

## مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر

حسین نجفی\* / عباس زراعت\*\* / جعفر یزدیان\*\*\* / سلمان گلی\*\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۲۵

### چکیده

صرف تأیید یک قانون در شورای نگهبان به معنای مشروعیت و مطابقت آن قانون با شرع است، زیرا وظیفه ذاتی این نهاد تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با شرع بوده و تا مطابقت مصوبات قوه مقننه با شرع احراز نگردد وصف قانون پیدا نمی کند. از آنجا که قانون جرائم رایانه ای هم به تصویب شورای نگهبان رسیده است مشروعیت داشته و برای کنش گران عدالت کیفری همین مقدار از مشروعیت، کافی است اما از منظر علمی باید تفصیل بیشتری داده شده و دلایل و مستندات مشروعیت این قانون و مواد آن مشخص گردد. بررسی مبانی شرعی جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای مجازی موضوع ماده ۲۵ قانون جرائم رایانه ای که تحت تاثیر کنوانسیون بوداپست به تصویب رسیده است موضوع این مقاله است. با توجه به جدید بودن این جرم، در آیات و روایات شرعی سابقه ای ندارد؛ بنابراین برای اثبات مشروعیت آن باید به دلیل عقل و قواعد کلی فقهی نظیر قاعده لاضرر، قاعده تسبیب، قاعده تسلیط، قاعده التعزیر بید الحاکم مراجعه کرد. نتیجه این که جرم مذکور نه تنها مغایرتی با ادله شرعی ندارد بلکه می توان دلایل فراوانی برای مشروعیت آن به دست آورد.

**کلیدواژه:** قواعد فقهی، تولید و توزیع و انتشار بدافزارها، فضای سایبر، لاضرر، تسبیب

\* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه کاشان، کاشان، ایران

Zeraat@kashanu.ac.ir

\*\* استاد دانشگاه کاشان، کاشان، ایران (نویسنده مسئول)

\*\*\* دانشیار دانشگاه کاشان، کاشان، ایران

\*\*\*\* استادیار دانشگاه کاشان، کاشان، ایران

## طرح مسأله

مصوبات مجلس شورای اسلامی زمانی وصف قانونی پیدا می کنند که با قانون اساسی و شرع انور اسلام مطابقت داشته باشند. اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این خصوص مقرر می دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین دیگر حاکم بوده و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» قانون مجازات اسلامی و قوانین خاص دیگری که جرایم و مجازات ها را تعیین می کنند نیز مشمول این اصل هستند. بنابراین جرم انگاری و تعیین مجازات برای عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها نیز باید بر اساس موازین شرعی باشد. این رفتار، علاوه بر این که در کنوانسیون های بین المللی جرم انگاری شده است در قوانین داخلی هم پیش بینی گردیده است، زیرا کنوانسیون بوداپست باید بومی سازی شده و با شرایط و اوضاع و احوال داخلی تطبیق داده شود. در مورد مشروعیت قوانین موضوعه و تطبیق آنها با منابع شرعی بر اساس ظاهر اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نکاتی وجود دارد که به عنوان مقدمه بحث باید مورد توجه قرار گیرد:

منظور از موازین اسلامی؛ موازین اسلامی شامل اصول، قواعد، احکام و مقرراتی است که از سوی شارع بیان شده است و به عبارت دیگر، آن چه به عنوان موازین شرعی مطرح می شود صریح و نصّ شرع نیست بلکه استنباط فقها و مجتهدان از دین است؛ بنابراین ممکن است استنباط های گوناگونی از سوی فقها صورت گیرد. بر همین اساس، ذیل اصل مزبور آمده است که فقط تشخیص و استنباط فقهای شورای نگهبان ملاک است تا راه بر اختلاف ها و دیدگاه های متفاوت بسته شود ( زنجانی، ۱۳۶۶: ۳۸۱).

درباره منظور از «بر اساس موازین اسلامی باشد» دو استنباط اساسی از این عبارت می توان داشت: یکی این که قوانین و مقررات با قواعد کلی شرعی مغایرتی نداشته باشد. پس ضرورتی ندارد که در شرع، مقررات معینی در مورد عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها وجود داشته باشد و آنگاه جرم انگاری این اقدام ها مطابق با آنها باشد. استنباط دوم آن است که آن چه در قانون می آید دقیقاً مطابق با احکامی باشد که در شرع آمده است؛ پس در این حالت باید شارع احکامی را در شرع برای این اعمال پیش بینی کرده باشد. ظاهر عبارت قانون با احتمال دوم، سازگارتر است؛ زیرا عبارت «بر اساس موازین اسلامی باشد» ظهور در این معنا دارد اما این احتمال، با منطق سازگاری ندارد. حقوقدانان می گویند چنان چه میان تفسیر منطقی و تفسیر لفظی تعارض به وجود آید تفسیر منطقی مقدم خواهد شد. پس منظور قانونگذار در اصل چهارم آن نیست که مقررات جرائم از جمله جرم مورد بحث ما باید مطابق احکام شرعی باشد، زیرا اساساً احکامی در شرع برای این جرم بیان نشده است بلکه منظور آن است که چنان چه در شرع، قواعد یا احکامی در این خصوص وجود دارد مقررات قانونی مغایرتی با آنها نداشته باشد؛ یعنی شارع به صراحت مقررات قانونی را نهی نکرده باشد. در خصوص جرم مورد بحث، شرع، مستقیماً به آن نپرداخته است اما شرع برای حفاظت از پنج ارزش (دین، جان انسان، عقل، ناموس و اموال) قواعدی از قبیل قاعده لاضرر، اتلاف، تسبیب، تعزیر، حرمت اعانت بر اثم و نهی از منکر و ... دارد که متشرع، آن را مبنای ممنوعیت و مجازات اعمال و رفتارهای ضد ارزش های یاد شده، قرار می دهد. پس در این مقاله بر آنیم تا با بررسی قواعد شرعی، مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر را بیابیم؛ یا به عبارت دیگر، بررسی شود که آیا جرم انگاری عمل مذکور، مغایرتی با موازین اسلامی دارد یا خیر؟

برای بررسی مشروعیت جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر باید به بررسی قواعد شرعی و اصول کلی فقهی پرداخت؛ زیرا همانگونه که اشاره شد دلیل

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۱۸

صریح و خاصی در منابع شرعی یعنی قرآن و سنت و اجماع وجود ندارد. قواعد فقهی نیز غالباً قواعدی عقلی هستند و اگر مستندات هم از شرع وجود داشته باشد برای ارشاد به حکم عقل است. در مورد اجماع گفته می شود که چنان چه دلیل لفظی مبنای تشکیل اجماع باشد چنین اجماعی، یک دلیل مدرکی است؛ یعنی اعتبار اجماع به خاطر دلیلی است که در تأیید آن وجود دارد و خود اجماع ارزشی ندارد. اما در قواعد عقلی، قضیه بر عکس است؛ یعنی اگر قاعده ای مبتنی به حکم عقل باشد و شرع نیز آن را تأیید کند اعتبار قاعده، به خاطر عقلی بودن آن است و دلیل شرعی فقط یک دلیل ارشادی است. به هر روی، برای مشروعیت جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها که در کنوانسیون بوداپست هم پیش بینی شده و قانونگذار با تغییرات جزئی در قانون داخلی آورده است قواعد عقلی فراوانی وجود دارد که به حکم قاعده تلازم عقل و شرع می توان به این قواعد به عنوان دلیل شرعی نیز استناد کرد و در ادامه به چند مورد اشاره می کنیم.

