

# نقدی بر ماده ۶۳۸ ق.م.ا. در جرم انگاری بدحجابی

سید حسین هاشمی \*

## چکیده

در بسیاری از کشورها، حکومت برای پوشش شهروندان، مقرراتی وضع می‌کند که حدود آن به تناسب ارزش‌های حاکم بر آن جامعه متفاوت است. در ایران نیز مقررات جامعه بر اساس ارزش‌های اسلامی پذیرفته شده، وضع گردیده است. در اصل الزامی بودن پوشش مناسب برای شهروندان و حق دخالت دولت تردیدی نیست؛ بلکه سخن در چگونگی وضع این مقررات و روش برخورد با متخلفین است. ماده ۶۳۸ ق.م.ا. و بویژه تبصره آن در خصوص بدحجابی اقدام به جرم انگاری نموده است، در این نوشتار، ضمن پرداختن به مبنای فقهی این ماده، ایرادهای وارد بر متن را مطرح نموده و سپس به نقد تبصره همین ماده که برای مقابله با معضل بدحجابی تنظیم شده است، پرداخته و در انتها پیشنهادهایی جهت اصلاح این ماده ارائه گردیده است.

## کلید واژه

بدحجابی، جرم انگاری، عفت عمومی، نقد ماده ۶۳۸ ق.م.ا.

---

\* - دانش‌آموخته سطح چهار حوزه، دانشجوی دکترا رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، مدرس دانشگاه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی به رهبری حضرت امام خمینی علیه السلام، سعی جدی بر این شد تا شریعت اسلام و فقه گرانسنگ شیعه به گونه‌ای قابل توجه در سیاست جنایی ایران تاثیر گذار باشد؛ این موضوع هم در قانون اساسی و هم در قوانین عادی، نمود پیدا کرد. اما در تحقق این هدف غفلت‌ها و افراط‌هایی از سر قصور یا تقصیر صورت گرفت که منشا اصلی آن عدم توجه جدی قانونگذار به فقه پویای شیعه می‌باشد. یکی از آن موارد ماده ۶۳۸ ق.م.ا. به ویژه تبصره آن می‌باشد که در خصوص بدحجابی اقدام به جرم‌انگاری نموده است. هدف این تحقیق بررسی جایگاه فقه شیعه در سیاست جنایی ایران به ویژه در موضوع جرم‌انگاری بدحجابی در ماده ۶۳۸ ق.م.ا. می‌باشد.

و جوب حجاب شرعی برای زنان از مسائلی است که تمام فقهای شیعه و اهل تسنن بر آن اتفاق نظر دارند (ر.ک. شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۷، ص ۴۶؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق: ج ۷، ص ۴۶۰؛ ابن حزم اندلسی، ۱۳۵۲ق: ج ۱۰، ص ۳۲). لذا مسأله حجاب شرعی از اصول پذیرفته شده در اسلام است و در واجب بودن آن تردیدی نیست. مهمترین دلیل و جوب حجاب، آیات قرآن است:

«بگو (ای پیامبر) به زنان مؤمنه، که چشم‌های خود را (از نگاه ناروا به مردان) بپوشانند و (اندام و) فروج خود را حفظ نمایند و زینت و آرایش خود را جز آنچه قهرا ظاهر می‌شود آشکار نسازند و باید سینه و گردن و دوش خود را (با مقنعه) بپوشانند و زینت و جمال خود را آشکار نسازند، جز برای پدران و پدران شوهر و پسران خود و پسران شوهر خود و برادران و برادر زادگان و خواهرزادگان و زنان (مسلمه) و کنیزان ملکی خویش و اتباع خویش که رغبت و میل به زنان ندارند از مردان و کودکانی که هنوز بر عورت زنان آگاه نیستند و پای خویش را به

زمین نکوبند تا بخواهند از این راه توجّه مردم را بخود جلب کرده یا زینت خود را آشکار سازند و به درگاه خداوند توبه کنید ای مؤمنین، باشد که رستگار شوید» (نور، ۳۱؛ محقق، ۱۳۶۱: ص ۵۶۸).

مسأله بدحجابی علاوه بر این که با ارزش‌های اسلامی سازگاری ندارد، بی احترامی 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، نشانگر آن است که زنان ایرانی، از دیرباز، پوشش و حجاب را به عنوان یک فرهنگ و هنجار، پذیرفته و برای آن اهمیت فوق العاده‌ای قائل بودند. در کتاب «گرشاسب نامه» در مورد پند گرشاسب به نریمان آمده است:

ز پوشیده رویان<sup>۱</sup> ممان<sup>۲</sup> کس به کوی که بیگانگان نشان نبیند روی

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

ز پوشیده رویان ارجاسب پنج ببردند با مویه و درد و رنج

دو خواهر دو دختر یکی مادرش پر از درد و با سوگ خسته برش

جالب توجه این که گویا مردمان آن روزگار، به صورت کنایه که حاکی از وجود نوعی فرهنگ میان آنان است، از مادران، خواهران و دختران، بلکه حتی از «زنان جامعه» به عنوان «پوشیده روی» یاد می‌کردند:

نه مادرت بیند نه خویشان به روم نه پوشیده رویان آن مرز و بوم<sup>۳</sup>

این موضوع می‌تواند برای هر زن ایرانی که دست کم به فرهنگ ایرانی و ملی

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

۲- «ممان» در اینجا متعدی است یعنی مگذار.

۳- شاهنامه حکیم ابوالقاسم فردوسی.

احترام می‌گذارد، قابل توجه و ارزشمند باشد. فرهنگ‌ها و سنت‌های به جای مانده از پیشینیان، تا زمانی که با آموزه های دینی در تعارض نباشد، حتی برای اسلام و مسلمانان نیز محترم است.

حجاب و پوشیده رویی در ادبیات فارسی با واژه «حیا» مرتبط است؛<sup>۱</sup> یعنی منشأ پوشیده رویی، همان حیای زن ایرانی است که پیش از اسلام نیز مطرح بوده است. بنابراین تردیدی در وجوب حجاب از دیدگاه دینی و فرهنگ ملی نیست. اما سخن در روش مقابله با کسانی است که این ارزش دینی و ملی را پاس نمی‌دارند؛ لذا از این جهت تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا. مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

بر اساس یک دیدگاه فقهی، حاکم شرع می‌تواند به صلاحدید خود کسی را که مرتکب عمل حرامی شده، تعزیر نماید. اگر چه برخی از فقها در مورد اصل این حکم ادعای نفی خلاف نموده‌اند؛ ولی این دیدگاه مشهور فقها است و در مقابل، برخی از جمله مرحوم محقق اردبیلی در اصل این حکم که هر عمل حرامی مستوجب تعزیر باشد، تردید کرده‌اند.

برخی از فقهای معاصر نیز پس از بررسی و نقد جدی ادله حکم مذکور، به این نتیجه رسیده‌اند که دلیل قابل اطمینانی بر این که مرتکب هر عمل حرامی (حتی مرتکب گناهان کبیره) مستحق تعزیر باشد وجود ندارد.

فقهای موافق این دیدگاه علیرغم ادعای شهرت عظیمه یا حتی ادعای نفی خلاف در این مساله مهم، به راحتی با ذکر ادله به صورت غیر تفصیلی از کنار آن گذشته‌اند. این موضوع اگر در لابلای بحث‌های مدرسه‌ای و در کتاب‌های فقهی

۱- شادی روی پوشیده از شرم اوی  
نهان کرده رخسار و پوشیده موی  
طرفه دستی بر گریبان حیا دارد بهار

۱- هر آن زن که دیدی در آزم اوی  
در آورده از شرم چادر به روی  
پرده از پوشیده رویان تجلی باز کرد

پنهان می‌ماند، قابل اغماض بود، اما این دیدگاه مبنای قانونگذاری در حقوق ایران قرار گرفته است. لذا ضروری است، این موضوع مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

### ۱) ریشه‌های نفوذ شرع در حقوق ایران

از آنجا که ماده ۶۳۸ ق.م.ا. در واقع از مصادیق دخالت شرع در حقوق ایران است، قبل از ورود به اصل موضوع، اشاره‌ای تاریخی به ریشه‌های نفوذ شرع در حقوق ایران، خالی از فایده نیست.

