

برائت از اتهام حضور در انظار عمومی بدون حجاب شرعی

محمدرضا عبدیان*

چکیده

استشهادیه محلی مستند به ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی در حکم شهادت بوده و اعتبار شهادت را دارد. بنابراین اولاً ادعای بدون دلیل خلاف واقع بودن استشهادیه و وجود خصومت میان شهود و مشهود علیّه از سوی متهم دلیلی بر نفی این دلیل اثباتی نخواهد بود و قاضی محترم می‌بایست که با احضار شهود، عدم وجود خصومت میان شهود و مشهود علیّه را کشف می‌نمود. در حالی که صرفاً به ادعای متهم مبنی بر وجود خصومت میان وی و تنظیم‌کنندگان و امضاءکنندگان استشهادیه توجه داشته است و ثانیاً این که زمانی صحبت از ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی و اعمال قاعده درء در جرایم تعزیری می‌کنیم که دلیلی بر نفی شبهه یافت نشود. حال آن که استشهادیه محلی برای عدم رعایت حجاب شرعی متهم اجازه ورود قاعده درء به مسأله را نمی‌دهد. رجوع به عرف برای فهم عبارت «حجاب شرعی» صحیح نیست. زیرا؛ عبارت مذکور بار معنایی شرعی و دینی داشته و اساساً عرف در این مقوله صلاحیت ورود و اظهار نظر نخواهد داشت. مضافاً این که بنابر نظر مشهور حقوقدانان عرف از منابع ارشادی حقوق جزا به حساب می‌آید و یارای مقابله با اصل ۱۶۷ قانون اساسی و منابع فقهی را در تبیین مفهوم «حجاب شرعی» نخواهد داشت.

واژگان کلیدی: حجاب شرعی، عرف، استشهادیه، ماده ۶۳۸

مقدمه

بنابر گزارش پلیس امنیت اخلاقی شهرستان که مبتنی بر یک استشهادیه محلی بوده است، نزد مقام قضایی اعلام جرم «حضور در انظار عمومی بدون حجاب شرعی» صورت می‌گیرد. به دلیل این‌که جرم مذکور در زمره جرایم تعزیری درجه ۸ است، دادسرای محل با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به دادگاه کیفری ۲ شهرستان ارسال می‌کند. متهم در دادگاه حاضر شده و اذعان می‌کند که وی ملتزم به حجاب شرعی بوده و تنظیم‌کنندگان استشهادیه به دلیل خصومت با وی اقدام به تنظیم استشهادیه محلی نموده‌اند. نهایتاً دادرسی دادگاه، با توجه به انکار متهم نسبت به نقض حجاب شرعی و احراز رعایت اصل حجاب از سوی وی، با استناد به عرف زمان در میزان و حدود و ثغور حجاب، حکم برائت قطعی متهم را صادر می‌کند. بر همین اساس در این پژوهش به بررسی موارد استنادی توسط قاضی پرونده می‌پردازیم.

متن رأی

«برابر قرار عدم صلاحیت شماره ... صادره از شعبه ... دادیاری دادسرای شهرستان ... خانم ... فرزند ... متهم است به ظاهرشدن در معابر و انظار عمومی بدون حجاب شرعی موضوع تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ (تعزیرات)، به این شرح که پلیس امنیت اخلاقی شهرستان ... به استناد یک گزارش «استشهادیه محلی» به دادستانی شهرستان ... اعلام کرده که متهم «هیچ التزامی به شرع مقدس و قوانین و مقررات جمهوری اسلامی نداشته و به افراد خیرخواه و حزب‌اللهی و تذکرات لسانی آن‌ها هیچ اعتنایی نکرده و ...» و در گزارش تکمیلی بعدی نیز بیان کرده‌اند که «نامبرده از لحاظ وضعیت حجاب بسیار نامناسب بوده ...»، سپس معاون دادستان دستور داده که از متهم تعهد اخذ شود که در صورت تکرار و عدم رعایت حجاب و شئون اسلامی وفق قانون و مقررات با وی برخورد خواهد شد که متهم نیز متعهد شده که پس از گزارش نهایی مرجع انتظامی دادیار شعبه ... دادیاری در وقت فوق‌العاده پرونده را تحت نظر قرار داده و قرار عدم صلاحیت به صلاحیت دادگاه‌های کیفری ۲ را به اعتبار میزان مجازات جرم مذکور و به استناد ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری صادر کرده است، سپس متهم در این دادگاه حاضر شده و در دفاع بیان داشته که تنظیم‌کنندگان و امضاءکنندگان استشهادیه مذکور با وی خصومت

