

# مطالعه تطبیقی مبانی جرم‌انگاری جرائم سایبر در نظام کیفری ایران و آلمان

علی علمداری<sup>۱</sup>، محمد فرجیها<sup>۲\*</sup>

۱. دانش‌آموخته کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شیراز، ایران  
۲. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۱۴

دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۰۶

## چکیده

آگاهی نسبت به این‌که مرز دخالت کیفری از مداخله غیر کیفری در قلمرو آزادی فردی در فضای سایبر چیست، پرسشی است که در بحث از مبانی جرم‌انگاری به آن پرداخته می‌شود. مبانی جرم‌انگاری جرائم سایبری در واقع تبیین می‌کنند که چه نوع رفتاری می‌تواند در فضای سایبر عنوان مجرمانه به خود بگیرد. برخی از آن مبانی جهت تحدید دامنه جرم‌انگاری و توجیه اخلاقی آن مانع ایجاد می‌کنند، همچون اصل صدمه و اصل استقلال فردی. تمرکز برخی دیگر بر حمایت از گسترش دامنه جرم‌انگاری است، همچون اصل قیّم‌آبی قانونی و اصل مصلحت عمومی که به‌عنوان الگو و راهنما معین می‌کنند که چه اعمالی باید از دایره اقتدار دولت خارج گردند. این پژوهش درصدد پاسخگویی به این پرسش‌ها است که دو نظام قانون‌گذاری کیفری ایران و آلمان تا چه اندازه تحت تأثیر مبانی جرم‌انگاری جرائم سایبری رفتارهایی را در قلمرو مداخله‌های کیفری قرار می‌دهند؟ دستاوردهای حقوق کیفری آلمان در این زمینه تا چه اندازه در حقوق ایران

Email: mohammadfarajiha@gmail.com

\* نویسنده مسؤول مقاله:

قابلیت بهره‌برداری دارند؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهند قانون‌گذار آلمان در جرم‌انگاری جرائم سایبری مبتنی بر یک نظام لیبرالیستی که در آن مبنا اصالت فرد و آزادی افعال انسان‌ها است بیش‌تر تحت تأثیر اصل صدمه واقع گردیده است؛ منوط بر این‌که ضرر شدید باشد و استفاده از سایر روش‌های پیشگیری از آن ناممکن یا ناکارآمد باشد. لکن قانون‌گذار ایران در کنار تأثیرپذیری از اصل صدمه، با تفسیری متفاوت، صدمه به اخلاق، ارزش‌های اسلامی و اجتماعی را مبنا قرار داده است و این رویکرد قانون‌گذار ایران با مبانی‌ای چون اصل قیم‌مآبی قانونی و اصل مصلحت عمومی توجیه می‌شود.

**واژگان کلیدی:** جرائم سایبر، مبانی جرم‌انگاری، اصل صدمه، قیم‌مآبی حقوقی، اصل استقلال فردی.

#### ۱. مقدمه

توسعه فناوری اطلاعات، موجب ایجاد ارزش‌های جدیدی در جامعه گردیده است که حمایت از آن نیازمند مداخله کیفری است. قوانین کیفری موجود نیز به لحاظ اصل قانونی بودن جرم و مجازات و عدم تجویز قیاس در امور کیفری، توانایی حمایت از ارزش‌های جدید را نداشته، ناگزیر یکی از مهم‌ترین راه‌های مقابله با جرائم سایبری همانا جرم‌انگاری برخی رفتارها در فضای سایبر است. از آنجاکه جرم‌انگاری هر رفتار، مداخله در آزادی‌های خصوصی افراد است لذا نمی‌تواند بی ملاک و فاقد مبنای مشخص باشد؛ زیرا نبود اصول راهبردی در این خصوص موجب بروز تورم کیفری و به دنبال آن بحران سیاست جنایی می‌شود.

این پژوهش درصدد است با تحلیل مبانی جرم‌انگاری در فضای سایبر در دو نظام کیفری ایران و آلمان مشخص کند که قانون‌گذار بر چه مبنا و معیاری حق دارد بر اساس مبانی جرم‌انگاری رفتاری را در فضای سایبر مجرمانه تلقی کند؟ پاسخ به پرسش مطروح نیازمند تبیین مبانی‌ای است که به‌عنوان الگو و راهنما به‌طور مشخص، معین

می‌سازند که چه اعمالی باید از دایره اقتدار دولت خارج گردند. بر این اساس، دولت باید بتواند با دلایل قطعی، اثبات کند که جز مجازات مرتکب، راه‌حل دیگری برای جلوگیری از آن رفتار وجود ندارد و درنهایت عواقب عملی جرم‌انگاری یک رفتار موردسنجش قرار گیرد (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، ص ۲۳)؛ زیرا تصویب و اجرای قوانین سایبری پیامدهایی عملی در پی خواهد داشت و بدین لحاظ باید سود و زیان اجتماعی اجرا و عدم اجرای قانون پیشنهادی مورد ارزیابی دقیق قرار گیرد.

در تبیین مبانی جرم‌انگاری جرائم سایبری تمرکز پژوهش در نظام حقوقی آلمان بر قانون مجازات با آخرین اصلاحات دسامبر ۲۰۰۸ و قانون حمایت از داده‌ها با آخرین اصلاحات ۲۰۰۹ است. در نظام حقوقی ایران نیز مصادیق موردبحث شامل قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ و قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت می‌نمایند مصوب ۱۳۸۶ و قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ است. اگرچه چگونگی اجرای مبانی جرم‌انگاری در نظام قانون‌گذاری ارتباطی مستقیم با سیاست کیفری دارد، لکن نظریه‌های مبنایی حاکم بر سیاست جنایی، میزان اهمیت و تأثیر ارزش‌های اخلاقی و شرایط اجتماعی، سیاسی و اقتصادی در بیان مبانی محوری جرم‌انگاری در هر نظام حقوقی مؤثرند. بر اساس این رویکرد در این فرایند برخی مبانی، بر سر راه تحدید دامنه آن، مانع ایجاد می‌کنند که در پژوهش، تحت عنوان مبانی محدودکننده جرم‌انگاری جرائم سایبری بررسی می‌شوند، همچون اصل صدمه و اصل استقلال فردی. تمرکز برخی دیگر بر حمایت از گسترش دامنه جرم‌انگاری است که در پژوهش حاضر، تحت عنوان عوامل موافق جرم‌انگاری جرائم سایبری تحلیل شده‌اند، همچون اصل قیّم‌مآبی حقوقی و اصل مصلحت عمومی.

## ۲. مبانی نظری محدودکننده جرم‌انگاری در جرائم سایبر

مداخله قدرت عمومی در حوزه آزادی‌های فردی صرفاً به معنای وجاهت مداخله کیفری در فضای سایبر نیست، بلکه توجیه‌کننده خروج رفتار یا عمل از حوزه آزادی‌های فردی و قرار گرفتن آن در قلمرو اقتدار عمومی است؛ بنابراین در کنار مشروعیت و وجاهت مداخله منبع اقدام و قدرت عمومی که موضوع حقوق اساسی است، خود مداخله‌ها در فضای سایبر نیز باید دارای مشروعیت و توجیه باشد. البته با توجه به نقدهای وارد بر پدیده تورم کیفری و افزایش سیاهه جرائم سایبری، هنوز ملاک عام و فراگیری در خصوص این‌که کدام عمل از نظر اخلاقی می‌تواند جرم شناخته شود وجود ندارد. به نظر می‌رسد بخش عمده‌ای از گستره مداخله کیفری دولت‌ها در فضای سایبر، ارتباط نزدیکی به نوع نظام سیاسی آن کشور، ایدئولوژی حاکم و درنهایت نوع مدل سیاست جنایی آن دارد (Schonsheck, 1994, p4). با توجه به این رویکرد هر یک از مبانی جرم‌انگاری، دلیلی است به نفع جرم‌انگاری و نه مدعی داشتن شرایط ضروری برای توجیه جرم‌انگاری یا درستی و یا نادرستی سایر اصولی که پیشنهاد می‌شوند (Committee on Homosexual offenses and Prostitution, 1957, p. 7-10). در جرم‌انگاری یک رفتار اصول متعددی مورد توجه قرار می‌گیرد. از این میان برخی مبانی، بر سر راه تحدید دامنه آن مانع ایجاد می‌کنند، همچون اصل صدمه و اصل استقلال فردی که در این بخش از پژوهش بدان خواهیم پرداخت.

