

دوره هشتم - سال اول

شماره چاپ: ۱۲۲

تاریخ چاپ: ۱۳۸۷/۴/۹

شماره ثبت: ۱۲۱

اظهار نظر کارشناسی درباره:
ایرادهای شورای نگهبان به
«لایحه جرائم رایانه‌ای»

کد موضوعی: ۲۴۰

شماره مسلسل: ۳-۹۱۳۸

فروردین ماه ۱۳۸۸

**به نام خدا**

**اظهار نظر کارشناسی درباره:
ایرادهای شورای نگهبان به
«لایحه جرائم رایانه‌ای»**

مقدمه

در تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۶، شورای محترم نگهبان طی نامه شماره ۱۷/۳۰/۳۱۷۷۷، به ۱۰ مورد ایراد مبتنی بر مغایرت با موازین شرعی و قانون اساسی لایحه مصوب جرائم رایانه‌ای اشاره کرده است که در این گزارش بررسی و تحلیل می‌شوند.

بررسی ایرادات**ایراد نخست**

ماده (۱۴) لایحه، رفتارهای ارتكابی درباره محتویات مستهجن و مبتذل را براساس «قصد ارتكاب فعل»، در دو گروه قرار داده است. گروه نخست، که شامل تولید، ارسال، انتشار، توزیع یا معامله محتویات مستهجن می‌شود، نیاز به قصد خاصی ندارد. هرچند ضروری است استثنای مندرج در تبصره ذیل ماده (۱۵) لایحه مبنی بر خروج ارتكاب این اعمال با مقاصد علمی یا هر مصلحت عقلایی دیگر از شمول مواد (۱۴) و (۱۵) مورد توجه قرار گیرد.



اما درخصوص چرایی جرم‌انگاری رفتار «تولید» محتوای مستهجن، می‌توان آن را مشابه مصادیقی چون تولید «خمر» دانست که حرمت شرعی دارند، اگرچه تولیدکننده قصد توزیع یا مصرف نداشته باشد و البته مشمول استثنای علمی یا مصلحت عقلایی دیگر هم نشود. به راستی، اگر مقاصد علمی یا عقلایی وجود ندارد، تولید محتوای مستهجن یا مبتذل چه توجیهی می‌تواند داشته باشد.

«ارسال» محتوای مستهجن نیز از این جهت جرم‌انگاری شده که با توجه به امکانات و قابلیت‌های شگرف فناوری اطلاعات و ارتباطات (ICT)، صرف ارسال یا انتقال محتوا که شامل تصویر یا فیلم با استفاده از امکاناتی نظیر بلوتوث تلفن‌های همراه می‌شود، اساساً تفاوت چندانی با «انتشار» یا «توزیع» آن ندارد و در واقع مبنای آن گذاشته شده و تجربه نیز نشان داده این‌گونه محتواها با سرعت انتشار و توزیع کلان، از طریق این‌گونه ارسال‌ها نیز در دسترس عموم قرار می‌گیرند. لذا با توجه به اینکه ارسال محتوای مستهجن، مقدمه انکارناپذیر اشاعه فحشا به‌شمار می‌آید، به‌نظر می‌رسد جرم‌انگاری آن نه تنها با موازین شرعی مغایرت ندارد، بلکه کاملاً در راستای رعایت احکام اسلامی نیز ارزیابی می‌شود.

درخصوص «جعلی بودن» صور مستهجن که به‌نظر می‌رسد معادل واژه «غیرواقعی» مندرج در تبصره «۴» ماده (۱۴) است نیز باید گفت تصریح به آن به‌دلیل واقعیات سیاه فناوری اطلاعات و ارتباطات است، به‌ویژه آنکه با استفاده از امکانات چندرسانه‌ای این فناوری، اهداف و مقاصد سوء و مخرب تولید و عرضه چنین محتواهایی به شکل اثربخش‌تری تحقق می‌یابد. یک تصویر یا صوت، اگرچه جعلی یا غیرواقعی است، اما می‌تواند آثار محرک و مخرب بسیار بیشتری نسبت به



نظایر واقعی‌اش داشته باشد و به نظر می‌رسد این حکم کاملاً با موازین شرعی سازگار است.

