

تحلیل و مقارنه‌ای میان «قانون جرائم رایانه‌ای» و «قانون سمعی و بصری»

حسین آقایی نیا¹
رسول عابد²

(تاریخ دریافت: 1391/06/15 - تاریخ تصویب: 1391/08/29)

چکیده

در مقاله پیش رو، تلاش می‌کنیم تا به بررسی قلمرو دو قانون درباره یک موضوع پردازیم. قانون نخست؛ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیر مجاز می‌نمایند، در خصوص رفتارهای مجرمانه‌ای است که موضوع اصلی عنصر مادی جرم، امور سمعی و بصری است. در مقابل، قانون دوم؛ قانون جرائم رایانه‌ای، ارتکاب جرائم سمعی و بصری از رهگذر به کارگیری رایانه را موضوع عنصر مادی جرم قرار داده است، که این امر منجر به تعامل‌ها و تعارض‌هایی میان این دو قانون شده است. در بخش نخست این مقاله، قلمروها و در بخش دوم نیز تعامل‌های این دو را بررسی می‌نماییم.

واژگان کلیدی: آثار دیداری و شنیداری، مبتذل، مستهجن، فناوری اطلاعات.

Email: h_aghaienia@yahoo.com

1- نویسنده مسئول - دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران.

2- دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران.

مقدمه

قلمرو حقوق کیفری با ورود فن‌آوری‌های نوین، بسیار گسترش یافته است. فرآورده‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات چون آثار دیداری و شنیداری، موضوع بسیاری از مقررات کیفری گشته‌اند. پیرو چنین تحولاتی است که مجرمان چون همیشه زودتر از قانونگذاران، شیوه جرائم ارتکاب جرم را دگرگون نموده و جرائم جدیدی را وارد قلمرو حقوق کیفری نموده‌اند. به دنبال واکنش به چنین جرائمی بود که قانونگذار ایران، مقررات جدیدی تصویب و به کارگیری فن‌آوری رایانه و آثار دیداری و شنیداری را - گاه به عنوان موضوع جرم و گاه به عنوان وسیله‌ای برای ارتکاب جرم - جرم‌انگاری نمود.

ماده 213 مکرر قانون مجازات عمومی 1304 برای اولین بار تجارت، توزیع و فروش اشیایی چون فیلم، نقاشی و تصویرهای جریحه‌دارکننده عفت عمومی را جرم شمرد. موضوع این ماده، نوشته، طرح، گراور، نقاشی، تصاویر، مطبوعات، اعلانات، علائم یا فیلم سینما می‌باشد. هر چند، با افزوده شدن عبارت «به طور کلی هر شیء دیگری که عفت و اخلاق عمومی را جریحه دار نماید» قلمرو ماده گسترش یافت، اما تفسیر حقوقی درست نیازمند این است که دیگر اشیاء از جنس موارد گفته شده باشند. رفتارهای سه‌بند دیگر این ماده، اقداماتی چون توزیع، ساختن، وارد و صادر کردن و معامله، همچنین راهنمایی برای تحصیل اشیاء گفته شده می‌باشد. در ادامه ماده مقرر شده بود که «مفاد این ماده شامل اشیائی نخواهد بود که از محصولات صنایع مستظرفه محسوب و یا جنبه علمی داشته و برای مقاصد علمی به اشخاصی که سن آنها بیش از 18 سال است فروخته شده و یا در موزه به معرض انظار عموم گذارده می‌شود» که اشاره به برخی عوامل موجهه دارد. ماده 640 قانون مجازات اسلامی، جایگزین ماده 213 مکرر قانون مجازات عمومی شد و مجازات مرتکب را از شش ماه تا دو سال حبس به سه ماه تا یک سال حبس، جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار ریال تا شش میلیون ریال و تا 74 ضربه شلاق تغییر داد. قلمرو رفتارهای مقرر

در بندهای دوم و سوم گسترش یافت و به کارگیری عبارت‌های مبهم، بستر تفسیرهای گوناگون از ماده را باز کرد. قسمت اخیر ماده نیز در شکل دو تبصره آورده شد.

با گسترش ارتکاب این گونه از جرائم، قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می نمایند، مصوب 72، افرادی را مجرم شمرد که موضوع رفتار مجرمانه‌شان، آثار سمعی و بصری بود. قانون یاد شده، دارای پنج ماده و یازده تبصره و موضوع این قانون آثار سمعی و بصری مجاز و غیر مجاز بود. معرفی آثار غیرمجاز به جای مجاز و تضییع حقوق صاحبان اثر، موضوع ماده یک این قانون بود. ماده دوم، نگرفتن مجوز لازم برای توزیع، تکثیر و عرضه نوارهای صوتی و تصویری از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی را جرم می شمرد. ماده سوم فعالیت‌های تجاری آثار سمعی و بصری غیر مجاز را جرم انگاری می نمود و در دو بند مقررات توصیفی در این زمینه وضع شده بود. ماده چهارم رسیدگی به این جرائم را در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار می داد. همچنین مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ارتکاب چنین جرائمی پذیرفته نشده بود و بالاترین مقام اجرایی تصمیم گیر، مرتکب جرم شمرده می شد. به دنبال رویدادهای مجرمانه‌ای که با ارتکاب برخی از این جرائم رخ داد و عفت عمومی را به شدت جریحه دار کرد، در سال 1386 قانون یاد شده لغو و قانون دیگری (از این پس ق.س.ب نامیده می شود) به صورت عجلولانه تصویب شد که سیاست سرکوبگرانه شدیدی را برای مقابله با مجرمان در پیش گرفت. قانون جدید قلمرو فعالیت‌های مجرمانه مربوط به امور سمعی و بصری را گسترش و میزان مجازات‌ها را به شدت افزایش داد. مجازات‌های قانون پیشین، جزای نقدی، شلاق و حبس و بود که حداقل هر کدام به ترتیب یک صد هزار ریال، یک ضربه و یک سال و حداکثر هر کدام به ترتیب یک صد میلیون ریال، هفتاد و چهار ضربه و ده سال حبس، همچنین مجازات مفسد فی الأرض بود. در قانون جدید حداقل مجازات عبارت است از دو میلیون ریال جزای نقدی، سی ضربه شلاق و یک روز و سه ماه حبس و حداکثر دویست میلیون ریال جزای نقدی، هفتاد و چهار ضربه شلاق و ده سال حبس. همچنین در موارد

بسیاری مجازات مفسد فی الأرض پیش بینی شده است. محرومیت ده ساله از حقوق اجتماعی نیز در برخی مواد این قانون به چشم می‌خورد. در ماده یک پیشین عبارت «هر شخصی» به کار رفته بود که در قانون جدید عبارت «هر شخص حقیقی یا حقوقی» به کار رفته است. در ماده سه به تولید آثار مستهجن با عنف و اکراه و به منظور سوء استفاده جنسی دیگران اشاره شده است. علاوه بر مواردی چون فیلم، نوار و دیسکت که دوباره موضوع فعالیت‌های مجرمانه قرار گرفته، لوح های فشرده نیز به فهرست این قانون افزوده شده است. مواد چهار به بعد، رفتارهای مجرمانه جدیدی را جرم می‌شمارد. تهدید به افشاء آثار مستهجن و انجام زنا با دیگری موضوع ماده چهار است. وسیله تهدید قرار دادن آثار مستهجن، وسیله هر منظور نامشروع قرار دادن آن‌ها؛ تهیه فیلم یا عکس از مکان اختصاصی بانوان؛ تهیه، تکثیر و توزیع فیلم یا عکس مبتذل از مراسم خانوادگی دیگران، جرائم ماده پنج می‌باشند. نوآوری دیگر این قانون در ماده شش است که رابطه زوجیت را مانع اعمال مجازات جرم تکثیر، انشار یا توزیع عمده اثر نمی‌داند. در خصوص مطالبه ضرر و زیان هم بر خلاف قانون قدیم، صلاحیت دادگاه کیفری رسیدگی کننده و دادگاه محل اقامت بزه دیده را به رسمیت می‌شناسد. در ماده هشت نیز سوء استفاده ماموران دولتی که بنابر اقتضاء شغلی، آثار مستهجن در اختیارشان قرار می‌گیرد را جرم می‌داند. به کارگیری ارتباطات الکترونیکی و سایت‌های کامپیوتری برای انتشار آثار مستهجن نوآوری مقرر در ماده ده قانون س.ب.ا است.

در راستای چنین مقرراتی، برای پاسخ به نیاز مردم جهت تجارت در بسترهای ایمن الکترونیکی، قانون تجارت الکترونیکی در سال 1382 با هشتاد و یک ماده و هفت تبصره به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. باب چهارم آن که دارای چهار مبحث است به جرائم و مجازات‌ها اختصاص دارد و جرائمی چون کلاهبرداری و جعل رایانه‌ای را جرم می‌داند. البته موضوع جرائم این قانون آثار سمعی و بصری مبتذل یا مستهجن نمی‌باشد بلکه درباره ارتکاب جرم در بستر مبادلات الکترونیکی است. ماده یک هم درباره چارچوب این

قانون مقرر می‌دارد: «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسط‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود». بر این اساس، به جز تعامل اندکی که با قانون جرائم رایانه‌ای دارد، از قلمرو بررسی این مقاله بیرون است. برای تکمیل ضمانت اجراهای کیفری این قانون، قانون جرائم رایانه‌ای (از این پس ق.ج.ر.ن.م) به عنوان فصل جدیدی به قانون مجازات اسلامی افزوده شد که آثار سمعی و بصری را موضوع برخی مقررات خود قرار داد و در ادامه، به کارگیری فن‌آوری‌های نوین برای ارتکاب برخی از جرائم سنتی چون سرقت، کلاهبرداری و جاسوسی¹ را جرم‌انگاری نمود. این قانون دارای سه بخش است که در پنجاه و شش ماده تصویب شده است. بخش اول درباره جرائم و مجازات‌هاست. جرائمی چون شنود غیرمجاز، جاسوسی و جعل رایانه‌ای، تخریب و ... در این بخش جرم‌انگاری شده‌اند که می‌توان آن‌ها را جرائم رایانه‌ای نامید. جرائم رایانه‌ای به جرائمی گفته می‌شود که در آن رایانه، وسیله، هدف یا واسطه ارتکاب جرم است و گاهی علیه اموال، گاهی علیه تمامیت مجازی اشخاص و بعضی وقت‌ها علیه نرم‌افزار، سخت‌افزار و داده و بر ضد آسایش و امنیت عمومی است (انیسی حماسه، 89، ص 49). بخش دوم درباره آیین دادرسی کیفری این گونه از جرائم است. بخش سوم نیز دیگر مقررات مربوط را در خود جای داده است. فصل چهارم از بخش اول درباره جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی و فصل پنجم درباره هتک حیثیت و نشر اکاذیب می‌باشد که تعامل گسترده‌ای با ق.س.ب دارد. مهم‌ترین نوآوری این قانون، پذیرش آشکار مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی است. یعنی افزون بر مجازات شخص حقیقی مرتکب جرم، چنانچه جرم در راستای منافع شخص حقوقی ارتکاب یابد، شخص حقوقی دارای مسئولیت کیفری خواهد بود.

1- به گزارش ایسنا، در سال 85 حدود 79 پرونده در مورد جرائم رایانه‌ای به سیستم آگاهی کشور وارد شده است. این آمار در سال 86 به 98، در سال 87 به 128 و در شش ماه دوم 88 به 111 پرونده رسیده که نشانگر سیر فزاینده و افزایش توان پلیس برای کشف این جرائم است.

