

تبلیغات خلاف واقع در معامله با مطالعه‌ای در فقه امامیه و حقوق ایران؛

مسئولیت‌ها و راهکارها*

- مرتضی عزیزی^۱
- بهرام تقی‌پور^۲

چکیده

تبلیغات خلاف واقع، از طریق ارائه اطلاعات نادرست و نمایش غیر واقعی کالا و خدمات به وجود می‌آید که پیامدهای آن از جنبه‌های مختلفی قابل بررسی است. هدف جستار حاضر، بررسی این گونه تبلیغات در معاملات و مسئولیت‌ها و راهکارهای مقابله با آن در فقه امامیه و حقوق ایران است. فقها درباره مطلق تبلیغات در معامله، حکم به جواز و اباحه داده‌اند؛ اما تبلیغ خلاف واقعی که باعث تحصیل مال نامشروع می‌شود و فعالیت اشخاص واسطه اعم از مبلغ، بازاریاب و عرضه کننده را به استناد قواعد فقهی از جمله «اعانه بر اثم و عدوان» و «اکل مال به باطل» حرام می‌دانند. این تحقیق که به روش توصیفی و تحلیلی به انجام رسیده است، نتیجه‌اش این است که اولاً، فقها امر نظارت بر

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه گنبد کاووس (نویسنده مسئول)
(m.azizi86@yahoo.com).

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه خوارزمی (manlaw62@gmail.com).

تبلیغات را مطابق قاعده فقهی ضمان حکومتی به عنوان یک تکلیف بر عهده حاکمان و کارگزاران گذارده و بر تقویت نهاد حسبه و تسعیر به عنوان راهکاری فقهی توصیه مؤکد نموده‌اند؛ ثانیاً، مطالب خلاف واقع در تبلیغ، اگر به صورت شرط و یا وصف دربیاید و به ارکان معامله آسیب وارد نماید، مسئولیت تضامنی آن متوجه تولیدکننده، عرضه کننده و سفارش دهنده است که بر مبنای الزامات قراردادی و خارج از عقد، شخص زیان دیده حق مطالبه خسارت را دارد.

واژگان کلیدی: تبلیغات، معاملات، خلاف واقع، مشتری، فقه.

۱. بیان مسئله

قانون یکی از بهترین تنظیمات در روابط اجتماعی بشر به شمار می‌آید که جنبه‌های مختلفی دارد (جبری، ۱۳۸۶: ۱۴۳). بحث معاملات، جلوه‌ای از این روابط است. در نظام حقوقی، موضوع معامله از اهمیت قابل توجهی برخوردار است. موضوع معامله در فقه تحت عنوان عوضین عقد بیان شده است و هر جا که معامله به صورت معاوضی صورت گیرد، بحث تخلفات و انحرافات از ضوابط آشکار می‌شود. امروزه این تخلفات قانونی که عمدتاً به منظور کسب سود و منفعت است، در پوشش تبلیغات از سوی تولیدکنندگان و عرضه کنندگان کالا و خدمات صورت می‌گیرد (لطفی، ۱۳۷۹: ۷۶) که به طور مستقیم با حقوق مشتری سروکار دارد. برخی از این تخلفات، تبلیغات خلاف واقع است و در معاملات به اندازه‌ای شایع و کم‌اهمیت گردیده که حتی در عرف معاملات، تبدیل به یک رویه مقبول نزد بازار شده است. فقهای امامیه بحث عوضین عقد را در باب مکاسب بیان کرده و گفته‌اند که هر گونه تجملات غیر واقعی در تزین المتاع، مدح السلعه، کتمان العیب و نجش در معامله، به نحوی که منجر به فریب و گمراه شدن مشتری شود، حکم حرمت دارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴: ۲۱۰/۴). همچنین تبلیغات در موضوع مورد معامله، زمانی خلاف واقع خواهد بود که اطلاعات نادرست و غیر واقعی به صورت تبلیغات وصفی و یا تبلیغات شرطی در اختیار مشتری قرار گیرد و موجب ضرر نفس و مال در معامله شود. در ادامه تلاش داریم تا موضوع تبلیغات خلاف واقع را که از طریق وصف یا شرط در معامله صورت می‌گیرد، مبتنی بر دیدگاه فقهای امامیه تحلیل نماییم.

۲. مفاهیم بنیادین

۱-۲. حقیقت تبلیغ

تبلیغ در حقیقت دو معنای لغوی و اصطلاحی دارد که با یکدیگر متمایزند. اگرچه این واژه در معنای لغوی به صورت فعل در قرآن مجید به کار رفته است، ولی در معجم عربی از مصدر متعدی و بر وزن «تفعیل» و از ماده «بلغ» به معنای رساندن چیزی آمده است. سایر فرهنگ‌های لغوی، هر کدام کوشیده‌اند تا تعاریف مشابهی را برای کلمه تبلیغات به کار گیرند؛ مانند آنکه تبلیغات را به عملی تعریف نموده‌اند که توجه مردم را به دادوستد برانگیزد.

همچنین گروه دیگری از نویسندگان، نظرات متفاوتی برای تبلیغات ارائه داده‌اند. با اندکی تأمل در همه تعاریف می‌توان دریافت که تبلیغات به طور اساسی با «ارتباطات» سروکار دارد. بنا به تعریفی، تبلیغات عبارت است از: «کوششی در تدارک و انتشار آگاهی‌ها، با هدف مثبت نشان دادن مصرف یک کالا» (اسماعیلی، ۱۳۸۵: ۳۳).

۲-۲. معامله

معامله در لغت به معنای مکلف کردن کسی به کاری و تصرف کردن در بیع و با هم عمل کردن آمده است (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳/۴۵۳) و در اصطلاح حقوقی، مترادف عقد و قرارداد به کار رفته است؛ با این تفاوت که در فقه از واژه عقد فقط برای عقود معین نام برده شده است و واژه قرارداد شامل تمام عقود معین و نامعین می‌شود. اما به باور نگارندگان، معامله اعم از قرارداد یا خارج از قرارداد است؛ زیرا معامله از ریشه عمل است و عمل در اصطلاح حقوقی به فعل یا ترک فعلی اطلاق می‌شود که از سوی اشخاص حقیقی و یا حقوقی تنظیم شود که واجد اثر حقوقی و تعهد خواهد بود؛ لکن این اثر حقوقی و تعهد می‌تواند به لحاظ مصالح عام جامعه و نظم عمومی اقتصادی در قالب قراردادی و یا خارج از قراردادی الزام‌آور شود.

اما لغت معامله در فقه، بر اعمالی اطلاق می‌گردد که شارع مقدس اصل انجام آن‌ها را خواسته است، بی‌آنکه به مقید به قصد قربت کرده باشد. در مقابل اصطلاح معاملات،

واژه عبادات قرار دارد که اعمال مقید به قصد قربت است. فقها این واژه را از ایقاعات، معاطات، اذن و اباحه مجزا ساخته‌اند؛ برای نمونه شهید اول می‌گوید عقود، اسبابی هستند که بر آن‌ها احکام شرعی یعنی وجوب، استحباب، حرمت، کراهت و اباحه مترتب می‌شود.

۳. تبلیغات خلاف واقع در معامله

لغت‌شناسان، واژه خلاف واقع را مترادف با بی‌اساس، بیهوده، خیالی و ضعیف، و متضاد حقیقی و واقعی بیان کرده‌اند (معین، ۱۳۸۰). در اصطلاح، تبلیغات خلاف واقع به سلسله اقداماتی گفته می‌شود که از طریق ارائه اطلاعات غیر واقعی و نادرست و صحنه‌سازی‌های متقلبانه که ممکن است مشتری را در تشخیص صحیح کیفیت و اوصاف واقعی کالا و خدمات به اشتباه بیندازد، از سوی بازاریابان و عرضه‌کنندگان کالا صورت می‌گیرد. تبلیغات خلاف واقع به طور عمده قبل از معامله صورت می‌گیرد که مسئولیت مدنی برای حمایت از زیان‌دیده پیش‌بینی شده است. قانون ممنوعیت تبلیغات کالا و خدمات غیر مجاز و آسیب‌رسان به سلامت در رسانه‌های داخلی و فضای مجازی در سال ۱۳۹۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. تبصره ماده ۱ این قانون، مصادیق تبلیغات خلاف واقع را برشمرده است، ولی معیار تشخیص و مسئولیت‌های ناشی از آن را ارائه نداده است.

