

پژوهشنامه حقوق کیفری

سال ششم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۴

صفحات ۱۳۹-۱۱۱

جرایم علیه قواعد تبلیغ در تجارت الکترونیکی

دکتر علی مراد حیدری ✉

استادیار گروه حقوق دانشگاه حضرت معصومه (س)

چکیده:

برابر قانون تجارت الکترونیکی تأمین کنندگان موظفند ضوابطی را در امر تبلیغ رعایت کنند که تخلف از آن، جرم علیه قواعد تبلیغ است. مواد ۵۰ تا ۵۵ و ماده ۷۰ رکن قانونی این جرایم است. از حیث رکن مادی، رفتار فیزیکی شامل تبلیغات فریب دهنده، به خطر انداختن سلامتی افراد، عدم ارائه اطلاعات کامل، تبلیغ با هویت مجهول و ارسال تبلیغات ناخواسته است. مرتکب جرم، تأمین کننده و بزه دیده جرم، مصرف کننده است که تعاریف ویژه خود را دارند. این جرایم مقید به نتیجه خاصی نیست و شرط اصلی آن، وقوع رفتارهای مادی در بستر تجارت الکترونیکی است. از حیث رکن معنوی، با توجه به عدم تصریح قانونی و اصل عمدی بودن جرایم، رفتارهای غیر عمدی قابل مجازات نیستند.

چون مجازات ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی تعزیر درجه پنج است، کاربست بعضی از ساز و کارهای ارفاقی قانون مجازات اسلامی نسبت به جرایم کوچک، در مورد این جرایم امکان ندارد.

کلید واژه‌ها: تجارت الکترونیکی، تبلیغات اینترنتی، بازاریابی اینترنتی، قواعد تبلیغ، جرم رایانه‌ای.

۱۳۹۲/۸/۱۳

تاریخ دریافت:

۱۳۹۴/۲/۲۰

تاریخ پذیرش نهایی:

✉ پست الکترونیکی نویسنده مسئول:

heydarilaw@gmail.com

در علم تجارت، اصطلاح تبلیغات به معنای هر گونه ارائه و معرفی ایده ها، کالاها و خدمات به شکل عمومی است که شخص یا موسسه‌ای با پرداخت هزینه آن را انجام می‌دهد (محمدیان، ۱۳۸۱: ۲۲). در بعضی از تعاریف قانونی، با تاکید بر ابزارهای تبلیغاتی، تبلیغ^۱ یا آگهی به معنای انتشار هر گونه اعلانی دانسته شده که از طریق رسانه‌های عمومی و خصوصی دیداری و شنیداری از قبیل رادیو، تلویزیون، شبکه‌های ماهواره‌ای، مطبوعات، سینما، اینترنت، اینترانت، شبکه‌های صوتی و تصویری سازمانی و تولیدات چاپی مانند برگه‌های کاتالوگ، بروشور دفترچه‌های راهنما، بسته‌بندی، برچسب، کارت ویزیت و نیز بیلبورد، نمایشگاه، اسلاید، بانک‌های اطلاعاتی و نظایر آنها برای معرفی مواد، کالاها و خدمات صورت می‌گیرد (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۵: ۱۱۵) از سوی دیگر، آگهی بازرگانی^۲ به معنی معرفی محصولات و خدمات با استفاده از وسایل ارتباط جمعی و یا حتی ارتباطات چهره به چهره است (شکر خواه، ۱۳۸۶: ۶). در تبلیغات، تلاش‌ها بر دو محور اطلاع رسانی در مورد کالا یا خدمات مورد نظر و متقاعدسازی مصرف کننده بالقوه برای خرید محصول یا خدمت آماده عرضه است. با این وصف، تبلیغات بازرگانی بخشی از فرایند بازاریابی^۳ است. طبق تعریفی که انجمن بازاریابان امریکا ارائه داده، بازاریابی به مجموعه‌ای از فعالیت‌های بازرگانی اطلاق می‌شود که جریان کالاها و خدمات را از تولیدکننده تا مصرف کننده نهایی هدایت می‌کند (اصغری و فقیه، ۱۳۸۷: ۱۶). بنابراین، بازاریابی تلاش برای برقراری ارتباط بین مبدأ (تولید) با مقصد (مصرف) است و شامل عملیات تحقیقی و اجرایی تولید، توزیع، فروش، بیمه و خدمات پس از فروش است. با وجود این، قانون تجارت الکترونیک، در فصل دوم از مبحث «حمایت‌های انحصاری در بستر مبادلات الکترونیکی» عنوان بازاریابی^۴ را معادل اصطلاح تبلیغ تلقی و مقرراتی در زمینه تبلیغ ذیل این عنوان گنجانده است و این بدان معنا است که در نظر قانون تجارت الکترونیکی بازاریابی معادل تبلیغ است!

تبلیغ بازرگانی را نباید با تبلیغ سیاسی یکی دانست؛ تبلیغ سیاسی (پروپاگاندا)^۵ به کنترل، دستکاری و انتقال عمدی اطلاعات و تصویرها برای دستیابی به هدف‌های سیاسی معین می‌گویند (اسولیوان و دیگران، ۱۳۸۵: ۳۲۲). با وجود این، و به رغم جداسازی تبلیغات سیاسی از تبلیغات تجاری در مباحث علمی و نظری، در عمل اهداف سیاسی نیز از

1. Advertising
2. Advertisement
3. Marketing
4. Marketing
5. Propaganda

طریق پیام‌های بازرگانی دنبال و تامین می‌شود. ایجاد نیاز کاذب به کالاهای خارجی در کنار تحقیر تولیدات داخلی، خواه ناخواه معادلات اقتصادی را دگرگون ساخته و فشارهای داخلی را بر دولت‌ها افزایش می‌دهد، واردات را به موازات کاهش صادرات افزایش داده و بتدریج ملت‌ها را از پیشینه فرهنگی خود بیگانه می‌سازد و نیازهای مصنوعی به تولیدات دیگران، انفعال واقعی را بر دولت‌ها در عرصه روابط بین آنها تحمیل می‌کند (اسماعیلی، ۱۳۸۶: ۲۳). هر چند در فرآیند تبلیغ کالا و خدمات ارتکاب رفتارهای دیگری هم چون تبلیغ مسائل خلاف اخلاق و عفت عمومی، خشونت‌گرایی، فرقه‌گرایی مذهبی و نژادی، اسراف و تبذیر، خرافه پرستی و... نیز امکان دارد، لکن در قانون تجارت الکترونیکی تنها برخی از رفتارهایی که جنبه خصوصی آن برجسته‌تر است و امکان ورود خسارت مالی به مصرف کننده دارد، جرم انگاری شده است. در ادامه مصادیق جرایم علیه قواعد تبلیغ و رویکرد قانون تجارت الکترونیکی در برخورد با این جرایم مورد نقد و ارزیابی قرار گرفته است.

۱. تبلیغات فریب دهنده

۱.۱. رکن قانونی

گاه ارائه کننده کالا یا خدمات برای جلب مشتری بیشتر، در تبلیغاتی که انجام می‌دهد مطالبی را در مورد کمیت یا کیفیت و ویژگی‌های کالا از حیث دوام، مواد بکار رفته در آن، کارایی کالا و امثال آن بطور نادرست، غیر واقعی یا غیرشفاف بیان نموده و یا عمداً از ذکر بعضی از اوصاف و معایب کالا یا نحوه انجام و آثار و تبعات انجام خدمات خودداری می‌نماید که موجب فریب خوردن و به اشتباه افتادن خریدار می‌گردد.^۱ از این روی ماده ۵۰ قانون تجارت الکترونیکی به عنوان عنصر قانونی جرم تبلیغات فریبنده اعلام کرده است: «تأمین

۱. در بند اول ماده ۱۲۱ قانون مصرف فرانسه، در مورد تبلیغات دروغ آمیز یا دارای طبیعت اشتباه انگیز مقرر شده: هر گونه تبلیغی که به هر شکل حاوی انتساب‌ها، اشاره‌ها یا معرفی‌های نادرست یا دارای طبیعت اشتباه انگیز باشد و به نحوی به موجودیت، طبیعت، ترکیب، صفات ذاتی، خواص مفید، نوع، منشا، مقدار، طرز و تاریخ ساخت، مالکیت، قیمت، و شرایط فروش کالاها و خدمات موضوع تبلیغ، شرایط و هم چنین نتایج حاصل از مصرف آنها، انگیزه‌ها و شیوه‌های فروش یا عرضه خدمات، دامنه تعهدات آگهی دهنده، هویت، صفات، و مهارت‌های سازنده، خدمات پس از فروش، عوامل پیش برد و فروش یا عرضه کنندگان مربوط شود ممنوع است (معمدنژاد، ۱۳۸۸: ۶۰)؛ در مورد مفهوم، عناصر و شاخص‌های تبلیغ و تبلیغ فریبنده و آیین دادرسی و مجازات‌های تبلیغات فریبنده رک: مقررات رهنمود شورای اتحادیه اروپایی در مورد تبلیغات بازرگانی فریب دهنده مصوب ۱۰ سپتامبر ۱۹۸۴

کنندگان در تبلیغ کالا و خدمات خود نباید مرتکب فعل یا ترک فعلی شوند که سبب مشتبه شدن و یا فریب مخاطب^۱ از حیث کمیت و کیفیت شود».

۲.۱. رکن مادی

مرتکب این جرم، «تأمین کننده»^۲ است. طبق بند (ع) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی، تأمین کننده عبارت است از «شخصی که بنا به اهلیت تجاری، صنفی یا حرفه‌ای فعالیت می‌کند.» به موجب بند (م) ماده مذکور نیز «شخص^۳ اعم است از شخص حقیقی و حقوقی و یا سیستم‌های رایانه‌ای تحت کنترل آنان». با این حال بدیهی است «سیستم‌های رایانه‌ای» به عنوان مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت افزاری- نرم افزاری که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار داده پیام عمل می‌کند، بدون دخالت شخص حقیقی قابلیت ارتکاب جرایم مورد نظر را نداشته و سخن گفتن از اعمال مجازات بر آن نیز بی معنی است. در مورد اشخاص حقوقی نیز هر چند نوع مجازات ذکر شده در مواد ۶۹ و ۷۰ (جزای نقدی) قابل اعمال است و طبق بند (ج) ماده (۱) آیین نامه اجرایی ماده ۴۸ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۴/۵/۲ نیز تأمین کننده شخص حقیقی و حقوقی است که بنا به اهلیت تجاری، صنفی یا حرفه‌ای فعالیت می‌کند. تعریف تأمین کننده به «شخصی که بنا به اهلیت تجاری، صنفی یا حرفه‌ای فعالیت می‌کند»، نارسا و مجمل است که تسری آن به اشخاص تاجر و غیر تاجر یا اکتفاء به قدر متیقن یعنی تاجر و عدم تسری آن به غیر تاجر را با تردید مواجه نموده است. و برخلاف آن چه بعضی پنداشته‌اند (جاویدنیا، ۱۳۸۷: ۳۱)، صرف اشاره مقنن به «نام تجاری» یا «محل تجاری» نمی‌تواند دلیلی بر انحصار مرتکب این جرایم به «تاجر» باشد چه این که مقنن خود در مواردی نظیر بند (الف) ماده ۳۴ «محل تجاری» را قسیم «محل کاری» قرار داده و ذکر آدرس محل کاری را کافی دانسته است. به هر حال مراد از تأمین کننده مذکور در موارد ۶۹ و ۷۰، کسانی است که در بستر مبادلات الکترونیکی به عرضه کالا و خدمات می‌پردازند. بزه دیده این جرم، مخاطب^۴ است و مخاطب، شخصی است که اصل ساز که تولیدکننده یا ارسال کننده داده پیام است، قصد دارد وی داده پیام را دریافت کند. (بند ج ماده ۲ ق.ت.ا.)

۱. مخاطب (Addressee) شخصی است که اصل ساز قصد دارد وی «داده پیام» را دریافت کند، اما شامل شخصی که در ارتباط با «داده پیام» به عنوان واسطه عمل می‌کند نخواهد شد (بند ج ماده ۲ ق.ت.ا.).

2. Supplier
3. Person
4. Addressee

رفتار مادی این جرم، تبلیغ فریبنده است که ممکن است به صورت ایجابی و فعل مثبت باشد یا به صورت سلبی و ترک فعل. تبلیغات فریبنده در فقه و حقوق تدلیس نامیده می-شود.^۱ از این منظر، تدلیس عبارت است از اظهار وصف کمال بر خلاف واقع و یا اخفاء نقص در مال یا غیرمال (مانند انسان) در عقد یا خارج عقد. سکوت از ذکر واقع امر با وجود اطلاع بر آن نیز، اخفاء است. عناصر تدلیس عبارتند از:

- اول: وجود شیء مادی خواه مال باشد یا نباشد مانند انسان؛
- دوم: اخفاء عیبی از عیوب یا اظهار صفتی از صفات کمال؛
- سوم: اخفاء، در فریب دیگری تاثیر کند؛

چهارم: اظهار کننده صفت کمال یا اخفاء کننده عیب، قصد فریب داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۷۹). در قانون علایم تجاری فدرال امریکا^۲ نیز، برای این که یک آگهی به عنوان تبلیغ فریبنده شناخته شود پنج شرط لازم است:

- باید یک مطلب دروغین یا فریبنده توسط تبلیغ کننده در مورد کالای خودش یا در مورد کالاهای رقیب گفته شود؛
- تبلیغ باید قابلیت فریب دادن بخش قابل توجهی از مخاطبان مورد هدف را داشته باشد؛
- فریب باید اساسی و تعیین کننده باشد (این مطلب بدین معنا است که تبلیغ کنندگان سعی دارند مصرف کننده را در مورد اوصاف و ویژگی های مهم در خرید یک کالا گول بزنند. این عمل بطور غیرمنصفانه مصرف کننده را خواه ناخواه به خرید کالا وادار می کند)؛
- تبلیغ نادرست موجب صدمه و خسارت به مصرف کننده شود (باید در نظر داشت که فریب ساده نیز می تواند موجب خسارت گردد)؛
- تبلیغ دروغین باید بخشی از منافع تجاری باشد (سادلر، ۲۰۰۵: ۳۳۶).

یکی از مصادیق تبلیغات فریبنده که در ماده ۵۰ ق.ت.ا. مغفول مانده، تبلیغ نسبت به بهای کالا و ارزیابی قیمت آن است که به دشواری می توان گفت عبارت «فریب از حیث کمیت» در متن ماده شامل این نوع از تبلیغ هم هست.

در انگلستان به موجب قانون حمایت از مصرف کننده^۳ مصوب ۱۹۸۷ شخصی که در جریان معامله در مورد شاخص بهای کالاها، خدمات، منزل مسکونی یا وسایل، اظهارات نادرستی به مشتری ارائه نماید، مجرم شناخته می شود. حتی زمانی که شاخص بهای اعلام

۱. ماده ۴۳۸ قانون مدنی: تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود. به گفته بعضی حقوق دانان، دروغی که وصفی موهوم را به طور قطع به کالا نسبت دهد و خارج از گزاره های تبلیغاتی مرسوم باشد تدلیس است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۳۶).

2. Federal Trademark Law :U.S.C.&&1051-1127
3. Consumer Protection Act.

شده در زمان اعلام نادرست و فریبنده نبوده ولی بعداً غیرواقعی گردد، شخصی که شاخص بها را اعلام کرده مجرم شناخته می‌شود اگر:

- به‌طور معقولی احتمال داشته که مصرف کننده بعد از غیر واقعی شدن شاخص نیز، بر همان شاخص اعلام شده اعتماد و بر مبنای آن محاسبه نماید؛
- متهم در انجام اقدامات متعارف برای جلوگیری از این که مصرف کننده بر شاخص قبلی اعتماد نماید قصور کرده باشد (کری، ۲۰۱۰: ۱۲۱).

تبلیغات غیر واقعی و فریبنده - به ویژه زمانی که از طریق رسانه‌ها و وسایل ارتباط جمعی صورت گیرد، - به جهت کثرت مخاطبین از یک سو و قدرت تاثیر گذاری و اقناع-کنندگی رسانه‌ها از سوی دیگر آثار و تبعات منفی بیشتری به دنبال خواهد داشت.^۱ این تبعات منفی محدود به مخاطبینی که تحت تاثیر تبلیغات فریبنده تبدیل به مصرف کننده کالا و خدمات می‌شوند، نیست و با نقض قواعد رقابت تجاری سالم، تولیدکنندگان دیگر کالای مشابه نیز از این روند متضرر می‌گردند. از این روی در مقدمه رهنمود مربوط به تبلیغات بازرگانی گول زننده مصوب ۱۰ سپتامبر ۱۹۸۴ اتحادیه اروپا تبلیغات بازرگانی گول زننده به عنوان عامل لطمه زننده به رقابت در بازار مشترک مورد توجه قرار گرفته است (معمدنژاد، ۱۳۸۶: ۴۷۱).

تبعات منفی تبلیغات فریبنده و دروغین در فضای تجارت الکترونیکی از جهت دیگری نیز حائز اهمیت است و آن این که عرضه کنندگان کالا و خدمات از طریق فروشگاه‌های اینترنتی با هزینه بسیار کم تری نسبت به تبلیغات از طریق رادیو و تلویزیون امکان معرفی تفصیلی کالا برایشان میسر است و هم چنین ماندگاری تبلیغ در کنار کالای عرضه شده در پایگاه داده فروشگاه مجازی، تاثیر بیشتری در ذهن مصرف کننده بالقوه می‌گذارد. امروزه استفاده از تکنیک‌های فنی و سازوکارهای تکنولوژیکی و استفاده از ظرفیت‌های سخت افزاری و نرم افزاری فنی جهت جلوگیری از وقوع جرم از اهمیت زیادی برخوردار است. به عنوان نمونه امکان مداخله دو جانبه و تعاملی بین خریدار و فروشنده و فراهم آمدن زمینه

۱. در اصل ۱۱ دستورالعمل ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی نیز تصریح شده که آگهی نباید به هیچ وجه متضمن فریب بوده و فراتر از واقعیت کالا یا خدمات مورد نظر را با ادعای خلاف واقع معرفی کند. همچنین از اغراق باید پرهیز شود. برابر اصل ۱۴ این دستورالعمل، در آگهی نباید با استفاده از تمهیدات فنی و با قصد گمراه کردن بیننده ویژگی‌های کالای موضوع آگهی برتر از واقعیت آن به تصویر کشیده و نشان داده شود.

ایفای نقش خریدار در انتخاب کالا از طریق تابلوهای انتخاب^۱ یکی از راه کارهای نرم افزاری است که می‌تواند به خرید آگاهانه مصرف کننده کمک کرده و جلوی فریب در تبلیغات را بگیرد. هم چنین، توانمند سازی مصرف کنندگان از طریق ارتقاء سواد دیجیتال^۲ - به معنای دانش و توانایی استفاده و بکارگیری درست وسایل ارتباطی جدید- و نیز ارتقاء سواد رسانه ای- به معنای توانایی تحلیل محتوا و درک واقعیت پیام‌های رسانه ای^۳ - مصرف کنندگان به ویژه در برابر تکنیک های اقناع کننده^۴ روش موثری در مصون سازی مصرف کنندگان در برابر فریب کاری تامین کنندگان در فرایند تبلیغات است.

۳.۱. رکن معنوی

تبلیغ فریب دهنده جرمی عمدی است. تحقق این جرم مستلزم سوء نیت عام و خاص است؛ بنابراین علم به وجود عیب یا فقدان صفت کمال در کالا یا عدم تطابق کالا یا خدمات از حیث کمیت یا کیفیت با آن چه تبلیغ شده، و نیز قصد و اراده انجام آن شرط است. هم چنین فعل یا ترک فعل‌ها باید با قصد به اشتباه انداختن یا فریب مخاطب انجام شده باشد.

۱. تابلوهای انتخاب سیستم های تعاملی و برخطند که امکان طراحی محصولات مورد نیاز تک تک مشتریان را فراهم می‌سازد. انتخاب محصول از منویی انجام می‌گیرد که ویژگی، اجزاء، قیمت و شیوه های مختلف تحویل در آن وجود دارد. ترکیب این عناصر منجر به ایجاد تنوع بسیار زیاد در انتخاب مشتری و شکل گیری مشتری سالاری در روابط تجاری می‌شود. نقش مشتری در این نوع سیستم خرید، از نقش دریافت کننده منفعل به طراحی کننده فعال تغییر می‌کند (خداداد حسینی، ۱۳۸۱: ۴۴۸).

۲. سواد رسانه ای مقوله ای است که سعی می‌کند درکی عمیق و منتقدانه از پیام های وسایل ارتباط جمعی ایجاد کند. این دانش با آشکارسازی فنون رسانه ای و گفتمان های حاکم بر رسانه ها منتقل می‌شود. به عبارت بهتر سواد رسانه ای نوعی آموزش است که هدف آن افزایش و تقویت اندیشه انتقادی با استفاده از رسانه هاست. سواد رسانه ای می‌کوشد تا با آشکارسازی فنون انتقال و القای پیام، نظام معنی سازی در رسانه ها را افشاء کند. سواد رسانه ای نحوه ساخته شدن واقعیت در رسانه ها را به تصویر می‌کشد. هدف دیگر این نوع آموزش، ایجاد توانایی تولید محصولات رسانه ای در مخاطب است (شکرخواه، ۱۳۸۶: ۱۳۱).

۳. به کوشش آگاهانه یک فرد یا سازمان برای تغییر نگرش، باور، ارزش ها یا دیدگاه های فرد یا گروهی دیگر اقناع گفته می‌شود (گیل و ادمز، ۱۳۸۴: ۵۱) اقناع کنندگان حرفه ای در مورد تبلیغات مدرن واقعیاتی را دریافته اند از جمله این که:

- آگهی‌هایی که دارای کلماتی هم چون: جدید، سریع، آسان، بهبود یافته، هم اکنون، ناگهانی، شگفت انگیز هستند، کالای بیشتری می‌فروشند؛
- آگهی‌هایی که از حیوانات، کودکان یا جاذبه های جنسی استفاده می‌کنند محصولی بیشتر به فروش می‌رسانند (پراتکانیس و آرنسون، ۱۳۸۵: ۳۷)

۴.۱. مجازات

ضمانت اجرای حقوقی معامله ای که در نتیجه تبلیغات فریبنده انجام یافته، حق فسخ است.^۱ برابر ماده ۴۳۹ قانون مدنی: «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و هم چنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری» ضمانت اجرای کیفری تخلف از ماده ۵۰ ق.ت.ا. و انجام تبلیغاتی که منجر به فریب مخاطب شود، در ماده ۷۰ این قانون تعیین شده است. برابر این ماده: «تامین کننده متخلف از مواد (۳۹)، (۵۰)، (۵۱)، (۵۲)، (۵۳)، (۵۴)، (۵۵) این قانون به مجازات از بیست میلیون تا یکصد میلیون ریال محکوم خواهد شد». برابر ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ مجازات این جرم تعزیر درجه پنج است و از این روی در مورد آن معافیت قضایی (موضوع ماده ۳۹ ق.ا.م.ا.) و تعویق صدور حکم (موضوع ماده ۴۰ ق.ا.م.ا.) امکان ندارد ولی تخفیف و تبدیل مجازات (موضوع مواد ۳۷ و ۳۸ و ماده ۱۱۵ ق.ا.م.ا.) و تعلیق مجازات (موضوع ماده ۴۶ ق.ا.م.ا.) در مورد آن امکان پذیر است. هم چنین از آنجا که مجازات جرایم علیه قواعد تبلیغ تنها جزای نقدی است، ساز و کارهایی چون نظام نیمه آزادی (موضوع ماده ۵۷ ق.ا.م.ا.)، آزادی مشروط (موضوع ماده ۵۸ ق.ا.م.ا.) و مجازات‌های جایگزین حبس (موضوع مواد ۶۴ تا ۸۷ ق.ا.م.ا.)، موضوعاً منتفی است. همچنین از آنجا که قانون به قابل گذشت بودن این جرایم اشاره نکرده، برابر ماده ۱۰۳ ق.ا.م.ا.، غیرقابل گذشت محسوب می‌شوند. در مورد تعدد یا تکرار این جرایم نیز حکم صریحی وجود ندارد و بنابراین تعدد و تکرار این جرایم مشمول مقررات کلی موضوع مواد ۱۳۱ تا ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی است.

۲. به خاطر انداختن سلامتی افراد در تبلیغ

پیامد عادی تبلیغ، فروش بیشتر کالا و افزایش تعداد خریداران و مصرف کنندگان است.^۲ در مورد تاثیر تبلیغات بر مصرف و آثار مصرف‌گرایی دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد: از سویی

۱. فروش از طریق معرفی و تبلیغ کالا در اینترنت از نوع بیع کلی است که برابر ماده ۴۱۴ قانون مدنی خیار رویت در آن وجود ندارد. از سوی دیگر، امکان به نمایش گذاردن تصویر شفاف و سه بعدی کالا در فروشگاه اینترنتی و حتی نمایش کلیپ تبلیغاتی کالا بر روی اینترنت، موضوع را از شمول خیار رویت و تخلف وصف موضوع ماده ۴۱۰ قانون مدنی خارج می‌سازد. برابر ماده مذکور: «اگر کسی مالی را ندیده و فقط آن را به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید». با وجود این، گفته شده که فروشگاه‌های مجازی عملاً معاملات خود را در عداد معاملات وصفی به شمار آورده و چیزی شبیه خیار تخلف وصف یا خیار رویت را برای مشتریان خود قائلند و حتی فراتر از این از فوریت اعمال این حق نیز می‌گذرند (صدری، ۱۳۸۸: ۱۹۳).

۲. یک تحقیق در امریکا نشان می‌دهد فروش سیگار بنسون اند هجیز ۱۰۰ در جریان یک دوره چهارساله تبلیغات سنگین ۷ برابر افزایش یافت، شرکت اسباب بازی متل پس از آغاز تبلیغات تلویزیونی در سطح

برخی صاحب نظران معتقدند تبلیغات تجاری نیازهای کاذبی را خلق می‌کنند و سبب تشویق مخاطبان به تولید و مصرف چیزهایی می‌شوند که برای ادامه زندگی آنان ضروری نیست. از سوی دیگر، برخی معتقدند که تبلیغات از طریق تشویق به فروش کالاهای تولید انبوه، مطلع کردن مردم از این کالاها، تحریک تولید، ایجاد اشتغال و رفاه، در بهبود وضعیت اقتصادی جامعه و افزایش سطح زندگی مردم نقش دارد. آسا برگر^۱ در مخالفت با تبلیغات می‌نویسد: «تبلیغات برای رسیدن به اهداف خود به هر کاری که لازم باشد دست می‌زند. اگر لازم باشد تا جنسیت را به ابتدال بکشاند، جنبش حقوق زنان را گمراه کند، بر سر سرطانات تجارت کند، از طریق سیگار بچه‌ها را بفریبد، توده‌های مردم را بترساند، همه این شگردها و هر شگرد دیگری را که ضروری باشد بدون تردید به کار می‌برد. یکی از کارهایی که تبلیغات انجام می‌دهد، منحرف کردن توجه مردم از مسائل اجتماعی و سیاسی به مسائل خصوصی و خودشیفتگی است. ارضای شخصی، دغدغه‌ای دائمی می‌شود و همراه با آن از خود بیگانگی شدت می‌گیرد و روحیه اجتماعی تضعیف می‌شود» (عبداللهیان و حسنی، ۱۳۸۹: ۱۱۴). اما باکان^۲ معتقد است در یک جامعه پیشرفته کالاهای مصرفی ضروری است و راحتی و لذت تعداد زیادی از مردم را موجب می‌شوند. اطلاعات ارائه شده در تبلیغات به مصرف‌کنندگان کمک می‌کند تا انتخاب‌هایی خردمندانه و عقلانی انجام دهند. بنابراین در نهایت این افراد جامعه هستند که از تبلیغ کالاهای مصرفی سود می‌برند و نه تعداد کمی از تولیدکنندگان کالاها و شرکت‌های تجاری (باکان، ۲۰۰۳: ۱۸).

جدا از آثار مثبت یا منفی اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی، زمانی که کالاهای مصرفی آثار منفی بر بدن و سلامتی جسمی و روحی افراد داشته باشد، تبعات مصرف‌گرایی دوچندان می‌شود. از این روی در بسیاری از کشورها تبلیغ کالاهایی که برای سلامتی شهروندان مضر باشد ممنوع گردیده است. برخوردهای قانونی با تبلیغ کالاهای مضر به سلامتی بویژه در مورد تبلیغ مشروبات الکلی، دخانیات و مواد دارویی و آرایشی دارای اهمیت است.

گسترده حجم تولید خود را ۲۴ برابر کرد، یکی از انواع سریال‌ها (غلات مخصوص صبحانه) به نام گریپ ناتز که قبلاً تقریباً فراموش شده بود پس از تجویز یکی از طرف داران صاحب نام غذاهای طبیعی ناگهان ۳۰ درصد افزایش یافت با وجود این که محصول بی‌مزه‌ای بود (پراتکانیس و آرنسون، ۱۳۸۵: ۲۴۱) هر چند تاثیر تبلیغات بر میزان فروش کالا قابل انکار نیست، با وجود این، باید در نظر داشت که در ایران به جهت پایین بودن سطح تجارت الکترونیکی، تبلیغات اینترنتی لزوماً در راستای فروش و تجارت الکترونیکی صورت نمی‌گیرد بلکه اینترنت - همانند تابلوهای تبلیغات شهری یا رسانه‌های دیداری و شنیداری، - صرفاً به عنوان فضا و مکانی برای تبلیغ کالاهای بازار سنتی مورد استفاده قرار می‌گیرد.

1. Asa Berger
2. Bakan

محدودیت‌های قانونی تبلیغات مشروبات الکلی، معمولاً از دو جهت طرف توجه قانون گذار قرار می‌گیرند؛ در این زمینه از یک جهت، طبیعت مکان‌ها و تکیه‌گاه‌های تبلیغات یا مخاطبان آنها در نظر گرفته می‌شود و از جهت دیگر به طبیعت و محتوای پیام‌های تبلیغاتی توجه می‌گردد. مطابق ماده ۱۷ قانون آگهی‌های تبلیغاتی مصوب ۱۰ ژانویه ۱۹۹۱ فرانسه، آگهی‌های نصبی و دیواری مربوط به مشروبات الکلی، اساساً در همه جا ممنوع شناخته شده‌اند و فقط در بعضی جاها که کسب اجازه صریح برای چنین آگهی‌هایی امکان پذیر است قابل عرضه‌اند. در ماده ۱۸ این قانون، به طبیعت و محتوای پیام‌های تبلیغاتی مشروبات الکلی توجه شده و مخصوصاً تأکید گردیده است که هر آگهی بازرگانی مربوط به این گونه مشروبات، باید با یک پیام بهداشتی که ضمن آن خطر افراط در مصرف الکل برای سلامت فرد تصریح شده، همراه باشد.

برای مجازات جرایم مربوط به تبلیغات مشروبات الکلی در فرانسه، بر اساس قانون یاد شده دستور قطع و حذف فوری پیام‌های تبلیغاتی غیرمجاز، ممنوعیت فروش این گونه مشروبات و جریمه‌های بسیار سنگین (۵۰ هزار تا ۵۰۰ هزار فرانک) در نظر گرفته شده است. مشابه همین مجازات‌ها نیز در ماده ۲ قانون آگهی‌های تبلیغاتی مصوب ۱۰ ژانویه ۱۹۹۱ فرانسه برای تبلیغ استعمال دخانیات مقرر شده است. در این کشور مقررات محدود کننده‌ای در مورد تبلیغات مواد دارویی و آرایشی در ماده ۵۵۱ قانون بهداشت عمومی مصوب ۱۸ ژانویه ۱۹۸۴ و نیز محدودیت تبلیغ برای فروش سلاح‌های گرم و تجهیزات آن در قانون مصوب ۱۲ ژوئیه ۱۹۸۵ وضع گردیده است (معمدنژاد، ۱۳۸۸: ۵۷ و ۵۸).^۱

۱.۲. رکن قانونی

در ایران، در سال‌های اخیر با هدف کنترل و نظارت بر تبلیغات مضر به سلامتی افراد مقررات متعددی در مورد تبلیغات داروها و مواد خوراکی و آرایشی و بهداشتی و ... به

۱. در دستورالعمل «مجموعه مقررات و ضوابط تولید و پخش آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی» تهیه شده توسط اداره کل بازرگانی صدا و سیما، نیز مقرراتی جهت تضمین سلامتی افراد در تبلیغات رادیویی و تلویزیونی وضع شده است از جمله: اصل ۱۸- استفاده از صحنه‌های استعمال دخانیات و موارد مشابه دیگر که مضر به سلامت انسان بوده و یا اعتیادآور باشند در آگهی‌ها مجاز نیست؛ اصل ۱۹- در آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی نباید رفتارهایی نمایش داده شود که برای بهداشت و ایمنی فردی و اجتماعی زیان آور باشد؛ اصل ۳۰- نشان دادن تأثیر آنی استفاده از وسایل درمانی مانند لاغر شدن فوری و یا به تصویر کشیدن فرآیند تأثیر داروها، شامپوها، مواد شوینده، روغن‌ها، بر بدن انسان به هر شیوه‌ای از آن جمله تمهیدات انیمیشن مجاز نمی‌باشد اصل ۷۰- در آگهی فرآورده‌هایی که شباهت به دارو دارند باید به روشنی تفاوت کالا با دارو نمایش داده شود.

تصویب رسیده است، از جمله: آیین نامه نحوه تبلیغ محصولات غذایی مصوب ۱۳۸۴/۱۲/۲۸ هیأت وزیران (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۵، ۱۰۵)، دستورالعمل نحوه تبلیغ و آگهی‌های دارویی و مواد خوراکی، آشامیدنی، آرایشی، بهداشتی و امور پزشکی مصوب ۱۳۸۵/۳/۴ شورای عالی نظام پزشکی (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۵)^۱، قانون جامع کنترل و مبارزه ملی با دخانیات مصوب ۱۳۸۵/۶/۱۵ مجلس شورای اسلامی^۲، آیین نامه ممنوعیت استعمال و عرضه سیگار و سایر مواد دخانی در اماکن عمومی مصوب ۱۳۷۶/۷/۷ هیأت وزیران^۳.

در قلمرو خاص معاملات الکترونیکی هم، نظر به اهمیت سلامتی شهروندان و لزوم پیشگیری و مقابله با تبلیغاتی که برای سلامتی افراد مخاطره آمیزند، ماده ۵۱ قانون تجارت الکترونیکی به عنوان رکن قانونی این جرم مقرر نموده است: «تأمین کنندگانی که برای فروش کالا و خدمات خود تبلیغ می‌کنند نباید سلامتی افراد را به خطر اندازند».

۲.۲. رکن مادی

رفتار مادی جرم، فعل یا ترک فعلی است که سلامتی افراد را به خطر اندازد. با وجود ضمانت اجرای حداکثری به خطر انداختن سلامتی افراد در جریان تبلیغاتی الکترونیکی، مصادیق رفتارهای مورد نظر تعیین نشده و حتی ضوابط مورد نظر نیز توسط مقنن اعلام نشده است و مناسب بود که مقنن تجارت الکترونیکی نیز، همانند آن چه در دستورالعمل ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی مقرر شده و پیش از این مورد اشاره قرار گرفت، مصادیق خاص تبلیغات کالاهای مضر برای سلامتی اشخاص را اعلام می‌نمود. مطلب دیگر این که گرچه ظاهر ماده مورد بحث بر این مطلب دلالت دارد که مقنن در صدد جلوگیری از به خطر انداختن سلامتی مخاطبین در جریان تبلیغ کالا یا خدمات در بستر مبادلات الکترونیکی

۱. برابر ماده ۲ این دستورالعمل، تبلیغ داروها و نیز ذکر خواص درمانی در تبلیغات مواد خوراکی، آشامیدنی، آرایشی و بهداشتی در رسانه های عمومی ممنوع است. هم چنین به موجب ماده ۱۰ این دستورالعمل: درج هر گونه تبلیغات گمراه کننده ممنوع است و مرجع تشخیص آن هیأت مدیره نظام پزشکی محل است. ماده ۱۱ دستورالعمل مذکور نیز مقرر نموده است: استفاده تبلیغاتی از صحنه هایی که مضر سلامت و بهداشت و به نوعی مروج آنهاست ممنوع است.

۲. ماده ۳ این قانون اعلام داشته است: هر نوع تبلیغ، حمایت، تشویق مستقیم و غیرمستقیم و یا تحریک افراد به استعمال دخانیات اکیداً ممنوع است.

۳. سازمان صدا و سیما و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، شهرداری ها و مطبوعات باید ترتیبی اتخاذ نمایند که در کارها و انتشارات خود فیلم ها و سریال های تولیدی، تبلیغ دخانیات بطور مستقیم یا غیرمستقیم صورت نگیرد و شخصیت های مثبت فیلم ها استعمال دخانیات ننمایند.

بوده، و لیکن اگر نگوییم مقصود مقنن غیر از این بوده، دست کم می توان گفت هدف وی انحصار حکم ماده به در خطر افتادن سلامتی افراد در جریان تبلیغ الکترونیکی نبوده بلکه جلوگیری از به خطر افتادن سلامتی در جریان فروش یا تحویل کالا و یا در جریان انجام خدمات نیز مشمول حکم ماده خواهد بود. به خطر انداختن سلامتی افراد در مورد تبلیغ مواد خوراکی، مواد آرایشی و بهداشتی، سیگار، مواد مخدر، داروهای روان گردان و مواد نیروافزا، داروهای چاقی و لاغری و درمان کوتاهی قد و حتی اسباب بازی های تهیه شده از مواد نامرغوب به راحتی قابل تصور است. به ویژه تبلیغ تنقلات و خوردنی های مورد علاقه کودکان از حساسیت بیشتری برخوردار بوده و نیاز به دقت و نظارت دوچندان دارد چرا که کودکان در برابر تبلیغات، زودتر از بزرگسالان تحت تاثیر قرار گرفته و از تلقین پذیری بالاتری برخوردارند. شواهد پژوهشی فراوانی این موضوع را اثبات می نماید.

یک نظرپرسی از مادران در امریکا نشان می دهد بیش از ۹۰ درصد کودکان در سنین پیش دبستانی خواهان اسباب بازی ها یا غذاهایی اند که در آگهی های تلویزیونی مشاهده می کنند. یک پیمایش دیگر نشان می دهد بچه هایی که برنامه های کودکان را زیاد تماشا می کنند بیشتر از دیگران خوراکی ها، غذاهای صبحانه و غذاهای فروشگاه های زنجیره ای و غیره را که در آگهی ها می بینند دوست دارند، می طلبند و مصرف می کنند (پراتکانیس و آرنسون، ۱۳۸۵: ۲۴۲). به جهت اهمیت ویژه تبلیغ برای کودکان، ماده ۵۷ قانون تجارت الکترونیکی مقرر داشته است: تبلیغ و بازاریابی برای کودکان و نوجوانان زیر سن قانونی به موجب آیین نامه ای است که در ماده (۷۹) این قانون خواهد آمد. و در بند (ب) ماده ۷۹ این قانون نیز آمده است: آیین نامه مربوط به مواد (۵۶) و (۵۷) این قانون به پیشنهاد وزارتخانه های بازرگانی و فرهنگ و ارشاد اسلامی و سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید. آیین نامه مورد اشاره تاکنون تصویب نشده است.^۱

۱. در دستورالعمل «مجموعه مقررات و ضوابط تولید و پخش آگهی های رادیویی و تلویزیونی»، تبلیغات رادیویی و تلویزیونی برای کودکان با محدودیت هایی روبرو است از جمله: اصل ۶۹- هنگام پخش برنامه های ویژه کودکان پخش آگهی های مربوط به مواد غذایی، کبریت، محصولات با خواص دارویی و حاوی ویتامین، غذاهای کمکی کودکان، وسایل و اسباب لاغری و شیوه های درمانی آگهی فیلم ها با صحنه های وحشتناک و خطرناک و خطرآفرین ممنوع می باشد. تبصره: در آگهی های تلویزیونی نباید کودکان هنگام خوردن دارو، ویتامین و غذاهای کمکی در غیر حضور والدین نشان داده شوند؛ اصل ۷۳- کودکان نباید در حال استفاده از مواد ضد عفونی کننده گندزدا و یا سمی نشان داده شوند؛ اصل ۷۴- کودکان نباید در حال بازی با کبریت یا هرگونه گاز - بنزین - پارافین - وسایل متصل به منبع الکتریسیته و یا مکانیکی که احتمالاً منجر به سوختگی - شوک الکتریکی و یا جراحت می شوند نشان داده شوند.

۳.۲. رکن معنوی

به خطر انداختن سلامتی افراد، به دو صورت عمدی و غیرعمدی قابل تصور است. فرض عمدی ناظر به مواردی است که تأمین کننده با علم به کیفیت نامرغوب کالا و آگاهی از مضر بودن آن برای سلامتی افراد، به صورت عمدی اقدام به تبلیغ آن می نماید. در این فرض هر چند ممکن است تأمین کننده دارای سوء نیت خاص لطمه زدن به سلامتی فرد یا افراد معلوم (سوء نیت معین) یا افراد نامعلوم (سوء نیت نامعین) باشد، لکن احراز چنین سوء نیتی برای تحقق جرم ضرورت ندارد و با احراز قصد عام تأمین کننده نیز، جرم محقق است. فرض به خطر انداختن غیرعمدی سلامتی افراد نیز قابل تصور است مانند آن که در اثر اهمال و عدم دقت تأمین کننده، کالای دارای آثار خطرناک یا تاریخ مصرف گذشته تبلیغ شود. اما این که آیا ماده ۵۱ قانون تجارت الکترونیکی شامل به خطر انداختن سلامتی افراد به صورت غیرعمدی هم هست یا نه، هر چند ظاهر ماده اطلاق دارد و مقید به فرض عمدی بودن نیست، لکن اصل عمدی بودن جرایم اقتضاء دارد که تنها رفتارهای ناقض هنجارهای عمدی جرم انگاری شوند و در صورتی که قانون گذار قصد داشته باشد رفتارهای ناقض هنجارهای غیرعمدی را جرم انگاری کند، لزوماً باید به جرم بودن رفتار غیرعمدی تصریح نماید. در نتیجه اگر عملی جرم بود و در عمدی یا غیرعمدی بودن آن تردید وجود داشت، جرم، منصرف به فرض عمدی آن خواهد بود. با این بیان به نظر نگارنده جرم به خطر انداختن سلامتی افراد تنها به صورت عمدی مدنظر مقنن بوده است.

۴.۲. مجازات

برابر ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی: «تأمین کننده متخلف از مواد (۳۹)، (۵۰)، (۵۱)، (۵۲)، (۵۳)، (۵۴)، (۵۵) این قانون به مجازات از بیست میلیون (۲۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال محکوم خواهد شد.» هم چنین برابر تبصره ۱ این ماده: «تأمین کننده متخلف از ماده (۵۱) این قانون به حداکثر مجازات در این ماده محکوم خواهد شد.» بنابراین، مجازات به خطر انداختن سلامتی افراد در تبلیغ یکصد میلیون ریال جزای نقدی است که برابر ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، تعزیر درجه پنج محسوب می-گردد و تمام آنچه در مورد کاربرد ساز و کارهای ارفاقی قانون مجازات اسلامی در مورد جرم تبلیغ فریبنده گفته شد، در مورد این جرم نیز صدق می کند.

۳. عدم ارائه اطلاعات کامل در تبلیغ

۱.۳. رکن قانونی

در مورد تبلیغاتی که از طریق رادیو و تلویزیون انجام می شود اصل ۱۵ دستورالعمل ضوابط تولید آگهی های رادیویی و تلویزیونی مقرر داشته است: «در آگهی ها نباید با استفاده از تمهیدات فنی و یا بکارگیری تصاویر با زمان های کوتاه و یا شیوه های دیگر ضمیر ناخودآگاه مخاطب تحت تاثیر قرار گیرد و پیام مورد نظر بدون دادن آگاهی لازم به بینندگان منتقل شود و اذهان آنان را تحت تاثیر قرار دهد». در تبلیغات تجاری از طریق مبادلات الکترونیکی، کمیت و کیفیت اطلاعاتی که به دست مصرف کننده می رسد از سوی تأمین کننده ارائه می گردد. از این روی قانون تجارت الکترونیکی در ماده ۵۲ مقرر کرده: «تأمین کننده باید به نحوی تبلیغ کند که مصرف کننده به طور دقیق، صحیح و روشن اطلاعات مربوط به کالا و خدمات را درک کند».

۲.۳. رکن مادی

رفتار مادی در این جرم، عدم ارائه دقیق، صحیح و روشن اطلاعات مربوط به کالا و خدمات است. بنابراین رفتار مجرمانه در قالب ترک فعل قابل تحقق است. مرتکب این جرم، تأمین کننده است که پیش از این در مورد آن بحث شد. از جنبه حقوقی این اشکال بر ماده ۵۲ وارد است که ماده مورد بحث تکلیف ارائه دقیق، صحیح و روشن اطلاعات را بر عهده تأمین کننده قرار داده، لکن برخلاف اصول حقوق کیفری بدون اینکه معیارهایی نوعی برای تشخیص دقت، صحت و شفافیت ارائه اطلاعات از جانب تأمین کننده ارائه کند، درک و فهم شخصی مصرف کننده را ملاک تحقق جرم قرار داده است و نتیجه این امر آن است که اگر تأمین کننده در حد متعارف اطلاعات را دقیق، صحیح و روشن ارائه کند اما مصرف کننده قادر به درک آن نباشد، تأمین کننده به مجازات محکوم می شود!

بزه دیده بالقوه ای که مورد حمایت مقنن در این ماده قرار گرفته «مصرف کننده»^۱ است. بند ۱ ماده ۱ قانون حمایت از مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵ مصرف کننده را هر شخص حقیقی یا حقوقی می داند که کالا یا خدمتی را خریداری می کند. برابر بند (س) ماده ۲ قانون تجارت و بند (ب) ماده (۱) آیین نامه اجرایی ماده ۴۸ ق.ت.ا.، مصرف کننده، هر شخصی اعم از حقیقی و حقوقی است که به منظوری جز تجارت یا شغل حرفه ای به خرید کالا و خدمت اقدام می کند. بنابراین قانون گذار در صدد حمایت از مصرف کنندگان واقعی

1. Consumer

است که با مقاصد غیر تجاری یا غیر حرفه ای کالا یا خدمات را خریداری می‌کنند و حمایت‌های قانونی از مصرف کنندگان، خریداران حرفه ای و تجاری را در بر نمی‌گیرد.

موضوع این جرم اطلاعات مربوط به کالا و خدمات است که در جریان تبلیغ بطور دقیق و صحیح و روشن ارائه نشده است. پیش از این گفته شد که عدم ارائه بعضی از اوصاف کالاها مشمول عنوان تبلیغ فریبنده (تدلیس) موضوع ماده ۵۰ قانون تجارت الکترونیکی است. از سوی دیگر، ماده ۳۳ قانون تجارت الکترونیکی مقرر داشته: «فروشنندگان کالا و ارائه دهندگان خدمات بایستی اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف کنندگان جهت خرید یا قبول شرایط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف کنندگان قرار دهند...». به جهت تشابه بحث باید رابطه این سه ماده با یکدیگر روشن گردد. در مورد رابطه ماده ۵۲ با بحث تبلیغ فریبنده باید دانست که ماده ۵۲ از جهت عدم ذکر اوصاف کالا و خدمات اعم از ماده ۵۰ است چرا که در تبلیغ فریبنده، اوصاف منفی و معایب و نواقص کالا مخفی نگاه داشته می‌شود تا مصرف کننده نسبت به کمیت یا کیفیت کالای مورد نظر به اشتباه افتاده و بر مبنای این تصور اشتباه اقدام به خرید کالای معیوب نماید، در حالی که در ماده ۵۲ عدم ذکر دقیق، صحیح و روشن اوصاف اصلی کالا که در تصمیم‌گیری خریدار موثر است، موضوع جرم است اعم از این که اوصاف و ویژگی‌های گفته نشده در تبلیغ اوصاف منفی و جزء معایب کالا باشد یا این که وصف مورد اشاره عیبی برای کالا نبوده بلکه در تصمیم‌گیری خریدار موثر باشد. به عنوان نمونه گوشی‌های تلفن همراه دارای امکان فیلم برداری و عکس برداری، با قابلیت‌های متفاوت دو یا سه یا پنج و ... مگاپیکسل در بازار وجود دارد که قابلیت دو مگاپیکسل عیبی برای کالا محسوب نمی‌گردد، ولی برای خریدار خیلی مهم است که دوربین گوشی همراهی که قصد خرید آن را دارد از چه کیفیتی برخوردار است. در حالی که اگر گوشی تلفن همراه آنتن دهی بسیار نامناسبی داشته باشد و تامین کننده این مطلب را مخفی نماید مرتکب تبلیغ فریبنده شده چرا که آنتن دهی نامناسب عیب کالا محسوب می‌گردد. اما وجه تفاوت ماده ۵۲ با ماده ۳۳ قانون تجارت الکترونیکی در این است که حکم ماده ۵۲ ناظر به مرحله تبلیغات است که به‌طور کلی و برای مخاطبین نامعین و غالباً بر روی تارنمای فروشگاه اینترنتی انجام می‌گیرد ولی حکم ماده ۳۳ ناظر به موردی است که یک مصرف کننده بالقوه قصد برقراری ارتباط معاملاتی با فروشنده و خرید کالای تبلیغ شده را دارد که از این مرحله با شروع فرایند خرید کالا درخواست دریافت اطلاعات موثر در تصمیم‌گیری از سوی تامین کننده را دارد و تامین کننده از انجام این امر سر باز می‌زند. مشابه این وجه تفاوت، در مورد ماده ۵۳ یعنی تبلیغ با هویت مجهول با ماده ۳۶ قانون تجارت الکترونیکی (برقراری تماس صوتی بدون بیان هویت تامین کننده) نیز صدق می‌کند.

۳.۳. رکن معنوی

همانند آن چه در مورد جرم به خطر انداختن سلامتی افراد گفته شد، عدم ارائه اطلاعات کامل در تبلیغ نیز به دو صورت عمدی و غیرعمدی قابل تصور است. فرض عمدی ناظر به مواردی است که تامین کننده با علم به ناقص بودن اطلاعات ارائه شده، به صورت عمدی اقدام به تبلیغ کالا یا خدمات در بستر تجارت الکترونیکی می نماید. فرض عدم ارائه اطلاعات کامل در تبلیغ به صورت غیرعمدی نیز قابل تصور است مانند آن که در اثر اهمال و عدم دقت تامین کننده، اطلاعات لازم جهت تصمیم گیری مصرف کننده به صورت روشن، دقیق و صحیح ارائه نشود. اما این که آیا ماده ۵۲ قانون تجارت الکترونیکی شامل عدم ارائه اطلاعات کامل در تبلیغ به صورت غیرعمدی هم هست یا نه، هر چند ظاهر ماده اطلاق دارد و مقید به فرض عمدی بودن نیست، لکن آن چه پیش از این در مورد اقتضاء اصل عمدی بودن جرایم گفته شد، در این جا هم صدق می کند. بنابراین جرم عدم ارائه اطلاعات کامل در تبلیغ تنها به صورت عمدی مدنظر مقنن بوده است و این مسأله یک خلأ قانونی در مورد جرایم علیه قواعد تبلیغ محسوب می شود و قانونگذار باید به فرض غیر عمدی این جرایم نیز تصریح می کرد چرا که تفسیر حقوقی اطلاق ماده در پرتو اصل عمدی بودن جرایم، انحصار جرم به حالت عمدی است.

۴.۳. مجازات

برابر ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی: «تامین کننده متخلف از مواد (۳۹)، (۵۰)، (۵۱)، (۵۲)، (۵۳)، (۵۴)، (۵۵) این قانون به مجازات از بیست میلیون تا یکصد میلیون ریال محکوم خواهد شد.» این مجازات نیز برابر ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، تعزیر درجه پنج محسوب می گردد پس در مورد آن معافیت قضایی (موضوع ماده ۳۹ ق.م.ا.) و تعویق صدور حکم (موضوع ماده ۴۰ ق.م.ا.) امکان ندارد ولی تخفیف و تبدیل مجازات (موضوع مواد ۳۷ و ۳۸ و ماده ۱۱۵ ق.م.ا.) و تعلیق مجازات (موضوع ماده ۴۶ ق.م.ا.) در مورد آن امکان پذیر است.

گفتنی است در مورد جرایم علیه قواعد تبلیغ از جمله عدم ارائه اطلاعات کامل نباید تنها از مجازات استفاده نمود. در این زمینه تدوین ضوابط اخلاق حرفه ای تجارت الکترونیکی و تقویت سیستم خود کنترلی نیز نقش غیرقابل انکاری در صحت و صداقت تامین کنندگان در تبلیغات اینترنتی دارد. در انگلستان صنعت تبلیغات در سال ۱۹۶۱ در راستای تقویت

سیستم خودکنترلی، قانون تبلیغات^۱ را تصویب نمود قانون تبلیغات فعلی دهمین ویرایش قانون ۱۹۶۱ است که از اول اکتبر ۱۹۹۹ اجرایی شد و در ۲۳ آوریل ۲۰۰۰ اضافاتی در آن صورت گرفت. قانونی بودن، نزاکت داشتن، صادقانه بودن و شفافیت اصول اساسی آگهی تبلیغاتی است. (کرون، ۲۰۰۲: ۲۶۴) ماده ۵۶ ق.ت.ا. نیز، تامین کنندگان را مکلف به پیروی از رویه حرفه‌ای نموده و اعلام داشته که ضوابط رویه حرفه‌ای به موجب آیین‌نامه‌ای است که برابر بند (ب) ماده ۷۹ باید به تصویب هیأت وزیران برسد، اما تاکنون این آیین‌نامه تصویب نشده و در قانون تجارت الکترونیکی نیز ضمانت اجرایی برای عدم رعایت رویه حرفه‌ای تعیین نشده است!

۴. تبلیغ با هویت مجهول

به‌طور طبیعی هر پیام تبلیغاتی که به مخاطبین ارائه می‌شود در راستای منافع شخصی یا اشخاص حقیقی یا حقوقی است که باید هویت آن اشخاص بطور صریح و روشن مشخص باشد. از این روی تبلیغ با هویت مجهول، ممنوع و دارای ضمانت اجرای کیفری دانسته شده است.

۱.۴. رکن قانونی

برابر ماده ۵۳ قانون تجارت الکترونیکی: «در تبلیغات و بازاریابی باید هویت شخص یا بنگاهی که تبلیغات به نفع اوست روشن و صریح باشد». در ماده ۲۰ قانون اعتمادسازی در اقتصاد دیجیتال فرانسه مصوب ۲۲ ژوئیه ۲۰۰۴ نیز که برگرفته از قانون نمونه آنسیتال است، تصریح شده است: «هر گونه تبلیغات، صرف نظر از شکل آن، چنان چه از طریق خدمات ارتباطی - که مخاطب آن عموم مردم بر روی خط است - قابل دسترسی باشد، باید به همین عنوان به روشنی شناخته شود. تبلیغات باید به گونه‌ای باشد که شخص حقیقی یا حقوقی که به حساب وی این تبلیغات انجام می‌شود به روشنی قابل شناسایی باشد». (دبلفون، ۱۳۸۸، ص ۵۹) در قانون فرانسه بر این نکته تاکید شده که تبلیغات باید به گونه‌ای باشد که برای مخاطب به عنوان یک «پیام تبلیغاتی» شناخته شود و نه یک مطلب آموزشی یا چیز دیگر.

1. Code of Advertising Practice.

۲.۴. رکن مادی

رفتار مادی این جرم مرکب از فعل ایجابی و سلبی است؛ فعل ایجابی، اقدام به تبلیغ کالا و خدمات در تبلیغات و بازاریابی اینترنتی و فعل سلبی، عدم تعیین و اعلام هویت شخص یا بنگاهی است که تبلیغ به نفع او انجام می‌شود. منظور از هویت، بیان ویژگی‌هایی است که موجب شناخته شدن شخص یا بنگاه تبلیغ کننده کالا یا خدمات است. هویت مجهول اعم از عدم اعلام هویت تبلیغ کننده و یا اعلام هویت مجعول و غیرواقعی است. از حیث مرتکب جرم، هر چند ممکن است شخص یا بنگاه تبلیغ کننده غیر از شخص حقیقی یا حقوقی تأمین کننده کالا و خدمات باشد، لکن با توجه به تأکید ماده بر «شخص یا بنگاهی که تبلیغات به نفع اوست»، مشخص می‌شود که مرتکب جرم، تأمین کننده کالا یا خدمات است نه تبلیغ کننده! فایده‌ای که تشخیص هویت منتفع از تبلیغات در پی دارد در دو قالب اعتمادسازی در مورد سابقه و اعتبار کالا و نیز مسئولیت پذیری شرکت‌های تبلیغ کننده در برابر پیامدها و دعاوی حقوقی احتمالی قابل مشاهده است. بدین معنا که اولاً مصرف کننده را از کیفیت کالا یا خدماتی که به استناد شهرت تجاری و سابقه و مقبولیت شرکت تولیدکننده آن خریداری می‌کند مطمئن می‌سازد. و ثانیاً چنانچه تخلفاتی در تبلیغات صورت پذیرد یا در فرایند انجام تجارت الکترونیکی اشکالی بروز نماید، امکان پیگیری شخص یا بنگاه منتفع از تبلیغات توسط مراجع قضایی امکان‌پذیر می‌گردد. این مساله با توجه به مخاطرات موجود در فضای سایبر و امکان ارسال ویروس‌های مخرب از طریق بسته‌های تبلیغاتی، دسترسی به اطلاعات شخصی کاربر و ورود غیرمجاز به سیستم رایانه‌ای کاربران و سوء استفاده‌های مشابه دیگر اهمیت ویژه‌ای دارد و لزوم تعیین هویت منتفع از تبلیغات را قابل توجیه می‌نماید. بزه دیده این جرم نیز مصرف کننده بالقوه است که پیش از این مفهوم آن مورد بررسی قرار گرفت.

۳.۴. رکن معنوی

جرم تبلیغ با هویت مجهول، جرمی عمدی است. سوء نیت عام در این جرم عبارت است از علم و عمد در تبلیغ با هویت مجهول و ناشناخته یا هویت غیرواقعی. هم چنین بر خلاف آنچه بعضی گفته‌اند که در جرایم علیه قواعد تبلیغ وجود سوء نیت خاص ضرورتی ندارد (محمد نسل، ۱۳۹۲: ۲۲۵)، در بعضی از این جرایم از جمله تبلیغ با هویت مجهول سوء نیت خاص وجود دارد و آن، قصد متهم بر گریز از تبعات قانونی ناشی از شکایات مصرف کننده در مورد قیمت یا کیفیت کالا و خدمات است. بنابراین به عنوان نمونه اگر تأمین کننده با علم به این که هویت خود را مخفی نگاه داشته یا هویت اعلامی او غیرواقعی است و

با قصد فرار از تبعات قضایی احتمالی، اقدام به تبلیغ کالاهای ویژه آقایان یا داروهای لاغری و یا مواد نیروزا نماید، مرتکب این جرم شده است و گرنه اگر تبلیغ کننده برای ناشناس ماندن و فرار از تغییر قیمت ناشی از رودربایستی با آشنایان یا آگاهی آنان از شغل متهم، هویت کامل خود را اعلام نکند، مشمول این جرم نخواهد بود. البته در این گونه موارد سوء نیت متهم مفروض است و او باید با ارائه دلایل قانع کننده خلاف آن را اثبات نماید.

۴.۴. مجازات

برابر ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی: «تأمین کننده متخلف از مواد (۳۹)، (۵۰)، (۵۱)، (۵۲)، (۵۳)، (۵۴)، (۵۵) این قانون به مجازات از بیست میلیون تا یکصد میلیون ریال محکوم خواهد شد.» تبلیغ با هویت مجهول نیز مستوجب بیست میلیون تا یکصد میلیون ریال جزای نقدی است و آثار کیفری مجازات تعزیری درجه پنج را دارد.

۵. سوء استفاده از خصوصیات ویژه معاملات الکترونیکی

امکانات گسترده موجود در فضای اینترنت این امکان را بوجود می‌آورد که تأمین کنندگان کالا و خدمات بتوانند با استفاده از این امکانات، خرید مردم را تسهیل نموده و در جهت رفاه آنان به کار گیرند و یا حقایق و اطلاعات مربوط به هویت یا محل کسب خود را به گونه‌ای نادرست، غیرواقعی و غیر شفاف ارائه داده و بدین وسیله موجبات فریب مصرف کنندگان را فراهم آورند. به همین جهت سوء استفاده از خصوصیات ویژه معاملات الکترونیکی ممنوع و جرم اعلام شده است

۱.۵. رکن قانونی

ماده ۵۴ قانون تجارت الکترونیکی مقرر داشته است: «تأمین کنندگان نباید از خصوصیات ویژه معاملات به روش الکترونیکی جهت مخفی نمودن حقایق مربوط به هویت یا محل کسب خود سوء استفاده کنند» به نظر می‌رسد با وجود تکلیف مندرج در ماده ۵۳ این قانون مبنی بر لزوم روشن و صریح بودن هویت شخص یا بنگاه و این که آدرس محل کسب نیز جزئی از هویت است، نیازی به وضع ماده ۵۴ نبود چرا که در غیر این صورت وضع ماده جداگانه‌ای در جلوگیری از سوء استفاده از امکانات الکترونیکی جهت مخفی کردن حقایق مربوط به اصل کالا و خدمات نسبت به مخفی کردن هویت یا محل کسب اولویت بیشتری داشت.

۲.۵. رکن مادی

رفتار مادی این جرم، سوء استفاده از خصوصیات ویژه معاملات الکترونیکی جهت مخفی نگاه داشتن حقایق مربوط به هویت یا محل کسب است. به عنوان نمونه شخصی که تابعیت اتریش را دارد و مرکز تجاری وی در اتریش است می‌تواند از طریق شبکه اینترنت با دسترسی به رایانه موجود در کشور هلند جهت تبلیغات استفاده نماید که در این صورت، هنگام برقراری تماس با رایانه مشتری مستقر در ایران، IP برقرار کننده تماس، بیانگر کشور محل وجود رایانه برقرار کننده تماس (یعنی هلند) است و نه محل سکونت واقعی یا محل کسب برقرار کننده تماس (یعنی اتریش) و نتیجه این است که مشتری در ایران با کسی معامله می‌کند که محل تجارت وی اتریش است در حالی که گمان می‌کند با یک فردی که محل تجارت او هلند است معامله انجام می‌دهد و این مسأله ممکن است مشکلاتی را بعداً به دنبال داشته باشد.

بزه دیده این ماده، مصرف کننده است و جرم انگاری سوء استفاده از ویژگی‌های مبادلات الکترونیکی برای مخفی نگاه داشتن هویت یا محل کسب، بدین جهت است که مصرف کننده باید هنگام اقدام به خرید اینترنتی از هویت تبلیغ کننده و این که تبلیغ کننده خود تاجر است یا واسطه و نیز از محل تجارت^۱ و مقر بنگاه وی اطلاع داشته باشد تا در صورتی که پس از پرداخت و انتقال وجه، کالا را دریافت نکرد یا کالای دریافتی مطابق با مشخصات مورد توافق نبود یا کیفیت مورد نظر را نداشت و بطور کلی تحمل هر گونه خسارت احتمالی، بدانند که به چه کسی باید مراجعه کرده و علیه کدام شخص یا بنگاه اقامه دعوی نماید. این امر نیز به جهت ویژگی‌های خاص فضای اینترنت است که امکان مخفی نگاه داشتن هویت و محل کسب را فراهم می‌سازد.

۳.۵. رکن معنوی

جرم سوء استفاده از خصوصیات ویژه معاملات الکترونیکی جرمی عمدی و مستلزم سوء نیت خاص و عام است؛ سوء نیت عام متضمن علم و عمد در استفاده از ویژگی‌های خاص مبادلات الکترونیکی است. این عمل باید با سوء نیت خاص و قصد تحقق نتیجه انجام شده باشد بدین معنا که سوء استفاده کننده قصد مخفی نمودن حقایق مربوط به هویت یا محل کسب خود را داشته باشد وگرنه جرم مورد نظر محقق نخواهد شد.

۱. Place of Business عبارت از هر مکانی است که شخص بنگاه دائمی برای فعالیت اقتصادی تاسیس می‌کند و شامل مکان تهیه موقت کالا یا خدمات خارج از یک محل معین نمی‌شود.

۴.۵. مجازات

برابر ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی، جرم سوء استفاده از خصوصیات ویژه معاملات الکترونیکی جهت مخفی نگاه داشتن حقایق مربوط به هویت یا محل کسب نیز مستوجب بیست میلیون تا یکصد میلیون ریال جزای نقدی است.

قانون گذار همه جرایم علیه قواعد تبلیغ را مشمول مجازات یکسان - تعزیر درجه پنج - دانسته است و در اینجا بد نیست به این مطلب اشاره شود که رویکرد تقنینی در مورد جرایم علیه قواعد تبلیغ از جنبه سخت گیری و عدم امکان بکارگیری سازوکارهای ارفاقی در مورد این جرایم قابل انتقاد است. در این زمینه هر چند قانون تجارت الکترونیکی به جای تعیین مجازات های مفسده آوری هم چون حبس و شلاق، تنها جزای نقدی را به عنوان مجازات جرایم علیه مقررات تبلیغ تعیین کرده و از این جهت قابل تحسین است، لکن ماده ۷۰ این قانون مجازات جرایم علیه قواعد تبلیغ را از بیست میلیون تا یکصد میلیون ریال جزای نقدی تعیین کرده که با توجه به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعزیر درجه پنج به شمار می آید که این درجه تعزیری از شمول سازوکارهای ارفاقی قانون مجازات اسلامی مستثنی است. توضیح آن که رویکرد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نسبت به جرایم تعزیری سبک بویژه درجات هفت و هشت رویکردی ارفاقی و اغمازی است: در مورد این جرایم معافیت از کیفر امکان پذیر است (ماده ۳۹ ق.ا.م.)؛ با توبه مجرم مجازات وی ساقط می شود (ماده ۱۱۵ ق.ا.م.)؛ شروع به این جرایم مجازات ندارد (ماده ۱۲۲ ق.ا.م.)؛ ارتکاب این جرایم به عنوان محکومیت کیفری موثر به شمار نمی آید (ماده ۲۵ ق.ا.م.)؛ این جرایم کیفر تکمیلی ندارند (ماده ۲۳ ق.ا.م.)؛ ارتکاب جرم تعزیری درجه هشت موجب لغو قرار تعویق صدور حکم (ماده ۴۴ ق.ا.م.)، قرار تعلیق مجازات (ماده ۵۲ و ۵۴ ق.ا.م.) و آزادی مشروط (ماده ۶۱ ق.ا.م.) نیست؛ امکان تعویق صدور حکم محکومیت در مورد این جرایم وجود دارد (ماده ۴۰ ق.ا.م.)؛ این جرایم مشمول قواعد تکرار جرم نمی شود (ماده ۱۳۷ ق.ا.م.)؛ امکان اعمال نظام نیمه آزادی (ماده ۵۷ ق.ا.م.) و نظارت الکترونیکی به جای ماندن در زندان (ماده ۶۲ ق.ا.م.) و هم چنین اعمال جایگزین های زندان (مواد ۶۵، ۶۶ و ۶۷ ق.ا.م.) در این جرایم وجود دارد. اتخاذ این سیاست ابزار موثری جهت فردی سازی مجازات ها است و نقش موثری در کاهش جمعیت کیفری و اهداف اصلاحی مجازات ها خواهد داشت. اما با توجه به میزان جزای نقدی ماده ۷۰ ق.ت.ا. و این که مجازات جرایم مورد بحث - به جز در مورد مجازات تبلیغات ناخواسته که جزای نقدی آن بیست میلیون ریال و در نتیجه تعزیر درجه هفت است - تعزیر درجه پنج محسوب می گردد، هر چند سخن گفتن از راهکارهای حبس زدایی بی مورد است، لکن امکان کاربست ابزارهای سیاست کیفری ارفاقی دیگر نیز وجود ندارد.

اهمیت این موضوع زمانی دوچندان می شود که بدانیم در قانون تجارت الکترونیکی نیز سازوکارهای ارفاقی ویژه‌ای برای مجازات جرایم مورد بحث پیش بینی نشده است. بنابراین با در نظر گرفتن درجه تعزیری مجازات جرایم علیه قواعد تبلیغ در تجارت الکترونیکی و نیز شرایط برخورداری از سازوکارهای ارفاقی قانون مجازات اسلامی، روشن است که رویکرد تقنینی در برخورد با این جرایم، سخت گیرانه و غیر ارفاقی است.

۶. ارسال تبلیغات ناخواسته

با گسترش ارتباطات و استفاده مردم از شبکه اینترنت و تأثیر انکارناپذیر تبلیغات در بازاریابی، تأمین کنندگان گاهی بدون درخواست یا اعلام رضایت کاربران پیام‌های تبلیغاتی به آدرس اینترنتی آنان ارسال می‌نمایند که ممکن است مزاحمت‌هایی برای کاربران ایجاد نموده و حتی حریم خصوصی آنان را در معرض تعرض قرار دهد. از این روی مقابله با ارسال پیام‌های ناخواسته^۱ در دستور کار بسیاری از قوانین ملی و اسناد بین المللی قرار گرفته است.

۱.۶. رکن قانونی

ماده ۵۵ قانون تجارت الکترونیکی رکن قانونی این جرم است که مقرر نموده است: «تأمین کنندگان باید تمهیداتی را برای مصرف کنندگان در نظر بگیرند تا آنان راجع به دریافت تبلیغات به نشانی پستی و یا پست الکترونیکی خود تصمیم بگیرند».

پژوهشی که در سال ۲۰۰۵ به عنوان بخشی از پروژه سازمان آمریکایی اینترنت و زندگی انجام شد نشان داد که ۶۷ درصد ایمیل‌های کاربران اسپم‌هایی ناخواسته یا مزاحم است. با توجه به جنبه‌های منفی اسپم، کنگره امریکا در سال ۲۰۰۳ قانونی را وضع کرده و معیارهایی را تحت عنوان قانون «Can- Spam» تعیین کرد که با امضای رئیس جمهور بوش رسمیت یافت. عنوان رسمی این مقرر «قانون مبارزه با مزاحمت با تصاویر مستهجن ناخواسته در بازاریابی» است و از اول ژانویه ۲۰۰۴ اجرایی شد. این قانون در مورد پیام‌های ایمیلی تجارت الکترونیکی نیز که هدف اصلی آن آگهی تجاری یا تبلیغ کالا یا خدمات تجاری است اعمال می‌گردد. به موجب بخشی از این قانون، ایمیل تجاری دروغین یا گمراه کننده ممنوع است. به موجب بخش دیگری از این قانون، همه ایمیل‌های تجاری باید حاوی

1. Spams

آدرس برگشت یا یک مکانیسم اعلام عدم رضایت باشد که حداقل برای ۳۰ روز بعد از انتقال پیام معتبر و فعال باشد (پیمبر و کالورت، ۲۰۰۸: ۶۴۰).

بند ۲ ماده ۷ «دستورالعمل اروپایی راجع به برخی جنبه‌های حقوقی خدمات جامعه اطلاعاتی و به ویژه تجارت الکترونیکی در بازار داخلی» مصوب ۸ ژوئن ۲۰۰۰ - که بسیاری از کشورهای اروپایی با الگو قرار دادن این دستورالعمل اقدام به قانون گذاری داخلی نموده‌اند - مقرر نموده است: دولت‌های عضو تدابیر مقتضی اتخاذ خواهند نمود تا تأمین کنندگانی که از طریق پست الکترونیکی پیام‌های ناخواسته تجاری ارسال می‌کنند بطور مداوم دفاتر ثبت Opt-Out که در آنها اشخاص حقیقی که به دریافت این گونه پیام‌ها تمایل ندارند ثبت نام می‌کنند را ملاحظه کرده و به خواست آنان احترام بگذارند (شورای اروپا، ۲۰۰۰: ماده ۷). اصل هفتم از اصول حمایت از مصرف‌کننده و تجارت الکترونیک کانادا نیز اعلام داشته: فروشندگان نباید نامه‌های الکترونیکی تجاری را بدون رضایت مصرف‌کنندگان برای آنها ارسال نمایند مگر این که فروشنده یک رابطه تجاری با مصرف‌کننده داشته باشد (کارگروه تجارت الکترونیک و حقوق مصرف‌کننده کانادا، ۱۹۹۹: ۸).

۲.۶. رکن مادی

ظاهر ماده ۵۵ قانون تجارت الکترونیکی مبنی بر این که: «تأمین کنندگان باید تمهیداتی را برای مصرف‌کنندگان در نظر بگیرند تا آنان راجع به دریافت تبلیغات به نشانی پستی و یا پست الکترونیکی خود تصمیم بگیرند»، بیان‌گر آن است که جرم موضوع این ماده نوعی ترک فعل در قالب «در نظر نگرفتن تمهیداتی برای مصرف‌کنندگان جهت تصمیم‌گیری راجع به دریافت تبلیغات به نشانی پستی یا پست الکترونیکی» است، اما با اندک تاملی مشخص است که وجود یا فقدان چنین تمهیداتی تنها در قالب ارسال پیام تبلیغاتی معنا پیدا می‌کند و بعد از ارسال نخستین پیام تبلیغاتی است که دریافت‌کننده می‌تواند نسبت به تمایل یا عدم تمایل به دریافت چنین پیام‌هایی تصمیم بگیرد، از این روی رفتار مادی این جرم در واقع مرکب از یک فعل ایجابی و یک ترک فعل است؛ فعل ایجابی، ارسال پیام تبلیغاتی است و در نظر نگرفتن تمهیداتی برای مصرف‌کنندگان جهت تصمیم‌گیری راجع به دریافت تبلیغات به نشانی پستی یا پست الکترونیکی، ترک فعل است.

از سوی دیگر، در قانون تجارت الکترونیکی، مقنن ارسال پیام به آدرس اینترنتی یا آدرس پستی را منوط به اعلام رضایت مصرف‌کننده دانسته و ارسال تبلیغات ناخواسته را جرم اعلام کرده است. برای اطلاع از رضایت افراد نسبت به دریافت پیام‌ها و نامه‌های تبلیغاتی دو روش وجود دارد: در روش نخست که به Opt-In شهرت دارد، قبل از ارسال هر

گونه پیام یا نامه تبلیغاتی باید رضایت فرد از طریق مشروع و با رعایت مقررات مربوط به آزادی‌ها و حقوق بشر جلب گردد. در شیوه دوم که Opt-Out نام دارد، برعکس روش نخست، شخصی که پیام‌های تبلیغاتی را بدون رضایت خود دریافت می‌دارد می‌تواند از ارسال کننده درخواست کند که نامش از فهرست دریافت کنندگان پیام حذف گردد (دبلفون، ۱۳۸۸: ۶۱). بدیهی است روش دوم یعنی اعلام عدم رضایت حمایت ضعیف‌تری از دریافت کنندگان به عمل می‌آورد و تحقیقات نشان داده به دلایل مختلفی تعداد کمی از افراد برای حذف نام خود از فهرست دریافت کنندگان پیام اقدام می‌نمایند. به عنوان نمونه و در مورد پیامک‌های تلفنی، گرچه شرکت ارتباطات سیار اعلام کرده کسانی که مایل به دریافت پیام‌های تبلیغاتی نیستند شماره‌های خود را اعلام کنند تا پیام‌های تبلیغاتی برای آنها ارسال نشود، لکن تعداد کسانی که تا به حال شماره‌های خود را برای عدم دریافت پیام‌های تبلیغاتی به شرکت ارتباطات سیار اعلام کرده‌اند، به پنج هزار نفر هم نمی‌رسد (اکرامی فر، ۱۳۸۶: ۶۳). با توجه به تکلیف تأمین کنندگان مبنی بر در نظر گرفتن تمهیداتی که مصرف کننده بتواند نسبت به دریافت تبلیغات تصمیم بگیرد، به نظر می‌رسد در قانون تجارت الکترونیکی، پیروی از روش Opt-In برای احراز رضایت دریافت کننده پیام الزامی است. بدین ترتیب، قانون‌گذار فراتر از منع ارسال پیام ناخواسته، تأمین کننده را مکلف نموده است تدابیری اتخاذ نمایند که قبل از ارسال هر گونه پیامی به آدرس پستی یا الکترونیکی، امکان تصمیم‌گیری مصرف کننده درباره دریافت این پیام‌ها در قالب اعلام رضایت و یا عدم رضایت خود را فراهم نمایند. البته از حیث روند عملیاتی این شیوه، ارسال نخستین پیام برای کسب نظر دریافت کننده اجتناب ناپذیر است.

در ماده ۵۵ ق.ت.ا. تنها اعلام رضایت مخاطب مورد توجه قرار گرفته و به عدول از رضایت اشاره‌ای نشده است اما ماده ۱۰ پیش نویس لایحه پیام‌های ناخواسته الکترونیکی مصوب ۱۳۸۷ ضوابطی را جهت تبلیغاتی الکترونیکی تعیین و در ضمن عدول از رضایت را معتبر و مؤثر دانسته و در ماده ۸ این پیش نویس که همانند ماده ۱۰ ذیل عنوان قواعد تبلیغ درج شده آمده است: «مقررات فصل دوم از میحث باب سوم قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ (در قواعد تبلیغ) در اجرای مقررات این فصل لازم‌الرعايه است.» از سوی دیگر، ماده ۷۱ طرح حمایت از حریم خصوصی ارسال پیام‌های ناخواسته به آدرس‌های اینترنتی خصوصی اشخاص را در صورت مخالفت آنها ممنوع دانسته و اعلام کرده چنانچه

تعداد پیام‌های ناخواسته در ظرف یک هفته بیش از ده مورد شود دریافت کننده پیام می‌تواند مطابق مقررات حاکم بر مزاحمت‌های تلفنی با ارسال کننده برخورد نماید.^۱ تفاوتی که در مورد اعلام رضایت در طرح حمایت از حریم خصوصی با ماده ۵۴ قانون تجارت الکترونیکی و ماده ۱۰ پیش نویس لایحه پیام‌های ناخواسته الکترونیکی وجود دارد این است که در طرح حمایت از حریم خصوصی، اصل بر رضایت افراد در دریافت پیام تبلیغاتی گذاشته شده و اوست که باید عدم رضایت خود را اعلام نماید (روش Opt-Out)، لکن در قانون تجارت الکترونیکی و پیش نویس لایحه پیام‌های ناخواسته الکترونیکی، ارسال کننده باید قبل از ارسال ایمیل تبلیغاتی، ابتدا تمهیداتی فراهم کند و از مصرف کننده کسب اجازه نماید (روش Opt-In).

۳.۶. رکن معنوی

جرم ارسال تبلیغات ناخواسته، جرمی عمدی است، لکن تحقق جرم منوط به احراز سوء نیت خاص نیست و اگر اثبات شود تامین کننده با علم به عدم رضایت دریافت کننده، با قصد و اراده پیام تبلیغاتی ارسال کرده، جرم تحقق یافته است.

۴.۶. مجازات

برابر تبصره ۲ ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی: «تامین کننده متخلف از ماده (۵۵) این قانون به حداقل مجازات در این ماده - بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال - محکوم خواهد شد». و از این روی مجازات جرم ارسال تبلیغات ناخواسته، تعزیر درجه هفت محسوب می‌گردد و بر خلاف سایر جرایم علیه قواعد تبلیغ، نه تنها تخفیف و تبدیل مجازات (موضوع مواد ۳۷ و ۳۸ و ماده ۱۱۵ ق.ا.م.ا) و تعلیق مجازات (موضوع ماده ۴۶ ق.ا.م.ا) در مورد آن امکان پذیر است، بلکه معافیت قضایی^۲ و تعویق صدور حکم^۱ نیز در مورد این جرم

۱. مراد از مقررات حاکم بر مزاحمت‌های تلفنی ماده ۶۴۱ کتاب پنجم ق.ا.م.ا مصوب ۱۳۷۵ است که مقرر نموده: «هرگاه کسی به وسیله تلفن یا دستگاه‌های مخابراتی دیگر برای اشخاص ایجاد مزاحمت نماید علاوه بر اجرای مقررات خاص شرکت مخابرات، مرتکب به حبس از یک تا شش ماه محکوم خواهد شد». مقایسه این ماده با ماده ۵۵ و ۷۰ ق.ت.ا. نشان می‌دهد که ضمانت اجرای ارسال پیام تبلیغاتی ناخواسته در بستر مبادلات الکترونیکی خفیف‌تر از ارسال این پیام‌ها به صورت عادی است!

۲. ماده ۳۹ ق.ا.م.ا: «در جرائم تعزیری درجه‌های هفت و هشت در صورت احراز جهات تخفیف چنانچه دادگاه پس از احراز مجرمیت، تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب، اصلاح می‌شود در صورت فقدان سابقه کیفری مؤثر و گذشت شاکی و جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران آن می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند»

امکان دارد. همچنین برابر تبصره ۴ ماده ۱۳۴ ق.م.ا.: «مقررات تعدد جرم در مورد جرائم تعزیری درجه‌های هفت و هشت اجراء نمی‌شود. این مجازات‌ها با هم و نیز با مجازات‌های تعزیری درجه یک تا شش جمع می‌گردد». افزون بر این از آنجا که مقررات تکرار جرم موضوع ماده ۱۳۷ ق.م.ا. تنها ناظر به جرایم تعزیری درجه یک تا شش است، ارتکاب جرم ارسال تبلیغات ناخواسته مشمول مقررات تکرار هم قرار نمی‌گیرد.

نتیجه‌گیری

قانون تجارت الکترونیکی، همه رفتارهای مخاطره آمیز در فرایند تبلیغات الکترونیکی را جرم انگاری نکرده و در زمینه‌هایی مانند تبلیغ کالاهای بی کیفیت، سوء استفاده از امکانات الکترونیکی جهت مخفی کردن حقایق مربوط به اصل کالا و خدمات، تبلیغ بی بند و باری اخلاقی، تبلیغ خشونت، فرقه گرایی، اسراف و ... خلأ قانونی وجود دارد. از حیث مطلق یا مقید بودن جرم، با این که بعضی از این جرایم مانند به خطر انداختن سلامتی افراد ممکن است آثار و نتایج عینی در پی داشته باشند، قانونگذار تنها برای مطلق جرم مجازات تعیین کرده و بین فرض مطلق یا مقید بودن جرم و ورود خسارت یا عدم ورود خسارت به سلامتی افراد تفکیک نکرده و برای هر دو فرض مجازات یکسانی در نظر گرفته است.

از حیث عمدی یا غیرعمدی بودن جرایم علیه قواعد تبلیغ، بعضی رفتارهای غیرعمدی در فرایند تبلیغ همان خطرات رفتار عمدی را در پی دارد و غفلت تأمین کننده نباید نادیده گرفته شود. با وجود این، از حیث رکن معنوی، قانونگذار به تحقق جرم به صورت غیر عمدی اشاره نکرده و برابر تفسیر حقوقی مشهور حقوقدانان از اصل عمدی بودن جرایم، در صورت عدم تصریح به جرم بودن رفتار غیرعمدی، تنها فرض عمدی آن جرم است.

از حیث ضمانت اجرایی، مجازات جرایم علیه قواعد تبلیغ-غیر از ارسال تبلیغات ناخواسته- تعزیر درجه پنج است که در مورد آن سازوکارهای ارفاقی هم چون معافیت قضایی و تعویق صدور حکم امکان ندارد. گسترش تجارت الکترونیکی مستلزم آن است که هم خریدار با اطمینان خاطر اقدام به انجام معامله و پرداخت الکترونیکی نماید و هم تأمین کننده با اطمینان خاطر و ریسک پایین از جهت تحت تعقیب و محاکمه قرار گرفتن بتواند اقدام به راه اندازی فروشگاه اینترنتی و تجارت الکترونیکی نماید. در شرایطی که رویکرد جرم انگاری

۱. ماده ۴۰ ق.م.ا.: «در جرائم موجب تعزیر درجه شش تا هشت دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است در صورت وجود شرایط زیر صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق اندازد:»

و مواجهه کیفی، هزینه تجارت برای تامین کننده را بالا می برد و حمایت موثری هم از مصرف کننده به عمل نمی آورد، پیشنهاد می گردد راهکارهای دیگری در این حوزه اتخاذ گردد که مبتنی بر اصول سه گانه پیشگیری فنی، نظارت صنفی و توانمندسازی و حمایت از مصرف کننده باشد.

منابع و مآخذ:

الف. فارسی:

۱. اسماعیلی، محسن (۱۳۸۶)، **تبلیغات بازرگانی، آثار، وضعیت حقوقی و بایسته های قانون گذاری**، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۲. اسولیوان، تام و دیگران (۱۳۸۵)، **مفاهیم کلیدی ارتباطات**، ترجمه میرحسن رئیس زاده، چاپ اول، تهران: فصل نو.
۳. اکرامی فر، محمودرضا (۱۳۸۶)، **مردم شناسی ارتباطات خودمانی**، پژوهشی در پدیده SMS، چاپ اول، مشهد: نشر ایوار.
۴. باستانی، سوسن و میزبان، شهناز (۱۳۸۶)، «شکاف جنسیتی در کاربرد کامپیوتر و اینترنت، بررسی دانشجویان دانشگاه های شهر تهران»، **فصلنامه مطالعات اجتماعی روان شناختی زنان**، شماره ۱۳، صص ۶۴-۴۵.
۵. بشیر، حسن و فکورپور، سید محمد (۱۳۸۶)، «تبلیغات تجاری و اوانجلیسم به مثابه کالا»، **فصلنامه رسانه**، سال هجدهم، شماره ۱، شماره پیاپی ۶۹، صص ۱۷۲-۱۵۳.
۶. پراتکانیس، آنتونی و آرتسون، الیوت (۱۳۸۵)، **عصر تبلیغات**، ترجمه کاووس سیدامامی و محمدصادق عباسی، چاپ پنجم، تهران: سروش.
۷. پرادل، ژان (۱۳۸۶)، **حقوق کیفری تطبیقی، جرایم علیه اشخاص**، ترجمه مجید ادیب، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۸. پیشگاهی فرد، زهرا و دیگران (۱۳۸۹)، «تعامل در فضای سایبر و تاثیر آن بر هویت زنان در ایران (مطالعه موردی دانشجویان دختر دانشگاه تهران)»، **فصلنامه زن در توسعه و سیاست (پژوهش زنان)**، دوره ۸، شماره ۲، شماره پیاپی ۲۹، صص ۲۰۹-۱۸۹.
۹. جاویدنی، جواد (۱۳۸۷)، **جرایم تجارت الکترونیکی**، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۰. خداداد حسینی، سید حمید و فتحی، سعید (۱۳۸۱)، «بررسی تاثیر فناوری اطلاعات بر بازاریابی؛ نقش فناوری های پیشرفته اطلاعات و ارتباطات در تغییر ماهیت بازاریابی و تبلیغات»، **فصلنامه سنجش و پژوهش (پژوهش های ارتباطی)**، سال ۹، شماره ۲۹، صص ۴۵۷-۴۴۳.
۱۱. شکرخواه، یونس (۱۳۸۵)، «سواد رسانه ای؛ یک مقاله عقیده ای»، **مجله رسانه**، سال هفدهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۶۸، صص ۳۲-۲۷.

۱۲. دبلفون، زویه لینان (۱۳۸۸)، **حقوق تجارت الکترونیک**، ترجمه و تحقیق ستار زرکلام، چاپ اول، تهران: شهر دانش.
۱۳. صدری، محمد (۱۳۸۸)، **معاملات الکترونیک**، مبانی، ماهیت، مشروعیت، چاپ اول، کاشان: انتشارات اندیشه‌های حقوقی.
۱۴. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲)، **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، چاپ سوم، جلد ۷، تهران: انتشارات ناصر خسرو.
۱۵. عبداللهیان، حمید و حسنی، حسین (۱۳۸۹)، «تبلیغات تجاری و مصرف‌گرایی: تحلیل نشانه شناختی آگهی‌های تجاری تلویزیونی در ایران»، فصلنامه پژوهش‌های ارتباطی، سال هفدهم، شماره ۲ (پیاپی ۶۲)، صص ۱۲۵-۱۰۷.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ دوم، تهران: نشر دادگستر
۱۷. گیل، دیوید و ادامز، بریجیت (۱۳۸۴)، **الفبای ارتباطات**، ترجمه رامین کریمیان، مه‌ران مهاجر و محمد نبوی، چاپ اول، تهران: دفتر مطالعات و توسعه رسانه‌ها.
۱۸. محمدپور، احمد و بهمنی، مریم (۱۳۸۹)، «زنان، پاساژ و مصرف‌نشانه‌ها»، **مطالعات راهبردی زنان**، سال دوازدهم، شماره ۴۷، صص ۷۲-۴۱.
۱۹. محمد نسل، غلامرضا (۱۳۹۲)، **حقوق جزای اختصاصی جرایم رایانه‌ای در ایران**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۲۰. معتمدنژاد، کاظم (۱۳۸۸)، **حقوق تبلیغات بازرگانی**، چاپ اول، تهران: دفتر مطالعات و توسعه رسانه‌ها.

ب. خارجی:

1. Federal Trade Commission (2003), **Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography And Marketing Act.**, <https://www.ftc.gov>
2. Parliament and of the Council of Eru (2000), **Directive on electronic commerce**: Directive 2000/31/EC of Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in Particular electronic commerce, in the internal market, *Eur-lex.europa.eu > ... > EU law and publications > EUR-Lex*
3. Don R. Pember & Clay Calvert (2008), **Mass Media Law**, New York, Mc Graw-Hill Companies
4. United States Patent and Trademark Office (2014), **Federal Trademark Law**: Rules of Practice & Federal Statute, www.uspto.gov/trademark/law
5. Jhally, Sut (1989), **Advertising as Religion: the dialectic of technology and magic Cultural policies in contemporary America**, First Edition, New York & London
6. Carey, Peter (2010), **Media Law**, London, Sweet & Maxwell Publication
7. Roger L. Sadler (2005), **Electronic Media Law**, California, Sage Publication
8. Tom Crone (2002), **Law and the Media**, Fourth Edition, Oxford, Focal Press

9. Working Group on Electronic Commerce and Consumers Law (1999), **Principles of Consumer Protection for Electronic Commerce: A Canadian Framework**, <http://strategis.ic.gc.ca/pics/ca/principlese.pdf>.
10. Bakan, M.A. (2003), **Marketing Demographic, Advertising Semiotics: the Case of Aksam Newspaper**, Middle East Technical University Publication