



حقوق خانواده کاربردی (ماهوی)

به انضمام نکات کاربردی
نمونه آرای قضایی دعاوی خانوادگی

مؤلف

میرحیدر میرنقی زاده

پژوهشگر دکتری حقوق خصوصی، قاضی دادگستری و

مدرس دانشگاه

اکبر صفری

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه

تهران

عضو انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد

با دیباچه

دکتر علی تقی زاده

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه

طباطبایی

انتشارات قانون یار

۱۳۹۷

غمزه ی او هستی من*

اوست مراد مرد و داد

پیشه بی منت اوست

نیک بین رفته عفاف

پادشه قلب من اوست

اشارتش کن فیکون

هستی من غمزه اوست

دل بسته ای به که رفیق؟

مرگ و حیات بسته به اوست

غیر خدا دل شکن است

دلدار من تنها هم اوست

جنت فقط بهانه ای
بهشت من رضای اوست

حق ابدی و ازلی است
پایان هست آغاز اوست

در آینه حق بین شویم
روح بشر از جنس اوست

دنیاست جولانگاه نفس
افسار نفس کلام اوست

او آگه از نهان ما
ستار عیب ما هموست

ای روح قدسی تنم
شادی تو از وصل اوست

دل چشم سرگردان من
در طلب جمال اوست

جان از تبار سبز رنگ
قلب من از دریای توست

حیدر بخور باده وصل
مرگ تنم دیدار اوست

• شعری از دکتر میرحیدر میرنقی زاده

علائم اختصاری

قانون حمایت خانواده ق.ح.خ

قانون اساسی ق.ا

قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب

ق.ت.د.ع.ا

قانون آیین دادرسی مدنی ق.آ.د.م

قانون مدنی قانون مدنی

قانون اجرای احکام مدنی ق.ا.ا.م

قانون امور حسبی ق.ا.ح

قانون شوراهای حل اختلاف ق.ش.ح.ا

قانون مجازات اسلامی ق.م.ا

اداره کل حقوقی قوه قضاییه ا.ح.ق

به همان منبع قبلی رجوع کنید همان

رجوع کنید ر.ک

صفحه

ص

صفحات

صص

مقدمه مولّفان :

اهمیت خانواده و اثر انکارناپذیر آن در سلامت انسان و اجتماع باعث شده است هر یک از علوم مختلف از دیدگاه ویژه خود به آن پردازند. علم حقوق نیز به نسبت ابعاد مطالعاتی خود به ویژه گرایش حقوق خانواده به عنوان پرچمدار و جلودار سایر علوم در تنظیم و ثبوت ارزش های حاکم بر این نهاد ، تحقیقات علمی خاص انجام داده است ولی آنچه حقوق خانواده و حساسیت مطالعاتی این حوزه از علم حقوق را با اهمیت جلوه می دهد ارتباط ناگسستنی حوزه اخلاق و حقوق خانواده بوده که در حوزه های تقنینی و اجرایی (قضایی) عینیت می یابد . و از طرفی تبلور و عینیت بخشیدن به مواد قانونی و مباحث حقوقی در رویه

قضایی حاصل می شود و زمانی امنیت قضایی
بیش از پیش استقرار می یابد و عدالت به شکل
صحیح تری اجرا خواهد شد که متون قانونی از
ابهام و بعضاً تعارضات کمتری برخوردار باشد تا
از صدور آراء متهافت و متناقض که به دلیل
برداشت ها و تفاسیر مختلفی است که قضات در
رسیدگی به پرونده ها و صدور حکم با آنها مواجه
می شوند جلوگیری شود. و همچنین مباحث
حقوقی ، خاصه موضوعات حقوق خانواده به
لحاظ خشک و خالی بودن آن در قالب قوانین
موضوعه نباید صرفاً به صورت تئوری و کلاسیک
بیان و نگاشته شود بلکه تحولات متد آموزشی در
علوم نوین بیانگر شیوه تلفیقی علوم در آموزش و
یادگیری می باشد به تعبیر دیگر بین موضوعات

تئوری و عملی بایستی آشتی انجام گیرد تا رویه های عملی در قالب مدل های مختلف در کنار مباحث تئوریک مورد بحث قرار گرفته و آورده شود .

در مجموعه حاضر موضوعات حقوق خانواده باتوجه به تقسیم بندی مقنن ذیل ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱ ؛ دعاوی مزبور در گفتارهای مستقل مشروحا مورد بررسی قرار گرفته و ضمن ارائه نکات کاربردی و توضیحات علمی در ذیل هر گفتار جهت آشنایی و استفاده مخاطبان به ویژه قضات ، وکلا و دانشجویان حقوق ؛ نمونه هایی از آراء و قرارهای قضایی مشابه آورده شده است .

در قسمت تئوری مباحث، اینجانبان نخست به بررسی مفهوم، عناصر و قواعد خاص آن بحث از دیدگاه حقوق موضوعه پرداخته و در کنار قوانین موضوعه نسبت به موضوع گفتار از دیدگاه های ارزشمند اندیشمندان و حقوقدانان این حوزه بهره برده ایم. همچنین بعد از هر موضوعی تحت عنوان « نکات کاربردی » پیرامون موضوع، نکات تحلیلی - مفهومی کاربردی را به رشته ی تحریر در آورده و متناسب با موضوع بحث در هر گفتار نمونه هایی از آراء و دستورات قضایی را جهت آشنایی عملی آورده ایم که در خصوص نکات کاربردی و گنجاندن آراء قضایی در مجموعه حاضر موارد ذیل قابل تامل به نظر می رسد:

شاید این تصور باطل به ذهن برسد که قانون
مکتوب پیوسته روبه کمال می رود و تحلیل متون
قانونی به شکل تئوریک روز به روز با توجه به
پراکندگی و تورم قوانین ، امری حیاتی و ضروری
باشد. ولی از طرفی تجربه و رویه قضایی در داخل
محاکم ، و آمارها و تجربیات آموزشی در مراکز
دانشگاهی (مدرسه حقوق) از طرف دیگر ،
بیانگر شکست تحلیل تک بعدی تئوری مفاهیم
قانونی است ؛ چرا که در جامعه مدرن امروزی ،
مجموعه های قوانین تنها بخش ناچیزی از واقعیت
های زندگی بشری را تحت چتر حمایتی خود قرار
می دهد و درباره آنها حکم صریح دارد. بخش
عمده تر یا قانونی ندارد یا حکم مربوط به آن
مجمل و غیر صریح و نارسا است . در همین بخش

است که رویه قضایی و ارائه آراء قضایی صادره
ذیل مباحث تئوری به عنوان تکمیل کننده خلأ
مزبور ، جلوه گری می کند. سیستم آموزشی و
آکادمیک علم حقوق خاصه در کشور ایران ؛
طوری پایه ریزی شده است که فارغ التحصیل
حقوق نیز در لابلای مباحث نظری با مسیرهای
گنگ و ابهام زا مواجه گردیده و حتی بعد از فارغ
التحصیلی در کسوت دادرس، وکیل یا مشاور با
انبوهی از ناآشنایی به مسائل کاربردی مواجه می
شوند. چراکه واحدهای درسی گذرانده شده در
دانشکده صرفاً جنبه نظری داشته و دانش پژوه
حقوق را از آنچه در داخل محاکم می گذرد
بیگانه می کند تا پایه پای نظریات حقوقی ، یافته
های قضایی مجری قانون (دادرس) را فرا گیرد.

