

پاسخ کیفری در قبال هرزه‌نگاری سایبری در اسناد بین‌المللی و قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸

علیرضا تقی‌پور*

مرتضی زرینه**

چکیده

هرزه‌نگاری به عنوان یکی از مصادیق جرایم رایانه‌ای، محتویاتی را در بر می‌گیرد که عمدتاً به قصد تحریک و برانگیختگی جنسی تولید، منتشر، نگهداری و معامله می‌شود. با پیدایش اینترنت، ضمن خارج شدن هرزه‌نگاری از حالت سنتی که به صورت کتاب، مجله و نقاشی جلوه‌گر می‌شود، ابزار کارآمدی نیز برای سوءاستفاده‌کنندگان جنسی پدید آمد. گسترش روزافزون هرزه‌نگاری در فضای سایبر به عنوان یک فضای امن برای مرتکبان و پیامدهای مخرب آن باعث تصویب اسنادی در سطح جهانی و منطقه‌ای گردید. در اسناد مزبور، با ارائه تعریفی از هرزه‌نگاری و مصادیق متعدد آن تلاش شده که به منظور مبارزه مؤثر با این پدیده، معیارهای جامع و یکنواختی به کشورهای جهان معرفی شود. در مقاله حاضر به شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی با در نظر گرفتن اسناد بین‌المللی و با هدف مقایسه آن با قانون مصوب مجلس ایران در زمینه جرایم رایانه‌ای به این نتیجه دست یافته‌ایم که هر چند قانون‌گذار ایران تلاش نموده در جهت مقابله با هرزه‌نگاری گام‌هایی بردارد، اما مبهم و جامع نبودن برخی عبارات، مانند مستهجن و مبتذل، وضع مجازات‌هایی خفیف با توجه به خطرات ناشی از مصادیق متعدد هرزه‌نگاری، برقراری مجازات یکسان برای مرتکبان بدون توجه به وضعیت سنی بزه‌دیده، نادیده گرفته شدن نقش والدین و سرپرستان اطفال در ارتکاب جرم به عنوان یک کیفیت مشدده و عدم پیش‌بینی شروع به جرم برای مصادیق مزبور، باعث گردیده که قانون مزبور نتواند به نحو مؤثری از عهده مقابله با هرزه‌نگاری در فضای سایبر بر آید.

کلیدواژه‌ها: هرزه‌نگاری، اینترنت، اسناد بین‌المللی، مجازات.

arlaw2009@yahoo.com

* عضو هیأت علمی دانشگاه بوعلی سینا همدان (نویسنده مسئول)

morteza.zarrine@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۸/۱۶ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۱۰

هرزه‌نگاری از سالیان نخست زندگی انسان وجود داشته است و می‌توان شواهدی از آن را به عنوان مثال نقاشی بر روی دیوار یا کوزه سفالی در طول تاریخ یافت.^۱ سیر تحول مجرمانه هرزه‌نگاری بیانگر تغییر الگوی آن از مجلات و نشریات خاص این‌گونه امور به فیلم و تصاویر متحرک در فضای مجازی است. ظهور اینترنت با تمام جنبه‌های مثبت و منفی آن به نحو برجسته و غیرقابل برگشتی باعث تغییر روابط متقابل اعضای جامعه شده است که یکی از جنبه‌های منفی دسترسی به اینترنت، انتشار هرزه‌نگاری است. قابلیت دسترسی آسان کاربران، استطاعت در پرداخت بهای آن و ناشناس ماندن مصرف‌کنندگان از مهم‌ترین شاخصه‌هایی است که باعث اشاعه هرزه‌نگاری و افزایش انگیزه انتشار دهندگان آن در جهت کسب منافع مادی گردیده است.

هرزه‌نگاری به عنوان یکی از جرایم مرتبط با محتوا به معنای انتشار محتویات جرایم یا فعالیت‌های جنسی در فضای مجازی^۲ ریشه در واژه یونانی پورنوگرافوس داشته و ترکیبی از *porne* به معنای فاحشگی و *graphein* به معنای نوشتن و مجموعاً فاحشه‌نگاری و توصیف روسپی‌ها است.^۳ تعاریف متعددی از هرزه‌نگاری به عمل آمده است. به عنوان مثال، در معرض نمایش گذاشتن عمل جنسی یا تصاویر تحریک‌کننده که هیچ‌گونه ارزش ادبی یا هنری نداشته باشد.^۴ بدین ترتیب، به نمایش گذاشتن زن برهنه به عنوان مدل نقاشی در اینترنت با توجه به تعریف مزبور نمی‌تواند مشمول عنوان هرزه‌نگاری قرار گیرد. در تعریف دیگری، توصیف و نمایش آشکار اندام تناسلی و فعالیت‌های جنسی شامل آمیزش از طریق واژن، مقعد و دهان و نیز آمیزش حیوان با حیوان و حیوان با انسان به هدف ایجاد یا افزایش افکار و خیال‌پردازی‌های جنسی^۵ و یا برانگیختگی احساسات جنسی^۶ هرزه‌نگاری نامیده شده است. مجدداً طبق این تعریف

1. Gottfried, Ted, *Censorship*, Marshal Cavendish, 2006, p. 29.
2. Schwabach, Aaron, *Internet and the Law: Technology, Society and Compromises*, Second Edition, ABC-Clio, 2014, p. 105.
3. Flowers, Barri, *Sex Crimes: Perpetrators, Predators, Prostitutes and Victims*, Second Edition, Charles Thomas Publishers, 2006, p. 116.
4. Berger, Fred, "Pornography, Sex and Censorship", *Social Theory and Practice*, vol. 4, 1977, p. 184.
5. Hald, Gert; and Neil Malamuth, "Self-Perceived Effects of Pornography Consumption", *Archives of Sexual Behavior*, vol. 37, 2008, p. 616.
6. Short, Mary; et al, "A Review of Internet Pornography Use Research: Methodology and Content from the Past 10 Years", *Cyber psychology, Behavior and Social Networking*, vol. 15, 2012, p. 21.

نیز مدل نقاشی قرار گرفتن و یا حتی ایفای نقش به صورت برهنه در یک فیلم سینمایی انتشار یافته در اینترنت نمی‌تواند هرزه‌نگاری تلقی شود.

در برخی از تعاریف، دیدگاه مضیقی در نظر گرفته شده است. بدین گونه که وجود آمیزش جنسی در تصاویر و فیلم‌ها^۱ و وجود ویژگی تحقیر زن و بهره‌کشی جنسی از وی در تعریف هرزه‌نگاری^۲ الزام‌آور شناخته شده است. در نتیجه، نمایش اندام تناسلی بدون وجود آمیزش جنسی، آمیزش جنسی دو مرد با یکدیگر یا مرد با زن یا حیوان با حیوان بدون اینکه مستلزم تحقیر و بهره‌کشی جنسی از زن باشد، مشمول عنوان هرزه‌نگاری قرار نمی‌گیرد. اما به رغم تفاوت در تعاریف پیش‌گفته، در همه آنها یک امر یعنی ایجاد برانگیختگی جنسی در بیننده اشتراک نظر وجود دارد.

در مقاله حاضر که در دو گفتار تنظیم شده است، به دنبال پاسخ به این سؤال هستیم که اسناد بین‌المللی در زمینه هرزه‌نگاری در فضای مجازی یعنی جامع‌ترین آنها که عبارتند از کنوانسیون‌های مصوب شورای اروپا و کنوانسیون حقوق کودک چه مقرراتی را در جهت مقابله با این پدیده در نظر گرفته (بند نخست) و قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ (بند دوم) تا چه حد موفق به در نظر گرفتن مقررات جامعی در این زمینه شده است.

۱. هرزه‌نگاری در کنوانسیون‌های بین‌المللی

با عنایت به نقش عمده سیستم‌های رایانه‌ای در ابعاد مختلف زندگی بشر در سطح جهان و گسترش روزافزون جرایم رایانه‌ای در اغلب کشورها و توجه به ابعاد حقوقی این نوع جرایم در سطح بین‌المللی اغلب کشورها ناگزیر شده‌اند برای پیشگیری از شیوع این جرایم و کاهش اثرات نامطلوب آن به اتخاذ تدابیر ویژه و تصویب کنوانسیون‌های متعددی در این زمینه اقدام نمایند.

