



Jurisprudential and legal foundations of criminalizing abnormal clothing in public

Abazar Afshar*¹

1. Corresponding Author, Assistant Professor of Islamic Jurisprudence and Law, Hazrat Masoumeh University, Qom. Iran. Email: a.afshar@hmu.ac.ir

Abstract

The religious obligation-Wujub-of women's covering and hijab from the perspective of Islamic jurisprudential foundations, namely the Quran and Sunnah, is a well-established matter. The legislator, understanding this, has criminalized improper dress and lack of hijab, whether minimal or poor coverage. However, in contemporary Iranian society, the choice of clothing, the desire for diversity, and body display are becoming social demands, with people perceiving clothing as a personal and individual right. This article, using a descriptive-analytical method, aims to explain the conditions for criminalizing improper clothing in public view from the perspective of cultural jurisprudence, assuming the notion that choosing clothing is an individual right within society, with an emphasis on the issue of right versus religious obligation of clothing. According to the study's findings, criminalization of behavior is possible by meeting three important conditions (theoretical principles, assumptions, and functions). Thus, based on theoretical principles, it must be proven that the state is authorized to intervene in the public domain through criminal restrictions or prohibitions. There is no doubt about the principle of criminalizing poor hijab as an unuttered ta'zir crime from the perspective of jurisprudence and cultural rights; rather, the debate concerns the methods of implementing the law on enjoining good and forbidding wrong in contemporary societies.

Keywords: Improper clothing, public view, cultural jurisprudence, criminalization, individualism, social right.

Received:	August 16,2024	Article Type:	Research Paper
Revised:	August 22,2024	Published by:	Hazrat-e Masoumeh University
Accepted:	October 8, 2024	DOI:	10.22034/cjls.2024.2038437.1006
Available Online:	September 29, 2024		

بنیادهای فقهی و حقوقی جرم‌انگاری پوشش نابهنجار در انظار عمومی

اباذر افشار^{۱*}

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه حضرت معصومه، قم. ایران. رایانامه:

a.afshar@hmu.ac.ir

چکیده

حکم تکلیفی - وجوب - پوشش و حجاب بانوان از منظر مبانی فقهی - قرآن و سنت - امری مسلم است و قانونگذار به لحاظ درک این موضوع، به جرم‌انگاری بی‌حجابی و پوشش نامناسب - اعم از کم‌حجابی و یا بدحجابی - اقدام نموده است. اما در جامعه کنونی ایران، انتخاب پوشش، تمایل به متنوع پوششی و نمایش دادن بدن در حال تبدیل به یک مطالبه اجتماعی است و مردم پوشش را به مثابه یک حق شخصی و فردی تلقی می‌کنند. هدف مقاله فرارو با بهره‌گیری از روش توصیفی - تحلیلی، تبیین شرایط جرم‌انگاری پوشش نابهنجار در انظار عمومی از دیدگاه فقه فرهنگ با فرض انگاره حق فردی بودن انتخاب نوع پوشش در جامعه با تأکید بر مسئله حق و حکم شرعی بودن پوشش می‌باشد. طبق یافته‌ها و نتایج تحقیق با احراز سه شرط مهم (اصول نظری، پیش‌فرض‌ها و کارکردها)، جرم‌انگاری رفتاری میسر است. بدین منوال براساس اصول نظری باید اثبات شود که دولت به مداخله در حوزه حریم عمومی از طریق ممنوعیت یا ایجاد محدودیت کیفری مجاز می‌باشد. در اصل جرم‌انگاری بدحجابی از منظر فقه و حقوق فرهنگی به عنوان جرم تعزیری غیرمنصوص تردیدی نیست؛ بلکه محل مناقشه در چگونگی روش اجرای قانون امر به معروف و نهی از منکر در جوامع کنونی است.

واژگان کلیدی: پوشش نابهنجار، انظار عمومی، فقه فرهنگ، جرم‌انگاری، فردگرایی، حق اجتماعی.

تاریخ دریافت:	۱۴۰۳/۰۵/۲۵	نوع مقاله:	پژوهشی
تاریخ بازنگری:	۱۴۰۳/۰۶/۰۲	ناشر:	دانشگاه حضرت معصومه (علیها السلام)
تاریخ پذیرش:	۱۴۰۳/۰۷/۱۷	DOI:	10.22034/cjls.2024.2038437.1006
تاریخ انتشار آنلاین:	۱۴۰۳/۰۷/۰۸		

جرم‌انگاری یکی از ابزارها و مکانیزم‌های مهم سیاست جنایی هر کشور، در مقابله با بزهکاری انحرافات اجتماعی است. جرم‌انگاری یک عمل در جامعه، کار بسیار ظریف و دقیقی است، که اگر بر اساس سیاستی معقول و منطقی پیگرد نداشته باشد، نه تنها نتیجه مطلوب بدست نخواهد آمد، بلکه هزینه‌های گزافی بر جامعه تحمیل خواهد نمود.

جرم‌انگاری عملی است که از خرد جمعی سرچشمه می‌گیرد و برای شکل‌گیری به اصول و ضوابطی نیاز دارد. مرجع صلاحیت‌دار، انجام برخی رفتارها را ممنوع و برخی را الزامی می‌سازد و برای تخلف از آن کیفر در نظر می‌گیرد. وقتی جرم‌انگاری صورت می‌گیرد، محدودیت ناشی از آن باید به خوبی توجیه گردد. (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۴)

جرم‌انگاری رفتارها، به دلیل مداخله در آزادی‌های خصوصی نمی‌تواند بی‌ملاک و معیار باشد و به نظر می‌آید تنها در مورد برخورد با رفتارهایی به کار برده شود که سایر ابزارهای کنترل اجتماعی در خصوص آن‌ها غیرکافی یا نامناسب باشند و در خصوص مداخله در حقوق و آزادی‌های فردی باید تا حدی که برای نیل به اهدافش ضرورت دارد مداخله کند، هم‌چنین پیش از جرم‌انگاری باید هزینه‌های اقدام کیفری را با توجه به منافع آن در نظر گرفت و در صورت مثبت بودن نتیجه، رفتاری را جرم تلقی کرد و اگر نه مداخله بیش از آن که سودمند باشد، زیان‌بار خواهد بود. اگر کیفیت و چگونگی روند جرم‌انگاری و ایجاد ممنوعیت‌ها، تابع سیاستی معقول و منطقی نباشد، نمی‌تواند در پیشگیری از وقوع جرم نقش مؤثر داشته باشد.

آنچه در این پژوهش به عنوان مسئله محوری مد نظر قرار گرفته و درصدد پاسخگویی به آن هستیم، شرایط جرم‌انگاری بی‌حجابی و پوشش نامناسب - اعم از کم حجابی و یا بدحجابی - با تأکید بر حق یا حکم بودن پوشش اسلامی می‌باشد.

راجب این مسئله سید ابو القاسم نقیبی (۱۳۸۵) با عنوان (تحلیلی بر حکم یا حق بودن حجاب) به بررسی مسأله حجاب از منظر آیات و روایات و ویژگی حق و حکم و به طور مختصر به حق یا حکم بودن حجاب پرداخته و در نهایت به اثبات حکم بودن حجاب همت گماشته است.

در تحقیقی دیگر توسط سید حسین هاشمی (۱۳۸۵) در مقاله‌ای به عنوان (نقدی بر

ماده ۶۳۸ ق.مادر جرم‌انگاری بدحجابی) 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.