در پژوهش‌های مربوط به فناوری اطلاعات و آثار سمعی و بصری، دو عنوان هرزه‌نگاری (Pornography) و جرائم مرتبط با محتوا (Content-related Offences) از رایج‌ترین تعبیرهای به کار رفته است (عالی‌پور، 1390، ص 288). در قوانین موضوع پژوهش نیز نمونه‌هایی از هرزه‌نگاری جرم‌انگاری شده است. با توجه به اینکه مقررات گوناگونی در این زمینه وجود دارند و همین گوناگونی، سبب تعارض‌هایی در قلمرو رفتارهای مجرمانه گشته است، در ابتدا به بررسی قلمروهای قانونی این مقررات (بخش اول) و سپس به بررسی چگونگی تعامل آن‌ها (بخش دوم) می‌پردازیم.

بخش اول) قلمروها

در این بخش به بررسی محتوای مواد قانونی موضوع پژوهش می‌پردازیم. با بررسی عناصر جرائم مورد نظر، به طور دقیق می‌توان تعارض یا عدم تعارض این مواد را به دست آورد. این مواد عبارتند از: مواد 3، 4، 5 و 10 ق.س.ب. و مواد 14 و 15 ق.ج.ر. گزینش این مواد به این دلیل است که مواد دو قانون یاد شده موضوع یکسانی دارند که می‌تواند باعث تعارض و همپوشانی این مواد گردد.

الف) مواد 3، 4، 5 و 10 قانون سمعی و بصری

ماده سه

1. موضوع رفتار مجرمانه: موضوع رفتارهای مجرمانه این ماده، آثار سمعی و بصری مجاز و غیرمجاز است. هر چند که ماده یک و دو قانون س.ب دربارۀ توزیع، تکثیر و توزیع غیرقانونی آثار مجاز است، اما ماده یک دربارۀ همه نوع آثار است و آثار مجاز بند ج ماده سه، لوح فشرده و نوار است. توزیع غیرقانونی آثار مجاز ماده دو نیز باید با فعالیت تجاری همراه باشند تا مشمول این ماده قرار گیرند. تعریفی از آثار مجاز در قانون نیامده است و روشن نیست که این آثار با داشتن چه شرایطی، مجاز یا غیرمجاز هستند. اما می‌توان گفت که در قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب 1348 شرایطی

برای حمایت از برخی آثار مقرر شده است و هر اثری که دارای آن شرایط باشد، مجاز است. همچنین در همان قانون و مقررات دیگر، برخی آثار، موضوع جرم‌انگاری قرار گرفته‌اند که می‌توان آن‌ها را در دسته آثار غیرمجاز قرار داد، از جمله آثار مستهجن و مبتذل که موضوع رفتارهای مجرمانه ق.س.ب است و در بررسی موضوع ماده چهار قانون یادشده به آن می‌پردازیم. همچنین با توجه به قانون س.ب و سیاست‌های کلی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی (قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی مصوب 1365/12/12) این وزارتخانه مسئولیت مجوزدهی برای انتشار، توزیع و تکثیر و... آثار سمعی و بصری را دارد و چنانچه مجوزی از آن وزارتخانه دریافت نشود، آن اثر، غیرمجاز شمرده می‌شود. بنابراین، قلمرو ماده سه قانون یاد شده، نه تنها آثار غیر مجاز مبتذل و مستهجن، بلکه آثار مجاز را هم در برمی‌گیرد؛ آثار مجازی که خارج از نظارت وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تکثیر، منتشر و توزیع می‌شوند.

2. رفتارهای مجرمانه: عنصر مادی جرائم موضوع ماده سه عبارتند از: تولید،

توزیع، تکثیر و نگهداری آثار سمعی و بصری مبتذل یا مستهجن. تکثیر از نظر لغوی یعنی «بسیار کردن» (مؤسسه لغت نامه دهخدا، لوح فشرده لغتنامه، 1383) و از نظر اصطلاحی به نسخه‌برداری از یک اثر گفته می‌شود، به هر شکلی باشد. در محیط الکترونیکی به معنی کپی‌برداری از فایل‌ها، نرم‌افزارها یا لوح‌های فشرده است (جاویدنیا، 1387، ص 260). توزیع نیز از نظر لغوی یعنی «پخش کردن» (دهخدا، پیشین) و بر اساس ماده 74 قانون تجارت الکترونیک، در اصطلاح هم به معنی «عرضه و نشر» است. همین جا درباره نگهداری باید گفت که نگهداری آثار مستهجن در دیسکت یا نوار بر اساس قانون س.ب 72 و ماده 640 ق.م.ا جرم بود، اما رأی وحدت رویه شماره 654 مورخ 78/9/23 نگهداری تنها به قصد تجارت و توزیع را جرم دانست و نگهداری شخصی را از شمول مقررات کیفری خارج ساخت. دوباره تبصره دو بند ب ماده سه ق.س.ب، نگهداری دیسکت‌ها و لوح‌های فشرده

مستهجن و مبتذل موضوع این قانون را جرم‌انگاری نمود که نشان از نسخ رأی وحدت رویه مذکور دارد (ضیایی، 1388، ص 20). در جای خود خواهیم گفت که این رأی وحدت رویه نسخ نشده است.

3. مرتکب: در صدر ماده، برخلاف دیگر مقررات قانونی که واژه «هرکس» به کار می‌رود، واژه «عوامل» به کار رفته است. یعنی مرتکبان جرائم این ماده، همان عوامل تولید، توزیع، تکثیر و نگهداری هستند. به کارگیری این واژه ناشی از عرف صنایع مربوط به امور سمعی و بصری است که دست‌اندرکاران این صنعت را عامل می‌نامند (فیلیس، 1390، ص 57). تبصره یک ماده سه ق.س.ب در تعریف عوامل مقرر می‌دارد: «عوامل اصلی تولید آثار سمعی و بصری عبارت هستند از تهیه‌کننده (سرمایه‌گذار)، کارگردان، فیلم‌بردار، بازیگران نقش‌های اصلی» و در تبصره سه به دیگر عوامل اشاره می‌کند. بنابراین، بر اساس ظاهر ماده، عوامل جرم تولید، به دو دسته اصلی و فرعی تقسیم می‌شوند. اینکه این دو دسته چه کسانی هستند باز هم روشن نیست، اما متن ماده، کلیه افراد دخیل در تولید، توزیع یا تکثیر و نگهداری آثار سمعی و بصری را در برمی‌گیرد. یعنی مباشر، شریک و معاون. البته این انتقاد بر قانونگذار وارد است که با توجه به مجازات‌های ماده سه، با همه این افراد برخورد یکسانی نموده است در حالی که مرتکبان جرم با توجه به میزان دخالت در تحقق جرم مجازات‌های گوناگونی دریافت می‌کنند.

4. شرایط لازم: برای تحقق رفتارهای مجرمانه‌ی تولید، توزیع، تکثیر و نگهداری علاوه بر انجام رفتار فیزیکی، در بند الف و ب شرایط دیگری نیز مقرر شده است، برای نمونه می‌توان به تولید آثار مستهجن با العنف و اکراه، یا برای سوء استفاده جنسی یا تولید عمده آثار و اصلی یا فرعی بودن عامل اشاره نمود. افزون بر این، درباره رفتار مجرمانه «تکثیر» در ماده ده مقرر شده است که انتشار آثار مستهجن یا مبتذل از طریق ارتباطات الکترونیکی و سایت‌های کامپیوتری از مصادیق تکثیر محسوب می‌شود. هر چند اطلاق

ماده سه، ارتکاب جرم از این طریق را نیز در برمی گیرد، اما از این موضوع رفع ابهام شده است که انتشار می تواند از مصادیق تکثیر و نه توزیع شمرده شود! در بخش های دیگر به توضیح «ارتباطات الکترونیکی یا سایت های کامپیوتری» خواهیم پرداخت.

5. نتیجه: رفتارهای چهارگانه موضوع ماده سه از جرائم مطلق هستند و نیازی نیست که که آثار تولید شده، پخش شوند، یا آثار توزیع شده توسط کسی تماشا شوند یا تاثیری بر دیگران گذارند یا نگهدارنده خود به تماشای آن بپردازد.

ماده چهار

1. موضوع رفتار مجرمانه جرم: موضوع رفتارهای مجرمانه ای که در ماده چهار آمده، آثار مبتذل و مستهجن است. مطابق تبصره پنج بند الف ماده سه قانون س.ب، آثار سمعی و بصری مستهجن به آثاری گفته می شود که محتوای آنها نمایش برهنگی زن و مرد و یا اندام تناسلی و یا نمایش آمیزش جنسی باشد. مطابق تبصره یک بند ب ماده سه، آثار سمعی و بصری مبتذل به آثاری اطلاق می گردد که دارای صحنه ها و صور قبیحه بوده و مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه گیری کند. با توجه به اینکه آثار مبتذل و مستهجن، موضوع جرائم مواد سه، چهار و پنج می باشند، از بازگویی این مطالب در بخش های دیگر خودداری می کنیم.

بهرتر بود قانونگذار پیش از تعریف واژه های مبتذل و مستهجن، واژه اثر را تعریف می نمود تا روشن شود که اثر چیست. با این حال، آنگونه که در لغت نامه دهخدا آمده است، اثر به معنی «عقب، ایز، خرج فی اثره؛ برآمد پس او. (منتهی الارب)؛ نشان، پی، داغ پای، جای پای، نشان قدم؛ قطع الله اثره، ببر خدا نشان قدم او را، یعنی برجای مانده و لنج گرداند، نشانه، علامت، باقیمانده از شی. بقیه چیزی، برجای مانده کاری یا کاری خطیر. جمع آن آثار و اُثور است. ماده یک قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان

مصوب 1348 در تعریف اثر مقرر می‌دارد: «از نظر این قانون به مؤلف و مصنف و هنرمند «پدیدآورنده» و به آنچه از راه دانش یا هنر و یا ابتکار آنان پدید می‌آید بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد آن بکار رفته «اثر» اطلاق می‌شود». بنابراین «اثر» به چیزی گفته می‌شود که از طریق دانش، هنر یا ابتکار شخصی که پدیدآورنده نامیده می‌شود، ایجاد گردد. چنین اثری ممکن است جنبه قانونی یا غیر قانونی داشته باشد. بر همین اساس، ماده دو قانون یاد شده مقرر می‌دارد: «اثرهای مورد حمایت این قانون بشرح زیر است: 1- کتاب و رساله و جزوه و نمایشنامه و هر نوشته دیگر علمی و فنی و ادبی و هنری. 2- شعر و ترانه و سرود و تصنیف که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد. 3- اثر سمعی و بصری به منظور اجراء در صحنه‌های نمایش یا پرده سینما یا پخش از رادیو یا تلویزیون که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد. 4- اثر موسیقی که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد. 5- نقاشی و تصویر و طرح و نقش و نقشه جغرافیائی ابتکاری و نوشته‌ها و خطهای تزئینی و هر گونه اثر تزئینی و اثر تجسمی که به هر طریق و روش به صورت ساده یا ترکیبی بوجود آمده باشد. 6- هر گونه پیکره (مجسمه). 7- اثر معماری از قبیل طرح و نقشه ساختمان. 8- اثر عکاسی که با روش ابتکاری و ابداع پدید آمده باشد. 9- اثر ابتکاری مربوط به هنرهای دستی یا صنعتی و نقشه قالبی و گلیم. 10- اثر ابتکاری که بر پایه فرهنگ عامه (فولکلور) یا میراث فرهنگی و هنری ملی پدید آمده باشد. 11- اثر فنی که جنبه ابداع و ابتکار داشته باشد. 12- هر گونه اثر مبتکرانه دیگر که از ترکیب چند اثر از اثرهای نامبرده در این فصل پدید آمده باشد».

