

علمی-پژوهشی

## تحلیل فقهی و حقوقی تظاهر به افعال حلال با تأکید بر نظام حقوقی ایران<sup>۱</sup>

\* حسنعلی کلهر

\*\* حسینعلی کلهر\*\*

\*\*\* فاطمه سوهانیان\*\*\*

### چکیده

تظاهر به افعال حلال امری اعتباری و نسبی‌اند که با افکار، عقاید، آداب و اخلاق مردم هر جامعه اتباط مستقیم دارند که جرم، کژروی یا حتی هنجاردانستن آن بستگی به جامعه‌ای دارد که در آنجا به وقوع می‌پیوندد. البته قانونگذار ایران این رفتار را معایر با اصول و مبانی اخلاقی جامعه دانسته و ملاک جرم شناختن این رفتار را جریحه‌دار شدن عفت عمومی‌ای که در واقع مخدوش‌کننده‌ی نظم اجتماعی جامعه است می‌داند و بدون در نظر گرفتن اقدامات غیرکیفری با ضمانت اجرای قهرآمیز کیفری به مقابله با آن می‌پردازد. البته اقدامات غیرکیفری در مقابله با تظاهر به فعل حلال در اولویت قرار دارد و صرف قابلیت تعزیر و همچنین غیراخلاقی بودن تظاهر به فعل حلال، دلیل ضرورت جرم‌انگاری آن در حوزه حقوق کیفری نمی‌باشد. چرا که می‌توان از طریق فرهنگ سازی و اقدامات غیرکیفری، رفتار مورد نظر را محدود و با آن مقابله کرد. اما اگر اقدامات غیرکیفری نتیجه بخش باشد در صورتی تظاهر به فعل حلال قابلیت جرم‌انگاری دارد که مقابله کیفری باعث کاهش این رفتار در جامعه شود و منافعی که از جرم‌انگاری آن عاید جامعه می‌شود در مقایسه با آثار منفی آن بیشتر باشد. اما قانونگذار ایران ضمن جرم‌انگاری این رفتار، روی گرداندن از اقدامات غیر کیفری است و بدون پشتوانه جرم‌انگاری تمایل به اقدامات قهرآمیز کیفری دارد که البته می‌توان با فرهنگ سازی و آموزش برنامه‌های تربیتی و همچنین با احیای سنت حسنه امر به معروف و نهی از منکر دامنه این رفتار را محدود کرد.

کلید واژه‌ها: فعل حلال، تعزیر، جرم‌انگاری، عفت عمومی، اقدامات غیرکیفری.

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۱۷

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۱۲/۲۹

\* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده

مسئول) hasan.6715@yahoo.com

\*\* دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران h.k137020@gmail.com

\*\*\* استادیار گروه حقوق، مرکز تهران جنوب، دانشگاه پیام نور، ایران sohanianf@gmail.com

## ۱- مقدمه

بر اساس آموزه‌های دینی و تعالیم مذهبی، تعزیر نسبت به رفتاری اجرا می‌شود که نوعی ارتکاب معصیت و فعل حرام به شمار می‌آید که غالباً نوع تعزیر و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است. در عین حال در کنار این اعمال ممنوع و حرام برخی از اعمال مباح و حلال وجود دارد که انجام آنها در انظار عموم با اینکه از نظر شرعی اعمالی مباح و حلالند ولی سبب شیوع فساد در جامعه و جریحه دار شدن عفت عمومی می‌شوند. با وجود اینکه شرعاً نهی مشخصی در مورد این رفتار وارد نشده است ولی این اعمال با مناسبات فرهنگی و اصول اخلاقی جامعه اسلامی مغایرت دارند که این امر در طرز تفکر و نحوه نگرش قانونگذار ایران در تصویب و وضع قوانین و مقررات موضوعه تأثیر گذاشته است. اما قانونگذار با توجه به اینکه دامنه این اعمال به اعتبار موضوع و مصداق، موسع و غیر مصرح است به صورت کلی اقدام به جرم‌انگاری این رفتار کرده و بدون در نظر گرفتن اقدامات غیر کیفری از قبیل فرهنگ‌سازی و تربیتی، با ضمانت اجرای کیفری به مقابله با این رفتار پرداخته است.

این در حالی است که در آثار و نوشته‌های حقوقی موجود به شکل مطلوبی به تبیین این موضوع پرداخته نشده و به لحاظ کمی، آمارها حاکی از آن است که اینگونه رفتارها به نحو مخاطره‌آمیزی در جامعه به نحو مشهودی در حال گسترش‌اند. لذا این معضل اجتماعی باید به گونه‌ای مستدل و مستند بر طرف گردد که با ارائه راهکارهای حقوقی و تدارک برنامه‌های تربیتی و اخلاقی و توسعه فرهنگ مناسب و در نهایت با تبیین معیار جرم‌انگاری این رفتار می‌توان از جرم‌انگاری و مجازات خودسرانه این رفتار جلوگیری و با آن مقابله کرد.

بنابراین اگر با توجه به شرایط امروزی با این مشکل مقابله نشود سلامت اخلاق جامعه، تهدید و جرائم علیه اخلاق و عفت عمومی افزایش می‌یابد که در نتیجه موجب برهم خوردن آسایش مردم و امنیت جامعه می‌شود. البته عواملی همچون شرایط فرهنگی، اعتقادات، عرف و سایر عوامل اجتماعی، بر حسب مقتضیات زمانی و مکانی بر این رفتارها موثرند یعنی ملاک جرم‌شناختن آن عرف محل وقوع رفتار است ولی در محاکم دادگستری هیچ اثری از هیات منصفه‌ای دیده نمی‌شود که به عرف آن محل آشنا باشند تا در این خصوص نظر دهد و فقط قضات با تفسیر خود از عرف محل به این موضوع رسیدگی می‌کنند. در عین حال می‌توان از دو جهت به این موضوع توجه کرد، یکی از جهت حقوق کیفری، یعنی

مقرراتی و قوانینی که ناظر بر اینگونه اعمال است و دیگری از جهت جرم‌شناختی، یعنی آثاری که ضمانت اجرای آن بر محکوم علیه و جامعه دارد.

حال سؤالی که در این زمینه مطرح است آن است که فلسفه جرم‌انگاری و اعمال کیفر تعزیر نسبت به تظاهر به افعال حلال چیست و اینکه مهمترین چالش نظام حقوقی ایران در مواجهه با معضل فزاینده این‌گونه اعمال چیست؟

به نظر می‌رسد که فلسفه جرم‌انگاری و تعزیر اینگونه اعمال، مفسده‌انگیز بودن آن است و مهمترین چالش نظام حقوقی ایران در قبال این اعمال عدم تبیین دقیق مبانی جرم‌انگاری و طریق مقابله و برخورد با این رفتارها است.

روش تحقیق این مقاله توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای می‌باشد که در واقع هدف این پژوهش تشریح قابلیت یا عدم قابلیت جرم‌انگاری و تعزیر تظاهر به افعال حلال و همچنین تبیین عدم ضرورت جرم‌انگاری این رفتار در حوزه حقوق کیفری و اولویت ضمانت اجرای غیرکیفری در مقابله و برخورد با این رفتاری باشد.

باتوجه به اینکه تظاهر به افعال حلال به عنوان یک اصطلاح فقهی مورد استفاده قرار نگرفته و جزء عناوین فقهی نمی‌باشد و در حال حاضر نیز در آثار و کتابهای حقوقی هم بیشتر به تبیین و تحلیل تظاهر به افعال حرام پرداخته شده و به صورت جزئی به این موضوع توجه شده است. براین اساس لازم دانستیم به تحلیل و تبیین این موضوع در فقه جزایی و حقوق کیفری پرداخته شود که مبحث اول به مباحث تمهیدی تظاهر به افعال حلال و مبحث دوم به امکان‌سنجی جرم‌انگاری و تعزیر این موضوع اختصاص داده شده و در مبحث سوم به اولویت ضمانت اجرای غیرکیفری در برخورد با اینگونه رفتار و در مبحث چهارم به ارزیابی سیاست جنایی ایران در قبال این رفتار پرداخته شده است. در پایان نیز تلاش شده است که به راه‌حلها و پیشنهادهای موجود در زمینه پیشگیری یا ارائه راهکار مناسب برخوردی برای این موضوع در جامعه اشاره شود.

## ۲- مباحث تمهیدی تظاهر به افعال حلال

### ۲-۱- مفهوم لغوی و اصطلاحی تظاهر به فعل حلال

تظاهر در لغت به معنای آشکار کردن، خودنمایی، عوام فریبی (معین، ۱۳۷۱، ۱۰۹۴) یعنی عملی در

مرئی و منظر دیگران انجام دادن. و در اصطلاح امروز، ظاهرسازی کردن، نمودن چیزی را بی‌آنکه او را اصلی می باشد (دهخدا، ۱۳۷۳، ۷۴۹). خودنمایی کردن، خود را به داشتن حالت یا صفتی وانمود کردن (عمید، ۱۳۹۰، ۴۴۰) یعنی خودنمایی کردن و وانمودکردن به داشتن صفت یا حالتی می‌باشد. اگر انسان کاری را برای جلب توجه مردم انجام دهد تظاهر اطلاق می شود.