مبنای تعهد در معامله با قرارداد ایجاد می‌شود و قرارداد می‌تواند مکتوب یا شفاهی بین خریدار با فروشنده تنظیم شود. البته برخی تعهدات در معامله هست که برای حفظ نظم عمومی ایجاد می‌شود و برای اثبات آن‌ها نیازی به ارائه قرارداد هم نیست. این بحث در فقه تحت عنوان ضمان ارادی و ضمان قهری مطرح شده است؛ لیکن حقوق‌دانان از باب مسئولیت‌های مدنی، موضوع تبلیغات را مورد امعان نظر قرار داده‌اند. چون رویکرد غالب این مقاله، فقهی است، از این رو به دیدگاه‌های فقها حول موضوع تبلیغات در معامله به ویژه تبلیغات خلاف واقع اشاره می‌شود و در پایان نیز راهکارهای فقهی پیشنهاد خواهد شد.

۴. وصف خلاف واقع در تبلیغات

تبلیغات همچون سایر عقود، ایجاد تعهد و مسئولیت می‌نماید. از این رو، آثار حقوقی تبلیغات، زمانی موجب ضمان خواهد شد که وصف خلاف واقع در قالب عناصر عیب، تدلیس، اشتباه و تخلف در آگهی‌های تبلیغات و امور بازاریابی اتفاق بیفتد؛ برای نمونه، فروشنده عیوب کالا را از اطلاع و آگاهی مشتری در تبلیغات پنهان دارد و به مشتری وانمود نماید که کالایی عاری از عیب و کاملاً سالم و استفاده‌نشده تحویل می‌دهد. بررسی دیدگاه فقیهان و تبیین احکام وضعی و ضمان‌آور بودن تبلیغات خلاف واقع و همچنین راهکارهای پیشگیرانه در این موارد، وظیفه‌ای است که این مقاله عهده‌دار آن است.

۵. وصف ناشی از نقصان در تبلیغات و مسئولیت آن در معامله

تعاریفی که فقهای امامیه از عیب کرده‌اند، بیشتر شامل عیوب ظاهر در شکل و صورت کالا در هنگام معامله است. بی‌شک مطابقت دادن چنین دیدگاهی با اقتضائات کنونی در معاملات، کمی دشوار به نظر می‌رسد و نیازمند تعیین ضابطه‌ای مشخص از وصف ناشی از عیب در تبلیغات می‌باشیم.

فارغ از معنای لغوی عیب، در برخی روایات ملاحظه گردیده که لغت عیب را مترادف با عوار با حرف عطف «و» آورده‌اند. گرچه عطف دو کلمه بر یکدیگر، دلیل بر تغایر است نه ترادف، اما به نظر نگارندگان می‌توان چنین استنباط کرد که نسبت بین دو واژه عیب و عوار، عموم و خصوص مطلق است؛ بدین معنا که عوار جنبه ظاهری و قابل لمس عیب را شامل می‌شود، ولی خود عیب شامل عیوب ظاهری و باطنی می‌شود (اراک، ۱۴۱۴: ۲۰۹). یکی از فقها، ملاک و معیار عیب را «نقص مالی» یک شیء معرفی می‌نماید (انصاری، ۱۴۱۱: ۱۳۱/۳) و اگر این نقص مالی با طبیعت اغلب افراد یک نوع در تعارض بود، تنها خیار فسخ را برای مشتری ثابت می‌داند؛ یعنی این نقص مالی را عیب دانسته، ولی موجب حکم عیب نمی‌داند.^۱

۱. منظور از نقص مالی در کلام شیخ، کاهش ارزش و بهای مالی و پایین آمدن قیمت آن است.

به نظر نگارندگان، کلام شیخ در تبیین ملاک و ضابطه کلی عیب دچار تردید بوده و با جزمیت نمی‌تواند یک معیار ثابتی را ارائه دهد.

تحولات اجتماعی باعث شده که مفاهیم فقهی در معاملات بر حسب مکان و زمان از معیارهای جدید تبعیت نماید. تجارت امروز با ابزارهای مختلفی تبلیغ می‌شود و معاملات روزمره بخشی از این تجارت هستند که تبلیغات حلقه اتصال آن‌ها را شکل داده است. وصف کالا و خدمات به صورت انشایی یا خبری تبلیغ می‌شود. در وصف انشایی، خریدار حق دارد تغایر وصف تبلیغی با کالای تحویلی را از فروشنده پیگیری و مطالبه خسارت نماید، اما در وصف خبری، تحلیل چنین حقی برای مشتری کاری دشوار است؛ زیرا نظام حقوق تبلیغات در ایران، به طور دقیق تعهدات و مسئولیت‌های تبلیغات را تبیین نکرده است و فقط می‌توان بر اساس قواعد عام ناشی از قرارداد عمل نمود. اطلاع‌رسانی درباره نحوه استفاده کالا یا مزایا و معایب آن، نوعی از نقصان در تبلیغ به حساب می‌آید (ابراهیمی، ۱۳۸۲: ۵۴-۷۱) که لازم است در هنگام تبلیغ یک کالا و محصول ارائه شود:

- ۱- مزایا و معایب استفاده از کالا از طریق درج اطلاعات مورد نیاز باید به صورت دقیق و تفصیلی به مشتری اطلاع‌رسانی شود (جبری، ۱۳۸۶: ۷۰-۱۳۰).
- ۲- چنانچه کالایی که به واسطه تبلیغ خریداری می‌شود، دارای عیوب پنهانی باشد، اگر کالا عین معین باشد، مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند یا مطالبه ارش نماید و در صورتی که کالا در اثر نقص حادث شده در تبلیغ از بین برود، فروشنده موظف است نمونه دقیق خود کالای تلف شده را جایگزین نماید و اگر امکان تحویل نمونه واقعی و مثلی کالا میسر نبود، باید قیمت روز آن کالا را در یوم‌الاداء به مشتری بپردازد.

۶. مصادیق تبلیغات خلاف واقع در معامله

تبلیغات کالا و خدمات، وقتی آمیخته به عناصر خلاف واقع گردد، از منظر فقه و نظام حقوقی در قالب تدلیس، عیب، تزویر، غش و غبن، قابل بحث و بررسی خواهد بود. مصادیق آن در فقه، عناوینی همچون «تزیین المتاع»، «کتمان العیب»، «مدح السلعه» و «مدح المبیع» است که به نحو غیر متعارف و غیر واقعی ایجاد می‌شود.

اگرچه فقیهان در این بحث، به اجماع حکم به جواز و اباحهٔ «تزیین المتاعی» داده‌اند که از روی عادت و عرف تسامحی بر روی مبیع انجام می‌شود، اما در اینکه آیا چنین تزیینی بر روی کالا در اماکن تجاری با استفاده از نورافشانی و استفاده از فناوری‌های تبلیغی حرام است یا مکروه، اختلاف نظر وجود دارد. بیشتر فقیهان این عمل را مکروه می‌دانند (خوردن‌اندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۶۹؛ تستری، ۱۴۰۶: ۱۱۹/۷؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۹: ۵۲۵). امروزه، با تنوع در طراحی و بسته‌بندی، کالاهای و خدمات به شکلی زیبا تزیین می‌شوند، به نحوی که محتوای عین مبیع با بسته‌بندی آن کاملاً متفاوت است. قدر متیقن آن است که اگر محصولی با بسته‌بندی جذابی ارائه شود، اما محتوای آن خلاف ظاهرش باشد، در حقیقت عمل تدلیس در فروش رخ داده است؛ مانند بسته‌بندی‌های مواد غذایی و خوراکی. همچنین نوع دیگری از بسته‌بندی کالا مربوط به مواد غذایی است که با بزرگ‌نمایی کالا، خریدار را فریب می‌دهد؛ برای مثال در محصولات خوراکی، از بسته‌بندی‌های حجیم، ولی با محتویات کم استفاده می‌شود. این‌ها همه از مصادیق تدلیس در صنعت تبلیغات به شمار می‌آید. شیخ انصاری نیز تدلیس را به عنوان شکل سوم غش در معامله برشمرده است (انصاری، ۱۴۱۱: ۱۳۷/۳).

