

Research Paper

Conditions of conclusion governing stock market transactions and crimes against it

Davood Muostafazadeh ¹  Saeed Jafari ²

1- Assistant Professor, Department of Financial management, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2- Graduated from Master's, Department of Criminal law and criminology, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran.

Receive:

2 July 2024

Revise:

6 September 2024

Accept:

16 September 2024

Published online:

21 September 2024




Abstract

The establishment of the stock exchange in each region represents a stage of economic growth and development and one of the important factors to achieve the goals of macroeconomics. The stock exchange is the most important pillar of capital distribution in the economy of developing and developed countries, on the one hand with Collecting savings has created a safe environment for investment, and economic units say that by attracting this capital, they can improve the economic structure, increase income and national and regional production, expand employment, reduce inflation, and improve social and individual well-being. provide and help economic development by increasing efficiency on the one hand, and on the other hand, provide the means to increase the wealth of investors in this field. Economic development requires that all economic sectors, through aligned and coordinated planning and appropriate mechanism provided the basis for the optimal allocation of resources. Therefore, the quality of activity of the commodity exchange market can play a significant role in achieving this goal. Therefore, the rules governing the formation of stock exchange transactions have special conditions, which the author seeks to analyze and review these conditions. In this way, it can be said that stock exchange transactions are one of the ceremonial contracts, for which, in addition to the general conditions of correctness of the transactions, Article 190 of the Civil Code has been stated, the specific conditions and formalities of the stock market must also be observed. Also, stock exchange transactions are governed by principles such as the principle of competition, the principle of information transparency, the principle of prohibition of the use of confidential information and the principle of supervision. Compliance with these formalities and principles is to the extent that Clause 2 of Article 1 of the Stock Exchange Transaction Regulations stipulates this; "Each transaction is confirmed if it is approved by the stock exchange.

Keywords:

Quiddity,
basics and relic,
stock market transactions,
Imami jurisprudence,
subject law.

Please cite this article as (APA): Muostafazadeh, D, Jafari,S.(2024). Conditions of conclusion governing stock market transactions and crimes against it. *Journal of Business law and economics*, (1) 1, 150-168.

Sponsored by: Institute of Somamos Publications	https://doi.org/10.22034/jble.2024.208391	
Corresponding Author: Davood Muostafazadeh	https://orcid.org/0000-0003-1051-3590	
Email: D.Muostafazadeh@iau.ac.ir	This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License .	



مقاله پژوهشی

شرایط انعقاد حاکم بر معاملات بورس و جرایم علیه آن

داوود مصطفی زاده^۲  سعید جعفری^۱

۱- استادیار گروه مدیریت مالی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲- دانش آموخته کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران.

چکیده

تاسیس بورس در هر منطقه نشان دهنده یک مرحله از مراحل رشد و توسعه اقتصادی و یکی از عوامل مهم جهت تحقق اهداف اقتصاد کلان اقتصادی می باشد. بورس مهم ترین رکن توزیع سرمایه در اقتصاد کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته می باشد، از یک طرف با جمع آوری پس اندازها محیط امنی برای سرمایه گذاری ایجاد کرده است و واحدهای اقتصادی می توانند با جذب این سرمایه زمینه را برای بهبود ساختار اقتصادی، افزایش درآمد و تولید ملی و منطقه ای، گسترش میزان اشتغال زایی، کاهش تورم و بهبود رفاه اجتماعی و فردی را فراهم نموده و با افزایش بازدهی از طرفی به توسعه اقتصادی کمک کرده و از سوی دیگر موجبات افزایش ثروت سرمایه گذاران در این زمینه را فراهم نماید. توسعه اقتصادی مستلزم این است که تمامی بخش های اقتصادی، از طریق برنامه ریزی همسو و هماهنگ و مکانیزم مناسب، زمینه را برای تخصیص بهینه منابع فراهم آورد. از این رو کیفیت فعالیت بازار بورس کالا می تواند نقش به سزایی در رسیدن به این هدف ایفا نماید. پس قواعد حاکم بر تشکیل معاملات بورس اوراق بهادار شرایط خاصی دارد که نگارنده در پی تحلیل و بررسی این شرایط است. این گونه می توان گفت که معاملات بورس اوراق بهادار، از جمله عقود تشریفاتی است که برای تشکیل آن علاوه بر شرایط عمومی صحت معاملات که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی بیان شده است، شرایط اختصاصی و تشریفات بورس نیز باید رعایت شود. همچنین، معاملات بورس تحت حاکمیت اصولی از جمله اصل رقابت، اصل شفافیت اطلاعاتی، اصل ممنوعیت استفاده از اطلاعات نهانی و اصل نظارت انجام می شود. رعایت این تشریفات و اصول تا جایی است که بند ۲ ماده ۱ آیین نامه معاملات بورس اوراق بهادار چنین مقرر می دارد: «هر معامله در صورتی قطعیت می یابد که به تأیید بورس برسد.

تاریخ دریافت:

۱۴۰۳/۰۴/۱۲

تاریخ بازنگری:

۱۴۰۳/۰۶/۱۶

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۳/۰۶/۲۶

تاریخ انتشار آنلاین:

۱۴۰۳/۰۶/۳۱

کلید واژه ها:

ماهیت،

مبانی و آثار،

معاملات بورس،

فقه امامیه،

حقوق موضوعه.

لطفاً به این مقاله استناد کنید (APA): مصطفی زاده، داوود؛ جعفری، سعید. (۱۴۰۳). شرایط انعقاد حاکم بر معاملات بورس و جرایم علیه آن، *دانشنامه حقوق کسب و کار و اقتصاد*، ۱(۱) ۱۵۰-۱۶۸.

	https://doi.org/10.22034/jble.2024.208391	تحت حمایت: موسسه انتشاراتی ساماموس
	https://orcid.org/0000-0003-1051-3590	نوسنده مسئول: داوود مصطفی زاده
	این مقاله تحت شرایط قابل باز نشر است. https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.fa	ایمیل: D.Muostafazadeh@iau.ac.ir



مقدمه

معاملات بورس اوراق بهادار در مرحله اول موضوع حقوق خصوصی است، اما توزیع نابرابر اطلاعات در بورس و وجود وضعیت اطلاعات نامتقارن، خطراتی مانند دستکاری بازار و ریسک‌پذیری این معاملات، نهادهای حقوق خصوصی (مانند بطلان یا فسخ قرارداد، الزامات خارج از قرارداد) را در حمایت از طرف ضعیف‌تر ناکارآمد کرده و به ظهور مقرراتی در زمینه معاملات اوراق بهادار منجر شده، که اساساً با مقررات حقوق قراردادهای از نظر هدف و وسیله متفاوت است. از جمله اینکه معاملات بورس اوراق بهادار صرفاً از طریق کارگزاران انجام می‌شود. این از ویژگی‌های منحصر به فرد معاملات بورس است که در آن طرفین حتی با داشتن اهلیت کامل نمی‌توانند به صورت مستقیم با هم وارد معامله شوند، بلکه باید از طریق کارگزار - که متخصص و آشنا به قواعد و مقررات بورس است - مبادرت به انجام معامله نمایند.

در قواعد عمومی قراردادهای حاکمیت اراده طرفین پذیرفته شده است و آزادی قراردادی راه عادلانه‌ی تأمین نظم در روابط مالی مردم است، به همین جهت در اقتصاد آزاد قانونگذار ترجیح می‌دهد به جای وضع قاعده برای تمامی روابط قراردادی توافق اشخاص را محترم شمرد و تنها در مواردی که نظم عمومی و منافع جامعه ایجاب می‌کند، این آزادی را محدود کند. قراردادهای طرفین هم به حکم اصل نسبی بودن قراردادهای جز در موارد خاص تأثیری در حقوق اشخاص ثالث ندارند. در این میان بورس یک بازار متشکل و رسمی است که در آن معاملاتی مانند اوراق بهادار از قبیل سهام شرکت‌ها و اوراق مشارکت در بورس اوراق بهادار، مواد خام و اولیه مانند فلزات در بورس کالا و مشتقات نفتی، برق و ذغال سنگ در بورس انرژی تحت ضوابط و قوانین خاصی منعقد می‌شود. در بازارهای بورس ویژگی‌هایی از قبیل اجتماع طیف وسیعی از معامله‌گران، پیچیدگی، تخصصی، رقابتی و تشریفاتی بودن معاملات، تضاد منافع فعالان مختلف بازار، لزوم سرعت در معاملات، منظم و انحصاری بودن نسبی بازارها حاکم است. همچنین معاملات از طریق سیستم مکانیزه و نرم‌افزاری بورس انجام می‌پذیرد. گرچه در قواعد عمومی قراردادهای با رعایت شروط صحت و اصول متعارف حاکم بر معاملات، زمینه حصول تراضی و انعقاد معامله فراهم می‌گردد، اما ویژگی‌های معاملات و بازارهای بورس موجب شده است که قواعد عام قانون مدنی و دیگر مقررات، برای تنظیم معاملات بورس کافی نباشد. به بیان دیگر، تفاوت‌های عمده بین معاملات بورس با سایر معاملات اقتضا می‌کند که اصول و قواعد خاصی بر معاملات بورس حاکم باشد. اصل شفافیت بازار بورس، اصل رقابت منصفانه در معاملات بورسی، اصل نظارت، اصل تشریفاتی بودن معاملات و لزوم حل و فصل اختلافات حرفه‌ای بازار سرمایه از طریق هیأت داور بورس اصولی است که خاص این نوع معاملات هستند.

۲- شرایط انعقاد معاملات بورسی

معاملات اوراق بهادار تحت شرایط خاصی منعقد می‌گردند و دارای سازوکارهای خاصی هستند، از یکسو باید مراحل ویژه‌ای جهت انعقاد معاملات طی شود، از سوی دیگر اوراق بهادار باید تنها در بازار بورس مورد معاملات قرار گیرند، از سوی دیگر باید تنها از جانب کارگزاران اقدام به خرید و فروش اوراق بهادار صورت پذیرد، از طرفی این معاملات باید توسط بورس به تأیید برسند و در نهایت نباید با استفاده از اطلاعات پنهانی مورد معامله قرار گیرند. در این قسمت هر یک از شرایط را مختصراً تشریح خواهیم نمود:



۲-۱- مراحل و چگونگی انجام معاملات

بر اساس ماده ۹ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹ هیات مدیره سازمان بورس و ماده ۲ آیین نامه معاملات در بورس اوراق بهادار تهران ۱۳۸۵ مصوب شورای عالی بورس، معاملات اوراق بهادار در پنج روز کاری از شنبه تا چهارشنبه به غیر از تعطیلات رسمی در یکی از بازارهای بورس توسط کارگزاران رسمی بورس و از طریق سامانه معاملاتی بورس و به شکل حراج انجام می شود. هر شخصی متقاضی جهت خرید و فروش سهام می تواند پس از تعیین خرید یا فروش سهام مورد نظر خود به یک شرکت کارگزاری مراجعه کرده و پس از اخذ کد معاملاتی که کد منحصر به هر سهامداری است و می تواند از آن در موقع خرید و فروش استفاده نماید، از شخص کارگزار و تکمیل فرم های متحد الشکل خرید و فروش، فرم های چاپی مخصوص که از سوی بورس در اختیار کارگزاران گذاشته می شود و در سه نسخه تنظیم می گردد، درخواست خود را به آنها ارائه کند.