همانگونه که برخی از حقوقدانان معتقدند، پیش از انقراض نظام شاهنشاهی مطلقه توسط مشروطه خواهان، صرف نظر از برخی متون قانونی مدون مانند «یاسای چنگیزی»، «یرلیغ غازانی»، «تُزوک تیموری» و برخی احکام موردی توسط پادشاهان، حقوق ایران بر پایه «فقه» استوار بود (پاشا صالح، ۱۳۸۴: ص ۱۶۳). از آغاز مشروطه تا انحلال عدلیه و تأسیس عدلیه جدید در زمستان ۱۳۰۵، همچنان قدرت قوانین شرع محفوظ بود و قضاات محاکم عرفی، اکثراً مستند قانونی نداشتند و طرفین متوسل به اوراق استفتا از مجتهدین می‌شدند (همان، صص ۲۳۶-۲۳۴).

در اصل ۲۷ قانون اساسی مشروطه، بین «قوانین شرع» و «قوانین عرف» تفکیک به وجود آمد و رسیدگی به امور شرعی در صلاحیت «محاکم شرعیه» و رسیدگی به عرفیات در صلاحیت «محاکم عدلیه» قرار گرفت. همین تفکیک در اصل ۷۱ متمم قانون اساسی مشروطه نیز محفوظ ماند و قضاوت در امور شرعیه به مجتهدین عادل و آگدار گردید. همچنین در اصل دوم قانون اساسی مشروطه، نظارت بر مصوبات مجلس از نظر تطبیق با احکام شرع به عهده مجتهدین محول شد که در عمل چنین اختیاری محقق نگردید. در زمان رژیم پهلوی نیز مجلس مؤسسان

چهارم در سال ۱۳۲۸ متممی برای قانون اساسی مبنی بر چگونگی بازنگری در قانون اساسی به تصویب رساند که بر اساس ذیل متمام مذکور، اصول مربوط به دین مقدس اسلام و مذهب شیعه غیر قابل تغییر اعلام شد.

بعد از انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی حقوق اسلامی رسماً در خدمت این آرمان قرار گرفت. در اصل ۱۶۷ ق.ا. حقوق اسلامی در زمره منابع رسمی و تکمیل کننده قوانین در آمد. هدف قانون اساسی این است که همبستگی حقوق و مذهب را با وضع اصولی همچون اصل ۱۶۷ ق.ا. تحقق بخشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۲، صص ۳۸۴-۳۸۳). اما با این وجود، به اعتقاد برخی از حقوقدانان، نقش حقوق اسلامی از دیدگاه قانون اساسی، یک نقش بازدارنده است و اصل ۱۶۷ ق.ا. نیز اختیار وضع و ایجاد قانون را به قاضی نداده؛ بلکه از این اصل، برای تفسیر و اجرای قانون استفاده می نماید (همان، صص ۳۹۱-۳۸۶).

اگر چه قاضی با استفاده از اصل ۱۶۷ ق.ا. قانون وضع نمی کند، ولی از طریق تفسیر، قانون شرع را «کشف» می نماید و «کشف قانون شرع» طبق اصل ۱۶۷ ق.ا. قابل مقایسه با «کشف قاعده سابقه» در نظام حقوقی «کامن لا»، توسط قاضی است. شماری از حقوقدانان بر این عقیده اند که هدف قانونگذار از اصل ۱۶۷ ق.ا. ایجاد همبستگی میان «حقوق اسلامی» و «حقوق دولتی» می باشد؛ یعنی همزیستی میان قدرت و مذهب، نه اتحاد آنها که قانونگذار این هدف را با وضع اصولی همچون اصل ۱۶۷، ۹۱، ۷۲، ۴ ق.ا. دنبال نموده است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ش ۱۰، صص ۱۷-۱۶).

## ۲) متن و تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا.

### ۲-۱) مبنای فقهی ماده ۶۳۸ ق.م.ا.

در ماده ۶۳۸ ق.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 و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار 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 یا از پنجاه هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد.»

با توجه به اینکه تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا. بر اساس مبنای فقهی این ماده تنظیم شده، بررسی مبنای فقهی این ماده می‌تواند مستقیماً در مشروعیت و اعتبار تبصره آن تأثیر داشته باشد. بر اساس این ماده مرتکب هر عمل حرامی، در صورت ارتکاب علنی، تعزیر می‌شود؛ اما این سؤال مطرح است که اصل این دیدگاه تا چه اندازه مورد توجه فقهاست؟ بر فرض پذیرش این دیدگاه، مقصود از تعزیر چیست؟

### ۲-۱-۱) فقهاء و مسأله تحریم و تجریم

#### ۲-۱-۱-۱) دیدگاه موافق

نظر مشهور فقها این است که حاکم شرع می‌تواند، به صلاحدید خود، کسی را که مرتکب عمل حرامی شده است (بر اساس دیدگاه بعضی، عمل حرام لزوماً باید کبیره باشد.) تعزیر نماید، به این شرط که تعزیر از مقدار حد

کتر باشد<sup>۱</sup> (نجفی، ۱۳۹۲ق: ج ۴۱، ص ۴۴۸). البته این قاعده تنها در مجازات شلاق معنا دارد.

همچنین بعضی از فقهای اهل سنت نیز بر این عقیده اند<sup>۲</sup> (ابن قدامه، بی تا: ج ۱۰، صص ۳۴۹-۳۴۸).

یکی از مهمترین دلایل دیدگاه مشهور روایتی است که بر اساس آن، خداوند برای هر چیزی حدی و برای تجاوز از آن نیز، حد دیگری قرار داده است<sup>۳</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ج ۲۸، ص ۱۴). اما دقت در روایات دیگری که در همین باب نقل شده نشانگر این است 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 نسبت به هر گناهی باشد مجمل است<sup>۴</sup> (همان، ص ۱۶).

فقهای موافق این دیدگاه علیرغم ادعای شهرت عظیمه و حتی ادعای نفی خلاف در این مساله مهم، به راحتی با ذکر ادله به صورت غیر تفصیلی از کنار

۱- «المسألة السادسة: لا خلاف ولا إشكال نصابا وفتوی فی أن (كل من فعل محرما أو ترك واجبا) وكان من الكبائر (فلاما تعزيره بما لا يبلغ الحد وتقديره إلى الامام و) لكن (لا يبلغ به حد الحر في الحر)».

۲- «التعزیر فیما شرع فیہ التعزیر واجب إذا رآه الامام، وبه قال مالک و ابو حنیفة وقال الشافعی لیس بواجب لان رجلا جاء إلى النبی ﷺ فقال انی لقیته امرأة فأصبحت منها ما دون أن أطأها فقال (أصلیت معنا؟) قال نعم فتلا علیه (ان الحسنات یدھبن السیأت) وقال فی الانصار (اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسیئهم) وقال رجل للنبی ﷺ فی حکم حکم به للزیر أن کان ابن عمکت فغضب النبی ﷺ ولم یعززه علی مقالته، وقال له رجل ان هذه لقسمه ما أرید بها وجه الله فلم یعززه ولنا ان ماکان من التعزیر منصوصا علیه کو طوء جاریه امرأته أو جاریه مشترکه فیجب امتثال الامر فیہ وما لم یکن منصوصا علیه إذا رأى الامام المصلحة فیہ أو علم انه لا ینزجر إلا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالی فوجب كالححد».