منظور از فعل؛ انجام دادن، کردارها، کنش‌ها و همچنین فعل به معنای حدث و کنایه از حرکت انسان و برخی گویند کنایه از هر عمل باشد (دهخدا، ۱۳۷۳، ۳۱۲۲) و منظور از حلال؛ جایز، شایست، آنچه که عمل به آن طبق احکام شرع روا باشد (معین، ۱، ۱۳۷۱، ۱۳۶۸) یعنی عملی که حرام نباشد و انجام آن حلال و مباح باشد.

اصطلاح تظاهربه فعل حلال در مقابل تظاهر به افعال حرام استعمال می شود که متأثر از مبانی اعتقادی و اخلاق اسلامی است و ناظر به انجام رفتار حلال غیر متعارفی در ملاء عام که مغایر با اصول اخلاقی و ارزشهای مذهبی و فرهنگی اکثر افراد جامعه می باشد و ارتکاب آن موجب جریحه‌دار شدن عفت عمومی می شود. مانند؛ تقبیل زوج و زوجه در انظار عموم.

بدیهی است که ملاک جریحه‌دار شدن عفت عمومی عرف جامعه است و تشخیص آن برعهده دادگاه می باشد به طوری که دادگاه باید عمل انجام یافته را با توجه به افکار و معتقدات و طرز تلقی اکثریت افراد جامعه بسنجد (ولیدی، ۱۳۸۰/۱۹۶). بنابراین تظاهر به افعال حلال امری اعتباری و نسبی‌اند که با افکار و عقاید و آداب و اخلاق مردم هر جامعه در ارتباط مستقیم هستند. یعنی ضابطه تشخیص جریحه‌دار شدن عفت عمومی هر جامعه‌ای، عرف حاکم بر آن جامعه و شهر یا منطقه یا مکان عمومی می باشد. زیرا در صورتی این رفتار عمل مجرمانه محسوب می شود که با توجه به تفسیر مضیق، عفت عمومی محل ارتکاب را جریحه دار نماید.

## ۲-۲- ماهیت تظاهربه افعال حلال

منظور از ماهیت تظاهر به افعال حلال این است که از حیث طبقه بندی هنجار و رفتار (جرم یا کژروی) اینگونه اعمال در چه جایگاهی قرار دارند و از چه واکنش اجتماعی (ضمانت اجراهای کیفری یا غیر کیفری) در قبال این رفتار استفاده می شود.

جرم انگاری و کژروی انگاشتن رفتارها در هر جامعه، علاوه بر وجدان عمومی جامعه، بستگی به تلقی

دولت حاکم نیز دارد. به طوریکه برخی از نظامهای سیاست جنایی به سوی جرم انگاری رفتارهایی که جامعه دراصل، کژروی تلقی می کند، متمایل اند (رایجیان اصلی ۱۳۹۰، ۱۴). بنابراین اگر تظاهر به افعال حلال را دولت به عنوان جرم تلقی کند و با پاسخ رسمی - دولتی (مجازات) مواجه شود، در اصل، جرم (بزه) نام می گیرند، و در مقابل اگر با واکنش غیر رسمی یا اخلاقی - عرفی (مانند پند و اندرز، سرزنش، توبیخ) رو به رو شوند، انحراف یا کژروی لقب می گیرند یا حتی در برخی موارد این رفتار به عنوان هنجاری مورد قبول جامعه شناخته می شود که نه از طرف دولت و نه از طرف جامعه مورد واکنش قرار نمی گیرد. بنابراین ماهیت این رفتار بر حسب زمان و مکان در اجتماعات مختلف، متفاوت می باشد. به فرض مثال در هر یک از کشورهای جهان، مردم آن کشور آداب و رسومی را خوب و پسندیده می دانند و چه بسا همین آداب و رسوم برای مردم کشور دیگری بسیار زشت و ناپسند باشد و موجب انزجار آنان گردد. یعنی برخی اعمال از دیدگاه اکثریت مردم جامعه زشت و ناپسند و درخور سرزنش و ملامت می باشد که این امر در طرز تفکر و نحوه نگرش قانونگذار در تصویب و وضع قوانین و مقررات گوناگون تاثیر می گذارد. بنابراین برای ارائه تعریفی جامع و مانع از این اعمال باید این اعمال را در گستره موازین اخلاقی متعارف اکثریت افراد جامعه مورد ارزیابی قرار گیرد.

به طور کلی در ارائه تعریف تظاهر به افعال حلال می توان چنین گفت؛ انجام هرگونه عملی مباح و حلال در مرئی و منظر عموم که از حد و مرز متعارف جامعه فراتر رود و از نظر عرف متشرعه عملی ناشایست و دور از اخلاق و ادب معنوی اکثر افراد جامعه باشد که موجب جریحه دارشدن عفت عمومی گردد به نحوی که جامعه نتواند آن را غمض عین کند و با اینکه این رفتار، عملی حلال و مباح می باشد ولی جامعه آن را به عنوان یک عمل ضد اخلاق و عفت عمومی بداند. به فرض مثال هرگاه روابط بین زوج و زوجه درملاء در خارج از حد و مرز متعارف ارزشهای پذیرفته شده در جامعه برای ارضای تمایلات جنسی انجام گیرد.

در اینکه حکومت اسلامی مجاز، و بلکه موظف به مبارزه با جرایم علیه عفت عمومی می باشد، تردیدی وجود ندارد. چراکه برای این اعمال گاهی از سوی شارع مقدس علاوه بر مجازات اخروی مجازات دنیوی معین (حدود) مشخص شده و گاهی نیز برای این اعمال ممنوع جز در برخی موارد خاص آن، مجازاتی تعیین نشده (تعزیر) است البته مینا و ملاک مشروعیت مبارزه با بسیاری از این اعمال، حرام بودن رفتار ارتكابی است. اما درکنار این اعمال حرام برخی از اعمال وجود دارد که شرعا نهی مشخصی در مورد

آنها وارد نشده است ولی ارتکاب آنها در انظار عموم موجب جریحه دار شدن عفت عمومی می‌شود در این مورد تکلیف چیست؟ آیا حکومت حق دارد اقدام به جرم‌انگاری این رفتار(تظاهر به افعال حلال) نماید و مرتکبان آن را مجازات(تعزیر) نماید؟

### ۳- امکان سنجی جرم‌انگاری و تعزیر تظاهر به افعال حلال

برای فهم امکان سنجی جرم‌انگاری و تعزیر تظاهر به افعال حلال ابتدا باید قلمرو اعمال مجازات تعزیری و ملاک و مبنای جرم‌بودن رفتاری را از منظر فقه جزایی و حقوق کیفری مورد بررسی قرار داد که قابلیت جرم‌انگاری و تعزیر رفتار بر چه مبنایی است.

#### ۳-۱- از منظر فقه جزایی

بسیاری از اعمالی که در قوانین موضوعه فعلی، به ویژه در بخش تعزیرات، جرم شمرده شده، نصّ و دلیل خاصی بر حرمت و جرم بودن آن در شرع مقدس اسلام وارد نشده است. با این وجود مبنا و ملاک مشروعیت بسیاری از قوانین تعزیری جزایی اسلام، قاعده «التعزیر لکل عمل محرّم» است که در بعضی از کتب قواعد فقه ذیل قاعده «التعزیر لکلّ معصیة» یا «کلّ معصیة لم یرد فیها حد ففیها التعزیر» آمده است (عمیدزنجانی، ۱۳۸۷، ۷). این قاعده یکی از قواعد اصطیادی در فقه شیعه و عامه است که با وجود مشخصاتی که بعضی از فقها به این قاعده وارد کرده‌اند ولی هیچ فقیهی آن را نفی نکرده است. برخی از فقها طبق این قاعده مجازات تعزیر را منحصر در ارتکاب معصیت و فعل حرام می‌دانند ولی در این مورد هم اختلافی به نظر می‌رسد که بعضی از فقها معتقدند اجرای تعزیر منحصر در معصیتی است که منصوص و در روایات آمده است.

