

بررسی حقوقی فعالیت‌ها و خدمات نهادهای مالی در بازار سرمایه ایران

سیدمحمد اسدی نژاد*
اکبر امیرپور دیزج یکان**

تاریخ دریافت: ۸۸/۱۱/۷ تاریخ تأیید: ۸۸/۱۲/۵

چکیده

در حوزه خدمات مالی، کارگزار، گاهی در نقش مدیر صندوق، گاهی در نقش مشاور و سبده‌گردان و در برخی موارد در حوزه بازار اولیه و یا در حوزه بازار ثانویه فعالیت می‌کند. وجود ماهیت حق‌العمل کاری در قراردادهای سبده‌گردانی که کارگزار به عنوان نماینده، طبق قرارداد متعهد به خرید یا فروش اوراق بهادار معینی است، احراز می‌شود. ماهیت مدیریت در صندوق‌های سرمایه‌گذاری مانند مدیریت در شرکت‌های تجاری مندرج در قانون تجارت، فراتر از مسئولیت‌های یک وکیل است و نمایندگی از سوی سرمایه‌گذاران است؛ زیرا با وجود عارض شدن اسباب انحلال سیمت، مدیر صندوق تا زمان تعیین مدیر جدید مکلف به اجرای تکالیف خود است. قراردادهایی که به عنوان مشاوره سرمایه‌گذاری منعقد می‌شود، مشمول بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت می‌شود و عنوان قرارداد تجاری می‌یابد. در بررسی ماهیت «نمایندگی ناشر برای ثبت اوراق بهادار و اخذ مجوز عرضه»، برخلاف «نمایندگی ناشر برای اخذ مجوز ورود به بورس» نیز معلوم می‌شود که به نوعی نمایندگی است، نه اجاره اشخاص؛ زیرا به تبع، عمل حقوقی صورت می‌گیرد.

واژگان کلیدی: کارگزار، صندوق سرمایه‌گذاری، سبده‌گردانی، قانون بازار اوراق بهادار.

* استادیار دانشگاه گیلان (asadinezhad.@guilan.ac.ir).

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی (k.denez@yahoo.com).

مقدمه

در حقوق ایران، قراردادهایی که در حوزه حقوق تجارت به نمایندگی منعقد می‌شود، در موارد سکوت قانون تجارت، مشمول قواعد عام وکالت در قانون مدنی دانسته شده است. در تبیین ماهیت عملکرد کارگزاران، اغلب نویسندگان حقوق آن را حق‌العمل کاری دانسته‌اند؛ ولی باید گفت قراردادهایی که کارگزار در حوزه بازار سرمایه منعقد می‌کند، به این موارد محدود نمی‌شود؛ قراردادهایی چون سبده‌گردانی، مدیریت صندوق‌های سرمایه‌گذاری، مشاوره و انجام عملیات اجرایی برای پذیرش شرکت‌ها در بورس، معرفی شرکت‌های متقاضی ورود به بورس به عنوان کارگزار معرف و آثار و تعهدات ناشی از آن به بررسی نیاز دارد که هیچ‌یک از نویسندگان از منظر حقوقی متعرض این مباحث نشده‌اند. با توجه به اینکه مبحث کارگزار و شرکت‌های کارگزاری یکی از مباحث اساسی بازار سرمایه است که حجم گسترده‌ای از معاملات تجاری را به خود اختصاص داده است و نه تنها در حال حاضر، بلکه در آینده نیز با توجه به خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی و ورود آنها به بورس، شاهد گسترش فعالیت این قشر خواهیم بود؛ پس نخستین گام در شناخت دقیق تعهدات و آثاری که از آنها ایجاد می‌شود، در تبیین میزان تعهد و مسئولیت‌های قراردادی حایز اهمیت است؛ بنابراین رفع شبهات و تبیین ماهیت قراردادهای ایشان در حوزه بازار سرمایه و همچنین بررسی احکام و آثار چنین قراردادهایی، خواستگاه اصلی تحقیق حاضر است.

