين الغائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو الاشارة أو الرسول، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الايجاب إلى الموجه اليه وقبوله... على أن هذه القواعد السابقة لا تشمل النكاح لا يشترط الاشهاد فيه...)[19].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك أقر مجمع الفقه الاسلامي في وثيقته المرقمة (138) الفقرة الرابعة ذلك بقوله (أن عقد النكاح يحمل خطورة أكثر من عقد البيع، وفيه جانب تعبدي، ويشترط فيه الشاهدان، لذلك لا تعتبر مباشرة الايجاب للنكاح على الانترنت والهاتف، أما إذا استخدمت هذه الوسائل لتوكيل شخص للنكاح، ويقوم الوكيل من جانب موكله بالإيجاب والقبول أمام الشاهدين.

أما إذا استخدمت هذه الوسائل لتوكيل شخص للنكاح ويقوم الوكيل من جانب موكله بالإيجاب والقبول أمام الشاهدين فيصح النكاح، ويلزم في هذه الصورة أن يكون الشاهدان يعرفان الموكل، أو يذكر الموكل باسمه واسم أبيه عند الإيجاب والقبول)[20].

والراجح من وجهة نظري والله أعلم هو مذهب الحنفية الذي يجيز عقد الزواج بالكتابة، ذلك أن اعتبارهم مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب الذي يحمل الايجاب إلى الطرف الآخر قول سديد، لأنها تحقق الموالاة بين الإيجاب والقبول، وفي اعتقادي أن بقية المذاهب تعد وقت تمام العقد حين يصل المكتوب سواء كان عن طريق شخص أو عن طريق الفاكس أو الانترنت إلى الشخص الذي وجه إليه فيقبله في المجلس فحينئذ ينعقد العقد إذا كان بيعا ويشهد عليه إذا كان نكاحا.

أما قول المالكية والشافعية بأن الاشهاد شرط في عقد النكاح فإن الحنفية يقولون بذلك أيضا، لكنهم جعلوا مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب، فإذا وصله الخطاب ودعا الشهود وأطلعهم على الكتاب أو أخبرهم بمضمونه، وأشهدهم على قبول النكاح فقد تم النكاح، وأيضا اشترط الحنفية أربعة شروط لصحة عقد الزواج بالكتابة كما سبق بيانه[21].

وأما قولهم أن النكاح ذو طبيعة خاصة حيث أنه يتعلق بالفروج، ويحتاط فيه ما لا يحتاط في غيرها، فالجواب عليه أننا نوافقهم في هذا الأمر، ولكننا لا نوافقهم على المنع، فالتحوط يلزم اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء العقود ولا كنها لا تمنع من ذلك، إذ يمكن أن تجهز قاعات المحاكم مثلا أو قاعات ضابط الحالة المدنية بشبكة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الانترنت لإضفاء الصفة الرسمية على التعبير عن الإرادة في عقد الزواج، الذي قد يحصل عبر وسائل الاتصال الإلكترونية عموما.

2 -حجية التعبير بالإيجاب والقبول في عقد الزواج المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية غير المرئية في القانون الجزائري

إن المتأمل في نصوص قانون الأسرة الجزائري، يجد بأن هذا الأخير قد تناول التعبير عن إرادة الفرد (الزوج أو الزوجة) لإبرام عقد الزواج بغير الكلام في الفقرة الثانية من المادة 10 منه بقولها (و يصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة)، ليستثني بذلك القاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة في التعبير عن صيغة عقد الزواج التي تكون باللفظ، إذا كان الشخص عاجزا عن ذلك، هذا الأخير الذي جاء مفهومه واسعا، حيث لم يحدد لنا المشرع الجزائري في هذه الفقرة المقصود بالعجز الذي يمكن صاحبه من التعبير عن إرادته في إبرام عقد الزواج بغير اللفظ، سواء كان ذلك بالكتابة أو بالإشارة.

والمتفق عليه أن مفهوم العجز ينصرف إلى الشخص العاجز عن الكلام، ومن ثم يمكنه من التعبير كتابة عن إرادته هنا وفقا للفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة، كما ينصرف هذا المفهوم أيضا للشخص الذي تعذر عليه حضور مجلس العقد، سواء كان ذلك بإرادة منه أو كان ذلك خارجا عن إرادته. وهو ما ذهب إليه الحنفية الذين أجازوا انعقاد الزواج بالكتابة من الغائب لا من الحاضر إذا كانت الكتابة مستبينة يمكن قراءتها وفهمها، وصورة ذلك أن يكتب أحدهما للآخر تزوجتك بمهر مقداره 1000دج مثلا، فإذا وصلها الكتاب أحضرت الشهود وقرأت عليهم وقالت زوجته نفسي حتى يتم الايجاب والقبول في المجلس وبحضور الشهود[22].