فقیه معاصر آیت الله گلپایگانی در این زمینه می‌گوید: «در مواردی که شارع به عنوان حدّ یا تعزیر تعیین عقوبت ننموده است و نصّی در ارتباط با آن وارد نشده است، جدّاً مشکل است حکم به جواز تعزیر داده شود؛ زیرا معلوم نیست چنین تعزیری شرعاً جایز باشد» (کریمی جهرمی، ۲، ۱۴۱۲، ۱۴۴-۱۵۵) مرحوم- گلپایگانی تعزیر در غیر موارد منصوص را فاقد دلیل و حجت شرعی و تنها راه مشروع مقابله با معاصی فاقد تعزیر منصوص را، امر به معروف و نهی از منکر می‌داند. ولی برخی از فقها معتقدند در مواردی که ارتکاب معصیت موجب ایذا و آزار دیگران گردد، تعزیر در غیر موارد منصوص نیز جایز است (صافی، ۱۴۰۴،

۳۴-۳۵) چون گناهان دارای مراتب مختلفند، اگر معصیتی که در مورد آن دلیل وارد نشده است، مساوی- گناهی است که نسبت به آن دلیل وجود دارد و در آن مرتبه از اهمیت قرار گرفته است، تعزیر نسبت به آن جایز است (همان، ۱۳۷). برخی دیگر از فقها معتقدند که تعزیر در مطلق گناهان کبیره جریان دارد (نجفی، ۴۱، ۱۳۹۸، ۴۴۸) و برخی دیگر معتقدند تعزیر در مطلق معصیت اعم از صغیره و کبیره است (الطوسی، ۵، ۱۴۲۸، ۴۱۲). به طور کلی بر اساس قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» تعزیر فقط نسبت به عمل معصیت با مجازات مصرح در شرع و همچنین در موارد غیر مصرحی که ارتکاب معصیت موجب ایذا و آزار دیگران می‌گردد و همچنین معصیتی که در مورد آن دلیل وارد نشده است، ولی در مرتبه و اهمیت گناهی است که نسبت به آن دلیل وجود دارد، جایز است و در صغیره و کبیره بودن گناه فرقی نیست. بنابراین می‌توان گفت بر اساس قاعده التعزیر لکل عمل محرم تعزیر نسبت به ارتکاب همه معاصی اعم از صغیره و کبیره جاری است. پس بر این اساس تظاهر به افعال حلال که از نظر شرعی گناه و معصیت حساب نمی‌شوند مجوز شرعی برای اعمال مجازات تعزیر بر اینگونه اعمال وجود ندارد. در نتیجه اینکه، در هر صورت تعزیر تظاهر به فعل حلال بدون مجوز است و مشروع نیست. چون دلیل منصوص بر حرام بودن این افعال وجود ندارد و با توجه به اصل برائت اینگونه افعال حلال می‌باشند و هیچگونه حرمتی بر آنها نیست و اگر با توجه به اینکه این اعمال موجب جریحه شدن عفت عمومی می‌شوند بازهم بخواهیم تعزیر رابه اعمال غیر منصوص که موجب آزار و اذیت دیگران می‌شود تسری دهیم در صورتی این اعمال قابل تعزیراند که معصیت و حرام باشند ولی تظاهر به افعال حلال فی نفسه عمل مباح و حلال‌اند. مانند تقبیل زوج و زوجه- ای در منظر عام هر چند این عمل موجب جریحه شدن عفت عمومی و اذیت دیگران شود ولی از نظر شرعی فی‌الذات عملی مباح و حلال می‌باشد.

اقوالی که به آنها اشاره شد (تعزیرات در محرمات شرعی) عمده‌ترین اقوال در مورد قلمرو تعزیر در آثار فقه امامیه است. وجه مشترک این اقوال این است که همه تقریباً در محدوده معصیت شرعی قلمرو تعزیر را در سعه و ضیق می‌دانند. در این اقوال تنها رفتارهایی که به حکم اولی شرع اعم از منصوص و غیرمنصوص گناهان کبیره و صغیره تحریم شده‌اند مورد تعزیر قرار می‌گیرند و از طرفی کمتر نشانه‌ای از تعزیر رفتارهایی که به حکم اولی تحریم و تجریم نشده‌اند، اما به اقتضای حاکمیت حاکم اسلامی در جهت حفظ منافع و مصالح برای فرد و جامعه و دفع فساد از آنان ممنوع می‌شود دیده می‌شود.

ولی در پاسخ به این اقوال چنین می‌توان گفت: با توجه به اینکه قاعده التعزیر لکل عمل محرم از

قواعداصطیادی و فاقد دلیل نقلی معتبر بوده و تنها شهرتی در لسان فقها داشته است(محقق داماد، ۱۳۹۱، ۲۴۸). بنابراین اگرچه طبق این قاعده تعزیر، در معصیت و هر نوع عمل خلاف شرع جریان دارد لکن اثبات شی دلالت نفی از ماعدا نمی کند و منافاتی ندارد که در برخی از اعمال جایز شرعی(تظاهربه افعال حلال) نیز تعزیر به عنوان مجازاتی که از شیوع فساد در جامعه جلوگیری می کند پیش‌بینی شود.

ازطرفی قاعده التعزیر بمایراه الحاکم در تعزیرات به صورت مطلق وارد شده است که در برخی از متون نیز با عبارت «ذالک الی الوالی» ذکر شده است که منظور از والی مجاز در عرف فقهی شیعه، همان ولی امر و فقیه جامع شرایط است (عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ۱۵۲). و در هیچ یک از متون روایی معتبر عبارت «الی الحاکم» به معنای قاضی محکمه نیامده است (محقق داماد، ۱۳۹۱، ۲۳۲) این نشانگر آن است که به طور کلی تعیین مجازات از مناصب و مسئولیتهای ولی امر مسلمین و رهبری به معنای مدیریت جامعه اسلامی است. همچنین فقهای عامه نیز تعیین مجازات تعزیری را موکول به نظر امام یعنی حاکم جامعه اسلامی دانسته‌اند(زحیلی، ۱۴۰۹، ۲۸۷، ۴). با توجه به اینکه تعیین تعزیر به اختیار حاکم جامعه اسلامی(ولی فقیه) است بنابراین حاکم اسلامی می تواند با توجه به شرایط ومقتضیات زمانی هر فتاری را که مخل امنیت و آسایش و موجب شیوع فساد در جامعه می شود را با تعیین مجازات تعزیری جرم انگاری کند گرچه ممکن است این امور با عنوان اولی و بالاصاله حرام شرعی نباشد. البته در فقه امامیه در عصر غیبت این امروظیفه فقیه جامع شرایط است که به قوه مقننه تفویض گردیده .

بنابراین با توجه به قاعده التعزیر بمایراه الامام تعیین نوع جرم، عمل مجرمانه، نوع و میزان مجازات، دراختیار حکومت اسلامی است و می توان به این نتیجه رسید که مجازات تعزیری منحصر در اعمال حرام شرعی نیست بلکه حاکم اسلامی می تواند اعمالی که حرام نبوده و تعزیری ندارد ولی انجام آن درانظارعموم موجب جریحه کردن عفت عمومی وهمچنین موجب شیوع فساد درجامعه می گردد را جرم تشخیص داده و برای آن مجازات تعزیری تعیین کند. صاحب معالم القربه درهمین رابطه می گوید: «محتسب می تواند از مباحات نیز جلوگیری کند چنانچه اگر مرد با همسر خود پیش چشم مردم ملاحظه و گفت و شنودهای عاشقانه به عمل آورد، مورد اعتراض واقع می شود.» (منتظری، ۱۳۷۰، ۴۷۶-۴۷۷). بنابراین طبق قاعده( التعزیر بمایراه الامام) می توان تعزیر را علاوه بر فعل حرام به رفتار حلال و مباحی که جامعه را به تباه و فساد می کشاند تعمیم داد.

همچنین ازطرفی با صراحت و به صورت مطلق در فقه عامه مورد اتفاق است که تخلف از احکام



حکومتی حاکم اسلامی، جهت حفظ منافع و مصالح جامعه مستوجب تعزیر است (ابوالمعاطی، ۱۹۷۶، ۴۸۱؛ عوده، ۱۴۰۵، ۱۴۹-۱۵۴). همچنین در مواردی در فقه امامی به تصریح یا تلویح، جلب مصلحت یا دفع مفسده منشأ و منبع حکم دانسته شده است. برای نمونه شهید اول تعزیرات را دائر مدار ارتکاب محرمات الهی نمی‌داند، بلکه اعمال مفسده‌آور را نیز در برخی موارد مستلزم تعزیر می‌داند (عاملی، ۱۴۱۷، ۱۴۳) نظر ایشان این است که تعزیر تابع مفسده است، اگر عملی مفسده در پی داشته باشد می‌توان برای آن مجازات تعزیری اعلام نمود هر چند آن عمل در شرع حرام نباشد. مانند اعمال ارتکابی از ناحیه اطفال و مجانین که تادیب آنها به صورت تعزیر به منظور اصلاح و تربیت آنها صورت می‌گیرد. لذا ایشان تعزیرات را لزوماً مصادیق محرمات الهی نمی‌داند و اعمال مفسده‌آور را در برخی موارد مشمول تعزیر می‌شمرد. همچنین از نظر برخی از فقهای متأخر امامیه، حکومت اسلامی می‌تواند هر قانونی را که مطابق با مصلحت نظام است وضع و ناقصان آن را تعزیر کند (عینی نجف‌آبادی، ۱۰۶، ۱۳۷۲-۱۰۷). بنابراین برای از بین بردن مفسده از اجتماع موارد اعمال مجازات تعزیری منحصر در محرمات الهی نیست، بلکه تعیین نوع عمل مجرمانه منوط به تشخیص و صلاح‌دید حکومت اسلامی است.

