

## تحلیل ارکان مادی و معنوی هرزه‌نگاری رایانه‌ای در نظام حقوقی ایران

صالح غفاری چراتی\*

اسماعیل هادی تبار\*\*

سیدابراهیم قدسی\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۴/۱۴

### چکیده

از چالش‌های امروز فضای مجازی هرزه‌نگاری رایانه‌ای است که امنیت این فضا را تحت تأثیر خودش قرار داده است. از همین جهت، قانونگذار این پدیده را در زرادخانه حقوق کیفری قرار داده است. با توجه به جرم‌نگاری هرزه‌نگاری رایانه‌ای، بررسی ارکان مادی و معنوی آن ضروری به نظر می‌رسد. قانونگذار دو نوع رفتار سرزنش‌پذیر مشروط و رفتار سرزنش‌پذیر قطعی را به عنوان رفتار مادی در نظر گرفته که اگر هرکس این رفتارها را با توجه به سوءنیت انجام دهد توأم با مجازات‌های مقرر قانونی خواهد شد. با تحلیل ارکان مادی و معنوی این نتیجه به دست می‌آید که قانونگذار در تبیین ارکان این جرم در قوانین مختلف از یک رویکرد واحد پیروی نکرده است و نوشتار حاضر درصدد تبیین و تحلیل ارکان مادی و معنوی این جرم براساس نظام حقوقی ایران است.

واژگان کلیدی: هرزه‌نگاری رایانه‌ای، رکن مادی، رکن معنوی، نظام حقوقی ایران.

---

\* دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران (نویسنده مسؤول).

salehghafari97@gmail.com

\*\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه مازندران.

ehaditabar@umz.ic.ir

\*\*\* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه مازندران.

ghodsi@umz.ac.ir

### مقدمه

یکی از مصادیق رفتارهای غیراخلاقی در فضای مجازی «هرزه‌نگاری رایانه‌ای» است که تبعات و اثرات زیان‌بار آن خود فرد، جامعه و کلیت فضای مجازی را دربر می‌گیرد و نظام اخلاقی را با چالش جدی روبرو می‌سازد. بر این اساس، شناخت هرزه‌نگاری رایانه‌ای به‌عنوان عاملی که به اخلاق و عفت عمومی آسیب می‌زند ضروری به‌نظر می‌رسد. هرزه‌نگاری در فضای مجازی (سایبری یا رایانه‌ای)، نقش بسزایی در نابسامانی و انحطاط ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی داشته و رواج آن در فضای تبادل ارتباطات و اطلاعات باعث تزلزل نهاد خانواده، بی‌بندوباری جنسی، افزایش فحشا، بیماری‌های روحی و روانی و در نهایت بی‌حرمتی به ارزش‌های انسانی می‌شود (ابراهیمی، ۱۳۹۳، ص ۹).

با توجه به موارد مذکور و براساس معیارهای مذهبی و اجتماعی جامعه ایرانی-اسلامی، قانونگذار اقدام به جرم‌نگاری هرزه‌نگاری رایانه‌ای نموده و کلیه مصادیق، صور و گونه‌های آن را ممنوع اعلام کرده و برای مرتکبین آن پاسخ‌های دولتی در قالب مجازات در نظر گرفته است. متعاقب جرم‌نگاری هرزه‌نگاری رایانه‌ای، این پرسش‌ها به ذهن خطور می‌کند که ارکان تشکیل‌دهنده آن کدام است و آیا قانونگذار در قوانین مختلف از یک رویکرد واحد پیروی کرده است؟ زمانی که در حقوق کیفری رفتاری جرم‌نگاری می‌شود، متعاقب آن کیفرگذاری نیز توسط قانونگذار صورت می‌گیرد و حال آیا کیفرگذاری هرزه‌نگاری رایانه‌ای مطابق اصول و اهداف مجازات‌ها است؟ چه پاسخی در قبال هرزه‌نگاری رایانه‌ای اتخاذ شده است؟ ارکان مادی و معنوی تشکیل‌دهنده هرزه‌نگاری رایانه‌ای چیست؟ آیا در قوانین مختلف از یک رویکرد واحد پیروی شده است؟

نوشتار حاضر در پی پاسخ به پرسش‌های مذکور است و در صورتی که به آنها پاسخ‌های مستدل و موجهی داده شود بسیاری از چالش‌ها و معضلات «هرزه‌نگاری رایانه‌ای در نظام حقوقی ایران» حل خواهد شد. ساختار نوشتار در سه بخش کلی تدوین و تنظیم شده است. در بخش نخست انواع رفتارهای هرزه‌نگاری رایانه‌ای تبیین می‌شود. بخش دوم به شرایط و اوضاع و احوال خاص هرزه‌نگاری و در بخش سوم به رکن معنوی پرداخته می‌شود.

## ۱. رفتارهای خاص هرزه‌نگاری رایانه‌ای

### ۱-۱. رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط

رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط شامل سه رفتار «تولید، ذخیره و نگهداری» است. این سه رفتار هم در ماده ۳ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۸۶ و هم در ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته که این سه رفتار در قوانین متعددی که به هرزه‌نگاری مرتبط بود و همچنین در رأی وحدت رویه شماره ۶۴۵ مورخ ۱۳۷۸/۹/۲۳ دیوان عالی کشور به‌طور خاص در مورد نگهداری، مورد اشاره قرار گرفته است. این سه رفتار فی‌نفسه دارای سرزنش و کیفر نیستند مگر اینکه توأم با قصد تجارت یا افساد باشد. براساس قوانین مذکور، «تولید» به معنای ساختن یا پدید آوردن محتویات مستهجن یا مبتذل در فضای مجازی است. «ذخیره» به معنای انباشتن داده‌های مبتذل یا مستهجن در سامانه‌های مخابراتی یا رایانه‌ای است و «نگهداری» که از موارد اختلافی و چالش‌برانگیز رفتار مادی در هرزه‌نگاری رایانه‌ای است، به معنای در دسترس و نگهداشتن است (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۰). حال در ذیل به شرح تفصیلی تولید، نگهداری و ذخیره می‌پردازیم.

«تولید کردن» به معنای ساختن و ایجاد کردن محتویات مبتذل و مستهجن از طریق سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی است، اعم از اینکه واقعی یا غیرواقعی باشد. واقعی جایی است که از طریق آمیزش جنسی با وب‌کم فیلمبرداری شود و غیرواقعی مثل اینکه با نقاشی یا مونتاژ کردن تصاویر واقعی در فضای مجازی، آمیزش دو نفر را نشان دهند (بای و پورقهرمانی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۵). البته همان‌طور که اشاره شد در آخرین اراده قانونگذار در ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، هر نوع تولیدی مشمول این ماده نخواهد بود، بلکه تولیدی تحت عنوان هرزه‌نگاری در فضای مجازی قابل پیگرد است که به قصد افساد یا تجارت باشد. همچنین بین تولید محتویات مستهجن و مبتذل براساس کیفرگذاری تفاوت وجود دارد. در قانون امور سمعی و بصری هم تولیدکنندگان آثار سمعی و بصری برحسب اینکه تولیدکننده اصلی باشند یا تولیدکننده غیراصلی در نوع مجازات تفاوت وجود دارد (میری، ۱۳۹۱، ص ۵۴).

قانونگذار داشتن محتویات هرزه‌نگارانه مستهجن و مبتذل را در سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با عبارت «ذخیره یا نگهداری» جرم‌انگاری کرده است. بر این اساس اگر

فردی تصاویر، فیلم‌ها و صوت‌های رایانه‌ای را بر روی موبایل یا لپ‌تاپ خود ذخیره کند یا اینکه موارد مذکور را جمع‌آوری کرده و در سیستم رایانه‌ای یا مخابراتی خود نگهداری کند، عمل چنین شخصی جرم و قابل مجازات خواهد بود. نگهداری و ذخیره دارای معانی نزدیک به هم هستند به طوری که نگهداری معنایی نزدیک به ذخیره داشته و نیازی به آوردن این واژه در قانون نبود، ولی می‌توان گفت که نگهداری همچون ذخیره نیازی به انجام رفتارهای مانند روگرفت‌برداری، بارگذاری، برش و مانند اینها ندارد و به حالتی می‌پردازد که کسی محتوایی را در دسترس دارد و آن را نگه داشته است. با این حال رفتار نگهداری در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی همان ذخیره است مگر اینکه نگهداری را به فضای بیرون از سامانه بار کنیم که به جهت اشاره ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، به ابزار بزه در صدر آن یعنی به وسیله سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده باز هم معنای ذخیره را می‌دهد. به نظر می‌رسد، از جهت رفتار خاص هرزه‌نگاری در فضای مجازی، فرقی میان ذخیره و نگهداری نباشد مگر اینکه در ذخیره، حالت نگهداری یا ماندن محتوا برای ذخیره‌کننده نیست و چه بسا فوراً پس از ذخیره، از آن بهره‌های دیگری ببرد ولی در نگهداری شخصی محتوا را در جایی انباشت می‌کند که برایش بماند، از این جهت مرز جدایی این دو رفتار (ذخیره و نگهداری) خواست شخص و گذشت مدت زمانی است تا نشان دهد رفتار وی ذخیره بود یا نگهداری می‌باشد. پرسشی که در این رفتارهای مادی مطرح می‌شود این است که اگر شخصی آثار هرزه‌نگارانه‌ای را تولید کند و متعاقب تولید، آن را در رایانه‌اش ذخیره یا نگهداری کند، مرتکب چند جرم شده است؟ آیا مقررات تعدد جرم اعمال می‌شود؟ در ظاهر ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای و براساس تفسیر لفظی، به نظر می‌رسد که بایستی مقررات تعدد جرم را اعمال کرد، زیرا قانونگذار هر یک از رفتارهای تولید، نگهداری و ذخیره را به صورت جداگانه جرم‌انگاری کرده است و از حرف «یا» استفاده کرده و این سه واژه را از یکدیگر جدا نموده است، ولیکن بنابر تفسیر فرا لفظی و منطقی باید بین اینکه تولیدکننده آثار تولیدی خودش را ذخیره می‌کند یا اثری غیر از آثار خودش، تفاوت قائل شویم. در حالت نخست، زمانی که تولیدکننده اثری را تولید و متعاقب آن به خودی خود در رایانه‌اش ذخیره می‌شود، صرفاً یک جرم تولید هرزه‌نگاری رایانه‌ای انجام داده است و مشمول مقررات تعدد جرم قرار نمی‌گیرد، اما زمانی که تولیدکننده اثری را می‌سازد و در شبکه‌های رایانه‌ای آثار غیر از آثار تولیدی خودش را به قصد

تجارت یا افساد جمع‌آوری یا ذخیره می‌کند، مرتکب دو جرم جداگانه شده است و مشمول مقررات تعدد جرم قرار می‌گیرد. جرم اول تولید هرزه‌نگاری و جرم دوم نگهداری یا ذخیره هرزه‌نگاری می‌باشد و مقررات ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی در موردش اعمال می‌شود.