بنابراین اشخاص نمی توانند شخصا اقدام به خرید و فروش سهام در بورس نمایند و لزوما باید این امر از سی کارگزاران انجام پذیرد. کارگزاران به مثابه وکیل مراجعین مبادرت به انجام سفارش آنها کرده و در قبال خدمت خود کارمزدی دریافت می دارند. هر کارگزار موظف است پس از خرید و فروش سهام یک برگه به نام اعلامیه خرید و فروش به مشتری خود ارائه دهد که حاوی اطلاعاتی نظیر قیمت واحد هر سهم، تعهدات سهام خریداری شده یا فروش رفته و..... می باشد. باید توجه داشت که این برگه هیچ گونه اعتبار قانونی ندارد و فقط جهت آگاهی سهامدار منتشر می شود (مداح اصل: ۱۳۹۲، ۱۳).

بر طبق ماده ۹ آیین نامه معاملات در شرکت بورس اوراق بهادار، به جهت تضمین رقابتی بودن انعقاد معاملات در بورس، مهمات همواره باید به شکل حراج انجام پذیرد، مگر در مواردی که انجام معامله به شکل حراج ممکن نباشد، که در این صورت این معامله با تصویب شورای بورس خارج از جلسه رسمی انجام می پذیرد، به نحوی که انجام معاملات به شکل غیر حراج چهره استثنایی داشته و نیازمند تصویب شورا و سازمان بورس می باشد. بر طبق دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار به طور معمول اوراق بهادار طی یک الی پنج مرحله صورت می گیرد، مرحله پیش گشایش، مرحله گشایش، مرحله حراج پیوسته، مرحله حراج ناپیوسته پایانی و مرحله معاملات پایانی (نصیری و تفرشی، ۱۳۸۷، ۱۰۵).

مرحله پیش گشایش که اولین مرحله انجام معاملات بورس است، ۳۰ دقیقه قبل از شروع عملی و رسمی معاملات بوده که در آن معامله ای صورت نمی گیرد، ولیکن در این مرحله امکان ورود، تغییر و حذف سفارش وجود دارد. دوم مرحله، مرحله گشایش است و در آن سفارش های موجود در سامانه معاملات بر اساس ساز و کارهای حراج ناپیوسته و در دامنه نوسان روزانه قیمت انجام می شود. منظور از حراج ناپیوسته، در این مرحله مطابق بند ۸ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی نحوه ی انجام معاملات بورس اوراق بهادار تهران، شیوه های است که بر اساس آن پس از ورود سفارش ها به سامانه معاملات معامله بر اساس قیمت نظری گشایش انجام می شود. قیمت نظری گشایش نیز قیمتی است که بر اساس سفارش های ثبت شده با استفاده از سازوکارهای حراج توسط سامانه معاملاتی محاسبه و معاملات مرحله گشایش با آن قیمت انجام می شود. پس از آن مرحله حراج ناپیوسته است. این مرحله بلافاصله پس از خاتمه مرحله حراج پیوسته و ۱۵ دقیقه قبل از مرحله معاملات پایانی شروع و به مدت ۱۵ دقیقه ادامه می یابد. طی این مرحله امکان، ورود و تغییر یا حذف سفارش توسط کارگزار وجود دارد لیکن معامله ای انجام نمی شود. در پایان این مرحله سفارش های موجود در سامانه معاملات بر اساس ساز و کار حراج ناپیوسته در دامنه نوسان روزانه قیمت اجرا می شود و آخرین مرحله، مرحله معاملات پایانی می باشد، ۱۵ دقیقه پایانی جلسه معاملاتی می باشد که طی آن ورود سفارش ها و انجام معامله با قیمت پایانی امکان پذیر است. بعد از مرحله گشایش مرحله حراج پیوسته است. منظور از حراج پیوسته، مطابق بند ۷



ماده ۱ دستورالعمل، شیوه های است که بر اساس آن معامله به محض تطبیق قیمت سفارش های وارده شده به سامانه معاملاتی انجام می شود، پس از آن مرحله حراج ناپیوسته پایانی است، این مرحله بلافاصله پس از خاتمه مرحله حراج پیوسته و ۱۵ دقیقه قبل از مرحله معاملات پایانی شروع و به مدت ۱۵ دقیقه ادامه می یابد. طی این مرحله امکان ورود، تغییر و حذف سفارش توسط کارگزار وجود دارد لیکن معامله ای انجام نمی شود. در پایان این مرحله سفارش های موجود در سامانه معاملات براساس سازوکار حراج پیوسته و در دامنه نوسان روزانه قیمت اجرا می شود و در آخرین مرحله معاملات پایانی می باشد، ۱۵ دقیقه جلسه معاملاتی می باشد که طی آن ورود سفارش ها و انجام معامله با قیمت پایانی امکان پذیر است.

۲-۲- لزوم انعقاد معاملات در بازار بورس

بر طبق مواد ۷ و ۹ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران، لازم است معاملات اوراق بهادار منحصر در یکی از بازارهای بورس و صرفاً از طریق سامانه معاملات و تنها توسط کارگزاران رسمی بورس انجام شود. علاوه بر این بند ب ماده ۹۹ قانون برنامه پنجساله توسعه پنجم توسعه اشعار می دارد که «تمامی اوراق بهادار ثبت شده یا مکلف به نزد ثبت سازمان باید لزوماً نزد شرکت سپرده گذاری، ثبت و سپرده گردیده و معاملات آنها بر حسب مورد در بورس یا فرابورس صورت پذیرد. حال سوالی که در این رابطه مطرح می شود آن است که اگر معاملات سهامی در غیر از بازارهای بورس و توسط اشخاصی غیر از کارگزاران انجام گردد، معاملات منعقد چه حکم خواهد داشت؟ در ماده ۹ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران، تنها به ذکر نام کارگزار اشاره شده، از آنجایی که در نزد اصولیین لقب دارای مفهوم مخالف نیست، می توان گفت انعقاد معامله از سوی اشخاص غیر از کارگزار بلامانع است. اما از نظر نگارنده، این استدلال باطل و حقیقت امر چیز دیگری است. به دلایل فنی و تخصصی، سابقه و رویه های جاری در بورس آن بوده که معاملات تنها از سوی کارگزاران انجام شود، بنابراین این اجمال مقنن را باید با این سابقه و رویه تفسیر نمود و بیان داشت که معاملات بورسی بدون بدون دخالت مستقیم کارگزاران ناممکن می باشد. بنابراین عملاً انعقاد معامله اوراق بهادار بدون دخالت کارگزاران امکان ندارد، فلذا چون بطلان یا صحت معامله متفرع بر امکان وقوع آن معامله می باشد.

۲-۳- الزام به استفاده از کارگزاران

کارگزاران یکی از مهمترین نهادهای بورس اوراق بهادار میباشند که وظیفه خطیر انجام معاملات بورس را بر عهده دارند. اهمیت این نهاد تا آنجاست که شورای عالی بورس طی مصوبه ای ۴۰ درصد از سهام شرکت بورس را به کارگزاران اختصاص داده است. پس ضروری است که با توجه به اهیت بلا شک این نهاد، نگاهی ویژه به سازوکار آن داشته باشیم.

۲-۳-۱- ماهیت کارگزاران بورس

کارگزاران اشخاص حقوقی هستند که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آنها معامله می نمایند (بند ۱۳ ماده ۱ قانون بازار). به عبارت دیگر، کارگزاران اشخاصی هستند که نقش واسطه بین خریدار و فروشنده را در بازار بورس به عهده دارند. بنابراین ایشان عامل تطابق عرضه و تقاضای سهام در بازار بورس هستند. با این حال نباید تصور نمود که کارگزاران به صرف اشتغال به کارگزاری بورس از انجام معامله برای خود در بورس محروم اند. بلکه تعدادی از کارگزاران نیز وجود دارند که در کنار کارگزاری می توانند به معامله گری نیز اشتغال بورزند، در این صورت به ایشان کارگزار/ معامله گر اطلاق می شود. مطابق بند ۱۴ ماده ۱



قانون بازار کارگزاری صرفا در قالب شخص حقوقی می تواند مجوز فعالیت پیدا کند و این حق برای اشخاص حقیقی وجود نخواهد داشت. با این حال تفاوتی نمی کند که این شخص حقوقی، دولتی باشد یا غیر دولتی. به جهت این که اشتغال به کارگزاری یک حرفه خاص است. از این رو کارگزاران، باید لزوما افرادی آشنا به این فن باشند و مطابق قوانین متعدد ایشان طی تشریفات و آزمون های متعدد و خاصی انتخاب می شوند و مجوز تاسیس و فعالیت خود را از سازمان بورس اوراق بهادار دریافت می کنند. یکی از ملزومات مهم این حرفه رعایت صداقت و امانتداری مشتریان اوراق بهادار است که کارگزاران باید حتما آن را رعایت نمایند (قربانی: ۱۳۸۹، ۳۱۲).

۲-۳-۲- ماهیت حقوقی عمل کارگزاران در انجام معاملات بورس اوراق بهادار

تبیین ماهیت حقوقی کارگزاران از مهمترین مسائلی است که یافتن پاسخ مناسب آن ما را در شناخت وظایف و مسئولیت ها و نیز پر کردن خلا های قانونی راهنمایی می کند. اولین گام برای بررسی قوانین و مقررات ترسیم کننده وظایف و مسائل مربوط به کارگزاری، شناخت ماهیت این نهاد می باشد. در هیچ یک از قوانین و مقررات بورس، حکم صریحی در خصوص ماهیت کارگزاری وجود ندارد. همین خلا قانونی موجب اختلاف نظر میان حقوقدانان در خصوص ماهیت این نهاد گردیده است و علی رغم اهمیت و نقش اساسی کارگزاران در بورس میان حقوقدانان اتفاق نظر وجود ندارد. لذا باید با توجه به موارد مشابه و نیز وحدت ملاک به پاسخ رسید. تعریف اصطلاحی کارگزار مبنی بر اینکه کارگزار به نمایندگی از طرف اشخاص به داد و ستد اوراق می پردازد و نیز در متن آیین نامه ها بخش نامه های مربوطه، کارگزار را به عنوان نماینده و واسطه معاملات معرفی می نماید. به علاوه توجه به مفاد نمونه فرم هایی که در قالب آنها سفارش خرید یا فروش اوراق بهادار توسط مشتری به کارگزار ارائه می شود نیز تأکیدی بر اعطای نمایندگی به کارگزار دیده می شود (سلطانی و همکاران: پشین، ۷۰).

