

معیار حقوقی تمییز عنوان فعالیت حرفه‌ای در بازار سرمایه

کورش کاویانی*

محمد صادقی**

مقدمه

بازار، از سویی متعلق و موضوع شاخه‌های متعدد حقوقی بوده و از جهت دیگر مجرای اصلی اعمال منویات اشخاص (حقیقی و حقوقی) می‌باشد. از همین روست که در تقارن حقوق و اقتصاد، شناخت مفهوم فعالیت حرفه‌ای و فعالان آن از حیث نظری و عملی کاربرد بسیاری دارد و در علم حقوق، از جمله در حقوق بازار سرمایه، منشأ نقش‌آفرینی‌های متعدد است. یکی از اصطلاحاتی که می‌تواند به تبع تعامل اقتصاد با علم حقوق نقش‌آفرینی داشته باشد، مفهوم فعالیت حرفه‌ای و در پی آن، فعال بازار است. به‌رغم اهمیت مفهوم فعالیت حرفه‌ای و به تبع آن، فعال بازار، این عنوان به نحو دقیق مورد تحلیل واقع نشده‌است. بنابراین، در این مقاله با امعان نظر به رویه هیأت داورى بورس در صدد هستیم به این پرسش‌ها پاسخ دهیم که فعالیت حرفه‌ای در بازار سرمایه به چه معناست؟ مراد از فعال بازار کیست و چه ملاک‌هایی برای تعیین ضابطه حقوقی شناخت فعالیت حرفه‌ای وجود دارد؟

نوشتار حاضر به تحلیل این مدخل از واژگان مهم در حوزه بورس و اوراق بهادار پرداخته و با رویکردی حقوقی، مبانی راجع به این مهم را شناسایی می‌کند. پیش‌فرض نگارندگان آن است که در عین این که مفهوم فعالیت حرفه‌ای و فعال بازار فی نفسه خاستگاه اقتصادی داشته، واجد حقیقت حقوقی نیز می‌باشد. در واقع

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

k.kavyani@atu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه مفید (نویسنده مسؤول)

sadeqi67@gmail.com

در تبیین معنا و ضابطه حقوقی فعالیت حرفه‌ای ناظر به مقررات بازار سرمایه، افزون بر ملاکات اقتصادی و روبه‌ای، می‌توان از سنجه و ملاک زمانی، عددی، مکانی و نهایتاً ملاک صلاحیتی بهره‌مند شد. با این وجود، به فراخور رویکرد ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار، مفهوم فعالیت حرفه‌ای به نحوی محدود به اختلافات داخل در صلاحیت مرجع مقرر شده و بسیاری از مسائل مرتبط با بورس و اوراق بهادار، در عین اینکه مصداق فعالیت حرفه‌ای هستند، ذیل این مقرره جایی ندارند. بنابراین، روشن است که اکتفا به دامنه صلاحیتی ماده مورد اشاره، موجب محدود شدن نگرش به ضابطه حقوقی در این خصوص می‌شود که در پی خود ابعاد دیگر موضوع را نیز تحت تأثیر قرار خواهد داد.

مبحث نخست: مفهوم‌شناسی

بند نخست: بازار

بازار که در زبان عربی معادل کلمه «سوق» و «Market» یا «Bazaar» در زبان انگلیسی است، گاهی به عنوان مکان و یا موقعیتی برای تعیین قیمت، انجام خرید و فروش و تجارت (جمال‌الدین محمد بن مکرم، ۱۴۱۴: ۱۴۸) و تعامل میان خریدار و فروشنده به کار می‌رود (Salvatore and Dominik, 1992: 1). از این منظر، بازار، سازوکارهای مبتنی بر دادوستد داوطلبانه و آزادی انتخاب فیما بین اشخاص می‌باشد. بند ۱ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی در این راستا مقرر می‌دارد: «بازار به فضایی جغرافیایی یا مجازی اطلاق می‌شود که در آن خریداران و فروشندگان، کالاها و خدمات مشابه یا جانشین نزدیک را مبادله می‌کنند». در معنای دیگر، بازار را می‌بایست عبارت از سازوکار و وضعیتی که در آن خریداران و فروشندگان با یکدیگر تعامل دارند تا به تعیین قیمت و میزان کالا و خدمات بپردازند، دانست (Mehta and J.K., 1964: 107).

بدون تردید در موضع تلاقی بازار با مسائل متعدد حقوقی، نقش و جایگاه بازار سرمایه و تعامل آن با علم حقوق انکارناپذیر است. چه این که طبیعتاً بازار سرمایه را باید از جمله بازارهای منحصر به فرد دانست. یعنی نوعی بازار بخشی قلمداد می‌شود که به تبع مسائل خاص آن، خاستگاه قانونی بحث از مفهوم فعالیت

حرفه‌ای شکل گرفته است و به نوعی مجرا و مطلع اصلی بحث ما نیز می‌باشد که با تأسی از آن، در مقام ارائه مفهوم و تحلیلی عام‌الشمول از این مدخل هستیم.

بند دوم: فعال و فعالیت

«فعال» در لغتنامه‌های فارسی معادل کوشا، در حال کار کردن، عمل‌کننده و دارای توانایی اثرگذاری (صدری افشار و دیگران، ۱۳۷۷: ۵۷۵) و پرکار (معین، ۱۳۷۱: ۲۵۵۶) (دهخدا، ۱۳۷۳: ۱۵۱۵۴) آمده است. «فعالیت» نیز به معنای کوشش (معین، ۱۳۷۱: ۲۵۵۶) (دهخدا، ۱۳۷۳: ۱۵۱۵۴)، وضع یا کیفیت به کاری پرداختن و نوع معینی از کار می‌باشد (صدری افشار و دیگران، ۱۳۷۳: ۵۷۵). «فعال» در معنای عربی، صیغهٔ مبالغه‌ای است که عموماً از آن کثرت و شدت استنباط می‌شود. زیرا صیغهٔ مبالغه اسمی است که بر زیادی صفت در کسی یا چیزی دلالت می‌کند.^۱