به فرموده استاد فرزانه حقوق مرحوم دکتر کاتوزیان ، حقوق زنده را باید از دهان قاضی شنید بدین ترتیب حقوق واقعی را نباید صرفاً در متون قانونی بررسی کرد. زیرا رای دادگاه و نظر قضایی قاضی در رای صادره در کنار قوانین نظری ، قواعدی زنده و پویا بوده که به تدریج تغییرهایی در حوزه قوانین می دهند که نباید از نظر صاحبان فن علم حقوق غافل بماند. حقوق خانواده از طرفی به جهت پراکندگی و تورم قوانین مربوطه و وجود موارد اجمالی و گاهی نبود قانون ؛ ضرورت تدوین کتابی با رویکرد گفته شده تئوری – کاربردی را دو چندان می نماید. چرا که به لحاظ بروز مسائل نو و نهادینه شدن ارزش های نو ، مطالعه حقوق خانواده را به گرایش کاربردی و دادگاه محور

سوق می دهد که این تحول و نوگرایی را با کمی
مذاقه می توان با عینیت بیشتری دید .

بنابراین مجموعه ای که اینک با عنوان « حقوق
خانواده کاربردی » تقدیم می شود ، در کنار
مسائل نظری ، دید کاربردی و آزمایشگاه عملی
به موضوعات حقوق خانواده دارد و آوردن نمونه
های آراء قضایی ضمن فواید آموزشی ، از گذر
حقوق نظری به حقوق کاربردی ، ارتباط دهی
مطلوب ایجاد نموده تا مطالعه تطبیقی موضوعات
حقوق خانواده (نظری - کاربردی) ضمن
برجسته شدن استدلال و قواعد اعمال شده در رای
دادرس در نظر اربابان فضل ، قضات و وکلای
محترم نیز افق های تازه ی علمی بگشاید. اینک
جلد اول حقوق خانواده کاربردی (ماهوی)

تقدیم جامعه حقوقی گردیده و موضوعات
دادرسی و شکلی دعاوی خانوادگی در جلد دوم
در آینده پس از تکمیل به شیوه کاربردی تقدیم
خواهد گردید. در پایان این مقدمه ، بر خود
واجب می دانیم که از زحمات ارزشمند مدیریت
انتشارات قانون یار که همواره با راهنمایی و
همکاری های بی بدیل خویش ما را در نشر این
اثریاری نمودند تشکر و قدردانی نماییم.

مهرماه ۱۳۹۷

دکتر میرحیدر میرنقی زاده – اکبر صفری

m.hmirnagizade@gmail.com

akbarsafari316@gmail.com

فهرست مطالب

مقدمه مؤلفان :

فصل اول

مبانی حقوق خانواده (نکاح)

بخش اول : نکاح و آثار حقوقی آن

مبحث نخست : نامزدی و خسارات ناشی از

برهم زدن آن

گفتار نخست : نکات کاربردی

بند نخست – خسارات ناشی از برهم زدن

نامزدی و موضوعات پیرامون آن

بند دوم – استرداد هدایا و طلاجات

نامزدی

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

گفتار نخست : نکات کاربردی

بند نخست – نکاح دائم

بند دوم – نکاح موقت

بند سوم – اذن در نکاح

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

مبحث سوم : شروط ضمن عقد نکاح

گفتار نخست : نکات کاربردی

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

مبحث چهارم : ازدواج مجدد

گفتار نخست : نکات کاربردی

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

مبحث پنجم : جهیزیه

گفتار نخست : نکات کاربردی

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

مبحث ششم : مهریه

گفتار نخست : نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث هفتم : نفقه زوجه و اجرت المثل

ایام زوجیت

گفتار نخست : نکات کاربردی

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

مبحث هشتم : تمکین و نشوز

گفتار اول : نکات کاربردی

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

بخش دوم : طلاق و آثار حقوقی آن

مبحث نهم : طلاق، رجوع، فسخ و انفساخ

نکاح، بذل مدت و انقضای آن

گفتار اول: نکات کاربردی

الف: طلاق

ب: رجوع

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث دهم: حضانت و ملاقات طفل

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

مبحث یازدهم: نسب

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث دوازدهم: رشد، حجر و رفع آن

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث سیزدهم: ولایت

قهری، قیمومت، امور مربوط به ناظر و امین

اموال محجوران و وصایت در امور مربوط به
آنان

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث چهاردهم: نفقه اقارب

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث پانزدهم: امور راجع به غایب

مفقود الاثر

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث شانزدهم: سرپرستی کودکان بی

سرپرست

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث هفدهم: اهدای جنین

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

مبحث هجدهم: تغییر جنسیت

گفتار اول: نکات کاربردی

گفتار دوم: نمونه آراء قضایی

منابع و مأخذ

جزورات ، مقالات و روزنامه ها

مجموعه قوانین

فصل دوم

ضمائم

نمونه مسائل امتحانی

فصل اول

مبانی حقوق خانواده (نکاح)

بخش اول : نکاح و آثار حقوقی آن
مبحث نخست : نامزدی و خسارات ناشی
از برهم زدن آن

در مواردی که دوشخص تصمیم به بستن پیمانی گرفته اند و در خصوص شرایط اساسی و حتی فرعیات باهمدیگر توافق نموده اند . گاهی به دلایل خارجی نمی توانند پیمان نهایی را به طور قطع واقع سازند . پس ، برای اینکه زمینه را آماده سازند و در آینده نیز به وقوع قرارداد مطمئن باشند ، در برابر هم تعهد می کنند که آن را در مدت معین و با همان شرایط مورد توافق منعقد سازند این پیمان

مقدماتی را « وعده قرارداد » یا « پیش قرارداد » می نامند.^۲ ولی معنی عرفی نامزدی این است که پسر و دختر ، هم آمادگی خود را برای ایجاد خانواده اعلام می دارند و هم ملتزم می شوند که همسر یکدیگر شوند. در خصوص اصل لزوم نامزدی در قالب یک عقد بین دکتترین حقوقی اجماع وجود دارد ولی به نظر برخی از بزرگان حقوق به دست کردن حلقه ی نامزدی تنها اعلام ساده تصمیم بر زواج نیست ، نشانه اراده جدی بر حفظ این تصمیم است و نباید چنین پنداشت که نامزدی وعده ساده یا نوید اخلاقی است و اثر حقوقی ندارد.^۴ در مقابل

^۱ Promise of contract

^۲ ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق خانواده (تهران: نشر میزان) ص ۳۹، چاپ هشتم، زمستان ۱۳۹۰.

^۳ nomination Promise of

^۴ ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق خانواده، پیشین ، ص ۴۰

برخی عقیده دارند چون نکاح^۱ قراردادی مهم است و آثاری خطیر به بار می آورد، قانونگذار به زن و مرد امکان داده است که تا آخرین لحظه قبل از وقوع عقد، از تصمیم خود بازگردند و وعده ی ازدواج را برهم زنند. انصراف از یک تصمیم نسنجیده و خلف وعده ی زناشویی، هرچند که از نظر اخلاق مذموم باشد بهتر از آن است که زن و مرد، خانواده ای متزلزل و ناهماهنگ و بدبخت تشکیل دهند و یک عمر در رنج و سختی زندگی کنند بنابراین از نظر قضایی هیچ یک از نامزدها نمی توانند نامزد دیگر را مجبور به ازدواج نمایند^۲ و صرف خودداری از ازدواج، مجوز مطالبه

^۱ Marriage

^۲ سید حسین صفائی و اسدالله امامی، حقوق خانواده «نکاح و انحلال آن»، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران)، ص ۳۱، جلد اول، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۳.

خسارت نیست که مطالبه خسارت نامزدی موارد متعددی را در بر می گیرد.^۱ یکی از موضوعات بحث برانگیز نامزدی این است که آیا می توان برای جبران خسارت ناشی از بهم زدن وعده ی نامزدی وجه التزام^۲ معین کرد که در این خصوص حقوق برخی از کشورها با نص صریح مخالف چنین التزامی بوده اند و مقنن کشور ما نیز در خصوص وجه التزام موضع واضح و روشنی نداشته و سکوت اختیار کرده است . که در خصوص وجاهت قانونی و اعمال وجه التزام بر متخلف نامزدی برخی از حقوقدانان با توجه به قواعد عمومی بین موارد مختلف تفکیک قائل می شوند:

^۱ Claims for damages

^۲ شرایط مطالبه خسارت ناشی از بهم زدن نامزدی در بندهای پیش رو مشروحا آورده خواهد شد.

^۳ Compensation

فرض اول این است که اگر غرض از تعیین وجه التزام این باشد که به محض بهم خوردن نامزدی، از جهت صرف امتناع از وصلت، متعهدله بتواند آن را مطالبه کند، بی شک این وجه التزام معتبر نخواهد بود زیرا مخالف اصل آزادی نامزدها در ازدواج و ماده ۱۰۳۵ ق.م است که یک قاعده امری به شمار می آید. نیز فرض دوم را این می دانند که اگر مقصود این باشد که در صورت بهم خوردن وعده ی ازدواج بدون علت موجه و با اثبات این امر از جانب زیان دیده، وجه التزام قابل مطالبه باشد.^۱ برخی دیگر نیز در صورت پیش بینی وجه التزام آن را الزام آور ندانسته و به جهت فسخ نامزدی اثر شرط (وجه التزام) فی مابین نامزدها

^۱ سید حسین صفائی و اسدالله امامی، حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، پیشین،

از بین می رود.^۱ در گرو عدم تحقق نامزدی دعاوی متعددی قابل تصور است از جمله دعاوی مطالبه خسارت ، استرداد هدایا و طلاجات^۲ می باشد که در قسمت نکات به شرایط و اوصاف دعاوی مزبور اشاره می گردد.

گفتار نخست : نکات کاربردی

بند نخست – خسارات ناشی از برهم زدن نامزدی و موضوعات پیرامون آن

۱- خواستگاری عبارت از این است که از زنی تقاضای ازدواج کند. اگر زنی از مردی خواستگاری کند برخلاف عرف و عادت معمول است ولی از ماده ۱۰۳۴ ق.م به هیچ وجه ممنوعیت چنین خواستگاری استنباط نمی شود از نظر شرعی

^۱ ناصرکاتوزیان، همان، ص ۴۴.

^۲ Refund gifts and gems

نیز اشکالی ندارد هرچند توصیه شده بهتر است پیشنهاد نکاح از سوی مرد مطرح شود زیرا با خصوصیات و فطرت زن مطابق است و طبیعت مرد نازکشی و طبیعت زن ناز کردن است.

۲- در کتب فقهی از خواستگاری تحت عنوان خطبه (به کسر خاء و سکون ط) یاد شده است .

۳- خواستگاری ممکن است به تصریح (واضح) یا به تعریض (به کنایه) صورت گیرد برای مثال وقتی مردی می گوید: « می خواهم با تو ازدواج کنم » ، خواستگاری صریح می باشد اما زمانی که مردی می گوید: « شما زن زیبایی هستید » یا « خیلی از مردان مشتاق وصلت با شما هستند » ، به نوعی خواستگاری با کنایه و ضمنی صورت گرفته است.

۴- از زن شوهر دار و زنی که در عده رجعیه است ، خواستگاری ممنوع و حرام است لیکن از زنی که در عده سه طلاقه است ، از سوی زوج به تعریض و تصریح و از سوی سایرین به تصریح ممنوع است.

۵- خواستگاری از زنی که در عده وفات است به حکم آیه شریفه ی ۲۳۵ سوره مبارکه بقره « و لا جناح علیکم فیما عرضتم به من خطبه النساء » به تعریض جایز بوده ولی به تصریح ممنوع است.

۶- خواستگاری از نامزد شخص دیگر از حیث قانون مدنی جایز بوده لیکن از نظر برخی فقها حرام است ولی حتی با فرض حرام بودن این امر چنانچه ، شخصی از نامزد دیگری خواستگاری کند و منجر به انعقاد عقد نکاح نیز شود چنین

عقدی باطل نیست ؛ هر چند مرتکب چنین امری
شایسته عقاب اخروی باشد.

۷- خواستگاری مقدمه نامزدی و نامزدی مقدمه
نکاح و محرمیت زوجین است.

۸- هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد می
توان خواستگاری نمود. در عقود غیر از نکاح
قانونگذار به بیان شرایط صحت عقد پرداخته است
که شامل شرایط عمومی موضوع ماده ۱۹۰ ق.م و
شرایط اختصاصی هر عقد براساس اقتضائات آن
عقد می باشد که همه این شرایط ، به نوعی شرایط
ایجابی (وجودی) می باشد. لیکن در عقد نکاح
علاوه بر شرایط ایجابی ، شرایط سلبی (عدمی)
هم ذکر شده است که عنوان شرایط اخیر در قانون
موانع انتخاب شده است.

۹- موانع نکاح برای خواستگاری در قانون موارد مختلفی را دربرمی گیرد که برای مثال ؛ زن شوهردار یا زنی که از محارم نسبی و سببی شخص محسوب شود و همچنین زنی را که در عده رجعیه باشد نمی توان خواستگاری نمود.

۱۰- نامزدی دارای دو مفهوم قانونی و عرفی بوده لیکن نامزدی فاقد حقیقت شرعیه بوده و از حقوق غرب اقتباس شده است. اما به هر حال نامزدی مختص نکاح دائم بوده و در نکاح موقت موضوعیت ندارد.

۱۱- مفهوم قانونی نامزدی بازه ی زمانی میان وعده ازدواج تا لحظه انعقاد عقد نکاح دائم و محرمیت شرعی زوجین و ایجاد علقه زوجیت بین آنان می باشد لیکن مفهوم عرفی نامزدی، بازه ی

زمانی بین لحظه انعقاد عقد نکاح دائم تا آغاز زندگی مشترک زوجین زیر یک سقف می باشد. برای تبیین بیشتر این دو مفهوم، نمودار ذیل قابل توجه است.



مفهوم قانونی نامزدی ، مفهوم کلاسیک و سنتی می باشد به این معنا که در حقوق موضوعه ایران (قانون مدنی ، قانون حمایت خانواده و قوانین مرتبط دیگر) به تبع حقوق غرب به دوره قبل از تشکیل عقد نکاح دائم اطلاق می گردد لیکن با تغییرات شرایط اقتصادی ، اجتماعی و فرهنگی

جامعه ایران و پیچیده شدن امر ازدواج مفهوم جدید و به تعبیری مدرن از نامزدی در جامعه پدیدار شده است که ناشی از سختی های ازدواج و تهیه مقدمات شروع عملی زندگی مشترک می باشد؛ مرد باید به دنبال تهیه منزل مستقل با امکانات متعارف باشد و زن باید به دنبال تهیه جهیزیه آبرومند در آغاز زندگی مشترک باشد و چه سخت است فراهم شدن این ملزومات برای جوانان. هرچقدر توقعات انسانی بالا می رود و چشم و هم چشمی متداول تر می شود بازه ی زمانی نامزدی طولانی تر می شود.

۱۲- قواعد راجع به نامزدی از ماده ۱۰۳۵ تا ۱۰۴۰ قانون مدنی می باشد. این مواد ظاهراً از مواد ۹۰ تا ۹۵ قانون مدنی سوئیس الهام گرفته است

لیکن به نظر می رسد دو ماده ۱۰۳۶ و ۱۰۳۹ با این تصور که با فقه امامیه در تعارض است ، در اصلاحات قانون مدنی حذف شده است.

۱۳- وعده ازدواج (نامزدی) ایجاد علقه زوجیت نمی کند .

۱۴- نامزدی همان وعده ازدواج قراردادی است که بین دو نفر به منظور ازدواج در آینده منعقد می گردد.

۱۵- نامزدی را نمی توان یک تعهد اخلاقی صرف دانست چرا که دارای برخی آثار قانونی می باشد اما در این زمینه نظریه مخالف نیز وجود دارد.

۱۶- بدین ترتیب نامزدی ماهیتاً یک قرارداد است اما قراردادی جایز که هر یک از طرفین اگر بخواهند می توانند آن را فسخ کنند هر چند قبل

از جاری شدن صیغه نکاح ؛ مهریه مورد توافق پرداخت گردیده باشد.

۱۷- برهم زدن نامزدی و عدم پابندی به توافقات قبل از نکاح موجب مطالبه خسارت نیست مگر تحت شرایطی . بدین توضیح که اگر برهم زدن نامزدی مقرون به تقصیر باشد ایجاد مسئولیت می کند .

۱۸- مبنای الزام به جبران خسارت ناشی از برهم زدن نامزدی ؛ قواعد مربوط به تسبیب است نه قرارداد نامزدی. بدین ترتیب در این نوع دعوی مطابق قواعد عمومی ، مسبب تقصیر ، باید جبران ضرر نماید.

۱۹- اثبات تقصیر در دعوی مطالبه خسارت وارده ناشی از برهم زدن نامزدی ؛ بر طبق قواعد

عمومی بر عهده زیان دیده است و نامزدی که وعده ازدواج را به هم زده است الزامی در اثبات موجه بودن عمل خود ندارد.

۲۰- میزان خسارات قابل مطالبه ناشی از برهم زدن نامزدی اولاً مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی و حسب عرف تعیین می گردد و دوماً خسارات قابل مطالبه حسب شرایط محدود به زیان های مادی نیست و خسارات معنوی را هم شامل می شود.

۲۱- وعده نکاح ، رابطه زناشویی ایجاد نمی کند بنابراین رابطه جنسی دختر و پسر در دوران نامزدی نامشروع بوده و هرگاه فرزندی به وجود آید ، در نظر قانون طفل نامشروع و طبیعی است هرچند که نامزدی نیز منتهی به ازدواج آن دو شود .

۲۲- وعده نکاح الزام آور نیست بدین ترتیب اصل حاکمیت اراده در باب نکاح ، به خاطر حفظ سلامت خانواده و تامین آزادی کامل نامزدها ، اجرا نمی شود و ماده ۱۰ قانون مدنی نمی تواند مستند الزام متعهد قرار گیرد.

۲۳- وجه التزام در وعده نکاح از دیدگاه حقوقدانان آثار حقوقی دارد. برای مثال مردی تعهد می کند که دختری را به همسری بگیرد و در قرارداد ملتزم می شود که در صورت تخلف مبلغی به عنوان « وجه التزام »پردازد یا خریدار ملکی ضمن سند رسمی ملتزم می شود که دختر فروشنده را به همسری بگیرد و در صورت تخلف وجه التزام بدهد . پاره ای از حقوقدانان این وجه التزام را قابل مطالبه می دانند و استدلال می کنند که ،

بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی ، قراردادهای خصوصی اگر مخالف صریح قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد نافذ است . و در دید این گروه ، تعهد به نکاح مانند تعهد به انجام معاملات است و می توان نامزد را به وسیله دادگاه به نکاح یا پرداخت وجه التزام اجبار کرد در مقابل عده ای قراردادن وجه التزام در وعده نکاح را وفق منطوق ماده ۱۰۳۵ قانون مزبور باطل می دانند .

بند دوم - استرداد هدایا و طلاجات نامزدی

۱- هر یک از نامزده ها می توانند در صورت به هم خوردن نامزدی ، هدایای داده شده را به منظور وصلت منظور داده اند مطالبه و مسترد نمایند و اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق

قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگه داشته می شود.

۲- وفق ماده ۱۰۳۷ ق. م تلف هدایای موضوع نامزدی که عادتاً نگه داشته می شوند بدون تقصیر (تعدی یا تفریط) طرف دیگر قابل مطالبه نیست.

۳- چنانچه برهم خوردن نامزدی به واسطه ی پشیمانی باشد؛ اگر عین هدایا باقی باشد همان عین باید مسترد گردد و اگر عین هدایا باقی نباشد در صورتی که این هدایا جزء اموال مصرف شدنی بوده اند لازم نیست چیزی پرداخت گردد و اگر جزء اموال مصرف نشدنی بوده اند باید قیمت آنها پرداخت شود.

۴- اگر هدیه مالی باشد که عادتاً نگه داری می شود مانند حلقه نامزدی و در اثر تقصیر گیرنده

هدیه تلف گردد و نامزدی با مرگ یکی از دو نامزد بر هم خورد قیمت هدیه قابل مطالبه نیست خواه متوفی ، دهنده هدیه باشد یا گیرنده آن . به تعبیر دیگر اگر برهم خوردن نامزدی به واسطه فوت باشد ؛ اگر عین هدایا باقی باشد همان عین باید مسترد گردد و اگر عین هدایا باقی نباشد در هر صورت لازم نیست چیزی مسترد گردد ، چه آن هدایا در شمار اموال مصرف شدنی باشد و چه در شمار اموال مصرف نشدنی .

۵- اصولاً نامه های دوران نامزدی در زمره هدایای این دوران قرار نمی گیرد و از نظر حقوقی نمی توان نامزد را به استرداد نامه ها الزام کرد . البته سوء استفاده از چنین نامه هایی که همراه با ورود ضرر باشد طبق قواعد مسئولیت مدنی ، موجب

مسئولیت نامزد سوءاستفاده کننده و مکلف به جبران خسارت است . البته در خصوص قرار گرفتن نامه ها در زمره سایر هدایا دکترین متفاوتی وجود دارد که در نظر برخی از صاحب نظران ، چنین نامه هایی قابل پس گرفتن است.^۱

۶- عکس ها و فیلم های نامزدی هم نوعی هدیه است نیز در زمره مبحث استرداد هدایا قرار می گیرد.

۷- در جامعه و افکار عمومی بسیار شایع است که تکلیف طلا در طلاق چگونه است یا وضعیت حقوقی طلاهای زن بعد از طلاق چگونه است و به کرات دیده شده که دادخواست استرداد طلا از زوجه تقدیم دادگاه شده است باید گفت که

دادخواست مطالبه طلاجات در اکثر موارد به نتیجه نمی‌رسد همانطور که گفته شد قانون حاکم بر استرداد هدایای زندگی مشترک مواد ۷۹۵ الی ۸۰۳ قانون مدنی است. که این حکم شامل استرداد طلاجات نامزدی هم می‌گردد.

نظریه اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «چنانچه احرار شود که تحویل طلا و جواهرات خریداری شده برای زوجه یا زوج به عنوان هبه یا عاریه در اختیار طرف مقابل گذاشته شده است در صورت اول با توجه به ماده ۸۰۳ قانون مدنی و رعایت بندهای ذیل آن و در صورت دوم با در نظر گرفتن مقررات مربوط به عاریت قابل استرداد است. اما اگر ثابت شود که اشیای مذکور به

صورت هبه معوض رد و بدل شده است در این صورت قابل استرداد نخواهد بود.»

۸- در دعوی استرداد طلاجات به طرفیت زوجه ، اثبات بر عهده زوج می باشد .

۹- دادگاه صالح بر رسیدگی به دعوی استرداد طلاجات ، دادگاه عمومی حقوقی است .

۱۰- در فرضی که طلاجات و فاکتور خرید آنها در ید زوجه است حتی با شهادت شهود و سایر ادله نظیر فیلم مراسم عروسی نیز استرداد طلاجات ممکن نمی باشد.

گفتار دوم : نمونه آراء قضایی

شماره دادنامه : ۹۵۰۹۹۷۴۴۳۶۴۰۱۶۰۶

شماره تنظیم : ۱۳۹۵/۱۲/۱۱

شماره پرونده : ۹۵۰۹۹۸۴۴۳۶۴۰۰۸۴

شماره بایگانی شعبه : ۹۵۰۸۸۴

رای دادگاه

درخصوص دادخواست خانم نازنین ی فرزند
الف با وکالت آقای ح ع بطرفیت آقای رضا
الف سی فرزند ح دایر بر استرداد جهیزیه به
ترتیب لیست تنظیمی و در صورت عدم استرداد به
هر دلیل استرداد مثل یا قیمت بروز مقوم به ۴۰۰
میلیون ریال به علاوه مطالبه خسارات دادرسی ،
با توجه به صورت جهیزیه ابرازی مضبوط در
پرونده که به امضاء خوانده رسیده است و به عنوان
عاریه در اختیار او قرار داشته است و عنایت به
اصل استصحاب ، دادگاه دعوی خواهان را وارد
و ثابت تشخیص داده فلذا به استناد مواد ۶۳۵ ،
۶۴۰ و ۶۴۵ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ ، ۵۱۵ و ۵۱۹

قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۷۹/۰۱/۲۱ ،
خواننده را به استرداد جهیزیه به ترتیب لیست
جهیزیه پیوست دعوی و در صورت تلف شدن هر
یک از اقلام ، تادیه مثل یا قیمت یوم التلف و
پرداخت مبلغ ۷۸۰ هزار ریال از بابت هزینه
دادرسی و حق الوکاله وکیل خواهان طبق تعرفه
قانونی ، جملگی در حق خواهان و پرداخت مابقی
هزینه دادرسی بماند حکم در حق صندوق
دولت محکوم می نماید. رای صادره غیابی بوده و
ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل واخواهی از
سوی خواننده در این دادگاه بوده و سپس ظرف
۲۰ روز از تاریخ انقضاء مهلت واخواهی ریال قابل
تجدیدنظرخواهی از سوی طرفین در محاکم
محترم تجدیدنظر استان می باشد. /.

میرحیدر میرنقی زاده

رئیس شعبه سوم دادگاه خانواده خوی

شماره دادنامه: ۹۶۰۹۹۷۴۴۳۶۴۰۰۵۷۲

تاریخ تنظیم: ۱۳۹۶/۰۴/۱۳

شماره پرونده: ۹۶۰۹۹۸۴۴۳۶۴۰۰۱۸۸

شماره بایگانی شعبه: ۹۶۰۱۹۴

رای دادگاه

در خصوص دادخواست تجدید نظر خواهی

آقای رضام فرزند ب با وکالت آقای ب م

بطرفیت آقای ص و فرزندش با وکالت آقای ع

ص نسبت به دادنامه شماره ۹۵/۱۱۵۹/۲۴ ش

مورخه ۱۳۹۵/۱۱/۲۵ در پرونده کلاسه

۹۵/۷۸۵/۲۴ ش صادره از شعبه بیست و چهارم

شورای حل اختلاف شهر خوی که بموجب آن ،

حکم بر محکومیت تجدید نظر خواهان به استرداد
جهیزیه و پرداخت خسارات دادرسی صادر شده
است ، نظر به اینکه ایراد و اعتراض موجهی که
موجبات نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته را
ایجاب نماید ، غیر از لب تاپ و طلاجات ، ارائه
نشده است و از حیث تشریفات و اصول دادرسی
اشکال اساسی بر آن مترتب نیست ؛ فلذا به استناد
ماده ۲۷ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب
۱۳۹۴ ، دادنامه معترض عنه به غیر از لب تاپ و
طلاجات (اقلام ردیف های ۸۹ و ۹۰ مندرج در
لیست جهیزیه) تایید می شود ؛ لیکن در خصوص
لب تاپ و طلاجات ، با توجه به اظهارات و
دفاعیات طرفین ، اقلام مزبور تحویل زوج نشده
فلذا استرداد آن منتفی می باشد علیهذا ، در

خصوص اقلام اخير الذکر ضمن نقض دادنامه
معارض عنه ، حکم بر بی حقی تجدیدنظر خوانده
(خواهان بدوی) صادر می شود. رای صادره
قطعی می باشد./.

میرحیدر میرنقی زاده

رئیس شعبه سوم دادگاه خانواده خوی

شماره دادنامه : ۹۶۰۹۹۷۴۴۳۶۴۰۰۸۴۳

تاریخ تنظیم : ۱۳۹۶/۰۵/۲۸

شماره پرونده : ۹۶۰۹۹۸۴۴۳۶۴۰۰۴۲۴

شماره بایگانی شعبه : ۹۶۰۴۳۶

رای دادگاه

در خصوص دادخواست آقای جواد ج فرزند
ح با وکالت آقای ج بطرفیت خانم ناهید ا به
خواسته استرداد عین طلاجات و هدایای موضوع

فاکتورهای پیوست دعوی و در صورت تعذر از تحویل عین الزام خواننده به پرداخت مثل یا قیمت ارقام و طلاجات و هدایا به انضمام جمیع خسارات قانونی مقوم به بیست میلیون ریال ، صرفنظر از ماهیت موضوع باتوجه به اینکه مبلغ تقویم خواسته بیست میلیون ریال می باشد و به تصریح بند الف ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ ، صلاحیت رسیدگی به دعاوی مالی راجع به اموال منقول تا نصاب دویست میلیون ریال در صلاحیت شوراهای حل اختلاف می باشد فلذا به استناد ماده مزبور و نیز ۲۶ و ۲۷ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ ، قرار عدم صلاحیت دادگاه خانواده خوی به اعتبار و

شایستگی شورای محترم حل اختلاف خوی
صادر و اعلام می گردد./.

دفتر محترم - پرونده با حفظ کپی از قرار صادره
به نظر ریاست ارجمند حوزه قضائی خوی برسد./.

قاضی شعبه ۳ دادگاه خانواده دادگستری

شهرستان خوی

میرحیدر میرنقی زاده

شماره دادنامه : ۹۶۰۹۹۷۴۴۳۶۴۰۰۹۸۹

تاریخ تنظیم: ۹۶/۰۶/۲۷

شماره پرونده : ۹۵۰۹۹۸۴۴۳۶۴۰۰۷۴۹

شماره بایگانی شعبه: ۹۵۰۷۷۹

رای دادگاه

در خصوص دادخواست تجدید نظر خواهی

خانم فرانک ح فرزند جعفر با و کالت آقای یاسر

ش بطرفیت آقای مرتضی م فرزند ا با وکالت
آقای م نسبت به دادنامه شماره ۵/۹۶/۲۳۷ ش
مورخه ۱۳۹۶/۰۲/۱۷ در پرونده کلاسه
۵/۲۶۲/۹۵ ش صادره از شعبه پنجم شورای حل
اختلاف شهر خوی که به موجب آن ، حکم بر
محکومیت تجدید نظرخواهان صادر گردیده
است ، صرفنظر از ماهیت موضوع ، باتوجه به
اینکه موضوع دعوا مطالبه استرداد طلاجات می
باشد که از موضوعات انحصاری ۱۸ گانه مندرج
در ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب
۱۳۹۱/۱۲/۰۱ خارج می باشد زیرا بعد از تشکیل
دادگاه خانواده به عنوان دادگاه اختصاصی ،
صلاحیت دادگاه خانواده ذاتی می باشد یعنی اولاً
دادگاه خانواده نمی تواند به پرونده های غیر از

امور و دعاوی خانواده رسیدگی نماید و ثانیاً دادگاه های عمومی دیگر نیز نمی توانند به دعاوی خانواده رسیدگی نمایند و الا رای صادره قابل نقض می باشد چرا که از دادگاه غیر صالح صادر شده است علیهذا ؛ به استناد ماده ۲۷ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ و مواد ۲۶ و ۲۷ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ ، قرار عدم صلاحیت دادگاه خانواده خوی به اعتبار و شایستگی محاکم محترم عمومی حقوقی خوی صادر و اعلام می گردد. /.

دفتر محترم - پرونده با حفظ کپی از قرار صادره به نظر ریاست ارجمند حوزه قضائی خوی برسد. /.

رئیس شعبه سوم دادگاه خانواده خوی

مبحث دوم: نکاح دائم ، موقت و اذن در نکاح

نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی ، به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی ، باهم متحد می شوند. نکاح از عقود است که جنبه ی مالی و غیر مالی هر دو را داراست . زیرا ، از طرفی در اثر عقد نکاح شوهر موظف می شود که نفقه^۲ زن و سایر اعضای خانواده را بپردازد و مالی را به عنوان مهریه به زن بدهد؛ از سوی دیگر، زن و مرد مکلف می شوند که برای تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزندان باهم همکاری کنند.^۳

^۱ Marriage

^۲ Alimony

عقد نکاح نیز همانند سایر عقود از انواع مختلفی تشکیل یافته که عبارتند از نکاح دائم و موقت . و نیز مطابق مقررات موضوعه و مبانی فقهی باید از شرایط اساسی سایر عقود با اندکی تفاوت پیروی کند . چهره اخلاقی و مذهبی عقد نکاح باعث ایجاد وجه افتراقی این عقد با سایر عقود گردیده است و در دید فقهی و مقنن نیز تنها یک قرارداد خصوصی درباره زندگی زناشویی نبوده بلکه چهره ی مذهبی و تقدس بر خود می گیرد و این وجه افتراقی از قدیم الایام حتی در جوامع به اصطلاح لائیک ؛ آن را از سایر قراردادها ممتاز ساخته است . بدین ترتیب حقوقدان و دادرس در مقام رسیدگی در تفسیر قواعد خشک قانونی مربوط به خانواده باید در راستای اخلاقی کردن

قواعد بکوشد و سرنوشت کانون خانواده را فدای منطق خشک ننماید و آمیزه‌ای از اخلاق و حقوق را در مقام عمل به تصویر بکشد.

عقد نکاح در حقوق ایران به دو نوع دائم و موقت تقسیم می‌شود که در برخی اصول و قواعد مشترک و در برخی از اصول و قواعد از همدیگر متفاوت می‌باشند که در قانون مدنی و قوانین خاص خانواده هر یک آثار حقوقی خاص خود را دارند. در فقه شیعه برخلاف سایر مذاهب و به خصوص مسیحیت، دوام و استمرار از عناصر اصلی عقد ازدواج نیست و لذا عقد ازدواج می‌تواند برای مدتی معین منعقد گردد.^۱ در فرانسه نیز نهادهایی شبیه این نهاد [عقد موقت] تحت عنوان

^۱ ماده ۱۰۷۵ ق.م : « نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده

وجود دارد این نهاد شکل واحد ندارد و بیشتر بر یک واقعه حقوقی صادق است تا یک عمل حقوقی.^۲ یکی از شرایط اساسی نکاح ، اهلیت است ، یعنی طرفین باید توانایی قانونی برای عقد نکاح را داشته باشند ، اهلیت برای نکاح شامل چند نکته می باشد اولاً مرد و زن باید به سن بلوغ مقرر در قانون یا قابلیت صحی برای نکاح رسیده باشند ثانیاً در پاره ای موارد باید ولی با ازدواج موافقت نماید و اهلیت با اجازه او کامل می شود ثالثاً ازدواج سفیه و مجنون نیز تابع احکام خاصی است. فلسفه وجودی و ماهیتی شرط اهلیت در عقود به صحت استمراری آن بر می گردد که شرط اهلیت

^۱ concubinage

^۲ عبدالرسول دیانی، حقوق خانواده، (تهران: نشر میزان)، ص ۱۴۳، چاپ اول،

در نکاح و متعاقب آن موضوع اذن در نکاح اهمیت دوچندانی پیدا می کند . دخالت خانواده ی صغیر را در نکاح او بر دو مبنای مختلف می توان استوار کرد (۱) حمایت از صغیر (۲) اظهارنظر درباره کسی که از این پس عضو خانواده می شود و نیک و بد او ، نه تنها به همسرش به خانواده او نیز مربوط می شود.^۱ در پاره ای از موارد نیز اذن ولی اهلیت دختر باکره را کامل می کند و بدون اذن ولی ازدواج غیرنافذ است . به نظر می رسد که قانونگذار با انتخاب عنوان « قابلیت صحی برای ازدواج » علاوه بر اهلیت قانونی داشتن پاره ای از سلامت های جسمانی و حتی روانی را در نظر داشته است ولی با در نظر گرفتن سوابق فقهی در

^۱ ناصرکاتوزیان ، همان ، ص ۷۱.

این باره نتوانسته است نظریه ی جدیدی ابداع کند.^۱

جایگاه اذن ولی در نکاح فرزند در سیستم های حقوقی متفاوت بوده و در خصوص لزوم اذن ولی برای صحت عقد نکاح فرزند، مقنن ما نگاه دو گانه ای داشته است . به عبارت دیگر باید افزود که در اخلاق عمومی اهمیت نکاح پسر و دختر برابر نیست و تحمل شکست دختر در این مرحله ی زندگی دشوارتر به نظر می رسد . به همین دلیل، قانونگذار نیز آن دو را یکسان ندیده و اذن ولی را پس از بلوغ به نکاح دختر اختصاص داده است. بنابراین در این خصوص باید بین دختر و

^۱ ابوالقاسم گرجی و مولفان ، بررسی تطبیقی حقوق خانواده (

تهران: انتشارات دانشگاه تهران)، ص ۷۷، چاپ سوم ، ۱۳۹۲.

پسر قائل به تمیز شد بدین توضیح که اگر پسر کمتر از ۱۵ سال تمام شمسی داشته باشد ، نیاز به اذن ولی و حکم دادگاه دارد و اگر دختر کمتر از ۱۳ سال تمام شمسی داشته باشد ، نیاز به اذن ولی و حکم دادگاه دارد و اگر بیشتر از ۱۳ سال تمام شمسی باشد در صورتی که باکره باشد تنها نیاز به اذن ولی دارد و اگر باکره نباشد نیاز به اذن ولی ندارد!

پس اذن ولی در سه حالات متصور بوده که در هر یک از حالات ، احکام قانونی خاصی را دارد. همچنین اذن ولی قهری ، پیش از انعقاد نکاح ،

^۱ ماده ۱۰۴۱ ق.م: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام

شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». جهت مطالعه بیشتر رک: مواد ۱۰۴۳ و ۱۰۴۴ ق.م.

قابل رجوع است یعنی اینکه پدر یا جد پدری می تواند پیش از نکاح تصمیم خود را تغییر دهد و امری را که اذن داده است رد کند. باید دانست که قابل رجوع بودن از اوصاف اذن ولی است نه اجازه او. بدین توضیح که ، اگر نکاح بدون تحصیل اذن ولی واقع شود و او نکاح سابق را اجازه دهد ، دیگر مخالفت او اثر ندارد. زیرا، نکاح پس از اجازه ولی تنفیذ می شود و عقد درست را نمی توان برهم زد. اذن ولی دختر که برای اولین بار شوهر می کند (باکره) با دختری که سابقه ازدواج دارد در شرایط و اوصاف تفاوت اساسی دارد که مهم ترین آن خاص بودن، قابل رجوع بودن، عدم مطلق بودن اذن، منحصر به فرد

بودن ولی به شخص ولی می باشند که در بندهای پیش رو مشروحا آورده خواهند شد. بدیهی است نکاح محجورین و لزوم دخالت ولی و گاه دادگاه در وقوع نکاح های اشخاص اخیرالذکر نیز ذیل عنوان « اذن در نکاح » قابل بررسی و مطالعه است .

گفتار نخست : نکات کاربردی

بند نخست – نکاح دائم

۱- نکاح چون عقد است باید شرایط اساسی سایر عقود را با اندک تسامح دارا باشد، یعنی زن و شوهر باید قاصد ، بالغ و عاقل باشند و جهت عقد نیز مشروع باشد.

۲- هر چند تراضی زوجین در ایجاد چنین عقدی شرط است ولی آمره بودن قواعد آن ؛ اصل

حاکمیت اراده را در چنین عقدی در قالب موقعیت قانونی خاص قرار داده و به تعبیری تعدیل نموده است .

۳- نکاح در زمره عقود رضایی است؛ یعنی همین که زن و مردی قصد زندگی مشترک داشتند و اراده صریح بر ایجاد چنین عقدی داشته باشند در پی توافق آنها عقد نکاح ایجاد می شود.

۴- رضایی بودن نکاح نباید با تشریفاتی بودن آن تراحم پیدا کند ؛ چرا که نکاح و تشکیل خانواده با نظم عمومی ارتباط داشته و اثبات آن نیاز به تشریفات خاصی دارد و مقنن نیز ثبت آن را از وظایف شوهر دانسته و عدم ثبت واقعه نکاح را جرم انگاری نموده است. به تعبیر دیگر عقد نکاح را نباید در زمره عقود تشریفاتی آورد هر

چند مصلحت کیان خانواده در جامعه امروزی
ثبت آن را لازم دانسته است. (ماده ۴۹ ق.ح.خ:
چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به
ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از
رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در
مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت
آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت
جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه
هفت محکوم می شود . این مجازات در مورد
مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح
یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است).

۵- اختلاف جنس از شرایط اساسی نکاح است
و در حقوق ایران نکاح بین دو هم جنس نمی تواند
تحقق یابد.

۶- علاوه بر اینکه اختلاف جنس، شرط اساسی و اولیه است تداوم آن نیز شرط می باشد یعنی نکاح با تغییر جنسیت (بعد از نکاح) باطل می شود. و از تاریخ تغییر جنسیت نکاح طرفین باطل می شود.

۷- اراده ، قصد و رضای طرفین از ارکان هر قرارداد از جمله نکاح است و وفق قواعد عمومی مربوط به اراده باستی در عقد نکاح نیز رعایت گردد. بنابراین نکاح در حال مستی، شوخی، جنون و یا نکاح صغیر غیر ممیز (به فرض وقوع) باطل می باشد.

۸- نکاح از جمله عقود معین و غیر مالی محسوب می شود هر چند در برخی زمینه ها نظیر نفقه و مهریه دارای آثار مالی است.

۹- وفق قواعد عمومی قراردادها ؛ توالی عرفی بیان دو اراده تقریبا در اکثر عقود از جمله عقد نکاح پذیرفته شده است

۱۰- توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است .

۱۱- عیوب اراده در نکاح مانند سایر عقود انواع مختلفی دارد که گاهی موجب بطلان و گاهی موجب پیدایش حق فسخ می شود. که در مبحث فسخ مفصلا موارد و مصادیق متعدد آن آورده خواهد شد.

۱۲- عقود به دو دسته منجز و معلق تقسیم می شوند و تعلیق ممکن است به دو صورت باشد تعلیق در انشاء و تعلیق در منشاء . تعلیق در انشاء باطل ولی تعلیق در منشاء در همه عقود معتبر و نافذ

می باشد. اما بنا به علت اهمیت و فلسفه عقد نکاح ؛ چنین شرطی در نکاح به استناد ماده ۱۰۶۸ ق.م باطل است، بنابراین تعلیق در نکاح اعم از تعلیق در انشاء و منشاء موجب بطلان عقد می شود.

۱۳- ضروری است تعلیق در نکاح در موردی سبب بطلان عقد می شود که ناظر بر ایجاد رابطه زوجیت باشد و گرنه تعلیق در مهریه تابع شرایط عمومی سایر قراردادهاست.

۱۴- عدم ذکر مهر در نکاح دائم یا شرط عدم آن ، موجب بطلان نکاح نمی گردد.

۱۵- برخلاف نکاح منقطع که شوهر تکلیفی به دادن نفقه ندارد مگر اینکه شرط خلاف آن شده باشد در حالی که در نکاح دائم شوهر ملزم به پرداخت نفقه می باشد و شرط خلاف آن هم

شرط فاسد می باشد که از شروط خلاف شرع و خلاف قواعد آمره و نظم عمومی می باشد.

۱۶- همچنین تعلیق در عقد نکاح در موردی سبب بطلان است که شرط تعلیق از امور خارجی باشد. پس اگر عقد نکاح معلق بر وجود شرطی باشد که آن شرط جزو ارکان اساسی باشد مثلاً مردی به زنی بگوید به این شرط با تو ازدواج می کنم که در عده ی مرد دیگری نباشی ، این شرط تعلیقی صحیح است و موجب بطلان نکاح نمی باشد.

۱۷- شیوه اظهار اراده در نکاح مبتنی بر مبرز خارجی و تصریح بودن آن است ماده ۱۰۶۲ ق.م در این خصوص مقرر می دارد نکاح واقع می شود

به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحا دلالت بر قصد ازدواج نماید.

۱۸- اکثر فقهای شیعه تقدم ایجاب بر قبول را شرط نمی دانند و معتقدند قبول می تواند مقدم بر ایجاب شود.

۱۹- وکالت در ازدواج وفق ماده ۱۰۷۱ ق.م قابل تصور بوده و به دو نوع ؛ وکالت مطلق و مقید می باشد. وکیل نیز برای انعقاد نکاح باید اهلیت داشته باشد.

۲۰- همچنین وکیل می تواند هر دو طرف نکاح باشد هم چنین هر یک از طرفین می توانند وکیل طرف دیگر در اجرای صیغه نکاح باشد.

۲۱- طبق ماده ۱۰۷۲ ق.م در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود وکیل نمی تواند موکله (

زن) را برای خود تزویج کند مگر اینکه اذن صریحا به او داده شده باشد.

۲۲- اگر وکیل از اختیاراتی که موکل راجع به تعیین شخص طرف عقد ، مهر یا خصوصیات دیگری که معین نموده است تخلف نماید و یا رعایت مصلحت ننماید ، صحت عقد منوط به تنفيذ موکل خواهد بود. به تعبیر دیگر نکاح فضولی نامیده می شود و کسی که فضول برای او نکاح کرده حق تنفيذ یا رد دارد.

۲۳- نکاح فضولی ، تابع مقررات معامله فضولی و غیرنافذ است.

۲۴- در نکاح فضولی چنانچه شخص نکاح را تنفيذ نماید عقد از زمان انعقادش صحیح خواهد بود و در صورت رد ، عقد ملغی الاثر می گردد.