۳- قال: سمعت أبا عبد الله ﷺ يقول: إن أصحاب رسول الله ﷺ قالوا لسعد بن عباد: رأيت لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به؟ قال: كنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله ﷺ فقال: ماذا يا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به، فقلت: أضربه بالسيف، فقال: يا سعد، فكيف بالأربعة الشهود؟ فقال: يا رسول الله ﷺ بعد رأي عيني وعلم الله أن قل فعل؟ قال: أي والله بعد رأي عينك وعلم الله أن قل فعل، إن الله قد جعل لكل شدة حدا وجعل لمن تعدى ذلك الحد حدا».

۴- «وعن أبي علي الأشعري، عن محمد بن حسان، عن محمد بن علي، عن أبي جميل، عن ابن ديبس الكوفي، عن عمرو بن قيس، قال: قال أبو عبد الله ﷺ: يا عمرو بن قيس، أشعرت أن الله أرسل رسولا، وأنزل عليه كتابا، وأنزل في الكتاب كل ما يحتاج إليه، وجعل له دليلا يدل عليه، وجعل لكل شدة حدا، ولمن جاوز الحد حدا - إلى أن قال: قلت: وكيف جعل لمن جاوز الحد حدا؟ قال: إن الله حد في الأموال أن لا تؤخذ من حبلها، فمن أخذها من غير حبلها قطعت يده حدا لمجاوزة الحد، وإن الله حد أن لا ینکح النکاح إلا من حله، ومن فعل غیر ذلك إن کان عربا حد، وإن کان محصنا رجم لمجاوزته الحد».



آن گذشته‌اند<sup>۱</sup> (خویی، ۱۴۰۷ق: ج ۱، صص ۳۳۸-۳۳۷)؛ این موضوع اگر در بحث‌های مدرسه‌ای و در کتاب‌های فقهی پنهان می‌ماند، قابل اغماض بود، ولی این دیدگاه به شدت قابل نقد است (ر.ک. حسینی، ۱۳۸۳: صص ۱۴۶-۱۴۲). لذا به نظر می‌رسد نباید به راحتی مبنای قانونگذاری قرار می‌گرفت.

## ۲-۱-۱-۲) دیدگاه مخالف

برخی فقها از جمله مرحوم محقق اردبیلی در اصل این حکم که هر عمل حرامی مستوجب تعزیر باشد، تردید نموده‌اند (اردبیلی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۳، ص ۱۷۶). همچنین فقهای معاصر معتقدند دلیل قابل اطمینانی بر این که مرتکب هر عمل حرامی (حتی مرتکب گناهان کبیره) مستحق تعزیر باشد<sup>۲</sup>، وجود ندارد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۲، صص ۲۹۷-۲۹۵). برخی از فقها نیز با فرض پذیرفتن اصل حکم، دامنه تعزیر را به گونه‌ای معنا کرده‌اند که شامل پند و اندرز، توبیخ و تهدید هم می‌شود.

۱- «علی المشهور شهرة عظيمة، بل بلا خلاف في الجملة. وتدل على ذلك عدة امور. (الاول) - فعل أمير المؤمنين عليه السلام ذلك في موارد مختلفة كما يظهر من عدة روايات في أبواب متفرقة. وهذا يدل بوضوح على مشروعية ذلك. (الثاني) - ان الاسلام قد اهتم يحفظ النظام المادي والمعنوي والاجراء الاحكام على مجاريها. ومن الطبيعي أن هذا يقتضي أن يعزز الحاكم كل من خالف النظام. (الثالث) - النصوص الخاصة الواردة في موارد مخصوصة الدالة على أن للحاكم التعزير والتأديب حتى في الصبي والمملوك. (الرابع) ما ورد في عدة روايات من أن الله تعالى جعل لكل شئ حدا: (منها) - معتبرة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إن لكل شئ حدا ومن تعدى ذلك الحد كان له حدا)».

۲- «فإن بعض الذنوب والمعاصي ربما صدر عن بعض الأفراد ولم يقع من المعصومين سلام الله عليهم أجمعين بالنسبة إليهم تعزير ولا صدر منهم: أمر بذلك. وإن أمكن أن يقال بكونها صغيرة في تلك الموارد. ولكن الظاهر خلافه للعلم بأنه قد وقع بعض الكبائر ولم يحكموا عليه بالتعزير. ومنها ما تمسك به بعض من الروايات الدالة على أن لكل شئ حدا ولمن تجاوز ذلك الحد حدا وهي عدة روايات أخرجهما في الوسائل في باب ۲ من أبواب مقدمات الحدود. وفيه ما مر سابقا من إجمال تلك الروايات من جهات فلا يعلم أن المراد كل الأشياء حقيقة بلا استثناء أو أنه أشياء خاصة، كما لا يعلم أن المراد من حد كل شئ ما هو؟ وكذلك لا يعلم المراد من الحد الذي جعله على من تجاوز الحد. نعم لو جزم أحد بأن المراد إن الله تعالى جعل للأشياء أحكاما ومقررات وقرر على من تجاوز عنها حدا وكان المراد من الحد الثاني ما يشمل التعزير لكان حسنا ولكن الكلام في استفادة ذلك. قال في الجواهر في البحث عن شمول التعزير للتوبيخ مثلا: قد يستفاد التعميم مما دل على أن لكل شئ حدا ولمن تجاوز الحد حدا بناء على أن المراد من الحد فيه التعزير انتهى. ومراعاة إنه بناء على ذلك يمكن أن يقال بعدم اختصاص التعزير بالضرب بل بالتوبيخ والتعنيف أيضا من مراحل التعزير. وفيه إن مجرد البناء لا ينفع شيئا والنزاع في ظهور هذه الروايات وعدمه وهو غير ثابت وقد تعرض رحمه الله للبحث ثانیا بنحو الإجمال بعد ورفقتين من هذا عند قول العلامة أعلى الله مقامه: وكل من فعل محرما أو ترك واجبا عزره الإمام انتهى. والحاصل إنه لا دليل لنا تظمن إليه النفس في الحكم بوجود التعزير في كل معصية بل ولا في خصوص الكبائر منها».

## ۲-۱-۲) معنای تعزیر

## ۲-۱-۲-۱) تعزیر در فقه

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

«التعزیر یکون بالضرب او الحبس او التوبیخ او بما یراه الامام و لیس فیه قطع شیء منه ولا جرحه...» (علامه حلی، بی تا: ج ۲، ص ۲۲۷). (تعزیر با زدن (شلاق)، زندان، توبیخ یا به هر روشی که امام تشخیص دهد، محقق می‌شود).

بر اساس این دیدگاه، قاضی در انتخاب هر یک از انواع تعزیر مختار است. اما برخی از فقها از جمله مرحوم محقق طباطبایی تعزیر (به معنای مجازات شلاق و امثال آن) را در صورتی جایز می‌دانند که مرتکب با نهی و توبیخ قابل اصلاح نباشد. وی در این باره می‌نویسد:

«این حکم که در ارتکاب هر حرام یا ترک واجبی تعزیر واجب است، در صورتی می‌باشد که شخص با نهی و توبیخ و امثال آن، از عمل خود دست نکشد؛ زیرا در این فرض، نهی از منکر واجب است. اما در صورتی که شخص با نهی، توبیخ و...، آن عمل را انجام ندهد، دلیلی برای تعزیر وجود ندارد، مگر در موارد خاصی که نص شرعی بر وجوب تأدیب یا تعزیر وجود داشته باشد. برخی معنای تعزیر را اعم از ضرب (شلاق) و مراتب کمتر از آن (یعنی نهی و توبیخ و امثال آن) می‌دانند»<sup>۱</sup> (طباطبائی، ۱۴۰۴ق: ج ۲، ص ۴۸۳).

۱- «ثم وجوب التعزیر فی کل محرم من فعل أو ترک ان لم یحصل الانتهاء بالنهی والتوبیخ ونحوهما فهو ظاهر لوجوب انکار المنکر واما مع الانتهاء بهما فلا دلیل علی التعزیر مطلقاً الا فی مواضع مخصوصة ورد النص بالتادیب أو التعزیر فیها ویمکن تعمیم التعزیر فی العبارة ونحوها لما دون الضرب ایضا من مراتب الانکار فتأمل جدا».