رفتارهای مذکور، همگی آنی و ناگهانی هستند و در یک آن واحد ارتکاب می‌یابند مگر نگهداری که نیاز به زمان دارد. از این جهت، تنها زمانی نگهداری به قصد تجارت یا افساد را می‌توان جرم هرزه‌نگاری دانست که مدتی از آن بگذرد و مشخص گردد که شخص، محتوای هرزه را نگهداری کرده است. پس این فرق میان ذخیره که آنی و نگهداری که جرمی مستمر است، می‌باشد. در این حال دیگر نمی‌توان تعدد معنوی میان ذخیره کردن و نگهداری کردن را بیان کرد، زیرا میان دو رفتار از جهت آنی و مستمر بودن با هم تفاوت است. فلذا اگر طبیعت رفتارها با هم یکی نباشد، تعدد معنوی نیز در کار نخواهد بود.

#### ۱-۲. رفتارهای سرزنش‌پذیر قطعی

رفتارهای سرزنش‌پذیر قطعی شامل سه رفتار «انتشار، توزیع و معامله» محتویات مستهجن و مبتذل هرزه‌نگاری در فضای مجازی است. این سه رفتار بدون اینکه همراه با قصد خاص باشند در هر حال بیانگر خواست بد و سرزنش‌پذیر انجام‌دهنده رفتار هستند و به‌همین دلیل هرکس، هریک از رفتارهای سه‌گانه مذکور را انجام دهد، مرتکب جرم پیش‌بینی شده در ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای است. «انتشار» به‌معنای پخش گسترده در فضای مجازی است، خواه به‌دست کسی برسد خواه نرسد و یا اینکه دریافت‌کننده از سوی انتشاردهنده شناخته شده باشد یا ناشناس باشد، مانند فرستادن محتویات مستهجن در قسمت هرزنامه (اسپم) پست الکترونیک فرد ناشناس که ارسال‌کننده در هر صورت هرزه‌نگار محسوب می‌شود. در برابر انتشار، «توزیع» است که به‌معنای پخش محدود نسبت به کسانی است که توزیع‌کننده با شناخت نسبت به آنها محتوای مبتذل یا مستهجن را می‌فرستد، مانند فرستادن محتویات مستهجن در قسمت صندوق ورودی پست الکترونیک از طرف دو نفری که دوست یکدیگرند یا نسبت به هم آشنایی دارند. «معامله» نیز قراردادی دوجانبه است که مرتکب، محتوای مبتذل یا مستهجن را در یکی از قراردادهای مشخص به دیگری می‌دهد و انتقال صورت

می‌گیرد (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۱). حال در ذیل به شرح تفصیلی رفتارهای سه‌گانه پرداخته خواهد شد.

قانونگذار در قوانین مختلف مرتبط با هزینه‌نگاری با عبارات «انتشار، تکثیر و اشاعه» سعی کرد مصادیق نشر گسترده هزینه‌نگاری را جرم‌انگاری نماید. آنچه از الفاظ تکثیر، اشاعه و نشر به ذهن معطوف می‌شود این است که برای تحقق چنین عناوینی مرتکب (هزینه‌نگار) باید این اعمال را بر روی تعدادی از آثار و محتویات هزینه‌نگارانه و نسبت آن به تعداد مخاطبان و گیرندگان انجام دهد که عرفاً اقدامش انتشار قلمداد شود. به‌طور مثال اگر فرد یک فیلم هرزه را به دوستش ارسال کند، دیگر عنوان انتشار بر این فرد بار نمی‌شود، بلکه توزیع محتویات هرزه نزدیک‌تر به این ارسال است. بنابراین صرف انتقال آثار هزینه‌نگارانه به دیگران به‌گونه‌ای که عرفاً نتوان آن را پخش گسترده نامید از شمول انتشار خارج است.

«توزیع» آثار هزینه‌نگارانه به‌معنای پراکندن و اصولاً کاربرد توزیع در مواردی است که عمل نشر و انتقال، یک عملیات هدفدار و مستمر برای توزیع‌کننده باشد، مثل اینکه شخصی از طریق فضای مجازی (خاصه اینترنت) محتویات مبتذل یا مستهجن را به افراد ارسال و یا پخش کند یا از طریق پیامک یا تلگرام یا به‌طور شخصی برای هم ارسال کنند (بای و پورقهرمانی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۶) ولیکن همان‌طور که در انتشار گفته شد انتشار ناظر بر پخش عمده آثار هزینه‌نگارانه است که در آن تعداد و عمده بودن حائز اهمیت است اما در توزیع این‌گونه نیست و افراد و محتویات محدودی را شامل می‌شود و تفاوت و آثار عملی این دو عنوان در کیفر (مجازات) است که هم در قانون امور سمعی و بصری و هم در قانون جرایم رایانه‌ای ارسال محتویات به کمتر از ده نفر با ارسال آن به بیشتر از ده نفر در میزان مجازات متفاوت است.

رفتار سوم سرزنش‌پذیر قطعی «معامله» محتویات هزینه‌نگارانه است. معامله محتویات مستهجن و مبتذل بایستی در فضای مجازی به‌وسیله بیع، اجاره، ودیعه و ... صورت گیرد. در غیر از فضای مجازی اگر معامله‌ای صورت گیرد بزه رایانه‌ای و متعاقب آن هزینه‌نگاری رایانه‌ای نبوده و بر پایه دیگر قوانین رفتار می‌شود. معامله انجام شده اعم از این است که در سطح ملی یا فراملی باشد که اصولاً معاملات این‌چنینی در سطح بین‌المللی و فراملی است و از سوی کشورهای است که دارای صنعت هزینه‌نگاری (مانند ایالت متحده آمریکا، هلند، انگلستان و آلمان) هستند. صادرات و وادرات هم مصداقی از

معامله ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای است که به‌نظر می‌رسد منظور از تجارت در این‌گونه جرایم (هرزه‌نگاری رایانه‌ای) فرضی است که فرد، معامله اشیا هرزه‌نگارانه را شغل و حرفه خود قرار داده باشد. لفظ معامله و عام بودن این واژه در ماده ۱۴ قانون مذکور، هر نوع معامله اعم از خرید و فروش، اجاره و دیگر مصادیق معاملات را دربر می‌گیرد و تجارت در این‌گونه موارد اعم است از پنهانی یا علنی و یا اینکه قاچاق اشیا مذکور باشد (شکری و سیروس، ۱۳۹۷، ص ۷۱۸). آثار عنوان معامله، تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای می‌باشد که اگر بر عنوان معاملات انجام شده، حرفه‌ای یا سازمان‌یافته اضافه شود، با تشدید کیفر مواجه خواهد شد.

هر سه رفتار مذکور (انتشار، توزیع و معامله) با هم پیوستگی ندارند. هرکس هریک از این رفتارها را انجام دهد بزه‌کار است و اگر بیش از یک رفتار فوق را انجام دهد، مشمول تعدد جرم قرار می‌گیرد. به‌طور مثال کسی که محتویات هرزه‌نگارانه را در فضای مجازی انتشار دهد و همچنین همان محتویات را با گروهی سازمان‌یافته معامله کند در این صورت این فرد دو جرم جداگانه انجام داده است. به‌عبارت دیگر، فردی در یک گام، محتوای هرزه را برای دوستش ارسال کند که به جرم توزیع هرزه‌نگاری رایانه‌ای محکوم می‌شود و در گام دیگر محتویات هرزه‌نگارانه را معامله کند که به جرم معامله هرزه‌نگاری رایانه‌ای محکوم می‌شود و براساس ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عمل می‌شود.

### ۱-۳. شروع به رفتارهای سرزنش‌پذیر

شروع به جرم عبارت است از رفتاری که به‌منظور عملی کردن قصد مجرمانه انجام شده ولیکن به‌جهت مانع خارجی به تحصیل نتیجه مورد نظر منتهی نشده است (گلدوزیان، ۱۳۹۳، ص ۱۴۶). به‌عبارت دیگر، هرکس قصد ارتکاب جرمی را داشته و از اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع آن ندارد هم فراتر رفته و عملاً وارد عملیات اجرایی جرم شود، باز ممکن است به نتیجه مورد نظر خود نرسد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲، ص ۹۳) که در این صورت شروع به عملیات مجرمانه شکل گرفته است. حال پرسش اساسی این می‌باشد که مجازات شروع به هرزه‌نگاری رایانه‌ای تابع کدام مقرر است و وضعیت شروع به هرزه‌نگاری‌های رایانه‌ای در حقوق کیفری ایران به چه شکل است؟ تا زمان قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که شروع به جرم

به صورت یکپارچه در نیامده بود، شروع به جرایمی مجازات داشت که قانونگذار به طور مشخص آنها را تصریح می‌کرد، مثل شروع به قتل عمدی موضوع ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، شروع به آدم‌ربایی موضوع ماده ۶۲۱ قانون مذکور، و در مواردی که تصریحی وجود نداشت شروع به جرم آن مجازاتی نداشت و به عبارت دیگر، شروع به جرمش جرم‌نگاری نشده بود.