### ۱- قاعده ملازمه میان عقل و شرع

قاعده ملازمه میان حکم عقل و شرع به معنای آن است که آن چه را شرع، معتبر بداند عقل نیز معتبر می داند و آن چه را عقل، معتبر بداند شرع نیز معتبر می داند. منظور از عقل، در اینجا عقل عملی است؛ یعنی اگر عقل، عملی را نیکو بداند شرع باید به وجوب یا استحباب انجام آن حکم بدهد و اگر عقل، عملی را ناپسند بداند شرع آن را حرام یا مکروه می داند. عقل سلیم، حکم می کند که تولید و توزیع و انتشار بدافزارها در فضای مجازی، کار ناپسندی است؛ پس شرع نیز آن را حرام و سزاوار مجازات می داند. این بحث که با عنوان حسن و قبح افعال، مشهور شده است قرن ها قبل از اسلام نیز رایج بوده است. فلاسفه یونان فلسفه را به نظری و عملی تقسیم می کردند و فلسفه عملی نیز خود شامل سه شاخه بود: سیاست مدن (آیین

کشورداری)، تدبیر منزل (اداره خانواده) و اخلاق. به اعتقاد افلاطون، راهنمای اخلاق در تشخیص کارهای خوب و بد، عقل بشر بود. متکلمان مسلمان نیز به دو دسته تقسیم شده اند. معتزله عقیده دارند خوبی و بدی افعال را عقل تعیین می کند به گونه ای که اگر پیامبری هم مبعوث نمی شد حسن و قبح افعال را می فهمیدیم. اما اشعری ها می گویند ملاک حسن و قبح کارها، حکم شارع است؛ یعنی آن چه را شرع، خوب بداند خوب است و آن چه را شرع، بد بداند بد است (هر چه آن خسرو کند شیرین بود)؛ اما گروهی راه میانه را برگزیده و می گویند عقل، حسن و قبح افعال را می فهمد اما به تنهایی قادر نیست وصف تکلیفی به آنها بدهد؛ بنابراین نیاز به کمک شرع دارد. قانونگذار در مقام وضع قانون و جرم انگاری، نماینده شارع نیست بلکه به عنوان حاکم عاقل و عادل، قانونگذاری می کند همان گونه که منصب اداره جامعه یک منصب شرعی نیست. در مورد قاعده ملازمه میان عقل و شرع اختلاف جدی وجود ندارد بلکه عمده اختلاف ها در مورد مصادیق است. متکلمان می گویند اگر حکمی از سوی شارع با دلیل قطعی و مسلم بیان شود قطعاً مورد تأیید شارع است و اگر ظاهراً عقل آن را رد کند به دلیل آن است که عقل به درجه کمال نرسیده است. تعارض میان دلیل عقل و شرع امکان ندارد، چون شرع برخلاف حکمت و مصلحت حکم نمی کند.

عقل یک ودیعه الهی در انسان است که به پیامبر درونی هم از آن یاد شده است هر چند اختلاف هایی در مورد مفهوم و مصادیق آن وجود دارد. به نظر می رسد این واژه از جمله واژه هایی است که به دلیل بدیهی بودن آن قابل تعریف نیست. به هر حال، هیچ تردیدی وجود ندارد که ارتکاب عملی همچون تولید و انتشار بدافزار در فضای مجازی از نظر عقلانی ناپسند و مذموم است و این مقدار از تشخیص نیازی به بحث ندارد. اما این که در مقابل چنین رفتار ناپسندی چه مجازاتی باید تعیین گردد نیاز به عقل خاص می باشد؛ یعنی عقل کسانی که در زمینه جرم انگاری و تعیین مجازات، تخصص دارند و تجربه کافی اندوخته اند و در اصطلاح فقهی با عنوان بنای عقلا از آن یاد می شود. تعیین مجازات، یک امر فنی و تخصصی است که متخصصان جامعه

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۲۰

شناسی، جرم شناسی، حقوقی و سایر علوم مرتبط با کمک یکدیگر واکنش مناسبی را تعیین می کنند.

## ۲- قاعده لاضرر

این قاعده، بسیار مشهور و در عین حال، پرکاربرد است که مستند مسئولیت مدنی است؛ اعم از این که منشأ خسارت، جرم یا رفتار غیر مجرمانه باشد. عبارت های قاعده از یک حدیث نبوی به عاریه گرفته شده است. در این روایت آمده است که سمره بن جندب، درخت خرمايي در خانه يکي از انصار داشت و به بهانه سرکشی به درخت خود برای صاحب خانه ایجاد مزاحمت و ضرر می کرد. مرد انصاری نزد پیامبر شکایت برد و پیامبر کوشش زیادی کرد تا با مذاکره و دادن عوض، درخت خرما را برای شاکی بخرد اما سمره لجبازی می نمود تا این که پیامبر دستور داد درخت را بکنند و نزد صاحبش بیندازند و فرمودند: «فأنه لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (کلینی، ۱۴۰۱: ۲۹۲/۵). البته روایت با عبارت های دیگری نیز بیان شده است مانند «أنک رجل مضارّ و لا ضرر و لا ضرار علی المؤمن»؛ و در برخی روایت ها عین عبارت فوق بیان نشده است بلکه پیامبر(ص)، سمره را شخص ضرر زنده می داند و به او دستور می دهد که درخت خود را کنده و از آنجا ببرد (شیخ صدوق، ۱۴۱۰: ۵۹/۳). به هر حال، اختلاف عبارت ها لطمه ای به صحّت روایت و قاعده وارد نمی کند و مشهور فقها بلکه اجماع آنها، قاعده را یکی از مسلّمات فقهی می دانند که مورد تأیید عقل و عرف نیز می باشد (زراعت، ۱۳۸۸: ۱۵۱).

در مورد این قاعده، بحث های زیادی صورت گرفته است که از حوصله این مقال خارج است مانند معنای ضرر و ضرار، معنای حرف (لا) در قاعده، رابطه آن با احکام اولیه، رابطه آن با قواعد فقهی دیگر، شمول قاعده نسبت به امور عدمی، اضرار به غیر در مقام دفع ضرر از خود و ... (محقق داماد، ۱۳۸۰: ۱۳۳-۱۶۸).