در نهایت به نظر می‌رسد با توجه به جهانی و جاودانگی دین مقدس اسلام، علاوه بر قواعد فقهی و نظرات فقها با یک استدلال عقلی نیز این نتیجه حاصل می‌شود که؛ حال اگر در جایی ما بدون آنکه در قرآن یا سنت چیزی داشته باشیم، به حکم عقل مصلحت یا مفسده‌ای را کشف کنیم، به حکم آن آشنایی که با روح اسلام داریم، فوراً به حکم عقل، حکم شرع را کشف می‌کنیم. پس چون احکام تابع مصالح و مفاسد نفس الامری هستند و این مصالح و مفاسد هم غالباً در دسترس ادراک عقل بشر است، پس عقل بشر هم می‌تواند خودش قانون اسلام را کشف کند (مطهری، ۱۳۸۳، ۷-۲۶). بنابراین می‌توان گفت احکام اسلام تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند و نباید در برخورد با یکسری رفتارهایی که عفت عمومی را جریحه دار می‌کنند به خاطر عدم تصریح شرع بر مجازات آنها دچار مشکل و بلا تکلیفی شد. پس باید اختیار جرم‌انگاری و برخورد با اعمال حلال شرعی‌ای که عفت عمومی را جریحه دار می‌کند برای حکومت اسلامی وجود داشته باشد تا بنابر صلاح‌دید حکومت و جامعه مشمول ممنوعیت قرار گیرد. اما با این وجود قول به ملازمه عقل و نقل دلالتی بر تعزیر ندارد و امکان مجازات را میسر نمی‌گرداند.

### ۳-۲- از منظر حقوق کیفری

ملاک و مبنای جرم بودن رفتاری در حوزه حقوق کیفری این است که رفتار، مخل نظم عمومی یا

مغایر مصالح عامه و یا افراد جامعه باشد و قانون آن را قابل مجازات اعلام کند (حبیب‌زاده، ۱۵، ۱۳۹۰). بنابراین هر حکمی که از طرف قانونگذار جعل می‌شود، برای جلب منفعت و دفع مفسده‌ای است که همه مردم به طور مستقیم یا غیر مستقیم، در آن سهیم‌اند و این معنا در احکام اسلامی نیز رعایت شده است که هدف جرم‌انگاری در اسلام، حفظ و بقای ارزشهای فردی و اجتماعی، اقامه عدل، حمایت از اخلاق فاضله و کرامت و شأن انسان در رساندن او به کمال مطلوب می‌باشد (محامی، ۱۴۱۷، ۲۵۴). پس برای جرم شناختن تظاهر به افعال حلال و قابلیت تعزیر آن در حقوق کیفری، در درجه اول این رفتار باید محل نظم عمومی و با مبانی اخلاقی و ارزش‌های فردی و اجتماعی جامعه در تعارض باشد.

براین اساس در هر جامعه سالم و متمدنی مجموعه قوانینی حاکم می‌شود که برگرفته از باورها و عقائد افراد آن جامعه است که قانونگذار با جرم‌انگاری برخی رفتارها، ارزش‌های اساسی و بنیادین مورد پذیرش یک جامعه را که میزان توافق اکثریت شهروندان بر ممنوعیت آن است حمایت می‌کند. این یک آرمان مردم‌سالارانه است که تا حد امکان، حقوق باید مطابق ایده‌ها، نگرش‌ها و عقیده‌های دست کم اکثریت شهروندان شکل بگیرد و با انتظارات عمومی مردم، یعنی با سنت‌ها، شرایط فرهنگی، آداب و رسوم و سایر عوامل اجتماعی هماهنگی و سازگاری داشته باشد (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰، ۱۸۹-۱۹۰). بنابراین هر جامعه، قانونی برای هنجارهایی که بیانگر ارزشهای مورد حمایت آن جامعه است وضع می‌کند. به فرض مثال در کشورهای غربی، و بخصوص در آمریکای لاتین، وقتی می‌خواهند نسبت به سخنران و گوینده و شخصیت مهمی نهایت احترام را به عمل آورند، با او روبوسی می‌کنند، فرق نمی‌کند که آن شخص زن باشد و یا مرد. اما در جامعه اسلامی روبوسی کردن زن با مرد بیگانه چه درخفا و انتظار مردم بسیار زشت و ناپسند است و از مصادیق جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی بوده و مستحق مجازات می‌باشد. چون این عمل در دین مقدس اسلام حرام و مورد نهی قرار گرفته است. اما برخی اعمال هستند که در نظر دین مقدس اسلام و جامعه اسلامی حلال و مباح و بسیار نیکو و با ارزش است و حتی انسان را به انجام اینگونه اعمال در دین مقدس اسلام سفارش شده است. ولی عده‌ای از اشخاص کم‌تعهد، این اعمال حلال و مباح را در انتظار عمومی انجام می‌دهند که موجب جریحه‌دار کردن عفت عمومی می‌شود. مانند زن و شوهری که در خیابان دست یکدیگر را بگیرند یا اینکه اقدام به تقبیل یا اعمال مشابه در انتظار عمومی نماید، هر چند این اعمال از نظر شرعی گناه و حرام محسوب نمی‌شود ولی با اصول و مبانی اخلاقی جامعه که بر مبنای اسلامیت تشکیل یافته در تعارض است و از نظر عرف متشرعه کاری ناشایست و دور از

اخلاق و ادب معنوی است. چراکه در دین مبین اسلام کیان خانواده دارای جایگاه والا و اساس جامعه می‌باشد و خانواده را مهمترین وسیله جهت اصلاح جامعه معرفی می‌نماید. لذا استحکام هر چه بیشتر این نهاد مقدس امری لازم و ضروری است و حلال و مباح بودن عمل را دلیل انجام آن در انظار عموم نمی‌باشد. لذا قانون مجازات اسلامی تظاهر به افعال حلال را مغایر با مبانی اخلاقی جامعه دانسته و ملاک جرم شناختن این رفتار را جریحه‌دار شدن عفت عمومی می‌داند که در واقع مخدوش‌کننده نظم اجتماعی جامعه است، چراکه این امور برخاسته و نشأت‌گرفته از آداب و هنجارهای فرهنگی می‌باشد.

از طرفی از نظر «اصل عدم ضرر» اشخاص حق ایراد ضرر به دیگران را ندارند (قیاسی، ۱۳۸۰، ۲۴۶) اما انجام این اعمال در انظار عموم موجب تحریک و جذب نظر جوانان و اجنبی می‌شود که زمینه آلوده شدن آنان را به گناه فراهم و سلامت اخلاقی و روانی جوانان جامعه را تهدید می‌کند و ارتباط مقدس خانوادگی را از بین می‌برد. زیرا بخش قابل توجهی از قربانیان این عمل را کودکان و جوانان مجرد و زنان تشکیل می‌دهند و برهیچ کس پوشیده نیست که کودکان و جوانان مجرد و زنان تربیت نسل آینده و تأمین سلامت اخلاقی نسل بعد را برعهده دارند. این اعمال ناشایست و غیراخلاقی به غیر از تهییج احساسات جوانان مجرد، سبب پرده‌داری و شیوع فساد در جامعه و موجب جریحه‌دار کردن عفت عمومی، پایه‌گذار اشاعه بی‌حیایی و بی‌غیرتی در جامعه نیز قلمداد می‌شوند. به فرض تقبیل زوج و زوجه در انظار عموم راه را برای دختران و پسران نامحرمی باز می‌کند که دارای نسبت استنادی زوجین مذکور نبوده و تنها با استفاده از چنین فضای مهیاشده‌ای، آزادانه به ارتکاب روابط نامشروع در جلوی چشم مردم می‌پردازند که این امر نیز در جهت تزلزل امور خانوادگی بوده و مغایر با مفاد و روح قانون اساسی می‌باشد.

همچنین از طرفی از نظر «اصل پدرسالاری حقوقی» اشخاص، حق ایراد ضرر به خود را ندارند (همان) اما این اعمال علاوه بر شیوع فساد در جامعه و جریحه‌دار کردن عفت عمومی و ترویج فرهنگ غلط در جامعه باعث بی‌حیایی و بی‌شخصیتی خود فرد در برابر دیگر افراد جامعه می‌شود.