به موجب اصل کلی مندرج در ماده ۲۴۷ قانون مدنی که اشعار می دارد « معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت، وصایت، قیمیت یا وکالت نافذ نمی باشد ولو که صاحب مال در باطن راضی باشد». از آنجا که در معاملات بورس اوراق بهادار انجام معاملات در حیطة ولایت و قیمیت و وصایت قرار نمی گیرد، تحلیل رابطه حقوقی کارگزار در حیطة نمایندگی به معنای عام را منطقی می سازد. چرا که ماده فوق الذکر از قواعد عمومی معاملات است و در هر مورد که نیابت امکان داشته باشد رعایت می گردد (کاتوزیان: ۱۳۹۳، ۲۳۴).

لذا به نظر می رسد اختلاف نظری در این خصوص که کارگزار به عنوان نماینده از سوی مشتری مبادرت به اجرای سفارشات می نماید، وجود نداشته باشد. در حقوق سایر کشورها از جمله ایالات متحده نیز وضع کم و بیش به همین منوال می باشد و رابطه حقوقی کارگزاران با مشتریان در قالب نظریه نمایندگی مورد بررسی قرار می گیرد. در تالار بورس، کارگزاران به عنوان نماینده خریداران و فروشندگان عمل نموده و خریداران و فروشندگان نمی توانند به صورت مستقیم به خرید و فروش اوراق بهادار بپردازند (جهان خانی و پارسائیان: ۱۳۷۵، ۷۲).

از جمله مهمترین متون در تعریف کارگزار، قانون تاسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵ است که مقرر می داشت « کارگزاران بورس اشخاصی هستند که شغل آنان داد و ستد اوراق بهادار است و معاملات در بورس منحصرآ توسط آنان انجام می شود». همچنین بند ۱۳ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار در مورد کارگزار چنین مقرر داشته است: کارگزار شخصی حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آنان معامله می کند. تعریف ارائه شده در قانون تاسیس بورس اوراق بهادار صرفا لزوم انجام معاملات را از طریق مکانیزم کارگزاری نشان می دهد و واژگان عام داد و ستد اوراق بهادار ماهیت این نهاد را ترسیم نمی کند.



در مقابل تعریف ارائه شده در قانون بازار اوراق بهادار تا حدودی راهگشاست، عبارت برای دیگران و به حساب آنان ضمن تأکیدی بر نماینده بودن کارگزار ما را به سوی نهادهایی مانند دلالی و حق العمل کاری رهنمون می‌سازد و هر کدام از این نهادها علاوه بر داشتن اوصاف مشترک دارای ویژگی‌هایی هستند که آنان را از یکدیگر متمایز می‌سازد (عرفانی: ۱۳۹۳، ج ۵، ۸۳). نکته مهم این است که اصولاً هر تعریفی باید متضمن فلسفه وی چرایی نهاد موضوع تعریف باشد و همین جهت مانع و جامع بودن از اصول تعریف به شمار می‌رود. در حالی که در این تعاریف این اصول رعایت نشده است. در خصوص ماهیت حقوقی عملکرد کارگزار پاره‌ای از حقوقدانان معتقد به حق العمل کار بودن کارگزار هستند و از این جهت که کارگزار به نام خود با حساب دیگری معاملاتی بر روی اوراق بهادار انجام می‌دهد و حق العمل دریافت می‌کند مشمول ماده ۳۷۵ قانون تجارت می‌دانند (پیشین، ۸۵).

دکتر ستوده تهرانی صرفاً با همین استدلال که کارگزار به دستور حساب مشتری معامله می‌کند اکتفا نموده و توضیح دیگری ارائه نموده اند (ستوده تهرانی: ۱۳۸۸، ج ۳، ۱۷۷). در مقابل نظر دیگری وجود دارد که کارگزاران بورس را نوعی دلال بر شمرده و عملکرد آنها را تابع مقررات دلالی می‌داند. موافقان این نظر معتقدند که کارگزاران بورس یک نوع دلال هستند که معاملات مربوط به سهام به وساطت آنها انجام می‌پذیرد و در این باره چنین استدلال می‌کنند که کارگزار بورس شخصی است که به نام خود و حساب دیگری معامله می‌نماید و صرفاً یک واسطه در معاملات بورس است.

۲-۳-۱-۲-۱- دلالی

دلالی از جمله نهادهای حقوقی است که می‌توان ماهیت کارگزاری بورس را منطبق بر آن است. در واقع نحوی عملکرد کارگزار در بورس و نحوه انجام سفارشات مشتری این دیدگاه را به وجود آورده که کارگزار نوعی دلال است. دلال از ماده دلالت به معنای واسطه معاملات مردم شدن در مقابل اجرت است (ستوده تهرانی: پیشین، ۸۸). ماده ۳۳۵ قانون تجارت در مقام تعریف دلال مقرر داشته است «دلال کسی است که در مقابل اجرت واسطه انجام معاملاتی شده یا برای کسی که می‌خواهد معاملاتی کند طرف پیدا می‌کند».

با توجه به تعریف فوق دلال کسی است که طرفین معامله را به یکدیگر نزدیک و معرفی نموده و واسطه و میانجی میان طرفین واقع شده و شرایط و خصوصیات معامله را برای طرفین تشریح کرده و سعی می‌کند با تطبیق منافع طرفین، معامله را جوش دهد (الله آبادی: ۱۳۷۰، ۵۵).

از نظر عرف تجار نیز دلال به کسی اطلاق می‌شود که در ازای اجرتی معین واسطه انجام معامله قرار می‌گیرد. در واقع دلالی نوعی عمل تجاری است و در بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت قانونگذار آن را جز معاملات اصلی تجاری محسوب نموده است. در فقه امامیه بحث مستقلی درباره ولالی وجود ندارد و قرارداد دلالی در چارچوب عقودی مانند جعاله و یا اجاره قابل توجیه می‌باشد. بر اساس تعریفی که ماده ۳۳۵ قانون تجارت از دلال نموده است، طبق مبانی فقه اسلامی دلال نماینده در انعقاد قرارداد نمی‌باشد (پیشین، ۷۴).

در همین راسته قابل ذکر است که دلالی جز اعمال حقوقی دو جانبه می‌باشد، بدین معنا که توافق دو اراده برای ایجاد یک اثر حقوقی به منظور ایجاد چنین رابطه‌ای ضروری است (امیریان: ۱۳۹۱، ۷۸).



در مورد ویژگی های دلالی باید گفت اگر چه بارزترین وصف دلالی دریافت اجرت در مقابل واسطه معامله ای شدن و یا یافتن طرف معامله می باشد، اما ویژگی های ذیل را می توان از خصوصیات دلالی برشمرد:

۱. دلالی عقد است: بدین معنا که برای ایجاد رابطه حقوقی بین آمر و دلال دو قصد انشا باید وجود داشته باشد، یکی از سوی دلال که به موجب آن واسطه گری و پیدا کردن طرف معامله را بر عهده می گیرد و دیگری آمر را پیدا کردن طرف معامله یا واسطه گری را از دلال می خواهد. بنابراین موضوع قرارداد دلالی پیدا کردن طرف معامله و واسطه گری توسط دلال می باشد. تعهد دلال با توجه به ماده ۳۴۸ قانون تجارت که مقرر می دارد «دلال نمی تواند حق دلالی را مطالبه نماید مگر در صورتی که معامله به راهنمایی یا وساطت او تمام شده باشد» از نوع تعهد به نتیجه است. بدین معنا که تعهد اصلی دلال وساطت و پیدا کردن طرف معامله تا زمان تما شدن معامله است و البته باید توجه داشت منظور از تمام شدن معامله، تمام شدن عرفی آن است.

۲. قانون دلال را از این که تجارت دیگری داشته باشد منع نموده است و اصولاً دلال در شغل خود آزادی عمل دارد. بنابراین دلال می تواند علاوه بر شغل دلالی اشتغال به تجارت دیگری نیز داشته باشد. همچنین دلال می تواند در زمان واحد برای چند آمر در یک رشته یا رشته های مختلف دلالی کند. لازمه این امر علاوه بر داشتن پروانه دلالی، مطلع نمودن آمرین از این موضوع می باشد (الله آبادی: پیشین، ۸۵).

۳. ماده ۳۳۵ قانون تجارت قرارداد دلالی را تابع مقررات رجع به وکالت می داند. با توجه به ویژگی های بارز عقد وکالت یعنی جایز بودن، قرارداد وکالت نیز جایز می باشد. بدین معنا که هر یک از طرفین می تواند آن را در هر زمانی فسخ نماید. همچنین با توجه به همین ویژگی، این قرارداد با عزل آمر، استعفای دلال و موت، جنون و سفه هر یک از طرفین عقد از بین می رود.

۴. عقد دلالی عقدی معوض است: مستفاد از ماده ۳۳۵ قانون تجارت آمر اجرت دلال را پرداخت می کند و در مقابل دلال نیز متعهد می شود واسطه انجام معامله قرار گیرد و یا برای آمر طرف معامله پیدا کند. در کنار ویژگی هایی که بیان گردید در تبیین ماهیت دلالی حقوقدانان معتقدند که دلال واسطه انجام معامله می باشد و نقش ایشان صرفاً معامله گری و به هیچ اراده انشایی ایشان در تحقق عمل حقوقی ثالث اثر ندارد (فرجی: ۱۳۸۶، ۶۴).

اصیل و شخص ثالث خود در انشای عمل حقوقی می پردازند و در این زمینه دلال صرفاً زمینه حصول تراضی و انعقاد قرارداد را کبان اصیل و شخص ثالث فراهم می نماید و در رابطه میان آمر و ثالث بیگانه می باشد. دلال با انجام مذاکرات ابتدایی زمینه را برای توافق نهایی آمر و ثالث فراهم می آورد و رسالت اصلی دلال نیز همین امر می باشد. با توجه به تعریف نمایندگی و این که نماینده کسی است که اراده انشایی وی در تحقق عمل حقوقی با شخص ثالث دخالت ندارد، لذا نمی توان دلالی را نوعی نمایندگی دانست (قنواتی: پیشین، ۷۵).

