

مبانی و مستندات فقهی و حقوقی شروع به جرم سرقت سایبری

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۳۱

تاریخ تأیید: ۱۴۰۰/۶/۱۴

حجت‌الله فتاحی*

چکیده

با گسترش فضای مجازی و جرایم ارتكابی در این حوزه، تدوین قوانین در این حوزه ضرورت یافت و قانونگذار ایران در سال ۱۳۸۸ قانون جرایم رایانه‌ای را به تصویب رساند. دو ماده از این قانون به‌طور نامعین به سرقت و کلاهبرداری اختصاص پیدا کرد. در قانون مزبور شروع به جرم سرقت سایبری، جرم انگاری نشد و با رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در گسترش قلمرو شروع به جرم، شروع به جرم سرقت سایبری محل ابهام و اختلاف قرار گرفت. موضوع این مقاله بررسی مبانی و مستندات فقهی و حقوقی جرم انگاری شروع به جرم سرقت سایبری است. در این مقاله با گردآوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای و با روش تحلیل و توصیفی، ضمن طرح دیدگاه‌های حقوقی، مستندات و مبانی فقهی و حقوقی شروع به جرم در سرقت سایبری، این نتیجه حاصل شده که است از نظر فقهی، جرم انگاری شروع به جرم در سرقت سایبری منعی ندارد ولی به علت ابهام در مجازات قانونی سرقت رایانه‌ای، مجازات شروع به جرم سرقت سایبری نیز دارای ابهام است و قانون جرایم رایانه‌ای نیاز به اصلاح و بازنگری دارد.

واژگان کلیدی: شروع، سرقت سایبری، حد، تعزیر، قانون جرایم رایانه‌ای.

مقدمه

اگر شخصی مبادرت به سرقت سایبری کند و به قصد سرقت، به رایانه‌ی دیگری نفوذ کند ولی به دلایلی که خارج از اراده مرتکب است موفق به ربایش داده‌ها نشود آیا شروع به جرم محقق شده است؟ همچنین اگر کسی با تأسیس سایت جعلی اقدام به فیشینگ (Fishing)^۱ و دریافت اطلاعات مهم کارت بانکی شود ولی موفق به دریافت وجه از حساب نشود آیا شروع به جرم سرقت رایانه‌ای محقق شده است؟ یا اگر کسی با اسکیم (Skimmer)^۲ اقدام به کپی کردن اطلاعات کارت بانکی شود ولی موفق به دریافت وجه از حساب بانکی نشود آیا شروع به جرم سرقت محسوب می‌شود؟ و در فرض صدق شروع به جرم در موارد فوق، آیا شروع به جرم آن، جرم‌انگاری شده و مجازات دارد؟ در فرض مثبت بودن پاسخ، مجازات قانونی آن چیست؟

قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی ۹۲ شروع به جرم سرقت سایبری جرم محسوب نمی‌شد چون بر اساس قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ شروع به جرم، جرم نبود مگر آن که نص قانونی بر جرم‌انگاری آن وارد شده باشد. هرچند در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ کتاب تعزیرات شروع به جرم سرقت جرم‌انگاری شده بود ولی اختصاص به موارد مندرج در موارد قبل داشت^۳ و با عنایت به اینکه در قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ شروع به جرم رایانه‌ای، جرم‌انگاری نشده بود روشن است که شروع به جرم سرقت سایبری نیز جرم محسوب نمی‌شد. بنابراین باید بررسی شود که آیا بر اساس ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شروع به جرم سرقت رایانه‌ای جرم محسوب می‌شود یا خیر و در صورت جرم بودن مجازات آن چیست؟ قبل از ورود به بحث و رسیدن به پاسخ، لازم است تعریف، ارکان و مبانی فقهی و حقوقی

۱. فیشینگ (Fishing) عملی مجرمانه در جهت دسترسی غیر قانونی به اطلاعات حساس و مهم همچون نام کاربری، رمز عبور افراد و جزئیات کارتهای اعتباری از طریق قابل اعتماد نشان دادن ارتباط الکترونیکی است. به کسی که از طریق فیشینگ اقدام به تحصیل نامشروع اموال دیگران می‌کند فیشر (Fisher) گفته می‌شود. فیشینگ به طور معمول از طریق ایمیل و پیام کوتاه صورت می‌گیرد و کاربر را به سوی وارد کردن اطلاعات در یک پایگاه اینترنتی فلابی سوق می‌دهد.

۲. اسکیم (Skimmer) به فرد یا دستگاهی می‌گویند که با روش اسکیمینگ (یعنی کپی کردن غیرقانونی داده‌های نوار مغناطیسی کارت بانکی روی یک کارت دیگر) اقدام به سرقت اطلاعات حساب بانکی طعمه‌هایش می‌کند.

۳. ماده ۶۵۵ ق.ا.م.ا.ت.: مجازات شروع به سرقت‌های مذکور در مواد قبل تا پنج سال حبس و شلاق تا (۷۴) ضربه می‌باشد.

شروع به جرم بررسی شود و بعد بر موضوع بحث یعنی شروع به جرم سرقت رایانه‌ای تطبیق داده شود.

۱. تعریف شروع به جرم

تعاریف متعددی از شروع به جرم در آثار حقوقی ارائه شده است که البته باتوجه به مبانی منتخب در شروع به جرم، این تعاریف می‌تواند تفاوت اساسی با یکدیگر داشته باشد. با عنایت به اینکه در حقوق کیفری ایران، مبنای عینی در جرم‌انگاری شروع به جرم پذیرفته شده است غالب تعاریف نیز ناظر به همین مبنا است. به نظر برخی از حقوقدانان، شروع به جرم عبارت است از ایجاد مقدمات موصله متصله به عمل منظور؛ (حائری شاه‌باغ، [بی‌تا]، ص ۱۱) به نظر برخی دیگر شروع به جرم عبارت است از شروع عملیات اجرایی جرم؛ (باهری و دیگران، ۱۳۹۴، ص ۲۱۴) به نظر برخی شروع به جرم عبارت است از رفتاری که به منظور عملی نمودن قصد مجرمانه انجام شده، لکن به جهت مانع خارجی به تحصیل نتیجه مورد نظر منتهی نگردیده است (گلدوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۶۸).

مستفاد از ماده ۱۲۲ ق.م.ا.^۱ این است که شروع به جرم آن است که شخص قصد ارتکاب جرمی را بنماید و شروع به اجرای آن کند، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند.

بنابراین در شروع به جرم، مرتکب تصمیم به ارتکاب جرم گرفته و مقدمات اجرای جرم را فراهم کرده و شروع به اجرای عنصر مادی جرم می‌نماید، در این مرحله اگر خودش به هر دلیل از ادامه کار پشیمان شود و ارتکاب جرم را ترک کند از شمول شروع جرم خارج است ولی اگر به واسطه امری که خارج از اراده مرتکب است موفق به ارتکاب جرم مورد نظر نشود عمل او شروع به جرم محسوب می‌شود. مانند آن که سارق با ورود به منزل غیر در حین جمع آوری وسایل منزل دستگیر شود یا شخصی به قصد قتل، اقدام به تیراندازی به انسان محقون الدمی نماید ولی تیر او به دلیل عدم مهارت یا حرکت ناگهانی شخص مورد نظر به هدف اصابت نکند یا تنها موجب جراحت شخص شود.

۱. ماده ۱۲۲ - هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود:....

۲. ارکان شروع به جرم

باتوجه به تعاریف شروع به جرم؛ شروع به جرم دارای سه رکن است. رکن اول: قصد ارتکاب جرم؛ رکن دوم: آغاز عملیات اجرایی جرم و رکن سوم: معلق ماندن ارتکاب جرم به واسطه عاملی که خارج از اراده مرتکب است.

