

پالایش محتوا (فیلترینگ) در سنجی اصل‌های اساسی

احسان سلیمی قلعه^۱

تاریخ دریافت: ۰۰/۵/۱۷، تاریخ تایید: ۰۰/۶/۲۹

DOR: 20.1001.38552322.1402.12.46.3.2

چکیده

در سال‌های اخیر، فیلترینگ یا پالایش‌سازی اصلی‌ترین اقدام برای کنترل فضای سایبر و پیشگیری از جرم در سطحی وسیع است. صرف‌نظر از کارآمدی یا ناکارآمدی این ابزار، غایت پیشگیری از جرم هر اندازه بااهمیت باشد، نباید با نقض حق‌های بنیادین افراد و اصول حقوقی تحقق یابد. یافته‌های این نوشتار نشان می‌دهد، برآیند کاربست رو به تزاید پالایش محتوا به شیوه جاری، موجب نهادینه شدن فرهنگ امنیتی، تهدید و تحدید حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان می‌شود؛ همچنین پالایش‌سازی به شیوه جاری در ایران، آشکارا با اصول بنیادین حقوق کیفری همچون اصل قانونی بودن، اصل قضایی بودن و اصل برابری که در قانون اساسی مورد شناسایی و حمایت قرار گرفته‌اند، مغایرت دارد. نتیجه و نظریه این مقاله آن است که اولاً؛ در حال حاضر با فقدان نص صریح در قوانین کیفری، نقض تدابیر مسدودسازی توسط شهروندان فضای مجازی نمی‌تواند واجد جنبه کیفری باشد. ثانیاً اعمال محدودیت در فضای مجازی اگر با حق‌های بنیادین ملت یا اصول قانون اساسی، در تضاد باشد، ممکن است، تحت شرایطی مصادق سلب آزادی‌های ملت موضوع ماده ۵۷۰ قانون مجازات تلقی شود. **واژگان کلیدی:** اساسی سازی پیشگیری، پیشگیری عادلانه، سلب آزادی‌های ملت، سیاست‌گذاری رسانه، شبکه‌های اجتماعی.

۱ استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه مراغه ehsansalimi1367@yahoo.com

مقدمه

قطع نظر از کارآمدی یا ناکارآمدی تدابیر پیشگیرانه مبتنی بر حذف محتوا یا سلب دسترسی، در بسیاری از کشورها شیوه مرسوم برای اعمال کنترل و محدودیت در فضای مجازی، فیلترینگ^۱ یا پالایش محتوا است؛ موسسه «ترویج اینترنت آزاد»^۲ که هدفش نظارت و گزارش فیلترینگ اینترنت در کشورهای مختلف است، اعلام می‌کند در هیچ کشوری از گردش آزاد اطلاعات، رضایت کامل وجود ندارد. با این حال، میزان و موضوع کنترل و نظارت بر انتشار اطلاعات در جوامع مختلف و برحسب خط‌مشی‌های سیاسی و بافت اجتماعی-فرهنگی هر جامعه، نمود و حدود متفاوتی دارد. برای نمونه در حالی که در آلمان و فرانسه اقدامات کنترلی بر موارد منع تنفر نژادی تمرکز یافته است^۳ (Lemenesterel, 2002).

در انگلستان کنترل هرزه‌نگاری کودکان اولویت دارد و سازمانی مردم‌نهاد با نام دیده‌بان اینترنت^۴ متولی اصلی مقابله با هرزه‌نگاری در فضای سایبر است (Gies, 2008: 315). در سوئد علاوه بر هرزه‌نگاری کودکان به موضوع مالکیت معنوی، توجه ویژه‌ای می‌شود و قانون موسوم به قانون «مسئولیت اعلان نامه‌های الکترونیک»، ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی را موظف کرده است به مسدودسازی پایگاه‌های اینترنتی که به ذخیره غیرمجاز اطلاعات اقدام می‌کنند، بپردازد (Olsson, 2006). در عربستان سعودی نیز دولت از دسترسی به برخی مطالب سیاسی-مذهبی و وب‌گاه‌های هرزه‌نگاری جلوگیری می‌شود (Al-shohaib, 2010). در چین هم متولی اصلی کنترل فضای سایبر دولت است و محدودیت‌ها بیش از همه متوجه آزادی بیان و مسائل سیاسی داخلی و خارجی شده است (Hunt, 2014). در ایران نیز همواره به پالایش محتوا به‌عنوان مهم‌ترین ابزار برای کنترل فضای سایبر نگریده شده است و در موارد بسیاری از جمله محتویات هرزه‌نگاری، قمار از تدبیر پالایش محتوا بهره‌برداری شده است.

۱. فیلتر (الرقابه/ filter) مفهوم لغوی filtering، غربال کردن و تصفیه کردن است. مفهوم اصطلاحی آن به معنای مسدودسازی و پالایش برخی محتواها در فضای سایبر است. فرهنگستان فرهنگ و ادب پارسی، پالایه سازی و قانون جرایم رایانه‌ای پالایش محتوا را به عنوان معادل فارسی برگزیده‌اند.

۲. هدف موسسه (open net initiative) نظارت و گزارش فیلترینگ اینترنت در کشورها است. این پروژه از شماری امکانات فنی و همچنین یک شبکه جهانی از محققان برای تشخیص گستره و نوع فیلترینگ‌های دولتی اینترنت بهره می‌برد. برای اطلاعات بیشتر در زمینه این موسسه ر.ک:

<http://opennet.net/about-oni>

۳. سال ۲۰۰۰ یک قاضی فرانسوی، درصدد بود طی حکمی شرکت یاهو را به منع دسترسی کاربران فرانسوی به وب‌گاه‌های حاوی مطالب نژاد پرستانه محکوم کند (Lemenesterel, 2002).

4. internet watch foundation

با همه ضرورت پالایش فضای مجازی، نمی‌توان پیشگیری از جرم را فارغ از تمکین به اصول اساسی و مقرره‌های قانونی اجرایی ساخت؛ چه آن‌که هدف پیشگیری از جرم، نمی‌تواند کاربرد هر وسیله، فن، یا اقدام و به‌ویژه کنار گذاری اصول عمومی حقوق را توجیه کرده و بهانه‌ای برای توسل به مقررات فوق‌العاده و روش‌های خاص فراقانونی شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۵۶۷). به همین منظور اندیشمندان حقوق کیفری تأکید دارند در پیشگیری غیر کیفری نظیر پالایش محتوا نیز اصول حقوقی رعایت شود تا پیشگیری عادلانه از جرم تحقق یابد. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۵۸۴) به دیگر سخن ضرورت دارد وضع و اجرای هر مقرره‌ای در زمینه پیشگیری با رعایت اصول بنیادین حقوقی و محدودیت‌های اساسی ناظر به عملکرد پیش‌گیرنده دولت صورت گیرد (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۲۳). به‌ویژه آن‌که پیشگیری از جرم در نظام حقوقی ایران «اساسی‌سازی» شده است^۱ و علاوه بر پیش‌بینی نفس پیشگیری از جرم در قانون اساسی، برخی اصول و بایسته‌های ناظر بر محدودیت از قبیل اصل قانونی بودن (اصل سی و ششم)، اصل قضایی بودن (اصل یکصد و پنجاه و ششم)، اصل برابری (اصول نوزدهم و بیستم) به‌صورت مستقیم و برخی دیگر نظیر تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی (اصل سوم) و ممنوعیت سلب آزادی‌های ملت حتی با وضع قانون (اصل نهم) به‌صورت غیرمستقیم، بر موضوع پیشگیری حاکم و وارد می‌شوند. نوشتار حاضر تلاشی در همین جهت، یعنی ارجاع به «اساسی بودن پیشگیری از جرم» در خصوص مهم‌ترین راهبرد پیشگیرانه در فضای سایبر یعنی پالایش محتوا است، در این نوشتار تلاش شده است با در نظر داشتن اصول قانون اساسی و واکاوی در مقرره‌های کیفری به دو سؤال جداگانه و درعین حال مرتبط در خصوص اعمال و نقض تدابیر مسدودسازی در رایاسپهر پاسخ داده شود؛ سؤال نخست که پاسخ آن بر پاسخ سؤال دوم نیز مؤثر است، این است که اعمال فیلترینگ در ایران تا چه میزان در چارچوب اصل‌های اساسی یا اصول بنیادین حقوق کیفری است؟ و دومین سؤال این است که نقض تدابیر مسدودسازی در چه صورتی می‌تواند واجد جنبه مجرمانه باشد؟

برخی پژوهشگران موضوع فیلترینگ را از جهات فقهی و اخلاقی واکاوی کرده‌اند برای مثال محب الرحمن و همکارانش (۱۳۹۴) در تحقیق «پژوهشی در حکم فقهی فیلتر» نتیجه گرفته‌اند اگر صفحات وب و شبکه‌های اجتماعی مجازی مصداق منکر باشند، می‌توان از دلیل نهی از منکر

۱. اساسی‌سازی یا اساسی‌گرایی حقوق، یک جنبش حقوقی است که از سده هجدهم میلادی به‌صورت نظام‌یافته و برای صیانت از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین شهروندان در برابر قدرت عمومی وارد گستره حقوق شده است تا به هنجارهای عادی ارزش و اعتبار هنجار اساسی داده شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳: ۹۸۸) وارد شدن یک مقوله حقوقی یا گونه‌ای از حقوق و آزادی‌های شهروندان در پهنه قانون اساسی، آن پدیده حقوقی را اساسی می‌کند (تقی زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۰).

