



## Criticism of the Criminalization of Pretending to Commit a Haram Act in Iran's Criminal Law

Yavor Jalaian Saleh<sup>1</sup>, Mehdi Momeni<sup>2</sup>, Alireza Sabrian<sup>3</sup>, Mohammad Rouhani Moghadam<sup>4</sup>

1. PhD student, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, School of Law, Tehran Branch, Payam Noor University, Tehran, Iran;

Invited by the Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Humanities, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.

4. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Humanities, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.

(Received: 27 Nov 2021 - Accepted: 11 August 2022)

### Abstract

This research has been done with the aim of knowing the nature of pretending to be a forbidden act and evaluating its place in jurisprudential-legal aspects, and in terms of the method of data collection, as documents, and in terms of the method of information analysis, descriptive-analytical. In Article 638 of the Islamic Penal Code, approved in 1375, feigning a forbidden act is considered a crime. The ambiguity of the mentioned title due to the failure to state its examples in the criminal regulations, and the inadequacy of the legislator in determining the punishment for the forbidden act in this article, its implementation has faced many problems. By referring to the sources of Islamic law, the principles of the constitution, the principles of criminal law and judicial procedure and doctrine, the method of criminalization of the legislator in the mentioned article and the need for the legislator to pay attention to the Sharia standards and the principles of the constitution and the rules of criminal law have been examined. And it has reached the conclusion that if the will of the legislator is based on the criminalization of haram acts, it must define and specify its examples precisely in the criminal regulations. Before the amendment of the mentioned article, criminal judges are required to observe the principle of legality of crime and punishment and the principle of interpretation of criminal laws in favor of the accused, invoking Article 37 of the Constitution, in cases of lack of text, ambiguity and summaries, in a more balanced manner. and act closer to the goals and objectives of the law and in many cases acquit the accused.

**Keywords:** Criminal Justice, Criminal Laws, Criminalization, Forbidden Act.

**Corresponding author:** Email: [kamand.yavar@gmail.com](mailto:kamand.yavar@gmail.com)

---

### How to Cite:

Jalaian Saleh, Y. And Colleagues of the author (2022). «Criticism of the Criminalization of Pretending to Commit a Haram Act in Iran's Criminal Law». *Judicial law*, 2022, 13 (30), 1-20.

---

Published by University of Islamic Azad University, North Tehran branch, Tehran, Iran:

<https://mtb.iau.ir/fa>

---

Online ISSN: 2008-7500



## نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران

یاور جلائیان صالح<sup>۱</sup>، مهدی مؤمنی<sup>۲</sup>، علیرضا صابریان<sup>۳</sup>، محمد روحانی مقدم<sup>۴</sup>

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد تهران، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران؛

۳. مدعو گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.  
۴. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.  
(دریافت: ۱۴۰۰/۹/۶ - پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۵/۱۱)

### چکیده

این پژوهش با هدف شناخت ماهیت تظاهر به عمل حرام و ارزیابی جایگاه آن در ابعاد فقهی - حقوقی و از لحاظ شیوه جمع‌آوری داده‌ها، به عنوان اسنادی و از نظر شیوه تجزیه و تحلیل اطلاعات به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است. در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۵، تظاهر به عمل حرام، جرم قلمداد شده است. ابهام عنوان مذکور با توجه به عدم بیان مصادیق آن در مقررات کیفری، و نارسایی بیان مقنن در تعیین کیفر عمل حرام در این ماده، اجرای آن را با مشکلات فراوان مواجه کرده است. تحقیق حاضر با مراجعه به منابع حقوق اسلام، اصول قانون اساسی، اصول حقوق کیفری و رویه قضایی و دکتربین، شیوه جرم‌انگاری مقنن در ماده مذکور و ضرورت توجه مقنن به موازین شرعی و اصول قانون اساسی و قواعد حقوق کیفری را مورد بررسی قرار داده و به این نتیجه دست یافته است که چنانچه اراده مقنن مبتنی بر جرم‌انگاری برای اعمال حرام باشد، باید مصادیق آن را به نحو دقیق در مقررات کیفری تعریف و مشخص کند. پیش از اصلاح ماده مذکور، بر قضات کیفری فرض است با رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم، با استناد به اصل ۳۷ قانون اساسی، در موارد فقدان نص و ابهام و اجمال، به گونه‌ای متعادل‌تر و نزدیک‌تر به اهداف و مقاصد شارع عمل نمایند و در بسیاری از موارد حکم برائت متهم را صادر کنند.

**واژگان کلیدی:** جرم‌انگاری، حقوق کیفری، عمل حرام، قوانین جزایی.

رایانه: [kamand.yavar@gmail.com](mailto:kamand.yavar@gmail.com)

۱. نویسنده مسئول: تلفن: ۰۹۱۵۴۷۸۷۸۱۰

---

نحوه آدرس‌دهی: جلائیان صالح، یاور و همکاران (۱۴۰۱)، «نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران»، حقوق قضایی، ۱۳ (۳۰)، ۲۰-۱.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران: <https://ntb.iau.ir/fa>

شاپای الکترونیکی: ۷۵۰۰-۲۰۰۸

### طرح مسأله

قانون، به عنوان ترازو و معیاری برای تعیین حد و مرز رفتار افراد جامعه، باید دقیق و واضح منظور و مقصود را برساند و بر افراد مشابه با اعمال مشابه به صورت یکسان اجرا شود. در غیر این صورت، بیشتر باعث هرج و مرج و آشفتگی می‌شود. ورود مفهوم فقهی "عمل حرام" در حقوق موضوعه و جعل آن، به عنوان رفتار مجرمانه در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی<sup>۱</sup>، به دلیل فقدان سابقه قانونی در این مورد و نیز نامشخص بودن مفهوم و مصادیق آن در قوانین کیفری و پیش‌بینی مجازات آن به صورت مبهم و شبهه‌آور در این ماده، زمینه را برای تعبیرات و تفسیرهای موسع و زیان‌بار قضات از ماده مزبور فراهم آورده است. چنین وضعیتی حقوق و آزادی‌های مصرح و مسلم افراد در قانون اساسی را در معرض تعرضات ناشی از استنباط‌های شخصی قضات از قانون جزایی قرار می‌دهد.

قسمت اول صدر ماده مزبور به عمل حرامی اشاره دارد، که در قانون جرم‌انگاری شده است؛ در حالی که در بخش دوم، سخن از تظاهر به عمل حرامی است، که مقنن برای آن، وضع کیفر نکرده است، اما عملی حرام است، که عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند. پس اگر عملی حرام نباشد، ولو آن‌که به نحوی موجب جریحه‌دار شدن عفت عمومی تلقی گردد یا حرام باشد، اما از نظر قانون «دارای کیفر نباشد و یا عفت عمومی را جریحه‌دار نکند»، مشمول این ماده نخواهد بود. در واقع، به نظر می‌رسد مقنن در این ماده «تظاهر به ارتکاب عمل حرام» را و نه نفس ارتکاب عمل حرام را، مستوجب کیفر شناخته است.

