

Imbalance Between Cybercrime Punishments with Some of the Corresponding Traditional Crimes

*Hojjatollah Fathi

Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought, Qom, Iran

fathiamoli@yahoo.com

DOI: 10.30495/CYBERLAW.2022.691963

Keywords:

cybercrime law,
traditional and
cyber theft,
traditional and
cyber fraud,
encouraging
corruption

Abstract

Due to the expansion of cyberspace users, the types of cybercrime have increased day by day and the manner of occurrence of these crimes has become more diverse and advanced. Noting inconclusion of or inefficiency of the criminal laws governing the traditional crimes, many of the countries worldwide, including Iran, has opted for legislation and enactment of special laws regarding cybercrimes. One of the principles of criminal law is the proportionality of the crime and the punishment and the balance between the punishments in similar crimes. The question that the present article seeks to answer is 'whether a balance has been abided by between the punishments determined for similar crimes in the traditional and cyber space?'. The research method in this article is descriptive and analytical in terms of collecting library resources and in terms of its content. A comparative study of the punishments for traditional theft and cyber theft, traditional fraud and cyber fraud, and encouraging corruption and prostitution in the traditional space and cyberspace, indicates that the principle of proportionality of crime and punishment and the balance of punishments in similar mentioned crimes have not been observed. Punishments for similar cyberspace crimes are far lighter than the same crimes in the traditional environment, which seems to have no legal justification and requires a review and amendment of the law.



This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license:

(<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

عدم توازن مجازات جرایم سایبری با برخی از مجازات‌های جرایم سنتی همجنس

حجت الله فتحی

استادیار، گروه فقه و حقوق، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران

fathiamoli@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۲۰ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ دریافت: ۱۶ فروردین ۱۴۰۱

چکیده

به دلیل گسترش کاربران فضای مجازی، انواع جرایم رایانه‌ای روز به روز بیشتر شده و نحوه وقوع این جرایم نیز متنوع تر و پیشرفته‌تر شده است و با توجه به عدم شمول یا عدم کارآمدی قوانین کیفری ناظر به جرایم سنتی، بسیاری از کشورها از جمله قانونگذار جمهوری اسلامی ایران مبادرت به وضع قانون خاص در خصوص جرایم سایبری کرده است. یکی از اصول حقوق کیفری، تناسب جرم و مجازات و توازن بین مجازات‌ها در جرایم مشابه است. سوالی که این مقاله به دنبال پاسخ آن است این است که آیا توازن بین مجازات‌های جرایم مشابه در فضای سنتی و سایبری رعایت شده است یا خیر. روش تحقیق در این مقاله از نظر جمع آوری منابع کتابخانه‌ای و از نظر محتوا، توصیفی و تحلیلی است. با بررسی تطبیقی مجازات‌های جرایم سرقت سنتی و سرقت سایبری، کلاهبرداری سنتی و کلاهبرداری سایبری و تشویق و ترغیب به فساد و فحشاء در فضای سنتی و فضای سایبری معلوم می‌شود اصل تناسب جرم و مجازات و توازن مجازات‌ها در جرایم مشابه رعایت نشده است و مجازات جرایم مشابه در فضای سایبر به مراتب سبکتر از ارتکاب همان جرایم در فضای سنتی است که به نظر می‌رسد این اختلاف در مجازات فاقد توجیه حقوقی و منطقی است و بازنگری و اصلاح قانون را مطالبه می‌کند.

کلید واژگان: قانون جرایم رایانه‌ای، سرقت سنتی و سایبری، کلاهبرداری سنتی و سایبری، تشویق به فساد

مقدمه

فضای مجازی یا سایبر (cyber) امروزه نقش بسیار مهمی در تحولات اجتماعی، سیاسی، فرهنگی، اقتصادی بازی می‌کند و در کنار مزایای بیشمار، بستر مناسبی برای ارتکاب رفتارهای مجرمانه پدید آورده است که تحت عنوان جرایم اینترنتی (Cyber Crimes) یا جرایم رایانه ای (Computer Crimes) شناخته می‌شوند. به دلیل گسترش کاربران فضای مجازی، انواع جرایم رایانه‌ای روز به روز بیشتر شده و نحوه وقوع این جرایم نیز متنوع تر و پیشرفته‌تر شده است و با توجه به عدم شمول یا عدم کارآمدی قوانین کیفری ناظر به جرایم سنتی، بسیاری از کشورها از جمله قانونگذار جمهوری اسلامی ایران مبادرت به وضع قانون خاص در خصوص جرایم سایبری کرده است. در سیستم تقنینی ایران، قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ متکفل این امر شده است. سوالی که در این مقاله به دنبال پاسخ آن هستیم این است که آیا توازن مجازات‌های جرایم مشابه در فضای سنتی و سایبری رعایت شده است یا خیر. روش تحقیق در این مقاله از نظر جمع آوری منابع کتابخانه‌ای و از نظر محتوا، توصیفی و تحلیلی است. در این مقاله در سه گفتار جرایم سرقت سنتی و سرقت سایبری، کلاهبرداری سنتی و کلاهبرداری سنتی، تشویق به فساد و فحشاء در فضای سنتی و سایبری مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته است و با مقایسه مجازات‌های مقرر در این قانون با مجازات‌های مقرر در قوانین جزایی سنتی مشخص می‌شود که مجازات‌های مقرر در این قانون برای جرایم سایبری بسیار سبک‌تر از مجازات‌های همان جرایم در حوزه فضای سنتی است و این مجازات‌ها در جرایم مشابه متوازن نیست که برخلاف اصل تناسب جرم و مجازات‌ها است. همچنین به نظر می‌رسد مجازات‌های مقرر در قانون جرایم رایانه‌ای از بازدارندگی مناسب برخوردار نیست و بعد از گذشت ۱۲ سال از تصویب قانون جرایم رایانه‌ای نیازمند بازنگری و به روز شدن است.

هرچند کتب و مقالات مختلفی در خصوص حقوق کیفری سایبری نوشته شده است ولی تا آنجا که بررسی شد راجع به موضوع این مقاله، اثری منتشر نشده است.

گفتار اول: سرقت سنتی و سرقت سایبری

۱.۱.۱. تعریف سرقت

۱.۱.۱.۱. تعریف لغوی سرقت

سرقت واژه‌ای عربی است از ماده «سَرَقَ» از مصدر ثلاثی مجرد به معنای برداشتن چیزی از کسی با حیله و فریب یا از خفا و پنهانی است. (معلوف، ۱۹۸۶م: ص ۳۳۱) صاحب معجم المقانیس می‌نویسد: سرقت (سین، راء و قاف) در اصل دلالت می‌کند بر گرفتن شیئی در خفا و پنهانی. (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ج ۳، ص ۱۵۴). ابن منظور می‌نویسد: نزد عرب سارق کسی است که مخفیانه وارد حرز شود و چیزی را که متعلق به او نیست از حرز بردارد پس اگر به صورت علنی و آشکار چیزی را بردارد او مختلس، مستلب، منتهب و محترس نامیده می‌شود و اگر مالک ممانعت کند از ربودن چیزهایی که در دست او است، رباینده غاصب است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۱۵۶/۱۰)

متعلق سرقت می‌تواند مال یا شیئی باشد. در برخی از کتب لغت متعلق سرقت مال (رک: جوهری، ۱۴۰۷ق: ۴/۱۴۹۶؛ فیومی، ۱۴۰۵ق: ۲/۲۷۴) و در برخی از کتب لغت متعلق آن شیئی (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ۳/۱۵۴؛ حمیری، ۱۴۲۰ق: ۵/۳۰۶۱) بیان شده است.