داشته‌اند و نامبرده به حجاب شرعی التزام دارد و به شدت منکر ارتکاب جرم مذکور شده است. اینک نظر به مراتب مذکور؛ نظر به این که عرف یکی از منابع علم حقوق و از جمله حقوق جزا است و اعتبار آن به حدی است که در بعضی از قوانین جزایی نیز به حاکمیت عرف تصریح شده است و از جمله در بند ج ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و مواد ۲۶۹، ۵۱۵، ۵۴۳، ۵۶۱، ۵۷۰ و ۷۰۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و مواد ۷۰۲ و ۷۰۳ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ به داوری عرف اشاره شده است و بنابراین باید قوانین جزایی را در کنار عرف تفسیر و تبیین کرد. بنابراین دادگاه معتقد است که صرف نظر از دفاع متهم به شرح فوق، حتی علی فرض این که از نظر گزارش کنندگان حجاب متهم نامناسب بوده است، چون از مجموع محتویات پرونده و دفاع متهم داشتن اصل حجاب احراز می شود، به نظر این دادگاه مفاد تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی که مقرر داشته: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انتظار عمومی ظاهر شوند به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار ریال تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد» را باید مطابق عرف زمان ما ناظر به کسانی دانست که اصل حجاب را رعایت نمی کنند و در معابر و انتظار به بی حجابی تظاهر می کنند. در غیر این صورت موضوع مطابق با عرف زمان ما از شمول تبصره ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی خارج بوده و بنابراین دادگاه به استناد ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری حکم برائت متهم را صادر می کند. این رأی به استناد بند الف ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قطعی است.»

دادرس شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری دو شهرستان...

۱- طرح مسائل شکلی

به طور کلی رأی مزبور با ادبیات حقوقی و مبتنی بر مستندات قانونی و اصول حقوقی نگاشته شده است که نشان از تسلط قاضی صادرکننده رأی بر ادبیات رایج حقوقی است. اما دارای چندی از اشکالات شکلی است که بیان این نکات خالی از وجه نیست.

۱-۱. انتشار دادنامه پیش از امضاء

دادنامه زمانی اعتبار حقوقی می یابد که از سوی قاضی صادرکننده رأی امضاء شده باشد. این دادنامه خالی از امضای صادرکننده رأی بوده و پیش از امضاء توسط مقام قضایی مزبور منتشر گردیده است. توجه به این مسأله از این حیث حائز

اهمیت است که طبق ماده ۳۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اعلام مفاد و تسلیم رونوشت یا تصویر دادنامه پیش از امضای آن ممنوع است و شخص متخلف حسب مورد به موجب حکم دادگاه انتظامی قضات یا هیأت رسیدگی به تخلفات اداری به سه ماه تا یک سال انفصال از خدمات دولتی محکوم می‌شود.