مرحوم ابن فهد حلی<sup>۱</sup> (حلی، ۴۱۳ق: ج ۵، ص ۷۳) و مرحوم هندی معروف به فاضل نیز این نظریه را پذیرفته‌اند<sup>۲</sup> (هندی، ۴۰۵ق: ج ۲، ص ۴۱۵).

برخی از فقهای اهل سنت نیز با این نظریه موافق بوده و رعایت مراتب تعزیر را لازم دانسته‌اند<sup>۳</sup> (نووی، بی تا: ج ۷، صص ۳۸۱-۳۸۰؛ رک. کاشانی، ۱۹۸۲م: ج ۷، ص ۵۸؛ ابن قدامه، بی تا: ج ۱۰، ص ۳۴۸).

این دیدگاه از سوی یکی از فقهای معاصر مورد نقد قرار گرفته است از این جهت که گویا این دسته از فقها در مقام بیان مراتب امر به معروف و نهی از منکر بوده‌اند، در حالی که بحث در باره تعزیر است<sup>۴</sup> (موسوی گلپایگانی، بی تا: ج ۱، صص ۲۹۸-۲۹۷).

## ۲-۱-۲) تعزیر در قانون

تعزیر در قانون مجازات اسلامی اینگونه تعریف شده: «تعزیر، تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس، جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق باید از حد کمتر باشد». برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند: «میزان بعضی از کیفرهای تعزیری در شرع معین

۱- «الثالث عشر) التعزیر موكول إلى نظر الإمام، ولا يبلغ الحد، وليس لأقله قدر معين، لأن أكثره مقدر، فلو قدر أقله كان حداً، وهو يكون بالضرب، وبالحبس، وبالتوبيخ من غير حرج، ولا قطع، ولا تخسير».

۲- «ثم وجوب التعزیر فی كل محرم من فعل أو ترك ان لم ينته بالنهي والتوبيخ ونحوهما فهو ظاهر لو جوب انكار المنكر واما ان انتهى بما دون الضرب فلا دليل عليه الا فی مواضع مخصوصة ورد النص فيها بالتاديب او التعزیر و يمكن التعزیر فی كلامه و كلام غيره لما دون الضرب مراتب الانكار».

۳- «باب التعزیر هو مشروع فی كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، سواء كانت من مقدمات ما فيه حد، كمباشرة اجنبية بغير الوطء، وسرقة ما لا قطع فيه، والسب والایذاء بغير قذف، أو لم يكن، كشهادة الزور والضرب بغير حق، والتزوير، وسائر المعاصي، وسواء تعلقت المعصية بحق الله تعالى أم بحق آدمي، ثم جنس التعزیر من الحبس أو الضرب جليداً أو صفعا إلى رأى الإمام، فيجتهد ويعمل ما يراه من الجمع بينهما والاقتصار على أحدهما، وله الاقتصار على التوبيخ باللسان على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى. قال الامام: قال الاصحاب: عليه أن يراعى الترتيب والتدریج، كما يراعيه دافع الصائل، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها مؤثراً كافياً».

۴- «وعن كشف اللثام أنه قال: إن وجوب التعزیر على ذلك إن لم ينته بالنهي والتوبيخ ونحوهما، وأما إذ انتهى بدون الضرب فلا دليل عليه الا فی مواضع مخصوصة ورد النص فيها بالتأديب والتعزیر، ويمكن تعميم التعزیر فی كلامه (أى كلام صاحب القواعد) وكلام غيره لما دون الضرب من مراتب الانكار انتهى وكان مراده ﷺ بیان مراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ... لكن يرد عليه أن كلامنا فی التعزیر وليس فی مراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر...والحاصل أن ما ذكره - ﷺ - لا يعلم وجهه ولا ينطبق الا على باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو غير مرتبط بهذا الباب الذى هو باب التعزیر».

گردیده است، بنابراین تعریف مذکور جامع نیست» (اردبیلی، ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۱۵۳). به نظر می‌رسد این اشکال وارد نیست؛ زیرا قانونگذار قبول ندارد برخی از تعزیرات در شرع مشخص شده؛ لذا این اشکال مبنایی است.

ممکن است چنین اظهار شود همین که قانونگذار موارد تعزیرات منصوصه را تعزیر نداند، طبعاً باید حد بداند و حد دانستن آنها تالی فاسدهایی دارد که هیچ کس به آن ملتزم نمی‌شود.

در پاسخ می‌توان چنین اظهار نمود: قانونگذار این موارد را حد نمی‌داند، بلکه تعزیر می‌داند ولی کلیت و همگانی بودن مجازاتی که برای این موارد در شرع معین شده را قبول ندارد. بنابراین از دیدگاه قانونگذار، برای تعزیر، مجازات کلی برای همه اعضاء و همه شرایط تعیین نشده است و تعیین این مجازات‌ها در برخی روایات، تنها در قضیه خاص و موردی است. به نظر می‌رسد این توجیه بهتر است تا این که خطای بسیار آشکاری را به قانونگذار نسبت دهیم؟!

همچنین قانونگذار در موارد متعددی، از باب حکومتی میزان و نوع تعزیر را مشخص نموده، اما این امر به معنای اینکه تعزیر در شرع مشخص شده نیست.

اشکال دیگر اینکه در تعریف تعزیر کلمه «تأدیب» آمده است، در این حال دیگر مجازات معنا ندارد؛ زیرا به تأدیب، مجازات اطلاق نمی‌شود. همچنین در مثال‌هایی که برای تعزیر بیان شده، مصادیق تأدیب ذکر نشده است.

البته تعزیر به معنای شرعی شامل تأدیب هم می‌شود، ولی قانونگذار که در مقام تعریف از انواع مجازات‌هاست نباید از واژه تأدیب استفاده می‌کرد، مگر آنکه مقصود قانونگذار، معنایی اعم از مجازات‌ها و اقدامات تامینی باشد که در این صورت تأدیب هم در شمار اقدامات تامینی قرار می‌گرفت.

### ۳-۲-۱) تعزیر در قوانین خاص

ماده ۲ قانون «نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آنها در ملاء عام خلاف شرع است یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند» مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۲۸ مراتب و درجات تعزیر را این‌گونه ذکر نموده است: «مجازات‌های 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...؛
- 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».

### ۲-۲) نقد ماده ۶۳۸ ق.م.ا.

به ماده ۶۳۸ ق.م.ا. نقدهایی به شرح ذیل وارد است:

#### ۱-۲-۲) قید «کیفر عمل»

قاعده جمع مجازات‌ها بر این ماده حاکم بوده، 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، قید «کیفر عمل» شامل کیفر حدی و تعزیری است که هر دو فرض، از نظر فقهی و حقوقی اشکال دارد؛ زیرا از دیدگاه فقهی، جمع مجازات‌ها پذیرفته نیست. همچنین از نظر حقوقی نیز با اصول حقوق جزا و ماده ۴۶ ق.م.ا. که در این قبیل موارد، اشد مجازات‌ها را پذیرفته (نه جمع مجازات‌ها را) منافات

دارد.<sup>۱</sup> شهید ثانی در این باره می‌نویسد:

«و من ارتکبها (ای المحرمات) غیر مستحل لها عزر إن لم یجب الحد کالزنا والخمر، وإلا دخل التعزیر فیه» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۹، ص ۲۱۳). بر اساس این دیدگاه فقهی، اگر برای عملی مجازات حد مقرر شده باشد، دیگر نمی‌توان به دلیل ارتکاب همان جرم تعزیر نمود؛ بلکه تعزیر داخل در حد می‌شود. یعنی همان مجازات حد، کفایت می‌کند. عبارت فوق از جهت ارتکاب علنی و خصوصی هم مطلق است؛ در حالی که صدر ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. برای عمل حرام شرعی که در انظار عمومی صورت گیرد، در صورتی که نفس عمل دارای کیفر باشد قاعده جمع مجازات‌ها را پذیرفته است و قطعاً فقها در عملی که کیفر حد داشته باشد، جمع بین حد و تعزیر را جایز نمی‌دانند<sup>۲</sup> (موسوی گلپایگانی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۹۴). مگر در موارد خاص که بیان شده است.