در فرهنگ لغت فارسی نیز سرقت به معنای بردن مال کسی در پنهان و با مکر و حیله و فریب که صاحب مال خبر دار نشود و نیز گرفتن مال کسی در بیابان و صحرا و به زور و یا بردن مال و پول کسی به زور به مکر و فریب است. (معین، ۱۳۷۶ش: ۲/۱۵۲۲)

معادل فارسی سرقت، دزدیدن، دزدی کردن و دزدی است. (عمید، ۱۳۷۶ش: ۷۳۳) و در فرهنگ زبان فارسی دزدکی به معنای پنهانی و مخفیانه است. (معین، ۱۳۷۶ش: ۲/۱۵۲۲)

۲،۱،۱. تعریف سرقت در فقه

در اغلب متون فقهی، تعریفی از سرقت ارائه نشده است، (رک: محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۴/ ۱۵۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ۳/ ۵۵۴؛ نجفی، ۱۳۶۶ش: ۴۱/ ۴۷۵؛ امام خمینی، بی تا: ۲/ ۴۸۲) ولی برخی از متون فقهی و تفسیری سرقت را تعریف کرده‌اند.

علامه حلی در تذکره‌الفقها آورده است: سرقت بردن مال محفوظ است. (علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ۹/ ۴۲)

محقق اردبیلی می‌نویسد: سرقت گرفتن مال غیر به صورت مخفیانه است. (محقق اردبیلی، ۱۴۱۶ق: ۱۳/ ۲۲۷) کاظمی در مسالک الأفهام

إلی آیات الأحكام همین تعریف را پذیرفته است. (کاظمی، ۱۳۶۵ش: ۴/ ۲۰۳)

فاضل اصفهانی در تعریف سرقت می‌نویسد: سرقت عبارت است از گرفتن مال غیر از حرز بدون اذن صریح یا یا قرائن دال بر رضا یا شاهد حال به صورت مخفیانه. (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ه.ق. : ۱۰/ ۵۶۸) در برخی از متون فقهی به جای تعریف سرقت، سارق تعریف شده است. (رک: ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ۴۳۰؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق: ۴۱۷)

در این دسته از تعاریف متعلق سرقت مال است. در مقابل این تعاریف به نظر برخی از فقها متعلق سرقت شیئی است. شیخ طوسی می‌نویسد: سرقت اخذ شیئی متعلق به دیگری به نحو پنهانی است. (شیخ طوسی، ۱۳۸۸ق: ۸، ۲۲؛ رک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ ه.ق : ۳/ ۴۸۳)

محقق حلی، ضابطه مسروق را هر چیزی می‌داند که قابلیت تملک توسط مسلمین را دارد. (حلی، ۱۴۰۸ ه.ق، ج ۴/ ۱۶۲)

آیت الله مرعشی نجفی می‌نویسد: سرقت گرفتن شیئی متعلق به غیر به طور پنهانی و از روی حیله است. (مرعشی نجفی، ۱۴۱۱ ه.ق: ۲۳) بنابراین از منظر فقهی موضوع سرقت می‌تواند مال یا شیئی باشد. متعلق سرقت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مال و متعلق آن در قانون جرایم رایانه‌ای شیئی (داده) است.

۳،۱،۱. تعریف سرقت در حقوق کیفری

در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و اصلاحات بعدی آن تعریفی از سرقت ذکر نشده بود. پس از انقلاب اسلامی با توجه به اصل ۴ قانون اساسی که مقرر می‌دارد کلیه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد، اسلامی شدن قوانین کیفری با لایحه حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱/۶/۳ آغاز شد. برای اولین بار تعریف سرقت در قوانین ایران در همین قانون ذکر شد. ماده ۲۱۲ قانون حدود و قصاص مقرر می‌داشت: «سرقت عبارت است از اینکه انسان مال دیگری را بطور پنهانی برآید.»

در این تعریف موضوع سرقت مال است و قید «به طور پنهانی» در تعریف سرقت آمده بود. علاوه بر تعریف در شرایط سرقت موجب حد نیز قید «به طور پنهانی» آمده بود. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ این قید از شرایط سرقت موجب حد حذف شد و فقط در تعریف سرقت آمده بود. ماده ۱۹۷ این قانون مقرر می‌داشت: «سرقت عبارت است از ربودن مال دیگری به طور پنهانی». در این ماده، قید «به طور پنهانی» داخل در تعریف سرقت بود که ابهاماتی را ایجاد می‌کرد، از جمله آن که معلوم نبود آیا این تعریف مربوط به اصل سرقت است یا مختص به سرقت حدی است؟ در هر دو صورت اشکالاتی بر آن وارد بود. (رک: فتوحی، ۱۳۹۴، ۲/ ۱۷۷-۱۷۸)

در ماده ۲۶۷ قانون مجازات اسلامی ۹۲ در تعریف سرقت آمده است: «سرقت عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است.»

در این تعریف نیز، موضوع سرقت مال است و پنهانی بودن جزء ماهیت سرقت اعم از سرقت سنتی و سرقت سایبری نیست بلکه پنهانی بودن یکی از شرایط سرقت موجب حد است.

بنابراین موضوع سرقت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ و همچنین قوانین پیشین، مال است.

۴،۱،۱. تعریف سرقت سایبری

ربودن مال متعلق به غیر در زمان‌های پیشین تنها به روش‌های مادی محسوس میسر بود امروزه با پیشرفت تکنولوژی روش‌های سرقت توسعه یافته است و بردن مال متعلق به غیر لزوماً به معنای انتقال فیزیکی اموال نیست چه بسا در ظاهر، عین مسروقه هیچ جابجایی نداشته و عین مال همچنان تحت اختیار مجنی علیه باشد ولی در عین حال استیلائی تام و مطلق و انحصاری صاحب مال زایل شده و بدون اذن و رضایت صاحب مال در معرض استفاده دیگران قرار گرفته باشد. در برخی از مصادیق نیز انتقال و جابجایی مال در بستر فضای مجازی اتفاق افتاده و مال از حيازت مالک خارج و در حيازت غیر قرار گرفته است.

قانونگذار تعریفی از سرقت سایبری در قانون جرایم رایانه‌ای ارائه نکرده است. به نظر برخی سرقت رایانه‌ای عبارت است از «ربایش مخفیانه داده‌های دیگری» (بدری مقدم، ۱۳۹۴: ۱۵۱) با توجه به اینکه قید مخفیانه نه در تعریف سرقت در ماده ۲۶۴ ق.م.ا. آمده و نه در ماده ۷۴۰ ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) آمده است این تعریف محل اشکال است و طبق قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مخفیانه بودن جزء تعریف و ماهیت سرقت نیست.

از ماده ۷۴۰ ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) که در ذیل عنوان سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه آمده، چنین استفاده می‌شود که از نظر قانونگذار سرقت رایانه‌ای عبارت است از ربودن غیر مجاز داده‌های متعلق به دیگری.