وعلى كل حال يبدوا أن بعض القوانين كانت أكثر وضوحا من المشرع الجزائري في تحديد المقصود بالعجز، من ذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي [23]الذي نص في الفقرة الثانية من المادة 8 منه على أنه (يجوز أن يكون الإيجاب بين الغائبين بالكتابة أو بواسطة رسول)، وفسر بذلك العجز لمن لا يستطيع النطق، وهو ما يستفاد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

صراحة من نص الفقرة الثالثة من المادة أعلاه التي نصت على أنه (و عند العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة، فإذا تعذرت فبالإشارة المفهومة).

ومن ثم يمكن استخلاص حجية التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول بين غائبين في عقود الزواج ضمنا من خلال نص الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري التي تخول للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما في الزواج، سواء بالكتابة والإشارة مما لا يحول دون امتداد هذه الحرية للتعبير الإرادة بوسائل الاتصال الإلكترونية غير المرئية التي تتيح لمستخدميها تبادل إرادتهما في شكل كتابي، كالبريد الإلكتروني، وبرامج المحادثة الكتابية التي يتوفر عليها الكمبيوتر والمتصلة بشبكة الانترنت، على غرار الرسالة أو التيلكس أو التلغراف[24].

لذلك يبدو من الأهمية بمكان جواز انعقاد الزواج عبر وسائل الاتصال الإلكترونية غير المرئية، باعتبارها شكلا من أشكال الكتابة التي تجيز لصاحبها الغائب عن مجلس العقد، التعبير عن إرادته في إبرام عقد زواج شرعي، مع الأخذ بالشروط والضوابط التي اعتمدها الفقهاء في ذلك، وهو ما ينبغي أن يجري عليه العمل لما في ذلك من تيسير على الناس ورفع الحرج، كما أن في ذلك مراعاة السرعة وربح الوقت.

فحضور الشهود مع تحديد مقدار الصداق، وحضور الولي، وكذا الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإضفاء الشكلية أو الرسمية يجعل العقد مشروعا من الناحية الدينية والقانونية وفقا للمواد 9 و9 مكرر و10 و18 من قانون الأسرة، فما المانع من إجراء عقد الزواج بهذا الشكل في ظل توافر الضوابط والشروط المتفق عليها قانون وشرعا. فمعظم آراء الفقهاء التي اتجهت نحو منع هذا الشكل من الزواج، إنما كانت آرائهم منصبة نحو الزواج الذي يتم بين في غياب الإشهاد وفي غياب ضوابطه.

وعلى كل حال فإن الخوف وصون الفروج يستوجب اتخاذ اجراءات تضمن سلامة إجراء مثل هذه العقود وليس منع ذلك، في ظل الانتشار المتنامي والمتسارع لهذه الوسائل الحديثة في حياة الشباب اليومية، حيث أضحت جزءا من كيانهم، بل وكيان اقتصاد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدولة، ووسيلة هامة وأساسية لتسيير إداراتها والتنسيق بين مختلف الأجهزة والهيآت الموجودة في إقليمها، وما يدعم قولنا تلك الدراسات التي صدرت في هذا المجال، والتي تبين أن الاتصال عبر الوسائل الإلكترونية قد ترك تأثيرا في اتصال أفراد العينة الشخص المباشر مع أسرهم بنسبة 44. 4 ٪، وتأثيرا في اتصالاتهم بأصدقائهم ومعارفهم بنسبة 43 ٪، كما تبين أن هناك قدرة هذه الوسائل في تكوين علاقات عاطفية قوية جعلت ما نسبته 28. 8 ٪، منهم 40. 3 ٪ من المغتربين عن مجتمعهم المحلي من لا يمانع فكرة الزواج عبر الانترنت[25].

ثم إن القواعد العامة الواردة في القانون المدني بعد تعديلات القانون رقم 05 -07 المؤرخ في 20 جوان 2005 [26]، أجاز التعبير عن الإرادة إلكترونيا، متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها عبر الأجهزة الالكترونية المحمية أو الآمنة من الغش والخداع، وقد نظم المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني للتأكد من صحة الرسالة الالكترونية ودقتها، أي بمعنى أنها قد جاءت من مصدرها دون أن تتعرض لأي تغيير أو تحريف أو تزوير أو قرصنة في بياناتها أثناء عملية التبادل الإلكتروني للبيانات.

