



Jurisprudential-legal analysis of the legitimacy of marriage in virtual space

Seyyed Mohammad Hassan Shafiee *¹, Azizullah Fahimi ²

1. Corresponding Author, Master's degree, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran. Email: smhshafiee1@gmail.com
2. Associate Professor of the Law Department of Qom University, Qom, Iran. Email: aziz.fahimi@yahoo.com

Abstract

Although the nature of marriage as a contract based on religious beliefs has not significantly changed across various human societies, the profound changes in culture and communication within the virtual space have led to numerous alterations in the form and method of establishing marital relationships. Therefore, theologians and legal scholars are compelled to address the cultural demands of establishing marital relationships within the framework of electronic exchanges. Hence, this article aims, using descriptive and analytical methods, to examine the possibility, methods, features, conditions, obstacles, and validity of concluding a marriage contract in virtual spaces. According to the research findings, from the perspective of the lawmaker, the means of declaring the will of the parties is a formality. Therefore, expressing the intent to conclude a marriage contract in virtual space is possible. Except for the requirement that the contract must explicitly indicate a marital relationship, there is no other special characteristic in a marriage contract that would differentiate it from other electronic contracts under the Iranian Electronic Commerce Law. Particularly since, in the aforementioned law, firstly, the exceptions have been enumerated, and secondly, the legislator has remained silent on the "marriage contract," which, in the face of this silence, serves as evidence that the provisions of the Iranian Electronic Commerce Law can be extended to cover marriage contracts, especially when these provisions are of a general nature.

Keywords: Marriage contract, virtual space, virtual marriage, cyber marriage certificate

Received:	August 18,2024	Article Type:	Research Paper
Revised:	August 22,2024	Published by:	Hazrat-e Masoumeh University
Accepted:	October 8, 2024	DOI:	10.22034/cjls.2024.2039093.1007
Available Online:	October 18, 2024		



تحلیل فقهی - حقوقی مشروعیت انعقاد نکاح در فضای مجازی

سید محمدحسن شفیعی^{۱*}، عزیزالله فهیمی^۲

۱. نویسنده مسئول، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران.

رایانامه: smhshafice1@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: aziz.fahimi@yahoo.com

چکیده

هر چند ماهیت نکاح به عنوان عقد مبتنی بر اعتقادات دینی در جوامع مختلف انسانی، تغییر چندانی نیافته، اما به تبع تحولات شگرف فرهنگ و ارتباطات در فضای مجازی، از حیث شکل برقراری و نحوه انشاء رابطه‌ی زوجیت، دستخوش تغییرات فراوانی گردیده است. از این رو فقها و حقوقدانان، ناگزیر از پرداختن به مطالبات فرهنگی برقراری رابطه‌ی زوجیت در بستر مبادلات الکترونیکی هستند. از این رو هدف از نگارش مقاله پیش‌رو با بهره‌گیری از روش توصیفی و تحلیلی؛ بررسی امکان انعقاد، تبیین شیوه‌ها، ویژگی‌ها، شرایط، موانع و اعتبار انعقاد عقد نکاح در فضای مجازی می‌باشد. طبق یافته‌های پژوهش از نظر مقنن، ابراز اعلام اراده متعاقبین، طریقت دارد. بنابراین اعلام اراده جهت انعقاد عقد نکاح در فضای مجازی امکان‌پذیر می‌باشد، چه صرف‌نظر از اینکه انعقاد عقد نکاح مستلزم استعمال لفظی است که صراحتاً دلالت بر رابطه‌ی زوجیت نماید، خصوصیت دیگری در عقد نکاح وجود ندارد، تا بتوان آن را از سایر قراردادهای الکترونیکی مشمول قانون تجارت الکترونیکی ایران جدا نمود. به ویژه آنکه در قانون مذکور، اولاً: موارد خارج از شمول احصاء گردیده و ثانیاً: قانون‌گذار در مقام بیان، نسبت به «عقد نکاح» سکوت اختیار کرده و سکوت قانون‌گذار در مقام بیان، قرینه‌ای بر قابلیت تسری مقررات قانون تجارت الکترونیکی ایران بر «عقد نکاح» - علی‌الخصوص در مواردی که مقررات مذکور عمومیت دارند - می‌باشد.

واژگان کلیدی: عقد ازدواج، فضای مجازی، نکاح مجازی، عقدنامه سایبری

تاریخ دریافت:	۱۴۰۳/۰۵/۲۹	نوع مقاله:	پژوهشی
تاریخ بازنگری:	۱۴۰۳/۰۶/۰۲	ناشر:	دانشگاه حضرت معصومه (علیها السلام)
تاریخ پذیرش:	۱۴۰۳/۰۷/۱۷	DOI:	10.22034/cjls.2024.2039093.1007
تاریخ انتشار آنلاین:	۱۴۰۳/۷/۲۷		

مقدمه

پیشرفت فناوری اطلاعات و نزدیک شدن فاصله‌ها در اینترنت و توسعه ارتباطات و تعاملات انسانی در فضای مجازی علاوه بر ایجاد مسایل جدید، تعاملات، عقود و تعهدات را نیز دستخوش تغییر و تحول نموده است. نکاح یا ازدواج نیز به عنوان یکی از رایج‌ترین عقود در میان انسان‌ها از این قاعده مستثنی نبوده و اگرچه ماهیت آن تغییر یافته نیست، در حوزه شکل، نحوه انعقاد و ادله اثبات عقد و استناد به آن‌ها در زمان تعارض، متأثر از تحولات شگرفی می‌باشد که حقوقدانان را با چالش‌ها و سوالات اجتناب‌ناپذیری مواجه نموده است. تحقیقات مختلفی در بحث تجارت الکترونیک، وضعیت و انعقاد عقود و ایجاد تعهدات در فضای مجازی، عقود اینترنتی و اعتبار ارکان عقد در فضای مجازی صورت گرفته است. از این رو توسعه روزافزون زیست مجازی و گسترش ارتباطات فرامرزی انسان‌ها در فضای اینترنت و اجتناب‌ناپذیر بودن شکل‌گیری ارتباطات و علاقات عاطفی میان افراد با تابعیت‌ها و اعتقادات دینی مختلف، بررسی و تحلیل عقد نکاح را که دارای ویژگی‌های خاص و به تبع آن از حساسیت بالایی برخوردار است را اهمیت و ضرورت مضاعف می‌بخشد. با فرض اینکه فارغ از بعد شرافتی عقد نکاح و احتیاطات ویژه فقهی مربوط به آن، چنانچه تعیین طرفین، تحقق قصد و رضاء و شیوه ابراز و اعلان آن و همچنین اعتبار اسناد و امضاها مورد تأیید باشد، انعقاد عقد نکاح در فضای مجازی بلامانع است؛ هدف ما اینست که به شیوه‌ی توصیفی و تحلیلی و بهره‌گیری از آراء فقهی و قوانین مدنی و تجارت الکترونیک ایران و همچنین قانون نمونه آنسیترال و سایر منابع حقوقی، به مقایسه شیوه انعقاد نکاح در فضای حقیقی و مجازی، بررسی ابزارهای اعلام اراده در شیوه‌های مختلف انعقاد نکاح و میزان دلالت و اعتبار اسناد الکترونیک در مقام تعارضات مربوط به تعهدات و آثار ناشی از انعقاد این عقد در فضای مجازی بپردازیم.

الف) مفهوم عقد نکاح در فضای سایر

کلمه نکاح مصدر ثلاثی مجرد از ریشه نکح ینکح است. در لغت به معنای تقابل، سلطه، غلبه، وصول و اختلاط، وطی (ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۲۵۱)، زناشویی، امتزاج طبایع، عقد زناشویی بستن (معین، ۱۳۷۵ ج ۴، ص ۴۷۹۹)، ضم و پیوستن و بالاخره نزدیکی کردن (نراقی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۴۶۶) آمده است.