در ماده مزبور آمده است: «هرکس به طور غیرمجاز داده‌های متعلق به دیگری را برآید، چنانچه عین داده‌ها در اختیار صاحب آن باشد، به جرایم نقدی از یک میلیون (۱,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال و در غیر این صورت به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.»

بر اساس این تعریف، موضوع سرقت سایبری داده‌های متعلق به غیر است و اطلاق آن شامل همه داده‌هایی که مالیت دارند و یا مالیت ندارند می‌شود و تفاوتی نمی‌کند این داده‌ها در بستر اینترنت مورد دستبرد قرار گیرند یا بدون استفاده از اینترنت مورد دستبرد قرار بگیرند. از این جهت به نظر می‌رسد قانونگذار دامنه موضوع سرقت سایبری را نسبت به سرقت سنتی توسعه داده است. به نظر برخی از نویسندگان با توجه به تعریف قانونگذار از سرقت در ماده ۲۶۷ ق.م.ا.، منظور از داده‌ها در ماده ۷۴۰ ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) داده‌هایی هستند که دارای مالیت عرفی و شرعی باشند و معتقدند: بردن یا ربودن داده‌هایی که از نظر قانونی و شرعی مال محسوب نمی‌شوند و قابلیت داد و ستد ندارند سرقت محسوب نمی‌شوند و اگر شخصی با ورود به سیستم رایانه‌ای شخص دیگر، یک شعر توهین آمیز یا صوت غنایی یک زن را بردارد (برآید) چنین موردی داخل در سرقت رایانه‌ای نیست (بای، پورقهرمانی، ۱۳۸۸، صص ۳۳۵ و ۳۳۷؛ عطار زاده، انصاری، ۱۳۹۹: ص ۱۲۴) اما با توجه به اینکه مقنن در مقام بیان بوده و قید مالیت را برای داده‌ها لحاظ نکرده از اطلاق مقامی استفاده می‌شود که مقصود قانونگذار در ماده ۱۲ جرایم رایانه‌ای مطلق داده است اعم از آن که دارای مالیت باشند یا خیر و اعم از آن که این داده‌ها مالیت شرعی داشته باشند یا نه.

ممکن است گفته شود قواعد سرقت در قوانین کیفری و شرع قرینه برخلاف است و امکان اطلاق وجود ندارد. در جواب می‌توان گفت این اطلاق مغایرتی با موازین شرع ندارد چون سرقت حقیقت شرعیه ندارد و همانگونه که گذشت هم در لغت و هم در فقه نسبت به متعلق سرقت دو دیدگاه وجود دارد برخی از اهل لغت و فقها متعلق سرقت را مال و برخی از اهل لغت و فقها متعلق سرقت را شیئی دانسته‌اند. اطلاق آیه شریف السارقه و السارقه شامل مطلق سرقت از مال و شیئی می‌شود.

البته مقصود از ربودن داده‌ها در ماده ۷۴۰ ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) ربودن داده‌ها در بستر فضای مجازی و دیجیتال است نه ربودن سخت افزاری این داده‌ها. یعنی اگر کسی کامپیوتر، فلش یا سی دی حاوی این داده‌ها را برآید مشمول سرقت رایانه‌ای نیست و در

این موارد جرم ارتكابی از نوع سرقت سنتی است و با مواد قانونی مربوط به سرقت سنتی قابل مجازات است. ولی هرگاه آن داده‌ها را بر روی فلش یا سی دی متعلق به خودش کپی کند و ببرد سرقت رایانه‌ای بر او صادق است.

بنابراین در تعریف سرقت سایبری با صرف نظر از اختلافی که در تعریف سرقت وجود دارد می‌توان گفت سرقت سایبری عبارت است از دستبرد غیر مجاز به داده‌های متعلق به غیر در فضای سایبر با استفاده از رایانه.

قابل ذکر است مقصود از رایانه هر وسیله‌ای که قابلیت پردازش اطلاعات در جهت تولید نتیجه مورد نظر را دارا باشد. (عالی پور: ۱۳۹۵، ۳۳)

این تعریف شامل همه دستگاه‌هایی که قدرت پردازش اطلاعات را داشته باشند می‌شود و بنابراین می‌توان گفت گوشی‌های تلفن همراه، خودپردازها و ... که حافظه مستقل دارند و دارای سیستم عامل و برنامه‌های کاربردی هستند، نیز نوعی سیستم رایانه‌ای تلقی می‌شوند و همین مفهوم اعم، مقصود از رایانه در اصطلاح جرایم رایانه‌ای و تجارت الکترونیک است.

بند او ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک مقرر می‌دارد: «و - «سیستم رایانه‌ای» (Computer System): هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری - نرم‌افزاری است که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار «داده پیام» عمل می‌کند.»

برخی بین سرقت اینترنتی و سرقت رایانه‌ای تفاوت قائل شده و معتقدند سرقت اینترنتی که از آن به عنوان سرقت شبکه‌ای یاد می‌شود سرقتی است که در ارتباط با شبکه جهانی اینترنت و نه تنها رایانه به وقوع می‌پیوندد. اما سرقت رایانه‌ای یک جرم رایانه‌ای محض است و لذا رابطه سرقت رایانه‌ای و سرقت اینترنتی عموم و خصوص است یعنی هر سرقت اینترنتی، سرقت رایانه‌ای محسوب می‌شود ولی هر سرقت رایانه‌ای لزوماً اینترنتی محسوب نمی‌شود. (رضوی اصل: ۱۳۹۸، ۲۴)

هر چند از نظر لغوی این تفکیک و تفاوت قابل دفاع است اما با تعریف ارائه شده از سرقت سایبری یا سرقت رایانه‌ای دستبرد غیر مجاز داده‌های متعلق به غیر در فضای سایبر با استفاده از رایانه، سرقت رایانه‌ای محسوب می‌شود و تفاوتی ندارد از فضای اینترنت برای سرقت استفاده شود یا نه. به عبارت دیگر عنوان مجرمانه، سرقت رایانه‌ای است نه سرقت اینترنتی. سرقت رایانه‌ای هم در بستر اینترنت و هم در غیر بستر اینترنت قابل تحقق است.

اگر عنوان مجرمانه سرقت اینترنتی بود و معنای لغوی آن اراده شده بود این اشکال بر قانونگذار وارد بود که سرقت‌های رایانه‌ای که در خارج از فضای اینترنت انجام شود از شمول سرقت اینترنتی خارج است و قانون با نقص مواجه است ولی همانگونه که گذشت عنوان مجرمانه، سرقت رایانه‌ای است نه سرقت اینترنتی. یعنی هر سرقتی که با استفاده از رایانه در فضای سایبر انجام شود اعم از آن که در بستر اینترنت باشد یا نباشد و لذا این اشکال وارد نیست.