## ۲-۱. اصل صدمه در جرائم سایبر

این فلسفه که انسان تا جایی که به دیگری صدمه نمی‌زند، آزاد است منجر به مداخله «حداقلی» حقوق کیفری در قلمرو آزادی‌های فردی در فضای سایبر می‌شود. بنا بر اصل مذکور، اگر بخواهیم اصل صدمه، موجبات دخالت بی‌اندازه دولت در فضای سایبر را در پی نداشته باشد باید برای شدت ضرر ملاکی داشته باشیم؛ زیرا هر نوع رفتار آدمی می‌تواند متضمن ضرر به دیگری باشد. ولی آیا این مقدار برای جرم‌انگاری کافی است. بی‌تردید جواب منفی است. در خصوص این‌که این اصول کدامند، اتفاق نظر وجود ندارد و

بر اساس ساختار قدرت (نظریه دولت) و سازوکارهای اجتماعی هر کشور، پاسخ متفاوت است. بدین لحاظ جهت تبیین ابعاد اصل مذکور، نخست به تحلیل مفهوم اصل صدمه در فضای سایبر خواهیم پرداخت و سپس با تبیین محدوده و الگوهای اصل صدمه در جرائم سایبری به تحلیل مواضع دو نظام کیفری ایران و آلمان اشاره خواهیم کرد.

## ۱-۱-۲. محدوده اصل صدمه در جرائم سایبر

اصل صدمه به‌عنوان مهم‌ترین معیار محدودکننده آزادی تعیین می‌نماید که در یک جامعه متمدن تنها مورد توسل به قهر و اجبار در رابطه با افراد، بازداشتن آن‌ها از زیان رساندن به دیگران است؛ زیرا مصلحت خود فرد نمی‌تواند تضمین کافی در این امر باشد و با توجه به این‌که مصلحت عام حداکثر آزادی است، زیان رساندن به دیگران را باید بر این اساس سختگیرانه تعریف کرد. (Rees, 1960, p.196). برای تعیین دقیق مرز دخالت دولت برخی همچون جان ریز معتقدند منظور از ایراد ضرر به دیگران همانا ایراد آسیب به منافع دیگران است. وجود منافع وابسته به این است که اجتماع آن‌ها را به رسمیت بشناسد و آن منافع با معیارهای حاکم در مورد نوع رفتاری که شخص می‌تواند به‌گونه‌ای مشروع از دیگران انتظار داشته باشد ارتباط نزدیکی داشته باشد. (Hart, 1963, p87-107).

بر اساس این رویکرد، کارکرد حقوق کیفری مداخله در زندگی خصوصی افراد یا تلاش برای اعمال الگوهای خاص رفتاری نیست. بر این مبنا، محدوده فعالیت فرد تا جایی مجاز است که به دیگری ضرر نرساند (Faure and visser, 1995, p.247). بر این مبنا کاربرد اصل صدمه را در جرم‌انگاری در فضای سایبر می‌توان در دو معنای مختلف تبیین کرد.

رویکرد نخست مفهوم منفعت گستر اصل صدمه است که شامل هر نوع رفتار (عمدی یا غیرعمدی) در فضای سایبر است که در مجموع می‌تواند منجر به صدمه شود؛ اعم از آن‌که موضوع آن منافع دیگران باشد یا نباشد. مطابق این رویکرد کنوانسیون جرائم

سایبری ذیل مبحث جرائم علیه محرمانگی، تمامیت و در دسترس بودن سامانه‌ها و داده‌های رایانه‌ای مقرر می‌دارد هریک از اعضا باید به‌گونه‌ای اقدام به وضع قوانین و مقررات کند که در صورت لزوم بر اساس نیازهای حقوقی داخلی خود، هر نوع دسترسی عمدی من غیر حق را جرم‌انگاری کند. قانون‌گذار ایران نیز، هرگونه دسترسی غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای را که به‌وسیله تدابیر امنیتی حفاظت‌شده جرم‌انگاری کرده است صرف‌نظر از این‌که صدمه وارد شده عمدی باشد و یا غیرعمدی و یا موضوع آن، صدمه به منافع دیگران باشد یا نباشد. قانون‌گذار آلمان در ماده ۱۵ قانون مجازات مقرر می‌دارد منحصراً افعال عمدی موجب مسئولیت کیفری می‌شوند، مگر این‌که قانون مجازات به‌صراحت برای فعل غیر عمد مجازات تعیین کرده باشد. مفهوم دوم اصل صدمه به معنای پس زدن و دفع منافع است؛ بدین مضمون که اگر می‌گوییم «الف» از طریق سامانه‌های رایانه‌ای به «ب» صدمه وارد کرد، مرادمان این است که او نسبت به «ب» خطایی مرتکب شده یا حقوق قانونی او را به‌طور ناعادلانه در فضای سایبر و بدون عذر نقض کرده است و نتیجه این رفتار او چیزی نیست جز ایراد ضرر به منافع فرد موردنظر. پس این رفتار می‌تواند در غالب ایراد ضرر به منافع فرد یا پس زدن آن‌ها صورت پذیرد و ملاک در هر دو مفهوم «منفعت» است (Rees, 1960, p. 31-36).

به‌منظور جلوگیری از ورود به بحث‌های سیاست‌گذاری اقتصادی و سیاسی در حوزه اصل صدمه در جرائم سایبری، رویکرد پژوهش را معطوف به جرم‌های محدود می‌کنیم که در آن از ضرر و عدم منفعت بحث می‌شود. فینبرگ معتقد است اصل صدمه مهم‌ترین دلیل جرم‌انگاری است. بنابراین تن دادن به انحصار اصل صدمه جهت جرم‌انگاری رفتارها در فضای سایبر نیز پذیرفتنی نیست و اصل صدمه، ضررهای وارد شده به فاعل فعل را که از سوی خود او به وقوع می‌پیوندد در برنمی‌گیرد، بلکه تنها رفتارهای ضرری وارد به دیگران را در برمی‌گیرد (پور قهرمانی و آقا بابایی، ۱۳۸۸، ص ۱-۶).

بنابراین اصل، باید ملاکی برای «شدت» موجود باشد و برخی راه‌های درجه‌بندی عینی صدمه را نیز با خود به همراه داشته باشد تا راه سوءاستفاده را بر مداخله‌های ناموجه دولت در فضای سایبر سد کند. قاعده کلی برای تشخیص این‌که از کدامیک از

رفتارهای زیان‌بار می‌توان با روش غیر کیفری جلوگیری کرد وجود ندارد، بلکه تشخیص آن نیازمند مطالعه موردی بر اساس «هزینه - فایده»، شامل ضررهایی می‌شود که اجتناب‌ناپذیر و اساسی‌اند، نه هر نوع ضرری که در فضای سایبر ایجاد می‌گردد. با وجود این، رویه در دنیا به تدریج به سوی جرم‌انگاری ضررهایی در فضای سایبر بوده که به صورت غیر عمدی در فضای سایبر صورت پذیرفته است. قانون‌گذار ایران مطابق این رویکرد در ماده ۲۱ و ۲۳ قانون جرائم رایانه‌ای مقرر می‌دارد ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی و میزبانی چنانچه از روی بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی زمینه دسترسی به محتوای غیرقانونی را فراهم آورند در مرتبه اول و دوم به جزای نقدی و در مرتبه سوم به یک تا سه سال تعطیلی موقت محکوم خواهند شد. مطابق این رویکرد قانون‌گذار بر مبنای اکثریت حقی پیدا می‌کند تا یک نوع شیوه زندگی واحد را به جامعه تحمیل کند. وانگهی کیفر هدف‌های دیگری نیز دنبال می‌کند که از رهگذر اصل ضرر چندان قابل تعقیب نیست. کیفر به‌طور عمده پیام‌های اخلاقی، سیاسی، فرهنگی و ایدئولوژیکی منتقل می‌کند. بسیاری از سیاست‌گذاری‌ها و اعمال تنبیهی در دنیای معاصر افزون بر پیام اخلاقی، پیام نژادی و سیاسی انتقال می‌دهند؛ پیامی در مورد این‌که چه کسی مسئول جرم‌انگاری و چه کسی تحت کنترل است (Harcourt, 1999, p.68). قانون‌گذار آلمان در بند ۳ ماده ۳۱۷ قانون مجازات مقرر می‌دارد: هر کس از روی بی‌احتیاطی از فعالیت تأسیسات مخابراتی که در خدمت اهداف عمومی است جلوگیری کند و یا فعالیت آن را به مخاطره اندازد به مجازات حبس تا ۱ سال یا جریمه مالی محکوم خواهد شد. این رویکرد در نظام قانون‌گذاری آلمان به‌عنوان یک نظام مبتنی بر لیبرالیسم معین می‌کند که اگرچه اصل زیان و به خطر افتادن منافع عمومی می‌تواند مبنای مشروعیت مداخله کیفری دولت‌ها قرار گیرد، لکن صرف وجود ضرر به غیر موجبی برای مداخله کیفری نیست و چه بسا جبران خسارات از طریق ضمانت اجراهای مدنی می‌تواند کارآمدتر باشد؛ زیرا ممکن است رفتار زیان‌بار فرد، غیرعمدی و یا در راستای دنبال کردن هدفی موجه و قانونی

بوده و نقص تدابیر امنیتی موجود موجب به مخاطره افتادن فعالیت آن شده باشد.