صفتی که آثار موضوع ماده چهار باید داشته باشد، سمعی و بصری بودن است. آثار سمعی و بصری نیز در قانون تعریف نشده است. شاید در نگاه قانونگذار، مفهوم عمومی آن روشن بوده است، اما در حقوق کیفری نباید تا این اندازه به مفهوم عمومی تکیه داشت. در بند سوم ماده دو بالا مقرر شده است: «اثر سمعی و بصیری به منظور اجراء در صحنه‌های نمایش یا پرده سینما یا پخش از رادیو یا تلویزیون که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا

نشر شده باشد». هر چند این بند هم اثر سمعی و بصری را تعریف نکرده، اما مشخص است که مصادیقی چون فیلم، نوار و عکس را در بر می گیرد. از سیاق ق.س.ب نیز این دست نمونه ها به ذهن می رسد، زیرا در این قانون واژه هایی چون لوح فشرده صوتی و تصویری، نوار، عکس و فیلم به کار رفته است. بنابراین منظور قانونگذار از آثار سمعی و بصری، هر گونه آثار دیداری و شنیداری است که جنسی همانند فیلم، نوار، عکس و لوح فشرده داشته باشد. چنین اثری اگر محتوای مبتذل و مستهجن داشته باشد، آثار سمعی و بصری مبتذل و مستهجن نامیده می شود. با چنین تفسیری، آثاری مانند قالی، مجسمه و کتاب از قلمرو آثار سمعی و بصری بیرون می شوند. همچنین، با توجه به متن ماده، آثار مستهجن تنها شامل آثار بصری یا دیداری است و شیوه تعریف هم به گونه ای است که تنها به فیلم و تصویر نظر دارد. پس آثار سمعی مستهجن نداریم! روشن است که جمع مذکور در مواد قانون بیانگر نوع است و تفسیر لفظی از آن که در تحقق جرم باید بیش از یک اثر وجود داشته باشد، به یقین باطل است.

علاوه بر تعریف واژه های مستهجن و مبتذل در این قانون، تبصره یک ماده چهارده قانون جرائم رایانه ای نیز این واژه ها را تعریف نموده است. مطابق تبصره یک ماده چهارده این قانون، «محتویات و آثار مبتذل به آثاری اطلاق می گردد که دارای صحنه و صور قبیحه باشد» و مطابق تبصره چهار همان ماده، «محتویات مستهجن به تصویر، صوت یا متن واقعی یا غیر واقعی یا متنی اطلاق می شود که بیانگر برهنگی کامل زن یا مرد یا اندام تناسلی یا آمیزش یا عمل جنسی انسان است». همانگونه که از عبارات این مواد بر می آید، در قانون اخیر به جای آثار از واژه محتویات استفاده شده است که می تواند تفاوت مهمی درباره جرائم مورد بررسی ایجاد نماید. برای نمونه، کتاب، آثار سمعی و بصری شمرده نمی شود و از قلمرو قانون س.ب بیرون است، ولی می تواند در قلمرو قانون ج.ر قرار گیرد، چون محتویات، آن را در بر می گیرد.

با توجه به مطالبی که در خصوص آثار سمعی و بصری گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که آثاری چون کتاب، فرش یا هنرهای دستی از شمول این قانون خارج است. شاید چنین تفسیری در ابتدا نادرست و خلاف هدف قانونگذار جلوه نماید، اما واژه‌های صریح تبصره‌های ماده سه قانون ما را در چنین تفسیری یاری می‌دهد. زیرا که در تبصره‌ها به صراحت آمده است که محتوای آثار سمعی و بصری مستهجن باید نمایش فرهنگی... و یا نمایش... باشد و آثار سمعی و بصری مبتذل به آثاری گفته می‌شود که دارای صحنه‌ها و صور قبیحه... باشد. بنابراین هر چند به نظر ما نیز مقنن قصد نداشته کتاب‌هایی را که به داستان‌های جنسی قبیح و توصیف روابط نامشروع می‌پردازند از شمول این قانون خارج سازد، اما تفسیر مضیق نصوص جزایی و صراحت واژه‌های قانون در این خصوص، به ناچار دست ما را برای چنین برداشت درستی باز می‌گذارد.

نکته دیگری که در خصوص آثار سمعی و بصری مبتذل باید گفت این است که مصادیق موضوع این تبصره باید دارای دو شرط باشند: اول اینکه دارای صحنه‌ها و صور قبیحه باشند، البته یک صحنه یا تصویر هم کافی است؛ دوم اینکه مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه‌گیری کنند. منظور از شریعت، شریعت اسلام است و شریعت به معنای احکامی است که خداوند برای بندگان مقرر فرموده یا اذن تشریع آن را به دیگران داده است (علیدوست، 1388، ص 26). احکام شریعت در فقه متجلی می‌شود یعنی فقه آئینه‌ای است که شریعت در آن منعکس است. بنابراین، منظور از شریعت اسلام، احکام و مقررات شرعی است. قدر متیقن این است که احکام و مقررات متفق علیه جزء شریعت اسلامی است. حال اگر در خصوص موضوع مورد بحث اختلافی وجود داشته باشد، باید در جای دیگری به آن پرداخت. در خصوص اخلاق اسلامی (درباره مفهوم اخلاق و رابطه آن با حقوق کیفری ر.ک: علی آبادی، 1385، ص 2) نیز باید گفت که منظور صفات نفسانی خوب و بد و اعمال و رفتار اختیاری متناسب با آنها و شیوه تحصیل صفات نفسانی خوب و انجام اعمال پسندیده و دوری از صفات نفسانی بد و اعمال ناپسند است (دیلمی، 1387، ص 5). بنابراین آثار

سمعی و بصری مبتذل با دو محدودیت مواجه است: اول اینکه باید دارای دارای هر دو شرط یاد شده باشند تا مشمول تبصره گردند و دوم اینکه شامل آثاری مانند کتاب یا مجسمه نمی‌شوند. در آثار سمعی و بصری مستهجن چنین محدودیت‌هایی وجود ندارد. شاید به این دلیل که زشتی آثار مستهجن به حدی است که به خودی خود خلاف اخلاق و شریعت اسلامی است و نیازی به ذکر این شرط نبوده است. البته کتاب یا هنر دستی همچنان از شمول این دسته از آثار خارج است.

2. مرتکب: با توجه به اینکه در هر دو ماده واژه «هرکس» به کار رفته، خصوصیتی جز شرایط عمومی در مرتکب شرط نیست. البته مرتکبان جرائم موضوع ماده هشت این قانون باید از مأموران صلاحیت دار و ضابطان دادگستری باشند (ترکی، 1389، ص 3).

3. عنصر مادی: عنصر مادی که عبارت از عملیات و اقداماتی است که نظم جامعه را بر هم می‌زند (محسنی، پیشین، ص 130) دارای چند بخش است که عبارتند از: مرتکب، موضوع، شرایط جرم، شیوه ارتکاب و نتیجه. درباره مرتکب در بند نخست توضیح دادیم. موضوع مواد یاد شده، آثار سمعی و بصری است. بنابراین، موضوع رفتار موجود در عنصر مادی هم لزوماً آثار سمعی و بصری خواهد بود. یعنی اگر رفتار مجرمانه را فعل، ترک فعل یا حالت ممنوع شده قانونی بدانیم، موضوع این رفتارها باید آثار سمعی و بصری باشند. رفتار مجرمانه ماده چهار عبارت است از: تهدید به افشاء آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل و زنا (یا رفتار نامشروع پایین‌تر از زنا) با قربانی جرم از طریق تهدید که دارای بخش‌هایی به شرح زیر است:

الف) تهدید به افشاء و انتشار: تهدید کردن اشخاص از آن جهت که موجب ایجاد ترس و واهمه در آنها می‌شود، ناقض یکی از اصول حقوق بشر می‌باشد. در حقوق جزا نیز نمونه‌ها و مصادیق گوناگونی از تهدید کردن اشخاص جرم شمرده شده است

(میرمحمدصادقی، 1387، ص 483) که یکی از مصادیق آن در این ماده آمده است. بر اساس نصّ ماده، رفتار مجرمانه شامل تهدید به افشاء یا انتشار و زنا نمودن (یا رفتار نامشروع کمتر از زنا) با قربانی است. یعنی از یک سو، موضوع تهدید دارای دو عنصر است که عبارتند از افشاء یا انتشار و از سوی دیگر، موضوع رفتار مجرمانه هم دارای دو عنصر است که عبارتند از تهدید و زنا نمودن. بنابراین جرم موضوع این ماده مرکب است و برای تحقق آن، لازم است که هر دو عنصر ارتکاب یابند (محسنی، پیشین، ص 357). تهدید در لغت به معنی ترسانیدن و وعده عقاب و زجر دادن است. عناصر تهدید در قانون جزا عبارتند از: الف) تحقق تهدید به خصوصیت روحی و جسمی و سن و شخصیت و اخلاق و جنس تهدید شونده مرتبط است. ب) امری که تهدید کننده انجام دادن آن را از تهدید شده توقع دارد باید بر خلاف قانون باشد خواه خلاف قوانین الزامی باشد یا خلاف میل تهدید شونده ولی ممکن است اساساً تقاضای انجام امری را نکند. ج) عمد: تهدید غیر عمدی وجود ندارد. د) تهدید ممکن است به جان، مال یا حیثیت باشد (جعفری لنگرودی، 1388، ص 183). با توجه به تعریف عناصر تهدید باید گفت که تهدید موضوع ماده چهار شامل هر گونه تهدیدی نیست. زیرا تنها تهدید به افشاء و انتشار در این ماده مقرر شده است. افشاء در برابر اخفاء قرار دارد. افشاء یعنی برملا کردن و آشکار ساختن موضوعی که انگیزه بر پوشاندن و جلوگیری از آگاهی دیگران نسبت به آن وجود دارد (جعفری لنگرودی، 1389، ص 125). با این حال، قانون موضوع افشاء را تعیین کرده است: آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل.

هر چند که در ماده حرف «و» به کار رفته و شاید این تصور را در ذهن ایجاد نماید که مرتکب باید تهدید به افشاء و انتشار آثار مستهجن و مبتذل نماید، اما به نظر، تهدید به یکی از این موارد، افشاء یا انتشار و مستهجن چه مبتذل کافی است. زیرا واو به کار رفته واو جمع نیست بلکه واو انفصال است به این معنی که رفتار مجرمانه ممکن است یک بار با آثار مستهجن و بار دیگر با آثار مبتذل انجام شود. همین استدلال در خصوص افشاء و انتشار وجود دارد. به این صورت که مرتکب ممکن است یک بار تهدید به افشاء و بار دیگر

تهدید به انتشار نماید. در نتیجه چهار حالت ممکن است رخ دهد: **(الف)** تهدید به افشاء آثار مستهجن؛ **(ب)** تهدید به افشاء آثار مبتذل؛ **(ج)** تهدید به انتشار آثار مستهجن؛ **(د)** تهدید به انتشار آثار مبتذل. هر چند در راستای تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم می توان حرف «واو» عبارت «افشاء و انتشار» را واو جمع دانسته و موضوع تهدید را یک چیز دانست که همان افشاء و انتشار با هم است. اما چنین دیدگاهی در جای خود بحث پذیر است. در تفاوت میان افشاء و انتشار نیز باید گفت که در انتشار آثار سمعی و بصری مبتذل یا مستهجن، مرتکب این آثار را در میان افراد جامعه پخش می کند، یعنی آثاری در اختیار دیگران قرار می دهد که محتوای آن ها مبتذل یا مستهجن است، اما در افشاء، مرتکب افراد جامعه را از وجود چنین آثاری آگاه می کند، بدون اینکه آن ها را در دسترس مردم قرار دهد.

(ب) زنا یا رابطه نامشروع کمتر از زنا با قربانی: رفتار مجرمانه موضوع ماده چهار یک جرم مرکب است و دارای دو عنصر می باشد. عنصر اول آن، که بحث شد، عبارت است از تهدید به افشاء یا انتشار آثار سمعی یا بصری مبتذل یا مستهجن. عنصر دوم عبارت است از اینکه مرتکب از طریق تهدید با ویژگی های فوق، با شخص موضوع تهدید زنا نماید.