بر وجوب فیلتر استفاده کرد و در صورتی که فیلترینگ مستلزم ضرر جانی و مالی و یا حتی تصرف در اموال باشد، اذن حاکم شرع لازم است. جاوید نیا و همکارانش (۱۳۹۴) در پژوهشی با نام «واکاوی سیاست‌های پالایش محتوای مجرمانه از منظر فقهی» به این نتیجه رسیده‌اند سیاست فعلی پالایش محتوای مجرمانه در کشور با اصول سیاست‌های کلی دفاعی فضای مجازی مستخرج از مبانی شرعی در این زمینه مطابقت ندارد، چراکه ادله شرعی بر این حد از اعمال پالایش یکسان نسبت به تمامی اقشار جامعه موجود نیست. اسماعیلی و همکارش (۱۳۹۴) در تحقیق «پالایش فضای مجازی؛ حکم و مسائل آن از دیدگاه فقهی» به این دو سؤال پاسخ دادند (اول) پالایش فضای مجازی از نظر فقهی چه حکمی دارد؟ (دوم) اجرای پالایش مجازی، چه مسائل و مشکلات مستحدثه‌ای در پی دارد؟ حسین نژاد و همکارش (۱۳۹۶) در مقاله‌ای با عنوان «تحلیل و بررسی فقهی اجرای فیلترینگ در فضای مجازی» درصدد تحلیل فقهی موضوع و عیارسنجی ادله فقهی آن و در نهایت تقویت نظریه وجوب اعمال فیلترینگ نسبت به سایت‌های انحرافی برآمده‌اند. رحمتی و همکارش (۱۳۹۶) در «فیلترینگ و دشواره تزاحم اخلاقی» با تحلیل فرآیند فیلترینگ از منظر اخلاقی، چگونگی شکل‌گیری تزاحم‌های مربوط به آن را بررسی و برخی مصادیق برای رفع یا کاهش آن‌ها را بیان می‌کنند و راهکارهایی پیشنهاد می‌دهند. پژوهش‌هایی نیز وجود دارد که با رویکرد انتقادی به طرح موضوع فیلترینگ پرداخته‌اند. در میان این سنخ پژوهش‌ها دو پژوهش با عناوین «درآمدی بر سیاست‌های فیلترینگ سایت‌های اینترنتی» و «اصول پالایش (فیلترینگ) پایگاه‌های اطلاع‌رسانی اینترنتی» به ترتیب توسط سعد (۱۳۹۴) و بابازاده مقدم و اسدی (۱۳۹۶) تدوین یافته‌اند و در پژوهش اول ضمن بیان ناکارآمدی سیاست‌های جاری فیلترینگ پیشنهادهایی برای کارآمدسازی راهبرد پالایش محتوا ارائه شده است و در پژوهش دوم، اصولی برای پالایش صحیح و قانونمند رسانه‌های نوین ارائه شده است. با توجه به پیشینه مذکور در ادبیات پژوهشی، ضرورت انجام تحقیق حاضر از آن جهت است که علی‌رغم پژوهش‌های متعدد در خصوص موضوع فیلترینگ با رویکرد فقهی و اخلاقی و وجود پژوهش‌های معدود با رویکرد انتقادی، در خصوص پیشگیری از جرایم سایبری، پژوهشی که منحصرأً به تفصیل موضوع پالایش محتوا یا «فیلترینگ در ایران» را با رویکرد حقوقی-انتقادی دنبال کرده باشد، وجود ندارد.

پالایه سازی در سنجه اصل‌های اساسی

اساسی سازی حقوق با تأثیرپذیری از جریان‌های فکری- عقیدتی آزادی خواهانه، اسباب شناسایی شماری از جلوه‌های بارز حقوق و آزادی‌های شهروندان در پهنه قانون اساسی را فراهم آورده است تا از این رهگذر، همه سیاست‌گذاری‌ها در چارچوب و ادامه این حق‌های اساسی شده صورت پذیرد. (بن، ۱۳۸۴: ۲۲۹) پالایه سازی را از دو جهت می‌توان در سنجه اصول اساسی آزمود؛ یکی از جهت انطباق نصوص قانونی و دیگر از جهت شیوه اجرایی. اعتبار قانونی

یافتن یک مقرر قانونی و عبور از غربال شورای نگهبان قانون اساسی به منزله انطباق با قانون اساسی تلقی می‌شود؛ فرضی که بیش از آن که مبتنی بر حقیقت باشد، اعتبار یافته است. حتی با پذیرش این فرض منعی وجود ندارد که در مقام شهروندان یا دست‌کم در مقام دیگران به این انطباق توجه شود. اما جهت دوم یعنی مراعات شیوه اجرایی قانون، عملاً کمتر محل توجه بوده است و جا دارد بیش‌تر در معرض سنجش با اصول حقوق کیفری قرار گیرد. اصول بنیادین حقوق کیفری معدود و قابل احصاء هستند در میان این اصول، برخی اصل‌ها نظیر اصل قانونی بودن، اصل قضایی بودن و اصل تساوی مناسبت بیشتری با تدابیر پیشگیری از جرم سایبری یعنی پالایش محتوا دارند، هریک از این اصول الزامات و شعب خاصی دارند که سنجش پالایش محتوا با این اصول و الزامات ناشی از آن‌ها خالی از لطف نخواهد بود.

اصل قانونمندی جرم و مجازات

اصل قانونمندی جرم و مجازات یا اصل قانونی بودن یکی از اصول پایه و گران‌سنگ است که تضمین‌کننده حقوق شهروندان در مقابل محدودیت‌ها و تنگناهایی است که دولت‌ها مایل‌اند در جهت حفظ اقتدار خود اعمال نمایند. این اصل هر اقدام محدودکننده آزادی از قبیل مجازات، اقدامات تأمینی یا تدابیر پیشگیری را منوط به تعیین و تصریح قانون می‌نماید. اصل قانونی بودن به‌طور مشخص بیان می‌دارد که هیچ عملی جرم نیست مگر آنکه در قانون تعیین شده باشد و هیچ کنش و واکنشی در قبال جرم قانونی نیست مگر این که در قانون تعیین شده باشد. در نظام حقوقی ایران اصل ۳۶ قانون اساسی^۱ و مواد ۱۰، ۱۲ و ۱۳ از قانون مجازات اسلامی و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری به الزامات برآمده از این اصل پرداخته‌اند. به این ترتیب که قانون مجازات اسلامی دامنه این اصل را به اقدامات تأمینی و تربیتی توسعه داده و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری محدوده آن را تا هر نوع اقدام محدودکننده آزادی که یقیناً شامل اقدامات پیشگیرانه نیز می‌شود، گسترش داده است. ماده مذکور به تصریح، هرگونه اقدام محدودکننده، سالب آزادی و ورود به حریم خصوصی اشخاص را جز به حکم قانون مجاز نمی‌داند. گرچه مسدود کردن دسترسی به آدرس‌های اینترنتی که به فعالیت مجرمانه مبادرت می‌ورزند یا از جرم ناشی شده‌اند به‌موجب ماده ۷۴۹ جنبه قانونی دارد اما اولاً قانون‌گذار در سه ماده‌ای که به بحث فیلترینگ پرداخته یعنی مواد ۷۴۹، ۷۵۰ و ۷۵۱ به «پالایش محتوا» یا محتواهای مجرمانه تصریح نموده است و از حیث لفظی محتوای مجرمانه به معنای مظلوف فضای مجازی و آنچه در داخل یک تارنما یا در یک شبکه اجتماعی وجود دارد و نه ظرف و ظرفیت وسیعی از فضای مجازی یعنی کل تارنما یا کل شبکه اجتماعی. به عبارت دیگر پالایش

۱. اصل ۳۶ قانون اساسی: حکم به مجازات و اجرا آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

یک محتوا متفاوت از مسدودسازی قالب و آنچه محتوا در آن جریان دارد، است؛ لذا می‌توان گفت هیچ نص قانونی برای مسدودسازی یک ابزار پیام‌رسان یا شبکه اجتماعی نمایش‌دهنده ویدئو (مانند یوتیوب) وجود ندارد بلکه به تصریح ماده ۷۴۹ و ۷۵۱ می‌توان محتوای این ابزارها را از آنچه به جرم می‌انجامد یا از جرم ناشی شده پاک‌سازی نمود.^۱ برای مثال اگر در میان مطالب یک وب‌سایت یک محتوای مجرمانه مثلاً در مطالب آرشیوی آن وجود داشته باشد، کمیته مزبور می‌بایست صرفاً دستور پالایه سازی قسمت مجرمانه را صادر کند و نه مسدودسازی دسترسی به کل وب‌سایت را. اصل قانون‌مندی جرم اگر قرار است متناسب با فلسفه وجودی‌اش، رعایت شود و اصل زینتی و تشریفاتی نباشد، الزام‌هایی را ایجاد می‌کند. (شجاعی، ۱۳۹۳: ۱۱۰) از اصل قانونی بودن تضمناً فروعات و الزامات دیگری نظیر شفافیت مقررهای قانونی، تقیید زمانی و تفکیک مقام تقنین از مقام تحکیم برمی‌آید.

تفکیک مقام تقنین از مقام تحکیم

اصل قانونی بودن جرم و مجازات در نفس خود، تفکیک مقام تقنین از مقام تحکیم را تضمین می‌کند. چه آن‌که تأکید بر قانونی بودن جرم و قانونی بودن حکم به مجازات دارد و مطابق قانون اساسی وظیفه اختیار تقنین با مجلس شورای اسلامی و وظیفه تحکیم به قضات دادگاه‌ها محول شده است. از این‌روی اختیار کمیته تعیین مصادیق محتوای مجرمانه نباید شامل تعیین فهرست مصادیق شود. بلکه بایسته است نمایندگان مجلس شورای اسلامی فهرست مجرمانه را تعیین نمایند. در حال حاضر اختیارات این کمیته هم شامل تعیین فهرست مصادیق مجرمانه یعنی حکم قانون و هم تعیین مصادیق آن در فضای مجازی یعنی تعیین موضوع قانون می‌شود و این به معنای تفویض مقام تقنین و اجرا برای کارگروه مذکور است. در این وضعیت بیم آن می‌رود که با توجه به اختیار ویرایش فهرست مصادیق مجرمانه برای کمیته تعیین مصادیق محتوای مجرمانه، بسیاری از فعالان فضای مجازی از آخرین اراده کمیته تعیین مصادیق مجرمانه مطلع نشوند و محتوا یا قلم ایشان پیش از آگاهی به آخرین فهرست تعیین‌شده توسط کمیته به حکم همین کمیته قلم گردد.

۲-۱-۲. شفافیت قانون

یکی از فروعات اصل قانونمندی عنصر شفافیت است؛ به جهت فقدان شفافیت دلیل اجرای فیلترینگ، به‌ویژه برای شبکه‌های اجتماعی، به‌درستی مشخص نیست و دقیقاً معلوم نیست که

۱. همان‌طور که نمی‌توان یک کتابخانه را به جهت وجود یک کتاب نامناسب یا وجود یک فرد مزاحم در آن به‌کلی به تعطیلی کشاند، نمی‌توان مسدودسازی شبکه‌های اجتماعی یا پایگاه‌های نمایشی نظیر یوتیوب، توئیتر و... را به جهت یک یا چند یا حتی هزاران محتوای نامناسب مسدود ساخت. چه آن‌که در هر حال حداقل در مثال‌های پیش‌گفته مصادیق بهره‌برداری مشروع از این ابزارهای فضای مجازی به‌مراتب بیش از تعداد مصادیق استفاده مجرمانه یا نامشروع است و نباید دیگری که درصد استفاده مجاز، مشروع و صحیح از این ابزارها هستند، بار گناه اقلیت بزهدکار را به دوش بکشند.

برخی از شبکه‌های اجتماعی به استناد کدام مورد از مصادیق فهرست محتوای مجرمانه مورد فیلترینگ قرار گرفته‌اند. برای مثال بازپرس شعبه دوم دادسرای فرهنگ و رسانه که دستور فیلترینگ تلگرام را صادر نموده در استدلال خود برای توجیه این دستور مطالب مختلفی از حادثه تروریستی بهارستان تا قاچاق کالا و ارز در این فضا را برشمرده است.^۱ علاوه بر این برخی از نصوص در فهرست مصادیق مجرمانه، غیرشفاف و تأویل‌پذیر هستند. برای مثال عباراتی مانند مخالفت با اسلام (شماره ۴ از بند ب) تشویش اذهان عمومی و سیاه‌نمایی (شماره ۱۴ از بند ج) با شفافیت و روشنی در مصادیق خود که مقتضای اصل مذکور است، همراه نیست. حتی برخی از نصوص قانونی، نظیر تعابیر محتوای ناشی از جرایم رایانه‌ای یا محتوایی که برای ارتکاب جرایم رایانه‌ای به کار می‌روند ذکر شده در مواد ۷۴۹ و ۷۵۱ تعابیر بسیار پوشیده‌ای هستند که از نکته‌های نافهمیدنی این قانون به شمار می‌آیند. (عالی پور، ۱۳۹۰: ۳۸۸) عدم شفافیت سبب شده است که عملاً گستره فیلترینگ بیش از مواردی که حاوی محتواهای ناشی از جرایم رایانه‌ای و محتواهایی که برای جرایم رایانه‌ای به کار می‌روند، باشد. اظهار نظر دبیر شورای عالی فضای مجازی هم مبنی بر اینکه «فیلترینگ باید از حالت سلیقه‌ای خارج شود» (انتظاری، ۱۳۸۷: سایت) در تأیید همین موضوع قابل طرح است.

۲-۱-۳. تقیید به مدت

مطابق اصل قانونی بودن باید دقیقاً دوره محرومیت یا سقف حداکثری آن مشخص باشد. دوره زمانی مسدودسازی و محرومیت به جهت انتشار محتوای مجرمانه دقیقاً مشخص نیست و این موضوع از آن جهت مشکل‌آفرین است که شیوه جاری پالایش محتوا که پالایش ظرف است و نه پالایش مظلوم. به‌طور مثال اگر در یک وبسایت یا شبکه اجتماعی مطالبی وجود داشته باشد که برای ارتکاب جرم به کار گرفته می‌شود، در صورتی که مدیران آن وبسایت یا شبکه اجتماعی، بعد از فیلترینگ اقدام به حذف آن مطلب نمایند، دلیلی برای ادامه فیلترینگ باقی نمی‌ماند؛ چه آن که حتی اگر فیلترینگ را از حیث ماهیت، مجازات بدانیم، دوره مجازات و آثار تبعی آن مطابق با قانون و به اقتضای اصل قانونی بودن محدود و مشخص است. حال که فیلترینگ از حیث ماهیت حقوقی یک تدبیر پیشگیرانه است باید به‌طریق اولی آثار کمتر و محدودتری نسبت به مجازات داشته باشد.

۲-۲. اصل قضایی بودن

اصل قضایی بودن که به مفهوم انحصار مقام قضایی در اعمال مجازات یا ایجاد هر نوع محدودیت است، از آن روی مورد تأکید است که «عدالت و اعمال عدالت هرگز از هم جدا

۱. تفصیل این رأی را می‌توانید در آدرس زیر مشاهده نمایید: <https://www.isna.ir/news/97021006264/>

نیستند و حتی نحوه‌ی اعمال عدالت خود عدالت را تحت شعاع قرار می‌دهد.» (دل‌ماس مارتی، ۱۳۸۱: ۱۱۴) در نظام حقوقی ایران مطابق با اصل شصت و یکم قانون اساسی، «اعمال قوه قضاییه به‌وسیله دادگاه‌های دادگستری است» و «اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم» نیز مطابق بند پنجم از اصل ۱۵۶ از قانون اساسی، از وظایف این قوه است. لذا پیشگیری از جرم باید به‌وسیله دادگاه‌های دادگستری و از طریق اتخاذ تصمیمات قضایی به اجرا درآید. (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۲۳) در سال ۱۳۹۲ در ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری، بار دیگر مقنن تأکید نموده که حکم به هرگونه اقدام محدودکننده آزادی و اجرای آن در انحصار مقام قضایی است. صدور تصمیم فیلترینگ از سوی مرجعی غیر از دادگاه یعنی کمیته تعیین محتوای مصادیق مجرمانه صورت می‌گیرد و مطابق تبصره ۲ ماده ۷۴۹ تنها «پالایش محتوای مجرمانه موضوع شکایت خصوصی با دستور مقام قضایی رسیدگی‌کننده به پرونده انجام خواهد گرفت.» این وضعیت بیم نقض حقوق و آزادی‌های افراد را پدید می‌آورد زیرا تفسیر قانون و تشخیص مصادیق مجرمانه و انطباق آن‌ها با فهرست مصادیق مجرمانه امری کاملاً حقوقی - قضایی است و مستلزم آگاهی مجریان به اصول حقوقی و آشنایی با قواعد و کلیات حقوق نظیر قاعده عطف به‌سابق نشدن، قاعده منع تکلیف به مالایطاق و شناخت ارکان و عناصر یکایک جرایم رایانه‌ای است. ماده ۷۴۹ و ۷۵۱ ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی و میزبانی را در حالی موظف به پالایش محتوای ناشی از جرم یا محتوایی که برای جرم به کار می‌رود نموده است که اعضای کارگروه اصولاً شناختی از جرم و شرایط عمومی و اختصاصی آن ندارند و در میان اعضای کارگروه مطابق ماده ۷۵۰ تنها یک مقام قضایی و متخصص در زمینه جرم وجود دارد. اصل قضایی بودن نیز به‌سان اصل قانونمندی، الزامات و مقتضیاتی دارد و نباید آن را در اجرا توسط دادگاه خلاصه نمود، اولین الزام این اصل فراهم آوری حق دفاع برای موضوع مجازات یا محدودیت و دومین الزام رعایت حق تجدیدنظرخواهی است.

حق دفاع

اعلام قبلی و حق دفاع را باید یکی از تضمینات اصل قضایی بودن به شمار آورد؛ زیرا یکی از فلسفه‌های تجویز و انحصار حکم به مجازات و اعمال محدودیت توسط مقام قضایی، توافقی شدن تصمیم‌گیری است. حکمت اصل قضایی بودن آن است که دادرسی در هر موضوع با استماع نظر مدعی‌العموم و وقت دادن به طرف مقابل بین آن‌ها داوری نماید و مجازات یا محدودیت را سزاوار یا ناشایسته تشخیص دهد. کمیته وزیران شورای اروپا راهنمایی‌هایی را برای اتخاذ تدابیر لازم به‌منظور ترویج احترام به آزادی بیان و اطلاعات در خصوص فیلترهای اینترنتی در قالب چندین توصیه‌نامه به کشورهای عضو پیش نهاد نموده است؛ در یکی از این

توصیه‌نامه‌ها پیرامون امکان دادخواهی تأکید شده و آمده است که کاربران اینترنتی باید امکان اعتراض به فیلتر کردن محتوا و جستجوی توضیحات و اصلاحات را داشته باشند و از دولت‌های عضو خواسته شده تا تضمین نمایند محتوایی که به اشتباه فیلتر شده، در مدت زمان معقول بدون مشکل بیش از حد در دسترس، مجدداً در دسترس قرار گیرد.

در مدل فعلی پالایه سازی، کاربران بدون داشتن حق رسمیت یافته‌ای برای دفاع و غالباً بعد از پالایش محتواهایشان از موضوع مطلع می‌شوند که این امر به اعتبار اشخاص حقیقی و حقوقی موضوع فیلترینگ لطمه می‌آورد. به‌طور نمونه هنگامی که یک وب‌سایت یک مدرس دانشگاه یا یک محتوا یا فضای یک تاجر مسدود می‌شود، در اذهان مخاطبان گمان رفتار بزهکارانه تقویت می‌شود.

حق تجدیدنظرخواهی

در تمام مراحل پالایش اینترنت، حتی در بهترین شرایط، احتمال بروز اشتباه یا سوءاستفاده از قدرت وجود دارد. برای تأمین و تضمین حق بر آزادی بیان، ضروری است تا تدابیر لازم برای تجدیدنظر در موارد یادشده فیلترینگ اشتباه یا غیرقانونی پیش‌بینی شود (بابازاده و اسدی، ۱۳۹۶: ۱۸۸) در وضعیت فعلی پالایش محتوا علاوه بر عدم رعایت حق دفاع، حق تجدیدنظرخواهی نیز رعایت نمی‌شود. منظور از حق تجدیدنظرخواهی، حق افراد مبنی بر تشکیل جلسه دادرسی عادلانه مجدد برای رسیدگی به نقض حقوق ادعایی در جلسه دادرسی پیشین است. حداقل ضوابط دادخواهی عادلانه اقتضا دارد که اولاً؛ هیچ‌کس نباید داور دعوایی باشد که خود یکی از اصحاب آن است و ثانیاً هر محکومی حق تجدیدنظرخواهی در مقام قضایی مافوق مقام صادرکننده حکم را داشته باشد. در همین راستا اصل ۳۴ از قانون اساسی دادخواهی را به‌عنوان حق مسلم هر فرد معرفی کرده است. با این وجود مطابق با تبصره ۲ از ماده ۷۵۰ قانون مجازات افرادی که شکایتی در خصوص مصادیق پالایه داشته باشند، تنها می‌توانند در کارگروه تعیین مصادیق محتوای مجرمانه که خود دستور فیلترینگ را داده است طرح شکایت کنند. به این ترتیب می‌توان گفت «حق تجدیدنظرخواهی» افراد تا سر حد حق اعتراض فرو کاسته شده است و عملاً امکانی برای شکایت کیفری و یا حتی مدنی برای طرح دعوای خسارت باقی نمانده است؛ زیرا از جهت شکایت کیفری کارگروه مذکور تام‌الاختیار بوده و کافی است به تشخیص خود مبنی بر مجرمانه بودن محتوای خاصی استناد کند. به این ترتیب مقامات اعمال فیلترینگ می‌توانند با ارجاع به فهرست مصادیق مجرمانه به تشخیص خود تمسک کنند و با تفسیر و برداشت‌هایی از مصادیق مجرمانه این فهرست، در عنصر علم خود خدشه وارد کند و از جرم موضوع این ماده رهایی یابند مگر در مواردی که اعمال فیلترینگ کاملاً مغرضانه بوده باشد و با هیچ تفسیری نتوان آن را مصداق فهرست محتویات مجرمانه معرفی کرد در غیر از این مورد

خاص، چون اختیار تعیین مصداق با کارگروه مذکور است، نمی‌توان به صرف برداشت ناصحیح و انطباق ناصواب این مقامات مورد پیگرد قرار داد.

اصل برابری

اصل تساوی یا اصل برابری، هم در اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱ و هم در قانون اساسی ایران بازتابی با شکوه یافته است. اصل بیستم قانون اساسی به صورت مشخص اصل برابری در مقابل قانون را مورد تصریح قرار داده است این اصل مقرر می‌دارد:

«همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلامی برخوردارند.»
با این حال، پالایش محتوا حداقل از دو جهت، این حق بنیادین شهروندان، یعنی حق برابری را مخدوش ساخته است. اول از جهت «نابرابری در پالایش مصادیق مشابه» و دوم از جهت «عدم تمکین و تبعیت برابر» در مقابل محتواهای پالایش یافته.

اجرای نابرابر

مصداق واضح نقض حق برابری، فیلترینگ برخی تارنماها و امکان دسترسی آزاد به تارنماهای دیگر با مضامین و محتواهای مشابه است. همین وضعیت در فیلترینگ برخی شبکه‌های اجتماعی نظیر تلگرام و فیسبوک و آزاد بودن استفاده از شبکه‌های مشابه دیگر نظیر اینستاگرام و واتس‌آپ وجود دارد. دلیل این تبعیض به هیچ‌روی مشخص نیست و حتی با توجه به قابلیت جرم‌زایی بالاتر شبکه اجتماعی اینستاگرام نسبت به تلگرام به نسبت جمعیت کاربران، انتظار می‌رفت که اگر قرار بر فیلترینگ یک شبکه اجتماعی از میان این دو شبکه باشد، شبکه اجتماعی اینستاگرام در اولویت مسدودسازی قرار گیرد؛ زیرا با توجه به نسبت جرایم و جمعیت کاربران این دو شبکه اجتماعی، شمار وقوع بزه در اینستاگرام بیش از دو و نیم برابر تلگرام برآورد می‌شود.^۲

۱. ماده اول اعلامیه جهانی حقوق بشر تمام اینای بشر را در حرمت و حقوق با هم برابر می‌داند. ماده می‌گوید: «همه در برابر قانون برابرند و همگان سزاوار آن‌اند تا بدون هیچ تبعیضی به‌طور مساوی در پناه قانون باشند».

۲. ۶ اسفند ۹۶ رئیس پلیس فتای ناجا اعلام کرد ۴۶ درصد کل جرایم فضای مجازی کشور در تلگرام و ۲۰ درصد نیز در اینستاگرام رخ می‌دهد.

هادیان فر، سید کمال (۶ اسفند ۱۳۹۶) سهم ۶۶ درصدی تلگرام و اینستاگرام از جرایم فضای مجازی، قابل دسترس در: <https://www.isna.ir/news/96120602570>

این در حالی است که در نظرسنجی مرکز ملی افکارسنجی دانشجویان (ایسپا) در سال ۹۵ بیش از ۵۵ درصد ایرانیان عضو شبکه اجتماعی تلگرام بوده‌اند و در همین سال ۲۳ درصد مردم ایران در شبکه اجتماعی اینستاگرام عضویت داشته‌اند.

مرکز ملی افکارسنجی دانشجویان ایران (۱۵ اسفند ۱۳۹۵) از هر ۱۰ ایرانی ۶ نفر در شبکه‌های اجتماعی مجازی عضو هستند، قابل دسترس در: <http://www.ispa.ir/Default/Details/fa/1662>

تبعیت نابرابر

نقض حق برابری را می‌توان در رویکرد دوگانه اعضای کمیته تعیین محتوای مصادیق مجرمانه موضوع ماده ۷۵۰ قانون مجازات بخش تعزیرات مشاهده نمود. در حالی که به حکم این کمیته توییت‌ها از پیدایش تا امروز برای عموم کاربران ایرانی غیرقابل دسترس است، بعضی از اعضای کمیته مذکور، در این شبکه اجتماعی صفحه شخصی با نام خود دارند و فعالیت‌ها و اطلاع‌رسانی زیادی از اقدامات خود در این شبکه دارند. شاید برای برخی مقامات مسئول وزارت امور خارجه برخی مصلحت‌ها در عرصه بین‌الملل قابل پذیرش باشد؛ اما با هیچ تفسیر و توجیهی نمی‌توان داشتن صفحه در این شبکه اجتماعی فیلتر شده را برای وزیر ارتباطات و فناوری اطلاعات و وزیر فرهنگ و ارشاد و برخی از نمایندگان مجلس که خود از اعضای کمیته تعیین محتوای مصادیق مجرمانه هستند، توجیه کرد.

نقض تدابیر پالایش محتوا؛ رفتار مجرمانه یا واکنش حق جویانه

کارآمدی فیلترینگ و عدم نقض آن از سوی شهروندان کمتر مورد توجه سیاستگذاران اینترنت بوده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد با وجود همه محدودیت‌های سلبی سیاستگذاران رسانه‌ای، شهروندان ایرانی اینترنت، از فیلترینگ و قوانین اینترنتی تعیین شده، تبعیت نمی‌کنند. کثرت اعضای ایرانی در شبکه‌های اجتماعی فیلتر شده نظیر فیسبوک، توییت و تلگرام گویای همین واقعیت است. برای مثال بنابر آمار موسسه بین‌المللی «آمار دنیای اینترنت»^۱ بیش از ۱۷ میلیون ایرانی در فیسبوک که سال‌هاست در ایران مسدود است، عضو هستند. همچنین نتایج نظرسنجی مرکز افکارسنجی دانشجویان ایران (ایسپا) وابسته به جهاد دانشگاهی، نشان می‌دهد ۷۹ درصد از کاربران تلگرام پس از حدود دو ماه از فیلترینگ این شبکه اجتماعی در اردیبهشت ۹۷ همچنان در این پیام‌رسان حضور دارند (ایسپا، ۱۳۹۷، سایت). اگر سیاست‌های اعمال محدودیت در حوزه فضای مجازی با نگاه حداقلی و در مورد محتواهایی که اجماع حداکثری در آن‌ها وجود دارد، انجام گیرد تأثیرگذاری به شدت افزایش می‌یابد و آسیب‌های احتمالی فیلترینگ را به حداقل می‌رساند (سعد، ۱۳۹۴: ۱۶۶). نتایج یک تحقیق نشان می‌دهد کارآمدی فیلترینگ در گرو رعایت سه شرط «کوچک بودن لیست سایت‌های فیلتر شده»، «روزآمد بودن» و «بدون خطا بودن» است (Stol, 2009).

ابعاد حقوقی جرم‌شناختی مسئله نقض تدابیر مسدودسازی در ایران یکی از چالشی‌ترین موضوعات مرتبط با فیلترینگ است. با همه دغدغه‌ای که مقنن ایرانی برای اعمال پالایه سازی داشته و با وجود ۳ ماده و ۶ تبصره از قانون جرایم رایانه‌ای درباره پالایه سازی، قفل‌گشایی

1. internet world stats

فیلترینگ توسط کاربران فضای مجازی مورد توجه قانونگذار قرار نگرفته است. درحالی که قانونگذار برای عدم رعایت دستورات کارگروه تعیین مصادیق محتوای مجرمانه در امر پالایش محتوا به صورت جداگانه برای ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی (۷۴۹) و ارائه‌دهندگان خدمات میزبانی (۷۵۱) مجازات تعیین کرده است «در صورتی که عمداً از پالایش محتوای مجرمانه خودداری کنند منحل خواهند شد و چنانچه از روی بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی زمینه دسترسی به محتوای مجرمانه را فراهم کنند به جزای نقدی محکوم می‌شوند.» این وضعیت موجب شده که نظر مقنن در خصوص موضوع نقض غیرقانونی تدابیر مسدودسازی توسط کاربران فضای مجازی چندان روشن نباشد و در میان حقوقدانان، قضات و متصدیان دستگاه عدالت کیفری در این زمینه اختلاف نظر وجود داشته باشد به گونه‌ای که برخی حقوقدانان، نقض تدابیر مسدودسازی را مصداق جرم می‌دانند و برخی دیگر هیچ حیثیت مجرمانه‌ای برای این رفتار قائل نمی‌شوند.

نقض تدابیر پالایش محتوا در دکترین حقوقی و روبه قضایی

برخی^۱ حقوقدانان با استناد به ماده ۷۵۳ قانون مجازات، استفاده از فیلترشکن را جرم می‌شمرند. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «هر شخصی که مرتکب اعمال زیر شود، به حبس از ۹۱ روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا بیست میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد. الف) تولید یا انتشار یا توزیع و در دسترس قرار دادن یا معامله داده‌ها یا نرم‌افزارها یا هر نوع ابزار الکترونیکی که صرفاً به منظور ارتکاب جرائم رایانه‌ای به کار می‌رود. ب) فروش یا انتشار یا در دسترس قرار دادن گذرواژه یا هر داده‌ای که امکان دسترسی غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی متعلق به دیگری را بدون رضایت او فراهم می‌کند. ج) انتشار یا در دسترس قرار دادن محتویات آموزش دسترسی غیرمجاز، شنود غیرمجاز، جاسوسی رایانه‌ای و تخریب و اختلال در داده‌ها یا سیستم‌های رایانه‌ای و مخابراتی. تبصره - چنانچه مرتکب، اعمال یاد شده را حرفه خود قرار داده باشد، به حداکثر هر دو مجازات مقرر در این ماده محکوم خواهد شد.» با اهتمام به اصول تفسیری، استناد به ماده ۷۵۳ از آن جهت بلاوجه است که اولاً هیچ‌کدام از بندهای ماده مذکور را نمی‌توان شامل ابزار وی پی ان^۲ یا آنچه در عرف به فیلترشکن شهرت یافته دانست زیرا بند الف که در خصوص ابزارهایی است که صرفاً برای ارتکاب جرائم رایانه‌ای بکار می‌روند، درحالی که کارکرد اصلی این ابزار رمزنگاری و ایجاد شبکه‌های ارتباطی خصوصی^۳ است و

۱. دادستان اصفهان در تاریخ ۱۳ تیر ۹۷ با تفسیر ماده مذکور اعلام داشت همه افراد، سازمان‌ها و خبرگزاری‌هایی که از تلگرام استفاده می‌کنند اگر عنوان و گزارش شود مورد تعقیب قرار می‌گیرند (رحیمی، ۱۳۹۷، سایت).

2. vpn

۳. شبکه‌های مجازی خصوصی (Virtual Private Network) که به صورت اختصاری VPN وی پی ان نامیده می‌شوند، در واقع، شبکه‌های خصوصی هستند تا از اطلاعات کاربران در مقابل هکرها و بد افزارها، محافظت کرده و

کارکرد فرعی آن فیلتر گشایی است افزون بر این نمی‌توان همیشه استفاده از فیلترشکن را برای ارتکاب جرم در نظر گرفت زیرا در برخی موارد به جهت غیرهوشمند بودن پالایه سازی برخی محتواهای پزشکی یا جنایی مورد فیلتر قرار گرفته است. همچنین موضوع بند ب و بند ج از ماده ۷۵۳ هم به ترتیب داده یا گذرواژه^۱ و محتویات آموزشی است که منصرف از ابزار یا برنامه کاربردی^۲ فیلترشکن است. به فرض اینکه مفهوم بند الف را با تفسیر موسع بر ابزار فیلترشکن شمول یابد، بند مذکور به رفتار «استفاده» یا «نصب» نپرداخته است. در موارد سکوت قانون^۳ باید توجه داشت که پاسخ قضایی به وقایع بی‌قانون در حقیقت انتساب امری است به قانونگذار که مورد توجه و تعرض او نبوده است و این یعنی مداخله آشکار رویه قضایی در امر قانون‌گذاری (امیدی، ۱۳۹۴: ۸۱) و بی‌توجهی به اصل تفکیک قوا.

برخی دیگر با تفسیری که از ماده ۷۲۹ قانون مجازات ارائه می‌دهند، قفل‌گشایی از محتواهای فیلترشده را مصداق دسترسی غیرمجاز به حساب می‌آورند. این ماده مقرر می‌دارد: «هرکس به‌طور غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است دسترسی یابد، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا بیست میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد». می‌توان گفت اولاً دسترسی غیرمجاز در ماده ۷۲۹ مربوط به سامانه‌ها و داده‌ها است که منصرف از تارنماها، پیام‌رسان‌ها یا شبکه‌های اجتماعی فیلتر شده است. ثانیاً شرط تحقق ماده مذکور آن است که سامانه‌ها یا داده‌ها به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده باشند که پالایه یک محتوا را نمی‌توان معادل حفاظت امنیتی از آن قرار داد. دسته سومی از حقوقدانان معتقدند، می‌توان نقض فیلترینگ را مطابق با رفتار مجرمانه «شکستن قفل یا پلمپ» موضوع ماده ۵۴۳ قانون مجازات به‌عنوان جرم شناخت. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه محلی یا چیزی برحسب امر مقامات صالح رسمی مهر یا پلمپ شده باشد و کسی عالماً و عامداً آن‌ها را بشکند یا محو نماید یا عملی مرتکب شود که در حکم محو یا شکستن پلمپ تلقی شود مرتکب به حبس از سه ماه تا دو سال محکوم خواهد شد». در خصوص استناد به ماده ۵۴۳ باید گفت موضوع ماده مذکور «محل یا شیء» است و رفتار مجرمانه

حفظ امنیت کاربران و حریم شخصی آن‌ها را به عهده دارد. امروزه بسیاری از شرکت‌های تجاری و مؤسسات مالی برای انتقال روزانه اطلاعات کاربران خود و مشتریان در فضای وب و تأمین امنیت اطلاعات حساب مشتریان از وی پی ان استفاده می‌کنند.