۱. ماهیت حقوقی صندوق‌های سرمایه‌گذاری و بررسی شخصیت حقوقی آنها

۱-۱. مفهوم صندوق‌های سرمایه‌گذاری

صندوق‌های سرمایه‌گذاری، از نهادهای مالی‌اند که در اوراق بهادار سرمایه‌گذاری و مالکان آن به نسبت سرمایه خود در سود و زیان صندوق سهیم‌اند. این صندوق‌ها می‌توانند در دارایی‌هایی به شرح ذیل سرمایه‌گذاری کنند:

الف) سهام پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار؛ ب) حق تقدم خرید سهام

شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس؛ ج) اوراق مشارکت، اوراق صکوک،* اوراق بهادار رهنی و اوراق بهادار دیگر که شرایط مربوط به مقررات «سبا و قبا»** را داشته باشند؛ د) گواهی سپرده منتشره از سوی بانک‌ها و مؤسسه‌های مالی و اعتباری دارای مجوز از بانک مرکزی؛ ه) هر نوع سپرده‌گذاری نزد بانک‌ها و مؤسسه‌های مالی و اعتباری دارای مجوز از بانک مرکزی (امیدنامه نمونه صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک در سهام «برای اندازه کوچک» مصوب سبا)، با توجه به موضوع تحقیق حاضر که مربوط به بازار سرمایه است، فقط سه مورد اول موضوع بحث است؛ بنابراین به فعالیت «صندوق‌های مشترک سرمایه‌گذاری در سهام» پرداخته می‌شود. هدف از تشکیل این نوع صندوق‌ها، جمع‌آوری سرمایه از سرمایه‌گذاران و تشکیل سبدی متنوع از سهام و افزایش بازدهی است.

۲-۱. ماهیت صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک

در مقررات خاص این صندوق‌ها، مواردی وجود دارد که حکایت از نوعی استقلال از شرکاست؛ از جمله وجود متولی و وجود مدیر و معامله به نام و به حساب این صندوق. همه این موارد دلالت به شخصیت حقوقی دارد؛ ولی برای صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک در مقررات قبا، شخصیت حقوقی ذکر نشده است و با توجه به اینکه سرمایه صندوق‌ها متغیر است و از سوی دیگر، به دلیل استثنایی بودن شخصیت حقوقی باید به عدم شخصیت حقوقی برای این صندوق‌ها قائل شویم. به نظر می‌رسد صندوق‌های سرمایه‌گذاری در واقع از این عدم ذکر شخصیت حقوقی، دنبال اهدافی بوده‌اند؛ بدین گونه که از مقررات دست و پا گیر قانون تجارت که مغایر با اصل سرعت در معاملات بورسی است، جلوگیری کنند.

صندوق سرمایه‌گذاری مشترک، به واسطه تجاری بودن اعمال، نداشتن شخصیت

* اصطلاح «صکوک»، برگرفته از واژه عربی صکوک به معنای چک، سفته و قبض بدهی است و به طور معمول به عنوان «اوراق قرضه اسلامی» تعریف می‌شود.

** منظور قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۸۴/۰۹/۲ است. مقصود از «سبا»، سازمان بورس و اوراق بهادار تهران است.

حقوقی، تعیین سود به نسبت سرمایه، وجود مال و بسیاری جهات دیگر، با شرکت عقدی (شرکت عنان) در فقه امامیه شباهت‌های فراوان دارد. بیشتر احکام شرکت عقدی به توافق طرفین بستگی دارد؛ یعنی شرکا می‌توانند نسبت به میزان آورده، میزان تصرف، شرایط شرکت در سود، میزان مسئولیت‌پذیری و... توافق کنند. با وجود برخی اختلافات میان این دو، می‌توانیم هر دو شرکت را دارای ماهیت واحد بدانیم. در شرکت عقدی، هریک از شرکا می‌تواند حصه خود را از شرکت خارج کنند؛ بدین ترتیب شرکت را به طور یک‌جانبه فسخ کنند. از سوی دیگر، فوت، جنون و سفته هریک از شرکا باعث انفساخ شرکت می‌شود (نجفی، [بی‌تا]، ص ۳۰۵ و ۳۰۸)، در حالی که هیچ‌یک از این شرایط تأثیری در فعالیت صندوق ندارد و این صندوق‌ها کماکان می‌توانند به فعالیت خود ادامه دهند. اداره در شرکت عقدی، در واقع به نوعی وکالت اداره حصه شریک است، در حالی که ماهیت سیمت مدیر صندوق به عنوان اداره‌کننده حصه شرکای دیگر، بنا به اصول خاص حاکم به این نوع شرکت‌ها نمی‌تواند عنوان وکالت داشته باشد؛ زیرا اگر وکالت در امری محدود به زمانی خاص باشد، اولاً، به انقضای آن زمان، وکالت نیز منقضی می‌شود؛ ثانیاً اگر وکیل وصف امانت را از دست بدهد، سیمت وکالت زایل می‌شود.

در عقد شرکت، اذن اداره حصه می‌تواند در مسیر اعمال تجاری باشد و هر شریک حق اداره همه حصص را در کارهای تجاری دارد، به طوری که در سهم مشاع خود به عنوان اصیل و در سهام دیگران به عنوان وکیل دخالت می‌کند، در حالی که ماهیت اداره در صندوق‌ها، عنوان وکالت نمی‌تواند داشته باشد، فلسفه وجودی صندوق‌های سرمایه‌گذاری با عنوان وکالت مدیران صندوق، منافات دارد؛ زیرا هدف اولیه صندوق‌های سرمایه‌گذاری، جلب اعتماد سرمایه‌گذاران در این باره است که امنیت سرمایه‌گذاری ایشان در صندوق‌های سرمایه‌گذاری بهتر و بیشتر تضمین می‌شود و به خاطر این امنیت در سرمایه‌گذاری است که سرمایه‌گذاران به این صندوق‌ها متمایل شده‌اند، در حالی که اگر مدیر را وکیل صندوق بشناسیم، در بسیاری موارد حقوق سرمایه‌گذاران تضییع می‌شود و باعث بی‌اعتمادی به این صندوق‌ها می‌شود و در نتیجه در عمل، کارایی خود را از دست می‌دهند. از نظر اسباب انحلال نیز میان این

دو تفاوت‌های اساسی وجود دارد. در شرکت اموال این اسباب و موارد انحلال به قرار ذیل است:

اول، تلف حصه دست کم یک شریک؛ دوم، عارض شدن یکی از عوامل انحلال عقد وکالت نسبت به یکی از شرکا مثل فوت، جنون یا سفه هریک از آنها؛ سوم، تقاضای افراز حصه؛ چهارم، انتقال حصه به طور قهری یا به طور قراردادی؛ پنجم، فسخ هریک از شرکا در صورتی که عقد به صورت جایز باشد؛ ششم، سپری شدن مدت در شرکت موقت. اسباب انحلال صندوق نیز به قرار زیر است:

اول، پایان دوره فعالیت صندوق؛ دوم، لغو مجوز به وسیله سبا؛* سوم، حکم دادگاه مبنی بر پایان دوره فعالیت؛ چهارم، موافقت دارندگان حداقل دو سوم واحدهای سرمایه‌گذاری ممتاز؛ پنجم، تصمیم ضامن مطابق مقررات اساسنامه؛ ششم، تقاضای هر ذی‌نفع و تأیید سبا؛ در صورتی که یک ماه سیمت مدیریت، متولی و حسابرسی، بدون متصدی مانده باشد و مجمع جایگزین انتخاب نکرده باشد (ماده ۵۵ اساسنامه نمونه).

تفاوتی که میان شرکت عقدی و صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک وجود دارد آن است که در شرکت عقدی، سود لزوماً تابع حصه نیست (بهایبی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۴۲ / حلّی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۰۱)، در حالی که در صندوق‌ها، سود تابع حصه است و شرط مخالف آن امکان ندارد (بند ۲۰ ماده ۱ قبا). در شرکت عقدی (عنان)، لزومی به تسلیم حصه نیست. حصه می‌تواند در دست مالک باقی بماند تا کار تجاری روی آن انجام دهد و طرفین در ربح شریک خواهند بود، در حالی که در صندوق‌ها، حصه پیش‌تر تسلیم شده است و در اختیار صندوق است. وجود این تفاوت‌های اساسی باعث می‌شود که نتوان صندوق سرمایه‌گذاری را با شرکت عقدی منطبق دانست؛ با وجود اینکه شباهت‌های فراوان میان این دو نوع شرکت وجود دارد.

۲. بررسی نقش حقوقی «نمایندگی» کارگزاران

طبق مقررات فعلی بازار سرمایه، شرکت‌های سهامی در شرف تأسیس برای عرضه عمومی اوراق بهادار خود و نیز شرکت‌های سهامی موجود برای عرضه عمومی اوراق

* منظور «سازمان بورس اوراق بهادار» است.

بهادار خود، باید اوراق موضوع بحث را نزد سبا به ثبت برسانند و بعد از دریافت مجوز عرضه عمومی (تأیید اعلامیه پذیره نویسی)، برای انجام تشریفات، به ضمیمه مدارک دیگر به اداره ثبت شرکت‌ها مراجعه کنند تا بتوانند عرضه عمومی کنند.