در ضمن برخی از آثار دیگر، صرفاً اشاره‌های بسیار کوتاه و جزئی به برخی از موضوعات مطرح در تحقیق شده است، اما به گونه‌ای نیستند که پاسخگوی چالش‌های مطرح در خصوص موضوع مورد بحث ما باشند. لذا نوآوری و جدید بودن پژوهش حاضر بیش از پیش نوید و گواهی می‌دهد.

الف) معیار و روش جرم‌انگاری

یکی از فیلسوفان حقوق کیفری به نام «جاناتان شنشک»^۱ پیشنهاد می‌کند برای جرم‌انگاری از روش پالایش استفاده کنیم و رفتار را بعد از گذراندن از سه مرحله با صافی به سیاهه قوانین کیفری وارد کنیم و در غیر این صورت، جرم دانستن آن رفتار موجه نخواهد بود.

۱. صافی اصول

در مرحله اول باید ثابت شود که رفتار بر اساس یک سلسله اصول نظری راجع به جرم‌انگاری (مثلاً اصل منع صدمه) در حیطه صلاحیت قضایی جامعه یا اقتدار دولتی قرار دارد. به عبارت دیگر، باید اثبات شود که دولت در حوزه حقوق و آزادی‌های فردی شهروندان از طریق ممنوعیت یا ایجاد محدودیت کیفری مجاز می‌باشد. (حبیب زاده و توحیدی فرد، ۱۳۸۶، ص ۸۹)

۲. صافی پیش فرض‌ها

به صرف این که عملی از صافی اصول عبور کرد، نمی‌توان گفت که اقدام دولت برای جرم‌انگاری موجه است، بدون این که تحقیق و تفحص نمود که آیا راه‌های موفقیت‌آمیز دیگری وجود دارد، که وقوع عمل را بدون بکارگیری ماشین نظام عدالت کیفری تقلیل دهد، یا نه؟ قبول صافی پیش فرض‌ها به معنای آن است که: روش‌هایی که کم‌ترین مزاحمت را

1. Jonathan schonscheck.

برای فرد ایجاد کند و کم‌تر جنبه آمرانه داشته باشند، بر روش‌هایی که مزاحمت بیشتری برای او فراهم می‌نمایند (مانند اقدامات مدنی و اداری یا پاسخ‌های اصلاحی و درمانی) ارجحیت دارند. (بوشهری، ۱۳۸۷، ص ۵۶) بدین ترتیب، دولت باید تنها هنگامی به جرم‌انگاری یک رفتار متوسل گردد که بتواند با دلایل قطعی و یقینی ثابت کند که جز مجازات راه حل دیگری برای جلوگیری از آنان وجود ندارد.

۳. صافی کارکردها

این صافی به عواقب عملی جرم‌انگاری یک رفتار توجه دارد. تصویب و اجرای قوانین موضوعه کیفری پیامدهایی عملی در پی دارد، که برخی از آن‌ها واضح بوده و سریعاً خود را نمایان می‌سازد؛ اما برخی دیگر، ممکن است به طول بینجامد (چه در زمان و چه در مکان) و نیز ممکن است این پیامدها بسیار غافلگیرکننده و عجیب باشند. (قماش، ۱۳۸۹، ص ۸۸) در واقع باید سود و زیان اجتماعی اجرا و عدم اجرای قانون کیفری پیشنهادی را ارزیابی و سبک و سنگین نمود. در زمینه این پیامدها، می‌توان به گسترش فرآیند برچسب زنی، امکان جرم‌زایی قوانین کیفری، و خلع سلاح کیفری اشاره کرد.

مفید و مؤثر بودن جرم‌انگاری حجاب را با توجه به این سه صافی و معیار باید سنجید. با توجه به آثار و نتایج اجرای قانون حجاب باید این پرسش را مطرح نمود که آیا اجرای این قانون توانسته است کوچک‌ترین تأثیری در جلوگیری از تشدید بی‌حجابی یا بدحجابی یا کم‌حجابی داشته باشد و از میزان آن بکاهد؟ مشاهدات بالینی و عینی بیانگر این است که این پدیده نه تنها کاهش نیافته است، بلکه روز به روز گسترش یافته است و به پیامدی تبدیل شده است، گویا نه تنها کسی آن را جرم نمی‌داند بلکه به عنوان ارزش اجتماعی تبدیل شده است.

(ب) حق یا حکم بودن حجاب

یکی از دلایل اصلی ایجاد و تشدید پدیده بدحجابی و بی‌حجابی، حاکمیت شبهه حق فردی بودن حجاب و پوشش در آحاد جامعه است. با این توضیح که با تسلط حق فردگرایانه است؛ یعنی همه چیز باید به لذت فرد ختم شود.

فردگرایی با چند مفهوم مهم، مانند آزادی و نسبییت ارزش‌های اخلاقی، پیوند خورده است؛ یعنی ارزش‌های اخلاقی، نسبی و بر اثر ساختار اجتماع هستند. در گفتمان فردگرایانه،

ارزش‌های اجتماعی واقعیت خارجی ندارند و ارزش‌ها ساخته بشر و محصول تعامل اجتماعی با یکدیگر هستند. هیچ چیز واقعاً ارزشمند نیست، غیر از آزادی. اینکه انسان هر عملی را مطابق با اراده آزادش انجام دهد، مقدم است. در حالی که با توجه به لسان آیات قرآن کریم و روایات مأثوره از رسول اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) و ائمه (علیهم‌السلام) در می‌یابیم که شارع، مسأله حجاب را در نظام تشریحی خویش از موقعیتی برخوردار نموده است که اراده مکلفان در آن نمی‌تواند دخالت داشته باشد. بلکه شارع با استفاده از اوامر و نواهی مستقیم آن را واجب شمرده و آثار حقوقی خاصی را بر آن بار نموده است. هدف شارع از وضع آن اولاً: حفظ مصونیت زن از هرگونه تعرض و تجاوز و ثانیاً: حفظ نظم عمومی در جامعه و نهاد خانواده است. لذا اراده مکلف در مقابل آن فاقد ارزش است. چه بسا بتوان در امور مربوط به حفظ نفس، جسم، عرض، دین و فروج با تأسیس اصل عدم حق بودن در مورد مشکوک به حکم بودن آنها در فرض دوران بین حکم و حق اذعان نمود. (نقیبی، ۱۳۸۵، ص ۲۶)

در مسأله حجاب از آنجایی که اولاً هدف شارع حفظ فروج و عفت جنسی زنان مؤمن و توسعه پاکیزگی در جامعه است، مصالحی فراتر از منافع اشخاص تعقیب شده است. لذا قانونگذار ناگزیر است که موقعیت هر زنی را در اجتماع معین سازد و بر آن آثاری بار کند. در چنین موقعیتی یا اراده مکلف اثر ندارد یا شرط اجرای حکم است، نه علت پیدایش حق. لذا ویژگی متمایزی که از این راه برای مکلف ایجاد می‌شود با حق مشابهت می‌یابد که تشخیص را دشوار می‌نماید. ولی در مسأله حجاب با مراجعه به دلیل‌های اثبات مشروعیت و گستره آن به وضوح می‌توان حکم و قانون امری بودن آن را مورد شناسایی قرار داد.