۲-۱. قصد ارتکاب جرم

یکی از ارکان تحقق شروع به جرم قصد ارتکاب جرم توسط مرتکب است. قصد ارتکاب جرم، همان رکن روانی و معنوی جرم است؛ عنصر روانی یکی از عناصر اصلی شروع به جرم است. رکن روانی در شروع به جرم، همان رکن روانی ارتکاب جرم تام است و مرتکب تصمیم قطعی و جزمی بر ارتکاب جرم گرفته است. این گونه نیست که در شروع به جرم، مرتکب تنها قصد شروع به ارتکاب جرم را داشته باشد بلکه مرتکب قصد ارتکاب جرم تام را دارد و از این جهت رکن معنوی شروع به جرم تفاوتی با رکن معنوی جرم تام ندارد.

به تصریح برخی از حقوقدانان در شروع به جرم، قصد صریح مجرمانه لازم است و قصد تبعی کفایت نمی‌کند (ر.ک: شمس ناتری، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۲۹۱).

نکته مهم دیگر این است که بدون احراز قصد ارتکاب جرم، تشخیص شروع به جرم و عنوان مجرمانه آن نیز ممکن نیست. باتوجه به این رکن لازم است قصد متهم در دسترسی غیر مجاز به سیستم رایانه‌ای غیر احراز شود که آیا قصد او سرقت داده‌ها و اطلاعات الکترونیکی است یا صرفاً قصد او کنجکاو و تجسس در سیستم رایانه‌ای است، مادامی که قصد سرقت داده‌ها احراز نشود، شروع به جرم سرقت سایبری نیز احراز نخواهد شد.

۲-۲. آغاز عملیات اجرایی جرم

دومین رکن شروع به جرم، آغاز عملیات اجرایی جرم است. با صرف قصد مجرمانه و انجام اعمال مقدماتی برای ارتکاب جرم، شروع به جرم محقق نمی‌شود بلکه مرتکب باید بعد از تصمیم به ارتکاب جرم، عملیات اجرایی جرم مورد نظر را آغاز کند.

منظور از عملیات اجرایی شروع، اقدام مرتکب به ارتکاب عنصری مادی جرم یا مقدمات موصله به جرم است به نحوی که اگر مانعی ایجاد نمی‌شد عادتاً جرم محقق می‌شد. در برخی از

مصادیق تمییز مرحله مقدماتی از مرحله شروع به جرم آسان است ولی همیشه تمییز مرحله مقدماتی از مرحله شروع به جرم آسان نیست. مثلاً هرگاه کسی به قصد قتل دیگری که مسافرت است سم تهیه کند و سم را داخل غذا بریزد و قصدش این باشد که با آمدن آن شخص از مسافرت، غذای مسموم را بخورد؛ آیا می‌توان گفت ریختن سم در غذا با وصف مزبور مصادیق شروع به جرم قتل است یا هنوز مرحله مقدماتی است؟ درحالی‌که اگر شخص مورد نظر حاضر بود ریختن سم در ظرف غذای او به نحوی که در معرض مصرف آن غذا قرار گیرد می‌توانست از مصادیق شروع به جرم باشد.

طبق رویه قضایی و نظر حقوقدانان هرگاه سارق با ورود به منزل مشغول جمع آوری اموال به قصد سرقت باشد و در این حین دستگیر شود شروع به سرقت صادق است ولی اگر بعد از بالا رفتن از دیوار و عبور از حیاط منزل و درحال بازکردن درب اتاق دستگیر شود آیا شروع به سرقت صدق می‌کند یا نه؟ به عبارت دیگر عملیات اجرایی سرقت از کجا شروع می‌شود؟

به نظر می‌رسد با هتک حرز و ورود به حرز به منظور سرقت، عملیات اجرایی سرقت شروع شده و شروع به جرم سرقت محقق شده است هرچند سارق بر هیچ مالی وضع ید نکرده باشد و همانگونه که بیان شد منظور از عملیات اجرایی شروع، اقدام مرتکب به ارتکاب عنصری مادی جرم یا مقدمات موصله به جرم است به نحوی که اگر مانعی ایجاد نمی‌شد عادتاً جرم محقق می‌شد.

در رأی شماره ۶ د ۱۴۳۸ - ۲۱/۵/۲۲ دیوان عالی کشور آمده است: «صرف شکستن قفل و ورود به خانه غیر برای دزدی از مقدمات قریبه و شروع به سرقت محسوب می‌شود» (امین‌پور، ۱۳۳۰، ص ۱۴۲) همچنین در رأی شماره ۵ د ۴۱۳ - ۱۷/۲/۲ که ظاهراً به اتفاق آراء آمده است: «کندن پاشنه در خانه و ورود آن به منظور سرقت، شروع به سرقت محسوب است و عمل مزبور را تهیه بعضی مقدمات جزئیه نمی‌شود تلقی کرد که متهم قابل مجازات نیست» (همان).

به توجه به اشتراط عملیات اجرایی جرم اگر کسی به قصد سرقت رایانه‌ای با اسکیمر (Skimmer) اقدام به کپی کردن اطلاعات کارت بانکی غیر کند یا با ایجاد سایت جعلی اقدام به فیشینگ (Fishing) نموده و مجنی علیه اطلاعات کارت بانکی خود را در این سایت ثبت کند صرف این اقدامات، شروع به جرم سرقت سایبری محسوب نمی‌شود چون این اقدامات ارتباط مستقیم با ربودن داده ندارد و عملیات اجرایی جرم سرقت سایبری محسوب نمی‌شود و در حکم

ساخت غیر مجاز کلید در سرقت سنتی است. همانگونه که ساخت غیر مجاز کلید، شروع به جرم سرقت محسوب نمی‌شود صرف دریافت غیر مجاز اطلاعات حساس کارت بانکی مانند نام کاربری و رمز اول و دوم، CCV و تاریخ انقضای کارت نیز شروع به جرم سرقت سایبری محسوب نمی‌شود اما اگر با دریافت این اطلاعات به قصد سرقت موفق به ورود به سایت یا سیستم بانکی شده ولی به دلایلی که خارج از اراده مرتکب است موفق به دریافت وجه نشود یا با بدست آوردن رمز و پسورد کامپیوتر، به قصد سرقت به کامپیوتر نفوذ کند ولی موفق به برداشت داده‌ها نشود شروع به جرم سرقت سایبری محقق شده است.

۲-۳. معلق ماندن ارتکاب جرم به واسطه عامل خارج از اراده او

سومین رکن شروع به جرم آن است که مرتکب به واسطه عاملی که خارج از اراده او است موفق به ارتکاب جرم نشود. عدم ارتکاب جرم تام یا ناشی از انصراف ارادی مرتکب است یا ناشی از عواملی که خارج از اراده مرتکب است. اگر معلق ماندن ارتکاب جرم ناشی از انصراف ارادی مرتکب باشد، موضوع از شمول شروع به جرم خارج است اما اگر معلق ماندن ارتکاب جرم به واسطه عواملی خارج از اراده مرتکب باشد شروع به جرم محسوب می‌شود. اطلاق «عامل خارج از اراده او» در ماده ۱۲۲ ق.م.ا. شامل عامل خارج از اراده داخلی مانند عدم مهارت و عامل خارج از اراده بیرونی مانند رسیدن مأمور می‌شود.