بر اساس ماده 63 ق.م.ا «زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که بر او ذاتاً حرام است گرچه در دبر باشد، در غیر موارد وطی به شبهه». بنابراین، چنانچه شخصی همسر شرعی و قانونی خود را تهدید به افشاء آثار مستهجن یا مبتذل تهیه شده از وی نماید و با عدم رضایت همسر یا عدم تمکین او، با وی رابطه جنسی برقرار کند، از شمول این ماده بیرون خواهد بود. زیرا با وجود تحقق عنصر اول، رابطه زوجیت مانع تحقق عنصر دوم می شود و با عدم تحقق یکی از دو عنصر، جرم واقع نمی شود. مفهوم مخالف ماده 6 هم چنین رفتار مجرمانه ای را از قلمرو ماده خارج ساخته است: «رابطه زوجیت مانع از اعمال مجازات مرتکب جرم تکثیر، انتشار و یا توزیع عمده اثر مستهجن نمی باشد».

4. شرایط لازم - سوء استفاده: رفتار مجرمانه موضوع ماده چهار عبارت است از

تهدید به افشاء و انتشار آثار سمعی و بصری مستهجن و مبتذل و به کارگیری چنین تهدیدی برای زنا یا رابطه نامشروع کمتر از زنا با شخص موضوع موضوع تهدید. صرف ارتکاب چنین عملی، آن را در قلمرو ماده چهار قرار نمی‌دهد، بلکه این رفتار باید با شرایط دیگری همراه شود. یکی از این شرایط، سوء استفاده مرتکب از آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل است. سوء استفاده به معنی تصرف ناروا، انحراف از قانون در کاربرد حق یا مقام یا موقعیت خود است (پیشین، ص 413). با این توضیح روشن می‌شود که استفاده قانونی آثار مستهجن یا مبتذل از شمول ماده خارج است. برای نمونه وکیل دادگستری ممکن است از این آثار به عنوان دلیل در دادگاه استفاده کند، یا شخصی که خود اقدام به تهیه اثری مستهجن یا مبتذل از خود نموده است، به تماشای آن بپردازد. چنین رفتارهایی سوء استفاده نیست، بلکه به کارگیری این آثار بدون رضایت قربانی و بدون داشتن حق دسترسی به آن‌ها برای تهدید قربانی، سوء استفاده شمرده می‌شود. در ادامه باید گفت اهمیتی ندارد که آثار یاد شده از چه طریق و از سوی چه کسی تهیه شده باشد؛ خواه خود قربانی خواه شخص دیگری با رضایت وی آن را تهیه نموده باشد یا بدون آگاهی وی اقدام به تهیه این آثار شده باشد. به کارگیری این آثار تهیه شده بدون حق دسترسی داشتن به آن و بدون رضایت قربانی، برای تهدید وی، سوء استفاده می‌باشد. گفتنی است که تهدید قربانی با استفاده از آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل و زنا با قربانی، خود سوء استفاده شمرده می‌شود، هر چند مرتکب مدعی باشد که از آن آثار استفاده قانونی نموده است. برای نمونه، اگر قاضی پرونده‌ای قصد داشته باشد که لوح فشرده حاوی صحنه‌های مستهجن متهم را به هیأت منصفه ارائه دهد و متهم نیز برای جلوگیری از افشاء آن، اقدام به برقراری رابطه نامشروع با آن شخص نماید، جرم محقق خواهد شد و قاضی پرونده نمی‌تواند مدعی استفاده و نه سوء استفاده از آن آثار باشد. روشن است که باید رابطه مؤثری میان تهدید به افشاء و رابطه نامشروع وجود داشته باشد.

برقراری رابطه نامشروع تحت تاثیر تهدید: با توجه به اینکه در ماده مقرر شده است که زنا باید از طریق تهدید به افشاء و انتشار آثار مستهجن و مبتذل باشد، وجود رابطه مستقیم یا غیرمستقیم اما مؤثر میان تهدید به افشاء یا انتشار و زنا از شرایط لازم برای تحقق این جرم دانست. زیرا اگر قربانی رضایت به زنا دهد بدون اینکه تهدید یاد شده در رفتار مجرمانه وی اثری بگذارد، زنا از طریق تهدید واقع نشده، بلکه از طریق رضایت طرفین انجام شده است. بنابراین در صورتی که شرط یاد شده یعنی زنا با قربانی از طریق تهدید، وجود نداشته باشد، جرم موضوع ماده چهار محقق نمی شود (ضیایی، پیشین، ص 22).

تهدید برای زنا: با توجه به اینکه مرتکب با سوء استفاده از آثار مستهجن و مبتذل، قربانی را تهدید به افشاء آن می نماید، این پرسش پیش می آید که قصد مرتکب از تهدید به افشاء و انتشار چیست؟ اگر مرتکب به هر قصدی، تنها مرتکب را تهدید به افشاء و انتشار نماید، و قربانی برای جلوگیری از تهدید، خود حاضر شود که با وی زنا نماید، عمل وی مشمول ماده می گردد یا خیر؟ یا اینکه تهدید قربانی باید برای زنا باشد؟ در پاسخ باید گفت که فحواى ماده چهار این برداشت را برجسته می نماید که قصد مرتکب از تهدید به افشاء و انتشار باید زنا با قربانی باشد. یعنی وی را تهدید نماید که اگر با او زنا نکند، آثار مستهجن و مبتذل تهیه شده از وی را منتشر یا افشاء خواهد نمود. عبارت ماده که مقرر نموده «... و از این طریق با وی زنا نماید...» بیانگر این نکته است که زنا باید از طریق تهدید صورت گیرد. تفسیر مضیق نصوص جزایی نیز پشتیبان این دیدگاه است. بنابراین اگر مرتکب قربانی را به طور مطلق تهدید نماید یا موضوع تهدید وی عملی غیر از زنا باشد و به هر دلیل، رابطه جنسی میان مرتکب و قربانی برقرار شود بدون اینکه رابطه مستقیمی میان تهدید و زنا باشد، از شمول ماده چهار خارج خواهد بود.

5. نتیجه: جرم از یک دیدگاه به دو گونه مطلق و مقید است. جرم موضوع ماده چهار جرمی مطلق و همانند کلاهبرداری جرمی مرکب است اما کلاهبرداری جرمی مقید و

مرکب است، زیرا از یک سو شخص باید متوسل به وسیله متقلبانه شود و از سوی دیگر، مال دیگری را ببرد. همچنین مقید به این نتیجه است که ارتکاب دو عنصر یاد شده منتهی به وقوع ضرر مالی بر بزه دیده گردد. پس اگر الف با کلاهبرداری مال ب را به همان قیمت واقعی بخرد، چون ضرر مالی بر ب وارد نشده کلاهبرداری محقق نشده است. هر چند که الف هم به وسایل متقلبانه متوسل شده و هم مال دیگری را برده است. با وجود اینکه جرم موضوع ماده چهار، جرمی مرکب است و مرتکب باید در گام نخست قربانی را تهدید و در گام دوم با وی زنا نماید، اما چنین رفتاری مقید به هیچ نتیجه‌ای نمی‌باشد. یعنی صرف انجام این دو رفتار برای تحقق جرم کافی است و بعد از انجام آن لازم نیست در انتظار نتیجه دیگری بود. برخلاف کلاهبرداری که بعد از انجام دو عنصر لازم باید در انتظار وقوع ضرر مالی ناشی از بردن بر قربانی بود. بنابراین اگر مرتکب علاوه بر تهدید و زنا با قربانی، اقدام به افشاء و انتشار آثار مستهجن و مبتذل نماید، مرتکب جرم دیگری نیز شده است که مشمول تعدد مادی می‌گردد. به دیگر روی، در جرم مطلق پس از انجام رفتار مجرمانه، در انتظار حادثه‌ی دیگری ناشی از آن جرم نخواهیم بود، خواه اتفاق دیگری رخ دهد یا خیر، اما در جرم مقید، پس از انجام رفتار مجرمانه، باید در انتظار اتفاقی ناشی از آن رفتار باشیم.

6. مجازات مرتکب: سه گونه مجازات در ماده چهار برای مجازات مرتکب

پیش‌بینی شده است:

- گونه اول زمانی است که مرتکب با سوء استفاده از آثار مستهجن و مبتذل، اقدام به تهدید وی و برقراری رابطه زنا نماید. مجازات چنین رفتاری، مجازات زنا به عنف خواهد بود. ماده 82 ق.م.ا در این باره مقرر می‌دارد: «حد زنا در موارد زیر قتل است و فرقی بین جوان و غیر جوان و محصن و غیر محصن نیست.... د - زنا به عنف و اکراه که موجب قتل زانی اکراه‌کننده است». به نظر می‌رسد که نیازی به تحقق شرایط جرم زنا به عنف نیست. یعنی ناراضی بودن طرف دیگر شرط تحقق نیست، بلکه تنها کافی است که مرتکب اقدام به تهدید دیگری به افشاء یا انتشار آثار مبتذل یا مستهجن نموده و از این

طریق با وی زنا نماید، با اثبات این دو عنصر، دیگر لازم نیست بررسی شود که آیا طرف دیگر رضایت به زنا داده است یا خیر.

• گونه دوم زمانی است که مرتکب با به کارگیری تهدید موضوع ماده چهار اقدام به برقراری رابطه جنسی غیر از زنا نماید، که به مجازات آن حد می رسد. بنابراین اگر مرتکب، قربانی را وادار به برقراری رابطه جنسی از نوع لواط یا مساحقه نماید، حسب مورد مجازات می شود.

• گونه سوم هنگامی است که مرتکب با به کارگیری تهدید، رابطه نامشروعی غیر از جرائم مستوجب حدّ با قربانی برقرار سازد. با توجه به اینکه موضوع ماده برقراری روابط جنسی است، گونه سوم نیز باید برقراری رابطه جنسی نامشروع از قبیل ملامسه، معانقه و... باشد و ممکن است مشمول ماده 637 ق.م.ا شود که در این صورت به حداکثر مجازات تعزیری محکوم می شود. بنابراین با توجه به فحواى ماده و تفسیر مضیق نصوص جزایی، تهدید به برقراری رابطه دوستی از شمول این ماده خارج است ولی ممکن است در قلمرو بند الف ماده پنج ق.س.ب قرار گیرد. به این نکته نیز می توان اشاره نمود که قانونگذار تنها در دو حالت از سه حالت موجود در ماده چهار دست به تشدید مجازات زده است: مجازات زنای به عنف و حداکثر مجازات تعزیری و در حالت دوم، تشدید وجود ندارد، یعنی حدّ غیر از زنا چه ناشی از تهدید موجود در ماده چهار باشد یا بدون تهدید، تنها مجازات آن حدّ را خواهد داشت و تهدید تأثیری در مجازات مرتکب نخواهد گذاشت. البته می توان بر اساس قاعده تعدد مادی جرائم، جرم حدی و جرم تعزیری تهدید را جمع نمود!

هر چند با توجه به روشنی مواد، نیازی به بررسی عنصر معنوی مرتکب نیست، اما باید گفت که مرتکب باید قصد تهدید با استفاده از افشاء یا انتشار را داشته باشد اما نیازی نیست که تهدید خود را مشروط به زنا یا عمل دیگری نماید. یعنی صرف قصد تهدید به افشاء یا

انتشار کافی است، البته زنا باید ناشی از این تهدید باشد. روشن است که مرتکب باید قصد افشاء یا انتشار آثار سمعی یا بصری مستهجن یا مبتذل را داشته باشد.

ماده پنج

با توجه به اینکه موضوع رفتار مجرمانه مرتکب ماده پنج مشابه با ماده چهار است، یعنی موضوع رفتار مجرمانه همان آثار سمعی و بصری مستهجن و مبتذل است و در مرتکب نیز شرایط خاصی لازم نیست، از بازگویی مطلب خودداری می‌کنیم و به بررسی موارد دیگر می‌پردازیم.