حکم قانونی است که از ناحیه خداوند متعال برای تنظیم و تکامل حیات مادی و معنوی انسان وضع شده است، که یا به طور مستقیم به فعل مکلف یا خود او یا به چیزهایی که در ارتباط با فعل او هستند تعلق بگیرد که از ویژگی‌هایی چون عدم جواز اسقاط، عمومیت احکام برای عموم مکلفان، تابعیت احکام از مصالح و مفاسد برخوردار است. (تهرانی، ۱۳۷۴، ص ۲۹)

حق عبارت است از: اعتبار سلطه به نفع شخص یا جهتی، نسبت به عین، منفعت به انتفاع یا امر اعتباری که از ویژگی‌هایی چون اسقاط‌پذیری، نقل‌پذیری و انتقال‌پذیری برخوردار است. (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ص ۱۶۱)

ج) طرح و نقد دیدگاه حق فردی بودن حجاب و عدم امکان جرم‌انگاری آن

موافقان دیدگاه حق فردی بودن حجاب براین باورند که:

- الف) کبری) حجاب یک امر حق فردی است؛
 - ب) صغری) امکان دخالت و جرم‌انگاری توسط دولت در امور شخصی وجود ندارد؛
 - ج) نتیجه) پس حکومت نباید بوسیله جرم‌انگاری در امور حجاب دخالت کند.
- ادله‌ای که هر یک از این استدلال‌ها بر آن استوار است، این‌گونه تقریر شده است؛

۱. طرح دیدگاه و ادله حق فردی بودن حجاب

موافقان حق فردی بودن حجاب چنین استدلال می‌کنند:

الف) اگر امری در متون دینی باشد که بر وجوب حجاب دلالت کند، قطعاً دلیل به اجتماعی بودن آن نیست. چون نه در قرآن و نه در روایات مطلبی نیست که به اجتماعی بودن حجاب دلالت کند. پس اگر واجب بودن آن ثابت شود، قطعاً حق اجتماعی بودن آن بدست نمی‌آید.

ب) اگر حجاب حکمی عمومی و اجتماعی باشد معنا ندارد که در خلوت‌ترین لحظه‌ها و در پنهانی‌ترین مکان‌ها در هنگام نماز، زن مجبور به رعایت آن باشد. دلیل فوق می‌تواند شخصی بودن امر حجاب را بیان کند.

ج) اگر حجاب امری اجتماعی بود معنی نداشت که دست‌های مختلفی از زنان از این حکم استثناء شوند. دست‌هایی از زنان از حکم حجاب در بین فقها پذیرفته شده است. هم قرآن بر این استثناء تصریح دارد و هم روایات گوناگونی بر این نکته دلالت دارند که کنیزکان، زنان اهل کتاب، زنان اهل تهامه، اهل سواد... از حجاب مستثنی هستند. (ر.ک: جعفریان، ۱۴۲۸، ص ۱۳۱). این استثناءها می‌تواند دلیلی باشد بر اینکه حجاب امری شخصی است که برای بزرگ‌داشت و ارزش‌گذاری زن مؤمن و تمیز او از زنان اهل کتاب، کنیزکان و... باشد، نه جلوگیری از مفسده اجتماعی، چرا که بی‌حجابی گروه‌های مذکور می‌تواند در یک جامعه مفسده نماید.

۲. نقد ادله دیدگاه حق فردی بودن حجاب

استثناء شدن دسته‌هایی از موارد مذکور دلیل بر غیراجتماعی بودن حجاب یا غیرتکلیفی و غیرالزامی بودن آن نیست، چرا که بسیاری از امور اجتماعی وجود دارد که با استثناء خوردن از اجتماعی بودن خارج نمی‌شوند.

آنچه در روایات به عنوان تعلیل یا حکمت آمده است، برای جواز نظر به زنان اهل کتاب یا بادیه است، و نه رفع حجاب از آنها و علت جواز نظر به آنها ممکن است به خاطر یکی از احتمالات زیر باشد:

الف) مراد از «لا بأس بالنظر إلى رؤس أهل التَّهامة والأعراب وأهل السَّواد من أهل الذمة لانهن إذا نهين لاینتهین (میزان الحکمه، ج ۱۲)» آن است که چون اهل ذمه نهی را نمی‌پذیرند، رعایت حکم حرمت نظر برای ما که در مسیرها و ترددها با آنها مواجه می‌شویم، حرجی است و از این رو به هنگام حرج تجویز شده است. (حکیم، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۰)

ب) احتمال دوم آن است که چون اهل ذمه قانون الهی را نپذیرفتند، دیگر احترامی ندارند و در واقع با طفره رفتن از پذیرش قانون مزبور از خود حرمت را سلب کرده‌اند و در نتیجه وجوب اجتناب از نظر - که برای احترام تشریح شده است - نسبت به آنان منتفی بوده و جواز نظر وجود دارد (مانند جواز نظر به اعراب). (موسوی خوانساری، ۱۴۲۵، ص ۱۴۲)

ممکن است که گفته شود که حجاب جهت حرمت زن وضع شده است و اگر کسی نخواست این احترام را بپذیرد، چرا باید او را مجبور به رعایت حجاب کنیم؟ در جواب گفته می‌شود که: آیا حفظ حرمت زن علت جعل و تشریح این حکم است و یا حکمت آن؟ چنانچه تنها دلیل وضع حکم وجوب برای حجاب اجبار نیست ولی به چه دلیل حرمت و احترام داشتن علت جعل این حکم می‌باشد. بلکه ممکن است یکی از حکمت‌های جعل حکم باشد.

استثناء شدن کنیزان نیز بر دلیل شخصی بودن حکم حجاب نمی‌باشد، و این‌گونه نیست که حجاب از تکلیف بودن ساقط شده و یک حق برای زنان آزاد باشد که اگر مایل بودند می‌توانند این حق را اسقاط کرده و حجاب را رعایت نکنند، بلکه استثناء شدن کنیزکان از رعایت حجاب به خاطر شرایط زمانی و مکانی و فرهنگ خاص آن دوره بوده است.

(ر.ک: صیمری، ۱۴۲۰، ص ۱۳۷)

این توصیه و دستور به هیچ وجه به معنای راضی بودن شارع به تعرض آنان نسبت به کنیزها نیست. به علاوه، دستور به جلباب انداختن در مورد کنیزها با مانعی هم روبه روست و آن هم اینکه بعضی از کارهای آنان تعطیل می‌باشد. به خاطر بروز این مشکل، چینی دستوری به کنیزها داده نشده ولی در مورد احراز که چنین محذوری وجود نداشته است سفارش می‌کند که لاقفل برای مصون ماندن از تعرض افراد فاسد، جلباب بیاندازید. پس در عین حالی که از نظر شارع تعرض به کنیزها هم مثل تعرض به زنان آزاد قبیح است، مع ذلک بنا بر مصالحی و مراعات زندگی اجتماعی مردم مثل مختل نشدن امور زندگی، و برای مصون ماندن زنان آزاد از تعرض، چنین دستوری صادر شده است. (ضیائی فر، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷)

د) عدم امکان دخالت و جرم‌انگاری در امور فردی

دومین مرحله از دیدگاه موافقان فردی انگاشتن پوشش و حجاب بعد از اثبات اینکه حجاب حق فردی است و نه اجتماعی، و بیان اینکه حجاب در بردارندهٔ مصلحت فرد، تمییز او از دیگر گروه‌های اجتماعی و در امان ماندن او از آزارهای افراد هوس‌باز می‌باشد، از این روبه دلایل ذیل نمی‌توان بی‌حجابی را در محدودهٔ دخالت دولت و حکومت و جرم‌انگاری آن جای داد:

۱. مناسبات میان حکم و موضوع

مناسبت میان حکم و موضوع یکی از راه‌های کشف و فهم حکم شرعی می‌باشد. در مسئله پوشش و حجاب این مناسبت اقتضاء می‌کند که دخالت حکومت در مسائلی جایز است که از شأن اجتماعی برخوردار باشد، نه حیطة شخصی و خصوصی افراد، زیرا از یک سو، موضوع حکم حجاب زن در برابر نامحرم است، یعنی بر زن واجب است که خود را در برابر نامحرم بپوشاند. از سوی دیگر، از آنجا که موضوع تکالیف حکومت اسلامی، حاکم با سازوکارهای اجتماعی او است، تکالیف آن نیز به اقتضای مناسبت حکم و موضوع تکالیفی خواهد بود که اجرای آن شأن حکومت باشد. به عبارت دیگر واژه‌های احکام، حدود، تعزیرات و امثال آن که در روایات اجرای آن بر عهدهٔ حکومت اسلامی گذارده شده است به قرینهٔ مناسبت حکم و موضوع، انصراف به احکام و حدود و سنتی دارد که از شأن حکومتی برخوردار باشد. در حالی که در موضوع حکم و حجاب، زن به عنوان یک فرد است.