ضرر به معنای خسارت است و در مقابل نفع قرار دارد (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۴۸۳/۴). در مورد معنای قاعده چند دیدگاه وجود دارد: گروهی عقیده دارند که گرچه روایت به صورت جمله خبری است اما پیامبر، نهی از ضرر کرده و معنای انشائی را اراده کرده است؛ یعنی هیچ کس نباید ضرری به دیگری وارد کند (شیخ الشریعه اصفهانی، ۱۴۰۷: ۲۸).

گروهی دیگر گفته اند که نهی در اینجا به صورت نهی شرعی نیست آنگونه که نهی از سرقت و زنا شده است، بلکه نهی به عنوان حکم مولوی و حکومتی است و پیامبر به عنوان حاکم و نه به عنوان شارع، چنین حکمی داده است (خمینی، بی تا: ۱۱۲/۳). دیدگاه سوم آن است که احکام شرعی نباید موجب ضرر دیگران شود؛ یعنی شارع و قانونگذار حق و منع چنین احکامی را ندارد پس شامل حالتی نمی شود که شخصی به دیگری، ضرر وارد می کند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۳: ۱۸۲/۱).

گروهی دیگر می گویند که نفی در اینجا به معنای نهی از ضرر نیست، بلکه به معنای نفی است که معنای واقعی آن می باشد، منتها حکم ضرری به صورت مستقیم نفی نمی شود، بلکه به لسان موضوع، نفی شده است. به عنوان مثال، وقتی گفته می شود که ربا میان پدر و فرزند وجود ندارد، موضوع ربا نفی نمی شود، زیرا ربا میان پدر و پسر نیز وجود دارد اما اثر آن نفی می شود؛ یعنی ربا میان پدر و پسر، آثار ربا میان اشخاص دیگر را ندارد و مباح است. اصطلاحاً گفته می شود که حکم به لسان موضوع و به صورت غیر مستقیم نفی شده است (خراسانی، ۱۴۱۴: ۲۶۸/۲) گروهی هم گفته اند منظور پیامبر، آن است که ضرر تدارک نشده، در اسلام وجود ندارد بلکه هر کس ضرری بر دیگری وارد کند باید آن را جبران نماید (حکیم، ۱۳۷۲: ۳۷۷/۲). گروهی نیز اعتقاد دارند نفی ضرر به معنای آن است که مردم نباید به یکدیگر ضرر وارد کنند و اگر کسی ضرر به دیگری وارد کرد مورد تأیید شارع نیست و باید خسارت بدهد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۶۸/۱). به نظر می رسد هر یک از این استنباط ها را می توان از قاعده برداشت نمود و به هر حال، شامل بحث ما نیز می شود و بهتر

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۲۲

است معنای عامی برای آن در نظر گرفته شود (نبوی قمی، بی تا: ۲۴). با توجه به عملکرد ویروس یا بدافزارها در سیستم رایانه ای که به محض ورود ممکن است باعث آسیب زدن، پاک کردن، خراب کردن، تغییر دادن یا متوقف کردن داده های رایانه ای یا باعث اختلال در سیستم و شبکه شود لذا تولید، توزیع و انتشار آن در فضای سایبر می تواند از باب قاعده لاضرر (حرمت اضرار به غیر) ممنوع دانسته شود. ممنوع بودن ارتکاب عمل، دو اثر مهم دارد: یک اثر، تکلیفی است یعنی مجرم، عمل حرامی انجام داده و باید مجازات شود و اثر دیگر، وضعی است، یعنی مرتکب باید خسارتی که به دیگران وارد کرده است را جبران نماید.

### ۳- قاعده اتلاف و تسبیب

یکی از مبانی شرعی برای جرم انگاری جرایم از جمله جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها، قاعده اتلاف و تسبیب است. این دو قاعده گاهی در قالب دو قاعده و گاهی در قالب یک قاعده، مورد بحث قرار می گیرد. فقها در نوشته های فقهی معمولاً سه عامل برای ضمان قهری بیان می کنند: غضب، اتلاف و تسبیب. در اتلاف، ضامن به صورت مستقیم و مباشرتاً مال دیگری را از بین می برد اما در تسبیب، با واسطه و به شکل غیر مستقیم، خسارت به دیگری وارد می شود. پس کسی که مرتکب جرمی شده و ضرر مادی یا معنوی به دیگران وارد می کند، دارای مسئولیت مدنی و کیفری است. این قاعده مستند به روایات و حکم عقل و عرف است. آیه ۱۹۰ سوره بقره می فرماید: «هرکسی به شما تجاوز نماید پس مانند تجاوزی که به شما کرده است او را مورد تجاوز قرار دهید.» در روایت نیز آمده است که هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن است.

عبدالله بن مسعود از پیامبر (ص) نقل می کند: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۵۹/۳) احترام مال مسلمان مانند احترام خون اوست. پس همان طور که



خون مسلمان هدر نیست، مالش نیز چنان چه کسی تلف کند به هدر نرفته و قابل جبران است. در موضوع بحث، هرگونه از بین رفتن داده ها، سابوتاژ، تخریب، اختلال در عملکرد داده ها و تغییر در عملکرد آنها و همچنین استفاده ناپذیر کردن داده ها می تواند از مصادیق اتلاف مال غیر باشد که به وسیله بدافزارهایی مثل ویروس، کرم، تروجان و ... صورت می گیرد. با توجه به این که بدافزارها وسایلی هستند که با استفاده از آنها جرائم مذکور ارتکاب می یابد لذا عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبری می تواند از باب: ۱- حرمت تولید و فروش کالای صرفاً مضر، ۲- حرمت تولید و فروش کالا به قصد استفاده آن در امر حرام، نیز ممنوع و جرم انگاری شود (بای و پورقهرمانی، ۱۳۸۸: ۱۷۶ و ۱۷۸) البته برخی از فقهای معروف مثل صاحب جواهر، بر حرمت خرید و فروش کالاهایی که منافع غالب و معمولی آن حرام باشد، ادعای عدم خلاف کرده اند (همان، ۱۳۸۸: ۱۷۷).

قاعده تسبیب نیز از مجموع روایاتی فهمیده می شود که مصادیق آن را بیان کرده اند. به عنوان نمونه، در روایت صحیح حلبی آمده است که از امام صادق (ع) درباره شخصی پرسیدم که مانعی بر سر راه مردم قرار می دهد و حیوانی از این مانع ترسیده و فرار می کند و صاحب خود را بر زمین می زند امام می فرماید: «هرگاه چیزی بر سر راه مسلمانان قرار داده شود عامل آن، ضامن خسارت هایی است که از عمل وی ناشی می شود» (حرّ عاملی، بی تا: ۱۸۱/۱۹). در روایت دیگری زراره از امام (ع) درباره شخصی سؤال می کند که چاهی در غیر ملک خویش حفر کرده و عابری در آن سقوط می کند. امام (ع) می فرماید: «حفرکننده چاه، ضامن خسارت هاست، زیرا هرکس چاهی در غیر ملک خویش حفر نماید، ضامن است» (همان، بی تا: ۱۷۹ / ۱۹، باب ۸ و ۹ از ابواب موجبات ضمان).