۲-۱. عدم اشاره به استعانت از خداوند و شروع با نام خدا

براساس ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه با استعانت از خداوند متعال در صورت امکان در همان جلسه پس از ختم رسیدگی مبادرت به انشای رأی می‌نماید. به نظر می‌رسد هر چند، بیان عبارت «استعانت از خداوند متعال» در دادنامه لزومی نداشته و اشاره مقنن به این مقوله از این حیث بوده است که قاضی در هنگام صدور حکم در ذهن خود توجه به استعانت الهی داشته باشد، اما در رویه قضایی آوردن این عبارت شهرت یافته و معمولاً قضات این عبارت را پیش از صدور رأی مطمح نظر قرار می‌دهند. اما در این رأی مورد اشاره قرار نگرفته است. در حالی که در سایر آرای صادره از قاضی این پرونده به این مقوله توجه گردیده است. علاوه بر این مستند به ماده ۳۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری، دادنامه با نام خداوند متعال شروع می‌شود که در این دادنامه مغفول مانده است.

۳-۱. عدم اشاره به حضوری یا غیابی بودن رأی

مطابق با ماده ۳۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه مکلف است که در رأی صادره حضوری یا غیابی بودن آن را قید کند. علی‌رغم این که مقنن چنین تکلیفی را برای دادگاه در نظر گرفته است در این رأی نسبت به حضوری یا غیابی بودن رأی صادر شده تصریحی نشده است و از این جهت قابل نقد است. البته لازم به ذکر است که مقنن نیز برای این تکلیف دادگاه ضمانت اجرایی را لحاظ نکرده است.

۴-۱. مختصر بودن گردش کار در رأی صادره

به موجب بند (ت) ماده ۳۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری یکی از مواردی که باید در دادنامه درج شود، گردش کار است که پیش از متن کامل رأی در دادنامه باید اشاره گردد. اما در رأی صادره به صورت مختصر اشاره شده و بلافاصله پس از معرفی متهم و درج عنوان اتهامی وی، قاضی محترم به متن رأی ورود پیدا کرده است.

۲- طرح مسائل ماهوی

رأی صادره مستند به مواد مختلف قانونی از قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری است و قاضی صادرکننده رأی به منظور تنقیح استدلال خویش در باب جایگاه و شأن عرف در تبیین حقوق کیفری مواد قانونی متعددی را مطمح نظر قرار داده است. علاوه بر این، رأی صادره زنجیره استدلالی مناسبی داشته و شروع و پایان خوبی را برای فهم استدلال قاضی صادرکننده رأی طی کرده است. به گونه‌ای که در ابتدا مقدمه‌ای از شرح موضوع بیان گردیده و با اشاره به روند شکلی طی شده در این پرونده نهایتاً با استدلال به مواد قانونی اظهارنظر نهایی خود درباره این پرونده را ابراز داشته است.

با این حال نکات و اشکالاتی چند در بعد ماهوی رأی مزبور قابل توجه است:

۱-۲. استشهادیه محلی و جایگاه آن در ادله اثبات امور کیفری

بنابر مرقومات نگاشته شده در دادنامه مزبور، جهت شروع به تعقیب در این پرونده اعلام جرم از جانب پلیس امنیت اخلاقی شهرستان به دادستان محترم بوده که مستند به بند (ب) ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری است. آگاهی ضابطین دادگستری از وقوع جرم از طریق گزارش استشهادیه محلی است که توسط ساکنین محل صورت یافته است.

حال پرسش اساسی این است که ماهیت استشهادیه محلی در امور کیفری چیست و چه جایگاهی دارد؟

مطابق با ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است». باتوجه به این ماده، سخنی از استشهادیه محلی در عداد ادله اثبات در امور کیفری نگردیده است. اما باید توجه داشت که ماهیت استشهادیه محلی همان شهادت است و با توجه به ماده ۱۸۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، شهادت باید به لفظ یا نوشتن باشد که استشهادیه، شهادت کتبی و یا به عبارت بهتر «شهادت‌نامه» است. در ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی نیز بیان گردیده است که: «شهادت‌نامه اعتبار شهادت را خواهد داشت». باتوجه به مطالب پیش گفته مشخص می‌گردد که دلیل اثباتی در رأی