1. رفتار مجرمانه: رفتارهای مجرمانه این ماده در سه بند آمده است که عبارتند از:

الف) وسیله تهدید قرار دادن آثار مستهجن به هر منظور نامشروع و غیر قانونی، در خصوص تهدید توضیح داده شد و عناصر آن ذکر شد. برای تحقق این رفتار، مرتکب باید رفتار موضوع ماده 668 قانون مجازات اسلامی را انجام دهد. **ب)** تهیه، تکثیر یا توزیع فیلم یا عکس از محل‌های اختصاصی بانوان، به نظر می‌رسد مرتکب باید خود مباشرت در تهیه کردن فیلم یا گرفتن عکس داشته باشد. صرف تهیه، تکثیر یا توزیع چنین فیلم یا عکسی برای تحقق جرم کافی است. **ج)** تهیه مخفیانه فیلم یا عکس مبتذل از مراسم خانوادگی و اختصاصی دیگران و تکثیر و توزیع آن. به نظر می‌رسد که مرتکب باید مباشرت در انجام این کار داشته باشد. همچنین واو مذکور در این بند واو انفصال است و لزومی ندارد که یک نفر اقدام به تهیه فیلم یا عکس و سپس تکثیر و انتشار آن نماید. بنابراین تهیه فیلم یا عکس، تکثیر و توزیع آن، جرائم سه‌گانه این بند هستند.

2. شرایط لازم: برای تحقق جرم بند الف، وسیله‌ی تهدید مرتکب باید آثار مستهجن

باشد که در تبصره پنج ماده سه تعریف شده است. بنابراین چنانچه مرتکب آثار مبتذل را وسیله تهدید قرار دهد، مشمول این بند نخواهد شد. همچنین قلمرو تهدید مرتکب بسیار

گسترده است و نیازی نیست که تنها تهدید به افشاء یا انتشار آن نماید، بلکه تهدید به چیزی غیر از این‌ها نیز مشمول ماده است. از ظاهر ماده چنین برمی‌آید که لزومی ندارد موضوع آثار مستهجن خود قربانی باشد. برای نمونه ممکن است فیلم مستهجنی از دختری تهیه شده باشد که وسیله تهدید پدر وی قرار گیرد. شکی نیست که تهدید پدر در چنین مواردی نیز ممکن است.

برای تحقق جرم بند ب لازم است که فیلم یا عکس تهیه شده، از محل‌های اختصاصی بانوان باشد. بنابراین چنانچه از محل اختصاصی مردان فیلم یا عکسی تهیه شود از شمول ماده خارج است. شرط لازم در خصوص محل اختصاصی بانوان، این است که بانوان معمولاً در چنین مکان‌هایی از پوشش کافی برخوردار نباشند. یعنی اقتضای آن مکان این چنین است که لزومی به پوشش کافی نیست. مفهوم حجاب شرعی، متفاوت از مفهوم پوشش مناسب است و می‌توان گفت که با توجه به موضوع و پیشینه این قانون، فقدان پوشش مناسب در مکان اختصاصی بانوان به معنی برهنگی نسبی با توجه به آن مکان است. بنابراین، اگر مرتکب اقدام به تهیه فیلم یا عکس از مکان‌های اختصاصی بانوان نماید، اما اتفاقاً در آن زمان افراد حاضر دارای پوشش مناسب باشند، انتشار یا توزیع چنین فیلم یا عکسی از شمول ماده خارج است، زیرا از فحواى ماده و نیز اشاره به حمام یا استخر، اینگونه برداشت می‌شود که نبود پوشش مناسب در فیلم یا عکس تهیه شده لازم است و محتوای آن باید مستهجن یا مبتذل باشد و در نمونه گفته شده، محتوای مستهجن یا مبتذل وجود ندارد. به این نکته نیز باید اشاره نمود که نیازی نیست مکان اختصاصی بانوان به طور رسمی این شرط را داشته باشد. بنابراین مجلس‌های عروسی بانوان یا مجالس خصوصی آنان که بدون پوشش مناسب برگزار می‌شود نیز مشمول ماده است. پوشش مناسبی که در ماده مقرر شده حسب مورد مکان اختصاصی متفاوت است. برای نمونه در استخر نبود پوشش مناسب به معنی برهنگی لازم برای شناست، اما نبود پوشش مناسب در ورزشگاه فوتبال زنانه نداشتن حجاب سر و مو است. در مقابل این دیدگاه و در راستای تفسیر مضیق

نصوص جزایی می‌توان گفت که قلمرو بند ب تنها محدود به مکان‌های اختصاصی رسمی بانوان است مانند استخر و حمام عمومی. زیرا در چنین مکان‌هایی حتی اگر افراد خود بخواهند نمی‌توانند فیلم یا عکس تهیه نمایند اما در بسیاری از مجالس عروسی افراد اقدام به تهیه عکس با فیلم می‌نمایند که نوعی رضایت شرکت‌کنندگان در فیلم یا عکس را در بردارد. در چنین مکان‌هایی برخلاف مکان‌های رسمی عمومی، افراد با رضایت یکدیگر می‌توانند فیلم یا عکس تهیه نمایند. اگر بخواهیم قلمرو این بند را گسترش دهیم باید همه افرادی را که برای نمونه با گوشی همراه اقدام به تهیه فیلم یا عکس در عروسی می‌نمایند، مجرم بدانیم. بر خلاف بند ب که در آن تهیه فیلم یا عکس مستهجن یا مبتذل نیازمند ناراضی بودن یا ناآگاهی افراد حاضر در فیلم یا عکس نیست، برای تحقق جرم بند ج لازم است مرتکب به طور مخفیانه اقدام به تهیه فیلم یا عکس نماید. با این توضیح که اقدام وی باید به گونه‌ای باشد که افراد حاضر که از آنها فیلم یا عکس تهیه می‌شود از این امر آگاهی نداشته باشند، یعنی مخفیانه بودن همان ناآگاهی دیگران از انجام فیلم یا عکس برداری است نه پنهان بودن از چشم دیگران. بنابراین، آگاهی یک نفر از افراد حاضر، وی را از شمول بزه دیدگان این بند خارج می‌سازد. یعنی جرم موضوع بند ج نسبت به وی محقق نمی‌شود. همچنین است اگر وی به طور آشکار اقدام به این کار نماید. شرط مخفیانه بودن به طور ضمنی، شرط عدم رضایت را نیز به همراه دارد. محتوای فیلم یا عکس تهیه شده باید مبتذل باشد. یعنی مرتکب باید اقدام به تهیه فیلم یا عکس مبتذل از مراسم خانوادگی و اختصاصی دیگران نماید. هر چند مقنن تنها به آثار مبتذل اشاره نموده است، اما با توجه به اینکه آثار مستهجن در درجه بالاتری از آثار مبتذل قرار دارند و با توجه به اینکه مراسم خانوادگی و اختصاصی دیگران معمولاً مراسم مستهجن نیست، بلکه مراسمی است که افراد حاضر در آن به رقص یا پایکوبی می‌پردازند، شکی نیست که اگر چنین مراسمی به مراسم مستهجن تبدیل شود به طریق اولی مشمول بند ج خواهد بود.

قلمرو بند ج محدود به مراسم خانوادگی و اختصاصی دیگران است. یعنی باید گردهمایی افراد در قالب مراسم و نوعی جشن یا موضوعی از این دست باشد. همچنین با توجه به اینکه برخلاف بند ب مقنن اشاره‌ای به بانوان ننموده و به طور مطلق به مراسم خانوادگی یا اختصاصی اشاره ننموده است، تهیه فیلم یا عکس مبتذل از مراسم مردانه نیز مشمول ماده می‌شود. بر اساس ماده شش این قانون، وجود رابطه زوجیت عامل موجّه جرم شمرده نمی‌شود و نبود رابطه زوجیت شرط تحقق این جرائم نیست.

3. نتیجه: جرم بند الف جرمی مطلق است و صرف وسیله تهدید قرار دادن آثار مستهجن جرم است. یعنی نیازی نیست که مرتکب اقدام به افشاء، انتشار یا توزیع آن آثار نماید یا موضوع تهدید خود را عملی سازد. بنابراین اگر مرتکب فراتر از این رفته و اقدام مجرمانه دیگری انجام دهد مشمول تعدد مادی جرم می‌شود. جرم موضوع بند ب نیز جرمی مطلق است و صرف تهیه فیلم یا عکس مبتذل از مکان‌های اختصاصی بانوان که در آن فاقد پوشش لازم هستند برای تحقق جرم کافی است. تکثیر یا توزیع آن جرم دیگری است که ممکن است از سوی تهیه کننده یا فرد دیگری انجام شود که آن‌ها نیز مطلق شمرده می‌شوند. به همین نحو است جرم موضوع بند ج که صرف تهیه کردن یا تکثیر و توزیع آن کافی است. گفتنی است که صرف تهیه فیلم یا عکس موضوع بند ب و ج از سوی همسر اگر منجر به انتشار یا تکثیر نشود جرم نیست.

4. عنصر معنوی: در خصوص عنصر معنوی رفتار مجرمانه بند الف ماده پنج، قانونگذار ابتدا به چند مورد اشاره نموده و وسیله تهدید قرار دادن آثار مستهجن به منظور سوء استفاده جنسی، اخاذی، جلوگیری از احقاق حق و در ادامه به هر منظور نامشروع و غیر قانونی دیگر را جرم دانسته است. بنابراین علاوه بر وجود سوء نیت عام مرتکب، سوء نیت خاص نیز لازم است هر چند که قلمرو گسترده ای دارد. سوء نیت خاص مرتکب عبارت است از هر منظور نامشروع یا غیر قانونی. عبارت منظور غیر قانونی به مواردی اشاره

دارد که مرتکب بر اساس قانون حق برخورداری از آن را ندارد. واژه نامشروع نیز به مواردی اشاره می‌کند که منظور مرتکب برخلاف موازین شرعی است. البته به نظر نمی‌رسد شامل موردی گردد که قانونی اما نامشروع باشد. بنابراین منظور مرتکب یا باید غیر قانونی باشد یا نامشروع. پس اگر قصد مرتکب قانونی باشد، اما به لحاظ شرعی دارای اشکال باشد، از شمول ماده خارج است، اما اگر قصد مرتکب نامشروع باشد و قانون نسبت به آن ساکت باشد، می‌توان چنین قصدی را قصد نامشروع موضوع ماده پنج ق.س.ب دانست. بنابراین قصد نامشروع تنها زمانی جریان می‌یابد که در قانون خلاف آن مقرر نشده باشد. جرم موضوع بند ب از دسته جرائم مطلق می‌باشد. یعنی اگر شخص به هر انگیزه‌ای اقدام به تهیه فیلم یا عکس از مکان‌های اختصاصی بانوان نماید و مجوز قانونی در این خصوص وجود نداشته باشد، مجرم است و سوء نیت خاصی لازم نیست. بنابراین کافی است که مرتکب بداند که در حال تهیه فیلم یا عکس از مکان اختصاصی بانوانی است که بدون پوشش مناسب هستند. بند ج نیز به همین گونه است و تنها کافی است که مرتکب بداند در حال تهیه مخفیانه فیلم یا عکس مبتذل از مراسم خانوادگی و اختصاصی دیگران و نه خود می‌باشد و نیازمند سوء نیت خاصی نیست.

ب) ماده 14 و 15 قانون جرائم رایانه‌ای

1. موضوع جرم: موضوع رفتارهای مجرمانه ماده چهارده و پانزده ق.ج.ر. محتویات مستهجن و مبتذل است. برای نمونه موضوع رفتار مجرمانه انتشار، توزیع یا تکثیر، محتویات مستهجن است. بر اساس تبصره چهار این ماده: «محتویات مستهجن به تصویر، صوت یا متن واقعی یا غیر واقعی یا متنی اطلاق می‌شود که بیانگر برهنگی کامل زن یا مرد یا اندام تناسلی یا آمیزش یا عمل جنسی انسان است». بر اساس تبصره یک نیز «رتکاب اعمال فوق در خصوص محتویات مبتذل موجب محکومیت به حداقل یکی از مجازات‌های فوق می‌شود. محتویات و آثار مبتذل به آثاری اطلاق می‌گردد که دارای صحنه‌ها و صور قبیحه باشد».