## ۲-۲) قید «انظار عمومی»

اشکال مهمتر اینکه لازمه صدر ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. این است که مجازات‌های تعیین شده در شرع به عنوان حد و مجازات‌های تعیین شده در قانون مجازات، به مواردی اختصاص داشته باشد، که جرم به صورت غیر علنی انجام شود؛ چون اگر علنی و در انظار عمومی باشد، طبق ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. علاوه بر کیفر عمل، تنها به دلیل علنی بودن، مجازات مضاعفی دارد! در حالی که هیچ فقیه یا حقوقدانی چنین ملازمه‌ای را نمی‌پذیرد؛ زیرا اصل، اقتضا می‌کند استحقاق مجازات مقرر در شرع و قانون

۱- ماده ۴۶ ق.ا.م.ا: «در جرایم قابل تعزیر، هرگاه فعل واحد دارای عناوین متعدده جرم باشد، مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشد است.»

۲- «إنه لا شک فی أن هذا الحكم مختص بالمعاصی التي لم یکن علیها حد مجعول وعقوبة مقررة معينة من الشارع وذلك لأنه لم یعهد فی مورد أن يعاقب أحد علی ذنب واحد له حد بالحد والتعزیر کلهمما.»

اعم است از اینکه فرد جرم را به صورت علنی و در انظار عمومی یا غیر علنی و خصوصی مرتکب شده باشد، مگر در موارد خاص مصرح در قانون یا شرع، مانند روزه خوری در ماه رمضان در ملا عام که نفس علنی بودن آن موضوعیت داشته و مورد حساسیت شارع است و حتی از سوی کسی که مجوز شرعی برای روزه نگرفتن دارد باید حرمت علنی آن حفظ شود؛ لذا نمی‌توان با وضع قانون کلی مانند: ماده ۶۳۸ ق.م.ا. برای ارتکاب علنی تمامی جرایم، مجازات جداگانه مقرر نمود تا لازمه و معنای قانونگذاری سابق این شود که تمامی قوانین سابق ناظر به ارتکاب اختصاصی جرایم باشد.

### ۳-۲-۲) قید «جریمه‌دار شدن عفت عمومی»

اشکال دیگر اینکه ماده ۶۳۸ ق.م.ا. از دو قسمت تشکیل شده: صدر ماده به عمل حرامی اشاره دارد که کیفر خاص برای آن مقرر شده است (اعم از اینکه کیفر عمل در شرع مشخص شده باشد یا در قانون) و ذیل آن به ارتکاب عملی اشاره نموده که مجازات خاصی برای آن مقرر نشده است ولی عفت عمومی را جریمه‌دار می‌کند (البته ممکن است که ذیل ماده اعم از عمل حرام و عمل مباحی باشد که عفت عمومی را جریمه‌دار می‌کند ولی بیشتر ظهور در عمل مباح دارد). قید «جریمه‌دار شدن عفت عمومی» در قسمت اول (صدر ماده) وجود ندارد! با وجود آنکه صدر ماده به اعمالی اشاره دارد که مجازات خاص خود را دارند، معلوم نیست که به چه دلیل مجازات مضاعفی دارد؟ اگر عمل یاد شده عفت عمومی را جریمه‌دار نکند به چه دلیل باید مجازات شود؟ آیا صرف اینکه عملی در انظار عمومی انجام شود، لزوماً موجب جریمه‌دار شدن عفت عمومی خواهد

شدد؟ واضح است، هر گناهی (به ویژه گناهان صغیره) به صرف اینکه در ملاء عام انجام شود، لزوماً موجب جریحه دار شدن عفت عمومی نیست.

ممکن است چنین اشکال شود که بر اساس آیه شریفه: «إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب الیم فی الدنيا والآخرة والله یعلم و انتم لا تعلمون» (نور، ۱۹)، اشاعه فحشا و علنی کردن آن حرام است.

در پاسخ می توان اظهار نمود مبنای حرمت اشاعه فحشا نیز در این مورد کاربرد ندارد زیرا به اعتقاد برخی از مفسران از جمله شیخ طوسی و شیخ طبرسی دو مفسر بزرگ شیعه، فاحشه به معنای گناه کبیره و مهم است و شامل هر گناهی نمی شود (طبرسی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۳۹۳، ج ۴، ص ۱۹۰؛ طوسی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۵۹۵، ج ۴، صص ۳۹۰ - ۳۸۲).<sup>۱</sup>

این واژه در قرآن نیز در خصوص جرایم مهم مانند شرک، بت پرستی، زنا و لواط به کار رفته است.<sup>۲</sup> بنابراین، شمول معنای فحشا نسبت به گناهان کوچک، دست کم خلاف احتیاط است.

۱- «وقوله: «وقال الرماني: أراد بالفاحشة الكبيرة»، «و بظلموا أنفسهم الصغيرة». وقال مجاهد: هما ذنبان وأصل الفاحشة الفحش، وهو الخروج إلى عظم القبح في العقل أو رأى العين فيه. وكذلك قيل للطويل المفرط أنه الفاحش الطول، وأفحش فلان في كلامه إذا أفصح بذكر الفحش. وقال جابر والسدي: الفاحشة ههنا: الزنا أو ما جرى مجراه من الكبير» (طوسی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۵۹۵).

«وقال الحسن وأبو علي: هي كناية عن عبادة الأوثان وفواحشهم الشرك بالله والكفر بنعمه. والفاحشة ما عظم قبحه في قول الزجاج، يقال فحش يفحش فحشا، ولا يقال في الصغيرة - عند من قال بها - فاحشة، وإن قيل فيها: إنها قبيحة» (همان، ج ۴، ص ۳۸۲).

«اللغة: أصل الفاحشة الفحش: وهو الخروج إلى عظيم القبح، أو رأى العين فيه، ولذلك قيل للطويل المفرط: انه لفاحش الطول. وأفحش فلان: إذا أفصح بذكر الفحش» (طبرسی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۳۹۳). «الفواحش: جمع فاحشة، وهو القبيح العظيم القبح» (همان، ج ۴، ص ۱۹۰).

۲- «والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم...» (آل عمران، ۱۳۵). «اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم...» (نساء، ۱۵). «ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلاً» (نساء، ۲۲). «فإن أتین بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب...» (نساء، ۲۵). «وإذا فعلوا فاحشة قالوا وجدنا عليها آباءنا...» (اعراف، ۲۸). «ولو طأ إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة...» (اعراف، ۸۰).



چنانکه ابن اثیر تصریح نموده است، این واژه در احادیث نیز به همین معنا به کار رفته است بنا بر این، بر اساس احادیث هم فاحشه به معنای گناہانی است که قبح شدید داشته باشد (ابن اثیر، ۱۳۶۴: ج ۳، ص ۴۱۵).<sup>۱</sup>

نتیجه آنکه قائل شدن مجازات اضافی برای هر عمل حرامی که در انظار عمومی ارتکاب یابد، دلیل متقن شرعی ندارد، مگر اینکه عفت عمومی را جریحه دار کند که در این صورت به دلیل قباحت شدید و ویژه، قابل جرم‌انگاری مستقل و مجازات اضافی است و اساساً نظام‌های قانونگذاری در دنیای امروز نیز رفتارهای منافی عفت عمومی را بر نمی‌تابند و برای جرم‌انگاری این دسته از رفتارها تردیدی ندارند، اگر چه ممکن است در مصداق و دامنه رفتارهای خلاف عفت عمومی اختلاف نظر وجود داشته باشد.