تعریف نکاح در ترمینولوژی حقوق چنین است: نکاح در لغت به معنی پیوستن دو چیز به یکدیگر و در اصطلاح به معنی تزویج است و در همین اصطلاح، ازدواج و زناشویی استعمال می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۷۲۱). حقوقدانان از نکاح، تعاریف متعددی به دست داده‌اند برخی بر این باورند (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص ۱۳ و امامی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۲۸) که «نکاح رابطه‌ی حقوقی - عاطفی است که با عقد بین زن و مرد حاصل می‌شود و به آن‌ها حق می‌دهد با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است». و بعضی دیگر (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۳۵ و امامی و صفایی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۴) در تعریف نکاح گفته‌اند: «نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی، با هم متحد می‌شوند». که تعریف اخیر با مبانی حقوق مدنی و عرف جامعه ما سازگارتر به نظر می‌رسد. لذا با توجه به مراتب پیش گفته، «عقد نکاح در فضای سایر»، عبارت است از: «بستن پیمان زناشویی و ایجاد آثار حقوقی آن بر مبنای توافق اراده زن و مرد از طریق هر یک از وسایل الکترونیکی (اعم از مخابراتی و رایانه‌ای) به نحوی که یک عنصر الکترونیک در مرحله ایجاد و قبول عقد دخالت داشته باشد».

ب) ماهیت عقد نکاح در فضای سایر

نکاح از عقود رضایی به شمار می‌رود و با ایجاب و قبول زوجین که دلالت بر قصد و رضاء نماید منعقد می‌شود. با این وجود پاره‌ای از حقوقدانان (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۲۱۴) در خصوص رضایی بودن عقد نکاح تردید نموده و با استناد به ضرورت ثبت نکاح، آن را در زمره عقود تشریفاتی قلمداد کرده‌اند. حال آنکه عدم ثبت نکاح در دفتر ازدواج تأثیری در صحت عقد نکاح ندارد. منتها، اثبات عقد، اگر با تشریفاتی همراه نباشد دشوار است و بدین لحاظ قانون‌گذار زوجین را مکلف به ثبت نکاح کرده و کسانی را که بدون رعایت تشریفات قانونی، پیمان زناشویی می‌بندند مجرم می‌شناسد (گلدوزیان، ۱۳۹۴، ص ۳۶۰). پس از شکل‌گیری و ایجاد یک ماهیت حقوقی در فضای مجازی اوصاف و آثار آن با ماهیتی که در فضای واقعی شکل می‌گیرد تفاوتی ندارد. بر این اساس هیچ‌گونه تغییری در اصل موجودیت، ماهیت، اوصاف و آثار ماهیت حقوقی، از آن جهت که در مجازی و بستر شبکه‌های اطلاعاتی به وجود می‌آیند ایجاد نمی‌شود. «با توسعه بکارگیری وسایل نوین

فناوری اطلاعات در قرارداد الکترونیکی فرض بر اعتبار و صحت تمام قراردادهای الکترونیکی است.» (السان، ۱۳۸۴، ص ۱۵۲) حال چنانچه قائل به امکان انعقاد عقد نکاح در فضای سایبر باشیم، نکاح الکترونیکی هم مانند نکاح سنتی برای انعقاد و تشکیل، نیاز به اعلام ایجاب و قبول مبتنی بر قصد و رضای زوجین از طریق وسایل الکترونیکی دارد که در نتیجه، نکاح الکترونیکی هم در زمره عقود قرار می‌گیرد و نحوه انعقاد آن تأثیری در ماهیت عقد نکاح در فضای سایبر ایجاد نمی‌کند.

ج) نحوه انعقاد نکاح در فضای مجازی

با توجه به اینکه پیشرفت فناوری امکان برقراری ارتباط بین انسان‌ها را گسترده‌تر ساخته، به نحوی که با پیدا شدن وسایل ارتباطی جدید ارتباط طرفین عقد بر خلاف روش‌های سنتی گذشته ابعاد جدیدتری به خود گرفته است. وسایل ارتباط الکترونیکی نوین هم می‌توانند وسیله‌ی ابراز اراده (به صورت لفظ یا نوشته) قرار گیرند. در صورت امکان انعقاد عقد نکاح در فضای سایبر با رعایت سایر موارد، می‌توان از این وسایل استفاده نمود. کامپیوترهای شخصی، پیامک، پست الکترونیک و اینترنت سبب شده‌اند تا در ارتباطی سریع‌تر به سمت الگوهای جدید برای آشنایی و انعقاد قرارداد با یکدیگر حرکت نمایند. از آنجا که این ارتباط نوین نیز به انعقاد عقد منجر می‌گردد، ذیلاً به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱) شبکه جهانی وب

با ورود تکنولوژی ارتباطی جدید و شکل‌گیری دهکده جهانی، انعقاد عقد نکاح از طریق شبکه جهانی وب نیز قابل تصور است. چنانکه در سایت‌های همسریابی، صفحات وب نه تنها به مدیر سایت اجازه می‌دهند که اطلاعات افراد یا خدمات سایت خود را عرضه نماید، بلکه او و اعضای قبلی را قادر می‌سازند تا مستقیماً با مخاطبین یا اعضاء جدید ارتباط برقرار نمایند. می‌توان گفت، منظور از این ارتباط، ارتباطی است که در یک محیط از پیش تعیین شده در اینترنت و متعلق به شخص تولید کننده پیام حاصل می‌گردد و شخص مخاطب نیز از طریق یک واسطه که عملیات ارسال دریافت یا ذخیره داده پیام یا دیگر خدمات متعلق به داده پیام را انجام می‌دهد در همین محیط وارد شده و قرارداد مورد نظر منعقد گردد.

شبکه جهانی وب یا وبسایت عموماً امکان ارتباط مستقیم اعم از درون خط^۱ یا برون خط^۲ را بین افراد فراهم می‌سازد و وبسایت‌های گوناگون در جهت رشد و گسترش قراردادهای الکترونیکی فعال هستند، تا جایی که داده پیام‌های حاصل از فعالیت این وبسایت‌ها در قوانین تجارت الکترونیک کشورهای مختلف من جمله قانون تجارت الکترونیکی ایران به رسمیت شناخته شده است. لذا می‌توان قائل به این امر بود در صورت وجود شرایط، عقد نکاح نیز به لحاظ قابلیت تبدیل اراده طرفین به داده پیام در محیط وب قابلیت انعقاد دارد. بدین ترتیب از آنجا که داده پیام حاصل از ارائه خدمات وبسایت‌ها می‌تواند به صورت لفظ یا نوشته وسیله بیان ابراز اراده‌ی طرفین خواه به طور هم‌زمان و خواه غیرهم‌زمان قرار گیرد، می‌توان قائل بر این امر بود که چنانچه قوانین و مقررات آمره مربوط به نکاح رعایت گردد، انعقاد عقد نکاح در فضای سایبر با استفاده از شبکه جهانی وب نیز متصور است. به ویژه آنکه هرگاه وبسایت امکان ارتباط مستقیم تلفنی و دیداری بین زن و مردی را فراهم سازد، که قبلاً نیز از طریق همین سایت مبادرت به آشنایی و احراز هویت یکدیگر نموده‌اند، عقد نکاح در فضای سایبر از حیث ضرورت استعمال لفظ براساس ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی ایران نیز مواجه با اشکال به نظر نمی‌رسد.