2. مرتکب: متن ماده اشاره به «هرکس» دارد، بدون اینکه شرط خاصی درباره مرتکب داشته باشد. بنابراین، هر کس با داشتن شرایط عمومی، مرتکب جرائم موضوع این ماده شود، مجرم شناخته می‌شود.

3. رفتار مجرمانه: رفتارهای مجرمانه موضوع ماده چهارده عبارتند از: انتشار، توزیع، معامله، تولید، ذخیره یا نگهداری، انتشار عبارت از این است که مرتکب اقدام به پراکنده کردن یا پخش محتویات مستهجن نماید. در تفاوت میان انتشار و توزیع نیز باید گفت انتشار ممکن است شامل چاپ، کپی و به عبارتی تکثیر و پخش محصول شود، اما توزیع تنها شامل پخش محصول‌های تولید شده است. یعنی در توزیع، مرتکب دخالتی در تولید محصول ندارد. برای نمونه الف کتاب حاوی محتویات مستهجن را تایپ و سپس میان مردم پخش می‌کند چنین عملی منتشر کردن است، اما اگر الف اقدام به پخش کتاب‌های چاپ شده نماید، مرتکب توزیع شده است. معامله محتویات مستهجن عبارت است از خرید و فروش یا انتقال عرفی - و نه قانونی - مالکیت آن به دیگری. تولید محتویات مستهجن عبارت است از اینکه مرتکب از ابتدا اقدام به ساخت چیزی نماید که دارای محتویات مستهجن است. برای نمونه تألیف کتابی با محتویات مستهجن تولید است و چاپ و پخش آن مشمول انتشار و توزیع می‌گردد. ذخیره محتویات مستهجن اشاره به مواردی دارد که چنین محتویاتی بر روی سامانه‌های رایانه‌ای ذخیره می‌شود و چنانچه در غیر از سامانه‌های رایانه‌ای ذخیره شود، مشمول نگهداری می‌شود.

4. وسیله ارتکاب جرم:

به کار بردن سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده: مرتکب باید به وسیله سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل داده اقدام به انتشار، توزیع، معامله، تولید، ذخیره یا نگهداری نماید. واژه سیستم رایانه‌ای مرکب از واژه «سیستم» و «رایانه» می‌باشد. «سیستم» عبارت است از مجموعه عناصر و اجزای مرتبط به هم که در مجموعه یک هدف

خاص را دنبال می‌کنند (جاویدنیا، پیشین، ص 52). رایانه نیز به ماشینی گفته می‌شود که دارای سه ویژگی باشد: ورودی ساخت یافته را بپذیرد؛ آن ورودی را بر اساس قوانین از پیش تعریف شده پردازش کند و نتایج محاسبات خود را به شکل خروجی ارائه دهد (همان). نمونه روشن سیستم رایانه‌ای، ماشین حساب و رایانه‌های خانگی است. بند واد ماده دو قانون تجارت الکترونیکی هم در تعریف سیستم رایانه‌ای مقرر می‌دارد: «هرنوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری - نرم‌افزاری است که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار «داده پیام» عمل می‌کند». سخت‌افزار عبارت است از وسایل مربوط به عناصر اجزاء الکتریکی، بردهای الکترونیکی، دستگاه‌های جانبی و تجهیزاتی که یک سیستم کامپیوتری را شکل می‌دهند. به بیان ساده، به کلیه اجزای فیزیکی و قابل لمس کامپیوتر سخت افزار گفته می‌شود (همان، ص 52). نرم‌افزار هم برنامه‌های کامپیوتری و دستورهای است که موجب فعال شدن سخت‌افزار می‌شود. سیستم مخابراتی به شبکه هدفمندی گفته می‌شود که در انتقال داده‌ها به کار می‌رود. سیستم‌های 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 گیرنده که سیگنال را دریافت نموده و آن را به اطلاعات قابل استفاده تبدیل می‌کند. برای نمونه، دکل رادیویی در ارسال‌های رادیویی، شامل یک رادیوی فرستنده، فضای آزاد به عنوان کانال مخابراتی و رادیوی گیرنده است. به گونه ساده، منظور از سامانه رایانه‌ای، 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 در برگیرد. سامانه مخابراتی هم وسایل ارتباط از راه دور است (ترکی، پیشین، ص 14).

پیش از تعریف حامل‌های داده باید «داده» را تعریف نمود. بر اساس بند الف ماده دو قانون تجارت الکترونیکی «داده پیام» (Data Message) هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید،

ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می شود». بند ب ماده 39 قانون ج.ر.نیز با این عبارت «دسترسی به حامل های داده از قبیل دیسک ها یا لوح های فشرده یا کارت های حافظه» به نمونه هایی از حامل داده اشاره می نماید. بنابراین، هر چیزی که بتواند داده پیام را در خود ذخیره و آن را قابل حمل نماید، حامل داده نامیده می شود. همانگونه که پیشتر نیز گفته شد، مطابق تبصره چهار ماده یاد شده محتویاتی که به وسیله سیستم های رایانه ای، مخابراتی یا حامل های داده موضوع رفتار مجرمانه قرار می گیرند، باید مستهجن باشند.

نتیجه: رفتارهای مجرمانه این ماده از جرائم مطلق شمرده می شوند (قدسی، 1389، ص 122). زیرا صرف انجام آن ها، منجر به تحقق جرم می گردد. یعنی پس از انجام عنصر مادی، نیازی نیست در انتظار نتیجه ای از آن رفتارها باشیم خواه در عمل منتهی به نتیجه ای گردد یا نه. 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. همچنین صرف تولید محتویات مستهجن یا تکثیر یک لوح فشرده کافی است و نیازی نیست که مرتکب اقدام به دیدن یا فروش آن نماید. در خصوص معامله محتویات مستهجن باید گفت که صرف معامله شفاهی یا کتبی کفایت نمی کند. یعنی اگر الف و ب بر اساس قراردادی، صد عدد لوح فشرده با محتویات مستهجن معامله نمایند، بدون اینکه هیچ لوحی بین طرفین داد و ستد شود، جرم محقق نمی شود. بنابراین معامله محتویات مستهجن اشاره به داد و ستد فیزیکی محتویات مستهجن دارد. یعنی رفتار مجرمانه طرفین باید در بردارنده داد و ستد محتویات مستهجن یا مبتدل باشد نه نتیجه حاصل از معامله.

5. عنصر معنوی: در خصوص عنصر معنوی رفتارهای مجرمانه موضوع ماده چهارده باید میان دو دسته از رفتارها تفاوت گذاشت. دسته اول جرائمی هستند که نیاز به سوء نیت خاص ندارند. این جرائم عبارتند از ارسال، انتشار، توزیع و معامله محتویات مستهجن و

مبتذل. دسته دوم جرائمی هستند که نیاز به سوء نیت خاص دارند. این جرائم عبارتند از تولید، ذخیره یا نگهداری به قصد ارسال، انتشار یا تجارت. در خصوص جرائم دسته اول، مرتکب باید سوء نیت عام داشته باشد و بداند که محتویات موضوع رفتار وی مستهجن یا مبتذل است. بنابراین صرف قصد تولید، ارسال، توزیع، انتشار و معامله این محتویات با آگاهی از مستهجن یا مبتذل بودن آن برای تحقق جرم جزء عنصر معنوی مرتکب است. البته مرتکب باید بداند که وی در حال انجام این رفتارهای مجرمانه از طریق سیستم‌های رایانه‌ای، مخابراتی یا حامل‌های داده است. در جرائم دسته دوم، علاوه بر آگاهی‌های بالا، مرتکب باید سوء نیت خاص داشته باشد. این سوء نیت عبارت است از قصد ارسال، انتشار یا تجارت که سوء نیت خاص جرائم تولید، ذخیره یا نگهداری می‌باشد. بنابراین اگر شخصی بدون داشتن چنین قصدی اقدام به ذخیره کردن یا نگهداری محتویات مستهجن یا مبتذل نماید از قلمرو ماده چهارده خارج خواهد بود.

بخش دوم- تعامل‌ها

در بخش پیش، قلمرو قانونی برخی رفتارهای مجرمانه دو قانون س.ب و ج.ر را روشن کردیم. این رفتارهای مجرمانه، دارای ویژگی‌ها و شرایطی برای تحقق هستند که بدون آن‌ها، رفتار مجرمانه ارتكابی از قلمرو آن ماده خارج می‌شود و ممکن است براساس ماده دیگری جرم‌انگاری شده باشد یا اصلاً جرم شناخته نشود. حال در این بخش به بررسی این موضوع پردازیم که قلمروهای یاد شده در چه مواردی با یکدیگر تعارض یا همپوشانی پیدا می‌کنند. یعنی آیا ممکن است رفتاری در عین حال که از رفتارهای مجرمانه قانون س.ب است، بر اساس قانون ج.ر نیز جرم شناخته شود؟ در صورتی که این دو قانون همپوشانی داشته باشند، شیوه حل تعارض چگونه است؟ برای یافتن پاسخ این پرسش‌ها باید موضوع مواد مورد نظر، رفتارهای مجرمانه و شرایط تحقق هر یک بررسی شود تا همسانی یا ناهمسانی این مواد روشن گردد. پیشتر باید این نکته را یادآور شد که همه جرائم موضوع پژوهش عمدی شمرده می‌شوند (ترکی، 1389، ص 30).

1. موضوع جرم: یکی از مواردی که ممکن است میان قلمروهای مقررات قانونی

همپوشانی ایجاد کند، موضوع مواد قانونی است. موضوع جرائم مواد سه، چهار و پنج قانون س.ب آثار مبتذل و مستهجن می باشد و موضوع مواد چهارده و پانزده قانون ج.ر.م محتویات مبتذل و مستهجن است. بنابراین به نظر می رسد موضوع مواد اخیر، گسترده تر از موضوع مواد سه، چهار و پنج می باشد، زیرا در یکی به آثار مستهجن و مبتذل و در دیگری به محتویات مستهجن و مبتذل اشاره شده است. بر اساس تبصره یک بند ب ماده سه قانون س.ب، آثار مبتذل به آثاری گفته می شود که دارای صحنه ها و صور قبیحه بوده و مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه گیری نماید و بر اساس تبصره شش بند الف ماده سه، آثار مستهجن به آثاری گفته می شود که محتوای آن ها نمایش برهنگی زن و مرد و یا اندام تناسلی و یا نمایش آمیزش جنسی باشد. همانطور که پیشتر گفته شد، نه تنها در این تبصره ها از واژه آثار استفاده شده که مفهوم قانونی خاصی دارد، بلکه مقید به آثار سمعی و بصری نیز شده است. یعنی موضوع مواد چهار و پنج هم باید عنوان اثر داشته باشد و هم اثری سمعی یا بصری باشد و در نتیجه، آثار غیر سمعی و بصری از شمول این مواد خارج است که از جمله می توان به کتاب و هنرهای دستی اشاره نمود. بر اساس تبصره یک ماده چهارده، محتویات و آثار مبتذل به آثاری اطلاق می گردد که دارای صحنه ها و صور قبیحه باشد. با توجه به این تعریف، باید گفت که قید «مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه گیری نماید» در این تبصره نیامده است و هر چند به آثار اشاره شده، اما واژه «محتویات» هم به کار رفته که گسترده تر از آثار است و می توان گفت که این تبصره از دو جهت آزاد است:

الف) موضوع این تبصره علاوه بر آثار سمعی و بصری چون لوح فشرده، فیلم و تصویر، آثار غیر سمعی و بصری را نیز در برمی گیرد مانند هنرهای دستی و کتاب؛

ب) نیازی نیست که محتوای این آثار، مضمونی مخالف شریعت اسلامی داشته و آن را نتیجه‌گیری یا تبلیغ نماید. یعنی ممکن است محتوایی خلاف عرف و اخلاق اجتماعی داشته باشد و یا اصلاً مخالف شریعت اسلامی باشد اما آن را تبلیغ یا نتیجه‌گیری ننماید.