مقصود از انصراف ارادی آن است که مرتکب صرفاً بر اساس تصمیم و اراده خویش بدون دخالت عامل خارجی از ادامه ارتکاب جرم منصرف شود. داعی و انگیزه روانی انصراف از جرم تأثیری در مساله ندارد ممکن است انگیزه انصراف، ترس از دستگیری یا ترس از آبرو، ترس از مجازات دنیوی یا اخروی، خجالت، احساس گناه یا ترحم یا پشیمانی^۱ باشد همه این موارد

۱. گفته شده انصراف ارادی را نباید با احساس ندامت و پشیمانی خلط کرد، انصراف ارادی در مرحله اعمال اجرایی روی می‌دهد و پشیمانی مربوط به بعد از ارتکاب جرم است (رک: اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، ص ۳۲۴؛ شمس ناتری، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ص ۲۹۵) به نظر می‌رسد این تفکیک مبایبی ندارد و قلمرو پشیمانی اعم از انصراف است. درست که بعد از ارتکاب جرم، انصراف معنایی ندارد ولیبه این معنا نیست که پشیمانی تنها بعد از ارتکاب جرم معنا ندارد. پشیمانی شامل مرحله قصد ارتکاب جرم؛ مرحله شروع به ارتکاب جرم و مرحله ارتکاب کامل جرم می‌شود و معنا دارد. ممکن است مرتکب بعد از تصمیم به ارتکاب جرم پشیمان شده و از ارتکاب جرم منصرف شود؛ همچنین ممکن است مرتکب بعد از آغاز عملیات مجرمانه و حین اجرای جرم پشیمان شود و از ارتکاب جرم منصرف شود و ایضا ممکن است بعد از ارتکاب جرم تام پشیمان شود،

مصدق انصراف ارادی است. لکن اگر انصراف نتیجه مانع خارجی مانند رسیدن مأمور باشد مصداق شروع به جرم و مستحق عقوبت است.

اگر بزهکار سایبری از ترس کشف هویت از ادامه سرقت منصرف شود عرفاً انصراف ارادی بر آن صدق است ولی اگر عاملی خارجی مانند حضور پلیس فتا، وجود سیستم‌های ردیاب، وجود دوربین‌های مدار بسته، هشدارهای امنیتی صادر شده از سامانه مورد تهاجم، موجب انصراف بزهکار از ادامه سرقت سایبری شد انصراف ارادی صدق نمی‌کند و شروع به جرم صادق است.

۳. شروع به جرم در جرایم مطلق و مقید

بدون شک در جرایم مقید، شروع به جرم ممکن است و تردیدی در آن نیست اما جریان شروع به جرم در جرایم مطلق، محل خلاف و تردید واقع شده است، به نظر عده‌ای از حقوقدانان شروع به جرم در جرایم مطلق قابل تصور نیست (باهری و دیگران، ۱۳۹۴، ص ۲۱۹) و به نظر عده‌ای دیگر از حقوقدانان شروع به جرم در جرایم مطلق نیز قابل تصور است و معتقدند در جرایم مطلق شروع به جرم زمانی محقق می‌شود که رفتار مجرمانه به طور کامل تحقق پیدا نکند اعم از آن که جرم مرکب یا ساده باشد. به عنوان مثال اگر جمعی به قصد زنا یا لواط یا آدم‌ربایی که جرایمی مطلق هستند، متعرض شخصی شوند ولی قبل از آن که به هدف خود برسند با دخالت اشخاصی در دستیابی به هدف خود ناکام شوند، مرتکب شروع به لواط به عنف یا شروع به آدم‌ربایی شده‌اند یا مثلاً شخصی که اقدام به جعل سند دولتی کرده و بخش عمده‌ای از سند را ایجاد نموده و تنها بخش اندکی از سند باقی مانده باشد، مرتکب شروع به جعل شده است (الهام و برهانی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۲۴۵).

به نظر می‌رسد به طور مطلق نمی‌توان گفت که شروع به جرم در همه جرایم مطلق قابل تصور است و همچنین به طور مطلق نمی‌توان گفت که در هیچیک از جرایم مطلق، شروع به جرم قابل تصور نیست. نظر درست این است که در برخی از جرایم مطلق مانند فحاشی و قذف شروع به جرم قابل تصور نیست چون بین عملیات اجرایی و تحقق جرم تام، فاصله‌ای قابل تصور نیست تا

بله در این مرحله انصراف از جرم معنا ندارد ولی پشیمانی معنا دارد. بنابراین ممکن است فرد از تصمیم ارتکاب جرم پشیمان شود یا از بعد از شروع عملیات اجرایی جرم پشیمان شود یا بعد از ارتکاب جرم پشیمان شود و هیچ دلالت و انحصاری ندارد که پشیمانی تنها بعد از ارتکاب جرم تام قابل تحقق است.

مرحله شروع، از مرحله جرم تام، تمییز داده شود و قابل تفکیک باشد ولی در برخی دیگر از جرایم مطلق مانند ساخت کلید به قصد ارتکاب جرم؛ جعل سند، رشاء، زنا و آدم ربایی، شروع به جرم متصور است چون بین شروع به عملیات اجرایی جرم و تحقق جرم تام، ملازمه قطعی و آنی وجود ندارد و شروع به ارتکاب جرم، مسلتزم تحقق آنی جرم نیست. به عبارت دقیق‌تر در جرایمی که دارای عنصر مادی محسوس باشند مانند ساخت کلید به قصد ارتکاب جرم، جعل سند، رشاء، زنا، لواط، آدم ربایی، شکستن پلمپ، ترویج سکه، شروع به جرم متصور است و در جرایمی که عنصر مادی محسوس ندارند مانند تهدید لفظی و فحاشی لفظی شروع به جرم متصور نیست و فرقی نمی‌کند جرم مطلق یا مقید باشند.

مثلا در رشاء ممکن است رشوه دهنده با قصد رشوه پولی را به کارمند بدهد و یا به حساب او واریز کند ولی با گزارش کارمند بازداشت شود روشن است بر این رفتار راشی هم بر مبنای نظریه عینی و هم بر مبنای نظریه ذهنی شروع به ارتشاء صدق می‌کند (ر.ک: اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۲۹) جرم رشاء دارای عنصر مادی محسوس است و مرحله شروع به ارتکاب جرم و مرحله ارتکاب جرم تام، قابل تمییز است. لذا ماده ۵۹۴ ق.م.ا. تعزیرات صریحا برای شروع به جرم ارتشاء تعیین مجازات کرده است.^۱ همچنین است اگر کسی به قصد آدم ربایی تلاش کند فردی را به عنف سوار اتومبیل کند و بر باید ولی با مقاومت طرف و رسیدن ماموران انتظامی موفق به آدم ربایی نشود شروع به جرم صادق است.

باتوجه به مطالب فوق آیا سرقت سایبری جرم مطلق است یا جرم مقید است؟ به نظر برخی از نویسندگان سرقت رایانه‌ای بزه‌ی است که نه مطلق است و نه مقید (عالی‌پور، ۱۳۹۵، ص ۲۵۹) و برخی از نویسندگان شروع به جرم در سرقت سایبری را مورد تشکیک قرار داده‌اند و معتقدند در فضای سایبر با کم رنگ شدن نقش زمان و مکان، تعیین شروع به جرم بسیار دشوار است و همانند جرایم سنتی نمی‌توان مرز بندی دقیقی میان گام‌های شکل‌گیری جرم انجام داد. انجام سریع بیشتر جرایم رایانه‌ای و اینترنتی چهار گام لازم در شکل‌گیری جرایم سنتی یعنی قصد مجرمانه، فراهم سازی زمینه آن، شروع به جرم و انجام کامل آن را ادغام کرده است و دیگر نمی‌توان به راحتی از شروع به جرم در فضای سایبری سخن گفت (رضوی اصل، ۱۳۹۸، ص ۱۲۲) در این تلقی سرقت

۱. ماده ۵۹۴ ق.م.ا.ت... مجازات شروع به عمل ارتشاء در هر مورد حداقل مجازات مقرر در آن مورد است.

سایبری ملحق به جرایم مطلق است که شروع به جرم در آن قابل تصور نیست. این دیدگاه قابل نقد است چون اولاً سرقت اعم از سرقت سایبری و سرقت سنتی جرم مقید است و تحقق شروع به جرم در جرایم مقید مورد اتفاق حقوقدانان است و ثانیاً همانگونه که گذشت در همه جرایمی که دارای عنصر مادی محسوس باشند و بین عملیات اجرایی جرم و تحقق جرم تام، فاصله‌ای زمانی قابل تصور باشد شروع به جرم قابل تصور است و در غالب جرایم سایبری از جمله سرقت سایبری نیز موضوع سرقت دارای عنصر مادی است و بین عملیات اجرایی و تحقق جرم تام فاصله زمانی متصور است لذا شروع به جرم سرقت سایبری قابل تصور است و سرقت سایبری ملحق به جرایم مطلق نیست.

۴. معیار و ضابطه تحقق شروع به جرم

در خصوص معیار و ضابطه تحقق شروع به جرم سه نظریه مطرح است. ۱. نظریه عینی ۲. نظریه ذهنی ۳. نظریه مختلط

۴-۱. نظریه عینی (Objective)

بر اساس نظریه عینی ملاک و معیار تشخیص شروع به جرم، شروع به ارتکاب عنصر مادی جرم یا شروع به ارتکاب یکی از کیفیات مشدد جرم است. مثلاً با عنایت به اینکه عنصر مادی جرم سرقت ربودن مال منقول دیگری است شروع به جرم زمانی محقق می‌شود که مرتکب به قصد سرقت بر مال منقول متعلق به غیر وضع ید نماید و در حال برداشتن آن دستگیر شود (ر.ک: نوربها، ۱۳۸۵، ص ۱۹۳/ولیدی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۵۰-۲۵۱/اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۳۱۷).

۴-۲. نظریه ذهنی (Subjective)

بر اساس نظریه ذهنی، ملاک و معیار تشخیص شروع به جرم، اراده و جزم مرتکب برای ارتکاب جرم است. هر گاه مرتکب در وضعیت قطعی و بدون برگشت ارتکاب جرم قرار گیرد شروع به جرم محقق شده است (ر.ک: نوربها، ۱۳۸۵، ص ۱۹۳/ولیدی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۵۱/اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۳۱۷).

۴-۳. نظریه مختلط

بر اساس این نظریه برای تمییز اعمال مقدماتی از شروع به اجرا، باید بین افعال «مقنن» و «مشکک» فرق گذاشت. شروع به جرم فعلی است که بدون ابهام و به‌طور روشن بیانگر قصد سوء مرتکب باشد و با عنصر مادی جرم پیوندی نزدیک و روشن داشته باشد (اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۳۲۱).

بر اساس همه معیارهای فوق، شروع به سرقت سایبری قابل تصور است و مقنن می‌تواند بر اساس یکی از معیارهای عینی یا ذهنی مبادرت به جرم‌انگاری سرقت سایبری نماید و بر اساس سیستم تقنینی ایران که غالباً از نظریه عینی در جرم‌انگاری شروع به جرم تبعیت می‌شود، ملاک احراز شروع به جرم در سرقت سایبری، دسترسی سارق به داده‌ها است.

۵. مبانی حقوقی جرم‌انگاری در شروع به جرم

با عنایت به این که فرض بر این است که در شروع به جرم، مرتکب موفق به ارتکاب جرم تام نشده است این سوال مطرح است که دلیل و مبنای جرم‌انگاری چیست و چرا باید مرتکب مجازات شود؟ به‌نظر برخی از حقوقدانان اگر چه به لحاظ عینی بین شروع به جرم و جرم تام تفاوت محسوسی وجود دارد ولی از نظر ذهنی هیچ تفاوتی بین این دو وجود ندارد زیرا در هر دو صورت فاعل عزم و اراده جدی بر ارتکاب جرم دارد و عدم تحقق جرم تاثیری بر حالت خطرناک مرتکب ندارد و مبنای مجازات همین حالت خطرناک مجرم است نه صرفاً عمل ارتكابی (ر.ک: فلچر، ۱۳۹۲، ص ۲۹۱-۲۹۲/قیاسی و سلیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰) به‌نظر برخی دیگر مبنای مجازات مرتکب در شروع به جرم، صدمه حاصله است و لکن چون صدمه حاصل در شروع به جرم کمتر از صدمه حاصل از جرم تام است به همان نسبت مجازات مرتکب در شروع به جرم کمتر از مرتکب جرم تام است که موافق با قاعده تناسب جرم و مجازات است (ر.ک: فلچر، ۱۳۹۲، ص ۲۹۱-۲۹۲/قیاسی و سلیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰) حفظ امنیت و نظم اجتماعی، تقویت احساس عدالت و امنیت در آحاد جامعه، صیانت از ارزش‌های مورد حمایت جامعه، حمایت کیفی از مجنی علیه، بازدارندگی عام و خاص از دیگر مبانی حقوقی جرم‌انگاری در شروع به جرم است که تمامی این مبانی در سرقت سایبری جریان دارد و جرم‌انگاری شروع به جرم در جرایم سایبری از جمله سرقت سایبری را توجیه

می‌کند.

۶. مبانی فقهی جرم‌انگاری در شروع به جرم

از نظر مبانی فقهی جرم‌انگاری نیز یکی از سوالات و ابهامات جرم‌انگاری شروع به جرم این است که با توجه به این که جرم تام در عالم خارج محقق نشده است دلیل و مبنای فقهی جرم‌انگاری و مجازات شروع به جرم چیست؟ آیا از نظر فقهی شروع به جرم، رفتاری حرام است تا قابل تعزیر است یا خیر؟ منشاء اشکال این است که هنوز مکلف مرتکب گناه و فعل حرام نشده است و مادامی که مرتکب گناه نشده باشد به چه استنادی استحقاق تعزیر را دارد؟ به نظر می‌رسد از عموم و اطلاقات ادله، مشروعیت جرم‌انگاری شروع به جرم قابل استفاده است و برخی از ادله به‌طور خاص و برخی به‌طور عام بر مشروعیت جرم‌انگاری در شروع به جرم دلالت دارد.

در روایتی از امیرالمومنین \square آمده است: «عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ \square قَالَ: أُتِيَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ \square بِرَجُلٍ نَصْرَانِي كَانَ أَسْلَمَ وَمَعَهُ خِنْزِيرٌ قَدْ شَوَاهُ وَأَذْرَجَهُ بِرِيحَانٍ قَالَ مَا حَمَلَكَ عَلَى هَذَا قَالَ الرَّجُلُ مَرَضْتُ فَقَرِمْتُ إِلَى اللَّحْمِ فَقَالَ أَيْنَ أَنْتَ مِنْ لَحْمِ الْمَعْزِ وَكَانَ خَلْفًا مِنْهُ ثُمَّ قَالَ لَوْ أَنَّكَ أَكَلْتَهُ لَأَقَمْتُ عَلَيْكَ الْحَدَّ وَ لَكِنْ سَأَصْرِبُكَ صَرْبًا فَلَا تَعُدُّ فَصْرَبَهُ...؛ سکونی از امام صادق \square روایت کرده که حضرت گفتند: «مرد نصرانی ای را که تازه مسلمان شده بود خدمت امیرالمومنین \square آوردند. وی گوشت خوکی را بریان کرده و روی آن را با سبزی پوشانده بود، حضرت پرسیدند: (تو که مسلمان شدی پس) چه عاملی باعث شد این کار را بکنی؟ مرد جواب داد: مریض بودم و تازه خوب شدم اشتیاق زیادی به خوردن گوشت دارم، حضرت فرمودند: چرا از گوشت گوسفند (بز) استفاده نکردی؟ و سپس گفتند اگر آن گوشت را می‌خوردی بر تو حدّ جاری می‌کردم ولی ترا می‌زنم تا دوباره این کار را انجام ندهی، پس او را مورد ضرب قرار داد...» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۲۶۵-۲۶۶).

این روایت مصداقی از شروع به جرم است و بر جواز تعزیر در شروع به جرم دلالت دارد چون هرچند شخص مرتکب خوردن گوشت خوک نشده بود ولی به علت فراهم کردن مقدمه موصله به

۱. منظور از حد در اینجا مجازات است نه حد اصطلاحی. چون خوردن گوشت خوک به اجماع مسلمین دارای عقوبت مقدر نیست.

جرم و تحقق شروع به ارتکاب جرم خوردن گوشت خوک، مورد تعزیر قرار گرفت. و دلیل آن پیشگیری از ارتکاب جرم بیان شد. روشن است گوشت خوک موضوعیتی ندارد و در سایر محرمات نیز این حکم قابل تسری است. فلسفه مجازات شروع به جرم یعنی پیشگیری از تکرار جرم (فَلَا تَعُدُّ) نیز در سایر موارد از جمله سرقت سایبری جاری است.

در مورد شروع به جرم سرقت، نص خاص هم وارد شده و در روایت صحیحہ حلبی از امام صادق □ آمده است: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ □ عَنْ رَجُلٍ نَقَبَ بَيْتًا فَأَخَذَ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إِلَى شَيْءٍ قَالَ يَعَاقِبُ فَإِنْ أُخِذَ وَقَدْ أَخْرَجَ مَتَاعًا فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ... حلبی می‌گوید از امام صادق □ در خصوص مردی پرسیدم که دیوار خانه‌ای را سوراخ کرد و قبل از آن که چیزی را بگیرد دستگیر شد حضرت فرمود مجازات می‌شود پس اگر دستگیر شد درحالی که متاع را از منزل خارج کرده بود جد قطع بر او جاری می‌شود...» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۲۲۴).

سند و دلالت این روایت نیز بر مشروعیت مجازات در شروع به جرم تام است. ممکن است گفته شود شاید مجازات به علت سوراخ کردن دیوار است نه به علت شروع به سرقت، اما به قرینه ادامه روایت که آمده است «فَإِنْ أُخِذَ وَقَدْ أَخْرَجَ مَتَاعًا فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ» معلوم می‌شود مجازاتش به علت شروع به سرقت است.

در روایت دیگری از امیر المومنین □ آمده است «أَنَّهُ أُتِيَ بِلِصٍّ نَقَبَ بَيْتًا فَعَا جَلُّوهُ وَ أَخَذُوهُ فَقَالَ عَجَلْتُمْ عَلَيْهِ وَ ضَرَبْتَهُ وَقَالَ لَا يَقْطَعُ مَنْ نَقَبَ بَيْتًا وَلَا مَنْ كَسَرَ قَفْلًا وَلَا مَنْ دَخَلَ الْبَيْتَ وَ أَخَذَ الْمَتَاعَ حَتَّى يَخْرِجَهُ مِنَ الْحُرْزِ وَ لَكِنْ يَضْرِبُ ضَرْبًا وَجِيعًا وَ يَحْبِسُ وَ يَغْرَمُ مَا أَفْسَدَهُ؛ دزدی که به خانه‌ای نقب زده بود، دستگیر شد و نزد علی □ آوردند. حضرت فرمود: پیش از دزدی او را گرفتید. حضرت □ او را تعزیر کرد و زد و گفت: حکم کسی که به خانه‌ای نقب زند یا قفلی بشکند یا وارد خانه‌ای شود و چیزی بردارد ولی هنوز آن را خارج نکرده، قطع نیست، بلکه شدیداً زده می‌شود و به حبس می‌افتد و غرامت اشیای از بین برده را می‌دهد (مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۷۳).

سند روایت ضعیف است ولی دلالت آن بر مجازات شروع به جرم سرقت تام است مخصوصاً که در این روایت تصریح شده است «و لَا مَنْ دَخَلَ الْبَيْتَ وَ أَخَذَ الْمَتَاعَ» و بر کسی که وارد خانه‌ای شود و چیزی بردارد ولی هنوز آن را خارج نکرده، قطع نیست. در این فراز موضوع سوراخ کردن دیوار مطرح نشده است و معلوم می‌شود تعزیر به علت شروع به جرم است.

علاوه بر روایات فوق ادله دیگری نیز بر جواز مشروعیت تعزیر در شروع به جرم دلالت دارد.

در شروع به جرم گاهی اقدامات مقدماتی انجام شده گناه و حرام است و گاهی اقدامات مقدماتی انجام شده گناه و حرام نیست مانند آن که کسی برای سرقت وارد ملک غیر شده و بعد از وضع ید بر مال منقول دیگری دستگیر شود؛ در این فرض ورود به ملک غیر بدون اذن مالک حرام است و مرتکب از باب قاعده التعزیر لکل فعل حرام، بر اساس نظر بسیاری از فقها^۱ استحقاق تعزیر دارد ولی اگر اقدامات انجام شده حرام نباشد آیا مرتکب استحقاق تعزیر دارد؟ شهید اول در مقام بیان تفاوت حد با تعزیر ده فرق بیان می‌کند. فرق چهارم را این بیان می‌کند که تعزیر تابع مفسده است؛ اگرچه معصیت نباشد (شهید اول، [بی تا]، ج ۲، ص ۱۴۳) بر این اساس اگر رفتاری دارای مفسده باشد، تعزیر مرتکب آن رفتار، مشروع است و منع شرعی ندارد و شروع به جرم به عنوان رفتاری که دارای مفسده است، قابلیت جرم‌انگاری را دارد. قانونگذار با توجه به مبنای مذکور تعزیر را منحصر به ارتکاب محرمات شرعی نکرد و در خصوص نقض مقررات حکومتی نیز اعمال مجازات تعزیری را مشروع دانست. ماده ۱۸ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد» در قوانین کیفری کشور، عناوین مجرمانه متعددی وجود دارد که این عنوان دارای حرمت شرعی نیستند ولی قانونگذار به علت وجود مفسد نسبت به جرم‌انگاری و تعیین کیفری اقدام کرد مانند عدم ثبت واقعه نکاح دائم یا عدم ثبت واقعه طلاق که عدم ثبت آن شرعاً اشکالی ندارد ولی قانون‌گذار به علت وجود مفسد مترتب بر عدم ثبت این وقایع؛ عدم ثبت این وقایع را جرم‌انگاری کرد.^۲ همچنین مصادیقی چون خرید و فروش و حمل

۱. به نظر بسیاری از فقهای امامیه در ادار مختلف قاعده التعزیر لکل فعل حرام شامل ارتکاب همه گناهان اعم از صغیره و کبیره می‌شود. شیخ طوسی فقیه قرن پنجم (مبسوط، ج ۸، ص ۶۹)، محقق حلی فقیه قرن هفتم (شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۵۵)، علامه حلی فقیه قرن هفتم (ارشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۷۹ و قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۵۴۸)، فیض کاشانی فقیه قرن یازدهم (مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۱۰۶)، و از فقهای معاصر، سیدابوالقاسم خوئی (تکملة المنهاج، ص ۵۵) و وحید خراسانی (منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۵۰۳) این دیدگاه را پذیرفته‌اند.

