

Submit Date: 25 March 2026
 Revise Date: 08 August 2026
 Accept Date: 15 August 2026
 Initial Publish: 16 August 2026
 Final Publish: 22 December 2026

The Encyclopedia of Comparative Jurisprudence and Law

A Jurisprudential and Legal Analysis of the Right to Sexual Enjoyment in Marriage and the Influence of Custom on Its Determination

Samira Shariatnia¹, Hassan Asadi^{2*}, Akbar Ahmadi²

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, VaP.C., Islamic Azad University, Tehran, Iran
 2. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, VaP.C., Islamic Azad University, Tehran, Iran

* Corresponding Author's Email: asadihasan@iauvaramin.ac.ir

ABSTRACT

The right to sexual enjoyment (istimtā'), as one of the fundamental and reciprocal rights and obligations of spouses, plays a central role in strengthening the institution of the family. Rooted in the verses of the Holy Qur'an, the traditions of the Infallibles (peace be upon them), and established principles of Islamic jurisprudence, this right is also recognized within the Iranian legal system through provisions such as Article 1103 of the Civil Code, concerning good marital relations, and Article 1108, concerning marital disobedience (nushūz) and the forfeiture of maintenance. Nevertheless, the principal challenge in this area lies not in the existence of the right itself, but rather in determining its conceptual scope and practical manifestations in the context of contemporary social and cultural transformations. Key concepts in this field, including "sexual enjoyment" (istimtā'), "marital compliance" (tamkīn), "marital disobedience" (nushūz), and "cohabitation according to what is customary and proper" (mu'āsharat bi-l-ma'rūf), are characterized by a degree of ambiguity and indeterminacy regarding their specific applications and precise boundaries. Such ambiguity arises from the qualitative and culturally contingent nature of these concepts, as well as from the wisdom of the Lawgiver in leaving the determination of their details to the conventional understanding of society and the requirements of changing circumstances. Employing an analytical-critical method and a comparative approach to Imami jurisprudence and positive law, this study provides an in-depth examination of the status of custom ('urf), the mechanisms through which it exerts influence, and the challenges associated with its application. The findings indicate that "sexual enjoyment and its preliminaries" do not possess an independently established technical meaning in the Sharī'a (ḥaqīqa shar'iyya) and must instead be regarded as matters whose meaning and instances are determined by custom. Accordingly, custom, as a rational and socially recognized interpretive instrument, serves both to disclose the intent of the Lawgiver and as a primary interpretive criterion for legal texts and statutory provisions, thereby playing an indispensable and determinative role in identifying relevant instances, delimiting the scope of the right, and determining the manner in which the right to sexual enjoyment is to be exercised. A jurisprudential analysis of the Qur'anic foundation expressed in the command "live with them according to what is proper" ('āshirūhunna bi-l-ma'rūf), together with an examination of Article 1103 of the Iranian Civil Code, demonstrates that ma'rūf, as a concept intrinsically connected with prevailing custom, may function both as an expansive normative criterion allowing newly emerging instances to enter the domain of spouses' rights and obligations and as a limiting mechanism preventing the imposition of improper, unreasonable, or socially unconventional obligations.

Keywords: Sexual Enjoyment (Istimtā'), Marital Compliance (Tamkīn), Custom ('Urf), Cohabitation According to What Is Proper (Mu'āsharat bi-l-Ma'rūf), Marital Disobedience (Nushūz), Sharī'a-Established Technical Meaning (Ḥaqīqa Shar'iyya), Family Law

How to cite: Shariatnia, S., Asadi, H., & Ahmadi, A. (2026). A Jurisprudential and Legal Analysis of the Right to Sexual Enjoyment in Marriage and the Influence of Custom on Its Determination. *The Encyclopedia of Comparative Jurisprudence and Law*, 4(5), 1-21.



تاریخ ارسال: ۵ فروردین ۱۴۰۵
 تاریخ بازنگری: ۱۷ مرداد ۱۴۰۵
 تاریخ پذیرش: ۲۴ مرداد ۱۴۰۵
 تاریخ چاپ اولیه: ۲۵ مرداد ۱۴۰۵
 تاریخ چاپ نهایی: ۱ دی ۱۴۰۵

دانشنامه فقه و حقوق تطبیقه

بررسی فقهی و حقوقی حق استمتاع در نکاح و تأثیر عرف بر تعیین آن

سمیرا شریعت‌نیا^۱، حسن اسدی^{۲*}، اکبر احمدی^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ورامین، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ورامین، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

* پست الکترونیک نویسنده مسئول: asadihasan@iauvaramin.ac.ir

چکیده

حق استمتاع به عنوان یکی از حقوق و تکالیف اساسی و متقابل زوجین، نقشی محوری در تحکیم بنیان خانواده ایفا می‌کند. این حق که ریشه در آیات قرآن کریم، روایات معصومین (علیهم السلام) و قواعد مسلم فقهی دارد، در نظام حقوقی ایران نیز از طریق موادی مانند ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی (حسن معاشرت) و ماده ۱۱۰۸ (نشوز و سقوط نفقه) به رسمیت شناخته شده است. با این وجود، چالش اساسی در این حوزه، نه در اصل وجود این حق، که در تعیین محدوده مفهومی و مصادیق اجرایی آن در بستر تحولات اجتماعی و فرهنگی زمانه نهفته است. واژگان کلیدی این حوزه، نظیر «استمتاع»، «تمکین»، «نشوز» و «معاشرت به معروف»، همگی مفاهیمی هستند که از حیث دلالت بر مصادیق جزئی و مرزهای دقیق خود، در هاله‌ای از ابهام و اجمال فرو رفته‌اند. این ابهام، زاییده ماهیت کیفی و فرهنگ‌وابسته این مفاهیم و نیز حکمت شارع در وانهادن تعیین جزئیات به فهم متعارف مردم و مقتضیات زمانه است. این پژوهش با بهره‌گیری از روش تحلیلی-انتقادی و با رویکردی تطبیقی میان فقه امامیه و حقوق موضوعه، به واکاوی عمیق جایگاه عرف، سازوکار تأثیرگذاری آن و چالش‌های پیش‌رو می‌پردازد. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که «استمتاع» و مقدمات آن فاقد «حقیقت شرعیه» بوده و یک «موضوع عرفی» محسوب می‌شود. بر این اساس، «عرف» به عنوان یک ابزار عقلایی، کاشف از مراد شارع و مفسر اصلی برای نصوص و قوانین، نقشی بی‌بدیل و تعیین‌کننده در تشخیص مصادیق، تحدید حدود و تعیین کیفیت اجرای حق استمتاع ایفا می‌کند. تحلیل فقهی مبنای قرآنی «عاشروهن بالمعروف» و بررسی ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی نشان می‌دهد که «معروف» به عنوان مفهومی پیوند خورده با عرف، می‌تواند هم به عنوان یک منبع توسع‌بخش برای ورود مصادیق نوپدید به قلمرو حقوق و تکالیف زوجین عمل کند و هم به مثابه یک اهرم تحدیدی، از تحمیل تکالیف ناروا و نامتعارف جلوگیری نماید.

کلیدواژگان: استمتاع، تمکین، عرف، معاشرت به معروف، نشوز، حقیقت شرعیه، حقوق خانواده

نحوه استناددهی: شریعت‌نیا، سمیرا، اسدی، حسن، و احمدی، اکبر. (۱۴۰۵). بررسی فقهی و حقوقی حق استمتاع در نکاح و تأثیر عرف بر تعیین آن. *دانشنامه فقه و حقوق تطبیقی*، ۴(۵)، ۱-۲۱.

خانواده به عنوان نهادی مقدس و بنیادین در اسلام، بر پایه اصولی همچون مودت، رحمت، سکون و معاشرت به معروف بنا شده است. در این میان، حق استمتاع به عنوان یکی از حقوق و تکالیف اساسی و متقابل زوجین، نقشی محوری در تحکیم این بنیان ایفا می‌کند. این حق که ریشه در آیات قرآن کریم، روایات معصومین (علیهم‌السلام) و قواعد مسلم فقهی دارد، در نظام حقوقی ایران نیز از طریق موادی مانند ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی (حسن معاشرت) و ماده ۱۱۰۸ (نشوز و سقوط نفقه) به رسمیت شناخته شده است (Safaei & Emami, 2006). با وجود وضوح نسبی اصل حق استمتاع، چالش اساسی در این حوزه، تعیین «محدوده مفهومی» و «مصادیق اجرایی» آن در بستر تحولات اجتماعی و فرهنگی زمانه است. واژگان کلیدی این حوزه، نظیر «استمتاع»، «تمکین»، «نشوز» و «معاشرت به معروف»، همگی مفاهیمی هستند که از حیث دلالت بر مصادیق جزئی و مرزهای دقیق خود، در هاله‌ای از ابهام و اجمال فرو رفته‌اند. این ابهام، زاییده ماهیت کیفی و فرهنگ‌وابسته این مفاهیم و نیز حکمت شارع در وانهادن تعیین جزئیات به فهم متعارف مردم و مقتضیات زمانه است (Jannati, 1991). پرسش‌های متعددی در این زمینه قابل طرح است: آیا «استمتاع» از «حقایق شرعیه» است یا «موضوعی عرفی»؟ عرف عام با چه سازوکاری می‌تواند در تحدید یا توسعه مصادیق حق استمتاع مؤثر باشد؟ نسبت میان «معاشرت به معروف» و «حق استمتاع» چیست و چگونه می‌توان از این اصل قرآنی برای تعیین حدود و مقدمات تمکین بهره برد؟ ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی ایران چه ظرفیت‌هایی برای تفسیر عرف‌گرا دارد؟ و در نهایت، در مسائل مستحدثه‌ای مانند «استمتاع در فضای مجازی»، چگونه می‌توان از عرف برای رفع اجمال و تعیین مصداق بهره جست؟ اهمیت و ضرورت این پژوهش از آن روست که خلأ نظری قابل توجهی در تحلیل مبانی فقهی - حقوقی نقش عرف در تعیین مصادیق حق استمتاع وجود

دارد. اکثر پژوهش‌های موجود یا به بررسی کلی حقوق و تکالیف زوجین پرداخته‌اند، یا صرفاً به جنبه‌های فقهی موضوع بدون توجه به ابعاد حقوقی و رویه قضایی اکتفا کرده‌اند. این پژوهش با رویکردی میان‌رشته‌ای و تطبیقی می‌کوشد این خلأ را پر کند. پیشینه پژوهش نشان می‌دهد که در فقه امامیه، فقهای همچون شیخ طوسی (Al-Shaykh al-Tusi, 1968)، علامه حلی (Al-Hilli, 1993)، محقق حلی (Al-Hilli, 1988)، صاحب جواهر (Najafi, 1984) و امام خمینی (Khomeini, 2000) به بحث تمکین و استمتاع پرداخته‌اند، اما بحث مستقل و مبسوطی درباره نقش عرف در تعیین مصادیق آن ارائه نکرده‌اند. در حقوق موضوعه نیز آثاری از کاتوزیان (Katouzian, 2000)، صفایی و امامی (Safaei & Emami, 2006)، و محقق داماد (Mohaghegh Damad, 1993) در دست است که به کلیات حقوق خانواده پرداخته‌اند، اما جایگاه عرف در تعیین مصادیق حق استمتاع را به‌طور تخصصی واکاوی نکرده‌اند. از این رو، نوآوری این پژوهش در تمرکز اختصاصی بر «نقش عرف در تعیین مصادیق حق استمتاع» و تحلیل تطبیقی دیدگاه فقها و حقوق موضوعه با رویکردی مسئله‌محور است. این پژوهش با بهره‌گیری از روش تحلیلی - انتقادی و با رویکردی تطبیقی میان فقه امامیه و حقوق موضوعه، به واکاوی عمیق جایگاه عرف، سازوکار تأثیرگذاری آن و چالش‌های پیش‌رو در مسائل مستحدثه می‌پردازد تا در نهایت، چارچوبی منسجم و عادلانه برای فهم و اجرای حق استمتاع زوجین در دنیای معاصر ارائه دهد.