۱-۶. تقسیمات تدلیس در تبلیغات

یکی از اشکال تدلیس در تبلیغات، استفاده از تزیین و توصیف خلاف واقع در مبیع است. اگر تزیین در هنگام تبلیغ کردن باعث نشود که کالا به نحو غیر واقعی جلوه کند و عرف محلی زمانی و مکانی آن را بپذیرد، اشکالی نخواهد داشت؛ اما اگر تبلیغات جنبه‌های غیر واقعی کالا را نمایش دهد، به گونه‌ای که سبب گمراهی و فریب مشتری شود، چنین تزیینی حرام است (همان؛ خوردن‌اندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۶۹). استفاده از فناوری‌های الکترونیکی در شیوه‌های تبلیغاتی معاملات، کاربرد فراوانی دارد، به نحوی که استفاده از اشکال چندبعدی و تصویرسازی‌های گرافیکی در تبلیغات به نحوی که کالا را غیر واقعی نمایش دهد نیز می‌تواند از مصادیق جدید و نوظهور عنصر تدلیس به شمار آید. تدلیس در تبلیغ کالا ممکن است به صورت گفتار باشد. ملاک تحقق تدلیس و به دنبال آن خیار تدلیس، رغبت شخص به انجام معامله است و علم و عدم علم طرف

معامله، دخالتی در تحقق تدلیس ندارد؛ یعنی اگر طرف معامله علم داشته باشد که این صورت ظاهری در نتیجه برخی عملیات و اقدامات است و با وجود این، رغبت و میل او به معامله افزایش یابد، باز هم تدلیس محقق شده است (انصاری، ۱۴۱۱: ۲۲/۱). مؤلفه‌های تدلیس در تبلیغات کالا، شامل تدلیس نوشتاری، شنیداری و دیداری می‌باشد.

۲-۶. تدلیس به صورت نوشتاری در تبلیغات

چنانچه کیفیت کالا و ثمن در آگهی نوشتاری تبلیغاتی، به نحو خلاف واقع اعلام شود، مشمول حکم تدلیس نوشتاری و در برخی جهات، حرام و ضمان‌آور است. گاهی در تدلیس نوشتاری، مطلب درج‌شده در شناسنامه محصول و کالا چنان اغراق‌آمیز است که موجب فریب و گمراهی مشتری می‌شود. در تدلیس نوشتاری، از ابزار خط و رسم و انواع رنگ‌ها برای تزئین و همچنین قالب‌های مختلف در نوشتار استفاده می‌شود و ذهن را شیفته جذابت متن نوشتاری می‌نماید. لذا در مصادیق تدلیس نمی‌توان به چارچوب کلی آن اکتفا کرد؛ زیرا قواعد خیارات در معامله، از فقه گرفته شده و تعاریف آن نیز در قالب فقه یاد شده است. بنابراین استفاده از علامت‌های تجاری مشابه در آگهی‌های نوشتاری تبلیغاتی که سبب اشتباه و گمراهی مشتری شود، از مصادیق تدلیس نوشتاری است. در حالت نوشتاری نیز تدلیس در تبلیغات صادق است و قابل استناد در معامله خواهد بود.

۳-۶. تدلیس با جلوه‌های سمعی و بصری در تبلیغات

مفهوم تدلیس در تبلیغات امروزی که با استفاده از جلوه‌های سمعی و بصری به صورت شنیداری و دیداری ایجاد می‌شود، با معیارهای فقهی قابل استمراج است. در این گونه از تبلیغات که با ترکیب نماها و نواها، آگهی‌های تبلیغی غیر چاپی و چندرسانه‌ای^۱ تولید می‌شود، تمام حواس مشتری را جذب معامله می‌نماید و چنانچه اوصاف اغواگرانه‌ای را به مشتری ارائه دهد، این گونه تدلیس هم در نظام تبلیغات قابلیت استناد دارد. گاهی

1. Multi media.

تدلّیس دیداری بوده و با استفاده از تصاویر گرافیکی، کالا و محصول را مغایر با آنچه که هست، معرفی می‌نماید. در همه این حالت‌ها، مدلس اگر با علم و آگاهی و عامدانه اقدام به فروش و معامله نماید، آن معامله ضمان‌آور است. از این رو، ضمان و مسئولیت قراردادی ضمنی تبلیغات نیز شکل می‌گیرد. آگهی‌های نوشتاری و الکترونیکی گرافیکی خلاف واقع در تبلیغات می‌تواند از مصادیق بارز تدلیس گفتاری و شنیداری و نوشتاری باشد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰). برخی فقیهان از روایتی که پیامبر فرموده است^۱ (خورسندیان و پیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۰)، حکم کراهت تبلیغات در مدح کالا را نتیجه گرفته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۴/۳)؛ اگرچه نظر مشهور فقیهان بر جواز تبلیغاتی دلالت دارد که از آن تبلیغات، مدح متعارف شکل بگیرد و به فریب و گمراهی مشتری منجر نشود.

۷. ضمان حکومت بر تبلیغات در معاملات

مبنای ضمان حکومتی در خصوص آزادی تبلیغات، وجود دلایل و مستندات روایی و قرآنی است که بر حسب گزارش‌های تاریخی به دست آمده است و انسان را از تعدی به حقوق دیگران باز می‌دارد.

نقش نظارتی حکومت بر امور تبلیغات تجاری برای حمایت از زیان‌دیده، حق دادخواهی و درخواست جبران ضرر است. برگرفته از متون دینی می‌توان به اهمیت و جایگاه این نوع نظارت پی برد. در این مقاله به ادله نقلی در باب این جایگاه اشاره خواهیم داشت.

۱-۷. قرآن

در متون دینی همچون کتاب، مسئولیت و نظارت در آیات مختلفی به چشم می‌خورد که در اینجا به چند دسته از آن‌ها اشاره خواهیم داشت؛ آیاتی که به وجود مسئولیت

۱. «مَنْ بَاعَ وَاشْتَرَى فَلْيَحْفَظْ حَمْسَ خِصَالٍ، وَإِلَّا فَلَا يَشْتَرِيَنَّ وَلَا يَبِيعَنَّ؛ الرَّبَا وَالْحَلْفَ وَكَيْفَ الْمَانَ الْعَيْبِ وَالْحَمْدَ إِذَا بَاعَ وَالذَّمَّ إِذَا اشْتَرَى»؛ [امام صادق علیه السلام به نقل از پیامبر خدا صلی الله علیه و آله]: هر شخصی که به خرید و فروش اشتغال دارد، باید پنج خصلت و ویژگی را [در کسب و کار] رعایت نماید، وگرنه نباید به خرید و فروش پردازد؛ [این پنج خصلت عبارت‌اند از]: ربا، سوگند، پنهان کردن عیب، تعریف و تمجید در هنگام فروش و تبلیغات و بدگویی به هنگام خرید کالا.

فردی در جامعه و روابط اجتماعی اشاره دارند (برای نمونه ر.ک: انعام/ ۱۶۴؛ مدثر/ ۳۸).

۱- آیاتی که به حرمت تعدی نمودن به حقوق ثالث اشاره دارند (برای نمونه ر.ک: بقره/ ۱۸۸؛ نساء/ ۲۹).