مطروحه شهادت‌نامه بوده که همان شهادت کتبی است. حال با انکار متهم نسبت به ارتکاب جرم مذکور و ادعای وجود خصومت میان شهود و مشهود علیّه، مقام قضایی می‌تواند نسبت به شهادت‌نامه بی‌اعتنایی نماید؟

انکار ارتکاب جرم در تقابل با استشهادیه، موجب اسقاط اعتبار استشهادیه نمی‌باشد. بلکه چنان‌چه با انکار متهم نسبت به ارتکاب جرم، برای قاضی محترم شبهه و تردید در ارتکاب جرم ایجاد شده باشد، می‌بایست مطابق با ماده ۱۸۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ عمل نماید. به‌موجب این ماده: «در شهادت شرعی نباید علم به خلاف مفاد شهادت وجود داشته باشد. هرگاه قرائن و امارات برخلاف مفاد شهادت شرعی باشد، دادگاه، تحقیق و بررسی لازم را انجام می‌دهد و در صورتی که به خلاف واقع بودن شهادت، علم حاصل کند، شهادت معتبر نیست. بنابراین حتی در صورتی که با انکار ارتکاب جرم از سوی متهم برای قاضی صادرکننده رأی، قرینه‌ای خلاف شهادت ساکنین محل ایجاد گردیده است، خدش‌های به استشهادیه وارد نمی‌شد تا این‌که علم به خلاف واقع بودن شهادت‌نامه پیدا کند. درحالی‌که از مفاد رأی حصول علم بر خلاف واقع بودن شهادت برای قاضی بر نمی‌آید. علاوه بر این، در جرم «حضور زنان در معابر و انظار عمومی بدون حجاب شرعی» که از جمله جرایم تعزیری است، صرف وجود شبهه و تردید در وقوع جرم برای برائت متهم کافی نیست. بلکه ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اشاره می‌دارد که در صورتی با ایجاد شبهه در وقوع جرم، جرم ثابت نمی‌شود که دلیلی بر نفی آن یافت نشود. حال آن‌که در پرونده مزبور، استشهادیه محلی خود دلیلی است که رفع شبهه می‌کند. بنابراین انکار متهم نسبت به عدم رعایت حجاب شرعی به‌عنوان یکی از افتاعات دادگاه برای صدور برائت قابل پذیرش نیست.

علاوه بر انکار، در متن دادنامه اشاره گردیده که متهم در دادگاه حاضر شده و در دفاع بیان داشته که تنظیم‌کنندگان و امضاءکنندگان استشهادیه مذکور با وی خصومت داشته‌اند و او از این طریق قصد خدشه‌دار کردن استشهادیه را داشته است. مستند به بند (چ) ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ یکی از شرایط شاهد شرعی، نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آن‌ها است و در تبصره همین ماده قانون‌گذار اشاره داشته است که شرایط شاهد باید توسط قاضی احراز شود.

بنابراین، قاضی محترم می‌بایست که با احضار شهود، عدم وجود خصومت میان شهود و مشهود علیه را کشف می‌کرد که این مهم اتفاق نیفتاده است و صرفاً به ادعای متهم مبنی بر وجود خصومت میان وی و تنظیم‌کنندگان و امضاء‌کنندگان استشهادیه توجه داشته است.

۲-۲. ابهام در ماهیت حقوقی تعهد اخذشده از متهم

در متن دادنامه اشاره گردیده است که معاون دادستان دستور داده است که از متهم تعهد اخذ شود که در صورت تکرار و عدم رعایت حجاب و شئونات اسلامی وفق قانون و مقررات با وی برخورد خواهد شد که متهم نیز متعهد شده است. به لحاظ حقوقی مشخص نیست که این اخذ تعهد مبتنی بر کدام ماده از مواد قانون آیین دادرسی کیفری است؟ در دادنامه هیچ اشاره‌ای نشده است که اخذ تعهد کتبی به عدم تکرار جرم در قالب چه قرار یا تصمیمی صادر گردیده است؟

تنها فرضی که برای ماهیت این تصمیم قابل تصور است، «قرار بایگانی کردن پرونده» است که در ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح گردیده است. به موجب این ماده: «در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان سابقه محکومیت مؤثر کیفری، مقام قضایی می‌تواند پس از تفهیم اتهام با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق متهم و اوضاع و احوالی که موجب وقوع جرم شده است و در صورت لزوم با اخذ التزام کتبی از متهم برای رعایت مقررات قانونی، فقط یک بار از تعقیب متهم خودداری نماید و قرار بایگانی پرونده را صادر نماید».