## ۲-۱-۲. الگوهای جرم‌انگاری اصل صدمه در جرائم سایبر

نخستین مدل جرم‌انگاری اصل صدمه در جرائم سایبری مدل خطرآفرینی انتزاعی<sup>۱</sup> است که جرم‌های ناشی از آن به‌طور معمول، ضرر وارد را به‌طور مستقیم مجازات نمی‌کنند. در این مدل نقض مقررات و قوانین اداری یا محدوده مجازی که در پروانه‌ها و مجوزهای اداری اجازه داده شده، جرم‌انگاری شده است؛ مانند جرم‌انگاری در خصوص شرکت‌های ارائه‌کننده خدمات رایانه‌ای که جرم‌انگاری بر اساس مقررات حقوقی، اداری و تا اندازه‌ای تصمیم‌های مقام‌های حقوق اداری و مدنی انجام می‌شود و مصادیق آن را می‌توان در قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های ناظر بر صدور مجوز ارائه خدمات رایانه‌ای پیدا کرد. قانون‌گذار ایران در ماده ۲۱ قانون جرائم رایانه‌ای مقرر می‌دارد ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی موظفانند طبق ضوابط فنی و فهرست مقرر از سوی کارگروه تعیین مصادیق محتوای مجرمانه که در چارچوب قانون تنظیم شده است را پالایش کنند و در صورتی که عمداً از پالایش محتوای مجرمانه خودداری کنند، منحل خواهند شد.

مطابق این رویکرد در تدوین قوانین سایبری باید مجازات کیفری صرفاً در جرائم خطرناکی که مقررات اداری یا مدنی توان مقابله با آن را ندارند، اعمال گردد. قانون‌گذار آلمان ایجاد محدودیت در دسترسی به سایت‌ها و پالایش محتوا را بر اساس قانون فدرال صورت می‌دهد و آن‌هم در مواردی خاص. دادگاه‌های این کشور رأی به مسدود شدن برخی تارنماها می‌دهند. نمونه‌ای از محتوای مسدود شده در آلمان بازمی‌گردد به قوانین کپی‌رایت و یا پرنوگرافی کودکان که این نوع حمایت نیز اساساً بر مبنای مقررات اداری و مدنی صورت می‌پذیرد؛ زیرا مقررات حقوق مدنی و قراردادهای میان موضوع داده‌ها و سازمان‌ها دخیل در پردازش داده می‌توانند در اکثر موارد راهگشا باشند؛ بنابراین باید تفاوتی بین آنچه غیراخلاقی است و آنچه مجرمانه تلقی می‌شود در نظر گرفت و از جزای

---

۱. Abstract endangerment





نقدی مبتنی بر ضمانت اجرای اداری استفاده کرد.

قانون‌گذار آلمان در جرم‌انگاری به شرحی که گذشت تلاش کرده تا حد امکان از جزای نقدی مبتنی بر ضمانت اجرای اداری استفاده کند و حتی در خصوص جرائمی که عواملی مانند نوع داده‌ها، دامنه جرم و شیوه ارتکاب باعث می‌شود که نتیجه مجرمانه خفیف‌تر باشد، استثناهایی را پیش‌بینی کرده و بر اساس آن برخی تخلفات قابل اغماض را از شمول جرم تعریف شده خارج کرده است. ضمانت اجرای اداری و جزای نقدی مقرر در ماده ۴۳ و ۴۴ قانون فدرال حمایت از داده‌رامی توان در راستای این اصل توجیه نمود. بر مبنای این نظریه، در آلمان ارائه‌کنندگان خدمات دسترسی تا زمانی که بر اطلاعاتی که انتقال می‌دهند تأثیر نگذارند یا اطلاعات یا دریافت‌کننده اطلاعات را گزینش نکنند، مسئول نخواهند بود و در صورت مسئولیت نیز به موجب قرارهای مدنی و اداری مجازات می‌شوند. این نگرش موازنه مناسبی را میان پیشگیری از جرم و جریان آزاد داده‌ها در شبکه‌های رایانه‌ای بین‌المللی برقرار می‌سازد (Sieber, 2001, p.231-239).

قانون‌گذار ایران در ماده ۲۳ قانون جرائم رایانه‌ای به مجازات ارائه‌دهندگان خدمات میزبانی به علت تخلف از دستور کارگروه تعیین مصادیق مجرمانه یا دستور قضایی، مبنی بر جلوگیری از ادامه دسترسی به سامانه‌های رایانه‌ای متخلف پرداخته و این نوع جرم‌انگاری در شرایطی تحقق پذیرفته است که بستر و زیرساخت‌های لازم جهت تأمین میزبانی سرورها در کشور فراهم نبوده، سرورهای اصلی خدمات میزبانی در خارج از کشور تأمین می‌گردند و شرکت‌های ارائه‌دهنده میزبانی نیز تابع قوانین خاص خود هستند. لذا جرم‌انگاری در این خصوص صرفاً مشمول بخش قلیلی از سامانه‌های (حاکمیتی) می‌گردد که در ایران میزبانی می‌شوند.

در آلمان این رویکرد متفاوت به نظر می‌رسد؛ زیرا آلمان به دلیل صنعتی بودن و لزوم داشتن قوانینی هماهنگ در اتحادیه اروپا در جهت تأثیر نهادن بر نحوه عملکرد ارائه‌دهندگان خدمات میزبانی و لزوم امنیت بیشتر صنایع در حفظ اطلاعات تجاری و تأمین زیرساخت‌های مناسب توسط دولت، ارائه خدمات میزبانی در آلمان در داخل و

توسط دولت فدرال انجام می‌شود. بر این اساس در نظام قانون‌گذاری آلمان، مداخله حقوق کیفری مبتنی بر پذیرش یک نظم اداری و مدنی است که به‌طور مستقیم برای حمایت از این نظم و به‌گونه‌ای نا مستقیم برای حمایت از ارزش‌های مورد اشاره یا مقرر در قواعد و اصول اداری و مدنی به کار می‌آید. در این مدل تحقیق و اثبات آسیب و ضرری که ممکن است به ارزش‌های مورد حمایت وارد شود، در وقوع جرم و مسئولیت کیفری بی‌تأثیر است. لذا به‌صرف تخلف از مقررات اداری، پروانه صادر شده جرم محقق می‌شود. افزون بر آن، احراز وقوع جرم و شرایط تحقق مسئولیت کیفری به تصمیم مقام‌های اداری و کارشناسان فنی و قضایی وابستگی فراوان دارد (Wilson, 1998, p. 319-321).

دومین الگو اصل صدمه در جرائم سایبری، مدل خطرآفرینی واقعی<sup>۱</sup> است که بر مبنای آن صرف تخلف از مقررات اداری و مجوزها و پروانه‌های صادر شده جهت ارائه خدمات رایانه‌ای، کافی نیست، بلکه تهدید به آسیب کافی است. افزون بر ایجاد خطر، غیرقانونی بودن اقدام نیز شرط دوم وقوع جرم است؛ لیکن تا هنگامی که از قواعد اداری پیروی شود، معمولاً مسئولیت کیفری در پی نخواهد داشت (Wilson, 1998, pp. 328-329).

قانون‌گذار ایران در ماده ۳ قانون جرائم رایانه‌ای هر گونه دسترسی، تحصیل، شنود غیرمجاز نسبت به داده‌های سری در حال انتقال یا ذخیره شده در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده را جرم انگاری نموده است. ماده ۵ قانون جرائم رایانه‌ای نیز مقرر می‌دارد چنانچه مأموران دولتی که مسئول حفظ داده‌های سری مقرر در ماده ۳ این قانون یا سامانه‌های مربوط هستند و به آن‌ها آموزش لازم داده شده است یا داده‌ها یا سامانه‌های مذکور در اختیار آن‌ها قرار گرفته است بر اثر بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی یا عدم رعایت تدابیر امنیتی موجب دسترسی اشخاص فاقد صلاحیت به داده‌ها، حامل‌های داده یا سامانه‌های مذکور شوند، به مجازات مقرر محکوم خواهند شد. در این مدل، اثبات

---

۱. concerte endangerment



تقصیر شرط نیست؛ زیرا متهم بایست آگاه می‌بوده یا انتظار می‌رود که آگاه بوده است (ابهری و میری، ۱۳۹۰، ص ۱۱). قانون‌گذار آلمان مطابق این رویکرد در بند «الف» ماده ۲۳۲ قانون مجازات مقرر می‌دارد: هر کس برخلاف قانون اطلاعاتی را که برای دسترسی وی در نظر گرفته نشده باشد و به‌ویژه در مقابل دستیابی بدون مجوز افراد حفاظت می‌شوند، برای خود یا دیگری تحصیل کند، در صورتی که حفاظت از اطلاعات یادشده را نقض کند، به مجازات حبس یا پرداخت جزای نقدی محکوم خواهد شد. قانون‌گذار آلمان با بیان عبارت به‌ویژه محافظت‌شده که معیاری است برای تشکیل جرم، این هدف را پیگیری کرده است که بزه دیده باید میزان علایق خود را در حفظ امنیت داده‌ها به وسیله ایجاد سطح مشخصی از دسترسی آشکار سازد. در این مدل، دست‌کم تهدیدی علیه آن ارزش موردحمایت باید به اثبات برسد.