دو رکن اصلی هرزه‌نگاری در فضای مجازی، ماده ۳ قانون امور سمعی و بصری مصوب ۱۳۸۶ و ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ است. تاریخ تصویب هر دو قانون خاص فوق پیش از سال ۱۳۹۲ و تصویب قانون مجازات اسلامی است که در ماده ۱۲۲ آن، شروع به جرم همه جرایم را جرم‌نگاری کرده است. فلذا برای هرزه‌نگاری رایانه‌ای نیز می‌توان شروع به جرم در نظر گرفت، ولیکن به لحاظ اینکه در قوانین خاص سمعی و بصری و جرایم رایانه‌ای، شروع به جرم این جرم مورد تصریح قرار نگرفته است نمی‌توانستیم شروع به جرم هرزه‌نگاری را جرم بدانیم (الهی‌منش و سدره‌نشین، ۱۳۹۱، ص ۹۲). در حال حاضر و با وجود ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، این نقص و ضعف قانونی رفع شده است و شروع به هرزه‌نگاری رایانه‌ای نیز برحسب اینکه مجازات قانونی جرم تام چقدر است، محاسبه می‌شود.

پرسش دیگر در بخش شروع به جرم هرزه‌نگاری رایانه‌ای این است که آیا از لحاظ ماهوی، شروع به هرزه‌نگاری در فضای مجازی متصور است؟ از لحاظ ماهوی برای مجازات شدن شروع به جرم، باید قصد ارتکاب جرم وجود داشته باشد به گونه‌ای که با برداشتن گام‌های اساسی به حصول نتیجه مجرمانه نزدیک شده باشد. از دیدگاه دانش مهندسی نرم افزار رایانه و اصول بنیادین حقوق کیفری، امکان شروع به جرم در هرزه‌نگاری رایانه‌ای وجود دارد. در رفتارهای شش‌گانه پیش‌گفته مثل انتشار، توزیع، معامله و ... که بر فرض کسی در حال معامله محتویات مبتذل و مستهجن در فضای مجازی است که قصد مجرمانه وجود دارد و وارد عملیات اجرایی شده و توافق قطعی را انجام دادند، اما در حین ارسال، پلیس فتا (سایبری) مانع ارسال شود که در این صورت می‌توان مداخله‌کنندگان را نه به جرم تام هرزه‌نگاری، بلکه به شروع به جرم هرزه‌نگاری رایانه‌ای براساس بندهای ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ محکوم کرد.



## ۲. شرایط و اوضاع احوال خاص هرزه‌نگاری رایانه‌ای

### ۲-۱. مستهجن یا مبتذل بودن

موضوع جرم هرزه‌نگاری رایانه‌ای، محتویات «مبتذل و مستهجن» می‌باشد که قانونگذار در قوانین مختلفی آنها را بیان و به تعریف آنها مبادرت ورزیده است (آقایی‌نیا و عابد، ۱۳۹۱، ص ۲۳). ولیکن برای نخستین بار در سال ۱۳۷۲ در قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند، آنها را تعریف کرده است. مطابق تبصره ۵ از بخش الف این قانون، آثار سمعی و بصری مستهجن به آثاری گفته می‌شود که محتوای آنها نمایش برهنگی زن و مرد و یا اندام تناسلی و یا نمایش آمیزش جنسی باشد. همچنین براساس تبصره ۱ از بخش ب قانون سمعی و بصری سال ۱۳۷۲، آثار سمعی و بصری مبتذل به آثاری اطلاق می‌شود که دارای صحنه و صور قبیحه بوده و مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه‌گیری می‌کند (آقایی‌نیا و عابد، ۱۳۹۱، ص ۲۴). واژه مستهجن در تبصره ۵ از بخش الف ماده ۳ قانون امور سمعی و بصری سال ۱۳۸۶ و مبتذل در تبصره ۲ از بخش ب ماده ۳ قانون مذکور، بدون تغییر تعریف شد و این دو تعریف که موضوع جرم هرزه‌نگاری هستند (محمدنسل، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹) در قانون سال ۱۳۸۶ به جای قانون ۱۳۷۲ هیچ‌گونه دگرگونی به خود ندیده‌اند و عیناً در قانون اخیرالتصویب جایگزین شدند.

در تعریف «مستهجن» ابهام خاصی مشاهده نمی‌شود، ولیکن شیوه تعریف به‌گونه‌ای است که تنها به تصویر و فیلم نظر دارد، زیرا هرچند از آثار سخن به‌میان آمده ولی اساس تعریف مستهجن بر نمایش است و این واژه تنها به اثر دیداری بازمی‌گردد (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۲). فلذا براساس قانون سمعی و بصری، محتویات مستهجن شنیداری (سمعی) از شمول این تعریف خارج است. ولی تعریف «مبتذل»، یکی از مبهم‌ترین تعریف‌هایی است که ارائه شده و تفسیرهای متفاوتی از آن می‌شود (الهی‌منش و سدره‌نشین، ۱۳۹۱، ص ۹۰). برابر این تعریف مشخص نیست که تبلیغ و نتیجه‌گیری مضمون مختلف شریعت و اخلاقی اسلامی چیست؟ تبلیغ و نتیجه‌گیری را چه کسی باید به‌دست آورد؟ آیا مرتکب، دادرس، مجتهد یا مردم باید این را مخالف شریعت اسلامی و اخلاقی عمومی مردم بدانند یا اینکه بزه‌دیده جرم؟ با این تعریف مبهم قانونی از مبتذل، هم می‌توان کسی را بزه‌کار شناخت و هم می‌توان همه مردم را بزه‌کار دانست؛ نمی‌توان، زیرا بسیار دشوار است که یک فیلم یا یک تن نیمه‌برهنه را

چنان دانست که مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه‌گیری کند و برجسته‌تر اینکه واژه «آثار» و نیز تعبیر «دارای صحنه‌ها و صور قبیحه» نشان می‌دهد که به یک تصویر و یک فیلم نظر ندارد، بلکه فیلم ویژه‌ای است که دارای صور قبیحه بوده و منظور و نتیجه‌گیری بر ضد مضمون شریعت و اخلاق اسلامی شناخته شده است. می‌توان، زیرا دادرس می‌تواند هر تصویر قبیحی را تبلیغ بر ضد اخلاق اسلامی بداند و هر کسی را بخواهد بزهکار بشناسد (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۳). ایرادات مذکور را از واژه «مبتذل» سبب شد تا در لایحه قضایی جرایم رایانه‌ای، از مبتذل نامی در میان نباشد، ولیکن در نشست‌های کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس با این ادعا که برداشتن این واژه (مبتذل) خلاف اسلام و جامعه اسلامی بوده و دوباره این واژه وارد لایحه شده و صرف ادعای مخالفت با شریعت حتی اگر احساسی و غیرواقعی باشد، به‌تنهایی کافی است تا دست‌آورد اندیشه جمعی به یک‌باره از بین رود (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۴). در نهایت قانون جرایم رایانه‌ای در سال ۱۳۸۸ تصویب و واژه‌های «مبتذل» و «مستهجن» وارد قلمرو قانونگذاری شدند. براساس تبصره ۴ ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، محتویات «مستهجن» به تصویر، صوت یا متن واقعی یا غیرواقعی یا متنی اطلاق می‌شود که بیانگر برهنگی کامل زن یا مرد یا اندام تناسلی یا آمیزش یا عمل جنسی انسان است. در قانون جرایم رایانه‌ای، برخلاف قانون سمعی و بصری، محتویات جای آثار را گرفته و نه تنها به متحوی دیداری نظر دارد، بلکه محتویات شنیداری (سمعی) و نوشتار و گفتاری را نیز دربر می‌گیرد. این محتویات ممکن است واقعی باشند یا به‌طور غیرواقعی همانند انیمشین، کارتن و ... باشند. محتوای مستهجن باید نشانگر برهنگی کامل زن و مرد باشد، هرچند دستگاه تناسلی آنان دیده نشود. داشتن لباس هرچند مقداری از برهنگی را بپوشاند، مستهجن را به مبتذل تبدیل می‌کند. نشان دادن اندام تناسلی بی‌آنکه چهره یا پیکره زن و مرد نشان داده شود و نیز نشان دادن آمیزش جنسی خواه انسان با انسان باشد و خواه انسان با حیوان در ذیل تبصره ۴ ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای قرار می‌گیرد. نشان دادن اندام تناسلی حیوانات و نیز آمیزش جنسی آنها، نه محتوای مبتذل است و نه مستهجن. تعبیر عمل جنسی انسان نیز به رفتارهای جنسی یک‌سویه مانند خودارضایی اشاره دارد (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۴) که هم شامل اعمال یک‌سویه زن و مرد و حتی خنثی (دو جنسه‌ها) را شامل می‌شود.

براساس تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، محتویات و آثار «مبتذل» به آثاری

اطلاق می‌گردد که دارای صحنه و صور قبیحه باشد. در این تعریف، قسمت دوم تعریف مبتذل در قانون امور سمعی و بصری برداشته شده و مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه‌گیری کند را حذف کرده است (عزیزی، ۱۳۹۴، ص ۱۹۲). تعریف قانونی قانون جرایم رایانه‌ای، خطرناک‌تر از تعریف واژه مبتذل در قانون امور سمعی و بصری است. می‌توان گفت که قانونگذار در قانون جرایم رایانه‌ای گامی به عقب نهاده و به جای پیشرفت، پسرفت داشته است. با این تعریف می‌توان گفت که همه ایرانیان، توان هرزه‌نگار شدن را دارند. قبیحه بودن صور و صحنه تنها از راه شناخت محتوای مبتذل است و در این میان این قاضی است که می‌تواند تصاویر یا فیلمی را مبتذل بداند یا نداند و از این جهت هرکس را به دلخواه خویش بزهکار بداند.