بنابراین جایگاه اخلاق در حقوق کیفری یک جایگاه غیرقابل انکار و اثرگذار است که عدول از مقررات اخلاقی گاهی با واکنش اجتماعی و گاهی با ضمانت اجرای کیفری مواجه می‌شود و درکنار ضرورت‌هایی که مقنن را به وضع قوانین مورد نیاز اجتماع وا می‌دارد، باید پذیرفت بسیاری دیگر از قوانین وضع شده، برای جلوگیری از گسترش رفتارهای غیراخلاقی است. بنابراین هرچند جرم، در نسبت باکنش‌های مخالف نظم اجتماعی صورت می‌گیرد ولی با نگاهی دقیق‌تر می‌توان گفت، همین مفهوم نظم اجتماعی یقیناً بدون

توجه به گرایش‌های اخلاقی یک جامعه قابل اشاره نیست. در واقع رفتارهای مخدوش کننده‌ی نظم اجتماعی همان رفتارهایی هستند که وجدان عمومی افراد اجتماع را جریحه‌دار می‌کنند. به عبارتی اساساً می‌بایست نظم اجتماعی را همان مجموعه‌ی باورهای عمومیت یافته‌ی اخلاقی جامعه دانست که در حالت استقرار قرار دارد. پس می‌توان گفت اساساً مفهوم جرم که بنیادی‌ترین مفهوم حقوق کیفری است، براساس رفتارهای غیر اخلاقی شکل می‌گیرد و به نوعی با یک رابطه مستقیمی بین اقتضائات هویت فرهنگی وجود داشته و جرایم نیز متأثر از این امورند.

البته تظاهر به افعال حلال، امری نسبی بوده و تابع اخلاقیات، اعتقادات، آداب و رسوم متعارف اکثریت افراد هر جامعه است و حسب مقتضیات زمانی و مکانی فرق می‌کند به طوریکه در آن واحد، عملی که در یک منطقه به اصطلاح منطقه پایین شهر و جامعه سنتی و مذهبی - نامشروع و مشمول عنوان منافی عفت و اخلاق عمومی می‌باشد ولی در منطقه‌ای - به اصطلاح منطقه بالا شهر و جامعه مدرن - مجاز و مشروع شناخته شود. البته ممکن است گاهی هم برخی رسوم و عادات در هر دو اجتماع پسندیده و مخالفت با آن تقریباً محال باشد به فرض مثال اگر زن و شوهری بعد از یک سفر طولانی در فرودگاه با هم مواجه شوند، طبیعتاً این مسأله با اصول و مبانی اخلاقی جامعه در تعارض نمی‌باشد.

با وجود این هر رفتاری هر اندازه غیر اخلاقی یا مخالف مصلحت و یا نظم عمومی باشد بدون وجود قانون مقدم بر آن، جرم محسوب نمی‌شود و قاضی کیفری نمی‌تواند رفتار ارتكابی شهروندان را جرم و برای آن مجازات تعیین کند. به عبارت دیگر تنها قانونگذار است که به عنوان نماینده وجدان عمومی، می‌تواند و حتی مکلف است عناوین مجرمانه را تعیین و برای آنها مجازات پیش‌بینی کند (حبیب-زاده، ۱۳۹۰، ۲۴). بنابراین رفتاری که ذاتاً مباح و حلال است ولی از باب مصلحت جامعه قابلیت تعزیر را دارد (تظاهربه فعل حلال) لذا رعایت حقوق افراد جامعه و مصلحت عمومی اقتضا می‌کند که در تعیین عناوین مجرمانه و اجرای مجازات‌ها، فقط قانون مورد استناد قرار گیرد و مصداق‌های مجرمانه این رفتار از قبل توسط قانونگذار مشخص و برای آن مجازات تعیین شود تا قضات محاکم نتواند بنا بر سلیقه خود هرگونه که صلاح می‌دانند رفتار شهروندان را ارزیابی و برای آن رفتار مجازات تعیین کنند تا افراد در انجام رفتار روزمره دچار سردرگمی نشده و نسبت به عناوین مجرمانه آگاهی داشته و از ارتکاب آن خوداری کنند.

با وجود این قانونگذار ایران در شق دوم ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ تظاهر به افعال حلال را به صورت کلی جرم دانسته و عناوین مجرمانه را صریحاً در قانون مشخص نکرده است.

ضمن اینکه این ماده با اصل قانونی بودن جرم در تعارض است این امر باعث می‌شود قضات محاکم در تعیین عنوان مجرمانه سلیقه‌ای برخورد و مجازات متفاوت صادر نمایند و شهروندان به نوعی در انجام رفتار خود در سردرگمی باشند.

اما اینکه آیا می‌توان گفت صرف اثبات قابلیت جرم‌انگاری و تعزیر تظاهر به افعال حلال، دال بر ضرورت وارد کردن این ناهنجار اجتماعی در حوزة حقوق کیفری است؟ و اینکه آیا می‌توان از طریق راهکارهای دیگری همچون فرهنگ‌سازی با این رفتار مقابله و از مجازات کیفری به عنوان آخرین راه حل استفاده کرد؟

به طور کلی تظاهر به فعل حلال علاوه بر اینکه با اصول و مبانی اخلاقی جامعه مغایرت دارد به پایه و اساس نظام اجتماعی لطمه وارد می‌کند چون زمینه ساز سایر جرایم می‌باشد و از طرفی موجب جریحه‌دار شدن عفت عمومی می‌گردد. ولی این دلیل نمی‌شود که قانونگذار کیفری به بهانه شکل‌دهی هنجارهای مورد انتظار عموم و سالم‌سازی جامعه از طریق جرم‌انگاری و با تحمیل اقدامات کیفری بر جامعه با این رفتار مقابله کند. چراکه منجر به واکنش‌های مختلف و برداشته‌ای متعدد می‌گردد.

بنابراین اگرچه تظاهر به افعال حلال که با اصول و مبانی اخلاقی جامعه مغایر دارند ولی با توجه به آثار و نتایج زیانبار اقدامات کیفری باید به منظور جلوگیری از ورود ضرر به فرد و جامعه ابتدا با اقدامات غیرکیفری همچون فرهنگ‌سازی به مقابله با این رفتار اقدام کرد و اگر این اقدامات نتیجه‌بخش نباشند در صورتی مقابله قهرآمیز کیفری با این رفتار مجاز است که این اقدامات برای جامعه و بزهکار مفید و موثر باشد. بنابراین ضمانت اجرای غیرکیفری در برخورد و مقابله با این رفتار در اولویت قرار دارد که در مبحث بعدی به آن پرداخته می‌شود.

#### ۴ - اولویت ضمانت اجرای غیرکیفری در برخورد با تظاهر به افعال حلال

باتوجه به اینکه حاکم اسلامی اختیار انتخاب مجازات تعزیری برای تظاهر به افعال حلال را دارد و این واگذاری، برای حاکم ایجاد حق و نه تکلیف، نموده و حتی در صورت تحقق جرم و اثبات آن، سیاست جنایی اسلام، مجازات را امری بایسته و حتمی نمی‌داند و آن را مشروط به مصالح و مفاسدی می‌داند که حاکم شرع تشخیص می‌دهد و همچنین سیاست جنایی اسلام یک سیاست جنایی مشارکتی (دولتی - مردمی) و در عین حال درونی - بیرونی است (غلامی، ۱۳۹۰، ۶۸ و ۴۱۲) که مبنای آن در مورد مداخله مردم

اصل امر به معروف و نهی از منکر و در مورد دولت علاوه بر امر به معروف و نهی از منکر، فلسفه تشکیل حکومت اسلامی می باشد و در عین حال، اعمال مجازات تعزیری منحصر به تازیانه نیست و می‌تواند حتی از یک نصیحت و موعظه، شروع گردد و گستره تعزیر در هر زمان، به دست حاکم است که با توجه به مقتضیات و شرایط زمان و مکان، تشخیص می‌دهد که چه میزان از جرایم این حوزه را، مشمول جرم - انگاری نماید.

بنابراین وقتی رفتاری مغایر با مبانی اخلاقی جامعه تلقی گردید و افراد جامعه به دنبال مقابله با آن باشند، باید به این امر توجه شود که ابتدا از طریق فرهنگ‌سازی و اقدامات غیر کیفری، رفتار مورد نظر را محدود و با آن مقابله کرد. پس زمانی که با استفاده از روشها و پاسخهای غیر کیفری امکان مقابله با آن باشد، توسل به اقدامات قهرآمیز کیفری موجه نیست. بنابراین صرف مخالف بودن رفتاری با اصول اخلاقی جامعه نمی‌تواند دلیل مجازات و صدور مجوز اعمال کیفر باشد. همان گونه که گفته شده: هیچ کس برای شکستن یک فندق از پتک استفاده نمی‌کند. همچنین جامعه نباید برای کنترل رفتاری که می‌تواند به وسیله پاسخهای حقوقی دیگر با پاسخهای جامع سایر رشته‌های حقوقی به شکل مؤثری تحت نظم درآید، از حقوق کیفری استفاده کند زیرا استفاده بیش از حد حقوق کیفری، باعث کاهش ارزش آن و تورم کیفری خواهد شد (کلارکسون، ۱۳۷۱، ۲۲۴). پس توسل به ضمانت اجراهای کیفری در جایی که تدابیر غیر کیفری کارایی لازم را دارند، هیچگاه توصیه نمی‌شود.