این منوال در برخی از نظام های حقوقی متفاوت است، به طور مثال در حقوق انگلستان دلال ممکن است به نمایندگی از طرفین و یا هر دو به انعقاد قرارداد بپردازد. در نظام حقوقی این کشور دلالان از نمایندگان تجاری محسوب می شوند و صلاحیت انشای قرارداد و شرکت در انعقاد عمل حقوقی را دارا می باشند و قرارداد منعقد می شود و ثالث اصیل را متعهد می سازد (تفرشی و سکوتی نسیمی: پیشین، ۷۲).

قانون گذار در موارد مختلف وظایف متعهددی را بر عهده دلال نهاده است. با جستجو در مقررات و قوانین می توان موارد ذیل را از وظایف دلالان برشمرد:

۱. اخذ پروانه: در ماده ۲ قانون راجع به دلالان مصوب ۱۳۱۹ و اصلاحات مربوط شرایطی از جمله سن، حداقل مدرک تحصیلی، داشتن اطلاعات فنی مناسب با اموری که عهده دار دلالی آنهاست به عنوان شرایط ایجابی بیان گردیده است.



۲. داشتن مهارت و قابلیت عملی: با توجه به حرفه ای و تخصصی بودن دلالی، شخصی که به این شغل اشتغال دارد، باید از مهارت و قابلیت عملی لازم در انجام کار خود برخوردار باشد، گرچه به این موضوع صراحتاً در قانون تجارت اشاره ای نشده، اما در قانون راجع به دلالات و نیز آیین نامه دلالی رسمی بیمه و آیین نامه ملکی به این ضرورت اشاره گردیده است.
۳. داشتن دفاتر تجاری و دفتر ثبت معاملات دلالی: با توجه به صراحت قانون در تجاری بودن عملیات دلالی و تاجر بودن دلال، وی می بایست الزاماتی که قانون برای یک تاجر مقرر نموده است را رعایت نماید. از جمله این الزامات داشتن دفاتر تجاری مقرر شده در بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت می باشد.
۴. تعهد به صداقت و راستگویی: ماده ۳۳۷ قانون تجارت مقرر داشته است «دلال باید در نهایت صحت و از روی صداقت، طرفین معامله را از جزئیات راجع به معاملات مطلع سازد ولو این که دلالی را بریا یکی از طرفین بکند». بر این اساس ارائه اطلاعات صحیح و بیان واقعیت در مورد طرف معامله و نفع و ضرر انعقاد قرارداد اصلی از مهمترین وظایف دلال می باشد. همچنین با توجه به ماده ۳۴۹ قانون تجارت رعایت منافع آمر از وظایف دلال می باشد.
۵. دادن تضمین مناسب: ماده ۳ قانون راجع به دلالات مقرر می دارد «کسی که می خواهد تصدی به دلالی نماید، برای جبران خسارتی که ممکن است قانوناً از عملیات وی متوجه اعصاب دعوا گردد باید به یکی از طرق ذیل تامین بدهد.....»
۶. تعهد به حفاظت از اشیاء و اسناد سپرده شده: با توجه به ماده ۳۳۹ قانون تجارت دلال مسئول تمام اشیاء و اسنادی است که در ضمن معامله به وی سپرده شده است.
۷. اطلاع دادن به آمر در صورت ذینفعی: با مذاقه در متون قانونی معلوم می گردد که دلالی نوعی عمل تجاری خدماتی است و موضوع آن واسطه گری و پیدا کردن طرف معامله است. تعهد و رسالت اصلی دلال معرفی طرفین معامله به یکدیگر و تشریح شرایط و خصوصیات معامله برای آنان می باشد. مذاکرات ابتدایی توسط دلال صورت می پذیرد اما از مواد ۳۳۸، ۳۳۸، ۳۴۰، ۳۴۲ و ۳۴۵ قانون تجارت استنباط می گردد که اراده اش هیچ گونه تأثیری در انعقاد قرارداد ندارد و نتایج مترتب بر معامله ای که دلال واسطه انجام آن بوده منحصرأ متوجه آمر می باشد و صرفاً در صورت داشتن اجازه نامه مخصوص می تواند به جای یکی از طرفین تعهداتش را به موقع اجرا بگذارد.
- وجه اشتراک دلال با نهاد کارگزاری بورس در سه مورد است:
۱. کارگزار صرفاً به نام و حساب دیگری مبادرت به انجام معامله می کند و با توجه به این که صرفاً یک واسطه می باشد، دلال محسوب می گردد. مفاد نمونه فرم های دستور خرید و فروش اوراق بهادار نیز موید این معناست که کارگزار صرفاً به عنوان یک واسطه عمل می کند، زیرا مطابق مندرجات فرم های مزبور، خریدار یا فروشنده دستور خریدی و یا فروش سهام شرکت های تعیین شده را به نام و حساب خود صادر می نماید.
 ۲. ماده ۳۴۶ قانون تجارت دلال را مکلف نموده است که در صورتی که در نفس معامله منتفع و یا سهیم باشد به طرفی که به این نکته آشنا نیست، اطلاع دهد در غیر این صورت مسئول خسارات وارده بوده و با جزای نقدی روبرو خواهد شد. در مقررات مربوط به کارگزاری نیز به این مطلب به گونه ای دیگر منعکس شده است. ایجاد محدودیت در انجام معاملات و تکلیف دلال به اطلاع دادن طرف جاهل، زمینه را برای رعایت اصل غبطه و صلاح آمر و اصول امانتداری فراهم می آورد.
 ۳. دلال و کارگزار در مقابل ارائه خدمات به مشتری حق الزحمه دریافت می کنند، بنابراین نفس عملیات آنها معوض و غیر مجانی می باشد (شهرابادی و دیگران: ۱۳۹۰، ۳۵۰).
- از سوی دیگر وجوه افتراق نهاد دلای و کارگزاری از قرار ذیل است:



۱. نقش دلال در معاملات انجام مذاکرات ابتدایی و فراهم نمودن زمینه مناسب برای توافق نهایی متعاملین می باشد. اراده دلال هیچگاه در انعقاد معامله دخیل نبوده و نقشی در تحقق معامله ندارد. دلال مبادرت به واسطه گری و نزدیک کردن طرفین معامله و معرفی کردن آنها به یکدیگر می نماید. لذا ماهیت اعمال دلال حقوقی نبوده بلکه صرفا مادی است و با نزدیک کردن طرفین معامله و خواست های آنها در نهایت امکان انجام عمل حقوقی توسط طرفین قرارداد را محقق می سازد. بر خلاف دلال سفارش های خرید و فروش مشتری توسط کارگزار به مرحله اجرا درآمده و انشای قرارداد به اراده و خواست کارگزار صورت می پذیرد. خریدار و فروشنده از طریق پر کردن فرم های سفارش خرید و فروش ضمن اعطای نمایندگی به کارگزار اختیار انجام معامله و اجرای سفارش را اعطا می نمایند. در سیستم معاملات بورس اوراق بهادار خریدار و فروشنده هیچ گونه شناختی نسبت به یکدیگر نداشته و هرگز با یکدیگر روبرو نمی شوند. لذا همان گونه که ملاحظه می گرد نقش کارگزار از یک واسطه صرف فراتر رفته و تحقق معامله به اراده وی صورت می پذیرد.

دلال دخالتی در عملیات معامله نمی نماید و صرفا یک واسطه است. اما کارگزار مطابق ماده ۱۱ آیین نامه معاملات در شرکت بورس اوراق بهادار موظف به تبادل وجوه و اسناد معامله می باشد و این از مهمترین وظایف کارگزار محسوب می شود. ماده فوق اشعار می دارد « وجوه مربوط به سهام معامله شده در بورس همراه با وکالت نامه فروش سهام باید حداکثر تا ۷۲ ساعت از تاریخ معامله انجام داده و سهام را تحویل خریدار نماید».

۲. مطابق ماده ۳۴۳ قانون تجارت، دلال ضامن اجرای معاملاتی که به واسطه او انجام می شود نیست و در قرارداد دلالی آثار و نتایج مترتب بر معامله منحصرآ متوجه آمر بوده و اصل بر عدم مسئولیت دلال نسبت به معامله محقق شده و به واسطه وی می باشد. گرچه این اصل در صورتی که دلال اجازه نامه مخصوص از سوی آمر داشته باشد تخصیص خورده است ولی اصل بر این است که دلال نقشی در معامله ندارد در حالی که در عملیات کارگزاری تبادل اسناد، تسویه وجوه و انجام تعهدات موکل از مهم ترین وظایف کارگزاری است.

۳. اصولا هزینه های دلال بر عهده خود اوست و دلال فقط استحقاق دریافت حق الزحمه دلالی را دارد. چنانچه دلال برای انجام معامله مخارجی کرده باشد، در این صورت اگر عرف تجاری تجویز کند و یا آمر اجازه داده باشد، مخارج به عمل آمده قابل پرداخت خواهد بود و الا دلال حق مطالبه مخارج را ندارد. در معاملات بورس مشتری علاوه بر پرداخت کارمزد کارگزار مکلف به پرداخت سایر هزینه های معامله می باشد (ستوده تهرانی: ۱۳۸۸، ۴۶).

۴. صراحت قانون بازار و دستورالعمل موجود از الزام افراد به مراجعه به کارگزار جهت انجام معاملات در بورس حکایت دارد در حالی که افراد برای انجام هر گونه معاملاتی در رجوع به دلال آزادی عمل دارند (الله آبادی: ۱۳۷۰، ۹۱).

در مقام نتیجه گیری جهت تطابق این دو نهاد باید گفت علی رغم تشابه میان این دو نهاد، ماهیت عملکرد کارگزار در قالب دلالی نمی گنجد. در تعاریفی که قانون تجارت و دیگر حقوقدانان از دلالی ارائه کرده اند معلوم می گردد که دلال صرفا واسطه انجام معامله می باشد و برای کسی که می خواهد معامله کند طرف معامله می یابد. دلال ضمن انجام مذاکرات مقدماتی زمینه تحقق معامله را فراهم آورده بی آن که اراده اش در شکل گیری قرارداد فیما بین تاثیر داشته باشد. زمینه حصول تراضی و انعقاد قرارداد بین اصیل و ثالث توسط دلال فراهم می گردد ولی انشای عمل حقوقی توسط اصیل و ثالث صورت می پذیرد. به علاوه نهاد نمایندگی نیز بر دلال باز نمی گردد، چراکه در نمایندگی نمایند کسی است که اراده انشایی اش در تحقق عمل حقوقی با ثالث دخالت دارد. اما در خصوص کارگزاری لازم به توضیح است که صرف نظر از اینکه معاملات بورس اوراق بهادار به نام و حساب چه کسی منعقد می گردد، عبارت معامله می کند که در تعریف کارگزار در بند ۱۳ ماده ۱ قانون بازار آمده است



این مفهوم را به ذهن متبادر می سازد که کارگزار به انعقاد معامله پرداخته و نقش متعاقد را ایفا می کند (ستوده تهرانی: ۱۳۹۰، ج ۴، ۳۵).