۱. در منابع لغت عربی، صیغه مبالغه را به این بیان می‌آورند که «إنَّ صیغه المبالغه یؤخذ فیها اکثره و الشده مثل فَعَال و ضَرَاب و صَرَاب» یا این که «صیغه مبالغه تدلّ علی کثره صدور الفعل من فاعله و کونه بمنزله الشغل له» کما این که به عنوان نمونه در تعریف لفظ «النَّبَاش» چنین آمده است: «نَبَشْتُ الْأَرْضَ: نَبَشًا: كَشَفْتُهَا. وَ مِنْهُ: نَبَشَ الرَّجُلُ الْقَبْرَ، وَ الْفَاعِلُ: نَبَاشٌ، لِلْمَبَالِغَةِ» (احمد بن محمد مقرئ فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چاپ اول، قم: منشورات دارالرضی، بی‌تا، ص ۵۹۰). با این حال هر واژه‌ای بر وزن فَعَال لزوماً به معنای کثرت مصطلح نیست. کما این که در برخی منابع آورده‌اند: «قوله سبحانه وَ مَا رَبَّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ ذِکره بلفظ المبالغه فی نفی الظلم عن نفسه و إن کان لایفعل القلیل منه لأنه خرج جواباً للمجبره و ردا علیهم لأنهم ینسبون کل ظلم فی العالم إلیه تعالی فبین أنه لو کان کما قالوا لکان ظلاماً و إنه لیس بظالم و سئل متکلم لم ورد علی وزن فعال الذی صیغ للکثیر و هو متنزه عن الظلم الیسیر فقال لأنه لو فعل أقل الظلم لکان عظیماً منه لأنه غیرمحتاج إلیه مع علمه بقبحه و بأنه غنی عنه و القبیح لا یتأتی إلا من جاهل أو محتاج فلو فعله من غیر حاجه إلیه فهو أعظم من کل ظلم فعله فاعل لحاجه إلیه» (ابن شهر آشوب مازندرانی، متشابه القرآن و مختلفه - بیان المشکلات من الآیات المتشابهات، چاپ اول، قم: دار البیدار للنشر، ۱۳۶۹ هـ، ج ۱، ص ۱۹۴). واژه دیگری که می‌توان به عنوان شاهد مثال مورد استفاده قرار داد، قُوَاد اُقُوَاد. صیغه مبالغه، بر وزن فَعَال است. در اصطلاح فقهی و حقوقی، قواد عبارت از به هم رساندن دو یا چند نفر برای زنا یا لواط است. به شخصی که اقدام به چنین عمل مجرمانه‌ای بزند، قواد گویند. مطابق مواد ۲۴۴-۲۴۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، حدّ قوادی، منوط به تحقق زنا یا لواط بوده و در قوادی تکرار عمل شرط تحقق جرم نیست.

بند سوم: فعالیت حرفه‌ای و فعال بازار

برخی نویسندگان اقتصادی، با اذعان به این که تعریف بازار همواره با جدلهایی همراه بوده، آن را به گروهی از خریداران و فروشندگان اطلاق کرده که به جهت خرید و فروش با یکدیگر در ارتباط قرار می‌گیرند (خداداد کاشی، ۱۳۷۷: ۹). به نظر می‌رسد که این تعریف شامل فعالان بازار نیز می‌شود. به هر حال، در مانحن فیه باید توجه داشت که لازمه قانونی و عقلی اتصاف به وصف فعال بازار، فعالیتی مربوط به بورس و اوراق بهادار است اما تعدد اتیان به عمل، علت تامه تلقی فعال بازار و یا شرط آن نیست. در واقع به همان نسبت که استیفای عدد و ملاک زمانی الزاماً در تحقق وصف فعال بازار شرط نیست، آغاز هر عمل نیز عامل آن را متصف به وصف فعال بازار نمی‌کند. چرا که تمایل شخص به تحقق عمل در بورس، «مقتضی» است و مرتبط با حوزه بورس بودن آن عمل، «شرط» و تحقق هر دو، «عدم مانع» و فعلیت بخشیدن به آن تمایل، «معد» و همه این عناصر با یکدیگر، «علت تامه» تحقق وصف فعال بازار برای شخص است. با این حال «شرط صحت» در این زمینه، لزوم التزام به تشریفات قانونی بازار سرمایه خواهد بود.

با این حال، از منظر رویکرد مضیق ناظر به مفهوم لغوی «فعال» و «فعالیت»، و معنای صیغه مبالغه، به نظر می‌رسد بتوان چنین استنباط نمود که فعالیت حرفه‌ای باید عملی تلقی شود که به طور معمول رواج دارد. به تبع آن نیز، فعال حرفه‌ای باید شخصی باشد که همواره و در قالب اشتغال معمول، به امری پردازد. یعنی فعالیت حرفه‌ای به معنای فعالیتی که حرفه و شغل فرد باشد، به حساب خواهد آمد. هرچند بتوان چنین تفسیر و معنایی را نیز پذیرفت ولی گاهی تبادر عرفی، لزوماً این وجه را به تمام و کمال بر نمی‌تابد؛ چه این که فعالیت حرفه‌ای در معنای تجاری شامل عملی که جنبه تخصصی داشته و همراه با نظامات منحصر به فردی باشد، نیز می‌شود. بنابراین، حالت اخیر در تفسیر فوق نادیده گرفته شده است. از این رو فعالیت حرفه‌ای را باید در عین حال شامل آن دسته اقداماتی هم دانست که ناظر به نوع معین از کاری باشد که جنبه فنی دارد. در واقع وجود همین اوصاف است که باعث شکل‌گیری نهادهای خودتنظیم‌گر شده و باعث می‌شود که سازمان‌های خودتنظیم‌گر با آنکه منافع و ساختارهای نهادی و اغلب حقوقی شبیه

سازمان‌های خصوصی را دارند، می‌توانند در سطح دولتی هم عمل کنند و تدوین مقررات داخلی و برقرار کردن نظم را بر عهده داشته باشند (هادی‌فر، ۱۳۸۹: ۱۳۶). بر این اساس، فعالیت حرفه‌ای به فعالیتی اطلاق می‌شود که در عین انجام به حد متعارف، بیانگر فنی بودن زمینه فعالیت است؛ به نحوی که اصولاً دیگران فاقد آن باشند و یا با محدودیت بیشتری بتوانند به آن مبادرت ورزند. به عنوان نمونه می‌توان به فعالیت‌های اصناف و مشاغلی همانند وکالت، طبابت، تجارت و مواردی از این قبیل اشاره کرد که با دانش، تخصص و یا نظامات منحصر به فردی عجین هستند. لذا به نظر می‌رسد که بتوان فعالیت حرفه‌ای را فعالیتی دانست که در عین فنی و یا تخصصی بودن، اختصاص به شخص یا گروهی خاص داشته باشد. از این حیث، در حوزه بازار سرمایه، مقصود از لفظ «حرفه‌ای» در مقررات مربوطه و عرف حاکم بر بورس و اوراق بهادار، عملی است که به پیشه شخص مربوط است و صلاحیت حرفه‌ای نیز به معنای صلاحیت برای بر عهده گرفتن آن شغل خاص است (سلطانی، ۱۳۹۵: ۳۲۹). در واقع به نظر می‌رسد این تفسیر که فعالیت حرفه‌ای باید به معنای تلازم و تداوم اشتغال به یک امر تلقی شود و اقدامات دفعه‌ای، غیرمستمر و بالمره نمی‌تواند داخل در آن محسوب شود، این وصف و اصطلاح را معادل اشتغال تنزل می‌دهد. حال آن‌که این اصطلاح معادل عملی فنی ممزوج به نظاماتی خاص نیز می‌شود. توجیه رویکرد فوق، صرفاً فعالیت‌های بورسی به اعتبار موضوع را شامل بوده و فعالیت بورسی به اعتبار اشخاص را نفی می‌کند. علت این نادیده انگاشتن نیز آن است که اشاره کردیم، فعالیت حرفه‌ای در عین حال شامل فعالیتی که همراه با نظامات منحصر به فردی باشد، می‌شود؛ امری که رویکرد فوق آن را در نظر نگرفته و فارغ از نتایج سوء و تشتت‌هایی که به تبع آن پیامد خواهد داشت، دستاویز مفهوم لفظی صرف شده و از ماهیت و سازوکار تخصصی بازارهای نوین، همانند بازار سرمایه و معاملات ویژه آن، فارغ است. بدین‌سان، فعالیت‌هایی چون عملکرد مربوط به اشخاص تحت نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار (تشکل‌های خودانتظامی چون بورس‌ها، بازارهای خارج از بورس، کانون‌ها و شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه)، نهادهای مالی (کارگزاران، صندوق‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های تأمین سرمایه، مؤسسات

رتبه‌بندی، سبدگردان، کارگزار/ معامله‌گر)، ناشران و سرمایه‌گذاران یا سایر نهادهای مربوط به سرمایه‌گذاری در بازار اوراق بهادار، از مصادیق فعالیت حرفه‌ای در بازار سرمایه محسوب می‌شود.