سومین الگوی اصل صدمه، مدل جرم‌انگاری ضررهای شدید است که هدف آن حمایت از ارزش‌ها و منافع فردی و اجتماعی در فضای سایبر، در برابر صدمات شدید است که با روش‌های دیگر نمی‌توان از آن‌ها پیشگیری کرد و چنان آثار بدی بر جامعه و امنیت اجتماعی بر جای می‌گذارند که چاره‌ای جز جرم‌انگاری آن‌ها نیست. قانون‌گذار ایران در ماده ۱۱ قانون جرائم رایانه‌ای ایران مقرر می‌دارد هرکس به قصد به خطر انداختن امنیت، آسایش و امنیت عمومی اعمال مذکور در مواد ۸، ۹ و ۱۰ این قانون را علیه سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی که برای ارائه خدمات ضروری عمومی به کار می‌روند، مرتکب شود، به حبس از سه تا ده سال محکوم خواهد شد. قانون‌گذار آلمان در ماده ۳۱۷ قانون مجازات مقرر می‌دارد: هر کس از فعالیت تأسیسات مخابراتی که در خدمت اهداف عمومی هستند جلوگیری کند یا فعالیت آن را به مخاطره اندازد به مجازات حبس تا ۵ سال محکوم خواهد شد. همچنین در بند ۲ ماده ۳۱۷ قانون مجازات بی‌احتیاطی مرتکب نیز جرم‌انگاری شده است. البته مجازات مرتکبین این جرائم در کشورها صنعتی همچون آلمان، بسته به این‌که مرتکب آگاهانه عمل کرده یا از سر بی‌احتیاطی، متفاوت است و شروع به ارتکاب این جرائم نیز جرم‌انگاری شده است؛ لکن حسب قانون جرائم

رایانه‌ای ایران تفاوتی در مجازات مرتکب آگاه و ناآگاه وجود ندارد. بررسی مصادیق جرم‌انگاری شده در دو نظام قانون‌گذاری ایران و آلمان نشان می‌دهد قانون‌گذار آلمان بر مبنای یک نظام لیبرال که در آن کیفر مبتنی بر ارزش‌هایی همچون آزادی افعال مشروعیت یافته و توجیه می‌شود تلاش کرده است در جرم‌انگاری جرائم سایبری تحت تأثیر اصل صدمه تا حد ممکن کیفر را محدود به ضررهای شدید به دیگران کند، به نحوی که پیشگیری از آن با سایر روش‌های حقوقی ممکن نباشد. قانون‌گذار ایران گرچه اصل صدمه را در جهت توجیه جرم‌انگاری مبنا دانسته، لکن با برداشتی متفاوت از اصل صدمه آن را نه تنها شامل ضرر به دیگری و یا ضرر به منافع می‌داند، بلکه صدمه به اخلاق، صدمه به ارزش‌های دینی و صدمه به باورهای فرهنگی نیز می‌داند. این برداشت قانون‌گذار ایران از اصل صدمه با مبانی دیگری همچون قیم‌مآبی و سایر اصولی که در ادامه پژوهش بدان خواهیم پرداخت توجیه می‌شود.

## ۲-۲. اصل استقلال فردی در جرائم سایبر

انسان به حکم ذات خویش، مایل به آزادی است؛ درحالی‌که دولت اصرار دارد مردم را به اجرای مقررات و قوانین ملزم کند. بر این مبنا قبل از هرگونه مداخله در آزادی‌های شهروندان در فضای سایبر از طریق حقوق کیفری باید اصول و مبانی محکمی برای مشروعیت بخشیدن به استفاده از اجبار در اختیار داشت. اگر مقررات کیفری حاکم بر فضای سایبر، قابلیت انطباق با فطرت بشر و نیازهای او را نداشته باشند و برعکس با حقوق فطری و طبیعی فرد در تضاد باشند، همواره به زیان مردم خواهند بود؛ زیرا مردم یا مجبورند محدودیت‌های حاکم بر فضای مجازی را بپذیرند یا با آن مقابله کنند. بپذیرا شدن آن، موجب از دست دادن آزادی در فضای سایبر در جهت دسترسی به اطلاعات و مقابله با آن، موجب تحمل مجازات می‌شود (weale, 1985, p.21).

## ۲-۲-۱. محدوده اصل استقلال فردی

اصل استقلال فردی بیانگر این موضوع است که مردم خود قادرند در فضای سایبر صلاح و فساد خویش را دریابند و به تصمیم‌گیری بپردازند. (سیموندز، ۱۳۹۲، ص ۳۳). مفهوم ضمنی این فرض آن است که هیچ‌کس چنان‌که تو خود را می‌شناسی تو را نمی‌شناسند. پس در موقعیتی بهتر از هر فرد دیگر هستی که بدانی، چه چیز برای تو خوب و چه چیز بد است (راسخ، ۱۳۸۹، ۱۰)، ص ۳۳-۳۴). بدین‌سان بر اساس اصل اولیه، هر فرد عاقل و بالغ، صلاحیت دارد که در مورد شیوه رفتار خود در فضای سایبر تصمیم‌گیری کرده، چگونگی بهره‌مندی خود از امکانات فضای سایبر را تعیین کند. درواقع در پرتو این ایده، تکثر برداشت‌ها و شیوه‌های متفاوت زندگی به رسمیت شناخته می‌شود و تفکیک حوزه عمومی از حریم خصوصی افراد به وجود می‌آید. حوزه خصوصی بخش بسیار مهمی از قلمرو استقلال به شمار می‌آید که فرد می‌تواند اهداف و طرح‌های شخصی خود را برگزیده و دنبال کند. در این فرایند جرم‌انگاری مساوی است با «توسعه محدوده کنترل رفتاری» افراد در فضای سایبر و کاهش قلمرو مباح رفتاری که آن افراد می‌توانند بر اساس انتخاب و استقلال فردی خود در آن حوزه رفتار کنند. (انصاری، ۱۳۶۹، ص ۳۳۰).

بر این مبنا قانون کیفری که به اصل استقلال فردی و حریم خصوصی در فضای سایبر احترام نگذاشته، حق دسترسی آزاد به اطلاعات در فضای سایبر را به رسمیت نشناسد، می‌تواند خشونت‌زا باشد. درواقع، این امر به‌نوعی نافرمانی مدنی در مقابل برخی قوانین کیفری را نیز تداعی می‌کند و این نافرمانی مدنی در خصوص کسانی است که مشروعیت بنیادی حکومت را پذیرفته‌اند. آنان نمی‌خواهند وظیفه شهروندی خود را کنار گذارند، بلکه به دنبال انجام درست آن نیز هستند (نجفی ابرندآبادی و اسدی، ۱۳۸۸، ص ۳۳۰).

یکی از ضوابط مطرح در حریم خصوصی این است که شخص در صورت تمایل بتواند آن را مخفی و دور از دسترس دیگران قرار دهد. لازمه این ضابطه ممنوعیت تجسس و تفتیش از یک‌سو و ممنوعیت اشاعه و انتشار ابعاد زندگی خصوصی افراد در فضای سایبر است که رعایت این امر بیش‌تر در مناسبات حکومت و شهروندان نمود می‌یابد

(برلین، ۱۳۸۵، ص ۱۶۱-۱۹۹). قانون‌گذار آلمان با توجه به دستورالعمل‌های ۱۹۹۵ شورا اروپا تحت عنوان حمایت از اشخاص حقیقی در مقابل پردازش داده‌های شخصی و گردش آزاد داده‌ها و همچنین دستورالعمل ۲۰۰۲/۵۸/ce تحت عنوان زندگی خصوصی و ارتباطات الکترونیکی و بند ۱ ماده ۸ دستورالعمل شماره ۳۱/۴۵/ec اتحادیه اروپا که کشورهای عضو را ملزم می‌کند پردازش داده‌های شخصی مربوط به ریشه‌های قومی و نژادی، دیدگاه‌های سیاسی، باورهای دینی و فلسفی، عضویت در اتحادیه‌های تجاری و پردازش داده‌های مربوط به سلامتی و زندگی جنسی را ممنوع سازند. داده‌های موضوع این ماده که به داده‌های شخصی حساس معروف‌اند از حمایت‌های ویژه برخوردارند و پردازش آن‌ها جز در موارد تعیین شده مجاز نیست (اصلائی، ۱۳۸۶، ص ۱۶).

قانون‌گذار آلمان بر اساس دستورالعمل‌های شورا اروپا در قوانین داخلی قانون فدرال حمایت از داده‌ها را تصویب کرده است. در ماده ۴ قانون فدرال حمایت از داده آلمان، قانون‌گذار ضمن تبیین چگونگی جمع‌آوری و پردازش داده‌های شخصی، به صورت مطلق داده‌های شخصی را مورد حمایت قرار داده است و در بند «الف» ماده ۴ قانون حمایت از داده نیز شرط پردازش را منوط به رضایت شخص دانسته است. همچنین در بند «ج» ماده ۴ به استثنائاتی مانند منافع عمومی، دعاوی حقوقی، حفاظت از منافع حیاتی موضوع داده پرداخته شده که پردازش حتی در موارد ممنوع فراهم می‌شود. قانون‌گذار آلمان با توجه به دستورالعمل‌های مصوب شورا اروپا به شرحی که گذشت تلاش کرده است بین حمایت از اشخاص حقیقی در مقابل پردازش داده‌های خصوصی از یکسو و جریان آزاد داده‌ها از سوی دیگر تعادل برقرار کند و همچنین بین ارزش‌های بنیادین جامعه از جمله احترام به زندگی خصوصی و جریان آزاد اطلاعات پیوند ایجاد کند.

قانون‌گذار ایران در راستای حمایت از حریم خصوصی و استقلال فردی افراد در ماده ۵۸ قانون تجارت الکترونیک مقرر می‌دارد: ذخیره، پردازش و یا توزیع داده‌پیام‌های شخصی مبین ریشه‌های قومی یا نژادی، دیدگاه‌های عقیدتی، مذهبی، خصوصیات اخلاقی داده‌پیام‌های راجع به وضعیت جسمانی، روانی و یا جنسی اشخاص بدون رضایت صریح آن‌ها به هر عنوان غیرقانونی است. رضایت شخص ذینفع برای پردازش و

گردآوری داده‌های مذکور در ماده ۵۸ قانون تجارت الکترونیک همانند دستورالعمل مصوب ۱۹۹۵ شورا اروپا است و باید رضایت به صورت صریح باشد و نمی‌توان آن را از رفتار و کردار یا سکوت شخص استنباط کرد و محدوده آن نیز باید صرفاً نسبت به داده‌های حساس محدود شود. قانون‌گذار ایران شرایط نخیره، پردازش و توزیع در صورت رضایت شخص ذینفع در بستر مبادلات الکترونیکی را در ماده ۵۹ قانون تجارت الکترونیک مقرر و آن را مشروط به شرایط زیر کرده است: الف) اهداف آن مشخص بوده و به‌طور واضح شرح داده شده باشند. ب) «داده‌پیام» باید تنها به اندازه ضرورت و متناسب با اهدافی که در هنگام جمع‌آوری برای شخص موضوع «داده‌پیام» شرح داده شده جمع‌آوری گردد و تنها برای اهداف تعیین شده مورداستفاده قرار گیرد. ج) «داده‌پیام» باید صحیح و روزآمد باشد. د) شخص موضوع «داده‌پیام» باید به پرونده‌های رایانه‌ای حاوی داده‌پیام‌های شخصی مربوط به خود دسترسی داشته و بتواند داده‌پیام‌هایی ناقص و یا نادرست را محو یا اصلاح کند. ه) شخص موضوع «داده‌پیام» باید بتواند در هر زمان با رعایت ضوابط مربوط، محو کامل پرونده رایانه‌ای داده‌پیام‌های شخصی مربوط به خود را درخواست کند. قانون‌گذار ایران با این‌که در مقام بیان بوده، از موارد خاص و استثنایی که بنا به دلایل امنیتی و مصالح عمومی بتوان دست به پردازش داده‌ها زد، سخنی به میان نیاورده است و علیرغم اهمیت موضوع آن را به آیین‌نامه ارجاع داده است و در ماده ۶۱ مقرر می‌دارد که سایر موارد راجع به دسترسی موضوع «داده‌پیام» از قبیل استثنائات، افشای آن برای اشخاص ثالث، اعتراض، فراگردهای ایمنی، نهادهای مسئول دیدبانی و کنترل جریان داده‌پیام‌های شخصی به موجب مواد مندرج در باب چهارم این قانون و آیین‌نامه مربوط خواهد بود. قانون‌گذار ایران در قانون تجارت الکترونیک رضایت شخص را در جهت حمایت از مواردی همچون منافع عمومی، امنیت ملی، دفاع ملی و مبارزه با تروریسم که در آن نیاز به گردآوری و پردازش داده باشد

ضروری ندانسته و فقط داده‌های شخصی حساس را مشمول حمایت قرار داده است و از مطلق داده‌های شخصی، از جمله داده‌های تجاری و صنعتی حمایت نکرده است. نبود زیرساخت‌های مخابراتی متناسب و قوانین پایه‌ای از جمله قانون حمایت از داده در ایران، از مهم‌ترین علت‌های تفاوت در رویکرد قانون‌گذاران دو کشور است. (فرجیها، علمداری، ۱۳۹۶، ص ۶۴۱). طبق آنچه در مقدمه این نوشته مطرح گردید، برخی عوامل در جهت حمایت از گسترش دامنه جرم‌انگاری جرائم سایبری هستند؛ همچون اصل قیم‌مآبی حقوقی و یا اصل مصلحت عمومی که در ادامه پژوهش تحت عنوان اصول و مبانی موافق جرم‌انگاری به بررسی آن خواهیم پرداخت.

### ۳. مبانی نظری موافق جرم‌انگاری در جرائم سایبر

بر اساس اصل استقلال فردی، هر فرد قادر به ترسیم طرح زندگی خویش هستند و مادام که به آزادی دیگران در فضای سایبر و نظم و امنیت و آسایش عمومی صدمه نزده است، استفاده از اجبار علیه او قابل توجیه نیست. در مقابل این دیدگاه، گفته شده که سپردن طرح زندگی و رفتار افراد بخصوص در مواجهه با امکانات موجود در فضای سایبر، با توانایی و ظرفیت محدود افراد سازگار نیست و به خاطر واقعیت خطاپذیری انسان در ارتباط با ادراکات خویش نسبت به فضای سایبر و عدم توانایی وی در تشخیص اعمال و رفتار درست از نادرست، فرد نمی‌تواند محور تصمیم‌گیری در فضای سایبر قرار گیرد. این ایده قیم‌مآبی نام‌گرفته است. در این دیدگاه قانون‌گذار کیفی با ممنوعیت برخی رفتارها در فضای سایبر و مداخله در قلمرو آزادی شهروندان در دسترسی به برخی از امکانات موجود در فضای سایبر درصدد القای این ایده است که هرچند رفتار جرم‌انگاری شده صدمه‌ای به آزادی دیگران وارد نمی‌کند یا نظم و امنیت و آسایش عمومی را بر هم نمی‌زند، لکن انجام آن منجر به صدمه و آسیب بر جسم و روان فرد می‌شود و لذا قانون‌گذار برای حمایت از فرد و جلوگیری از ایراد ضرر به خود،



دسترسی به آن را ممنوع نموده، در مقابل نقض این ممنوعیت، ناقصان را به کیفر می‌رساند.

### ۳-۱. اصل قیم‌مآبی حقوقی در جرائم سایبر

قیم‌مآبی عبارت است از عمل کردن به خیر و صلاح دیگران، بدون رضایت ایشان آن‌گونه که پدر برای فرزندان خویش می‌کند. در معنای سیاسی عبارت است از اینکه دولت می‌تواند به‌مانند یک پدر برای جامعه، مردم را نه‌تنها از انجام اموری که به زیان دیگران است به‌اجبار منع کند، بلکه چنانچه این رفتار به ضرر خودشان نیز باشد، از انجام آن جلوگیری کند. مسدودسازی برخی از امکانات فضای سایبر از سوی دولت‌ها را می‌توان در چنین رویکردی توجیه کرد که بر مبنای آن محافظه‌کاران بر قدرت و اقتدار سیاسی فراگیر دولت در فضای سایبر تأکید می‌کنند. در این دیدگاه به مصلحت عمومی، نقش اجتماعی و اقتصادی دولت و نظارت اجتماعی و اخلاقی، بیش‌تر تأکید می‌گردد (Feinberg, 2003, p.12-20). البته مصداق‌هایی از مفهوم کلی قیم‌مآبی دارای بار مثبت است؛ لکن در بحث جرم‌انگاری در فضای سایبر، سخن بر سر رفتارهای قیم‌مآبانه به‌طورکلی نیست، بلکه از قیم‌مآبی اجبارآمیز خاص که مبنایی برای جرم‌انگاری علیه‌کننده رفتار است بحث می‌گردد.

### ۳-۱-۱. الگوهای قیم‌مآبی حقوقی (قانونی) در جرائم سایبر

نخستین رویکرد در انواع قیم‌مآبی حقوقی، قیم‌مآبی مطلق و سخت (ناپسند) در حمایت از کاربران اینترنت است که در این رویکرد به‌عنوان یک دلیل، قانون‌گذار کیفری می‌پذیرد که حمایت از افراد بالغ و سالم در برابر نتایج زیان‌بار اعمال اختیاری آن‌ها ضرورت دارد. مصادیق این رویکرد را به نظر می‌رسد بتوان در برخی از اقدامات کارگروه تعیین مصادیق مجرمانه مطابق ماده ۲۱ و ۲۳ قانون جرائم رایانه‌ای در مسدود کردن

نرم‌افزارهای ارتباطی و اجتماعی مورد استفاده در فضای سایبر مشاهده کرد که بیشتر به نظر می‌رسد در پی مصالح اقتصادی شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات ارتباطی و مخابرات باشد تا رعایت صلاح افراد در حفظ اطلاعات آن‌ها. بر مبنای این رویکرد قانون کیفری ارزش‌ها و احکام خود را که برای منفعت و صلاح مردم است بر آن‌ها تحمیل می‌کند. جرم‌انگاری صورت گرفته در قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند (مصوب سال ۱۳۸۶) و مواد ۱۴ و ۱۵ قانون جرائم رایانه‌ای در فصل چهارم تحت عنوان جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی را می‌توان در راستای این اصل تحلیل نمود. قانون‌گذار آلمان در بند «ب» ماده ۱۸۴ تحت عنوان انتشار مطالب مستهجنی که خشونت و رابطه جنسی غیرطبیعی را به تصویر می‌کشند، توزیع، تحصیل، مالکیت، تولید، تأمین، ذخیره، پیشنهاد، اعلام و نشر مطالب مستهجن را چنانچه در ارتباط با سوءاستفاده جنسی از کودکان باشد، جرم دانسته و استفاده یا کپی‌برداری از آن مطالب، اقدام به صادرات یا واردات آن یا تسهیل کاربرد چنین مطالبی را در خصوص افراد بزرگسال، جرم‌انگاری کرده است این قلمرو حمایتی با عنوان هرزه‌نگاری مطلق مطرح است؛ به این معنا که توزیع آن حتی میان بزرگسالان نیز ممنوع است. (Delmas-Marty, 2008, p.157) به نظر می‌رسد قانون‌گذار آلمان کیفردهی اعمالی را که از یکسو، اخلاق متعارف اجتماع آن‌ها را برنمی‌تابد و از سوی دیگر، آن اعمال با اصولی همچون اصل ضرر قابل کیفر نباشند مطابق اصل قیّم‌مآبی حقوقی توجیه می‌کند. این شکل از پذیرش، نشانه نرم اصل قیّم‌مآبی حقوقی است که تنها مداخله محدود و موقت جامعه و دولت را توجیه می‌کند (کی‌نیا، ۱۳۹۴، ص ۱۲-۱۶).

نگرش دوم در انواع قیّم‌مآبی حقوقی، قیّم‌مآبی نسبی یا نرم در حمایت از افراد آسیب‌پذیر در جرائم سایبری است، رهیافت نسبی و نرم از قیّم‌مآبی قانونی که اجازه می‌دهد شخص را در برابر تصمیم‌های غیرارادی او محافظت کنیم (Dabin, 1950, p.179). در این نوع قیّم‌مآبی حقوقی، قانون‌گذار کیفری به مداخله در حوزه انتخاب افرادی اقدام می‌کند که قوه درک و تشخیص پایین‌تری دارند و ممکن است با انتخاب



برخی رفتارها به سلامت جسم و روان خود آسیب بزنند. جرم‌انگاری رفتارهای زیان‌بار علیه کودکان را می‌توان مطابق این رویکرد دانست. کنوانسیون جرائم سایبری در ماده ۹ با عنوان جرائم مرتبط با محتوا، دولت‌های عضو را بر جرم‌انگاری هرزه‌نگاری اشخاص زیر ۱۸ سال ملزم ساخته است که بیانگر توافق بین‌المللی در مجرمانه بودن چنین رفتاری است. قانون‌گذار آلمان در بند ۱ ماده ۱۸۴ قانون جزایی آلمان مقرر می‌دارد هر کس مطالب مکتوب شهوت برانگیز را در اختیار افراد زیر ۱۸ سال قرار دهد یا به آنان پیشنهاد دهد یا در دسترس آن‌ها بگذارد مشمول مجازات مقرر قانونی خواهد شد. همان‌طور که مشاهده می‌شود قانون‌گذار آلمان هرگونه انتشار متون و تصاویر مستهجن را محکوم نمی‌کند، بلکه بیش از هر چیز، در دسترس قرار دادن این متون برای افراد زیر ۱۸ سال را محکوم می‌کند. در واقع این بند در مورد متون و تصاویر مستهجنی که با اعمال خشونت‌آمیز، سوءاستفاده جنسی از کودکان و یا روابط جنسی با حیوانات است، صراحت دارد. تدوین قانون مربوط به انتشار متون مضر برای نسل جوان و قانون حمایت از نسل جوان در اماکن عمومی، تکمیل‌کننده حفاظت از اطفال در برابر متونی است که دارای جاذبه برای کشاندن آنان به ارتکاب اعمال خلاف اخلاق و رفتارهای خشونت‌آمیز و بی‌رحمانه و جنایات یا تأیید تبعیض نژادی و یا ترغیب به جنگ است. قانون‌گذار آلمان بر طبق بند ۱ ماده ۷ از قانون حمایت از نسل جوان مقرر می‌دارد: «نمایش نوار ویدئو و دیسک تصویری و نظایر آن‌ها در اماکن عمومی برای کودکان و نوجوانان تنها در صورتی مجاز است که برنامه مورد نمایش از نظر درجه‌بندی‌های سنی به تأیید و تجویز بالاترین مقام ایالتی رسیده باشد» و یا در نمونه‌ای دیگر، کودکان کمتر از هجده سال دسترسی به برخی سایت‌ها را ندارند (یعنی قانون رضایت آن‌ها را مؤثر نمی‌داند). قانون‌گذار آلمان طبق بند «الف» ماده ۱۸۴ قانون مجازات انتشار مطالب مستهجن و خشونت‌آمیز را به صورت مکتوب برای افراد زیر ۱۸ سال ممنوع و مشمول مجازات قرار داده است و طبق بند «ج» ماده ۱۸۴ نیز، انتشار مطالب مستهجن از طریق رادیو و تلویزیون برای اطفال را به نحوی که عدم دسترسی افراد زیر ۱۸ سال به پخش

افعال مذکور تضمین نگردد جرم‌انگاری نموده است.

قانون‌گذار ایران در بند «د» ماده ۲۸ قانون جرائم رایانه‌ای که مربوط به صلاحیت دادگاه‌ها است مقرر می‌دارد: چنانچه جرائم رایانه‌ای متضمن سوءاستفاده از اشخاص زیر ۱۸ سال اعم از آن‌که مرتکب بزه دیده ایرانی یا غیر ایرانی باشد، دادگاه‌های ایران صالح به رسیدگی است. در تبصره ۳ ماده ۳ نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز دارند، مقرر می‌دارد: استفاده از صفار برای نگهداری، نمایش، عرضه، فروش و تکثیر نوارها و لوح‌های فشرده غیرمجاز موضوع این قانون موجب اعمال حداکثر مجازات مقرر برای عامل خواهد بود. این نحوه عملکرد حمایتی قانون‌گذار ایران نسبت به اقشار آسیب‌پذیر در فضای سایبر در قیاس با قانون‌گذار آلمان به نظر می‌رسد بیش‌تر ناشی از شتاب‌زدگی نظام کیفری ایران در جرم‌انگاری تحت تأثیر حاکمیت فضای احساسی و اولویت یافتن ملاحظات سیاسی برای پاسخگویی مقطعی و فوری به انتظارات عمومی در پی بازتاب گسترده رسانه‌ای این جرائم بوده است نمونه این فرایندها را می‌توان در طرح قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز دارند مشاهده کرد که به‌دوراز دغدغه‌های علمی و کارشناسی به دلیل همسویی با دیدگاه‌های عوام‌گرایانه به سرعت در دستور کار قرار گرفت ( مقدسی و فرجیها، ۱۳۹۲، ص ۱۴۶). این رویکرد قانون‌گذار در صورتی است که تمام تلاش‌های او در راستای حمایت از اشخاص و داده‌ها در تدوین قانون و چگونگی آن نمود می‌یابد و از سوی دیگر تحقیقات نشان می‌دهد هرکس ممکن است قربانی جرائم سایبری باشد؛ اما گروه‌های جمعیتی خاصی بیش‌تر از دیگران در معرض خطرند. این گروه‌ها عبارت‌اند از: زنان، کودکان و سایر گروه‌های خاص آسیب‌پذیر (Hutton and Haantz, 2003, p.3). بررسی دو رویکرد نظام قانون‌گذاری ایران و آلمان در حمایت از اقشار آسیب‌پذیر نشان می‌دهد قانون‌گذار آلمان در قیاس با قانون‌گذار ایران کودک را به دلیل آسیب‌پذیر بودن نیازمند حمایت بیش‌تر قرار داده و با جرم‌انگاری و اعمال تشدید مجازات نسبت به مجرمانی که بزه دیده خود را از میان کودکان انتخاب می‌کنند از این افراد حمایت ویژه‌ای به عمل آورده و موجبات به