## ۲-۲. ابزار جرم

بزهکار هرزه‌نگاری رایانه‌ای باید به وسیله رایانه (سامانه‌های رایانه‌ای) یا سامانه‌های مخابراتی یا حامل‌های داده اقدام به رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط (تولید، ذخیره و نگهداری) و رفتارهای سرزنش‌پذیر قطعی (انتشار، توزیع و معامله) نماید. در عبارت «سیستم رایانه‌ای» که مرکب از دو واژه «سیستم» و «رایانه‌ای» است سیستم عبارت است از مجموعه عناصر و اجزای مرتبط به هم که در مجموعه یک هدف خاص را دنبال می‌کنند (جاویدنیا، ۱۳۸۷، ص ۵۲) و رایانه (کامپیوتر) نیز به ماشینی گفته می‌شود که دارای سه ویژگی باشد: ورودی ساخت یافته‌ها را بپذیرد؛ آن ورودی را براساس قوانین از پیش تعریف شده پردازش کند و در نهایت، محاسبات خود را به شکل خروجی ارائه دهد (جاویدنیا، ۱۳۸۷، ص ۵۳). «سیستم یا سامانه‌های مخابراتی» به شبکه‌های هدفمندی گفته می‌شود که در انتقال داده به کار می‌رود که این سیستم مخابراتی شامل سه جزء اصلی است: فرستنده که اطلاعات را گرفته و آن را به سیگنال تبدیل می‌کند؛ کانال مخابراتی که سیگنال را حمل می‌کند و در نهایت، گیرنده که سیگنال را دریافت نموده و آن را به اطلاعات قابل استفاده تبدیل می‌کند. به گونه ساده، منظور از سیستم رایانه‌ای یا مخابراتی، وسیله یا مجموعه‌ای از وسایل و ابزار مرتبط و به هم پیوسته است که مطابق با یک برنامه، پردازش اطلاعات را انجام می‌دهد و می‌تواند مصادیق متعددی را دربر بگیرد (ترکی، ۱۳۸۹، ص ۱۴).

پیش از تعریف حامل‌های داده، باید داده تعریف شود. براساس بند الف ماده ۲ قانون

تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ «داده‌پیام» هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود. بند ب ماده ۳۹ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ نیز با این عبارت «دسترسی به حامل‌های داده از قبیل دیسک یا لوح‌های فشرده یا کارت حافظه» به نمونه‌هایی از حامل‌های داده اشاره می‌نماید. بنابراین هر چیزی که بتواند داده‌پیام را در خود ذخیره و آن را حمل نماید، حاصل داده نامیده می‌شود (آقایی‌نیا و عابد، ۱۳۹۱، ص ۳۹).

با توجه به توضیحات مذکور، در صورتی که هرزه‌نگاری و رفتارهای سرزنش‌آمیز از راه سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده باشد، مشمول «هرزه‌نگاری رایانه‌ای» است و اگر هم یکی از رفتارهای پیش‌گفته در خارج از این فضای سایبری (مجازی) رخ دهند، بر پایه مقرره‌های کیفری دیگری با وی برخورد می‌شود. جرم موضوع ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، یک جرم رایانه‌ای و سایبری است که از راه سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده ارتکاب می‌یابد؛ یعنی ابزار (وسیله) در این جرم جایگاه خاصی دارد و به‌همین دلیل است که هرزه‌نگاری در بستر سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، از جرایم خاص محسوب می‌شود. البته قانون جرایم رایانه‌ای فقط جرایم ارتكابی از راه رایانه را دربر نمی‌گیرد، بلکه جرایمی را که از راه سیستم‌های مخابراتی و حامل‌های داده اتفاق می‌افتند را نیز شامل می‌شود. بنابراین اگر کسی با تلفن همراه یا فاکس محتویات مبتدل یا مستهجن را توزیع یا منتشر یا معامله کند، تحت مشمول این مقرره (هرزه‌نگاری رایانه‌ای) قرار می‌گیرد.

### ۲-۳. بزه‌کار

مرتکب بزه هرزه‌نگاری در فضای مجازی با توجه به ماده ۳ قانون سمعی و بصری و ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، می‌تواند هر کسی اعم از نظامی یا غیرنظامی، مرد یا زن، ایرانی یا خارجی و ... باشد (محمدنسل، ۱۳۹۲، ص ۱۲۵) و وجود سمت خاصی نیز برای مرتکب جرم شرط نشده است. عبارت «هرکس» مندرج در مواد مذکور، بیانگر امکان ارتکاب جرم توسط هر فرد است (نگهی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۳). پیش‌بینی برخی شروط در مرتکب مبنای تحقق جرم نبوده و صرفاً ملاکی برای تعیین شدت کیفر است. به‌طور مثال ارتکاب جرم هرزه‌نگاری رایانه‌ای به‌عنوان حرفه، موضوع بند الف ماده ۳ قانون

سمعی و بصری و تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای و یا انجام آن توسط کارمند مندرج در قانون جرایم رایانه‌ای، از شروط تحقق هرزه‌نگاری رایانه‌ای نبوده و صرفاً به‌عنوان علل تشدید مجازات محسوب می‌شود (نگهی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۳). براساس ماده ۸ قانون سمعی و بصری مصوب ۱۳۸۶، اقدام به انتشار آثار هرزه‌نگارانه توسط مأمور دولت که بنابه مناسبت شغل در اختیار او قرار گرفته، از عوامل تشدید مجازات است. همچنین بزه‌کار اصلی یا فرعی بودن در ارتکاب هرزه‌نگاری‌های رایانه‌ای در تعیین مجازات مؤثر است به‌گونه‌ای که براساس ماده ۳ قانون مذکور، عوامل اصلی، مجازاتی بسیار شدیدتر از عوامل فرعی خواهند داشت.

وصف دیگری که مورد توجه قانونگذار قرار گرفته این است که بزه‌کار، اعمال و رفتارهای هرزه‌نگارانه را حرفه خود قرار داده باشد (حبیب‌زاده و رحمانیان، ۱۳۹۰، ص ۱۰۳). تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای مقرر می‌دارد: «چنانچه مرتکب اعمال مذکور در این ماده را حرفه خود قرار دهد یا به‌طور سازمان‌یافته باشد، چنانچه مفسد فی‌الارض شناخته نشود، به حداکثر مجازات مقرر در این ماده محکوم خواهد شد». پس بزه‌کاران حرفه‌ای هرزه‌نگار و یا بزه‌کارانی که به‌صورت سازمان‌یافته، مرتکب هرزه‌نگاری در فضای سایبری می‌شوند، مجازاتشان تشدید می‌شود. همچنین بزه‌کارانی که به‌طور گسترده، مرتکب دایر کردن مراکز فساد و فحشا گردند به‌گونه‌ای که موجب اخلاص شدید در نظم عمومی کشور یا سبب اشاعه فحشا و فساد در حد وسیع شوند، مفسد فی‌الارض محسوب و به مجازات اعدام محکوم می‌شوند. یکی از مصادیق دایر کردن مراکز فساد و فحشا، باز کردن شبکه‌های هرزه‌نگارانه در شبکه‌های اجتماعی خاصه اینستاگرام است که اگر موجب اشاعه فحشا یا فساد در حد گسترده شود، چنین هرزه‌نگارانی، هرزه‌نگار مفسد فی‌الارض محسوب می‌گردند و کیفر آنها هم اعدام (حدی) است. پس همان‌طور که گفته شد هرزه‌نگاری بسته به آنکه بزه‌کار دارای چه وصفی باشد، دارای کیفرهای متعددی است.

#### ۲-۴. بزه‌دیده

«بزه‌دیده» کسی است که یک خسارت قطعی و آسیبی به تمامیت شخصی او وارد شده است و اکثر افراد جامعه هم به این مسئله اذعان دارند (لپز و فیلیزولا، ۱۳۸۹، ص ۹۶). همچنین براساس نظر سازمان ملل، بزه‌دیدگان کسانی هستند که به‌طور فردی یا

گروهی متحمل خسارت شده‌اند (رهامی، ۱۳۸۷، ص ۲۹) و براساس ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، «بزه‌دیده شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد و چنانچه تعقیب مرتکب را درخواست کند، "شاکی" و هرگاه جبران ضرر و زیان وارده را مطالبه کند، "مدعی خصوصی" است». به‌طور کلی، قانونگذار، هرزه‌نگاری در فضای مجازی را جرم بدون بزه‌دیده به‌شمار آورده است که به‌طور مستقیم عفت و اخلاق عمومی را مورد هدف قرار می‌دهد. در هرزه‌نگاری نمی‌توان شخص خاصی را به‌عنوان بزه‌دیده جرم معرفی کرد، زیرا این جرایم، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی جامعه و کرامت انسانی محسوب می‌شوند و در حقیقت قانونگذار برای حمایت از این ارزش‌ها اقدام به جرم دانستن این‌گونه اعمال مبادرت ورزیده است و این اعمال را وارد قلمرو حقوق کیفری نموده است (حبیب‌زاده و رحمانیان، ۱۳۹۰، ص ۱۰۴). با این وجود، قانونگذار از برخی بزه‌دیدگان حمایت افتراقی به‌عمل آورده است. نمونه‌ای از این حمایت افتراقی، در لایحه حمایت از اطفال و نوجوانان است که قانونگذار هرزه‌نگاری در فضای مجازی نسبت به کودکان را به‌طور خاص جرم‌انگاری و مقررات و قوانین خاصی را وضع کرده است و هدف از وضع چنین مقرراتی، حمایت کیفری از بزه‌دیده‌ای است که نیازمند حمایت و حفاظت بیشتری است. نمونه دیگر حمایت کیفری از بزه‌دیدگان خاص، بند ب ماده ۵ قانون سمعی و بصری مصوب ۱۳۸۶ است که در شرایطی مؤنث بودن بزه‌دیده، باعث تشدید کیفر می‌شود و مقرر مذکور اشعار می‌دارد: «تهیه فیلم یا عکس از محل‌هایی که اختصاصی بانوان بوده و آنها فاقد پوشش مناسب می‌باشند مانند حمام‌ها و استخرها و یا تکثیر و توزیع آنها» که در این‌صورت بزه‌کار این‌گونه جرایم، سه مجازات را توأمان تحمل می‌کند که حبس و محرومیت از حقوق اجتماعی و شلاق می‌باشد و بیانگر حساسیت قانونگذار نسبت به بزه‌دیدگان خاص است. مصداق دیگر از حمایت کیفری از بزه‌دید در قانون سمعی و بصری، تبصره ۳ از بند ب ماده ۳ است که قانونگذار استفاده از صغار را برای رفتارهای هرزه‌نگارانه موجب حداکثر مجازات برای بزه‌کار می‌داند. ولیکن قانونگذار در قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ رویکرد بزه‌دیده‌شناختی خاصی را مدنظر نداشته و از بزه‌دیدگان قابل حمایت مانند کودکان، زنان، افراد کم‌توان ذهنی و ... حمایت خاصی نکرده است که یکی از نقاط ضعف و قابل انتقاد آن قانون می‌باشد. در نهایت، ذکر این نکته ضروری است که در اسناد بین‌المللی و قوانین اکثریت مطلق دنیا، هرزه‌نگاری صرفاً در مورد کودکان جرم

است. به عبارت دیگر، بر مبنای رویکرد بزه‌دیده‌شناسی، صرفاً زمانی که کودک بزه‌دیده واقع شود هرزه‌نگاری‌اش جرم است.

## ۲-۵. نتیجه مجرمانه

در ارتباط با هرزه‌نگاری در فضای مجازی که در ماده ۳ قانون سمعی و بصری و ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای نسبت به آن جرم‌نگاری شده، پرسشی که مطرح می‌شود این است که این جرایم، مقید به وقوع نتیجه موردنظر مرتکب می‌باشند یا خیر؟ به عبارت دیگر، هتک حیثیت و از بین بردن عرض و آبروی افراد و مانند آنها نیاز می‌باشد یا نمی‌باشد؟ به معنای دیگر، هرزه‌نگاری جزء جرایم مطلق است یا مقید؟ جرایم مقید آن دسته از جرایمی است که تحقق نهایی و کامل شدن آنها مقید به حصول نتیجه موردنظر قانونگذار است و تا زمانی که این نتیجه حاصل نگردیده نمی‌توان گفت که جرم خاتمه یافته است و در مورد جرایم مطلق نیز گفته شده جرایمی هستند که تحقق و کامل شدن آنها منوط به اخذ نتیجه موردنظر مجرم نیست و قانونگذار مطلق عملی را جرم می‌شناسد و در صورتی که صدمه یا خسارتی وارد نیامده باشد مرتکب عمل مجرمانه را مجازات می‌کند (صانعی، ۱۳۹۱، ص ۲۸۹).

بیشتر پژوهشگران حوزه جرایم رایانه و حقوق کیفری فناوری اطلاعات و ارتباطات، هرزه‌نگاری را در زمره جرایم مطلق به‌شمار آورده‌اند. با توجه به اینکه مصادیق موضوع جرم هرزه‌نگاری، عفت و اخلاق عمومی را جریحه‌دار می‌کند، وقوع نتیجه خاصی لازم نیست و صرف وقوع رفتار فیزیکی برای تحقق جرم کفایت می‌کند. بنابراین، در زمره جرایم مطلق محسوب می‌شود، چراکه عفت و اخلاق عمومی در زمان ارتکاب جرم موضوع این ماده، مفروض است (الهی‌منش و سدره‌نشین، ۱۳۹۱، ص ۹۳). از آنجا که هرزه‌نگاری رایانه‌ای از جرایم مقید به نتیجه نیست، بنابراین وجود سوءنیت خاص در مرتکب ضروری نمی‌باشد (محمدنسل، ۱۳۹۲، ص ۱۲۰). همه رفتارهای ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، مطلق هستند و قانونگذار واژه «ارسال» را از جهت رفتار به کار برده نه نتیجه و این رفتار نیز تنها با انتشار و توزیع همخوانی دارد (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۶). جرایم پیش‌بینی شده در ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ که تحت عنوان «هرزه‌نگاری سنتی و کلاسیک» است و ماده ۳ قانون امور سمعی و بصری که مصداقی از «هرزه‌نگاری رایانه‌ای» است، نشان می‌دهد که تمامی رفتارهای مذکور در

قوانین مورد اشاره مطلق‌اند و تحقق آنها مستلزم وقوع نتیجه خاصی نیست و به محض ارتکاب رفتار مورد نظر قانونگذار از قبیل پراکندن و انتشار و نگه‌داشتن و سایر شرایط و اوضاع احوال، جرم محقق می‌شود (حبیب‌زاده و رحمانیان، ۱۳۹۰، ص ۱۰۶). کلیه مصادیق جرم هرزه‌نگاری، در دسته جرایم مطلق قرار دارند و در تحقق آنها نیل به نتیجه خاص مورد توجه نمی‌باشد و ضرورتی ندارد که حتماً افرادی به این محتویات دست یابند (نگهی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۵). به عنوان مثال، صرف بارگذاری تصاویر هرزه‌نگارانه در وبلاگ شخصی، برای تحقق جرم انتشار آثار هرزه‌نگارانه کفایت می‌کند و نیازی نیست که این تصاویر توسط یک کاربر دریافت و یا اینکه مشاهده شود. با توجه به اینکه جرایم موضوع پورنوگرافی (هرزه‌نگاری)، مواردی نظیر انتشار، توزیع، معامله، تولید، ذخیره و نگهداری محتویات مبتذل و مستهجن است که عفت و اخلاق عمومی را جریحه‌دار می‌کند، وقوع نتیجه خاصی لازم نیست و صرف وقوع رفتارهای فوق برای تحقق جرم کفایت می‌کند. به عبارت دیگر، این جرایم از جمله جرایم مطلق محسوب می‌شوند (بای و پورقهرمانی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۹). توزیع و انتشار محتویات مبتذل و مستهجن از جمله جرایم مطلق به‌شمار می‌روند (تقی‌پور و زرینه، ۱۳۹۶، ص ۷۲)، به این معنا که لازم نیست کاربر اینترنتی آن را مشاهده یا دانلود کرده باشد. به همین دلیل، به محض قرار گرفتن در فضای مجازی، جرم محقق می‌شود، اما اگر فایل انتشار یافته دارای اشکالاتی باشد به گونه‌ای که امکان مشاهده یا دانلود آن وجود نداشته باشد، نمی‌توان عنوان انتشار یا توزیع را بر آن نهاد. به عبارت دیگر، مطلق بودن جرم به آن معنا نیست که آن را شامل فایل‌های غیرقابل مشاهده و دانلود (بارگیری) نیز بدانیم. بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، رویکرد مشابهی با جزء ۱۳ بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون جرایم سایبری مصوب ۲۰۰۱ بوداپست اتخاذ کرده و نیازی نیست مشتری مبادرت به استفاده عملی از فایل‌های مستهجن کرده باشد (تقی‌پور و زرینه، ۱۳۹۶، ص ۷۳). رفتارهای مجرمانه قانون امور سمعی و بصری و قانون جرایم رایانه‌ای از جرایم مطلق به‌شمار می‌آیند (آقای‌نیا و عابد، ۱۳۹۱، ص ۳۹)، زیرا صرف رفتار آنها منجر به تحقق جرم می‌گردد؛ یعنی پس از انجام عنصر مادی نیازی نیست در انتظار نتیجه‌ای از آن رفتارها باشیم، خواه در عمل منتهی به نتیجه گردد یا ننگردد. برای نمونه، همین که مرتکب اقدام به ارسال یک پیامک مستهجن به طرف دیگر نماید جرم محقق است، هر چند به هر دلیلی تلفن همراه آن طرف، پیامک را دریافت نکند (آقای‌نیا و عابد، ۱۳۹۱،



ص ۴۰). قانونگذار در قانون امور سمعی و بصری مصوب ۱۳۸۶ در هیچ ماده و تبصره‌ای، به نتیجه مورد نظر مرتکب اعم از تولید، توزیع و تکثیر اشاره‌ای نکرده و این نشان می‌دهد که جرایمی که مشمول این قانون بوده، به هیچ وجه مقید به حصول نتیجه نیست. بنابراین، اگر شخصی فیلم‌های مبتذل و مستهجن را به فردی به صورت رایگان یا معوض بدهد تا آن را مشاهده کند، اما به هر دلیل آن شخص نتواند آن فیلم را ببیند، مثلاً دستگاه آن شخص خراب بوده باشد، در این صورت جرم هرزه‌نگاری به وقوع پیوسته است و عدم مشاهده آن مانع از مجازات قانونی هرزه‌نگاری نمی‌شود (قدسی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۵).

همان طور که ملاحظه شد تمامی پژوهشگران حوزه جرایم سایبری، هرزه‌نگاری اعم از هرزه‌نگاری سنتی و رایانه‌ای و موارد قانونی قانون امور سمعی و بصری و قانون جرایم رایانه‌ای را جزء جرم مطلق محسوب می‌کنند و وقوع نتیجه خاصی را برای تحقق این جرم لازم نمی‌دانند. همچنین هرزه‌نگاری به طور قطع و یقین در عالم خارج نمی‌تواند نتیجه ملموسی را داشته باشد و در نهایت، در بحث مطلق و مقید بودن هرزه‌نگاری می‌توان گفت که هتک عفت و اخلاق عمومی در همان زمانی که رفتارهای مادی جرم انجام می‌شود مفروض است و به صرف تولید، توزیع، انتشار، نگهداری و ذخیره، جرم هرزه‌نگاری واقع می‌شود ولو نتیجه‌ای در عالم خارج حادث نشود.