مفهوم‌شناسی و مبانی نظری

معنای لغوی و اصطلاحی استمتاع

واژه «استمتاع» از ریشه «م ت ع» در زبان عربی، به معنای بهره‌مندی، لذت‌جویی و انتفاع است. راغب اصفهانی (Al-Raghib al-Isfahani, 1992) در المفردات، «متاع» را به معنای هر چیزی می‌داند که از آن بهره‌مند می‌شوند و «استمتاع» را

دائم، هیچ تردیدی نیست که «استمتاع» حقیقت شرعیه یا متشرعه ندارد و یک مفهوم کاملاً عرفی است که شارع آن را به فهم متعارف مردم وانهاده است (Jannati, 1991). این بدان معناست که تعیین اینکه چه رفتاری مصداق «استمتاع» است، چه چیزی از «مقدمات» آن محسوب می‌شود، و محدوده «تمکین واجب» چیست، کاملاً به عرف عام و فهم متعارف مردم در هر زمان و مکان واگذار شده است.

معنای تمکین و اقسام آن

واژه «تمکین» در فقه به دو معنای عام و خاص به کار رفته است. تمکین به معنای عام، پذیرش مسئولیت شوهر در اداره نهاد خانواده و اطاعت از او در چارچوب قانون و عرف است (Katouzian, 2000). اما تمکین خاص، معنای دقیق‌تری دارد و ناظر به رابطه جنسی زن با شوهر و پاسخ دادن به خواسته‌های مشروع او در حد متعارف است. صاحب شرایع الاسلام، محقق حلی (Al-Hilli, 1988)، در این رابطه می‌فرماید: «تمکین، برداشت موانع بین زن و شوهر است (برای برقراری ارتباط)، به نحوی که از جهت زمان و مکان محدودیتی وجود نداشته باشد». البته این عدم محدودیت زمانی، شامل عذرهای شرعی و ضرورت‌های عرفی نخواهد شد. اجماع فقها عذرهای یادشده را در زمان و مکان خاصی خارج از موارد وجوب تمکین می‌دانند (Al-Hilli, 2018). در واقع، تمکین خاص، ایجاد شرایطی برای رفع نیازهای جنسی در هر موقعیت ممکن و متعارف است (Najafi, 1984). نویسندگان علم حقوق نیز به هر دو مبنای تمکین اشاره کرده‌اند. به اعتقاد صفایی و امامی (Safaei & Emami, 2006)، تمکین خاص، ناظر به رابطه جنسی زن با شوهر و پاسخ دادن به خواسته‌های مشروع او در حد متعارف است و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد، از برقراری رابطه جنسی با او سر باز نزنند. اما تمکین به معنای عام، آن است که زن وظایف خود را نسبت به شوهر انجام دهد و از او در حد قانون و عرف اطاعت کند. مفهوم تمکین،

طلب این بهره‌مندی تعریف می‌کند. ابن منظور (Al-Raghib al-Isfahani, 1992) نیز «تمتع» را به معنای «الانتفاع بما یستلذ» (انتفاع از آنچه لذت‌بخش است) معنا کرده است. این واژه در قرآن کریم نیز به همین معنای لغوی به کار رفته است، چنان‌که در آیه ۲۴ سوره نساء می‌فرماید: «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (نساء: ۲۴) که در آن، استمتاع به معنای بهره‌مندی جنسی از زنان در چارچوب ازدواج موقت تفسیر شده است (Al-Tabrisi, 1983). در اصطلاح فقهی، «استمتاع» به معنای بهره‌مندی جنسی زوجین از یکدیگر در چارچوب عقد نکاح است. نکته مهم در این زمینه، بررسی وجود یا عدم «حقیقت شرعیه» برای این واژه است. «حقیقت شرعیه» به این معناست که شارع مقدس، لفظی را که در لغت و عرف، معنایی داشته، در معنایی جدید و خاص وضع کرده باشد، به گونه‌ای که آن لفظ، بدون قرینه، به این معنای جدید منصرف شود (Muzaffar, 2018). مشهورترین مثال، لفظ «صلاة» است که از معنای لغوی «دعا» به «عبادت مخصوص» نقل یافته است. برخی فقها مانند شیخ طوسی (Al-Shaykh al-Tusi, 1968) مدعی شده‌اند که واژه «استمتاع» در آیه ۲۴ سوره نساء، حقیقت شرعیه در «عقد متعه» پیدا کرده است. اما حتی اگر این ادعا را در مورد خصوص این آیه بپذیریم، دو نکته اساسی وجود دارد: اولاً، این حقیقت شرعیه، مختص به سیاق آیه نکاح متعه است و دلالتی بر سایر آیات و روایات ندارد. وقتی در روایات از «استمتاع زوج از زوجه» سخن گفته می‌شود، ذهن به سمت «عقد نکاح منقطع» منصرف نمی‌شود، بلکه همان معنای لغوی «لذت بردن» تداعی می‌شود (Qoujaei Khameneh & Tayyeb Hosseini, 2016). ثانیاً، حتی در معنای عقد متعه نیز، حقیقت شرعیه نافی معنای لغوی نیست، بلکه این عقد را از آن جهت «استمتاع» نامیده‌اند که هدف و غایت اصلی آن، «تمتع و لذت جنسی» در مدت معین است (Qoujaei Khameneh & Tayyeb Hosseini, 2016). در نتیجه، در حوزه روابط زوجین

عذر عقلی و عرفی را شامل می‌شود (Abhari & Safaei, 2012). تشخیص این عذرهای عرفی، چیزی نیست که از خود الفاظ برآید، بلکه نیازمند مراجعه به عرف و فهم متعارف است.

تحلیل فقهی مبنای «عاشروهن بالمعروف» و ارتباط آن با استمتاع

تحلیل آیه نوزدهم سوره نساء و ابعاد سه‌گانه معروف

آیه شریفه «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء: ۱۹) یکی از غنی‌ترین و راهبردی‌ترین آیات در حوزه حقوق خانواده است که می‌توان آن را «منشور اخلاقی و حقوقی خانواده» نامید. این آیه در سیاق آیاتی قرار دارد که به تنظیم روابط مالی و غیرمالی زوجین می‌پردازد، اما فرمان آن عام و فرازمانی است. تحلیل این آیه، کلید فهم رویکرد شارع به ماهیت رابطه زوجیت و از جمله حق استمتاع است. فرمان «عَاشِرُوهُنَّ» از ماده «عِشَرْتُ» و ریشه «ع-ش-ر» مشتق شده که به معنای زندگی توأم با همدمی، آمیزش، مصاحبت و مرادوه نزدیک و صمیمانه است (Al-Raghib al-Isfahani, 1992). این واژه، مفهومی فراتر از صرف «زندگی کردن در کنار هم» دارد و بر نوعی درهم‌تنیدگی عاطفی، روانی و جسمی دلالت می‌کند. به همین دلیل، برخی لغویان آن را به معنای «جماع» نیز تفسیر کرده‌اند که نشان‌دهنده نزدیکی معنایی آن با استمتاع است (Al-Raghib al-Isfahani, 1992). بنابراین، قلمرو فرمان «معاشرت»، تمامی ابعاد زندگی مشترک، از روابط جنسی گرفته تا رفتار کلامی، تأمین نیازهای عاطفی، احترام، مدیریت منزل و حتی نوع نگاه را در بر می‌گیرد. حق استمتاع به‌عنوان یکی از خصوصی‌ترین و در عین حال مهم‌ترین مصادیق معاشرت، مستقیماً مشمول این فرمان الهی قرار می‌گیرد. هسته اصلی و کانون این فرمان، قید «بِالْمَعْرُوفِ» است. «معروف» از ماده «ع-ر-ف» به معنای «شناخته‌شده» است. در یک تحلیل عمیق، «معروف» یک مفهوم سه‌بعدی است که ترکیبی از سه عنصر، محدوده آن را مشخص می‌کند (Tabatabaei, 1994): بعد نخست، «عقل»

مانند ریاست شوهر، وابسته به رسوم اجتماعی و اخلاقی عمومی است. در حقیقت، معیار تمیز اموری که شوهر می‌تواند از زن انتظار داشته باشد، عرف است (Katouzian, 2000). داوری باید نوعی باشد، ولی در این راه درجه تمدن و تحصیلات و سن و سایر خصوصیت‌های زن و شوهر را نیز باید در نظر گرفت. به بیان دیگر، ضابطه تمکین، رفتار انسانی متعارف است که در آن شرایط خاص، زندگی می‌کند و از این لحاظ، هر دو جنبه نوعی و شخصی را دارد (Mohaghegh Damad, 1993).

مفهوم نشوز و رابطه آن با عدم تمکین

نشوز در لغت به معنای ارتفاع و بلندی است و در اصطلاح فقهی به معنای سرپیچی و امتناع هر یک از زوجین از ایفای وظایف زوجیت تعریف شده است (Al-Juba'i al-Amili, 1993). ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از فقه، مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود.» نکته محوری در تحلیل مفهوم نشوز آن است که «وظایف زوجیت» در این ماده، مطلق نیست و در پرتو ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی (حسن معاشرت) تفسیر می‌شود. به عبارت دیگر، «وظایف زوجیت» منحصر به «تمکین خاص» نیست، بلکه شامل «حسن معاشرت» در تمامی جنبه‌ها می‌شود (Katouzian, 2006). از این منظر، دو نتیجه بسیار مهم حاصل می‌شود: نخست آنکه «نشوز»، مفهومی یک‌جانبه و مختص به زن نیست. ممکن است زوج نیز با «سوء معاشرت» خود، به وظایف زوجیت عمل نکند. دوم آنکه زوجه تنها در صورتی «ناشزه» و مستحق سقوط نفقه خواهد بود که «بدون مانع مشروع» از ایفای وظایفی که «معروف» و متعارف است، امتناع کند (Abhari & Safaei, 2012). در اینجا است که نقش عرف در تعیین مصادیق نشوز و تمکین برجسته می‌شود. قواعدی مانند «لا حرج» و «لا ضرر» و «معاشرت به معروف» نشان می‌دهند که دایره استثنائات از تمکین، فراتر از موارد منصوص (حیض، نفاس، بیماری) رفته و هرگونه

استمتاع، مستلزم فراهم‌سازی مقدمات عاطفی، روانی، آراستگی ظاهری متناسب با شأن زوجین و جلب رضایت متقابل است (Qoujaei Khameneh & Tayyeb Hosseini, 2019).

قلمرو «عاشروهن بالمعروف» با «حق استمتاع» و کارکرد آن در تعیین محدوده و مقدمات

پس از تبیین مفهوم «معروف»، پرسش اساسی این است که این اصل قرآنی چگونه و با چه سازوکاری بر «حق استمتاع» تأثیر می‌گذارد و حدود و مقدمات آن را تعیین می‌کند. رابطه این دو را می‌توان در سه سطح تحلیل کرد (Al-Bahrani, 1985): سطح ایجابی و توسعه‌ای: «معروف» می‌تواند مصادیقی را که در نصوص دینی به آن‌ها تصریح نشده، به‌عنوان «حق» یا «تکلیف» در حوزه استمتاع وارد کند. فقها وجوب «مقدمات استمتاع» را از این آیه استنباط کرده‌اند. بحرانی (Al-Bahrani, 1985) وجوب انجام مقدمات استمتاع از سوی زوجه را نه فقط از باب «مقدمه واجب»، بلکه مستقیماً از باب «آیه معاشرت به معروف» واجب می‌داند. ایشان معتقدند هر آنچه که بر اساس «معروف» زمانه، برای تحقق یک معاشرت نیکو و کامل لازم باشد (مانند آراستگی، نظافت، خوش‌رویی و...)، بر زوجه واجب است. این دیدگاه، به‌خوبی نشان می‌دهد که چگونه یک مفهوم قرآنی می‌تواند به مثابه یک «قاعده حاکم»، فقیه را در استنباط احکام جزئی و مصادیق جدید یاری دهد. سطح سلبی و تحدیدی: «معروف» مهم‌ترین ابزار برای محدود کردن حق استمتاع است. اصل آن است که حق استمتاع زوج، مقید به «معروف» است. این بدان معناست که هرگونه استمتاعی که از نظر عقل، شرع و عرف، «ناروا» و «نامتعارف» تلقی شود، از دایره حق زوج خارج و تکلیف تمکین از دوش زوجه برداشته می‌شود (Najafi, 1984). اگر نوع خاصی از استمتاع، در عرف عام، ناپسند، موهن، یا مستلزم ضرر غیرقابل تحمل جسمی و روحی برای زوجه باشد (حتی اگر صراحتاً در شرع از آن نهی نشده باشد)، به دلیل خروج از قلمرو «معروف»، وجوب تمکین از

است. معروف در این بُعد، هر آن چیزی است که عقل سلیم و فطرت پاک انسانی آن را نیک، زیبا و شایسته تشخیص دهد و آن را زشت و قبیح بشمارد. پایبندی به پیمان و ایفای تعهدات، رعایت عدالت و انصاف، محبت و احترام متقابل، پرهیز از ضرررسانی و خشونت، همگی از مصادیق معروف عقلی هستند. این بُعد، ریشه در اصل حسن و قبح عقلی دارد که مورد تأکید فقهای امامیه است. بُعد دوم، «شرع» است. معروف، در چارچوب احکام و ارزش‌های دینی تعریف می‌شود. هر آنچه که از سوی شارع مقدس به آن امر شده یا مورد تأیید قرار گرفته، «معروف» و هر آنچه از آن نهی شده، «منکر» است. به‌عنوان مثال، استمتاع در ایام حیض و نفاس یا از راه‌های نامشروع (مانند نزدیکی از دبر بنا بر قول مشهور)، به دلیل نهی صریح شرعی، از دایره معروف خارج است (Al-Bahrani, 1985). بنابراین، «معروف شرعی» به‌عنوان یک مرز غیرقابل تخطی، دایره اختیارات زوجین را محدود می‌کند. بُعد سوم، «عرف» است. «عرف» به معنای رویه‌ها، سنت‌ها و رفتارهای پذیرفته‌شده و جاافتاده در میان توده مردم (عرف عام) یا یک گروه خاص (عرف خاص) است (Jannati, 1991). نکته کلیدی در اینجا، پیوند این سه بُعد است. «معروف» در آیه شریفه، مفهومی است که در آن، هر سه عنصر عقل، شرع و عرف در هم تنیده شده‌اند. معروف، آن رفتاری است که هم عقل آن را می‌پسندد، هم شرع آن را رد نکرده باشد، و هم عرف جامعه آن را به‌عنوان یک رفتار متعارف و شایسته بشناسد. این ترکیب سه‌گانه، به «معروف» پویایی و انعطافی شگفت‌انگیز می‌بخشد. آنچه به‌عنوان «مقدمات استمتاع» یا «کیفیت معاشرت» در یک زمان و مکان خاص، «معروف» محسوب می‌شود، ممکن است در زمان و مکان دیگر، تحت تأثیر تحولات عرفی و اجتماعی، مصادیقی متفاوت پیدا کند. برای نمونه، در گذشته، آمادگی جسمانی صرف برای تمکین، ممکن بود برای تحقق «معروف» کافی تلقی شود، اما امروزه «عرف عام» به این سو حرکت کرده که «معاشرت به معروف» در حوزه

زیر بار این تکلیف شانه خالی کند (Katouzian, 2000). ثانیاً، قانون‌گذار آگاهانه از قید «با یکدیگر» استفاده کرده است. این قید، بر ماهیت «رابطه‌ای» و «تعاملی» این تکلیف تأکید دارد. حسن معاشرت، امری نیست که به صورت یک‌جانبه و از سوی یک نفر محقق شود، بلکه کیفیتی است که در بستر تعامل، گفت‌وگو، احترام متقابل و رفتار طرفینی شکل می‌گیرد. این رویکرد قانون‌گذار، با نگاه سنتی که گاه «حسن معاشرت» را صرفاً به «تمکین زوجه» و «تأمین نفقه از سوی زوج» تقلیل می‌داد، فاصله گرفته و بر مفهومی جامع‌تر و متوازن‌تر تأکید می‌کند (Mohaghegh Damad, 1993). از منظر تحلیل حقوقی، ماده ۱۱۰۳ را باید یک «منبع عام تعهدات» و یک «اصل راهنما» در تفسیر سایر مواد قانونی و قراردادهای خصوصی (مانند شروط ضمن عقد) دانست. این ماده، نقش «پُرکننده خلأهای قانونی» را ایفا می‌کند. در بسیاری از دعاوی خانوادگی که موضوع آن، مصداقی از «سوء معاشرت» است که در سایر مواد قانونی (مانند نشوز، عدم تمکین، ضرب و جرح و...) تعریف نشده، قاضی می‌تواند با استناد به این ماده، حکم به تخلف زوج یا زوجه داده و آثار حقوقی مناسب، مانند الزام به انجام یا ترک یک فعل خاص، یا حتی تشخیص تحقق «عسر و حرج» برای صدور حکم طلاق را صادر نماید (Katouzian, 2006). برای مثال، اگر زوجی علی‌رغم تمکین خاص، به طور مستمر با کلمات تحقیرآمیز، همسر خود را مورد آزار روحی قرار دهد، این رفتار گرچه مصداق بارز «ضرب» نیست، اما قطعاً نقض فاحش «حسن معاشرت» و مصداق بارز «منکر» است. همچنین، ماده ۱۱۰۳ می‌تواند به عنوان مبنای قانونی برای «الزام به ایفاء تعهدات نوپدید» در خانواده عمل کند (Katouzian, 2006).

نسبت ماده ۱۱۰۳ با حق استمتاع و ماده ۱۱۰۸ (نشوز) و تحلیل رویه قضایی

رابطه میان ماده ۱۱۰۳ (حسن معاشرت) و حق استمتاع، رابطه «عام و خاص» یا «اصل و فرع» است. حق استمتاع و تکلیف تمکین، از

آن سلب می‌شود. اینجاست که پیوند «معروف» با قواعد فقهی دیگر، مانند «لاضرر و لاحرج» و «نفی سبیل»، آشکار می‌شود. سطح کیفی و ارتقایی: «عاشروهن بالمعروف»، «استمتاع» را از یک «عمل غریزی صرف» به یک «فعل اخلاقی - حقوقی» ارتقا می‌دهد. این آیه، زوج را از یک «طلب‌کننده لذت یک‌جانبه» به یک «شریک در تأمین نیاز و شریک در کسب آرامش» تبدیل می‌کند. استمتاع معروف، استمتاعی است که با مودت، رحمت، رضایت متقابل و تأمین نیازهای عاطفی - روانی همراه باشد (Fadlallah, 2000). این سطح از تحلیل، پاسخ‌گوی شبهاتی است که «دعوی الزام به تمکین» را مخالف شأن انسانی زن می‌دانند. اجرای حکم تمکین، اگر به معنای الزام زن به یک استمتاع نامعروف، تحقیرآمیز و همراه با خشونت تفسیر شود، قطعاً خلاف شرع و قانون است. اما اگر تمکین به معنای الزام به پذیرش و فراهم‌سازی یک رابطه «معروف» و متقابل باشد، در چارچوب حقوقی قابل دفاع است (Safaei & Emami, 2006).

بررسی ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی در خصوص معاشرت به معروف تحلیل حقوقی ماده ۱۱۰۳ ق.م. به مثابه قاعده آمره و منبع تعهدات زوجین

ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگر می‌باشند». این ماده که برگردان حقوقی آیه «عاشروهن بالمعروف» به زبان قانون است، از چند جهت حائز اهمیت و شایسته تحلیل عمیق حقوقی است (Katouzian, 2000). نخستین نکته، کلمه «مکلف» است. قانون‌گذار به درستی از واژه «تکلیف» استفاده کرده و آن را متوجه «هر دو» طرف (زن و شوهر) ساخته است. این امر چند نتیجه مهم در بر دارد: اولاً، «حسن معاشرت» یک قاعده حقوقی آمره است، نه یک توصیه صرفاً اخلاقی. آثار حقوقی بر آن مترتب است و تخلف از آن می‌تواند ضمانت اجرای قانونی داشته باشد. ثانیاً، این تکلیف، ماهیتی «دوجانبه و متقابل» دارد. هیچ‌یک از زوجین نمی‌تواند از

مهم‌ترین و کلیدی‌ترین مصادیق و زیرمجموعه‌های «حسن معاشرت» در روابط زناشویی است. یک «معاشرت نیکو» بدون وجود یک رابطه جنسی رضایت‌بخش، متعارف و عادلانه، مفهومی ناقص و ناتمام خواهد بود. از سوی دیگر، تحقق «حق استمتاع» نیز بدون رعایت چارچوب‌های «حسن معاشرت» ممکن نیست. استمتاعی که با بی‌مهری، خشونت، تحقیر و بی‌توجهی به حقوق و کرامت طرف مقابل همراه باشد، هرچند در ظاهر «استمتاع» نامیده شود، اما نزد عرف و شرع، مصداق «سوء معاشرت» و «عدم تمکین از سوی زوج» در برابر حق زوجه خواهد بود (Safaei & Emami, 2006). در اینجا، تحلیل رابطه ماده ۱۱۰۳ با ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی بسیار راهگشاست. ماده ۱۱۰۸ مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود.» این ماده، مفهوم «نشوز» و ضمانت اجرای اصلی آن (سقوط نفقه) را بیان می‌کند. اما نکته محوری آن است که «وظایف زوجیت» در این ماده، مطلق نیست و در پرتو ماده ۱۱۰۳ تفسیر می‌شود (Abhari & Safaei, 2012). از این منظر، دو نتیجه بسیار مهم حاصل می‌شود: نتیجه نخست آنکه «نشوز»، مفهومی یک‌جانبه و مختص به زن نیست. ممکن است زوج نیز با «سوء معاشرت» خود، به وظایف زوجیت عمل نکند. برای مثال، زوجی که علی‌رغم تمکین زوجه، با خشونت و تحقیر با او رفتار می‌کند، یا از تأمین نیازهای عاطفی و جنسی متعارف او به‌طور کلی سر باز می‌زند، به تعهد خود در قبال «حسن معاشرت» عمل نکرده و در اصطلاح حقوقی، «ناشز» محسوب می‌شود (Abhari & Safaei, 2012). رویه قضایی ایران نیز هرچند به کندی، به سمت پذیرش این تحلیل متوازن حرکت کرده است. در برخی آرای صادره، دادگاه‌ها زوجی را که بدون عذر موجه، برای مدت طولانی رابطه جنسی با همسر خود را ترک کرده، یا او را مورد آزارهای روحی و عاطفی قرار داده، به‌عنوان «ناشز» تلقی کرده و حق او برای الزام به تمکین و یا استنکاف زوجه از تمکین

را ساقط دانسته‌اند (Zandi, 2009). نتیجه دوم، تفسیر محدودکننده «نشوز» زوجه است. زوجه تنها در صورتی «ناشزه» و مستحق سقوط نفقه خواهد بود که «بدون مانع مشروع» از ایفای وظایفی که «معروف» و متعارف است، امتناع کند. بنابراین، اگر زوج از زوجه استمتاعی را مطالبه کند که خارج از چارچوب «معروف» و مصداق «سوء معاشرت» است (مانند استمتاع منجر به ضرر، تحقیر یا خشونت)، امتناع زوجه از این خواسته، نه تنها «نشوز» نیست، که ایفای تکلیف او به «حسن معاشرت» در بعد سلبی آن (نهی از منکر) محسوب می‌شود و هرگز نمی‌تواند موجب سقوط حق نفقه او گردد (Zandi, 2009).

جایگاه عرف در تشخیص مصادیق حق استمتاع

حجیت عرف در تشخیص موضوعات و مصادیق احکام شرعی برای درک نقش عرف در تعیین مصادیق «حق استمتاع»، ابتدا باید مبانی نظری و اصولی حجیت عرف در فرایند استنباط احکام شرعی تبیین گردد. پرسش اساسی این است که آیا عرف می‌تواند منبعی برای تشریع یا تعیین موضوع حکم باشد؟ پاسخ فقهای امامیه، با تفکیک میان «موضوع حکم» و «حکم شرعی»، دقیق و روشن است. بدیهی است که عرف نمی‌تواند یک حکم شرعی را وضع یا نسخ کند؛ تشریع و تقنین احکام، منحصر به شارع مقدس است. اما در تشخیص «موضوعات» احکام، «توسعه و تضییق مفهومی» آنها و تعیین «مصادیق»، عرف نقشی بی‌بدیل و تعیین‌کننده دارد (Jannati, 1991). این امر، بر اساس یک پیش‌فرض مهم در فلسفه فقه اسلامی استوار است که شارع مقدس، در بیان احکام، روش «عرف عام» و «محاورات عقلایی» را برگزیده و مفاهیم را به فهم متعارف مردم واگذار کرده است، مگر در مواردی که «حقیقت شرعی» یا «حقیقت متشرعه» برای یک مفهوم ثابت شده باشد (Al-Khorasani, 1989). در چنین مواردی، مفهوم، معنای جدیدی پیدا کرده که شارع آن را وضع کرده و از دایره فهم عرفی خارج می‌شود (مانند «صلاة» که از

سازوکار تأثیرگذاری عرف عام در تحدید و توسعه مصادیق استمتاع و شرط اعتبار آن

حال که حجیت عرف عام در تشخیص موضوعات ثابت شد، باید دید این تأثیرگذاری با چه سازوکاری و تحت چه شرایطی رخ می‌دهد. عرف عام، در دو جهت می‌تواند بر مصادیق استمتاع اثر بگذارد: «تحدید» و «توسعه» (Rajabi, 2016). کارکرد تحدیدی عرف: هرگاه رفتاری در حوزه استمتاع، در نظر عرف عام، «نامتعارف»، «زشت»، «موهن به کرامت زن» یا «خلاف اخلاق عمومی جامعه» تلقی شود، حتی اگر نص شرعی خاصی بر حرمت آن وجود نداشته باشد، از دایره «معروف» خارج و مصادیق «منکر» می‌شود. در این حالت، زوجه نه تنها مکلف به تمکین نیست، که بر اساس تکلیف به «نهی از منکر» و «حسن معاشرت»، باید از آن امتناع ورزد (Rajabi, 2016). برای مثال، می‌توان فرض کرد که برخی رفتارهای جنسی خاص، هرچند میان زوجین و در خفا انجام شود، به دلیل آنکه با ذات کرامت انسانی و روحیه لطیف زن در تعارض است، از نظر عرف عام مردود باشد. در این صورت، حق استمتاع زوج نمی‌تواند زوجه را به پذیرش چنین امری ملزم سازد. همین‌طور، هرگاه استمتاع یا مقدمات آن، مستلزم «ضرر» یا «حرج» غیرقابل تحمل عرفی برای زوجه باشد (مانند درخواست رفتارهایی که با شأن اجتماعی، سلامت جسمی یا روانی او در تضاد است)، این ضرر و حرج که خود با معیار عرف سنجیده می‌شود، حق استمتاع زوج را محدود می‌کند (Jannati, 1991). کارکرد توسعه‌ای عرف: عرف می‌تواند مصادیق جدیدی را به حوزه «حق استمتاع» و «مقدمات واجب تمکین» اضافه کند. به عنوان مثال، اگر در عرف یک جامعه، «ابراز عشق و محبت کلامی و رفتاری پیش از رابطه جنسی» از لوازم یک معاشرت نیکو و یک استمتاع کامل و مطلوب به شمار آید، این رفتارها می‌توانند به عنوان بخشی از «تکلیف به حسن معاشرت» در نظر گرفته شوند که زوجین متقابلاً ملزم به رعایت آن هستند (Qoujaei Khameneh & Tayyeb

معنای لغوی «دعا» خارج شده و بر عبادت مخصوص دلالت دارد). در مسئله «استمتاع» و «مقدمات آن»، همان‌گونه که در مباحث پیشین تصریح شد، هیچ‌گونه «حقیقت شرعی» یا «حقیقت متشرعه» ثابت نیست. شارع مقدس این واژه را در همان معنای لغوی و عرفی «بهره‌مندی و لذت‌جویی» به کار برده است. این بدان معناست که تعیین اینکه چه رفتاری مصادیق «استمتاع» است، چه چیزی از «مقدمات» آن محسوب می‌شود، و محدوده «تمکین واجب» چیست، کاملاً به عرف عام و فهم متعارف مردم در هر زمان و مکان واگذار شده است (Jannati, 1991). فقها در بسیاری از ابواب فقهی، به این اصل تصریح کرده‌اند. برای نمونه، در بحث «نفقه»، تعیین مصادیق «طعام»، «لباس» و «مسکن» متناسب با «شأن زوجه»، کاملاً به عرف ارجاع شده است (Al-Hilli, 1988). یا در بحث «تعزیرات»، میزان و کیفیت تعزیر به نظر حاکم شرع و با در نظر گرفتن عرف زمانه واگذار شده است. این سیره مستمر فقها، گواه آن است که ارجاع به عرف در موضوعات غیرتعبدی، یک قاعده پذیرفته شده است. بنابراین، آیه «فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أُنْثَىٰ سِتْنَم» (بقره: ۲۲۳) که دایره استمتاع را وسیع و به خواست زوجین (در چارچوب شرع) ترسیم کرده، و آیه «عاشروهن بالمعروف» (نساء: ۱۹) که معیار کلی این رابطه را «معروف» قرار داده، هر دو، موضوع را به عرف احاله می‌دهند (Tabatabaei, 1994). نتیجه این مبنا آن است که محدوده حق استمتاع و تکلیف تمکین، یک مفهوم «ایستا» و «تاریخی» نیست. آنچه امروزه به عنوان مقدمات یک استمتاع معروف و متعارف شناخته می‌شود، ممکن است با آنچه در گذشته به عنوان تمکین کافی تلقی می‌شد، متفاوت باشد و این تفاوت، نه تنها منافاتی با شرع ندارد، که دقیقاً برخاسته از سازوکار پیش‌بینی شده در خود شرع برای پویایی و تطابق با نیازهای متغیر انسان‌هاست.

(Hosseini, 2019). شرط اعتبار عرف: در اینجا باید میان «عرف عام» و «عرف خاص» تفکیک قائل شد. بر اساس تحلیل این پژوهش، ملاک، «عرف عام» است. عرف خاص یک طبقه اجتماعی، یک قومیت یا یک گروه خاص، تا زمانی که به تأیید عرف عام نرسد و مخالف با اصول اخلاقی و شرعی عام نباشد، نمی‌تواند مبنای ایجاد تکلیف الزام‌آور برای زوج قرار گیرد (Mansouri, 2009). شرط دیگر برای اعتبار عرف، «عدم مخالفت با نصوص شرعی» است. بدیهی است که اگر عرفی، رفتاری را تجویز کند که شرعاً حرام است (مانند استمتاع در ایام حیض)، به دلیل مخالفت با نص، فاقد اعتبار است. همچنین، عرف نباید با «اصول و قواعد کلی حاکم بر خانواده»، مانند اصل «مودت و رحمت»، «عدالت» و «کرامت انسانی» در تضاد باشد (Mansouri, 2009). عرفی که به ترویج خشونت، تحقیر یا رابطه سلطه‌گرانه یک‌جانبه منجر شود، «عرف فاسد» محسوب شده و مردود است.