از قید «چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد» معلوم می‌گردد که این قرار صرفاً اختصاص به جرایم غیرقابل گذشت دارد و جرم انتسابی در این رأی نیز در عداد جرایم غیرقابل گذشت است.

این قرار نیز به عنوان ماهیت حقوقی تصمیم اتخاذی معاون دادستان در این پرونده به جهاتی قابل پذیرش نیست. زیرا با استناد به ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ جرایم تعزیری درجه هفت و هشت مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شود. بنابراین مقام قضایی صالح برای صدور این قرار دادرسی دادگاه

خواهد بود. درحالی‌که در این رأی، این تصمیم توسط دادرس دادگاه صورت نیافته است. نهایت امر مشخص نیست که تصمیم اتخاذی از سوی معاون دادستان و تعهدی که متهم نسبت به عدم تکرار جرم داده است، در قالب کدام تصمیم یا قرار کیفری قابل گنجایش است؟

۲-۳. تعارضات رفتاری متهم

طبق متن دادنامه متهم پیش از حضور در دادگاه، در نزد مقام قضایی دادسرا متعهد گردیده است که در صورت تکرار و عدم رعایت حجاب و شئونات اسلامی وفق قانون و مقررات با وی برخورد شود. این تعهد خود به صورت ضمنی دلالت بر این دارد که متهم پذیرفته است که نسبت به رعایت حجاب شرعی توجه نداشته و تعهد به عدم تکرار این رفتار داده است. درحالی‌که در دادگاه منکر عدم رعایت حجاب شرعی گردیده است که در تعارض با تعهدی است که وی پیش از حضور در دادگاه داده است. مناسب بود قاضی صادرکننده رأی نسبت به تعارض بین این دو رفتار متهم توجه می‌کرد و چنان‌چه به این نکته توجه داشته است، در رأی صادره منعکس می‌نمود.

۲-۴. تبیین جایگاه عرف و نحوه استناد به آن در رأی فوق‌الذکر

عرف در اصطلاح حقوق، قاعده‌ای نانوشته، عام و دائمی است مستقیماً ناشی از اراده مردم است و به مرور بین مردم تبدیل به امری معمولی شده است که اگر خلاف آن عمل نمایند، گویی خلاف قاعده عمل کرده‌اند. (اسلامی‌پناه، ۱۳۹۶: ۱۹۴)، (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۷۴)، اندیشه غالب میان حقوقدانان کیفری، اندیشه پذیرش اعتبار عرف به‌عنوان منبعی ارشادی و فرعی در حقوق کیفری است و در کنار دیگر منابع ارشادی همچون دکترین، رویه قضایی عام و نظریات مشورتی اداره حقوقی قرار می‌گیرد. (الهام، ۱۳۹۵: ۴۳)، البته این به معنای طرد مقوله عرف از زمره حقوق کیفری نیست. بلکه در تقابل با سایر منابع حقوق جزا، عرف در رتبه پایین‌تری نسبت به قوانین و مقررات، آیین‌نامه‌ها و منابع فقهی و ... قرار می‌گیرد. در نظام حقوقی ایران که قواعد و مقررات حقوقی رابطه تنگاتنگی با آموزه‌های فقهی و دینی دارند، در مواردی برای فهم عبارات حقوقی مقنن ناگزیر به ارجاع

آن‌ها به منابع فقهی هستیم و در چنین شرایطی رجوع به عرف اجتماعی برای فهم یک مقوله شرعی و فقهی صواب نیست. علی‌الخصوص زمانی که آن اصطلاح حقوقی ممزوج با قید «شرعی» باشد.

در رأی صادره، قاضی محترم دادگاه بیشتر ثقل استدلال خود را بر دوش عرف نهاده و با تمسک به این منبع ارشادی سعی بر این داشته است تا عبارت «حجاب شرعی» در تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ را تبیین نماید و اعتقاد بر این بوده است که با توجه به ارجاع برخی از مواد قانون مجازات اسلامی به «عرف و عادت»، اهمیت عرف قابل کتمان نیست و در پرونده مطروحه نیز امکان استناد به عرف وجود دارد.

نسبت به این استدلال مقام قضایی، ایرادات و اشکالاتی را می‌توان مطرح کرد:

۲-۴-۱. عدم امکان استناد به عرف در حجاب شرعی

عدم تعریف «حجاب شرعی» در قوانین و احتمال وجود ابهام یا اجمال در این مقوله، دلیلی بر رجوع به عرف برای فهم آن نیست. بلکه قبل از آن‌که نوبت به رجوع به عرف برسد، منابع اولیه حقوق جزا یعنی قانون اساسی و منابع فقهی مشکل را حل خواهند کرد. براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». با توجه به این اصل، در صورتی که عبارت «حجاب شرعی» در تبصره ماده ۶۳۸ مجمل یا ناقص است، قاضی با رجوع به منابع معتبر اسلامی و فقهی این اجمال یا نقص را برطرف می‌کند. بنابراین اصلاً نوبت به عرف نمی‌رسد.

۲-۴-۲. تصریح اصطلاح «عرف» در مواد قانونی مورد اشاره در رأی

هر چند که قاضی صادرکننده رأی در استدلال خود مبنی بر رجوع به عرف برای فهم مقوله «حجاب شرعی» تمسک به مواد مختلف قانون مجازات اسلامی کرده است تا اهمیت نهاد عرف در قوانین کیفری را به منصف ظهور برساند، اما باید اشاره داشت که در متن تمامی مواد مورد اشاره در رأی برای تبیین اهمیت عرف در

حقوق کیفری، عبارت «عرفاً» یا «عرف و عادت» تصریح گردیده است. به عبارت دیگر در متن تمامی مواد تصریح شده، خود مقنن صحبت از رجوع به عرف کرده است. در حالی که در تبصره ماده ۶۳۸، مقنن اشاره‌ای نداشته است که ملاک حجاب شرعی مبتنی بر عرف اجتماعی است. بنابراین مواد قانونی که به عنوان شاهد مثال آورده شده است، هم‌سنخ با تبصره ماده ۶۳۸ تعزیرات از جهت رجوع به عرف نمی‌باشد.

۲-۴-۳. ابهام در تشخیص ملاک عرف

علی‌رغم این که پیش‌تر اشاره کردیم که در موضوع مطروحه امکان استناد به عرف وجود ندارد، اما حتی بپرسیم این که ملاک عرف را پذیرا باشیم، باید اذعان داشت که یکی از معضلاتی که نظام دادرسی با آن درگیر است، آن است که دادرس خود را به عنوان عرف و نماینده آن می‌شناسد و برداشت خود را به عنوان برداشت عرف تلقی می‌کند. بی‌شک، شناخت عرف، امری موضوعی است که بایستی در تعامل با عالم خارج و مردم جامعه به استنباط و برداشت آن همت گمارد و نمی‌توان در خلأ و باورهای شخصی به قضاوت در مورد وجود یا عدم وجود برداشت عرفی مبادرت کرد. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۶۶: ۴۰)؛ (عمید زنجانی، ۱۴۲۱: ۱۱۴). علاوه بر این موضوع، تشخیص ملاک عرفی حجاب، در هر شهر به صورت جداست یا این که قاضی، کل کشور را مدنظر قرار می‌دهد؟ اگر بپذیریم که عرف حجاب در هر منطقه‌ای از کشور متفاوت است، در منطقه‌ای که این پرونده مورد رسیدگی قرار گرفته است، حجاب عرفی بسیار نزدیک به حجاب شرعی است و باز هم قاضی نمی‌توانسته است رأی برائت صادر کند.