1. password
2. application

۳. سکوت قانون یا قانون‌گذار هنگامی است که واقع‌های که منطقی‌توان برای آن طبیعت جزایی تصور کرد، عملاً مشمول هیچ‌یک از قوانین و مقررات موضوعه جزایی نباشد. (امیدی، ۱۳۹۴: ۸۰) با این تعریف یکی از بارزترین مصادیق سکوت قانون را می‌توان استفاده از برنامه‌های vpn محسوب کرد.

در ماده مذکور شکستن مهر یا پلمپ است که هم در موضوع و هم در رفتار منصرف از فیلترینگ و نقض آن در فضای سایبر است که بنابر اصول روش تفسیر در حقوق کیفری نمی‌توان با «قیاس قانونی»^۱، یک رفتار را که قانون درباره آن ساکت است به استناد مجرمانه بودن رفتار مشابهی در قانون، به‌عنوان جرم شناسایی کرد زیرا توسل به قیاس قانونی در حقیقت تکمیل یا توسعه غیراصولی قانون است نه تفسیر آن (امیدی، ۱۳۹۴: ۱۱۸) و این برداشت به وضوح مخالف اصل ۳۶ قانون اساسی است که بر قانونی بودن جرم و مجازات تأکید دارد.

برخی دیگر معتقدند روح قوانین درخصوص موضوع پالایش محتوا به‌ویژه دستور به تعیین مصادیق محتوای مجرمانه توسط کارگروه مذکور در ماده ۷۵۰ و تعیین وظیفه برای ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی (ماده ۷۴۹) و میزبانی (ماده ۷۵۱) مبنی بر ممانعت از ادامه دسترسی به موارد تعیین‌شده توسط کمیته و از همه مهم‌تر فیلترینگ، مجرمانه بودن نقض فیلتر را نشان می‌دهد. پیرامون نظر دسته چهارم باید تکرار بر تأکید سابق داشت که مرجع تعیین جرم مجلس شورای اسلامی و ملاک تصریح مقنن به رفتار مجرمانه در قانون است؛ لذا چنین تفسیری از سکوت قانونگذار را باید مصداق یک «قیاس حقوقی»^۲ یا «قیاس منطقی»^۳ مبتنی بر آموزه‌های جرم‌شناسی دانست که با تمسک به مخالفت نقض فیلترینگ با اخلاق و هنجارهای اجتماعی و مخاطره‌آمیز بودن نقض تدابیر مسدودسازی را مجرمانه معرفی می‌کند. مخالفت با قیاس حقوقی و قیاس منطقی از آن جهت بیش از مخالفت با قیاس قانونی است که هیچ حد یقینی ندارد و باب سلیقه‌گرایی قضات را در حقوق کیفری می‌گشاید. رهاورد چنین قیاسی مخالفت با گرانگاه حقوق جنایی یعنی پشتیبانی از حقوق جامعه بوده و نقض غرض اصلی و اولیه مفسرین در حمایت از حقوق و آزادی‌های اجتماعی را در پی دارد.

قانونگذاری‌های کاستی‌دار و سیاست‌زده در ایران سبب شده تا دادرسان در رفتار دل‌بستگی به رویه داشته باشند (عالی پور، ۱۳۹۵: ۵۸۰). رویه قضایی در خصوص جرم بودن نقض غیرقانونی تدابیر مسدودسازی موضعی شفاف و منفی دارد و تا آنجا که نگارندگان پیگیر شدند

۱. قیاس قانونی به معنای احراز مشابهت میان دو رفتار مخاطره‌آمیز که یکی در قانون پیش‌بینی شده و دیگری مسکوت مانده است و تسری آثار جزایی رفتار منصوص به رفتار مسکوت.

۲. در قیاس حقوقی حکم قانونی و آثار جزایی یک مورد مسکوت به استناد روح کلی حاکم بر نظام کیفری و نه بر مبنای یک مقرر قانونی خاص و مشابهت میان رفتارهای قانونی و اعمال غیرقانونی تعیین می‌گردد. در این نوع قیاس دادرس روح کلی حاکم بر قانون، اخلاق، موازین مذهبی و نفع اجتماعی را پشتوانه جرم تلقی شدن یک رفتار می‌نماید.

۳. قیاس منطقی نیز به سیاست جنایی مربوط می‌شود و بر یک رویکرد جرم‌شناسانه استوار است. به پشتوانه چنین قیاسی هر رفتار مخاطره‌آمیز و ضداجتماعی قابل مجازات است.

هیچ رأیی مبنی بر جرم بودن استفاده از فیلترشکن و نقض تدابیر مسدودسازی مشاهده نشد. اداره کل حقوقی قوه قضاییه هم در پاسخ به استشاره دادرسان که «صرف استفاده از فیلترشکن و «وی.پی.ان» و یا دانلود رایگان این دو (به گونه‌ای که معامله تلقی نشود) جرم محسوب می‌شود یا خیر» نظریه مشورتی به شماره ۷/۳۶۷ را در تاریخ ۱۳۹۱/۲/۲۵ صادر کرده است: «نظر به این که در قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۸۸ برای صرف استفاده از فیلترشکن یا دانلود رایگان آن مجازاتی پیش‌بینی نگردیده، لذا با توجه به اصل ۳۶ قانون اساسی و مقررات ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، اعمال موضوع استعلام قانوناً جرم تلقی نمی‌شوند».

نقض تدابیر پالایش محتوا در سنجی اصل‌های اساسی

بنابر اصل بنیادین قانونی بودن جرم و مجازات که علاوه بر این که مقتضیات و الزامات بسیاری در خود دارد ارجاع برخی دیگر از اصول به خود را می‌پذیرد، مادام که نص صریحی در قانون مبنی بر جرم انگاری فیلترینگ در میان مواد قانونی وجود نداشته باشد، نمی‌توان آن رفتار را جرم شناخت و در حال حاضر چون نصب و استفاده از فیلترشکن دارای ضمانت اجرای کیفری نیست و توسل به هر نوع از قیاس یا تفسیر موسع با پذیرش هم‌زمان اصل قانونمندی جرم و مجازات مغایرت دارد. فراتر از این باید اظهار داشت هرگاه پالایه سازی مخالف حقوق و آزادی‌های افراد ملت باشد و با نقض هر یک از اصول مندرج در قانون اساسی اجرا شود؛ از نظر حقوقی الزام و ضرورتی به رعایت آن نیست و اگر افراد ملت رأساً اقدام به شکستن فیلتر یا مسدودیت کنند، در راستای احقاق حق خود گام برداشته‌اند و نه فقط قابل مجازات نیستند بلکه در مقام بزه‌دیده بالقوه یا بالفعل با استناد به ماده ۵۷۰ ق. م. ا. حق تعقیب متصدیان پالایه سازی نامشروع و غیرقانونی را خواهند داشت.^۱ توضیح آن‌که در نظام حقوقی ایران ضمانت اجرای کیفری سلب حقوق و آزادی‌های ملت در ماده ۵۷۰ قانون مجازات بخش تعزیرات آمده است، این ماده مقرر می‌دارد: «هریک از مقامات و مأمورین دولتی که برخلاف قانون، آزادی شخصی افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی محروم نماید علاوه بر انفصال از خدمت و محرومیت سه تا پنج سال از مشاغل دولتی به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد» ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی محروم‌سازی از حقوق اساسی و آزادی افراد را به‌طور کلی و بدون ذکر مصداق خاص مورد ضمانت اجرای کیفری قرار داده است و در نتیجه اطلاق موجود در آن از تمامی مصادیق حقوق و آزادی‌های افراد حمایت کیفری می‌کند، (شمس ناتری و عطازاده، ۱۳۸۷: ۷۵) با استناد به اطلاق و عموم ماده و با توجه به مواد بعدی باید اذعان داشت ماده ۵۷۰ بیش از هر

۱. اساساً در بعد مدنی ضرورتی ندارد قانون‌گذار به لزوم جبران خسارات وارد بر افراد توسط مسبب آن تصریح کند و عدم تصریح هم مانع از آن نیست که افراد بتوانند به دادگستری مراجعه کرده و الزام مکلف به ایفای تکلیف را بخواهند.

مورد شامل آزادی‌های معنوی و غیر فیزیکی می‌شود. با پذیرش این تفسیر باید گفت ماده مذکور با ارجاع به حقوق مقرر در قانون اساسی، چتر حمایت کیفری خود را به گستره کلیه حقوق و اصول مقرر در قانون اساسی فراخ ساخته است و نقض حق‌های بنیادین افراد و اصول بنیادین حقوق کیفری در فضای مجازی به واسطه پالایش محتوا یا هر رفتار ظاهراً قانونی دیگر حتی اگر در مقام اجرای عدالت یا پیشگیری از جرم باشد، جرم انگاری شده است.

نتیجه‌گیری

رصد دامنه پالایش محتوا در رایاسپهر، هژمونی و برتری زورمندانه‌ی پارادایم امنیت محور بر پارادایم آزادی‌گرا و حق مدار را نمایان می‌سازد. علاوه بر میزان پالایش محتوا، کیفیت اجرای این تدبیر پیشگیرانه آشکارا و از جهات مختلف با اصول قانون اساسی و اصل‌های بنیادین حقوق کیفری تعارض دارد. این وضعیت موجب شده است نقض تدابیر پالایش‌سازی با استفاده از ابزارهای وی پی ان یا آنچه در ایران به فیلترشکن موسوم است، گسترش یابد. در این میان برخی تفاسیر، نص غیر صریح، مفهوم و حتی سکوت قانون جرایم رایانه‌ای و دیگر قوانین را مستمسکی برای جرم بودن استفاده از این ابزارها و نقض تدابیر پالایش‌سازی قرار داده‌اند. لکن با ارجاع به اصل ۳۶ قانون اساسی که به اصل قانونی بودن جرم و مجازات مشهور است، این تفاسیر تاب مقاومت ندارند و باید اذعان داشت نقض فیلترینگ یا تدابیر مسدودسازی در هیچ صورت نمی‌تواند واجد جنبه مجرمانه باشد. حتی فراتر از این موضوع، در مواردی که یک محتوا یا یک فضا مانند شبکه اجتماعی با نقض اصل‌های اساسی و حق‌های بنیادین ملت توسط مقامات دولتی مسدود شود و شرایط عمومی جرم و شروط خاص رفتار مجرمانه «سلب آزادی‌های ملت» موضوع ماده ۵۷۰ قانون مجازات فراهم باشد، می‌توان رفتار مسدودسازی را مورد پیگرد کیفری قرار داد.

پیشنهاد می‌شود برای کارآمدی پیشگیری از جرم در فضای سایبر به «پالایش حداقلی محتوا» در مصادیق مورد وفاق شهروندان نظیر پالایش محتویات هرزه‌نگاری، قاچاق مواد مخدر و «تطبیق سیاست فیلترینگ با اصل‌های اساسی» اقدام شود؛ همچنین نقض تدابیر مسدودسازی توسط کاربران فضای مجازی، به‌عنوان یک جرم مورد تصریح مقنن کیفری و «جرم انگاری» قرار گیرد.

منابع

- اسماعیلی، محسن. نصر الهی، محمدصادق. (۱۳۹۴). «پالایش فضای مجازی؛ حکم و مسائل آن از دیدگاه فقهی»، فصلنامه علمی-پژوهشی دین و ارتباطات، سال ۲۳، شماره اول، صص: ۵۳-۸۰.
- اسماعیلی، محمد. (۱۳۹۶). «عدالت پیشگیرنده: مهار جرم در بستر نظام حقوقی»، فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴، شماره ۲، صص: ۲۹۷-۳۲۶.
- امیدی، جلیل. (۱۳۹۴). تفسیر قانون در حقوق جزا، چاپ اول، تهران: انتشارات مخاطب.

- امیر جاوید، شبنم. (۱۳۹۶). گزارشی آماری در رابطه با توسعه اینترنت در چین، به سفارش مرکز فناوری اطلاعات و رسانه‌های دیجیتال تهران: انتشارات پشتیبان.
- بابازاده مقدم، حامد. اسدی، عباس. (۱۳۹۶). «اصول پالایش (فیلترینگ) پایگاه‌های اطلاع‌رسانی اینترنتی»، فصلنامه مطالعات رسانه‌های نوین، سال سوم، شماره ۹، صص: ۱۶۳-۱۹۴.
- بصیریان جهرمی، علی. خانیکی، هادی. (۱۳۹۳). «سیاست‌گذاران ایرانی و سیاست‌گذاری رسانه‌های اجتماعی؛ چالش‌ها، الگوها و ارائه یک مدل پیشنهادی» فصلنامه برنامه‌ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، شماره ۲۱، صص: ۲۵-۷۰.
- بن، پیر. (۱۳۸۴). «اساسی سازی حقوق اسپانیا؛ تأثیر قانون اساسی بر حقوق اسپانیا»، ترجمه: جواد تقی زاده، مجله حقوق اساسی، شماره ۵.
- تقی زاده، جواد. (۱۳۸۶). «مسئله اساسی سازی نظم حقوقی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۱، صص: ۱۲۹-۱۶۲.
- جاویدنیا، جواد. عابدی، علیرضا. سلطانی، عباسعلی. (۱۳۹۴). «واکاوی سیاست‌های پالایش محتوای مجرمانه از منظر فقهی»، دو فصلنامه علمی-پژوهشی دین و ارتباطات، سال ۲۲ شماره ۲، صص: ۳۵-۶۱.
- حسین نژاد، مجتبی. منیری حمزه کلایی، حمیدرضا. (۱۳۹۶). «تحلیل و بررسی فقهی اجرای فیلترینگ در فضای مجازی»، فصلنامه علمی-پژوهشی حکومت اسلامی، سال ۲۲، شماره ۲، صص: ۲۷-۵۶.
- دلماس مارتی، می ری. (۱۳۸۱). نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: جلد نخست، انتشارات میزان.
- رحمتی، حسینعلی. شهریاری، حمید. (۱۳۹۶). «فیلترینگ و دشواره تراحم اخلاقی»، فصلنامه علمی-پژوهشی اخلاق و حیوانی، سال ۵، شماره ۲، صص: ۱۴۶-۱۶۸.
- سعد، علی. (۱۳۹۴). «درآمدی بر سیاست‌های فیلترینگ سرچ‌های اینترنتی»، فصلنامه علمی-پژوهشی رسانه‌های نوین، سال اول، شماره ۲، صص: ۱۴۵-۱۶۹.
- شجاعی، علی. (۱۳۹۳). تفسیر قانون جنایی؛ در پرتو تفسیرشناسی و تحلیل گفتمان، تهران: انتشارات دادگستر.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم. عطازاده، سعید. (۱۳۸۷). «حمایت کیفری از حقوق شهروندی در ایران»، فصلنامه علمی-ترویجی کارآگاه، شماره ۴، صص: ۶۶-۸۲.
- عالی پور، حسن. (۱۳۹۰). حقوق کیفری فناوری اطلاعات (جرایم رایانه‌ای)، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، تهران: انتشارات خرسندی.
- عالی پور، حسن. (۱۳۹۵). «حکمت قانون‌گذار و خطا در قانون‌گذاری کیفری؛ از فره مندی تا پاسخگویی»، انتشار یافته در علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی، مجموعه مقالات نکوداشت دکتر سیلوپا تلنباخ، تهران: انتشارات میزان.
- قیاسی، جلال‌الدین. (۱۳۷۹). روش تفسیر قوانین کیفری، قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی: پژوهشکده فقه و حقوق، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- محب الرحمن، محمد مهدی. صرامی، سیف‌الله. محب الرحمن، محمدعلی. (۱۳۹۴). «پژوهشی در حکم فقهی فیلتر»، فصلنامه علمی-پژوهشی، کاوشی نو در فقه، سال ۲۲ شماره ۴، صص: ۳۳-۶۰.

- نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۹۰). «پیشگیری عادلانه از جرم». علوم جنایی: مجموعه مقالات تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری، تهران، انتشارات سمت، چاپ چهارم، صص: ۵۹۹-۵۵۹.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۹۳). درآمدی بر اساسی سازی حقوق کیفری، در: گرجی، علی اکبر، در تکاپوی حقوق عمومی، تهران: انتشارات جنگل.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین. رضوانی، سودابه. (۱۳۹۴). «سلب آزادی پیشگیری محور با تأکید بر ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۰»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره دوازدهم، صص: ۴۲-۹.
- نوریان، علی رضا. (۱۳۹۶). آیین دادرسی کیفری؛ جرایم رایانه‌ای و مخابراتی، تهران: انتشارات میزان.
- انتظاری، محمدحسن. (۱۳۹۲). «پایان سلیقه گرایی در اینترنت»، روزنامه ایران، قابل دسترس در: <http://www.iran-newspaper.com/newspaper/page/5570/1/252073/0>
- خرم‌آبادی، عبدالصمد. (۱۳۸۷). «پنج میلیون سایت ایرانی در کشور فیلتر شده است»، خبرگزاری مهر، قابل دسترس در: <http://mehrnews.com/news/784979>
- هادیان فر، سید کمال. (۱۳۹۶). «سه‌م ۶۶ درصدی تلگرام و اینستاگرام از جرایم فضای مجازی»، خبرگزاری دانشجویان ایران. {} قابل دسترس در: <https://www.isna.ir/news/96120602570>
- مرکز ملی افکار سنجی دانشجویان ایران. (۱۳۹۵). «از هر ۱۰ ایرانی ۶ نفر در شبکه‌های اجتماعی مجازی عضو هستند»، {} قابل دسترس در: <http://www.ispa.ir/Default/Details/fa/1662>
- در-شبکه‌های-اجتماعی-مجازی-عضو-هستند
- مرکز افکار سنجی دانشجویان (ایسپا). (۱۳۹۷). «۷۹ درصد از استفاده‌کنندگان تلگرام، همچنان در این پیام‌رسان حضور دارند» قابل دسترس در: <http://ispa.ir/Default/Details/fa/1925>
- رحیمی، حسن. (۱۳۹۷)، «استفاده از تلگرام عنوان جزیی دارد»، خبرگزاری دانشجویان ایران، قابل دسترس در: <https://www.isna.ir/news/97041307387>
- Al- shohaib, k. (2010). "factors influencing the adoption the internet by public relations professional in the private and public sectors of Saudi Arabia." Management communication quarterly. 24 (1) pp: 104-121.
- Alipour, Hassan. (2011). Information technology criminal law (computer crimes), Legal and Judicial Development Department of the Judiciary, Tehran: Khorsandi Publications. (in Persian)
- Alipour, Hassan. (2015). "Legislator's wisdom and error in criminal legislation; From Farah Mandi to Accountability", published in Comparative Criminal Sciences in the Light of International Cooperation, a collection of articles written by Dr. Sylvia Tellenbach, Tehran: Mizan Publications. (in Persian)
- Amir Javid, Shabnam. (2016). A statistical report on the development of the Internet in China, commissioned by the Tehran Center for Information Technology and Digital Media: Support Publications. (in Persian)
- Aryan, Simurgh. Aryan, Homa. and Halderman J. Alex. (2013). "Internet Censorship in Iran: A First Look". Published in FOCI.
- Babazadeh Moghadam, Hamed. Asadi, Abbas (2016). "Principles of Internet Information Database Filtering", New Media Studies Quarterly, third year, number 9, pp: 163-194. (in Persian)

- Basirian Jahormi, Ali. Khaniki, conductor. (2013). "Iranian policymakers and social media policymaking; Challenges, patterns and presentation of a proposed model" *Social Development and Welfare Planning Quarterly*, No. 21, pp. 25-70. (in Persian)
- Ben, Pir. (1384). "Establishment of Spanish law; The impact of the Constitution on Spanish law", translated by: Javad Taghizadeh, *Journal of Basic Law*, No. 5.
- Delmas Marti, May Ray. (1381). *The great systems of criminal politics*, translated by: Ali Hossein Najafi Abrandabadi, Tehran: Volume One, Mizan Publications. (in Persian)
- Gies, L. (2008). "how material are cyber bodies? Broadband internet and embodied subjectivity". *Crime, media, culture*. 4 (3), pp. 311-330.
- Hossein Nejad, Mojtabi. Moniri Hamzeh Kalaei, Hamidreza. (2016). "Jurisprudential analysis and investigation of the implementation of filtering in cyberspace", *Islamic Government Scientific-Research Quarterly*, year 22, number 2, pp: 56-27. (in Persian)
- Hunt, Richard Reid. (2014). *moving beyond regulatory mechanism: a typology of internet control regimes*, dissertation and theses, Portland state university PDXScholar.
- Ismaili, Mohammad. (2016). "Preventive justice: curbing crime in the framework of the legal system", *scientific research quarterly of criminal law and criminology studies*, volume 4, number 2, pp: 297-326. (in Persian)
- Ismaili, Mohsen. Nasr Elahi, Mohammad Sadiq. (2014). "Refining cyber space; Ruling and its issues from a jurisprudential point of view", *Scientific-Research Quarterly of Religion and Communication*, Year 23, Number 1, pp: 53-80. (in Persian)
- Javednia, Javad. Abedi, Alireza. Soltani, Abbas Ali. (2014). "Analysis of criminal content filtering policies from a jurisprudential perspective", *two scientific-research quarterly journals of religion and communication*, year 22, number 2, pp: 35-61. (in Persian)
- Lemensterel, m. hunter, m. (2002). "internet E-Ethics in confrontation with an activists agenda: yahoo on trial." *Journal of business ethics*. 39 (2), pp: 135-144.
- Mohibur Rahman, Mohammad Mehdi. Sarami, Saifullah. Mohibur Rahman, Muhammad Ali. (2014). "Research on Filter Jurisprudence", *scientific-research quarterly*, new exploration of jurisprudence, year 22, number 4, pp: 33-60. (in Persian)
- Najafi Abrandabadi, Ali Hossein. (1390). "Just crime prevention", *criminal sciences: a collection of essays in honor of professor Dr. Mohammad Ashuri*, Tehran, Samt Publications, 4th edition, pp: 559-599. (in Persian)
- Najafi Abrandabadi, Ali Hossein. (2013). *An introduction to the fundamentalization of criminal law*, in: Gurji, Ali Akbar, in the pursuit of public rights, Tehran: Jangal Publications. (in Persian)
- Najafi Abrandabadi, Ali Hossein. Rezvani, Sudabah. (2014). "Deprivation of freedom based on prevention with emphasis on Article 150 of the Islamic Penal Code 1390", *Criminal Law Research Quarterly*, 4th year, 12th issue, pp: 42-9. (in Persian)
- Nooryan, Alireza. (2016). *Code of Criminal Procedure; Computer and Telecommunication Crimes*, Tehran: Mizan Publications. (in Persian)
- Olsson, T. (2006). "Appropriating civic information and communication technology: a critical study of Swedish ICT policy vision." *New media and society*, 8 (4) pp: 611-627.
- Omedi, Jalil. (2014). *Interpretation of the law in criminal law*, first edition, Tehran: Mandaz Publications. (in Persian)
- Qiyazi, Jalaluddin. (1379). *The method of interpretation of criminal laws*, Qom: Center for Islamic Studies and Research: Research Institute of Jurisprudence and Law, Publications of the Islamic Propaganda Office. (in Persian)
- Rahmati, Hossein Ali. Shahriari, Hamid. (2016). "Filtering and the Difficulty of Ethical Conflict", *Scientific-Research Quarterly of Ahlak Vahiani*, Year 5, Number 2, pp. 168-146. (in Persian)
- Recommendation CM/Rec. (2008). 6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard

to Internet filters.

[https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec\(2008\)6](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2008)6)

- Saad, Ali. (2014). "Introduction to Internet content filtering policies", New Media scientific-research quarterly, first year, number 2, pp: 145-169. (in Persian)
- Shams Natri, Mohammad Ibrahim. Atzadeh, Saeed. (1387). "Criminal protection of citizen's rights in Iran", Scientific-Promotional Quarterly of Detective, No. 4, pp. 66-82. (in Persian)
- Shujaei, Ali. (2013). interpretation of criminal law; In the light of hermeneutics and discourse analysis, Tehran: Dadgstar Publications. (in Persian)
- Stol, W.Ph. Kaspersen, J. Kerstens, E.R. Leukfeldt en A.R. Lodder. (2009). "Governmental filtering of websites: the Dutch case." Computer Law & Security Review 25 (3): 251 – 262. (in Persian)
- Taghizadeh, Javad. (1386). "The problem of fundamentalization of the legal system", Journal of Legal Research, No. 11, pp. 129-162. (in Persian)
- . Inteziri, Mohammad Hassan. (2012). "The end of tasteism on the Internet", Iran newspaper, available at:
<http://www.iran-newspaper.com/newspaper/page/5570/1/252073/0>
- . Khoramabadi, Abdul Samad. (1387). "Five million Iranian sites have been filtered in the country", Mehr news agency, available at:
mehrnews.com/news/784979
- Hadian Far, Seyyed Kamal. (2016). "Telegram and Instagram account for 66 percent of cyberspace crimes", Iran Student News Agency. {} Available at:
<https://www.isna.ir/news/96120602570/>
- National Center of Opinion Survey of Iranian Students. (2015). "6 out of 10 Iranians are members of virtual social networks", {} available at:
[http://www.ispa.ir/Default/Details/fa/1662/According to ISPA's survey; 6 out of every Iranians are members of virtual social networks.](http://www.ispa.ir/Default/Details/fa/1662/According%20to%20ISPA's%20survey%206%20out%20of%20every%20Iranians%20are%20members%20of%20virtual%20social%20networks)
- Student Opinion Survey Center (ISPA). (2017). "79% of Telegram users are still in this messenger" available at:
<http://ispa.ir/Default/Details/fa/1925>
- Rahimi, Hassan. (2017), "Using Telegram is punishable", Iran Students News Agency, available at:
<https://www.isna.ir/news/97041307387>