۲. ماده ۴۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱: چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است.

سلاح گرم،^۱ استفاده غیر مجاز از لباس‌های رسمی یا متحدالشکل مأموران کشورهای بیگانه،^۲ رانندگی بدون گواهینامه رسمی،^۳ از این قبیل محسوب می‌شوند.

بر این اساس شروع به جرم به علت مفسده‌هایی که ایجاد می‌کند قابلیت جرم‌انگاری دارد و در جرایم سایبری نیز حفظ امنیت اقتصادی، اجتماعی و روانی جامعه اقتضاء دارد مرتکب شروع به جرم سایبری، بدون مجازات نباشد.

دومین مبنای فقهی برای جرم‌انگاری شروع به جرم، حرمت مقدمه حرام است. از نظر فقهی مقدمه واجب، واجب است ولی آیا مقدمه حرام نیز حرام است؟ اگر مقدمه حرام، حرام باشد شروع به جرم از جهت آن که مقدمه فعل حرام است استحقاق کیفر را خواهد داشت. مقصود از مقدمات حرام، مقدماتی است که ارتکاب حرام توقف بر آنها دارد و تا وقتی آن مقدمات تحقق پیدا نکنند، فعل حرام تحقق پیدا نمی‌کند.

اقوال و دیدگاه‌های فقهی در خصوص حرمت یا عدم حرمت مقدمه حرام مختلف است و چهار دیدگاه وجود دارد (فاضل لنگرانی، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۶۳۱).

۶-۱. دیدگاه نخست: حرمت مقدمه حرام مطلقاً

به نظر برخی از فقها مقدمه حرام، مطلقاً حرام است. علامه نراقی و سیدمحمد حسینی شیرازی موافق این دیدگاه هستند. علامه نراقی می‌فرماید مقدمه چنانچه سبب باشد حرام است و اگر شرط و به قصد ارتکاب معصیت باشد نیز حرام است (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۷۱) کلام حسینی شیرازی مطلق است و ظهور در حرمت مقدمه حرام به‌طور مطلق دارد (حسینی شیرازی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۴)

۱. ماده ۶ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰: هرکس به‌طور غیرمجاز سلاح گرم یا سرد جنگی یا سلاح شکاری یا قطعات مؤثر یا مهمات آنها را خریداری، نگهداری یا حمل نماید یا با آنها معامله دیگری انجام دهد، به ترتیب زیر به حبس تعزیری محکوم می‌شود:...

۲. ماده ۵۵۷ق.م.ا: هرکس علنی و به‌صورت غیر مجاز لباس‌های رسمی یا متحدالشکل مأموران کشورهای بیگانه یا نشان‌ها یا مدال‌ها یا سایر امتیازات دولت‌های خارجی در ایران را مورد استفاده قرار دهد به شرط معامله متقابل و یا در صورتی که موجب اختلال در نظم عمومی گردد مشمول مقررات ماده فوق است.

۳. ماده ۷۲۳ق.م.ا: هرکس بدون گواهینامه رسمی اقدام به رانندگی و یا تصدی وسایل موتوری که مستلزم داشتن گواهینامه مخصوص است، بنماید و همچنین هرکس به موجب حکم دادگاه از رانندگی وسایل نقلیه موتوری ممنوع باشد به رانندگی وسایل مزبور مبادرت ورزد برای بار اول به حبس تعزیری تا دو ماه یا جزای نقدی تا یک میلیون ریال و یا هر دو مجازات و در صورت ارتکاب مجدد به دو ماه تا شش ماه حبس محکوم خواهد شد.

احتمالا چون معتقدند بین حرمت یک شیء و حرمت مقدمات آن ملازمه وجود دارد، بنابراین همه مقدمات حرام، محکوم به حرمت گیری می‌باشند.

۶.۲. دیدگاه دوم: عدم حرمت مقدمه حرام مطلقا

به نظر مشهور فقهای امامیه مانند حلی، (حلی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۸) امام خمینی، (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۹۴-۱۹۵)، آیت الله خوئی، (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۰) آیت الله گلپایگانی، (گلپایگانی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۳۶۲) آیت الله سبزواری، (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۱، ص ۳۱۶) آیت الله سیدتقی طباطبایی قمی، (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳، ص ۱۷) مقدمه حرام مطلقا حرام نیست. چون معتقدند بین حرمت یک شیء و حرمت مقدمات آن ملازمه‌ای وجود ندارد، بنابراین هیچ‌یک از مقدمات حرام محکوم به حرمت گیری نمی‌باشند.

۶.۳. دیدگاه سوم: حرمت مقدمه حرام در صورت علت تامه بودن برای ارتکاب فعل حرام

به نظر برخی اگر مقدمه حرام، علت تامه برای تحقق حرام باشد، حرمت گیری پیدا می‌کند و گرنه محکوم به حرمت گیری نخواهد بود. این دیدگاه را مرحوم آخوند خراسانی پذیرفته است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۱۲۸).

به این بیان که اگر مقدمه حرام، علت تامه تحقق حرام باشد، به گونه‌ای که پس از انجام مقدمه، ذی المقدمه هم تحقق پیدا کند، مانند قرار دادن آتش روی دست شخص که علت تامه سوختن دست است. چنین مقدمه‌ای حرام است هر چند موارد کمی از مقدمات این گونه می‌باشد و بیشتر مقدمات حرام به گونه‌ای است که امکان دارد فردی تمام مقدمات فعل محرمی را آماده کند، اما پس از انجام همه مقدمات، اراده ارتکاب حرام ننماید، زیرا اختیار و اراده مکلف، آخرین جزء علت است؛ این گونه مقدمات حرام، حرام نمی‌باشد.

۶.۴. دیدگاه چهارم: حرمت مقدمه حرام در صورت مقدمه موصله بودن

در مقدمه فعل حرام ممکن است کسی بگوید: ما نمی‌توانیم مقدمه‌ای را که الآن مکلف انجام می‌دهد، محکوم به حرمت یا عدم حرمت بنماییم بلکه باید در انتظار آینده بمانیم، اگر به دنبال این

مقدمه - یا مقدمات - ذی المقدمه هم تحقق پیدا کرد - هرچند با اراده مکلف باشد - معلوم می‌شود که آن مقدمات، حرام بوده‌اند ولی اگر ذی المقدمه تحقق پیدا نکرد معلوم می‌شود که آن مقدمات حرمت نداشته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۶۳۱).

هرچند حرام بودن مقدمه حرام بر خلاف نظر مشهور است ولی به دلیل روایت سکونی، قاعده التعزیر و جواز تعزیر در مواردی که دارای مفسده است، وایضا به استناد دیدگاه فقهای که مقدمه حرام را حرام می‌دانند، مجازات شروع به جرم از جمله در سرقت سایبری مطابق با موازین فقهی است.

۷. دیدگاه‌های حقوقی در مجازات شروع به سرقت سایبری

باتوجه به این که مجازات شروع به جرم، فرع بر مجازات جرم اصلی است ابتداء باید مجازات سرقت سایبری مشخص شود تا بعد از آن بتوان مجازات شروع به سرقت سایبری را مشخص کرد.

۷-۱. مجازات سرقت سایبری

موضوع سرقت سایبری و همچنین مجازات سرقت سایبری از نظر حقوقی محل اختلاف است و به نظر بسیاری از قضات و حقوقدانان موضوع سرقت سایبری ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای است و ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای، کلاهبرداری رایانه‌ای محسوب می‌شود (ر.ک: عطارزاده و انصاری، ۱۳۹۹، ص ۹۰/سلامی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۱/رضوی اصل، ۱۳۹۸، ص ۷۴).