### ۳. رکن روانی هرزه‌نگاری رایانه‌ای

#### ۳-۱. سوءنیت عام

علاوه بر رکن قانونی (مبتنی بر پیش‌بینی رفتارهای مجرمانه در قانون مجازات اسلامی) و رکن مادی (وقوع رفتارهای مجرمانه در عالم خارج که به منصفه ظهور برسد) عمل مرتکب باید از اراده و قصد، آزاد باشد (قدسی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۵). در واقع، باید میان عمل و شخص عامل، رابطه روانی موجود باشد که در حقوق کیفری آن را عنصر (رکن) روانی یا معنوی می‌نامند (گلدوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۷۸). قصد مجرمانه، عبارت است از نیت جرم و عزم و تصمیم به ارتکاب جرم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۷۸). قصد را اصولاً به اراده تمایل به هدف مشخص تعریف می‌کنند یا به عبارت دیگر، اراده هدایت شده به سوی هدف معین را قصد گویند. در حقوق جزا قصد مجرمانه را می‌توان میل و خواستن قطعی و منجر به انجام عمل یا ترک عملی دانست که قانون آن را نهی کرده است (نوربها،

۱۳۹۴، ص ۱۹۷). به‌طور کلی می‌توان گفت برای آنکه عنصر روانی تحقق پیدا کند تحقق و وجود دو عامل ضرورت دارد که یکی اراده ارتکاب جرم و دیگری قصد مجرمانه است. اراده ارتکاب جرم آن است که شخص بخواهد عملی را با علم به مجرمانه بودن آن انجام دهد که به آن «سوءنیت عام» می‌گویند (صانعی، ۱۳۹۱، ص ۳۰۵).

هرزه‌نگاری در فضای مجازی از جرایم عمدی است و بنابراین عمد در فعل و همچنین آگاهی نسبت به مستهجن یا مبتذل بودن محتوا در بزه‌کار ضروری است (محمدنسل، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹). به‌عبارت دیگر، ضرورت سوءنیت عام برای تحقق جرایم هرزه‌نگاری، بدین‌معنا است که از یک سو مرتکب باید عمل را با اراده آزاد انجام داده باشد و بنابراین اگر مرتکب، دیوانه باشد و یا آنکه برای مثال به نگهداری اشیاء هرزه‌نگارانه، مراجعه به سایت هرزه‌نگاری و یا به‌نمایش گذاردن تصویر هرزه‌نگارانه مجبور شده باشد یا عمل را در حالت مستی و عدم تعادل روانی انجام داده باشد، اقدام وی قابل مجازات نیست (حبیب‌زاده و رحمانیان، ۱۳۹۰، ص ۱۰۸). از سوی دیگر، مرتکب باید آگاه و متوجه باشد که در حال ارتکاب عمل مجرمانه است و از همین جهت است که مرتکب باید بداند که آنچه در حال تکثیر، توزیع و یا نگهداری آن است متضمن محتویات و آثار هرزه‌نگارانه می‌باشد و در غیر این‌صورت، به‌دلیل اینکه عنصر روانی مرتکب مخدوش است، از لحاظ کیفی مسؤولیتی برعهده وی نیست و مجازات نخواهد شد. پس عمد رفتاری که براساس آن مرتکب باید رفتارهای سرزنش‌پذیر قطعی و مشروط را انجام دهد و آگاهی نسبت به مبتذل یا مستهجن بودن محتویات هرزه‌نگاری و همچنین دانستن اینکه رفتار از لحاظ قانون مجازات جرم است (که البته این مورد اخیر مفروض می‌باشد) ضروری است تا سوءنیت عام، کامل شود.

### ۳-۲. سوءنیت خاص

در همه جرایم عمدی، وجود اراده و علم (سوءنیت عام) ضروری است و در برخی جرایم علاوه بر سوءنیت عام، جزء دیگری به‌نام سوءنیت خاص هم لازم است. سوءنیت خاص، همان حصول نتیجه مجرمانه است. به‌عبارت دیگر، سوءنیت خاص قصد مشخصی است که در برخی جرایم وجود دارد و قانونگذار نیز به آن تصریح کرده است. ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «... در جرایمی که تحقق آنها براساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود». درخصوص اینکه

سوءنیت خاص در کدام دسته از جرایم عمدی لازم است، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند که سوءنیت خاص همان حصول نتیجه مجرمانه است، پس فقط در جرایم مقید وجود دارد (ولیدی، ۱۳۹۰، ص ۲۲۸). برخی دیگر نیز معتقدند که سوءنیت خاص، قصد حصول نتیجه معین است که قانونگذار به آن تصریح کرده و این نتیجه اعم از مجرمانه و غیرمجرمانه است، فلذا در جرایم مطلق نیز سوءنیت خاص وجود دارد (زراعت، ۱۳۸۱، ص ۴۸۱). مثلاً وقتی قانونگذار در جرم مطلقى مثل نشر اکاذیب، به قصد اضرار به غیر و تشویش اذهان عمومی اشاره می‌کند، این قصد مشخص همان سوءنیت خاص است هرچند که خود جرم مطلق است (فرهی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۶).

این اختلاف نظر در مورد سوءنیت خاص، به جرم هرزه‌نگاری رایانه‌ای هم کشیده شده است. برخی از حقوقدانان معتقدند که با توجه به اینکه جرم هرزه‌نگاری موضوع ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای، جزء جرایم عمدی و مطلق است، نیاز به سوءنیت خاص ندارد و صرف عمد مرتکب در انجام رفتارهای ارتكبابی (سوءنیت عام) کفایت می‌کند (الهی‌منش و سدره‌نشین، ۱۳۹۱، ص ۹۳). همچنین برخی دیگر از حقوقدانان چنین استدلال کرده‌اند که هرزه‌نگاری در فضای مجازی از جرایم مقید به نتیجه نیست و بنابراین وجود سوءنیت خاص در مرتکب جرم ضروری نیست (محمدنسل، ۱۳۹۲، ص ۱۲۰). در مقابل، گروه دیگری از حقوقدانان نظری مخالف با نظر فوق دارند. جرایم هرزه‌نگاری جرایمی مطلق هستند اما قانونگذار در برخی موارد برای تحقق آنها افزون بر سوءنیت عام، سوءنیت خاص را نیز ضروری دانسته است (حبیب‌زاده و رحمانیان، ۱۳۹۰، ص ۱۰۸). جرایم هرزه‌نگاری در دسته جرایم مطلق قرار دارند ولیکن در تحقق برخی از این جرایم، علاوه بر سوءنیت عام، سوءنیت خاص نیز مطرح است (نگهی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۵). جرایم موضوع ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای از جرایم عمدی محسوب می‌شوند و چون از جرایم مطلق‌اند نیاز به سوءنیت خاص ندارند، به استثنای قسمت دوم ماده ۱۴ که در تولید، ذخیره یا نگهداری محتویات مبتدل یا مستجهن سوءنیت خاص مرتکب باید احراز شود؛ یعنی این اعمال باید به قصد تجارت یا افساد باشد و در غیر این صورت جرم نیست ولی انتشار، توزیع و مورد معامله قرار دادن محتویات هرزه‌نگارانه به سوءنیت خاص نیاز ندارد (بای و پورقهرمانی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۹). برخی معتقدند که سوءنیت خاص همان قصد نتیجه است، لذا وجود سوءنیت خاص صرفاً در جرایم مقید به نتیجه قابل تصور است (آقایی‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۱۱۹). اما واقعیت این است که نمی‌توان به استناد مطلق بودن

جرم، وجود سوءنیت خاص را در آن منتفی دانست، زیرا این دو مقوله از یکدیگر جدا هستند به طوری که نتیجه به رکن مادی جرم و سوءنیت خاص به رکن روانی جرم مربوط می‌شود (تقی‌پور و زرینه، ۱۳۹۶، ص ۷۴). رویکرد قانونگذار ایران در مورد سوءنیت خاص هرزه‌نگاری همچون حقوقدانان، اختلافی و مبهم است، به صورتی که در قوانین مرتبط با هرزه‌نگاری در حقوق کیفری ایران، گاهاً سوءنیت خاص را لازم می‌داند و گاهاً سوءنیت خاص را لازم نمی‌داند و این رویکرد ناهمگن بیانگر عدم ثبات در قانونگذاری در یک جرم واحد است.

در ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ (که «هرزه‌نگاری سنتی یا کلاسیک» نام دارد و پایه و اساس جرم هرزه‌نگاری بعد از انقلاب است) دو رویکرد متفاوت وجود دارد؛ یعنی در خود یک ماده، دو نوع دیدگاه موجود است با این توضیح که، در بندهای ۱ و ۲ ماده ۶۴۰ قانونگذار سوءنیت خاص را ضروری می‌داند و براساس این دو بند، هرزه‌نگاری در صورتی جرم است که «برای تجارت یا توزیع» باشد و این به معنای سوءنیت خاص جرم است، ولیکن در بندهای ۳ و ۴ همین ماده، صرف «منتشر» نمودن یا «به معرض انظار عمومی» گذاشتن یا «اعلان» اشیای هرزه‌نگاری، جرم است و نیازمند «برای تجارت یا توزیع» نیست. به عبارت دیگر، بندهای ۱ و ۲ ماده ۶۴۰، سوءنیت خاص می‌خواهد اما بندهای ۳ و ۴ این ماده، سوءنیت خاص نمی‌خواهد. همین رویکرد دوگانه قانونگذار باعث اختلاف نظر در رویه قضایی محاکم شد و در نهایت منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۴۵ مورخ ۱۳۷۸/۹/۲۳ دیوان عالی کشور گردید که براساس آن، اعمال هرزه‌نگارانه و خاصه نگهداری، در صورتی که به منظور تجارت یا توزیع باشد جرم است.<sup>۱</sup> پس مطابق رأی وحدت رویه مذکور، هرزه‌نگاری

۱. رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۴۵ تاریخ ۱۳۷۸/۹/۲۳: «نظر به این که بر طبق ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات مصوب ۱۳۷۵) که به موجب ماده ۷۲۹ همان قانون کلیه مقررات مغایر با آن ملغی شده، نگهداری، طرح، نقاشی، نوار سینما و ویدئو یا به طور کلی هر چیزی که عفت و اخلاق عمومی را جریحه دار نماید در صورتی که به منظور تجارت و توزیع باشد جرم محسوب می‌شود بنابراین صرف نگهداری وسائل مزبور در صورتی که تعداد آن معد برای امر تجاری و توزیع نباشد، از شمول ماده ۶۴۰ قانون مذکور خارج بوده و فاقد جنبه جزائی است. بنابه مراتب دادنامه صادره از شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی (اراک) در حدی که با این نظر مطابقت دارد به نظر اکثریت اعضاء هیئت عمومی دیوان عالی کشور تأیید می‌شود. این رأی به استناد ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری)»