قواعد فقهی گرچه غالباً مستند به آیات و روایات هستند اما آیات و روایات در حقیقت، حکم عقل را بیان می کنند. اتلاف و تسبیب نیز یک حکم عقلی است؛ یعنی حکم عقل و بنای عقلا بر آن است که اگر کسی به صورت مستقیم یا غیر مستقیم، مال

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۲۴

دیگری را از بین ببرد، ضامن است. اتلاف ممکن است در قالب فعل مثبت یا ترک فعل صورت گیرد اما سبب، همواره به شکل مثبت تحقق می یابد.

در مورد این که ضمانت مرتکب در صورتی است که از روی عمد تحقق یابد یا فعل غیر عمدی نیز موجب ضمان می باشد، اختلاف نظر وجود دارد؛ در مورد اتلاف، تردید جدی وجود ندارد بلکه کافی است که میان رفتار مرتکب و ورود خسارت، رابطه مادی برقرار باشد؛ یعنی بتوان خسارت را منتسب به فاعل دانست (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۶۲/۱). اما در مورد تسبیب اختلاف نظر است؛ گروهی تقصیر را شرط می دانند و نیازی به عمدی بودن فعل مرتکب نیست یعنی ضرورتی ندارد که عامل زیان با قصد ورود خسارت این کار را انجام داده باشد. به اعتقاد ایشان اگر مستند قاعده، اجماع فقها باشد علم و قصد شرط است زیرا اجماع، یک دلیل لبی و غیر لفظی می باشد پس باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن، جایی است که مرتکب دارای علم و قصد باشد اما اگر مستند قاعده، دلیل لفظی یعنی آیات یا روایات باشد نیازی به قصد اضرار نیست زیرا الفاظ، عمومیت و شمولیت دارند و موارد عمد و غیر عمد را فرا می گیرند. همانگونه که دیدیم مستند این قاعده، آیات و روایات است و اجماع فقها نیز بر مبنای دلایل لفظی، شکل گرفته است که اصطلاحاً اجماع مدرکی نامیده می شود و چنین اجماعی اعتبار ندارد، زیرا مدرک آن معلوم است (محقق داماد، ۱۳۸۰: ۱۲۲).

در اتلاف و تسبیب آن چه اهمیت دارد برقراری رابطه میان فعل زیانبار و خسارت وارده است و تفاوتی ندارد که فعل زیانبار، عمل مجرمانه یا غیر مجرمانه باشد. اگر کسی مرتکب فعل زیانبار شود، مسئولیت دارد و مسئولیت اعم از مسئولیت مدنی و کیفری است؛ بدین معنا که اگر رفتار مرتکب، فعل غیر مجرمانه باشد فقط مسئولیت مدنی دارد و باید خسارت وارده را جبران نماید اما اگر رفتار سبب خسارت، جرم باشد یعنی فعل یا ترک فعلی که قانونگذار برای آن مجازات تعیین کرده است علاوه بر خسارت وارده، مجازات نیز اعمال می گردد. شخصی که مرتکب تولید، توزیع و

انتشار بدافزارها در فضای سایبر می شود در صورت ورود خسارت، دارای مسئولیت مدنی و کیفری است، زیرا عمل وی وصف مجرمانه نیز دارد. این مسئولیت اختصاص به نظام حقوقی اسلامی ندارد بلکه در سایر نظام های حقوقی نیز وجود دارد، زیرا همانگونه که گفته شد قاعده اتلاف و تسبیب که مستند جرم انگاری این رفتارها می باشد یک قاعده صرفاً شرعی نیست بلکه مبنای عقلی و عرفی دارد و دلایل شرعی جنبه ارشادی دارند. ممکن است گفته شود در این صورت، مرتکب، فقط در صورتی مسئولیت خواهد داشت که عمداً این رفتارها را انجام داده باشد و عمل تولید، توزیع و انتشار ویروس به صورت غیر عمدی موجب مسئولیت نخواهد بود. پاسخ چنین داده می شود که این سخن در مورد مسئولیت مدنی و جبران خسارت پذیرفته نمی شود، زیرا لزوم جبران خسارت، یک حکم وضعی است و در احکام وضعی نیازی به عمد نیست بلکه صرف ورود خسارت، کفایت می کند. اما در مورد مسئولیت کیفری این سخن، صحیح است زیرا در مسئولیت کیفری، اصل بر لزوم عنصر روانی و سوء نیت است؛ بنابراین جرایم مادی صرف و دارای مسئولیت مطلق، استثنایی هستند و باید به صراحت بیان شوند. در مورد جرم عمدی و غیر عمدی نیز اصل بر عمدی بودن جرائم است؛ یعنی شرط تحقق هر جرمی، آن است که به شکل عمدی انجام شود؛ بنابراین جرائم غیر عمدی استثناء بر اصل هستند و نیاز به تصریح دارند. البته اگر شخصی به صورت غیر عمدی مرتکب عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزار شده و تحت تعقیب کیفری قرار گیرد و شاکی، دعوای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم نیز مطرح کند و دادگاه مرتکب را به خاطر عمدی نبودن عملش تبرئه نماید باید در مورد خسارت ادعا شده، حکم بدهد (زراعت، ۱۳۹۳: ۴۱۵).

#### ۴- قاعده حرمت اعانت بر اثم

یکی از قواعد مشهور نزد فقها، «قاعده حرمت اعانت بر اثم» یا حرمت کمک به گناه است. این قاعده، معمولاً به عنوان مستند شرعی معاونت در جرم مورد بحث قرار

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۲۶

می گیرد. اما این معنا، معنای خاص قاعده است و در مفهوم عام آن، شامل تمامی جرائمی می شود که موجب اشاعه گناه و بد اخلاقی در جامعه می شود. جرائم به صورت کلی به ویژه جرم «تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبری» این قابلیت را دارند که جامعه را آلوده به گناه نمایند. فیلسوفان اخلاق و روانشناسان عقیده دارند که جرم و افعال بد نیز مانند افعال نیک، حالت واگیر دارند؛ یعنی از فردی به فرد دیگر سرایت پیدا می کند و از این جهت به شیوع گناه و جرم در جامعه کمک می کند. این قاعده، در میان فقها بسیار مشهور است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۶۴/۱). آیات و روایات نیز بر این قاعده دلالت دارند، مانند آیه دوم سوره مائده که می فرماید: «نسبت به گناه و عدوان، کمک نکنید» یا در روایتی از امام صادق (ع) آمده است: «هر کس به کشتن یک مؤمن حتی با گفتن یک کلمه یاری کند در پیشانی وی نوشته می شود که مایوس از رحمت خداست» (حرّ عاملی، بی تا: ۹/۱۹) علاوه بر ادله نقلی، اجماع فقها و دلایل عقلی نیز در تأیید آن وجود دارد (قبله ای خوئی، ۱۳۸۸: ۵۶).