پس اطلاق این ادله شامل احکامی مانند الزام به حجاب از طریق جرم‌انگاری نمی‌شود. (ر.ک: علی اکبریان، ۱۳۸۶، ص ۶۳)

۲. تعارض الزام به حجاب با اطلاق آیات و روایات

دلیل دیگر موافقان فردی انگاشتن پوشش و حجاب این است که: اگر چنانچه برخی از آیات و روایات به گونه‌ای باشند که از آن الزام بر امور فردی فهمیده شود، با اطلاق بسیاری از آیات و روایات دیگر تناقض و تعارض دارد. اگر اطلاق آیات و روایات وارد شده، اجرای احکام فردی را نیز بر عهده حکومت گذارده باشد به گونه‌ای که حکومت وظیفه داشته باشد آن را الزامی کند، این اطلاق با دیگر آیات قرآن مخالف خواهد بود. این بیان مشتمل بر سه مقدمه است:

مقدمه اول: گرچه خداوند متعال از کفر بندگان راضی نیست، اکراه و الزام را هم از اصل پذیرش دین و هم از عمل به فروع شخصی دین برداشته است. آنجا که فرمود: «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ» (بقره، ۲۵۶). این آیه اکراه و الزام را از اصل پذیرش دین که از اصول دین است برداشته است، و به دلالت اولویت اکراه و الزام را از فروع دین برمی‌دارد. نیز فرمود: «وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْفِرُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ» (یونس، ۹۹ - ۱۰۰)؛ «آیا تو می‌خواهی مردم را مجبور سازی که ایمان بیاورند؟! ایمان اجباری چه سودی دارد.» این آیه علاوه بر اینکه ایمان اجباری را نفی کرده، پیامبر را نیز از اکراه مردم به ایمان برحذر داشته و باز به دلالت اولویت از اکراه بر فروع دین نهی کرده است. (ر.ک: علی اکبریان، ۱۳۸۶، ص ۶۵)

مقدمه دوم: شیوه دعوت مردم به راه خدا را ۱. حکمت و ۲. موعظه و ۳. مجادله نیکو دانسته، نه اکراه و الزام، آنجا که فرمود: «ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (نحل، ۱۲۵)؛ «با حکمت و اندرز نیکو به راه پروردگارت دعوت نما! و با آنها به روشی که نیکوتر است، استدلال و مناظره کن.»

مقدمه سوم: خداوند متعال به دلیل مصالح اجتماعی، به پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) خود و پس از او به هر حاکم اسلامی دیگری، اختیار تصرف و داخل شدن در امور اجتماعی داده است. آنجا که فرمود: «التَّحْيِ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» (احزاب، ۳۳). اطلاق این آیه نیز به دلیل مناسبت حکم و موضوع و به قرینه آیات نفی و اکرام، منصرف از امور فردی است. با بیان

مخالفت اطلاق روایات یاد شده یا آیات قرآن، راهی جز کنار گذاشتن آن باقی نمی‌ماند». اولاً: بر اساس مقدمات فوق نمی‌توان جرم‌انگاری و دخالت دولت در امور فردی از جمله حجاب را اثبات نمود، زیرا؛ اولاً آیه «لَا إِكْرَاهَ» و آیات مشابه مذکور فوق اطلاق داشته و نفی اجبار و اکراه و الزام را در همه شامل می‌شود، مگر آنجا که دلیل قطعی بر تخصیص و یا استثناء وجود داشته باشد.

ثانیاً: در مورد حجاب دلیل خاصی مبنی بر تخصیص آن از اطلاق آیات فوق وجود ندارد. ثالثاً: لازمه دیگر مقدمات فوق این است که: حجاب امری است فردی و نه اجتماعی است تا خداوند بر اساس آیه کریمه «التَّيِّبُ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (احزاب، ۳۳) به پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) و حاکمان منصوب از ناحیه ایشان این اختیار و اذن را داده باشد که بر اساس ضرورت‌ها و مصالح اجتماعی برخلاف میل و رضایت دیگران در آن تصرف کرده و فرد تارک حجاب را بر آن ملزم نماید. از این رو بر اساس مقدمات فوق الزام بر حجاب از سوی دولت و حکومت اسلامی فاقد مستند شرعی می‌باشد.

۳. نقد ادله

اولاً: همانگونه که از لسان آیات ذکر شده پیداست، موضوع آیه: «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ» (بقره، ۲۵۶) و آیه «وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ» (یونس، ۹۹-۱۰۰)؛ آیا تو می‌خواهی مردم را مجبور سازی که ایمان بیاورند؟ ایمان اجباری سودی ندارد! نفی اجبار مردم بر دین‌داری و با ایمان بر اساس اکراه می‌باشد، ولی سخن ما بر سر تعزیر رفتارهای مجرمانه و ترک واجب و انجام منکر است و این دو باهم تفاوت اساسی دارند. (عابدینی، ۱۳۷۹، ص ۳۴)

ثانیاً: بر اساس پذیرش مقدمه اول مبنی بر نفی اکراه در دین و اختصاص آیه «التَّيِّبُ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (احزاب، ۳۳) در حوزه امور اجتماعی، چه دلیلی بر فردی بودن حکم حجاب و غیراجتماعی بودن آن وجود دارد؟ آنچه که نویسنده محترم می‌بایست در صد اثبات آن برمی‌آمد شخصی و فردی بودن حکم حجاب می‌باشد تا در کنار دیگر مقدمات نتیجه‌بخش باشد که دلیلی بر آن اقامه نکرده است.

ه) محدوده مداخله دولت در قلمرو آزادی‌های افراد

در هر فرهنگ بعضی اصول دارای اهمیت فوق‌العاده بوده و غیرقابل تغییر تلقی می‌شوند. مثلاً در کشور ما دین اسلام اصل کلی است و می‌توان آن را مفروض فرهنگی یا انتظار اصلی اجتماعی دانست، در هر جامعه تحولاتی که پدید می‌آیند و افعال و قواعدی که انتخاب می‌شوند، باید الزاماً با مفروضات یا انتظارات اصلی فرهنگ موافقت داشته باشد، تا مورد قبول و عمل قرار گیرد. (صانعی، ۱۳۹۸، ص ۵۹).

با توجه به این‌که هنجار حقوقی در نظام اسلامی علاوه بر الزامات، یعنی باید‌ها (واجبات) و نباید‌ها (محرّمات)، موارد ترجیح بدون الزام یعنی ترجیح فعل بدون عقاب بر ترک (مستحبات) و ترجیح ترک بدون عقاب بر فعل (مکروهات)، و نیز موارد تخییر یعنی موارد تساوی فعل و ترک از لحاظ مصلحت مفسده (مباحات) را تعیین می‌کند، گستردگی قلمرو هنجار حقوقی در نظام اسلامی، جای چندانی برای هنجار اجتماعی به عنوان وضعیت غالب رفتاری مستقل از هنجار تشریحی باقی نمی‌گذارد. در نظام اسلامی هنجار اجتماعی به‌طور عمده ملهم از هنجار حقوقی است. چرا که جامعه‌ی اسلامی، جامعه‌ای مبتنی بر ایمان و باور قلبی است؛ البته این سخن به معنای نفی مطلق گرایش‌های رفتاری مستقل جامعه و اثبات اثر یک‌سویه‌ی همه‌جانبه‌ی هنجار دینی بر هنجار اجتماعی نیست. هر اجتماعی، علاوه بر عامل عمده‌ی ایدئولوژیک، تحت تأثیر عوامل تاریخی، فرهنگی، جغرافیایی، اقتصادی و.. انتخاب‌ها و گرایش‌های خاص رفتاری خود را دارد. (حسینی، ۱۳۹۶، صص ۸۶-۸۷)

برخی از صاحب‌نظران، با توجه به معین و مشخص بودن مجازات‌های حدّی بیان می‌کنند: [مجازات‌های تعزیری] که قابل تعیین دقیق نبوده، چون بسیار پرنوسان است، اصل آن را به طور کلی تشریح کرده و تعیین دقیق آن را به عهده‌ی حکومت اسلامی و حاکم شرع گذارده که با در نظر گرفتن «کیفیت»، «کمیت»، «نوع دوم» و... و «سایر خصوصیات» مجازات لازم را تعیین و اجرا کند. و این یکی از رموز جاودانگی آیین اسلام است، زیرا دست‌قضات را برای مجازات مجرمین - با توجه به شرایط و ویژگی‌های زمان - باز گذارده و اختیارات نسبتاً وسیعی به آن‌ها داده است، تا بتوانند نیازهای زمان را به وسیله‌ی آن برطرف سازند و گرد اتهام «عدم قابلیت اجرا» بر دامان احکام آن ننشینند و همیشه تازه باشد. (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳، ص ۶۷)

از این تعریف، به خوبی برمی‌آید که تعزیرات این امکان را به خوبی فراهم می‌آورد که حاکم جامعه‌ی اسلامی بتواند تحت عنوان قوانین شرعی، توجه به نظرات عمومی و ارزش‌ها و نگرش‌ها را نیز مدنظر قرار دهد؛ در این راستا حاکم شرع لازم است، در حین جرم‌انگاری و یا جرم‌زدایی موارد تعزیری، شرایط جامعه را نیز در نظر گرفته و با توجه به تحول همیشگی آن در زمان امروزی و پاسخگو نبودن بخشی از مجازات‌های زمان حال، تحت قالب شرع و سنجش جرم با آن به جرم‌انگاری پرداخته و یا حتی المقدور از تعداد جرایم فراوان موجود، بکاهد.

همینطور برخی دیگر نیز در راستای تأیید این نظریه، پس از بیان اختلافات موجود در تعاریف، ابهامات پیرامون مفاهیم حد و تعزیر و پس از انتقاد از لفظ‌گرایی و ظاهرنگری در این تفاسیر، با ذکر حکومت جمهوری اسلامی مبتنی بر ولایت فقیه، در ویژگی‌های تعزیر تأکید دارند: «ضمانت حفظ هویت و دوام رسالت این نظام سیاسی و حقوقی، در قالب نهاد «اجتماع» در بطن فقه اسلامی تعبیه گردیده است، راه‌کار مؤثری که دین خدا را از خطر بزرگ لفظ‌گرایی و «معنا» گریزی حفاظت می‌کند و موجبات بهره‌مندی جوامع اسلامی از مواهب هدایت تشریحی سماوی، در همه‌ی ازمنه و امکانه، را فراهم می‌آورد. به کمک و یا داوری بدیهیات عینی خارجی، نتیجه‌ی نهایی چنین مقابله‌ای، پیدایش تحولات مثبت به سمت و به نفع گرایش اصیل فقهی «محتوا‌گرا» بوده و خواهد بود. گستره و قلمرو تعزیرات از نمونه‌های این تحولات اصول‌گرایانه بوده است» (حسینی، ۱۳۸۷، صص ۱۴۲-۱۴۳)

۱. جرم‌انگاری و محرمات شرعی

در حقوق جزای اسلامی اجرای تعزیر بر موجبات خاصی استوار است، که می‌توان دو موجب کلی ارتکاب معصیت و انجام رفتار مفسده‌انگیز و خلاف مصلحت عمومی را نام برد.

معصیت شامل انجام محرمات و ترک واجبات است. [واجب عقلی و شرعی]، ولی ارتکاب معصیتی قابل تعزیر است که مشمول حد باشد، و از نظر عموم فقهاء شامل کفاره نباشد. و معصیت از نظر آن‌ها شامل صغیره و کبیره است. از نظر فقهای اسلام ارتکاب هر معصیتی مستلزم عقوبت است. در کتاب‌های فقهی، معصیت به رفتاری گفته می‌شود که شارع مقدس ادای آن را حرام یا ترک آن را واجب کرده است. (عینی نجف‌آبادی و حبیب‌زاده،

به‌طور کلی معاصی از جهت عقوبت به چهار دسته تقسیم شده‌اند:

(الف) جنایتی که نسبت به نفس یا عضوی از بدن وارد می‌شود که حسب مورد مستوجب قصاص یا دیه است. در این مورد جمع عقوبت تعزیر یا قصاص و دیه ممکن است.

(ب) معصیتی که مجازات آن از طرف شارع تعیین شده باشد که به آن «حد» گویند.

(ج) معصیتی که صرفاً مستوجب کفاره‌اند، مانند ابطال روزه‌ی ماه رمضان.

(د) دسته‌ی آخر، تعزیرات است، که ارتکاب معصیتی است که مشمول حد شرعی نباشد، که آن را قابل تعزیر می‌دانند.

همچنین، براساس یک دیدگاه فقهی: حاکم شرع می‌تواند به صلاح‌دید خود کسی را که مرتکب عمل حرامی شده، تعزیر نماید. اگرچه بعضی از فقها در مورد اصل این حکم ادعای خلاف نموده‌اند، ولی این دیدگاه مشهور فقهاست 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 ادله‌ی حکم مذکور، به این نتیجه رسیده‌اند که دلیل قابل اطمینانی برای 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 مسأله‌ی مهم، به راحتی با ذکر ادله به صورت غیر تفصیلی از کنار آن گذشته‌اند. این دیدگاه مبنای قانون‌گذاری در قانون ایران قرار گرفته است. (هاشمی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۶ و ۱۳۷) هرچند عده‌ای نیز در مخالفت با این نظر جرم‌انگاری تعزیرات شرعی در ایران را منوط و محدود به قانون و اصل قانونی بودن کرده‌اند. اصولاً مشروط بودن مسئولیت جزایی در سیاست جنایی اسلام به شرط علم شخص مرتکب به حکم و موضوع مانع از هرگونه جرم‌انگاری خارج از چارچوب قانون و بیان و اعلام قانونی می‌باشد. (حسینی، ۱۳۹۶، ص ۱۸۳). در نتیجه، این توهّم که به لحاظ وجود نظام کیفری تعزیر در حقوق جزایی اسلام، اصل قانونی بودن جرم در این سیستم محترم نمی‌باشد، مردود است.

۱-۱. رویکرد حداکثری جرم‌انگاری محرمات شرعی

مطلب مدنظر در اینجا آن است که: آیا با توجه به شرایط اجرای تعزیر، اعمال هرگونه جرم‌انگاری معصیت شرعی، منوط به پیش‌بینی حاکم یا قاضی، بدون ذکر مستقیم در متون

قانونی است؟ آیا می‌توان با استناد به ملاکات فقهی تعزیر، آن را شامل تمام معصیت‌ها و هر عمل حرام کرد و این‌گونه دامنه‌ی اختیارات حکومت در محدود کردن آزادی شهروندان به یک‌باره افزایش یابد؟

نظر مشهور فقهاء این است که حاکم شرع می‌تواند، به صلاح‌دید خود، کسی را که مرتکب عمل حرامی شده است (براساس دیدگاه بعضی، عمل حرام لزوماً باید کبیره باشد). تعزیر نماید، به شرط اینکه تعزیر از مقدار حد کمتر باشد. (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۴۱، ص ۴۴۸)

برخی از فقهای متأخر نیز ضمن تأکید بر پویایی و کارایی فقه در ارتباط با مسائل امروز جامعه و برخورد با مسائل روز، قائل به این امر هستند که می‌بایست حوزه‌ی قانون‌گذاری و الزام را تا سرحد اخلاقیاتی که مستقیماً مربوط به جامعه می‌شوند گسترش داد، مانند بحث حجاب یا دروغ. (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵، ص ۲۳۶)

قائلین به این امر بر چند مورد در راستای اثبات نظریه‌ی خود تأکید دارند:

۱. براساس اصل ۱۶۷ ق. ۱. اگر رفتاری در قانون عنوان مجرمانه نداشت، قاضی می‌تواند با توجه به حرام بودن عمل و مضر بودن آن به حال باقی اعضای جامعه، حکم قضیه را در منابع معتبر فقهی بیابد (بشرط آنکه قاضی خود مجتهد باشد) ..

۲. قاعده‌ی کلی «التعزیر بما یراه الحاکم» موید این مطلب است.

به نظر این گروه استناد به منابع فقهی معتبر، در حکم استناد به قانون بوده و هدف قانون‌گذاران اساسی در طول هم قرار دادن منابع مزبور با اصول قانون اساسی می‌باشد.

با توجه به عدم مقبولیت و مطلوبیت ویژگی‌های تأسیسات جرم‌انگاری حداکثری، جوامعی که در آن بدون توجه به ارزش‌ها و نگرش‌های مردمی و برخلاف نظرات عمومی دست به جرم‌انگاری محرمات شرعی بزنند و به طور مثال هر عمل حرامی مانند دروغ یا غیبت را جرم‌انگاری نموده، حجم جرم‌انگاری‌ها از حالت متعادل خارج شده و روز به روز بر دامنه‌ی اختیارات حکومت در جرم‌شناختن اعمالی که تا آن موقع جزء آزادی‌های افراد بوده، افزوده می‌شود. این نگرانی وجود دارد که با توجه به حجم قوانین تصویبی و ترس از عدم رعایت اصول قانون‌گذاری در نهادهای قانون‌گذار ایران، با سیاه‌ای از جرایم و مجازات‌های غیرقابل اجرا و دست و پاگیر مواجه شویم، کما اینکه برخی معتقدند: «سیاست جنایی تقنینی ایران صرفاً براساس برداشت‌های انتزاعی از مفهوم جرم و مجازات از آغاز انقلاب تاکنون، با

جرم‌انگاری‌های افراطی نه تنها نظام عدالت کیفری را با بحران تورم کیفری مواجه ساخته، بلکه با تجاوز به حقوق و آزادی‌های فردی، زمینه نارضایتی و بی‌اعتمادی جامعه به واضعان سیاست جنایی را نیز مهیا نموده است». (نجفی توانا و مصطفی زاده، ۱۳۹۲، ص ۱۵۰)

۱-۲. رویکرد حداقلی جرم‌انگاری محرمات شرعی

در مواردی که رفتاری در قانون عنوان مجرمانه ندارد، جرم نبوده، قابل مجازات نیست. هر چند که برای اجتماع مضر و خطرناک یا خلاف اخلاق باشد، و از نظر شرعی معصیت تلقی شود، قاضی نمی‌تواند به استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر فقهی، عنوان مجرمانه‌ی قابل تعزیر ایجاد کند، زیرا:

۱. اصل قانونی بودن جرم تنها رفتارهایی را جرم می‌داند که قانون‌گذار به آن تصریح کرده و مجازات تعیین کرده.

۲. پذیرفته‌شدن اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون اساسی، مندرج در اصل ۳۶ که مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن، باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». از اصول دیگر از جمله ۱۶۹، ۳۲، ۲۲ نیز این استنباط برداشت می‌شود.

۳. قانون مجازات اسلامی در ماده ۲ اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پذیرفته، این ماده بیان می‌دارد: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده جرم محسوب می‌شود».

۴. حاکم در قاعده‌ی فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» قطعاً می‌بایست شرایط و ویژگی‌های خاصی برای حاکم از جمله اجتهاد و افتا باشد.

۵. اجازه‌ی به قاضی در اصل ۱۶۷ مبتنی بر مراجعه به منابع یا فتاوی معتبر منصرف از امور جزایی و محصور به امور حقوقی است.

۶. با عنایت به اصل تفکیک قوا در قانون اساسی، جعل عنوان مجرمانه توسط قضات، دخالت در امر قانون‌گذاری و مخالف روح قانون اساسی است.

۷. در قانون عنوان مجرمانه‌ای با عنوان ارتکاب رفتار حرام نداریم.

در تأیید همین نظر، برخی فقها از جمله مرحوم محقق اردبیلی در اصل این حکم که هر

عمل حرامی مستوجب تعزیر باشد، تردید نموده‌اند. (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۱۷۶) هم‌چنین فقهای معاصر معتقدند دلیل قابل اطمینانی برای این‌که مرتکب هر عمل حرامی (حتی مرتکب گناهان کبیره) مستحق تعزیر باشد، وجود ندارد. (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، صص ۲۹۷-۲۹۵) برخی از فقها نیز با فرض پذیرفتن اصل حکم، دامنه‌ی تعزیر را به‌گونه‌ای معنا کرده‌اند که شامل پند و اندرز، توبیخ و تهدید هم می‌شود.

از نظر حقوق کیفری، ملاک عمل اعمال تعزیر ارتکاب رفتاری است که قانون آن را مجرمانه بداند و برای آن تعزیر معین کند. پس نمی‌توان به استناد موجبات فقهی تعزیر، رفتاری را که از نظر قانون جرم نیست هر چند ناپسند و خطرناک باشد مورد تعزیر قرار داد. منطوق اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز مجوز جعل مجرمانه و اعمال مجرمانه تعزیری براساس منابع معتبر اسلامی و فتاوی فقها نیست، زیرا در قلمرو تعیین جرایم و مجازات‌ها اصل ۳۶ قانون اساسی مخصوص و حاکم بر اصل ۱۶۷ می‌باشد و به‌گونه‌ای است که قاضی را موظف می‌کند حکم به مجازات تعزیری را - منحصراً - مستند به قانون کند. در واقع، باید آن مقدار از فقه را در قانون بیاوریم که قانون گنجایش آن را دارد. امور مستحب و مکروه اصلاً قالب قانونی ندارند، چون قانون یا الزام به فعل است یا الزام به ترک و کلاً مسائل غیر الزامی از قانون خارج می‌شود. بسیاری از مسایل فقهی شخصی و اخلاقی‌اند. (شفیعی، سروستانی، ۱۳۸۸، ص ۲۳۵) در این زمینه، برخی محققان درباره‌ی جرم‌انگاری حداکثری و حداقلی منبعث از احکام اسلامی بیان می‌کنند: «در زمینه‌ی پاسخ‌گویی اسلام به نیازهای زمان، یک نظریه این است که: اسلام در تمام شئون سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و فردی افراد حکم دارد و ما باید همه‌ی این‌ها را از احکام اسلام برداشت نماییم و آن‌ها را به عنوان قانون در جامعه پیاده کنیم. از این‌رو قانون‌گذار باید از عبارات متون فقهی یا روایی یا از آیات استفاده کند و تطبیق بدهد تا بتواند قانون درستی بنویسد و الا این قانون درست نخواهد بود. این نظریه برداشت حداکثر از اسلام است. نظریه‌ی دوم این است که: اسلام در هر مسأله‌ای حکم خاص ندارد، بلکه در مسائل اقتصادی و... دست حاکم جامعه را باز گذاشته، مگر در موارد اندک که به صراحت دخالت کرده است و دلیل خاص داریم. این‌که در مسائل جزئی مدیریتی کشور باید متون فقهی را بینیم... [یا] به فقها بگوییم که شما حکم اسلام را در این زمینه بیان کنید، به نظر من این درست نیست.» (هاشمی، ۱۳۹۶، ص ۲۵)