۲) پست الکترونیکی

اشخاص می‌توانند از پست الکترونیکی برای ارسال پیام خواستگاری و یا اعلام اراده جهت انعقاد عقد نکاح در فضای سایبر استفاده نمایند. در این نوع از سرویس ممکن است، فرستنده و گیرنده به طور هم‌زمان از شبکه اینترنت، استفاده نمایند و به اصطلاح برخط باشند، که در این حال، می‌توان گفت ارتباط تقریباً به طور هم‌زمان بین طرفین برقرار است و ارسال و دریافت پیام مانند جلسه حضوری است. اما اگر گیرنده در زمان ارسال نامه، به اینترنت متصل نبوده و به اصطلاح خارج از خط باشد که در این حالت بی‌شک ارتباط، به طور غیرهم‌زمان بین طرفین، برقرار گشته و با این وصف، استفاده از پست الکترونیکی مانند پست سنتی جلوه‌گر خواهد شد که در این صورت، زمان ارسال و وصول پیام، با توجه به تاریخی که ارسال و دریافت اتفاق افتاده، مشخص خواهد شد. در نهایت چنانچه موضوع پیام ارسالی به صورت

1. Online.
2. Offline.

نوشته منعکس می‌گردد و با قطع نظر از اینکه آیا قابلیت انعقاد عقد نکاح از طریق نوشته وجود دارد یا خیر؟ هرگاه در ارسال و دریافت پیام مذکور و ارسال قبول از طرف مقابل تطابق و توالی عرفی ایجاب و قبول به نحوی که در طرف شبکه رایان‌های معمول است محقق شود، می‌توان قائل به انعقاد عقد نکاح در فضای سایبر از این طریق بود.

شایان ذکر است که هرگاه ایجاب ارسالی متضمن پیشنهاد ازدواج به طرف دیگر از طریق پست الکترونیک بلافاصله با ارسال پیام حاکی از قبول مواجه نشود، باید بر مبنای عرف معمول محیط مجازی تطابق و توالی ایجاب و قبول در حدّ عرف مورد بررسی قرار گیرد. مضافاً اینکه ارتباط طرفین جهت انعقاد قرارداد الکترونیک من جمله عقد نکاح در محیط مجازی می‌تواند با اختلالاتی همراه باشد که اراده طرفین و نحوه ابراز آن را تحت تأثیر قرار دهد.

۳) سرویس گفتگوی اینترنتی

ممکن است برای آشنایی طرفین، قرار ملاقات طرفین با یکدیگر، خواستگاری شفاف و یا ارسال پیام خواستگاری و ارسال ایجاب و قبول جهت انعقاد عقد نکاح در فضای سایبر، اتاق گفتگوی اینترنتی مورد استفاده قرار گیرد. پیام‌های ارسالی از طریق اتاق گفتگوی اینترنتی مانند مکالمه خصوصی از طریق تلفن یک مکالمه هم‌زمان را فراهم می‌کنند. لذا این سرویس گفتگوی اینترنتی، امکان برقراری ارتباط بین طرفین را در اتاق گفتگوی اینترنتی، هم از طریق مکالمه (لفظ) و هم از طریق نوشته و هم توسط دوربین‌های وب‌کم جهت دیدن یکدیگر فراهم می‌سازد. چنانچه داده پیام سرویس مذکور در حالت مکالمه‌ی لفظی جهت ایجاب و قبول عقد نکاح بین طرفینی که طبیعتاً دارای اختلاف جنسیت هستند مورد استفاده قرار گیرد، با توجه به صراحت ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی ایران که می‌گوید «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول یا استعمال الفاظی که صراحتاً دلالت بر ایجاب و قبول می‌نماید» می‌توان قائل به انعقاد عقد نکاح با استفاده از روش مذکور بود؛ زیرا امکان ابراز اراده به وسیله‌ی لفظ که ضرورت استعمال آن در عقد نکاح مورد تأکید است، در این حالت وجود دارد. در عین حال به می‌توان حالتی را تصور نمود که هم‌زمان زن و مردی که قبلاً از طریق وسایل الکترونیکی (مثلاً سایت‌های همسریابی یا تلفنی) با یکدیگر آشنایی حاصل

نموده و هویت متقابل هم را احراز نموده‌اند، به اتفاق والدین خود در یک اتاق گفتگوی اینترنتی حضور یابند و نه تنها ضمن دیدن یکدیگر الفاظ صریحی متضمن ایجاب و قبول عقد نکاح را در حضور والدین خود بیان نمایند، بلکه زوجه نیز صراحتاً موافقت خود را با انعقاد عقد نکاح بین آن دو نفر اعلام نماید. در صورت عدم حضور ولی، اذن ولی نیز به صورت فایل رمزنگاری شده الحاق گردد. در چنین حالتی از آنجا که ایجاب و قبول به الفاظی که صراحتاً مبین زوجیت بین زن و مرد مذکور می‌باشد، بر زبان رانده شده و اذن ولی نیز وجود دارد، عقد نکاح در فضای سایبر صورت پذیرد. لیکن چنانچه گفتگوی بین طرفین در محیط اتاق‌های گفتگوی اینترنتی با استفاده از داده پیامی که به صورت نوشته است صورت پذیرد، پذیرش انعقاد عقد نکاح، منوط به پذیرش استعمال نوشته در انعقاد عقد نکاح می‌باشد که در حال حاضر نه تنها محل اختلاف جدی بین فقها و حقوق‌دانان می‌باشد، بلکه در عدم استعمال آن ادعای اجماع نیز وجود دارد.

د) موانع انشای نکاح در فضای سایبر

عقد نکاح در فضای سایبر با دخالت عنصر الکترونیکی (اعم از مخابراتی و رایانه‌های) در مرحله ایجاب و قبول منعقد می‌شود و تنها تفاوت آن با عقد نکاح سنتی در این است که از «داده پیام» برای بیان قصد زوجین استفاده می‌شود.. بدین ترتیب عقد نکاح در فضای سایبر نیز تابع قواعد عمومی قراردادها و قوانین مربوط به عقد نکاح است، زیرا تنها وجه افتراق عقد نکاح در فضای سایبر از عقد نکاح سنتی، ابزار بیان اراده است.

شایان ذکر است قواعدی مشابه نیز در انحلال نکاح وجود دارد که در سایر عقود، مانند ندارد به طور مثال: عقد نکاح غیر قابل اقاله است، جعل خیار در اصل آن راه ندارد و انحلال ارادی آن در نکاح دائم به دو مورد فسخ و طلاق و در نکاح موقت به بذل مدت و انقضای مدت منحصر گردیده است. از سوی دیگر، فقدان خصوصیات طرفین حتی اگر آن ویژگی‌ها علت عمده عقد نباشد به طرف مقابل حق فسخ می‌دهد. شاید همین احکام و ماهیت ویژه پیمان زناشویی باشد که انعقاد آن را در فضای سایبر با تردید مواجه ساخته است.

به هر روی، پیرامون امکان انشای نکاح در فضای سایبر، چند مانع اساسی مطرح می‌گردد.

۱. اعلام اراده به شکل مکتوب در عقد نکاح در فضای سایبر

اعلام اراده طرفین اعم از اینکه صریح باشد یا ضمنی، بسته به طرفی که پیشنهاد را مطرح می‌سازد به ایجاب و قبول تقسیم می‌شود که در محیط مجازی نیز جنبه الکترونیکی پیدا می‌کند. ایجاب: در لغت به معنی التزام و اثبات است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۸۲). بعضی ایجاب را اعلام اراده کسی دانسته‌اند که، دیگری را بر مبنای معینی به عقد بستن می‌خواند به‌گون‌هایی که اگر پیشنهاد او قبول شود، به مفاد آن پایبند باشد. ایجاب در عقد نکاح در فضای سایبر، عبارت از اعلام قصد ازدواج اصل‌ساز (گوینده) از طریق وسایل الکترونیکی اعم از مخابراتی و رایانه‌ای با مخاطب خود می‌باشد. (آهنی، ۱۳۸۶، ص ۵۷)

قبول: عبارت از رضای بدون قید و شرط به مفاد ایجاب است. قبول در عقد نکاح در فضای سایبر، عبارت از اعلام قصد پذیرش ازدواج اصل‌ساز (گوینده) از طریق وسایل الکترونیکی اعم از مخابراتی و رایانه‌ای با مخاطب خود می‌باشد. (سماواتی، ۱۳۸۲، ص ۴۷)