پیامدهای نامطلوب ابهام و نقص در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی هنگامی بیشتر آشکار می‌شود که توجه کنیم بعضی از قوانین کیفری از جمله ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی<sup>۲</sup> که با قانون اساسی ناهماهنگ است نظیر مراجعه به منابع فقهی را به منظور تکمیل جرائم و مجازات‌های مبهم و نامشخص در قانون تجویز کرده‌اند.

۱. هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ۱۰ روز تا ۲ 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 ۱۰ روز تا ۲ ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

تبصره [جزای نقدی اصلاحی ۱۳۹۹/۱۱/۰۸]- زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند به حبس از ۱۰ روز تا ۲ ماه و یا از ۲ میلیون تا ۱۰ میلیون ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد.

۲. در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.

نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران / ۴  
بدون شک شیوه جرم‌انگاری مقنن در وضع ماده مذکور به دلیل تحدید حقوق و آزادی‌های اجتماعی مشروع شهروندان قابل انتقاد و بررسی است. با توجه به این که تاکنون تحقیقی جامع و مانع، آن هم به شکل مستقل درخصوص موضوع صورت نگرفته است، ضمن اشاره به کاستی‌ها و ایرادات قوانین فعلی، این پژوهش کوششی است در جهت تنویر ماهیت و چیستی مبانی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در نظام حقوق کیفری ایران، که با تحلیل انتقادات وارد بر آن و ارائه راه حل همراه می‌باشد.

### ۱. مفهوم جرم و جرم‌انگاری

جرم در معنای لغوی مترادف گناه، تعدی، خطا و عصیان آمده است و جمع آن اجرام و جروم است (عمید، ۱۳۶۳، ص ۵۰۰).

بر این اساس، جرم در معنای لغوی دارای محدوده‌ای وسیع است، که شامل بزه و نیز گناه می‌شود. اعمال این لفظ در زبان فارسی، به‌عنوان فعل یا ترک فعل قابل کیفر، عاری از اشکال نیست. درواقع، بزه معادل کلمه جریمه است و جریمه اخص از جرم، عمل یا ترک عملی است که قانون آن را با عقوبت و تنبیه بدنی تعقیب کند (جر، ۱۳۷۵، ج ۱، ۷۲۹).

واژه جرم در قرآن ذکر نشده، اما مشتقات آن مانند: مجرمین، اجرموا، یجرمنکم، تجرمون، اجرمننا، بیش از ۶۰ بار در قرآن آمده و در اصل بر همان مفهوم لغوی جاری است، که کسب و کار زشت باشد (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۱۰، ص ۲۹۰).

با این وجود، قرآن‌کریم آن را در مصادیقی گسترده به‌کار برده است، که شامل مستکبران، ستمگران و منکران معاند هم می‌شود (فیض، ۱۳۶۹، ص ۶۵).

در فقه امامیه، جرم تعریف نشده و فقها جرم را با توجه به مجازاتی که شرع برای آن پیش‌بینی کرده است، معرفی کرده‌اند. به‌طور مثال در برخی عبارات آمده: «ارتکاب گناهان کبیره و اصرار بر صغیره موجب تعزیر است» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ص ۴۴۷/۲).

در عبارتی دیگر، چنین آمده است: «ارتکاب فعل حرام و ترک واجب که در شرع برای آن حد تعیین نشده، مستلزم تعزیر است» (موسوی خویی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۳۳۷). در فقه معاصر نیز، جرم را به ارتکاب هر عمل ممنوع تعبیر کرده‌اند؛ خواه منع آن از ناحیه شارع باشد و خواه از سوی حاکم اسلامی.

جرم‌انگاری فرآیندی است که به موجب آن قانونگذار فعل یا ترک فعلی را ممنوع و برای آن ضمانت اجرای کیفری وضع می‌کند (نجفی توانا و مصطفی‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۱۴۹).

اختیار مجلس شورای اسلامی در وضع مقررات جزایی بی‌حدّ و حصر نیست. این مهم، در نظام کیفری ایران با پیروی از اصل‌های ۴ و ۷۱ قانون اساسی بایستی مطابق با موازین اسلامی و در حدود مقررّ قانون اساسی انجام شود. در واقع، جرم‌انگاری یکی از ابزارها و مکانیزم‌های مهم سیاست جنائی هر کشور، در مقابله با بزهکاری و انحرافات اجتماعی است. اگر براساس سیاستی معقول و منطقی و مبانی مستحکمی صورت نگیرد، نه‌تنها نتیجه مطلوب به‌دست نخواهد آمد، بلکه خود موجب پیدایش معضلات اجتماعی بسیاری خواهد گشت. ایجاد محدودیت‌های رفتاری از طریق فرآیند جرم‌انگاری، امری مغایر با اصل اولیه آزادی و اباحه اعمال است. لذا در این خصوص باید تنها به موارد مهم و حیاتی بسنده کرد و از تحدید بی‌اساس دامنه فعالیت‌های ارادی افراد، خودداری کرد.

## ۲. تعریف واژگان تظاهر و عمل حرام

فرهنگ ابجدی فارسی - عربی، «تَظَاهِرًا [ظهر]» و «تَجَاهِرًا [جهر] بالأمر» را به معنای تظاهرکردن و آشکار کردن آورده است (معلوف، ۱۳۷۰، ذیل واژه). در قاموس قرآن «جهر» به معنی آشکار شدن و آشکار کردن آمده است، اعمّ از آن‌که به وسیله دیدن باشد یا شنیدن. در بعضی منابع مقصود از تظاهر، علنی کردن و اعلان دانسته شده و آن را مفهومی در برابر «پنهان کردن» معرفی کرده‌اند (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۱، ص ۱۲۹).

برخی دیگر از منابع هم در تعریف "تظاهر" با به کار بردن جملاتی شبیه «ظهور الشيء بإفراط حاسة البصر أو حاسة السمع»، ملاک "تظاهر" و آشکار بودن را در "قابلیت" دیده شدن آن شیء یا شنیده شدن آن صوت به صورت بارز توسط انسان دانسته‌اند (راغب اصفهانی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۰۹).

در اصطلاح فقها، "عمل حرام" فعل یا ترک فعلی است، که به موجب فقه اسلامی معصیت و مخالفت با اوامر و نواهی شارع مقدس تلقی می‌شود.

"معصیت" عبارت است از رفتاری که شارع مقدس ارتکاب آن را حرام یا ترک آن را واجب دانسته است. فقها به اتفاق معتقدند که ارتکاب هر عمل حرامی یا ترک هر واجبی معصیت بوده و جایز نمی‌باشد. آنان تنها در مورد تعزیر آن اختلاف دارند که برخی ارتکاب گناهان کبیره را مستوجب تعزیر و برخی ارتکاب گناه به طور مطلق را موجب تعزیر می‌دانند؛ البته نظر مشهور فقهای امامیه نیز بر جواز اعمال تعزیر در مورد ارتکاب هر عمل حرامی تأکید می‌کند.

نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران / ۶  
در حقوق کیفری جرائم به یک اعتبار به جرائم مشهود و غیرمشهود تقسیم می‌شوند. قوانین شکلی ایران در مورد جرایم مشهود، آیین رسیدگی سریع را پذیرفته است و قوانین ماهوی نیز به تشدید مجازات جرائمی که مشهود هستند پرداخته است. در فقه امامیه نیز ارتکاب جرائم به نحو مشهود با تعابیری مثل "تظاهر به فسق"، "ارتکاب علنی گناه" یا "تظاهر به گناه" شناخته می‌شوند.

بر این اساس، مفهوم تظاهر به عمل حرام، با توجه به معنای لغوی آن، یعنی وانمود کردن و انجام فعل حرام در مرئی و منظر دیگران. به تعبیری دیگر، ارتکاب عملی که انجام آن در شرع ممنوع می‌باشد لزوماً باید به نحوی صورت گیرد که در منظر عده‌ای واقع شود و عرفاً مغایر با ارزش‌هایی باشد که اکثریت مردم جامعه اسلامی بی‌احترامی به آن را قابل تحمل نمی‌دانند و ارتکاب آن را موجب جریحه‌دار شدن عفت عمومی تلقی می‌نمایند.

### ۳. مبانی فقهی لزوم کیفردهی عمل حرام

برخی از فقها در کلیت تعزیر هر عمل حرامی تردید کرده و آن را نپذیرفته‌اند و معتقدند تعزیر فقط در مورد گناهان کبیره مصداق دارد (حسینی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷).  
فقهای هم در اصل این حکم، که هر عمل حرامی مستوجب تعزیر باشد، تردید نموده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۱۷۶).

صاحب جواهر به استناد آیه ۳۱ سوره نساء می‌گوید: به لحاظ این که خداوند به اجتناب‌کننده از گناهان کبیره، وعده چشم‌پوشی از گناهان صغیره را داده است نمی‌توان قائل به تعزیر معاصی صغیره شد (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۴۴۸).  
بر همین مبنا، به نظر فقهای معاصر، ارتکاب گناهان صغیره در صورتی موجب تعزیر است که از گناهان کبیره اجتناب نکند و در صورت اجتناب از آن، موجب تعزیر نیست.

امام خمینی در تحریرالوسیله می‌فرماید: «هر کس یکی از واجبات را ترک کند و یا یکی از محرمات را انجام دهد بر امام (ع) یا نائب اوست که وی را به کیفر تعزیر برساند، به شرطی که فعل حرام از گناهان کبیره باشد» (جلایان صالح، ۱۳۹۵، ص ۱۷۴).

نظر مشهور فقها در این خصوص این است که حاکم شرع به صلاحدید خود می‌تواند مرتکب عمل حرام (بر مبنای اعتقاد برخی، عمل حرام لزوماً باید کبیره باشد) را تعزیر نماید؛ به این شرط که تعزیر از مقدار حد کمتر باشد. بر اساس این دیدگاه،

همهٔ محرمات شرعی فاقد مجازات معین، قابل تعزیر است و گسترهٔ مجازات، همهٔ محرمات و معاصی شرعی، اعم از ارتکاب عمل حرام یا ترک واجب را شامل می‌شود. شیخ طوسی در این باره می‌گوید: هر کس معصیتی، که مستوجب حد نیست، انجام دهد مانند این که ...، امام او را تعزیر می‌کند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۴۱۲). همچنین گفته‌اند: هر کس فعل حرامی را مرتکب شود یا فعل واجبی را ترک کند، بر امام تعزیر او تا اندازه‌ای که به حد نرسد جایز است (محقق حلی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۱۶۸).

صاحب *تکمله المنهاج* نیز می‌فرماید: کسی که از روی علم و عمد حرامی را انجام دهد یا واجب الهی را ترک کند، حاکم او را به اندازه‌ای که مصلحت می‌بیند تعزیر می‌کند (موسوی خویی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۳۳۷). بنابراین، وفق نظر این دسته از فقها، ارتکاب هر گناهی، خواه صغیره یا کبیره، اعمال مجازات تعزیری را موجب می‌شود؛ هر چند در نصوص یا روایات برای آن مجازات تعزیری مقرر نشده باشد. با بررسی نظریات فقهای اسلام چنین نتیجه گرفته می‌شود که تعزیر به معنای تأدیب است و هیچ دلیلی بر اختصاص آن به خصوص "ضرب با تازیانه" وجود ندارد.

اجرای عقوبت تعزیری همانند سایر مجازات‌ها بر موجباتی معین استوار است که در دو دسته کلی: "ارتکاب معصیت" و "ارتکاب رفتار مفسده‌انگیز و خلاف مصالح عمومی" جای می‌گیرد.

به نظر می‌رسد فلسفهٔ عدم تعیین مقدار و کیفیت مجازات تعزیری در شریعت اسلام و واگذاری آن به حاکم اسلامی از افتخارات دین مبین اسلام و از علائم جاودانگی آن به شمار می‌آید. اصلاح، تأدیب و منع بزهکار در زمان‌های مختلف، راهکاری ویژه می‌طلبد. به همین دلیل، اسلام وضع، تعیین و اجرای مجازات تعزیری را متناسب با زمان و مکان از وظایف حاکم اسلامی دانسته است.

#### ۴. بازتاب تظاهر به عمل حرام در قوانین جزایی

##### ۴.۱. تحلیل عمل حرام در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی

جرم‌انگاری عمل حرام، بدو در ماده ۱۰۲ قانون تعزیرات سابق مورد عنایت قانونگذار قرار گرفته و مجازات مرتکبین، صرفاً شلاق تعزیری تا ۷۴ ضربه مقرر شده بود. در قانون مجازات اسلامی سابق در ماده ۶۳۸، همان متن قبلی ماده ۱۰۲ قانون تعزیرات بازنویسی شده و تنها تفاوت حائز اهمیت آن در میزان مجازات هویدا

نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران / ۸  
است، که افزون بر شلاق، کیفر حبس به آن اضافه گردید؛ به‌گونه‌ای که قاضی دادگاه  
در اعمال یکی از این مجازات‌ها نسبت به مرتکب مخیر باشد (شامبیاتی، ۱۳۸۲، ج ۳،  
ص ۵۵۵).

ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی سابق بیان می‌دارد: «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 نباشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط  
به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد»

قانونگذار در بیان عنصر مادی و برشمردن طرق ارتکاب این جرم به ارتکاب دو  
مورد رفتار فیزیکی به نحو علنی توسط مرتکب، یکی تظاهر به عمل حرام و دیگری  
ارتکاب عمل غیرمجرمانه، که عفت عمومی را جریحه‌دار می‌سازد، اشاره نموده است.  
در این باب، چند نکته در خصوص تبیین ارکان ثلاثه جرم، حائز اهمیت است:

نکته اول: مفهوم تظاهر بررسی شد، که در لغت به معنی آشکارا عمل نمودن،  
خودنمایی و وانمودکردن به داشتن صفت یا حالتی می‌باشد؛

نکته دوم: مراد از عفت عمومی نیز یک سلسله افکار و اعتقادات اخلاقی و مذهبی و  
آداب و رسوم اجتماعی است، که با سطح بینش و فرهنگ و دانش و تحولات مادی و  
اقتصادی و ایدئولوژی هر کشور و هر قوم کاملاً مرتبط بوده و تشخیص آن  
در صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به جرم می‌باشد (جلائیان صالح و دیگران،  
۱۳۹۹، ص ۵۳)؛

نکته سوم: لفظ "علناً" به معنی آشکارا انجام دادن فعل یا ترک فعل است و هر چند  
در قانون مجازات اسلامی تعریف نشده، ولی تعریف آن در بند "الف" ماده ۲۱۴ مکرر  
قانون مجازات عمومی سابق چنین بیان شده است: «از نقطه نظر جزایی، هرگاه  
ارتکاب عملی در مرئی و منظر عموم رخ دهد، اعم از این که محل ارتکاب از امکانه  
عمومی باشد، یا خیر و یا در اماکن عمومی و اماکن مهیا برای پذیرش عموم باشد، آن  
را علنی گویند» (جلائیان صالح و مؤمنی، ۱۴۰۰، ص ۲۶۵)؛

نکته چهارم: می‌توان اماکن عمومی و علنی را به سه دسته تقسیم نمود:

الف - علن ذاتی: به مکان‌هایی مانند کوچه، خیابان، پارک، جنگل، باغ غیرمحصور و  
نظیر آنها اطلاق می‌گردد، که به طور طبیعی و ذاتی علنی هستند و همیشه به روی  
عموم باز بوده و مردم بدون قید و شرطی خاص از آنها استفاده می‌نمایند. وقوع عمل  
حرام در این اماکن، علنی محسوب می‌شود؛ ولو در موقع اجرای عمل شاهدهی در  
میان نباشد.



مراد از "علن" در اینجا، علن به معنای اخص کلمه، یعنی حضور تماشایی و ناظر نیست؛ بلکه منظور این است که اماکن یادشده برای استفاده عموم در مواقع مختلف شب و روز مهیا است. بر این اساس، ارتکاب فعل حرام در داخل یک اتومبیل بدون حفاظ و پوشش، در کنار خیابان یا جاده یا جنگل و نظایر آن، جرم محسوب و در صورت دلایل اثباتی، مانند فیلم موجود در دوربین مداربسته، پیگرد جزایی مرتکب ممکن است؛

ب - علن ناشی از فعل انسانی: این اماکن محیط‌هایی مثل مدارس، دانشگاه، مسجد، کلیسا، بیمارستان، ادارات دولتی، و همچنین به طور کلی تمام اماکنی که عموم مردم قادرند در مقابل پرداخت وجه و استفاده از کالایی به آن راه یابند، مانند کافه، رستوران، سینماها و تئاترها و نظایر آن را شامل می‌گردد، که همگی طبیعتاً و بالذات علنی نیستند، بلکه در نتیجه مداخله انسانی و به منظور استفاده خاص علنی می‌شوند. وصف علنی بودن در این اماکن، در صورتی محرز است که عمل در ساعاتی انجام گیرد، که اماکن مزبور باز و معد برای استفاده افراد باشد؛

پ - مکان اختصاصی در معرض دید: مقصود مکان‌هایی است که شخصی بوده و دیگران حق ورود به آن را ندارند، ولی با این وصف که مکان مزبور قابلیت دیدن دارد مانند عملی که در بالکن مشرف به خیابان یا در قسمت مشاعات مجتمع‌های آپارتمانی انجام می‌شود. در این موارد نیز دیده شدن لازم نیست، بلکه امکان دیدن کفایت می‌کند (جلالیان صالح، ۱۴۰۰، ص ۲۱۱).

در باب رکن معنوی، شایان ذکر است که جرم موضوع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی، از جمله جرائم عمدی است، زیرا مرتکب باید علاوه بر علم و آگاهی به غیرقانونی و حرام بودن عمل ارتكابی قصد ارتكاب آن را نیز باید داشته باشد.

نیازی نیست که این قصد به منظور جریحه‌دار کردن عفت عمومی باشد، بلکه «صرف احراز عمد عام او ناظر به انجام عمل حرام یا رفتاری که از نظر اکثریت مردم عفت عمومی را جریحه‌دار سازد کفایت می‌کند» (ولیدی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۲۰۵).

بنابراین، ممکن است عمل ارتكابی از روی غفلت یا بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی انجام پذیرد؛ هرچند مرتکب قصد خاص ارتكاب عمل حرام را نداشته باشد. همچنین امکان مشاهده دیگران کافی است، یعنی فاعل باید احتیاط لازم را انجام داده باشد.

لذا به نظر می‌رسد صرف ارتكاب عمل حرام با سوء نیت خاص در انظار و اماکن عمومی، برای تحقق جرم کافی است، اعم از این که در لحظه ارتكاب، بیننده‌ای حضور داشته یا نداشته باشد.

بر این اساس، منظور از ارتكاب عمل منافی عفت به‌طور علنی اعم است از این که عمل در مرئی و منظر عمومی واقع شود یا در مکانی که مستعد عموم باشد و قصد

نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران / ۱۰  
مرتکب، دائر بر پنهان نمودن عمل و احتراز از علنی بودن و آشکار شدن آن تأثیری نخواهد داشت.

بنابراین، احتراز مرتکب از رؤیت مردم و آشکار شدن موضوع، به هیچ‌وجه تأثیری در غیرعلنی نمودن موضوع ندارد و همین که عمل در محلی به وصف مذکور ارتکاب یابد، علنی محسوب می‌گردد. پس با این وصف، ارتکاب عمل منافای عفت در کوچه و تاریکی شب مشمول ارتکاب عمل در علن خواهد بود.

#### ۴. ۱. ۱. نگاهی انتقادی بر محتوای ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی

بر ماده مزبور اشکالاتی وارد است که به شرح ذیل ارائه می‌شود:  
اولاً: کیفر عمل شامل هر دو مجازات حدی و تعزیری است که از نظر فقهی و حقوقی اشکال دارد، زیرا از دیدگاه فقهی، جمع مجازات‌ها پذیرفته نیست و از بعد حقوقی هم با اصول کلی حقوق جزا منافات دارد. اگر برای عملی مجازات حدی مقرر شده باشد، دیگر نمی‌توان به دلیل ارتکاب همان جرم تعزیر نمود، بلکه تعزیر داخل در حد می‌شود. به تعبیری دیگر، مجازات حد کافی است. این ضابطه از جهت ارتکاب علنی و خصوصی هم مطلق است؛ در حالی که صدر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی 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؛

ثانیاً: بعضی از فقها، به ویژه فقهای معاصر، حکم ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی را تنها در گناهان کبیره پذیرفته‌اند (امام خمینی، ۱۳۸۱، ص ۲۴۶؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ص ۲۹۵)، اما ظاهر این ماده، تمام گناهان و هر عمل حرامی را با این شرط که در انظار عمومی مرتکب شود، قابل مجازات می‌داند.