۲.۱. مجازات سرقت سایبری و مقایسه آن با مجازات سرقت سنتی

هر چند از نظر فقهی سرقت سایبری می‌تواند واجد شرایط حد باشد (رک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ه.ق: ۲/ ۴۹۶؛ فاضل لنکرانی: ۱۳۷۷ ش، ۳۶۴/۲؛ مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه: بی تا، سؤال ۱۷؛ سؤال ۸۹۸۷) اما از نظر حقوقی به نظر بسیاری از حقوقدانان سرقت سایبری مشمول مجازات حدی نیست و تنها مشمول قانون جرایم رایانه‌ای است. (رک: رضوی اصل: ۱۳۹۸، ۸۲، ۸۳ و ۸۸؛ عطار زاده، انصاری: ۱۳۹۹، ۱۳۲) چون رابطه بین حکم سرقت سنتی و سرقت سایبری عام و خاص مطلق است به این معنی که قانون مجازات رایانه‌ای حکم سرقت را نسبت به سرقت سایبری تخصیص زده است و سرقت سایبری دارای قانون خاص است و لذا تنها مجازات‌های مقرر در قانون جرایم رایانه‌ای در خصوص سرقت‌های سایبری قابل اعمال است. ماده ۷۸۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات (ماده ۵۲ قانون جرایم رایانه‌ای) نیز بر این ادعا دلالت دارد و در این ماده مقرر شده است: «در مواردی که سامانه رایانه‌ای یا مخبراتی به عنوان

وسيله ارتكاب جرم به كار رفته و در اين قانون براي عمل مزبور مجازاتي پيش بيني نشده است، مطابق قوانين جزايي مربوط عمل خواهد شد.» مفهوم ماده اين است كه در مواردی كه سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی به عنوان وسیله ارتكاب جرم به كار رفته و در اين قانون براي عمل مزبور مجازاتي پيش بيني شده است، مطابق اين قانون عمل خواهد شد.

اداره حقوقی در نظریه مشورتی شماره ۷/۴۴۶۵ تاریخ ۱۳۸۸/۷/۲۱ در پاسخ به سوالات ذیل اجرای حد سرقت در جرایم رایانه‌ای را فاقد محمل قانونی دانست.

سوال

الف. سرقت اطلاعات سری كد شده و رمزار از شبکه‌های كامپیوتری یا كامپیوترهای شخصی و كشف رمز آن‌ها چه حكمی دارد؟ ب. سرقت و فروش غیر مجاز شماره‌های تلفن همراه (موبایل) توسط آشنایان به تكنيك الكترونيكي مركزي آن چه حكمی دارد؟ ج. آیا با وجود سایر شرایط امکان اجرای حد سرقت وجود دارد؟

عطف باستعلام شماره ۷۲۳ مورخ ۱۳۸۸/۴/۳۰ نظریه مشورتی اداره كل حقوقی، اسناد و امور مترجمین قوه قضاییه به شرح زیر اعلام می‌گردد: ۱- الف. سرقت اطلاعات سری كد شده و رمزار از شبکه‌های كامپیوتری یا ... مشمول ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای است. ب. سرقت و فروش غیر مجاز شماره‌های تلفن همراه توسط آشنایان با مقررات ماده ۱۳ قانون منطبق است. ج. اجرای حد سرقت در جرایم رایانه‌ای محمل قانونی ندارد.»

فصل سوم قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ به سرقت و كلاهبرداری مرتبط با رایانه اختصاص داده شده است كه دارای دو ماده به شماره‌های ۱۲ و ۱۳ است. از ظاهر عنوان فصل استفاده می‌شود كه ماده ۱۲ اختصاص به سرقت اینترنتی و ماده ۱۳ اختصاص به كلاهبرداری اینترنتی دارد و نظرات بسیاری از حقوقدانان و آرای محاکم موافق این دیدگاه است. (میر محمد صادقی: ۱۳۹۳ش، ۱۵۴، عطار زاده، انصاری: ۱۳۹۹، ۱۱۹؛ سلامی: ۱۳۹۴، ۱۰۱ و ۱۶۹؛ محسن رضوی: ۱۳۹۸، ۲۵، ۸۴ و ۸۵) ماده ۷۴۰ ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) مقرر می‌دارد: «هرکس به طور غیرمجاز داده‌های متعلق به دیگری را برباید، چنانچه عین داده‌ها در اختیار صاحب آن باشد، به جرایم نقدی از یک میلیون (۱,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال و در غیر این صورت به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.»

موضوع این ماده ربودن غیر مجاز داده‌های متعلق به دیگری است كه اگر به روش کپی كردن سرقت شود مجازات آن جرایم نقدی از یک میلیون (۱,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال و اگر به روش کات كردن سرقت شود مجازات آن حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال می‌باشد و لذا عنصر قانونی سرقت سایبری ماده ۷۴۰ ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) است. و به دلالت ماده ۷۸۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات (ماده ۵۲ قانون جرایم رایانه‌ای) چون برای سرقت سایبری در قانون جرایم رایانه‌ای جعل مجازات شده است قاعده تعدد معنوی جاری نیست و باید بر اساس قانون جرایم رایانه‌ای تعیین کیفر شود كه به روشنی بر عدم توازن و تناسب ارتكاب این جرم در فضای سنتی و سایبری دلالت دارد.

بنابراین به نظر اداره حقوقی و بسیاری از حقوقدانان مجازات سرقت سایبری در صورتی كه به روش کپی كردن داده باشد جزای نقدی از یک میلیون (۱,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال و در صورتی كه به روش کات كردن داده باشد حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال می‌باشد كه تناسبی با مجازات سرقت سنتی ندارد. مجازات سرقت سنتی در صورتی كه سرقت واجد شرایط حد باشد مجازات آن از قطع ید تا اعدام دارای نوسان

است^۱ و در صورتی که واجد شرایط حد نباشد نیز موجب مجازات تعزیری فصل بیست و یکم کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی است که نوعا بسیار شدیدتر از مجازات مقرر برای سرقت سایبری است در حالی که آثار سرقت سایبری بسیار مخرب و شدیدتر از سرقت سنتی است و اقتضای آن را دارد مجازات سرقت در فضای سایبر شدیدتر از مجازات سرقت در سرقت سنتی باشد.

این عدم توازن بر خلاف قاعده تناسب جرم و مجازات است. یکی از اصول مهم حقوق کیفری، اصل تناسب جرم و مجازات است که تاثیر زیادی در تعیین کیفر مناسب برای مرتکبان جرم و تحقق عدالت کیفری دارد و عدم رعایت این اصل می تواند عدالت کیفری را با چالش مواجه کند و موجب ظلم و تعدی، نارضایتی عمومی و ناکارآمدی قوانین شود.

تناسب جرم و مجازات به این معنی است که مجازات باید متناسب با نوع و شدت آسیب و صدمه ناشی از جرم تعیین شود و روا نیست برای جرمی سنگین مجازاتی سبک و یا برای جرمی سبک مجازاتی سنگین در نظر گرفته شود. (ساریخانی، ۱۳۸۵: ۱۶۴) همچنین روا نیست برای جرایم مشابه مجازات های متفاوت وضع شود. روح عدالت طلب بشر خواهان تناسب بین جرم و مجازات است و به نظر برخی از فقها وجدان بشر بر تناسب بین جرم و مجازات گواهی می دهد و عدم تناسب مورد پسند طبیعت بشر نیست. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۳/۵۷۲)

به نظر برخی برای اینکه مجازاتی متناسب تلقی شود، شدت مجازات باید میزان تقبیح رفتار مجرمانه را نشان دهد و هر چه جرم شدیدتر باشد مجازات نیز به همان نسبت شدیدتر باشد. (رحمدل، ۱۳۸۹: ۵۰) اما در مقایسه جرایم سنتی و سایبری به وضوح روشن است قاعده تناسب جرم و مجازات رعایت نشده و تفاوت مجازات سرقت سایبری با سرقت سنتی بسیار زیاد است و در ارتکاب این جرایم در فضای سایبر مجازات سبک تر از ارتکاب همین جرایم در فضای سنتی دارد در حالی که اهمیت فضای سایبر، توقع عمومی و همچنین گسترش روز افزون جرایم سایبری مقتضی آن بود که قانونگذار نسبت به ارتکاب جرایم در فضای سایبر قاطعیت بیشتری به خرج دهد.