۲- آیاتی که به ضرورت تناسب جرم و مجازات (مجازات یا ضمان) اشاره دارند (برای نمونه ر.ک: بقره/ ۱۹۴؛ نحل/ ۱۲۶؛ شوری/ ۴۰).

۲-۷. سنت

سیره نبوی و علوی، برگرفته از آیات نورانی قرآن کریم بوده و روش اهل بیت و پیامبران الهی علیهم‌السلام تأکید بر وجوب نظارت و ضمان حکومت بیان شده است که مهم‌ترین آن حدیث «لاضرر» است. اگرچه وجود دیدگاه‌های مختلف درباره این حدیث،^۳ دلالت بر ظنی بودن این روایت دارد، اما از نظر فقه‌الشریعه، نفی ضرر در دایره احکام شرعی محل اجماع است. این نفی بدین معنا نیست که اساساً ضرری در احکام اعم از تکوینی یا تشریحی وجود ندارد، بلکه ضرر در نظام خلقت ممکن است وجود داشته باشد، اما تکالیف شرعی در دایره احکام ضرری قرار نمی‌گیرند و مکلفان بابت ترخص از تکلیف ضرری، عقوبت نخواهند شد. ضرر در معاملات دو چهره ضرر مالی و نفسانی دارد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۹۱)؛ یعنی اگر وجود تبلیغات در معامله به هر دلیل اعم از خلاف واقع بودن یا گمراه کننده بودن، باعث ضرر به مشتری و مصرف کننده و نقض نظم عمومی جامعه گردد، توقف پخش آگهی تبلیغاتی و ارجاع آگهی دهنده به ضابطان قضایی و ناظران بر تبلیغات برای مستندسازی و دادرسی، حداقل بُعد نظارتی حکومت خواهد بود. تبلیغات اگر صرفاً با وصف اطلاع‌رسانی باشد و بدانیم که از عدم اطلاع‌رسانی درباره موضوعی خاص، زیانی ایجاد خواهد شد، با استناد به قاعده لاضرر می‌توان به وجوب آن تبلیغ برای جلوگیری از ضرر حکم نمود. شاید این گفته

۱. «هیچ شخصی جز به زیان خود گناهی مرتکب نمی‌شود و گناه دیگری را هم به دوش نخواهد کشید».

۲. «و جزای بدی، مانند آن بدی است».

۳. برای آگاهی از دیدگاه محدثان و فقهای امامیه درباره معنای این حدیث ر.ک: حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ (ایشان در این رساله به هفت دیدگاه اشاره می‌کند)؛ نیز برای آگاهی از سایر دیدگاه‌ها ر.ک: عبار، ۱۹۹۹: ۵۲۲ به بعد.

درست باشد که تعهدات این وجوب ناشی از قاعده لاضرر مطلق نیست، بلکه اطلاع‌رسانی خود رفتاری ضمان‌آور است. پس اعمال قاعده لاضرر به صورت مطلق در همه جا امکان‌پذیر نیست (مددی، ۱۳۸۸: ۸۴). بنابراین زیان باید نامتعارف و غیر قابل اغماض باشد، وگرنه زیان «متعارف» تعهدآور برای جبران زیان نمی‌باشد.

۸. راهیافت‌های فقهی در تبلیغات

در منابع فقهی، راهکارهایی برای پیشگیری و مقابله با تبلیغات خلاف واقع یافت می‌شود که تحت عنوان نهاد «تسعیر» و «حسبه» از باب ضمان حاکمیتی می‌توان در دو قسمت زیر بررسی کرد:

۸-۱. ملاک‌های شرعی در نظارت بر تبلیغات

آیین‌های دادرسی در نظام قضایی ایران باعث شده که به طور عمده، اقامه دعوی خسارت ناشی از تبلیغات خلاف واقع در پیچ و خم دادرسی، کمتر به نتیجه مطلوب برسد یا به سبب نداشتن تحلیل اقتصادی در برخی موارد، روند ارجاع مطالبه خسارت و وصول آن در محاکم ایران، فاقد منفعت عقلایی و مالی تلقی شود. به همین سبب باید از قوانین خودتنظیمی برای حقوق مشتری و نظام‌سازی فرهنگ و اصول تبلیغات در معاملات، که نقطه تلاقی مشتری با عرضه‌کننده محصولات و پخش‌کننده تبلیغات است، استفاده نمود. شارع مقدس نگاه دقیقی به روابط اجتماعی بشر به ویژه دادوستد داشته است؛ برای مثال می‌توان به شرایطی که فقها با استناد به ادله و نصوص روایی و شرعی برای صحت عقد بیع و کار تجاری ذکر کرده‌اند و همچنین به اوامر مولوی و ارشادی بزرگان دین به بازرگانان، اشاره کرد؛ همچنین ضامن قرار دادن سازندگان و پیشه‌وران (اجیر مشترک) نسبت به کالایی که برای تعمیر، اصلاح یا ساختن چیز خاصی از آن، به آن‌ها داده می‌شود.

از همین رو، دو راهکار مهم در فقه پیش روی قانون‌گذار از باب ضمان فقه حکومتی قرار گرفته است که به شرح و بیان آن خواهیم پرداخت.

۲-۸. خودنظارتی شهروندی در تبلیغات

اگرچه در شریعت اسلام، اغلب احکام معاملات به صورت ارشادی و ارجاع آن به سیره عقلا بوده است، لیکن هرآنچه مردم را به درستی (صلاح) نزدیک و از تباهی (فساد) دور سازد، قید «شرعی» بر آن اطلاق خواهد شد؛ به این معنا که ولی فقیه باید در ابلاغ سیاست‌گذاری‌های کلان، اصول و مقاصد شریعت را به کارگزاران متذکر شود و خود ناظر باشد؛ وگرنه نمی‌توان به چنین حکومتی لقب شرعی داد. سیاست شرعی از طریق دخالت دولت در فعالیت‌های اقتصادی، برای حمایت از حقوق مشتری صورت می‌گیرد که می‌توان به دو نمونه از آن اشاره کرد:

اول: تسعیر

یکی از مباحث مهم در تبلیغات، موضوع هزینه تمام‌شده کالا و مسائل مالی آن است. تسعیر در اسلام نهادی بوده که برای نرخ‌گذاری کالا و خدمات از جانب حکومت با هدف تعرفه‌گذاری و تثبیت قیمت کالاهای ضروری و وادار کردن بازاریان به مراعات آن شکل گرفته است. تسعیر، به معنای مشخص نمودن قیمت عادلانه کالاها توسط حکومت، برای مبارزه با حرص و طمع بازرگانان است.

دوم: حسبه

همچنان که از احادیث برمی‌آید، در زمان حیات پیامبر خدا ﷺ نظارت بر توزیع کالا در بازار وجود داشته است و همواره اشخاصی بر امور عرضه و تبلیغ کالا نظارت داشته‌اند. در ادوار بعد، این نظارت به صورت قانونمندتر ادامه یافته و عناوین «مظالم» و «حسبه»، متکفل امور نظارت مستقیم بر قیمت و شیوه تبلیغات کالا بوده‌اند. یکی از وظایف آن‌ها، اجرای قانون تسعیر (نرخ‌گذاری) و نظارت بر تبلیغ و فروش و عرضه کالاها بوده است.

امروزه فقدان تأسیس نهاد تسعیر در جامعه ایران، باعث سودجویی دلالان و برخی تاجران و بازاریان شده است. بی‌شک ضرورتی که امروز نسبت به تشریح قوانین جدید و بسترساز برای تبلیغات در معاملات و تجارت احساس می‌شود، بسیار بیشتر از آن روزگار است، و با توجه به اختیاراتی که فقها در این زمینه برای حاکم اسلامی

برشمرده‌اند، تشریح چنین قوانینی، حتی اگر در تضادِ ظاهری با متون فقهی باشد، ولی در حقیقت تا جایی که به نفع مشتریان و بازگرداندن تعادل به رابطه آن‌ها با تولیدکنندگان باشد، خارج از فلسفه تشریح نخواهد بود.