در نظر بنیانگذاران مکتب تحقیقی، حفظ نظم اجتماع صرفاً با کنترل بزهکاری به دست نمی‌آید، بلکه مقدم بر آن، کنترل انحراف باید مد نظر قرار گیرد. بنابراین سازوکار مقابله با تظاهر به افعال حلال، اقدامات قهرآمیز کیفری نیست، بلکه هر تدبیر و اقدامی که بتواند این حالت را تعدیل کند کافی خواهد بود. به هر حال در مقابله با تظاهر به افعال حلال که زمینه ساز جرایم خطرناک دیگرند باید نخست از طریق تدابیر غیر کیفری و پیشگیرانه مقابله کرد و با توسل به تدابیر پیشنهادی در پیشگیری، دامنه آنها را محدود ساخت و اگر از طریق اقدامات غیر کیفری و تربیتی، پیشگیری یا دامنه آن محدود شود دیگر نیازی به جرم‌انگاری آن رفتار وجود ندارد.

اما بدیهی است چنانچه توسل به اقدامات غیر کیفری و پیشگیرانه برای مقابله با این رفتار کارایی نداشت و ضمانت اجرای غیر کیفری به عنوان عامل پیشگیرانه نتیجه‌بخش نباشد به عنوان آخرین حربه می‌توان از طریق جرم‌انگاری با تدابیر سرکوب‌گر کیفری با آنها مقابله کرد. ولی ضمانت اجراهای کیفری،

باید به عنوان عامل پیشگیرانه به کار گرفته شود و از آنجا که تظاهر به افعال حلال زمینه ساز ارتکاب جرایم دیگر می باشد و خساراتی برای جامعه ایجاد می کند، باید با اعمال کیفر، حالت خطرناک فرد در نطفه خفه شده و دفاع اجتماعی تأمین گردد. البته باید این را هم در نظر داشت که اگر مصادیق تظاهر به افعال حلال مستلزم اقدامات قهرآمیز کیفری می باشند، نتایج این جرم انگاری همواره باید نتایج مفید و مؤثری برای جامعه و بزهدار داشته باشد. یعنی؛ جامعه با استفاده از دستگاه عدالت کیفری بتواند دامنه این رفتار را کاهش دهد و از طرفی، هزینه های اجرایی این مداخله در مقایسه با منافی که عاید جامعه خواهد شد، ناچیز باشد (نجفی ابرنآبادی و همکاران، ۱۳۸۳، ۳۶). البته برخی همچون کلارکسون معتقدند ملاک در جرم انگاری رفتارهای غیراخلاقی توجه به هزینه و فایده ی این گونه جرم انگاری هاست (کلارکسون، ۱۳۷۱، ۲۳۶-۲۳۳). به عبارتی باید دید در مقابل جلوگیری یا کاستن از جرایم که فایده ی هر جرم انگاری می باشد چه هزینه هایی متوجه فرد و جامعه می گردد. بنابراین استفاده از مجازات زمانی ضرورت پیدا می کند که هیچ راهی جز توسل به آن در جهت پاسداری از ارزش های جامعه وجود نداشته باشد و در عین حال برای دفاع از آزادی و حیثیت دیگران، پیشگیری و حفظ نظم عمومی و اصلاح بزهدار، مفید و مؤثر باشد. با وجود این سیاست جنایی ایران در قبال تظاهر به افعال حلال متمایل به استفاده از اقدامات قهرآمیز کیفری (حبس و شلاق) برای مقابله با این رفتار می باشد. از آنجایی که این مجازات آثار و نتایج عملی و اجرایی برجسته و بزهدار دارد لذا در مبحث بعدی به ارزیابی سیاست جنایی ایران در قبال تظاهر به افعال حلال پرداخته می شود.

## ۵ - سیاست جنایی ایران در قبال تظاهر به افعال حلال

تظاهر به افعال حلال جزء عناوین فقهی نمی باشد ولی با این وجود قانونگذار ایران این اعمال را داخل در عنوان کلی قابل تعزیر دانسته که در شق دوم ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ در ارتباط با جرایم و اعمال منافی عفت آمده است «هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر مرتکب عملی شود که نفس عمل دچار کیفر نمی باشد [مثل تقبیل زن و شوهر] ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید به حبس از ۲ روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می شود».

قانون مجازات اسلامی تظاهر به افعال حلال را مغایر با مبانی اخلاقی جامعه دانسته و ملاک جرم شناختن این رفتار را جریحه دار شدن عفت عمومی که در واقع مخدوش کننده ی نظم اجتماعی جامعه

است می‌داند.

حال باتوجه به اینکه تظاهر به فعل حلال از باب حفظ و مصلحت جامعه جرم‌انگاری شده است بنابراین باید با در نظر گرفتن مصلحت و منافع جامعه مجازاتی تعیین شود که نفعی عاید جامعه داشته باشد به طوری که آثار و نتایج سوء اعمال مجازات، بیشتر از رفتار ارتكابی‌ای که موجب شیوع فساد در جامعه می‌شود نباشد. بنابراین قانونگذار به مناسبت مصلحت جامعه و فرد بزهکار باید مجازاتی را تعیین کند که متناسب و متناسب با موضوع جرم ارتكابی باشد. ولی سیاست جنایی ایران در مقابله و برخورد با این رفتار ضمانت اجرای حبس و شلاق را در پیش گرفته که البته آثاری و نتایجی برای بزهکار و جامعه دارد که در ادامه به نتایج آن اشاره می‌شود.

بزهکاری که به حبس و شلاق محکوم می‌شود صرف نظر از سلب آزادی یا لطمه به تمامیت جسمانی و حیثیتی، تبعات ناخواسته‌ای از قبیل ایجاد روحیه جامعه ستیزی و یا ورود صدمات روانی را به دنبال دارد. امروزه ثابت شده که زندان می‌تواند محل شیوع بیماری‌هایی همچون ایدز و هپاتیت و همچنین قاچاق مواد مخدر و جرایم جنسی باشد (رایجیان اصلی، ۱۳۹۱، ۵۵). حال اگر بزهکاری به خاطر یک رفتار ناپه‌نجا اجتماعی (تظاهر به افعال حلال) که فقط زمینه ساز سایر جرایم بوده به مجازات حبس محکوم شود جامعه از این مجازات انتظار اصلاح و بازپروری مجرم را دارد در صورتی که بزهکار در اثر همین مجازات در معرض ارتکاب فعل حرامی (از جمله تجاوز جنسی) قرار می‌گیرد که جامعه آن را مورد نهی قرار داده است و یا در معرض ابتلاء به بیماری علیه سلامت و بهداشت همگانی (ایدز و هپاتیت) قرار می‌گیرد. و بدتر در جایی است که مرتکب رفتار فاقد هرگونه سوء شهرت اجتماعی و صد البته سوء پیشینه کیفری باشد چون زندان سبب می‌شود که یک بزهکار غیر حرفه‌ای در نتیجه قرار گرفتن میان سایر بزهکاران تبدیل به یک بزهکار حرفه‌ای شود.

یا اینکه فرد بزهکار به خاطر تظاهر به افعال حلال به ضربه شلاق محکوم شود آیا از به جاماندن لکه شلاق بر پیشانی شخصی در جامعه‌ای سنتی که در آن بسیاری از خانواده‌ها و اطرافیان آن را ننگی نابخشودنی می‌پندارند امکان بازگشت به کانون خانواده و زندگی عادی وجود دارد؟

در بسیاری از موارد مداخله دستگاه عدالت کیفری با محکومیت و اجرای حکم تمام نمی‌شود در دسرهای ناشی از محکومیت کیفری در تمامی مدت حیات فرد ممکن است ادامه داشته باشد و چه بسا پایان تحمل مجازات، سرآغاز واکنش‌هایی در جامعه نسبت به آن باشد که بزهکار از بسیاری از حقوق



شهروندی محروم شود.

به هر حال اعمال این گونه مجازات با توجه به ماده ۶۳۸ (در مرتبه اول شلاق یا حبس) برای اتهامی که از نظر شرعی حلال است و در منابع فقهی در مورد آن منعی نیامده و هیچ سابقه‌ی کیفری درمقابل با آن دیده نشده است بدون لحاظ هیچ گونه تدبیر غیرکیفری علاوه بر اینکه هیچ نفعی برای جامعه ندارد بلکه باعث طرد بزهکار از جامعه و همچنین ناخرسندی او از سیستم قضایی و احکام شریعت که مبتنی بر سهل و آسان گیری است می گردد. با این وجود تعزیر فقط مشمول حبس و شلاق نمی شود و می تواند مشمول انواع مجازات دیگری گردد.