پیشنهاد مرکز: اصرار بر مصوبه مجلس

ایراد دوم

صدر ماده (۱۹) لایحه به نحوی تنظیم شده که تا حد زیادی مسئله مسئولیت‌انگاری مطلق و نامحدود اشخاص حقوقی در حوزه جرائم رایانه‌ای را برطرف می‌کند. طبق صدر این ماده، برای احراز مسئولیت اشخاص حقوقی، ابتدا باید دو شرط مجتمع مهم را احراز کرد:

۱. جرم رایانه‌ای به نام شخص حقوقی ارتکاب یابد: تصریح به این موضوع از آن جهت است که به روشنی بیان شود اراده شخص حقیقی در اراده اعتباری شخص حقوقی استحاله شده و وی نه با هویت فردی و حقیقی خود، بلکه در لوای نام و عنوان شخص حقوقی مرتکب جرم رایانه‌ای می‌شود؛

۲. جرم رایانه‌ای در راستای منافع شخص حقوقی ارتکاب یابد: علاوه بر اینکه مجرم باید نام شخص حقوقی را، چه به شکل اسمی و چه عملی، در تمام فرایند ارتکاب جرم اتخاذ کند، باید کاملاً در راستای منافع شخص حقوقی و نه منافع خود یا دیگری مرتکب چنین جرمی شود. تأکید بر این مسئله نیز به این دلیل است که در چنین وضعیتی اراده فردی در اراده اعتباری شخص حقوقی استحاله شده است و دیگر وی اساساً و ذاتاً برای خود و منافع شخصی‌اش مرتکب جرم نمی‌شود، هرچند نافی کسب منافع شخصی در اثر ارتکاب چنین فعلی نیست و به‌همین دلیل



مسئولیت‌انگاری برای شخص حقوقی رافع مسئولیت مرتکب جرم نیست و همان‌طور که در تبصره «۲» ماده (۱۹) آمده و با تأیید شورای نگهبان نیز مواجه شده است، او نیز متحمل مجازات خواهد شد.

با توجه به این توضیحات، به نظر می‌رسد ایراد وارده به بندهای «الف» و «ج» ماده (۱۹) لایحه خودبه‌خود رفع می‌شود، زیرا اساساً احتمال مطروحه از سوی شورای نگهبان رخ نمی‌دهد.

درباره «عدم اطلاع» شخص حقوقی در حالات مذکور بندهای «الف» و «ج»، به ترتیب درباره بند «الف» باید یادآور شد اساساً عدم اطلاع شخص حقوقی منتفی است. عدم اطلاع شخص حقوقی از عملکرد مدیر، با توجه به صدر ماده (۱۹) و تعریفی که در تبصره «۱» از شخصیت و نوع عملکرد وی به عمل آمده، عملاً امکان‌پذیر نیست. درخصوص بند «ج» نیز اگر مدیر از ارتکاب جرم رایانه‌ای طبق شرایط صدر ماده (۱۹) توسط کارمندش آگاه باشد، باز هم منعی در مجازات شخص حقوقی نیست. اما در مورد «عدم نظارت» مدیر باید توجه داشت اگرچه این جرم بدون آگاهی مدیر ارتکاب یافته است، اما مسئولیت‌انگاری برای وی به دلیل عدم نظارت بر اعمال کارمندان و کارکنان ذی‌ربط خود و در واقع کوتاهی در انجام وظایف قانونی‌اش است. اهمیت نظارت پیوسته و دقیق بر امور اشخاص حقوقی زمانی آشکار می‌شود که به نقش مهم و حساس آنها در اداره بسیاری از امور کلان اجتماعی توجه شود. در اختیار داشتن این چنین نقشی در جامعه کنونی می‌تواند پیامدهای زیان‌باری به دنبال داشته باشد و مهم‌ترین راه برای پیشگیری از وقوع یا کمینه‌سازی زیان‌های ناشی از ارتکاب جرائم، نظارت بر امور شخص حقوقی از سوی مدیر(ان) است و اتفاقاً باید پیش از شروع کار



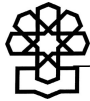
عملیاتی خود اطمینان داشته باشد که توانایی چنین نظارتی را دارد و الا بی‌توجهی به آن یک بی‌پروایی آشکار تلقی شده و مستوجب اعمال ضمانت اجرای کیفری خواهد بود.

پیشنهاد مرکز: با توجه به اینکه در کلیات لایحه مجازات اسلامی برای اشخاص حقوقی جرم‌انگاری شده و مقررات عامی پیش‌بینی شده است، لذا حذف این مواد با ارجاع به قواعد عمومی خلی ایجاد خواهد کرد.