ثالثاً: فلسفه ماده مزبور این است که میان گناه و جرم تفاوتی نباشد، زیرا در خصوص مطلق فعل حرام، این حکم صادر شده است؛ در حالی که به دلایلی متعدد، میان این دو، تفاوت اساسی وجود دارد و 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 به عنصر مادی و ابراز بیرونی نیاز نداشته باشد، مثل "ریا" که قطعاً حرام است، ولی جرم نیست. علاوه بر این، تعریفی دقیق در قانون از "عمل حرام" نشده است. لذا معلوم نیست منظور، فعلی است که از دیدگاه مرجع تقلید مرتکب، حرام باشد یا از نظر مشهور فقها، یا عملی که در مورد حرمت آن اتفاق نظر وجود دارد؟ به نظر می‌رسد قدر متیقن مورد اخیر است، که در این راستا قانون

مجازات اسلامی در مورد این دسته از جرائم حساسیت لازم را اعمال نموده است و سایر موارد اجمال دارد.

رابعاً: اشکال دیگر این که قید "جریحه‌دار شدن عفت عمومی" در قسمت اول ماده مزبور وجود ندارد؛ با وجود آن که صدر ماده به اعمالی اشاره دارد که مجازات خاص خود را دارند. مشخص نیست به چه دلیل مجازات مضاعف دارد؟ اگر عمل یادشده عفت عمومی را جریحه‌دار نکند به چه علت باید مجازات شود؟ در مانحن فیه سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود آن است که آیا صرف این که عملی در انتظار عمومی انجام شود، لزوماً جریحه‌دار شدن عفت عمومی را موجب می‌شود؟ مبرهن است، هر گناهی (به ویژه گناهان صغیره) به صرف این که در ملأ عام ارتکاب یابد، لزوماً جریحه‌دار شدن عفت عمومی را موجب نخواهد شد. بر این اساس، به نظر می‌رسد در نظر گرفتن کیفر اضافی برای هر عمل حرامی که در انتظار عمومی رخ دهد، دلیل متقن شرعی ندارد، مگر این که عفت عمومی را جریحه‌دار سازد. در این صورت، به دلیل قباحت، قابل جرم‌انگاری مستقل و اعمال مجازات اضافی است. در دنیای امروز، اساساً نظام‌های قانونگذاری رفتارهای منافی عفت عمومی را برنمی‌تابند و از این حیث، برای جرم‌انگاری این دسته از اعمال تردیدی ندارند، اگرچه در جوامع مختلف، ممکن است در مصادیق و دامنه رفتارهای خلاف عفت عمومی اختلاف نظر وجود داشته باشد؛

#### ۴. ۱. ۲. تعارض ماده ۶۳۸ با قانون اساسی و اصول کلی حقوق جزا

یکی از اصول مسلم حقوق جزا، که در قانون اساسی به صراحت بر رعایت آن تأکید شده، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها است. به موجب این اصل مادام که رفتار افراد از سوی قانونگذار جرم‌انگاری نشده باشد و برای آن مجازات تعیین نشود، جرم محسوب نمی‌گردد و قابل مجازات نیست. این اصل در اصول متعدد از قانون اساسی، از جمله اصول ۳۶، ۱۵۶ (بند ۴)، ۱۶۶ و ۱۶۹ پذیرفته شده است.

ابهام در مفهوم عمل حرام و عدم تصریح به مصادیق آن تلویحاً، مراجعه قضات به منابع فقهی به منظور تشخیص مصادیق حرام و تعیین کیفر برای آنها را تجویز نموده است. این امر فی‌نفسه به جعل عناوین مجرمانه‌ای منجر خواهد شد که به هیچ وجه در قانون مورد تصریح قرار نگرفته‌اند.

اعطای چنین حقی در قضاوت، صراحتاً در تعارض با اصل تفکیک قوا (اصل ۵۷ قانون اساسی) است. به موجب اصل ۵۸ قانون اساسی، تنها مرجع صالح برای وضع و ابلاغ قوانین، قوه مقننه است و هر گونه جرم‌انگاری و پیش‌بینی کیفر، الزاماً باید

نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران/ ۱۲/ توسط مجلس شورای اسلامی صورت گیرد، که پس از طی مراحل قانونی و اعلام برای اطلاع همگان، لازم‌الاجرا می‌شود.

بر اساس اصول قانون اساسی، احکام و مقررات فقهی ناظر به اعمال حرام، تا زمانی که از سوی قوه مقننه در قالب قانون به تصویب نرسیده و به اطلاع مردم رسانده نشده باشد، لازم‌الاجرا نبوده است و قابلیت استناد و اجرا در دادگاهها را ندارند. از طرف دیگر، وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی حق استنکاف از رسیدگی به دعوی را ندارد و در عین حال به هیچ وجه از منطوق و مفهوم این اصل استفاده نمی‌شود که در صورت عدم تصریح مقنن به مصادیق اعمال حرام و کیفر آنها در قانون، قاضی به استناد منابع فقهی، عنوان مجرمانه ابداع نماید، بلکه وظیفه قاضی در این موارد، به استناد اصل ۳۷ قانون اساسی صدور حکم برائت است، زیرا قاضی، به اجرای قانون موظف است و قانون، اعم از قانون اساسی و قانون عادی است. بدون شک در صورت تعارض قانون عادی با قانون اساسی، در مقام اجرا، قانون اساسی بر قانون عادی رجحان خواهد داشت.

همچنین به موجب اصل ۱۵ قانون اساسی، متون رسمی از جمله قانون، باید به خط و زبان فارسی باشد؛ در حالی که خود قانون‌گذار در شناخت منابع اسلامی ناتوان است و هر زمان برداشتی نسبتاً متفاوت از آنها ارائه می‌دهد، چطور می‌توان منابع و فتاوی فقهی را، که عموماً به زبان عربی نگارش شده‌اند، جزء قوانین موضوعه دانست؟ و از افراد عادی جامعه انتظار داشت نسبت به آنها اشراف داشته باشند؟

در مجموع، به نظر می‌رسد مفاد ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی با برخی از اصول قانون اساسی و نیز با مدلول اصول کلی حقوق جزا، نظیر قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، اصل برائت و اباحه و قاعده عقلی قبح عقاب بلابیان مغایرت دارد. بر این اساس، در حقوق کیفری ایران، رعایت اصول یادشده اقتضا دارد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نیز سایر قوانین که در آنها مراجعه قضات به منابع فقهی تجویز گردیده است؛ به نحوی تفسیر شوند که اجازه مندرج در آن قوانین، منصرف از موارد جعل جرم و تعیین کیفر باشد.

#### ۴.۲. عدم رعایت حجاب شرعی، موضوع تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات

##### اسلامی

ابهامات ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی، به مواردی که شرح آن گذشت ختم نمی‌شود. تبصره ماده مزبور، صراحتاً به جرم عدم رعایت حجاب شرعی اشاره و چنین اشعار می‌دارد: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر

شوند به حبس از ۱۰ روز تا دو ماه یا از ۵۰ هزار تا ۵۰۰ هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد».