#### ۴-۲-۲) قید «گناہان کبیره»

اشکال دیگر اینکه برخی از فقہا حکم ماده ۶۳۸ ق.م.ا. را تنها در گناہان کبیره پذیرفته‌اند<sup>۲</sup> (خمینی، ۱۴۰۳ق: ج ۲، ص ۴۷۷؛ موسوی گلپایگانی، بی‌تا: صص ۲۹۵-۲۹۴). ولی این ماده تمام گناہان و هر عمل حرامی را با این شرط که در انظار عمومی مرتکب شود، قابل مجازات می‌داند. البته بهتر بود با توجه به سیاست جنایی ایران در سال‌های اخیر مبنی بر جرم‌زدایی و زندان‌زدایی، جانب احتیاط را در جرم‌انگاری

۱- «فحش»... وقد تكرر ذكر «الفحش والفاحشة والفواحش» في الحديث. وهو كل ما يشتمل قبحة من الذنوب والمعاصي. وكثيرا ما ترد الفاحشة بمعنى الزنا. وكل خصلة قبيحة فهي فاحشة، من الأقوال والأفعال».

۲ - امام خمینی: «كل من ترك واجبا أو ارتكب حراما فلا ملام عليه السلام ونائبه تعزيره بشرط أن يكون من الكبائر، والتعزير دون الحد، وحده بنظر الحاكم، والاحوط له فيما لم يدل دليل على التقدير عدم التجاوز عن أقل الحدود». موسوی گلپایگانی: «إن المحقق أطلق وعمم الحكم لكل معصية لكن صاحب الجواهر قيد 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 وندخلكم مدخلا كريما)».

مراعات می‌کرد؛ اگرچه از دیدگاه شرعی احتیاط در امور کیفری مطلوب است.

### ۵-۲-۲) قید «عمل حرام»

تعریف دقیقی در قانون، از «عمل حرام» نشده، لذا معلوم نیست که مقصود، عملی است که از نظر مرجع تقلید مرتکب، حرام باشد یا از نظر مشهور فقها یا عملی که در مورد حرمت آن اتفاق نظر وجود دارد؟ قدر متیقن مورد اخیر است (که قانون مجازات اسلامی در مورد این دسته از جرایم حساسیت لازم را اعمال نموده است) و سایر 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 و عملاً امکان پذیر نیست، زیرا ممکن است فرد بعد از ارتکاب عمل حرام، مرجع تقلید خود را شخص دیگری اعلام کند که از دیدگاه وی، عمل ارتكابی حرام نباشد. همچنین در مواردی که شخص مرجع تقلیدی را انتخاب نکرده باشد، تکلیف چیست؟ از این رو، با توجه به اختلاف نظر فقها در بسیاری از مسائل، در عمل، تعقیب این دسته ممکن نیست.

فرض دوم نیز از نظر فقهی قابل توجیه نیست. زیرا به چه دلیل باید کسی را که مثلاً مقلد مرجع تقلیدی است که با دیدگاه مشهور فقها مخالف است و عملی را مباح می‌داند، ملزم نمود که از دیدگاه مشهور تبعیت کند و در غیر این صورت مجازات شود؟! هیچ فقهی چنین الزامی را نمی‌پذیرد. همچنین برای برخی از اعمال حرام، قانونی وضع نشده، تا از باب قانون، مراعات آنها لازم باشد. ارجاع کلی قانون به شرع هم مشکل فوق را ایجاد می‌کند، در حالی که قانون یا باید با

مصدق، عمل حرام را مشخص می‌کرد یا تعریفی از عمل حرام ارائه می‌داد.

### ۶-۲-۲) فرق گناه و جرم

لازمه ماده ۶۳۸ ق.ا.م. این است که میان گناه و جرم تفاوتی نباشد، چون در خصوص مطلق فعل حرام این حکم صادر شده است؛ در حالی که به دلایل متعددی، میان این دو، تفاوت اساسی وجود دارد، به اصطلاح، رابطه این دو «عموم و خصوص من وجه» است؛ زیرا هر گناهی لزوماً جرم نیست؛ مانند فعل حرامی که مربوط به قلب باشد و نیاز به عنصر مادی و ابراز بیرونی نداشته باشد، مثل «ریا» که قطعاً حرام است، ولی جرم نیست یا تجری<sup>۱</sup> که بنابر قولی حرام بوده، ولی جرم نیست. همچنین هر جرمی از دیدگاه اسلامی لزوماً گناه نیست، مثلاً هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد دیگر ببیند در صورتی که یقین داشته باشد هر دو با رضایت دست به این عمل زده‌اند، می‌تواند هر دو را بکشد و از این جهت هیچ گناهی مرتکب نشده است، ولی اگر دستگیر شود و نتواند ادعای خود را ثابت کند، به جرم قتل، قصاص می‌شود (ر.ک. حسینی، ۱۳۸۳: صص ۱۳۸-۱۲۹).

### ۳-۲) نقد تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م.

این تبصره برای مقابله با معضل بدحجابی تنظیم شده، ایرادهای جدی دارد که برخی از آنها ذیلاً بیان می‌شود:

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

## ۱-۳-۲) عدم انطباق تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م. با شرع

تبصره ماده ۶۳۸ ق.ا.م. از جهاتی با شرع، انطباق کامل ندارد:

اولاً: بسیاری از فقها تعزیر را اعم از وعظ، توبیخ، تهدید، شلاق و حبس دانسته‌اند، لذا شایسته بود، قانونگذار در این ماده (در متن تبصره) دست قاضی را برای اعمال حداقل مراتب تعزیر که تذکر و ارشاد است، باز می‌گذاشت و فقط حبس و جزای نقدی را مطرح نمی‌کرد. چنانکه در خصوص 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 جریحه‌دار می‌کند، مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۲۸ اینگونه عمل کرده است.

ثانیاً: ظاهر تبصره این ماده به دلیل اطلاق، شامل همه زنان از جمله زنان غیر مسلمان که در ایران حد حجاب شرعی را رعایت نکنند نیز می‌شود، در حالی که بسیار بعید است فقهی چنین حکمی را پذیرفته باشد که زنان اهل ذمه هم مانند زنان مسلمان ملزم به رعایت حجاب شرعی باشند.

شایان ذکر است بر اساس دیدگاه مشهور فقهای شیعه<sup>۱</sup> نگاه به زنان غیر مسلمان حتی بدون حجاب تعریف شده در شرع اسلام، اشکالی ندارد<sup>۲</sup> (حکیم، بی‌تا: ج ۱۴، ص ۲۰)، البته در صورتی که با قصد ربه نباشد «قوله: "ویجوز النظر إلى أهل الذمة وشعورهن،... وقد روی الجواز بطریق السکونی عن ابي عبد الله ع قال: " قال رسول الله ص لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن". و فی حدیث آخر عنه ع قال: لا بأس بالنظر إلى نساء أهل تهامة والأعراب، وأهل

۱- از میان فقهای مطرح شیعه تنها ابن ادریس را مخالف این دیدگاه یافتیم که احتمالاً به دلیل مبنای خاص خود یعنی عدم اعتقاد به خبر واحد، آن را نپذیرفته است.

۲- «یجوز النظر إلى نساء أهل الذمة، بل مطلق الکفار، مع عدم التلذذ والریبة، أى: خوف الوقوع فی الحرام. والأحوط الاقتصار علی المقدار الذی جرت عادتهن علی عدم ستره».

البوادى من أهل الذمة والعلوج، لأنهن إذا نهين لا ينتهين» (حكيم، بی تا: ج ۱۴، ص ۲۰؛ طباطبائی، ۱۴۰۴ق: ج ۱۰، ص ۶۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۷، صص ۴۵-۴۳).

این مسأله در روایت صحیحی از امام صادق علیه السلام نقل شده: «... عن عباد بن صهیب قال: سمعت أبا عبدالله علیه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلى رؤس أهل تهامة له والاعراب وأهل السواد والعلوج لانهم إذا نهوا لا ينتهون. قال: والمجنونة والمغلوبة على عقلها، ولا بأس بالنظر إلى شعرها وجسدها ما لم يتعمد ذلك» (کلینی، ۱۳۶۷: ج ۵، ص ۵۲۴). هم چنین نگاه بدون قصد ربه به دسته‌ای از زنان مسلمان که با وجود امر به حجاب شرعی، باز هم مراعات حجاب را نمی‌کنند، اشکالی ندارد (عاملی، ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۵۳).

امام علیه السلام علت و ملاک جواز نگاه را چنین بیان می‌کند که آنان در صورت نهی از منکر و امر به رعایت حجاب، باز هم اهمیتی به رعایت آن نمی‌دهند (اذا نهين لا ينتهين). مشهور فقها ضمن پذیرش این روایت، آثار متعددی بر تعلیل آن بار نموده‌اند (املی، ۱۴۰۵ق: ص ۶۳).

به نظر می‌رسد مقصود از این استثنا، جواز نگاه به موی زنانی است که از بدحجابی دست برنمی‌دارند (طباطبائی، ۱۴۰۴ق: ج ۱۰، ص ۶۴؛ جزائری، بی تا: ص ۳۰۰). البته فقط جواز نگاه به وجه و کفین نیست، زیرا زنان مسلمان هم به پوشاندن وجه و کفین امر نشده‌اند تا در صورت بی‌اعتنایی به آن، نگاه به وجه و کفین آنان جایز باشد، بلکه آشکار نمودن وجه و کفین جایز است. (اگر چه نگاه به وجه و کفین

۱ - و يدل عليه ما رواه الكليني عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا حرمة لساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن. وما رواه ابن بابويه (في الصحيح) عن الحسن بن محبوب، عن عباد بن صهيب قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلى سساء أهل تهامة، والأعراب، وأهل البوادي من أهل الذمة، والعلوج لأنهن لا ينتهين إذا نهين.»  
 ۲ - «وردت الرخصة في النظر إلى شعور نساء أهل الذمة وأيديهن وفي أخرى لا بأس بالنظر إلى رؤس نساء أهل تهامة والأعراب وأهل السواد والعلوج لأنهن لا ينتهين إذا نهين.»

این دسته که مراعات حجاب را می‌کنند حکم خاص خود را دارد ولی پوشش وجه و کفین واجب نیست).

به علاوه در برخی از نسخه‌هایی که روایت فوق را صریحاً آورده، آمده است که نگاه به موی این دسته از زنان اشکالی ندارد «النظر إلى وجوه أهل الذمة وشعورهن وأيديهن، على الحق الموافق للشيخين والقاضي والفاضلين، وأكثر المتأخرين، بل هو المشهور، كما صرح به جماعة. لرواية السكوني: «لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن». ويتعدى إلى الوجه بعدم الفصل» (کلینی، ۱۳۶۷: ج ۵، ص ۵۲۴؛ نراقی، ۱۴۱۸: ج ۱۶، صص ۴۱-۴۳).

برخی از فقها مانند مرحوم محقق داماد از این علت نتیجه گرفته‌اند که اگر نگاه به زنان غیر مسلمان ایرادی ندارد، بالملازمه حجاب نیز برای آنان الزامی نیست (مؤمن، ۱۴۱۵: صص ۳۷۳-۳۷۲).

آیت الله جوادی آملی نیز در تقریر دیگری از مرحوم محقق داماد به این نکته تصریح نموده است (آملی، ۱۴۰۵: ص ۶۱).

همچنین بر اساس نص صریح آیه شریفه قرآن، وجوب حجاب نسبت به زنان سالخورده به گونه‌ای که جلب توجه نکنند، استثنا شده است<sup>۱</sup>؛ در حالی که تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا. شامل این دسته هم می‌شود. بنابراین لازم است اطلاق این ماده اصلاح شود.

۱ - «ثم إن مقتضى كونهم معاليك أن لا يجب على نسائهم ستر الرأس والتفنع، كما لا يجب على سائر الإماء لكن المفهوم من التعليل الوارد في موثق «عباد بن صهيب» لجواز النظر إليهن بقوله «لأنهن إذا نهين لا يتنهين» وجوب التفنع عليهن فيتعارضان. ويمكن حمل التعليل بالنسبة إليهن على المعنى الفرضي يعنى أنهن لما كن بحيث لو وجب عليهن التفنع ثم نهين لا يتنهين فلا بأس بالنظر إليهن».

۲ - «وحيث إنه قد لاح لك في ثنايا المباحث السابقة التلازم بين جواز النظر وبين عدم حرمة الكشف، فكل مورد حكم فيه بجواز النظر يحكم فيه بجواز الكشف وعدم وجوب الستر، فإن استنتج في المقام جواز النظر إلى شعور نساء أهل الذمة مثلاً يحكم فيه بعدم حرمة الكشف عليهن في خصوص ما جاز النظر إليه: من الشعر وغيره».

۳ - والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً فليس عليهن جناح ان يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة وان يستعففن خير لهن والله سميع عليم (نور، ۶۰).

## ۲-۳-۲) عدم تناسب مجازات در تبصره، با قوانین مشابه

مجرمین ماده ۶۳۸ ق.م.ا. غالباً معلول و قربانی جرم هستند و قبح عمل آنان نسبت به مجرمین موضوع قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آنها در ملا عام خلاف شرع است یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند (مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۲۸) و فروشنده و تولید کننده کالاهای خلاف عفت عمومی هستند، از اهمیت کمتری برخوردار است، با وجود این که مجازات افراد بدحجاب از مجازات تولید کنندگان بیشتر بوده و قابلیت انعطاف کمتری دارد!

## ۲-۳-۳) عدم قید جریحه‌دار شدن عفت عمومی

بر خلاف ذیل ماده ۶۳۸ ق.م.ا. در تبصره این ماده، اشاره‌ای به قید «جریحه‌دار شدن عفت عمومی» نشده است، لذا اگر زنی حد شرعی حجاب را رعایت نکند، مشمول مجازات این ماده می‌شود، خواه با عمل وی عفت عمومی جریحه‌دار شود یا نشود. در حالی که در ماده به این قید تصریح شده است. علت این تفکیک و در نتیجه سخت‌گیری نسبت به موضوع بدحجابی نسبت به سایر گناهان مشخص نیست! به عبارت دیگر، با وجود آنکه قانونگذار مجازات بدحجابی را سبکتر از سایر گناهان در نظر گرفته است، ولی با عدم ذکر جریحه‌دار کردن عفت عمومی نوعی سخت‌گیری را نسبت به زنانی که علیرغم بدحجابی، به هر دلیلی عفت عمومی را جریحه‌دار نمی‌کنند، اعمال نموده است! زیرا ممکن است در مواردی، حد حجاب شرعی توسط بانوان مراعات نشود که از نظر اخروی مستوجب کیفر باشد، ولی لزوماً موجب جریحه‌دار نمودن عفت عمومی نباشد.

### ۳) پیشنهاد اصلاح قانون

با توجه به ایرادهای مطرح شده در خصوص ماده ۶۳۸ ق.م.ا. مهمترین پیشنهادها برای اصلاح ماده، به شرح ذیل بیان می‌شود:

۱-۳) صدر ماده به «جریحه‌دار شدن عفت عمومی» مقید شود؛ چون ارتکاب هر عمل حرامی در انظار عمومی لزوماً موجب جریحه‌دار شدن عفت عمومی نیست.

۲-۳) تبصره این ماده هم که مربوط به جرم انگاری بدحجابی است، مقید به «جریحه‌دار شدن عفت عمومی» شود، زیرا مواردی از عدم رعایت حجاب شرعی جرم می‌شود که عفت عمومی را جریحه‌دار نماید. چرا که در غیر این صورت با وضع قانون فعلی، دست کم از نظر تئوری قشر وسیعی از بانوان که وجه و کفین را کاملاً نمی‌پوشانند باید مشمول مجازات این ماده باشند! به عبارت دیگر سه نوع از عدم رعایت حجاب متصور است:

اول: عدم رعایت حجاب شرعی به گونه‌ای که بدحجابی بر آن صادق نباشد.

دوم: عدم رعایت حجاب به گونه‌ای که بدحجابی محسوب می‌شود، ولی به حدی زننده نیست که با عفت و اخلاق عمومی مخالف باشد.

سوم: عدم رعایت حجاب به گونه‌ای که با عفت و اخلاق عمومی مخالف باشد.

با وجود قانون فعلی هر سه قسم جرم است، ولی پیشنهاد می‌شود تنها قسم سوم جرم انگاری شود.

۳-۳) همچنین در مرحله اجرای این تبصره مانند برخی دیگر از قوانین، پیش از اعمال مجازات حبس و جزای نقدی، قاضی موظف باشد در دو مرحله قبل از مجازات به ترتیب برای بار اول به «پند و اندرز» متوسل شود و در مرتبه دوم به «توبیخ» بسنده کند و در مرحله سوم «مجازات» شود.



۳-۴) برخی از فقها حکم ماده ۶۳۸ ق.م.ا. را تنها در گناهان کبیره پذیرفته‌اند؛ ولی ماده ۶۳۸ ق.م.ا. در تمامی گناهان و هر عمل حرامی که در انظار عمومی ارتکاب یافته را قابل مجازات دانسته است. با توجه به سیاست جنایی ایران در سال‌های اخیر مبنی بر جرم زدایی و زندان زدایی، بهتر است جانب احتیاط در جرم انگاری مراعات شده و قید «گناهان کبیره» در صدر این ماده اضافه شود. از دیدگاه شرعی نیز این احتیاط در امور کیفری مطلوب است.

۳-۵) در تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا. آمده: «زنانی که...» واضح است، این کلمه شامل تمام زنان می‌شود، ولی از دیدگاه اسلام اساساً برای برخی از زنان حجاب واجب نیست، مانند زنان غیر مسلمان یا زنان سالخورده مسلمان، بنابراین لازم است در اصلاح این ماده اطلاق کلمه «زنانی که بدون حجاب شرعی...» به این صورت مقید شود: «به جز زنانی که شرعاً وجوب پوشش برای آنان استثنا شده است از جمله زنان غیر مسلمان و زنان سالخورده و...».

فهرست منابع

- «ابن اثیر، مبارک بن محمد: «النهاية في غريب الحديث و الاثر»، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ چهارم، ۱۳۶۴ق.
- «ابن حزم اندلسی: «المحلی»، قاهره، مکتبه دار التراث، ۱۳۵۲ق.
- «ابن قدامة المقدسی، عبد الرحمن: «الشرح الكبير»، بیروت، دار الكتاب العربی، بی تا.
- «ابن قدامة المقدسی، عبد الرحمن: «المغنی»، بیروت، دار الفکر، الطبعة الاولى، ۱۴۰۵ق.
- «اردبیلی، محمد علی: «حقوق جزای عمومی»، تهران، نشر میزان، چ پنجم، ۱۳۸۲.
- «أردبیلی، (مقدس) احمد بن محمد: «مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان»، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ۱۴۱۶ق.
- «پاشا صالح، علی: «سرگذشت قانون (مباحثی از تاریخ حقوق)»، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۴۸.
- «جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی: «مسالك الافهام»، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چ اول، ۱۴۱۳ق.
- «جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی: «الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية»، قم، انتشارات داوری، چ دوم، ۱۴۱۰ق.
- «جزائری، سید عبد الله: «التحفة السنية»، (نسخه خطی میکرو فیلم کتابخانه آستانه قدس به خط عبد الله نور الدین بن نعمت الله)، بی تا، بی نا، بی تا.
- «جوادی آملی، عبد الله: «کتاب الصلاة»، تقریرات بحث مرحوم سید محمد محقق داماد، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۵ق.
- «حَرَّ عاملی، محمد بن الحسن: «وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعة»، قم، مؤسسه آل البيت، چ دوم، ۱۴۱۴ق.
- «حسینی، سید محمد: «سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران»، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سمت، چ اول، ۱۳۸۳.
- «حکیم، سید محسن: «مستمک العروة»، قم، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، بی تا.

- «حَلّی (عَلَمَه)، حسن بن یوسف: «تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة»، مؤسسه آل البیت، چاپ سنگی، بی تا.
- «حَلّی، (عَلَمَه)، حسن بن یوسف: «قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام»، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ۱۴۱۳ق.
- «حَلّی، (ابن فهد) جمال الدین احمد: «المهذب البارع فی شرح المختصر النافع»، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- «خَمینی رحمته اللہ علیہ، سید روح الله: «تحریر الوسیله»، قم، مکتبه اعتماد، چ چهارم، ۱۴۰۳ق.
- «خوانساری، سید احمد: «جامع المدارک فی شرح المختصر النافع»، مکتبه الصدوق، چ دوم، ۱۳۵۵.
- «خویی، سید ابوالقاسم: «مبانی تکلمة المنهاج»، قم، دار الهادی، ۱۴۰۷ق.
- «صدوق، ابن بابویه: «من لا یحضره الفقیه»، قم، انتشارات جامعه مدرسین، چ دوم، ۱۴۰۴ق.
- «طباطبائی، سید علی: «ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل»، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۴ق.
- «طبرسی، امین الدین ابوعلی: «مجمع البیان فی تفسیر القرآن»، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چ اول، ۱۴۱۵ق.
- «طوسی، ابو جعفر: «التبیان فی تفسیر القرآن»، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، چ اول، ۱۴۰۹ق.
- «عاملی، سید محمد: «نهاية المرام»، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چ اول، ۱۴۱۳ق.
- «کاتوزیان، ناصر: «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مجله «کانون وکلا»، ۱۳۷۵.
- «کاتوزیان، ناصر: «فلسفه حقوق»، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ اول، ۱۳۷۷.
- «کاشانی، علاء الدین: «بدائع الصنائع»، بیروت، دار الكتاب العربی، چ دوم، ۱۹۸۲م.
- «کلینی، یعقوب: «اصول کافی»، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چ سوم، ۱۳۶۷.
- «گنابادی، سلطان محمد: «تفسیر بیان السعادة»، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چ دوم، ۱۴۰۸ق.
- «مؤمن، محمد: «کتاب الصلاة»، تقریرات بحث محقق داماد، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چ اول، ۱۴۱۵ق.

- ◀ نراقی، ملا احمد: «مستند الشیعه»، مشهد، مؤسسه آل البيت، ج اول، ۱۴۱۸ق.
- ◀ محقق، محمد باقر: «نمونه بینات»، تهران، انتشارات اسلامی، ج چهارم، ۱۳۶۱.
- ◀ موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا: «الدر المنضود فی احکام الحدود»، تقریر علی کریمی جهرمی، قم، دار القرآن الکریم، ج اول، ۱۴۱۲ق.
- ◀ موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا: «تقریرات الحدود والتعزیرات»، چاپ سنگی، بی تا.
- ◀ نجفی، محمد حسن: «جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام»، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۲ق.
- ◀ نووی، محیی الدین بن شرف: «روضه الطالبین»، دار الکتب العلمیه، لبنان، بی تا.
- ◀ هندی، (فاضل) محمد بن الحسن: «کشف اللثام و الابهام عن کتاب قواعد الاحکام»، قم، منشورات مکتبه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۵ق.