حداقل رساندن خسارات و صدمات به آنان را فراهم کرده است. از جمله الگوهای دیگر قیم‌مآبی حقوقی، قیم‌مآبی خالص و ناخالص در پالایش محتوای مجرمانه است. در قیم‌مآبی خالص، گروه حمایت شونده با گروهی که در آزادی آنان دخالت می‌شود با یک نگاه نگریسته می‌شوند؛ یعنی تنها آزادی گروه مورد حمایت محدود نمی‌شود، بلکه دیگران هم از این منع بی‌نصیب نمی‌مانند؛ مانند پالایش سایت‌هایی که در آن از کلیدواژه‌های متجانس با رشته پزشکی همچون تحلیل عملکرد اعضای بدن نام‌برده شده و یا مقالات علمی که به تحلیل رویکردهای سیاسی و اقتصادی و آثار آن بر اجتماع می‌پردازند، لکن به دلیل درج برخی واژگان مرتبط با موضوع و عدم هوشمندی مناسب نرم‌افزار بعضاً افرادی که هدف آن‌ها بازدید از چیزی غیر از محتوای مجرمانه است با پیغام عدم دسترسی به محتوا مواجه می‌گردند.

### ۲-۳. اصل مصلحت عمومی در جرائم سایبر

امروزه اصل رفاه یا تأمین نظم و امنیت و آسایش عمومی، عمده‌ترین توجیه و دلیل برای مداخله در حوزه آزادی‌های افراد از طریق جرم‌انگاری بسیاری از رفتارها است. بر این اساس، قانون کیفری از یک‌سو به حمایت از جامعه علیه کسانی که نظم اجتماعی را مختل می‌کنند و از دیگر سو به حمایت از ارزش‌های موردپذیرش جامعه می‌پردازد. در واقع، حقوق کیفری علاوه بر نقش سرکوبگرانه در فضای سایبر، نقش نمادین خود را که انعکاسی از ارزش‌های موجود در جامعه است، ایفا می‌کند. لکن مشکل، زمانی بروز می‌کند که حقوق کیفری از یک‌طرف، نقش «ارزش‌ساز» پیدا می‌کند، نه حمایت‌کننده و از سویی دیگر با توسعه قلمرو هر نوع رفتاری که مخالف ارزش‌های موردقبول حکومت است، به بهانه هم‌نوا سازی حقوق کیفری در حد یک ابزار تقلیل می‌یابد و از آنجا که حکومت، اقتدار سیاسی و ارزشی خود را به بسیاری از این قوانین پیوند زده، ناگزیر است به مبارزه با ناقصان این قوانین ادامه دهد که نتیجه‌ای جز تقلیل حقوق کیفری در حد یک ابزار سیاسی ندارد (کوشا، ۱۳۸۰، ص ۴۲۴). با توجه به اصل مصلحت عمومی،

قانون‌گذار می‌بایست با هر جرم‌انگاری و تصمیم‌گیری پیرامون مصلحت عمومی منافع تمامی کسانی که نمایندگی آن‌ها را عهده‌دار است در نظر گیرد (راسخ، ۱۳۸۴، ص ۱۱۵)؛ بنابراین نظریه، یک تصمیم عمومی در مواجهه با فضای سایبر که قرار است بر زندگی همگان اثر گذارد باشد باید با توافق عمومی و در بستر عقل عمومی صورت پذیرد و نظریه‌های شخصی از خیر عمومی هرچند درخور توجه و اعتقادند، نمی‌توانند ملاک قرار گیرند (صانعی، ۱۳۸۳، ص ۱۱۵). گاهی ممکن است مصلحت فرد در برابر مصلحت عمومی قرار گیرد که نه جمع آن میسر است و نه ترک آن مانند حق مطبوعات در نقد آزادانه‌ی اقدام‌های قضایی در فضای سایبر با حق دادرسی منصفانه که در این موارد باید گزینش را از رهگذر قانون به دادگاه داد تا باملاحظه تمام جنبه‌های امور میان حقوق معارض انتخاب کنند و به آن رأی دهد (حنایی کاشانی، ۱۳۸۱، ص ۷-۳۲) بنابراین دولت هنگامی می‌تواند رفتاری را در فضای سایبر مجرمانه بداند که در کنار سایر مبانی در باب حقوق و آزادی فردی مستلزم خیر عمومی نیز باشد؛ نه این‌که مردم آن را مداخله‌ای نابجا در رفتارهای اجتماعی و منطبق با روز دانسته، حتی یکدیگر را در نقض آن مقررات تشویق کنند (4, p42, Castberg, 1960). قانون‌گذار ایران در ماده ۲۴ قانون جرائم رایانه‌ای در خصوص استفاده بدون مجوز از پهنای باند بین‌المللی مقرر می‌دارد هر کس بدون مجوز قانونی از پهنای باند بین‌المللی برای برقراری ارتباطات مخابراتی مبتنی بر پروتکل اینترنتی از خارج ایران به داخل یا برعکس استفاده کند، به حبس از یک تا سه سال یا جزای نقدی از یک صد میلیون تا یک میلیارد ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد. این در شرایطی است که در اکثر کشورهای پیشرفته از جمله آلمان در عرصه داده‌پردازی، استفاده از فضای سایبر با پهنای باند پرسرعت بین‌المللی و بهره‌گیری از این‌گونه ارتباطات، به‌عنوان یک حق شهروندی پذیرفته شده است (اللهی منش و سدره نشین، ۱۳۹۱، ص ۱۳۹).

بر این اساس رویکرد قانون‌گذار آلمان مبتنی بر عدم جرم‌انگاری استفاده از پهنای باند بین‌المللی برای برقراری ارتباطات مخابراتی بر این تفسیر استوار است که اگر رفتاری را که قانون‌گذار جرم شناخته است به قدر کافی صدمه و سرزنش در پی نداشته باشد حقوق و آزادی افراد مخدوش خواهد شد و مردم عملاً از دستور قانون‌گذار مبنی

بر عدم ارتکاب چنین رفتاری سرپیچی خواهند کرد؛ همانند آنچه در ایران در مورد استفاده از تجهیزات دریافت کانال‌های ماهواره‌ای از طریق اینترنت و استفاده از فیلترشکن‌ها نمودار شده است. این در صورتی است که در حقوق کیفری کرامت‌محور که دغدغه سیاست‌گذاران کیفری است، در هر جرم‌انگاری باید چنان مصلحتی در حمایت از حقوق و آزادی‌های افراد وجود داشته باشد که بر مفسده ناشی از محدود کردن این حقوق و آزادی‌ها چیرگی داشته باشد (شمس ناتری، ابولمعالی و علیزاده، ۱۳۹۰، ص ۲۷۲). در این فرایند قانون‌گذار باید با در نظر گرفتن خصوصیات نظریه مصلحت عمومی که هم به آزادی و حقوق فردی و هم به خیر عمومی توجه دارد و با ملاحظه میزان توسعه‌یافتگی جامعه، اخلاق و عادت‌های مردم درباره استفاده از فناوری اطلاعات تصمیم‌گیری کند. بر اساس این نگرش رفتارهایی همچون بازدید از وبسایت‌های پالایه شده یا استفاده از تجهیزات دریافت ماهواره یا نقض حق کپی‌رایت آثار هنری و فرهنگی با توجه به ساختارهای اجتماعی و فرهنگی حاکم فاقد قباحت ذاتی هستند و به این جهت وقوع آن‌ها سرزنشی را در پی نخواهد داشت. بر طبق اصول کلی، اقدام قانون‌گذار در جرم‌انگاری یک رفتار با توجیه مصلحت عمومی باید مشروط به دو شرط باشد: نخست آن‌که این استثنائات بر اساس این حقوق لطمه وارد نکند. دوم این‌که احراز شود که این محدودیت در دسترسی امکانات فضای سایبر در مجموع به سود عموم و مصلحت همگانی است.