در حقوق تجارت الکترونیکی ایران، از ایجاب‌کننده به عنوان «اصل‌ساز» تعبیر شده است و در همین راستا در بند (ب) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران اصل‌ساز، منشاء اصلی «داده پیام» تلقی می‌شود، که داده پیام به‌وسیله او یا از طرف او، تولید یا ارسال می‌شود، اما شامل شخصی که در خصوص داده پیام به عنوان واسطه عمل می‌کند نخواهد شد، «اصل‌ساز» ایجاب‌کننده می‌باشد. علت اینکه واسطه‌های الکترونیکی ایجاب‌کننده محسوب نمی‌شود، این است که وی به عنوان نماینده الکترونیکی اصل‌ساز، یعنی، ایجاب‌کننده است. از مخاطب ایجاب‌کننده به عنوان «مخاطب» تعبیر شده است. (نوید، ۱۳۸۲، ص ۵۹)

داده پیام‌هایی که بین طرفین رد و بدل می‌شود، باید از دو جنبه صریح و شفاف باشد: اولاً: محتوای ایجاب یا قبول باید به نحوی که بتوان قصد واقعی موجب یا قابل را از آن پی‌برد صریح و شفاف باشد؛

ثانیاً: داده پیام باید برای طرف مقابل خوانا باشد. اگر قصد واقعی موجب یا قابل تحت برنامه‌ای که قابل رمزگشایی نیست ارسال گردد، صریح و شفاف نیست. حتی اگر برای خودش خوانا باشد.

در اینجا سؤالی که به ذهن خطور می‌کند این است که: آیا امکان انعقاد عقد نکاح در فضای سایبر در محیط مجازی از طریق وسایل الکترونیکی سنتی و نوین وجود دارد؟ و آیا

انعقاد چنین عقدی، همچون سایر قراردادهای الکترونیکی مشمول قانون تجارت الکترونیکی ایران می‌شود، یا خیر؟

به باور برخی، مواردی که باید از دامنه مشمول ماده ۶ قانون مذکور استثناء می‌گشت، متأسفانه استثناء نگردیده است. از جمله این قراردادها، قراردادهای مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه و قراردادهای مرتبط با مسائل خانوادگی است (رضائی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۸) به گونه‌ای که در اکثر کشورهای اروپایی، این قسم از قراردادها، به شیوه الکترونیکی، قابل انعقاد نمی‌باشد و یا حتی قانون امضاء الکترونیکی صراحتاً مواردی را از مشمول خود خارج می‌کند که مهم‌ترین آن‌ها، موضوعات راجع به حقوق اموال، حقوق خانواده، قانون یکنواخت تجاری (غیر از بخش‌های ۱۰۷-۱ و ۱۰۶-۱ و مواد ۲ و ۸۲) تنظیم و اجرای وصیت‌نامه، سند ضمیمه وصیت‌نامه، فرزندخواندگی، طلاق و احکام دادگاه‌ها می‌باشند. (آهنی، ۱۳۸۴، ص ۸۲).

ماده ۱ قانون تجارت الکترونیکی ایران هرگونه مبادله اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید را مشمول این قانون می‌داند و در خواستگاری و نکاح الکترونیکی هم ابزارهای مذکور برای انتقال داده‌های طرفین و ابراز اراده آن‌ها جهت انعقاد عقد نکاح به کار گرفته می‌شود و با عنایت به عدم منع و قابلیت استناد به داده پیام در خصوص عقد نکاح در فضای سایبر و تکلیف مندرج در ماده ۴ قانون مذکور که به موجب آن، محاکم قضایی در مواقع سکوت و یا ابهام قانون مکلف به مراجعه به چهارچوب فصول و مواد مندرج در قانون مذکور گردیده‌اند؛ باید توجه داشت، اگرچه عنوان قانون، حصر آن به اعمال تجاری را القاء می‌کند، اما اطلاق ماده ۱ نشان دهنده مشمول قانون به کلیه تبدلات الکترونیکی از جمله عقد نکاح در فضای سایبر است، زیرا قانون تجارت الکترونیکی ایران، مجموعه‌ای از قواعد بسیار کلی است و دلیلی برای حصر قلمرو آن به اعمال تجاری وجود ندارد، از این جهت تغییر عنوان قانون فوق به قانون ارتباطات الکترونیکی یا عنوان مشابه دیگر نیز ضروری به نظر می‌رسد.

بنابراین می‌توان قائل به این امر بود که: چنانچه امکان استفاده از نوشته بجای لفظ جهت انعقاد عقد نکاح با پاسخ مثبت مواجه گردد، عقد نکاح در فضای سایبر نیز مانند سایر قراردادهای الکترونیکی در موارد قابل تسری، مشمول قانون تجارت الکترونیکی ایران خواهد بود. از این رو فرقی بین ایجاب و قبول عادی و الکترونیکی وجود ندارد.

مسئله‌ای که طرح آن در مورد ایجاب و قبول عقد نکاح در فضای سایبر ضرورت دارد، این است که: آیا طرفین عقد نکاح عموماً و به طور خاص در عقد نکاح در فضای سایبر، به طور مستقیم با هم وارد مذاکره شده یا این کار با وساطت شخص ثالثی انجام می‌شود؟ این سؤال از دو جنبه قابلیت بررسی دارد.

اولاً: از جنبه علمی و فنی مسئله از آنجا ناشی می‌شود که شخصی با عنوان سرویس دهنده بر خط در وسایل الکترونیک (به ویژه اینترنت) در تشکیل قرارداد نقش دارد، بدین معنی که مبادله ایجاب و قبول با دخالت شخص مذکور انجام می‌گیرد.

ثانیاً: از جنبه حقوقی همانگونه که زن و مرد مستقیماً و با استفاده از وسایل الکترونیک می‌توانند در مرحله‌ی اجرای صیغه عقد نکاح ایجاد علقه زوجیت نمایند، برای ایجاد چنین علقه‌ای بین خود دیگری نیز می‌توانند به شخص ثالث وکالت دهند. چون این امر به لحاظ وجود مقررات قانونی در حقوق مدنی ایران در خصوص انشاء عقد از طریق وکیل یا ولی پیش‌بینی شده است، امکان ایجاب و قبول توسط غیر نیز میسر است. به ویژه در عقد نکاح، مطابق ماده ۱۰۷۱ قانون وکالت در نکاح مورد پذیرش قرار گرفته است. همانطور که حضور وکیل در انشاء عقد نکاح و وکالت در انتخاب همسر قابل تصور است، وکالت در محیط مجازی هم قابل تصور است، زیرا در بند (الف) ماده ۱۸ قانون تجارت الکترونیکی ایران داده پیامی که به وسیله شخصی ارسال شده که از جانب اصیل مجاز به این کار بوده و یا در ماده ۲۶ قانون مذکور داده پیام را زمانی ارسال شده تلقی می‌نماید که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل اصل‌ساز یا قائم مقام وی وارد شود، وکالت در محیط مجازی پذیرفته شده و وکیل نیز همانند اصل‌ساز و یا مخاطب از طریق وسایل الکترونیکی اعم از مخابراتی و رایان‌های می‌تواند ایجاب را اعلام نماید. ارائه سند وکالت نیز از طریق فایل رمزنگاری شده جهت ارائه به طرف عقد امکان‌پذیر است.

نحوه اجرای ایجاب و قبول در حالتی که توسط اولیای زوجین اجرا می‌شود، بدین نحو است که: ولی هم مانند زوجین قانوناً حق عقد، تنفیذ و انعقاد نکاح را دارد و می‌تواند صیغه را هم اجرا نماید، زیرا اولیاء به اعتبار ولایتی که بر مولی علیه خود دارند طرف پیمانند. قانونگذار در بند دوم ماده ۱۰۶۳ قانون مدنی ایجاب و قبولی را که ممکن است از طرف اشخاصی که قانوناً حق عقد دارند صادر شود را بیان نموده که منظور قانون‌گذار از اشخاصی

که قانوناً حق عقد دارند موردی جز نکاح توسط ولی نمی تواند باشد (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص ۱۷۱). در اینجا هم ولی مانند هر یک از طرفین عقد می تواند ایجاب و یا قبول خود را از طریق وسایل الکترونیکی اعم از مخابراتی و رایان های منعقد نماید.

عاقده کسی است که طرف عقد واقع می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۴۴۰) و در معنی اصطلاحی به کسی گفته می شود که ایجاب و قبول عقد را می خواند، خواه یکی از طرفین یا نماینده او باشد (امامی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۴۲۰). در بحث ما در واقع عاقد کسی است که صیغه عقد نکاح را اجرا می نماید، خواه برای خود یا به نمایندگی از طرف دیگری. مطابق ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد (حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ص ۳۸۳) و باید توجه داشت که خصوصیات که برای عاقد در قانون مدنی ذکر شده همگی خصوصیات انسانی است (رضایی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۶) ویژگی های اساسی ذیل را می توان برای نماینده الکترونیکی بر شمرد:

۱. استقلال در عمل (بدون مداخله مستقیم عامل انسانی یا دیگر عوامل)؛
۲. قابلیت اجتماعی (برقراری ارتباط با دیگر نمایندگان و یا حتی انسان)؛
۳. واکنش پذیری (قابلیت درک محیط اعم از فیزیکی، گرافیکی، اینترنت و...)
۴. فعالیت حرفه ای (در واکنش به محیط به سادگی عمل نکرده بلکه قادر است با ابتکار عمل، رفتار مطلوب را از خود نشان دهد)؛
۵. قابلیت جابه جایی (در سراسر یک شبکه الکترونیکی جابجا شود)؛
۶. قابلیت تمیز (آگاهانه اطلاعات نادرست را رد و بدل نمی کند)؛
۷. خردمندی (در راه رسیدن به اهداف از پیش تعیین شده اقدام کرده و در راه هایی که مانع رسیدن به آن اهداف می شود گام بر نمی دارد).

در نتیجه باید نماینده الکترونیک را وسیله ای برای تشکیل عقد و مبادله ایجاب و قبول محسوب نمود و نه بیش از آن. با توجه به مطالب پیش گفته استفاده از نماینده الکترونیکی و یا هوشمند به عنوان عاقد در عقد نکاح در فضای سایبر که لازمه آن دارا بودن خصوصیات انسانی می باشد، محل تردید به نظر می رسد، اما امکان دارد در آینده با گسترش تکنولوژی و پیشرفت ارتباطات بتوان یک نرم افزار رایانه ای را که صیغه نکاح در آن طراحی شده و امکان اداء آن را دارد، جایگزین عاقد تلقی نمود، زیرا عاقد تنها وسیله ابراز اراده زن یا مرد است. (السان، ۱۳۹۷، ص ۳۹۲)

با توجه به اینکه اعلام ایجاب و قبول با استفاده از وسایل الکترونیک به شرحی که گذشت پذیرفته شده، اکنون می‌توان گفت چنانچه ایجاب و قبول با رعایت شرایط آن، پیشنهاد ازدواج از یک طرف و قبول آن از طرف دیگر را که طبیعتاً بر اساس نظام حقوقی ما باید دارای اختلاف جنسیت نیز باشند، در برگیرد، ایجاب و قبول الکترونیک که در چنین حالتی امکان انعقاد عقد نکاح الکترونیک را فراهم می‌سازد. البته به شرط آنکه شرایط فوق‌الذکر در ارتباط با چنین ایجاب و قبولی رعایت گردد، ایجاب و قبول عقد نکاح در فضای سایبر تلقی گردد. بنابر این دلایلی اعلام اراده و انشای نکاح را از طریق مکتوب قابل بحث و تأمل می‌نماید:

الف) نوشته نیز همانند لفظ می‌تواند مفاهیم و مقاصد را به روشنی بیان کند و بر خلاف آنچه از برخی از فقهاء به عنوان دلیل بر نپذیرفتن نوشته بیان گردید (کرکی، ۱۳۱۳ق، ج ۱۲، ص ۱۷۴)؛ نوشته در حالت عادی از کنایات نیست، بلکه از مبرزات صریح دال بر قصد است. برخی از حقوق‌دانان در این رابطه، به روح مواد راجع به اسناد در قانون مدنی (مواد ۱۲۸۴ به بعد) و مواد ۲۶ به بعد قانون ثبت اسناد استناد نموده‌اند (صفایی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۶۵). به ویژه در عقدی رضایی همچون نکاح که خصوصیتی در به کار بردن لفظ نیست (امامی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۵۴). برخی از فقهای معاصر نیز در بحث مکاسب، به کفایت نوشته در معاملات تصریح نموده‌اند (خویی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۹). این وجه اگر نظریه حاکمیت اراده باطنی را در فقه بپذیریم و یا اگر به یک نظریه مطرح شده در بحث بعدی (در باب معاطات) متمایل شویم؛ بیشتر تقویت می‌گردد.

ب) با مراجعه به تاریخ فقه روشن می‌شود نپذیرفتن نوشته، ریشه در گذشته دور دارد که به دلیل کمبود باسوادان در جامعه و کمبود قرائن، اطمینانی به نوشته نبوده است و این فتوا با از دست دادن شرایط خود تا به امروز تکرار شده است. در دنیای کنونی افزایش سواد و تحصیلات و درآمیختگی حیات اجتماعی با انواع داده‌های مکتوب و تکامل شیوه‌های تسجیل آن‌ها موجب شده است تا نوشته نقش موثرتری را در زندگی مردم پیدا کند. به ویژه قانون‌گذار هم برای مکتوبات، ارزشی بیش از منقولات قائل شده است، بنابراین در عقد نکاح جانشینی کتابت به لفظ برای بیان اراده، مطابق مقتضیات زمان و قوانین جدید است (صفائی و امامی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۴۷).

ج) دلیل تأکید قانون‌گذار بر انعقاد نکاح از طریق تلفظ، اطمینان از انعقاد عقد و پیدایش رابطه زوجیت است، در غیر این صورت، دلیلی نداشت تا «الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید» را معتبر بدانند (ماده ۱۰۶۲ ق.م). امروزه با گذشت زمان و پیدایش وسایل نوین، کتابت به نحو مطلوب‌تری دلالت بر انعقاد عقد می‌کند و موید برقراری رابطه زوجیت میان طرفین است. با این همه، احتیاط در مساله نکاح و لزوم رعایت حریم‌ها در این عقد، باعث شده است تا فقها نکاح از طریق کتابت را جایز ندانند. اگر این احتیاط را بپذیریم و این اشکال مهم را وارد ندانیم که اصل احتیاط در این جا منافی با اطلاقات و عموماً است؛ عقودی که از طریق پست الکترونیک منعقد گردند به جز مشکل نخست یعنی دارا نبودن پیوستگی عرفی، با مشکلی دیگر یعنی نبود لفظ رو به رو هستند. هم‌چنین عقدهای صورت یافته از طریق چت نوشتاری (هم‌زمان) با همین اشکال روبروست و نمی‌تواند از نظر فقهاء صحیح ارزیابی گردد.

۲. عدم توالی عرفی ایجاب و قبول در عقد نکاح در فضای سایبر

اکنون که نحوه اعلام ایجاب و قبول با استفاده از وسایل الکترونیک مورد بررسی قرار گرفت. ضروری است تا به تطابق ایجاب و قبول از حیث توالی و تقدم در عقد نکاح در فضای سایبر و تشریفات این عقد در محیط مجازی پرداخته شود.