فقها در مورد این قاعده به اختلاف افتاده اند که آیا قاعده ای غیر قابل تخصیص است به گونه ای که کمک به هیچ گناهی جایز نباشد یا می توان در موارد خاصی، آن را تخصیص زد؟ عده ای اعتقاد دارند معصیت و گناه در هر حال ناپسند است و نمی توان گناهی را در یک مورد خاص، مباح و جایز دانست، اما گروهی دیگر بر این باورند که قاعده مزبور، مشمول قاعده دیگری است که می گوید: «هیچ عامی بدون تخصیص نیست» (خوئی، ۱۴۱۲: ۲۹۹/۱) پس این قاعده در معنای عام آن، ارتکاب گناه را ممنوع می داند که کمک به گناه نیز مصداق ارتکاب گناه است. امروزه که انتشار گناه و بد اخلاقی در جامعه از راه جرائم رایانه ای از جمله جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها بسیار آسان شده و قابل گسترش است می توان مشروعیت جرم

۴۲۷ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۳ - پاییز و زمستان ۹۹  
انگاری این عمل گناه و مجرمانه را به استناد قاعده حرمت کمک به معصیت، احراز نمود.

## ۵- قاعده تسلیط

یکی از قواعد فقهی که ممکن است مستند مشروعیت جرم انگاری جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبری قرار گیرد، «قاعده تسلیط» است. قاعده تسلیط یعنی این که هر کسی می تواند نسبت به اموال خودش هر گونه تصرفی بنماید (جنبه مثبت) و دیگران را از تجاوز به اموالش منع نماید (جنبه منفی). فضای سایبری یک قلمرو غیر فیزیکی برای ارتباطات اجتماعی است و هریک از شهروندان جهانی مالک مشترک این فضا بوده و حق استفاده از آن را دارند.

در مورد اعتبار قاعده تسلیط به آیات، روایات و دلیل عقلی استناد شده است. آیه ۲۹ سوره نساء و آیه ۱۸۸ سوره بقره از جمله این دلایل است که مردم را تشویق می کند از راه حلال در اموال خود تصرف کنند و تصرفات نامشروع نداشته باشند. متن قاعده در برخی روایات نیز بیان شده است؛ مانند حدیث نبوی (ص) که می فرماید: «مردم بر اموالشان سلطه و حاکمیت دارند» (مجلسی، ۱۳۷۸: ۲/۲۷۳). سلطنت دارای جنبه تکلیفی و وضعی است که عقلای جهان و از جمله سیره مسلمانان، مؤید آن است. سلطنت تکلیفی یعنی این که شارع، تصرف مالک در مالش را مباح دانسته و آن را حرام نکرده است. سلطنت وضعی بدین معناست که تصرف مالک، نافذ و معتبر است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۱/۲۴).

در حدیث سلطه گرچه سخن از مال به میان آمده است اما فقها دامنه آن را به حقوق نیز سرایت داده اند (نائینی، ۱۴۴۱: ۱۲/۳۶۴).

حق استفاده از فضای سایبری امروزه به عنوان یک حق مسلم و قطعی، مورد تأیید فقها و حقوقدانان می باشد به گونه ای که نمی توان خدشه و ایراد مؤثری بر آن وارد کرد. این حق، یکی از حقوق شهروندی است که مشمول جنبه سلبی و ایجابی قاعده

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۲۸

سلطنت می باشد. جنبه ایجابی قاعده سلطنت مقرر می دارد که تمامی انسان ها و شهروندان می توانند از حقّ خود برای بهره گیری از فضای سایبری تا جایی که ضرری به حقوق دیگران وارد نسازند، استفاده کنند. جنبه سلبی قاعده نیز می گوید هر کسی می تواند دیگران را از تعرّض و تجاوز به حقّ استفاده از فضای سایبری جلوگیری کند. این قاعده به قانونگذار اجازه می دهد برای تعرّض کنندگان به حقوق دیگران، مجازات تعیین کرده و آنان را مجبور به پرداخت خسارت نمایند. همچنین به مردم و شهروندان اجازه می دهد اگر کسی در حقوق شهروندی آنها در فضای سایبری تصرّفی نمود، تعقیب و مجازات ایشان را درخواست نمایند. طبیعی است تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبری نوعی تعرّض به حقوق دیگران در فضای سایبری است که مانع استفاده کامل آنها از حقوق خودشان می شود؛ پس قانونگذار بر همین مبنا، مجازات تعیین کرده و این عمل را جرم انگاری کرده است.

علاوه بر قواعد فقهی فوق، قواعد و دلایل دیگری را هم می توان برای مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای مجازی پیدا کرد که موجب اطاله کلام می شود.

یکی از این قواعد، قاعده مصالح مرسله است. مصالح مرسله به معنای مصلحتی است که شارع نفیاً و اثباتاً در مورد آن سخنی نیاورده است و فقها در مورد آن به اختلاف افتاده اند. اگر مصلحتی، قطعی و مسلّم باشد اصولاً شارع نیز آن را معتبر می داند اما اگر مردّد باشد به اعتقاد مالکیّه اعتباری ندارد و گروهی مانند ابن تیمیه آن را معتبر می دانند. منظور از مصلحت در اینجا جان، مال، ناموس، دین و عقل است؛ بنابراین بر شارع و قانونگذار واجب است اعمالی همچون تولید و توزیع و انتشار بدافزارها که موجب تقویت مصلحت دیگران می شود را ممنوع نماید.

یکی دیگر از قواعد مورد قبول فقهای اهل سنت قاعده استحسان است که ممکن است با قاعده انصاف در علم حقوق مقایسه شود. در استحسان بر خلاف مصالح مرسله

۴۲۹ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۳ - پاییز و زمستان ۹۹  
که دلیل شرعی وجود ندارد یک دلیل شرعی برای اثبات حکم وجود دارد اما  
مصلحتی در میان است که مقرر می‌دارد از آن دلیل صرفنظر شده و برخلاف آن رفتار  
شود. مبنای این دلیل نیز حکم عقل است اما فقهای شیعه می‌گویند چنین دلیل مانند  
قیاس اعتباری ندارد (قمی، ۱۳۷۸: ۹۲).