پس از مراجعه مشتری به کارگزار و اعطای نمایندگی به ایشان جهت خرید و فروش اوراق مورد نظر، این کارگزار است که با وارد نمودن سفارشات به سیستم معاملاتی سفارش مشتری خود را انجام داده و سپس مراتب اجرای سفارش را به اطلاع مشتری می رساند. لذا ملاحظه می گردد اراده و اختیار کارگزار در تحقق معامله نقش اساسی داشته و کارگزار به نمایندگی از سوی مشتری معامله را منعقد می نماید. تعهد کارگزار مبنی بر تسویه وجوه و انجام تعهدات موکل از یک سو و مسئولیت کارگزار در خرید سهام برای مشتری قبل از جانب ایشان از سوی دیگر، نشان می دهد بر خلاف دلالتی که مطابق ماده ۳۴۳ قانون تجارت ضامن اجرای معاملاتی که به واسطه او انجام می شود نیست و عدم صلاحیتش در قبض وجه و یا تادیه دین، کارگزار صرفاً یک واسطه در انجام معامله نبوده و حداقل عنوان نماینده مشتری را در معامله خواهد داشت.

۲-۲-۳-۲- حق العمل کاری

یکی از دیدگاه های رایج در خصوص ماهیت کارگزاری دیدگاهی است که کارگزار ان را حق العمل کار دانسته و روابط کارگزار و مشتری را علاوه بر مقررات مربوطه در قانون بازار مشمول مقررات قانون تجارت در باب حق العمل کاری می داند. حق العمل در لغت به معنای «مزد، کارمزد، پولی که بابت فروش کالایی از صاحب کالا دریافت می شود» آمده است و در اصطلاح «حق العمل کار کسی است که به دستور دیگری معاملاتی نموده و در مقابل آن اجرت دریافت می کند». حق العمل کاری یکی از نهادهای نمایندگی قراردادی است. نمایندگی رابطه حقوقی است که به موجب آن عمل حقوقی انجام شده و به وسیله نماینده، آثاری به سود و زیان شخص آمر به وجود می آورد (دمرچیلی و همکاران: ۱۳۹۳، ۷۵۱).

قانون تجارت در بند ۳ ماده ۲ هر قسم حق العمل کاری را جز معاملات تجاری لحاظ نموده و در ماده ۳۵۷ قانون تجارت در تعریف حق العمل کار اشعار می دارد «حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری معاملاتی کرده و در مقابل حق العمل دریافت می دارد».

در مقام تعریف این نهاد دکتر عرفانی بیان می دارد «حق العمل کاری نوعی قرارداد وکالت است و حق العمل کار، عملیاتی اعم از مدنی یا تجاری به نام خود و به حساب موکل انجام می دهد» (عرفانی: ۱۳۸۶، ج ۱، ۶۲).

به توجه به تعریف فوق می توان گفت، حق العمل کاری قراردادی است که به موجب آن حق العمل کار معاملاتی را به نام خود ولی به حساب آمر در قبال دریافت حق العمل انجام می دهد (محمدی مقدم ۱۳۸۳، ۶۲).

حق العمل کاری از نهادهای نمایندگی قراردادی و منشا این نمایندگی قرارداد فیما بین آمر و حق العمل کار می باشد. مذاقه در متون قانو و نیز تعاریف حقوق دانان از نهاد حق العمل کاری نشان می دهد حق العمل کاری علی رغم این که در مقابل آمر به عنوان نماینده و وکیل وی انجام وظیفه می نماید در ارتباط با ثالث اصیل است و مکلف به اجرای تعهدات خویش در مقابل او می باشد. بارزترین ویژگی حق العمل کاری انعقاد معامله به نام خود می باشد که سبب تمایز این نهاد از سایر نهادهای نمایندگی نیز می شود. اما این نهاد دارای ویژگی های دیگری نیز می باشد که به مهمترین آنها اشاره می کنیم:

۱. انجام کلیه معاملات به نام حق العمل کار صورت می پذیرد. آمر به دنبال استفاده نمودن از نام حق العمل کار با هدف به حداکثر رسانیدن مانع خود می باشد، لذا حق العمل کار مکلف به انجام معاملات به نام خود بوده و جز در مواردی که آمر اجازه نداده است، مکلف به کتمان نام آمر می باشد. محقق شدن معامله به نام حق العمل کار از یک سو و افشا نشدن نام آمر از سوی



دیگر موجب می گردد حق العمل کار شخصا در مقابل ثالث مسئول واقع شده و التزامات و حقوق ناشی از عقد بر او بار گردد. بر همین اساس هیچ گونه رابطه حقوقی مستقیمی میان ثالث و آمر ایجاد نمی گردد.

۲. بر مبنای ماده ۳۶۸ قانون تجارت، آمر مکلف است علاوه بر پرداخت حق العمل صرف نظر از سود و یا زیان معامله، کلیه مخارج و هزینه هایی که حق العمل کار برای انجام معامله نفع آمر صرف نموده را پرداخت نماید. همین امر موجب معوض شدن قرارداد حق العمل کاری می گردد.

۳. حق العمل کار علاوه بر اشتغال به حق العمل کاری می تواند به تجارت دیگری نیز بپردازد.

۴. با توجه به صراحت قانون که قرارداد حق العمل کاری را تابع مقررات مربوطه به وکالت می داند، حق العمل کار امین می باشد و ید امانی است، لذا نسبت به امر مکلف به رعایت اصول امانت بوده و در همه جا باید رعایت غبطه آمر خویش را بنماید. حق العمل کار در صورتی که معامله را مطابق دستور آمر انجام داده باشد و تقصیر و یا غفلیت ننموده باشد مسئول اجرای معامله نیست و در صورتی که نفع و ضرری در معامله حاصل شود و یا آن که طرف معامله وظایف خود را انجام ندهد، حق العمل کار ضامن انجام تعهدات طرف معامله نیست و نتایج متوجه آمر می باشد، مگر آنکه حق العمل کار در تنظیم قرارداد رعایت غبطه آمر را ننموده باشد. اما مهمترین اثر قرارداد حق العمل کاری اعطای نیابت و نمایندگی به حق العمل کار در مقابل آمر می باشد. حق العمل کار مکلف به انجام معاملات به نام خود و به حساب آمر بوده و به همین جهت علی رغم نمایندگی آمر، در مقابل ثالث اصیل محسوب می گردد (نعیمی: پیشین، ۳۵۲).

لذا با توجه به این که حق العمل کار نماینده آمر محسوب می شود، در مقابل وی تعهداتی دارد که مهمترین آنها عبارت است از:

۱. رعایت دستورات آمر، آمر جهت برخوردار شدن از تخصص و مهارت حق العمل کار به وی نیابت می دهد. بر این اساس علمرکد حق العمل کار بایستی در چارچوب دستورات آمر باشد.

۲. حق العمل کار بایستی در نهایت دقت و امانت به انجام معامله پرداخته و به انعقاد قرارداد بپردازد. ضمانت اجرای این امر ماده ۳۶۴ قانون تجارت است که اشعار می دارد «اگر حق العمل کار تقصیر کرده باشد باید از عهده کلیه خساراتی که از عدم رعایت دستورات آمر ناشی شده، بر آید».

۳. عدم رقابت با آمر: گرچه این موضوع صراحتاً در قانون اشاره نشده، اما بر اساس فحواى ماده ۳۷۳ قانون تجارت که مقرر می دارد در مواردی که اجناس منطقه بورس یا بازاری دارد حق العمل کار می تواند طرف معامله طرف معامله قرار گیرد، حق العمل کار شخصا نمی تواند طرف معامله با آمر قرار گیرد، چرا که در این صورت ترجیح مانع آمر بر منافع خود ممکن نمی باشد و حق العمل کار در مظان اتهام قرار می گیرد که به ضرر آمر عمل نموده است.

۴. اطلاع رسانی به آمر: با توجه به نمایندگی بودن حق العمل کار در مقابل آمر، آگاه نمودن آمر از جریان امور و اقداماتی که انجام شده است بر اساس ماده ۳۵۹ قانون تجارت، از جمله وظایف حق العمل کار می باشد.

۵. ارائه حساب زمان تصدی به آمر: با توجه به ماده ۳۵۸ قانون تجارت و تبعیت قرارداد حق العمل کاری از وکالت حق العمل کار باید همچون وکیل حساب زمان تصدی خود را به اصیل یا آمر بدهد.

وجه اشتراک اشتراک این دو نهاد عبارت انداز:

۱. اجرای سفارشات توسط حق العمل کار و کارگزار به حساب مشتری تحقق می پذیرد. قانون بازار و قانون تجارت صراحتاً به این موضوع اشاره نموده است. بر همین اساس آمر مکلف است مال التجاره را که قصد فروشش را دارد یا ثمن مورد نیاز جهت اجرای سفارش خرید را در اختیار حق العمل کار قرار دهد. به موجب ماده ۳۶۵ قانون تجارت حق العمل کار حق استفاده از تفاوت قیمت را در صورتی که مال التجاره را به کمتر از قیمتی که آمر معین نموده است، خریده و یا هر قیمتی بیشتر به فروش رسانیده را



ندارد. لذا سود و زیان معامله نیز متوجه آمر خواهد بود. در بازار بورس اوراق بهادار مشتری وجوه و سهام خود را جهت خرید ۱ فروش در اختیار کارگزاران قرار می دهد و کارگزار مطابق سفارش مشتری مبادرت به انجام معامله می نماید.

۲. حق العمل کار به دلیل انجام معاملات به نام خود در مقابل ثالث اصیل محسوب گردیده و تعهدات و حقوق ناشی از قرارداد برای او به وجود می آید، لذا حق العمل کار مکلف به اجرای تعهدات قراردادی است و طرف معامله با آمر سر و کاری ندارد. به موجب قوانین نیز تعهداتی بر عهده کارگزار نهاد شده و در مقابل طرف معامله موظف به اجرای تعهدات از جمله تبادل وجوه و اسناد معامله بوده و در صورت بروز اختلاف و یا عدم انجام تعهدات مکلف به پاسخ گویی می باشد(ماده ۱۱ آیین نامه معاملات در شرکت بورس اوراق بهادار).

به علاوه ماده ۱۲ آیین نامه معاملات مقرر داشته است « وجوه مربوط به معامله های اوراق مشارکت باید جداکثر ظرف مدت ۲۴ ساعت از تاریخ معامله واریز شود. در صورتی که وجوه اوراق مشارکت پس از ۲۴ ساعت پرداخت نشود کارگزار فروشنده می تواند درخواست ابطال معامله یا اخذ جریمه هر روزی که وجه دیرتر پرداخته می شود، اقدام نماید. در هر صورت کارگزار خریدار نمی تواند تقاضای ابطال معامله انجام شده را نماید و موظف به پرداخت خسارت به کارگزار فروشنده است».

۳. حق العمل کار و کارگزار هر دو در مقابل دریافت کارکرد سفارش مشتریان خود را اجرا نموده و دایره اختیارات آنها در چاروبوب اختیارات تفویضی از سوی مشتری و بر اساس مصلحت او می باشد و انجام معاملات خلاف دستورات و یا فراتر از حیطه اختیارات اعطایی موجبات مسئولیت آنان را به دنبال خواهد داشت.

۴. از اوصاف مهمی که راجع به حق العمل کار و کارگزار مطرح می شود، وصف امانت است. با توجه به حکومت مقررات قانون مدنی در باب وکالت، در حق العمل کاری، حق العمل کار موظف به رعایت اصول امانت می باشد. قانون بازار در تعیین مجازات خیانت در امانت برای کارگزار عنوان امین بودن را بر او بار نموده و وی مکلف به رعایت اصول امانتداری است.

اما از وجوه افتراق این دو نهاد نیز در چند مورد جای بررسی وجود دارد»

۱. اگر چه برخی از حقوقدانان معتقدند که کارگزاران بورس نیز حق العمل کار هستند، زیرا معاملات بورس را به نام خود انجام می دهند و در این معاملات اصلا نام خود را فاش نمی کنند. اما مطابق ماده ۳۵۷ قانون تجارت حق العمل کار معاملات را به نام خویش انجام می دهد و جز در مواردی که آمر اجازه ندهد نمی تواند نام آمر را افشا کند. در حالی که کارگزار معامله را برای مشتری و به حساب او انجام می دهد و نگاهی اجمالی به تعریف کارگزار در قانون بازار در خصوص عبارت برای دیگران، نشان می دهد که کارگزار معاملات را به نام خود مشتری انجام می دهد. چنانچه تلقی ما به نام دیگران باشد، کارگزار را نمی توان حق العمل کار دانست و همین امر از وجوه افتراق این دو نهاد از یکدیگر است. در بازار بورس اوراق بهادار در کلیه سفارشات که توسط کارگزار دارد، سامانه معاملاتی می گردد، کد معاملاتی مشتری به همراه دیگر اطلاعات وارد این سامانه می گردد. بر همین اساس انجام معاملات توسط کارگزار و به نام مشتری صورت می پذیرد.

۲. حوزه فعالیت کارگزار مربوط به اوس و اوراق بهادار می باشد در حالی که کاربرد عبارت معاملات به صورت عام و مطلق در ماده ۳۵۷ قانون تجارت نشان می دهد که محدود عملکرد حق العمل کاری انجام هر گونه معاملاتی می باشد. با توجه به همه این مطالب به نظر می رسد صرف اکتفا به تعریف مبهم بند ۱۳ ماده ۱ قانون بازار موجب خروج کارگزار از عنوان حق العمل کار گردد و این دو نهاد علی رغم شباهت های زیادی که به یکدیگر دارند و ماهیتا به هم نزدیکند اما در عمل به دنبال نهاد دیگری جهت تطابق نهاد کارگزاری با آن گشت(پیشین، ۷۷-۷۹).



۳-۲-۳-۲- عاملی

از دیگر نهادهای نمایندگی در نظام حقوقی ایران، نهاد عاملیت می باشد. قانونگذار بی آن که تعریفی از این نهاد ارائه دهد در بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت از عاملی به عنوان معامله تجاری در کنار دیگر معاملات تجاری دلالی و حق العمل کاری اشاره نموده است. عاملی یکی از مصادیق بارز نمایندگی می باشد. در معنای اصطلاحی نماینده کسی است که به استناد قانون یا قرارداد یا حکم دادگاه اعمالی را به نام و به حساب دیگری انجام می دهد و نتیجه اقدامات وی متوجه شخص آمر می شود. قانونگذار ایران مقررات خاصی را در مورد عاملان وضع نموده است، تنها در بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت مقرر نموده است «معاملات تجاری از قرار ذیل است.....هر قسم عملیات دلالی یا حق العمل کاری یا عاملی و همچنین هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می شود». بر خلاف دلالی و حق العمل کاری که مواد مختلفی از قانون تجارت را به خود اختصاص داده اند در خصوص عامل هیچ گونه مقررهای ای بیان نگردیده است (آخوندی: ۱۳۸۴، ۲۴).

یکی از اساتید حقوق تجارت عاملی را چنین تعریف می کند «عامل کسی است که مانند حق العمل کار در مقابل دریافت اجرت به نمایندگی دیگری عملی را انجام می دهد. ولی وجه تمایز آن با سایر نمایندگان این است که، عامل برای شخص معینی کار نمی کند و مزد آن در صدی از مبلغ عمل انجام شده است» (ستوده تهرانی: ۸۷، ج ۴، ۴۸).

یکی دیگر از اساتید حقوق تجارت عامل را کسی می داند که به نام او و حساب دیگری عمل می کند. با توجه به اقتباس قانون تجارت ما از قانون تجارت فرانسه به نظر می رسد، می بایست، تعریف عامل را در حقوق این کشور مورد توجه قرار داد (اسکینی: ۱۳۸۴، ۷۸).

در حقوق فرانسه، عامل شخصی است که به صورت حرفه ای و دائم متعهد است، مستقل از آمر عملیات خرید و فروش و اجاره و یا ارائه خدماتی را به نام و حساب وی انجام دهد و در مقابل پورسانت و کمیسیون دریافت دارد. لذا به نظر می رسد همین تعریف مورد نظر قانونگذار بوده است. از این تعریف به دست می آید که عامل به نام و حساب دیگری معامله می نماید و خود نقشی در انجام تعهدات آمر ندارد (آخوندی: ۱۳۸۴، ۴۸).

عاملیت در میان قراردادهای واسطه ای تجاری قرار می گیرد. علی رغم این که در مورد سایر واسطه های تجاری قانونگذار مقررات مختلفی را جهت بیان اوصاف و ویژگی های آنها اختصاص داده است اما در مورد عاملی تعریفی از ان ارائه نداده است (پیشین، ۴۱).

لذا با توجه به اقتباس قانون ایران از قانون فرانسه می توان اوصافی را برای این نهاد بر شمرد:

۱. برخی از حقوقدانان به منظور پر کردن خلا قانونی در این خصوص به مقررات قانون مدنی راجع به وکالت متوسل شده اند و عاملی را وکیلی می دانند که به نام و حساب آمر خود معامله می نماید (اسکینی: پیشین، ۷۸).

۲. عامل به نام و به حساب آمر فعالیت می نماید، لذا خود نقشی در انجام معاملات ندارد. با توجه به این که عامل نماینده آمر می باشد، پس از انعقاد قرارداد آثار معاملات و قراردادهای وی مستقیماً دامن گیر شخص آمر گردیده و حقوق و تکالیف به شخص آمر سرایت می کند (آخوندی: ۱۳۸۴، ۸۹).

۳. در بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت صراحتاً اشتغال به عاملیت را به عنوان معاملات تجاری معرفی نموده است، لذا عاملی به همراه سایر واسطه های تجاری مانند دلالی و حق العمل کاری از اعمال تجاری ذاتی محسوب می گردد.



۴. بند ۲ ماده ۲ مصوبه راجع به عاملین تجاری در حقوق فرانسه ۲۳ دسامبر ۱۹۵۸ اختیار انجام معاملاتی را که متضمن رقابت با امر نباشد را برای عامل به رسمیت شناخته است. از آن جا که عاملیت حرفه ای مستقل می باشد، عامل می تواند علاوه بر انجام عملیات تجاری به حساب خویش، عاملیت آمرین متعدد را نیز بپذیرد.

۵. پرداخت حق الزحمه عامل در قالب کمیسیون و پورسانت می باشد، عامل حق مطالبه مخارج و هزینه هایی که برای اجرای قرارداد لازم و ضروری بوده و در چارچوب دستورات آمر محقق شده است را از آمر خواهد داشت (پیشین، ۸۸).

در مقام مقایسه نهاد عاملی با نهاد کارگزاری نیز باید گفت چنانچه بپذیریم عامل به نام خود و حساب دیگری به اجرای سفارشات آمر می پردازد. در این صورت کارگزار نیز که بر اساس بند ۱۳ ماده ۱ قانون بازار برای دیگران و به حساب آنان معامله می نماید هم ردیف عامل قرار می گیرد. مضاف بر این استحقاق هر دو نهاد به دریافت کارمزد و یا حق کمیسیون را می توان قرینه دیگری بر تطابق این دو نهاد لحاظ نمود. اما شباهت این دو نهاد در همین جا ختم می شود. همان طور که گفتیم عاملین با وجود نقش مهمی که در برقراری ارتباطات تجاری و انجام معاملات با مشتری بر عهده دارند فراتر از واسطه مسئولیتی بر عهده نداشته و اثر اعمال تجاری متوجه آمر می باشد. اما در بورس اگر چ کارگزار برای مشتری به خرید و یا فروش اوراق بهادار مبادرت می ورزد ولی تعهدات مسئولیت هایی که برایش مقرر گردیده است، موجب می شود که فراتر از یک واسطه به ایفای نقش بپردازد. از آنجا که در مورد عامل نه تعریفی توسط قانون گذار ارائه شده است و نه قوانین و مقررات حاکم بر آن معین می باشد و پاسخ قانون تجارت به این سوال که آیا عامل به نام خود و به حساب دیگری عمل می کند و به نام و به حساب دیگری روشن نمی باشد و از این جهت میان حقوقدانان در خصوص ماهیت حقوقی تعهدات عامل اختلاف نظر ایجاد شده است، نمی توان ماهیت کارگزاری را که دارای ابهامات فراوانی است، منطقی بر نهاد عاملیت دانست. به علاوه با توجه به عدم کفایت مقررات قانونی حاکم بر نهاد عاملی جهت تامین و حمایت از مافع طرفین، عاملیت به خصوص عاملیت تجاری، تنظیم دقیق مفاد قرارداد و تعیین حدود حقوق و تکالیف طرفین از اهمیت بسزایی برخوردار است (اسکینی: پیشین، ۷۹).

به بیان دیگر در عاملی قرارداد و توافق طرفین از جایگاه مهم تری برخوردار می باشد و این امر موجب می گردد که عامل با توجه به موضع ضعیف تری که نسبت به آمر دارد تسلیم بلا شرط اراده عامل گردد. در روابط میان کارگزار و مشتری نیز در صورت عدم حمایت قوانین و سپردن همه چیز به توافقات طرفین اثرات سو به دنبال خواهد داشت و موجب کم رنگ تر شدن اصل حمایت از سرمایه گذاران خواهد شد. هدف از تبیین ماهیت حقوقی کارگزاری مشخص نمودن راهکاری جهت پر کردن خلاءهای قانونی و دستیابی به وضعیت حقوقی این نوع نمایندگی است و عامل دانستن کارگزار از ابهامات ما نمی کاهد (ستوده تهرانی: پیشین، ۱۷).

۲-۴- لزوم تایید معاملات از جانب سازمان بورس

بر طبق ماده ۲۹ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس بهادار تهران مصوب ۱۳۸۹ و بند ۲ ماده یک آیین نامه معاملات در شرکت بورس اوراق بهادار تهران مصوب ۱۳۸۵، تمامی معاملات اوراق بهادار در صورتی قطعیت می یابد که به تایید بورس برسد. بر طبق ماده ۳۰ دستورالعمل فوق الذکر بورس می تواند در صورت تقاضای کارگزار مبنی بر ابطال معامله آن هم به دلیل وقوع اشتباهات موثر و احصایی از سوی هیات مدیره سازمان، وقوع خطایی معاملاتی ناشی از سامانه معاملات و فروش سهام بیش از حد غیر مجاز از یک کد معاملاتی و در یک جلسه معاملاتی، معاملات انعقادی را رد و ابطال گرداند. هر شخصی با مطالعه این ماهد به ۳ سوال زیر مواجهه می شود. نخست، وضعیت معاملات از زمان انعقاد تا زمان تایید به چه شکلی است؟ دوم،



در صورت عدم تایید معاملات از سوی بورس، وضعیت حقوقی معاملات به چه شکلی خواهد بود و سوال سوم، منظور از بورس در اینجا کدام نهاد بورسی است، آیا منظور مقنن شورای بورس است و یا شرکت بورس؟ در جواب سوال نخست بند ۲ ماده ۱ آیین نامه معاملات قطعیت معامله را به تایید بورس موکول نموده است. این تایید در حدی که برای احراز مالکیت فروشنده و احراز نمایندگی فروشنده و خریدار و احراز اراده قطعی آلمان در نقل و انتقال سهام منافاتی با قانون ندارد، زیرا در شکل سنتی هم مدیران شرکت باید پس از احراز مراتب فوق دفتر راجهت امضا در اختیار طرفین بگذارند. اما اگر زمان اعلام ناظر بازار مبنی بر تایید و عدم تایید معامله را زمان انتقال مالکیت بدانیم، به این معنا که پس از تایید ناظر بازار می توان مالکیت را منتقل شده دانست، در این صورت امکان اصلاح معاملات اشتباهی در همان روز تا قبل از اعلام ناظر بازار ممکن خواهد بود، اما باید به این نکته مهم توجه کرد که، اعلام ناظر بازار، ماهیتاً یک اقدام اعلامی است و صرفاً اعلام می نماید که معامله انجام شده صحیح بوده و یا باطل بوده است و امر دیگری را وضع نمی نماید، یعنی ناظر بازار نمی تواند معامله ای را که شرایط صحت دارد باطل اعلام نماید یا بالعکس. ناظر بازار صرفاً به بررسی رعایت قواعد و مقررات بورس پرداخته و معامله را با قواعد مربوطه تطبیق می دهد و قصد و رضای وی تاثیری در بطلان و صحت معامله ندارد (سلطانی و همکاران: پیشین، ۸۱).

اما معاملاتی که ناظر آنها را تایید می کند، حتی اگر از لحاظ حقوقی شرایط صحت را نداشته باشد، از نظر بورس و ثالث صحیحی فرض می گردد و بین طرفین، مکانیزم های جبرانی حکومت می کند. در مقام پاسخ بخ سوال دوم نیز باید گفت، همانطور که گفته شد، با توجه به این که تایید معاملات از سوی بورس از شرایط اساسی معاملات انعقادی در بورس نیست و با عنایت به این که در ماده ۳۱ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران موارد عدم تایید را احصا نموده است و بورس در غیر از این موارد مجاز به تایید نیست و احراز این موارد نیز موجبات بطلان است، لذا عدم تایید در واقع اعلان عدم صحت و بطلان معامله است. در مقام پاسخ به سوال آخر نیز باید به ماده ۳۰ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران فوق اشاره کرد. در این ماده آمده که مدیر عامل بورس تحت شرایط احصا شده حق رد معاملات را خواهد داشت. با توجه به استعمال لفظ مدیر عامل در این ماده باید گفت که مراد قانونگذار از بورس، شرکت بورس می باشد.

۴-۱- ممنوعیت معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات پنهانی

مبنای تصمیم گیری مشارکت کنندگان در بازار اوراق بهادار، اطلاعاتی است که توسط بورس ها، ناشران اوراق بهادار پذیرفته شده در بورس و واسطه های فعال در این بازارها، منتشر می شود. بهره گیری این اطلاعات و به عبارتی تصمیم گیری صحیح در بازار اوراق بهادار زمانی امکان پذیر است که اطلاعات مزبور به موقع، مربوط، با اهمیت و نیز کامل و قابل فهم باشد. چنانچه اطلاعات افشا شده از ویژگی های فوق یا بعضی از آن ها برخوردار نباشد، بدون تردید ساز و کار کشف قیمت در بازار به درستی عمل نخواهد کرد و قیمت گذاری اوراق به شیوه های مطلوب انجام نخواهد شد. از این رو نهادهای ناظر بر بازارهای اوراق بهادار به منظور شفاف کردن بازار، فراهم آوردن امکان دسترسی یکسان فعالان بازار به اطلاعات و به طور کلی ایجاد بازاری شفاف و منصفانه برای داد و ستد اوراق بهادار قوانین، آیین نامه و دستورالعمل هایی متعددی تدوین کرده اند. در قوانین و مقررات هر یک از نهادهای بازار یعنی بورس ناشران اوراق پذیرفته شده و واسطه های بازار به افشای معینی درباره امور و فعالیت های خود مکلف شده اند. در فصل پنجم قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ به این موضوع اشاره دارد. بر طبق ماده ۴۱ این قانون سازمان بورس موظف است، بورسها، ناشران اوراق بهادار، کارگزاران و کلیه دست اندرکاران فعال در بازار سرمایه را ملزم به افشای اطلاعات جامع فعالیت خود نموده است. در ماده ۴۲ قانون فوق الذکر، مقنن ضمانت اجرای جبران خسارت از سوی مقصر



را برای نقض این تکلیف مقرر داشته است. بر اساس این قوانین و مقررات بورس ها باید اطلاعات مربوط به قیمت اوراق بهادار، حجم داد و ستد و شاخص ها را همزمان با انجام داد و ستد یا پس از آن و در پایان نشست معاملاتی منتشر کنند. همچنین در پایان هر نشست معاملاتی باید اطلاعات مربوط به نمادهای متوقف به تفکیک نام شرکت، دلیل توقف نمود، تاریخ توقف، آخرین قیمت معامله شده و تاریخ معامله قبلی توسط بورس منتشر شود.

اطلاع رسانی در مورد دلیل توقف نمادها یک روز قبل از توقف نماد از سوی بورس ها الزامی است. اطلاعات جامع شرکتهای، شامل اطلاعات کلی در مورد شرکت، آرشو اطلاعاتی های شرکت، آخرین وضعیت و معاملات و تقاضای خرید و فروش سهام شرکت، آخرین ترکیب سهامداران شرکت، بایگانی آمار معاملات و نیز اطلاع رسانی در رابطه با پذیرش شرکت ها در بورس، مجموعه مقررات، آیین نامه ها دستورالعمل ها در مورد شرکت ها و نهادهای فعال در بازار به صورت در آرشو بورس ها موجود و قابل دسترسی برای عموم باشد. اظهار، افشا، و اعلام تمام واقعیات و اطلاعات مربوط به شرکت برای سرمایه گذاران لازم و حیاتی است، زیرا در صورتی که برخی از اشخاص داخلی یا مرتبط با شرکت، چه به عنوان خریدار و چه به عنوان فروشنده، پیشاپیش از اطلاعاتی برخوردار باشند که بر قیمت سهام شرکت موثر می باشد، در حالی که این اطلاعات عمومی نگردیده و برای دیگر سرمایه گذاران و دست اندرکاران بازار سرمایه افشا نشده باشد، نتیجه طبیعی این حالت، استفاده از اشخاص داخلی یا مرتبط شرکت از اطلاعات پنهانی و منتشر نشده و تحصیل سود و منافع بیشتر یا وضع ضرر احتمالی به زیان سایر سرمایه گذاران خواهد بود. اگر چه در این گونه شرایط زیان دیدگان به طور خاص مشخص نمی شوند، اما در شرایط پیش از هر چیز و هر کس، اعتبار بازار سرمایه و اعتماد سرمایه گذاران و نهایتاً اقتصاد یک کشور است که دچار صدمه می شود، چرا که سرمایه گذاران احتمالی خود را درگیر در یک بازی احساس می کنند که در طرف مقابل آنها از قبل، از تمامی فنون، رموز و نقشه ها آگاهی کامل دارد و لکن وی دستش خالی است. از این رو کاملاً طبیعی است که از چینی بازاری استقبال لازم به عمل نخواهد آمد. از این جهت مقررات قانونی و خاصی در خصوص بازار سرمایه جهت ممنوعیت معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات پنهانی برای مدیران شرکت یا کسانی که به لحاظ شغل خود از اطلاعات پنهانی شرکت برخوردار هستند وضع شده است.

در قانون بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ انجام معاملات با استفاده از اطلاعات پنهانی منع و جرم انگاری نشده ولی، در قانون جدید این گونه معاملات منع و جرم شناخته شده است. بر طبق بند ۱ ماده ۴۶ قانون فوق الذکر « هر شخصی که اطلاعات پنهانی مربوط به اوراق بهادار موضوع این قانون را حسب وظیفه در اختیار دارد به نحوی از انحا به ضرر دیگران یا به نفع خود یا به شخص اشخاصی که از طرف آنها به هر عنوان نمایندگی داشته باشد را قبل از انتشار مورد استفاده قرار دهد و یا موجبات افشا و انتشار آنها را در غیر موارد مقرر فراهم نماید، به حبس تعزیری از سه ماه تا یکسال یا جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل شده یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد و همچنین است مجازات هر شخصی که با استفاده از اطلاعات پنهانی به معاملات اوراق بهادار مبادرت نماید».

در تبصره همین ماده دارندگان اطلاعات پنهانی در پنج بند احصا شده اند.

این تمام اقدامات پیش بینی شده در این قانون نیست. به موجب ماده ۴۴ قانون، سازمان مجاز شده است که در صورت آگاهی از ارائه اطلاعات خلاف واقع، ناقص، یا گمراه کننده از طرف ناشر در بیانیه یا اعلامیه پذیره نویسی، عرضه عمومی اوراق بهادار را در هر مرحله ای که باشد متوقف کند. سوالی که در این رابطه قابل طرح است این می باشد که آیا ممنوعیت فوق و مجرمانه بودن این قسم از معاملات مقتضی بطلان آنها نیز می باشد یا خیر؟ در هیچ قانونی، خاصه قانون بازار اوراق بهادار و در هیچ دستورالعملی، خاصه دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار و در هیچ آیین نامه ای خاصه آیین نامه انعقاد معاملات در بورس اوراق بهادار تهران، نسبت به این امر تعیین تکلیف نشده است (سلطانی و همکاران: پیشین، ۷۲).



۳- نتیجه گیری

معاملات بورس اوراق بهادار همواره از اهمیت خاصی برخوردار است. قدرت اساسی یک کشور زمانی پدیدار می گردد که اقتصاد پویا داشته باشد و معاملات بورس اوراق بهادار نیز مستقیماً با اقتصاد کشور سرو کار دارد. از همین رو، این معاملات زمانی می تواند اقتصاد کشور را تحت تاثیر قرار دهد که ثبات و استحکام داشته باشد. وقتی نام قرارداد یا عقد به میان می آید باید آن را از منظر حقوقی بررسی نمود و به گونه ای قرارداد را تنظیم نمود که خللی به صحت آن وارد نگردد، علی الخصوص معاملات بورس که اهمیت آن ذکر گردید. معاملات بورس اوراق بهادار جز عقود لازم به شمار می آیند. با تدقیق در ماده ۲۱۹ و ماده ۱۰ قانون مدنی. همچنین تکیه بر اصل لزوم در می یابیم که اصل بر لزوم معاملات و از جمله معاملات بورس اوراق بهادار می باشد و جواز آنها نیاز به تصریح قانونگذار دارد.

همچنین این عقود جز عقود تشریفاتی می باشند که لازمه قطعیت معاملات بورسی تاثیر بورس بر انجام معامله است و صرف اراده خریدار و فروشنده منجر به تشکیل عقد نمی گردد. با تحلیل ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم توسعه نیز این امر به خوبی مشخص می گردد. در بیان قالب مناسب جهت معاملات بورس اوراق بهادار می توان گفت عقد بیع قالب مناسبی است. زیرا که عقد بیع دارای سه خصلت تملیکی، معوضی و لازم بودن است و معاملات سهام نیز هر سه خصلت فوق را دارا هستند. هر چند که قانونگذار به صراحت قالب عقود بورس اوراق بهادار را مشخص ننموده است اما هیچ ایرادی ندارد که عقد بیع را به عنوان قالب جهت این دسته از معاملات برگزینیم. در مورد عقد صلح نیز باید گفت که هر چند منع قانونی جهت استفاده از آن برای انتخاب قالب معاملات سهام وجود ندارد اما این قالب، قالب مناسبی برای اینگونه معاملات نیست.

افزون بر این قانون گذار دست طرفین قرارداد را نیز باز گذارده است تا با تکیه بر ماده ۱۰ قانون مدنی اقدام به انعقاد عقود میان خود نمایند به شرطی که مخالف صریح قوانین امری نباشد. اما همان گونه که در مباحث مربوط به بیع عنوان نمودیم، انتخاب بیع به عنوان قالب مناسب جهت معاملات بورس اوراق بهادار راهگشاست و بهترین راه حال می باشد. در مورد نهاد کارگزاری تبیین گردید که دارای ماهیتی ویژه می باشد هر چند که دارای شباهت های بسیاری با سه نهاد دلالتی، عاملی و علی الخصوص حق العمل کاری می باشد، اما تفاوت هایی نیز با آنان دارد، در نتیجه باید ماهیت آن را با هر سه نهاد جدا ساخت و برای آن ماهیتی خاص را در نظر گرفت. طرفین معاملات بورسی عبارتند از: خریدار، روشنده و کارگزار هر یک از آنها که به عنوان نماینده ایشان عمل می نماید. هر چند که کارگزار در انجام معامله نقش اساسی را ایفا می نماید، اما آثار آن بیشتر گریبان گیر مشتری می گردد. از سوی دیگر باید میان نهاد تعهد به نفع ثالث و نهاد کارگزاری تفاوت گذارد، زیرا در نهاد تعهد به نفع ثالث مشروط له معامله ای برای خود منعقد می نماید و در ضمن آن تعهد نیز به نفع شخصی ثالث می نماید. در حالی که کارگزار به نام خود و به حساب مشتری معامله می نماید، همچنین عمل کارگزار مشمول معامله فضولی قرار نمی گیرد مگر آن که بیشتر یا کمتر از میزان سفارش درج شده در برگه سفارش مشتری اقدام به خرید و فروش نموده باشد. همچنین موارد ذیل نیز بعنوان نتیجه محسوب می شود:

۱- ماهیت حقوقی معاملات نقدی در بورس اوراق بهادار عیناً همانند بیع می باشد.

۲- اوراق قرضه در چارچوب عملیات اقتصادی و بازار از مهمترین ابزارهای مالی در بازار پول و سرمایه بشمار می روند ولی بعلت در برداشتن بهره و ممنوعیت آن در دین مبین اسلام، در اقتصاد اسلامی جایگاهی ندارد.

۳- عملیات بورس بازی یا سفته بازی طبق اصول حاکم بر بازارهای اسلامی حرام و ممنوع می باشد؛ چرا که موجب می شود با دستکاری ناعادلانه در قیمت ها، بهای کالاها بسوی قیمت خاصی سوق پیدا کند و همچنین باعث ورود غرر در معاملات، جهل

و غبن سرمایه گذار شود که البته در صورت غبن معامله گر، وی می تواند با استناد به خیار غبن که البته مالک غبن، ارزش واقعی سهم در زمان معامله است، ضرر و زیان خود را التیام بخشد.

۴- در معاملات بورس بیع مباحه و مواضعه وجود ندارد و فقط بیع مساومه و تولیه وجود دارد.

۵- در ارتباط با بحث اقاله در معاملات واقع در بورس اوراق بهادار باید متذکر گردید، اقاله یا پس دادن کالا یا سهام در بازار بورس وجود ندارد؛ چرا که قیمت خرید و فروش در بورس کاملاً مشخص و معین است فلذا اگر کسی تمایل به انجام معامله داشت، اقدام به معامله می کند و گرنه پس از معامله حق پس دادن یا اقاله ندارد.

۴- پیشنهادها

۱- با عنایت به اصل چهارم قانون اساسی و اینکه تمامی معاملات در کشور ما می بایست منطبق با احکام شرع باشد و همچنین با عنایت به اینکه اسلام دین کاملی می باشد، الزم است که فقهاء در زمینه معاملات واقع در بورس اوراق بهادار تامل بیشتری نمایند تا احکام این تیپ از معاملات بیشتر روشن و شفاف شود؛ چرا که با اجتهاد صحیح می توان احکام اسلامی را با مقتضیات زمان استنباط نمود.

۲- با عنایت به اینکه معاملات در بورس اوراق بهادار از طریق کارگزاران انجام می گیرد و افراد عادی نمی توانند مستقیماً وارد داد و ستد شوند، الزم است برای کارگزاران یک دوره آموزش جهت آشنایی با مسایل فقهی و حقوقی گذاشته شود تا از توالی فاسد آن از جمله احتمال ورود ربا، غرری گشتن معاملات، سفته بازی و انجام معاملات صوری و تصنعی ممانعت بعمل آید و حتماً عضوی به عنوان ناظر آشنا به مسایل فوق الذکر در بورس اوراق بهادار جهت نظارت بر عملکرد کارگزاران تعبیه و پیش بینی شود.

منابع

کتاب

۱. آخوندی، رضا (۱۳۸۴)، عاملیت در حقوق ایران و فرانسه، نشر دادگستر، تهران.
۲. جهانخانی، علی و پارسائیان، علی (۱۳۷۵)، بورس اوراق بهادار، انتشارات دانشکده مدیریت دانشگاه تهران.
۳. دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرائی محسن (۱۳۹۳)، قانون تجارت در نظم کنونی، انتشارات میثاق عدالت، تهران.
۴. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۸)، حقوق تجارت، جلد سوم و چهارم، انتشارات دادگستر، تهران.
۵. شهرآبادی، ابوالفضل؛ یوسفیان پور، امیر و برارنیا ادبی، قربان (۱۳۹۰)، معرفی صنعت بورس اوراق بهادار، انتشارات بورس، تهران.
۶. عرفانی، محمود (۱۳۸۶)، حقوق تجارت، جلد اول، انتشارات میزان، تهران.
۷. _____ (۱۳۹۳)، حقوق تجارت، جلد پنجم، نشر دادگستر، تهران.
۸. فرجی، حمید (۱۳۸۶)، دلالی در حقوق ایران، انتشارات خرسندی، تهران.
۹. قاسم زاده، مرتضی (۱۳۸۶)، اصول قراردادها و تعهدات، انتشارات دادگستر، تهران.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، عقود معین، جلد چهارم، انتشارات سهامی انتشار، تهران.
۱۱. _____ (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم و سوم، شرکت سهامی انتشار، تهران.

مقاله

۱. الله آبادی، کمال (۱۳۷۰)، بررسی های حقوقی دلالی در بازرگانی داخلی، ماهنامه بررسی های بازرگانی، شماره ۴۱.
۲. سلطانی، محمد (۱۳۹۴)، معاملات عمده سهام در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۹.
۳. صادقی مقدم، محمد حسن و غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۰)، روح رقابت، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳.
۴. قربانی، حسین (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی کارگزاران بورس و فرآیند طرح دعوا مرتبط در مراجع صالحه، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۱۷.
۵. مداح اصل، آزاده (۱۳۹۲)، روشهای عرضه عمومی اولیه اوراق بهادار و تجربه برخی کشورها در این خصوص، ماهنامه بورس، شماره ۹۵.
۶. نصیری، مرتضی و تفرشی، محمد عیسی (۱۳۸۷)، معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۴.
۷. نعیمی، عمران (۱۳۸۹)، مقاله نمایندگی تجاری، فصلنامه حقوق شماره ۱.