با توجه به آنکه از دیرباز تشکیل عقد مستلزم توالی ایجاب و قبول دانسته شده و از طرفی امکان تقدم هر یک از آن دو بر دیگری مورد بحث قرار گرفته، به نحوی که تشکیل عقد را تحت تأثیر قرار می‌دهد، موضوع را مورد بحث قرار می‌دهیم. توالی یعنی فاصله‌ی میان ایجاب و قبول در عقد نباید بیشتر از حد معمول و متعارف آن باشد (کاتوزیان، حقوق خانواده، همان، ص ۱۷۳؛ شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۱۵۶). قانون مدنی در مورد شرایط صحت عقد نکاح در ماده ۱۰۶۵ اعلام می‌دارد «توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است». به عبارت دیگر: اگر قبول فاصله‌ای غیرمتعارف با ایجابی که توسط زوجه و یا نماینده قانونی وی انجام شده داشته باشد، یعنی فاصله‌ی بین ایجاب و قبول عرفاً از آن حدی بیشتر نباشد که قبول را مربوط به ایجاب ندانند عقد نکاح باطل است.

در استدلال شرط موالات ایجاب و قبول، گفته می‌شود که عقد ترکیبی است از الفاظ

ایجاب و قبول. از این رو برای اینکه اجزاء پیوسته باشند و به صورت یک کلام واحد درآید، باید بین ایجاب و قبول موالات وجود داشته باشد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۱۷۵). این قاعده در عقد نکاح در فضای سایبر نیز مورد پذیرش است و وجود وقفه در ایجاب و قبولی که از طریق وسایل الکترونیکی اعلام می‌شود متعارف بوده و خود نوعی توالی ایجاب و قبول به شمار می‌رود. با توجه به تأکید فقهاء و حقوق‌دانان بر عرفی بودن توالی ایجاب و قبول، در ایجاب و قبول عقد نکاح در فضای سایبر نیز عرف ملاک عمل است، لیکن عرفی که مختص وسایل الکترونیک است.

در قانون مدنی ایران هیچ‌گونه قیدی مبنی بر لزوم بیان ایجاب و قبول در یک مکان و مجلس وجود ندارد؛ حقوق‌دانان نیز اجرای صیغه نکاح را از طریق وسایل ارتباطی هم‌چون تلفن صحیح دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۶۵) و آن گونه که از بیانات فقهای امامیه معلوم شد، فلسفه اتحاد مجلس ایجاب و قبول، رعایت پیوستگی عرفی میان ایجاب و قبول است، در حالی که در فضای مجازی، توالی مزبور به راحتی رعایت می‌گردد و طرفین با وجود آن‌که در مکان جغرافیایی واحدی حضور ندارند، ایجاب و قبول را در فضایی اظهار می‌دارند که در حکم مجلس واحد است. از این رو به راحتی می‌توان در برخی از انواع نکاح اینترنتی که نوشته و صدا و تصویر و یا نوشته و صدا هم‌زمان انتقال می‌یابد، اتحاد مجلس را در فضای مجازی محقق دانست. در جایی هم که فقط نوشته (بدون صدا) به صورت هم‌زمان انتقال می‌یابد اشکالی از نظر عدم اتحاد مجلس نیست.

شایان ذکر است که لزوم اتحاد مجلس در انعقاد عقد در فضای سایبر ناظر به موردی است که متعاقبین در مجلسی واحد حضور ندارند و از طریق اینترنتت مبادرت به انعقاد عقد می‌نمایند. ولی چنانچه زوج و زوجه در مجلس واحد حضور داشته باشند و در آنجا از طریق اینترنت ایجاب و قبول خویش را اعلام نمایند شرط اتحاد مجلس مانعیت ندارد.

۳. عدم صراحت در بیان قصد در عقد نکاح در فضای سایبر

قانون مدنی در مواد ۵۶، ۳۴۰، ۳۵۷، ۳۵۸، ۵۰۱ و ۱۰۶۲ بیان صریح اراده را ضروری دانسته است، اما قانون‌گذار در ارتباط با سایر عقود در خصوص اینکه ایجاب و قبول لزوماً باید به صورت لفظی صورت پذیرد تا عقد منعقد شود قیدی نیاورده. لیکن با توجه به مبانی فقهی

امامیه در ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی صراحتاً بیان داشته است «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». به عبارت دیگر: قانون‌گذار انعقاد عقد نکاح را علاوه بر اعلام توافق، اعمال ایجاب و قبول با اظهار الفاظی که صریحاً قصد و اراده طرفین بر ازدواج را آشکار و مبین نماید، لازم دانسته است. نظر بر اینکه در خصوص ضرورت استعمال لفظ جهت انعقاد عقد نکاح ادعای اجماع شده است و عدّه کثیری از حقوق‌دانان و فقهاء بدون استعمال لفظی که صراحتاً دلالت بر تزویج نماید، قائل به انعقاد عقد نکاح نیستند و از آن هم فراتر گروهی از آنان رعایت صیغهی خاص آن هم به صورت ماضی را جهت انعقاد عقد به ویژه به صیغهی عربی لازم دانسته‌اند و چنین لزومی می‌تواند در صورت استفاده از وسایل الکترونیک جهت انعقاد عقد نکاح صحت آن را تحت تأثیر قرار دهد.

در نکاح سایبری نیز ممکن است یکی از متعاقدین اراده جدّی برای انعقاد عقد نداشته باشد و وانمود کند که عقد را منعقد می‌نماید در حالی که مفاد آن را نمی‌خواهد، یا ممکن است اساساً هازل باشد و یا قصد فریب و اغواء طرف مقابل را داشته باشد. بسیاری از جوانان که ساعت‌ها وقت خود را با گردش در فضای مجازی به بیهودگی می‌گذرانند، ممکن است ورود در ارتباط مجازی و اعلام قصد ازدواج و دریافت اطلاعات جنس مخالف را وسیله تفریح یا کنجکاوای خود قرار دهند. در این صورت، این تصور شکل می‌گیرد که نکاح اینترنتی را با توجه به عدم احراز اراده که ناشی از مشاهده نمودن طرف مقابل است، باطل بدانیم. در مقابل این ایده، باید موارد زیر را مد نظر قرار دهیم:

الف) احراز قصد انشاء و اراده جازم متعاقدین از طریق قرائنی چون مشاهده اعمال و اقوال متعاقدین امکان‌پذیر است. در صورت وجود الفاظ و عبارات متعارف که دلالت بر انعقاد عقد می‌نماید بر پایه اصل ظهور و بنای عقلا، باید اصل را بر انعقاد عقد گذاشت و از مدعی عدم انعقاد، دلیل خواست. چنین امری در نکاح سایبری نیز جاری است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی در این مورد مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

ب) در صورتی می‌توان عقد را صوری پنداشت که اثبات گردد اقوال و نوشته‌های متعاقد ساختگی است. در عرف، الفاظ و نوشته‌ها از ابزارهای اثبات اراده هستند و اثبات صوری بودن آنان به دشواری پذیرفته می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۶۲).

ج) در فضای سایبر نیز همانند فضای عینی، پاره‌ای از قرائن می‌تواند گواه وجود اراده جدی بر انعقاد نکاح باشد. به طور مثال خواستگاری و طی شدن دوران آشنایی پیش از انعقاد عقد، تأییدها و نظارت‌هایی که می‌تواند از طریق اشخاص ثالث صورت پذیرد و به کارگیری امضاء الکترونیکی برای ارسال ایجاب و قبول، می‌تواند اطمینان کافی ایجاد نماید (خوهرسندیان و شنیور، ۱۳۹۲، ص ۸۴-۵۵).

اجرای صیغه عقد به زبان عربی، شرط صیغه ازدواج نیست، ولی اگر به زبان‌های دیگری این صیغه اداء شود، بایستی دلالت بر عقد ازدواج داشته باشد و همچنین ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی به صراحت چنین شرطی را لازم نشمرده است. باید توجه داشت که با هر لفظی که حاکی از مدلول نکاح باشد می‌توان عقد نکاح را انجام داد (بحرانی، ۱۴۰۵، ق، ص ۳۱). در خصوص بکار بردن صیغه خاص در فقه اختلاف نظر وجود دارد، برخی بر این عقیده‌اند که هر لفظی که رساننده مدلول و به نحو صریح بر نکاح دلالت داشته باشد می‌تواند عقد نکاح را انجام دهد و قانون مدنی نیز همین نظر را پذیرفته است (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۱۶۸) و قبول با هر لفظی که دال بر مقصود باشد کافی است. مشهور فقهاء انشای صیغه ازدواج با استفاده از افعالی که بر زمان گذشته دلالت دارند را شرط دانسته‌اند. به نظر می‌رسد علت لازم دانستن این شرط، دلالت تام و تمامی است که صیغه ماضی بر تنجیز عقد و بیان قصد صریح و تام بر انشای صیغه دارد.

۴. امکان اشتباه و تدلیس در تعیین متعاقدين و مطالعات فقهی

زوج و زوجه ارکان عقد نکاح هستند و ضرورت تعیین آنها امری مسلم و ضروری است. در این مورد، میان فقهاء و حقوق‌دانان اتفاق نظر وجود دارد. اما پیرامون علت این حکم، گفته شده که: زوجیت بر خلاف مالکیت نمی‌تواند بر امری نامعین اعتبار گردد و وجود واقعی طرفین امری ضروری است در حالی که در بیع اینگونه نیست (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۸۱). همچنین گفته شده که: نکاح رابطه‌ای غیر مالی است که شخصیت متعاقدين از عناصر اساسی آن است، بنابراین متعاقدين باید بدانند که با چه کسی عقد را منعقد می‌نمایند (کاتوزیان، حقوق خانواده، ص ۹۲) و شاید بتوان گفت طرفین در این عقد به منزله عوضین در سایر عقود هستند که باید تعیین شوند. در اینجا وضعیت عقد در صورتی که

یکی از طرفین بعد از اعلام اراده متوجه شود، وصف مقصود منطبق با اطلاعات انتقال داده شده نمی‌باشد. یا عقد فاقد شرطی است که متبانیاً بر آن واقع شده است، مورد بررسی قرار می‌گیرد: اعم از اینکه چنین اشتباهی در محیط مجازی به صورت عمدی صورت گرفته باشد یا غیرعمدی. برای این که تراضی طرفین عقد سبب ایجاد عقد نکاح در فضای سایبر شود، باید اراده طرفین به طور سالم و غیر معیوب ابراز شود.

۵. امکان بروز خطا در فضای مجازی

کلیه واسطه‌های الکترونیکی و سایت‌ها موظف به ایجاد امنیت در شبکه اینترنت هستند و عدم رعایت امنیت و حفاظت از داده‌ها در محیط مجازی، منجر به ورود افراد غیرمجاز و متخلفان به این شبکه می‌شود که می‌تواند اراده سالم طرفین جهت انعقاد عقد را تحت تأثیر قرار دهد. علاوه بر اشتباهاتی که ممکن است از سوی متعاقدین صورت گیرد. این امکان نیز وجود دارد که اطلاعات مبادله شده میان آنها در مراحل انتقال دچار خطا شود و یا مورد دستکاری و تحریف توسط افراد شیاد و هکرها قرار گیرد. ممکن است ایجاب یا قبول قرارداد که به وسیله پست الکترونیکی به عمل می‌آید، به دلیل مشکلات انتقال مانند مغایرت فرصت‌ها، اختلاف زبان و یا صفحه کلید و یا حتی دیواره‌های آتش که ضمیمه‌های پست الکترونیکی را از بین می‌برند، دچار تغییر شود. همچنین ممکن است که هکرها با نفوذ به یک وبسایت محتویات آن را تغییر دهند. در میام همه این اشتباهات، امکان اشتباهات انسانی نیز کماکان وجود دارد. اگر عقد نکاح در فضای سایبر از طریق پست الکترونیک و یا سرویس گفتگوی اینترنتی کتبی منعقد گردد و مشخصات فرد توسط فرد غیرمجاز هک شود و فرد غیرمجاز اقدام به ارسال و دریافت داده پیام نماید و در اینجا مصداق اشتباه در هویت جسمی طرفین حاصل می‌شود و به واسطه اینکه عقد نکاح از عقود مبتنی بر شخصیت طرفین است و شخصیت طرف علت عمده عقد می‌باشد، در چنین حالتی مصداق اشتباه در شخصیت طرف عقد نکاح حاصل و عقد نکاح در فضای سایبر با بطلان مواجه خواهد شد. بروز اشتباه و خطا به هنگام برقراری ارتباط از طریق وسایل الکترونیکی نیز، بسیار شایع است. این خطا یا ناشی از فعل انسانی است و یا ناشی از عملکرد نامناسب و اشتباه سیستم پیام خودکاری است که مورد استفاده واقع می‌شود. ممکن است نامه الکترونیکی، به مقصد

نرسد یا با نقص و تحریف دریافت شود و همچنین، اگر چه پیام الکترونیکی در اغلب موارد، به سرعت به صندوق پست الکترونیکی گیرنده انتقال می‌یابد، با این حال امکان دارد ساختار نرم‌افزار سرویس دهنده دچار اختلال شده و همین امر باعث گردد تا پیام با ساعت‌ها تأخیر دریافت شود. قانون تجارت الکترونیک فاقد یک مقرره خاص در این باره می‌باشد. اما از ماده ۲۰ همین قانون می‌توان چنین برداشت کرد که در صورت صدور پیام از شخصی غیر از اصل‌ساز، داده پیام به وی منتسب نخواهد بود. که در چنین حالتی اساساً نمی‌توان قائل به انعقاد عقد نکاح در فضای سایبر بود.

۶. عدم تنظیم سند رسمی

ثبت نکاح و تنظیم سند رسمی نکاح، طبق مقررات، الزامی است. ممکن است عقد ازدواج در فضای سایبر منجر به تنظیم سند رسمی در دفاتر ازدواج و طلاق نگردد. باید به این نکته توجه داشت که انعقاد هر قسم از نکاح بدون ثبت، به شرط رعایت شرایط اساسی صحت عقد نکاح، صحیح بوده و دارای اثر حقوقی آن است، اما عدم ثبت آن فقط دارای ضمانت اجرای کیفری است. همچنین پاره‌ای از حقوق‌دانان (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۲۱۴) در خصوص رضایی بودن عقد نکاح تردید نموده و با استناد به ضرورت ثبت نکاح آن را در زمره عقود تشریفاتی قلمداد کرده‌اند. ثبت عقد نکاح در فضای سایبر نیز بر فرض قائل بودن به امکان انعقاد آن، از دو جهت ضروری به نظر می‌رسد: اول: با توجه به تکلیف سردفتر ازدواج به احراز هویت زوجین، بیماری‌های مسری و خطرناک، احراز مجرد بودن طرفین در زمان اجرای عقد و... برای زوجین امنیت خاطر ایجاد می‌کند که عقد نکاح با کمترین شبهه نسبت به طرفین عقد انجام شده است. دوم: امکان اثبات وقوع و حقوق ناشی از آن را به زوجین می‌دهد.

نتیجه‌گیری

عقد نکاح در فضای مجازی عبارتند از: بستن پیمان زناشویی و ایجاد آثار حقوقی آن بر مبنای توافق اراده زن و مرد از طریق هر یک از وسایل الکترونیکی - اعم از مخابراتی و رایانه‌ای -، صرف نظر از اینکه آشنایی، خواستگاری و نامزدی آنان از طریق همین وسایل صورت پذیرفته باشد یا به نحو دیگر. عقد نکاح در فضای مجازی مشمول قواعد عمومی قراردادها به ویژه شرایط صحت آن می‌باشد و استفاده از وسایل الکترونیکی جهت انعقاد آن طریقت

دارد و نه موضوعیت؛ با نگاهی اجمالی بر شرایط عمومی و اختصاصی صحت عقد نکاح تا آنجا که انعکاس چنین شرایطی در محیط مجازی و با تکیه بر داده پیام ضرورت دارد، مورد بررسی قرار گرفته است.

