**انعقاد الکترونیکی قرارداد نکاح**

پوریا شیرخانی1، عطیه ابوصالحی2

1دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس فارابی، نویسنده مسؤول، pouria.shirkhani@ut.ac.ir

2دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم­شناسی دانشگاه فردوسی، atieh.abousalehi@gmail.com

**چکيده**

 شیوه انعقاد قرارداد نکاح مورد اختلاف نظر میان حقوقدانان و فقها بوده و هم­اکنون نیز هماهنگی میان اندیشه­های آنها وجود دارد. در حالی که برخی از حقوقدانان و فقها با تکیه به اصل رضایی بودن قراردادها، برای نحوه ایجاب و قبول موضوعیتی قائل نیستند، عده­ای دیگر با تکیه به ظاهر ادله و منطوق قانون، معتقدند که انعقاد قرارداد ازدواج، جز با الفاظ صریح امکان­پذیر نیست. امروزه یکی از بحث­های مهم در خصوص شیوه انعقاد قرارداد نکاح، استفاده از وسایل ارتباطی جدید نظیر شبکه اینترنت است. پیشتر، این پرسش مطرح بود که آیا امکان انعقاد ازدواج با استفاده از تلفن و فکس وجود دارد یا خیر؟ اکثر فقها به این پرسش، پاسخ منفی داده­اند. حال با گسترش وسائل الکترونیکی این سوال طرح می­شود که آیا امکان انعقاد قرارداد ازدواج با بهره­گیری از این ابزار امکان­پذیر است یا خیر؟ در این نوشتار، با مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق کشورهای اسلامی، به شیوه توصیفی و تحلیلی به این پرسش پاسخ داده خواهد شد.

**واژه‌هاي كليدي**

 قرارداد نکاح، الکترونیکی، ایجاب و قبول، ایجاب کتبی، اینترنت

*مقدمه*

*دو مفهوم شکل­گرایی[[1]](#footnote-1) و رضایی بودن[[2]](#footnote-2)، در پی پاسخ به پرسش نحوه شکل­گیری اعمال حقوقی است. این دو مفهوم، از طرفی به توضیح روش­های بیان اراده نیز می­پردازند. از لحاظ تاریخی در ابتدا، تأکید بسیاری بر شکل­گرایی اعمال حقوقی می­گردید. نگاه تاریخی در پی مطرح کردن جنبه­ای تکامل­گرایانه بر وجوه تشکیل قراردادها است و نتیجتا در نظر دارد که شکل­گرایی را را به عنوان پدیداری ضروری و اولیه و رضایی بودن را به عنوان نشان جوامع متکامل نشان دهد (Charpenier, 2002: 271).*

*به هر حال، با توجه به پیشینه تاریخی مزبور، حقوقدانان، غالبا هنگام تقسیم­بندی قراردادها، به اعتبار نحوه شکل­گیری و ایجاد قرارداد، آن­ها را قابل تقسیم به قراردادهای رضایی[[3]](#footnote-3)، قراردادهای شکلی یا تشریفاتی[[4]](#footnote-4) و قراردادهای عینی[[5]](#footnote-5) می­دانند* (سنهوری، 2007: 117)*.*

*در نظام­های حقوقی مختلف، نظیر آمریکا، انگلستان و فرانسه، دسته­بندی قراردادها به شکلی و غیرشکلی ارائه گردیده است و به طور کلی در حقوق کشورهای پیش­گفته، اصل بر رضایی بودن قراردادها است و صرف توافق و تلاقی اراده­ها باعث شکل­گیری قرارداد می­گردد و عقود تشریفاتی جنبه استثنایی دارند (Gregory, 2010: 30; Chitty, 2012: 78; Steiner, 2010: 310 ).*

*در حقوق ایران نیز با تأسی از حقوق فرانسه، حقوقدانان غالبا قراردادهای رضایی را در برابر قراردادهای عینی و تشریفاتی قرار داده­اند* (صفایی، 1389: 42/41؛ قاسمی­حامد، 1389: 59/57؛ کاتوزیان، 1391: 50/49؛ شهیدی، 1390: 87/84؛ افتخاری، 1382: 59/58)*. قرارداد رضایی، قراردادی است که صرف تراضی متعاقدین سبب تکوین آن می­گردد. ناگفته نماند که در رضایی بودن عمل حقوقی، طریق ویژه اثباتی مدخلیتی ندارد؛ لذا ممکن است قراردادی رضایی باشد ولی قانونگذار برای اثبات آن سند رسمی را لازم بداند. آثار تمایز میان مرحله ثبوت و اثبات آن است که اگر قرارداد فی­نفسه رضایی باشد، در صورت عدم تنظیم سند رسمی، از آنجا که قرارداد در عالم اعتبار موجودیت یافته، با اقرار متعهد نزد محکمه می­توان پی به وجود قرارداد برد، لیکن در صورتی که قرارداد به خودی خود تشریفاتی باشد و در مرحله تکوین آن تشریفات رعایت نشده باشد، اقرار متعهد در برابر دادگاه نیز حقی را برای طرف مقابل به وجود نمی­آورد، چه اینکه در عالم اعتبار، قرارداد وجود ندارد. در مقابل، قرارداد تشریفاتی، قراردادی است که باید طبق قالبی که قانونگذار مشخص نموده، تکوین یابد* (سنهوری، 2007: 127)*. اصل بر این است که قراردادها رضایی هستند و قرارداد شکل­گرا استثنا به شمار می­آید* (اوبر و کولار دوتیول، 1390: 23)*. در فقه امامیه نیز، اینکه اصل بر رضایی بودن یا تشریفاتی بودن عقود باشد، فراز و فرودهای بسیاری را بر انگیخته است. مشهور میان فقهای پیشین لزوم به کارگیری لفظ در انشاء عقد بود و نیز انشای عقد به لفظ ماضی و عدم جواز به کارگیری اشارات و کنایات در ایجاد قرارداد در نظر پیشینیان، مورد قبول بود؛ لیکن امروزه در فقه امامیه اصل بر رضایی بودن عقود است و تشریفاتی و یا عینی بودن قرارداد استثنا به شمار می­رود* (محقق داماد و دیگران، 1392: 222/221)*.*

*پرسش اصلی جستار حاضر آن است که آیا قرارداد نکاح قابلیت این را دارد که به صورت الکترونیکی تکوین یابد؟ پاسخ به پرسش مزبور بستگی به این نکته دارد که صحت عقد ازدواج با ایجاب و قبول کتبی مفروغ­عنه باشد. برای پاسخ به پرسش مطرح­شده، مقاله حاضر در دو گفتار تنظیم یافته است، در گفتار نخست، به بررسی امکان ایجاد قرارداد نکاح با نوشته در فقه و حقوق ایران می­پردازیم و در گفتار دوم امکان انعقاد عقد ازدواج را به صورت الکترونیکی مورد تجزیه و تحلیل قرار می­دهیم.*

*گفتار نخست: انعقاد قرارداد نکاح با نوشته در فقه و حقوق ایران*

***در فقه و حقوق ایران، امکان انعقاد قرارداد ازدواج با استفاده از مکتوبات، مورد اختلاف نظر است. نظر مشهور فقهی آن است که ایجاب و قبول کتبی در انشاء قرارداد نکاح بسنده نمی­نماید و الفاظ می­بایست به کار گرفته شود. با این حال برخی از فقیهان متأخر، این گفته را مورد نقد قرار داده و نظر به صحت ایجاب و قبول کتبی دارند. در حقوق موضوعه ایران نیز چنین اختلاف عقیده­ای وجود دارد؛ با این حال نظر مشهور حقوقدانان امکان انعقاد قرارداد نکاح با به کارگیری نوشته است.***

***در این گفتار ابتدا به بررسی فقهی موضوع می­پردازیم (بند نخست)، سپس مسأله را از دیدگاه حقوق موضوعه ایران بررسی می­نماییم (بند دوم).***

*بند نخست: انعقاد قراداد نکاح با نوشته در فقه اسلامی*

*در فقه امامیه، مانند تمامی عقود، عقد نکاح نیازمند ایجاب و قبول است. نظر مشهور فقهی نیز این است که بایست صیغه خوانده شده دلالت بر ایجاب و قبول بنماید و تنها در صورتی که متعاقدین یا یکی از آنها در بیان صیغه عاجز باشد، اشاره­ای که دال بر قصد باشد، از سوی شخص عاجز کفایت می­کند. از این رو، انعقاد قرارداد نکاح با کنایات یا کتابت در صورت توانایی بر تکلم، صحیح نیست* (حلّی، 1420: 428/427)*. برخی دیگر از فقها، ایجاب قرارداد نکاح را منحصر در سه لفظ «خود را به زوجیت تو درآوردم، به نکاح تو درآمدم و خویشتن را حلالت نمودم»، می­باشد و غیر از اینها لفظ دیگری صحیح نخواهد بود و انعقاد قرارداد شخصی را که از صحبت کردن عاجز است به اشاره می­دانند* (مکّی عاملی، 1410: 75)؛ *لذا به نظر می­رسد که انعقاد قرارداد ازدواج را تنها به لفظ و در صورت عجز شخص، به اشاره می­دانند. پس نوشته نمی­تواند جایگزین لفظ گردد.*

*در صورتی که زوج غائب باشد، برخی فقها معتقدند که اگر زن ایجاب قرارداد زواج را بگوید یا اینکه ولی زوجه از طرف او ایجاب نکاح را اعلام نماید و متعاقبا این ایجاب به زوج برسد و قبول نماید، قرارداد ازدواج منعقد نمی­شود* (حلّی، 1420: 429/428)*. با توجه به این نظر، قرارداد زواج با کتابت منعقد نمی­گردد ولو اینکه زوج غائب باشد و و در صورت غیبت، اگر زوج به هر طریقی از ایجاب آگاه گردد، حق قبول ندارد. علامه حلّی در کتاب در کتاب تذکره به گونه مبسوط­تری به حکم انعقاد قرارداد زواج با نوشته پرداخته است. علامه بیان می­کند: با وجود قدرت بر تکلم، در صورتی که متعاقدین حاضر باشند، اگر زن یا ولی او بنویسند که با تو ازدواج کردیم یا خود را به نکاح تو درآوردیم و در مقابل، زوج بنویسد که این زواج یا نکاح را قبول کردم، عقدی واقع نخواهد شد؛ چرا که ضرورتی بر نوشتن وجود ندارد. علامه خاطر نشان می­کند در صورتی که زوج غایب باشد و ولی زوجه یا خود او، ایجاب را بنویسد و نامه به زوج برسد و او تزویج را قبول نماید، باز هم نکاح منعقد نخواهد شد* (1388: 582)*. همو در کتاب قواعد، پس از ذکر ضروری بودن انعقاد قرارداد ازدواج با لفظ، نوشته شخص عاجز بر رضایت به نکاح را کافی برای جاری شدن عقد نمی­داند مگر اینکه قرائنی به آن پیوست شود که دلالت بر قصد نماید* (1413: 10)*.*

*برخی بیان نموده­اند که بر اساس نظر ما، نوشته در وقوع عقد ازدواج بسنده نمی­نماید؛ چه اینکه نوشته کنایه به شمار می­رود و نکاح با کنایه واقع نمی­گردد. هم­چنین، شخص عاجز نمی­تواند به صرف نوشتن ایجاب یا قبول عقد را انشا نماید. بنابراین در صورتی که ولی شخص یا زوج ایجاب یا قبول عقد ازدواج را بنویسند، ولو اینکه عجز از سخن گفتن داشته باشند، تا زمانی که قرائن و نشانه­هایی که دال بر قصد عقد نکاح وجود نداشته باشد، کافی نخواهد بود؛ چرا که نوشته بدون توجه به قصد نکاح صادر می­شود* (عاملی کرکی، 1414: 77)*.*

*برخی دیگر، به کار بردن لفظ را برای انعقاد نکاح ضروری می­دانند. ایشان بیان می­دارند که ایجاب و قبول عقد نکاح، هر دو باید لفظی باشد. در توجیه این حکم بر لازم بودن این قرارداد به عنوان صغرای قضیه و قاعده کلی عقود لازم در فقه امامیه که همانا به کار بردن ایجاب و قبول لفظی است، به عنوان کبرای قضیه استدلال می­نمایند* (عاملی شهید ثانی، 1410: 108)*. به تعبیر دیگر، از جمله قواعد مسلم است که شارع باید برای انشاء عقود لازم، الفاظ معینی را که دلالت صریح بر مقصود داشته باشد، بیان کند. در نقد این ادعا بیان شده است که مستندی جزء ظاهر اخبار برای آن وجود ندارد، و آنچه که در عقود مطلوب می­نماید این است که به هر چیزی که دلالت بر مقصود می­نماید، حاصل گردند* (بحرانی آل عصفور، 1405: 159/158)*.*

*برخی از فقها ادعای اجماع نموده­اند که نکاح تنها به ایجاب و قبول لفظی منعقد می­گردد* (موسوی عاملی، 1411: 20)*. برخی از ایشان، پا را فراتر از ادعای اجماع میان فقهای امامیه گذاشته، و اجماع را منسوب به فقهای عامه نیز نموده­اند* (بحرانی آل عصفور: 1405: 156)*، ظاهر نظر برخی از فقها نیز بر آن است که نطق به الفاظ سه­گانه (زوجتک)، (انکحتک) و (متعتک) برای بیان ایجاب قرارداد نکاح، امری مورد اتفاق علمای اسلام است* (طباطبائی حائری، 1418: 10)*.*

*علاوه بر ادعای اجماع میان مسلمین، مشوب بودن نکاح به اعمال عبادی و وجود برخی از روایات سبب گردیده که برخی* (فحص الحسینی، 1433: 147) *اظهار دارند که قرارداد نکاح تنها باید از رهگذار ایجاب و قبول لفظی منعقد گردد. از جمله روایات موجود در این باب می­توان به صحیحه برید العطی اشاره کرد که از حضرت محمد باقر(ع) در رابطه با آیه 21 سوره نساء « و أخذن منکم میثاقا غلیظا» پرسش مطرح می­نماید که منظور از آیه چیست؟ حضرت در پاسخ می­فرمایند منظور از میثاق غلیظ (پیمان استوار)، کلمه­ای است که نکاح به وسیله آن منعقد می­شود.*

*فاضل هندی، در پاسخ به این پرسش که آیا نکاح با کتابت منعقد می­گردد یا خیر، بیان می­نماید در صورتی که شخص قادر بر تکلم باشد، عقد نکاح مطلقا با کتابت منعقد نمی­گردد و اگر شخص عاجز از سخن گفتن نیز باشد، کتابت به تنهایی نمی­تواند سبب پیدایش نکاح شود، مگر اینکه قرینه و نشانه­ای دال بر مقصود وجود داشته باشد، چرا که کتابت بدون نشانه همانند کنایه است و از سویی احتمال منتفی بودن قصد نیز وجود دارد؛ لیکن اگر قرائنی وجود داشته باشد، نوشته از جمله قوی­ترین اشارات است* (1416: 48)*.*

*برخی از فقها در بیان اینکه چرا نوشته، اشاره و کنایه سبب وقوع ازدواج نمی­گردد، تعلیل گسترده­ای نموده­اند، به زعم ایشان، قاعده برگرفته از کتاب، سنت و اجماع همانا پاکدامنی است و دست­درازی به دامان­ها، جزء با سبب شرعی که دلالت قاطع بر جواز آن بنماید، ممنوع است. خواست و فرمان شارع بر آن است که در مورد دامان­ها، بسیار احتیاط ورزیده شود چرا که دائر مدار نسب و میراث هستند؛ لذا تنها محللی که قطعی باشد، مانع حرمت آنها را بر می­دارد. به این ترتیب جوازی برای تمسک به اصل اباحه و برائت در مورد آنها وجود ندارد و نیز امری که در سببیت آن شبهه وجود دارد، ولو به بهانه مشابهت با عبادات، در این مورد نمی­تواند مسبب­آفرین باشد و هم­چنین دست­آویزی به دلیل عقلی در اینجا ممنوع است. مجرد رضای باطنی نیز کفایت نمی­کند، گرچه در مورد اموال رضای درونی می­تواند کارساز باشد، چه اینکه اهمیت دامان­ها از اموال بیشتر است. بنابراین نوشته، اشاره و کنایه حظی نخواهند داشت؛ مگر آنجا که اشاره چون لفظ انگاشته شود، برای نمونه اشارات شخص اصم در حکم تلفظش است و اشخاص هم­چون او که توانایی تکلم ندارند. البته در مورد اشخاص اخیر، احوط آن است که به دیگری وکالت دهند که از جانب آنها، با لفظ صیغه نکاح را جاری نماید. معاطات هم نمی­تواند سبب­ساز ازدواج گردد؛ چرا که تنها کلام است که حلال می­گرداند یا حرام می­کند* (نجفی کاشف الغطاء، 1422: 1)*. در واقع این مسلک، به علت دو وجهی بودن نکاح به عبادات و معاملات، جانب احتیاط گرفتن در آن را پسندیده می­بیند و قدر متیقن در عقد ازدواج، وقوع آن به ایجاب و قبول لفظی است* (نجفی صاحب­جواهر، 1404: 134)*.*

*اشاره به استدلال برخی در رابطه با این­که چرا نکاح با الفاظ منعقد می­گردد، جالب است. ایشان می­فرمایند: لفظ ایجاب و قبول از سوی زوج و زوجه و هم­چنین وکیل یا ولی ایشان، الزامی است و عقد زواج به صرف مراضاة، کتابت، معاطات و اشاره، در صورت توانایی بر تلفظ، منعقد نمی­گردد و از این نظر، عقد نکاح با دیگر قراردادها تفاوت می­نماید. ممکن است پرسشی مطرح شود که چرا لفظ؟ مگر نه این است که لفظ کاشفی برای رضای درونی است و با وجود قائل شدن به رضای باطنی، وجود یا عدم وجود لفظ تفاوتی ندارد؟ در پاسخ می­گوییم، هدف از تلفظ در این قرارداد ملتزم شدن به زوجیت و آثار آن است به طوری که وجهی برای شانه خالی کردن از مسؤولیت­های ناشی از آن وجود نداشته باشد، مانند توقیع سند بیع از سوی متباعین و توقیع معاهده از سوی دولت­ها است که با این عمل، اشخاص مزبور ملتزم به عمل حقوقی می­گردند؛ از سویی اهمیت ازدواج از بیع و معاهدات بین­المللی بیشتر است، چرا که ازدواج پیمان استواری است میان طرفین و خداوند در این باره در آیه 20 سوره نساء می­فرماید: «و أخذ منکم میثاقا غلیظا؛ همانا از شما پیمان استواری گرفت». در واقع، همان­گونه که دولت­ها و متابیعین با توقیع کردن اسناد و معاهدات، عمل حقوقی خویش را رسمی می­کنند، زوج و زوجه نیز با تلفظ ایجاب و قبول خود را ملزم و پایبند می­نمایند* (مغنیة، 1421، 170/169)*.*

*برخی برای اعتبار الفاظ در عقد نکاح، علاوه بر اجماع میان فقها و روایات وارده، به ماهیت قرارداد ازدواج نیز اشاره داشته­اند؛ توضیح اینکه قرارداد نکاح دارای دو ماهیت است که یکی از آنها قرین یکدیگر شدن و دیگری جنبه مالی آن است. در واقع با قرارداد نکاح میان زن و مرد علقه همبستگی و تقارن به وجود می­آید، از طرف دیگر این قرارداد صورت مالی نیز به خود دارد و آن معاوضه میان مهر و بضع است. بنابراین آنچه که در بیان تعبدی بودن این عقد از بعضی جهات و توقیفی بودن الفاظ آن گفته شدهف همگی به ماهیت تقارن و ایجاد علقه و رابطه همبستگی بر می­گردد، از این لحاظ قرارداد نکاح رابطه­ای معنوی و علقه­ای ناموسی ایجاد می­کند و اگر این جنبه از قرارداد نکاح در آن وجود نمی­داشت و بر ماهیت مالی آن بسنده می­شد، می­توانستیم بگوئیم که مانند سائر عقود مالی، نکاح نیز به معاطات (و در بحث ما به کتابت) واقع میگردد* (بحرانی، 1429: 422)*.*