۹. بروز اشتباه در تبلیغات

اشتباه در تبلیغات به طور عمده در اوصاف کالا و خدمات رخ می‌دهد. پدیده اشتباه و عواقب حقوقی آن در معامله را می‌توان چنین تحلیل نمود: اولاً، در تبلیغات، اشتباه ممکن است نسبت به موضوع معامله ایجاد شود و ثانیاً، اشتباه در تشخیص نمادها و علائم مشابه تجاری در تبلیغات باشد. به هر حال، اشتباه اگر با علم و آگاهی از خلاف واقع بودن اوصاف تبلیغی با اوصاف واقعی و اصلی کالا ایجاد گردد، برخی از فقها قائل به حق فسخ برای مشتری هستند؛ اما اگر مشتری به دلیل قصور خود یا رفتار گمراه‌کننده فروشنده و یا متصدی تبلیغات، دچار اشتباه در موضوع معامله گردد، معامله نافذ نیست. بنابراین اشتباه در تبلیغات، اگر مربوط به رکن اصلی معامله باشد، عقد را باطل می‌نماید. لذا اگر فروشنده اقداماتی در تبلیغات انجام دهد که مشتری در جنس یا اوصاف اساسی مورد معامله دچار اشتباه شود، عقد باطل است؛ حتی اگر اوصاف عرفاً از اوصاف اساسی نباشد، ولی طرفین آن را اساسی قرار داده باشند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۸۷/۲).

۱۰. تبلیغات شرطی و وصفی در معامله

به نظر می‌رسد علایق طرفین معامله را بر مبنای شروط می‌توان در تبلیغات اعمال نمود؛ به گونه‌ای که هم بتوان در تبلیغات بدان تصریح کرد و هم به شکل عرفی و ضمنی مقدر به شرط قرار گیرد. از این رو در معاملات تجاری، عرف اقتضا می‌کند که متعاملین قصد خود را بر سلامت کالای تجاری و تعادل و برابری ثمن آن به طور ضمنی شرط نمایند، هرچند در متن قرارداد به آن تصریح نشود. چنین شروطی به صورت عرفی چارچوب عقد را تنظیم می‌نماید که تصریح به آن در قرارداد هم لازم نیست؛ زیرا اصول اولیه در معاملات، سلامت و ایمنی موضوع معامله است (خورسندیان و چیت‌ساز،

۱۳۹۴: ۱۷۴: شهیدی، ۱۳۸۷: (۴۱).

به طور معمول در معاملات معاوضی، اصل بر سلامت و دست اول بودن مبیع است، مگر در تبلیغات تصریح شود که کالا دست دوم یا دارای عیوب و اشکالاتی است که متناسب با آن از قیمت واقعی کالا کاسته شده است (خورسندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۴؛ عادل و غفاری فارسانی، ۱۳۸۸: ۲۶). بر همین اساس، مبنای بسیاری از اختیارات عقدی به ویژه در بیع را وجود شروط ضمنی می‌دانند (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۳۰۷/۲). افزون بر این می‌توان اختیارات عیب، تخلف وصف و رؤیت را نیز بر مبنای شرط ضمنی، بدون نیاز به تصریح در عقد توجیه کرد (خورسندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۴؛ رفیعی و شجاعی، ۱۳۸۶: ۱۲۵). بنابراین اگر توصیف کالا در تبلیغات با عیب و نقصی همراه باشد، خریدار به استناد خیار عیب می‌تواند معامله را فسخ کند (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۱۱۲/۱). همچنین توازن بین ثمن و مثنی، دلیل دیگری بر استناد به شرط ضمنی است؛ برای نمونه، بسته‌بندهای متنوع محصولات که در تبلیغات برای وصف آن محصول استفاده می‌شود، چنانچه حفظ تعادل و برابری ثمن و مبیع در شکل تبلیغات رعایت نشده باشد، می‌توان حق خیار فسخ را به خاطر عدم تعادل عوضین با نوع بسته‌بندی تبلیغات برای زیان‌دیده در نظر گرفت؛ زیرا خریدار و فروشنده در معاملات به دنبال برابری و حفظ تعادل در عوضین هستند و چنین استدلالی (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۴/۳) نیز مورد تأیید بنای عقلاست. بنابراین هر عقدی به خودی خود مشروط به چنین شرطی است و در صورت کشف عدم برابری و عدم تعادل و توازن در عوضین، شخص مغبون مستحق خیار غبن برای فسخ معامله خواهد بود. در حقوق اسلام، عدم تعادل ارزش عوضین با یکدیگر، تأثیری در اراده ندارد و عقد صحیح واقع می‌گردد؛ ولی در اثر زیانی که متوجه مغبون شده است، متضرر بر طبق قاعده لاضرر می‌تواند با انحلال عقد، جبران زیان خود را بنماید و نمی‌تواند تفاوت ارزش را بخواهد (جعفری لنگرودی، بی‌تا: ۶۶/۳). فروشنده می‌تواند سقف زیان‌های قابل مطالبه در تبلیغات را مشخص و یا با وجه التزام، اندازه مقطوعی را برای غرامت تعیین نماید. افزون بر این دو، با شرط عدم ضمان می‌تواند به طور کلی مسئولیت عامل زیان را از خود سلب نماید. با این حال، گاه در اعتبار این شروط، اثرگذاری آن‌ها و نیز تمایز آن‌ها از یکدیگر اختلاف ایجاد می‌شود که متوجه

مغبون شده است. بر طبق قاعده لاضرر، متضرر با انحلال عقد می‌تواند جبران زیان خود را بنماید و نمی‌تواند تفاوت ارزش را بخواهد.

۱۱. الزامات مبتنی بر نظام حقوقی در تبلیغات

استفاده از اطلاعات گمراه‌کننده در تبلیغات، با دو هدف عمده صورت می‌گیرد؛ گاه برای فریب دادن مشتری نسبت به موضوع آگهی و گاه برای ایجاد جهل و ناآگاهی مشتری از حقیقت کالای تبلیغی. بنابراین در معامله‌ای که به سبب آگهی تبلیغاتی خلاف واقع منعقد شود، شخص زیان‌دیده می‌تواند به استناد قواعد متعدد فقهی همچون قاعده فقهی «غرور»، اقامه دعوی مسئولیت مدنی به طرفیت شخص زیان‌زننده نماید. در تمام نظام‌های حقوقی، مقرراتی را برای تبلیغات گمراه‌کننده و خلاف واقع اعمال می‌نمایند؛ به ویژه انگلستان از دهه ۱۹۶۰ میلادی چنین قانونی را وضع و در دایره تبلیغات پخش و غیر پخش اجرا می‌نماید. این الزامات برای حمایت از حقوق مشتری ایجاد شده و نیازی به اثبات وجود رابطه قراردادی هم نیست. این بحث، طبق قواعد فقهی غرور، اتلاف، اضرار، تعهد و مسئولیت، به خودی خود برای عامل تخلف از تبلیغات ایجاد می‌شود و صرف نقض تعهدات قانونی در تبلیغات است که متعهد را ملزم به پاسخگویی و جبران خسارت به زیان‌دیده می‌کند. در تبلیغات خلاف واقع، مسائلی چون غرور و اضرار، جزو تعهدات غیر قراردادی به شمار می‌آید که نحوه دلالت و استناد آن در تبلیغات را در ادامه تبیین خواهیم نمود.