فصل سوم قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ به سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه اختصاص داده شده است که دارای دو ماده به شماره‌های ۱۲ و ۱۳ است. از ظاهر عنوان فصل استفاده می‌شود که ماده ۱۲ اختصاص به سرقت اینترنتی و ماده ۱۳ اختصاص به کلاهبرداری اینترنتی دارد و نظرات بسیاری از حقوقدانان و آرای محاکم موافق این دیدگاه است (ر.ک: عطارزاده و انصاری، ۱۳۹۹، ص ۹۰/سلامی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۱/رضوی اصل، ۱۳۹۸، ص ۷۴).

ماده ۷۴۰ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) مقرر می‌دارد: «هرکس به‌طور غیرمجاز داده‌های متعلق به دیگری را بریابد، چنانچه عین داده‌ها در اختیار صاحب آن باشد، به جرایم نقدی از یک میلیون (۱.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال و در غیر این صورت به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا بیست میلیون

(۲۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

موضوع این ماده بودن غیر مجاز داده‌های متعلق به دیگری است که اگر به روش کپی کردن سرقت شود مجازات آن جرای نقدی از یک میلیون (۱.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال و اگر به روش کات کردن سرقت شود مجازات آن حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال می‌باشد.

در مقابل این دیدگاه در جوابیه مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای به عنوان عنصر قانون جرم سرقت رایانه‌ای استناد شده است. در جوابیه شماره ۱/۱۵۵۶ آن مرکز در خصوص عنصر قانونی جرم سرقت رایانه‌ای آمده است: «جرم سرقت رایانه‌ای در ماده ۷۴۱ ق.م.ا. (ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای) منعکس شده است. این ماده مقرر می‌دارد: هرکس به طور غیر مجاز از سیستم‌های رایانه‌ای یا مخبراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سیستم وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند، علاوه بر رد مال به صاحب آن به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست تا یکصد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

دلیل این اختلاف نظر به ابهام قانون جرایم رایانه‌ای بر می‌گردد. در قانون جرایم رایانه‌ای فصل سوم این قانون که دارای دو ماده به شماره‌های ۱۲ و ۱۳ است به سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه معنون شده است و نه در ماده ۱۲ و نه در ماده ۱۳ ذکر از عنوان سرقت و کلاهبرداری رایانه‌ای نشده است در حالی که هم ماده ۱۲ و هم ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای از نظر محتوا با سرقت سنتی سازگاری دارد ولی هیچکدام از دو ماده مذکور تناسبی با مفهوم اصطلاحی جرم کلاهبرداری سنتی ندارد.

همچنین در این که اگر سرقت سایبری واجد شرایط حد باشد آیا حد سرقت بر سارق اجراء می‌شود یا خیر محل اختلاف است و به نظر برخی رابطه بین حکم سرقت سنتی و سرقت سایبری عام و خاص مطلق است به این معنی که در قانون مجازات رایانه‌ای حکم سرقت نسبت به سرقت سایبری تخصیص زده است و تنها مجازات‌های مقرر در قانون جرایم رایانه‌ای در خصوص سرقت‌های سایبری قابل اعمال است (رضوی اصل، ۱۳۹۸، ص ۵۹).

در مقابل این دیدگاه به نظر می‌رسد قانون جرایم رایانه‌ای نمی‌تواند مخص سرقت موجب حد

باشد و اگر سرقت سایبری واجد شرایط سرقت موجب حد باشد تعدد معنوی محسوب می‌شود و مطابق قاعده، مجازات اشد که سرقت حدی است اعمال می‌شود.

۷-۲. مجازات شروع به سرقت سایبری

قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی ۹۲ شروع به جرم سرقت سایبری، جرم محسوب نمی‌شد چون بر اساس قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ شروع به جرم، جرم نبود مگر آن که نص قانونی بر جرم‌انگاری آن وارده شده باشد و شروع به جرم موضوع ماده ۶۵۵ ق.م.ا. تعزیرات نیز شامل سرقت رایانه‌ای نمی‌شد چون موضوع آن سرقت‌های قبل از ماده ۶۵۵ ق.م.ا. تعزیرات بود. در قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ شروع به جرم سرقت رایانه‌ای، جرم‌انگاری نشده بود و نص قانونی وجود نداشت، لذا تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شروع به جرم سرقت رایانه‌ای جرم نبود.

حال باید بررسی شود که آیا بر اساس ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شروع به جرم سرقت رایانه‌ای جرم محسوب می‌شود یا خیر و در صورت جرم‌بودن مجازات آن چیست؟ به نظر برخی از نویسندگان چون در قانون جرایم رایانه‌ای برای شروع به جرم سرقت رایانه‌ای جرم‌انگاری نشده است شروع به جرم سرقت رایانه‌ای جرم نمی‌باشد (سلامی، ۱۳۹۴، ص ۷۵). به نظر می‌رسد این دیدگاه تام نیست و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دامنه شروع به جرم توسعه پیدا کرده است و شروع به جرم، در همه جرایم، جرم‌انگاری شده است مگر در جرایم تعزیری درجه ۶، ۷ و ۸. و بدون شک احکام و مقررات قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ از قبیل احکام تعدد، تکرار، تخفیف، تعلیق، معاونت و از جمله شروع به جرم در مورد همه جرایم از جمله جرایم سایبری جاری است و بنابراین اگر مجازات قانونی سرقت سایبری حد یا تعزیر درجه ۵ به بالا باشد شروع به سرقت آن نیز جرم می‌باشد.

ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ مقرر می‌دارد:

«هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود:

۱. ماده ۶۵۵ ق.م.ا.ت... مجازات شروع به سرقت‌های مذکور در مواد قبل تا پنج سال حبس و شلاق تا (۷۴) ضربه می‌باشد.

الف - در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است به حبس تعزیری درجه چهار
ب - در جرائمی که مجازات قانونی آنها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است به حبس تعزیری درجه پنج
پ - در جرائمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش».

به استناد بند الف ماده ۱۲۲ ق.م.ا. اگر مجازات قانونی جرم ارتكابی، سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه باشد، مجازات شروع به ارتكاب این جرم، حبس تعزیری درجه چهار (حبس بیش از پنج تا ده سال) است. و به استناد بند ب ماده مزبور اگر مجازات قانونی جرم ارتكابی، قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار باشد، مجازات شروع به ارتكاب این جرم، حبس تعزیری درجه پنج (حبس بیش از دو تا پنج سال) است. به استناد بند پ ماده مزبور اگر مجازات قانونی جرم ارتكابی، شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج باشد مجازات شروع به ارتكاب جرم، حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش خواهد بود.

بنابراین اگر مجازات قانونی جرم ارتكابی، جزای نقدی یا حبس از نود و یک روز تا یک سال باشد، شروع به جرم آن، جرم نمی باشد. اگر بپذیریم مجازات قانونی سرقت رایانه ای ماده ۷۴۰ ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه ای) است که مقرر می دارد: «هرکس به طور غیر مجاز داده های متعلق به دیگری را بر بآید، چنانچه عین داده ها در اختیار صاحب آن باشد، به جزای نقدی از یک میلیون (۱.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال و در غیر این صورت به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

چون هم حبس موضوع مجازات سرقت رایانه ای و هم جزای نقدی سرقت رایانه ای کمتر از درجه پنج هستند (حبس مقرر در مجازات سرقت رایانه ای درجه ۶ و جزای نقدی مقرر در سرقت رایانه ای درجه ۷ است) شروع به سرقت رایانه ای جرم نخواهد بود.