ایراد سوم

به نظر می‌رسد امعان نظر در شرایط مقرر در صدر ماده (۱۹)، ایراد وارده به این تبصره را نیز منتفی می‌سازد؛ به‌ویژه آنکه سابقه آن در سایر احکام نیز وجود دارد. آنچه در اینجا حائز اهمیت تلقی شده است، تضمین جبران خسارات با قید فوریت امر بوده است و منعی وجود ندارد تا پس از آن شخص حقوقی خسارات پرداخت شده را برای مثال از مدیر عامل خاطی مطالبه کند. اما از آنجاکه این جرم در راستای منافع و به نام شخص حقوقی ارتکاب یافته و می‌توان عدم نظارت شایسته سایر مسئولان شخص حقوقی، نظیر بازرسان بر عملکرد مدیر عامل را نیز مفروض دانست، زیان‌دیدگان باید حق داشته باشند در بدو امر زیان خود را از شخص حقوقی که قاعدتاً توان بیشتری در جبران خسارات دارد، مطالبه کنند.

پیشنهاد مرکز: اصرار بر مصوبه مجلس



ایراد چهارم

با توجه به توضیحات فوق، به نظر می‌رسد سبب کافی برای ایجاد ضمان فراهم آمده و تنها باید به اثبات برسد که در این صورت ایراد مطروحه وارد نخواهد بود. مزیت بزرگ ماده (۱۹) این است که برای اراده اعتباری شخص حقوقی نقش تعیین‌کننده‌ای قائل شده تا به هنگام مواجهه با اینگونه احکام مانعی وجود نداشته باشد.

پیشنهاد مرکز: اصرار بر مصوبه مجلس

ایراد پنجم

برای رفع این ایراد پیشنهاد می‌شود به جای «وبسایت» معادل البته نه چندان فارسی «وب‌گاه» و همچنین به جای IP، «پروتکل اینترنتی» بیاید. هرچند توضیح این نکته نیز ضروری است اگر به‌کارگیری معادل‌های فارسی باعث ابهام یا تفسیر نادرست اراده قانون‌گذار درخصوص یک قانون یا مقرر خاص شود، شایسته است در اینجا قدری اغماض نظر صورت گیرد.

پیشنهاد مرکز: جایگزینی واژگان «وبسایت» با «وب‌گاه» یا «تارنما» و IP با «پروتکل اینترنتی»

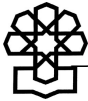
ایراد ششم

با توجه به ابهام مطروحه راجع به مواد (۲۱) تا (۲۳)، در ادامه توضیحات مختصری راجع به هر یک از آنها ارائه می‌شود:

**ماده (۲۱)**

تنها امری که در این ماده به کمیته موصوف واگذار شده، تعیین مصادیق محتوای مجرمانه‌ای است که باید پالایش (فیلتر) شود. طبق این ماده، محتوای مجرمانه یا در اثر ارتکاب جرائم رایانه‌ای به وجود می‌آید که مثال بارز آن محتویات مستهجن یا مبتذل یا تصویر یا فیلم تحریف شده موضوع ماده (۱۶) است؛ یا محتوایی است که برای ارتکاب جرائم رایانه‌ای به کار می‌رود، مانند داده‌های سری که مطابق ماده (۳) این لایحه در دسترس افراد غیرمجاز قرار می‌گیرد یا محتوای خصوصی یا خانوادگی که طبق ماده (۱۷) منتشر می‌شود. در واقع این داده‌ها فی‌نفسه مجرمانه نیستند، اما از آنجاکه برای ارتکاب جرم به کار می‌روند، باید پالایش شوند. تطبیق مصادیق محتوای مجرمانه با احکام پیش‌بینی شده در این قانون و سایر قوانین به عهده کمیته است و این کمیته پس از طی تشریفات مقرر در این قانون، فهرست محتوایی که باید پالایش شود را تهیه و ارائه خواهد کرد.

لازم به یادآوری است، این فهرست مطابق با نوع فناوری پالایش می‌تواند به شکل‌های مختلفی تهیه شود. گاهی اوقات آدرس الکترونیکی وبسایت‌ها درج می‌شود، مانند www.sex.com؛ گاهی اوقات واژگان کلیدی پیش‌بینی می‌شود، مانند sex و در نهایت، با توجه به پیشرفت فناوری، گاهی تحلیل محتوا صورت می‌گیرد، به این معنا که برنامه پالایش، پیش از نمایش تصویر یا متن یا هر محتوای دیگر، آن را تحلیل می‌کند و چنانچه عبارات یا مواضع خاصی از اندام وجود داشته باشد یا مواضع خاصی از بدن به صورت برهنه نمایش داده شود، برحسب میزان حساسیت تعریف شده آن را پالایش خواهد کرد. جالب‌تر آنکه این برنامه‌ها هوشمند عمل می‌کنند و



به تدریج درجه حساسیت آنها بالاتر خواهد رفت، زیرا به میزان سوابق قابل رجوعشان افزوده خواهد شد.

