

فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۸۹، زمستان ۱۳۹۷، ۱۵۴-۱۲۳

## بررسی نقش اراده در انعقاد معاملات اوراق بهادار در فرابورس

همایون مافی\*

سام محمدی\*\* زینب فلاح تفتی\*\*\*

پذیرش: ۹۶/۶/۶

دریافت: ۹۵/۱۲/۲۱

اوراق بهادار-فرابورس / اراده / معامله / بازار سرمایه.

### چکیده

نظام تأمین مالی، در بستر بازارهای مالی اعم از بازار پول و بازار سرمایه شکل می‌گیرد. در بازار سرمایه معاملات اوراق بهادار در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس دارای مجوز از شورای عالی بورس و اوراق بهادار صورت می‌گیرد. معاملات اوراق بهادار در فرابورس از منظر حجم و ارزش معاملاتی، پس از بورس اوراق بهادار قرار دارد. به همین دلیل تبیین حقوقی مؤلفه‌های انعقاد معاملات در این بازار در راستای نظام‌مند نمودن سیستم حقوقی بازار سرمایه و با هدف حفظ حقوق سرمایه‌گذاران، شفافیت و کارآمدی بازار سرمایه ضروری می‌باشد.

«اراده» به‌عنوان اساسی‌ترین رکن در انعقاد کلیه معاملات از جمله معاملات اوراق بهادار در فرابورس محسوب می‌شود لکن مقررات‌گذار به لحاظ تشریفاتی بودن معاملات اوراق بهادار، ترتیبی نسبت به آن وضع نموده است که هدف از انجام این تحقیق، بررسی مسائل مرتبط با رکن «اراده» از جمله تشریفات اعلام اراده، عیوب اراده و زوال آن با لحاظ تشریفاتی بودن معاملات اوراق بهادار در فرابورس می‌باشد. پاسخ به این مسائل با استفاده از منابع کتابخانه‌ای ارائه گردیده و به روش توصیفی-تحلیلی داده‌های حاصل از روش گردآوری مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

طبقه‌بندی JEL: G19, K20, K22, K29

\*. دانشیار دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، دکتری حقوق تجارت بین‌الملل  
\*\*. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران- دکتری حقوق خصوصی  
\*\*\*. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران  
■ زینب فلاح تفتی، نویسنده مسئول.  
zeinab.falah@yahoo.com



## مقدمه

توسعه اقتصادی هر کشور مرهون نظام تأمین مالی کارآمدی است که سبب انتقال وجوه سرمایه‌گذاران به سمت بنگاه‌های اقتصادی و پروژه‌های عمرانی می‌گردد. نظام تأمین مالی در بستر بازارهای مالی<sup>۱</sup> اعم از بازار پول<sup>۲</sup> و بازار سرمایه<sup>۳</sup> شکل می‌گیرد.<sup>۴</sup> رونق روزافزون بازار سرمایه در مقایسه با بازار پولی و سرعت نقدینگی حاکم بر بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس موجب گردیده تا بر اهمیت معاملات اوراق بهادار افزوده گردد.

یکی از مهم‌ترین بسترهای انجام معاملات اوراق بهادار<sup>۵</sup> در بازار سرمایه ایران پس از بورس اوراق بهادار، فرابورس<sup>۶</sup> می‌باشد. دستورالعمل پذیرش، عرضه و نقل و انتقال اوراق بهادار در فرابورس ایران مصوب ۱۳۸۸/۱/۲۵ هیأت‌مدیره سازمان<sup>۷</sup>، معاملات اوراق بهادار در فرابورس را در قالب شش بازار، طراحی و پیش‌بینی کرده است. شش بازار فرابورس عبارت از بازار اول، بازار دوم، بازار سوم، بازار شرکت‌های کوچک و متوسط، بازار ابزارهای نوین مالی و بازار پایه می‌باشد.

شیوه انجام معاملات اوراق بهادار در بازارهای فرابورس به دو صورت حراج<sup>۸</sup> و مذاکره<sup>۹</sup> صورت می‌پذیرد که موثر در تحلیل حقوقی شرایط ماهوی انعقاد معامله است. حراج در سامانه معاملات فرابورس به محض تطبیق قیمت‌های سفارش‌های خرید و فروش منجر به

1. Financial Market.

2. Money Market.

3. Capital Market.

۴. شهرآبادی و رحمانی (۱۳۸۹)؛ ص ۵.

۵. در این مقاله دو اصطلاح «اوراق بهادار» و «ابزار مالی» مترادف هم به کار برده شده است. مبنای قانونی مترادف بودن دو اصطلاح مذکور بر اساس بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار می‌باشد که بیان می‌دارد: «اوراق بهادار: هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد. شورا اوراق بهادار قابل معامله را تعیین و اعلام خواهد کرد. مفهوم ابزار مالی و اوراق بهادار در متن این قانون، معادل هم در نظر گرفته شده است». بنابراین عنوان «بررسی نقش اراده در انعقاد معاملات ابزارهای مالی در فرابورس» نیز واجد همان معناست.

۶. فرابورس در بازار سرمایه ایران با دریافت مجوز تأسیس بازار خارج از بورس (Over-the-Counter Market) از شورای عالی بورس و اوراق بهادار وفق بند ۵ ماده ۴ قانون بازار تشکیل شده است. بنابراین فرابورس ایران، Over-the-Counter Market of Iran می‌باشد.

۷. این دستورالعمل در تاریخ‌های ۱۳۹۰/۲/۲۴ و ۱۳۹۴/۱۲/۱۱ و ۱۳۹۵/۲/۲۸ نیز از سوی هیأت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار اصلاح شده است.

8. Auction.

9. Negotiation.

معامله می‌شود اما در معاملات مبتنی بر مذاکره با انتشار بیانیه مذاکره توسط فرابورس - که حاوی شرایط فروشنده اوراق بهادار است - فرآیند مذاکره جهت معامله شکل می‌گیرد. اشخاصی که تمایل به شرکت در مذاکره دارند، فرم شرکت در مذاکره را از طریق کارگزاران به فرابورس ارسال می‌کنند. فرابورس درخواست‌های شرکت در مذاکره را برای کارگزار فروشنده اوراق بهادار، ارسال می‌کند تا وی نسبت به انتخاب واجدین شرایط اقدام نماید. در صورتی که فروشنده از میان اشخاص متقاضی، دو یا چند شخص را به عنوان واجدین شرایط به فرابورس معرفی نماید، هم‌زمان اقدام به معرفی بهترین شخص متقاضی از میان اشخاص مذکور نیز می‌کند و در ضمن تفاهم‌نامه‌ای برای فروش اوراق بهادار با وی منعقد می‌نماید. در این حالت فروشنده می‌تواند به فرابورس اعلام کند که فقط تمایل به انعقاد معامله با بهترین متقاضی دارد که در این صورت معامله میان طرفین تفاهم‌نامه در بازار سوم فرابورس ثبت می‌شود در غیر این صورت میان کلیه اشخاص واجد شرایط معرفی شده در فرابورس رقابت برقرار می‌شود لیکن قیمت پایه فروش اوراق بهادار در بازار سوم برابر با قیمت پیشنهادی بهترین متقاضی، خواهد بود.<sup>۱</sup>

انعقاد معامله اوراق بهادار در فرابورس علاوه بر انجام به شیوه‌های شکلی مورد اشاره به لحاظ ماهوی مستلزم رعایت شرایط اساسی موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی و لحاظ ترتیبات و تشریفات خاص این‌گونه معاملات است. هرچند معاملات اوراق بهادار در مرحله نخست، موضوع حقوق خصوصی است اما توزیع نابرابر اطلاعات و وجود خطراتی چون دستکاری بازار<sup>۲</sup> و نهایتاً ریسک‌پذیری این معاملات، نهادهای مرسوم حقوق خصوصی را ناکارآمد کرده است. به همین منظور در جهت حمایت از سرمایه‌گذاران، حفظ شفافیت بازار و جلب اعتماد عموم، مقنن از طریق وضع قواعد و مقررات آمره در این معاملات مداخله کرده و آن را تحت نظارت قرار داده است. به عبارتی در قواعد حاکم بر معاملات اوراق بهادار در بازار سرمایه، قواعد حقوق عمومی و حقوق خصوصی به هم آمیخته است تا عدالت توزیعی و

۱. مواد ۸، ۵ و ۹ دستورالعمل اجرایی معاملات مبتنی بر مذاکره اوراق بهادار در فرابورس ایران مصوب ۱۳۹۰/۱/۲۷ هیأت مدیره سازمان بورس.

۲. دست‌کاری بازار (Manipulation): فرایندی است که به طور مصنوعی بر قیمت یک یا چند نوع از اوراق بهادار تاثیر می‌گذارد تا به این وسیله قیمت آن بیشتر یا کمتر از میزانی شود که مطابق روند معمول عرضه و تقاضا می‌بایست می‌شد.

تصحیحی را به صورت توأمان تأمین کند.<sup>۱</sup> به همین علت مقنن وفق بند (ب) ماده ۹۹ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵، معاملات اوراق بهادار ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار را فقط در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس دارای مجوز و با رعایت مقررات معاملاتی هریک حسب مورد امکان پذیر دانسته و معامله اوراق بهادار بدون رعایت ترتیبات مذکور را فاقد اعتبار، اعلام نموده است. مفاد ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم توسعه، به جهت اهمیت احکام آن در ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ برای اجرای دائمی و نه محدود به بازه‌های زمانی چند ساله، از سوی مقنن تکرار و وضع گردید. بنابراین به حکم مقنن، رعایت ترتیبات و تشریفات مقرر در مقررات معاملاتی ضروری بوده و معامله اوراق بهادار در این گونه بازارها از عقود تشریفاتی محسوب می‌شود.

## ۱. مبانی نظری

مقررات حاکم بر معاملات اوراق بهادار در فرابورس نسبت به سه مرحله؛ «پیش از معامله<sup>۲</sup>»، «معامله<sup>۳</sup>» و «پس از معامله<sup>۴</sup>» وضع شده است. در مرحله معامله اوراق بهادار در فرابورس، «اراده»<sup>۵</sup> به‌عنوان اساسی‌ترین مولفه موجد نهاد حقوقی مذکور محسوب می‌شود که تاکنون تحقیقاتی حقوقی در خصوص معاملات اوراق بهادار در بورس‌ها از قبیل بورس اوراق بهادار و بورس کالا و بازارهای خارج از بورس داخلی و خارجی صورت پذیرفته است<sup>۶</sup> لیکن این

۱. انصاری و سورشجانی (۱۳۹۳)؛ ص ۱۳۰.

2. Pre Trade.

3. Trade.

4. Post Trade.

5. Will.

۶. مجموعه مطالعات و تحقیقاتی در خصوص معاملات اوراق بهادار در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس داخلی و خارجی به شرح ذیل صورت پذیرفته که معامله اوراق بهادار و حقوق بازار سرمایه را بررسی نموده است:

- ابراهیمی، مریم، (۱۳۹۴)، مبانی حقوق بیع سهام در بورس، نشر مجد.