۱-۱. کنوانسیون‌های مصوب شورای اروپا

گسترش فناوری‌های جدید که از یک سو، بر حجم تولید و توزیع محصولات هرزه‌نگارانه افزوده و از سوی دیگر، سرعت انتقال این محتویات را افزایش داده و سبب

1. Traeen, Bente; Nilsen, Toril Sorheim; and Hein Stigum, "Use of Pornography in Traditional Media and on the Internet in Norway", *Journal of Sex Research*, vol. 43, 2006, p. 245.
2. Longino, Helen, "Pornography, Oppression and Freedom: A Closer Look", in: L. Lederer (ed.), *Take Back the Night: Women on Pornography*, New York William Morrow, 1980, p. 42.

سهولت دسترسی به آن شده است، لزوم تصویب یک سند بین‌المللی که بتواند باعث افزایش همکاری میان کشورها گردیده و پیشگیری و مقابله با هرزه‌نگاری را به نحو مطلوبی فراهم نماید، در میان کشورهای اروپایی آشکار ساخت. در سطح اروپا تاکنون دو سند در زمینه مبارزه با هرزه‌نگاری به تصویب رسیده که نخستین آن کنوانسیون راجع به جرایم سایبری است.

مراسم افتتاحیه جهت معرفی و امضای کنوانسیون مزبور در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۱ در بوداپست مجارستان برگزار گردید. این کنوانسیون در واقع نقطه عطفی در مبارزه علیه جرایم سایبری به شمار می‌رود که از اول جولای ۲۰۰۴ به مرحله اجرا گذاشته شد. برای تصویب آن، ابتدا کمیته اروپایی معضلات جرم در نوامبر ۱۹۹۶ تصمیم به ایجاد یک کمیته تخصصی گرفت. در ۴ فوریه ۱۹۹۷ کمیته مزبور مبادرت به تأسیس کمیته دیگری تحت عنوان متخصصین جرایم سایبری نمود که کار خود را در آوریل ۱۹۹۷ آغاز کرد. پیشنهاد این کمیته در ۸ نوامبر ۲۰۰۱ توسط کمیته نمایندگان شورای اروپا پذیرفته و در صدونهمین جلسه آن به تصویب رسید. این کنوانسیون تاکنون توسط ۴۲ کشور تصویب و کشورهای دیگری نیز مانند یونان، ترکیه و لهستان صرفاً مبادرت به امضای آن کرده که تاکنون به تصویب مراجع قانون‌گذاری آنها نرسیده است.^۱ همزمان با تصویب کنوانسیون، یک گزارش توجیهی نیز توسط شورای اروپا در همین زمینه، تهیه و به تصویب رسید. در مقدمه گزارش آمده است که مندرجات آن، تفسیر آمرانه و الزام‌آوری از کنوانسیون به شمار نمی‌رود؛ هر چند می‌تواند اجرای مقررات مندرج در آن را برای اعضا تسهیل نماید. بندهای ۹۱ تا ۱۰۶ این گزارش به ماده ۹ کنوانسیون که در ادامه به آن اشاره می‌شود، اختصاص یافته است. در بندهای ۹۱ و ۹۳ این‌گونه مقرر شده است که هر چند اکثر دولت‌ها، اشکال سنتی هرزه‌نگاری کودکان را در قوانین ملی خود، جرم‌انگاری کرده‌اند، اما با توجه به روند رو به رشد استفاده از اینترنت به عنوان یک ابزار اصلی برای تجارت هرزه‌نگاری، ماده ۹ به این دلیل وضع شده است تا دولت‌های عضو را به تنظیم مقررات جدید در قوانین ملی و تقویت اقداماتی در راستای حمایت از کودکان در برابر بهره‌کشی جنسی تشویق نماید.^۲

برخی معتقدند که کنوانسیون مزبور را می‌توان اولین سند بین‌المللی تلقی کرد که معیارهای هماهنگ و یکنواختی برای جنبه‌های متعدد جرایم اینترنتی فراهم کرده

1. Schjolberg, Stein, The History of Cybercrime: 1976-2014, Books on Demand, 2014, p. 74-75.
2. Chandra, Ramesh, Information Technology in 21st Century, Kalpaz Publications, 2003, p. 172.

است،^۱ به گونه‌ای که می‌تواند توسط کلیه کشورهای جهان در زمینه‌های متعدد به ویژه هرزه‌نگاری کودکان مورد استفاده قرار گیرد.^۲ در همین راستا و به رغم اینکه کنوانسیون در چارچوب شورای اروپا تنظیم شده، کشورهای ژاپن، کانادا و آفریقای جنوبی آن را امضاء و ایالات متحده آمریکا مورد تصویب قرار داده است.^۳

ماده ۹ کنوانسیون که به هرزه‌نگاری کودکان اختصاص یافته مقرر می‌دارد که هریک از اعضا باید قوانینی را در جهت جرم‌انگاری جرایمی که عامدانه و بدون حق ارتکاب می‌یابد پیش‌بینی نمایند. عبارت بدون حق به غیرقانونی معنا شده است.^۴ بدین ترتیب اگر خانواده‌ای طفل خود را در راستای جرایم مندرج در این کنوانسیون در اختیار افرادی قرار دهد، این امر ولو این که با رضایت خانواده بوده، غیرقانونی تلقی می‌شود. هر چند قانون می‌تواند انجام برخی رفتارها را بنا بر ملاحظاتمانند مقاصد علمی مجاز اعلام نماید.

مطابق جزء ۱ از بند ۱ ماده ۹، تهیه و تولید هرزه‌نگاری اطفال به قصد توزیع جرم محسوب می‌شود. به همین دلیل، اگر فردی صرفاً مبادرت به تهیه هرزه‌نگاری اطفال نماید بدون آن که سوءنیت خاص توزیع را داشته باشد، مشمول این بند قرار نمی‌گیرد. این در حالی است که همان گونه که برخی نیز معتقدند مبنای مبارزه با هرزه‌نگاری اطفال اصولاً احترام به شأن و منزلت کودک است^۵ و به همین دلیل، صرف تهیه و تولید هرزه‌نگاری که به صورت گوناگون قابل انجام است، باید در کنوانسیون لحاظ می‌گردد تا بدین وسیله بار اثبات جرم آسان‌تر شده و به عنوان یک عامل بازدارنده برای تولید هرزه‌نگاری به شمار می‌رود.

جزء ۲ از بند ۱، ارائه یا در دسترس قرار دادن هرزه‌نگاری را مطرح کرده است. این بند به نوعی تحریک دیگران به در اختیار گرفتن فیلم و تصاویر تولید شده است. بدین ترتیب، این بند را می‌توان معاونت به عنوان جرم مستقل در نظر گرفت. به این

1. Oddis, Dina, "Combating Child Pornography on the Internet: the Council of Europe's Convention on Cybercrime", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 16, 2002, p. 477.
2. Kalim, Alexander, "Addressing the Gap in International Instruments Governing Internet Child Pornography", *CommLaw Conspectus*, vol. 21, 2013, p. 441.
3. Van Der Aa, Suzan, "International (Cyber) Stalking: Impediments to Investigation and Prosecution", in: Rianne Letschert and Jan van Dijk (eds.), *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*, Springer, 2011, p. 210.
4. Boister, Neil, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, p. 116.
5. Keller, Perry, *European and International Media Law: Liberal Democracy, Trade and the New Media*, Oxford University Press, 2011, p. 375.

معنا که به رغم عدم سفارش برنامه از طرف مشتری، عمل ارائه‌کننده، جرم محسوب می‌شود. در نتیجه، لازم نیست که فیلم منتشر شود.^۱ به عبارت دیگر، ارائه قسمتی از یک فیلم و یا حتی تبلیغ آن نیز می‌تواند مشمول این بند قرار گیرد.

در جزء ۳ از بند ۱، توزیع یا انتقال هرزه‌نگاری اطفال پیش‌بینی شده است. از عبارات مزبور این‌گونه استنباط می‌شود که این جرم نیازمند نتیجه نبوده و جرم مطلقاً به شمار می‌رود. به همین دلیل، صرف انتقال فایل حاوی محتویات هرزه کافی است که عمل فرد را مشمول آن قرار دهد، ولو اینکه توسط مشتری، استفاده هم نشده باشد. اما الزاماً باید در دسترس یک فرد خاص یا هر فردی قرار گیرد که وارد یک سایت اینترنتی می‌شود. بنابراین، فایل مورد نظر می‌تواند ایمیل یا آپلود شود.

جزء‌های ۴ و ۵ بند ۱ به ترتیب راجع به فراهم آوردن هرزه‌نگاری اطفال برای خود یا دیگری و در اختیار داشتن هرزه‌نگاری اطفال است. بنابراین اگر کسی از طریق دانلود یک فیلم^۲ و یا ذخیره تصاویر هرزه‌نگاری، آن را برای خود یا دیگری فراهم آورد مشمول جزء ۴ قرار می‌گیرد هر چند فیلم یا تصاویر را مشاهده نکرده باشد. در زمینه در اختیار داشتن هرزه‌نگاری این نکته قابل ذکر است که اگر فردی تصاویر و فیلم‌های هرزه‌نگاری را تولید کرده باشد، می‌تواند مشمول عنوان نگهداری نیز قرار گیرد؛ هر چند همان‌گونه که مطرح شد، تهیه و تولید هرزه‌نگاری باید به قصد توزیع باشد. بدین‌سان ملاحظه می‌شود که غیر از جزء ۱ از بند ۱ که نیازمند سوءنیت خاص است، سایر اجزای بند ۱ واجد سوءنیت خاص شناخته نشده‌اند که می‌تواند باعث تسهیل در تعقیب و محکومیت شود.

هرزه‌نگاری کودکان وفق بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون، شامل آن دسته از محتویاتی است که به صورت قابل رویتی مواردی را که در ذیل این بند مطرح شده است، به تصویر می‌کشد. نخستین مورد به نمایش گذاشتن کودکی است که به وضوح در حال انجام عمل جنسی است. مطابق بند ۳ ماده ۹، کودک به فردی اطلاق می‌شود که سن وی زیر ۱۸ سال است. عمل جنسی شامل مصادیق متعددی مانند آمیزش جنسی از طریق واژن، مقعد، دهان و نیز استمناء، رفتارهای آزارگرایانه و آزارطلبانه و نمایش شهوات‌انگیز اندام تناسلی کودک شناخته شده است،^۳ فرقی نیز میان واقعی یا ساختگی

1. Clough, Jonathan, Principles of Cybercrime, Second Edition, Cambridge University Press, 2015, p. 330.
2. Akadeniz, Yaman, Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses, Routledge, 2016, p. 203.
3. Ost, Suzanne, Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses, Cambridge University Press, 2009, p. 227; Steel, Chad, Digital Child Pornography: A Practical Guide for Investigators, Lily Shiba Press, 2014, p. 34.

بودن مصادیق فوق‌الذکر وجود ندارد.^۱ بدین ترتیب، هر گونه نقاشی، عکس، تصویر، فیلم و انیمیشن مشمول ماده ۹ قرار می‌گیرد. آمیزش با حیوانات نیز داخل در تعریف دانسته شده است.^۲ تفسیر اخیرالذکر منطبق با بند ۱۰۰ از گزارش توجیهی منضم به کنوانسیون جرایم سایبری است.

بر مبنای برخی از تفاسیر، نمایش کودکان برهنه از شمول ماده ۹ کنوانسیون خارج دانسته شده است،^۳ اما همان گونه که مطرح شد زمانی که نمایش شهوات‌انگیز اندام تناسلی کودکان می‌تواند مصداق عمل جنسی در نظر گرفته شود، نمایش کودکان برهنه را نیز می‌توان ذیل ماده ۹ قرار داد؛ به شرط اینکه نحوه پخش و نمایش آن را بتوان شهوات‌انگیز تلقی نمود. همچنین مالیدن اندام تناسلی را نیز می‌توان به عنوان مصداق دیگری از عمل جنسی معرفی کرد. اما فایل‌های صوتی که حاوی توصیف آمیزش جنسی کودک با بزرگسال باشد به دلیل عبارت مندرج در بند ۲ هرزه‌نگاری کودکان شناخته نمی‌شود. همچنین نمایش حرکات دست و پا که صرفاً تحریک برانگیز بوده و به وضوح حاکی از عمل جنسی نباشد، از شمول ماده ۹ خارج است.

مورد دوم از بند ۲ به شخصی اشاره دارد که به نظر می‌رسد، کودک بوده است و به وضوح در حال انجام عمل جنسی است. در نتیجه، فرد مورد نظر کودک زیر ۱۸ سال محسوب نمی‌شود. اما چنین مصداقی به این دلیل جرم‌انگاری شده است که می‌تواند باعث تشویق کودکان به شرکت در رفتارهای جنسی شود. بنابراین اگر فردی که ۲۴ سال سن دارد به گونه‌ای در تصویر یا فیلم، ژست بگیرد که بیننده تصور کند، فرد مزبور زیر ۱۸ سال سن دارد،^۴ مشمول این قسمت قرار می‌گیرد. همچنین با توجه به آنچه که مطرح گردید، پوشیدن لباس کودکان، بافتن مو به سبک کودکان، حرکات کودکانه انجام دادن و یا حتی استفاده از افرادی که چهره آنان به افراد کم سن و سال زیر ۱۸ سال شباهت دارد نیز می‌توانند از جمله مثال‌های این تعریف محسوب شوند.

مورد سوم از بند ۲ اشاره به تصاویر واقع‌گرایانه‌ای دارد که به وضوح کودکی را در حال ارتکاب عمل جنسی نشان می‌دهد. این قسمت نیز دربرگیرنده کودک زیر ۱۸ سال محسوب نمی‌شود، بلکه به معنای ایجاد تصاویری از طریق کامپیوتر است، خواه تمام اندام بدن کودک از طریق کامپیوتر طراحی و به نمایش گذاشته شود یا اینکه تنها صورت یک کودک به جای یک بزرگسال قرار گیرد.

1. Vermeulen, Gert, European Data Collection on Sexual Offences Against Minors, Maklu, 2001, p. 30.
2. Clough, Jonathan, Op. cit, p. 259.
3. Ost, Suzanne, Op. cit, p. 227.
4. Akadeniz, Yaman, Op. cit, p. 203.

به ترتیب در مواد ۱۱ و ۱۳، دولت‌های عضو مکلف شده‌اند، شروع به جرم مصادیق مندرج در کنوانسیون را در حقوق داخلی خود جرم‌انگاری کرده و مجازات‌های مؤثر و بازدارنده‌ای از جمله حبس را برای مرتکبان پیش‌بینی نمایند.

دومین کنوانسیون در سطح اروپا که از جمله به هرزه‌نگاری اختصاص یافته، کنوانسیون راجع به حمایت از کودکان در برابر سوءاستفاده و بدرفتاری جنسی مصوب ۲۰۰۷ میلادی است. صرف‌نظر از اینکه محتوای کنوانسیون غیر از فضای مجازی سایر موارد را نیز در بر می‌گیرد، به حقوق قربانیان سوءاستفاده‌های جنسی از جمله هرزه‌نگاری توجه خاصی مبذول شده است. در زمینه جرایم مرتبط با هرزه‌نگاری، مصادیقی مانند تولید، انتشار و نگهداری عیناً در این کنوانسیون نیز ذکر شده است. مطابق ماده ۲۰، هرزه‌نگاری به نمایش اندام تناسلی کودک و هر نوع محتویاتی اعم از واقعی یا ساختگی که به صورت قابل رویت، کودک را به وضوح در حال عمل جنسی نشان دهد، اطلاق می‌شود. بدین سان به صراحت از واقعی یا ساختگی بودن محتویات هرزه‌نگاری سخن به میان آمده و مانند کنوانسیون جرایم سایبری، فایل صوتی حاوی توصیفات اعمال جنسی از مصادیق هرزه‌نگاری در نظر گرفته نشده است. ماده ۲۴ این کنوانسیون به تکلیف دولت‌های عضو در قبال پیش‌بینی شروع به جرم در حقوق داخلی و ماده ۲۸ به کیفیات مشدده جرم از جمله دخیل بودن والدین کودک در مصادیق مجرمانه اختصاص یافته است.

۲-۱. کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل اختیاری

کنوانسیون حقوق کودک از جمله معاهدات بسیار معتبر در حوزه حقوق بین‌الملل به شمار می‌رود که جنبه‌های مختلفی از حقوق کودک را در یک سند بین‌المللی به تصویر کشیده است. به گونه‌ای که برخی معتقدند که جامع‌ترین معاهده حقوق بشری به شمار می‌رود.^۱ این معاهده که توسط تمامی اعضای سازمان ملل به جز آمریکا و سومالی تصویب شده است،^۲ حداقل حقوقی که کشورهای جهان باید برای کودکان بدون در نظر گرفتن عواملی همچون نژاد، جنس، زبان و مذهب در نظر بگیرند، پیش‌بینی شده است. برخی معتقدند که کنوانسیون به این علت نتوانسته مبادرت به تعریفی از هرزه‌نگاری و مصادیق آن در فضای سایبر نماید که در آن زمان، موضوع کاملاً

1. Levesque, Roger, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*, Indiana University Press, 1999, p. 11.

2. Palusci, Vincent, "Current Issues in Physical Abuse", in: Jill Korbin and Richard Krugman (eds.), *Handbook of Child Maltreatment*, Springer, 2014, p. 69.