گفتار دوم: کلاهبرداری

۱.۲. تعریف لغوی کلاهبرداری

کلاهبرداری در لغت به معنای شبیادی و حقه بازی، به فریب و دروغ مال دیگران را گرفتن، به دست آوردن چیزی از کسی از طریق خدعه، فریب، و نیرنگ آمده است. (معین، ۱۳۷۶ ش، ۳/۳۰۲۵؛ عمید، ۱۵۸۳/۲)

۲.۲. تعریف کلاهبرداری سنتی

تعریف کلاهبرداری در اصطلاح حقوق کیفری نزدیک به معنای لغوی آن است اما مترادف با آن نیست. قانونگذار بدون تعریفی از کلاهبرداری در ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۴ / ۶ / ۲۸ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۶۷ / ۹ / ۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر می دارد: «هرکس از راه حیله و تقلب مردم را به وجود شرکتها یا تجارتخانهها یا کارخانهها یا مؤسسات موهوم یا به داشتن اموال و اختیارات واهی فریب دهد یا به امور غیر واقع امیدوار نماید یا از حوادث و پیش آمدهای غیر واقع بترساند و یا اسم و یا عنوان مجعول اختیار کند و به یکی از وسائل مذکور و یا وسائل تقلبی دیگر وجوه و یا اموال یا اسناد یا حوالجات یا قبوض یا مفاسد حساب و امثال آنها تحصیل کرده و از این راه مال دیگری را ببرد کلاهبردار محسوب و علاوه بر رد اصل مال به صاحبش، به حبس از یک تا ۷ سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است محکوم می شود...»

^۱ ماده ۲۷۸ق.م.ا: حد سرقت به شرح زیر است: الف- در مرتبه اول، قطع چهار انگشت دست راست سارق از انتهای آن است، به طوری که انگشت شست و کف دست باقی بماند. ب- در مرتبه دوم، قطع پای چپ سارق از پایین برآمدگی است، به نحوی که نصف قدم و مقداری از محل مسح باقی بماند. پ- در مرتبه سوم، حبس ابد است. ت- در مرتبه چهارم، اعدام است هر چند سرقت در زندان باشد.

هر چند قانونگذار تعریفی از کلاهبرداری ارائه نداده است ولی اساتید حقوق کیفری تعاریفی از کلاهبرداری ارائه کرده‌اند.

به نظر برخی از حقوقدانان، کلاهبرداری سستی عبارت است از بردن مال دیگری از طریق توسل توأم با سوء نیت به وسایل یا عملیات متقلبانه. (میرمحمد صادقی، ۵۶/۱۳۹۳) در تعریف دیگری آمده است کلاهبرداری عبارت است از بردن مال غیر با توسل به وسایل متقلبانه یا بردن متقلبانه مال غیر. (حبیب زاده، ۱۱۸/۱۳۷۴)

از این تعاریف و همچنین از ماده یک قانون تشدید استفاده می‌شود صرف بردن مال با دروغ، کلاهبرداری محسوب نمی‌شود بلکه مرتکب باید مال مردم را با توسل به وسایل متقلبانه یا مانور متقلبانه تصاحب کند. در کلاهبرداری روش خاصی برای فریب، موضوعیت ندارد و با صدق عرفی مانور متقلبانه، کلاهبرداری صدق می‌کند. وجه مشترک تعاریف کلاهبرداری آن است که در کلاهبرداری سستی کلاهبردار با مانور متقلبانه و یا استفاده از وسایل متقلبانه مانند مصادیق مذکور در ماده ۱ قانون تشدید، مالباخته را فریب می‌دهد و کلاهبردار به گونه‌ای رفتار می‌کند که صاحب مال فریب خورده و مال خویش را در اختیار کلاهبردار قرار می‌دهد و بدینوسیله کلاهبردار مال مردم را تصاحب می‌کند. بنابراین صرف بردن مال به روش متقلبانه دلیل بر تحقق جرم کلاهبرداری نیست مانند آنجایی که بزهکار با پوشیدن لباس مامور اداره برق و نشان دادن کارت جعلی به بهانه قرائت کنتور از صاحب منزل درخواست می‌کند درب منزل را باز کند و صاحب منزل فریب خورده و درب منزل را باز کند و مامور تقلبی با ورود به حیاط منزل، لوازمی را سرقت کند و فرار کند. در این روش هر چند بزهکار با مانور متقلبانه اقدام به بردن مال کرده است ولی کلاهبردار محسوب نمی‌شود. به تصریح برخی از حقوقدانان آنچه که کلاهبرداری را از سایر جرایم علیه اموال متمایز می‌کند آن است که در اکثر این جرایم، مال بدون رضایت یا آگاهی صاحب مال از قربانی به مجرم منتقل می‌شود در حالی که در کلاهبرداری، کلاهبردار به گونه‌ای عمل می‌کند مالک یا متصرف مال فریب خورده و از روی میل و رضا مالش را در اختیار مجرم قرار می‌دهد. در فیشینگ بزه‌دیده هیچ مالی را در اختیار مجرم قرار نداده است بلکه مجرم با فریب و نیرنگ به اطلاعات بانکی بزه‌دیده دسترسی پیدا کرده و مبادرت به خالی کردن حساب کرده است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳، ۲۹)

۳.۲. تعریف کلاهبرداری سایبری

قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ مبحث اول باب چهارم (جرایم و مجازات‌ها) این قانون را به کلاهبرداری کامپیوتری معنون کرده و در ذیل این عنوان در ماده ۶۷ این قانون مقرر می‌دارد: «هرکس در بستر مبادلات الکترونیکی، با سوءاستفاده و یا استفاده غیرمجاز از «داده پیام»، برنامه‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای و وسایل ارتباط از راه دور و ارتکاب افعالی نظیر ورود، محو، توقف «داده پیام»، مداخله در عملکرد برنامه یا سیستم‌رایانه‌ای و غیره دیگران را بفریبد و یا سبب گمراهی سیستم‌های پردازش خودکار و نظایر آن شود و از این طریق برای خود یا دیگری وجوه، اموال یا امتیازات مالی تحصیل کند و اموال دیگران را ببرد مجرم محسوب و علاوه بر رد مال به صاحبان اموال به حبس از یک تا سه سال و پرداخت جزای نقدی معادل مال مأخوذه محکوم می‌شود.»

همچنین قانونگذار در ماده ۷۴۱ ق.م.ا.ت. (ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای) ذیل عنوان فصل سوم - سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه مقرر می‌دارد: «هرکس به طور غیرمجاز از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند علاوه بر رد مال به صاحب آن به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.»

مستفاد از این مواد چنین است که کلاهبرداری سایبری عبارت است از تحصیل غیر مجاز وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه.

مهمترین تفاوت کلاهبرداری سنتی و سایبری آن است که عنصر اغفال به معنای فریب قربانی جرم یکی از ارکان تشکیل دهنده عنصر مادی جرم کلاهبرداری سنتی است اما در کلاهبرداری سایبری اغفال و فریب قربانی جرم شرط نیست.

۴.۲. مقایسه مجازات کلاهبرداری سنتی و سایبری

مجازات کلاهبرداری سایبری مستندا به ماده ۷۴۱ ق.م.ا.ت. (ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای) حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات است.

شاید در زمان تصویب این قانون جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال مجازات مناسبی برای این جرم بود ولی با توجه به تورم شدید و گسترش و توسعه کلاهبرداری سایبری، این مبلغ هیچگونه بازدارندگی ندارد و بزهدکاران سایبری دهها برابر این مبلغ را روزانه تحصیل می‌کنند و این مبلغ هیچ تناسبی با جرایم ارتكابی ندارد.

این حالی است که در ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۴ / ۶ / ۲۸ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۶۷ / ۹ / ۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجازات کلاهبرداری حبس از یک تا ۷ سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است معین شده است. و در صورتی که شخص مرتکب بر خلاف واقع عنوان یا سمت ماموریت از طرف سازمانها یا مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت یا شرکتهای دولتی یا شهرداریها یا نهادهای انقلابی و بطور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و نهادهای و مؤسسات مأمور به خدمت عمومی اتخاذ کرده یا اینکه جرم با استفاده از تبلیغ عامه از طریق وسایل ارتباط جمعی از قبیل رادیو، تلویزیون، روزنامه و مجله یا نطق در مجامع و یا انتشار آگهی چاپی یا خطی صورت گرفته باشد یا مرتکب از کارکنان دولت یا مؤسسات و سازمانهای دولتی یا وابسته به دولت یا شهرداریها یا نهادهای انقلابی و یا بطور کلی از قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأمورین به خدمت عمومی باشد، علاوه بر رد اصل مال به صاحبش، از دو تا ده سال حبس و انفصال ابد از خدمات دولتی و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است محکوم می‌شود.

در این قانون هم مجازات حبس شدیدتر از جرم کلاهبرداری سایبری است و هم جزای نقدی آن از کارآمدی بیشتری برخوردار است و با قاعده تناسب جرم و مجازات سازگاری بیشتر ندارد و جزای نقدی معادل مالی است که بزهدکار تحصیل کرده است و طبیعتا هر چقدر دامنه خساراتی که بزهدکار به اموال مردم زده بیشتر باشد جزای نقدی آن نیز به همان میزان تشدید می‌شود. این در حالی است که آثار کلاهبرداری سایبری بسیار مخرب و شدیدتر از کلاهبرداری سنتی است و اگر مجازات آن شدیدتر از کلاهبرداری سنتی نباشد هیچ دلیلی ندارد که سبک تر از مجازات کلاهبرداری سنتی باشد.

گفتار سوم: تشویق و ترغیب به فساد در فضای سنتی و سایبری

۱.۳. معنای لغوی و اصطلاحی تشویق، ترغیب و فساد

۱.۱.۳. تشویق: تشویق در لغت به معنای اغوا، تحریض، تحریک، ترغیب، به شوق آوردن؛ راغب کردن؛ کار کسی را ستودن و او را دلگرم ساختن آمده است. (معین، ۱۳۷۶ش: ۱۰۸۸/۱)

۲.۱.۳. ترغیب: ترغیب در لغت به معنای رغبت در چیزی داشتن، (حمیری، ۱۴۲۰ ه ق، ۴ / ۲۵۶۴) خواهان کردن، راغب کردن، به رغبت آوردن، رغبت نمودن، تحریک، تحریض، تشویق، اغوا و در رغبت و خواهش انداختن کسی آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۳ش: ۵ / ۶۶۳۹؛ معین، ۱۳۷۶ش: ۱ / ۱۰۶۸-۱۰۶۹) گفته شد ترغیب نوعی تحریک و مرتبه خفیف‌تری از آن است با این تفاوت که در ترغیب محرک سعی می‌کند تا از طرق گوناگون میل و رغبت به ارتکاب را که در دیگری وجود دارد تقویت کند. (باهر، ۱۳۹۴، ۲۴۴). اما در کتب لغت

فارسی و عربی مستندی برای این مطالب و تفاوت یافت نشد و در کتب لغت فارسی مانند لغت نامه دهخدا یکی از معانی ترغیب، تحریک و تحریض دانسته شد. (دهخدا، ۱۳۷۳ش: ۶۶۳۹/۵؛ معین، ۱۳۷۶ش: ۱۰۶۸/۱-۱۰۶۹)

با توجه به اطلاق ترغیب، هیچ راه و روش خاصی در ترغیب شرط نیست و اگر کسی با هر وسیله و طریقی مانند وعده و وعید، تشویق و تشجیع، اغوا و فریب، وسوسه‌های مالی و غیر مالی، موجب ترغیب دیگری به ارتکاب جرم شود معاون در جرم خواهد بود.

قانونگذار در ماده ۶۳۹ ق.م.ا.ت از تعبیر تشویق به فساد یا فحشا و ماده ۷۴۳- (ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای) از تعبیر ترغیب و تحریک استفاده کرده است.

۳، ۱، ۳. فساد: فساد در لغت به معنای تباہ شدن، ضد صلاح، شرارت و بدکاری آمده است (معین، ۱۳۷۶ش: ۲۵۴۵/۲؛ عمید، ۱۳۸۹ش: ۱۴۸۱/۲) و در ماده ۶۳۹ ق.م.ا.ت. به قرینه تبصره این ماده به معنای به امور غیر اخلاقی جنسی از قبیل زنا و لواط و روابط نامشروع مادن زنا و لواط است. به نظر برخی به قرینه اینکه قانونگذار در بند ب ماده ۶۳۹ ق.م.ا.ت از تعبیر به «فساد یا فحشا» استفاده کرده است نتیجه گرفته‌اند که فساد مفهومی جدای از فحشاء دارد و در حقیقت می‌توان فحشاء را به معنای زنا دانسته و فساد را بر سایر اعمال ضدعفت و اخلاق حسنه مانند لواط، مساحقه، تفخیز، نمایش و فروش و غیره مطالب مستهجن دانست. به نظر می‌رسد تفسیر فحشاء به زنا و تفسیر فساد به سایر اعمال ضدعفت و اخلاق حسنه مانند لواط، مساحقه، تفخیز از پشتوانه محکمی برخوردار نیست و هر چند قانونگذار از حرف «یا» که به معنا تغایر است استفاده کرده است فساد و فحشاء در بند ۲ ماده ۶۳۹ ق.م.ا.ت لزوما دارای مفهوم مغایر ندارند و مقصود امور غیر اخلاقی جنسی از قبیل زنا و لواط و روابط نامشروع مادن زنا و لواط است.

تشویق به فساد دارای مصادیق گسترده‌ای است که از مصادیق آن تشویق به اعمال منفی عفت و یا دیدن فیلم های مستهجن، مبتذل و سایت های پورن است.