۲-۴-۴. «حجاب شرعی» یک مفهوم متواپی، نه مشکک^۱

در قسمت نهایی رأی، بیان گردیده است که «از مجموع محتویات پرونده و

۱. متواپی مفهومی است که بر تمام مصادیقش به‌طور یکسان و یکنواخت صدق کند، در حالی که مشکک مفهومی است که بر مصادیقش به‌طور متفاوت و غیریکسان صدق کند. بدین معنا که میان مصادیقش از جهت صدق این مفهوم، تفاوت وجود دارد به نحوی که بر بعضی بیش‌تر و بر بعضی کم‌تر صدق می‌کند.

دفاع متهم، داشتن اصل حجاب احراز می‌شود». اشکال قابل توجه به این عبارت از رأی این است که در مقوله «حجاب شرعی» مراد از اصل حجاب چیست و چه مقدار از پوشش شامل فرع حجاب می‌گردد؟

اساساً باید اذعان داشت که مفهوم حجاب شرعی یک مفهوم متواطی است. بدین معنا که آن چه از سوی شارع مقدس به‌عنوان پوشش در نظر گرفته شده است حجاب محسوب می‌گردد و نقض مقررات و حدود و ثغور آن بی‌حجابی است. البته نه به این معنا که فرد هیچ پوششی ندارد، بلکه منظور این است که حجاب شرعی اقتضائاتی دارد و اگر یکی از این اقتضائات نقض گردد، دیگر صدق حجاب نمی‌کند. بنابراین حجاب مقوله‌ای تشکیک‌بردار نیست تا بخواهیم سخن از بدحجابی و یا اصل و فرع حجاب داشته باشیم. بلکه صرفاً با دو مقوله حجاب و بی‌حجابی سروکار داریم. بنابراین اشاره رأی به «اصل حجاب» قابل پذیرش نیست. زیرا؛ حجاب اصل و فرع نداشته و یک مفهوم غیرقابل تشکیک است و اگر متهم حجاب با مقتضیات شرعی نداشته است بی‌حجاب محسوب می‌گردد و نمی‌توان سخن از رعایت اصل حجاب و عدم رعایت فرع حجاب کرد.

نتیجه

در این پژوهش مشخص گردید که رجوع به عرف برای فهم عبارت «حجاب شرعی» صحیح نیست. زیرا؛ عبارت مذکور بار معنایی شرعی و دینی داشته و اساساً عرف در این مقوله صلاحیت ورود و اظهارنظر نخواهد داشت. مضافاً این که بنابر نظر مشهور حقوقدانان عرف از منابع ارشادی حقوق جزا به حساب می‌آید و یارای مقابله با اصل ۱۶۷ قانون اساسی و منابع فقهی را در تبیین مفهوم «حجاب شرعی» نخواهد داشت. همچنین مفهوم حجاب شرعی یک مفهوم متواطی است. بدین معنا که آن چه از سوی شارع مقدس به‌عنوان پوشش در نظر گرفته شده است حجاب محسوب می‌گردد و نقض مقررات و حدود و ثغور آن بی‌حجابی است. البته نه به این معنا که فرد هیچ پوششی ندارد، بلکه منظور این است که حجاب شرعی اقتضائاتی دارد و اگر یکی از این اقتضائات نقض گردد، دیگر صدق حجاب نمی‌کند.

فهرست منابع

- اسلامی پناه، علی (۱۳۹۶)، «نقش عرف به منزله منبع حقوق»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۲.
- الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن (۱۳۹۵)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۴۲۱ق)، اسلام و حقوق بین الملل، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق)، فقه سیاسی، جلد سوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.