بنابراین اگر مجازات قانونی سرقت رایانه ای مجازات مقرر در ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه ای باشد شروع به جرم سرقت سایبری جرم نیست. اما اگر ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه ای را نیز سرقت رایانه ای دانستیم در صورتی که سرقت رایانه ای دارای شرایط ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه ای باشد

باتوجه به آن که مجازات قانونی آن یک تا پنج سال زندان است که بر اساس ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی درجه ۵ محسوب می‌شود، شروع به جرم آن نیز جرم بوده و مستندا به بند پ ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی، مجازات شروع به جرم آن حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه ۶ خواهد بود.

در صورتی که احراز شود سرقت واجد همه شرایط حد بوده است و بپذیریم که قانونا مجازات سرقت سایبری واجد شرایط حد، قطع ید است، در این صورت مجازات شروع به سرقت، حبس تعزیری درجه پنج (حبس بیش از دو تا پنج سال) است و در همین فرض اگر سابقا دو بار حد سرقت بر سارق اجراء شده باشد که مجازات حد سرقت برای این سارق در مرتبه سوم حبس ابد است یا سه بار حد سرقت بر او جاری شده باشد که مجازات حدی این سارق اعدام است شروع به سرقت سایبری می‌تواند مستندا به بند الف ماده ۱۲۲ ق.م.ا. حبس تعزیری درجه چهار (حبس بیش از پنج تا ده سال) باشد.

نتیجه

باتوجه مستندات فقهی شروع به جرم، جرم‌انگاری شروع به جرم سرقت سایبری ممنوعیت فقهی ندارد و مطابق با موازین فقهی است اما باتوجه ابهام در مجازات سرقت سایبری، شروع به جرم سرقت رایانه‌ای نیز مبهم است و چنانچه مجازات سرقت سایبری تنها جزای نقدی و حبس از نود و یک روز تا یک سال حبس موضوع ماده ۷۴۰ ق.م.ا. (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای) باشد شروع به جرم سرقت سایبری جرم نیست و فاقد عنوان مجرمانه است و چنانچه مجازات حد سرقت را در مورد سرقت سایبری روا دانستیم در صورتی که سرقت سایبری قابل تطبیق بر سرقت حدی باشد مجازات شروع به جرم آن نیز مطابق شروع به جرم سرقت حدی خواهد بود.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین؛ کفاية الأصول؛ قم: آل البيت □، ۱۴۰۹ق.
۲. اردبیلی، محمد علی؛ حقوق جزای عمومی؛ ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
۳. الهام، غلامحسین و محسن برهانی؛ درآمدی بر حقوق جزای عمومی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
۴. امین پور، محمد تقی؛ قانون کیفر همگانی و آرای دیوان کشور؛ تهران: انتشارات شرکت سهامی چاپ، ۱۳۳۰.
۵. باهری، محمد، رضا شکری و علی اکبر خان داور؛ نگرشی بر حقوق جزای عمومی؛ تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۶. حائری شاه باغ، سید علی؛ شرح قانون مجازات عمومی؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۷. حسینی شیرازی، سید محمد؛ الأسئلة والأجوبة - اثنا عشر رسالة؛ [بی نا]، [بی تا].
۸. حسینی شیرازی، سید محمد؛ الفقه، البيعة؛ بيروت: مؤسسة الوعي الإسلامي، ۱۴۲۰ق.
۹. حلّی، حسین؛ دليل العروة الوثقى؛ نجف: مطبعة النجف، ۱۳۷۹ق.
۱۰. حلّی، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام؛ تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.
۱۱. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ تحقیق فارس الحسون؛ قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۱۲. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر؛ قواعد الأحكام؛ قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۳. خمینی، سید روح الله؛ المكاسب المحرمة؛ قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی □، ۱۴۱۵ق.
۱۴. خویی، سید ابوالقاسم؛ التنقيح في شرح العروة الوثقى؛ قم: تحت اشراف آقای لطفی، ۱۴۱۸ق.
۱۵. خویی، سید ابوالقاسم؛ فقه الشيعة - كتاب الطهارة؛ ج ۳، قم: مؤسسه آفاق، ۱۴۱۸ق.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم؛ تکملة المنهاج؛ قم: مدينة العلم، ۱۴۱۰ق.
۱۷. رضوی اصل، سید محسن؛ «بررسی مجازات های سرقت سایبری در حقوق ایران»، مجله

- فقه و مبانی حقوق اسلامی؛ ش ۲، ۱۳۹۸، ص ۵۷-۶۶.
۱۸. رضوی اصل، سیدمحسن؛ سرقت اینترنتی؛ مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۹۸.
۱۹. سبزواری، سیدعبدالأعلی؛ مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام؛ تحقیق مؤسسه المنار؛ قم: دفتر آیت‌الله سبزواری، ۱۴۱۳ق.
۲۰. سلامی، حمیده؛ بررسی و تطبیق سرقت سایبری و کلاهبرداری سایبری؛ تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
۲۱. شمس ناتری، محمدابراهیم؛ قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.
۲۲. صانعی، پرویز؛ حقوق جزای عمومی؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴.
۲۳. طباطبایی قمی، سیدتقی؛ الأنوارالبهية فی القواعدالفقهية؛ قم: انتشارات محلاتی، ۱۴۲۳ق.
۲۴. طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط؛ [بی‌جا]: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۱.
۲۵. عالی پور، حسن؛ حقوق کیفری فناوری اطلاعات؛ تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.
۲۶. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ القواعد والفوائد؛ قم: مکتبه المفید، [بی‌تا].
۲۷. عطارزاده، سعید و جلال انصاری؛ حقوق جزای اختصاصی جرایم رایانه‌ای؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد؛ اصول فقه شیعه؛ قم: [بی‌نا]، ۱۳۸۱.
۲۹. فلچر، جورج پی؛ مفاهیم بنیادی حقوق کیفری؛ ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی؛ ج ۳، مشهد: دانشگاه علوم رضوی، ۱۳۹۲.
۳۰. فیض کاشانی، محمدحسن؛ مفاتیح الشرائع؛ قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، [بی‌تا].
۳۱. قیاسی، جلال‌الدین و احسان سلیمی؛ «رویکرد قانون مجازات اسلامی ۹۲ به جرایم ناتمام»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری؛ پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۱۷-۱۳۵.
۳۲. کلینی، محمدبن یعقوب؛ الکافی؛ تحقیق علی‌اکبر غفاری؛ تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۳.
۳۳. گلپایگانی، سیدمحمدرضا؛ کتاب الحج؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۳ق.

۳۴. گلدوزیان، ایرج؛ بایسته‌های حقوق جزای عمومی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۷۷.
۳۵. محسنی، مرتضی؛ دوره حقوق جزای عمومی (کلیات حقوق جزا)؛ چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵.
۳۶. مغربی، ابوحنیفه، نعمان بن محمد تمیمی؛ دعائم الإسلام؛ چ ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت □، ۱۳۸۵ق.
۳۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی؛ عوائد الأیام؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۳۸. نوربها، رضا؛ زمینه حقوق جزای عمومی؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۵.
۳۹. وحید خراسانی، حسین؛ منهاج الصالحین؛ قم: مدرسه امام باقر □، ۱۴۲۸ق.
۴۰. ولیدی، محمد صالح؛ حقوق جزای عمومی؛ تهران: سمت، ۱۳۷۲.