یکی از اعمال بسیار قبیح در آیات و روایات، اذیت کردن دیگران (حرمت ایذاء)  
است. در آیه ۵۸ سوره احزاب می‌خوانیم: «آنان که مردان و زنان را به خاطر کاری که  
انجام نداده اند آزار دهند، مرتکب بهتان و گناه آشکاری شده‌اند.» پیامبر گرامی اسلام  
می‌فرماید: «هرکس مؤمنی را اذیت کند مرا اذیت کرده است و هر کس مرا اذیت کند  
خدا را اذیت کرده است و هرکس خدا را اذیت کند از رحمت خدا به دور است.» از  
امام صادق علیه السلام نیز روایت شده است که خداوند فرمود: هرکس بنده مؤمن مرا  
اذیت کند با من اعلام جنگ کرده است» (کلینی، ۱۴۰۱: ۳۵۰/۵)؛ بی‌تردید تولید و  
انتشار بدافزارها در فضای مجازی موجب اذیت و آزار دیگران است؛ بنابراین ممنوع  
کردن آن جایز است.

## ۶- قاعده التعزیر بید الحاکم

«تعزیر» از دیدگاه فقها، مجازات عملی است که شارع برای آن، حد یا قصاص یا  
کفاره تعیین نکرده باشد (الجزیری، ۱۴۰۶: ۳۹۷/۵). تعزیر در لغت به معنای تأدیب  
است و از نظر شرعی به مجازاتی گفته می‌شود که در شرع، میزان و نوع آن مشخص  
نشده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۲۳/۲) البته در شرع، مجازات‌هایی هم داریم که  
میزان و نوع آن مشخص شده‌اند که به آنها «تعزیر منصوص شرعی» می‌گویند. و  
ممکن است مواردی هم باشد که نوع و مقدار تعزیر مشخص نشده‌اند لکن چون اعمال و  
رفتار خاصی بوده که در نصوص شرعی معرفی شده‌اند، به این دسته از تعزیرات هم  
«تعزیرات منصوص شرعی» می‌گویند. در مجموع، تعزیر منصوص شرعی به عمل یا  
رفتار خاص و مجازاتی که دارای «نص شرعی» هستند - خواه نوع و مقدار تعزیر،

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۳۰

مشخص شده باشد خواه مشخص نشده باشد - گفته می شود. پس در این صورت، تعزیر خود به «تعزیر منصوص» و «تعزیر غیر منصوص» تقسیم می شود و با توجه به تعریفی که از «تعزیر منصوص شرعی» شد این نوع تعزیر، باید احصاء شده باشند؛ یعنی قاعدتاً آنها در شرع، مشخص و تعدادشان نیز محدود و معلوم است.

فقها در مورد تعداد تعزیرات منصوص شرعی اتفاق نظر ندارند. هرچند در کتاب‌های فقهی به صورت پراکنده و در باب‌های مختلف به تناسب موضوع با استناد به روایات موجود به آنها اشاره نموده اند. تنها فقیه‌ای که به جمع آوری این دسته از تعزیرات همت گماشته، علامه مجلسی (ره) است، ایشان شمار این تعزیرات را تا پنجاه قسم دانسته است (رمضانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۶۰). گروهی تعداد آنها را منحصر در دو مجازات نموده اند (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۱۸/۱). عده ای دیگر سه مصداق بیان کرده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰۰/۲) گروهی دیگر، پنج مجازات را تعزیر منصوص شرعی دانسته اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۵/۴۱) و عده ای حتی تعداد آنها را تا پانزده مجازات افزایش داده اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۱۰۲).

قانونگذار این تقسیم بندی را زمانی وارد قانون نمود که شورای نگهبان در زمان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ایراد نمود که گستره اختیارات قاضی نباید شامل تعزیرات منصوص شرعی شود. قانونگذار نیز برای رفع ایراد، این عنوان را در تبصره ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی بیان کرد بدون این که تعریف یا مصداقی برای آن ارائه دهد (الهام و برهانی، ۱۳۹۲: ۲۸۶). مهم ترین مصداقی که در قانون مجازات اسلامی می توان برای تعزیر منصوص شرعی بیان کرد عمل منافی عفت مانند تقبیل و مضاجعه و همجنسگرایی و قذف تعزیری است. در این زمینه باید تفسیر مضیق نمود؛ یعنی نسبت به موارد مشتبه رویکرد حداقلی داشت (برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴: ۱۰۸).

تقسیم بندی مجازات ها به تعزیر منصوص شرعی و غیر منصوص شرعی آثار زیادی دارد. یکی از این آثار در تبصره دوم ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب



۴۳۱ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۳ - پاییز و زمستان ۹۹  
۱۳۹۲ آمده است که «اطلاق مقررات این ماده و همچنین بنده ماده ۷ و بندهای الف و ب ماده ۸ و مواد ۲۸، ۳۹، ۴۰، ۴۵، ۴۶، ۹۲، ۹۳، ۱۰۵ شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی شود». آثار دیگر، در منافع ممکن الحصول نمایان می شود؛ تبصره ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر می دارد: «منافع ممکن الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف کند. همچنین مقررات مربوط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل تعزیرات منصوص شرعی و مواردی که دیه پرداخت می گردد، نمی شود.»

قواعد فقهی، گاهی عیناً در روایات بیان شده است و گاهی مضمون آن از روایات به دست می آید. قاعده «التعزیر بیدالحاکم»، جزو قواعد دسته اول است و از این جهت، ابهام چندانی در مورد آن وجود ندارد. در روایتی از امام باقر (ع) آمده است که: «شاهد دروغگو تازیانه زده می شود اما مقدار آن مشخص نیست بلکه به نظر امام واگذار شده است» (نوری، ۱۳۱۸: ۱۹۵/۱۸). در روایت دیگری آمده است: «مقدار تعزیر به نظر والی بستگی دارد و آن را بر اساس جرم و قدرت بدنی مجرم، تعیین می کند» (حرّ عاملی، ۵۸۳/۱۸). همانگونه که ملاحظه می شود در این روایت بر خلاف متن قاعده، لفظ حاکم، بیان نشده است بلکه واژه «امام» و «والی» بیان شده است و بر همین اساس، گروهی از فقها عقیده دارند منظور از حاکم، قاضی دادگاه نیست تا بتواند برای هر مورد، مجازات خاصی تعیین کند بلکه فقهای عالیقدر امامیه با اندیشه و دقتی که در بدست آوردن ملاکات احکام به خرج داده اند به خوبی بر این مطلب وقوف یافته اند که مجازات برخی جرائم قابل پیش بینی است اگرچه در برخی موارد، با تعیین حداقل و حداکثر تقریبی باشد و در برخی دیگر به طور مطلق؛ که این امر نیز با وضعیت هر مورد مرتبط است. اما در عین حال، از این نکته نیز غافل نمانده اند که تعیین نوع و مقدار هر تعزیر در هر دوره به نظر ولیّ امر یعنی مدیریت جامعه بستگی دارد و از مسئولیت های آن مقام به شمار می رود (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۲۳۷).