۲، ۳. مقایسه مجازات تشویق به فساد و فحشاء در ماده ۶۳۹ ق.م.ا.ت و تحریک و ترغیب به دستیابی افراد به محتویات مستهجن و اعمال منافی عفت در ماده ۷۴۳- (ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای)

قانونگذار مجازات تشویق به فساد و فحشاء را در فضای سستی در ماده ۶۳۹ ق.م.ا.ت حبس از یک تا ده سال مقرر کرده و در تبصره این ماده نیز مقرر کرده است که هر گاه بر عمل فوق عنوان قوادی صدق نماید علاوه بر مجازات مذکور به حد قوادی نیز محکوم می‌گردد.

اما در ماده ۷۴۳- (ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای)^۳ آمده است هرگاه این جرم از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده مجازات آن در خصوص تحریک و ترغیب به به منظور دستیابی افراد به محتویات مستهجن، مطابق بند الف ماده مذکور حبس از نود و

۲. ماده ۶۳۹ - افراد زیر به حبس از یک تا ده سال محکوم می‌شوند و در مورد بند "الف" علاوه بر مجازات مقرر، محل مربوطه به طور موقت با نظردادگاه بسته خواهد شد:

الف - کسی که مرکز فساد یا فحشا دایر یا اداره کند

ب - کسی که مردم را به فساد یا فحشا تشویق نموده یا موجبات آن را فراهم نماید.

تبصره - هر گاه بر عمل فوق عنوان قوادی صدق نماید علاوه بر مجازات مذکور به حد قوادی نیز محکوم می‌گردد.

۳. ماده ۷۴۳- (ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای) هرکس از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده مرتکب اعمال زیر شود، به ترتیب زیر مجازات خواهد شد:

الف) چنانچه به منظور دستیابی افراد به محتویات مستهجن، آنها را تحریک، ترغیب، تهدید یا تطمیع کند یا فریب دهد یا شیوه دستیابی به آنها را تسهیل نموده یا آموزش دهد، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

ارتکاب این اعمال در خصوص محتویات مبتذل موجب جزای نقدی از دو میلیون (۲,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال است.

یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات است و در صورت تحریک و ترغیب به به منظور دستیابی افراد به محتویات مبتذل موجب جزای نقدی از دو میلیون (۲,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال است.

همچنین مجازات تحریک و ترغیب به اعمال منافی عفت یا انحرافات جنسی از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده بر اساس بند ب ماده مذکور حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات است.

ایضا به این نکته باید توجه کرد که اگر تحریک و ترغیب به اعمال منافی عفت از قبیل تحریک و ترغیب به زنا یا زنا با محارم یا لواط موجب اعدام باشد اگر در فضای سنتی انجام شود مجازات آن به استناد بند الف ماده ۱۲۷ ق.م.ا. حبس تعزیری درجه ۲ یا ۳ (حبس از ده سال تا ۲۵ سال) است ولی اگر همین جرم از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی انجام شود مجازات آن به استناد ماده ۷۴۳ (ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای) حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات است.

همانگونه که ملاحظه می‌شود ارتکاب جرم تشویق به فساد و فحشاء در فضای سنتی به مراتب از ارتکاب این جرم در فضای سایبری شدیدتر است که بر خلاف اصل تناسب جرم و مجازات‌ها و فاقد توجیه منطقی و حقوقی است چون آثار فساد سایبری بسیار مخرب و شدیدتر از فساد کلاسیک است. با توجه به همین عدم تناسب در نظریه نشست قضایی ۱۳۹۹-۷۵۸۵ مرکز یزد در تاریخ ۲۰/۱۱/۱۳۹۸ آدر پاسخ به این سوال که آیا گذاشتن Live و استوری در فضای مجازی از صحنه‌های مشروب خوردن، روابط نامشروع (اعم از زنا و مادون آن)، مصرف مواد مخدر و پارتنی‌های مختلط با تصاویر و فیلم‌های مستهجن و مبتذل با تعداد دنبال‌کننده‌های بالا، مشمول بزه «تشویق به فساد و فحشاء» موضوع ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) می‌شوند یا خیر؟ در نظر اتفاقی قضات آمده است تشویق به ارتکاب جرم از جمله مصادیق معاونت در جرم است لیکن در بعضی از موارد اثر تشویق به حدی است که قانون‌گذار برای آن مجازاتی خاص تعیین نموده است. از جمله مواد ۶۳۹ و ۷۴۳ قانون مجازات اسلامی؛ که جهت شناخت مصادیق این مواد توجه به ارکان مواد مذکور و بررسی آرای صادره و رویه‌های قضایی تا حدی راهگشاست. با بررسی ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ملاحظه می‌گردد که اولاً این ماده قیدی ندارد تا آن را منحصر به فضای واقعی بدانیم و فضای مجازی را مشمول ندانیم. همان‌طور که در خصوص قمار در فضای مجازی، به مواد ۷۰۵ الی ۷۸۱ قانون مذکور استناد می‌گردد؛ ثانیاً قانون جرایم رایانه‌ای هیچگونه مزیتی بر قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ ندارد تا بخواهیم این قانون را حاکم بر قانون تعزیرات بدانیم و ماده ۷۴۳ را جایگزین ماده ۶۳۹ (در موارد ارتکاب در فضای مجازی) به شمار آوریم، بلکه یک عمل ارتكابی می‌تواند تحت چند عنوان مجرمانه قرار بگیرد که در نهایت مشمول تعدد معنوی خواهد شد؛ ثالثاً مصادیقی همچون دایر کردن مرکز فساد و فحشاء در فضای مجازی و تشویق به مصرف مشروبات الکلی از طریق فضای مجازی نیز در ماده ۷۴۳ قانون جرایم رایانه‌ای پیش‌بینی نگردیده است، لذا به نظر می‌رسد در این موارد صرفاً به ماده ۶۳۹ می‌توان استناد نمود. لذا با توجه به مراتب فوق چنانچه فردی با اعمال مذکور در فرض سوال در فضای مجازی افراد زیادی را به فساد و فحشاء تشویق

ب) چنانچه افراد را به ارتکاب جرائم منافی عفت یا استعمال مواد مخدر یا روان‌گردان یا خودکشی یا انحرافات جنسی یا اعمال خشونت‌آمیز تحریک یا ترغیب یا تهدید یا دعوت کرده یا فریب دهد یا شیوه ارتکاب یا استعمال آنها را تسهیل کند یا آموزش دهد، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود.

تبصره - مفاد این ماده و ماده (۱۴) شامل آن دسته از محتویاتی نخواهد شد که برای مقاصد علمی یا هر مصلحت عقلایی دیگر تهیه یا تولید یا نگهداری یا ارائه یا توزیع یا انتشار یا معامله می‌شود.

4. <https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/a808b347-2855-4300-f0bb-08d7ef1133bd>

کند یا موجبات آن را فراهم کند (با توجه به استفاده از واژه "مردم" در بند "ب" ماده ۶۳۹ قانون تعزیرات) عمل وی حسب مورد علاوه بر ماده ۷۴۳، مشمول ماده ۶۳۹ قانون تعزیرات نیز خواهد بود.

اما نظر هیئت عالی این است که به دلالت ماده ۷۸۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات^۵ در مواردی که سامانه رایانه ای یا مخابراتی به عنوان وسیله ارتکاب جرم به کار رفته و در بخش جرایم رایانه‌ای برای عمل مزبور پیش‌بینی نشده مطابق قوانین جزایی مربوط عمل می‌گردد. موضوع سوال مصداقی است مع الوصف چنانچه اعمال یاد شده در سوال با هدف ترغیب و یا دعوت افراد یا تسهیل و آموزش رفتار غیر مشروع مذکور باشد با توجه به بند ب ماده ۷۴۳ قانون صدرالاشعار قابل تعقیب خواهد بود.