۱۲. ایجاد غرور در تبلیغات خلاف واقع

یکی از قواعد پرکاربردی که در زمینه تبلیغات خلاف واقع در معامله، قابل توجه و استناد است، «قاعده غرور» می‌باشد. واژه غرور، هم به معنای فریب دادن و حيله و هم به معنای خطر به کار رفته است (لطفی، ۱۳۷۹: ۱۸). اگر کسی با اقدامات فریب‌آمیز در تبلیغات، موجب ضرر به مشتری شود، فریب‌دهنده باید خسارت مزبور را جبران نماید (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۴۴۰/۱)؛ لذا اگر فریب‌دهنده جاهل و یا امر بر او مشتبه شده باشد و یا خودش از ناحیه دیگری فریب خورده باشد، بر او واجب است که ضرر و زیان وارد شده

بر مغرور را پردازد و ضامن خواهد بود. فقهای امامیه، حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غره» را به عنوان مدرک قاعده مورد بحث قرار داده و برخی دیگر، سیره عقلا را بهترین دلیل برای حجیت قاعده غرور می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲۲۴/۱). برای استناد به این قاعده در تبلیغات خلاف واقع، لازم است که جزئیات واقعیت کالا از دید مشتری مخفی بوده باشد؛ لکن لازم نیست که فروشنده از واقعیت آگهی تبلیغی مطلع باشد. به عبارت دیگر، علم و اطلاع مشتری از خلاف واقع بودن آگهی تبلیغی، برای وی حق مطالبه خسارت یا فسخ ایجاد نمی‌کند؛ اما اگر مشتری جاهل و فروشنده عالم به خلاف واقع بودن تبلیغات باشد، چون میان مشتری و فروشنده رابطه حقوقی قراردادی شکل گرفته است و خریدار و فروشنده دو نخ متصل به این قرارداد هستند، در این وضعیت، قاعده غرور برای هر یک از طرفین که علم به خلاف واقع بودن تبلیغات پیدا کند نیز ایجاد حق خواهد نمود. اما چنانچه هر دو جاهل به آن باشند، فروشنده حق رجوع به تعاقب ایادی را خواهد داشت. به باور فقیهان، شخص غارّ باید خسارت و زیان وارده به مشتری را جبران نماید و خود او نیز برای بازپس‌گیری خسارت می‌تواند به تولیدکننده رجوع نماید (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۴۴۱/۱).

۱۳. انواع ضررهای احتمالی به مشتری در تبلیغات خلاف واقع

در حقوق ایران، تبلیغات خلاف واقع می‌تواند به اموال یا ابدان آسیب وارد سازد. این نوع تبلیغات برای مشتریان و مخاطبان اثرات زیان‌آور و خسارت‌بار دارد. خسارت‌زایی است که به طرق گوناگون وارد زندگی اجتماعی انسان می‌شود. این زیان ممکن است به تمامیت جسمی، روحی، اموال و آبرو آسیب بزند. بخشی زیادی از این خسارت‌ها قابل پیشگیری و کنترل است و بخشی دیگر، ناشی از حوادث قهری یا به اصطلاح فقهی، آفات سماوی خواهد بود. در هر حال، خسارت و زیان در حقوق نفی شده و مستندات زیادی برای این حکم از سوی فقیهان ذکر گردیده است. تبلیغات خدمات بهداشتی و پزشکی، از حساس‌ترین بخش‌های تبلیغ در معاملات است؛ زیرا موضوع سلامت جسم و روان انسان در میان است و اگر این موضوع مورد مراقبت قرار نگیرد، نظام اجتماعی را با چالش روبه‌رو خواهد ساخت. از این رو در بیشتر نظام‌های

حقوقی، به قوانین مربوط به تبلیغات در حوزه سلامت و بهداشت توجه خاصی شده است، به گونه‌ای که بیشترین اصول و مواد قانونی مربوط به این حوزه است. در ایران نیز مسئولیت‌های حقوقی تبلیغات، متوجه پزشکان و کادر درمان و همچنین عرضه‌کنندگان محصولات خدمات سلامت قرار داده شده است. این مسئولیت‌ها ناشی از ارائه خدماتی است که از طریق تبلیغات به جامعه تزریق شده و ممکن است سبب بروز صدمات جسمی و خسارات بدنی به مصرف‌کننده شود. با فرض اینکه مؤسسه تبلیغاتی، مجوزهای قانونی برای تبلیغ محصول آرایشی یا بهداشتی را کسب و اقدام به بازاریابی و فروش آن محصول نماید و یا اینکه تبلیغات خدمات پزشکی، مشتری را به سمت درمانگاه یا مطبی که موضوع خدمات بوده جذب نماید، و در اثر این خدمات و نحوه استفاده از آن، صدمات بدنی به شخص خدمات‌گیرنده وارد آید، میزان تشخیص خسارت و جبران آن چگونه خواهد بود و مسئولیت ضمان خدمات، متوجه کدام یک از طرفین می‌باشد؟ در مباحث مسئولیت مدنی، خسارات به دو حوزه مادی و معنوی تعلق می‌گیرد (حسینی، بی‌تا: ۴۳۵-۴۳۶). خسارت معنوی در این بحث می‌تواند رنج ناشی از صدمه جسمی و تضییع سلامت و تلف شدن روحیه نشاط و خوشحالی در زندگی عادی و از دست رفتن زیبایی و همه مسائل مربوط به امور کیفی و کمی جسم را شامل گردد. از این رو برای تقویم خسارات معنوی به واحد پول، مقدار اندازه‌گیری مشخصی متصور نمی‌باشد. شخص زیان‌دیده از خدمات که به آسیب و صدمه جسمی دچار شده است، متحمل دو نوع هزینه و خسارت در زندگی گردیده است؛ یکی هزینه‌های درمان و ضرر مالی ناشی از کارافتادگی و دیگری زیان و خسارت غیر مالی که امروزه تحت عنوان خسارت معنوی تعبیر می‌شود. لذا خسارت‌های مالی و غیر مالی ناشی از تبلیغات خدمات در بخش پزشکی و سلامت را در ادامه مباحث، بررسی و واکاوی خواهیم نمود. تبلیغات در معاملاتی که موضوع آن مواد غذایی و خوراکی، یا لوازم بهداشتی و دارویی است، می‌تواند فواید و مضراتی در چگونگی استفاده از آن ایجاد نماید. معمولاً خسارت و زیان در جایی است که مضرات استفاده از کالا و خدمات در زندگی به شخص آسیب وارد نموده باشد، وگرنه در خصوص فواید کالا و خدمات، موضوع خسارت و زیان منتفی است. با این حال، خسارت ناشی از به کارگیری

کالا و خدمات در اثر تبلیغات، بخشی از آسیبی است که ابتدا به جسم و بدن شخص وارد می‌شود و آنگاه شخص زیان‌دیده برای علاج و ترمیم صدمات فوق ناچار است هزینه‌های مالی و غیر مالی را متحمل شود. این هزینه‌های مالی را در قالب خسارات مادی و هزینه‌های غیر مالی را در قالب خسارت معنوی تحلیل کرده‌اند. خسارت معنوی به آن دسته از تألمات روحی و روانی ناشی از صدمات جسمی اطلاق می‌شود که به طور مستقیم جنبه مالی و اقتصادی ندارد، ولی گاهی برای علاج و درمانش نیاز به صرف مخارج هنگفت مالی خواهد بود. گاهی تبلیغات باعث کاهش اعتماد مشتری می‌شود؛ مانند تبلیغات نادرست و گمراه‌کننده‌ای که با شبیه‌سازی علامت و نام تجاری کالای اصلی، کالای غیر اصل و نامرغوب به مشتری ارائه می‌شود و مشتری به اعتبار نام و نشان تجاری در تبلیغات، معامله‌ای در موضوع دارو، غذا یا لوازم بهداشتی انجام می‌دهد و بعد از استفاده از آن محصولات، نه تنها متحمل ضرر مالی ناشی از پرداخت ثمن کالای اصلی می‌شود، بلکه دچار عوارض و بیماری‌های جسمی و روحی می‌شود که صدمات فراوانی به وی وارد می‌سازد. شاهد مثال دیگر این بحث در صنایع خودروسازی و لوازم خانگی مشهود است. در حقوق تبلیغات و در بحث خسارات ناشی از آن، آیا قوانینی در ایران و انگلستان وجود دارد که بتواند حمایت‌های مادی و معنوی را پوشش دهد؟ گرچه خسارات مالی قابل اندازه‌گیری است، ولی در اکثر نظام‌های حقوقی، خسارت‌های معنوی را نمی‌توان اندازه‌گیری نمود (زارع، ۱۳۹۰: ۱۱۷) و از همین رو، برخی معتقد به عدم ضمان خسارت معنوی در صدمات بدنی هستند. هرچند در قوانین جزایی ایران، نهاد مالی دیه در امور کیفری، نوعی مصداق جبران خسارت برای شخص زیان‌دیده از صدمات وارده یا مجنی‌علیه است و قانون اساسی ایران موضوع زیان معنوی در خسارت را بیان نموده است، اما در قوانین شکلی و ماهوی جزایی همچون قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، سخنی از مجازات‌های مالی ناشی از خسارت معنوی به میان نیامده بود تا اینکه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۳، خسارات معنوی و لزوم جبران آن در ردیف سایر خسارت‌ها به رسمیت شناخته شد و قابل وصول و مطالبه گردید. اگرچه ناهماهنگی بین قوانین شکلی و ماهوی جزایی در تبیین خسارت معنوی مشهود به نظر می‌رسد، اما به هر صورت، خسارت

معنوی در قوانین عمومی ایران قابل مطالبه و به رسمیت شناخته شده است. اما نحوه تشخیص و تسجیل میزان خسارت، بنا به عوامل زیادی همچون جنسیت، شخصیت، سن و موقعیت‌های اجتماعی متفاوت خواهد بود و ارجاع به نظر کارشناسی ملاک عمل است. لیکن همین مقدار که چنین خسارتی اساساً قابل مطالبه است نیز امری مبارک برای نظام قانون‌گذاری ایران خواهد بود. در ایجاد اسباب خسارت ناشی از تبلیغات، هرچند اتلاف و ضرر به صورت مستقیم دخالتی ندارد، ولی به شکل تبلیغ اقناعی باعث می‌شود که مشتری از تبلیغات خلاف واقع، دچار ضرر و زیان گردد. از این رو، تسبیب جزئی از اتلاف است که عامل اصلی خسارت، ضامن جبران ضرر زیان‌دیده خواهد بود (خوردنیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۸۰؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۴۶/۲۷).

۱۴. ایجاب الزام‌آور در تبلیغات

امروزه یکی از روش‌های مؤثر در تبلیغات، تعیین جایزه و وعده اعطای آن در قبال خرید مضاعف کالا است. فرصت برنده شدن جایزه ممکن است تأثیر مهمی در تصمیم مشتری برای خرید چنین کالاهایی داشته باشد. از این رو در بسیاری از مراکز تجاری برای ارتقای فروش، محصولات را با وعده قرعه‌کشی جوایز ارزنده و بسته‌های تشویقی همچون جشنواره‌های تخفیف کالا تبلیغ می‌کنند. حال پرسش آن است که ایجاب در چنین معاملاتی که متضمن وعده جایزه در تبلیغات است، عرضه‌کنندگان محصولات را تا چه اندازه متعهد به الزام ایجابی می‌نماید و در صورت عدم ارائه جایزه و خلف وعده، آیا مشتری می‌تواند طرف مقابل را ملزم به تعهد ایجابی نماید؛ برای نمونه، اپراتور همراه اول در طرح‌های مختلفی، بسته‌های تخفیفی و جایزه به مشترکانش ارائه می‌دهد و مشتری به خاطر چنین جوایزی، اقدام به شرکت در طرح‌های مزبور می‌کند. حال اگر اپراتور همراه اول به تعهد خود عمل نکرد، آیا مشتری حق دارد که اپراتور همراه اول را به تعهد ناشی از ایجاب ملزم خود الزام نماید؟ در فقه امامیه باید میان ایجاب و قبول توالی عرفی باشد (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ج ۴). در نتیجه موجب قبل از دریافت قبول می‌تواند از ایجاب خود رجوع نماید. فقها (تستری، ۱۴۰۶: ج ۷) در خصوص یک‌طرفه بودن تعهد موجب اختلاف نظر دارند. برخی فقها (عاملی جعی، ۱۴۱۰: ج ۱۰) معتقدند که به صرف

انشاء ایجابی، آثار تعهدات عقد ایجاد می‌شود. حقوق دانان در پذیرش چنین الزامی برای ایجاب، شک و تردید دارند. تعیین جایزه و قرعه‌کشی در خرید بیشتر یا تخفیف‌های فروش، از شیوه‌های رایج در تبلیغات و بازاریابی در معاملات است.

ایجاب ملزم در تبلیغات، در بحث قرعه‌کشی جوایز تبلیغات کالا و خدمات مطرح است. فقیهان در خصوص یک‌طرفه بودن تعهد موجب در عقد اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند که به صرف انشاء ایجابی، آثار تعهدات ایجاد می‌شود و ایجاب ملزم، ایجابی است که بدون پیوستن قبول به آن، منشأ تعهد باشد (خورسندیان و جیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۷؛ قنوتی، ۱۳۸۳: ۲۶۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۸/۲). به نظر می‌رسد چنین ایجابی در نظام‌های حقوقی دنیا، اگرچه تحت شرایطی به صورت محدود پذیرفتنی باشد، اما در ایران تا کنون برای الزام‌آور دانستن ایجاب بدون قبول و ایقاع تلقی نمودن آن، ظن و گمان‌هایی وارد شده است. شاید بتوان در باب قرعه‌کشی فقط به صورت موجز، اثر ایجاب الزام‌آور را پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۲۲). با این حال، به نظر می‌رسد که بتوان بحث قرعه‌کشی جوایز تبلیغی را به عنوان مصادیقی از ایجاب الزام‌آور پذیرفت. اصول تبلیغات و بازاریابی در معاملات، دادن امتیازهای خاص به مشتری همچون قرعه‌کشی و وعده‌های ایجابی است. برای قرعه‌کشی جوایز در معاملات، دو حالت قابل تصور است؛ در یک حالت، فروشنده از ابتدا اعلام می‌کند که هر خریدی از این فروشگاه با اهداء جوایز تبلیغی به قید قرعه همراه خواهد بود، و در حالت دیگر، کسانی که تا سقف مشخصی کالا خریداری کنند، در قرعه‌کشی شرکت داده خواهند شد. این شیوه را می‌توان با وعده به پاداش مطابقت داد که به نوعی مانند احکام جعاله است و عمل وعده‌دهنده ایجاب آن است.

۱۵. تحصیل مال نامشروع^۱ در تبلیغات خلاف واقع

تبلیغات خلاف واقع سبب تحصیل مال نامشروع و آثار آن در معامله خواهد شد. با استفاده از ادله نقلی و عقلی در فقه می‌توان قاعده «اکل مال به باطل» را مستند

۱. استیفای نامشروع یا استفاده بدون جهت در حقوق کشورهای عربی به «الإثراء بلا سبب»، یعنی دارا شدن بدون سبب یا استفاده بدون جهت، تعبیر شده است (سنه‌وری، ۱۹۵۸: ۱۱۰۳/۱ به بعد).

نامشروع بودن تبلیغات خلاف واقع برای چنین معاملاتی دانست^۱ (خورسندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۸؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۵/۶؛ حژ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۷-۱۶۶/۱۷ و ۳۲۵/۱۸). بعضی از آیین‌های تبلیغاتی در جامعه نیز بر خلاف قواعد اخلاقی، به مقایسه کالاها یا مشابه در آگهی‌ها مبادرت می‌نمایند که برخی از این آگهی‌های مقایسه‌ای بعضاً به تحریف کالا و خدمات رقبای تجاری می‌پردازند یا از علامت تجاری متعلق به دیگران بدون رضایت استفاده می‌نمایند و حقوق معنوی صاحبان رعایت نمی‌شود، که در این صورت، در حکم اکل مال به باطل تلقی خواهد شد. همچنین ممکن است تولیدکننده یا عرضه‌کننده برچسب‌هایی را برای کالاها و خدمات خود ارائه نماید که گمراه‌کننده باشد؛ به گونه‌ای که مشتری را نسبت به علائم تجاری مشابه یا قیمت اصلی آن فریب دهد. این امر به شیوه‌های گوناگون صورت می‌پذیرد.

در تبلیغات برای کاهش هزینه‌های طراحی آگهی، عموماً از الگوهای مشابه برای بازاریابی استفاده می‌شود. این عمل سبب گمراه نمودن مصرف‌کننده نسبت به کالای اصلی که برای مشتری نام‌آشنا بوده است، می‌شود. بنابراین چنانچه این نوع الگوهای تصویربرداری شده از کالای اصلی، باعث گمراه شدن مشتریان آن کالا شود و اعتبار کالای اصلی به کالای غیر اصلی منتقل شود، به نحوی که فروش محصول جدید با برچسب مشابه قبلی افزایش یابد، این نوع تبلیغات نامشروع خواهد بود (خورسندیان و چیت‌ساز، ۱۳۹۴: ۱۷۸؛ کرد زعفرانلو کامبوزیا و شاهنواز، ۱۳۸۳: ۷۵).

بنابراین اگر جعل یا سوءاستفاده از علائم مشابه تبلیغاتی، موجب کاهش مشتریان آن محصول شود، به استناد نامشروع بودن تبلیغات، زیان‌دیده حق اقامه دعوی خسارت و توقیف پخش آگهی مذکور را از نهادهای قضایی خواهد داشت.

بر اساس آنچه بیان شد، چنانچه در اثر تبلیغات، وصفی ناروا و مخالف با حسن نیت، از جمله جعل یا سوءاستفاده از علائم تجاری یا شیوه‌نمایش یا شعارهای تبلیغاتی، مشتریان یک ارائه‌کننده محصول کاهش یابند یا در معرض از بین رفتن باشند، وی می‌تواند با استناد به تحصیل مال نامشروع، خواستار توقف عملیات یادشده شود و زیان وارده را مطالبه نماید.

۱. قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» برگرفته از آیات قرآن است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم مِّنْ بَيْنِكُمْ بِالْبَاطِلِ» (نساء / ۲۹؛ نیز ر. ک. بقره / ۱۸۸؛ نساء / ۲؛ توبه / ۳۴).

نتیجه‌گیری

فقیهان موضوع تبلیغات خلاف واقع در معاملات را تحت مباحث «تزیین المتاع»، «مدح السلعه» و «کتمان العیب» در بیع مطرح نموده‌اند. تزیین یا مدح در تبلیغات که از طریق تمجید شخص ثالث از کالای دیگری اتفاق می‌افتد، به خودی خود ضمان‌آور نیست؛ اما اگر به نحوی انجام شود که سبب تدلیس یا اضرار به دیگری شود، از آن جهت ممنوع است. تبلیغات در صورت به اشتباه انداختن مشتری ضمان‌آور است؛ به ویژه اگر اشتباه در موضوع معامله باشد. همچنین به موجب شروط یک قرارداد که ممکن است از اظهارات تبلیغاتی برآید، خیار اشتراط یا وصف و یا رؤیت برای مشتری ایجاد می‌شود. همچنین جهل به واقعیت از سوی مخاطب در تبلیغات شرط است و به بیان دیگر، مخاطب باید جاهل به تبلیغ گمراه‌کننده و خلاف واقع تلقی گردد و فریب آن را خورده باشد. ضمان حکومت و تقویت نهاد حسبه و تسعیر، جزو راهکارهای فقهی بودند که مبانی آن‌ها با ادله نقلی کتاب و سنت مورد ارزیابی قرار گرفتند. در نتیجه تبلیغات خلاف واقع، اثر نامشروع در نفس معامله گذاشته و سبب بطلان عقد می‌گردد. البته حقوق مدنی و نظر مشهور فقیهان، بر بطلان ناشی از انگیزه و جهت نامشروع بودن دلالت دارد؛ ولی به اعتقاد نگارندگان و نظر غیر مشهور، احراز و کشف انگیزه و داعی، امری نفسانی است، فلذا در تبلیغات نمی‌توان آن را مستمسک قرار داد.

کتاب‌شناسی

۱. ابراهیمی، سید نصرالله، تحلیل حقوقی از مسئولیت در قبال ارائه کالای معیوب و حمایت از مصرف‌کنندگان، سخن سمت، شماره ۱۱، ۱۳۸۲ ش.
۲. اراکی، محمدعلی، الخیارات، قم، در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
۳. اسماعیلی، محسن، حقوق تبلیغات بازرگانی در ایران و جهان، تهران، نشر شهر، ۱۳۸۵ ش.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۶. ترحینی عاملی، سید محمد حسن، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۷. تستری (شوشتری)، محمد تقی، التُّجعة فی شرح اللمعة، تهران، کتابفروشی صدوق، ۱۴۰۶ ق.
۸. جابری، عصمت‌الله، حقوق مصرف‌کننده، اصفهان، دادیار، ۱۳۸۶ ش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. حسینی سیستانی، سیدعلی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم، دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
۱۲. حسینی شیرازی، سید محمد، ایصال الطالب الی المکاسب، تهران، اعلمی، بی‌تا.
۱۳. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حسینی واسطی زبیدی، محب‌الدین سید محمد مرتضی بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. خورسندیان، محمدعلی، و فاطمه چیت‌ساز، «مبانی مسئولیت ناشی از تبلیغات بازرگانی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و پنجم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۱۶. رفیعی، محمد تقی، و کیوان شجاعی، «تأملی فقهی - حقوقی در شرط بنای تبلیغی در ایقاعات»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال دوم، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۷. زارع، مریم، تعهد به دادن اطلاعات در نظام حقوقی ایران و کامزن لو، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۰ ش.
۱۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ نظریة الالتزام بوجه عام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۸ م.
۱۹. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی - جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۶ ش.
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۱. عادل، مرتضی، و بهنام غفاری فارسانی، «حق مصرف‌کنندگان در برخورداری از محصولات ایمن»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، سال سیزدهم، شماره ۵۱، تابستان ۱۳۸۸ ش.
۲۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق سید محمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۳. همو، فوائد القواعد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۴. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

۲۵. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *اللمعة الدمشقية في فقه الامامية*، بیروت، دار التراث، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.

۲۶. عبار، سعد خلیفه، *ضمان عیوب المبیع فی ضوء مقاصد الشریعة؛ دراسة فقهیة مقارنة*، بنغازی، جامعة قاریونس، ۱۹۹۹ م.

۲۷. قنواتی، جلیل، *مطالعة تطبیقی ایجاب و قبول*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ش.

۲۸. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی - ایقاع*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.

۲۹. کرد زعفرانلو کامبوزیا، عالیہ، و حمیدرضا شاهنواز، «بررسی واژگانی آگهی‌ها و تبلیغات بازرگانی»، *دوماهنامه بررسی‌های بازرگانی*، شماره ۹، آذر و دی ۱۳۸۳ ش.

۳۰. لطفی، اسدالله، *موجبات و مستقطات ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران*، تهران، مجلد، ۱۳۷۹ ش.

۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنواتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پورفرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد دوم (توافق اراده‌ها، شرایط متعاقدان و مورد معامله)*، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.

۳۲. مددی، صادق، *مسئولیت مدنی تولیدکنندگان و فروشندگان کالا*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.

۳۳. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۰ ش.

۳۴. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، تهران، میعاد، ۱۴۲۴ ق.

۳۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمدحسن، *القواعد الفقهیه*، نجف، مکتبه الآداب، ۱۳۹۱ ق.

۳۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *البیع*، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.

۳۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲ ش.