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۳۲

با مقدمه ای که گذشت یکی از مبانی شرعی و فقهی جرم انگاری و تعیین مجازات، قاعده مشهور «التعزیر بید الحاکم» است که برای جرم انگاری جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها نیز می توان این قاعده را به کار برد. زیرا که این عمل، بنابر قواعدی که شرح آن قبلاً به عمل آمد جزو عمل هایی است که حدّ اقل بر ضدّ یکی از موارد ارزش های پنجگانه (دین، جان انسان، عقل، تبار و اموال) می باشد. پس قطعاً جزو تعزیر غیر منصوص شرعی است، چرا که دارای نصّ شرعی نیست.

قاعده مذکور، مستند به روایات صحیح و مستند شرعی است. برخی از فقها عقیده دارند که اصل در تعزیر، تازیانه است، زیرا در روایات آمده است که تعزیر باید کمتر از حدّ باشد؛ پس باید مجازاتی را تعیین نمود که مقاربت و شباهت با حدّ داشته باشد تا بتوان مقدار کمتر از حدّ را تعیین کرد (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴: ۳۰) اما این سخن، صحیح نیست زیرا واژه تعزیر به صورت مطلق در روایات بیان شده است و منحصر در مجازات خاصی نیست (شیخ طوسی، ۱۴۰۱: ۲۲۳/۴)؛ همچنین مجازات تعزیری برای ایجاد نظم در جامعه برقرار شده است و از طرفی مجازات به حکم عقل باید متناسب با جرم باشد و مجرم توان تحمل آن را داشته باشد؛ پس قانونگذار حسب مورد، مجازات های مناسبی را برای تنبیه مجرمان و برپایی نظم در جامعه تعیین می کند. گروهی از فقها با استناد به ظاهر قاعده «التعزیر بید الحاکم» یا «التعزیر بما یراه الحاکم» بر این باورند که حقّ تعیین مجازات تعزیری فقط در اختیار قاضی دادگاه است، زیرا باید به ظاهر قاعده عمل کرد و این قاعده در ظاهر، حاکم را بیان می کند و حاکم، ظهور در قاضی دادگاه دارد. اگر تعیین مجازات توسط مرجع دیگری بوده و بر قاضی دادگاه تحمیل گردد موجب عدم تعیین مجازات متناسب است، زیرا قاضی دادگاه باید حسب مورد و با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، مجازات تعزیری را تعیین کند. اما اگر تمامی قضات، مجتهد بودند شاید این استدلال، قابل دفاع می بود. در حال حاضر اکثر قضات، مأذون هستند؛ مضافاً بر این که در تعزیرهای منصوص، نوع و

میزان مجازات از سوی شارع تعیین شده است. اگر این سخن صحیح باشد همین ایراد در مورد حدود، قصاص و دیات نیز مطرح می شود، زیرا موارد فراوانی وجود دارد که دیه مقدر شرعی با خسارتی که بر مجنی علیه وارد شده است مطابقت ندارد و در جرائم حدی نیز ممکن است مجازات غیر حدی، مؤثرتر باشد. پس ایرادی ندارد که قانونگذار، مجازات های متعددی را با حداقل و حداکثر تعیین کرده و در اختیار قاضی قرار دهد. مجازات های تعزیری که در دادگاه ها اعمال می شود منحصر در چند مجازات خاص است؛ مضافاً بر این که واگذاری این امر به قضات، موجب تشتت آراء و بی نظمی قضایی می شود. گرچه در متن قاعده، واژه «حاکم» آمده است اما همانگونه که دیدیم این واژه در روایات بیان نشده است بلکه عبارت های امام و والی به کار رفته است؛ پس باید واژه حاکم را حمل بر قانونگذار نمود. آن چه موجب تأیید این نظریه می شود آن است که مجازات را باید مرجعی تعیین نماید که جرم را تعیین می کند، چون مجازات باید با جرم تناسب داشته باشد؛ پس اگر تعیین جرم بر عهده یک مرجع و تعیین مجازات بر عهده مرجع دیگری باشد این تناسب وجود نخواهد داشت. البته ممکن است گفته شود که تعیین جرم نیز باید بر عهده قاضی باشد زیرا منظور از تعزیر، مجازات نیست بلکه جرم مستوجب مجازات می باشد پس هر دو، موردنظر است اما پاسخ این سخن از مطالب قبلی روشن می شود.

قاعده تعیین تعزیر توسط حاکم، یک قاعده شرعی محض نیست بلکه در نظام های حقوقی دیگر به ویژه کامن لا، سابقه دیرینه دارد. اصولاً چهار الگو برای تعیین مجازات وجود دارد: الگوی کیفری معین، الگوی کیفری نامعین، الگوی کیفردهی فرضی و الگوی کیفر دهی الزامی. نظام تعیین مجازات ها در کشور ما به صورت ترکیبی است، زیرا در حدود و قصاص و دیات به الگوی اول و چهارم نزدیک است اما در تعزیرات، با الگوی دوم و سوم قرابت دارد. در الگوی نامعین، تعیین مجازات به صلاحدید قاضی است تا براساس شخصیت مجرم و تأثیر مجازات تصمیم بگیرد. در الگوی فرضی، قانونگذار بجای تعیین مجازات، رهنمودهایی را تعیین می کند تا قاضی

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۳۴

بر اساس آن رهنمودها مجازات را تعیین کند. این الگو در انگلستان و آمریکا توسعه زیادی پیدا کرده است زیرا با فلسفه تعیین مجازات ها سازگارتر است. تعیین مجازات که اساسی ترین مرحله در حقوق جزاست با هدف اصلاح، درمان و تنبیه مجرم صورت می گیرد؛ پس باید مجازاتی تعیین شود که بیشترین تأثیر را داشته باشد. طبیعی است قاضی بهترین شخصی است که می تواند بهترین مجازات را تعیین کند، زیرا ارتباط مستقیمی با مجرم دارد؛ برخلاف قانونگذار که مجرم را فرض کرده و در مورد او تصمیم می گیرد. در ایالات متحده آمریکا کمیته ای مستقل در قوه قضائیه تشکیل شده است که رهنمودهای تعیین مجازات را برای دادگاه های فدرال مشخص می کند (مهرا و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۰۵-۱۴۰).