- طوسی، عباس و انصاری، علی و حیدری سورشجانی، مریم، (۱۳۹۴)، تحلیل حقوقی ساختار شرکت بورس و نقش آن در افزایش کارایی معاملات بازار سرمایه، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۳۲.

- میرزایی منفرد، غلامعلی، (۱۳۹۰)، حقوق بازار اوراق بهادار (بخش اختلافات)، نشر میزان.

- شهیدی، سیدمرتضی، (۱۳۹۶)، قواعد حقوقی حاکم بر معاملات در بورس‌های کالایی، نشر میزان.

- Kitch, Edmund. W., (1999), Regulation of the Securities Market, available at: <http://encyclo.findlaw.com>.

- Frey, Alexander Hamilton, (1995), Federal Regulation of the Over-the Counter Securities Market, Uni-

تحقیق به صورت خاص نقش و جایگاه مولفه «اراده» در معاملات اوراق بهادار در فرابورس ایران را بررسی می‌نماید.

وجوه متعدد مسائل مرتبط با مولفه «اراده» در معاملات اوراق بهادار در فرابورس از قبیل اعلام اراده و تشریفات آن، شناسایی ماهیت حقوقی کارگزار، وضعیت معامله در صورت معیوب بودن اراده یکی از طرفین یا اثر زوال اراده بر معامله، از مسائل مهمی است که باید به لحاظ حقوقی مورد بررسی قرار گیرد تا در صورت لزوم به منظور اجتناب از اختلاف نظرهایی که در باب این مسائل در قواعد حقوقی سنتی میان دکترین وجود دارد، راه‌حلهایی متقن در پیش‌نویس لوایح و طرح‌های آتی پیش‌بینی و پیشنهاد شود. تبیین قانونی نقش مولفه «اراده» در انعقاد معامله اوراق بهادار در فرابورس، آثار مطلوب و مزایای حقوقی - اقتصادی متعددی را برای این بازار متشکل به‌عنوان قسمی از بازارهای مالی در اقتصاد کلان کشور به همراه خواهد داشت اهم آن به قرار ذیل است:

### ۱-۱. حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران و کاهش ریسک سرمایه‌گذاری

مقتضیات حاکم بر معاملات اوراق بهادار در بازار سرمایه از قبیل انجام معاملات از طریق سامانه معاملات، سرعت انجام معاملات و عدم امکان برگشت معاملات به وضعیت پیش از انجام آن<sup>۱</sup>، تشریفات بودن معاملات مذکور و ... سبب گردیده است تا در نظام حقوقی حاکم بر انجام معاملات ابزارهای مالی متنوع در این بازار، مولفه حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران، محور اساسی سیاست‌های تقنینی باشد<sup>۲</sup>. در این خصوص، تبیین وضعیت حقوقی معاملات در متون قانونی با لحاظ خصوصیات و ویژگی‌های خاص این گونه معاملات، تدبیری مناسب از سوی نهادهای دخیل در قانون‌گذاری و همچنین مقررات‌گذاری محسوب می‌شود.

iversity of Pennsylvania, Vo. 106, No. 1.

- Duffie, Darrell, Garleanu, Nicolae, Pedersen, Lasse Heje, (2007), Over-The-Counter Markets, Oxford University Press, Vol. 20, No.5.

- Soderquist, Larry D & Gabaldon, Theresa A, (2007), Securities Law, Second Edition, New York, Thomson.

- Cox, James D., Hillman, Robrt W., Langevoort, Donald C, (2015), Securities Regulation: Selected Statutes Rules and Forms Supplement, Wolters Kluwer.

- Babus, Ana, (2010), Strategic Relationships in Over-the-Counter Markets. Discussion Paper, University of Cambridge.

۱. استثناء موارد معدودی از معاملات مبتنی بر مذاکره، محسوب می‌شود.

۲. سهرابی (۱۳۹۱)؛ ص ۹۵.

وضع متون قانونی مناسب درخصوص معاملات اوراق بهادار در فرضی که با عیوب اراده یکی از طرفین معامله همراه است در معاملات مبتنی بر اکراه یا اشتباه می‌تواند به کاهش اختلافات اقتصادی اشخاص در معاملات آنان بیانجامد. کاهش اختلافات اقتصادی بالتبع به کاهش دعاوی مطروحه در بازار سرمایه منجر شده و اطمینان به سرمایه‌گذاری را دربر خواهد داشت.

سرمایه‌گذاران در صورت شفافیت قواعد حقوقی در معاملات اوراق بهادار، ریسک حقوقی آنان در انجام معاملات نیز کاهش یافته و بالتبع ریسک سرمایه‌گذاری در بازار سرمایه کاهش می‌یابد. کاهش ریسک سرمایه‌گذاری سبب فعالیت بیشتر دارندگان اوراق بهادار با افزایش تعداد و حجم معاملات به منظور تملک میزان زیادتری از اوراق بهادار می‌گردد به گونه‌ای که سرانه تملک اوراق بهادار نیز ارتقا می‌یابد.<sup>۱</sup>

## ۲-۱. ارتقای کارایی بازار سرمایه و توسعه آن

شفافیت وضعیت حقوقی معاملات اوراق بهادار در فرابورس ایران بر رفتار و عملکرد اقتصادی سرمایه‌گذاران موثر واقع شده و به ارتقاء کارایی و توسعه بازار سرمایه می‌انجامد. در واقع وجوه نقد و پس‌انداز سرمایه‌گذاران با اطمینان نسبت به تضمین حقوق ایشان در معاملات اوراق بهادار به سوی بازارهای مختلف فرابورس سوق می‌یابد. توسعه این بازارها موجب توسعه بازار سرمایه از طریق ارتقاء ارزش بنگاه‌های موجود در بازار (اندازه بازار<sup>۲</sup>) و تعداد شرکت‌های حاضر در بازار (گسترده‌گی بازار<sup>۳</sup>) می‌شود.<sup>۴</sup>

## ۲. تشریفات اعلام اراده

اراده از دو بخش «قصد» و «رضا» تشکیل شده است. «قصد» به معنای تصمیم به انجام معامله و «رضا» به معنای تمایل و اشتیاق باطنی به انجام معامله است.<sup>۵</sup> قصد در حقیقت همان حرکت عملی است برای تحقق و منجز ساختن آن چه که از روی علم و ادراک تصمیم گرفته شده

1. La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer & Vishny (1997).

2. Market Capitalization.

3. Market Breadth.

۴. پورسید، حسینی و سهرابی (۱۳۹۵)؛ ص ۶۲.

۵. کاتوزیان (۱۳۸۵)؛ ص ۲۱۹.

است<sup>۱</sup> گرچه اختلاف شده است که اراده امر بسیط است و تجزیه‌ناپذیر و نمی‌توان آن را به قصد و رضا تجزیه کرد<sup>۲</sup> لیکن اراده آنچنان که تصور شده است تجزیه نمی‌شود بلکه در هر مرحله‌ای به ایفای نقشی می‌پردازد<sup>۳</sup> بنابراین قصد و رضا از اعمال ارادی محسوب می‌شود. مستنبط از ماده ۱۹۱ قانون مدنی، مقنن منحصراً قصد انشاء را علت موجد عقد شناخته و نیز تأثیر قصد را مشروط به همراه بودن با چیزی کرده است که بر قصد دلالت کند<sup>۴</sup>. قصد انشای ابراز شده طرفین، اصطلاحاً ایجاب و قبول خوانده می‌شود. ایجاب، قصد انشای ابراز شده ای است که دارای معنای ابتکار و پیشنهاد است و قبول، قصد انشای ابراز شده در موقعیت پذیرش ایجاب می‌باشد<sup>۵</sup>. در عقود رضایی، ابراز اراده طرفین معامله مستلزم رعایت قالب خاصی نیست لیکن معاملات اوراق بهادار در فرابورس حائز تشریفات است که عدم رعایت آن به موجب بند (ب) ماده ۹۹ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه و بند (ب) ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰، معامله را فاقد اعتبار می‌نماید<sup>۶</sup>. به جهت تشریفات بودن این عقود، قصد و رضای طرفین معامله با تشریفات خاص به دو طریق در سامانه معاملاتی<sup>۷</sup> ابراز می‌شود. نخست: انجام معامله توسط کارگزار، دوم: انجام معامله توسط خود طرفین معامله در معاملات برخط<sup>۸</sup> که اصیل در قرارداد می‌باشند. ارائه درخواست خرید و فروش به کارگزار جهت انجام معامله به صورت حضوری و با تکمیل فرم‌های مربوط و یا تلفنی انجام می‌پذیرد<sup>۹</sup>. درخواست خرید و فروش از سوی اشخاص متقاضی به همراه شرایط مدنظر آنان مبنی بر خرید یا فروش اوراق بهادار به

۱. بحر العلوم (۱۴۰۴ ه.ق)؛ ص ۲۸.

۲. السنهوری (۱۹۵۲)؛ ش ۱۵۵.

۳. الحکیم (۱۳۸۳ ه.ق)؛ ص ۱۹۹.

۴. شهیدی (۱۳۷۷)؛ ص ۱۴۱.

۵. شهیدی (۱۳۸۲)؛ ص ۱۷.

۶. بند (ب) ماده ۹۹ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه و بند (ب) ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور: «معاملات اوراق بهادار ثبت شده در سازمان (بورس و اوراق بهادار) فقط در بورسها و بازارهای خارج از بورس دارای مجوز و با رعایت مقررات معاملاتی هر یک از آنها حسب مورد امکان‌پذیر بوده و معامله اوراق بهادار مذکور بدون رعایت ترتیبات فوق فاقد اعتبار است».

۷. سامانه معاملات: سامانه‌ای است الکترونیکی که عملیات مربوط به معاملات فرابورس از جمله دریافت سفارش، تطبیق و انجام معامله از طریق آن انجام می‌شود (بند ۱۵ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات اوراق بهادار در فرابورس ایران مصوب ۱۳۸۸/۶/۷ هیأت‌مدیره سازمان بورس).

8. Online Trading.

۹. ابراهیمی (۱۳۹۲)؛ ص ۱۸۷.



کارگزار/معامله‌گر ارائه می‌گردد، درخواست‌های خرید یا فروش تلفنی دریافتی با استفاده از خدمات مرکز تماس<sup>۱</sup> کارگزار فرابورس، تفاوتی با درخواست‌های کتبی حضوری ندارد و کلیه مقررات مربوط به دریافت، ثبت و اجرای درخواست‌های خرید و فروش، در خصوص درخواست‌های تلفنی نیز لازم‌الاجرا می‌باشند<sup>۲</sup>.