*برخی در عدم شرطیت لفظ در انعقاد نکاح اظهار داشته­اند: « اگر تمامی شرائط نکاح مورد توافق طرفین باشد، ولی لفظی میان آن دو رد و بدل نگردد؛ بلکه مبرز قصد انشاء مراسم زفاف باشد و پس از اتمام این مراسم، نکاح به صورت رسمی سجل گردد (نوشته شود) و متعاقبا زوجین این سجل را توقیع نمایند، اقوی آن است که این انشاء صریح، عرفا برای انعقاد قرارداد نکاح بسنده می­نماید. بنابراین انشاء لفظی در نکاح شرط نخواهد.»* (اراکی، بی­تا: 78/77)*.*

*برخی بیان نمو­ده­اند: مشهور میان فقها آن است که کتابت برای انعقاد قرارداد زواج کافی نیست، چرا که دلیلی برای آن وجود ندارد. اما به نظر می­رسد که اگر کتابت امری رایج میان مردم باشد، به گونه­ای که بدون اینکه برای خلق اعمال حقوقی خویش لفظ به کارگیرند، از نوشته بهره ببرند، اقوی آن است که انعقاد نکاح به کتابت نیز صحیح باشد. علاوه بر آن، نکاح در میان تمامی اقوام وجود دارد و هر قومی می­تواند شأن ویژه­ای از آن را تأیید کرده و به کار بندد* (سبحانی، بی­تا: 124)*. برخی نیز پس از ذکر اقول فقها مبنی بر عدم کفایت کنایه و کتابت در انعقاد نکاح بیان کرده­اند: در صورت روشن بودن کنایه، مانعی برای وقوع عقد از طریق آن وجود ندارد* (حکیم، 1404: 376)*. واضح است که اگر کنایه سبب­ساز نکاح باشد، نوشته به طریق اولی این قابلیت را خواهد داشت.*

*در فقه شافعی، اگر ایجاب نکاح برای شخص حاضر یا غائب نوشته شود، قراردادی منعقد نخواهد شد. در مقابل گفته شده اگر قابل، غائب باشد، نکاح به کتابت صحیح است. در نقد این نظر بیان گردیده که پذیرفتی نیست؛ چرا که در این صورت کنایه محسوب می­گردد و نکاح با کنایات منعقد نمی­گردد. حال اگر کتابت فی­الابتدا صورت نگیرد به این نحو که موجب ابتدا ایجاب را لفظا بیان نماید سپس بنویسد و این ایجاب به قابل برسد و مشارالیه (ها) نیز قبول نماید، بنا بر نظر صحیح­تر، نکاح منعقد نمی­گردد. اما اگر در دو مسأله پیش­گفته، قائل به امکان وقوع قرارداد باشیم، شرطش آن است که در مجلس واصل شدن خبر، قبول در حضور دو شاهدی که ایجاب در برابر آنها منعقد گردیده، روی دهد. حال اگر قائل به فوریت قبول باشیم، نکاح در مجلس واصل شدن ایجاب نیز رخ نخواهد داد* (النووی، بی­تا: 384/383)*. در فقه حنفی، کتابت شخص غائب برای وقوع نکاح کافی است زیرا به زعم آنها غائب برای خطاب، راهی جز کتابت ندارد و نوشته وی در حکم لفظش است* (کاسانی، 1409: 231). *در فقه حنبلی، شخص گنگ می­تواند با نوشته عقد زواج را منعقد کند، چه اینکه نوشته از اشاره اولی­تر است؛ لیکن شخصی که توانایی تکلم دارد، نمی­تواند از نوشته برای انعقاد نکاح استفاده کند* (البهوتی، 1414: 40).

*نکته­ای که در رابطه با فقه عامه باید اضافه نمود این است که برای انعقاد قرارداد نکاح، حضور گواهان الزامی است و بدون ایشان اثری بر ایجاب و قبول مترتب نیست. به عبارت دیگر در صورت فقدان گواهان، قرارداد زواج باطل خواهد بود. استثنائا فقه مالکی، گواهی بر برنکاح را الزامی ندانسته بلکه نهایتا حکم به استحباب آن داده­اند. در فقه امامیه نیز، شهادت بر انعقاد نکاح ضرورتی ندارد* (عبدالرحمن الجزیری، 1419: 47)*. به این ترتیب، از آنجا که علاوه بر ایجاب قبول حضور گواهان برای انعقاد قرارداد نکاح در فقه عامه به استثنای مذهب مالکی، لازم است، قرارداد ازدواج تشریفاتی به شمار می­آید؛ در مقابل در فقه امامیه، انعقاد عقد زواج، تنها به ایجاب و قبول متعاقدین است و رضایی می­باشد.*

*هم­سو، با نظراتی که در فقه اهل تسنن ارائه شده است، می­توان به قانون خانواده مغرب به عنوان نمونه­ای جالب اشاره نمود. ماده 11 قانون مزبور بیان می­کند: «ازدواج به ایجاب و قبول از سوی متعاقدین به الفاظی که عرفا و یا لغتا مفید معنای نکاح باشد، منعقد می­شود. ایجاب و قبول شخصی که توانایی تکلم ندارد، به وسیله کتابت است، اگر سواد داشته باشد و الا با اشاراتی است که برای طرف دیگر و دو گواه حاضر قابل فهم باشد»[[6]](#footnote-6) ماده 12 قانون پیش­گفته نیز بیان می­دارد: «ایجاب و قبول باید: 1- در صورت توانایی طرفین، شفاهی باشند، در غیر این صورت با نوشته یا اشاره قابل فهم خواهد بود؛ 2- با یکدیگر مطابق و در مجلس واحد باشند.»[[7]](#footnote-7)*

*نظری که انعقاد نکاح را با نوشته مجاز می­داند باید تأیید نمود. سائر نظریات همگی قابل نقد هستند. نخست اینکه اجماع در اینجا محملی ندارد، چه اینکه اجماع باید کاشف از رای معصوم باشد و چنین کاشفیتی وجود ندارد؛ وانگهی، وجود برخی از روایات، اجماع مزبور را مدرکی و فاقد ارزش می­گرداند. روایات وارده نیز توانایی این را ندارند که حکم موضوع را مشخص نمایند؛ چه اینکه ازدواج امری عرفی است و الزامات و شرائط ازدواج را عرف تعیین و شرع نیز بر آن مهر تأیید می­زند. مؤید این نظر می­تواند تغییر در اختیارات مرد در طلاق دادن زن باشد. این اختیار به طور گسترده برای مرد شناخته شده بود؛ لیکن تحولات حقوق زن به تدریج از آن کاسته است.*

*در زمان­های پیشین، عقود و قراردادها با لفظ منعقد می­گشتند و برای حفظ نتایج آنها یا عدم فراموشی یا ترس از انکار بعدی، نوشته می­شدند. به تدریج انشاء کتبی جایگزین انشاء لفظی گردید، به طوری که امروزه عقلا در امور مهم به انشاء لفظی اعتمادی ندارند بلکه متمسک به نوشته می­شوند و این خود بیانگر آن است که انشاء کتبی چیزی کم­تر از نوع لفظی آن ندارد بلکه بر آن مقدم است. پر واضح است که بنای عقلا در تمامی معاملات اصل بنیادین به شمار می­آید و از این منظر هر چیزی که عنوان عقد بر آن صادق باشد، تحت عمومات اصالة­اللزوم قرار می­گیرد حتی قراردادهای نوینی نظیر بیمه، بنابراین مانعی برای صحت تمامی عقودی که با انشاء کتبی واقع می­گردند وجود ندارد و نیز در باب مهمی هم­چون طلاق، جمعی نظرشان بر این است که با کتابت نیز واقع می­گردد و حتی در باب طلاق غائب نیز صراحتا بیان گردیده است که طلاق او با نوشته خواهد بود. از طرف دیگر اینکه گفته می­شود کتابت چون کنایه است نیز، حرفی گزاف است، زیرا کتابت نه تنها صراحت دارد بلکه از الفاظ نیز صریح­تر است* (مکارم شیرازی، 1425: 159/158)*.[[8]](#footnote-8)*

*استدلال دیگر مبنی بر آن بود که زوجین با تلفظ خود را پایبند می­کنند؛ ضعف این استدلال روشن است، چگونه ممکن است لفظ پایبندی به ارمغان آورد ولی نوشته شخص را ملزم نکند؟ برای نوشتن انسان والاترین مهارت زبانی را به کار می­بندد و این بدان معنا است که التفات بیشتری برای کتابت وجود دارد. وانگهی نوشته انکار احتمالی را خنثی می­کند، در حالی که لفظ حاوی هیچ­کدام از مزایای پیش­گفته نیست.*

*از جمله دیگر دلائل فقها مبنی بر عدم کفایت نوشته در انعقاد نکاح، عمل کردن به احتیاط است. این دلیل نیز پذیرفتی نیست، چرا که مجالی برای احتیاط پس از شمول ادله عقد بر عقود کتبی وجود ندارد. اگر بیع و مانند آن نوشته شود، عرفا عنوان عقد بر آنها صادق خواهد بود. معاهدات بین­المللی نوشته شده نیز عقد محسوب می­شوند* (الحسیني الشیرازي، 1409: 317)*.*

*نکته جالب اینکه، با وجود عدم لزوم اتحاد مجلس در قرارداد نکاح در فقه امامیه* (حکیم، 1404: 379)، *کم­تر فقیهی در رابطه با حکم نکاح میان غائبان اظهار نظر نموده است. حال پرسش این است که آیا اساسا نکاح میان غائبان قابل تصور نیست؟ یا در صورت نیاز به وقوع نکاح میان ایشان، با توجه به ضروری بودن لفظ، باید ابتدا از طریق نوشته به یک نفر وکالت و سپس او مبادرت به انشاء عقد از جانب غائب (ان) بنماید؟ پاسخ به پرسش نخست قطعا منفی است. پرسش دوم، در نگاه اول، راهکار جالبی را ارائه می­دهد لیکن پذیرفتنش دشوار می­نماید، چه اینکه اگر نکاح قراردادی تشریفاتی به شمار رود، بالملازمه در مورد نیابتی که برای انشاء آن داده می­شود نیز باید آن تشریفات رعایت شود. بنابراین برای پر کردن این خلأ باید هم­سو با کسانی شویم که نکاح به کتابت را صحیح می­دانند.*

*مطلب دیگر اینکه، نکاح ممکن است به طور فضولی واقع شود، یعنی عاقد اصیل، وکیل یا ولی معقودعلیه نباشد، در این صورت اجازه عقد فضولی، به هر چیزی که دلالت بر رضا نماید، می­تواند صورت گیرد* (الخوئی، 1404: 319/317)*. حال اگر در در عقد فضولی قائل به نظریه نقل باشیم، تأییدی بر این نظر خواهد بود که وسیله بیان اراده موضوعیت نخواهد داشت.*

*هم­سو با نظری که انعقاد نکاح با نوشته را جائز می­داند، برخی از فقها معتقدند بعید نیست که کتابت در مقام انشاء حتی برای شخصی که توانایی تکلم دارد، بسنده نماید. عمده دلیل مخالفان، عدم صراحت کتابت است، اما انصافا اینگونه نیست. نوشته در زمان­های نخستین برای انعقاد قراردادهای خرید و فروش، نکاح و سایر قراردادها متداول نبود و اگر نوشته­ای وجود می­داشت، به منظور وجود سندی برای حصول قبض و اقباض دین و مثل آن بود و برای انشاء خود قرارداد از نوشته بهره برده نمی­شد. اما در زمان ما قضیه برعکس است یعنی نوشته مبرز بنیادین قصد انشاء است. در مسائل مهمی نظیر معاهدات، قراردادهای شرکت­ها، تنها هنگامی که قرارداد توقیع و نوشته شده باشد، امضاء می­گردد. از این رو می­توان گفت اگرچه در زمان­های قدیم اصل این بود که الفاظ برای انعقاد قراردادها باید به کار گرفته می­شد؛ لیکن در عصر کنونی این اصل منقلب گشته، به طوری که امروزه اصل این است که قرارداد باید با کتابت منعقد گردد. در روزگار کنونی، صرفا در انشاء قراردادهای ساده از الفاظ استفاده می­گردد. حال، با توجه به اینکه بنای عقلا سبب تغییر موضوع حکم در این حوزه گشته است، چگونه می­توان حکم به بطلان نکاحی داد که تنها، با نوشته منعقد گردیده است؟* (مکارم شیرازی، 1428: 832).

***بند دوم: انعقاد کتبی قرارداد ازدواج در حقوق ایران***

*حقوقدانان نیز در مورد این موضوع اتفاق نظر ندارند. ابتدائا باید به این نکته اشاره نمود که گرچه نظر مشهور میان حقوقدانان، رضایی بودن قرارداد زواج است (کاتوزیان، 1389: 64؛ قاسم­زاده و دیگران، 1390: 375)، لیکن برخی (قاسمی­حامد، 1389: 58/57) نکاح را عقدی تشریفاتی می­دانند و به ظاهر ماده 1062 قانون مدنی برای مدعای خویش استدلال می­نمایند. در ثانی، فارغ از تشریفاتی یا رضایی بودن قرارداد نکاح، پاره­ای از حقوقدانان انعقاد قرارداد نکاح به نوشته را جانز و بعضی دیگر، غیر صحیح می­دانند و برخی نیز قائل به تفصیل شده­اند. استدلال مخالفین بر پایه پیروی از نظر مشهور فقهی یعنی لزوم به کارگیری لفظ در انعقاد نکاح استوار است (لطفی، 1388: 71). قائلین به تفصیل، انعقاد نکاح را برای شخصی که توانایی تکلم و استفاده از الفاظ دارد، تنها با به کارگیری لفظ و برای اشخاص لال، با استفاده از نوشته صحیح می­دانند (قزوینی، 1390: 161/160؛ محقق داماد، بی­تا: 181). برخی دیگر اظهار داشته که ظاهر ماده 1062 قانون مدنی دلالت بر لزوم انعقاد نکاح به لفظ در موارد عادی می­کند و مکتوب بودن، تلکس، فکس و مانند این­ها را شامل نمی­شود. با وجود این به نظر می­رسد که در موارد ضروری مانند کری، بیان اراده به وسیله نوشته کفایت می­کند (جعفرزاده، 1390: 158). برخی، ذیل ماده 1066 قانون مدنی بیان نموده­اند که نوشته از جمله قوی­ترین قرائنی است که بر قصد شخص لال دلالت می­کند، در حالی که در توضیح ماده 1062 قانون مدنی مطلبی راجع به انعقاد کتبی نکاح بیان نکرده­اند (قاسم­زاده و دیگران، 1390: 377/375).*

*با این حال، موافقین انعقاد قرارداد نکاح با نوشته استدلال­های گوناگونی را برای تقویت نظر خویش بیان نموده­اند. به زعم یکی از ایشان، کتابت، با توجه به ارزش اثباتی بهتری که نسبت به لفظ دارد و با توجه به استثنایی بودن الزام ماده 1062 قانون مدنی، وسیله­ای کامل­تر از لفظ جهت انعقاد قرارداد زواج است (جلالی، 1389: 39/38). برخی دیگر با ذکر این نکته که نکاح میان غائبان امکان­پذیر است، ایجاب و قبول آنها را به وسیله تلفن یا سائر وسائل ارتباطی می­دانند (یوسف­زاده، 1390: 58/57؛ محقق داماد، بی­تا: 179).*

*در نهایت گروهی از حقوقدانان (کاتوزیان، 1389: 65/64؛ صفایی و امامی، 1389: 49؛ امامی، بی­تا: 354؛ حیاتی، 1393: 69/67) به طور مطلق بر این نظر هستند که انعقاد نکاح به وسیله نوشته امکان­پذیر است. به زعم این دسته از حقوقدانان اینکه قانونگذار صراحت را برای ایجاب و قبول شرط دانسته است به معنای تشریفاتی بودن عقد نکاح و اینکه این قرارداد تنها با الفاظ منعقد می­گردد نیست زیرا الفاظ وسیله­ای برای بیان اراده هستند و نقش مستقلی در به وجود آوردن عقد ندارند، بنابراین دو طرف می­توانند با به کارگیری نوشته قرارداد زواج را منعقد نمایند. وانگهی با توجه به عدم لزوم اتحاد مجلس، زن و شوهری که از یکدیگر دور هستند می­توانند از طریق تلفن اراده خود را اعلام و نکاح را واقع سازند؛ در این صورت عقد ایشان صحیح خواهد بود (کاتوزیان، 1389: 65/64). برخی دیگر معقد هستند که نوشته، از آنجا که می­تواند تمامی مفاهیمی را که الفاظ بروز می­دهند، اعاده نماید، قدرت این را دارد که جایگزین لفظ گردد (امامی، بی­تا: 354). به نظر برخی، با توجه به اینکه حقوق جدید تشریفات را برای عقد لازم نمی­داند، شاید بتوان نوشته را برای انشاء قرارداد نکاح به کار برد. امروزه، با توجه به فزونی شمار باسوادان و اهمیت روز افزون نوشته در روابط اجتماعی مردم، به تبع قانونگذار نیز برای اسناد احترام و ارزش بیشتری قائل است، لذا اگر بگونیم که در نکاح نوشته نمی­تواند به جای الفاظ به کار رود سخنی بر خلاف روح قوانین و مقررات جدید زده­ایم (صفایی و امامی، 1389: 49).*

*به زعم برخی ماده 1062 قانون مدنی در مقام تعیین وسیله ابراز اراده در عقد نکاح نیست و از این حیث قاعده عام مندرج در ماده 191 قانون مزبور در رابطه با نکاح نیز جریان دارد. با توجه به ماده 191 وسیله ابراز قصد طریقیت دارد و این اراده باطنی است که عقد را به وجود می­آورد. لذا ماده 1062 مرقوم مفهم این معنی است که اگر قرارداد زواج با لفظ منعقد گردد، الفاظ به کار برده شده در صورتی می­تواند عقد را محقق سازد که صراحتا دلالت بر قصد ازدواج نماید (حیاتی، 1393: 67). هم­چنین مفهوم مخالف ماده 1066 قانون مدنی تاب معارضه با منطق صریح ماده 191 را ندارد؛ بنابراین حتی اگر متعاقدین هر دو قادر بر تکلم باشند نیز، می­توان قرارداد نکاح را با اشاره، نوشته و به طور کلی هر آنچه که دلالت بر وجود قصد انشاء بنماید، جاری ساخت. «اصل حریت»، «اصل حامیت اراده»، «قاعده رضایی بودن عقد» و «قاعده تبعیت عقد از قصد» نیز مؤید نظر پیش­گفته است (حیاتی، 1393: 68).*

*به نظر می­رسد که امکان انعقاد قرارداد ازدواج نه تنها از طریق الفاظ در حقوق ایران میسر است، بلکه با به کارگیری نوشته نیز قرارداد مزبور منعقد می­گردد. الفاظ تنها جبنه کاشفیت از قصد طرفین دارند و حامل هیچ ویژگی دیگری نیستند، بنابراین اگر وسیله­ای بتواند قصد طرفین را نمایانگر شود، می­تواند جایگزین الفاظ گردد. نوشته قطعا دارای این قابلیت خواهد بود. نوشتن از جمله مهارت­های زبانی و با ارزشمندترین آنها به شمار می­آید. در واقع، هنگامی که انسان در حال نوشتن است، بیشترین تمرکز را بر عبارات و جملات خویش دارد و این خود حاکی از آن است که محصول نوشتن او یعنی «نوشته»، مورد قصد او واقع شده است و به تعبیر حقوقی کاشف از قصد و اراده او می­باشد. قرارداد ازدواج دارای خصوصیتی نیست که تنها از رهگذار الفاظ انعقاد یابد، این تاسیس حقوق دارای ماهیت قراردادی است و مطلق قرارداد، قابلیت ایجاد به واسطه ایجاب و قبول کتبی را داشته باشد، موضوع تناکح و ازدواج قدرت تقیید زدن بر این اطلاق را نخواهد داشت.*

*وانگهی، نظری که قرارداد نکاح را تشریفاتی می­داند، ضعفش آشکار و روشن است، زیرا اگرچه قانونگذار اهمیت را بر اراده باطنی نهاده است، لیکن این اراده نیاز به مبرز خارجی دارد. در بیان این مبرز، عقلا و منطقا باید وسیله غالب را، مخصوصا در تدوین قانون، به کار گیرد. این است که سخن از الفاظ زده است. در ماده 340 قانون مزبور، بیان شده است: «در ایجاب و قبول، الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد» لازمه نظر پیش­گفته، تشریفاتی دانستن عقد بیع است، زیرا گرچه در این ماده واژه «عبارات» به کار رفته است، ولی قواعد تفسیری ایجاب می­کند جنس «عبارات» از جنس «الفاظ» باشد. در صورتی که هیچ حقوقدانی قائل به تشریفاتی بودن بیع نیست.[[9]](#footnote-9)*

*گفتار دوم: انعقاد الکترونیکی قرارداد نکاح*

 ***امروزه انعقاد قراردادها با استفاده از وسائل الکترونیکی، بسیار معمول و متداول شده است و بحثی در صحت قراردادهای الکترونیکی وجود ندارد. با این وجود، ممکن است در امکان انعقاد پاره­ای از مصادیق قراردادها به گونه الکترونیکی ابهاماتی وجود داشته باشد. از جمله قراردادهای مزبور، می­توان به قرارداد نکاح اشاره کرد. پاسخ به این پرسش که آیا قرارداد نکاح در قالب وسائل الکترونیکی امکان انعقاد دارد یا خیر، موضوع گفتار پیش رو است. در بند نخست گفتار به مفهوم قرارداد الکترونیکی ازدواج می­پردازیم و در بند دوم، به بررسی امکان انعقاد الکترونیکی قرارداد مزبور خواهیم پرداخت.***

*بند نخست: مفهوم قرارداد الکترونیکی ازدواج*

 *تحقق قرارداد نکاح به گونه­ای الکترونیک می­تواند از طریق شبکه اینترنت یا دیگر وسایل ارتباطی از راه دور صورت گیرد.استفاده از اینترنت در انعقاد قراردادها اهمیت بیشتری از سائر وسایل ارتباطی دارد و به نظر می­رسد اگر قائل به این باشیم که نکاح و زواج نیز، ممکن است با استفاده از وسائل ارتباط از راه دور محقق گردند، ناگزیر سهم شبکه اینترنت بیش از همه وسائل خواهد بود.*

 *اینترنت شبکه­ای از رایانه­های محتلف است که برای کاربران رایانه­ها، این امکان را فراهم می­آورد که با یکدیگر ارتباط داشته باشند، فارغ از اینکه رایانه­ها و کاربران در چه مکانی باشند (E. Gillies, 2008: 23). اینترنت وسیله ارتباط از دوری است که توانسته پس از وسایل ارتباطی نظیر فاکس، تلگراف، تلکس و ...، عنوان متکامل و پیشرفته­ترین ابزار ارتباطی را از آن خود کند* (حامدي، 2015: 5/1)*. به طور کلی انعقاد الکترونیکی قراردادها، تابع قواعد عمومی است ولی از لحاظ فنی و روش­های انعقاد، دارای خصوصیات و ویژگی­هایی است که باید مورد بررسی قرار گیرد. در واقع شرایط صحت قراردادهای الکترونیک تفاوتی با دیگر عقود ندارد، بلکه تنها تفاوت میان آنها محیط تشکیل قرارداد می­باشد* (مقامی­نیا، 1391: 86)*. انعقاد قرارداد نکاح با استفاده از اینترنت نیز از این قاعده مستثنی نبوده و نیازمند بررسی ویژگی­های فنی و روش­های مختلف انعقاد است.*

*به عبارت دیگر، شرائط صحت قراردادها تنها به این علت که به واسطه استفاده از وسائل اینترنتی منعقد شده­اند، تغییر نخواهد کرد. قراردادهای ساده که نیازمند تشریفات خاصی نیستند، هر روزه منعقد می­شوند. قراردادهایی که به گونه شفاهی می­توانند منعقد گردند، علی­القاعده با استفاده از ایمیل و دیگر وسایل ارتباطی الکترونیکی امکان انعقاد دارند (Davidson, 2009: 30).*

*پرسشی که مطرح می­گردد این است که قرارداد الکترونیکی چیست؟ حقوقدانان و اسناد قانونی تعاریف گوناگونی را از قرارداد الکترونیکی ارائه داده­اند. در قانون نمونه آنسیترال راجع به تجارت الکترونیک، تعریفی از قرارداد الکترونیکی ارانه داده نشده است، لیکن در ماده دوم، داده­پیام و تبادل الکترونیکی داده را تعریف نموده است. از این منظر، «داده­پیام عبارت است از اطلاعاتی که به وسائل نوری یا الکترونیکی یا سائر وسایل مشابه از قبیل تبادل الکترونیکی داده­ها، پیام الکترونیک، تلگرام، تلکس یا تله­کپی، تولید، ارسال، دریافت یا ذخیره می­شود.» و «تبادل الکترونیکی داده عبارت است از انتقال الکترونیکی از رایانه­ای به رایانه دیگر با استفاده از معیار مورد توافق برای شناسایی اطلاعات.» (UNCITRAL, 1996: 4). قانون ایالت متحده آمریکا در تعریف قرارداد الکترونیکی بیان می­دارد: «عقدی است که ایجاد، تکوین، ارسال، دریافت و ذخیره­سازی آن با هرگونه وسیله الکترونیکی صورت گرفته باشد.»* (حامدي، 2015: 26)*. «توافقی که ایجاب و قبول طرفین به واسطه شبکه بین­المللی باز از راه دور با استفاده از ابزار سمعی یا بصری رد و بدل گردد.» تعربف دیگری است که از قرارداد الکترونیکی ارائه شده است* (مجاهد اسامه، 2000: 39)*. علی­القاعده استفاده از وسائل ارتباط از راه دور، در صدق عنوان قرارداد الکترونیکی ضروری است، اما پرسشی که مطرح می­شود این است که آیا باید قرارداد تماما به گونه الکترونیکی منعقد گردد یا در صورتی که بخشی از آن نیز با به کارگیری وسائل الکترونیکی ارتباطی انجام گیرد، باز هم قرارداد مزبور الکترونیکی خواهد بود یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش برخی از حقوقدانان* (بیومي حجازي، 2002: 49)*، بر این عقیده هستند که تمامی امور قرارداد باید از رهگذار وسائل الکترونیکی محقق گردد تا بتوان بر آن عنوان قرارداد الکترونیکی را بار نمود. این در حالی است که نظر برخی* (العجلوني، 2002: 132) *بر آن است که اگر جزئی از امور مربوط به قرارداد نیز الکترونیکی باشد، قرارداد مورد بحث، داخل در عنوان قرارداد الکترونیکی خواهد بود. به نظر می­رسد برای اینکه قرارداد متصف به صفت الکترونیکی گردد، لازم است که بخش معتنابهی از مراحل تشکیل آن، از رهگذار وسائل ارتباطی الکترونیکی صورت گیرد، به طوری که عرفا بتوان صفت الکترونیکی را بر آن بار نمود. برای نمونه اگر مقاولات پیش­قراردادی، توافقات مربوط به نحوه تسلیم مورد معامله و ایجاب قرارداد به طور عینی واقع شده باشد و متعامل صرفا قبول را از طریق یک پیام الکترونیکی به اطلاع معامل برساند، قرارداد مزبور الکترونیکی محسوب نمی­گردد. بر عکس اگر ایجاب و قبول و پرداخت قیمت مورد معامله از رهگذار اینترنت انجام گردد، با قراردادی الکترونیکی روبرو خواهیم بود.*

*پس از روشن شدن مفهوم قرارداد الکترونیکی، لازم است که تعریفی از قرارداد الکترونیکی نکاح ارائه دهیم. «قرارداد الکترونیکی نکاح عبارت است از ایجاب و قبول زن و مرد مبنی بر ایجاد روابط زناشویی که با استفاده از وسائل ارتباطی الکترونیکی صورت گرفته باشد.» نکته حائز اهمیت در تعریف مزبور این است که صرفا ایجاب و قبول زن و مرد باید از رهگذار وسائل ارتباطی الکترونیکی واقع شود تا عنوان قرارداد الکترونیکی نکاح صادق باشد نه توافقات جانبی زن و مرد راجع به مهر و شروط ضمن عقد، زیرا نکاح همانند سائر قرارداد­ها بر مدار ایجاب و قبول دائر است. نکته دیگر اینکه، انواع نمونه­های ارتباط الکترونیکی از قبیل ارتباطات صوتی، ارتباطات تصویری، ارتباطات نامه­نگاری بی­وقفه و برخط (چت)، و ...، می­توانند حامل ایجاب و قبول قرارداد زواج باشند و از این منظر محدودیتی در نوع ارتباط وجود ندارد.*

*در واقع، انعقاد قراردادها به گونه الکترونیکی به سه صورت می­تواند، شکل گیرد: نخست اینکه طرفین به طور آنلاین یا به صورت مکالمه­ای یا تصویری یا به گونه نامه­نگاری آنی و برخط (چت) با یکدیگر ارتباط داشته باشند؛ دوم، معامل به پایگاه اینترنتی فروشنده مراجعه کند و با پر کردن فرم انعقاد قرارداد، سبب تحقق قرارداد شود، و سوم، با استفاده از نامه الکترونیکی (ایمیل)، ایجاب و قبول قرارداد رد و بدل گردد و بدین صورت عقد محقق گردد* (ربابعة، بی­تا: 261/260)*. به نظر می­رسد که موارد ذکرشده، صور متداول انعقاد قرارداد الکترونیکی می­باشد، زیرا به صراحت ماده دو قانون نمونه آنسیترال و به تبع قانون تجارت الکترونیکی ایران، شیوه انعقاد قرارداد به گونه الکترونیکی محدود نشده است. مینی­تل، تلکس، فکس، تلفن­های تصویری از جمله ابزاری هستند که به وسیله آنها، امکان تحقق قرارداد وجود دارد* (نذیر، 2006: 9)*.*

***بند دوم: بررسی امکان انعقاد قرارداد ازدواج به شیوه الکترونیکی***

*برخی معتقدند امکان انعقاد قرارداد نکاح با استفاده از نامه­نگاری آنی و برخط (چت) وجود ندارد زیرا اگر نگوئیم امکان انعقاد عقد به این طریق غیر ممکن است، لااقل به دلائل ذیل بسیار دشوار است: نخست اینکه، در نامه­نگاری آنی و برخط امکان درنگ در رابطه با ایجاب و قبول وجود ندارد؛ دوم، نامه­نگاری آنی و برخط، نوعی ارتباط مکاتبه­ای است و صحت قرارداد مستلزم حضور ولی دختر، گواهان و خود دختر در کنار دستگاه رایانه­ای است که ارتباط طرفینی به وسیله آن انجام می­گیرد. در نهایت، از آنجا که در این نوع ارتباط، طرفین از نام­های مستعار (نام کاربری) استفاده می­کنند، اثبات شخصیت ایشان آسان نیست* (محمد بني سلامة، 2014: 528/527)*.*

*استدلال­های پیش­گفته همگی قابل نقد به نظر می­رسند و در حقوق ایران و فقه امامیه پذیرفتی نیستند. استدلال نخست مبنی بر عدم امکان درنگ در رابطه با ایجاب و قبول مبهم و مجمل است. مفروض این است که طرفین با یکدیگر آشنایی دارند و راجع به مسائل و موضوعات مربوط به ازدواج، از پیش به توافق رسیده­اند و اکنون قصد دارند که ایجاب و قبول را از طریق نامه­نگاری آنی و برخط واقع سازند، لذا نیازی به تراخی و درنگ برای ایجاب قبول نیست. از آنجا که در حقوق ایران و فقه امامیه حضور گواهان برای انعقاد عقد ضروری نیست، بنیان استدلال دوم نیز نقش بر آب است، به دیگر سخن سالبه به انتفای موضوع می­باشد. استدلال سوم نیز، عین مدعا است، چه اینکه معلوم و مشخص بودن موضوع قرارداد لازمه و شرط صحت آن است. ماده 1067 قانون مدنی بیان می­کند: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است.» با توجه به ماده مرقوم در صحت عقد نکاح شرط است که زن و مرد تعیین شوند، به گونه­ای هر یک مطمئن گردند، طرف مقابل همان شخصی است که نیت ازدواج با او را دارد. از این رو به نظر می­رسد امکان انعقاد قرارداد زواج از طریق نامه­نگاری برخط یا ارتباط­های مشابه نظیر پیامک در حقوق ایران وجود دارد، مشروط بر اینکه شخص ارسال­کننده پیام، همان شخصی باشد که قصد برقراری رابطه زوجیت را دارد.*

*مشکل تعیین و شناسایی زن و مرد در قرارداد نکاح خاص ارتباطات الکترونیکی نمی­باشد و از قدیم­الایام معرکه­الآراء بوده و هست. به طوری که فقهای کنونی و پیشین هر یک به گونه­ای مبسوط در این باره سخن گفته­ و قلم زده­اند* (خمیني، بی­تا: 249؛ المحقق الحلّي، 1408: 219). *هنگامی که عقد در فضای فیزیکی منعقد می­گردد، تعیین شخص مورد نظر با مشکلی مواجه نیست زیرا زن و مرد می­توانند همدیگر را دیده و شناسایی نمایند. هنگامی که عقد از طریق فضای مجازی به نحوی از انحاء منعقد می­گردد باید ابزاری را به کار گرفت که مناسب با فضای پیش­گفته است. به نظر ما، با امکانی که ماده 10 قانون تجارت الکترونیکی بر قرار کرده است، مشکل تعیین زن و مرد برای عقد ازدواج مرتفع خواهد شد و آن چیزی جز استفاده از «امضای الکترونیک مطمئن» نخواهد بود.[[10]](#footnote-10)*

*بند ک ماده دو قانون مزبور در تعریف امضای الکترونیکی مطمئن بیان می­کند: «هر امضای الکترونیکی است که مطابق با ماده 10 این قانون باشد.» بند ی ماده دو «امضای الکترونیکی» را تعریف می­کند: «امضای الکترونیکی عبارت از نوع علامت منضم­شده یا به نحو منطقی متصل شده به «داده­پیام» است که برای شناسایی امضاکننده «داده­پیام» مورد استفاده قرار می­گیرد.» متعاقبا ماده 10 قانون پیش­گفته در بیان شرائط امضای الکترونیکی مطمئن اشعار می­دارد: «امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرائط زیر باشد: الف- نسبت به امضاکننده منحصر به فرد باشد. ب- هویت امضاکننده «داده­پیام» را معلوم نماید. ج- به وسیله امضاکننده یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد. د- به نحوی به یک «داده­پیام» متصل شود که هر تغییری در «داده­پیام» قابل تشخیص و کشف باشد.» به این ترتیب در صورت به کار بردن امضای الکترونیکی مطمئن، هویت شخص، مشخص خواهد شد و غرض ماده 1067 قانون مدنی تامین خواهد شد. در واقع به موجب ماده 14 قانون تجارت الکترونیکی: «کلیه‌ی (داده پیام)هایی که به طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده‌اند از حیث محتویات و امضای مندرج در آن، تعهدات طرفین یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم‌مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند، اجرای مفاد آن و سایر آثار در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضایی و حقوقی است.»*

*حال اگر از امضای الکترونیکی مطمئن استفاده نشود، مخاطب به هر طریقی که به هویت طرف دیگر پی ببرد، می­تواند ایجاب یا قبول را حسب مورد انشاء نماید. در صورتی که خلاف موضوع کشف گردد، بطلان عقد ضمانت­اجرای منطقی مسأله خواهد بود.*

*علاوه بر نامه­نگاری آنی و برخط (چت)، امکان ارتباط صوتی و تصویری (ویس چت و ویدئو چت) نیز با استفاده از اینترنت مهیا است. در این نوع ارتباط طرفین صدای همدیگر را بدون وقفه زمانی می­شنوند* (الهیتي، 2000: 33) *و اگر ارتباط از نوع تصویری باشد، چهره یکدیگر را نیز می­بینند. حال اگر، ایجاب قرارداد با استفاده از این نوع ارتباطی صادر گردد، مجلس عقد تا زمان صدور قبول از سوی طرف دیگر، استمرار خواهد یافت و اگر قابل، قبولی خویش را اعلام نماید، قرارداد محقق خواهد شد. موجب و قابل سخن یکدیگر را می­شنوند و با وجود عدم اتحاد مکانی میان ایشان، قرارداد منعقد خواهد شد* (ربابعة، بی­تا: 261)*. بدیهی است، اگر موضوع قرارداد، ازدواج باشد، با توجه به اینکه در ارتباط صوتی و به ویژه تصویری زن و مرد همدیگر به طور نسبتا کاملی شناسایی می­نمایند و توالی میان ایجاب و قبول نیز به صورت عرفی موجود می­باشد و با در نظر گرفتن عدم ضرورت و لزوم اتحاد مجلس، اشکالی در صحت قرارداد وجود نخواهد داشت.*

*از دیگر روش­های انعقاد قرارداد الکترونیکی، رجوع معامل به وب­سایت خاصی است و پس از انتخاب محصول مورد نظر خویش، پر کردن فرم مربوط به شرائط و رهنمون­ها و پرداخت بهای کالا، قرارداد میان طرفین منعقد خواهد شد (*نیاسری، 1385: 57/56*؛ Fränngård, 2007: 10). پرسش که مطرح می­گردد این است که ماهیت مندرجات وب­سایت­ها چیست؟ آیا ایجاب عام است یا دعوت به معامله؟ (نیاسری، 1385: 57). در پاسخ می­توان گفت که مندرجات وب­سایت می­تواند گاه ایجاب باشد و گاه دعوت به معامله (Savirimuthu, 2005: 112) و دادرس با به کار بستن ضابطه نوعی وظیفه روشن ساختن ماهیت آن را بر عهده دارد* (نیاسری، 1385: 57)*.*

*واقعیت آن است که روش اخیر برای انعقاد قراردادهای خرید و فروش بیشتر به کار گرفته می­شود. در عرصه حقوق خانواده و ایجاد قرارداد ازدواج چنین پایگاه­هایی با چنین ساز و کاری پذیرفتی نیست. از سویی، ایجاب عام در قرارداد ازدواج قابل تصور نیست و از سوی دیگر آنچه که به عنوان وب­سایت همسریابی در سال­های اخیر مشاهده می­شود، صرفا برای آشنا نمودن زن و مرد می­باشد. حال چنانچه با تحلیلی که در این جستار ارائه نمودیم، ازدواج به صورت الکترونیکی از رهگذر این پایگاه­ها صورت گیرد، یا به صورت نامه­نگاری آنی و برخط است و یا با استفاده از ایمیل می­باشد که به توضیح آن خواهیم پرداخت.*

*استفاده از پست الکترونیکی (ایمیل)، برای انعقاد قراردادهای الکترونیکی جزء روش­های متداول به شمار می­آید. در این روش، شبکه اینترنت در واقع نقش نامه­رسان را بر عهده دارد. کاربر به وسیله اینترنت نامه­ای را که مفاد آن بیانگر قصد و اراده او است برای مخاطب می­فرستد. به دیگر سخن، ساز و کار پست الکترونیکی مانند پست معمولی است، زیرا هر دو به دنبال رساندن نامه­ها و مکاتبات فرستنده به گیرنده هستند، با این تفاوت که پست الکترونیکی در دنیای مجازی این مهم را با سرعت و دقت مثال­زدنی انجام می­دهد لیکن پست معمولی از روش­های فیزیکی بهره می­برد* (همانجا، 56/55).

*در رابطه با عقد نکاح، برخی معتقدند که امکان انعقاد از طریق پست الکترونیکی وجود دارد، زیرا که پست الکترونیکی مراد و هدف کتابت (نامه­نگاری سنتی)را تامین می­کند (*محمد بني سلامة، 2014: 528*). به نظر می­رسد که در حقوق ایران و فقه امامیه نیز امکان انعقاد نکاح از طریق پست الکترونیکی وجود داشته باشد، زیرا هم­چنانکه بیان کردیم پست الکترونیک ماهیتی جدای از پست سنتی ندارد، تنها فضای مبادله مرسولات با یکدیگر متفاوت هستند. از سوی دیگر، امکان انعقاد قرارداد نکاح با نوشته در حقوق ایران و فقه امامیه منتفی نیست و دلائل متعددی بر این نظر صحه می­گذارد که پیشتر بیان گردید. مهم در تحقق عقد، تکوین تراضی است و در این میان شکل اهمیتی ندارد و اصل بر رضایی بودن قراردادها است. وانگهی قراردادها الکترونیکی، در راستای مفاهیم قراردادهای سنتی می­باشند، برای نمونه هر دو نیازمند به ایجاب و قبول هستند. تنها شیوه اثبات و بیان این مفاهیم با یکدیگر تفاودت نموده است (Dodd and Hernandez, 1998: 9).*

*علاوه بر این­ها باید به بنای عقلاء در تایید این نظر استناد جست. توضیح اینکه، مرسوم پیشنیان انشاء قراردادها با استفاده از الفاظ بوده است، اما به تدریج با توسعه نوشتن و رشد سواد انشاء کتبی قراردادها جایگزین استفاده از لفظ شده است. باید اضافه نمود که هم­اکنون با پیشرفت و کاربرد فزاینده فناوری اطلاعات در زندگی روزمره، مردم در روابط و اعمال حقوقی خویش بیش از پیش از آن بهره می­جویند و از طریق اینترنت بسیاری از معاملات را انجام می­دهند. حال با توجه به نفوذ گسترده اینترنت در زندگی مردم، به نظر می­رسد که اگر قرارداد نکاحی با استفاده از امکانات اینترنت از جمله پست الکترونیکی منعقد گردد، در اعتبار و مشروعیت آن هیچ شک و شبهه­ای وجود نداشته باشد.*

*نتیجه*

***در خصوص شیوه انعقاد قرارداد نکاح میان فقها و حقوقدانان اختلاف­نظر وجود دارد. نظر مشهور فقها آن است که این قرارداد، صرفا با لفظ منعقد می­شود، از این رو بیان قصد از طریق نوشته و کنایه نمی­تواند ابزار مناسبی برای انعقاد قرارداد نکاح محسوب شود. گرایش مشهور حقوقدانان نقطه مقابل نظر مشهوری فقهی است؛ حقوقدانان معتقدند که نه تنها انعقاد قرارداد نکاح با لفظ امکان دارد، بلکه می­توان از نوشته نیز برای تکوین این عقد بهره گرفت. معدودی از فقهیان به امکان انعقاد این عقد با نوشته فتوا داده­اند و برخی نیز بیان نموده­اند که در روزگار کنونی و با تحول سوادآموزی، اصل در انعقاد قراردادها بهره­گیری از نوشته است. به نظر می­رسد که ظاهر قانون مدنی با این دیدگاه مطابقت دارد و امکان انعقاد قرارداد ازدواج با استفاده از نوشته میسر است.***

***در صورت پذیرش این نظر، به زعم نگارندگان، مطابق با ظاهر قانون مدنی و تحولات اجتماعی کنونی است، مانعی در انعقاد قرارداد نکاح با استفاده از ابزار الکترونیکی نظیر ایمیل، ویدئوچت و ویس­چت نیز نمی­باشد. ایمیل در واقع شکل تحول­یافته ارسال نامه است. در این شیوه، نامه با استفاده از وسایل الکترونیکی، به صورت آنی به مخاطب تحویل داده می­شود، بنابراین در صورت پذیرش انعقاد قرارداد نکاح از طریق نامه­نگاری، با استفاده از ایمیل نیز می­توان بدین مقصود نائل آمد.***

***ویس­چت نوعی مکالمه از طریق اینترنت است. بنابراین تفاوتی با مکالمه از طریق تلفن نداشته، در این نوع ابزار ارتباطی، متعاقدین می­توانند ایجاب و قبول را به صورت لفظی صادر کنند، بنابراین چه به لحاظ متابعت از نظر مشهور فقهی و چه به لحاظ تدقیق در قانون مدنی، این ابزار ارتباطی می­تواند برای بیان ایجاب و قبول عقد نکاح مورد استفاده قرار بگیرد. پذیرش این دیدگاه سبب خواهد شد که به تبع استفاده از ویدئوچت را برای انعقاد نکاح مجاز بدانیم، چه ویدئوچت نوعی از ویس­چت است که طرفین نه تنها صدای یکدیگر را می­شنوند، تصویر هم را نیز می­ببیند.***

***در تأیید آنچه که بیان شد می­توان به رأیی که از دادگاه تجدیدنظر تهران صادر شده است، استناد نمود، شعبه 60 دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ٩٢٠٩٩٧٢١٣٠۵٠١۵۴۶، مورخ 12/8/1392، عنوان نموده: «*** ***ادای الفظ ایحاب و قبول صیغه نکاح از طریق تماس تلفنی عاقد با زوج و زوجه به‌صورت جداگانه بلامانع بوده و نافی صحت نکاح نیست.»***

*منابع*

*الف) پارسی*

1. *اراکی، محسن (بی­تا).* ***حکم المعاطاة في النکاح****، مجلة فقه اهل البیت، ج 43، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت عليهم السلام‌.*
2. *افتخاری، جواد (1382).* ***کلیات عقود و حقوق تعهدات****، تهران: میزان.*
3. *امامی، حسن (بی­تا).* ***حقوق مدنی****، ج 4، تهران: انتشارات اسلامیه.*
4. *جعفرزاده، علی (1390).* ***حقوق مدنی، خانواده، نکاح و انحلال آن****، تهران: انتشارات جاودانه، چ 2.*
5. *جلالی، مهدی (1389).* ***حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن****، ج 1، تهران: خرسندی.*
6. *حیاتی، علی­عباس (1393).* ***حقوق خانواده، تهران****: میزان.*
7. *ژان لوک اوبر، فرانسوا کولار دوتیول (1390).* ***حقوق تعهدات، قراردادها****، ترجمه مجید ادیب، تهران: نشر میزان.*
8. *شهیدی، مهدی (1390).* ***تشکیل قراردادها و تعهدات****، ج1، تهران: مجد، چ8.*
9. *صفایی، حسین (1389).* ***قواعد عمومی قراردادها****، ج2، میزان: تهران، چ10.*
10. *صفایی، حسین و امامی، اسدالله (1389).* ***مختصر حقوق خانواده****، تهران: میزان، چ 25.*
11. *قاسم­زاده، مرتضی و دیگران (1390).* ***تفسیر قانون مدنی، تهران****: سمت، چ 5.*
12. *قاسمی حامد، عباس (1389).* ***شرایط اساسی شکل­گیری قرارداد****، تهران: دراک، چ2.*
13. *قزوینی، محمد ابراهیم (1390).* ***بررسی فقهی و حقوقی خانواده، نکاح****، ج 1، تهران: انتشارات راه نوین.*
14. *کاتوزیان، امیرناصر (1391).* ***اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، تهران****: شرکت سهامی انتشار، چ6.*
15. *کاتوزیان، ناصر (1389).* ***حقوق مدنی، خانواده، نکاح و طلاق****، ج 1، تهران: شرکت سهامی انتشار.*
16. *لطفی، اسدالله (1388).* ***حقوق خانواده****، ج 1، تهران: خرسندی.*
17. *محقق داماد، مصطفی (بی­تا).* ***بررسى فقهى حقوق خانواده- نكاح و انحلال آن‌****، قم: بی­نا.*
18. *نیاسری، ماشاءالله بنا (1385).* ***تشکیل قرارداد در فضای سایبر: مقدمه­ای بر حقوق تجارت الکترونیک****، فصلنامه بصیرت، ش. 12.*
19. *یوسف­زاده، مرتضی (1390).* ***حقوق مدنی، خانواده****، تهران: شرکت سهامی انتشار.*

*ب) تازی*

1. *اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن‌ (1416 ه. ق.).* ***كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام‌****، ج 7، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم‌.*
2. *بحرانى، آل عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم‌ (1410 ه. ق.).* ***الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة‌****، ج 23، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم‌.*
3. *بحرانى، محمد (1429).* ***سند العروة الوثقى- كتاب النكاح‌****، ج1، قم: مكتبة فدك‌.*
4. *البهوتی (1414 ه. ق.).* ***کشاف القناع****، ج 5، بیروت: دار الکتب العلمی.*
5. *بیومي حجازي، عبدالفتاح (2002).* ***النظام القانوني لحمایة التجارة الإلکترونیکیة****، قاهرة، دارالفکر.*
6. *الجزیری، عبدالرحمن (1419 ه. ق.).* ***الفقه علی المذاهب الأربعة****، ج 4، بیروت: منشورات دارالثقلین.*
7. *حائرى، سيد على بن محمد طباطبايى‌ (1418 ه. ق.).* ***رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل ( ط- الحديثة)****، ج 11، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام‌.*
8. *حامدي، بلقاسم (2015).* ***إبرام العقد الإلکتروني، کلیة الحقوق و العلوم السیاسیة****، جامعة الحاج لخضر باتنة.*
9. *حکیم، محسن (1404).* ***مستمسک العروة الوثقی****، ج 14، قم: منشورات آیة العظمی المرعشی النجفی.*
10. *حلّى، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى‌ (1413 ه. ق.).* ***قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام‌****، ج3، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم‌.*
11. *حلّى، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى‌ (1388 ه. ق.).* ***تذكرة الفقهاء ( ط- القديمة)****، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام‌.*
12. *حلّى، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى‌ (1420 ه. ق.)* ***تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط- الحديثة)****، ج3، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام‌.*
13. *حلّى، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن‌ (1408 ه. ق.).* ***شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام****‌، ج 2، قم: مؤسسه اسماعيليان‌، چ 2.*
14. *الخوئی، ابوالقاسم (1404 ه. ق.).* ***کتاب النکاح****، ج2، نجف: دار العلم.*
15. *سبحانی، جعفر (بی­تا).* ***نظام النكاح في الشريعة الإسلامية الغراء****، ج 1،‌ قم: بی­نا.*
16. *سعید ربابعة، عبدالله محمد (بی­تا).* ***التعاقد الإلکتروني: دراسة فقهیة قانونیة****، مؤتمر المعاملات الإلکترونیة، جامعة الیرموک، إربد.*
17. *سنهوری، عبدالرزاق (2007).* ***الوسیط فی شرح القانون المدنی، مصادر الإلتزام****، ج1، بیروت: دارالإحیا التراث العربی.*
18. *عاملى، محمد بن مكى‌ (شهيد اول) (1410 ه. ق.).* ***اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية‌****، بیروت: دار التراث- الدار الإسلامية‌.*
19. *عاملى، زين الدين بن على‌ (شهيد ثانى) (1410 ه. ق.).* ***الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية******(المحشّى- كلانتر)****، ج5، قم: كتابفروشى داورى‌.*
20. *عاملى، كركى، على بن حسين‌ (محقق ثانى) (1414 ه. ق.).* ***جامع المقاصد في شرح القواعد‌****، ج 12، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام‌، چ 2.*
21. *عاملى، محمد بن على موسوى‌ (1411 ه. ق.).* ***نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام‌****، ج 1، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم‌.*
22. *العجلوني، أحمد خالد (2002).* ***التعاقد عن طریق الإنترنت****، عمان، المکتبة القانونیة.*
23. *فحص الحسینی، عبدالله فضل الله (1433 ه. ق.).* ***الجواهر الفقهیة فی شرح الروضة البهیة****، ج 13، بیروت: دارالاضواء.*
24. *کاسانی، ابی بکر (1409).* ***بدائع الصنائع****، ج 2، پاکستان: مکتبة حبیبة.*
25. *مجاهد اسامة، ابوالحسن (2000).* ***خصوصیة التعاقد عبر الإنترنت****، قاهرة: دارالنهضة.*
26. *محمد بني سلامة، محمد خلف (2014).* ***مشروعیة عقود الزواج عبر الأنترنت****، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الثاني.*
27. *مغنيه، محمد جواد‌ (1421).* ***فقه الإمام الصادق عليه السلام‌****، ج 2، قم: مؤسسه انصاريان‌.*
28. *مکارم شیرازی، ناصر (1425 ه. ق****.). أنوار الفقاهة- كتاب النكاح‌****، قم: انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام‌.*
29. *مکارم شیرازی، ناصر (1428 ه. ق.).* ***تعلیفات علی العروة الوثقی****، ج 2، قم: دارالنشر لمدرسة الامام علی بن أبی طالب.*
30. *الموسوي الخمیني، روح الله (بی­تا).* ***تحریرالوسیلة****، ج 2، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم‌.*
31. *نجفى، كاشف الغطاء، حسن بن جعفر (1422 ه. ق.).* ***أنوار الفقاهة- كتاب النكاح‌****، نجف: مؤسسه كاشف الغطاء‌.*
32. *نجفى، محمد حسن‌ (صاحب الجواهر) (1407 ه. ق.).* ***جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام‌****، ج 29، بیروت: دار إحياء التراث العربي‌، چ 7.*
33. *نذیر، برني (2006).* ***العقد الإلکتروني علی ضوء القانون المدني الجزائري****، مذکرة التخرج لنیل إجازة المدرسة العلیا للقضاء، المدرسة العلیا للقضاء.*
34. *النووی (بی­تا).* ***روضة الطالبین****، ج 5، بیروت: دارالکتب العلمیة.*

*C) Latin*

1. *Charpenier, élise (2002).* ***Un Paradoxe de la Théorie du Contrat: l'opposition Formalisme, Consensualisme****, les chaier de droit, vol. 43, n° 2.*
2. *Chitty, Joseph (2012).* ***Chitty on Contracts, General Principles****, vol. 1, Sweet & Maxwell, 31st. ed.*
3. *Davidson, Alan (2009).* ***The Law of Electronic Commerce****, Cambridge.*
4. *Dodd, Jeff C. and Hernandez, James A. (1998).* ***Contracting In Cyberspace****, Computer Law Review and Technology Journal.*
5. *Fränngård, Christina (2007).* ***The Time of Online Contract Formation****, Faculty of Law University of Lund.*
6. *GILLIES, E. Lorna (2008).* ***Electronic Commerce and International Private Law****, Ashgate e-Book.*
7. *Hunt, Martin (2000).* ***A Level and As Level Law****, Sweet & Maxwell.*
8. *Klass, Gregory (2010).* ***Contract Law in the USA****, Kluwer Law International.*
9. *Ruth, Sullivan (2007).* ***Statutory Interpretation****, Irwin Law, 2nd ed.*
10. *Savirimuthu, Joseph (2005).* ***Online Contract Formation: Taking Technological Infrastructure Seriously****, University of Ottawa, law & technology journal, Vol. 2, No 1.*
11. *Steiner, Eva (2010).* ***French Law, A Comparative Approach****, Oxford.*
12. *UNCITRAL (1996).* ***Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment****, United Nations publication.*
1. - formalisme [↑](#footnote-ref-1)
2. - consensualisme [↑](#footnote-ref-2)
3. - contrat consensuel [↑](#footnote-ref-3)
4. - contrat solennel [↑](#footnote-ref-4)
5. - contrat réel [↑](#footnote-ref-5)
6. - ماده 10: «ینعقد الزواج بإیجاب من أحد المتعاقدین و قبول من الآخر، بأالفاظ تفید معنی الزواج لغة أو عرفا. یصح الإیجاب و القبول من العاجز عن النطق بالکتابة إن کان یکتب، وإلا فبإشارته المفهمومة من الطرف الآخر و من الشاهدین.» [↑](#footnote-ref-6)
7. - ماده 11: « یشترط فی الإیجاب و القبول أن یکونا: 1- شفویین عند الإستطاعة، و إلا فبالکتابة أو الإشارة المفهومة؛ 2- متطابقین و فی مجس واحد.» [↑](#footnote-ref-7)
8. - البته مصنف در پایان اشاره می­دارد که تنها دلیل عدم امکان وقوع ازدواج به کتابت اجماع ادعایی است و نیز اینکه در نکاح شبهه عبادت وجود دارد. به نظر ما، اجماع ادعایی کاشف از رای معصوم نبوده و حجیت ندارد. از طرف دیگر در عالم حقوق صحبت از عبادیات زدن حرف گزافی است. البته ناگفته نماند که در عرصه فقه می­توان استدلال بر موضوعات تعبدی و توصلی استوار نمود، لیکن در حقوق تنها با قانون و مبنای قانون سر و کار خواهیم داشت. [↑](#footnote-ref-8)
9. - قاعده تفسیری در حقوق وجود دارد که با نام لاتین (the ***ejusdem generis*** principle) شناخته می­شود و منظور این است که هر گاه عبارات عامی پس از عبارات خاص بیاید، عبارت عام از جنس عبارت خاص خواهد بود. در ماده فوق واژه «عبارات» پس از «الفاظ» آمده است و عام به شمار می­رود؛ در حالی که «الفاظ» خاص است، حال طبق این قاعده تفسیری باید گفته شود که «عبارات» باید از جنس «الفاظ» باشد. (Martin, 2000: 27; Ruth, 2007: 178). [↑](#footnote-ref-9)
10. - قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب 1382 بر گرفته از قانون نمونه آنسیترال است. بنا بر ماده یک قانون نمونه، حوزه شمول مقررات قانون، معاملات (فعالیت­های) تجاری است (UNCITRAL, 1996: 3)؛ حال آنکه ماده یک قانون تجارت الکترونیک ایران محدودیتی برای شمول قانون، هم­چون نمونه خویش بر قرار ننموده است. لیکن به موجب قواعد تفسیر و با توجه به نام قانون، حوزه اعمال آن، تنها فعالیت­های تجاری است، اما در مواردی که عمل حقوقی رخ­داده، داخل در معاملات و فعالیت­های تجاری نباشد، رجوع به عمومات قانون اخیرالذکر چونان اصول حقوقی معتبر اولی­تر از اعمال سلیقه است. به همین علت، ما نیز در روشن نمودن حکم موضوع این جستار از قواعد کلی قانون تجارت الکترونیک بهره خواهیم برد. [↑](#footnote-ref-10)