نتیجه آن که: استقبال و وجدان‌های عدالت‌خواه از محدود کردن اختیارات وسیع و بی‌حد و حصر قضات، تدوین قانونی که دستگاه عدلیه و دادگستری از آن پیروی کند و پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات از سوی قانون‌گذار ایران، ایجاب می‌کند تا زمانی که رفتاری از نظر قانونی، جرم معرفی نشده است. اگرچه خلاف اخلاق و نظم عمومی یا حاکی از داشتن حالت خطرناک مرتکب باشد و از نظر شرعی هم گناه تلقی شود، جرم نباشد و قاضی کیفری در هیچ صورتی حق جعل عنوان مجرمانه نداشته باشد. بنابراین قاضی نباید حتی به استناد فتاوی معتبر فقها، عنوان مجرمانه ایجاد کند و به مجازات عملی که در قانون جرم تلقی نشده است حکم دهد.

۲. جرم‌انگاری رفتارهای ناقض مقررات حکومتی

موجب دوم اعمال تعزیر که با استقرار حکومت اسلامی مطرح می‌شود، ارتکاب رفتاری است که شرعاً معصیت به حساب نمی‌آید، ولی متضمن مفسده‌ی اجتماعی یا فردی و در نهایت محل نظم عمومی و انتظام اجتماعی است و حکومت اسلامی به منظور حفظ نظام و جلوگیری از مفساد اجتماعی و اصلاح فرد و جامعه آن‌ها را جرم می‌شناسد و مرتکبین آن‌ها را تعزیر می‌کند. (عینی نجف‌آبادی و حبیب زاده، ۱۳۸۱، ص ۹۲)

همان‌طور که در بخش اول ماده‌ی ۱۸ قانون مجازات اسلامی می‌خوانیم: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد یا قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد...»، از این مسأله برداشت می‌شود که، مقتضیات زمانی و مکانی، لزوم حسن اداره‌ی جامعه و برقراری نظم و امنیت ایجاب می‌کند که رفتارهایی که منجر به مفساد اجتماعی می‌شود، اگرچه از نظر احکام اولیه معصیت نباشد، جرم تلقی و مستلزم مجازات شناخته شود. زیرا هدف از تأسیس حکومت، تنظیم روابط اجتماعی و اصلاح جامعه، جبران انحرافات، گسترش معروف و ریشه‌کن کردن فساد و منکر است و حاکم مشرف بر جامعه می‌تواند، و بلکه بر وی واجب است، که هر چه را به صلاح جامعه و نظام می‌داند در چارچوب قوانین کلی اسلام، به مورد اجرا گذارد و برای جلوگیری از فساد و انحراف در جامعه مقررات لازم را وضع کند. (منتظری، ج ۳، صص ۴۷۱) هم‌چنین در رابطه با سایر ویژگی‌های بازدارندگی

تعزیرات، بر قابل تسری بودن تعزیرات به سایر مقررات حکومتی صحه می‌گذارند و اظهار می‌دارند: از دقت و بررسی در اکثر کلمات اهل لغت چنین به دست می‌آید که، لفظ «تعزیر» از نظر وضع لغوی برای «زدن» تعیین نشده، بلکه برای جلوگیری از جرم و گناه، و ادب کردن و امثال این‌ها وضع شده است و در زدن هم به جهت این‌که زدن شخص خطاکار نیز از مصادیق ادب کردن به شمار می‌آید، به کار رفته است. (منتظری، ۱۳۶۶، ص ۲۲) بنابراین موجب و ملاک دوم عقوبت تعزیری، ارتکاب رفتاری است که علیرغم آن‌که شرط معصیت نیست، ولی متضمن مفسده‌ی عمومی و مخل انتظام امور جامعه است و حکومت اسلامی به منظور حفظ نظام و جلوگیری از مفسد اجتماعی و اصلاح جامعه، آن‌ها را جرم می‌شناسد و برای مرتکبین آن مجازات تعیین می‌کند. قبول این ملاک وابسته به مشروعیت حکومت اسلامی ناشی از ولایت امر است و الا مجالی برای بحث نمی‌ماند. (عینی نجف‌آبادی و حبیب زاده، ۱۳۸۱، ص ۲۳).

در مجموع می‌توان گفت: هر تعزیری مجازات بازدارنده هم هست. اما هر مجازات بازدارنده‌ای تعزیر نیست، بلکه تعزیر مجازاتی است که در فقه و متون شرعی سابقه دارد، اما مجازات بازدارنده مجازاتی است که حکومت آن را برای حفظ نظم عمومی برقرار می‌سازد. (زراعت، ۱۳۸۴، ص ۳۸) در اینجا با توجه به مفهوم و ماهیت تعزیرات و ارتباط آن با جرم‌انگاری نقض مقررات حکومتی، می‌توان دریافت که با توجه به نیازهای جامعه و تقاضای عمومی نسبت به جرم‌انگاری برخی ناهنجاری‌ها و نامایمات، دست قانون‌گذار با توجه به اصول و موازین شرعی برای جرم‌انگاری‌ها و جرم‌زدایی‌ها باز خواهد بود و می‌تواند ارزشی را که در سطح جامعه مورد پذیرش قرار گرفته با توجه به خواست عمومی و عدم مغایرت با شرع به مرحله‌ی تصویب و اجرا برساند و یا در صورت تناقض ارزش‌های حاکم بر جامعه و قوانین موجود به جرم‌زدایی‌های قوانین تعزیری سابق اقدام نماید؛ که قطعاً امری پسندیده، از روی خرد و منطق و موجب افزایش رضایت عمومی و مقبولیت هرچه بیشتر نظام حکومتی خواهد بود.

در مجموع، مبنای هریک از عقوبت‌های مذکور، همان جعل حکومت اسلامی به نظر می‌رسد، که به خاطر مصلحت عموم و دفع فساد، رفتاری را جرم شناخته، برای آن مجازات تعیین می‌کند و حسب اعتبار، به آن تعزیر حکومتی و مجازات بازدارنده یا مطلق تعزیر

می‌گویند، ولی با توجه به این‌که گفتیم موجبات تعزیر در کلام فقها شامل ارتکاب معصیت و رفتار مفسده‌انگیز و ممنوع از جانب حکومت اسلامی است. (عینی نجف‌آبادی و حبیب زاده، ۱۳۸۱، ص ۸۴) بنابراین باید این نوع از عقوبت‌ها را تعزیر تلقی کنیم.

نتیجه‌گیری

در جرایمی که قانون‌گذار صرفاً به دنبال اعلام ارزش است و قصد مجازات کردن ندارد، یا به علت شیوع آن جرم در جامعه امکان اجرای مجازات را در تمام مصادیق ندارد و از طرف دیگر امکان شرعی یا عقلایی جرم‌زدایی از عمل نیز وجود ندارد، باید از روش «عدم شدت و عدم قطعیت» کمک بگیرد. تقسیم احکام اسلامی به فردی و اجتماعی به معنایی که مخالفان الزام حکومتی حجاب قائل می‌باشند در فقه اسلامی معنایی ندارد. در فقه اسلامی اگر شخصی کار حرامی را انجام دهد و یا واجبی را ترک کند چه در خفا و چه در مرئی و منظر دیگران، مجرم شناخته شده و حد یا تعزیر الهی بر او جاری می‌شود. به مواردی از اجرای حدود در اقرار افراد به زنا در زمان معصومین (علیهم‌السلام) برمی‌خوریم و فتوای فقها هم در این زمینه وجود دارد که مبین این معناست که، تقسیم احکام به شخصی و عمومی در اذهان فقهای سلف وجود نداشته است. استثناء شدن کنیزان از وجوب ستر و پوشش به معنای شخصی بودن حجاب نمی‌باشد، بلکه ضرورت‌های فرهنگی و مکانی آن زمان اقتضای حکم مذکور را داشت. آنچه که درباره زنان علوج، تهامه و بادیه‌نشین بود، جواز نظر بدون ریه به آنان است که بدون برداشته شدن حکم و وجوب حجاب از آنان می‌باشد، که برخی به اشتباه چنین استنباطی را کرده بودند.

در اسلام ورود و تجسس به عرصه خصوصی و شخصی افراد حرام بوده و این حرمت مستند به آیات و روایات فراوانی می‌باشد، که از تجسس در احوال شخصیه مردم برای اطلاع یافتن بر اسرار زندگی و یا عیوب و گناهان آنان منع می‌نمود. حجاب یکی از احکام الهی است که فرد مسلمان و مکلف می‌بایست آن را در مواجهه با نامحرم رعایت نماید و سخن از شخصی بودن آن، ادعایی بلا دلیل می‌باشد و مصالحی فراتر از منافع اشخاص در آن لحاظ شده است. بدین جهت باید آن را قانون امری و حکم تلقی نمود. با اذعان به حکم بودن حجاب نمی‌توان آن را اسقاط نمود یا به حکومت اسلامی توصیه نمود که التزام

شهروندان به حجاب را به خودشان واگذار نماید، یا با التزام به آن در مواردی و عدم التزام به آن در موارد دیگر توافق نماید. از مهم‌ترین آثار مترتب بر حکم بودن حجاب می‌توان به لزوم جرم‌انگاری از ناحیه قانونگذار و عدم نفوذ توافق بر اسقاط آن اشاره نمود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

۱. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳). بلغه الفقیه، تهران، مکتبه الصادق.
۲. بوشهری، جعفر. (۱۳۸۷). حقوق جزا: اصول و مسائل، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
۳. تهرانی، محمد هادی. (۱۳۷۴). رساله الحق و الحکم، قم، فصلنامه مفید، دارالعلم مفید.
۴. جعفریان، رسول. (۱۴۲۸). رسائل حجابیه، قم، دلیل ما.
۵. حبیبزاده، محمد جعفر، محمد توحیدی فرد. (۱۳۸۶). قانون مداری در قلمرو حقوق کیفری، تهران، نشر گستر.
۶. حسینی، سید محمد. (۱۳۸۷). حدود و تعزیرات (قلمرو انواع احکام)، مجله حقوق، دوره ۳۸، شماره ۱، صص ۱۴۲-۱۴۳.
۷. _____ (۱۳۹۶). سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران، سمت.
۸. حکیم طباطبایی، سید محسن. (بی تا). مستمسک العروة، قم، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی.
۹. زراعت، عباس. (۱۳۸۴). ملاک تعیین جرایم قابل گذشت، مجله‌ی عدالت آرا، شماره ۱.
۱۰. شفیعی سروستانی، ابراهیم. (۱۳۸۹). قانون گذاری در نظام جمهوری اسلامی، آسیب‌ها و بایسته‌ها، پژوهشکده‌ی فقه و حقوق، چاپ ۱.
۱۱. صانعی، پرویز. (۱۳۹۸). حقوق و اجتماع، تهران، گنج دانش.
۱۲. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰). غایه المرام فی شرح شرائع السلام، بیروت، دارالهادی.
۱۳. ضیائی‌فر، سعید. (۱۳۸۷). مبانی اختیارات نظام اسلامی در زمینه جلوگیری از بدحجابی (حجاب، مسئولیت‌ها و اختیارات دولت اسلامی، مقالات فقهی و حقوقی)، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۴. عابدینی، احمد. (۱۳۷۹). سیری در آیات حجاب، قم، مجله فقه، ش ۲۳.
۱۵. علی اکبریان، حسن علی. (۱۳۸۶). مبانی مسئولیت حکومت اسلامی در ترویج حجاب مجله کاوشی نو در فقه، شماره ۵۱ و ۵۲، صص ۵۳-۹۵.
۱۶. عینی نجف‌آبادی، محسن و حبیبزاده، محمد جعفر. (۱۳۸۱). مبنا و ملاک تعزیر (قسمت دوم)، مجله دادرسی، شماره ۳۲.
۱۷. _____ (۱۳۹۹). موجبات اجرای تعزیر از نظر فقهی و حقوق کیفری ایران، فصلنامه‌ی مدرس علوم انسانی، دوره ۲، شماره ۵.

۱۸. قماش، سعید. (۱۳۸۹). بنیادهای جرم‌انگاری در حقوق کیفری نوین، مجله حقوق اسلامی، ش ۲۴.
۱۹. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۶). مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، ج ۱۳، موسسه النشر الاسلامی، چ ۱، قم، ۱۴۱۶ق.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۶۳). تحلیلی پیرامون مسأله‌ی تعزیرات در اسلام، مجله‌ی نور علم، شماره ۵، ص ۶۷.
۲۱. منتظری، حسین‌علی. (۱۳۶۶). سلسله درس‌ها (تعزیرات شرعی)، مجله‌ی نور علم، شماره ۲۵.
۲۲. _____ (۱۳۸۹). مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه‌ی صلواتی، محمود، ج ۳، نشر تفکر.
۲۳. موسوی خوانساری، اسدالله. (۱۴۲۵). حکمه الحجاب و ادله النقاب، تهران، چاپخانه علمی.
۲۴. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۲ق). تقریرات حدود و التعزیرات، ج ۲، چاپ سنگی.
۲۵. نجفی ابرنآبادی، علی حسین. (۱۳۹۰). از جرم‌شناسی نظری تا جرم‌شناسی کاربردی، نشریه جرم‌شناسی پیشگیری، پیش شماره ۱، صص ۲-۲۱.
۲۶. نجفی توانا، علی و مصطفی زاده، فهیم. (۱۳۹۲). جرم‌انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، مجله‌ی مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸.
۲۷. نجفی، محمدحسن. (۱۳۹۲ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۱، دارالکتب الاسلامیه.
۲۸. نقیبی، سید ابو القاسم. (۱۳۸۵). تحلیلی بر حکم یا حق بودن حجاب، فقه و حقوق خانواده، شماره ۴۴، صص ۹-۳۲.
۲۹. هاشمی، سید حسین. (۱۳۸۶). نقدی بر ساده‌ی ۶۳۸ق.م.ا. در جرم‌انگاری بدحجابی، مجله‌ی مطالعات راهبردی زنان، شماره ۳۷.