مشتری با در نظر گرفتن شرایط بازار و وضعیت مالی خود، نحوه انجام معامله را با تعیین شرایط سفارش به کارگزار اعلام می‌کند و کارگزار باید این شرایط را در انعقاد قرارداد رعایت کند<sup>۳</sup>.

سوال مهمی که مطرح می‌شود آن است که آیا درخواست خرید و فروش اشخاص، حسب مورد ایجاب یا قبول محسوب می‌شود یا این اعلام قصد انشاء در معاملات ابزارهای مالی مستلزم شرایط دیگری می‌باشد؟

معاملات ابزارهای مالی در بازار سرمایه از طریق سامانه معاملات مستقر در بورس‌ها و فرابورس صورت می‌پذیرد. این سامانه‌ها، واسطه‌های الکترونیکی در مبادلات محسوب شده لذا بر اساس ماده‌ی یک قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ که مقرر می‌دارد: «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود»، کلیات معاملات اوراق بهادار در بازار سرمایه تحت شمول قانون تجارت الکترونیکی می‌باشد. بنابراین صرف درخواست کتبی یا شفاهی (اعم از تلفنی یا حضوری) یا ارسال اینترنتی درخواست خرید یا فروش مشتری به کارگزار، ایجاب یا قبول وی محسوب نمی‌شود. قصد انشاء ایجاب‌کننده (موجب) یا قبول‌کننده مبنی بر ایجاب یا قبول نسبت به مورد معامله مستلزم ارسال درخواست خرید یا فروش مشتری به‌عنوان یک «داده پیام»<sup>۴</sup>، است. ارسال «داده پیام» وفق ماده ۲۶ قانون تجارت الکترونیکی زمانی تحقق می‌یابد که به یک سیستم

۱. مرکز تماس: عبارت است از سخت‌افزارها و نرم‌افزارهایی که به واسطه آن امکان ثبت سفارش‌های تلفنی مشتری توسط عضو فراهم می‌شود (بند ۴ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی دریافت سفارش‌های تلفنی با استفاده از مرکز تماس کارگزاری مصوب ۱۳۹۰/۲/۳۱ هیأت‌مدیره سازمان بورس).

۲. ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی دریافت سفارش‌های تلفنی با استفاده از مرکز تماس کارگزاری

۳. ستوده تهرانی (۱۳۸۷)؛ ص ۱۸۴.

۴. داده پیام (Data Message): هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود (بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی).

اطلاعاتی خارج از کنترل «اصل ساز»<sup>۱</sup> یا قائم مقام وی وارد شود. این ماده برگرفته از بند یک ماده ۱۵ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال می باشد که مطابق آن مقرر در غیر مواردی که طرفین توافق کرده باشند، زمان ارسال داده پیام، زمانی است که داده پیام وارد سیستم دیگری غیر از سیستم اصل ساز یا نماینده او بشود. مصداق این سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل «اصل ساز»، سرور شرکت ارائه دهنده خدمات اینترنتی می باشد که قبل از سامانه معاملاتی بوده و درخواست های خرید و فروش از طریق آن به سامانه معاملاتی منتقل می گردد.

استدلال فوق مبنای توجیه تعریف «سفارش» در بند ۱۷ ماده ی یک دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات اوراق بهادار در فراپورس ایران نیز می باشد که مقرر می دارد: «درخواست خرید یا فروش اوراق بهادار است که توسط کارگزار وارد سامانه معاملات می شود». بنابراین در بازار سرمایه به ایجاب یا قبول، «سفارش» اطلاق شده و حسب مورد بسته به قرائن و امارات می توان استنباط نمود که مقصود مقررات گذار ایجاب بوده است یا قبول. بنابراین صرف درخواست خرید یا فروش، «سفارش» محسوب نمی شود و تنها زمانی که درخواست خرید یا فروش توسط کارگزار وارد سامانه معاملات شود، «سفارش» تلقی می گردد. ایجاب و قبول الکترونیکی علی الاصول معتبر است و چنانچه بند یک ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال در مورد تجارت الکترونیکی مصوب ۱۹۹۶<sup>۲</sup> بیان می دارد: «در هنگام تشکیل قرارداد، اگر توافق مغایری در میان نباشد، ایجاب یا قبول می تواند به روش الکترونیکی انجام گیرد. وقتی که از شیوه الکترونیکی برای تشکیل عقد استفاده می شود، نمی توان عقد را تنها به این دلیل که یک شیوه الکترونیکی برای تشکیل آن به کار رفته، بی اعتبار و غیر قابل اجرا دانست». ماده ۹ قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز بر این اصل تأکید دارد.<sup>۳</sup> این ماده مقرر می دارد: «هرگاه شرایطی به وجود آید که از مقطعی معین ارسال داده پیام خاتمه یافته و استفاده از اسناد کاغذی جایگزین آن شود، سند کاغذی که تحت این شرایط صادر می شود باید به طور صحیح، ختم تبادل داده پیام را اعلام کند. جایگزینی اسناد کاغذی به جای داده پیام، اثری بر حقوق و تعهدات قبلی طرفین نخواهد داشت».

1. Originator.

2. Uncitral Model Law on Electronic Commerce with Guide Enact 1996.

۳. مافی، محمدی و کاویار (۱۳۸۹)؛ ص ۱۳۵.

ایجاب ممکن است خطاب به شخص معین یا عموم باشد<sup>۱</sup>. مخاطب ایجاب در سامانه معاملات، عموم اشخاصی هستند که حاضر به قبول همان ایجاب می‌باشند و لذا عقد با شخصی منعقد می‌شود که در اعلام قبول از نظر قیمت و از لحاظ زمان ورود سفارش بر سایرین مقدم باشد<sup>۲</sup>. فرآیند مذکور برای معاملات مبتنی بر حراج<sup>۳</sup> در سامانه معاملات فرابورس اعمال می‌شود اما در معاملات مبتنی بر مذاکره<sup>۴</sup>، فروشنده حسب مورد متقاضی واجد شرایط یا متقاضیان واجد شرایط را از میان اشخاصی که تمایل خود به انعقاد قرارداد را براساس مفاد ایجاب فروشنده (منعکس در بیانیه مذاکره) به وسیله ارسال درخواست شرکت در مذاکره ابراز کرده‌اند، به فرابورس معرفی می‌کند. در فرضی که اشخاص متعددی واجد شرایط معرفی می‌شوند در سامانه معاملات میان آنان بر اساس سیستم حراج، فرآیند رقابت انجام و معامله صورت می‌پذیرد اما در صورتی که یک شخص واجد شرایط از سوی فروشنده معرفی گردد، معامله با وی منعقد می‌شود و در سامانه نام وی به‌عنوان خریدار ثبت می‌شود. ایجاب را اراده پیشنهادکننده به وجود می‌آورد و دوران اعتبار و بقای آن نیز تابع همین اراده است. پس موجب می‌تواند شکل قبول و دوران اعتبار ایجاب و اختیار قبول را معین کند<sup>۵</sup>. در معاملات برخط، سرمایه‌گذاری که تمایل به معاملات اوراق بهادار به صورت مستقیم دارد، جهت دسترسی برخط به بازار با یکی از کارگزاران پذیرفته شده در فرابورس، قراردادی مطابق نمونه قرارداد مصوب سازمان بورس، منعقد می‌کند<sup>۶</sup>. به این ترتیب سرمایه‌گذار خود رأساً سفارش‌های خرید و فروش و همچنین عملیات تغییر و یا انصراف از آنها را از زیرساخت دسترسی برخط به بازار<sup>۷</sup> جهت اجرا به سامانه معاملاتی ارسال می‌نماید.

۱. کاتوزیان (۱۳۸۵)؛ ص ۲۸۲.

۲. ابراهیمی (۱۳۹۲)؛ ص ۱۸۸.

۳. معامله در فرابورس به دو صورت انجام می‌پذیرد: روش حراج و روش مذاکره. فرابورس شش بازار دارد که حسب مقررات، معاملات اوراق بهادار در هر کدام براساس یکی از شیوه‌های مذکور صورت می‌پذیرد. در بند ۵ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات اوراق بهادار در فرابورس ایران مصوب ۱۳۸۸/۶/۷ هیأت‌مدیره سازمان بدین نحو تعریف شده است: «سازوکاری برای دادوستد اوراق بهادار بر پایه انطباق بهینه سفارش‌های خرید و فروش مشتریان با در نظر گرفتن اولویت قیمت، منشاء و زمان است».

۴. برای توضیح بیشتر رجوع شود به: مقدمه این نوشتار.

۵. کاتوزیان (۱۳۸۵)؛ ص ۲۹۲.

۶. دستورالعمل اجرایی معاملات برخط اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران مصوب ۱۳۸۹/۷/۳ هیأت‌مدیره سازمان بورس.

۷. زیرساختی است که به منظور دسترسی برخط به بازار توسط کارگزار پذیرفته شده در فرابورس استقرار یافته و استفاده می‌شود زیرساخت دسترسی برخط بازار باید قبلاً از حیث مواردی از قبیل امنیت، حفظ اطلاعات محرمانه و

معاملات برخط در سال ۱۳۹۵، ۲۶ درصد ارزش معاملات و ۶۰ درصد تعداد معاملات را در بازار سرمایه به خود اختصاص داده است.<sup>۱</sup>

در هر دو نوع انجام معامله اعم از انجام معامله بواسطه کارگزار و همچنین معاملات برخط، اعلام قصد انشای طرفین قرارداد به روش الکترونیکی صورت می‌پذیرد با این تفاوت که در انجام معامله از طریق کارگزار، کارگزار به نمایندگی از مشتری، داده پیامی را به سامانه معاملات ارسال می‌کند.

با عنایت به اینکه بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس در کشورهای مختلف نمی‌توانند با ایجاد امکان دسترسی مستقیم اشخاص به سامانه معاملات بر رفتار آنان نظارت و ضمانت‌اجرای مناسب را اعمال کنند از این رو نهاد ناظر بر بازار سرمایه، مسئولیت چنین معاملاتی را بر عهده نهاد مالی مرتبط یعنی کارگزار پذیرفته شده در فرابورس که زیرساخت دسترسی برخط به بازار را در اختیار سرمایه‌گذار نهاده است، قرار می‌دهد.<sup>۲</sup> در فرابورس نیز مسئولیت‌های ناشی از اقدامات کاربران در معاملات برخط بر اساس ماده شش دستورالعمل اجرایی معاملات برخط اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران بر عهده کارگزار پذیرفته شده در فرابورس قرار نهاده است.<sup>۳</sup>

سوالی که مطرح می‌شود آن است که رابطه کارگزار با مشتری و به عبارتی ماهیت حقوقی عملیات کارگزاری در انجام معاملات چیست؟

میان حقوقدانان در خصوص ماهیت حقوقی نمایندگی کارگزار اختلاف نظر وجود دارد. اختلافات ناشی از متون قانونی مربوط به تعریف «کارگزار» در قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵/۲/۲۷<sup>۴</sup> و پس از آن قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴/۹/۱

قابلیتهای فنی به تأیید سازمان بورس رسیده و امکانات نرم افزاری مناسبی را جهت کنترل و نظارت مستمر بر حفظ شرایط فوق در اختیار سازمان بورس قرار دهد (بند ۴ ماده ۱ و ماده ۳ دستورالعمل اجرایی معاملات برخط اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران).