به عبارت دیگر اکنون که گسترش وسایل ارتباطی نوین، امکان ارتباط سریع در محیط مجازی را برای انسان فراهم نموده است و موجب آن گردیده تا کاربران به شیوه‌های ارتباطی جدید روی آورند و با توجه به تغییر روش‌های ارتباطی و تغییر در نحوه ارتباط افراد با یکدیگر، نمی‌توان توقع داشت که تمام قراردادها من جمله عقد نکاح، بطور حضوری و الزاماً با استفاده از ادای الفاظ در مجلس عقد صورت گیرد. این امر بدان معنا نیست که منکر امکان انعقاد عقود و قراردادها من جمله عقد نکاح به شیوه سنتی شویم، بلکه باید بپذیریم که ابراز قصد از طریق وسایل ارتباطی جدید نمی‌تواند کاملاً مانند ابراز قصد به شیوه سنتی باشد. از این رو ابراز قصد از طریق وسایل نوین ارتباطی گاهی نه با لفظ صورت می‌گیرد و نه با نوشته (به مفهوم سنتی آن و در محیط کاغذی) بلکه با مواردی مانند اسناد یا سابقه‌های الکترونیکی و یا داده پیام‌هایی روبرو می‌شویم که هیچ‌گونه وجود خارجی ملموس ندارند و تنها امواج و سیگنال‌های الکترونیکی و دیجیتالی هستند.

در واقع این ابراز قصد از ناحیه گوینده با استفاده از الفاظ است ولی از نظر مخاطب، چیزی جز امواج الکترونیکی و دیجیتالی که مجدداً به صوت تبدیل شده‌اند نیست. در برخی از این وسایل، طرفین صدای یکدیگر را می‌شنوند که در این میان تلفن و گفتگوی اینترنتی صوتی یا صوتی و تصویری، به طور تقریباً هم‌زمان و نیز دو طرفه و متقابل هستند و تقریباً شرایط مذاکره حضوری را فراهم می‌کنند. اما پست صوتی به طور یک جانبه است و رابطه هم‌زمان نیز ایجاد نمی‌کند، زیرا هنگامی که لفظ از دهان گوینده خارج می‌شود، ابراز قصد و آگاهی طرف مقابل از آن امر مستقلاً است که کیفیت آن فاقد اهمیت است. به علاوه برای انعقاد قراردادها نیازی به استفاده از الفاظ نیست و با هر وسیله دیگری می‌توان قصد درونی را بیان کرد، حتی در موارد استثنایی همچون عقد نکاح که استفاده از الفاظ الزامی است، نیز مانعی برای انعقاد این عقد با استفاده از تلفن و سایر وسایل نوین ارتباطی که در آن‌ها از الفاظ استفاده می‌شود وجود ندارد.

بدیهی است که احراز سایر شرایط عمومی و اختصاصی صحت عقد نکاح نیز اعم از آنکه به روش معمول منعقد گردد یا با استفاده از وسایل الکترونیکی، بر اساس قانون مدنی ایران، ضرورت دارد. نهایت اینکه در مواردی همچون احراز قابلیت صحی، یا الحاق اذن ولی به هنگام برقراری ارتباط الکترونیکی، داده پیام مبین احراز قابلیت صحی یا احراز اذن ولی از جنبه‌ی شکلی وضعیت متفاوتی دارد که حسب مورد به آن پرداخته شده است.

علاوه بر این از آنجا که صحت عقد نکاح متوقف بر فقدان موانعی است که در قانون مدنی ایران و بر پایه‌ی فقه امامیه استوار است، با نگاهی اجمالی و کلی به موانع نکاح، اختلاف زوجین در دین و تابعیت را به هنگام استفاده از وسایل الکترونیکی مورد توجه قرار دادیم و بررسی آن‌ها به حصول این نتیجه منجر شد که حسب مورد الحاق سند الکترونیکی مربوطه، ضروری می‌باشد.

عمده‌ترین و تنها وجه افتراق عقد نکاح در فضای سایبر از عقد نکاح سنتی، استفاده از وسایل الکترونیکی جهت ابراز بیان اراده است و نظر به اینکه به موجب ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی ایران «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید»، ایجاب در عقد نکاح در فضای سایبر، عبارت از اعلام قصد ازدواج اصل‌ساز (گوینده) از طریق وسایل الکترونیکی اعم از مخابراتی و رایانه‌ای با مخاطب خود می‌باشد. باید توجه داشت که ایجاب شکل ویژه‌ای ندارد و ممکن است به طور حضوری بیان شود یا از طریق فاکس، پست، تلفن، وب سایت‌ها و یا پست الکترونیکی اظهار گردد. قبول، عبارت است از: بیان قصد مخاطب ایجاب به متعهد شدن به شرایط ایجاب. به عبارت دیگر قبول: به معنی رضای بدون قید و شرط به مفاد ایجاب است. قبول در عقد نکاح در فضای سایبر، عبارت از اعلام قصد پذیرش ازدواج اصل‌ساز (گوینده) از طریق وسایل الکترونیکی اعم از مخابراتی و رایانه‌ای با مخاطب خود می‌باشد. اثر مهم انجام ایجاب و قبول به شیوه الکترونیکی، تشکیل عقد نکاح و التزام طرفین به تعهدات ناشی از آن است.

منابع

۱. آهنی، بتول. (۱۳۸۴). انعقاد و اثبات قرارداد الکترونیکی، دانشگاه تهران، پایان نامه دکترا.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۵ ق). لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزة.
۳. امامی، اسدالله... و صفایی، حسین. (۱۳۸۰). حقوق خانواده، جلد ۱، تهران، نشر مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ یازدهم.
۴. امامی، حسن. (۱۳۸۷). حقوق مدنی، جلد چهارم، تهران، نشر اسلامیه، چاپ شانزدهم.
۵. بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناظره، نشر مؤسسه جماعه المدرسین، چاپ اول.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰). ترمینولوژی حقوق، تهران، نشر گنج دانش.
۷. حکیم، محسن. (۱۳۹۱ ق). مستمسک العروه الوثقی، چاپ نجف.
۸. خورسندیان، محمدعلی و قادر شنیور. (۱۳۹۲). واکاوی مبانی فقهی و حقوقی جواز انعقاد نکاح در فضای سایبری، مجله مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۴، شماره ۶، شماره پیاپی ۶، صص ۵۵-۸۴.
۹. خوئی، سیدابوالقاسم. (۱۴۰۴ ق). کتاب النکاح، ج ۲، نجف، مطبعه الآداب - مدرسه دارالعلم.
۱۰. رضائی، علی. (۱۳۸۷). حقوق تجارت الکترونیکی، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۱۱. السان، مصطفی. (۱۳۸۴). تشکیل قراردادهای الکترونیکی، فصل نامه پژوهش نامه بازرگانی، شماره ۳۶.
۱۲. سماواتی، حشمت‌الله. (۱۳۸۲). حقوق معاملات بین‌المللی نظری و کاربردی، جلد اول، تهران، نشر ققنوس، چاپ سوم.
۱۳. شایگان، علی. (۱۳۷۵). حقوق مدنی، قزوین، نشر طه، چاپ اول.
۱۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰). تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد ۱، تهران، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول.
۱۵. صفایی، حسین و امامی، اسدالله. (۱۳۸۳). حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. صفایی، حسین. (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۱۷. فهیمی، عزیزالله. (۱۳۸۸). مبانی و قلمرو اصل صحت در معاملات، انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول.
۱۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ پنجم.

۱۹. _____ (۱۳۸۸). حقوق خانواده، جلد اول و دوم، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول.
۲۰. کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۳ق). جامع المقاصد فی شرح قواعد، چ اول، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۲۱. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۴). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ پنجم.
۲۲. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۹). بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفتم.
۲۳. معین، محمد. (۱۳۷۲). فرهنگ معین، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۲۴. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه، قم، نشر آل بیت، چاپ اول.
۲۵. نوید، رهبر. (۱۳۸۲). تشکیل قراردادهای الکترونیکی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشکده شهید بهشتی، پایان نامه کارشناسی ارشد.