در همین راستا، به منظور پیشگیری از هرگونه افراط و تفریط و برقراری یک رویه متحدالشکل و نظام‌مند در سراسر کشور، تدوین فهرست محتوای قابل پالایش و تعیین ضوابط فنی، یعنی نوع فناوری پالایش، به کمیته مذکور واگذار شده تا با توجه به ظرفیت کارشناسی تمامی دستگاه‌های حاکمیتی مسئول در کمیته، به نحو احسن و با رعایت تمامی جوانب قانونی - فنی، این مهم اجرا شود.

در پایان، اشاره می‌شود که پالایش در طول مسیر دسترسی به محتوای الکترونیکی امکان‌پذیر است. مهم‌ترین و رایج‌ترین نقاطی که می‌توان نرم‌افزارهای پالایش را نصب و راه‌اندازی کرد، توسط ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی مانند ISPها صورت می‌گیرد. همچنین کاربران نهایی، مانند ادارات، شرکت‌ها و منازل نیز می‌توانند از نرم‌افزارهای پالایش استفاده کنند که اتفاقاً از آنجاکه براساس تحلیل محتوا عمل می‌کنند، نسبت به سایر فنون پالایش بازدهی بیشتری دارند. در هر حال، تمامی این نرم‌افزارها و نحوه عملکرد آنها باید از سوی کمیته تأیید شود.

ماده (۲۲)

در این ماده ساختار کمیته تعیین مصادیق، اعضا، ریاست و نحوه عملکرد آن تبیین شده است. مهم‌ترین نکته‌ای که سعی شده در تدوین این ماده رعایت شود، حضور تمامی دستگاه‌های حاکمیتی آگاه و مسئول در امر تعیین مصادیق محتوای مجرمانه، چه از حیث تعیین ضوابط فنی و چه شناسایی مصادیق تخصصی حوزه‌های مختلف و همچنین از همه مهم‌تر ملاحظات حقوقی - قضایی و اجرایی است. با توجه به



گوناگونی زیاد محتوای مجرمانه، قاعدتاً نمی‌توان از یک یا چند دستگاه حاکمیتی انتظار داشت که راجع به تمامی حوزه‌ها تصمیم‌گیری کنند. برای مثال، احراز محتوای مجرمانه مربوط به امور پزشکی، به نظر کارشناسی وزارت بهداشت وابسته است و همین امر درباره جایگاه و موضوع فعالیت سایر وزارتخانه‌ها نیز صدق می‌کند. اما برای اینکه این‌گونه اظهارنظرهای کارشناسی اعتبار قانونی محکمی بیابند و از هرگونه اعمال سلیقه فردی نیز پیشگیری شود، هرگونه پیشنهادی باید به تصویب کمیته برسد که برای تضمین حداکثری سازگاری آرای آن با قوانین جزایی، دادستان کل کشور ریاست آن را به عهده دارد.

ماده (۲۳)

درباره هویت و ماهیت کار ارائه‌دهندگان «خدمات میزبانی» باید یادآور شد به‌طور کلی هرگونه محتوایی که در شبکه‌های رایانه‌ای، به‌ویژه شبکه جهانی اینترنت در دسترس قرار می‌گیرد، در یک محیط رایانه‌ای متصل به این شبکه‌ها ذخیره می‌شود. همین امر باعث شده عده‌ای این فعالیت را حرفه خویش قرار دهند و حتی با راه‌اندازی «مراکز داده اینترنتی» بزرگ، فضای رایانه‌ای مورد نیاز فعالان شبکه‌ای را تأمین کنند. به ارائه‌دهندگان فضای رایانه‌ای در محیط شبکه‌ای، خدمات میزبانی گفته می‌شود.

اما نکته متمایزی که درخصوص نحوه فعالیت آنها در حوزه پالایش محتوای مجرمانه وجود دارد این است که رأساً حق و مسئولیت جست‌وجوی محتوای موجود در فضای رایانه‌ای واگذار شده به متقاضیان را ندارند، زیرا تالی فاسدهای خطرناکی به همراه دارد که از نمونه‌های آن می‌توان به سرقت داده‌های واجد ارزش گوناگون یا حتی تحریف و تغییر آنها اشاره کرد. البته خدمات میزبانی اصولاً توانایی و فرصت



پرداختن به چنین امری را ندارند و به همین دلیل در تمامی قوانین مصوب اخیر، چه در عرصه ملی و چه بین‌المللی، از چنین نظارتی معاف شده‌اند.