شناخته شده‌ای نبود.^۱ این در حالی است که مواد ۱۹ و ۳۴ از کنوانسیون به حمایت از کودکان در قبال سوءاستفاده جنسی، فاحشگی و هرزه‌نگاری اختصاص یافته است و با توجه به اطلاق آن، هر نوع فضا اعم از مجازی و غیر آن را در بر می‌گیرد و به همین دلیل، نمی‌توان بر این اعتقاد بود که از دیدگاه طراحان کنوانسیون، امری ناشناخته تلقی می‌شده است. به ویژه با توجه به زمان تصویب کنوانسیون در ۱۹۸۹ که استفاده از اینترنت به صورت فزاینده‌ای رشد یافته بود. هر چند عدم ارائه تعریفی از واژه‌های فوق‌الذکر را می‌توان به عنوان یک نقص برای این کنوانسیون در نظر گرفت. در همین راستا، کمیته‌ای که بر اساس ماده ۴۳ کنوانسیون برای بررسی پیشرفت کشورهای عضو در جهت تحقق تعهدات آنها تشکیل شده در موارد متعددی کشورهای عضو را به دلیل عدم پیش‌بینی مقرراتی در زمینه سوءاستفاده جنسی از کودکان از طریق اینترنت مورد انتقاد قرار داده است.^۲

سازمان ملل در سال ۲۰۰۰ میلادی به دلیل نگرانی از خطراتی که از طریق اینترنت برای کودکان به وجود آمده بود، پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشا و هرزه‌نگاری کودکان را به تصویب رسانید.^۳ در ماده ۲ پروتکل، هرزه‌نگاری به هر نوع نمایش یک کودک با هر وسیله‌ای که به وضوح در حال انجام عمل جنسی اعم از واقعی یا ساختگی باشد یا هر نوع نمایش اندام جنسی کودک، اطلاق تعریف شده است. عبارت عمل جنسی، عیناً مانند عبارتی است که در کنوانسیون اروپایی جرایم سایبری پیش‌بینی شده که به مصادیق آن اشاره گردید. هر چند در این پروتکل به ساخت تصاویر و فیلم‌های واقع‌گرایانه اشاره نشده است، اما این نوع محتویات را نیز می‌توان مشمول عنوان ساختگی قرار داد؛ زیرا در این موارد، یک کودک واقعی به نمایش گذاشته نمی‌شود. در مورد مصداق افراد بالای ۱۸ سال که به نظر کودک می‌رسند نیز باید این‌گونه استدلال کرد که به رغم عدم اشاره به این مصداق در پروتکل، با توجه به حساسیت طراحان کنوانسیون حقوق کودک به برقراری معیارهای حمایت‌گرایانه در مورد حقوق این دسته سنی، مصداق اخیرالذکر را نیز باید مشمول پروتکل الحاقی به این کنوانسیون در نظر گرفت.

1. Kalim, Alexander, Op. cit, p. 438.
2. Kendall, Virginia; and Markus Funkm, Child, Exploitation and Trafficking: Examining the Global Challenges and U.S Responses, Rowman and Littlefield Publishers, 2012, p. 133.
3. Shelton, Dinah, Remedies in International Human Rights Law, 3rd Edition, Oxford University Press, 2015, p. 45.

بدیهی است که بیشترین آثار هرزه‌نگاری در قالب فیلم و تصویر و سایر موارد قابل مشاهده تولید و منتشر می‌شود. اما در ماده ۲ پروتکل، همان گونه که اشاره گردید از عبارت «هر وسیله‌ای» استفاده شده و به نظر می‌رسد که مواردی را که قابل مشاهده نیستند نیز در بر می‌گیرد. هر چند برخی معتقدند که فایل صوتی نیز می‌تواند تحریک و برانگیختگی جنسی ایجاد نماید^۱ اما در زمینه قرار دادن آن ذیل عنوان هرزه‌نگاری، همان گونه که سابقاً اشاره شد، هرزه‌نگاری از قدیم‌الایام به صورت موارد قابل رویت مطرح بوده است. بدین ترتیب، سئوالاتی به این شرح مطرح می‌گردد که آیا به عنوان مثال، صدای یک کودک که فرد بالغی با او در حال آمیزش جنسی است یا صدای زن و مردی که با یکدیگر در حال آمیزش جنسی هستند یا صدای ضرباتی که با دست به قسمت‌های مختلف بدن کودک وارد می‌شود و ممکن است باعث لذت جنسی شنونده شود و یا صحبت‌های جنسی میان دو نفر در یک فایل صوتی را می‌توان هرزه‌نگاری تلقی کرد؟ سؤال مهم‌تر این است که آیا در یک فایل صوتی به ویژه با توجه به اینکه اطفال نیازمند حمایت بیشتری هستند، زن و مرد بودن یا کودک و بزرگسال بودن افراد قابل تشخیص است؟ به نظر می‌رسد که پاسخ به چنین سئوالاتی بیشتر به فرهنگ اخلاقی حاکم بر جوامع مختلف بستگی داشته باشد که واژه هرزه‌نگاری را چگونه تفسیر نمایند و شاید به همین دلیل بوده است که پروتکل اختیاری نیز به صراحت نامی از فایل صوتی نبرده است.

در نهایت ماده ۳ این کنوانسیون از کشورهای عضو می‌خواهد تولید، توزیع، انتشار، ورود و صدور، عرضه، فروش یا مالکیت هرزه‌نگاری کودک را چه به صورت انفرادی یا سازمان‌یافته و چه در سطح داخلی یا فراملی و نیز شروع به چنین جرایمی را در حقوق داخلی خود جرم‌انگاری نمایند.

۲. هرزه‌نگاری در قانون جرایم رایانه‌ای

در خصوص جرایم فضای مجازی، قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۸۸ مبادرت به تصویب قانونی به نام جرایم رایانه‌ای نمود. فصل چهارم این قانون به جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی اختصاص یافته است. در ماده ۱۶ از لایحه پیشنهادی به مجلس، مجازات‌هایی برای محتویات مستهجن از قبیل نمایش اندام جنسی یا نمایش آمیزش یا عمل جنسی اشخاص زیر ۱۸ سال یا ظاهراً زیر ۱۸ سال تمام و تولید و انتشار و ذخیره آن و همچنین تحریک اشخاص زیر ۱۸ سال به منظور دستیابی به محتویات اخیرالذکر پیش‌بینی شده بود که از متن اصلی قانون حذف گردید و در حال حاضر، مقررات

1. Gillespie, Alisdair, Child Pornography: Law and Policy, Routledge, 2011, p. 21.

یکسانی میان افراد بالغ و غیربالغ وجود دارد که با توجه به وضعیت جسمی و روانی اطفال قابل توجه به شمار نمی‌رود. نه تنها در این قانون، بلکه در هیچ‌یک از قوانین کیفری ایران، عنوان هرزه‌نگاری به چشم نمی‌خورد. به نظر می‌رسد علت این امر را می‌توان در این نکته جستجو کرد که در هیچ‌یک از کتب فقهی معادلی برای هرزه‌نگاری وجود ندارد و قانون‌گذار ایران به پیروی از فقه بدون ذکر این واژه، مصادیقی از هرزه‌نگاری را جرم‌انگاری کرده است. در ابتدای این گفتار ضروری است تعاریفی را که قانون‌گذار در فصل چهارم از قانون جرایم رایانه‌ای ارائه کرده است مورد بررسی قرار دهیم.

۲-۱. مستهجن و مبتذل

واژه مستهجن در فرهنگ فارسی به معنای زشت و رکیک آمده است.^۱ با توجه به اینکه قانون‌گذار به دلیل ضرورت شفافیت قانون مجازات نمی‌تواند صرفاً مبادرت به درج واژه مستهجن در قانون بدون ذکر تعریف و یا مصادیقی از آن نماید، لذا در سال ۱۳۷۲ در قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند، مستهجن را آثاری تعریف کرده که محتوای آنها نمایش برهنگی زن و مرد و یا اندام تناسلی و یا نمایش آمیزش جنسی است. این تعریف عیناً در قانون مصوب سال ۱۳۸۶ که با عنوان طرح یک‌فوریتی اصلاح قانون مصوب ۱۳۷۲ تقدیم مجلس گردید، تکرار شده است. تعریف مزبور به عنوان یک ملاک برای محاکم در نظر گرفته می‌شد تا اینکه قانون جرایم رایانه‌ای در سال ۱۳۸۸ تصویب و از ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی تا ماده ۷۸۲ این قانون پیش‌بینی شده است. در تبصره ۴ ماده ۷۴۲ مقرر شده است: «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 خصوص دو تعریف ارائه‌شده توسط قانون‌گذار از واژه مستهجن، برخی معتقدند دو متن قانونی با یکدیگر تعارض نداشته و هریک از آنها در مورد خاص خود ملاک عمل قرار می‌گیرد؛ زیرا قانون مصوب ۱۳۸۶، مختص به آثار سمعی و بصری و قانون ۱۳۸۸، مختص امور رایانه‌ای است.^۲ در پاسخ به این دیدگاه این‌گونه می‌توان مطرح کرد که تفاوت میان دو قانون، ابزار مورد استفاده مجرمان است. بدین معنا که در قانون مصوب ۱۳۸۶، قانون‌گذار از نوار و لوح‌های فشرده صوتی و تصویری و در قانون مصوب ۱۳۸۸ از سامانه‌های رایانه‌ای نام برده و تفاوت در ابزار مورد استفاده نمی‌تواند باعث تغییر در

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد‌های ۱ و ۳، چاپ سوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷، ص. ۴۱۰۵؛ عمید، حسن، فرهنگ فارسی، چاپ چهارم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۳، ص. ۱۱۱۷.
۲. میری، حجت‌الله، جرایم سمعی و بصری، چاپ اول، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۱، ص. ۵۵.

تعریف مستهجن شود. به همین دلیل، آخرین اراده قانون‌گذار که در جرایم رایانه‌ای تبلور یافته را باید مورد پذیرش قرار داد.

با توجه به عبارات مندرج در تبصره ۴، محتویات مستهجن ممکن است شنیداری نیز باشد. همان گونه که در بخش اسناد بین‌المللی مطرح گردید، هرزه‌نگاری در قالب فیلم و تصویر مطرح شده و از زمان پیدایش این عنوان به موارد قابل رویت اطلاق می‌شده است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران، خطر هرزه‌نگاری شنیداری را کمتر از سایر موارد در نظر نگرفته و به همین دلیل، آن را نیز تحت شمول واژه مستهجن قرار داده است. بنابراین توصیف اندام تناسلی یا آمیزش جنسی در یک فایل صوتی نیز می‌تواند مستهجن محسوب شود به شرط اینکه بتوان این‌گونه فایل‌های صوتی را خلاف عفت و اخلاق عمومی تلقی نمود. در تشخیص این امر نیز تجسم آمیزش جنسی در ذهن شنونده و تحریک وی می‌تواند به عنوان یک ملاک در نظر گرفته شود. موضوع دیگری که در تبصره ۴ از آن سخن به میان آمده، عدم تفاوت میان واقعی بودن یا نبودن تصاویر مستهجن است. بنابراین نقاشی از آمیزش جنسی و یا تهیه انیمیشن از آن مشمول رفتار مجرمانه قرار می‌گیرند.^۱ به عبارت دیگر، به لحاظ محتوا و نیز آثار و پیامدهای مضر که ممکن است تصاویر مستهجن برای بیننده و یا نظام اخلاقی جامعه در پی داشته باشد، میان واقعی بودن یا نبودن آن تفاوتی وجود ندارد. اتخاذ چنین موضعی، همگام با ماده ۹ کنوانسیون جرایم سایبری و ماده ۲۰ کنوانسیون حمایت از کودکان مصوب ۲۰۰۷ است.

آنچه که مطرح گردید، باعث افزایش حمایت از جامعه شده، ولی ایراداتی نیز به تبصره ۴ وارد است. نخست اینکه به نظر می‌رسد، عبارت برهنگی کامل زن و مرد باعث شده کودکان از شمول آن خارج شوند. چه در عرف و چه در واژگان قرآنی میان زن و مرد با کودکان تفاوت وجود دارد. به گونه‌ای که قرآن در آیه ۲۳ سوره نساء، واژه بنات را برای دختران و در آیه ۱۲ سوره نوح واژه بنین را برای پسران به کار برده است. بنابراین برهنگی کامل مندرج در تبصره شامل کودکان نمی‌شود. مگر اینکه بپذیریم منظور از واژه‌های زن و مرد در تبصره ۴، بیان جنسیت بوده و به همین دلیل شامل اطفال نیز می‌شود. دوم اینکه هر چند در تبصره ۴ از آمیزش جنسی انسان سخن به میان آمده که شامل به عنوان مثال آمیزش کودک با کودک، بزرگسال با کودک، مرد با مرد و زن با مرد می‌شود، اما بر خلاف نظر برخی^۲ شامل آمیزش انسان با حیوان و به طریق اولی

۱. حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ و حامد رحمانیان، «هرزه‌نگاری در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰، ص. ۹۴.

۲. همان، ص. ۹۵.

حیوان با حیوان نمی‌شود. این در حالی است که آمیزش با حیوان بر اساس گزارش توجیهی منضم به کنوانسیون جرایم سایبری مشمول تعریف رفتار آشکار جنسی می‌شود. سئوالی که در این رابطه مطرح می‌گردد این است که اگر فردی در تصاویر یا فیلم‌های هرزه‌نگارانه بالای ۱۸ سال تمام داشته باشد و به نظر برسد که زیر ۱۸ سال است، مشمول تبصره ۴ می‌شود یا خیر. در پاسخ باید گفت که از نظر واضعان این تبصره، آنچه که از اهمیت برخوردار بوده، ممانعت از تولید و پخش این محتویات است، چه فرد مورد نظر، زیر ۱۸ سال تمام داشته باشد یا خیر. همان گونه که در بحث از اسناد بین‌المللی هم مطرح شد، پخش این نوع محتویات مشمول عنوان هرزه‌نگاری کودک نمی‌شود. اما تفاوت میان قانون ایران با اسناد بین‌المللی در این نکته است که در قانون ایران حمایت ویژه و جداگانه‌ای از اطفال به میان نیامده است.

صرف نظر از آنچه که مطرح گردید، نکات دیگری در این راستا قابل طرح است. با توجه به عبارت برهنگی کامل در تبصره ۴، اگر زنی با پوششی نازک به نمایش گذاشته شود به گونه‌ای که تمام قسمت‌های بدن وی همچنان قابل رؤیت باشد، به نظر می‌رسد مشمول این تبصره قرار نمی‌گیرد. معنای لغوی برهنگی به بدون پوشش مؤید این نکته است.^۱ همچنین اگر تصویر یا فیلمی به صورت شطرنجی از اینترنت پخش شود، هر چند بیننده بتواند حدس بزند که به عنوان مثال آمیزش جنسی در حال انجام است، اما واژه مستهجن نمی‌تواند چنین وضعیتی را در برگیرد. همان گونه که سابقاً به آن اشاره گردید، حرکات دست و پا که به وضوح حاکی از اعمال جنسی نباشد، مشمول ماده ۹ از کنوانسیون جرایم سایبری نیز قرار نمی‌گیرد. بدیهی است نمایش آشکار اعمال جنسی برانگیختگی بیشتری در بیننده ایجاد کرده و از دیدگاه اخلاقی نیز عدم تأیید بیشتری به همراه دارد.

حال سئوالی که مطرح می‌شود این است که برهنگی غیرکامل، آمیزش انسان با حیوان و حیوان با حیوان در اینترنت و اصولاً مصادیقی که تحت شمول تبصره ۴ قرار نمی‌گیرد را می‌توان مشمول تبصره ۱ از ماده ۷۴۲ که مقرر داشته «محتویات و آثار مبتذل به آثاری اطلاق می‌گردد که دارای صحنه و صور قبیحه باشد» قرار داد یا خیر. از دید عرف، مصادیقی که به آنها اشاره گردید، هر چند ممکن است قبیح تلقی گردد، اما اینکه بتوان رفتارهای اخیر را طبق نظر عرف به عنوان جرم، تحت تعقیب و محکومیت قرار داد، با اصل قانونی بودن و شفافیت مورد انتظار از قانون مجازات هماهنگ نخواهد بود. در هر حال، قانون‌گذار در تبصره ۱ مبتذل را به گونه‌ای تعریف کرده که راه برای جرم‌انگاری انواع رفتارهایی که مشمول تبصره ۴ نیستند باز کرده است.

۱. معین، محمد، منبع پیشین، ص. ۵۱۷.

۲-۲. رکن مادی

در ماده ۷۴۲ قانون مجازات اسلامی، انتشار، توزیع، معامله، تولید، ذخیره یا نگهداری محتویات مستهجن مورد اشاره قانون‌گذار قرار گرفته است. در برابر واژه انتشار، معنای شیوع یافتن و گسترده شدن آمده است.^۱ بنابراین محتویات مستهجن باید به گونه‌ای در فضای سایبر انتشار یابد که عرفاً بتوان آن را گسترده تلقی کرد. واژه توزیع نیز به پخش و تقسیم و پراکندن معنا شده است^۲ و پراکندن به معنای شایع کردن و گسترده آمدن است.^۳ حال سئوالی که مطرح می‌گردد این است که آیا قانون‌گذار از دو کلمه مترادف انتشار و توزیع در یک ماده استفاده کرده است؟ به نظر می‌رسد با توجه به تبصره ۲ ماده ۷۴۲ قانون مجازات اسلامی که به ارسال محتویات مستهجن به کمتر از ۱۰ نفر اشاره کرده، قصد قانون‌گذار از به کار بردن واژه‌های انتشار و توزیع، آن نبوده که پخش محتویات مستهجن ضرورتاً به حد گسترده‌ای برسد. بنابراین توزیع و انتشار آن برای افراد انگشت شمار نیز می‌تواند مشمول این واژه قرار گیرد. هر چند همان گونه که اشاره شد، از نظر لغوی، واژه‌های اخیرالذکر معنایی جز گسترده نمی‌تواند داشته باشد.

توزیع و انتشار از جمله جرایم مطلق به شمار می‌روند. به این معنا که لازم نیست کاربر اینترنت 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 نیز بدانیم. بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که ماده ۷۴۲ رویکرد مشابهی با جزء ۳ از بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون جرایم سایبری اتخاذ کرده و به عبارت دیگر، نیازی نیست مشتری مبادرت به استفاده عملی از فایل‌های مستهجن کرده باشد، هر چند امکان دسترسی به فایل‌ها برای وی باید وجود داشته باشد.

معامله، چهره اقتصادی دارد. بنابراین به عنوان مثال، خرید و فروش محتویات مستهجن مشمول این عنوان قرار می‌گیرد. هر چند ذکر این نکته ضروری است که به نظر نمی‌رسد صرف انعقاد عقد بیع آن گونه که در مقررات قانون مدنی وجود دارد ولو اینکه فروشنده محتویات مستهجن را برای خریدار ارسال نکرده باشد را بتوان مشمول

۱. همان، ص. ۳۶۳.

۲. همان، ص. ۱۱۶۵.

۳. همان، ص. ۷۱۵.

این عنوان قرار داد. به عبارت دیگر، به رغم مطلق بودن جرم، محتویات هرزه باید برای خریدار ارسال شده باشد. در نتیجه، مطلق بودن را باید این گونه تفسیر کرد که ضرورتی به مشاهده محتویات مستهجن وجود ندارد. اما باطل بودن این معامله به دلیل جهت نامشروع باعث انتفای عنوان مجرمانه نمی‌شود.

تولید به معنای طراحی و تهیه و ساخت هر نوع فیلم، عکس، صوت و تصویری است که نشانگر آمیزش جنسی و امور مربوط به سکس و اصولاً محتویاتی است که به آنها مستهجن اطلاق می‌شود. در ساخت و تولید محتوای مستهجن، مشارکت نیز امکان‌پذیر است به شرط اینکه تولید، مستند به عمل هریک از افراد دخیل در آن باشد. اما، واژه تولید را نمی‌توان شامل فردی که سرمایه لازم را برای تهیه آن در اختیار دیگران قرار می‌دهد دانست، بلکه عنوان معاونت در این رابطه با توجه به مصادیق آن مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

نگهداری یا ذخیره محتویات مستهجن اشاره به مواردی دارد که چنین محتویاتی بر روی سامانه‌های رایانه‌ای و در فایل‌ها و پوشه‌های موجود بر روی حافظه رایانه‌ها ذخیره گردد و بدیهی است که نمود فیزیکی ندارد. بدین ترتیب تمام مصادیقی که از آن نام برده شد باید در محیط سایبر رخ دهد^۱ و در صورت ارتکاب آن خارج از این محیط باید به سایر قوانین کیفری مراجعه نمود.

قانون‌گذار در ماده ۷۴۳ قانون مجازات اسلامی به معاونت در جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی اشاره کرده است. واژه‌هایی همانند تحریک و ترغیب نشان می‌دهد که مصادیق معاونت باید به صورت فعل مثبت اعم از مادی یا معنوی رخ دهد. اما با توجه به اینکه در ماده مزبور، نتیجه‌ای شرط نشده، رفتار معاون به عنوان جرم مستقل قابل تعقیب و محاکمه است. به عبارت دیگر، هر چند در حقوق کیفری ایران، اصل بر مجرمیت عاریه‌ای برای معاون است و تا زمانی که مباشر، مرتکب رفتار مجرمانه‌ای نگردد، معاون مسئولیتی نخواهد داشت، اما در برخی موارد قانون‌گذار ایران از این اصل عدول کرده و مجرمیت مستقل را برای معاون به رسمیت شناخته است. بند الف از ماده ۷۴۳، تحریک به دستیابی به محتویات مستهجن یا مبتذل و بند ب تحریک افراد به ارتکاب جرایمی است که در آن پیش‌بینی شده است. به جز دستیابی به محتویات مبتذل، مجازات هر دو قسمت، طبق ماده ۱۹ از قانون مجازات اسلامی، مشمول درجه ۶ قرار گرفته‌اند. به رغم این موضوع، بند الف از ماده مزبور، طبق بند پ ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی با توجه به عبارت جرایم علیه عفت عمومی،

۱. عالی‌پور، حسن، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۰، ص. ۳۰۲.

مشمول تعلیق اجرای مجازات و یا تعویق صدور حکم قرار نمی‌گیرد. اما در بند ب صرفاً تحریک به ارتکاب جرایم منافی عفت، مشمول مزایای تعلیق مجازات و تعویق صدور حکم نبوده و در مورد سایر جرایم، امکان آن وجود دارد که با توجه به مخاطره‌آمیز بودن رفتارهای مزبور و مستقل بودن مجرمیت معاون، این امر موجه به نظر نمی‌رسد.

برخی از مصادیقی که در بند ب از ماده ۷۴۳ به آن اشاره شده است به صورت شفاف‌تری تنظیم نشده که صرف‌نظر از مغایرت آن با اصل قانونی بودن، باعث تفاسیر متعددی در محاکم می‌شود و در نتیجه، تضییع حقوق متهم را در پی خواهد داشت. به عنوان مثال، تحریک به اعمال خشونت‌آمیز که مصادیق متعددی را در بر می‌گیرد. برخی معتقدند مصادیقی مانند ایجاد آتش‌سوزی، شکستن و تخریب اموال عمومی و ایجاد نزاع دسته‌جمعی را می‌توان مشمول این عنوان قرار داد.^۱ در واقع، چنین تفسیری نیز مؤید این نکته است که اعمال خشونت‌آمیز به مصادیق خاص منحصر نمی‌باشد. همچنین از عبارت تحریک به انحرافات جنسی که تمایلات جنسی فرد، خارج از چارچوب رابطه جنسی طبیعی را در بر می‌گیرد مانند عبارت سابق‌الذکر، تعبیر و تفاسیر متعددی به ویژه از دیدگاه روانپزشکی به ذهن متبادر می‌شود. رفتارهایی که به صورت مباشرت و معاونت مورد بررسی قرار گرفت، بدون وجود رکن روانی قابل تحقق نیست و قانون‌گذار نیز از این امر غافل نبوده است.

۲-۳. رکن روانی

رکن روانی از ارکان اصلی جرم به شمار می‌رود. گاهی اوقات سوءنیت عام به معنای اراده و آگاهی در مورد رفتار مجرمانه کافی نیست و گاهی قانون‌گذار، تحقق رفتار مجرمانه را منوط به وجود سوءنیت خاص دانسته است. برخی معتقدند که سوءنیت خاص همان قصد نتیجه است، لذا وجود سوءنیت خاص صرفاً در جرایم مقید به نتیجه قابل تصور است.^۲ 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 مجزا هستند. نتیجه به رکن مادی جرم مربوط می‌شود و سوءنیت خاص بخشی از رکن روانی جرم است.

قانون‌گذار در ماده ۷۴۲، مصادیق انتشار، توزیع و معامله را حتی اگر مرتکب جرم سوءنیت خاص نداشته و به صرف سوءنیت عام به این معنا که از محتویات توزیع‌شده یا فروخته‌شده آگاهی داشته باشد را کافی دانسته است. بدیهی است عدم پیش‌بینی

۱. الهی‌منش، محمدرضا؛ و ابوالفضل سدره‌نشین، محشای قانون جرایم رایانه‌ای، انتشارات مجد، ۱۳۹۱، ص. ۹۷.

۲. آقایی‌نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، چاپ چهارم، انتشارات میزان، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۹.

هرزه‌نگاری اینترنتی تلقی شود. نکته دوم اینکه این وضعیت باعث تبعیض میان مرتکبان خواهد شد. به این معنا که محکمه‌ای با توجه به اختیار اعطاشده، صرفاً جزای نقدی و محکمه دیگر حبس را در دادنامه منظور نماید. بدیهی است این امر بیشتر به قاضی صادرکننده حکم تا نوع رفتار ارتكابی بستگی دارد.

تبصره ۱ ماده ۷۴۲ در مورد مرتکبانی که مبادرت به ارسال محتویات مبتذل و یا هر نوع رفتار دیگری که در ماده مزبور پیش‌بینی شده می‌نمایند، حداقل یکی از دو مجازات مندرج در آن ماده را در نظر گرفته است. حال اگر فردی مبادرت به ارسال محتویات مبتذل به کمتر از ده نفر نماید باز هم تغییری در مجازات وی حاصل نمی‌شود. این در حالی است که همان‌گونه که مطرح شد، ارسال محتویات مستهجن به کمتر از ده نفر صرفاً باعث صدور حکم به جزای نقدی می‌شود. اما همان‌گونه که برخی نیز معتقدند چنین تفاوتی قابل توجیه نیست.^۱ زیرا قصد قانون‌گذار با توجه به ماده ۷۴۲ و تبصره یک آن برخورد شدیدتر با مرتکبانی است که رفتارهای مجرمانه آنان در ارتباط با محتویات مستهجن محقق می‌شود و به همین دلیل، ارسال محتویات مبتذل به کمتر از ده نفر نیز باید به عنوان یک عامل مخففه در نظر گرفته می‌شد.

مطابق تبصره ۳ ماده ۷۴۲ اگر فردی رفتارهای مندرج در ماده مزبور را حرفه خود قرار داده باشد یا به طور سازمان‌یافته مرتکب شود، ممکن است مفسد فی‌الارض شناخته شود. مجازات افساد فی‌الارض نیز با توجه به این که توسط قانون‌گذار ذیل عنوان حدود قرار گرفته، وفق ماده ۲۸۶ قانون مجازات، اعدام است. عبارت حرفه قرار دادن در این تبصره به معنای تخصص در رفتار به آن معنا که دیگران قادر به انجام آن نباشند، نبوده و صرفاً به آن معناست که برای مرتکب به صورت یک شغل و کسب و کار در آمده باشد. بنابراین برای تعقیب چنین فردی به اتهام افساد فی‌الارض، وی باید تا آن حد رفتار خود را تکرار کرده باشد که عرفاً بتوان آن را حرفه قرار دادن تلقی کرد. در نتیجه با انجام یک بار رفتار مجرمانه و حتی با اثبات این امر که مرتکب قصد داشته آن را حرفه خود قرار دهد، مشمول تبصره ۳ قرار نمی‌گیرد.

قانون‌گذار در بحث جرایم رایانه‌ای تعریفی از سازمان‌یافته بودن جرم ارتكابی ارائه نکرده است. اما با توجه به اینکه سازمان‌یافته بودن به صورت انفرادی قابل تصور نیست، باید برای تعریف این عبارت به تبصره ۱ ماده ۱۳۰ قانون مجازات مراجعه نمود که به موجب آن، گروه مجرمانه سازمان‌یافته عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتكاب جرم تشکیل می‌شود. به همین دلیل،

۱. عزیزی، امیرمهدی، حقوق کیفری جرایم رایانه‌ای، انتشارات مجد، ۱۳۹۴، ص. ۱۹۳.

ضرورت ندارد فعالیت گروه مجرمانه سازمان یافته به خارج از ایران گسترش یافته باشد.

اما در ارتباط با آنچه مطرح گردید، نکته‌ای قابل ذکر است. حرمت برهنگی و ضرورت کتمان و عدم اشاعه فحشا و منکرات از برخی آیات قرآن مانند آیات ۲۲ و ۲۶ از سوره اعراف، آیه ۱۲۱ سوره طه و ۲۹ سوره معارج و نیز برخی روایات^۱ قابل استنباط بوده و بر اساس قاعده التعزیر لکل عمل محرم^۲ اجرای تعزیر بر رفتاری که حرام شناخته شده، امکان پذیر است. از دیدگاه فقهای امامیه^۳ و عامه^۴ با توجه به اینکه هدف شارع از تعزیر، نیل به مقاصد اصلاحی و تربیتی است و این نکته که مجازات معینی برای افشای فحشا و منکرات در شرع تعیین نشده و این رفتار در ردیف جرایم مستوجب حد قرار نگرفته، لذا تحمیل مجازات اعدام نسبت به هزینه‌نگاری به استناد ماده ۲۸۶ قانون مجازات با تردید جدی مواجه است.

در انتهای این بخش ذکر دو نکته ضروری به نظر می‌رسد. نخست اینکه با توجه به میزان حبس و جزای نقدی در نظر گرفته شده، هزینه‌نگاری به دلیل اینکه جزء جرایم تعزیری درجه شش محسوب می‌گردد، به استناد ماده ۱۲۲ قانون مجازات، شروع به جرم آن، مجازاتی در پی نخواهد داشت. اما شروع به رفتاری که ممکن است افساد فی الارض تلقی شود، طبق بند الف ماده ۱۲۲ واجد مجازات حبس تعزیری درجه ۴ است. هر چند در مرحله شروع به جرم، امکان تشخیص این که عمل ارتكابی در صورت اتمام مشمول افساد فی الارض قرار خواهد گرفت، آسان به نظر نمی‌رسد. در حالی که سابقاً به این موضوع اشاره شد که ماده ۱۱ کنوانسیون جرایم سایبری و ماده ۲۴ کنوانسیون حمایت از کودکان در برابر سوءاستفاده، شروع به جرم را در مورد مصادیق هزینه‌نگاری پیش‌بینی کرده‌اند.

دوم اینکه قانون‌گذار در ماده ۷۵۴ قانون مجازات، موارد تشدید مجازات را به صورت حصری بر شمرده است. بدین ترتیب، تشدید مجازات شامل والدین، سرپرستان اطفال و افرادی که به نحوی اداره امور اطفال به آنان سپرده شده و مبادرت به رفتار

۱. نوری، حسین بن محمد، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۹، آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ه. ق، ص. ۱۳۵.

۲. حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین، المختصر النافع فی الفقه الامامیه، جلد ۱، چاپ سوم، بی نا، ۱۴۱۰ ه. ق، ص. ۲۲۱.

۳. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریرالوسیله، الجزء الثانی، مطبوعه الآداب، ۱۴۰۵ ه. ق، ص. ۶۰۷؛ خویی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، جلد اول، مطبوعه الآداب، ۱۹۷۵ م، ص. ۳۳۷.

۴. ماوردی، ابی الحسن علی بن محمد، الاحکام السلطانیة، الطبعة الثانیة، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۶ ه. ق، ص. ۲۳۶؛ کاسانی، علاء‌الدین ابی بکر بن مسعود، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، الجزء السابع، دارالفکرالعربی،

۱۴۱۶ ه. ق، ص. ۹۴.

مجرمانه نسبت به آنان می‌کنند، نخواهد شد. ماده ۲۸ از کنوانسیون حمایت از کودکان در برابر سوءاستفاده، یکی از مصادیق کیفیات مشدده را که سابقاً به آن اشاره گردید، ارتکاب جرم توسط والدین و سرپرستان اطفال اعلام کرده است.

نتیجه‌گیری

هرزه‌نگاری به عنوان پدیده‌ای با قدمتی طولانی می‌کوشد تا با به تصویر کشیدن رفتارهای جنسی به صورتی نامتعارف، زننده و توصیف فعالیت‌های جنسی به شکل ناسالم و خارج از عرف و عادت مرسوم، رفتارهای ناسالم و بعضاً خشونت‌آمیز جنسی را جایگزین رفتارهای جنسی سالم نماید و بدیهی است که مصرف‌کننده محصولات هرزه و مستهجن پس از مدتی در اثر تداوم استفاده، رفتارهای ناسالم را عادی و طبیعی تلقی خواهد کرد. اما آنچه که خطر هرزه‌نگاری را افزایش داده و آن را به پدیده‌ای شایع و رایج در اغلب جوامع تبدیل کرده، تحولات فناوری قرن اخیر است. در این میان، مهم‌ترین نقش را رایانه و اینترنت در شیوع و گسترش هرزه‌نگاری ایفا کرده‌اند. به همین دلیل، کنوانسیون‌هایی در سطح منطقه‌ای و جهانی در جهت مقابله با این پدیده به تصویب رسیده‌اند که به رغم وجود برخی کاستی‌ها موفق به ارائه معیارهایی منسجم در این راستا شده‌اند. قانون‌گذار ایران نیز با تصویب قانون جرایم رایانه‌ای و بدون ارائه تعریفی از هرزه‌نگاری و با در نظر گرفتن مجازات اعدام در صورت مفسد فی الارض شناخته شدن مرتکب، تلاش کرده پاسخی قاطع در قبال این پدیده ارائه نماید. اما بررسی این قانون حاکی از وجود نقائص و ایرادات فراوانی است. قانون مزبور تفاوتی میان هرزه‌نگاری اطفال، که به مراتب واجد آسیب‌های بیشتری است، با هرزه‌نگاری بزرگسالان قائل نشده است. تولید هرزه‌نگاری به رغم اینکه در رأس و به عنوان مقدمه سایر مصادیق هرزه‌نگاری به شمار می‌رود، واجد سوءنیت خاص شناخته شده که باعث سخت‌تر شدن بار اثبات توسط دادستان می‌شود. دادگاه، مختار به صدور حکم به جزای نقدی یا حبس شده و در نتیجه نه تنها جزای نقدی به عنوان مجازات متناسبی شناخته شده است، بلکه باعث تبعیض میان مرتکبان این دسته از جرایم شده است. شروع به جرم که به دلیل خطرات موجود در هرزه‌نگاری به صراحت در اسناد بین‌المللی پیش‌بینی شده، جز در مورد مصادیق منتج به افساد فی الارض در نظر گرفته نشده است. ارتکاب رفتار مجرمانه توسط والدین و سرپرستان اطفال به دلیل کنترل و تسلطی که بر آنان داشته و امکان سوءاستفاده را افزایش می‌دهد، به عنوان کیفیت مشدده شناخته نشده است. ایراداتی که بدان اشاره گردید به همراه ابهام و نقص در تعریف مفاهیمی همچون مبتذل و مستهجن، قانونی را به وجود آورده که نمی‌تواند به عنوان یک قانون مناسب در جهت مبارزه با هرزه‌نگاری در نظر گرفته شود. به همین دلیل پیشنهاد می‌گردد: ۱- قانون‌گذار ایران تعاریف دقیق و شفاف از واژه‌های مستهجن و مبتذل ارائه دهد. ۲- در ارتباط با مصادیق هرزه‌نگاری سایبری با تفکیک افراد بزرگسال

از اطفال زیر ۱۸ سال تمام، حمایت ویژه‌ای از دسته اخیرالذکر به عمل آورد. ۳- در جهت آسان‌تر شدن بار اثبات و با توجه به اینکه تولید هزینه‌نگاری، قدم نخست برای سایر جرایم به شمار می‌رود، مبادرت به حذف سوءنیت خاص از تولید هزینه‌نگاری نماید. ۴- با عنایت به این نکته که جزای نقدی در بسیاری از مصادیق هزینه‌نگاری، عامل بازدارنده مناسبی محسوب نمی‌شود، قانون‌گذار مجازات حبس را به نحو الزام‌آوری برقرار کند. ۵- با توجه به تسلط بیشتر والدین و سرپرستان نسبت به اطفال و در راستای اسناد بین‌المللی، ارتکاب جرایم مرتبط با هزینه‌نگاری به عنوان یک کیفیت مشدده برای این دسته از اشخاص در نظر گرفته شود. ۶- با استفاده از واژه‌های شفاف و مصادیق معین در ماده ۷۴۳ قانون مجازات اسلامی، از تفاسیر متعددی که حقوق متهم را تضییع می‌کند، پیشگیری نماید. ۷- با توجه به پیامدهای خطیری که جرایم مرتبط با هزینه‌نگاری به دنبال دارد و همین امر باعث گردیده که شروع به جرم برای این دسته از جرایم در اسناد بین‌المللی پیش‌بینی شود، در قانون جرایم رایانه‌ای نیز از این پاسخ کیفی استفاده شود.

منابع

- آقایی نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، چاپ چهارم، انتشارات میزان، ۱۳۸۹.
- الهی منش، محمدرضا؛ و ابوالفضل سدره نشین، محشای قانون جرایم رایانه‌ای، انتشارات مجد، ۱۳۹۱.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ و حامد رحمانیان، «هرزه‌نگاری در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰.
- حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین، المختصر النافع فی الفقه الامامیه، جلد ۱، چاپ سوم، بی نا، ۵۱۴۱۰ ق.
- خوبی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، جلد اول، مطبعه الآداب، ۱۹۷۵ م.
- عالی‌پور، حسن، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۰.
- عزیزی، امیرمهدی، حقوق کیفری جرایم رایانه‌ای، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی، چاپ چهارم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۳.
- کاسانی، علاء‌الدین ابی بکر بن مسعود، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، الجزء السابع، دارالفکرالعربی، ۱۴۱۶ ه. ق.
- ماوردی، ابی الحسن علی بن محمد، الاحکام السلطانیه، الطبعة الثانية، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۶ ه. ق.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد‌های ۱ و ۳، چاپ سوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷.
- موسوی خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، الجزء الثاني، مطبعه الآداب، ۱۴۰۵ ه. ق.
- میری، حجت‌الله، جرایم سمعی و بصری، چاپ اول، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۱.
- نوری، حسین بن محمد، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۹، آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ه. ق.
- Akadeniz, Yaman, Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses, Routledge, 2016.
- Berger, Fred, "Pornography, Sex and Censorship", Social Theory and Practice, vol. 4, 1977.
- Boister, Neil, An Introduction to Transnational Criminal Law, Oxford University Press, 2012.
- Chandra, Ramesh, Information Technology in 21st Century, Kalpaz Publications, 2003.
- Clough, Jonathan, Principles of Cybercrime, Second Edition, Cambridge University Press, 2015.
- Flowers, Barri, Sex Crimes: Perpetrators, Predators, Prostitutes and Victims, Second Edition, Charles Thomas Publishers, 2006.
- Gillespie, Alisdair, Child Pornography: Law and Policy, Routledge, 2011.

-
- Gottfried, Ted, *Censorship*, Marshal Cavendish, 2006.
 - Hald, Gert; and Neil Malamuth, "Self-Perceived Effects of Pornography Consumption", *Archives of Sexual Behavior*, vol. 37, 2008.
 - Kalim, Alexander, "Addressing the Gap in International Instruments Governing Internet Child Pornography", *CommLaw Conspectus*, vol. 21, 2013.
 - Keller, Perry, *European and International Media Law: Liberal Democracy, Trade and the New Media*, Oxford University Press, 2011.
 - Kendall, Virginia; and Markus Funkm, *Child, Exploitation and Trafficking: Examining the Global Challenges and U.S Responses*, Rowman and Littlefield Publishers, 2012.
 - Levesque, Roger, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*, Indiana University Press, 1999.
 - Longino, Helen, "Pornography, Oppression and Freedom: A Closer Look", in: L. Lederer (ed.), *Take Back the Night: Women on Pornography*, New York William Morrow, 1980.
 - Oddis, Dina, "Combating Child Pornography on the Internet: the Council of Europe's Convention on Cybercrime", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 16, 2002.
 - Ost, Suzanne, *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*, Cambridge University Press, 2009.
 - Palusci, Vincent, "Current Issues in Physical Abuse", in: Jill Korbin and Richard Krugman (eds.), *Handbook of Child Maltreatment*, Springer, 2014.
 - Schjolberg, Stein, *The History of Cybercrime: 1976-2014*, Books on Demand, 2014.
 - Schwabach, Aaron, *Internet and the Law: Technology, Society and Compromises*, Second Edition, ABC-Clio, 2014.
 - Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2015.
 - Short, Mary; et al, "A Review of Internet Pornography Use Research: Methodology and Content from the Past 10 Years", *Cyber psychology, Behavior and Social Networking*, vol. 15, 2012.
 - Steel, Chad, *Digital Child Pornography: A Practical Guide for Investigators*, Lily Shiba Press, 2014.
 - Traeen, Bente; Nilsen, Toril Sorheim; and Hein Stigum, "Use of Pornography in Traditional Media and on the Internet in Norway", *Journal of Sex Research*, vol. 43, 2006.
 - Van Der Aa, Suzan, "International (Cyber) Stalking: Impediments to Investigation and Prosecution", in: Rianne Letschert and Jan

-
- van Dijk (eds.), *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*, Springer, 2011.
- Vermeulen, Gert, *European Data Collection on Sexual Offences Against Minors*, Maklu, 2001.