1. <http://hamfekran.com>.

2. [www.emofid.com](http://www.emofid.com).

۳. سازمان بورس در صورت وقوع هرگونه تخلف از قوانین و مقررات می‌تواند به موجب ماده ۱۵ دستورالعمل اجرایی معاملات برخط اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران، اقدامات ذیل را به تنهایی یا توأمان انجام دهد:  
- تعلیق و یا توقف امکان دسترسی برخط بازار متعلق به کارگزار فرابورس.

- الزام کارگزار فرابورس به تعلیق و یا توقف امکان استفاده از دسترسی برخط بازار برای یک یا چند مشتری و یا نمایندگان آنها.

۴. این قانون به موجب ماده ۶۰ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴/۹/۱ نسخ گردیده است.

می‌باشد. در بند سه ماده‌ی یک قانون تأسیس بورس اوراق بهادار، «کارگزار» اینچنین تعریف شده است: «کارگزاران بورس اشخاصی هستند که شغل آنها دادوستد اوراق بهادار است و معاملات در بورس منحصرأ توسط این اشخاص انجام می‌گیرد». لیکن کارگزار و کارگزار/معامله‌گر در بندهای ۱۳ و ۱۴ قانون بازار بدین نحو تعریف شده است: «کارگزار: شخص حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آنها معامله می‌کند» و «کارگزار/معامله‌گر: شخص حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آنها و یا به نام و حساب خود معامله می‌کند».

گروه نخست؛ قائل به حق‌العاملکار بودن کارگزار هستند. با این توضیح که رابطه مشتری و کارگزار، صرف وکالت یا نمایندگی و یک عقد اذنی محض نیست بلکه قراردادی عهدی است و برای طرفین تعهدات و التزاماتی را ایجاد می‌کند. بر مبنای این رابطه کارگزار علاوه بر این که اذن در فروش اوراق بهادار به دست می‌آورد، تعهد دارد معامله مورد نظر را با شرایط مقرر توسط مشتری انجام دهد<sup>۱</sup> به علاوه کارگزار به نام خود ولی به حساب دیگری دادوستد می‌کند نه به حساب خود، لذا عمل وی حق‌العاملکاری و عمل تجاری محسوب می‌شود<sup>۲</sup> و کارگزار را حق‌العاملکاری می‌دانند که شخصاً مسئول اجرای معامله است زیرا حق‌العاملکار مطابق ماده ۳۵۷ قانون تجارت شخصی است که به اسم خود و به حساب دیگری معامله می‌کند بنابراین کارگزار در ارتباط با طرف قرارداد، اصیل و مسئول اجرای تعهدات قراردادی است<sup>۳</sup>. در معاملات بازار سرمایه نیز نام مشتریان اعلام نمی‌شود و معاملات باید منحصرأ توسط کارگزاران انجام می‌پذیرد<sup>۴</sup>.

گروه دوم؛ قائلین به دلال بودن کارگزار با استناد به بند ۱۳ ماده‌ی یک قانون بازار عنوان می‌کنند کارگزار بر اساس تعریف ارائه شده در قانون بازار، حق‌العاملکار تلقی نمی‌شود زیرا شخصی حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آنها معامله می‌کند، بنابراین تعریف کارگزار با تعریف قانون تجارت از دلال منطبق است<sup>۵</sup>.

۱. عبدی‌پور فرد (۱۳۹۱)؛ ص ۲۱۰.

۲. اسکینی (۱۳۸۸)؛ ص ۹۹- کاویانی (۱۳۸۶)؛ ص ۲۵۸- جعفری لنگرودی (۱۳۸۸)؛ ص ۴۴۳.

۳. اسکینی و بهنام فرید (۱۳۹۰)؛ ص ۱۸۰.

۴. امامی میبدی (۱۳۹۴)؛ ص ۸۲.

۵. ابراهیمی (۱۳۹۲)؛ ص ۱۷۵- کاتبی (۱۳۷۵)؛ ص ۲۶۵- سماواتی (۱۳۷۸)؛ ص ۷۰.

قائلین به نظر نخست بر این گروه، نقد وارد می‌کنند که دلال وفق ماده ۳۳۵ قانون تجارت، واسطه انجام معاملات شده یا برای کسی که می‌خواهد معامله نماید، طرف معامله پیدا می‌کند بنابراین نقشی در انعقاد معامله ندارد. در حالی که کارگزار مبادرت به انعقاد معامله به نام و حساب دیگری می‌نماید.

گروه سوم قائل به آن هستند که کارگزار ممکن است به‌عنوان دلال یا حق‌العمل‌کار عمل کند.<sup>۱</sup>

این که عملیات کارگزاری در قالب وکالت، دلالی یا حق‌العملکاری محسوب شود، از حیث آثار متفاوت خواهد بود. زیرا اگر کارگزار را وکیل یا دلال بدانیم اصولاً مسئول اجرای تعهدات ناشی از معامله اوراق بهادار نمی‌باشد اما حق‌العمل‌کار مطابق ماده ۳۵۷ قانون تجارت، شخصی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری معاملاتی کرده و در مقابل حق‌العملی دریافت می‌دارد. بنابراین در مقابل طرف قرارداد، اصیل محسوب شده و متعهد به انجام تعهدات ناشی از معامله است.

تفاوت بارزی که میان وکالت و حق‌العملکاری وجود دارد این است که اقدامات حقوقی وکیل در صورتی که خارج از حدود وکالت و یا اذن موکل انجام شود وفق ماده ۶۷۴ قانون مدنی نسبت به موکل نافذ نخواهد بود در حالی که اعمال حقوقی که حق‌العملکار به حساب دیگری ولی به نام خود انشاء می‌کند نسبت به آمر نافذ است ولی در صورت تخلف از جانب حق‌العملکار بر اساس مواد ۳۶۳، ۳۶۴ و ۳۶۵ قانون تجارت، وی در برابر آمر مسئول خسارات وارده خواهد بود. همچنین وکیل شخصاً هیچ‌گونه تعهدی در برابر طرف دیگر معامله ندارد. چنانچه نماینده به نام و حساب دیگری معامله نموده و حقوق و تعهداتی را در حدود اختیار خویش تقبل کند، تردیدی در عدم مسئولیت نماینده وجود نداشته و کلیه تعهدات بر عهده اصیل می‌باشد.<sup>۲</sup>

در صورتی که حق‌العملکار موظف به اجرای تعهدات ناشی از معامله‌ای که به حساب آمر منعقد می‌کند در برابر طرف دیگر معامله خواهد بود.<sup>۳</sup>

۱. ستوده تهرانی (۱۳۸۴)؛ ص ۶۶.

2. Kelly & Ellta (2002)؛ P 283.

۳. شهیدی (۱۳۷۷)؛ ص ۱۴۸.

نظریه‌ای که کارگزار را «حق‌العملکار» محسوب می‌کند، مورد پذیرش نمی‌باشد زیرا اولاً معامله به کد معاملاتی مشتری انجام شده و معامله به نام کارگزار و به کد معاملاتی وی صورت نمی‌پذیرد که تعریف «حق‌العملکار» بر کارگزار صادق باشد، ثانیاً به هنگام تسویه معامله، طرفین متعهد به تأدیه وجوه معامله هستند و کارگزار برخلاف طرف قرارداد یا اصیل مسئولیتی در تسویه معامله ابزارهای مالی ندارد.

نظریه‌ای که کارگزار را «دلال» معرفی می‌کند با افزودن قیدی مستتب از ماده ۳۳۸ قانون مدنی تکمیل گردیده و مورد پذیرش می‌باشد. بدین توضیح که کارگزار از سوی مشتری، اجازه به انعقاد قرارداد دارد. همچنانکه براساس ماده ۳۳۸ قانون تجارت «دلال نمی‌تواند عوض یکی از طرفین معامله قبض وجه یا تأدیه دین نماید و یا آن که تعهدات آنها را به موقع اجراء گذارد مگر اینکه اجازه‌نامه مخصوصی داشته باشد» و این اجازه‌نامه به انعقاد معامله اوراق بهادار در قالب «سفارش» از طرفین معامله توسط کارگزاران آنان، دریافت می‌شود.

### ۳. عیوب اراده

در حقوق ما عیوب اراده منحصر به اکراه و اشتباه است.<sup>۱</sup> ماده ۱۹۹ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست». در این گفتار دو مصداق عیوب اراده را در حوزه معاملات اوراق بهادار در فرابورس بررسی می‌نماییم.

#### ۳-۱. اشتباه

اشتباه، تصور نادرست واقعیت در ذهن است و در شمار پدیده‌های روانی قرار می‌گیرد. در حقوق نیز اشتباه معنای خاصی ندارد و به اعتبار موضوع آن در زمره مسائل این علم قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> برخی نیز اشتباه را به تعارض میان اراده واقعی و اعلام آن تعریف کرده‌اند.<sup>۳</sup>

اشتباهات در معاملات در دو حوزه، اشتباه در موضوع مورد معامله و اشتباه در شخص طرف قرارداد قابل بررسی است.<sup>۴</sup> اشتباه در خود موضوع معامله یکی از اقسام اشتباه در

۱. کاتوزیان (۱۳۸۵)، ص ۳۹۴.

۲. کاتوزیان (۱۳۸۵)، ص ۳۹۴-۳۹۵.

۳. موسوی بجنوردی (۱۳۷۷)، ص ۱۲۸.

۴. برخی اشتباه در جهت معامله را از عیوب اراده تلقی نمودند. عدل (۱۳۸۵)، ص ۱۲۰- بروجردی عبده (۱۳۸۹)، ص ۱۱۵- امامی (۱۳۷۸)، ص ۱۹۸- جعفری لنگرودی (۱۳۸۸)، ص ۱۷۱ و ۱۷۴- صفایی (۱۳۹۲)، ص ۱۰۰ و ۱۰۱ و

معاملات مطابق ماده ۲۰۰ قانون مدنی است. موضوع معامله، عبارت از مبادله دو مال یا ایجاد تعهد و به طور کلی اعمالی است که برای تحقق یافتن آن تراضی می‌شود.<sup>۱</sup> معاملات اوراق بهادار در فرابورس ممکن است با اشتباهاتی در خود موضوع معامله از سوی کارگزار/ معامله‌گر یا خود سرمایه‌گذاران در معاملات برخط مواجه شود. اشتباهاتی چون اشتباه در خرید یا فروش اوراق بهادار شرکت X به جای اوراق بهادار شرکت Y یا اشتباه در نوع اوراق بهادار همانند خرید یا فروش اوراق اجاره به جای اوراق استصناع و اشتباهاتی نظیر این موارد در خود موضوع معامله.

اشتباه در شخص طرف قرارداد نیز از عیوب اراده تلقی می‌شود که در معاملات اوراق بهادار در فرابورس از اشتباهات پرتکرار کارگزار/معامله‌گران، خرید اوراق بهادار برای شخصی غیر از مشتری ایشان است که با اشتباه کارگزار/معامله‌گر در ورود کد معاملاتی مشتری صورت می‌پذیرد. به عنوان مثال تعداد ۵۲۰۰۰ سهم از سهام شرکت X پذیرفته شده در فرابورس در یک اشتباه معاملاتی به نام آقای Y با کد معاملاتی Z که مشتری کارگزاری f نبوده، خریداری شده است.

در هر دو قسم اشتباه -چه اشتباه در خود موضوع معامله و چه در شخص طرف قرارداد- در حقوق ما اصل بر حکومت اراده باطنی است و اعلان اراده در انعقاد قرارداد اثری ندارد هرچند که طرف مقابل نیز از تعارض بین آنچه به او اعلام شده و اراده واقعی آگاه نباشد.<sup>۲</sup> در این گونه اشتباهات کارگزار/معامله‌گران، نیز اراده باطنی کارگزار دال بر معامله برای مشتری خود در فرض اشتباه در شخص طرف قرارداد و همچنین در فرض اشتباه در موضوع معامله، معامله اوراق بهادار مورد سفارش بوده است.

الزامات حاکم بر معاملات اوراق بهادار در فرابورس از قبیل لزوم دریافت دستورهای خرید و فروش از جانب مشتریان و معامله برای آنها، نیز قرائنی هستند که اراده باطنی کارگزار را نشان می‌دهند. به علاوه مفاد ماده ۱۹۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگری که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می‌نمایند باید موافق باشد، به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته

برخی دیگر نیز اشتباه ناشی از تدلیس را در زمره عیوب اراده محسوب کردند. شایگان (۱۳۷۵)؛ ص ۱۸۵.

۱. کاتوزیان (۱۳۸۵)؛ ص ۴۲۵.

۲. همان؛ ص ۳۳۹.



است والا باطل خواهد بود» نیز ناظر به تمامی ارکان معامله و از جمله موضوع آن می‌شود. بنابراین کارگزاری که دچار اشتباه در سفارش اوراق بهادار گردیده و یا معامله را برای شخص دیگری انجام داده است در اصل حسب مورد اراده باطنی به معامله اوراق بهادار مورد سفارش یا انجام معامله برای مشتری خود داشته و باید قصد واقعی طرفین احراز شود. براین اساس اوراق بهادار خریداری شده به مشتری کارگزاری تعلق دارد و راه حل، فروش اوراق بهادار به اشتباه خریداری شده توسط کارگزاری به رأی مرجع ذیصلاح رسیدگی به دعاوی بازار سرمایه هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار<sup>۱</sup> می‌باشد. کارگزار مکلف به استرداد مال خریداری شده است زیرا مطابق قواعد حقوق قراردادهای، معامله انجام شده، باطل بوده و اوراق بهادار همچنان متعلق به فروشنده است لذا کارگزار به موجب ماده ۳۰۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کسی که عمداً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند» و به موجب ماده ۳۰۳ قانون مدنی «کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از این که به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل»، ضامن عین و منافع آن خواهد بود اما سامانه معاملات، امکان استرداد اوراق بهادار مورد معامله را به فروشنده نمی‌دهد. در قبیل موارد در بازار سرمایه، موضع عکس در سامانه معاملات اخذ می‌شود تا اوراق بهادار به اشتباه خریداری شده، فروخته شود یا در صورت اشتباه در خرید، اوراق بهادار به فروش رسانیده شود.

### ۳-۲. اکراه

اکراه، فشار غیر عادی و نامشروعی است که به منظور وادار کردن شخص بر انشاء عمل حقوقی معین بر وی وارد می‌شود. از این تعریف استنباط می‌شود که رکن مادی اکراه، وارد آوردن فشار بر مکره و تهدید وی به خطری است که در نتیجه خودداری از انجام معامله وجود دارد. اندازه و چگونگی این فشار نیز معین شده است که باید «غیر عادی» و «نامشروع»

۱. هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار، یک مرجع اختصاصی غیردادگستری است که می‌توان آن را به اعتبار شباهت عملکرد و رسیدگی آن با مراجع قضایی و به دلیل خاص بودن صلاحیت آن، یک مرجع «شبه قضایی» نامید. مولف Blacks Law معتقد است این اصطلاح در حقوق آمریکا و انگلیس بیشتر به مراجع اداری که صلاحیت قضاوت در اموری خاص داشته و آرای آنان قابل تجدیدنظر در دادگاه‌هاست اطلاق می‌گردد (میرزایی منفرد، ۱۳۹۰: ۱۳۱).

باشد. رکن شخصی اکراه یعنی سلب آزادی مکره در اخذ تصمیم نیز برداشت می‌شود و مکره وادار به انشاء عمل حقوقی شده است.<sup>۱</sup>

اکراه به انجام معاملات اوراق بهادار در فرابورس به اعتبار معامله اوراق بهادار در دو شیوه حراج و همچنین معامله مبتنی بر مذاکره قابلیت بررسی دارد:

- فرض نخست؛ اکراه در معامله اوراق بهادار به شیوه حراج

در این فرض مالک اوراق بهادار توسط کارگزار خویش یا اشخاص ثالث به ارائه درخواست خرید یا فروش اوراق بهادار، اکراه می‌شود. این اکراه گاه توسط کارگزار برای فروش اوراق بهادار به ثمن بخش با توجیهاتی نظیر افزایش مطالبات کارگزار از مشتری و عدم واریز آن توسط مشتری صورت می‌پذیرد و گاه کارگزار، معامله‌گر در فرابورس می‌باشد یعنی کارگزار به نام و به حساب خود معامله کرده و برای معامله اوراق بهادار مذکور به اکراه دارنده آن مبادرت می‌ورزد. فرض اکراه توسط اشخاص ثالث نیز مستند به ماده ۲۰۳ قانون مدنی: «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگرچه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود» نسبت به هریک از طرفین معامله ابزارهای مالی متصور است. از جمله موارد اکراه توسط اشخاص ثالث می‌توان اکراه از سوی نهاد ناظر بر بازار سرمایه بر سهامداران عمده با توجیهاتی چون تنظیم بازار و ایجاد تعادل میان عرضه و تقاضا نام برد. در این فرض، سفارش خرید یا فروش مالک اوراق بهادار با اکراه وی در سامانه معاملات وارد شده و با وجود تقاضای مقابل در همان شرایط، معامله به صورت اتوماتیک انجام می‌شود در غیر اینصورت انجام معامله منتفی می‌گردد. در این فرض خود شخص اکراه‌کننده، نمی‌تواند مطمئن به خرید یا فروش اوراق بهادار برای خود باشد زیرا انجام معامله به صورت سیستمی صورت می‌پذیرد و اشخاص نمی‌توانند طرف مقابل خود را انتخاب نمایند.

- فرض دوم؛ اکراه در معامله اوراق بهادار مبتنی بر مذاکره

اشخاص در معاملات مبتنی بر مذاکره، طرف قرارداد خود را انتخاب نموده و پس از مذاکره، نام شخص یا اشخاص واجد شرایط به سامانه اعلام می‌شود. اکراه غالباً توسط کارگزاران و یا معامله‌گران نسبت به اشخاص برای خرید اوراق بهادار به جهت ممنوع بودن خود

۱. کاتوزیان (۱۳۸۵)؛ ص ۴۲۵.

کارگزاران از انجام معامله، صورت می‌پذیرد. این فرض از اعمال اکراه در معاملات مبتنی بر مذاکره در بازار پایه نیز قابل تصور است. تفاوت این فرض با فرض پیشین در قطعیت انتخاب طرف مقابل و انجام معامله با شرایطی اعلامی در اکراه است زیرا در فرض پیشین، انجام معامله در صورت هماهنگی بودن سفارش‌ها در سامانه به صورت تصادفی صورت می‌پذیرفت و طرف معامله نیز قبل از انعقاد قرارداد در سیستم، قابل تعیین و پیش‌بینی نبود اما در معامله مبتنی بر مذاکره طرف قرارداد به صورت تصادفی و سیستماتیک انتخاب نمی‌شود. سوالی که مطرح می‌شود آن است که چنانچه مکره، معامله اوراق بهادار را اجازه دهد، منافع متعلقه به آن از تاریخ عقد تا زمان اجازه از جمله سود متعلقه، حق تقدم ناشی از افزایش سرمایه و ... به چه شخصی تعلق دارد؟

در هر دو فرض چنانچه مکره، قرارداد را تنفیذ نماید با اخذ وحدت ملاک از ماده ۲۵۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن، اجازه یا رد از روز عقد موثر خواهد بود»، آثار عقد از روز انعقاد بوجود می‌آید. مشهور فقهای امامیه نیز نظر به وحدت ملاک حکم اجازه در عقد فضولی و عقد مکره، کشف حکمی اجازه متأخر را تأیید نمودند. بنابراین منافع اوراق بهادار مورد معامله با اجازه مکره از روز معامله به منتقل‌الیه تعلق دارد.

مسئله دیگر آن است که در فرض عدم اجازه مکره نسبت به معامله اوراق بهادار، وضعیت معامله مذکور و معاملات متعاقب آن چگونه خواهد بود؟

رد معامله اکراهی همانند رد بیع فضولی از ناحیه مالک موجب بطلان عقد است. در معاملات اکراهی اوراق بهادار با رد مالک، امکان ابطال معاملات ثبت شده در سامانه معاملات وجود ندارد. در این خصوص باید چاره‌ای اندیشیده شود زیرا به محض احراز بطلان معامله، عوضین باید به وضعیت قبل از انعقاد معامله برگردند اما در سامانه معاملات در بازار سرمایه با توجه به نحوه انجام معاملات امکان‌پذیر نمی‌باشد. البته در مواردی ممکن است به حکم قانون این امکان وجود داشته باشد که آثار بطلان بر وضعیتی خاص بارنگردد<sup>۲</sup> و یا اینکه متفاوت از قواعد عمومی قراردادها باشد لیکن این امر مستلزم تصریح قانونی

۱. عاملی (۱۳۸۷)؛ ص ۲۲۶- انصاری (۱۴۱۰ ه.ق)؛ صص ۳۳۷ و ۳۶۵.

۲. علی‌رغم بطلان قرارداد در عقد بیمه مطابق ماده ۱۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، بیمه‌گر موظف به استرداد حق بیمه دریافتی نیست و حتی می‌تواند اقساط معوقه حق بیمه را هم مطالبه نماید.

است.<sup>۱</sup> در توجیه آن گفته شده است: «در عالم حقوق، تعیین ضمانت اجرا و اثرات یک وضعیت حقوقی بسته به اراده قانون گذار است. هر گاه مصلحت امور اجتماعی ایجاب نماید، قانون گذار می تواند در عالم اعتبار به وسیله وضع قانون تغییراتی ایجاد کند».<sup>۲</sup> چنین تفاوت حکمی در قوانین مرتبط با معاملات بازار سرمایه وضع نشده است بنابراین نمی توان از آثار معامله باطل اجتناب نمود.

حال در هر دو فرض معاملات اکراهی ابزارهای مالی پاسخ مسأله مذکور را می توان اینچنین ارائه نمود:

#### فرض نخست: وضعیت معامله اکراهی اوراق بهادار در شیوه حراج

در معاملات اکراهی اوراق بهادار در فرابورس چنانچه معامله مبتنی بر شیوه حراج صورت پذیرفته باشد، قیمت معامله انجام یافته بر تعیین قیمت روز بعد و محاسبه شاخص ها تأثیر گذاشته و امکان بازگشت اثرات مذکور نمی باشد. از سوی دیگر معاملات بعدی نیز با سرعت زیاد و از طریق کارگزاران متعدد در بازه زمانی اندک صورت می پذیرد لذا با فقدان مقرر قانونی، مناسب است اوراق بهادار مورد معامله را «در حکم مال تلف شده» محسوب نمود همچنانکه دکتین در احکام غصب نیز در مواردی در حکم تلف دانستن مال مغضوب را به عدالت نزدیک تر دانسته است تا استرداد عین.<sup>۳</sup> نظر غالب میان علمای حقوق و دادرسان این است که با توجه به هدف مسئولیت مدنی، جبران عینی بر جبران معادلی ارجحیت دارد؛ زیرا وضعیت زیان دیده را کاملاً به حالت پیش از زیان بازمی گرداند.<sup>۴</sup> بنابراین موقعیت عکس در سامانه اتخاذ شده و سفارش وارد می شود زیرا عرف حاکم بر بازار سرمایه، اوراق بهادار هر شرکت را مال مثلی محسوب می کند بنابراین اکراه کننده مکلف به رد مثل و در صورت عدم امکان در مواردی چون متوقف بودن نماد معاملاتی<sup>۵</sup> ناشر، قیمت یوم الاداء است که

۱. فریدون و امینی (۱۳۹۲)؛ ص ۱۸۱.

۲. صالحی (۱۳۷۲)؛ ص ۶۷.

۳. کاتوزیان (۱۳۸۶)؛ ص ۳۳-۳۲.

۴. صفایی و ذاکری نیا (۱۳۹۴)؛ ص ۲۶۵.

۵. نماد معاملاتی: شناسه‌ای است که برای هر یک از اوراق بهادار به صورت منحصر به فرد در سامانه معاملات تعریف شده است. این شناسه می تواند به صورت حرف، عدد یا ترکیبی از هر دو باشد (بند ۳۷ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات اوراق بهادار در فرابورس). نماد از حرف اول گروهی که نشان دهنده صنعتی است که شرکت در آن قرار دارد و خلاصه‌ای از نام شرکت تشکیل شده است به عنوان مثال حرف اختصاری گروه شرکت های سیمانی (س) پس نماد شرکت سیمان فارس می شود: «سفارس» یا حرف اختصاری گروه شرکت های قندی (ق) پس

علی‌رغم مثلی بودن اوراق بهادار راهکار مناسبی جهت جبران خسارات مکره می‌باشد. برخی معتقدند با لحاظ ماده‌ی سه قانون مسئولیت مدنی که ماده‌ی مذکور با توجه به الزامات و مقتضیات عصر جدید دست دادرس را در نحوه‌ی جبران باز گذاشته است و به او اختیار داده است تا با توجه به اوضاع و احوال، میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را تعیین کند. بنابراین دادرس می‌تواند حکم به جبران خسارت از طریق دادن قیمت کند اگرچه مال مثلی باشد!

فرض دوم: وضعیت معامله اکراهی اوراق بهادار در شیوه مبتنی بر مذاکره در معاملات اکراهی اوراق بهادار چنانچه معامله مبتنی بر شیوه مذاکره باشد، در صورت عدم انجام معاملات مکرر بر روی اوراق بهادار می‌توان با طرح دعوی مکره و صدور رأی هیأت داورى موضوع ماده ۳۶ قانون بازار - به‌عنوان مرجع ذی صلاح رسیدگی به دعاوی در بازار سرمایه - استرداد اوراق بهادار را با ورود سفارش معکوس در سامانه و اعلام شخص مکره به‌عنوان شخص منتخب، تصحیح نموده و آثار ابطال معامله را جاری نمود لیکن منافع مورد معامله از جمله سود اوراق بهادار در فاصله زمانی مذکور به لحاظ سیستمی به منتقل‌الیه تعلق گرفته و باید الزام وی را به استرداد منافع دریافتی از هیأت داورى موضوع ماده ۳۶ قانون بازار درخواست نمود. به لحاظ تحلیل حقوقی وارد نمودن سفارش معکوس در سامانه و انجام معامله با شخص مکره، هرچند وضعیت شخص مکره را به لحاظ مالکیت اوراق بهادار به وضعیت پیشین برمی‌گرداند لیکن با انعقاد قرارداد جدید، چنین موقعیتی شکل گرفته است. در صورت انجام معاملات مکرر بر روی اوراق بهادار، امکان استرداد مال مورد معامله در سامانه معاملات وجود ندارد لذا مناسب است مال مورد معامله را در حکم مال تلف شده، محسوب نمود و همانند معامله اکراهی اوراق بهادار در شیوه حراج، بر اساس ماده‌ی سه قانون مسئولیت مدنی به دادرس اختیار داد که با توجه به اوضاع و احوال، میزان زیان، طریقه و کیفیت جبران خسارت را تعیین کند.

#### ۴. زوال اراده

پیش از انعقاد قرارداد، اراده هر یک از طرفین قرارداد به انجام معامله با انصراف از سفارش، پایان یافتن مهلت سفارش، حجر و فوت از بین رفته و زایل می‌گردد که در این گفتار مصادیق زوال اراده در معامله اوراق بهادار را بررسی می‌نماییم.

#### ۴-۱. قوانین تجاری لازم الاجرا

انصراف سفارش دهنده از انعقاد قرارداد به لحاظ حقوقی رجوع از ایجاب توسط موجب محسوب می‌شود. این انصراف حسب مورد در معاملات برخط توسط خود شخص و در سایر معاملات توسط کارگزار/معامله‌گر در سامانه معاملاتی اعمال می‌گردد.

در سامانه معاملات فرابورس حسب آن که معامله به چه شیوه‌ای انجام پذیرد امکان انصراف سفارش یا به اصطلاح حقوقی رجوع از ایجاب و همچنین تغییر سفارش که ایجاب جدیدی محسوب می‌شود، وجود خواهد داشت.

حال سوالی که مطرح می‌شود آن است که ماهیت «بیانیه مذاکره» به لحاظ حقوقی

دعوت به ایجاب است یا ایجاب؟

ایجاب متمایز از دعوت به ایجاب یا دعوت به معامله است گاهی منظور شخص فقط دعوت طرف دیگر به گفتگو و مذاکره است نه اعلام قصد انشای معامله. قاضی باید با توجه به اوضاع و احوال، اراده معامله‌کننده را کشف کند و تشخیص دهد آیا ایجاب واقعی شده یا فقط یک دعوت ساده به گفتگو در میان بوده است. بیانیه مذاکره صرفاً دعوت به ایجاب محسوب می‌شود زیرا اولاً نام بیانیه صراحت در ماهیت آن نزد طرفین دارد ثانیاً متقاضیان شرکت در مذاکره پس از رویت بیانیه مذاکره در سایت فرابورس، فرم‌های مربوطه فرابورس را تکمیل و ارسال می‌کنند.

سوال دیگر آن است که آیا تفاهم‌نامه‌ای که میان فروشنده اوراق بهادار و بهترین متقاضی واجد شرایط شرکت در مذاکره منعقد می‌شود، معامله اوراق بهادار در فرابورس محسوب می‌شود؟

۱. گلین مقدم و یمرلی (۱۳۹۱)؛ ص ۴۶.

۲. صفایی (۱۳۸۳)؛ ص ۶۹.

پاسخ سوال مذکور در دو فرض باید بررسی شود.

فرض نخست - عرضه کننده‌ی اوراق بهادار (فروشنده) تمایل به انعقاد قرارداد با بهترین شخص متقاضی را ندارد و متمایل است میان تمامی اشخاص واجد شرایط در بازار سوم فرابورس از طریق رقابت، طرف معامله تعیین شود: در این فرض، یک یا چند متقاضی، حائز شرایط از سوی عرضه کننده (فروشنده) هستند. فرابورس پس از دریافت اطلاعات مذکور، شرایط نهایی تفاهم‌نامه منعقد میان عرضه کننده (فروشنده) و شخص منتخب را به‌عنوان «بیانیه عرضه» از طریق سایت رسمی خود منتشر می‌کند. قیمت پایه عرضه اوراق بهادار در بازار سوم برابر با قیمت پیشنهادی بهترین متقاضی خواهد بود. بنابراین در این حالت تفاهم‌نامه میان عرضه کننده و بهترین متقاضی، «قرارداد انتقال اوراق بهادار» محسوب نمی‌شود و صرفاً حاوی تعهداتی برای طرفین نسبت به معامله آتی خواهد بود. بدین صورت که تفاهم‌نامه، از یک طرف واجد تعهد برای عرضه کننده نسبت به عرضه اوراق بهادار جهت انجام معامله در سامانه معاملات است و از طرف دیگر به موجب تفاهم‌نامه، بهترین متقاضی نیز متعهد می‌شود حتی در فرض عدم ارائه سفارش از سوی سایرین به هنگام اجرای شیوه حراج در سامانه معاملات، اقدام به ورود سفارش در سامانه نماید تا معامله اوراق بهادار صورت پذیرد. بنابراین عرضه کننده صرفاً تفاهم‌نامه را به‌عنوان شرایط نهایی جهت درج در سایت ارائه می‌دهد که مقررات‌گذار اصطلاح «بیانیه عرضه» را برای آن به کار برده است. این تفاهم‌نامه به لحاظ ماهوی برای قرارداد انتقال اوراق بهادار، ایجاب همراه با التزام محسوب می‌شود. چنانچه عرضه کننده (فروشنده) پس از انتشار بیانیه عرضه از انجام معامله اوراق بهادار استنکاف نماید، وجه تضامین اخذ شده از عرضه کننده به طرف مقابل تفاهم‌نامه پرداخت می‌شود و این موضوع در تفاهم‌نامه طرفین باید قید گردد<sup>۱</sup>. تضامین اخذ شده در تفاهم‌نامه به لحاظ تحلیل حقوقی، «وجه التزام» برای تعهد عرضه کننده (ایجاب کننده در قرارداد معامله اوراق بهادار) نسبت به تخلف از انجام تعهد مندرج در تفاهم‌نامه مبنی بر انعقاد معامله اوراق بهادار محسوب می‌شود. نکته مهم آن است که چنانچه تفاهم‌نامه منعقد نمی‌گردید موجب با رجوع از ایجاب، مسئولیت غیر قراردادی داشت و از باب تسبیب در صورت ورود ضرر به طرف مقابل ضامن تلقی می‌شد در حالی که با انعقاد تفاهم‌نامه

۱. ماده ۹ دستورالعمل اجرایی معاملات مبتنی بر مذاکره اوراق بهادار در فرابورس ایران و تبصره آن.

۲. ماده ۱۵ دستورالعمل اجرایی معاملات مبتنی بر مذاکره اوراق بهادار در فرابورس ایران.

و پیش‌بینی وجه التزام، مسئولیت غیرقراردادی موجب در موضوع تعهد بر انعقاد قرارداد به مسئولیت قراردادی وی تغییر یافت.

فایده مهم پیش‌بینی وجه‌التزام، معاف کردن طرف مقابل از اثبات ورود خسارت و میزان آن است زیرا برای اجرای شرط و اخذ وجه‌التزام کافی است ثابت شود که تعهد اجرا نشده است در حالی که مطابق قواعد مسئولیت مدنی، مدعی خسارت باید ورود آن و رابطه علیت میان عدم انجام تعهد و زیان وارده را ثابت کند. همچنین ملتزم به پرداخت مبلغی به‌عنوان «وجه‌التزام»، حق ندارد منکر ورود ضرر به طرف مقابل شود و به این بهانه وجه‌التزام را نپردازد یا مبلغ کمتری بدهد.<sup>۱</sup>

فرض دوم - عرضه‌کننده اوراق بهادار (فروشنده) تمایل به انعقاد قرارداد با بهترین شخص متقاضی که تفاهم‌نامه را امضا کرده است بدون برگزاری رقابت در فرابورس را داشته باشد: عرضه‌کننده، درخواست خود را به فرابورس اعلام می‌کند و معامله میان طرفین تفاهم‌نامه در بازار سوم فرابورس ثبت می‌شود.<sup>۲</sup> بنابراین در این فرض، تفاهم‌نامه میان عرضه‌کننده و بهترین متقاضی، قرارداد انتقال اوراق بهادار محسوب شده و در سامانه معاملات فرابورس صرفاً ثبت می‌شود.

#### ۴-۲. پایان یافتن مهلت سفارش

ایجاب به لحاظ اعتبار زمانی به پنج نوع تقسیم می‌شود. مهلت اعتبار ایجاب در معاملات اوراق بهادار حسب آن که ایجاب کدام نوع باشد، متفاوت خواهد بود. پنج نوع سفارش مورد شناسایی در سامانه معاملات فرابورس به قرار ذیل است:

- سفارش روز (Day): سفارشی است که اعتبار آن در پایان روز معاملاتی به اتمام رسیده و به‌صورت خودکار از سامانه معاملات حذف می‌گردد.

- سفارش جلسه (Session): سفارشی است که اعتبار آن در پایان جلسه معاملاتی به اتمام رسیده و به‌صورت خودکار از سامانه معاملات حذف می‌گردد.

۱. کاتوزیان (۱۳۹۰)، ص ۵۸۶.

۲. کاتوزیان (۱۳۹۱)، ص ۶۲۳.

۳. تبصره ۲ ماده ۹ دستورالعمل اجرایی معاملات مبتنی بر مذاکره اوراق بهادار در فرابورس ایران



- سفارش بدون محدودیت زمانی (Good Till Cancel): این سفارش تا زمانی که توسط کارگزار حذف نشود در سامانه معاملاتی باقی مانده و معتبر می‌باشد.
- سفارش مدت‌دار (Good Till Date): سفارشی است که اعتبار آن در پایان تاریخی که در زمان ورود سفارش مشخص شده به اتمام می‌رسد و از سامانه معاملات حذف می‌شود.
- سفارش زمانی (Sliding Validity): کارگزار در زمان ورود سفارش، تعداد روزهای مشخصی (T) را جهت اعتبار سفارش مشخص می‌کند. این سفارش تا تاریخی که معادل تاریخ ورود سفارش به علاوه تعداد روزهای تعیین شده (T) است، معتبر بوده و پس از آن از سامانه معاملات حذف می‌شود.
- در هریک از مواعد مذکور با پایان یافتن بازه زمانی اعتبار ایجاب، قبول کارساز نبوده و در سامانه نیز به صورت خودکار، ایجاب حذف و زایل می‌شود.

#### ۴-۳. حجر و فوت

در فرضی که سفارش دهنده یا به عبارتی موجب پیش از انعقاد قرارداد ابزارهای مالی، فوت کرده یا محجور شود. سوالی که مطرح می‌شود آیا با فوت سفارش دهنده، سفارش همچنان باقی بوده و ایجاب معتبر است؟

لحاظ دو مقدمه در کلیه استدلال‌های مرتبط با تأثیر فوت یا حجر بر سفارش با توجه به طبیعت و ماهیت معاملات اوراق بهادار در فرابورس ضروری است. نخست آن که در معاملات فرابورس شخصیت موجب، موثر در اجرای تعهدات ناشی از عقد نمی‌باشد و حیات وی قید بقای ایجاب نیست. مقدمه دوم؛ ارائه سفارش در معاملات بازار سرمایه - با لحاظ نوع سفارش - با شرط ضمنی تعهد به حفظ آن همراه است. با در نظر گرفتن دو مقدمه مذکور می‌توان دو پاسخ برای مسأله ارائه نمود.

پاسخ اول: چون ایجاب به شخصیت موجب بستگی نداشته و با تعهد به حفظ آن همراه است بنابراین مانند سایر تعهدها به وارثان وی منتقل می‌شود. این استدلال متناسب با دیدگاه حکومت اراده ظاهری در قراردادها است.

پاسخ دوم: حول این استدلال که حکومت اراده باطنی در انعقاد قراردادها در حقوق

ایران پذیرفته شده و شهرت راجع به زوال ایجاب با فوت در فقه امامیه است، اضافه می‌نماید که اثر التزام موجب بیش از این نیست که حق عدول یا رجوع از ایجاب را از وی ساقط نماید بنابراین سقوط حق عدول از ایجاب با بقای آن بعد از فوت ملازمه ندارد. بنابراین با فوت یا حجر سفارش دهنده تا قبل از اعمال سفارش چه توسط خود وی در معاملات برخط ابزارهای مالی و چه توسط کارگزار، ایجاب وی زایل شده و سفارش از بین می‌رود.

سوال دیگری که قابل طرح است این که چنانچه سفارش دهنده پس از ارائه سفارش و پیش از اعمال آن در سامانه معاملات، فوت کرده یا محجور شود و کارگزار بدون اطلاع از این موضوع، سفارش را در سامانه معاملات اعمال نماید، وضعیت معامله به چه صورت خواهد بود؟ آیا می‌توان از وحدت ملاک ماده ۶۸۰ قانون مدنی در خصوص نفوذ اقدامات وکیل پیش از اطلاع از خبر عزل، برای اقدامات کارگزار نیز استفاده نمود؟

قانون مدنی در خصوص فوت و حجر موکل، ساکت است. اکثر فقهای امامیه نیز آگاهی وکیل از عزل خود را حکمی استثنایی دانسته و قیاس موت و جنون با آن را موجه نمی‌دانند لیکن برای حفظ نظم در معاملات و حمایت از اعتماد مشروع بی‌گناهی که با وکیل، طرف معامله می‌شوند باید قراردادهایی را که وکیل پیش از علم به موت یا جنون موکل منعقد کرده، نافذ شناخت<sup>۱</sup>. پذیرش این دیدگاه در معاملات اوراق بهادار در بازار سرمایه با حفظ نظم حاکم بر بازار سرمایه و ایجاد اطمینان همخوانی دارد<sup>۲</sup>.

### نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهادات

معاملات اوراق بهادار در فرابورس به دو شیوه حراج و همچنین مذاکره صورت می‌پذیرد که با تصویب ماده ۹۹ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه و وضع مجدد مفاد آن از سوی مقنن در ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، تردیدی در تشریفاتی بودن عقود و معاملات اوراق بهادار در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس نمی‌باشد. به همین جهت، اراده به‌عنوان رکن اساسی در انعقاد معاملات تشریفاتی اوراق بهادار در فرابورس

۱. کاتوزیان (۱۳۸۵)؛ ص ۳۲۱.

۲. همان؛ ص ۲۱۰.

۳. سوهانی و شهیدی (۱۳۹۳)؛ ص ۱۰۸.

و همچنین عیوب مرتبط و زوال آن از مولفه‌های اساسی در تبیین معاملات اوراق بهادار محسوب می‌شود.

اراده طرفین به انجام معامله به دو طریق در سامانه معاملاتی ابراز می‌شود. نخست: انجام معامله توسط کارگزار، دوم: انجام معامله توسط خود طرفین معامله که نقش آنان، اصیل در قرارداد بوده و در معاملات برخط صورت می‌پذیرد. در هر دو نوع انجام معامله اعم از انجام معامله بواسطه کارگزار و همچنین معاملات برخط، اعلام قصد انشای طرفین قرارداد به روش الکترونیکی صورت می‌پذیرد با این تفاوت که در انجام معامله از طریق کارگزار، کارگزار به نمایندگی از مشتری، داده پیامی را به سامانه معاملات ارسال می‌کند. ماهیت حقوقی رابطه کارگزار، دلالی است که از سوی طرفین برای انعقاد معامله نیز اجازه دارد. همچنانکه براساس ماده ۳۳۸ قانون تجارت «دلال نمی‌تواند عوض یکی از طرفین معامله قبض وجه یا تأدیه دین نماید و یا آن که تعهدات آنها را به موقع اجراء گذارد مگر اینکه اجازه‌نامه مخصوصی داشته باشد» و این اجازه‌نامه به انعقاد معامله در قالب سفارش از طرفین معامله توسط کارگزاران آنان دریافت می‌شود.

عیوب اراده به هنگام انعقاد معاملات منحصر به اکراه و اشتباه است. کارگزاری که دچار اشتباه در سفارش اوراق بهادار گردیده و یا معامله را برای شخص دیگری انجام داده است در اصل حسب مورد اراده باطنی به معامله اوراق بهادار مورد سفارش یا انجام معامله برای مشتری خود داشته و باید قصد واقعی طرفین احراز شود. براین اساس اوراق بهادار خریداری شده به مشتری کارگزاری تعلق دارد و راه حل، فروش اوراق بهادار به اشتباه خریداری شده توسط کارگزاری جهت جبران خسارت به دلیل ضمان کارگزار با رأی مرجع ذیصلاح رسیدگی به دعوی بازار سرمایه یعنی هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار می‌باشد.

مبنای فروش اوراق بهادار به اشتباه خریداری شده توسط کارگزاری را می‌توان دارا شدن بلاجهت دانست. به موجب ماده ۳۰۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند» و به موجب ماده ۳۰۳ قانون مدنی «کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از این که به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل»، ضامن عین و منافع آن خواهد بود. البته تسلیم و استرداد اوراق بهادار در معاملات فرابورس رأساً ممکن نبوده و در موضوعات مشابه، موضع عکس در سامانه معاملات اخذ می‌شود تا اوراق بهادار

به اشتباه خریداری شده، فروخته شود یا در صورت اشتباه در فروش، اوراق بهادار خریداری شود. به لحاظ تحلیل حقوقی، معامله نه برای شخص مشتبه و نه خود کارگزار، تحقق نیافته و اوراق بهادار متعلق به فروشنده آن است. عمل کارگزار موجب ضمان وی شده است لیکن به منظور جبران خسارت راهکاری که در بازار سرمایه با لحاظ مقتضیات سامانه معاملات آن است که معامله مجدد صورت پذیرد. این اقدام در عرف بازار سرمایه تحت اصطلاح «اتخاذ موضع عکس» نامیده می‌شود.

در معاملات اکراهی اوراق بهادار در فرابورس چنانچه معامله مبتنی بر شیوه حراج صورت پذیرفته باشد، باید اوراق بهادار مورد معامله را «در حکم مال تلف شده» محسوب نمود. بنابراین موقعیت عکس در سامانه اتخاذ شده و سفارش وارد می‌شود زیرا عرف حاکم بر بازار سرمایه، اوراق بهادار هر شرکت را مال مثلی محسوب می‌کند بنابراین اکراه کننده مکلف به رد مثل و در صورت عدم امکان در مواردی چون متوقف بودن نماد معاملاتی ناشر، قیمت یوم‌الاداء است که علی‌رغم مثلی بودن اوراق بهادار، راهکار مناسبی جهت جبران خسارات مکره می‌باشد.

پیش از انعقاد قرارداد، اراده هر یک از طرفین قرارداد به انجام معامله می‌تواند با انصراف از سفارش، پایان یافتن مهلت سفارش، حجر و فوت از بین رفته و زایل گردد. در خصوص تأثیر فوت یا حجر بر سفارش خرید یا فروش اشخاص در معاملات اوراق بهادار، دو دیدگاه وجود دارد که نظر متناسب با دیدگاه حکومت اراده باطنی در قراردادها پذیرفته گردید. با این استدلال که اثر التزام موجب بیش از این نیست که حق عدول یا رجوع از ایجاب را از وی ساقط نماید بنابراین سقوط حق عدول از ایجاب با بقای آن بعد از فوت ملازمه ندارد. بنابراین با فوت یا حجر سفارش دهنده تا قبل از اعمال سفارش چه توسط خود وی در معاملات برخط ابزارهای مالی و چه توسط کارگزار، ایجاب وی زایل شده و سفارش از بین می‌رود.

با لحاظ خلاءهای مورد بررسی در این نوشتار، راهکارها و سیاست‌های تقنینی ذیل جهت تهیه پیش نویس لوایح و طرح‌های آتی در حوزه بازار سرمایه پیشنهاد می‌گردد:

- همانگونه که مقنن در قانون برنامه پنجم توسعه و بعد آن در قانون قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰، وضعیت معامله اوراق بهادار را در خارج از بازارهای متشکل تعیین نموده و فاقد اعتبار اعلام نمود، ضروری است وضعیت

معاملات اکرایی و همچنین معاملات مبتنی بر اشتباه نیز در معاملات اوراق بهادار تعیین گردد و اوراق بهادار مورد معامله در این قبیل موارد در حکم «مال تلف شده» از سوی مقنن شناسایی شود. جبران خسارت اشخاص نیز حسب قیمت یوم‌الاداء اوراق بهادار در هر یک از بازارهای متشکل حسب مورد بورس اوراق بهادار یا فرابورس صورت پذیرد.

- جبران خسارات ناشی از تقصیر کارگزار یا سایر اشخاص دخیل در معاملات اوراق بهادار در قانون بازار، قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید و همچنین سایر قوانین و مقررات مرتبط با بازار سرمایه مغفول مانده است. مناسب است راهکارهایی از قبیل بیمه مسئولیت نمودن فعالان بازار سرمایه و یا تأسیس صندوق جبران خسارت (Compensation Fund) با مشارکت خود اشخاص تحت پوشش در متون قانونی پیش‌بینی گردد.

## منابع

- ابراهیمی، مریم، (۱۳۹۴)؛ مبانی حقوق بیع سهام در بورس، نشر مجد.
- اسکینی، ربیعا و بهنام فرید، دل‌افروز، (۱۳۹۰)؛ ساختار و ماهیت حقوقی حق‌الملک‌کاری، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۸)؛ حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری، جلد اول، انتشارات سمت.
- الحکیم، عبدالمجید، (۱۳۸۳ق)؛ الموجز فی شرح القانون المدني، الجزء الاول فی مصادر الالتزام مع المقارنه بالفقه السلامی، بغداد.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۵۲)؛ الوسیط فی شرط القانون المدني الجدید، جلد الاول، قاهره.
- امامی میدی، علیرضا، (۱۳۹۴)غ بررسی تعهدات و مسئولیت‌های کارگزاران بورس در حقوق ایران، انتشارات مجد.
- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۰ق)؛ مکاسب، نشر موسسه نعمان.
- انصاری، مهدی، (۱۳۹۰)؛ تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، نشر جاودانه جنگل.
- بحرالعلوم، محمد، (۱۴۰۴ق)؛ عیوب الاراده فی الشریعه الاسلامیه، رساله دکتری، بیروت.
- پورسید، سیدبهبزاد و حسینی، سیدمحمدرضا و سهرابی، لیلا، (۱۳۹۵)؛ راهکارهای بهبود نظام حاکمیت شرکتی ایران با تأکید بر شاخص حمایت از سهامداران خرد بانک جهانی، شماره ۸۱
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)؛ دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، نشر گنج دانش.
- ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۸۴)؛ حقوق تجارت، جلد چهارم، نشر دادگستر.
- ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۸۷)؛ حقوق تجارت، جلد سوم، نشر دادگستر.
- سماواتی، حشمت‌اله، (۱۳۷۸)؛ حقوق تجارت، جلد اول، چاپ اول، نشر میزان.

سوهانی، حسین و شهیدی، مرتضی، (۱۳۹۳)؛ تحلیل حقوقی معاملات بازار فیزیکی بورس کالای ایران، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.

سهرابی، لیلیا، (۱۳۹۱)؛ بررسی وضعیت حقوقی سرمایه‌گذار خارجی در بازار سرمایه ایران، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۱۸.

شهرآبادی، ابوالفضل و رحمانی، نیما، (۱۳۸۹)؛ نهادهای پولی و مالی، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.

شهیدی، سیدمرتضی، (۱۳۹۶)؛ قواعد حقوقی حاکم بر معاملات در بورس‌های کالایی، نشر میزان.

شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷)؛ تشکیل قراردادهای و تعهدات، نشر حقوقدان، جلد اول.

شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)؛ حقوق مدنی ۶؛ عقود معین ۱ (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض و صلح)، انتشارات مجد.

صفایی، حسین و ذاکری‌نیا، حانیه، (۱۳۹۴)؛ بررسی تطبیقی شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی غیر قراردادی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲.

صفایی، حسین، (۱۳۶۴)؛ استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی، مجله حقوقی، شماره ۲.

طوسی، عباس و انصاری، علی و حیدری سورشجانی، مریم، (۱۳۹۴)؛ تحلیل حقوقی ساختار شرکت بورس و نقش آن در افزایش کارایی معاملات بازار سرمایه، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۳۲.

عاملی، زین‌الدین، علی شیروانی و محمد مسعود عباسی، (۱۳۸۷)؛ روضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد سوم، نشر دارالعلم.

عبدی‌پور فرد، ابراهیم، (۱۳۹۱)؛ مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت (اوراق تجاری، بورس و اوراق بهادار، حق کسب یا پیشه یا تجارت)، نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

فنائی، سیدمجتبی، (۱۳۸۹)؛ خودآموز بورس، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.

کاتبی، حسینقلی، (۱۳۷۵)؛ حقوق تجارت، انتشارات گنج دانش.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)؛ الزام‌های خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)؛ حقوق مدنی؛ نظریه عمومی تعهدات، نشر میزان، چاپ ششم.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)؛ قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹)؛ قواعد عمومی قراردادهای، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.

کورس، کاویانی، (۱۳۸۶)؛ حقوق شرکت‌های تجاری، میزان، چاپ اول.

گلین مقدم، عیسی و یمرلی، صالح، (۱۳۹۱)؛ مسئولیت مدنی ناشی از رجوع از ایجاب و توافق مقدماتی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷.

میرزایی منفرد، غلامعلی، حقوق بازار اوراق بهادار (بخش اختلافات)، نشر میزان، ۱۳۹۰.

Babus, Ana, (2010), Strategic Relationships in Over-the-Counter Markets. Discussion Paper, University of Cambridge.

Cox, James D., Hillman, Robrt W., Langevoort, Donald C, (2015), Securities Regulation:

- Selected Statutes Rules and Forms Supplement, Wolters Kluwer.
- Duffie, Darrell, Garleanu, Nicolae, Pedersen, Lasse Heje, (2007), *Over-The-Counter Markets*, Oxford University Press, Vol. 20, No.5.
- Frey, Alexander Hamilton, (1995), *Federal Regulation of the Over-the Counter Securities Market*, University of Pennsylvania, Vo. 106, No. 1.
- La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer & Vishny (1997), *Legal Determinants of External Capital*, *Journal of Finance*, No. 52.
- Jill. Solomon, Aris. Solomon, (2004), *Corporate Governance and Accountability*, Copyright © 2004 by John Wiley & Sons Ltd.
- Kelly, David & Holmes, Ann & Hayward, Ruth, (2002), *Bussiness Law*, Cavendish, 4th Edition.
- Kitch, Edmund. W., (1999), *Regulation of the Securities Market*, available at: <http://encyclo.findlaw.com>
- Schexnayder, Martin S., Illustration by Ryan Day, (2009), *Securities Broker Liability in Texas*, *Texas Bar Journal*, Vol 72.
- Soderquist, Larry D & Gabaldon, Theresa A, (2007), *Securities Law*, Second Edition, New York, Thomson.
- Yomin, Albert, (1995), *Foreign Investment*, First Edition, Parade.