خاتمة:

من خلال دراستنا التي قمنا بها حول مدى حجية التعبير بالإيجاب والقبول بين غائبين في عقد الزواج المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية غير المرئية، يمكن أن نخرج بمجموعة من النتائج والتوصيات التي يمكنها إيجازها على النحو التالي:

حيث ذكرنا في دراستنا هذه أن إبرام عقد الزواج عن طريق الوسائل الإلكترونية كتابة أن هذا الطريق كان معروفًا قديمًا ولم تبتدع وسائل الاتصالات هذا النمط من العقود الجديدة فيها إنما هو سرعة النقل. وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: المنع من إجراء عقود الزواج عن طريق الكتابة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: يجيز إجراء عقد الزواج بالكتابة، وهذا مذهب الحنفية. وقد رجحته ذلك أنهم اعتبروا مجلس العقد ساعة وصول الخطاب الذي يحمل الإيجاب إلى الطرف

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الآخر، فإذا وصل الخطاب ودعا الشهود وأطلعهم على الكتاب وأخبرهم بمضمونه وأشهدهم على قبول النكاح فقد تم الزواج، ويمكن أن يظهر المتعاقدان وسائل الإثبات الخاصة لكل منهما كما يجب أن يكون الشاهدان يعرفان الطرفين.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري، فقد وجدنا أن نصوص قانون الأسرة تشير ضمنا إلى جواز ذلك، فحضور الشهود مع تحديد مقدار الصداق، وحضور الولي، وكذا الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإضفاء الشكلية أو الرسمية يجعل العقد مشروعا من الناحية الدينية والقانونية وفقا للمواد 9 و9 مكرر و10 و18 من قانون الأسرة، فما المانع من إجراء عقد الزواج بهذا الشكل في ظل توافر الضوابط والشروط المتفق عليها قانون وشرعا. فمعظم آراء الفقهاء التي اتجهت نحو منع هذا الشكلمن الزواج، إنما كانت آرائهم منصبة نحو الزواج الذي يتم بين في غياب الإشهاد وفي غياب ضوابطه.

ومن هنا نرى بصحة عقد الزواج الذي يتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية غير المرئية، وذلك بعد التأكد بطبيعة الحال من تراضي الزوجين ووجود الإشهاد، ومراعاة الشكلية الواجبة قانونا، وفقا لمقاصده الشرعية والقانونية، وإن كان هذا الأمر يحتاج من الناحية العملية إلى تأسيس وتدعيم هياكل وآليات الحكومة الإلكترونية، وإنشاء وكالة وطنية لأمن المعلومات.

التوصيات:

1. إعادة النظر في قانون الأحوال الشخصية الجزائري وإدخال النصوص الملائمة لمثل هذه العقود في التنظيم المعمول به، بإباحة هذا النوع من التعاقد إذا كان مستوفيا للشروط الشرعية خاصة وأن قانون الأحوال الشخصية الجزائري الحالي هو وليد عصر التكنولوجيا والإنترنت 2005.

2. الاستفادة من القواعد العامة الواردة في القانون المدني بعد تعديلات القانون رقم 05 -07 المؤرخ في 20 جوان 2005 وتطبيق نصوص هذا القانون على إجراء عقود الزواج بالكتابة بين الغائبين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3. تفعيل ما يعرف بالحكومة الإلكترونية.

4. حث الباحثين والمختصين في علوم التكنولوجيا للبحث والتعمق لاقتراح حلول يمكن الرجوع إليها للتحقق من هوية المتعاقدين وأهليتهما.

الهوامش:

(1) -فإذا كان الأحناف قد قصروا أركان عقد الزواج على الايجاب والقبول كما قلنا، فإن المالكية قالوا بأن أركان عقد الزواج أربعة وهي الولي، الزوجة، والصداق، والصيغة الدالة على انعقاد النكاح، والزوج والزوجة خاليان من الموانع الشرعية. ويرى الشافعية أن أركان النكاح خمسة صيغة وزوجة وشاهدان وزوج وولي. وذهب الحنابلة إلى القول بأن أركان الزواج ثلاثة الزوجان الخاليان من الموانع والإيجاب والقبول، ولا ينعقد النكاح إلا بهما مرتين الايجاب أولا ثم القبول فإذا تقدم القبول على الايجاب والقبول لم يصح. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر حسين بن محمد المحلي الشافعي، الافصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، دار القلم العربي بحلب، الطبعة الأولى 1416-1995، سوريا، ص 27 و28 وما بعدها

(2) - فهم يرون أنه لا يجوز ان ينعقد العقد الا بهذين اللفظين الذين وردا فى القران الكريم فى قوله تعالى: فَمَن وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾ **الآية 3 من سورة النساء .**

للمزيد حول هذا الموضوع راجع محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة الجديدة، مصر، 1989، ص 41.