از طرفی در حوزه اجراء و برخورد با تظاهر به افعال حلال در مقام عمل دیده می شود که وظیفه برخورد و مقابله با این رفتار به صورت تک بعدی و منحصر در اختیار نیروی انتظامی یا ستاد احیاء امر به معروف ونهی از منکر است و آنها موظف هستند در صورت مشاهده این قبیل رفتار با آن برخورد نمایند ولی عامه مردم نسبت به این دسته از رفتار در هیچ مرحله‌ای مجاز نیستند عکس العمل نشان دهند. درحالی که امر به معروف ونهی از منکر دارای سه مرحله است و در عمومی بودن مرحله قلبی و زبانی آن هیچ اختلافی وجود ندارد و این امر واجب کفایی برای همه مسلمین است. در حالی که عموم مردم این وظیفه را منحصر در اختیار برخی از نهادها و تشکیلات حکومتی می دانند و در صورت برخورد با این قبیل رفتار (تظاهر به افعال حلال) با بی توجهی به این مسئله و انتقاد از نهادهای حکومتی از کنار آن می گذرنند. درحالی که اگر وظیفه امر به معروف و نهی از منکر جزئی از زندگی یا تعامل مردم با هم شود اصولا دیگر نیازی به جرم انگاری این رفتار نخواهد بود که در واقع این عمل به نوعی پیشگیری از وقوع این رفتار در انظار عموم می شود. بنابراین سپردن مسئولیت های انتظامی هیچ منافاتی با امر به معروف و نهی از منکر ندارد چرا که مردم مسئولیت اجرایی ندارند و به موجب اصل ۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این امر یک وظیفه ای همگانی تلقی می شود .

البته این را هم باید متذکر شد که برخورد انحصاری نهادها و سازمان ها موجب پرهیز از افراط و تفریط می شود. اما گاهی مشاهده می شود که این برخورد تک بعدی و انحصاری هم توسط نهادها و سازمانها در مقام اصلاح این رفتار به صورت موقتی و فصلی برای فرونشاندن انتقادات افکار عمومی و مقامات در قالب فعالیت های همچون طرح افزایش امنیت اخلاقی و اجتماعی و یا برگزاری سمینار و همایش هایی در خصوص این رفتار به صورت موقت به کار گرفته می شود که البته پس از فروکش کردن

انتقادات این فعالیت‌ها نیز به فراموشی سپرده می‌شود.

اما با دقت به جایگاه والای اخلاق در جامعه بر پایه این روایت از پیامبر اکرم(ص) «انما بعثت لاتمم مکارم الاخلاق: همانا مبعوش شدم تا مکارم اخلاق را تکمیل کنم» به روشنی قابل مشاهده است که فعالیت و برنامه‌های از پیش تعیین شده برای جلوگیری و پیشگیری از این رفتار و مقابله با آن نباید به صورت موقت و گذرا باشد.

در حوزه قضاوت نیز باتوجه به اینکه در ایران تعدد اقوام و فرهنگ‌ها امری است انکارناپذیر، به همین خاطر امروزه دامنه موضوعی تظاهر به افعال حلال برحسب زمان و مکان ارتكابی گسترده و متفاوت می‌باشد که البته ملاک و تشخیص جرم بودن تظاهر به افعال حلال، امری نسبی بوده و تابع اصول اخلاقی متعارف اکثریت افراد هر جامعه (منطقه یا محل) است که انجام آن در ملاء عام باید موجب جریحه دار شدن عفت عمومی آن جامعه شود.

البته تشخیص جریحه‌دار شدن عفت عمومی محل وقوع رفتار، با قاضی رسیدگی کننده به موضوع است که ممکن است قضاوت بنا بر سلیقه و برداشت خود از عفت عموم آراء متفاوتی صادر نمایند که این امر در جرم شناختن این رفتار موجب تشتت آراء در محاکم قضایی می‌شود. لذا در جرم شناختن این رفتار محاکم قضایی فاقد وحدت رویه می‌باشند چونکه تشخیص آن امری موضوعی و نوعی (متناسب با ویژگی‌های خاص هر فرد) است و از آنجایی که این مبحث مبتنی بر احترام به حیثیت و آزادی حقوق شهروندی و حریم خصوصی آنها است لذا جرم‌شناختن این رفتار از حساسیت خاص و فوق‌العاده‌ای برخوردار می‌باشد. بنابراین اگر مجریان قانون نتوانند به صورت شایسته در خصوص جرم‌شناختن تظاهر به افعال حلال و اینکه معیار جریحه‌دار شدن محل وقوع رفتار راه حل مناسبی ارائه نماید و برای جرم‌شناختن آن فقط نظر قاضی رسیدگی کننده را ملاک این رفتار قرار دهند و از هیچ هیات منصفه‌ای که در آن محل زندگی می‌کنند و برآداب و رسوم آن محل آشنایی کامل دارند استفاده نکنند و یا بدون پرس و جو از آداب و رسوم آن محل اقدام به صدور رای و اتخاذ تصمیم نسبت به آن موضوع نمایند این رویه علاوه بر بی‌اعتمادی مردم نسبت به سیستم قضایی، ذهن آنان را به این سو جهت می‌دهد که احساس کنند عامل اصلی جرم‌شناختن این رفتار نظرات شخصی و سلیق قضاوت محاکم می‌باشد نه عرفی که مردم در آنجا زندگی می‌کنند.

علاوه بر ابهام و اجمال جرم انگاری تظاهر به افعال حلال که امکان صدور احکام فاقد وحدت رویه

به واسطه تعبیر و تفاسیر مختلفی که از عبارات قانونی (جریحه‌دار شدن عفت عمومی) می‌شود البته عدم اعتقاد برخی از قضات به جرم انگاری این رفتار و نوع آموزش قضات و یا محل رشد و نمو آنها می‌تواند در این امر تاثیر داشته باشد. به فرض مثال فردی که در شهر مقدس قم با تحصیلات حوزوی رشد و نمو نموده و به قضاوت رسیده با کسی که در خارج از کشور با تحصیلات دانشگاهی به قضاوت منصوب شده و قرار باشد به فرض در خصوص تقبیل زوج و زوجه در انظار عموم قضاوت کنند چه اتفاقی خواهد افتاد؟ بنابراین چگونه می‌توانند دارای وحدت رویه واحد باشند در حالی که این رفتار بر حسب تفکر آنان متفاوت است .

به طور کلی سیاست جنایی ایران در قبال تظاهر به افعال حلال روی گرداندن از اقدامات پیشگیرانه و اقدامات غیر کیفری و تربیتی است و بدون پشتوانه جرم انگاری تمایل به اقدامات قهرآمیز کیفری (حبس و شلاق) دارد. البته گاهی مشاهده می‌شود به دلیل عدم اقبال افکار عموم و مجریان و نهادها به مقابله کیفری (حبس و شلاق) با این موضوع، قانون مورد نظر به عرصه عمل و اجرا نرسیده و به نوعی همزمان و همراه با جرم انگاری متروک می‌گردد چراکه می‌توان از طرق غیر کیفری و غیر قهرآمیز دامنه این رفتار غیر اخلاقی را محدود و از آن جلوگیری کرد.

## ۶- نتیجه‌گیری

تظاهر به افعال حلال امری اعتباری و نسبی‌اند که با افکار، عقاید، آداب و اخلاق مردم هر جامعه ارتباط مستقیم دارند که جرم، کژروی یا حتی هنجار دانستن آن بستگی به جامعه‌ای دارد که در آنجا به وقوع می‌پیوندد. البته قانونگذار ایران این رفتار را مغایر با اصول و مبانی اخلاقی جامعه دانسته و ملاک جرم‌شناختن این رفتار را جریحه‌دار شدن عفت عمومی‌ای که در واقع مخدوش کننده‌ی نظم اجتماعی جامعه است می‌داند و بدون در نظر گرفتن اقدامات غیر کیفری با ضمانت اجرای قهرآمیز کیفری به مقابله با آن می‌پردازد. اما ماهیت این رفتار به گونه‌ای است که از طریق اقدامات غیر کیفری می‌توان دامنه آن را محدود کرد و مقابله با آن منحصر در اقدامات کیفری نیست. بنابراین رفتار غیر اخلاقی‌ای که می‌توان با اقدامات غیر کیفری همچون فرهنگ سازی و تربیت جامعه محدود و با آن مقابله کرد ضرورتی ندارد که در حوزه حقوق کیفری جرم انگاری شود. ولی در صورت عدم کارایی اقدامات غیر کیفری، می‌توان برای حفظ ارزش‌های و جلوگیری از شیوع فساد در جامعه با ارزیابی نتایج اجرایی و عملی جرم انگاری این رفتار و

در صورت مثبت بودن نتیجه این ارزیابی آن را وارد حوزه حقوق کیفری کرد.