در مانحن فیه سؤالاتی که به ذهن متبادر می‌گردد عبارتند از این که: آیا حجاب شرعی، صرفاً چادر مشکی است؟! نسبت انتهای مانتو به زانوی بانوان، باید چطور باشد تا عنوان حجاب شرعی بر آن صدق نماید؟! آیا بانوانی که همراه چادر مشکی، از لاک ناخن استفاده و آرایش غلیظ دارند با حجاب محسوب می‌شوند یا بی‌حجاب؟! مفهوم "حجاب شرعی" و مصادیق نقض آن در قوانین تعریف نشده است. قانون مجازات اسلامی از این حیث دارای اجمال ظاهری است، لیکن قانون با تقیید حجاب به وصف "شرعی" بودن، مرجع تعریف حجاب و محل رفع این اجمال را مشخص ساخته است. بنابراین، ضروری است برای تعریف حجاب شرعی، به شارع مقدس و فقه امامیه رجوع شود. وجه دیگر حجاب شرعی، کیفیت پوشاندن حدود واجب است. به دیگر سخن، نحوه و شکل حجاب بانوان نیز موضوعیت داشته و خود وارد در معنای حجاب شرعی است، چرا که فلسفه ستر و حجاب برای زنان ترویج عفاف و ممانعت از تیرج و جلوه‌نمایی زنان در مقابل مردان بیگانه است (جلائیان صالح و مؤمنی، ۱۴۰۰، ص ۲۸۴).

بنابراین، نحوه پوشش نیز بایستی با این حکمت متعالی متناسب باشد. با کاوش در فقه امامیه چنین یافت می‌شود که اگر چه بانوان در انتخاب لباس و وسیله ستر خویش دارای اختیار هستند، لیکن لباس و پوشش انتخابی می‌بایست دارای دو خصیصه لازم باشد: ۱. پوشاندن کامل حدود واجب حجاب؛ به نحوی که رنگ بدن مستور شده و لباس حاجب آن گردد. لذا پوشیدن البسه نازکی که از ورای آن، رنگ بدن نمایان است حجاب محسوب نمی‌شود؛ ۲. عدم غیرمتمعارف بودن نسبت به عرف زمانی و مکانی جامعه اسلامی؛ به نحوی که موجب انگشت‌نما شدن و جلب توجه دیگران نشود.

پیش از وضع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۵، مبنای جرم‌انگاری عدم رعایت حجاب شرعی در ماده ۴ 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، منعکس بود.

برابر این ماده: «کسانی که در انظار عمومی وضع پوشیدن لباس و آرایش آنان خلاف شرع و یا موجب ترویج فساد و یا هتک عفت عمومی باشد توقیف و خارج از نوبت در دادگاه صالح محاکمه و حسب مورد، به یکی از مجازات‌های مذکور در ماده ۲ محکوم می‌گردند».

نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران ۱۴/

به نظر می‌رسد ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی ورود خاص بر عام است، چرا که ماده چهار مذکور نسبت به کلیه اشخاص عمومیت دارد، ولی قانون مجازات اسلامی تنها به جرم فقدان حجاب شرعی زنان اختصاص دارد. بر این اساس، قانون مجازات اسلامی در صورت تعارض، قانون سابق خود را تخصیص می‌زند؛ البته قانون «نحوه رسیدگی...» به قوت خود باقی است و مستند قانونی برای جرم عدم رعایت پوشش شرعی برای مردان است. محدوده تعارض این دو ماده، میزان مجازات مقرر در هر یک است، که بررسی جامع آن در مباحث بعدی می‌آید.

از باب رکن مادی، رفتار قوام‌دهنده جرم عدم رعایت حجاب شرعی، امری عدمی و سلبی است. به عبارت دیگر، "ترک فعل" رفتار تشکیل‌دهنده این جرم است. جرم مزبور عبارت است از: عدم رعایت و ترک انجام یک تکلیف قانونی، که همان مراعات حجاب شرعی است.

از خصوصیات جرائم مبتنی بر ترک فعل، می‌توان به سهولت اثبات آن اشاره نمود، زیرا در واقع، چنین جرائمی یک امر حدوثی نیست که خلاف اصل عدم بوده و نیازمند اثبات باشد؛ بلکه امری عدمی و موافق با اصل است.

از لحاظ رکن معنوی، شایان ذکر است که در صدر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی، لفظ تظاهر در مقام بیان وجود قصد مجرمانه در بزهدار می‌باشد، چرا که تظاهر به معنای آشکار کردن عامدانه است، اما به نظر می‌رسد از آن جهت که عدم رعایت حجاب شرعی، امری علنی و ظاهری محسوب می‌شود، قانون با آوردن تبصره خاص، این جرم را از شمول حکم صدر ماده خارج ساخته است، به خصوص آن که جرم مزبور، جرمی مطلق و مادی صرف بوده است، که وجود سوءنیت خاص در تحقق آن شرط نیست.

مرتکبین جرم عدم رعایت حجاب شرعی، بنا بر تصریح تبصره ماده ۶۳۸، "زنان" هستند. بنابراین، عدم رعایت حجاب شرعی لازم، توسط مردان، در معابر عمومی مشمول این ماده نخواهد بود. قوانین جزائی درباره کلیه کسانی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریائی و هوائی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند اعمال می‌گردد. بنابراین، با توجه به این حکم قانونی و اطلاق تبصره مذکور، کلیه زنانی که در قلمرو حاکمیت جمهوری اسلامی هستند به رعایت حجاب شرعی مکلف می‌باشند و عوامل "مذهب" و "تابعیت" در تحقق این جرم مداخلیتی ندارند. لذا اگر یک زن غیرمسلمان نیز بدون حجاب شرعی در انظار عمومی ظاهر شود، مرتکب جرم شده است.

ظاهراً قاعده قانونی "جهل به قانون، رافع مسؤلیت کیفری نمی‌باشد" در این جا نیز جاری است.

#### ۳.۴. نمود عمل حرام در قوانین خاص

در این گفتار، چند قانون که به جرم‌انگاری فعل حرام پرداخته‌اند، بررسی می‌شود، البته شایان توجه است که قوانین خاص متعدد در این زمینه وجود دارد، که اغلب آنها به مقررات صنفی و انتظامات اداری مربوط می‌باشد. در اینجا به نمونه‌هایی از آنها اشاره می‌شود:

الف - قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آنها در ملأ عام خلاف شرع است یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند، مصوب ۱۳۶۵:

ماده یک این قانون مقرر می‌دارد:

«کسانی که عالمأ لباس‌ها و نشانه‌هایی، که علامت مشخصه گروه‌های ضد اسلام یا انقلاب است تولید کنند یا وارد کنند و یا بفروشند و یا در ملأ عام و انظار عمومی از آنها استفاده نمایند، مجرم شناخته می‌شوند و البسه و اشیاء مذکور در حکم قاچاق محسوب می‌شود».

ماده ۴ نیز بیان می‌دارد:

«کسانی که در انظار عمومی وضع پوشیدن لباس و آرایش آنان خلاف شرع و یا موجب ترویج فساد و یا هتک عفت عمومی باشد توقیف و خارج از نوبت در دادگاه صالح محاکمه و حسب مورد، به یکی از مجازات‌های مذکور در ماده ۲ محکوم می‌گردند».

در ماده ۲ هم مجازات تعزیری این دسته از افراد، این گونه تعیین شده است: ۱. تذکر و ارشاد؛ ۲. توبیخ و سرزنش؛ ۳. تهدید؛ ۴. تعطیل محل کسب به مدت ۳ ماه تا ۶ ماه در مورد فروشنده و جریمه نقدی از ۵۰۰ هزار ریال تا یک میلیون ریال در مورد واردکننده و تولیدکننده و ۱۰ تا ۲۰ ضربه شلاق یا جریمه نقدی از ۲۰ تا ۲۰۰ هزار ریال در مورد استفاده کننده؛ ۵. لغو پروانه کسب در مورد فروشنده و ۲۰ تا ۴۰ ضربه شلاق یا جریمه نقدی از ۲۰ تا ۲۰۰ هزار ریال در مورد استفاده کننده. دادگاه با توجه به شرایط و حالات مجرم، دفعات و زمان و مکان وقوع جرم و دیگر مقتضیات، مجرم را به یکی از مجازات‌های مذکور محکوم می‌نماید.

نکات حائز اهمیتی که در این قانون می‌توان به آنها اشاره نمود، عبارتند از:

نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران / ۱۶

۱. قید "انظار عمومی" یکی از شرایط تحقق عنصر مادی جرم مزبور است، که در بحث مربوط به ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی به تفصیل به آن پرداخته شد؛  
۲. ماده ۳ این قانون برخلاف تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی، که در مورد پوشش زنان می‌باشد، به طور مطلق از لفظ "کسانی" استفاده کرده است، که اعم از زنان و مردان می‌باشد؛  
۳. عنصر مادی جرم، به چگونگی پوشش لباس و آرایش مربوط است و جرم تلقی شدن این دو عمل، مشروط به این است که یا خلاف شرع باشد یا سبب فساد باشد یا هتک عفت عمومی را موجب شود. ملاک تشخیص فساد و عفت عمومی نیز عرف، و تشخیص آن بر عهده دادگاه است. ممکن است عملی در منطقه‌ای موجب هتک عفت عمومی باشد و در نقطه‌ای دیگر امری عادی محسوب شود.

ب - قانون بازسازی نیروی انسانی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، مصوب ۱۳۶۰:

ماده ۱۸ این قانون چنین بیان می‌دارد: «اعمال خلاف اخلاق عمومی عبارت از: اعمال منافی عفت عمومی؛ تظاهر به فسق و فجور؛ عدم رعایت حجاب شرعی».  
آنچه در مورد این قانون باید گفت این است که تمام اصطلاحات بکار رفته در آن، که با اعمال منافی عفت مرتبط می‌باشد همان معنایی را دارند که در مباحث پیشین بحث و بررسی شد. همچنین به نظر می‌رسد عبارت مذکور در بند ۲ این قانون تحت عنوان "فسق و فجور" در واقع، همان معنای فعل حرام باشد.

ج - قانون مقررات انتظامی هیأت علمی دانشگاهها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقات کشور، مصوب ۱۳۶۴:

در ماده ۷ این قانون آمده است: «تخلفات انتظامی و جرایم شامل تخلفات انضباطی و اعمال خلاف شرع و اخلاق عمومی به قرار زیر است: ... ؛ بند ۱۲- ارتکاب اعمال خلاف شرع و عدم رعایت حجاب شرعی».

### نتیجه و پیشنهاد

نتایج پژوهش بیانگر آن است که حقوق کیفری ایران از احکام جزایی شریعت مقدس اسلام متأثر است. بر این اساس، قانونگذار ایرانی در راستای تمهید زمینه اجرای اصول ۴ و ۷۲ قانون اساسی، سعی و اهتمام وافر در جهت ایجاد هماهنگی میان حقوق اسلام و حقوق موضوعه می‌دول داشته و در این راستا، با وارد کردن مفاهیم رایج در حقوق اسلامی در مجموعه حقوق موضوعه کشور و در جهت تقریب دو سیستم، به وضع پاره‌ای از قوانین جزایی پرداخته است. ماده ۶۳۸ قانون مجازات



اسلامی در زمره این دسته از قوانین جای دارد. در ماده مزبور "تظاهر به عمل حرام" جرم تلقی شده و مشمول مجازات قرار گرفته است. با توجه به آن که مفهوم اصلی در جرم‌انگاری قانون، به عنوان "تظاهر به عمل حرام"؛ ارتکاب "عمل حرام" به طور علنی است، بنابراین، ضروری است که مفهوم "عمل حرام" در ماده مزبور مشخص گردد.

بررسی شد که "عمل حرام" در قوانین کیفری و بعد از انقلاب، فاقد تعریف مشخص است. با تفحص در منابع فقهی، کتاب و سنت، نیز تعریف جامع و مورد اتفاق و اجماع فقها از عمل حرام مشاهده نمی‌شود و در منابع فوق، صرفاً بعضی از مصادیق محرمت مورد اشاره قرار گرفته‌اند.

در حقوق جزای موضوعه، هیچ جرمی بدون اجتماع عناصر قانونی، مادی و معنوی محقق نمی‌شود. از طرف دیگر، ضابطه مشخص و قانونی برای تشخیص رفتار حرام وجود ندارد و مفهوم و مصادیق آن در حقوق موضوعه مشخص نیست. شمار محرمت در قلمرو فقه اسلامی نیز اندک نیست و ابهام در توصیف رفتار مجرمانه، شمول ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی بر تعدادی کثیر از محرمت را موجب می‌گردد، که هر کدام، عنصر مادی و مستقل جداگانه و مخصوص به خود دارند. بنابراین، از این دیدگاه موضوع ماده مزبور "تظاهر به عمل حرام"، ظاهراً فاقد عنصر مادی مشخص است.

چون مجوز تلویحی مراجعه به منابع فقهی در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی به جرم‌انگاری و تعیین کیفر برای اعمالی منجر می‌شود که در قانون نیامده است، لذا ماده مزبور با برخی از اصول قانون اساسی و نیز با مفاهیم اصول کلی حقوق جزا، که در حقوق اسلام، نظیر قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، اصل برائت و اباحه و قاعده عقلی قبح عقاب بلابیان نیز پذیرفته شده است، چندان سازگاری ندارد. رعایت اصول یادشده، اقتضا دارد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نیز سایر قوانین، که در آنها مراجعه قضات به منابع فقهی تجویز گردیده است، به نحوی تفسیر شوند که اجازه مندرج در آن قوانین، از جرم‌انگاری و تعیین کیفر منصرف باشد. همچنین رعایت اصول ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی ایجاب می‌کند قضات با سرلوحه قرار دادن عدل و انصاف، در خصوص رفتارهای حرام غیرمصرح در قانون، که فاقد مجازات منجز قانونی هستند، رأی بر برائت صادر کنند.

با توجه به انتقادهایی که در خصوص ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی برشمرده شد و به تفصیل مورد نقد و بررسی قرار گرفت، مهمترین پیشنهادها برای اصلاح ماده مزبور، به شرح ذیل ارائه می‌شود:

نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران ۱۸/

۱. پذیرش نظریه «التعزیر لکل عمل محرم» با مشکلاتی متعدد در مقام اجرا روبرو است، که این اشکالات، تاکنون ابراز نقدهای فراوانی از طرف حقوقدانان را باعث شده است. بنابراین، مقتضی است قانونگذاران، قضات و مجریان، به گونه‌ای متعادل‌تر و نزدیک‌تر به اهداف و مقاصد شارع عمل نمایند. در این راستا، بایستی موارد ابهام، اجمال و تعارض، به ویژه سکوت قانون را تقلیل داد و خلأهای قانونی به سرعت پر شود. بدین سان، در مواردی که جز مراجعه به منابع شرعی چاره‌ای نیست، بایستی این عمل قضایی مستند به قانون باشد؛

۲. استفاده از منابع شرعی به شکل صحیح ساماندهی شود و مقنن خود به عنوان واضع قانون از آنها استفاده نماید و احکام مزبور را به صورت صریح در قوانین موضوعه تدوین و به مردم اعلام نماید تا هم اصل شفافیت در تدوین قوانین جزایی رعایت شده باشد و هم مقررات شرعی بلااجرا نماند؛

۳. بعضی فقها، حکم ماده مزبور را تنها در گناهان کبیره پذیرفته‌اند. در حالی که از ظاهر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی چنین استنباط می‌شود که تمامی گناهان و هر عمل حرامی که در انظار عمومی ارتکاب‌یافته را قابل مجازات دانسته است. لذا با توجه به سیاست جنایی ایران در سال‌های اخیر، دائر بر جرم‌زدایی و حبس‌زدایی، بهتر به نظر می‌رسد که صدر ماده به جنبه امنیتی داشتن یا جریحه‌دار شدن اخلاق عمومی مقید شود؛

۴. در تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی کلمه "زنان" به صورت مطلق ذکر شده و واضح است که تمام زنان را شامل می‌شود، ولی از دیدگاه اسلام، اساساً برای برخی زنان حجاب واجب نیست، مانند زنان غیرمسلمان یا زنان سالخورده مسلمان. از این حیث، لازم است قانون به نحو مقتضی اصلاح گردد؛

۵. تبصره ماده مزبور، که به جرم‌انگاری بی‌حجابی مربوط است، مقید به "جریحه‌دار شدن عفت عمومی" شود. به عبارت دیگر، فقط مواردی از عدم رعایت حجاب شرعی جرم تلقی گردد، که عفت عمومی را جریحه‌دار می‌سازد، چرا که با توجه به وضع فعلی نص قانون، در صورت اجرای دقیق قانون، قشری وسیع از بانوان ایرانی، که صورت و کفین را کاملاً نمی‌پوشانند، مشمول مجازات می‌شوند. همچنین بهتر است در مرحله اجرای این تبصره، مانند برخی دیگر از قوانین، پیش از اعمال مجازات اصلی، قضایی قبل از صدور حکم موظف باشد در دو مرحله، به ترتیب برای مرتبه نخست به "پند و اندرز" بسنده کند و در بار دوم به "توبیخ" متوسل شود و در مرحله آخر، به مجازات جایگزین حبس حکم صادر نماید.

### فهرست منابع

۱. جرّ، خلیل (۱۳۷۵). فرهنگ لاروس، ترجمه سیدحمید طبیبیان، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ ششم؛
۲. جلائیان صالح، یاور (۱۳۹۵). نگرشی بر سیاست جنایی و مهار پدیده مجرمانه با انجام توبه در ایران، کرج: انتشارات سرافراز؛
۳. جلائیان صالح، یاور (۱۴۰۰). مکان شناسی جنایی: دانشی نوین در پیشگیری از جرم، تبریز: انتشارات آیین دادرسی؛
۴. جلائیان صالح، یاور و مؤمنی، مهدی (۱۴۰۰). زمان شناسی جنایی، تهران: انتشارات سازمان مرکزی دانشگاه پیام نور؛
۵. جلائیان صالح، یاور؛ مؤمنی، مهدی؛ صابریان، علیرضا و روحانی مقدم، محمد (۱۳۹۹). «تحلیل حقوقی نقش زمان در تحقق جرم، تعیین کیفر و اعمال آن». فصلنامه علمی - پژوهشی پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۶۳، صفحات: ۲۷-۶۲؛
۶. حسینی، سیدمحمد (۱۳۸۷). «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲۸، ش ۱، صفحات: ۱۴۵-۱۲۵؛
۸. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد (۱۳۷۳). المفردات فی غریب القرآن، تهران: مرتضوی؛
۹. شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۲). حقوق کیفری اختصاصی، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ هفتم؛
۱۰. طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۷۴). المیزان فی تفسیرالقرآن، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، قم: نشر فرهنگی رجا، چاپ پنجم؛
۱۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن [شیخ طوسی] (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتب المرتضویه، چاپ سوم؛
۱۲. عمید، حسن (۱۳۶۳). فرهنگ فارسی، تهران: نشر امیرکبیر، چاپ اول؛
۱۳. فیض، علیرضا (۱۳۶۹). مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: وزارت ارشاد؛
۱۴. حلی، جعفر بن حسن [محقق حلی] (۱۳۷۴). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان؛
۱۵. مصطفوی، حسن (۱۳۶۰). التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: وزارت ارشاد؛
۱۶. معلوف، لوئیس (۱۳۸۵). المنجد، مترجم: مصطفی رحیمیان، قم: نشر اسماعیلیان، چاپ چهارم؛
۱۷. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۶). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم؛
۱۸. موسوی خمینی، روح‌الله [امام خمینی] (۱۳۹۲). ترجمه تحریرالوسیله، مترجم: علی اسلامی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی؛

- نقد و بررسی جرم‌انگاری تظاهر به عمل حرام در حقوق کیفری ایران / ۲۰
۱۹. موسوی خمینی، روح‌الله [امام خمینی] (۱۳۸۱). توضیح المسائل حضرت امام خمینی (س) ، تهران: مؤسس تنظیمی و نشر آثار امام خمینی؛ چاپ و نشر عروج ، چاپ سوم؛
۲۰. موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۷). مبانی تکمله المنهاج، قم: دارالهادی؛
۲۱. موسوی گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۲). تقریرات الحدود و التعزیرات، قم: دارالقرآن الکریم، چاپ اول؛
۲۲. نجفی، محمدحسن [شیخ جواهری] (۱۳۶۵). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: نشر دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم؛
۲۳. نجفی توانا، علی و مصطفی‌زاده، فهیم (بهار و تابستان ۱۳۹۲). «جرم‌انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، ش ۸، صفحات: ۱۴۹-۱۷۰؛
۲۴. ولیدی، محمدصالح (۱۳۸۶). حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق و تکالیف خانوادگی، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.