3 -على أن الراجح فيما سبق بيانه من أن العبرة في العقود ما اصطلحت عليه الأعراف، فإنه ليس لصيغة الزواج صيغة مخصوصة دل عليها الشارع، أو حصر الشرع إقامة العقد بها، لأن الزواج ليس عبادة محضة تفتقر إلى هذا النوع من التحديد، قال ابن القيم رحمه الله (ليس ذلك من العبارات التي تعبدنا الشارع فيها بألفاظ لا يقوم غيرها مقامها كالآذان وقراءة الفاتحة في الصلاة وألفاظ التشهد وتكبيرة الاحرام وغيرها، بل هذه العقود تقع من البر والفاجر والمسلم والكافر، ولم يتعبدنا الشارع فها بألفاظ معينة، فلا فرق أصلا بين لفظ الانكاح والتزويج، وبين كل لفظ يدل عل معناها). للمزيد حول هذا الموضوع أنظر نور الدين أبو لحية، فقه الأسرة برؤية مقاصدية، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، 1996، ص 20 -22

4 -أ ما إذا كان العاقدان في مجلس واحد وكانا قدارين على الكلام، ومع ذلك عبرا عن العقد الكتابة بدل الكلام، فإنه لا ينعقد الزواج بالكتابة في هذه الحالة باتفاق الفقهاء للأدلة التالية:

- أن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية وبالكتابة يكون سرا

-أن الشهادة شرط فيه ولا اضطلاع للشهود على النية ولو قالا بعدم المكاتبة: نوينا، كانت شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد فلا يصح .

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

للمزيد حول هذا الموضوع أنظر سيد سابق، الزواج والطلاق في فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1992، ص 89

[5] -أحمد ناصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، تعليق على النصوص، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 38

[6] -أبود عبد الله بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، دار المعرفة، الجزء الثاني، 1418 -1998، ص 537

[7] -نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 28

[8] -القانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984

[9] -المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري

[10] -أمر رقم 05 -02 مؤرخ في 07 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84 -11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404ه الموافق 9 يونيو سنة 2005 والمتضمن قانون الأسرة، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005

[11] -إذ تنص الفقرة 2 من المادة 10 من قانون الأسرة على أنه (و يصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة)

[12] -ظهير شريف رقم 1 -04 -22 صادر في12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03 -70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية المغربية رقم 5184 الصادر يوم الخميس 5 فبراير 2004

[13] -تنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم يتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)

[14] -مع العلم أن المشرع الجزائري قد اعتبر مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا لطلب التطليق من الزوجة، وهو السبب التاسع المنصوص عليه في المادة 53 من قانون الأسرة

[15] -وعلى هذا الرأي يكون مجلس العقد ممتدا مدة الزمن الذي يظل فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد، سواء بقيا في مكانهما أو غادراه، أو هو المدة التي تفصل بين صدور الايجاب والقبول المعتبرين شرعا للمزيد حول هذا الموضوع أنظر سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزقا، دراسة فقهية مقارنة، ماجستير في الفقه المقارن، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، 2006، ص 29 -30

[16] - محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، الجزء 4، 1412 ه الموافق 1992، ص 513

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[17] - أحمد عبدون علوان، دراسات فقهية لبعض المستجدات العصرية، مجلة جامعة المدينة العالمية، العدد 3، 2012، ص 68

[18] -عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر ، 2000، الأردن، ص 48

[19] -مجلس مجمع الفقه الاسلامي الدولي، قرار رقم 3/6/52، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة المجمع، العدد السادس، الجزء الثاني، ص 785، منشورة على الموقع التالي
Www.Fishacademy. Org/sa/qarat/6-3. html

[20] -محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2010، الأردن، ص 141

[21] -راجع الصفحة 9 من هذه المداخلة

[22] -محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2007، الأردن، ص 32

[23] -قانون رقم 54 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية منشور في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم – العدد 1570 بتاريخ 24 شوال 1404 الموافق 33 جويلية 1984، وعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996، والمنشور في الجريدة الرسمية – الكويت اليوم - العدد 276، والقانون رقم 29 لسنة 2004، والمنشور في الكويت اليوم الجريدة الرسمية، العدد 664، وبالقانون رقم 66 لسنة 2007 المنشور في الجريدة الرسمية الكويت اليوم، العدد 852

[24] -وعلى هذا الأساس فإن العقد المبرم عبر إحدى هذه الوسائل الالكترونية من حيث مضمونه، أي من حيث حقوق والتزامات المتعاقدين من العقود التبادلية، وذلك على الرغم من عدم الحضور المادي المعاصر للطرفين المتعاقدين بسبب بعدهما وانفصالهما عن بعضهما بعضا، إلا أن ما يمتاز به من التفاعلية ما بين طرفيه تجعله تفاعلا ما بين حاضرين في مجلس عقد واحد، ولكن هذا المجلس مجلس حكمي افتراضي. للمزيد أنظر منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني، 2009، ص 828

[25] - حلمي خضر ساري، تأثير الاتصال عبر الانترنت في العلاقات الاجتماعية (دراسة ميدانية في المجتمع القطري)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 24، العدد الأول، 2008، ص 295 -296

[26] -أمر رقم 75 -58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 -05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007الجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com