## ۷- پیشنهادات

به هر حال برای جلوگیری تظاهر به افعال حلال پیش از آنکه با حمایت کیفری از سوی مقنن همراه شود نیاز به تدارک برنامه‌های تربیتی و اخلاقی و توسعه فرهنگ از طریق آموزش مبانی عقیدتی، نشر تعلیمات اخلاقی در جامعه است. زیرا در جامعه‌ای که مردم پایبند به اصول اخلاقی باشند ایجاد نظم به مراتب آسان‌تر و رعایت هنجارهای اجتماعی امکان پذیرتر است. زیرا گروه کمی از افراد هستند که جو جوامع پیرامون تأثیری در آنان نمی‌گذارد و در مقابل نیز گروه کمی هستند که خوی سرکشی و تمرد از هنجارهای اخلاقی در نهادشان نهفته است ولی اکثریت مردم تابع وضع موجودند (همه اینجورین دیگه، همه این رفتارها را درملاء عام انجام می‌دهند) بی‌تردید متولیان تربیت اجتماعی باید این بستر را ایجاد کنند که جو عمومی جامعه مشوق و محرک افراد به سمت هم‌رنگی با هنجارهای صحیح اجتماعی جامعه باشد چرا که اکثر مردم (وجدان عمومی) نیز بر این باوراند.

بنابراین واکنش جامعه در قبال رفتارهایی که در حوزه صلاحیت مداخله جامعه قرار می‌گیرند، همیشه قهرآمیز و سرکوبگر نیست تا مستلزم جرم انگاری باشد، بلکه صرفاً تقبیح جامعه و فشار افکار عمومی برای مقابله با آنها کفایت می‌کند. لذا می‌توان با احیای سنت حسنه «امر به معروف و نهی از منکر» مقابله با چنین رفتار ناهنجار اجتماعی را از حوزه انحصاری و تک بعدی دولت درآورد. پس تا زمانی که عدم کارایی دخالت جامعه و برنامه‌های آموزشی و تربیتی و حتی درمانی از طریق تجربه ثابت نشده، جرم انگاری توجیه ندارد و شایسته نیست مواردی که از عهده جامعه بر می‌آید با داخل کردن در قانون کیفری قطور و پیچیده کنیم.

اما چنانچه ضمانت اجرای غیرکیفری کارایی نداشت و برای مقابله با این رفتار به ناچار متوسل به جرم انگاری این رفتار در حوزه حقوق کیفری شدیم باید به این موضوع توجه کرد که باتوجه به اینکه ملاک جریحه‌دار شدن عفت عمومی در تظاهر به افعال حلال عرف شهر محل وقوع رفتار است بنابراین بهتر است قانونگذار برای رسیدگی از هیات منصفه‌ای استفاده نماید که به عرف و عادت آن جامعه آگاهی کامل دارند تا قضات با تفسیر و استنباط شخصی خود از عرف، شمار نامحدودی از رفتار مباح و حلال را که به نظر خود موجب جریحه‌دار شدن عفت عمومی می‌شود را جرم تشخیص ندهد. بر این اساس می‌توان با آگاهی از مناسبات اجتماعی جامعه و با توجه به مقتضیات زمان و مکان ارتکاب آن، بین تظاهر به افعال

حلال و مجازات آن نوعی تناسب ایجاد کرد.

البته قانونگذار باید بر اساس مصلحت جامعه و طبق قاعده الاصلب فالاصعب یا الایسهل فالایسهل (و) از آنجایی که مجازات تعزیری محدود به شلاق و حبس نمی باشد و می توان آن را به وعظ، نصیحت، توبیخ یا حتی تهدید تسری داد) دامنه مجازات تعزیری را گسترش دهد و مجازاتی را تعیین کند که متناسب و متناسب با موضوع جرم ارتكابی باشد. یعنی در وجهی که عمل ارتكابی در محلی موجب جریحه دار شدن عفت عمومی می شود قاضی مخیر باشد که از بین (شلاق یا حبس و وعظ، نصیحت، توبیخ، تهدید) هر کدام را که مناسب به حال مجرم و جامعه دانست با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان وقوع رفتار انتخاب کند و محدود به مجازات شلاق و حبس نباشد. هر چند که اثرات منفی این مجازات تردیلی هم ممکن است در جسم و روح افراد جامعه به جا بماند.

و در آخر اینکه در هر حالتی چه در مقابله با اقدامات کیفری یا غیر کیفری استمرار عمل یکی از بخش های مهم در مقابله با این رفتار است که باید آن قدر ادامه داشته باشد تا به صورت نهادینه در جامعه حاصل شود.

### فهرست منابع

کتب

- ۱ - ابوالمعاطی، حافظ ابوالفتح، (۱۹۷۶)، النظام العقابی الاسلامی (دراسه مقارنه)، دارالانصار، القاہرہ.
- ۲ - حبیب زاده، محمدجعفر، (نیمسال اول ۹۱-۹۰)، جزوه حقوق جزای عمومی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران.
- ۳ - حبیب زاده، محمدجعفر، (نیمسال دوم ۹۱-۹۰)، حقوق کیفری در اسناد بین المللی حقوق بشر، دانشگاه تربیت مدرس، تهران.
- ۴ - دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۳)، لغت نامه، جلد ۳ و ۷، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران.
- ۵ - رایجیان اصلی، مهرداد، (نیمسال اول ۹۲-۹۱)، جزوه درسی تاریخ تحولات حقوق کیفری، دانشگاه تربیت مدرس، تهران.
- ۶ - رایجیان اصلی، مهرداد، (نیمسال اول ۹۱-۹۰)، جزوه درسی جامعه شناسی جنایی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران.
- ۷ - زحیلی، وهبه، (۱۴۰۹)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۴، دارالفکر، دمشق.
- ۸ - صافی، لطف الله، (۱۴۰۴)، التعزیر انواعه و ملحقاته، انتشارات جامعه مدرسین، قم.
- ۹ - الطوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، (۱۴۲۸)، المیسوط، جلد ۵، موسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۱۰ - عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۷)، القواعد و الفوائد، جلد ۲، مکتبه المفید، قم.

- ۱۱ - عمید، حسن، (۱۳۹۰)، فرهنگ فارسی، انتشارات آگاه، تهران.
- ۱۲ - عمیدزنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۷)، قواعد فقه بخش حقوق جزا، سمت، تهران، چاپ چهارم.
- ۱۳ - عوده، عبدالقادر (۱۴۰۵)، التشریح الجنائی الاسلامی، جلدیکم، دارحیاء التراث العربی، بیروت.
- ۱۴ - غلامی، علی، (۱۳۹۰)، از اخلاق حسنه تا امنیت اخلاقی، دانشگاه امام صادق، تهران.
- ۱۵ - قیاسی، جلال‌الدین، (۱۳۸۰)، مطالعه تطبیقی حقوق جزای اسلام و حقوق موضوعه، انتشارات پژوهشکده حوزه و دانشگاه، قم.
- ۱۶ - کلارکسون، کریستوفر، (۱۳۷۱)، تحلیل مبانی حقوق جزا، ترجمه دکتر حسین میرمحمد صادقی معاونت فرهنگی جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
- ۱۷ - کریمی جهرمی، علی، (۱۴۱۲)، الدر المنضود فی احکام الحدود (تقریرات درس فقه آیت الله گلپایگانی)، جلد ۲، دارالقرآن الکریم، قم.
- ۱۸ - محامی، احمدحسین یعقوب، (۱۴۱۷)، النظام السیاسی فی الاسلام، دارالاسلامیه، بیروت.
- ۱۹ - محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۱)، قواعد فقه بخش جزایی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ بیست و چهارم.
- ۲۰ - منتظری، حسینعلی، (۱۳۷۰)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی، جلد سوم، نشر تفکر، تهران.
- ۲۱ - مطهری، مرتضی، (۱۳۸۳)، اسلام و نیازهای زمان، جلد ۲، صدرا، تهران.
- ۲۲ - معین، محمد، (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، جلد اول، موسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ هشتم.
- ۲۳ - نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۸)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۱، المکتبه الاسلامیه، تهران.
- ۲۴ - ولیدی، محمد صالح، (۱۳۸۰)، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق و تکالیف خانوادگی، موسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ اول.
- پایان نامه
- ۱ - عینی نجف آبادی، محسن (۱۳۷۲)، مبنا و ماهیت تعزیر «پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی» دانشگاه تربیت مدرس.
- مقالات
- ۱ - نجفی ابرندآبادی، علی حسین، حبیب زاده، محمدجعفر، بابائی، محمدعلی، (زمستان ۱۳۸۳)، جرایم مانع (جرایم بازدارنده)، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق.