

نقد سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران

در برخورد با بدحجابی

(نقد فقهی و حقوقی تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی)

سید حسین هاشمی

چکیده: پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، تلاش شده است تا نقش فقه گران سنگ امامیه در جامعه اسلامی تقویت شود که این موضوع در قانون اساسی و قوانین عادی کشور، نمود دارد. با این حال، در تحقق این هدف، غفلت‌ها و افراط‌هایی صورت گرفته است که نمونه آشکار آن را در نگارش و اجرای ماده ۶۳۸ ق.ا.م. قانون مجازات اسلامی به ویژه تبصره آن می‌توان دید - که در زمینه بدحجابی به جرم‌انگاری پرداخته است.

این نوشتار پس از پرداختن به مبنای فقهی ماده ۶۳۸ ق.ا.م، به تفصیل، از ایرادهای وارد بر متن و تبصره این ماده بحث می‌کند؛ زیرا بررسی مبانی فقهی متن این ماده و رد یا تأیید آن، به طور مستقیم در مشروعیت و اعتبار تبصره آن که مربوط به جرم‌انگاری بدحجابی است، نقش خواهد داشت. بر اساس دیدگاه فقهی مشهور، حاکم شرع

می‌تواند به صلاح دید خود، کسی را که عمل حرامی انجام داده است، تعزیر کند. در مقابل، برخی فقیهان در اصل این حکم که هر عمل حرامی مستوجب تعزیر باشد، تردید کرده‌اند. برخی فقیهان معاصر نیز پس از بررسی و نقد جدی ادله این حکم، به این نتیجه رسیده‌اند که دلیل قابل اطمینانی بر این مسئله نیست که مرتکب هر عمل حرامی (حتی مرتکب گناهان کبیره) مستحق تعزیر باشد. با توجه به مبانی فقهی ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. و حتی با فرض پذیرش مبانی مشهور، نقدهایی جدی به متن این ماده طرح پذیر است.

در ادامه، به نقد تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. در مقابله با بدحجابی پرداخته‌ایم؛ زیرا این تبصره که برای مقابله با معضل بدحجابی تنظیم شده است، ایرادهای جدی دارد. افزون بر این، در مطالعه سیره معصومان به ویژه سیره پیامبر اعظم (ص) و حضرت علی (ع) که تشکیل حکومت داده بودند (از این رو، روش آنان باید الگوی قانون‌گذاری باشد)، به موردی برخوردیم که آنان، زنی را به جرم بدحجابی به مجازات حبس یا شلاق محکوم کرده باشند، بلکه تنها به تذکر و ارشاد که کمترین درجه تعزیر است، بسنده می‌کرده‌اند.

واژگان کلیدی: حجاب، نقد ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا.، مبانی فقهی و حقوقی، مجازات، تعزیر.

مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی به رهبری حضرت امام خمینی (ره)، سیاست‌گذاران جنایی ایران کوشیده‌اند تا نقش شریعت اسلام به ویژه فقه گران سنگ امامیه در اجتماع به صورت مؤثری تقویت شود که این موضوع در قانون اساسی و قوانین عادی کشور، نمود دارد. با این حال، در تحقق این هدف، غفلت‌ها و افراط‌هایی از سر قصور یا تقصیر صورت گرفته که دلیل

اصلی آن، تسلط نداشتن قانون‌گذار بر فقه امامیه است. نمونه این مشکل را در نگارش ماده ۶۳۸ ق.م.ا. به ویژه تبصره آن می‌توان دید که در زمینه بدحجابی به جرم‌انگاری پرداخته است.

هدف این پژوهش، بررسی و نقد سیاست جنایی ایران در موضوع جرم‌انگاری بدحجابی است که در ماده ۶۳۸ ق.م.ا. تبلور یافته است. در این نوشتار، افزون بر پرداختن به مبنای فقهی ماده ۶۳۸ ق.م.ا.، ایرادهای وارد بر متن و تبصره این ماده به تفصیل بحث می‌شود؛ زیرا بررسی مبانی فقهی متن این ماده و رد یا تأیید آن، به طور مستقیم در مشروعیت و اعتبار تبصره آن که به جرم‌انگاری بدحجابی مربوط است، نقش خواهد داشت.

بر اساس دیدگاهی فقهی، حاکم شرع می‌تواند به صلاح دید خود، کسی را که عمل حرامی انجام داده است، تعزیر کند. صاحب‌جوهر در مورد اصل این حکم ادعای نفی خلاف کرده است، ولی این دیدگاه را تنها مشهور فقیهان پذیرفته و در مقابل، برخی فقیهان از جمله محقق اردبیلی در اصل این حکم که هر عمل حرامی مستوجب تعزیر باشد، تردید کرده‌اند. برخی فقیهان معاصر نیز پس از بررسی و نقد جدی ادله این حکم، به این نتیجه رسیده‌اند که دلیل قابل اطمینانی وجود ندارد که مرتکب هر عمل حرامی (حتی مرتکب گناهان کبیره) مستحق تعزیر باشد.

متأسفانه فقیهان موافق این دیدگاه، با وجود ادعای شهرت عظیمه یا حتی ادعای نفی خلاف در این موضوع مهم، با ذکر اجمالی ادله از کنار آن گذشته‌اند. اگر این موضوع لایه‌های بحث‌های حوزوی و کتاب‌های فقهی پنهان می‌ماند، پذیرفتنی بود، ولی این دیدگاه که نقدپذیر است، نباید به راحتی مبنای قانون‌گذاری قرار گیرد.

از دیدگاه برخی فقیهان، تعزیر حتی شامل موعظه، تهدید و توبیخ نیز می‌شود و لزوماً به معنای شلاق یا حبس و امثال آن نیست که در ماده ۱۶ ق.م.ا. آمده است. بر اساس این دیدگاه، قاضی در انتخاب هر یک از انواع

تعزیر، مختار است و می‌تواند ابتدا به مجازات شلاق متوسل شود یا به پند و اندرز یا توبیخ بسنده کند. برخی فقیهان از جمله محقق طباطبایی در این زمینه، تعزیر (به معنای مجازات شلاق و امثال آن) را در صورتی جایز می‌دانند که مرتکب با نهی و توبیخ اصلاح‌پذیر نباشد.

با توجه به مبانی فقهی ماده ۶۳۸ ق.م.ا.، نقدهای مهمی به متن این ماده مطرح شده است. در ادامه، به نقد تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا. در مقابله با بدحجابی پرداخته‌ایم؛ زیرا این تبصره که برای مقابله با معضل بدحجابی تنظیم شده است، ایرادهای جدی دارد.

با توجه به ایرادها و مباحث مطرح شده، می‌توان دریافت که این ماده هرگز نمی‌تواند در حل مشکل بدحجابی مؤثر باشد. از این رو، به جای توسل به ضمانت اجرای کیفری از قبیل حبس و جزای نقدی، بهتر است از عوامل فرهنگی بهره گرفته شود. در این میان، نهادهای فرهنگی کشور به ویژه صدا و سیما، نه تنها سابقه موفقی در زمینه ترویج فرهنگ حجاب و پوشیده‌روی نداشته‌اند، بلکه خود در موارد متعددی به گسترش بدحجابی دامن زده و الگوهای نادرستی را به زنان و دختران ایرانی القا کرده‌اند. اگر قرار باشد برخورد کیفری با عوامل بدحجابی صورت گیرد، برخی نهادهای فرهنگی کشور بیشتر سزاوار چنین کیفری هستند تا زنان و دختران جوانی که با ترویج فرهنگ‌های غلط از سوی رسانه‌های داخلی و خارجی، در واقع، قربانی این معضل هستند، نه بانی اصلی آن.

نوشتار حاضر از دو مبحث تشکیل شده است: در مبحث اول، متن ماده ۶۳۸ ق.م.ا. قانون مجازات اسلامی و در مبحث دوم، تبصره آن: که به جرم‌انگاری بدحجابی پرداخته است، بررسی و نقد می‌شود.

بررسی متن ماده ۶۳۸ ق.م.ا.

مبنای فقهی ماده ۶۳۸ ق.م.ا. ق.م.ا.

در ماده ۶۳۸ ق.م.ا. قانون مجازات اسلامی آمده است:

هرکس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر، تظاهر به عمل
حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل، به حبس از ده روز تا دو
ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌گردد و در صورتی که
مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد،
ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید، فقط به حبس از ده
روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

تبصره: زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار
عمومی ظاهر شوند، به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه
هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد.

با توجه به این که تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا. بر اساس مبنای فقهی متن این
ماده تنظیم شده است، بررسی مبانی فقهی متن این ماده و رد یا تأیید آن، به
طور مستقیم در مشروعیت و اعتبار تبصره آن که به جرم‌انگاری بدحجابی
مربوط است، اثر دارد.

متن این ماده بر اساس دیدگاهی فقهی تنظیم شده است که بر پایه آن،
مرتکب هر عمل حرامی به صلاح دید حاکم شرع، شایسته تعزیر است. فقیهان
به اصل این دیدگاه تا چه اندازه توجه کرده‌اند؟ بر فرض پذیرش این دیدگاه،
مقصود از تعزیر چیست؟

۱. بررسی دیدگاه فقهی در مسئله تحریم و تجریم

الف) دیدگاه موافق (دیدگاه مشهور)

بر اساس دیدگاهی فقهی، حاکم شرع می‌تواند به صلاح دید خود، کسی

را که مرتکب عمل حرامی شده است (و براساس دیدگاه بعضی، عمل حرام لزوماً باید کیسره باشد)، تعزیر کند، ولی باید از مقدار حد کمتر باشد^۱ که این قاعده تنها در مجازات شلاق معنا دارد. مشهور فقیهان امامیه و بعضی از فقیهان اهل سنت این نظریه را پذیرفته اند.^۲

ب) دیدگاه مخالف

صاحب جواهر در مورد اصل این حکم ادعای نفی خلاف کرده است، ولی این دیدگاه را تنها مشهور فقیهان پذیرفته و در مقابل، برخی فقیهان از جمله محقق اردبیلی در اصل این حکم که هر عمل حرامی مستوجب تعزیر باشد، تردید کرده اند.^۳ برخی فقیهان معاصر نیز پس از بررسی و نقد جدی ادله این حکم، به این نتیجه رسیده اند که دلیل شایسته اطمینانی وجود ندارد که

۱. محمد بن حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۱، ص ۴۴۸: «المسئلة (السادسة): لا خلاف ولا إشكال نصاً و فتوی فی أن (کل من فعل محرماً أو ترک واجباً) و کان من الکبائر (فللامام تعزیره بما لا یبلغ الحد و تقدیره الی الامام) و (لکن) لا یبلغ به حد الحر فی الحر».

۲. عبدالرحمان بن أبی عمر ابن قدامه المقدسی، المغنی، ج ۱۰، ص ۳۴۸ و ۳۴۹: «والتعزیر فیما شرع فیہ التعزیر واجب إذا رآه الامام، و به قال مالک و ابوحنیفه و قال الشافعی لیس بواجب لأن رجلاً جاء إلى النبی (ص) فقال إني لقيت امرأة فأصببت منها ما دون أن أطأها فقال: أصليت معنا؟ قال: نعم فتلا عليه «إن الحسنات يذهبن السيئات» و قال فی الانصار: «اقبلوا من محسنهم و تجاوزوا عن مسيئهم» و قال رجل للنبی (ص) فی حکم حکم به للزبير أن کان ابن عمک فغضب النبی (ص) و لم يعزره علی مقالته و قال له رجل ان هذه لقسمة ما أريد بها وجه الله فلم يعزره و لنا ان ماكان من التعزير منصوفاً عليه كوطوء جارية امرأته أو جارية مشتركة فيجب امتثال الامر فيه و ما لم يكن منصوفاً عليه إذا رأى الامام المصلحة فيه أو علم انه لا يتزجر إلا به و جب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد».

۳. أردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۱۳، ص ۱۷۶.

مرتکب هر عمل حرامی (حتی مرتکب گناهان کبیره) مستحق تعزیر باشد.^۴ چنان که به تفصیل خواهد آمد، برخی فقیهان نیز بر فرض پذیرفتن اصل حکم، دامنه تعزیر را به گونه ای معنا کرده اند که شامل پند و اندرز، توبیخ و تهدید هم می شود.

از مهم ترین دلایل موافقان دیدگاه مشهور، روایتی است که بر اساس آن، خداوند برای هر چیزی، حدی قرار داده و برای تجاوز از آن حد نیز حدی در

۴. سید محمد رضا موسوی گلپایگانی، الدر المنضود فی احکام الحدود، تقریر: علی کریمی جهرمی، ج ۲، صص ۲۹۵-۲۹۷: «فإن بعض الذنوب والمعاصی ریما صدر عن بعض الافراد ولم يقع من المعصومین (ع) بالنسبة إليهم تعزیر ولا صدر منهم علیهم السلام أمر بذلك. وإن أمکن أن یقال بكونها صغيرة فی تلك الموارد. ولكن الظاهر خلافه للعلم بأنه قد وقع بعض الكبائر ولم یحكموا علیه بالتعزیر. ومنها ما تمسك به بعض من الروایات الدالة علی أن لكل شیء حدا و لمن تجاوز ذلك الحد حدا و هی عدة روایات أخرجها فی الوسائل فی باب الثانیمن أبواب مقدمات الحدود. وفيه ما مر سابقا من إجمال تلك الروایات من جهات فلا یعلم أن المراد كل الاشیاء حقيقة بلا استثناء أو أنه أشیاء خاصة، كما لا یعلم أن المراد من حد كل شیء ما هو؟ وكذلك لا یعلم المراد من الحد الذي جعله علی من تجاوز الحد. نعم لو جزم أحد بأن المراد إن الله تعالی جعل للاشیاء أحكاما و مقررات و قرر علی من تجاوز عنها حدا و كان المراد من الحد الثانی ما یشمل التعزیر لكان حسنا ولكن الكلام فی استفادة ذلك. قال فی الجواهر فی البحث عن شمول التعزیر للتوبیخ مثلا: قد یستفاد التعمیم مما دل علی أن لكل شیء حدا و لمن تجاوز الحد حدا بنائاً علی أن المراد من الحد فیہ التعزیر انتهى. و مراده إنه بنائاً علی ذلك یمكن أن یقال بعدم اختصاص التعزیر بالضرب بل التوبیخ و التعنیف أيضا من مراحل التعزیر. و فیہ إن مجرد البناء لا یفنع شیئا و النزاع فی ظهور هذه الروایات و عدمه و هو غیر ثابت و قد تعرض رحمه الله للبحث ثانیاً بنحو الإجمال بعد ورقتین من هذا عند قول العلامة أعلى الله مقامه: و كل من فعل محرماً أو ترك واجبا عزره الإمام انتهى. والحاصل إنه لا دلیل لنا تطمئنن إلیه النفس فی الحكم بوجوب التعزیر فی كل معصية بل و لا فی خصوص الكبائر منها».

نظر گرفته است. ^۵ دقت در روایات دیگری که در همین باره نقل شده، نشان می‌دهد که مقصود از حد در این روایات، حد اصطلاحی مانند حد زنا و سرقت است، نه هر گناهی و دست کم از این جهت که شامل تعزیر به سبب هر گناهی باشد، مجمل است. ^۶

فقیهان موافق این دیدگاه با وجود ادعای شهرت عظیمه یا حتی ادعای نفی خلاف در این موضوع مهم، با ذکر اجمالی ادله، به راحتی از کنار آن گذشته‌اند. ^۷

۵. محمد بن حسن حرّ عاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۲۸، ص ۱۴: «۲. باب أن کل من خالف الشرع فعلیه حد أو تعزیر (۳۴۰۹۹) ۱. محمد بن یعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن الحسن بن سعید، عن فضالة بن آیوب، عن داود ابن فرقد، قال: سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: إن أصحاب رسول الله (ص) قالوا لسعد بن عباد: رأيت لو وجدت علی بطن امرأتک رجلاً ما کنت صانعاً به؟ قال: کنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله (ص) فقال: ماذا یا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت علی بطن امرأتک رجلاً ما کنت صانعاً به، فقلت: أضربه بالسيف، فقال: یا سعد، فكيف بالأربعة الشهود؟ فقال: یا رسول الله (ص) بعد رأی عینی و علم الله أن قد فعل؟ قال: ای والله بعد رأی عینک و علم الله أن قد فعل، إن الله قد جعل لكل شیء حداً و جعل لمن تعدی ذلك الحد حداً.»

۶. همان، ص ۱۶: «۳. و عن أبي علی الأشعری، عن محمد بن حسان، عن محمد بن علی، عن أبي جمیل، عن ابن دبیس الکوفی، عن عمرو بن قیس، قال: قال أبو عبد الله (ع): یا عمرو بن قیس، أشعرت أن الله أرسل رسولاً، و أنزل علیه کتاباً، و أنزل فی الکتاب کل ما یحتاج إلیه، و جعل له دليلاً يدلّ علیه، و جعل لكل شیء حداً، و لمن جاوز الحدّ حداً - إلی أن قال: - قلت: و كيف جعل لمن جاوز الحدّ حداً؟ قال: إن الله حدّ فی الأموال أن لا تؤخذ من حلّها، فمن أخذها من غیر حلّها قطعت يده حدّاً لمجاوزة الحد، و إن الله حدّ أن لا ینکح النکاح إلا من حلّه، و من فعل غیر ذلك إن کان عزباً حد، و إن کان محصناً رجم لمجاوزته الحد.»

۷. سید ابوالقاسم موسوی خوئی، مبانی تکلمة المنهاج، ج ۱، صص ۳۳۷ و ۳۳۸: «علی المشهور شهرة عظيمة، بل بلا خلاف فی الجملة. و تدل علی ذلك عدة

اگر این موضوع لابه لای بحث‌های حوزوی و کتاب‌های فقهی پنهان می‌ماند، پذیرفتنی بود، ولی این دیدگاه که به شدت نقدپذیر است،^۸ نباید به راحتی مبنای قانون‌گذاری قرار گیرد.

۲. معنای تعزیر

الف) تعریف تعزیر از دیدگاه فقه

از دیدگاه برخی فقیهان، تعزیر حتی شامل موعظه، تهدید و توبیخ نیز می‌شود و لزوماً به معنای شلاق یا حبس و امثال آن نیست که در ماده ۱۶ ق. م. ا. آمده است. علامه حلی در این باره می‌نویسد:

التعزیر یكون بالضرب أو الحبس أو التوبيخ أو بما يراه الامام و

ليس فيه قطع شيء منه ولا جرحه...^۹

تعزیر با زدن (شلاق) یا زندان یا توبیخ یا به هر روشی که امام تشخیص

دهد، محقق می‌شود.

> امور. (الاول:) فعل أمير المؤمنين (ع) ذلك في موارد مختلفة كما يظهر من عدة روايات في أبواب متفرقة. و هذا يدل بوضوح على مشروعية ذلك. (الثاني:) أن الاسلام قد اهتم بحفظ النظام المادي و المعنوي و اجراء الاحكام على مجاريها. و من الطبيعي أن هذا يقتضي أن يعزز الحاكم كل من خالف النظام. (الثالث:) النصوص الخاصة الواردة في موارد مخصوصة الدالة على أن للحاكم التعزير و التأديب حتى في الصبي و المملوك. (الرابع:) ماورد في عدة روايات من أن الله تعالى جعل لكل شيء حداً: (منها) - معتبرة سماعة عن أبي عبدالله (ع) قال: إن لكل شيء حداً و من تعدى ذلك الحد كان له حد.

۸. جهت نقد تفصیلی این ادله که آیت‌الله العظمی خویی و بسیاری از فقیهان مطرح کرده‌اند، نک: سید محمد حسینی، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۴۲-۱۴۶.

۹. حسن بن یوسف حلی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه، ج ۲، ص

بر اساس این دیدگاه، قاضی در انتخاب هر یک از انواع تعزیر، مختار است و می‌تواند ابتدا به مجازات شلاق متوسل شود یا به پند و اندرز یا توبیخ بسنده کند.

برخی فقیهان از جمله محقق طباطبایی در این زمینه، تعزیر (به معنای مجازات شلاق و امثال آن) را در صورتی جایز می‌دانند که مرتکب با نهی و توبیخ اصلاح‌پذیر نباشد. وی در این باره می‌نویسد:

این‌که در ارتکاب هر حرامی یا ترک واجبی، تعزیر، واجب است، این حکم در صورتی است که شخص با نهی و توبیخ و امثال آن، از عمل خود دست نکشد؛ زیرا در این فرض، نهی از منکر واجب است. در صورتی که شخص با نهی و توبیخ و امثال آن، از عمل خود دست بکشد، دلیلی برای تعزیر وجود ندارد، مگر در موارد خاصی که نص شرعی بر وجوب تأدیب یا تعزیر وجود داشته باشد. ممکن است معنای تعزیر را اعم از ضرب (شلاق) و مراتب کمتر از آن (یعنی نهی و توبیخ و امثال آن) بدانیم.^{۱۰}

ابن فهد حلی^{۱۱} و کشف اللثام نیز این نظریه را پذیرفته‌اند.^{۱۲} هم چنین

۱۰. سید علی طباطبایی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، ج ۲، ص ۴۸۳: «ثم وجوب التعزیر فی کل محرم من فعل أو ترک ان لم يحصل الانتهاء بالنهی و التوبیخ و نحوهما فهو ظاهر لوجوب انکار المنکر و أمّا مع الانتهاء بهما فلا دلیل علی التعزیر مطلقاً إلا فی مواضع مخصوصة ورد النص بالتأدیب أو التعزیر فیها و يمكن تعمیم التعزیر فی العبارة و نحوها لما دون الضرب ایضاً من مراتب الانکار فتأمل جداً.»

۱۱. جمال‌الدین احمد حلی (ابن فهد)، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۵، ص ۷۳: «الثالث عشر: التعزیر موكول إلى نظر الإمام و لا یبلغ الحد، و لیس لأقله قدر معین، لأن أكثره مقدر، فلو قدر أقله كان حداً، و هو یكون بالضرب و بالحیس و بالتوبیخ من غیر حرج و لا قطع و لا تخسیر.»

۱۲. محمد بن حسن هندی (فاضل)، کشف اللثام و الابهام عن کتاب قواعد الاحکام،

باید پرسید در سیره معصومان (ع)، حجاب، حکم حقوقی است یا حکم اخلاقی؟ آیا در بررسی سیره معصومان (ع) می‌توان به این نتیجه رسید که لزوم پوشش و حجاب تنها یک حکم اخلاقی است و آنان در مقابل پدیده بدحجابی در عصر خود تنها به پند و اندرز اخلاقی و فرهنگ‌سازی بسنده می‌کردند و به ضمانت اجرای کیفری از قبیل مجازات حبس و شلاق متوسل نمی‌شدند؟

برخی فقیهان اهل سنت با این نظریه موافق بوده و رعایت مراتب تعزیر را لازم دانسته‌اند. ۱۳ باید دانست یکی از فقیهان معاصر، این دیدگاه را از این جهت نقد کرده است که گویا این دسته از فقیهان در مقام بیان مراتب امر به معروف و

ج ۲، ص ۴۱۵: «ثم وجوب التعزیر فی کلّ محرّم من فعل أو ترک إن لم ینته بالنبی و التوبیخ و نحوهما فهو ظاهر لوجوب إنکار المنکر و أمّا إن انتهى بما دون الضرب فلا دلیل علیه إلا فی مواضع مخصوصة ورد النصّ فیها بالتأدیب أو التعزیر و یمکن تعمیم التعزیر فی کلامه و کلام غیره لما دون الضرب من مراتب الانکار.»

۱۳. محیی‌الدین بن شرف‌نوی، روضة الطالبین، ج ۷، ص ۳۸۰ و ۳۸۱: «باب التعزیر هو مشروع فی کلّ معصیة لیس فیها حد و لاکفارة، سواء كانت من مقدمات ما فی حد، کمباشرة أجنبية بغير الوطیء، و سرقه ما لا قطع فیہ، و السب و الایذاء بغير قذف، أو لم یکن، کشهادة الزور و الضرب بغير حق، و التزویر و سائر المعاصی، و سواء تعلقت المعصیة بحق الله تعالی أم بحق آدمی، ثم جنس التعزیر من الحبس أو الضرب جلدأ أو صفعاً إلى رأی الامام، فیجتهد و یعمل ما یراه من الجمع بینهما و الاقتصار علی أحدهما، و له الاقتصار علی التوبیخ باللسان علی تفصیل یأتی إن شاء الله تعالی. قال الامام: قال الاصحاب: علیه أن یراعی الترتیب و التدریج، كما یراعیه دافع الصائل، فلا یرقی إلى مرتبة و هو یری ما دونها مؤثراً کافیا.» (نک: علاء‌الدین کاشانی، بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۵۸؛ المغنی، ج ۱۰، ص ۳۴۸).

نهی از منکر بوده‌اند، در حالی که بحث درباره تعزیر است، نه امر به معروف و نهی از منکر.^{۱۴}

ب) تعریف تعزیر از دیدگاه قانون

قانون مجازات اسلامی، تعزیر را این گونه تعریف کرده است:

تعزیر، تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است، از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد.

برخی حقوق دانان بر این باورند که «میزان بعضی از کیفرهای تعزیری در شرع معین گردیده است. بنابراین، تعریف مذکور، جامع نیست». ^{۱۵} به نظر می‌رسد این اشکال به قانون‌گذار وارد نیست؛ زیرا قانون‌گذار قبول ندارد که برخی از تعزیرات در شرع مشخص شده است. بنابراین، اشکال، مبنایی است و دست کم می‌توان گفت دلیلی بر پذیرش این مبنا از سوی قانون‌گذار وجود ندارد. در صورت شک نیز اصل بر حکیم بودن قانون‌گذار و عدم تهافت در

۱۴. سیدمحمد رضا موسوی گلپایگانی، تقریرات الحدود و التعزیرات، ج ۱، ص ۲۹۷ و ۲۹۸: «و عن كشف اللثام أنه قال: إن وجوب التعزیر علی ذلك إن لم يته بالنهی و التوبیخ و نحوهما، و أما إذ انتهى بدون الضرب فلا دلیل علیه الا فی مواضع مخصوصة ورد النص فیها بالتأدیب و التعزیر و یمكن تعمیم التعزیر فی كلامه (أی كلام صاحب القواعد) و كلام غیره لما دون الضرب من مراتب الانكار انتهى. و كأن مراده (قدس سره) بیان مراتب الامر بالمعروف و النهی عن المنکر... لکن یرد علیه أن كلامنا فی التعزیر و لیس فی مراتب الامر بالمعروف و النهی عن المنکر... و الحاصل أن ما ذكره -رحمة الله علیه- لا یعلم وجهه و لا ینطبق الا علی باب الامر بالمعروف و النهی عن المنکر، و هو غیر مرتبط بهذا الباب الذی هو باب التعزیر.»

۱۵. محمد علی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۲، ص ۱۵۳.

قانون گذاری است. افزون بر این، خود قانون گذار در موارد متعددی، میزان و نوع تعزیر را مشخص کرده است، ولی نه از این باب که در شرع مشخص شده است، بلکه از باب حکم حکومتی.

اشکال دیگر این که در تعریف تعزیر، از «تأدیب» یاد شده است که در این صورت، دیگر تأدیب، مجازات نخواهد بود؛ زیرا به تأدیب، مجازات گفته نمی شود. هم چنین در مثال هایی که برای تعزیر آمده، از مصداق های تأدیب نامی برده نشده است. البته تعزیر در معنای شرعی شامل تأدیب هم می شود، ولی قانون گذار که در مقام تعریف انواع مجازات هاست، نباید از واژه تأدیب استفاده می کرد، مگر آن که مقصود قانون گذار از مجازات ها، معنایی اعم از مجازات ها و اقدامات تأمینی باشد که در این صورت، تأدیب هم در شمار اقدامات تأمینی قرار دارد.

ج) معنای تعزیر از دیدگاه برخی قوانین خاص

ماده ۲ (قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس هایی که استفاده از آنها در ملاء عام خلاف شرع است یا عفت عمومی را جریحه دار می کند (مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۲۸))، مراتب و درجات تعزیر را این گونه ذکر کرده است:

مجازات های تعزیری تولیدکنندگان داخلی و... به شرح زیر خواهد بود:

۱. تذکر و ارشاد؛
۲. توبیخ و سرزنش؛
۳. تهدید؛
۴. تعطیل محل کسب به مدت سه ماه تا شش ماه در مورد فروشنده و جریمه نقدی از... و ده تا بیست ضربه شلاق یا...؛
۵. لغو پروانه کسب در مورد فروشنده و... .

دادگاه با توجه به شرایط و حالات مجرم، دفعات و... مجرم را به یکی از مجازات‌های مذکور محکوم می‌نماید.

ایرادهای متن ماده ۶۳۸ ق. م. ا. ق. م. ا.

به متن ماده ۶۳۸ ق. م. ا. ، نقدهای مهمی بدین شرح وارد شده است:

۱. اشکال به قاعده جمع مجازات‌ها

قاعده جمع مجازات‌ها بر این ماده حاکم است؛ زیرا در صدر ماده آمده است: «علاوه بر کیفر عمل، به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌گردد.» در این ماده، «کیفر عمل» اعم است از این که کیفر، حدی باشد یا تعزیری که در هر دو فرض، هم از نظر فقهی و هم از نظر حقوقی اشکال دارد؛ زیرا از دیدگاه فقهی، جمع مجازات‌ها پذیرفته نیست. از نظر حقوقی نیز با اصول حقوق جزا و ماده ۴۶ ق. م. ا. که در این گونه موارد، اشد مجازات‌ها نه جمع مجازات‌ها را پذیرفته است، منافات دارد.^{۱۶} شهید ثانی در این باره می‌نویسد:

«و من ارتکبها (ای المحرمات) غیر مستحل لها عزر إن لم

يجب الحد كالزنا والخمر، وإلا دخل التعزیر فيه.»^{۱۷}

بر اساس این دیدگاه فقهی، بر خلاف ماده ۶۳۸ ق. م. ا. ، اگر مجازاتی برای عملی مقرر شده باشد (حد)، دیگر فرد را نمی‌توان به دلیل ارتکاب همان جرم تعزیر کرد، بلکه تعزیر داخل در حد می‌شود؛ یعنی همان مجازات حد کفایت می‌کند. صدر ماده ۶۳۸ ق. م. ا. برای عمل حرام شرعی که در انتظار

۱۶. ماده ۴۶ ق. م. ا. : «در جرایم قابل تعزیر، هرگاه فعل واحد دارای عناوین

متعدده جرم باشد، مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشد است.»

۱۷. زین‌الدین بن علی جبعی (شهید ثانی)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية،

عمومی صورت گیرد، در صورتی که نفس عمل دارای کیفر باشد، قاعده جمع مجازات‌ها را پذیرفته است. این در حالی است که به عملی که در شرع، کیفر داشته باشد، حد گفته می‌شود یا دست کم شامل حد نیز خواهد شد (چون بر اساس دیدگاهی، برخی از موارد تعزیر نیز در شرع معین شده است). پس به یقین، فقیهان در عملی که کیفر حد داشته باشد، جمع بین حد و تعزیر را جایز نمی‌دانند.^{۱۸} گویا قانون‌گذار، عبارت «وإلا دخل التعزیر فیہ» را به اشتباه، نشانه‌ای برای جمع مجازات‌ها پنداشته است.

۲. اشکال به قید «انظار عمومی»

اشکال مهم‌تر این است که در صدر ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. آمده است: «هرکس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل، به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌گردد.» لازمه این بخش از ماده آن است که مجازات‌های تعیین شده در شرع به عنوان حد و مجازات‌های تعیین شده در قانون مجازات، تنها به مواردی اختصاص یابد که جرم به صورت غیرعلنی انجام شده باشد؛ چون اگر عمل حرام شرعی که در قانون هم ممنوع اعلام شده است، علنی و در انظار عمومی انجام شود، مشمول ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. خواهد بود. پس بر اساس این ماده، افزون بر کیفر عمل تصریح شده در قانون، تنها به دلیل علنی بودن، مجازات مضاعفی خواهد داشت. این در حالی است که هیچ فقیه یا حقوق‌دانی چنین ملازمه‌ای را نمی‌پذیرد؛ زیرا همه پذیرفته‌اند اصل بر این است که استحقاق مجازات مقرر در شرع و قانون اعم است از این که فرد به صورت علنی و در انظار عمومی مرتکب

۱۸. الدر المنصود فی احکام الحدود، ج ۲، ص ۲۹۴: «إنه لا شک فی أن هذا الحكم مختص بالمعاصی التي لم یکن علیها حدّ مجعول و عقوبة مقررّة معینة من الشارع و ذلك لأنه لم یعهد فی مورد أن یعاقب أحد علی ذنب واحد له حدّ بالحد و التعزیر کلیهما.»

آن شده باشد یا غیر علنی و خصوصی. از این رو، نباید ماده مستقلی مانند ماده ۶۳۸ ق.ا.م.و.ج. ۱۰۱.م.۱.م. وضع شود تا تنها به دلیل علنی بودن ارتکاب جرایم، مجازات جدید دیگری مقرر شود که مرتکبان عمل حرام، یک بار به دلیل نفس ارتکاب جرم و به استناد ماده قانونی خاص و یکبار هم به استناد ماده ۶۳۸ ق.ا.م.و.ج. مجازات شوند، آن هم تنها به این دلیل که عمل حرام را در انظار عمومی (خواه موجب جریحه دار شدن عفت عمومی باشد یا نباشد) انجام داده اند.

به عبارت دیگر، پس از وضع ماده ۶۳۸ ق.ا.م.و.ج. ۱۰۱.م.۱.م. برای هر عمل حرامی که دارای کیفر قانونی هم باشد، در صورتی که در انظار عمومی انجام شود، دو مجازات اعمال می شود: یکی، مجازات نفس عمل و دیگری، مجازات ارتکاب در انظار عمومی به استناد صدر ماده ۶۳۸ ق.ا.م.و.ج. ۱۰۱.م.۱.م. در حالی که برای بسیاری از حرام های شرعی دارای کیفر، در قانون مجازات ایران، کیفر مشخصی تعیین شده است. آیا پیش از وضع ماده ۶۳۸ ق.ا.م.و.ج. ۱۰۱.م.۱.م. و در زمانی که مواد قانونی مربوط به تعیین مجازات اعمال حرام شرعی، قانون گذار تنها این فرض که ارتکاب غیر علنی را در نظر گرفته و این مجازات ها را که بیشتر آنها دارای حداقل و حداکثر هستند، تنها برای مرتکبان غیر علنی وضع کرده است یا به مرتکبان این اعمال حرام در انظار عمومی نیز توجه داشته است؟ اگر بگوییم توجه نداشته، به یقین، نادرست است. اگر توجه داشته و حتی با فرض علنی بودن این جرایم، مجازات های متناسب با آنها را مقرر کرده است، پس دیگر صدر ماده ۶۳۸ ق.ا.م.و.ج. ۱۰۱.م.۱.م. برای جبران کدام بی عدالتی و کدامین غفلت در قانون گذاری آمده است؟

۳. اشکال به قید «جریحه دار کردن عفت عمومی»

اشکال دیگر این که متن ماده ۶۳۸ ق.ا.م.و.ج. ۱۰۱.م.۱.م. از دو بخش تشکیل شده است؛ در صدر ماده به عملی اشاره دارد که عمل حرامی به شمار می رود و کیفر خاص هم برای آن مقرر شده است (اعم از این که کیفر عمل در شرع مشخص شده

باشد یا در قانون) و در ذیل ماده نیز به عملی اشاره کرده که فقط حرام بوده، ولی مجازات خاصی برای آن مقرر نشده است و با این شرط که عفت عمومی را جریحه دار کند، قابل مجازات است. قید «جریحه دار کردن عفت عمومی» در بخش اول (صدر ماده) وجود ندارد و با وجود آن که در صدر ماده، اعمالی دیده می شود که مجازات خاص خود را دارد، معلوم نیست چرا مجازات مضاعفی برای آن در نظر گرفته اند. اگر عمل یادشده، عفت عمومی را جریحه دار نکند، به چه دلیل باید مجازات شود؟ آیا صرف این که عملی در انظار عمومی ارتکاب یابد، لزوماً موجب جریحه دار شدن عفت عمومی خواهد شد؟

آشکار است که هر گناهی (به ویژه گناهان صغیره) به صرف این که در ملا عام انجام گرفته است، لزوماً موجب جریحه دار شدن عفت عمومی نیست و بر فرض که این گونه باشد، چرا ذیل ماده به این قید مقید شده است، در حالی که این موارد نیز در صورتی قابل مجازات است که در انظار عمومی انجام گیرد؟

۴. قید نشدن گناهان کبیره

اشکال بعدی این است که برخی فقیهان، حکم متن ماده ۶۳۸ ق.م.ا. را تنها در گناهان کبیره پذیرفته اند،^{۱۹} ولی ماده ۶۳۸ ق.م.ا.، هر عمل حرامی را

۱۹. سید روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۷۷: «کل من ترک واجبا أو ارتکب حراما فللامام علیه السلام و نائبه تعزیره بشرط أن یکون من الكبائر، و التعزیر دون الحد، و حدّه بنظر الحاکم و الاحوط له فیما لم یدلّ دلیل علی التقدیر عدم التجاوز عن أقل الحدود.»؛ الدر المنضود فی أحكام الحدود، ص ۲۹۴ و ۲۹۵: «إن المحقق أطلق وعمّم الحكم لكل معصية لكن صاحب الجواهر قید ذلك بكونها من الكبائر. ولعل الظاهر هو هذا فإن الصغائر مكفرة مع الاجتناب عن الكبائر بصريح الكتاب كما قال الله تعالى: «إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم و ندخلکم مدخلا کریماً».

به این شرط که در انظار عمومی ارتکاب یافته باشد، قابل مجازات دانسته است. با توجه به سیاست جنایی ایران در سال‌های اخیر مبنی بر جرم‌زدایی و زندان‌زدایی، شایسته آن بود که قانون‌گذار جانب احتیاط را در جرم‌انگاری نگاه می‌داشت. از دیدگاه شرعی نیز این احتیاط در امور کیفری، مطلوب است.

۵. نداشتن تعریف دقیق از «عمل حرام»

نکته دیگر این که در قانون، تعریف دقیقی از «عمل حرام» ارائه نشده است و مشخص نیست که مقصود، عملی است که از نظر مرجع تقلید مرتکب، حرام باشد یا از نظر مشهور فقیهان یا عملی که در مورد حرمت آن اتفاق نظر وجود دارد. قدر متیقن، مورد اخیر است. قانون مجازات اسلامی در مورد این دسته از جرایم، حساسیت لازم را اعمال کرده است. و دیگر موارد، اجمال دارد.

بر فرض شمول این موارد، هر یک از فروض اول و دوم، محل بحث و اشکال جدی است؛ چون فرض اول، راه را برای فرار متهم باز می‌گذارد. این فرض در عمل نیز امکان ندارد؛ چون ممکن است متهم پس از ارتکاب عمل حرام، مرجع تقلید خود را شخص دیگری وانمود کند که از دیدگاه او، عمل ارتكابی، حرام نیست. افزون بر این، باید پرسید در مواردی که شخص، مرجع تقلیدی انتخاب نکرده باشد، تکلیف چیست؟ از این رو، با توجه به اختلاف نظر فقیهان در بسیاری از مسائل، در عمل، تعقیب چنین متهمی ممکن نیست.

فرض دوم نیز از نظر فقهی توجیه پذیر نیست؛ زیرا به چه دلیل باید کسی را که برای نمونه، مقلد مرجع تقلیدی است که با دیدگاه مشهور فقیهان مخالف است و عملی را مباح می‌داند، ملزم کرد که از دیدگاه مشهور تبعیت کند و در غیر این صورت مجازات شود. بدیهی است هیچ فقیهی چنین الزامی را نمی‌پذیرد.

۶. تفاوت میان گناه و جرم در حقوق اسلام

لازمه متن ماده ۶۳۸ ق. م. ا. این است که میان گناه و جرم تفاوتی نباشد؛ چون درباره مطلق فعل حرام چنین حکمی صادر شده است، در حالی که به دلایل متعددی، میان این دو، تفاوت اساسی وجود دارد که در اصطلاح، رابطه این دو را به «عموم و خصوص من وجه» تبدیل کرده است. می‌دانیم که هر گناهی لزوماً جرم نیست، مانند فعل حرامی که به قلب مربوط باشد و به عنصر مادی و ابراز بیرونی نیاز نداشته باشد، از قبیل «ریا» که قطعاً حرام است، ولی جرم نیست یا «تجری»^{۲۰} که بنابر قولی، حرام است، ولی جرم نیست. هم چنین از دیدگاه اسلامی، هر جرمی هم لزوماً گناه نیست. برای مثال، هرگاه مردی همسر خود را در بستری در حال زنا با مرد دیگر ببیند، در صورتی که یقین داشته باشد هر دو با رضایت دست به این کار زده‌اند، می‌تواند هر دو را بکشد و از این جهت هیچ گناهی مرتکب نشده است. با این حال، اگر دستگیر شود و نتواند ادعای خود را ثابت کند، به جرم قتل، قصاص می‌شود.^{۲۱}

شیوه برخورد با بدحجابی

حجاب از نگاه دینی و فرهنگ ملی

مسئله وجوب حجاب شرعی برای زنان از مسائلی است که تمام اندیش‌مندان مسلمان بر آن اتفاق نظر دارند،^{۲۲} به گونه‌ای که می‌توان گفت حجاب شرعی

۲۰. تجری به این معناست که به قصد ارتکاب گناه، عملی را انجام دهد، ولی در واقع، آن مقصود حاصل نشود. برای نمونه، آب را با این قصد بنوشد که شراب است، ولی معلوم شود که شراب نبوده است.

۲۱. برای بررسی تفصیلی این تفاوت‌ها نک: سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۲۹-۱۳۸.

۲۲. نک: شهید ثانی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۷، ص ۴۶: «تحریم نظر الرجل الی الاجنبیة فی ماعدا الوجه و الکفین موضع وفاق بین المسلمین». المغنی، ج ۷، ص ۴۶۰؛ ابن حزم اندلسی، المحلی، ج ۱۰، ص ۳۲.

از اصول پذیرفته شده در اسلام بوده و ترک آن از نظر شرعی قطعاً حرام است. مهم‌ترین دلیل قرآنی بر وجوب حجاب، آیه ۳۱ سوره نور^{۲۳} است.

بدحجابی افزون بر این که با ارزش‌های اسلامی ناسازگار است، بی‌احترامی به ارزش‌های ملی نیز به شمار می‌رود؛ زیرا زنان ایرانی حتی پیش از اسلام نیز به حجاب و پوشش اهمیت می‌دادند. مراجعه به ادبیات ایران، نشان‌دهنده آن است که زنان ایران، از دیرباز، پوشش و حجاب را به عنوان یک فرهنگ و هنجاری میان خود پذیرفته‌اند و به آن بسیار اهمیت داده‌اید.

در گرشاسب‌نامه که کتابی است حماسی از اسدی طوسی، با اقتباس از شاه‌نامه فردوسی که در قرن پنجم به نگارش در آمد، در مورد پند گرشاسب به نریمان آمده است:

ز پوشیده رویان^{۲۴} ممان^{۲۵} کس به کوی

که بیگانگان نشان نبینند روی

این بیت، نشان‌دهنده اهمیت حجاب و پوشش نزد ایرانیان آن روزگار است. در شاه‌نامه فردوسی، از پوشیده‌رویان بسیار سخن به میان آمده است:

ز پوشیده رویان ارجاسب پنج دو خواهر، دو دختر، یکی مادرش

ببزدند با مویه و درد و رنج پر از درد و با سوگ خسته برش

گویا مردمان آن روزگار، به صورت کنایه که نشانه وجود نوعی فرهنگ میان آنان است، از مادران و خواهران و دختران خود، به عنوان «پوشیده‌روی» یاد می‌کرده‌اند و حتی از «زنان جامعه» به «پوشیده‌روی» تعبیر می‌نموده‌اند:

۲۳. محمدباقر محقق، تفسیر نمونه بیانات، ص ۵۶۸.

۲۴. «پوشیده رویان» به معنای زنان باحجاب است. در ادبیات کهن فارسی، از زنان محجبه به «پوشیده رویان» یاد شده است که این واژه در ادبیات و شعر فارسی به کار رفته و نشان‌دهنده اهمیت حجاب نزد اقوام کهن ایران است.

۲۵. «ماندن» در این جا متعدی است؛ یعنی مگذار.

نه مادرت بیند نه خویشان به روم نه پوشیده رویان آن مرز و بوم^{۲۶}
این موضوع می‌تواند برای هر زن ایرانی که دست کم به فرهنگ ایرانی و
ملی احترام می‌گذارد، قابل توجه و ارزش مند باشد. فرهنگ‌ها و سنت‌های به
جای مانده از پیشینیان، تا زمانی که با آموزه‌های دینی در تعارض نباشد، حتی
برای اسلام و مسلمانان نیز محترم است.

بنابراین، در وجوب حجاب از دیدگاه دینی و فرهنگ ملی تردیدی نیست،
ولی سخن در روش مقابله با کسانی است که این ارزش دینی و ملی را پاس
نمی‌دارند که تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. از این جهت نقد و بررسی می‌شود.

نقد تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. در مقابله با بدحجابی

این تبصره که برای مقابله با بدحجابی تنظیم شده است، ایرادهای جدی دارد،
از جمله:

۱. انطباق نداشتن کامل تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. با شرع

تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. از چند جهت با شرع انطباق کامل ندارد:
الف) چنان‌که پیش از این نیز یادآور شدیم، بسیاری از فقیهان، تعزیر را
اعم از وعظ، توبیخ، تهدید، شلاق و حبس دانسته‌اند که شایسته بود
قانون‌گذار در این ماده (هم در متن و هم در تبصره)، دست قاضی را برای
اعمال کمترین مرتبه تعزیر که تذکر و ارشاد است، باز می‌گذاشت و یک باره به
حبس، شلاق و جزای نقدی متوسل نمی‌شد، چنان‌که درباره ماده ۲ (قانون
نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آنها
در ملأ عام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه دار می‌کند) (مصوب
۱۳۶۵/۱۲/۲۸) و برخی موارد دیگر، این گونه عمل کرده است.

ب) ظاهر تبصره این ماده، زنان اهل ذمه (غیرمسلمان) را نیز که در ایران حد حجاب شرعی را مراعات نکنند، در برمی گیرد. این در حالی است که هیچ فقیهی چنین حکمی را نپذیرفته است که زنان اهل ذمه هم مانند زنان مسلمان ملزم به رعایت حجاب شرعی باشند.

۲. تناسب نداشتن تبصره با دیگر قوانین مشابه

مجرمان ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا.، معلول و قربانی جرم هستند و قبح عمل آنان نسبت به مجرمان موضوع (قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس هایی که استفاده از آنها در ملأ عام خلاف شرع است یا عفت عمومی را جریحه دار می کند) (مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۲۸) که فروشنده و تولیدکننده کالاهاى خلاف عفت عمومی هستند، اهمیت کمتری دارد. با وجود این، مجازات آنها بیشتر است و قابلیت انعطاف کمتری دارد.

۳. ضرورت قید «جریحه دار شدن عفت عمومی»

ایراد دیگر این است که بر خلاف ذیل ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا.، در تبصره این ماده، به قید «جریحه دار شدن عفت عمومی» اشاره ای نشده و کافی است زنی حد شرعی حجاب را مراعات نکند تا مشمول مجازات این ماده باشد، خواه با عمل وی، عفت عمومی جریحه دار شود یا نشود. در حالی که در متن ماده، به این قید، دست کم در ذیل ماده، تصریح شده است.

علت این تفکیک و در نتیجه سخت گیری در موضوع بدحجابی نسبت به دیگر گناهان مشخص نیست. به عبارت دیگر، با وجود آن که قانون گذار، مجازات بدحجابی را سبک تر از دیگر گناهان در نظر گرفته است، با ذکر نکردن قید جریحه دار کردن عفت عمومی، نوعی سخت گیری نابه جا را درباره زنانی که با وجود بدحجابی، به هر دلیلی، عفت عمومی را جریحه دار نمی کنند، اعمال کرده است؛ زیرا در حال حاضر نیز بانوان در بسیاری از موارد، حد حجاب



شرعی را رعایت نمی کنند. این کار ممکن است از نظر اخروی مستوجب کیفر باشد، ولی لزوماً موجب جریحه دار شدن عفت عمومی نیست.

۴. بررسی سیره معصومان در برخورد با بدحجابی

باید پرسید در سیره معصومان (ع)، حجاب، حکم حقوقی است یا حکم اخلاقی؟ آیا در بررسی سیره معصومان (ع) می توان به این نتیجه رسید که لزوم پوشش و حجاب تنها یک حکم اخلاقی است و آنان در مقابل پدیده بدحجابی در عصر خود تنها به پند و اندرز اخلاقی و فرهنگ سازی بسنده می کردند و به ضمانت اجرای کیفری از قبیل مجازات حبس و شلاق متوسل نمی شدند؟

در مطالعه سیره معصومان به ویژه سیره پیامبر اعظم (ص) و حضرت علی (ع) که تشکیل حکومت داده بودند (و از این رو، روش آنان باید الگوی قانون گذاری باشد)، به موردی برخوردیم که آنان، زنی را به اتهام جرم بدحجابی به مجازات حبس یا شلاق محکوم کرده باشند، بلکه تنها به تذکر و ارشاد که کمترین درجه تعزیر است، بسنده می کردند. برای نمونه، هنگامی که اسماء (خواهر بزرگ تر عایشه، همسر پیامبر که اهل سنت روایت هایی نیز از ایشان از قول پیامبر نقل کرده اند) در خانه ایشان با لباس بدن نما ظاهر شد، پیامبر از ایشان روی برگرداند و در مقام اندرز به ایشان فرمود که شایسته نیست دختری که به سن بلوغ رسیده است، این گونه نزد نامحرم ظاهر شود، بلکه باید غیر از صورت و کف دستان را بپوشاند.^{۲۷}

ممکن است گفته شود که اساساً بدحجابی از مسائل و معضلات عصر معصومان نبوده است تا بتوان در سیره آنان موردی از مجازات زنان بدحجاب

۲۷. عبدالرحمن ابن قدامة المقدسی، الشرح الکبیر، ج ۷، ص ۳۵۵: «روت عایشه ان اسماء بنت ابی بکر دخلت علی رسول الله (ص) فی ثیاب رفاق فأعرض عنها و قال یا اسماء إن المرأة اذا بلغت المحیض لم تصلح أن یری منها إلا هذا و هذا و أشار إلی وجهه و کفیه. رواه ابوبکر و غیره.»



را کشف کرد. در پاسخ می‌توان گفت که از دیدگاه برخی مفسران، آیه «فستلوهن من وراء حجاب» در زمانی نازل شد که زنان مسلمان همانند زنان غیر مسلمان بدون حجاب در انظار عمومی ظاهر می‌شدند.^{۲۸} برخی مفسران نیز در شأن نزول آیه ۳۱ از سوره نور^{۲۹} آورده‌اند که جابر بن عبد الله بنا به نقل مقاتل گفته است:

اسماء دختر مرثد نخلستانی داشت. روزی زنان مدینه نزد وی رفته بودند، در حالتی که لباسی که روی لباس‌ها می‌پوشند و به آن ازار می‌گفتند، در تن نداشتند. از این رو، زینت پای آنها؛ یعنی خلخال و نیز گردن و برآمدگی سینه آنها کاملاً نمایان شده بود. اسماء به سخن آمد و گفت: این چه حرکت زشتی است که مرتکب شده و با این وضع در باغ من آمده‌اید. خبر به رسول خدا (ص) رسید و این آیه نازل شد.

درباره این بخش از آیه «وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ» می‌گویند چون خلخال پای زنان هنگام راه رفتن در میان بازار، به صدا درمی‌آمد و به این وسیله، توجه مردم را به خود جلب می‌کرد، این آیه نازل شد و آنان را از این حرکت که

۲۸. سلطان محمد گنابادی، تفسیر بیان السعاده، ج ۳، ص ۲۵۲ در ذیل همین آیه آمده است: «وكانت النساء قبل ذلك يبرزن للرجال الاجانب من غير حجاب كما كانت النساء يبرزن في الملل الباطلة للرجال من غير حجاب. و لاشك ان دواعي الرية أكثر اذا كن بلا حجاب.»

۲۹. نور، ۳۱: «وَقُلْ لِّلْمُؤْمِنَاتِ بَغَضُضَنَ مِّنْ اَبْصَرِهِنَّ وَ يَحْفَظُنَّ اَرْوَاجَهُنَّ وَ لَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ اِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَ لِيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَ لَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ اِلَّا بِمُؤَلَّتِهِنَّ اَوْ اَبْأَبَانِهِنَّ اَوْ بِمُؤَلَّتِهِنَّ اَوْ اَبْنَاتِهِنَّ اَوْ اَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ اَوْ اَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ اَوْ اَبْنَاءِ اَخْوَانِهِنَّ اَوْ اَبْنَاءِ اَخْوَانِهِنَّ اَوْ نِسَائِهِنَّ اَوْ مَا مَلَكَتْ اَيْمَانُهُنَّ اَوْ النَّبَعِيْنَ غَيْرِ اُولِي النِّارَةِ مِنَ الرَّجَالِ اَوْ الطِّفْلِ الَّذِيْنَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَتِ النِّسَاءِ وَ لَا يَضْرِبْنَ بِاَرْجُلِهِنَّ لِيَعْلَمَ مَا يَخْفِيْنَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَ تَوَبُّوا اِلَى اللّٰهِ جَمِيعًا اَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ.»

بانوان این مرز و بوم می‌دانند که شهیدان جان بر کف در سال‌های دفاع مقدس با هدف دفاع از ارزش‌های دینی، جان در طبق اخلاص نهادند و به یقین، برای شهیدان و اهداف‌شان ارزشی ویژه قائلند. با این حال، کدام نهاد فرهنگی می‌تواند مدعی باشد که توانسته است حجاب را به عنوان ارزش مورد احترام اسلام و شهیدان این مرز و بوم، آن هم با زبانی لطیف و روشی عاطفی و در عین حال عقلانی و منطقی، به جامعه عرضه کند؟

موجب تهییج شهوت مردان می‌شد، بازداشت. ^{۳۰} البته پس از نزول این آیه، مواردی که نشان‌دهنده صدور حکم کیفری از سوی پیامبر برای مقابله با بدحجابی باشد، دیده نشده است و بسیار بعید به نظر می‌رسد که پس از نزول آیه، این معضل بی‌درنگ حل شده باشد.

بنابراین، بهتر است به جای توسل به ضمانت اجرای کیفری از قبیل حبس و جزای نقدی، از عوامل فرهنگی استفاده شود که متأسفانه نهادهای فرهنگی کشور به ویژه صدا و سیما، نه تنها در زمینه ترویج فرهنگ حجاب، پیشینه موفق نداشته‌اند، بلکه خود در موارد متعددی به این معضل دامن زده‌اند. پس اگر قرار باشد با عوامل بدحجابی برخورد کیفری صورت گیرد، برخی نهادهای فرهنگی کشور بیشتر سزاوار چنین کیفری هستند تا زنان و دختران جوانی که با ترویج فرهنگ‌های غلط از سوی رسانه‌های داخلی، در واقع، قربانی این معضل هستند، نه بانی اصلی آن.

امروز کدام دختر ایرانی را می‌بینید که عکس زن بدحجاب و الگوی نامناسب از هنرپیشه‌ها را روی جلد مجله‌های داخلی ندیده باشد. سال‌هاست که حتی در حکومت جمهوری اسلامی، صدا و سیما نتوانسته است به جز

هنرپیشه‌های زن تلویزیون و سینما، الگوی بهتری به زنان و دختران جامعه معرفی کند. اصولاً صدا و سیمای جمهوری اسلامی، چند فیلم، سریال و برنامه مفید برای ترویج فرهنگ حجاب ساخته است؟ بگذریم از این که در بسیاری از فیلم‌ها، شخصیت منفی یا بی‌سواد، با حجاب (آن هم چادر) و شخصیت مثبت و با فرهنگ آن، زنی با حجاب نامناسب در نظر گرفته می‌شود. در حالی که در برخی دانشگاه‌ها و حتی بیمارستان‌های کشور، پوشش چادر الزامی است. بنابراین، چرا هیچ یک از نهادهای فرهنگی کشور بر اساس هیچ ماده قانونی نباید پاسخ‌گوی این معضل باشد، ولی دختر جوان ایرانی که به دلایلی حد حجاب شرعی را که مورد انتظار ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا است، مراعات نکرده، باید محاکمه شود؟

آیا با این همه قصور و تقصیر می‌توان برای حل معضل بدحجابی، به حبس و جزای نقدی موضوع ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. قانون مجازات اسلامی متوسل شد و متن این ماده را به عنوان تهدید بر تابلوی اعلانات برخی دانشگاه‌های کشور (آن هم دانشگاه آزاد اسلامی) نصب کرد!

وقتی دانشگاه آزاد اسلامی در دورترین مناطق کشور، با تأسیس واحد دانشگاهی مختلط، فرهنگ‌های غلط و نابهنجاری اجتماعی شهرهای بزرگ را به آن جاها منتقل کرده است، چرا کسی نمی‌پرسد آیا با سیاست‌گذاری مناسب‌تر نمی‌توان دختران جوان را در شهرهای خودشان یا دست‌کم در شهرهای هم‌جوار و نزد خانواده آنان به تحصیل واداشت تا این همه پی‌آمدهای ناگوار انتقال منفی فرهنگ‌ها به ویژه فرهنگ بدحجابی نگسترند.

اگر ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. و امثال آن نتوانسته است این مشکل را حل کند، روش سیاست‌گذاران و مجریان فرهنگی ایراد اساسی داشته است و گرنه جامعه ایرانی با منطق و روش پسندیده که سفارش قرآن کریم نیز باشد، هیچ‌گونه ستیزی ندارد. باید بپذیریم که روش‌های به کار گرفته شده اشکال دارند؛ زیرا تاکنون هیچ‌گونه سیاست‌گذاری کلان و مؤثر در این زمینه وجود نداشته است.

آیا کسی منکر این است که اگر در یک فیلم یا برنامه پربیننده، به ترویج حجاب پردازیم، به مراتب مؤثرتر از روشی است که متصدیان رسمی امر به معروف و نهی از منکر در پیش گرفته‌اند؟ آیا واگذاری امر به معروف و نهی از منکر به نهادهای نظامی یا انتظامی، با فلسفه امر به معروف تناسب دارد؟ آیا پند و اندرز با اسلحه می‌تواند اثرگذار باشد؟ نصیحت با اسلحه بیشتر اثربخش است یا به همراه تقدیم شاخه‌ای گل؟ واگذاری این امر خطیر به بسیجیان که در طول هشت سال دفاع مقدس، افتخار آفرینان این مرز و بوم بودند، چه نتیجه‌ای جز کاستن از محبوبیت بسیجیان نزد قشر وسیعی از جامعه داشته است؟ اگر مدعی هستیم راه را درست رفته‌ایم، چرا از نتیجه راضی نیستیم و اگر بی‌راهه رفته‌ایم، چرا چاره دیگری نمی‌اندیشیم؟

هر جامعه‌ای به تناسب ارزش‌های خود و تا آن‌جا که به عفت و اخلاق عمومی مرتبط باشد، محدودیت‌هایی را برای پوشش مقرر کرده است که کشور ما نیز از این قاعده مستثنا نیست. بنابراین، مقابله با بدحجابی در صورتی که عفت و اخلاق عمومی جامعه را جریحه‌دار کند، تکلیف اجتماعی به شمار می‌رود و هرگز از آن نمی‌توان درگذشت. با این حال، سخن اصلی در روش برخورد با این معضل است که متأسفانه ماده ۶۳۸ ق.م.ا.، راه مبارزه با معلول را در پیش گرفته و به همان نسبت، از علت‌ها غافل مانده است.

بانوان این مرز و بوم می‌دانند که شهیدان جان بر کف در سال‌های دفاع مقدس با هدف دفاع از ارزش‌های دینی، جان در طبق اخلاص نهادند و به یقین، برای شهیدان و اهداف‌شان ارزشی ویژه قائلند. با این حال، کدام نهاد فرهنگی می‌تواند مدعی باشد که توانسته است حجاب را به عنوان ارزش مورد احترام اسلام و شهیدان این مرز و بوم، آن‌هم با زبانی لطیف و روشی عاطفی و در عین حال عقلانی و منطقی، به جامعه عرضه کند؟

نتیجه گیری

از مجموع مباحث مطرح شده در این پژوهش می توان دریافت :

۱. نقدهای بسیار مهمی بر متن ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. طرح پذیر است، از جمله این که:

الف) در این ماده، «کیفر عمل» اعم است از این که کیفر حدی باشد یا تعزیری که در هر دو فرض، از نظر فقهی و حقوقی اشکال دارد؛ زیرا از دیدگاه فقهی، جمع مجازات ها پذیرفته نیست. از نظر حقوقی نیز با اصول حقوق جزا و ماده ۴۶ که در این قبیل موارد، اشد مجازات ها نه جمع مجازات ها را پذیرفته است، منافات دارد.

ب) لازمه صدر این ماده آن است که مجازات های تعیین شده در شرع به عنوان حد و مجازات های تعیین شده در قانون مجازات، تنها به مواردی اختصاص داشته باشد که جرم به صورت غیر علنی ارتکاب یافته باشد؛ چون اگر علنی و در انظار عمومی باشد، براساس ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا.، افزون بر کیفر عمل، تنها به دلیل علنی بودن، مجازات مضاعفی دارد. در حالی که هیچ فقیه یا حقوق دانی چنین ملازمه ای را نمی پذیرد؛ زیرا همه پذیرفته اند بنابر اصل که استحقاق مجازات مقرر در شرع و قانون اعم است از این که فرد آن جرم را به صورت علنی و در انظار عمومی مرتکب شده باشد یا غیر علنی و خصوصی.

ج) صدر ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. به عملی اشاره دارد که عمل حرامی است، ولی کیفر خاص هم برای آن مقرر شده (اعم از این که کیفر عمل در شرع مشخص شده باشد یا در قانون). ذیل ماده به عملی اشاره کرده که فقط حرام بوده، ولی مجازات خاصی برای آن مقرر نشده است و با این شرط که عفت

عمومی را جریحه دار کند، شایسته مجازات است. قید «جریحه دار کردن عفت عمومی» در قسمت اول (صدر ماده) وجود ندارد و با وجود آن که صدر ماده از اعمالی است که مجازات خاص خود را دارد، معلوم نیست به چه دلیل مجازات مضاعفی دارد؟ اگر عمل یاد شده، عفت عمومی را جریحه دار نکند، به چه دلیل باید مجازات شود؟ آیا صرف این که عملی در انظار عمومی ارتکاب یابد، لزوماً موجب جریحه دار شدن عفت عمومی خواهد شد؟ آشکار است که هر گناهی (به ویژه گناهان صغیره) به صرف این که در ملاء عام انجام گرفته است، لزوماً موجب جریحه دار شدن عفت عمومی نیست. بر فرض که این گونه باشد، باید پرسید چرا ذیل ماده به این قید مقید شده است؟

د) لازمه متن ماده ۶۳۸ ق. م. ا. این است که میان گناه و جرم، تفاوتی نباشد؛ چون درباره مطلق فعل حرام چنین حکمی صادر شده است. با وجود این، به دلایل متعددی، میان این دو، تفاوت اساسی وجود دارد که در اصطلاح، رابطه این دو را به «عموم و خصوص من وجه» تبدیل کرده است؛ زیرا هر گناهی لزوماً جرم نیست و هر جرمی هم از دیدگاه اسلامی لزوماً گناه نیست.

۲. تبصره ماده ۶۳۸ ق. م. ا. که در مقابله با بدحجابی مقرر شده است،

ایرادهای جدی دارد، از جمله این که:

الف) تبصره ماده ۶۳۸ ق. م. ا. از چند نظر با شرع انطباق کامل ندارد؛

زیرا:

یکم. بسیاری از فقیهان، تعزیر را اعم از وعظ، توبیخ، تهدید، شلاق و حبس دانسته اند که شایسته بود قانون گذار در این ماده (هم در متن و هم در تبصره)، دست قاضی را برای اعمال کمترین درجه تعزیر که تذکر و ارشاد است، باز می گذاشت و یک باره به حبس، شلاق و جزای نقدی متوسل نمی شد، چنان که در برخی موارد دیگر، این گونه عمل کرده است.

دوم. ظاهر تبصره این ماده، زنان اهل ذمه (غیرمسلمان) را نیز که در ایران حد حجاب شرعی را مراعات نکنند، در بر می گیرد. با وجود این، هیچ فقیهی چنین حکمی را نپذیرفته است که زنان اهل ذمه هم مانند زنان مسلمان ملزم به رعایت حجاب شرعی باشند.

ب) بر خلاف ذیل ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا.، در تبصره این ماده به قید «جریمه دار شدن عفت عمومی» اشاره ای نکرده اند. پس کافی است زنی حد شرعی حجاب را مراعات نکند تا مشمول مجازات این ماده باشد، خواه با کار وی، عفت عمومی جرمی دار شود یا نه. با وجود این، در متن ماده، به این قید، دست کم در ذیل ماده، تصریح شده است. علت این تفکیک و در نتیجه، سخت گیری در موضوع بدحجابی نسبت به دیگر گناهان مشخص نیست. در حال حاضر، بانوان در بسیاری از موارد، حد حجاب شرعی را رعایت نمی کنند که ممکن است از نظر اخروی مستوجب کیفر باشد، ولی لزوماً موجب جرمی دار شدن عفت عمومی نیست.

ج) در مطالعه سیره معصومین به ویژه سیره پیامبر اعظم (ص) و حضرت علی (ع) که تشکیل حکومت داده بودند (از این رو، روش آنان باید الگوی قانون گذاری باشد)، به موردی برخوردیم که آنان، زنی را به جرم بدحجابی به مجازات حبس یا شلاق محکوم کرده باشند، بلکه تنها به تذکر و ارشاد که کمترین درجه تعزیر است، بسنده می کردند.