سوءنیت خاص می‌خواهد و سوءنیت خاص عبارت است از تجارت یا توزیع، که این رأی منطبق با بندهای ۱ و ۲ ماده ۶۴۰ قانون مذکور می‌باشد. براساس قانون امور سمعی و بصری مصوب ۱۳۸۶ به‌صرف تولید، توزیع و تکثیر، دارندگان آثار سمعی و بصری مبتذل یا مستهجن هرزه‌نگار هستند و همین‌که مرتکب، سوءنیت عام داشته باشد کافی برای اعمال مجازات است و فقط در برخی موارد وجود سوءنیت خاص باعث تشدید کیفر می‌شود. به‌طور مثال، وجود سوءنیت خاص در قصد سوءاستفاده جنسی از دیگران یا قصد بهره مالی از اشیای هرزه‌نگارانه که در دست مأموران دولت است، باعث افزایش مجازات می‌شود. در آخرین اراده قانونگذار در مورد هرزه‌نگاری در فضای مجازی که ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ می‌باشد، دو رویکرد در مورد رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط (تولید، ذخیره و نگهداری) و رفتارهای سرزنش‌پذیر قطعی (انتشار، توزیع و معامله) وجود دارد: قانونگذار در این ماده مصادیق انتشار، توزیع و معامله را حتی اگر مرتکب جرم سوءنیت خاص نداشته و به‌صرف سوءنیت عام، به این معنا که از محتویات توزیع شده یا فروخته شده آگاهی داشته باشد، کافی دانسته است و در مورد تولید، ذخیره و نگهداری، علاوه بر سوءنیت عام، سوءنیت خاص را نیز لازم دانسته، که عبارت است از «به‌قصد تجارت یا افساد». به‌عبارت دیگر، رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط، سوءنیت خاص را لازم دارند، ولی رفتارهای سرزنش‌پذیر قطعی سوءنیت خاص را لازم ندارند.

### ۳-۳. انگیزه مجرمانه

انگیزه یا داعی، ذوق و کششی است که بزهکار را به‌سمت ارتکاب جرم سوق می‌دهد (فرحی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۶). «انگیزه» از «قصد مجرمانه» جداست. به‌طور کلی می‌توان گفت که انگیزه، رکن (عنصر) معنوی جرم به‌شمار نمی‌رود، بلکه فقط در برخی موارد می‌تواند مقام قضایی را در اعمال تخفیف مجازات هدایت کند، از جمله وجود انگیزه شرافتمندانه با لحاظ بند پ ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (عظیم‌زاده، ۱۳۹۶، ص ۶۲). پژوهشگران حوزه جرایم رایانه‌ای نیز همسو با اصول

کلی حقوق کیفری، انگیزه را جدا از رکن معنوی می‌دانند. هرزه‌نگاری، جرم عمدی و مطلق می‌باشد و انگیزه مرتکب در تحقق این جرم نقشی را ایفا نمی‌کند (الهی‌منش و سدره‌نشین، ۱۳۹۱، ص ۹۳). از حیث انگیزه مرتکب، قانونگذار در خصوص انتشار یا توزیع یا تجارت، انگیزه خاصی را برای مرتکب لازم ندانسته است. بنابراین، مرتکب با هر انگیزه‌ای مادی یا روانی این اعمال هرزه‌نگارانه را انجام دهد مشمول مجازات مقرر در ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای قرار خواهد گرفت (محمدنسل، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹). در یک مورد قانونگذار به درستی انگیزه عقلانی و علمی را در اصل جرم هرزه‌نگاری تأثیرگذار دانسته است. براساس تبصره ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای (که هم شامل ماده ۱۵ و هم شامل ماده ۱۴ است)، اگر محتویات هرزه (مبتدل یا مستهجن) برای مقاصد علمی یا هر مصلحت عقلایی دیگر تهیه، تولید، نگهداری، ارائه، توزیع، انتشار یا معامله شود، مشمول مجازات هرزه‌نگاری (ماده ۱۴) و معاونت در حکم جرم مستقل هرزه‌نگاری (ماده ۱۵) نخواهد شد. این قید، هم در قانون جرایم رایانه‌ای و هم در قانون مجازات اسلامی وجود دارد، ولیکن در قانون امور سمعی و بصری چنین استثنایی وجود ندارد که حمل بر کاستی قانونگذار سال ۱۳۸۶ است. به نظر می‌رسد که منظور قانونگذار از مقاصد علمی و مصلحتی، آموزش پزشکان و روان‌شناسان و مشاوران خانواده و مواردی از این قبیل باشد. در حال حاضر تشخیص این امور با مقام‌های قضایی است که در صورت صلاحدید می‌توانند نظر کارشناسان را در این زمینه جویا شوند، هرچند بهتر است که مرجعی برای تشخیص این موارد معرفی شود تا از برداشت‌های غلط و متعارض جلوگیری به عمل آید.

#### ۴-۳. هرزه‌نگاری عمدی

در کلیه متون قانونی هرزه‌نگاری، این جرم به صورت «عمدی» ارتکاب می‌یابد و تنها در یک مورد است که هرزه‌نگاری به صورت «غیرعمد» مطرح می‌شود (نگهی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۵). همچنین در حقوق جزا، اصل بر عمدی بودن جرایم است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲، ص ۴۲۹). در هرزه‌نگاری هم اصل بر این اصل حقوق جزا می‌باشد و اصولاً هرزه‌نگاری‌ها به صورت عمد محقق می‌شوند. در افعال و رفتارهای مادی هرزه‌نگاری، رکن روانی شامل عمد رفتاری، عمد غایی، آگاهی و اثبات آگاهی مرتکب به محتویات هرزه‌نگاری است. در صورتی که این چهار مورد از مرحله ثبوت به اثبات برسند، فرد هرزه‌نگار مستحق مجازات است. بر پایه «عمد رفتاری»، مرتکب باید با اراده آزاد یکی از

رفتارهای مادی هرزه‌نگاری را انجام دهد. «عمد غایی» تنها برای سه رفتار تولید، ذخیره و نگهداری نیاز است، بدین صورت که این سه رفتار باید همراه با قصد تجارت یا افساد باشد (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۵). «آگاهی» برجسته‌ترین رکن روانی رفتارهای هرزه‌نگارانه است. براساس این جزء، مرتکب باید آگاه باشد به اینکه آنچه انجام می‌دهد دارای محتویات مبتذل یا مستهجن است. اثبات آگاهی مرتکب به مبتذل یا مستهجن بودن، در تعیین کیفر (مجازات) دارای اهمیت است (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۳۰۵).

کلیه مصادیق، صور و اشکال ماده ۳ قانون امور سمعی و بصری مصوب ۱۳۸۶ و ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای با فرض عمدی بودن مطرح شده است؛ یعنی مرتکب باید در رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط و قطعی عمد داشته باشد. از این جهت است که اگر مرتکب بدون آگاهی (بدون عمد در رفتار) رفتارهای مذکور را انجام دهد رفتارش قابل سرزنش نیست. به عبارت دیگر، رفتارهای هرزه‌نگاری به صورت غیرعمد (از روی خطا و تقصیر) محقق نمی‌شود و تقصیر نمی‌تواند مبنای کیفر کردن هرزه‌نگار غیرعمد باشد مگر صرفاً در یک مورد که در سطور بعدی به آن اشاره خواهد شد. نکته مهم، اثبات هرزه‌نگاری می‌باشد. اثبات مستهجن و مبتذل بودن در محتویات دیداری (تصاویر و فیلم) به دلیل آنکه دلالت بیرونی دارد برعهده مرتکب است، ولیکن اثبات محتویات مبتذل و مستهجن بودن نسبت به صوت (هرزه‌نگاری صوتی یا هرزه‌درایی) و نوشته (هرزه‌نویسی) بایستی از سوی دادستان باشد، زیرا مستهجن و مبتذل بودن در این مورد اخیر پنهانی بوده و نیاز به احراز دارد.

### ۳-۵. هرزه‌نگاری غیرعمدی

هرزه‌نگاری براساس رکن روانی به دو قسم است: «هرزه‌نگاری عمدی» که در سطور قبلی بحث شد و «هرزه‌نگاری غیرعمدی» که در این بخش مورد اشاره قرار می‌گیرد. همان‌طور که گفته شد، در جرایم عمدی احتیاج به سوءنیت داریم که حسب مورد به سوءنیت عام و خاص تقسیم می‌شود و برخی از هرزه‌نگاری‌های عمدی نیازمند سوءنیت خاص بودند و برخی صرفاً نیازمند سوءنیت عام بودند. ولیکن در جرایم غیرعمدی تحقق جرم منوط به احراز تقصیر مرتکب است (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۳، ص ۸۷). مصادیق تقصیر یا خطای کیفری عبارتند از: بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم رعایت مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی و فنی، سهل‌انگاری و غفلت که در برخی از جرایم قانونگذار تقصیر را