به این ترتیب، خدمات میزبانی مکلف نیستند فضای رایانه‌ای خود را به‌طور پیوسته بررسی و مصادیق مجرمانه را به کمیته معرفی کنند؛ بلکه تنها شرطی که برای آنها مقرر شده این است که اگر از وجود محتوای مجرمانه آگاه شدند، آن را به کمیته گزارش دهند تا کمیته نسبت به پالایش یا عدم پالایش آن تصمیم‌گیری کند. بنابراین، حق ندارند رأساً نسبت به تعیین مصادیق مجرمانه اقدام و آن را پالایش کنند که در این‌صورت با مجازات‌های مقرر مواجه خواهند شد.

پیشنهاد مرکز: اصرار بر مصوبه مجلس

ایراد هفتم

با توجه به اینکه مسئولیت اجرای ماده (۲۲) به قوه قضائیه واگذار و محل تشکیل کمیته نیز در دادستانی کل کشور پیش‌بینی و ریاست آن نیز به شخص دادستان کل کشور واگذار شده است، به نظر می‌رسد مسائل مربوط به مغایرت احتمالی با اصول برشمرده رفع شده است. باید توجه داشت که مهم‌ترین مسئله درباره پالایش وب‌سایت‌ها، دردسترس قرار گرفتن فوری آنهاست که این مسئله خود با فرایند طولانی دادرسی مغایرت دارد. لذا با توجه به ترکیبی که برای کمیته پیش‌بینی شده، به‌ویژه جایگاه قضایی دادستان کل کشور که از مشاوران عالی‌رتبه قضایی نیز برخوردار است، به نظر نمی‌رسد این ایراد مسئله‌ساز شود.

پیشنهاد مرکز: اصرار بر مصوبه مجلس



ایراد هشتم

به نظر می‌رسد با توجه به تصریحی که به رفتار مجرمانه دسترسی غیرمجاز شده است، ایراد وارده مطرح نباشد. رفتار مندرج در بند «ب» این ماده در صورتی تحقق می‌یابد که به منظور ارتکاب دسترسی غیرمجاز، موضوع ماده (۱) لایحه، ارتکاب یابد و نه عمل میاج.

پیشنهاد مرکز: اصرار بر مصوبه مجلس

ایراد نهم

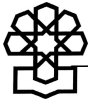
هدف از پیش‌بینی بند «و» این ماده، رهایی از محدودیت‌های احتمالی است که در اثر احصای مصادیق قانونی متوجه مجریان قانون می‌شود، والا با بررسی بندهای «الف» تا «ه» آشکار می‌شود که تقریباً تمامی صور احتمالی پیش‌بینی شده است. مضافاً اینکه در تبصره ماده (۵۳) لایحه نیز آمده «در مواردی که در بخش دوم این قانون برای رسیدگی به جرائم رایانه‌ای مقررات خاصی از جهت آیین دادرسی پیش‌بینی نشده است طبق مقررات قانون آیین دادرسی کیفری اقدام خواهد شد». لذا حتی در صورت بروز چنین شرایطی، قاضی نمی‌تواند در تعارض با قوانین تصمیم بگیرد و باید به قوانین مادر راجع به آیین دادرسی کیفری پایبند باشد.

پیشنهاد مرکز: حذف بند «و»

ایراد دهم

این ایراد وارد است و با توجه به اصول مورد اشاره، به ویژه بند «۲» اصل (۱۵۸)، پیشنهاد می‌شود این مهم به قوه قضائیه واگذار شود.

پیشنهاد مرکز: به جای وزارت دادگستری عبارت «دولت با همکاری قوه قضائیه» جایگزین شود.





شناسنامه گزارش

شماره مسلسل: ۳-۹۱۳۸

عنوان گزارش: اظهارنظر کارشناسی درباره: ایرادهای شورای نگهبان به «لایحه جرائم رایانه‌ای»

نام دفتر: مطالعات حقوقی (گروه کمیته حقوق علوم و فناوری)

تهیه و تدوین: امیرحسین جلالی

مدیر مطالعه: امیرحسین جلالی

ناظر علمی: جلیل محبی

متقاضی: کمیسیون قضایی و حقوقی

همکاران: —

همکاران خارج از مرکز: —

اظهارنظرکنندگان خارج از مرکز: —

ویراستار تخصصی: —

ویراستار ادبی: —

واژه‌های کلیدی (فارسی / انگلیسی): —

تاریخ شروع مطالعه: ۱۳۸۸/۱/۱۸

تاریخ خاتمه مطالعه: ۱۳۸۸/۱/۲۲

تاریخ انتشار: ۱۳۸۸/۱/۲۳