تطور تاریخی دیدگاه فقها و رویکرد حقوق موضوعه

تطور تاریخی دیدگاه فقها؛ از نگاه حداقلی به عرف تا پذیرش نقش حداکثری آن

بررسی سیر تاریخی آرای فقهای امامیه نشان می‌دهد که نگاه به نقش عرف در تعیین محدوده تمکین و استمتاع، یک سیر تکاملی و رو به گسترش را طی کرده است. در دیدگاه فقهای متقدم، مانند شیخ طوسی (Al-Shaykh al-Tusi, 1968) در المبسوط و الخلاف، تعریف «تمکین کامل» تعریفی مطلق و غیرمقید به عرف به نظر می‌رسد. ایشان تمکین کامل را «تسلیم مطلق نفس» توسط زوجه تعریف می‌کنند، به گونه‌ای که «استمتاع را به موضعی خاص یا زمان و مکان خاص محدود نکنند». این تعریف، اگرچه به ظاهر مطلق است، اما نمی‌توان آن را نادیده‌انگاشتن کامل عرف دانست، بلکه می‌توان گفت که «اطلاق» مورد نظر ایشان، خود در چارچوبی عرفی فهمیده می‌شده که آن چارچوب در زمان آنان چنان بدیهی

بوده که نیازی به تصریح احساس نمی‌شده است (Al-Shaykh, 1968). با گذر زمان و پیچیده‌تر شدن مناسبات اجتماعی، فقهای متأخر به تدریج به نقش عرف تصریح بیشتری کردند. نقطه عطف در این زمینه، ورود فید «عذر شرعی یا عقلی» در کلام فقهای مانند فخرالمحققین (Al-Hilli, 1968) است. این قید، به روشنی بیان می‌کند که وجوب تمکین، «مطلق مطلق» نیست، بلکه با وجود عذرهای عقلی (که تشخیص آن‌ها عرفی است) مانند بیماری، ضعف مفرط یا عدم آمادگی روانی، این وجوب محدود می‌شود. حرکت بعدی، ورود بحث «مقدمات استمتاع» توسط فقهای مانند محقق سبزواری (Sabzevari, 1993) و سید علی طباطبایی (Tabatabaei, 1994) است. آنان با وجوب دانستن مقدماتی مانند «تنظیف و ازاله منغرات»، عملاً به عرف ارجاع دادند، چرا که تشخیص «منغرات» یک امر کاملاً عرفی است. مرحوم فیض کاشانی (Fayd Kashani, 1994) این دایره را گسترده‌تر کرده و «هر آنچه که استمتاع متوقف بر آن است» را واجب دانست. این دیدگاه، یک قاعده عام و ارجاع‌دهنده کامل به عرف است. اوج این نگاه را می‌توان در دیدگاه مرحوم علامه بحرانی (Al-Bahrani, 1985) مشاهده کرد که با استناد به آیه «عاشروهن بالمعروف»، دایره وجوب را از «مقدمه واجب» فراتر برده و شامل اموری می‌داند که «سبب زیادی انس و الفت» می‌شود. این یک چرخش پارادایمی از «تکلیف حداقلی» به «تکلیف حداکثری معطوف به کیفیت رابطه» است. در این نگاه، «معروف» عرفی، معیار اصلی تعیین وظایف زوجه (و بالتبع زوج) در حوزه استمتاع است. این سیر تطور نشان می‌دهد که فقهای امامیه، در بستر زمان، به‌طور فزاینده‌ای به پویایی مفهوم «تمکین» و «استمتاع» و نقش بی‌بدیل عرف در تشخیص مصادیق آن پی برده و آن را در دستگاه فقهی خود منعکس کرده‌اند.

رویکرد حقوق موضوعه؛ از سکوت نسبی تا ظرفیت‌های تفسیر عرف‌گرا

در حقوق موضوعه ایران، قانون‌گذار به‌طور صریح به تأثیر عرف در تعیین مصادیق حق استمتاع نپرداخته است. ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، صرفاً از «وظایف زوجیت» سخن می‌گوید و ماده ۱۱۰۳ نیز به «حسن معاشرت» اشاره دارد، بی‌آنکه سازوکار تعیین مصداق برای این مفاهیم را روشن کند. این «سکوت نسبی» قانون‌گذار را می‌توان از دو منظر تحلیل کرد (Katouzian, 2000): از منظر نخست، می‌توان آن را به معنای وانهادن کامل موضوع به توافق طرفین یا تفسیر قضات دانست. از منظر دوم و دقیق‌تر، این سکوت را باید «سکوت حکیمانه» و به معنای ارجاع ضمنی به عرف تلقی کرد. قانون‌گذار با علم به تحولات اجتماعی و تنوع فرهنگی در ایران، از ارائه یک تعریف جامع و مانع برای «تمکین» و «وظایف زوجیت» خودداری کرده است، زیرا هرگونه تعریف قانونی، در گذر زمان، یا ناقص می‌شد یا مانع تطابق با عرف‌های جدید. بنابراین، با به‌کارگیری مفاهیمی کلی و ارجاع‌دهنده مانند «وظایف زوجیت» و «حسن معاشرت»، عملاً تعیین مصادیق این مفاهیم را به «عرف عام» و «رویه قضایی» واگذار کرده است. این رویکرد، با اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز هماهنگ است که قاضی را موظف می‌کند در صورت سکوت یا نقص قانون، به «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» و «اصول حقوقی» مراجعه کند. عرف، به‌عنوان یکی از منابع شناخته‌شده در اصول فقه و حقوق، می‌تواند در این موارد، راهگشای قاضی باشد (Mohaghegh Damad, 1993). مقایسه تطبیقی دیدگاه فقها و حقوق موضوعه، اشتراکات و تفاوت‌هایی را آشکار می‌سازد. نقطه اشتراک اصلی، پذیرش «عرف» به‌عنوان یک عنصر اصلی در تفسیر و تعیین مصادیق است؛ با این تفاوت که فقها این پذیرش را در قالب قواعد اصولی (مانند رجوع به عرف در موضوعات) و با استناد به مبانی قرآنی (مانند «المعروف») به‌صورت نظری و مستدل مطرح کرده‌اند، در حالی

که حقوق موضوعه، بیشتر به شکل ضمنی و از طریق رهاسازی مفاهیم، آن را پذیرفته است (Mohaghegh Damad, 1993). تفاوت دیگر، در دامنه و «حدود» تأثیر عرف است. در فقه، به دلیل وجود مراجع تقلید و فتوا، امکان «کنترل» و «تحدید» عرف‌های فاسد توسط فقها وجود دارد. یک عرف نامشروع، با فتوای صریح فقها، از درجه اعتبار ساقط می‌شود. اما در نظام حقوقی، این وظیفه بر عهده «قاضی» است. قاضی باید در هر پرونده، «عرف عام» را احراز کند و سپس آن را با «قوانین آمره»، «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» تطبیق دهد. اگر عرفی، با این اصول در تعارض باشد، قاضی مکلف به رد آن است. این فرایند، اگرچه در تئوری دقیق است، اما در عمل می‌تواند به صدور آرای متعارض و ایجاد باتکلیفی منجر شود (Saljoughi, 2010).

ارجاع امر به عرف در صورت اجمال و ابهام در استمتاع

اجمال و ابهام در ادله شرعی و حقوقی ناظر به استمتاع و ضرورت رجوع به عرف

در نظام استنباط فقهی و تفسیر حقوقی، هرگاه لفظ یا دلیل قانونی از حیث دلالت بر مصداق، فاقد شفافیت و وضوح لازم باشد، با پدیده «اجمال» یا «ابهام» روبه‌رو هستیم. اجمال در نصوص شرعی و مواد قانونی ناظر به استمتاع، امری است که ریشه در ماهیت این مفهوم و شیوه بیان شارع و قانون‌گذار دارد. اگرچه در نگاه نخست، الفاظی مانند «استمتاع»، «تمکین» و «وظایف زوجیت» روشن به نظر می‌رسند، اما با تأمل در مصادیق و مرزهای آن‌ها، مشخص می‌شود که در بسیاری از موارد، با «مجمّل» یا «مبهم» بودن مواجهیم (Muzaffar, 2018). اجمال در لغت به معنای «در هم پیچیدن و به اختصار و بدون تفصیل بیان کردن» و در اصطلاح اصول فقه، به وضعیتی اطلاق می‌شود که لفظ یا دلیلی، صلاحیت احراز و تعیین مراد اصلی شارع را به‌طور دقیق نداشته باشد، به‌گونه‌ای که نتوان به صرف تمسک به ظاهر آن، حکم را استنباط کرد (Muzaffar, 2018). برای مثال، آیه شریفه «نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ

فَاتُوا حَرْثَكُمْ اَنْتِي شَيْئٌ» (بقره: ۲۲۳) که گستره استمتاع را بیان می‌کند، از جهات متعددی محل اجمال یا دست‌کم ابهام است. پرسش‌هایی از این قبیل که مقصود از «اَنْتِي شَيْئٌ» چیست؟ آیا این عبارت صرفاً ناظر به مکان و زمان جواز آمیزش است یا فراتر از آن، به نحوه و کیفیت استمتاع نیز دلالت دارد؟ آیا این «خواستن» مطلق است یا مقید به «معروف»؟ همه این پرسش‌ها، نشان‌دهنده وجود درجاتی از ابهام در نص است (Tabatabaei, 1994). همین‌طور در روایات، تعبیری مانند «لِتَقْضِ حَاجَتَهُ» یا «تطاوعه» که برای بیان وظیفه زوجه در قبال استمتاع زوج به کار رفته، همگی در تعیین دقیق محدوده و مصداق، مجمل هستند. «حاجت» زوج چیست؟ آیا هر آنچه زوج «طلب» کند، داخل در «حاجت» شرعی است؟ این پرسش‌ها در متن روایت پاسخ روشنی ندارند (Al-Hurr al-Amili, 2020). ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی نیز از این ابهام مبرا نیست. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند...». عبارت «وظایف زوجیت» در این ماده، یک لفظ عام و کلی است که قانون‌گذار تعریف دقیقی از آن ارائه نداده است. آیا این وظایف، صرفاً «تمکین خاص» (نزدیکی جنسی) را شامل می‌شود، یا «تمتع جنسی» به معنای عام (لمس، بوسیدن، ملاعبه)، «مقدمات استمتاع» (آراستگی، عطر زدن، فراهم‌سازی محیط)، و حتی «تأمین نیازهای عاطفی - روانی زوج» را نیز در بر می‌گیرد؟ این ابهام، ضرورت وجود یک «مفسر» و «شاخص» را برای تعیین محدوده حکم ایجاب می‌کند (Katouzian, 2006). در اینجا است که «عرف» به‌عنوان مبین و مفسر اصلی این مجملات و مبهمات پا به عرصه می‌گذارد. عرف، با ارائه یک «فهم مشترک» و «رویه متعارف»، به این پرسش‌ها پاسخ می‌دهد. به عبارت دیگر، شارع و قانون‌گذار، عامداً یا به اقتضای طبیعت این مفاهیم، آن‌ها را به‌صورت مجمل بیان کرده و تعیین مصداق و رفع ابهام را به «فهم عرفی» واگذار نموده‌اند. این

واگذاری، نه از سر نقص، که از سر حکمت و برای ایجاد انعطاف و پویایی در نظام حقوقی خانواده است (Jannati, 1991).

۲-۶. سازوکار رفع اجمال و تعیین مصداق با استمداد از عرف در موضوعات نوپیدای استمتاع

پس از پذیرش اصل رجوع به عرف در رفع اجمال، پرسش اصلی این است که سازوکار عملی این رجوع چگونه است و به‌ویژه در مواجهه با موضوعات نوپیدا و بی‌سابقه، عرف چگونه می‌تواند راهگشا باشد. سازوکار استمداد از عرف را می‌توان در یک فرایند سه‌گانه تبیین کرد (Rajabi, 2016): گام نخست، «تشخیص موضوع»: در مواجهه با یک پدیده جدید مانند «استمتاع در فضای مجازی»، نخستین گام این است که ماهیت این پدیده نزد عرف عام مشخص شود. آیا عرف، تماس صوتی - تصویری خصوصی میان زوجین را نوعی «تمتع و التذاذ جنسی» می‌داند یا صرفاً یک «ارتباط عاطفی»؟ پاسخ عرف به این پرسش، ماهیت موضوع را تعیین می‌کند. اگر عرف آن را مصداقی از «لذت جنسی» بداند، آن‌گاه مشمول عمومات و اطلاعات «حق استمتاع» قرار می‌گیرد، و اگر صرفاً یک تعامل عاطفی بداند، آن‌گاه ذیل «حسن معاشرت عام» و با درجه‌ای از الزام متفاوت (و معمولاً اخلاقی و نه حقوقی) قرار می‌گیرد (Rajabi, 2016). گام دوم، «توسعه یا تضییق دایره حکم»: پس از تشخیص موضوع، عرف تعیین می‌کند که آیا این مصداق جدید، داخل در محدوده «وظایف زوجیت» و «تمکین» هست یا خیر؟ برای نمونه، اگر عرف عام، آرایش و پیرایش خاص و فراتر از حد متعارف را جزو مقدمات واجب تمکین نداند، این امر از شمول حکم وجوب خارج می‌شود. اما اگر عرف، «ارتباط پیامکی عاطفی مستمر» را جزو حقوق متقابل زوجین برای حفظ کیان خانواده بداند، می‌توان آن را داخل در «حسن معاشرت» و به تبع آن، مشمول ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی دانست. گام سوم، «تعیین حدود و مرزها»: عرف نه‌تنها مصادیق را روشن می‌کند، بلکه به تعیین حدود آن‌ها نیز می‌پردازد. به‌عنوان مثال، اگر عرف، «استمتاع

در فضای مجازی» را به‌عنوان یک حق برای زوج به رسمیت بشناسد، همین عرف، حدود آن را نیز مشخص می‌کند. عرف عام حکم می‌کند که این استمتاع نباید منجر به «تهدید امنیت روانی و اجتماعی زوجه» (از طریق ترس از انتشار تصاویر)، «تضییع حقوق اساسی او» (مانند منع کامل از حضور در اجتماع) یا «ایجاد مشقت غیرقابل تحمل» شود (Rajabi, 2016). بنابراین، سازوکار رجوع به عرف، سازوکاری پویا، منعطف و چندلایه است. در مسائل مستحدثه مانند فضای مجازی، این فرایند اهمیتی دوچندان می‌یابد، زیرا نصوص شرعی و مواد قانونی که در زمان و مکانی پیش از پیدایش اینترنت وضع شده‌اند، به‌طور طبیعی راجع به این مصادیق ساکت‌اند. این «سکوت»، خود نوعی «اجمال» در مواجهه با مسائل نو است. در این شرایط، عرف به مثابه «زبان گویای شارع» و «روح قانون»، به کمک فقیه و قاضی می‌آید تا با تطبیق اصول ثابت (مانند معاشرت به معروف، لاضرر، حفظ کرامت) بر موضوعات متغیر، احکامی متناسب و کارآمد صادر کند (Qoujaei Khameneh & Tayyeb Hosseini, 2019).

مشروعیت تحدید استمتاع در ضمن عقد نکاح

تحلیل دیدگاه‌های فقها در خصوص شرط تحدید استمتاع

یکی از مباحث مهم در حوزه حق استمتاع، امکان یا عدم امکان تحدید آن از طریق شروط ضمن عقد نکاح است. در این زمینه، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. پرسش اساسی این است که آیا زوجین می‌توانند در ضمن عقد نکاح، دامنه استمتاع را محدود کنند؟ هرگاه هر یک از زوجین در عقد ازدواج شرط کند که هیچ‌گونه استتماعی از یکدیگر نداشته باشند، همه فقها بالاتفاق گفته‌اند: چنین شرطی باطل و مبطل عقد است؛ زیرا خلاف مقتضای ذات عقد است (Najafi, 1984). اما اگر عدم یک نوع استمتاع برای همیشه یا موقت ضمن عقد شرط شود، اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقها گفته‌اند که زن می‌تواند در نکاح شرط کند که شوهر با او روابط زناشویی نداشته باشد. دلیل آن‌ها بر

مشروعیت و وجوب التزام زوج به این شرط، عدم منافات شرط با مقتضای عقد و عموم ادله است (Najafi, 1984). در مقابل، شیخ طوسی (Al-Shaykh al-Tusi, 1968) گفته‌اند: اگر زوجه در عقد دائم شرط عدم وطی کند، این شرط فاسد است و موجب فساد عقد می‌شود. شیخ طوسی در مبسوط، ابن حمزه در وسیله، علامه در مختلف و فرزندش فخرالمحققین در ایضاح الفوائد گفته‌اند که این شرط اختصاص به عقد منقطع دارد و در عقد دائم، خلاف مقتضای عقد و خلاف کتاب و سنت است (Al-Hilli, 1993). آن‌ها گفته‌اند که مقصود اصلی از ازدواج دائم، توالد و تناسل است و شرط عدم نزدیکی، خلاف مقصود ازدواج است. صاحب جواهر (Najafi, 1984) همانند محقق حلی عقیده دارد که این شرط، صحیح است و ادعای شیخ طوسی و پیروان او را بی‌دلیل و اجتهاد در مقابل نص دانسته است. شهید ثانی (Al-Juba'i al-Amili, 1993) در مسالک الافهام به اطلاق روایت سماعه بن مهران و اسحاق بن عمار استناد کرده و گفته است: اطلاق این دو روایت شامل عقد دائم و منقطع می‌شود، علاوه بر آن، عموم ادله وفای به شرط و ادله جواز وطی به اذن زوجه، شامل هر دو مورد شده و ادله‌ای که شیخ و دیگران آورده‌اند، تحکم است. دلیل او این است که مقاصد ازدواج منحصر به تمتعات جنسی و توالد و تناسل نیست و اساساً برای صحت عقد، رعایت مقاصد و لحاظ غایات عقد اعتباری ندارد. ناگفته نماند که ازدواج همیشه برای داشتن روابط زناشویی و توالد و تناسل نیست. کم نیستند افرادی که بنا به مصلحتی مثلاً در سن پیری برای رفع نیاز عاطفی و داشتن همدم و مونس ازدواج می‌کنند. بنابراین، صحیح نیست غرض ازدواج را تنها در برآوردن نیازهای جنسی و توالد و تناسل خلاصه کنیم (Ziaei & Rostami, 2017). امام خمینی (Khomeini, 2000) در کتاب البیع، شرط عدم روابط جنسی در ضمن عقد نکاح را پذیرفته‌اند. استدلال ایشان بر جواز چنین شرطی این است که انگیزه‌های جنسی، تنها هدف و حکمت

ازدواج نیست؛ بلکه اغراض عقلایی و عرفی فراوانی در نکاح مترتب است؛ مثل حصول محرمیت، وصلت با خانواده شریف که تحقق هر یک می‌تواند مصحح عقد نکاح باشد. همچنین ایشان در کتاب تحریرالوسیله گفته‌اند: اگر زن در ضمن عقد نکاح شرط عدم ازاله بکارت کند، وفای به شرط لازم است، بدون این که فرقی بین نکاح دائم و منقطع باشد (Khomeini, 2011).

دلایل قائلین بر جواز تحدید استمتاع

دلیل اول: قرآن کریم. نگاه قرآن به حقوق جنسی در قالب یک رابطه شخصی است، چرا که در آیه «و عاشروهن بالمعروف» واژه عرف و معروف بیش از ۴۰ بار در قرآن آمده است که بیش از نیمی از این موارد، توصیه به مردان در باب معاشرت و رفتار نیکو با زنان است (Makarem Shirazi, 1995). قرآن کریم در این آیه به نکته مهمی اشاره کرده است و آن اینکه در تلاش بوده است که معیار سلامت روابط زناشویی را از جهت تعداد و نیز از لحاظ روابط جنسی بر محور معاشرت به معروف تعریف و تبیین کند و کیفیت تحقق چنین روابطی را به خود زوجین بسپارد. از نظر قرآن کریم، جزئیات روابط جنسی از لحاظ مکانی و زمانی و حتی شخصی نه تنها مهم نیست، بلکه شارع اساساً در این زمینه مداخله‌ای نکرده است و آنچه مهم است معاشرت با همسر بر محور رعایت آداب و عاداتی است که شرع با آن‌ها مخالفتی نکرده است (Makarem Shirazi, 1995). دلیل دوم: حاکمیت اراده زوجین. شرط تمکین محدود برابر با اصل حاکمیت اراده از حقوق مسلم زوجین بوده و مشروعیت دارد، خصوصاً در عصر حاضر که زن و شوهر هر دو کمابیش در تأمین معاش خانواده و هزینه‌های زندگی مشارکت فعال دارند و برای متعادل‌سازی اشتغالات اجتماعی با زندگی مشترک، زوجه می‌تواند انتظارات زوج را با تراضی و توافق در ضمن عقد تعدیل نماید (Abbasi, 2012). مرحوم سید حسن امامی (Emami, 1998) می‌گوید: این شرط در نکاح صحیح است و دلیل آن را این‌طور بیان کرده است: روابط

زناشویی از جمله حقوقی است که مربوط به زوجین می‌باشد و آنان می‌توانند هرگونه بخواهند در آن توافق نمایند. شرط مزبور برخلاف مقتضای عقد نکاح و قوانین آمره نمی‌باشد. دلیل سوم: استمتاع مقتضای اطلاق عقد نکاح. نظر صاحب جواهر (Najafi, 1984) مطابق قول مختار در مورد استمتاع است که استمتاع، اقتضای اطلاق عقد محسوب می‌شود. لذا شرط عدم استمتاع ضمن عقد، موجب بطلان شرط یا عقد نمی‌شود و عقد با وجود این شرط همچنان صحیح و لازم‌الوفا است. با توجه به مطلب مذکور واضح خواهد بود که وطی نیز نمی‌تواند مقتضای ذات عقد نکاح باشد، بلکه وطی از غایات نکاح و مقتضای اطلاق عقد نکاح است. به این معنا که اگر شرطی همه مصادیق استمتاع جنسی را نفی کند، به نحوی که به تعطیل شدن و معلق ماندن ایجاد رابطه زوجیت منجر شود، این شرط باطل است؛ بنابراین، زوجین می‌توانند نفی برخی از استمتاعات را ضمن عقد شرط کنند، چون هر یک از مصادیق آن به‌تنهایی جزء غایات نکاح هستند. صحت ازدواج معذورالوطی نیز مؤید این دیدگاه است. مرحوم صاحب جواهر (Najafi, 1984) مقاصد ازدواج را منحصر به تمتعات جنسی و توالد و تناسل نمی‌داند و می‌گوید: «ولو أن الوطء من مقتضیات النکاح علی وجه یستلزم اشتراط عدمه بطلانه لم یجز نکاح المتعذر و طئها او و طئه، و هو معلوم الفساد، و انما الوطء غایه من الغایات». اگر وطی از مقتضیات نکاح باشد، به‌گونه‌ای که لازم باشد شرط عدم وطی شود آن شرط باطل است و نکاح شخص معذور از وطی جایز نیست، در حالی که چنین نظری فساد آن مشهور است و وطی فقط یکی از اهداف نکاح است. دلیل چهارم: حاکمیت اصل معروف در زندگی خانوادگی. با عنایت به مطالب بیان‌شده، روشن می‌گردد که تمکین خاص، ایجاد شرایطی برای رفع نیازهای جنسی در هر موقعیت ممکن و متعارف است و باید به این نکته توجه داشت که بحث تمکین در هر جامعه‌ای، تابع عرف و عادت و فرهنگ همان جامعه است. لزوم تمکین امر مطلق نیست و بر

مبتنی بر مودت و رضایت متقابل ارتقا می‌دهد. سوم: ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگر می‌باشند»، برگردان حقوقی آیه «عاشروهن بالمعروف» و یک قاعده آمره در نظام حقوقی ایران است. این ماده یک «منبع عام تعهدات» و یک «اصل راهنما» در تفسیر سایر مواد قانونی است و نقش «پرکننده خلأهای قانونی» را ایفا می‌کند. نسبت این ماده با حق استمتاع، رابطه «عام و خاص» است و کلید تفسیر ماده ۱۱۰۸ (نشوز) نیز می‌باشد. «وظایف زوجیت» در ماده ۱۱۰۸، مقید به «معروف» و «حسن معاشرت» است و ماده ۱۱۰۳ می‌تواند مبنایی برای شناسایی «نشوز زوج» نیز باشد. چهارم: عرف عام، به عنوان یک ابزار عقلایی، یک کاشف از مراد شارع و یک مفسر اصلی برای نصوص و قوانین، نقشی بی‌بدیل و تعیین‌کننده در تشخیص مصادیق، تحدید حدود و تعیین کیفیت اجرای حق استمتاع ایفا می‌کند. سازوکار تأثیرگذاری عرف، در یک فرایند سه گانه «تشخیص موضوع»، «توسعه یا تضییق دایره حکم» و «تعیین حدود و مرزها» رخ می‌دهد. در این میان، عرف عام بر عرف خاص تقدم دارد و شرط اعتبار عرف، «عام بودن»، «استمرار»، «عدم مخالفت با نصوص شرعی و قوانین آمره» و «عقلایی بودن» است. پنجم: در مسائل مستحدثه‌ای مانند «استمتاع در فضای مجازی»، به دلیل سکوت نصوص و قوانین، عرف به مثابه «زبان گویشی شارع» و «روح قانون»، به کمک فقیه و قاضی می‌آید تا با تطبیق اصول ثابت بر موضوعات متغیر، احکامی متناسب صادر کند. در این راستا، «ضابطه‌مندسازی رجوع به عرف» از طریق تدوین شرایط اعتبار عرف در سطح نظری، تدوین پروتکل‌های تشخیص عرف در سطح رویه‌ای، و مستندسازی عرف در آرای محاکم در سطح قضایی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

ششم: شرط تحدید استمتاع در ضمن عقد نکاح، بنابر دیدگاه راجح، صحیح و لازم‌الوفا است. استمتاع، مقتضای اطلاق عقد نکاح است نه مقتضای ذات آن. لذا شرط عدم برخی از مصادیق استمتاع

اساس زمان، مکان، عرف و اخلاق تعیین می‌شود و باید فرهنگ جوامع نیز در نظر گرفته شود. به نظر می‌رسد در خصوص حکم لزوم تمکین از همسر، تغییر مصادیق متعلق این حکم، در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، به نوعی موجب تغییر حکم می‌گردد (Hekmatnia, 2007).

نتیجه‌گیری

از مجموع مباحث مطرح‌شده در این پژوهش، نتایج زیر استنباط می‌شود: نخست: «استمتاع» و «مقدمات آن» فاقد «حقیقت شرعیه» یا «حقیقت متشرعه» بوده و یک «موضوع عرفی» محسوب می‌شود. شارع مقدس این واژه را در همان معنای لغوی و عرفی «بهره‌مندی و لذت‌جویی» به کار برده است. این بدان معناست که تعیین اینکه چه رفتاری مصداق «استمتاع» است، چه چیزی از «مقدمات» آن محسوب می‌شود، و محدوده «تمکین واجب» چیست، کاملاً به عرف عام و فهم متعارف مردم در هر زمان و مکان واگذار شده است. اثبات این امر، تبعات بسیار مهمی در عرصه فقه و حقوق دارد: نخست، «توسعه و تضییق» دایره مصادیق استمتاع متناسب با تحولات عرفی ممکن می‌شود. دوم، در مقام «تشخیص حدود شرعی»، عرف می‌تواند محدوده «مباحات» و «منطقه‌الفراغ» را پر کند. سوم، تعیین مصادیق «نشوز»، «عدم تمکین» و «سوء معاشرت» و ضمانت اجراهای آن‌ها، کاملاً در گروی عرفی بودن این مفاهیم است. دوم: آیه شریفه «عاشروهن بالمعروف» (نساء: ۱۹) یک قاعده حاکم و منشور اخلاقی - حقوقی خانواده است که ارتباط وثیقی با حق استمتاع دارد. «معروف» یک مفهوم سه‌بعدی مرکب از عقل، شرع و عرف است. این آیه در سه سطح ایجابی (توسعه مصادیق)، سلبی (ایجاد محدودیت) و کیفی (ارتقای مفهوم استمتاع) عمل می‌کند. حق استمتاع زوج، مقید به «معروف» است و هرگونه استمتاعی که از نظر عقل، شرع و عرف، «ناروا» و «نامتعارف» تلقی شود، از دایره حق زوج خارج می‌شود. همچنین، این آیه، «استمتاع» را از یک «عمل غریزی صرف» به یک «فعل اخلاقی - حقوقی»

پژوهشی و دانشگاهی با انجام پژوهش‌های میدانی و بین‌رشته‌ای، به احراز و مستندسازی عرف‌های جاری در حوزه خانواده کمک کنند تا قضات و فقها بتوانند با اتکای به داده‌های علمی، احکامی عادلانه‌تر صادر نمایند.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

EXTENDED ABSTRACT

The family, as a foundational institution in Islamic jurisprudence and Iranian law, is structured around principles such as affection, mercy, tranquility, mutual respect, and *mu'āsharat bi-l-ma'rūf* (living together according to what is proper and socially recognized). Within this normative framework, the right to sexual enjoyment (*istimtā'*) constitutes one of the principal reciprocal rights and obligations arising from marriage and is closely associated with the broader concepts of marital compliance (*tamkīn*), marital disobedience (*nushūz*), and proper marital cohabitation. Although the basic legitimacy of sexual enjoyment within marriage is well established in Imami jurisprudence and Iranian family law, substantial uncertainty remains concerning its conceptual boundaries, practical manifestations, preliminaries, and permissible limitations. Iranian legal doctrine recognizes marital obligations through provisions such as Articles 1103 and 1108 of the Civil Code, yet these provisions employ general concepts such as "good marital relations," "marital duties," and "legitimate impediment," the precise content of which cannot be determined independently of social and customary understandings (Katouzian,

ضمن عقد، موجب بطلان شرط یا عقد نمی‌شود. ادله‌ای چون حاکمیت اراده زوجین، عدم انحصار مقاصد ازدواج در تمتعات جنسی و توالد و تناسل، و صحت ازدواج معذورالوطی، مؤید این دیدگاه است. البته شرطی که همه مصادیق استمتاع را نفی کند و به تعطیل شدن رابطه زوجیت منجر شود، باطل و مبطل عقد است. قانون‌گذار با اصلاح مواد قانون مدنی، به‌صراحت، نقش عرف را در تعیین مصادیق حقوق و تکالیف زوجین به رسمیت بشناسد. رویه قضایی با اتخاذ الگویی شفاف و روشمند برای استناددهی به عرف در آرای محاکم، از «عرف‌گزینی در لفظ و عرف‌مداری در معنا» به «عرف‌شناسی شفاف و مستدل» حرکت کند. مراکز

2006; Safaei & Emami, 2006). This indeterminacy is particularly important because concepts such as *istimtā'*, *tamkīn*, *nushūz*, and *ma'rūf* are qualitative and context-dependent rather than rigidly defined legal categories. Islamic legal theory has long acknowledged that, unless a term has acquired an independently established Sharī'a meaning, its meaning and applications must generally be identified by reference to linguistic convention, rational usage, and prevailing custom (Al-Khorasani, 1989; Jannati, 1991). Accordingly, the central problem addressed in this study is whether sexual enjoyment and its preliminaries constitute Sharī'a-defined concepts or customary subjects, and, if the latter is accepted, how public custom may delimit, expand, or otherwise determine the manifestations of this marital right. The study further examines the relationship between the Qur'anic command to "live with them according to what is proper" and the right to sexual enjoyment, the interpretive capacities of Article 1103 of the Iranian Civil Code, and the role that custom may play in resolving ambiguities arising from contemporary and technologically mediated forms of marital intimacy.

The study adopts an analytical-critical method combined with a comparative jurisprudential and legal approach. Its analytical framework is constructed through a close examination of Imami jurisprudential sources, principles of *uṣūl al-fiqh*, Qur'anic foundations governing marital relations, and the relevant doctrines of Iranian positive law. Particular attention is devoted to the conceptual distinction between a *ḥaqīqa shar'īyya*—a meaning specifically established by the Lawgiver—and a concept whose subject matter remains governed by ordinary linguistic and customary understanding. The lexical meaning of *istimtā'* refers to benefiting from, enjoying, or deriving pleasure from something, and classical Qur'anic vocabulary likewise associates the root with enjoyment and benefit (Al-Raghib al-Isfahani, 1992). Although some jurisprudential discussions concerning Qur'an 4:24 have associated *istimtā'* with temporary marriage, this contextual usage does not establish a comprehensive Sharī'a-defined meaning applicable to all marital relations (Al-Shaykh al-Tusi, 1968; Qoujaei Khameneh & Tayyeb Hosseini, 2016). From the perspective of legal theory, therefore, the broader concept of marital sexual enjoyment remains dependent on ordinary and customary understanding, and the same applies to identifying its preliminaries, modalities, and reasonable limits (Muzaffar, 2018). The analysis also distinguishes general marital compliance from specific marital compliance. General *tamkīn* concerns the performance of marital duties within the lawful and customary organization of family life, whereas specific *tamkīn* concerns sexual relations and responsiveness to legitimate and reasonable marital requests (Katouzian, 2000; Safaei & Emami, 2006). Classical jurists described full compliance in terms of removing unjustified obstacles to marital intimacy, while simultaneously recognizing religious, rational, physical, and customary impediments that

may justify non-compliance (Al-Hilli, 1988; Najafi, 1984). This conceptual structure demonstrates that marital compliance cannot be interpreted as unlimited submission, because its practical scope depends upon reasonableness, legitimacy, absence of harm, and the prevailing standards governing proper marital conduct.

A central finding of the study concerns the jurisprudential significance of the Qur'anic principle *wa 'āshirūhunna bi-l-ma'rūf* ("live with them according to what is proper") in Qur'an 4:19. The concept of *ma'rūf* provides a normative bridge between fixed religious principles and changing social practices. It may be understood as a multidimensional standard incorporating reason, Sharī'a, and socially recognized custom: conduct must be rationally acceptable, not prohibited by religious law, and recognized by society as proper and appropriate (Tabatabaei, 1994). This threefold structure gives *ma'rūf* a dynamic interpretive capacity that is especially important in family law. In its positive or expansive function, *ma'rūf* can bring newly recognized forms of appropriate conduct within the scope of reciprocal marital obligations. Thus, practices that contemporary social understanding regards as necessary preliminaries to respectful and satisfactory intimacy—including hygiene, appropriate personal appearance, emotional preparation, affectionate communication, and consideration of the other spouse's psychological condition—may be understood as components of proper marital relations rather than as legally irrelevant matters (Al-Bahrani, 1985; Qoujaei Khameneh & Tayyeb Hosseini, 2019). In its negative or restrictive function, however, *ma'rūf* limits claims to sexual enjoyment by excluding conduct regarded as degrading, harmful, violent, humiliating, or seriously inconsistent with human dignity. A spouse's entitlement to marital enjoyment therefore cannot be

construed as authorizing every conceivable form of sexual demand. Conduct that falls outside the boundaries of accepted and lawful marital relations may cease to constitute a legally protected manifestation of *istimtā'*, particularly where it causes intolerable physical or psychological harm (Abhari & Safaei, 2012; Najafi, 1984). Finally, in its qualitative function, the Qur'anic principle transforms sexual relations from a purely physical entitlement into an ethical-legal interaction grounded in affection, mercy, reciprocity, dignity, and mutual tranquility (Fadlallah, 2000). Consequently, sexual enjoyment within marriage should be interpreted not as a unilateral claim detached from the overall marital relationship but as one component of a broader reciprocal system of proper cohabitation.