به نظر می‌رسد نظر هیئت عالی صائب است و به دلالت ماده ۷۸۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات (ماده ۵۲ قانون جرایم رایانه‌ای) چون برای ترغیب به فساد و فحشاء در قانون جرایم رایانه‌ای جعل مجازات شده است قاعده تعدد معنوی جاری نیست و باید بر اساس قانون جرایم رایانه‌ای تعیین کیفر شود که به روشنی بر عدم توازن و تناسب ارتکاب این جرم در فضای سنتی و سایبری دلالت دارد.

نتیجه گیری

یکی از اصول حقوق جزا که هم در مرحله تدوین قوانین کیفری و هم تطبیق و اعمال و اجرای مجازات نقش مهم و اساسی دارد اصل تناسب جرم و مجازات است با بررسی مجازات جرایم مشابه از قبیل سرقت سنتی و سرقت سایبری، کلاهبرداری سنتی و کلاهبرداری سایبری، تشویق به فساد و فحشاء در فضای سنتی و فضای سایبر مشخص می‌شود که این اصل مهم رعایت نشده و مجازات این جرایم در فضای سنتی به مراتب شدیدتر از مجازات ارتکاب همان جرم در فضای سایبری (قانون جرایم رایانه ای) است و بر فرض تعدد معنوی نیز قاعده تعدد معنوی قابل اعمال نیست و مستندا به ماده ۷۸۰ ق.م.ا.ت. (ماده ۵۲ قانون جرایم رایانه ای) تنها مجازات مقرر در قانون جرایم رایانه‌ای قابل اعمال است که این عدم توازن و عدم تناسب فاقد هرگونه توجیه منطقی و حقوقی است. با توجه به اهمیت امنیت در فضای سایبر برای توسعه کشور و با عنایت به تهدیدی که ارتکاب جرایم در فضای سایبر برای جامعه ایجاد کرده و امروزه بسیاری از جرایم در فضای سایبر اتفاق می‌افتد و روز به روز هم بر دامنه آن افزوده می‌شود و هم تعداد جرایم سایبری و هم شدت و کیفیت و تنوع و تکرر روش‌های ارتکاب جرم در فضای سایبر رو به افزایش است و امنیت فضای سایبر را که نقش حیاتی در توسعه کشور دارد با تهدید مواجه کرده است لازم است مجازات‌ها با توجه به تهدیدها و خطرات به روز شود و با توجه به مصادیق مذکور در مقاله ضرورت اصلاح و بازنگری در قوانین به جهت هماهنگی و کارآمدی قوانین آشکار است.

^۵ ماده ۷۸۰ ق.م.ا.ت. (ماده ۵۲ قانون جرایم رایانه‌ای): «در مواردی که سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی به عنوان وسیله ارتکاب جرم به کار رفته و در این قانون برای عمل مزبور مجازاتی پیش‌بینی نشده است، مطابق قوانین جزایی مربوط عمل خواهد شد.»

فهرست منابع

- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ ه.ق.). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، ج ۳، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸ ق.). الوسيلة الى نيل الفضيله، قم: کتابخانه مرعشی نجفی.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی. (۱۴۱۷ ق.). غنیة النزوع الى علمی الاصول و الفروع، تحقیق ابراهیم بهادری، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ ق.). معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبد السلام محمد هارون، ج ۳، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ ق.). لسان العرب، ج ۱۰، بیروت: دارالفکر.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۶ ق.). مجمع الفانده و البرهان، ج ۱۳، قم: نشر اسلامی.
- امام خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحرير الوسيلة، ج ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- بهری محمد، شکری رضا، داور علی اکبر خان. (۱۳۹۴). نگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران: مجد.
- بای، حسینعلی؛ پورقهرمانی، بابک. (۱۳۸۸). بررسی فقهی حقوقی جرایم رایانه‌ای، چاپ اول، قم: انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ ق.). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، ج ۴، بیروت: دارالعلم للملایین.
- حیب زاده، محمد جعفر. (۱۳۷۴). حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اموال)، چاپ دوم، تهران: سمت.
- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ ه.ق.) شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ ق.). قواعد الاحکام، ج ۳، قم: نشر اسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ ق.). تذکره الفقهاء، ج ۹، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ ه.ق.). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، ج ۵، بیروت: دار الفکر المعاصر.
- دهخدا، علی اکبر و دیگران. (۱۳۷۳ ش.). لغت نامه، ج ۵، تهران: مؤسسه لغت نامه دهخدا و دانشگاه تهران.
- رضوی اصل، سید محسن. (۱۳۹۸). سرقت اینترنتی (ماهیت، ارکان و عناصر، مجازات ها، پیشگیری)، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی.
- ساریخانی، عادل. (۱۳۸۵ ش.). حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: دانشگاه پیام نور.
- سلامی، حمیده. (۱۳۹۴). مقایسه سرقت سایبری و کلاهبرداری سایبری، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۸ ق.). المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، تحقیق محمدباقر بهبودی، تهران: المکتبه المرتضویه.
- عالی پور، حسن. (۱۳۹۵). حقوق کیفری فن آوری اطلاعات، تهران، چاپ چهارم: انتشارات خرسندی.
- عطار زاده، سعید؛ انصاری، جلال. (۱۳۹۹). حقوق جزای اختصاصی جرایم رایانه‌ای، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- عمید، حسن. (۱۳۸۹ ش.). فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات پارمیس.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۷۷ ش.). جامع المسائل، ج ۲، چاپ اول، قم: مطبوعاتی امیر.

فاضل هندی (اصفهانى). محمد بن حسن. (۱۴۱۶ هـ.ق.). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۰، چاپ اول، قم - ایران: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

فتحی، حجت الله. (۱۳۹۳). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، ج ۲، چاپ اول، قم: موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۰۵ق.). المصباح المنیر، ج ۲، قم: دارالهجره.

کاظمی، جواد بن سعید. (۱۳۶۵ش.). مسالك الافهام الى آیات الاحكام، ج ۴، تهران: المكتبة المرتضوية.

مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین. (۱۴۱۱هـ.ق.). السرقه على ضوء القرآن و السنه، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه، (بی تا). گنجینه استفتائات قضایی، (نرم افزار)

معلوف، لويس. (۱۹۸۶م.). المنجد، بیروت: دارالمشرق.

معین، محمد. (۱۳۷۶ش.). فرهنگ فارسی، ج ۲، ۱ و ۳، تهران: انتشارات امیرکبیر.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ هـ.ق.). استفتاءات جدید، ج ۲، دوم، قم - ایران: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۷ق.). فقه الحدود والتعزیرات، ج ۳، قم: دانشگاه مفید.

میرمحمد صادقی، حسین. (۱۳۹۳ش.). حقوق کیفری اختصاصی ۲ (جرایم علیه اموال و مالکیت)، چاپ چهلیم، تهران: نشر میزان.

نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۶ش)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق فوجانی، تهران: دار الکتب الاسلامیه.