مبحث دوم: سنجه شناخت فعالیت حرفه‌ای و فعال بازار در محدوده قانون بازار اوراق بهادار

بند نخست: موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار

قانون در عین سکوت نسبت به تعریف فعالیت حرفه‌ای، در این مورد که چه شخصی را باید فعال بازار دانست نیز ساکت است. در این مورد، ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار صرفاً مقرر می‌دارد: «اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار/ معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها، در صورت عدم سازش در کانون‌ها توسط هیأت داوری رسیدگی می‌شود». هر چند که، به‌رغم ضرورت اشاره به ملاک مورد نظر مقنن، ماده فوق در مقام ارائه تعریف و بیان دایره شمول فعالیت حرفه‌ای و فعال بازار برنیامده، اما پیداست که در سیاق تشریح صلاحیت هیأت داوری نسبت به حل و فصل اختلافات فعالان بازار، ارائه تعریف این دو مفهوم اجتناب‌ناپذیر است.

عدم تعریف مفهوم فعالیت حرفه‌ای و فعال بازار در قانون، از سوی دکتترین نیز کاملاً جبران نشده و نویسندگان حقوقی در این عرصه، در راستای تبیین صلاحیت هیأت داوری موضوع قانون بازار اوراق بهادار، صرفاً به تعریفی مرتبط با ماده ۳۶ اکتفا کرده و ضوابط عمومی ناظر به شناخت آن را تبیین نکرده‌اند. برخی در این خصوص معتقدند که «فعالیت حرفه‌ای در بازار سرمایه یعنی فعالیتی که اگر بازار متشکل سرمایه شکل نگرفته بود و اشخاص را گرد هم نیاورده و تکالیف مشخصی را بر دوش آنان قرار نداده بود، رخ نمی‌داد. فعالیت حرفه‌ای در بازار اوراق بهادار بر اساس موضوع فعالیت هر یک از اشخاص تحت نظارت قابل تعیین است» (سلطانی، ۱۳۹۵: ۳۳۳). با توجه به اینکه در بندهای آتی به تفصیل در این خصوص بحث خواهیم نمود، اجمالاً در این خصوص به نظر می‌رسد سنجه و ضابطه مورد نظر را می‌توان چنین بیان نمود که فعالیت حرفه‌ای، هر گونه فعالیتی است که در راستای

حقوق و تکالیف ناشی از قوانین و مقررات حاکم بر بورس و اوراق بهادار باشد؛ اعم از این که یک بار یا به دفعات انجام گیرد. تبعاً، فعال بازار نیز شخص (حقیقی یا حقوقی) است که اقدام به فعالیت در بازار حرفه‌ای بورس و اوراق بهادار می‌نماید (صادقی، ۱۳۹۶: ۹۵).

بند دوم: تحلیل مبنای ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار

با امعان نظر به موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار در خصوص صلاحیت رسیدگی، در ادامه به مبنای احتمالی شناخت فعال بازار در محدوده قانون مزبور خواهیم پرداخت تا پس از شناخت مسائل مربوطه، الگوی مناسبی از مفهوم فعالیت حرفه‌ای ارائه کنیم.

الف: نقش صلاحیت هیأت داوری بر تعیین فعالیت حرفه‌ای (ملاک صلاحیتی / موضوعی)

فارغ از این که این نوشتار اساساً در مقام بحث از صلاحیت هیأت داوری نیست، به عنوان یک احتمال، اشاره‌ای بر تأثیر ماهیت هیأت بر شناسایی فعالیت حرفه‌ای خواهیم داشت. پذیرش این احتمال از این جهت مقبول خواهد بود که بین ماهیت و صلاحیت هیأت داوری و مفهوم و ماهیت فعالیت حرفه‌ای تلازم قانونی و التزامی وجود دارد. به این بیان که هیأت داوری صرفاً به آن دسته از اختلافاتی رسیدگی می‌کند که با وصف فعالیت حرفه‌ای قرین باشد. با این حال به نظر می‌رسد اکتفا به مصادیقی که هیأت داوری صالح به رسیدگی به آن‌هاست، مانع ارائه ضابطه عام در این خصوص می‌شود. زیرا در تعریف و تفسیر مفهوم فعالیت حرفه‌ای از مجرای موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار در خصوص صلاحیت رسیدگی نباید از حوزه صلاحیت هیأت داوری فراتر رفت و تا حد امکان باید مصادیق معتنابه را به نحوی در نظر گرفت که در این دامنه باشد. بنابراین، قدر متیقن آن است که مفهوم فعالیت حرفه‌ای را باید در این محدوده محصور نمود و حتی‌الامکان از تعمیم آن برحذر بود.

ب: تأثیر تقدم یا تأخر فعالیت بر وصف فعالیت حرفه‌ای (ملاک زمانی)

ضابطه دیگری که در شناخت فعالیت حرفه‌ای نقشی مهم ایفا خواهد کرد،

بحث از زمان شروع فعالیت در بورس و اوراق بهادار می‌باشد. مهم، در این مقال آن است که چه زمانی را باید مطلع عمل بورسی تلقی کرد تا بتوان فعالیت‌های آن بازه را در شمول عنوان فعالیت حرفه‌ای برشمرد؟ آیا مثلاً صرف ثبت کد سهامداری یا واریز مبلغ مورد نظر شرکت کارگزاری فی نفسه می‌تواند به منزله وصف فعال بازار برای صاحب کد یا واریزکننده باشد؟

در اینجا باید اشاره کرد همان‌طور که در حقوق تجارت برای تشخیص لحظه تاجر شدن شخص، فرضیات متنوعی از جمله تکرار عمل به میزان کافی، شروع عمل به قصد تکرار، تدارک مقدمات لازم و اعلان قصد اشتغال به شرطی که اعتماد متعارف را در پی داشته باشد، قابل طرح است (کاویانی، ۱۳۹۴: ۶۹)، برای تمییز زمان تحقق وصف فعال بازار نیز باید به ملاک‌های عرفی و رویه‌ای توجه داشت. در این خصوص آن چه روشن است، ملاک زمانی لزوماً دلالت بر ترتب وصف فعال بازار به اشخاص ندارد اما می‌تواند به عنوان یک آماره شناخته شده و حسب مورد بر مصادیق و دایره شمول فعالیت حرفه‌ای حمل گردد. به این معنا که زمان، بستر آغاز فعالیت در بازار است اما میان این دو رابطه علی و معلولی برقرار نیست؛ بلکه ملاک زمانی می‌تواند مُعد وجود ذی‌المقدمه، که همان وصف فعال بازار باشد، محسوب شود. مراد از مُعد نیز مقدمه‌ای است که تأثیر اندکی بر وجود ذی‌المقدمه دارد و بدون این که اثری علی بر وجود آن داشته باشد، می‌تواند زمینه وجودی آن را تحقق بخشد.