The legal analysis demonstrates that Article 1103 of the Iranian Civil Code possesses considerable interpretive capacity in translating this jurisprudential principle into positive law. By providing that husband and wife are mutually obligated to maintain good relations with one another, Article 1103 establishes a mandatory, bilateral, and relational norm rather than a merely ethical recommendation (Katouzian, 2000). It can therefore function both as a general source of marital obligations and as an interpretive principle for provisions that employ more indeterminate concepts, particularly Article 1108 concerning the loss of maintenance where a wife, without a legitimate impediment, refuses to perform marital duties. Read in isolation, "marital duties" may appear open-ended; read in conjunction with Article 1103, however, such duties must be interpreted within the requirements of proper, lawful, reasonable, and reciprocal marital conduct (Abhari & Safaei, 2012; Katouzian, 2006). This approach also has implications for the concept of *nushūz*. Although the financial consequence contained in Article 1108 directly

addresses the wife's refusal to perform marital duties, the jurisprudential concept of marital disobedience is not necessarily conceptually confined to women. A husband may likewise violate marital obligations through persistent mistreatment, unjustified abandonment of sexual relations, humiliation, emotional abuse, or failure to respect the reciprocal requirements of good marital conduct (Al-Juba'i al-Amili, 1993; Zandi, 2009). Accordingly, a wife's refusal to comply with a sexual demand that is harmful, humiliating, unlawful, or contrary to accepted marital standards should not automatically be classified as *nushūz*. The concept of a "legitimate impediment" should itself be interpreted in light of customary reasonableness, the principles of no harm and no intolerable hardship, and the requirement of proper cohabitation. This interpretive relationship enables Article 1103 to operate as a gap-filling norm in disputes involving conduct not specifically regulated elsewhere in the Civil Code, and it may assist courts in distinguishing between legitimate marital expectations and demands that exceed the lawful and customary boundaries of spousal rights.

The study further finds that custom performs both a limiting and an expanding function in identifying the concrete applications of marital sexual rights. In Islamic legal reasoning, custom does not independently create or repeal divine rules; rather, it assists in identifying the subjects, applications, semantic boundaries, and practical manifestations of rules where the Lawgiver has not established a separate technical meaning (Mansouri, 2009; Rajabi, 2016). This distinction is decisive in the present context. Because *istimtā'* and its preliminaries remain customary subjects, transformations in social expectations may legitimately alter the way the underlying legal duty is instantiated without altering the fixed religious rule itself. Custom

may restrict a claimed form of sexual enjoyment when that conduct is generally regarded as degrading, unreasonable, harmful, or inconsistent with proper marital conduct; conversely, it may expand the practical content of marital obligations by recognizing new relational behaviors as components of affectionate and respectful cohabitation (Qoujaei Khameneh & Tayyeb Hosseini, 2019). The validity of custom, however, is conditional: it must be rational, sufficiently established, and not contrary to explicit religious texts, mandatory legal rules, public order, or fundamental ethical principles (Mansouri, 2009; Saljoughi, 2010). This analytical model also provides a mechanism for addressing newly emerging forms of intimacy, including private digital or online sexual interaction between spouses. The process involves three stages: identifying the customary nature of the new phenomenon, determining whether it falls within or outside the legal category of marital sexual enjoyment or general good marital relations, and defining its permissible boundaries in light of dignity, privacy, security, harm, and hardship (Rajabi, 2016). The historical examination of Imami jurisprudence likewise reveals a gradual movement from relatively general descriptions of compliance toward increasingly explicit recognition of rational and customary limitations, including the role of preliminaries, removal of aversive conditions, and conduct conducive to intimacy and affection (Al-Hilli, 1968; Fayd Kashani, 1994; Sabzevari, 1993). A comparable emphasis on party autonomy appears in jurisprudential and legal debates concerning conditions limiting sexual enjoyment within the marriage contract. The stronger view recognizes that particular manifestations of sexual enjoyment may be contractually restricted because sexual intercourse constitutes an implication or objective of marriage rather than its indispensable essence, provided that the

condition does not negate the marital relationship altogether (Abbasi, 2012; Al-Juba'i al-Amili, 1993; Khomeini, 2011; Najafi, 1984).

In conclusion, the analysis establishes that marital sexual enjoyment and its preliminaries should be understood as customary subjects whose concrete applications are determined through interaction among fixed religious principles, legal norms, rational standards, and evolving social understandings. This characterization allows family law to remain responsive to changes in social life without treating legal and religious obligations as infinitely malleable. The principle of living together according to what is proper provides the central normative framework for this interpretation because it simultaneously expands, restricts, and qualitatively regulates the exercise of marital sexual rights. Article 1103 of the Iranian Civil Code can accordingly serve as a general governing principle for interpreting marital duties, limiting abusive claims, recognizing reciprocal obligations, and resolving gaps in the statutory regulation of family relations. The concept of marital disobedience should likewise be interpreted within this reciprocal framework rather than reduced to a mechanical equation between a wife's refusal of sexual relations and loss of maintenance. Public custom has an indispensable role in identifying relevant conduct, determining reasonable preliminaries, distinguishing accepted forms of intimacy from degrading or harmful demands, and addressing newly emerging phenomena such as technologically mediated sexual interaction between spouses. The analysis of contractual limitations further supports the conclusion that spouses may, within the boundaries of mandatory law and the essential nature of marriage, regulate particular forms of sexual enjoyment by mutual agreement. Nevertheless, reliance on custom requires a transparent methodological framework so that subjective judicial

preferences are not mistakenly presented as social norms. Legislative reform should therefore expressly recognize the role of custom in determining the manifestations of reciprocal marital rights and obligations, while judicial practice should develop clear methods for establishing, documenting, and evaluating relevant customs. Interdisciplinary and empirical research can further assist courts and jurists by providing reliable evidence concerning contemporary family practices and expectations. Such an approach can produce a more coherent, flexible, and equitable framework for understanding and enforcing marital rights while preserving the foundational principles of dignity, reciprocity, affection, fairness, and proper marital relations.

References

- Abbasi, M. (2012). Legal Status of Conditions Governing Marital Sexual Relations. *Family Research*(30), 41-64.
- Abhari, H., & Safaei, M. (2012). Justified Cases of a Wife's Non-Compliance in Iranian Law. *Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law Research*, 9(30), 113-134.
- Al-Bahrani, Y. (1985). *Al-Hada'iq al-Nadira fi Ahkam al-Itrah al-Tahirah*. Islamic Publishing Office.
- Al-Hilli, a.-M. N. a.-D. J. f. (1988). *Shara'i al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram*. Isma'iliyan Institute.
- Al-Hilli, A. H. (1993). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wa al-Haram*. Islamic Publishing Office.
- Al-Hilli, A. H. (2018). *Tadhkirat al-Fuqaha*. Computer Research Center of Islamic Sciences.
- Al-Hilli, F. a.-M. (1968). *Idah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id*. Isma'iliyan Institute.
- Al-Hurr al-Amili, M. i. H. (2020). *Wasa'il al-Shi'ah* (5th ed.). Islamiyyah Publications.
- Al-Juba'i al-Amili, Z. a.-D. i. A. (1993). *Masalik al-Afham*. Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah.
- Al-Khorasani, M. K. (1989). *Kifayat al-Usul*. Al al-Bayt Institute.
- Al-Raghib al-Isfahani, H. i. M. (1992). *Al-Mufradat fi Gharib al-Qur'an* (1st ed.). Dar al-Qalam.
- Al-Shaykh al-Tusi, M. i. H. (1968). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah*. Al-Maktabah al-Murtadawiyyah.
- Al-Tabrisi, A. a.-D. (1983). *Majma' al-Bayan*. Maktabat Ayatollah al-Uzma al-Mar'ashi al-Najafi.
- Emami, S. H. (1998). *Civil Law* (16th ed.). Islamiyyah Publications.
- Fadlallah, M. H. (2000). *Islamic Reflections on Women*. Dar al-Malak.
- Fayd Kashani, M. i. S. M. (1994). *Al-Safi fi Tafsir al-Qur'an* (2nd ed.). Maktabat al-Sadr.
- Hekmatnia, M. (2007). *Philosophy of Family Law*. Public Relations Office of the Women's Social and Cultural Council.
- Jannati, M. E. (1991). *Sources of Ijtihad from the Perspective of Islamic Schools of Law* (1st ed.). Kayhan Publishing.
- Katouzian, N. (2000). *Family Civil Law*. Dadgostar Publishing.
- Katouzian, N. (2006). *The Civil Code in the Current Legal Order* (10th ed.). Mizan Publishing.
- Khomeini, R. (2000). *Kitab al-Nikah*. Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Khomeini, R. (2011). *Tahrir al-Wasilah*. Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Makarem Shirazi, N. (1995). *Tafsir Nemuneh* (1st ed.). Dar al-Kutub al-Islamiyyah.
- Mansouri, K. R. (2009). *Theory of Custom*. Islamic Information and Documentation Center.
- Mohaghegh Damad, S. M. (1993). *A Jurisprudential Study of Family Law: Marriage and Its Dissolution* (1st ed.). Islamic Sciences Publishing Center.
- Muzaffar, M. R. (2018). *Usul al-Fiqh* (3rd ed.). Firoozabadi Printing.
- Najafi, M. H. (1984). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*. Al-Maktabah al-Islamiyyah.
- Qoujaei Khameneh, M., & Tayyeb Hosseini, S. M. (2016). A Comparative Study of the Verse of Mut'ah from the Perspective of Sunni and Shi'i Exegetes. *Comparative Interpretation Research*(3), 77-98.
- Qoujaei Khameneh, M., & Tayyeb Hosseini, S. M. (2019). Re-Reading the Jurisprudential Literature Governing Marital Sexual Relations with an Approach to Achieving Sexual Health in Marriage. *Medical Jurisprudence*(40-41), 53-74.
- Rajabi, H. (2016). The Application of Custom in Legal Inference. *Kayhan Andisheh*(48), 64-80.
- Sabzevari, S. A. a.-A. l. (1993). *Muhadhdhab al-Ahkam*. Al-Manar Institute.
- Safaei, S. H., & Emami, A. (2006). *Family Law* (6th ed.). University of Tehran Press.
- Saljoughi, M. (2010). *The Role of Custom in Iranian Civil Law* (1st ed.). Mizan Publishing.
- Tabatabaei, S. A. (1994). *Riyad al-Masa'il*.
- Zandi, M. R. (2009). *Judicial Practice of the Tehran Province Courts of Appeal in Family Matters* (1) (1st ed.). Jangal Publishing.
- Ziaei, M. A., & Rostami, S. F. (2017). The Subject Matter of the Marriage Contract and Its Legal

Effects in the Jurisprudence of Islamic Schools.
Comparative Jurisprudence(9), 81-106.