روکن روانی جرایم می‌نامد و فرد مقصر را مجازات می‌کند. حال، پرسش این است که آیا در متون مختلف هرزه‌نگاری، هرزه‌نگاری به صورت غیرعمدی هم جرم‌انگاری شده است؟ در متون قانونی مرتبط با هرزه‌نگاری، صرفاً یک مقرر، هرزه‌نگاری که از روی سهو و تقصیر باشد را جرم‌انگاری کرده است. ماده ۸ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۸۶ اشعار می‌دارد: «مأموران صلاحیتدار و ضابطان دادگستری، مدیران، کارکنان بخش‌های دولتی، عمومی، خصوصی و قضایی که بنابر اقتضاء شغلی آثار مستهجن در اختیار آنها قرار می‌گیرد، چنانچه با سوءنیت یا برای استفاده مالی مبادرت به انتشار آنها نموده و از مصادیق مفسد فی الارض نباشند، به دو تا پنج سال حبس و ده سال محرومیت از حقوق اجتماعی و هفتاد و چهار ضربه شلاق محکوم می‌شوند...» و در ادامه که بیانگر هرزه‌نگاری غیرعمدی است بیان می‌دارد: «... در صورتی که موارد یادشده در اثر سهل‌انگاری افشاء گردد، مسامحه‌کننده به مجازات تا یک سال حبس و مجازات نقدی از ده میلیون (۱۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال محکوم می‌شود». همان طور که ملاحظه می‌شود قسمت دوم ماده مذکور، به «هرزه‌نگاری غیرعمدی» اشاره دارد، بدین صورت که اگر مأموران دولتی محتویات مستهجن را که برحسب اقتضای شغلی در اختیار آنها است در اثر سهل‌انگاری افشا کنند مجازات حبس و جزای نقدی دارند. اما مقرر مذکور به چند دلیل قابل ایراد است: اولاً، صرفاً به آثار مستهجن اشاره کرده و قابل انتقاد است، زیرا هدف حمایت از آبرو و عرض افراد بوده و نوع محتویات مهم نیست، بلکه شخصیت آنها مهم است. ثانیاً، از اینکه قانونگذار صرفاً به انتشار نظر داشته و دیگر رفتارهای مادی نظیر معامله یا توزیع را نگفته قابل ایراد است. ثالثاً، مجازات حبس دارای کمیتهی ناهمگن است و قاضی می‌تواند در زمان حکومت قانون سال ۱۳۸۶ یک روز حبس هم بدهد و یا یک سال هم بدهد که اگر حداقل را همگن با حداکثر می‌کرد بخردانه می‌شد. ولی این رویکرد قانونگذار که در جهت حمایت از آبرو و حیثیت اشخاص است قابل دفاع است.



### نتیجه

رفتارهای مادی هرزه‌نگاری رایانه‌ای شامل رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط و رفتارهای سرزنش‌پذیر قطعی است. رفتارهای سرزنش‌پذیر قطعی شامل انتشار، توزیع و معامله می‌باشد و صرف انجام این رفتارها به‌علاوه رکن روانی باعث کامل شدن هرزه‌نگاری رایانه‌ای می‌شود. رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط شامل تولید، ذخیره و نگهداری است و در صورتی که به قصد تجارت یا افساد باشد جرم هرزه‌نگاری کامل می‌شود. موضوع هرزه‌نگاری در فضای مجازی، آثار و محتویات مبتذل یا مستهجن است و ابزار آن سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی است و به‌صرف ارتکاب رفتارهای سرزنش‌پذیر مشروط و قطعی جرم محقق می‌شود. بزه‌کار رفتار هرزه‌نگاری هرکس می‌تواند باشد و عدم تفکیک رویکرد افتراقی نسبت به بزه‌دیده هرزه‌نگاری از ایرادات اساسی به نظام تقنینی می‌باشد، چراکه هم در اسناد بین‌المللی و هم براساس آموزه‌های مدرن سیاست جنایی و جرم‌شناسی، صرفاً هرزه‌نگاری کودکان داخل در زرادخانه حقوق کیفری قرار می‌گیرد. متعاقب جرم‌انگاری هرزه‌نگاری رایانه‌ای، کیفرگذاری سخت‌گیرانه‌ای نسبت به رفتارهای مبتذل و مستهجن شنیداری و دیداری گزینش شده است، به‌صورتی که قانونگذار برای رفتارهایی که اساساً رفتارهای غیراجتماعی (انحراف یا کج‌روی) محسوب می‌گردند مجازات‌های حبس، شلاق و در پاره‌ای از موارد اعدام در نظر گرفته است. در اکثر متون قانونی مربوط به هرزه‌نگاری رایانه‌ای، این رفتار جزء جرایم عمدی محسوب می‌شود و صرفاً در یک مورد، یعنی موردی که کارمندان دولت در اثر سهل‌انگاری موجب دسترسی دیگران و انتشار آثار مبتذل و مستهجن شوند، هرزه‌نگاری غیرعمدی را قابل مجازات می‌داند. در نهایت با بررسی ارکان مادی و معنوی هرزه‌نگاری رایانه‌ای این نتیجه به‌دست می‌آید که قانونگذار از یک رویکرد واحد پیروی نکرده است و دچار وحدت رویه‌ای در مورد هرزه‌نگاری رایانه‌ای نیست که پیشنهاد می‌شود سیاست‌گذاران جنایی رویکرد واحدی را بر مبنای اسناد بین‌المللی و آموزه‌های مدرن جرم‌شناختی اتخاذ کنند.

## فهرست منابع

## الف. کتاب‌ها

۱. ابراهیمی، محسن؛ هرزه‌نگاری: فرهنگ و جرم‌شناسی، انتشارات فرهامه، تهران، ۱۳۹۳.
۲. آقای‌نیا، حسین؛ جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، میزان، تهران، ۱۳۸۹.
۳. بای، حسینعلی و پورقهرمانی، بابک؛ بررسی فقهی حقوقی جرایم رایانه‌ای، انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۸.
۴. جاویدنیا، جواد؛ جرایم تجارت الکترونیک، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۸۷.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱.
۶. رهامی، محسن؛ جرایم بدون بزه‌دیده، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۷.
۷. زراعت، عباس؛ قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات شمشاد، تهران، ۱۳۸۱.
۸. سبزواری‌نژاد، حجت؛ حقوق جزای عمومی، انتشارات جنگل-جاودانه، تهران، ۱۳۹۳.
۹. شکری، رضا و سیروس، قادر؛ قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات مهاجر، تهران، ۱۳۹۷.
۱۰. صانعی، پرویز؛ حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۹۱.
۱۱. عالی‌پور، حسن؛ حقوق کیفری فناوری اطلاعات، خرسندی، تهران، ۱۳۹۵.
۱۲. عزیزی، اکبر؛ پیشگیری از جرایم جنسی، خرسندی، تهران، ۱۳۹۲.
۱۳. عزیزی، امیرمهدی؛ حقوق کیفری جرایم رایانه‌ای، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۴.
۱۴. عظیم‌زاده، شادی؛ حقوق جزای عمومی، انتشارات دوراندیشان، تهران، ۱۳۹۶.
۱۵. فرحی، بابک؛ مختصر حقوق جزای عمومی، نشر طرح نوین اندیشه، تهران، ۱۳۹۷.
۱۶. قدسی، سیدابراهیم؛ موضوعات چالشی در حقوق جزای اختصاصی، انتشارات گام حق، تهران، ۱۳۹۳.
۱۷. گلدوزیان، ایرج؛ بایسته‌های حقوق جزای عمومی، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۱.
۱۸. گلدوزیان، ایرج؛ محشای قانون مجازات اسلامی، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۳.
۱۹. لویز، ژرار و ژینا، فیلیزولا؛ بزه و بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند و احمد محمدی، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۷۹.

۲۰. محمدنسل، غلامرضا؛ حقوق جزای اختصاصی جرایم رایانه‌ای در ایران، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۹۲.
۲۱. میرمحمدصادقی، حسین؛ حقوق کیفری اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۹۲.
۲۲. میری، حجت‌الله؛ جرایم سمعی و بصری، انتشارات جاودانه، تهران، ۱۳۹۱.
۲۳. نوربها، رضا؛ زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۹۴.
۲۴. ولیدی، محمدصالح؛ حقوق جزای اختصاصی جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و تکالیف خانوادگی، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۹۰.

#### ب. مقاله‌ها

۲۵. آقایی‌نیا، حسین و عابد، رسول؛ تحلیل و مقارنه‌ای میان قانون جرایم رایانه‌ای و قانون سمعی و بصری، مجله دیدگاه‌های حقوقی و قضایی، شماره پنجاه و نهم، ۱۳۹۱.
۲۶. بای، حسینعلی و پورقهرمانی، بابک؛ بررسی فقهی حقوقی هرزه‌نگاری در فضای مجازی، مجله حقوق اسلامی، شماره بیست و دوم، ۱۳۹۱.
۲۷. ترکی، غلامعباس؛ نگرش علمی و کاربردی به قانون جرایم رایانه‌ای، ماهنامه دادرسی، شماره هفتاد و نهم، ۱۳۸۹.
۲۸. تقی‌پور، علیرضا و زرینه، مرتضی؛ پاسخ کیفری در قبال هرزه‌نگاری سایبری در اسناد بین‌المللی و قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، مجله حقوقی دادگستری، شماره نود و هفتم، ۱۳۹۶.
۲۹. حبیب‌زاده، محمدجعفر و رحمانیان، حامد؛ هرزه‌نگاری در حقوق کیفری ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره هفتاد و پنجم، ۱۳۹۱.
۳۰. نگهبی، مرجان؛ مقابله با هرزه‌نگاری کودکان: بررسی تطبیقی اسناد بین‌المللی و قوانین کیفری ایران، مجله پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره دوم، ۱۳۹۱.

**Analyzing the Actus Reus and Mens Rea of Computer  
Pornography in Iran Legal System**

Saleh Ghaffari Cherati\*

Ismail Haditabar\*\*

Seyed Ibrahim Ghodsi\*\*\*

Received: 05/07/2018

Accepted: 13/01/2019

**Abstract**

*One of the current cyberspace challenges is computer pornography, which affects the security of the space. Therefore, the legislator criminalizes this phenomenon and puts it in its criminal law arsenal. Regarding the criminalization of computer pornography, it is necessary to consider its actus reus and mens rea. Lawmakers consider two behaviors, one conditional and one unconditional, punishable if accompanied by ill-will. By analyzing the actus reus and mens rea, it is concluded that the legislator has not followed a single approach in explaining the elements of this crime in different laws, and this paper seeks to explain and analyze the actus reus and mens rea of the crime based on the legal system of Iran.*

**Keywords:** *Cyberspace Pornography, Actus Rea, Mens Rea, Criminal Liability.*

---

\* Ph.D in Criminal Law and Criminology of Mazandaran University.  
salehghafari97@gmail.com

\*\* Assistant Professor at Law Faculty of Mazandaran University.  
ehaditabar@umz.ic.ir

\*\*\* Associate Professor at Law Faculty of Mazandaran University.  
ghodsi@umz.ac.ir