#### ۴. نتیجه‌گیری

یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد قانون‌گذار آلمان در جرم‌انگاری جرائم سایبری بیش‌تر تحت تأثیر اصل صدمه واقع گردیده است؛ لکن تفسیر اصل صدمه در نظام کیفری آلمان به‌عنوان یک نظام مبتنی بر اندیشه‌های لیبرالیستی در پرتو ارزش‌هایی چون آزادی افعال و خودمختاری، که در واقع مؤلفه‌های سازنده یک جامعه مبتنی بر اصالت فرد است مشروعیت یافته و توجیه می‌شود. جرم‌انگاری جرائم سایبری در نظام قانون‌گذاری آلمان

به دلیل ارتباطی که بامقوله آزادی و خودمختاری پیدا می‌کند، اقدامی بس حساسیت برانگیز است و به همین دلیل، قانون‌گذار تلاش کرده است بر مبنای اصل استقلال فردی تا حد ممکن کیفر را محدود به ضررهای شدید به دیگران کند که پیشگیری از آن با سایر روش‌های حقوقی ممکن نباشد. قانون‌گذار ایران اگرچه اصل صدمه را مبنایی در توجیه جرم‌انگاری مطرح کرده است، لکن با توجه به درک فرهنگی متفاوتی که نظام کیفری ایران از اصل صدمه در جرائم سایبر داشته است، این اصل را نه تنها شامل ضرر به دیگری یا ضرر به منافع می‌داند، بلکه با تفسیری موسع از اصل صدمه آن را شامل صدمه به اخلاق، صدمه به ارزش‌های اسلامی و باورهای اجتماعی می‌داند و این تفسیر قانون‌گذار ایران از اصل صدمه با مبنای چون اصل قیّم‌آبی حقوقی، اصل مصلحت‌گرایی توجیه می‌شود. قانون‌گذاری آلمان متأثر از اصل قیّم‌آبی حقوقی به‌عنوان یک مسئله استثنایی و کمکی، تدابیر حمایتی ویژه را جهت حمایت از کودکان تدوین کرده است؛ زیرا قانون‌گذار آلمان کودک بودن را آسیب‌تلقی و در جهت حمایت از آن اقدام به جرم‌انگاری کرده است؛ لکن قانون‌گذار ایران علیرغم تفسیری که از اصل مذکور به‌عنوان یک ابزار قانون‌گذاری دارد در جهت حمایت از اشخاص آسیب‌پذیر به‌ویژه کودکان در فضای سایبر اقدام به جرم‌انگاری نکرده است. لذا امید است قانون‌گذار ایران نیز کودک را به دلیل آسیب‌پذیر بودن مورد حمایت کیفری قرار داده، با اعمال مجازات و تشدید مجازات نسبت به مجرمانی که بزه دیده خود را از میان کودکان انتخاب می‌کنند از این افراد حمایت ویژه‌ای به عمل آورد. از سوی دیگر تدابیری بیندیشد که بدون توسل به اقدامات کیفری موجبات به حداقل رساندن خسارات و صدمات را فراهم آورد. اصل مصلحت عمومی در مواردی که حقاها و منافع فردی در تزاخم و تعارض قرار می‌گیرند توجیهی است در جهت جرم‌انگاری یک رفتار، مشروط بر این‌که حقاها و بنیادین بشری مخدوش نگردد و حد و نحوه این دخالت را نیز قانون اساسی تعیین کند. جرم‌انگاری برخی رفتارها برای تضمین اجرای قوانین و مقررات اداری یا دستورات مقامات سیاسی یا تضمین برنامه‌ها و سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی به معنای گسترش مرزهای حقوق کیفری خواهد بود که به نقض بیش‌تر آزادی‌های فردی و توسعه اختیارات دولت منجر



می‌شود؛ بنابراین، هرچه جرم‌انگاری بر مطالعات و تفکرات عمیق استوار باشد نظام کیفری را کارآمدتر خواهد کرد و این امر مستلزم این است که بستر فرهنگی و اجتماعی این رویکرد در نظام قانون‌گذاری ایران ایجاد شود.

## ۵. منابع

### ۱-۵. فارسی

۱. اصلانی، حمیدرضا، «درآمدی بر حقوق حاکم بر حمایت از داده‌های شخصی در حوزه بهداشت و سلامت»، فصلنامه علمی و پژوهشی رفاه اجتماعی، شماره ۲۵، ۱۳۸۶.
۲. ابهری، حمید؛ میری، حمید، «مطالعه تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی ارائه‌کنندگان خدمات اینترنت»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳، ۱۳۹۰.
۳. بای، حسینعلی و پور قهرمانی؛ بابک، بررسی فقهی و حقوقی جرائم رایانه‌ای، انتشارات پژوهشکده فقه و حقوق، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
۴. برلین، آیزایا، چهارمقاله درباره‌ی آزادی، ترجمه: محمدعلی موحد، انتشارات خوارزمی، ۱۳۸۵.
۵. صانعی، پرویز؛ رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی، طرح نو، ۱۳۸۳.
۶. راسخ، محمد؛ پیشگفتار در دورکین، رونالد؛ نافرمانی مدنی در حق و مصلحت؛ تهران، نشر طرح نو، ۱۳۸۹.
۷. راسخ، محمد، حق و مصلحت؛ مقالاتی در فلسفه حقوق و فلسفه ارزش؛ ج ۱، تهران، نشر طرح نو، ۱۳۸۴.
۸. سیموندز، نیل ای، فلسفه حقوق، ترجمه: محمد راسخ، تهران، نشر طرح نو، ۱۳۹۲.
۹. شمس ناتری، محمدابراهیم، وحید ابوالمعالی «ویژگی‌های جرم‌انگاری در پرتو اسناد و موازین حقوق بشر» فصلنامه راهبرد، شماره ۸۵، ۱۳۹۰.

۱۰. کاشانی حنایی، محمد سعید، *آزادی بیان در اسلام*، (مجموعه مقالات) نشر قصیده‌سرا، ۱۳۸۱.
۱۱. کوشا، جعفر، «کارکردهای حقوق جزا»، فصلنامه پژوهش علوم انسانی، شماره ۲، زمستان ۱۳۸۰.
۱۲. گسن، ریموند. *جرم‌شناسی کاربردی*، ترجمه مهدی کی نیا؛ انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۶.
۱۳. مقدسی، محمدباقر؛ فرجیها، محمد، «ویژگی‌های سیاست‌های کیفری عوام‌گرا؛ مطالعه تطبیقی»، *مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران*، دوره چهارم، شماره ۲، ۱۳۹۲.
۱۴. فرجیها، محمد؛ علمداری، علی «مطالعه تطبیقی معیارهای جرم‌انگاری در فضای سایبر در نظام کیفری ایران و آلمان»، *مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران*، دوره هشتم، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۱۵. محمودی جانکی، فیروز؛ اصول، مبانی و شیوه‌های اعمال جرم‌انگاری، رساله دکترا حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.

#### ۲-۵. انگلیسی

16. Committee on Homosexual offenses and Prostitution; wolffelden report, No247,1957.
17. Castberg,F; *Freedom of speech in the West: a comparative study of public law in France*, London:Georg Allen and Unwin limited, 1960.
18. Dabin,Jean. *General Theory of law*,Radbruch and Tr.Dabin and K Will. (1950), *The Legal philosophies of lask*,see also:melod Thomasian,Legal Theory.Bjarup,Jes, - kelsens, 1986.
19. Delmas-Marty,M/Siber,U, «Les chemins de harmonisation penale» Collection de Lumr de Droit Compare de Pris,volum 15, paris. 2008 .
20. Directive 95/46/EC of the European parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to processing of the personal data and on the free movement of such data

- available, at: <<http://www.cdt.org/privacy/eudirective/Eu-Directive.html>>2006.
21. Feinberg, Joel; *The Moral Limits of Criminal Law: Harm to self*; vol.3, Oxford university press, New York, 2003.
  22. Faure, M and M visser, « How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization on Environmental Harm » *European Journal of crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 3. Issue 4- environmental criminal law in the European union. 1995.
  23. Harcourt, M. «Why do people join unions? A case study of the New Zealand Engineering» Printing and Manufacturing Union. *New Zealand Journal of Industrial Relations*, 24, 1999.
  24. Hart, H.L.A.; *Law Liberty and morality*; Stanford university press Stanford and California, 1963.
  25. Hutton, S. and S. Haantz, «Cyber Stalking» Retrieved from < <http://www.nw3c.org> >2003.
  26. Paternalism; stanford Encyclopedia of philosophy. *The Moral Limits of the criminal law: Harmless wrongdoing*; vol. 4. 1990. < [http:// plato. Stanford edu/entries](http://plato.stanford.edu/entries) >2015.
  27. Rees, J.C. «A Re-reading of Mill on liberty political studies, reprinted in Radcliff (ed) *Limits of Liberty*» political studies, no 2, 1960.
  28. Schonsheck, Jonathan; *On Criminalization; In: Essay in the Philosophy of the Criminal Law*, Kluwer Academic Publishers, Netherland, 1994.
  29. Sieber, Ulrich, Responsibility of Internet-providers, In *Law, Information and Information Technology* » E. Lederman, R. Shapira (eds.) The Hague, Kluwer International, 2001.
  30. Weale, A., *Toleration, Individual Differences Respect for Persons, Aspect of toleration*, London, 1985.
  31. William R. Cheswick und steven M. Belovin, *Firewalls and Internet Security: Repelling The Wily Hacker*, Addison-Wesley Professional Computing, Teil von: prof. Dr. Ulrich Sieber, 2013.

32. Wilson, William. *Criminal law: Doctrine and Theory*; Landan and New York, longman, first published, 1998.