بنابراین، میان ماده سه، چهار و پنج با ماده چهارده و پانزده رابطه عموم و خصوص مطلق از لحاظ موضوع مجرمانه وجود دارد. یعنی مواد چهارده و پانزده علاوه بر اینکه مصداق‌های موضوعی ماده چهار و پنج را در برمی‌گیرد، مصداق‌های دیگری نیز دارد که از شمول آن مواد خارج است. در نتیجه، تنها در این نمونه‌های همسان، می‌توان، این مواد را همپوشان دانست.

2. مرتکب: با توجه به اینکه در هر چهار ماده، واژه «هرکس» به کار رفته است، ویژگی خاصی در مرتکب شرط نیست و بنابراین می‌توان گفت که در این جنبه نیز این مواد یکسان هستند و با همسانی دیگر شرایط، قلمروهای همپوشانی را ایجاد نمایند.

3. رفتار مجرمانه: بسیاری از رفتارهای مجرمانه مقررات موضوع پژوهش که خلاف عفت و اخلاق عمومی هم شمرده می‌شوند، زیر مجموعه پورنوگرافی یا هرزه‌نگاری قرار می‌گیرند. پورنوگرافی به معنی محتویاتی است که به قصد تحریک جنسی ارائه می‌شود (قدسی، پیشین، ص 128). رفتارهای مجرمانه ماده سه را می‌توان از مصداق هرزه‌نگاری شمرد، این رفتارها عبارتند از: تولید، توزیع، تکثیر و نگهداری آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل. البته در خصوص آثار مستهجن از واژه «تولید» و در خصوص آثار مبتذل از واژه تهیه استفاده شده است و به نظر می‌رسد که رفتارهای متفاوتی هستند. رفتار مجرمانه موضوع ماده چهار، تهدید به افشاء و انتشار آثار سمعی و بصری مبتذل یا مستهجن منتهی به زنا یا دیگر عمل منافعی عفت است. همچنین رفتارهای مجرمانه موضوع ماده پنج عبارتند از: تهدید به وسیله آثار مستهجن؛ تهیه فیلم یا عکس؛ تهیه مخفیانه فیلم یا عکس مبتذل.

از دیگر نمونه‌های پورنوگرافی، رفتارهای مجرمانه موضوع ماده چهارده می‌باشند که عبارتند از: تولید، ارسال، انتشار، توزیع، معامله، ذخیره و نگهداری. در این ماده از یک سو،

رفتارهای مجرمانه ارسال، انتشار، معامله و ذخیره جرم‌انگاری شده که در ماده سه نیامده است و از دیگر سو، در ماده سه از واژه تکثیر و در ماده چهارده از واژه انتشار استفاده شده است که به نظر می‌رسد دو رفتار جداگانه شمرده می‌شوند. یعنی انتشار در ماده سه جرم‌انگاری نشده و در مقابل تکثیر در ماده چهارده، البته اینگونه نیز می‌توان گفت که هر دو به یک معنا هستند و حسب موضوع در جای مناسب به کار می‌روند، مثلاً در خصوص لوح فشرده از واژه تکثیر و در خصوص کتاب از واژه انتشار به معنی چاپ استفاده می‌شود. با این تحلیل پخش این آثار را باید در واژه توزیع جستجو نمود که در هر دو ماده آمده است. همچنین باید گفت که میان بندهای ب و ج ماده پنج در خصوص تهیه با ماده چهارده همپوشانی‌هایی وجود دارد، زیرا هر دو به تهیه آثار مبتذل اشاره دارند. بنابراین می‌توان گفت که قلمرو ماده چهارده گسترده‌تر از ماده سه می‌باشد و همه مصداق‌های این ماده را در بر می‌گیرد. بنابراین در خصوص این مصداق‌ها میان این دو ماده همپوشانی وجود دارد.

رفتارهای مجرمانه موضوع ماده پانزده عبارتند از: تحریک، ترغیب، تهدید، تطمیع، فریب، تسهیل، آموزش و دعوت. با توجه به این ماده، باید گفت که در ماده پانزده قانون ج.ر. و چهار و پنج قانون س.ب تهدید تنها رفتار مجرمانه مشترک است، هر چند شرایط تحقق آن متفاوت است. بنابراین، قلمرو ماده پانزده بسیار گسترده‌تر از ماده پنج است و تنها در خصوص رفتار مجرمانه تهدید همپوشانی وجود دارد که شرایط تحقق متفاوت، این همسانی را نیز از میان می‌برد. همچنین رفتار مجرمانه نگهداری آثار مستهجن و مبتذل هم در تبصره دو ماده سه ق.س.ب و هم در ماده چهارده ق.ج.ر جرم می‌باشد.

در خصوص اجرای قاعده تعدد مادی جرم درباره رفتارهای مجرمانه بالا برخی بر این باور هستند که «هر کس هر یک از رفتارهای پنج‌گانه (تولید، ذخیره و نگهداری، انتشار، توزیع و معامله) را انجام دهد مانند اینکه محتوای هرزه را به قصد تجارت انباشت کند و محتوای دیگری را نیز پخش کند دو رفتار جداگانه انجام داده و چون ضابطه تعدد مادی

همسان، انجام رفتارهای هم سنخ در یک ماده قانونی است، رفتارش با تعدد مادی مشابه سازگار است و ...». اما به نظر می‌رسد، مرتکب چنین رفتارهایی مشمول قاعده تعدد مادی جرم از نوع ناهمسان یا مختلف است و تفاوت روشنی میان انتشار با نگهداری یا تولید وجود دارد و استدلال نویسنده فوق با استفاده از قیاس به رفتارهای گوناگون خیانت در امانت به عنوان رفتارهای مشابه نادرست است (ر.ک: عابد، 1391، ص 34).

4. شرایط تحقق: با بررسی پنج ماده یاد شده، همپوشانی‌هایی میان آن‌ها یافت شد که رفتارهای مجرمانه یکسانی را جرم‌انگاری نموده بودند. چنانچه شرایط تحقق این رفتارها یا عنصر معنی آن‌ها نیز یکسان باشد با تعارض مواد قانونی روبرو خواهیم بود که شیوه حل آن مبتنی بر قاعده عام و خاص یا زمان تصویب است. پیش از رسیدن به این وضعیت، لازم است شرایط تحقق این رفتارهای مجرمانه را بررسی کنیم.

مهم‌ترین شرطی که میان رفتارهای مجرمانه ماده سه و چهارده و پانزده تفاوت ایجاد می‌کند، شیوه ارتکاب است. بر اساس ماده چهارده، مرتکب باید به وسیله سیستم‌های رایانه‌ای، مخابراتی یا حامل‌های داده مرتکب جرم شود در حالی که در ماده سه از لحاظ شیوه ارتکاب جرم، قیدی وجود ندارد و مرتکب به هر نحو رفتارهای مقرر را انجام دهد، مجرم است. برای نمونه، تولید آثار مستهجن در هر دو ماده جرم‌انگاری شده است، اما اگر مرتکب از گذر سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی اقدام به تولید این آثار نماید، مشمول ماده چهارده خواهد شد. زیرا که این ماده از در این باره، نسبت به ماده سه خاص است. یعنی شرایط رفتار مرتکب، وی را مشمول ماده چهارده می‌نماید.

در تعامل تبصره دو ماده سه ق.س.ب و ماده چهارده ق.ج.ر در خصوص نگهداری باید گفت که در ظاهر تعارضی میان آن‌ها وجود دارد، زیرا ماده چهارده به نگهداری آثار مستهجن و مبتذل از طریق حامل‌های داده اشاره نموده و تبصره دو بند ب ماده سه نیز به نگهداری همان آثار در دیسکت، نوار و لوح فشرده اشاره نموده است و در بخش‌های

پیشین گفتیم که حامل‌های داده انواعی چون دیسکت یا لوح فشرده دارند (جاویدنیا، پیشین، ص 43).

برای حل این تعارض اینگونه می‌توان استدلال نمود که شیوه ارتکاب جرم در ماده چهارده عام است. یعنی نگهداری آثار مستهجن و مبتذل در ماده چهارده در همه انواع حامل‌های داده جرم است، در حالی که ماده سه تنها نگهداری آثار مستهجن و مبتذل در حامل‌های داده خاصی را جرم می‌داند. به عبارت دیگر، نوار، لوح فشرده و دیسکت، نمونه خاصی از حامل‌های داده هستند که به طور ویژه جرم‌انگاری شده‌اند. بنابراین، تبصره دو بند ب ماده سه مقرره‌ای خاص در برابر ماده چهارده است که نسبت به آن مقدم می‌شود (ن.ک: محمدی، 1385، ص 287).

همچنین، نگهداری ماده چهارده نیازمند سوء نیت خاص است. زیرا در ماده مقرر شده که به قصد تجارت، انتشار یا تولید نگهداری نماید. بنابراین اگر مرتکب سوء نیت خاص نداشته باشد، مشمول این ماده نمی‌شود و اگر در غیر از دیسکت یا نوار و لوح فشرده باشد، از شمول ماده سه نیز خارج می‌باشد. در نتیجه می‌توان گفت که نگهداری آثار مبتذل و مستهجن بدون قصد تجارت، انتشار، تولید یا ذخیره در غیر از نوار، دیسکت و لوح فشرده جرم نیست، مگر اینکه موضوع را مشمول ماده 640 ق.م.ا بدانیم که استناد به این ماده هم صحیح نیست. زیرا هر چند به اعتقاد برخی ماده سه ق.س.ب رأی وحدت رویه شماره 654 مورخ 78/9/23 - که نگهداری به قصد تجارت و توزیع را جرم می‌دانست و نگهداری شخصی را از شمول مقررات کیفری خارج ساخت - منسوخ می‌دانند اما به نظر می‌رسد این رأی وحدت رویه نسخ نشده است. زیرا آن رأی وحدت رویه نگهداری شخصی را جرم نمی‌داند و ماده سه هم تنها نگهداری در نوار، لوح فشرده و دیسکت را جرم می‌داند. پس اگر شخصی آثار مستهجن را در چیزی به جز این‌ها و به قصد شخصی نگهداری نماید، نه تنها مشمول ماده سه و چهارده نمی‌شود، بلکه به استناد رأی وحدت رویه مذکور مشمول ماده 640 ق.م.ا هم نخواهد شد. با این حال، برخی بر این باورند که «اگر نگهداری در فضای بیرونی مد نظر باشد، بزه رایانه‌ای نبوده و بر پایه ق.س.ب رفتار می‌شود...»

(عالی‌پور، 1390، ص 301). با توجه به استدلال‌های بالا، نادرستی این باور آشکار است و در ماده چهارده نیز به صراحت از حامل‌های داده نام برده شده که مهم‌ترین مصادیق آن لوح فشرده و دیسکت است.

در خصوص رفتار مجرمانه تهدید که مشترک میان مواد پانزده، چهار و پنج است باید گفت که تهدید موضوع ماده پانزده، تهدید از نوع معاونت است. زیرا مرتکب دیگری را تهدید به ارتکاب جرم می‌کند. یعنی الف شخص ب را تهدید می‌کند که به محتویات مستهجن دسترسی پیدا کند. به عبارت دیگر، ب به خاطر تهدید ناشی از سوی الف اقدام به تهیه یا نگهداری آثار مستهجن می‌کند یا حداقل از سوی وی تهدید به ارتکاب این رفتارها می‌شود. اما در ماده چهار، قربانی تحت چنان فشاری قرار می‌گیرد که مکره به زنا یا رابطه منافی عفت با تهدیدکننده می‌شود یا در اثر همان تهدید است که رابطه نامشروع برقرار می‌سازد. همچنین بر خلاف ماده پانزده، تهدید موضوع ماده چهار باید منتهی به رابطه نامشروع شود.

رفتار مجرمانه بند الف ماده پنج قانون س.ب که اشاره به وسیله تهدید قرار دادن آثار مستهجن دارد با تهدید موضوع ماده چهارده همپوشانی دارد. در هر دو ماده مرتکب اقدام به تهدید دیگری می‌کند، اما مهم‌ترین عاملی که تفاوت میان این رفتارها را آشکار می‌کند، عبارت «با سوء استفاده از آثار مبتذل و مستهجن» در ماده چهار قانون س.ب و «وسیله تهدید قرار دادن آثار مستهجن» در ماده پنج است. در تهدید ماده پانزده، هیچ‌گونه استفاده‌ای از آثار مبتذل یا مستهجن برای تهدید صورت نمی‌گیرد، بلکه تهدید فرد برای دستیابی به آن‌هاست اما در ماده چهار و پنج تهدید به وسیله آن آثار صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، در ماده پانزده، تهدید برای دستیابی به آثار مستهجن و در ماده چهار و پنج تهدید به وسیله آثار مستهجن برای انجام رفتار دیگری از سوی تهدید شونده است.

هر چند که در خصوص عنصر معنوی و نتیجه مجرمانه نیز تفاوت‌های مهمی میان این پنج ماده وجود دارد، اما با توجه به تفاوت در شیوه ارتکاب جرم در ماده چهارده و پانزده

که به کارگیری سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی شرط تحقق جرم است، نیازی به بررسی دیگر عوامل تفاوت ساز نیست.

با وجود استدلال‌های بالا، تعارض میان ماده سه و چهارده همچنان پایدار است. زیرا در ماده ده قانون سمعی و بصری مقرر شده است که انتشار آثار مستهجن و مبتذل از طریق ارتباطات الکترونیکی و سایت‌های کامپیوتری از مصادیق تکثیر و انتشار می‌باشد. برای روشن شدن این تعارض موضوع را با بازنویسی این دو ماده بیان می‌کنیم:

ماده چهارده: «هر کس به وسیله سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی...محتویات مستهجن... یا مبتذل را... منتشر کند...».

ماده سه و ده: «انتشار آثار مستهجن و مبتذل از طریق ارتباطات الکترونیکی و سایت‌های کامپیوتری از مصادیق انتشار محسوب و... محکوم می‌شود». بنابراین می‌توان گفت که:

- رفتار مجرمانه مشترک میان ماده 3 و چهارده انتشار است.
- موضوع مشترک این دو ماده آثار مستهجن و مبتذل است.
- شیوه ارتکاب مشترک نیز ارتکاب جرم از طریق ارتباطات الکترونیکی و سایت‌های کامپیوتری است. یعنی در ماده سه مرتکب باید از طریق ارتباطات الکترونیکی و سایت‌های کامپیوتری جرم را انجام دهد و در ماده چهارده از طریق سیستم‌های رایانه‌ای، مخابراتی یا حامل‌های داده. بنابراین اگر کسی اقدام به انتشار آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل از طریق ارتباطات الکترونیکی نماید هم مشمول قانون س.ب و هم قانون ج.ر می‌شود. برای حل این تعارض می‌توان اینگونه استدلال کرد:

- هر چند موضوع مشترک این دو ماده آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل است اما در بخش‌های پیشین دیدیم که تعریف آثار مستهجن و مبتذل در این دو قانون متفاوت است. زیرا در قانون جرائم رایانه‌ای به محتویات مستهجن یا مبتذل اشاره شده است اما در قانون سمعی و بصری به آثار مستهجن یا مبتذل. همچنین آثار مبتذل باید مضمونی مخالف

شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه‌گیری نماید. بنابراین، قیدهای قانون سمعی و بصری بر این آثار، موضوع جرم این قانون را خاص می‌کند. یعنی این قانون، آثار خاصی را مورد توجه قرار داده است و در مقایسه با قانون جرائم رایانه‌ای خاص شمرده می‌شود. قانون خاص نیز بر عام مقدم است.

- بر اساس ماده سه و ده نیز شیوه ارتکاب جرم در قانون سمعی و بصری محدودتر از قانون جرائم رایانه‌ای است. زیرا ماده چهارده قانون ج.ر. ارتکاب جرم از طریق سیستم‌های رایانه‌ای، مخابراتی یا حامل‌های داده را در نظر دارد و ماده سه به ارتکاب جرم از طریق ارتباطات الکترونیکی و سایت‌های کامپیوتری اشاره می‌کند. به دیگر روی، ماده چهارده در خصوص شیوه ارتکاب جرم عام است و همه مصادیق ارتکاب جرم در بسترهای الکترونیکی را در برمی‌گیرد، اما ماده ده به مصادیق خاصی اشاره می‌کند. زیرا ارتباطات الکترونیکی یا سایت‌های کامپیوتری مصداق‌های خاصی از سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی هستند. بنابراین در شیوه ارتکاب جرم هم خاص بر عام مقدم است.

- همچنین می‌توان استدلال نمود که قانون جرائم رایانه‌ای با توجه به مقرراتی که دارد و همانطور که از نامش پیداست، بیشتر بر شیوه ارتکاب جرم تمرکز دارد اما قانون سمعی و بصری بر موضوع جرم توجه دارد. روشن است که موضوع جرم مهمتر از شیوه ارتکاب آن است. یعنی وقتی قانونی به طور خاص به جرم‌انگاری موضوع ویژه‌ای پرداخته است، مقدم بر قانون دیگری است که به موضوع جرم توجهی ندارد، بلکه شیوه ارتکاب جرم را مورد توجه قرار داده است.

- با توجه به این استدلال‌ها، می‌توان گفت که قانون سمعی و بصری مصداق‌های خاصی از انتشار را جرم‌انگاری نموده و شیوه ارتکاب ویژه‌ای را مد نظر قرار داده است و در برابر قانون جرائم رایانه‌ای خاص شمرده می‌شود. و بر طبق اصول حقوقی، خاص بر عام مقدم است.

نتیجه گیری

در دو بخش این مقاله به بررسی موضوع و شیوه ارتکاب جرم در دو قانون پرداختیم: یکی موضوع محور و دیگری شیوه محور. موضوع رفتارهای مجرمانه آمده در قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیر مجاز می نمایند، آثار سمعی و بصری غیر مجاز است. تمام توجه قانونگذار در این قانون - با توجه به رخدادهای اجتماعی آسیب رسان دو دهه پیش - به انواع آثار سمعی و بصری، تولید، توزیع، تکثیر و... است و شیوه ارتکاب آن مورد توجه نیست. موضوع رفتار مجرمانه مرتکبان در این قانون آثار سمعی و بصری است. در برابر، قانون جرائم رایانه ای، موضوع های مجرمانه گوناگونی را با خود به همراه دارد. بیشتر توجه این قانون بر شیوه ارتکاب جرائم سنتی از طریق سیستم های رایانه ای و مخابراتی و در بستر فضای سایبر است. به دیگر روی، شاید یکی از دلایل گرایش قانونگذار به تصویب چنین قانونی، گسترش چشمگیر فناوری اطلاعات در زندگی مردم و ناکارآمدی مقررات پیشین برای حمایت قانونی از این عرصه بود.

این دو قانون در سه بخش موضوع، رفتار مجرمانه و شیوه ارتکاب جرم به یکدیگر پیوند می خورند: از یک سو در قانون سمعی و بصری، رفتارهایی جرم انگاری شده اند که در قانون جرائم رایانه ای نیز وجود دارد مانند تولید، توزیع، تکثیر و انتشار. از سوی دیگر، موضوع قانون سمعی و بصری آثار غیر مجاز است و برخی از مصادیق آن، آثار مستهجن و مبتذل است که در قانون جرائم رایانه ای موضوع برخی از جرائم را تشکیل می دهد. همچنین، شیوه ارتکاب برخی از جرائم در هر دو قانون مشترک است. ارتکاب رفتارهای مجرمانه تکثیر و انتشار آثار سمعی و بصری مستهجن موضوع مشترکی است که از طریق سیستم های رایانه ای و مخابراتی قابل ارتکاب است. چنین اشتراک هایی موجب تعارض هایی در اجرای قانون شده است. ضرورت رفع این تعارض در این است که اجرای هر یک از این دو قانون نسبت به مرتکب، در میزان مجازات و دادگاه صالح (انقلاب، عمومی) مؤثر است.

در راستای حل این تعارض، استدلال‌های گوناگونی مطرح شد که همگی تقدم را بر قانون سمعی و بصری در برخی از زمینه‌ها می‌دهند. زیرا این قانون از سه جنبه موضوع، شیوه ارتکاب و هدف قانونگذار، نسبت به قانون جرائم رایانه‌ای قانون خاص شمرده می‌شود و بر آن مقدم است.

فهرست منابع

الف - کتاب

- 1- جاوید نیا، جواد، (1387)، **جرائم تجارت الکترونیکی**، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی.
- 2- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (1388)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ بیست و دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- 3- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (1389)، **بسیط در ترمینولوژی حقوق**، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- 4- دهخدا، علی‌اکبر، (1383)، **لوح فشرده لغت نامه دهخدا**، روایت سوم، تهران، انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- 5- دیلمی، احمد، (1387)، **اخلاق اسلامی**، چاپ اول، تهران، تهران، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی.
- 6- شکری، رضا و دیگران، (1382)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ دوم، تهران، نشر مهاجر.
- 7- عالی‌پور، حسن، (1388)، **جرم‌های مرتبط با محتوا: محتوای سیاه فناوری اطلاعات در مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری**، تهران، نشر سلسیل.

- 8- عالی پور، حسن، (1390)، **حقوق کیفری فناوری اطلاعات**، تهران، انتشارات خرسندی.
- 9- علی آبادی، عبدالحسین، (1385)، **حقوق جنایی**، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات فردوسی.
- 10- علیدوست، ابوالقاسم، (1388)، **فقه و مصلحت**، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- 11- فیلیپس، ویلیام، (1390)، **مبانی سینما**، مترجم: رحیم قاسمیان، تهران، نشر ساقی.
- 12- محسنی، مرتضی، (1382)، **دوره حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، نشر گنج دانش.
- 13- محمدی، ابوالحسن، (1390)، **مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه**، چاپ چهل و سوم، تهران، نشر دانشگاه تهران.
- 14- میر محمد صادقی، (1387)، **حسین، جرائم علیه اشخاص**، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.

ب- مجله

- 1- انیسی حماسه، زهرا، (1389) **امضای دیجیتال راهکاری مؤثر در پیشگیری از جرائم رایانه ای**، ماهنامه عصر فناوری اطلاعات، شماره 56.
- 2- ترکی، غلامعباس، (1388)، **نگرشی علمی و کاربردی به قانون جرائم رایانه ای**، ماهنامه دادرسی، سال سیزدهم، شماره 78.
- 3- ترکی، غلامعباس، (فروردین و اردیبهشت 1389)، **نگرش علمی و کاربردی به قانون جرائم رایانه ای (قسمت سوم)**، ماهنامه دادرسی، سال چهاردهم، شماره 79.
- 4- ترکی، غلامعباس، (1389)، **نگرش علمی و کاربردی به قانون جرائم رایانه ای**، ماهنامه دادرسی، شماره 82.

- 5- ضیایی، یاسر، (1388)، **جرائم مربوط به امور سمعی و بصری**، ماهنامه اصلاح و تربیت، شماره 94.
- 6- عابد، رسول، (1391)، **ضابطه‌ای برای اختلاف جرائم در اعمال قاعده تعدد مادی جرم**، ماهنامه پیام آموزش معاونت آموزش قوه قضاییه، شماره 54.
- 7- فریبرز، الهام، (1390)، **سیر تحول قوانین مرتبط با جرائم رایانه‌ای در ایران و جهان**، فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، سال هفتم، شماره بیست و هفتم.
- 8- قدسی، زهرا و ابوالحسن مجتهد سلیمانی، (1389)، **جرائم رایانه‌ای علیه اخلاق و عفت در حریم خانواده به ویژه جرم قوادی و هرزه‌نگاری**، دو فصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، سال پانزدهم، شماره 53.