ج: تأثیر تقسیم بازار به متشکل و غیرمتشکل (حوزه فعالیت/ملاک مکانی)

ضابطه دیگر در تعیین فعالیت حرفه‌ای، تمایز میان انواع بازارها و تقسیم بازار به متشکل و غیرمتشکل است. با این توضیح که می‌توان با تمایز بازار متشکل از غیرمتشکل به این تلقی نائل شد که مفهوم فعالیت حرفه‌ای و یا فعال بازار تحت الشعاع قرار گیرد. بر این اساس، آنچه از دلالت تضمینی و عقلی ناظر به اطلاق ماده ۳۶ و مصادیق تصریحی و تمثیلی آن پیداست؛ در ماده فوق، تنها فعالیت‌هایی حرفه‌ای تلقی می‌شود که مرتبط با بورس و اوراق بهادار باشد. لذا سایر بازارها، تخصصاً از عداد این تصریح خارج خواهند شد. طبعاً خروج موضوعی به معنای

اختصاص مقوله فعالیت حرفه‌ای به بازار سرمایه نیست و این مفهوم حسب مورد شامل بازارهای متشکل دیگر نیز خواهد بود. به هر حال، از ملاک‌های مهم تمییز مفهوم فعالیت حرفه‌ای در بورس، ملاک حوزه فعالیت یا همان وصف متشکل بودن است. زیرا بازار سرمایه، بازاری متشکل محسوب می‌شود که معاملات و فعالیت‌های خارج از آن، اصولاً در شمول قواعد آن قرار نخواهند گرفت. لذا به عنوان نمونه چنانچه شخصی خارج از این بازار اقدام به فعالیتی بورسی کند، در وهله نخست نباید فعالیت او را مصداق فعالیت حرفه‌ای دانست؛ مگر آن که خلاف آن اثبات شود.

مثال کاربردی برای این بحث را می‌توان دعوایی دانست که ناشی از یک قرارداد شخص حقیقی راجع به سبدگردانی باشد. هیأت داوری در اختلافی تحت کلاسه ۹۴۰۰۱۷ و شماره دادنامه ۹۴۱۱۰۰۰۴۱ در این موضوع چنین حکم داده که: «مورد ادعای خواهان به طرفیت ... به خواسته مطالبه کارمزد سبدگردانی و غیره بنا به استدلال آتی، صرف نظر از صحت و سقم ادعا موضوعاً از حدود صلاحیت هیأت داوری بورس منصرف است و موجبات قانونی برای رسیدگی و اصدار رأی ماهوی فراهم نیست. زیرا: ۱- قرارداد سبدگردانی که خواهان به آن استناد کرده برابر مقررات بازار سرمایه خصوصاً بند ۱۷ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ و دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبدگردان مصوب ۱۳۸۹ منعقد نگردیده است؛ به این معنی که به حکم مقررات یاد شده، سبدگردان در نظر مقنن شخص حقوقی است که پس از اخذ مجوز از سازمان بورس در قالب قراردادی مشخص و به منظور کسب انتفاع، به خرید و فروش اوراق بهادار برای سرمایه‌گذار می‌پردازد. به عبارت آخری شخص حقوقی است که به موجب مجوز سازمان بورس خواهد توانست شرکت سبدگردان تأسیس یا شرکت موجود را به شرکت سبدگردان تبدیل نماید و به همین لحاظ مقررات یاد شده چنین اختیاری برای شخص حقیقی و طبیعی قائل نشده‌اند و در قضیه فعلی نیز هیچ کدام از شرایط مورد نظر قانون‌گذار مراعات نشده است و خواهان (اصیل) نه مصداق شخص حقوقی است و نه حتی به فرض امکان قانونی به نمایندگی از شخص حقوقی مجوزی برای فعالیت خود تحت عنوان سبدگردان تحصیل نموده است. بنا به مراتب قرارداد مستند ادعای خواهان

از شمول مقررات ناظر بر مقررات بازار سرمایه و مآلاً صلاحیت هیأت داورى موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار خارج و تابع قواعد عمومى قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنى مصوب ۱۳۰۷ مى‌باشد. ۲- بنا به مراتب فوق ... دعواى حاضر قابلیت طرح و استماع در هیأت داورى بورس را ندارد» (جمالى و صادقى، ۱۳۹۶: ۲۹-۳۱). در واقع به دليل عدم رعایت ضوابط قانونى بازار متشکل سرمایه (ضابطه بند ۱۷ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار)، موضوع در عداد مسائل راجع به فعالیت حرفه‌ای بازار سرمایه قرار نگرفته و خروج موضوعی از این حوزه دارد. به این معنا که اساساً با توجه به متشکل بودن بورس و اوراق بهادار، فعالیت در این حوزه نیز متشکل و ضابطه‌مند محسوب شده و الزاماً نباید هر فعالیتى (ولو این که واجد عنوانى مأخوذ از عناوین بورسى باشد) را مشمول ملاک فعالیت حرفه‌ای در ماده ۳۶ دانست.

مبحث سوم: مسائل فراتر از موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار

از تعریفی که ناظر به فعالیت حرفه‌ای ارائه شد، به خوبی می‌توان تفاوت مبنا و آثار آن را با موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار در خصوص صلاحیت رسیدگی اصطیاد نمود و بر اساس آن اذعان داشت که وقتی فعالیت حرفه‌ای عبارت از هر گونه فعالیتى باشد که در راستای حقوق و تکالیف ناشی از قوانین و مقررات حاکم بر بازار سرمایه محسوب شود، دامنه ماده ۳۶ محدود به دعواى حقوقى راجع به فعالیت حرفه‌ای می‌گردد که عبارت است از هر اختلاف مالی که در اثر نقض قوانین و مقررات اختصاصی حاکم بر بازار سرمایه ایجاد شود. وجه تمایز و تفاوت این دو از آن جهت است که با وجود اینکه دامنه مفهوم فعالیت حرفه‌ای شامل عموم فعالیت‌های حوزه بورس و اوراق بهادار می‌شود، نمی‌توان همه مصادیق فعالیت حرفه‌ای را در صلاحیت هیأت داورى دانست. از همین روست که تمایز هدف این نوشتار از پرداختن به صلاحیت هیأت داورى روشن می‌گردد. از حیث رویه نیز می‌توان بارزترین مصادیقی که از منظر تفسیر ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار، خارج از ملاک‌های زمانی^۱ و مکانی^۱ قرار می‌گیرد را از آرای هیأت داورى بورس

۱. به عنوان نمونه، رک: دادنامه شماره ۹۴۱۱۰۰۰۶۲ و ۹۵۱۱۰۰۰۶۱ هیأت داورى بورس (جمالی و

استخراج نمود. با این حال چون هدف این نوشتار صرفاً تبیین موضوع از مجرای ماده ۳۶ نیست، در ادامه به ضوابط فراتر از ماده مزبور خواهیم پرداخت.

بند نخست: فعالیت‌های خارج از عناوین بازار سرمایه

روشن است علاوه بر مواردی که در ادامه مورد بحث واقع می‌شود، سایر مسائلی که خروج موضوعی از حوزه بورس و اوراق بهادار دارد نیز تخصصاً از موضوع فعالیت حرفه‌ای در بازار سرمایه خارج است.^۱ از جمله موارد بارز و مورد ابتلاء در این حوزه، می‌توان به مسائل مربوط به واگذاری مترتب بر خصوصی‌سازی اشاره کرد که در عین اینکه جنبه اقتصادی دارد، اصولاً مربوط به بورس یا اوراق بهادار نمی‌شود. به هر حال، این قبیل موارد فراتر از حوصله و هدف نوشتار است اما به عنوان نمونه‌ای از فعالیت‌های خارج از عناوین بازار سرمایه، در دادنامه شماره ۹۲۱۱۰۰۰۵۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۵ هیأت داورى بورس آمده است: «درخواست شرکت ... در دادخواست تقدیمی، مطالبه مبلغ [استرداد مبلغ پنج میلیارد ریال که از حساب شرکت (خواهان) بلاوجه به حساب شرکت خوانده واریز شده است] به دلیل واریز شدن بلاوجه مبلغ مورد خواسته به حساب شرکت خوانده می‌باشد، در صورتی که در جلسه کمیته سازش کانون کارگزاران، قرضی بودن موضوع خواسته مطرح رسیدگی بوده است. همچنان که در جلسه رسیدگی در هیأت داورى نماینده خواهان اصرار داشت که مبلغ مورد خواسته را به عنوان قرض به شرکت خوانده پرداخت کرده‌اند و از این رو مبلغ مورد نزاع مطالبه شده است؛ علی‌ای حال صرف نظر از پاسخ وکیل خوانده از ادعا، اساساً طرح دعوا به کیفیت حاضر قابلیت استماع در هیأت داورى را ندارد، چرا که ادعای خواهان به واریزی مبلغ مورد خواسته به عنوان قرض، انصراف موضوعی از موارد صلاحیت هیأت داورى بورس موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ دارد. به عبارت دیگر ادعای خواهان ناشی از فعالیت حرفه‌ای طرفین دعوی نیست و ملاً رسیدگی

۱. به عنوان نمونه، رک: دادنامه شماره ۹۴۱۱۰۰۰۰۶ هیأت داورى بورس (همان، ۱۳۹۶: ۲۳-۲۴) و

دادنامه ۹۴۱۱۰۰۰۰۷۶ (همان، ۱۳۹۶: ۳۲-۳۳)

۲. به عنوان نمونه، رک: دادنامه شماره ۹۱۱۱۰۰۰۰۱۲ هیأت داورى بورس (همان، ۱۳۹۶، ص ۱۵-۱۹)، دادنامه

شماره ۹۴۱۱۰۰۰۰۵۴ (همان، ۱۳۹۶: ۲۶-۲۸) و دادنامه شماره ۹۴۱۱۰۰۰۴۱ (همان، ۱۳۹۶: ۲۶-۲۸)

به ادعای مطروحه در صلاحیت عام محاکم دادگستری است...» همچنین، در دادنامه شماره ۹۳۱۱۰۰۰۰۷ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۵ در خصوص دعوی راجع به اعاده چک امانی آمده: «... نظر به اینکه حسب گزارش اداره بازرسی کارگزاران به شماره ۱۲۱/۲۳۷۹۵۸ به تاریخ ۱۳۹۲/۷/۶ چک مزبور در شرکت به ثبت نرسیده است و از طرفی حسب گواهی دفتر شعبه هشتم بازرسی دادسرای ناحیه ۱۱ تهران، دارندگان و صادر کننده چک مورد دعوا شکایات کیفری علیه یکدیگر مطرح کرده‌اند که در جریان رسیدگی مراجع قضائی است؛ لذا دعوی استرداد آن به کیفیت مطروحه از موارد مذکور در ماده ۳۶ فوق‌الاشعار نبوده و قابل انطباق با آن نیست به عبارت دیگر دعوی به خواسته اعاده چک امانی از مصادیق اختلافات ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها نمی‌باشد» (همان، ۱۳۹۶: ۲۱-۲۳).

علاوه بر موارد مذکور، مواردی همچون تعهد تبدیل شده از تعهد ناشی از فعالیت در بازار سرمایه به تعهدی خارج از فعالیت حرفه‌ای، وصول طلب غیرمرتبط با فعالیت در بازار سرمایه، اختلاف راجع به تصمیم مربوط به شرکت سهامی ثبت شده نزد سامان و امثال آن‌ها، فعالیت حرفه‌ای خارج از بازار سرمایه محسوب می‌شود. (سلطانی، ۱۳۹۵: ۳۳۴)

بند دوم: فعالیت‌های حرفه‌ای فراتر از صیغه حقوقی

مسائل متعددی در بازار سرمایه وجود دارد که به‌رغم شمول در تعریف فعالیت حرفه‌ای راجع به بازار سرمایه، داخل در ملاک مقرر راجع به ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار نیستند. اهم این فعالیت‌ها، مسائل کیفری^۱ و انضباطی^۲ مربوط به بازار سرمایه است. از این منظر، توجه به این موارد مؤید آن است که اکتفا به موضوع

۱. برای مطالعه مقرر قانونی در این خصوص، به عنوان نمونه رک: فصل ششم قانون بازار اوراق بهادار و برای مطالعه رویه رسیدگی، به عنوان نمونه رک: دادنامه شماره ۹۴۱۱۰۰۰۰۲۴ هیأت داور بورس (جمالی و صادقی، ۱۳۹۶: ۲۶).

۲. برای مطالعه مقرر قانونی در این خصوص، به عنوان نمونه رک: دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران، دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در فرابورس ایران، دستورالعمل انضباطی کارگزاران و دستورالعمل انضباطی نهادهای مالی غیرکارگزار. همچنین، برای مطالعه رویه رسیدگی به عنوان نمونه رک: دادنامه شماره ۹۴۱۱۰۰۰۰۶۰ هیأت داور بورس (همان،

ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار در خصوص صلاحیت رسیدگی وجههٔ جامعی از مفهوم فعالیت حرفه‌ای ارائه نداده و آن را محدود به دعوای حقوقی راجع به فعالیت حرفه‌ای می‌کند.

بند سوم: فعالیت‌هایی که ناظر به حوزه مقررات‌گذاری و حاکمیتی بازار سرمایه است

در این مقال، دو بحث مجزا را در پیش خواهیم گرفت. مبحث نخست، مربوط به مسائلی است که صرفاً واجد جنبهٔ حاکمیتی بوده و کاملاً با مقررره ماده ۳۶ بیگانه است. مبحث دوم، ناظر به مواردی است که در عین برخورداری از جنبهٔ نظم عمومی در بازار سرمایه، به نحوی ممکن است به ماده ۳۶ نیز مرتبط باشد.

الف: مسائل حرفه‌ای در صلاحیت انحصاری مقامات بازار

مراد از مقامات بازار، نهادهای اصلی در رأس هرم بازار سرمایه یعنی؛ شورای عالی بورس و اوراق بهادار (موضوع ماده ۳ و ۴ قانون بازار اوراق بهادار)، سازمان بورس و اوراق بهادار (موضوع ماده ۵ و ۷ قانون بازار اوراق بهادار) و تشکل مربوطه است که حسب مورد صلاحیت مقررات‌گذاری، نظارتی و اجرایی در حوزه بازار سرمایه را بر عهده دارند. در واقع این صلاحیت انحصاری از آن جهت است که در بازار سرمایه منفعت عمومی فراوانی نهفته است و وجود سوء رفتارهای کلان و ابتدای بازارهای اوراق بهادار بر ارائه اطلاعات، آسیب‌پذیری زیاد بخش‌های مالی را آشکار می‌سازد؛ به نحوی که بازار به خودی خود نمی‌تواند این نقص را جبران کند و باید برخی اقدامات بر فعالیت بازار افزوده شود (باقری، ۱۳۹۰: ۱۰۷). از این رو، نهادهای مزبور باید روش‌های مختلف اعمال صلاحیت و حل مسأله را داشته باشند و قوانین حاکم بر حوزه متبوع آن‌ها نیز نباید دست و پای آن‌ها را ببندد. زیرا آزادی عمل و توانایی قضاوت حرفه‌ای و منطقی که مقررات‌گذار بر اساس آن‌ها عمل می‌کند، از الزاماتی است که باید به صورت موردی و در هر پیشامد جدید رعایت گردند (هادی فر، ۱۳۸۹: ۱۰۹). فارغ از بحث راجع به این نهادها،^۱ در این مقال به دنبال اشاره مصداقی از آن قبیل فعالیت‌های حرفه‌ای هستیم که خارج از

۱. برای مطالعه در خصوص نهادهای مزبور، رک: (سلطانی، ۱۳۹۵: ۲۱-۵۳ و ۱۵۸-۱۷۰).

ماده ۳۶ قانون بازار ناظر به صلاحیت مرجع رسیدگی، در صلاحیت ذاتی هر یک از مراجع نامبرده قرار دارد.

مورد نخست؛ مربوط به فعالیتهای موضوع ماده ۴ قانون بازار^۱ است که صرفاً در صلاحیت شورای عالی بورس قرار گرفته و هیچ مرجعی، از جمله سازمان بورس و یا هیأت داورى موضوع ماده ۳۶، نمی‌تواند مبادرت به آن‌ها ورزد. مورد دوم؛ ناظر به وظایف و صلاحیتهای نظارتی سازمان بورس است که به‌موجب ماده ۷ قانون بازار مورد تصریح قرار گرفته است. به عنوان نمونه، صدور، تعلیق و لغو مجوز تأسیس کانون‌ها و آن دسته از نهادهای مالی که در انحصار شورا نیست، از وظایف و اختیارات سازمان بورس است و بر این اساس نمی‌تواند داخل در موضوع ماده ۳۶ (ناظر به هیأت داورى) باشد. این مهم در عین توجیه قانونی، نزد رویه قضایی نیز محل اثر واقع شده و شعبه سوم دیوان عالی کشور (در دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۵۱۶ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۳۰) در رسیدگی به دادنامه صادره از شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی (به شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۰۶۱۸ مورخ ۱۳۹۴/۰۹/۰۴) مبنی بر اعلام صلاحیت هیأت موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار، راجع به خواسته ابطال مجوز کارگزاری و

۱. ماده ۴: وظایف شورا به شرح زیر می‌باشد: ۱. اتخاذ تدابیر لازم جهت ساماندهی و توسعه بازار اوراق بهادار و اعمال نظارت عالی بر اجرای این قانون. ۲. تعیین سیاست‌ها و خط مشی بازار اوراق بهادار در قالب سیاست‌های کلی نظام و قوانین و مقررات مربوط. ۳. پیشنهاد آیین‌نامه‌های لازم برای اجرای این قانون جهت تصویب هیأت وزیران. ۴. تصویب ابزارهای مالی جدید. ۵. صدور، تعلیق، و لغو مجوز فعالیت بورس‌ها، بازارهای خارج از بورس، شرکت‌های سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه و شرکت‌های تأمین سرمایه. ۶. تصویب بودجه و صورت‌های مالی سازمان. ۷. نظارت بر فعالیت و رسیدگی به شکایت از سازمان. ۸. تصویب نوع و میزان وصولی‌های سازمان و نظارت بر آن‌ها. ۹. انتخاب بازرس/ حسابرس سازمان و تعیین حق‌الزحمه آن. ۱۰. انتخاب اعضای هیأت مدیره سازمان. ۱۱. تعیین حقوق و مزایای رییس و اعضای هیأت مدیره سازمان. ۱۲. انتخاب اعضای هیأت داورى و تعیین حق‌الزحمه آنان. ۱۳. اعطای مجوز به بورس به‌منظور عرضه اوراق بهادار شرکت‌های پذیرفته شده خود در بازارهای خارجی. ۱۴. اعطای مجوز پذیرش اوراق بهادار خارجی به بورس. ۱۵. اعطای مجوز به بورس جهت معاملات اشخاص خارجی در بورس. ۱۶. سایر اموری که به تشخیص هیأت وزیران، به بازار اوراق بهادار مربوط باشد. تبصره: مصوبات شورا پس از تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی لازم‌الاجرا خواهد بود.

مطالبه خسارت ناظر به آن، چنین حکم نموده که: «... مستفاد از محتویات پرونده این است که اخذ جواز کارگزاری در زمان فعالیت بورس فلزات سابق بوده که فعلاً منحل شده است. لیکن بعد از آن، قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴/۰۹/۰۱ تصویب گردیده که به موجب ماده ۲ آن، شورا و سازمان بورس و اوراق بهادار تشکیل شده و ... بند ۶ ماده ۷ قانون یاد شده حاکی است که "صدور، تعلیق و لغو مجوز تأسیس کانون‌ها و نهادهای مالی موضوع این قانون که در حوزه مستقیم شورا نیست" از وظایف و اختیارات هیأت مدیره سازمان مزبور است. بنابراین، آن بخش از خواسته که ابطال جواز کارگزاری است، ... رسیدگی به موضوع قانوناً در صلاحیت سازمان مزبور است و ارتباطی به هیأت داورى ندارد. نتیجه قرار صادره از دادگاه با اصلاح آن از حیث مرجع صالح از هیأت داورى به سازمان بورس و اوراق بهادار به موجب بند ۶ ماده ۷ قانون مزبور تأیید می‌شود. اما در مورد بخش دوم خواسته که مطالبه وجوه حاصل از فعالیت کارگزاری موضوع جواز مأخوذه از سازمان بورس است، رسیدگی به آن وفق ماده ۳۶ قانون فوق‌الذکر پس از اظهار نظر در بخش اول در صلاحیت هیأت داورى موضوع ماده مزبور است ...».

ب: مسائل حرفه‌ای مرتبط با نظم عمومی بازار سرمایه

یکی از مسائل مهمی که در حوزه بازار سرمایه از مصادیق بارز فعالیت حرفه‌ای محسوب می‌شود لکن دخول آن در موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار در خصوص صلاحیت رسیدگی به سبب برخورداری از جنبه‌های مربوط به نظم عمومی محل تأمل و تردید است؛ مسأله تعلیق یا توقف نماد معاملاتی است. این تردید از آن روست که مقررات، این امر را از اختیارات «بورس» و «سازمان بورس» دانسته است.^۱ وجه این مقررّه از آن روست که هرگاه فعالیتی در بازار سرمایه با

۱. به عنوان نمونه، مطابق ماده ۱۵ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار (مصوب هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار)، «نماد معاملاتی اوراق بهادار پذیرش شده در بورس، در موارد زیر توسط بورس متوقف می‌شود: ۱. یک روز کاری قبل از برگزاری مجامع عمومی صاحبان سهام بر اساس اطلاعیه دعوت به مجمع منتشره توسط ناشر در سایت رسمی افشای اطلاعات ناشران ثبت شده نزد سازمان ۲. یک روز کاری قبل از برگزاری جلسه هیأت مدیره ناشر پذیرفته شده جهت تصمیم‌گیری در خصوص تغییر سرمایه بر اساس اطلاعیه منتشره توسط ناشر در سایت رسمی افشای

رقابت سالم و نظم بازار در تعارض باشد یا منافع عمومی سرمایه‌گذاران را به مخاطره اندازد، مقنن به ناظر بازار این امکان را داده تا معاملات یک سهم را تعلیق یا متوقف نماید. در واقع هدف اصلی این ضابطه آن است که از تمامیت بازار و حقوق سایر سرمایه‌گذاران حمایت و در عین حال قیمت سهم به سطح متعادل و رقابتی برسد. زیرا معمولاً سطح آگاهی و اطلاعات سرمایه‌گذاران عادی به‌طور چشمگیری پایین‌تر از اشخاص حرفه‌ای است که با آن‌ها وارد معامله می‌شوند و بر این اساس، قانون‌گذار رویکرد ممانعتی و حمایتی ارائه می‌نماید (عبدی پور، ۱۳۹۳: ۱۰۸-۱۱۲). یعنی چنین مسأله‌ای داخل در قلمرو وظایف مراجعی قرار می‌گیرد که نقش نظارتی در بازار ایفا می‌کنند. از این رو بورس (به عنوان بازار متشکل و خودانتظام) و سازمان (به عنوان مرجع نظارتی) این مهم را در راستای حمایت از نظم عمومی بازار برعهده دارند و غیر از این دو نهاد، مرجع دیگری امکان و ابزار تمیز فعالیت‌های مورد بحث را ندارد. زیرا صرفاً این مراجع در راستای نیل به اصل نظارت در بازار سرمایه، حسب مورد از ابزارهای مقررات‌گذاری، اجرایی و نظارتی برخوردارند و سیاست‌گذاری تقنینی در این حوزه، این قابلیت را ایجاد نموده که از سویی پیشگیری موقعیت‌مدار بر عهده نهاد مورد بحث باشد و از سویی دیگر بستری برای کاهش فرصت‌های مجرمانه و ضد رقابتی باشد (نیازپور، ۱۳۹۶: ۳۴۱). بدیهی است که این صلاحیت در عین اینکه مربوط به جایگاه خاص این نهادهاست، نشأت گرفته از مقام مستقل آن‌ها نیز هست (Quintyn and others, 2002: 14).

اطلاعات ناشران ثبت شده نزد سازمان». مواد دیگر در خصوص توقف نماد معاملاتی در مقرر فوق، عبارتند از: + «در صورتی که معاملات اوراق بهادار مظنون به استفاده از اطلاعات نهانی یا دستکاری قیمت باشد، بورس می‌تواند ضمن اعلام به عموم نماد معاملاتی اوراق بهادار را متوقف نماید...» (ماده ۱۸) + «در صورتی که ظن دستکاری بازار (مبتنی بر اطلاعات یا معاملات) یا خرید و فروش متکی بر اطلاعات نهانی وجود داشته باشد، سازمان می‌تواند راساً یا به پیشنهاد بورس نماد معاملاتی ناشر پذیرفته شده را تا ۵ روز کاری با اطلاع به بازار متوقف نماید...» (ماده ۱۹ مکرر). بر اساس ماده ۱۹ مکرر ۱ دستورالعمل مزبور، «در موارد ذیل سازمان می‌تواند طبق فرآیند شرح داده شده، راساً یا به پیشنهاد بورس نماد معاملاتی را تعلیق نماید: ۱- ناشر اطلاعات با اهمیت موضوع ماده ۱۳ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان را به موقع افشا نکرده باشد. ۲- ظن تقلب یا دستکاری در اطلاعات منتشره یا صورت‌های مالی ناشر وجود داشته باشد. ۳- نیاز به بررسی وضعیت شفافیت اطلاعاتی ناشر وجود داشته باشد».

یعنی استقلال در وضع و تنظیم مقررات و استقلال در نظارت، هسته مرکزی عملکرد مرجع مالی است تا از این طریق بتواند نقش خود را به نحو ضابطه‌مند ایفا نماید (رهبر، ۱۳۹۶: ۱۸۶). بنابراین، در عین اینکه توقف یا تعلیق نماد در عداد مسائل راجع به فعالیت حرفه‌ای بازار سرمایه است، از حیث ساختاری داخل در مبنای ماده ۳۶ قرار نمی‌گیرد تا از قبیل آن بتوان قائل به ورود مراجع دیگری مثل هیأت داورى شد. زیرا غیر از مراجع مورد اشاره، مرجع دیگری از استانداردهای حرفه‌ای برخوردار نیست تا بتواند منافع بازار را تأمین نماید.

بند چهارم: شمول مقامات حرفه‌ای در عنوان فعال بازار

در ضابطه ارائه شده از فعالیت حرفه‌ای این پرسش باقی است که آیا مقامات بازار یا نهادهای مؤثر در آن می‌توانند در عین حال فعال بازار هم شناخته شوند؟ روشن است که تعریف ارائه شده از فعال بازار، هم اشخاص حقیقی را در بر می‌گیرد، هم اشخاص حقوقی را؛ چه خصوصی باشند یا عمومی و یا دولتی. چرا که بازار، مجموعه‌ای منسجم از اعمال و وقایع حقوقی متفاوتی است که ایشان اقدام به فعالیت اقتصادی در آن می‌کنند. بنابراین، پیداست کلیه اشخاص حقوقی، اشخاص حقیقی، نهادهای عمومی غیردولتی و حتی خود دولت نیز می‌توانند به نحوی فعال بازار سرمایه محسوب شوند (صادقی، ۱۳۹۶: ۹۶). بر این مبنا، اصولاً عمل کلیه ارکان بازار را به اعتبار موضوع فعالیت آن‌ها می‌توان داخل در وصف فعالیت حرفه‌ای دانست. اما اینکه نهادهایی مثل شورا، سازمان بورس و تشکل‌های خودانتظام فارغ از شمول موضوع فعالیت در عنوان فعالیت حرفه‌ای، بتوانند به عنوان بازیگر در بازار فعالیت داشته باشند، مسأله دیگری است که تفصیل آن در این مقال نمی‌گنجد. زیرا وصف فعال بازار با اینکه از یک منظر مرادف بازیگر اقتصادی نیز می‌باشد لکن مبنای مقررات این حوزه (بازار سرمایه) اقتضای مفهوم خاصی از فعالیت حرفه‌ای دارد که تبعاً معنای فعال بازار را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد و آن را در مواردی متفاوت از بازیگر می‌نماید. در اینجا نیز اگر بنا بر مبنای مضیق و لفظی باشد، باید فعال بازار را صرفاً به معنای بازیگر دانست؛ و نهایتاً غیر از مشتریان و طرفهای معاملات بورس و اوراق بهادار، در شمول مفهوم فعال بازار

نخواهد گنجید و این مهم باعث خروج مقامات بازار از جمله تشکل‌های خودانتظام و سازمان از عنوان مورد بحث خواهد شد.

ناگفته نماند که جنس فعال بازار از جهاتی می‌تواند نظارتی باشد. اما اینکه این دو (فعال بازار و مقامات ناظر) مفترق از یکدیگرند یا خیر، مقوله دیگری است که محل تأمل می‌نماید. زیرا از سویی، با توجه به اینکه جنس و نوع فعالیت نهادهایی همچون شورا و سازمان، نظارتی است، اطلاق عنوان فعال بازار، به معنای ملاک ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار، به آن‌ها محل بحث و تردید است یا حداقل نیازمند استدلالی محکم است. اما از سوی دیگر، برخی مقامات بازار سرمایه (مثل تشکل‌های خودانتظام) در عین داشتن شأن نظارتی، داخل در قلمرو فعال بازار شده و مصداقی از ملاک ماده ۳۶ قلمداد می‌شوند. بنابراین، قدر متیقن آن است که فعالیت نهادهایی مثل شورا و سازمان در عین اینکه حرفه‌ای محسوب می‌شود، اصولاً نمی‌تواند آن‌ها را واجد وصف فعال بازار نماید. از همین روست که استناد به مقررره ماده ۳۶ قانون بازار برای طرح دعوا علیه شورا یا سازمان بورس نزد هیأت داوری چندان با منطبق حقوقی و عرفی قابل توجیه نمی‌نماید.

نتیجه

در راستای ارائه ضابطه عام از مفهوم فعالیت حرفه‌ای و فعال بازار در بازار سرمایه، اهم نتایج حاصل از این مقاله به شرح ذیل مسطور می‌گردد:

- ۱- قانون بازار اوراق بهادار، با وجود اینکه تعریفی از فعالیت حرفه‌ای ارائه نداده، ملاکی را در معرفی صلاحیت ذاتی هیأت داوری عرضه می‌کند که اکتفا به آن باعث تحدید معنای فعالیت حرفه‌ای خواهد شد. زیرا فعالیت حرفه‌ای مفهومی فراتر از صلاحیت هیأت داوری در ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار است.
- ۲- موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار در خصوص صلاحیت رسیدگی، منتهی به تعریفی از دعوی راجع به فعالیت حرفه‌ای است. در حالی که دعوی مربوط به فعالیت حرفه‌ای مقوله‌ای متفاوت از فعالیت حرفه‌ای است. از این رو، برای بیان ضابطه دقیق‌تر باید ادعان نمود که فعالیت حرفه‌ای عبارت است از هر گونه فعالیتی که در راستای حقوق و تکالیف ناشی از

قوانین و مقررات اختصاصی حاکم بر بازار سرمایه باشد. در حالی که نتیجه موضوع ماده ۳۶ چنین خواهد شد که هر اختلاف مالی که در اثر نقض قوانین و مقررات اختصاصی حاکم بر بازار سرمایه ایجاد شود، موضوع فعالیت حرفه‌ای بوده و در صلاحیت هیأت داورى است.

۳- شناخت مفهوم فعالیت حرفه‌ای از مجرای قانون مارالذکر، مستلزم در نظر گرفتن سنجه‌هایی چون ملاک موضوعی، زمانی و محدوده فعالیت (متشکل بودن) است تا با تمسک به آن بتوان قائل به صلاحیت هیأت داورى شد. با این حال، تحلیل مسأله فعالیت حرفه‌ای بر این اساس، موجب خارج شدن مصادیق متعددی از فعالیت‌های راجع به بورس و اوراق بهادار می‌شود که اهم آن‌ها را باید مسائل راجع به جرائم و مجازات‌ها، امور انضباطی و انتظامی بازار سرمایه و وظایف ذاتی مربوط به مقامات بازار محسوب نمود که حسب مورد برای هر یک مصداق حقوقی، قانونی و قضایی ارائه گردید.

۴- دلالت لفظی و مضیق از فعال بازار مستلزم اکتفا به مشتریان و طرفین معاملات راجع به بورس و اوراق بهادار است؛ در حالی که مبنای مقررات بازار سرمایه اعم از این دلالت بوده و علاوه بر سرمایه‌گذاران و مشتریان در بورس، برخی مقامات بازار، تشکل‌ها و ارکان آن را نیز داخل در این وصف می‌نماید. از این رو برخلاف اینکه مقامات و ارکان اصلی بازار سرمایه نمی‌توانند بازیگر و طرف معاملات بورس و اوراق بهادار باشند، مشمول عنوان عام فعالیت حرفه‌ای هستند و از این حیث در مقایسه با بازیگر بازار، ابعاد و آثار حقوقی متفاوتی متوجه آن‌ها است. به‌نحوی که فعالیت نهادهایی مثل شورای عالی بورس و سازمان بورس و اوراق بهادار، در عین اینکه داخل در عنوان حرفه‌ای است، خود این دو نهاد بالادستی منتزع و فارغ از عنوان فعال بازار می‌نماید.

فهرست منابع

فارسی:

- باقری، محمود (۱۳۹۰)، نقش حقوق شرکت‌ها و بازار بورس در موفقیت خصوصی سازی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- جمال‌الدین محمدابن مکرم (۱۴۱۴.ق)، لسان‌العرب، جلد دهم، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- جمالی، جعفر و محمد صادقی (۱۳۹۶)، رویه هیئت داورى بورس و اوراق بهادار، چاپ اول، تهران: انتشارات بورس.
- خداداد کاشی، فرهاد (۱۳۷۷)، ساختار و عملکرد بازار؛ نظریه و کاربرد آن در بخش صنعت ایران، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، لغتنامه فارسی، جلد دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- رهبر، نوید (۱۳۹۶)، «حفظ استقلال نظام بورس و اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۱.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۵)، حقوق بازار سرمایه، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
- صادقی، محمد (۱۳۹۶)، دامنه حقوق رقابت در بازارهای رقابت‌پذیر و رقابت‌ناپذیر، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- صدری افشار، غلامحسین، نسرتن حکمی و نسترن حکمی (۱۳۷۷)، فرهنگ فارسی امروز، ویرایش سوم، تهران: نشر کلمه.
- عبدی پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۳)، مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت، چاپ چهارم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کاویانی، کورورش (۱۳۹۴)، مقدمه حقوق تجارت، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

- معین، محمد (۱۳۷۱)، **فرهنگ فارسی**، جلد دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

- نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۶)، «تکالیف سازمان بورس و اوراق بهادار در زمینه پیشگیری از جرم»، **فصلنامه راهبرد**، شماره ۸۲.

غیرفارسی:

- Mehta, J.K, (1946), **Studies in advanced Economics theory**, New Dehli.
- Quintyn, Marc, Taylor and W.Michael (2002), **Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability**.
- Salvator and Dominik (1992), **Microeconomic Theory**, 3rd edition.