### نتیجه گیری

جرم تولید توزیع و انتشار بدافزارها در فضای مجازی، یک جرم بین المللی و ملی است که البته در قانون داخلی تغییراتی به خود دیده است. از آنجا که کنوانسیون بوداپست به رغم این که به تصویب کشورهای زیادی رسیده و با این وجود، دولت جمهوری اسلامی ایران تاکنون به آن ملحق نشده است این شبهه را به وجود می آورد که کنوانسیون مزبور و ممنوعیت جرم فوق الذکر ایراد شرعی دارد. بر همین اساس، تصمیم گرفته شد در خصوص مشروعیت جرم انگاری و دلایلی که برای آن وجود دارد تحقیقی صورت گیرد. از آنجا که جرم مورد بحث، یک جرم جدید می باشد طبیعی است که نمی توان در منابع اصلی شرعی یعنی قرآن و سنت، دلیل صریحی برای آن پیدا کرد اما فقدان آیه و روایت به معنای عدم مشروعیت جرم انگاری نیست، بلکه دلایل فراوانی برای آن وجود دارد. از منظر حقوقی و قانونی، هیچ تردیدی در مشروعیت آن وجود ندارد زیرا تأیید یک قانون در شورای نگهبان به معنای آن است که از نظر شرعی ایرادی وجود ندارد و جرم انگاری، مورد تأیید شارع مقدس است.

اما از دیدگاه علمی باید دلایل متقنی را پیدا کرد. مهم ترین دلیل برای مشروعیت جرم انگاری، قواعد عمومی فقهی است.

از آنجا که جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها یک جرم تعزیری است بنابراین قانونگذار می تواند براساس قاعده فقهی «التعزیر بید الحاکم» برای آن مجازات مناسبی را به صلاحدید خودش و بر اساس شاخص های علمی تعیین نماید.

جرم موضوع بحث، موجب اضرار به جامعه و افراد می شود؛ بنابراین مصداق قاعده لاضرر می باشد که ضرر زدن به دیگران را ممنوع می داند. بر این اساس، می توان قاعده لاضرر را نیز مبنای فقهی دیگری برای مشروعیت جرم انگاری این جرم دانست که البته مورد تأیید عقل نیز هست.

ارتکاب جرم تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای مجازی، سبب اتلاف و تضییع حقوق دیگران است و در نتیجه، بر اساس قاعده فقهی اتلاف و تسبیب هم می توان پشتوانه محکمی برای جرم انگاری این جرم فراهم نمود.

قاعده تسلیط هم دلیل دیگری برای مشروعیت جرم انگاری این جرم است، زیرا این قاعده مقرر می دارد هر کسی مسلط بر اموال و حقوقش می باشد و اثر این حق آن است که می تواند دیگران را از تجاوز به حقوقش منع نماید. تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای مجازی، مصداق بارز تعدی به حقوق دیگران است که از سوی شارع نهی شده است.

قاعده ممنوعیت آزار و اذیت دیگران، قاعده مصالح مرسله، قاعده استحسان، قاعده نهی از منکر، قاعده حرمت مقدمه حرام و برخی دلایل دیگر را هم می توان در تأیید مشروعیت جرم انگاری مورد استناد قرار داد. اما مهم ترین دلیل برای ممنوعیت این جرم، دلیل عقل است که بر اساس قاعده ملازمه میان عقل و شرع می توان تأیید شارع را نیز به دست آورد. در نتیجه، جرم انگاری چنین عملی هیچ مغایرتی با موازین اسلامی ندارد.

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۳۶

## منابع

- ابن منظور، جمال الدین محمد (۱۴۰۵ق)، **لسان العرب**، ج ۴، قم: نشر آدب الحوزه.
- اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ق)، **الاجاره**، ج ۲۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ق)، **الفقه علی المذاهب الاربعه**، ج ۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن (۱۳۹۲)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی (واکنش در برابر جرم)**، ج ۱، تهران: میزان.
- آخوند خراسانی (صاحب کفایه)، محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، **کفایه الاصول**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بای، حسینعلی؛ پورقهرمانی، بابک (۱۳۸۸)، **بررسی فقهی حقوقی جرایم رایانه ای**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- برهانی، محسن؛ نادری فرد، مریم (۱۳۹۴)، **تعزیرات منصوص شرعی، مفهوم و مصادیق قانونی**، پژوهش حقوق کیفری، ۱۰، ۸۹-۱۱۲.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۲، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۸۰۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حکیم، سید محسن (۱۳۷۲ق)، **حقائق الاصول علی کفایه الاصول**، ج ۲، نجف: المطبعه العلمیه.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق)، **المختصر النافع فی فقه الامامیه**، ج ۱، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، **تهذیب الاصول**، تقریر: جعفر سبحانی، ج ۲، قم: مطبعه مهر.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، **مصباح الفقاهه فی المعاملات**، ج ۱، تقریر: محمدعلی توحیدی، بیروت: دار الهادی.
- رمضان، محمد؛ نوبهار، رحیم؛ آیتی، سید محمدرضا (۱۳۹۷)، **«تعزیرات منصوص»؛ از احکام ابدی تا احکام قضایی و حکومتی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۸، ۱۵۵-۱۸۲.

۴۳۷ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۳ - پاییز و زمستان ۹۹

- زراعت، عباس (۱۳۸۸)، **قواعد فقه مدنی**، تهران: جنگل.
- زراعت، عباس (۱۳۹۳)، **آئین دادرسی کیفری**، ج ۱، تهران: میزان.
- شیخ الشریعه اصفهانی، فتح الله بن محمدجواد (۱۴۰۷ق)، **قاعده لاضرر و یلیه افاضه القدر فی احکام العصیر**، بیروت: دار الاضواء.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۰۴ق)، **التعزیر، أحكامه و حدوده**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن بابویه قمی (۱۴۱۰ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۳، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۱ق)، **الاستبصار**، ج ۴، بیروت: دار التعارف.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۶۶)، **فقه سیاسی**، ج ۱، تهران: امیرکبیر.
- قبله ای خوئی، خلیل (۱۳۸۸)، **قواعد فقه، بخش جزا**، تهران: سمت.
- قمی، ابوالقاسم محمد بن حسن (۱۳۷۸)، **قوانین الأصول**، ج ۲، تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۱ق)، **الکافی**، ج ۵، بیروت: دار التعارف.
- مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۳۷۸)، **بحار الانوار الجامعه لدرر أخبار الائمة الأطهار**، ج ۲، قم: اسلامیه.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۹)، **قواعد فقه، بخش جزایی**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۰)، **قواعد فقه، بخش مدنی**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲)، **تعزیر و گستره آن**، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، قم: مدرسه الامام امیرالمومنین (ع).
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۳ق)، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مهرا، نسرین؛ مودن، عباس؛ قورچی بیگی، مجید (۱۳۹۶)، **تحلیل تطبیقی الگوهای کیفردهی در نظام کیفری ایران و انگلستان**، پژوهش حقوق کیفری، ۲۰، ۱۰۵-۱۴۰.
- نائینی، میرزاحسین (۱۴۴۱ق)، **المکاسب و البیع**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نبوی قمی، سید ابوالفضل (بی تا)، **غالبه الدرر فی مصب قاعده الضرر**، قم: چاپخانه قم.

مشروعیت جرم انگاری عمل تولید، توزیع و انتشار بدافزارها در فضای سایبر ————— ۴۳۸

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۱،  
چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- نوری (محدث)، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۸، قم:  
مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.