در صورتی که امور مزبور به وسیله شرکت کارگزاری صورت پذیرد، می‌خواهیم ببینیم ماهیت این نوع نمایندگی چیست تا آثار و مسئولیت‌های ناشی از این نمایندگی را در قبال اشخاص مرتبط بررسی کنیم. برای اثبات نمایندگی تجاری، نخستین شرط، تاجر بودن معطی نمایندگی است. دومین شرط این است که نمایندگی در انجام اعمال تجارتی باشد. در مرحله بعد باید تشخیص داد که آیا اعمال مندرج در ماده ۲ ق.ت. موضوع نمایندگی است یا اعمال مذکور در ماده ۳ این قانون؟ اگر اعمال ماده ۲ موضوع نمایندگی قرار گیرد، نمایندگی عنوان تجاری خواهد داشت؛ ولی اگر اعمال ماده ۳ ق.ت. موضوع نمایندگی قرار گیرد، باید دید تاجر به چه انگیزه‌ای به اعطای نمایندگی اقدام کرده است. اگر قصد و انگیزه، رفع حوائج تجارتی باشد، نمایندگی تجاری محقق می‌شود، در غیر این صورت با وجود شرایط دیگر، نمایندگی مدنی خواهد بود.

پیش‌تر باید به یک پرسش اساسی پاسخ داد و آن اینکه نمایندگی تجاری یا مدنی به اعمال حقوقی تجاری یا مدنی مربوط می‌شود؛ در حالی که نمایندگی مورد بحث فقط نوعی اعطای نیابت برای انجام یک سری تشریفات اداری است؛ همانند بسیاری از نمایندگی‌هایی که اشخاص برای انجام یک سری کارهای اداری به دیگران می‌دهند، در حالی که این موضوع (اعطای نمایندگی به کارگزار)، مستلزم اعطای تصرفات حقوقی به وی نیست. به عبارت دیگر، بحث این است که موضوع نمایندگی باید انجام عمل حقوقی باشد و نمایندگی در انجام اعمال مادی امکان‌پذیر نیست. چندان که برخی از حقوقدانان نیز معتقدند نیابت فقط در اعمال حقوقی ممکن است و در اعمال مادی راه ندارد (شهبازی، ۱۳۸۵، ص ۶۸)؛ ولی برخی نیز نیابت در اعمال مادی را که از توابع اعمال حقوقی است، پذیرفته‌اند؛ مانند نیابت در قبض (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۵۴). در اینکه نیابت در اعمال حقوقی صحیح است، شکی نیست؛ ولی در اعمال مادی - چنانچه ملاحظه شد - محل اشکال است. به نظر نمی‌رسد به طور مطلق باید نمایندگی در اعمال مادی را غیرممکن دانست؛ فرضاً زمانی که شخصی مال دیگری را

به ودیعه گرفته است و مالک پس از پایان عقد ودیعه، به دیگری نمایندگی می‌دهد تا مال را از مستودع بگیرد و تحویل وی دهد، به طور یقین این عمل جنبه حقوقی انشایی ندارد و مادی است؛ ولی عرف مسلم و رویه عقلا این را غیرمعقول و یا مقدور نمی‌داند؛ زیرا با تحویل مال به نماینده، گویی تسلیم به اصیل صورت گرفته است و باعث براءت ذمه امین می‌شود. همچنین، یکی از ثمرات نمایندگی در اعمال مادی و تصرف مال بر حساب اصیل، ایجاد حق استناد به مرور زمان مُمَلِّک است.

در اعمالی می‌توان اعطای نمایندگی کرد که قابلیت انجام‌دادن به وسیله دیگری را داشته باشد و نیز به نوعی با عمل حقوقی یا آثار واقعه حقوقی در ارتباط باشد؛ به عنوان مثال، ماده ۱۳۲ ق.م. وکالت در تقاضای قسم را پذیرفته است، در حالی که این تقاضا جزء اعمال حقوقی نیست یا وکالت در دعاوی دادگستری نیز دایره‌ای وسیع‌تر از اعمال حقوقی دارد؛ بنابراین نمایندگی مدنی در باب اعمال مادی نیز متصور است و به اعتبار آن انجام می‌گیرد. حال باید دید در نمایندگی تجاری نیز چنین است یا خیر؟ موضوع نمایندگی تجاری نیز می‌تواند فقط عمل حقوقی نباشد و از امور غیرانشایی باشد. در حقوق تجارت ایران می‌توان مصادیقی برای این مسئله ذکر کرد؛ مثل اعمال متصدی حمل و نقل یا دلال که جنبه انشایی ندارد؛ بنابراین در حوزه نمایندگی کاری نیز انجام اعمال مادی می‌تواند عنوان نمایندگی تجاری را داشته باشد؛ پس برای اینکه اعمال مادی خارج از ماده ۲ ق.ت. موضوع نمایندگی تجاری قرار گیرد، باید عمل تجاری باشد یا برای رفع حوایج تجاری باشد.

بنابراین هرچند نمایندگی کارگزار در اقدام به ثبت و دریافت مجوز عرضه جزء اعمال مادی است؛ ولی بدین جهت که از توابع عمل حقوقی (خرید و فروش اوراق بهادار «پذیره‌نویسی») است و به اعتبار آن انجام می‌گیرد، عنوان نمایندگی به آن تعلق می‌گیرد.

در یک تقسیم‌بندی کلی، نمایندگی مزبور را می‌توان نمایندگی تجاری غیرمستقل دانست؛ زیرا اعمال مزبور به نام و به حساب ناشر یا پذیره‌نویس و سرمایه‌گذاران صورت می‌پذیرد و آثار آن متوجه ایشان می‌شود، نه نماینده. مصادیقی که برای نمایندگی تجاری غیرمستقل عنوان شده است، عبارت‌اند از: الف) حق‌العمل کاری (در صورتی که هر دو طرف تاجر باشند)؛ ب) دلالی؛ ج) متصدی حمل و نقل؛

د) قائم مقام تجاری؛ ه) وکالت تجارته؛ و) عاملیت تجارته؛ ح) نمایندگی شرکت های تجاری؛ ط) نمایندگی در اسناد تجاری (حاجیانی، ۱۳۸۶، ص ۲۳۶).

در میان مصادیق ذکر شده، موضوع حاضر به وکالت تجاری شبیه است؛ چنانچه در امور مدنی نیز برای اعمال مادی اداری، عنوان وکالت اداری اطلاق می شود. در تعریف وکالت تجاری نیز گفته شده است: «رابطه حقوقی است که به موجب آن، وکیل اختیار انجام اعمال حقوق تجاری را به نیابت از تاجر دارد» (همان، ص ۳۱۹).

کارگزار، وکیل تجاری ناشر یا پذیره نویس و سرمایه گذاران نیست؛ زیرا برای تحقق وکالت تجاری، موکل ضرورتاً باید تاجر باشد؛ بنابراین درباره شرکت های تجاری با مشکل خاصی مواجه نیستیم (در ارتباط با ناشر)؛ ولی درباره پذیره نویسی و یا سرمایه گذاران باید تاجر بودن آنها احراز شود تا نمایندگی کارگزار، عنوان تجاری داشته باشد و به وی عنوان وکیل تجاری اطلاق شود؛ بنابراین می توان چنین اظهار نظر کرد که نسبت به آن دسته از کسانی که تاجرند، وکیل تجاری است و نسبت به اشخاص غیر تاجر (سایر پذیره نویسان و سرمایه گذاران)، نماینده مدنی و وکیل مدنی محسوب می شود. این نظر نیز بدون ایراد نیست؛ زیرا با توجه به اینکه کارگزاران همه اشخاص حقوقی اند و با توجه به ماده ۳ قانون تجارت، همه اعمال ایشان (شرکت های تجاری) که برای تجارت باشد، تجاری محسوب می شود؛ بنابراین نمی توان میان نمایندگی از تاجر و غیر تاجر فرق گذاشت و ماهیت این نوع قرارداد را براساس آن تبیین کرد.

۳. بررسی حقوقی خدمات مشاوره ای در بازار سرمایه (شامل مشاوره کارگزاران و خدمات مشاوره سرمایه گذاری)

سرمایه گذاری در بورس اوراق بهادار به اطلاعات و دانش کافی احتیاج دارد. همچنین طبیعت نوسانی قیمت سهام در بورس اوراق بهادار و ریسک موجود در آن ایجاب می کند که سرمایه گذاران با احتیاط بیشتری وارد این بازار شوند و نخست اطلاعات لازم را برای سرمایه گذاری کسب کنند؛ بنابراین سرمایه گذاران برای ورود به این بازار به تجزیه و تحلیل مالی احتیاج دارند؛ ولی با توجه به اینکه بسیاری از سرمایه گذاران با محدودیت هایی مانند مشغله کاری، نداشتن تخصص مالی، وجود انبوهی از اطلاعات

مالی، وجود تعداد زیاد شرکت‌ها و نداشتن وقت کافی و اطلاع از ریسک موجود در بازار، قادر به سرمایه‌گذاری در این بازار نیستند و یا از ورود به بازار سرمایه خودداری می‌کنند؛ پس سرمایه‌گذار نیازمند مشاوره مالی است.

پس از آنکه سرمایه‌گذار مشاوره مالی را انجام داد، آنگاه مجموعه‌ای از شرکت‌ها را به منظور خرید سهام آنها انتخاب می‌کند که این مجموعه را سبد سهام سرمایه‌گذار می‌نامند.

۳-۱. ماهیت مشاوره

طبق ماده ۱ آیین‌نامه مذکور، منظور از مشاوره، ارائه نظر مشورتی در قالب قراردادی مشخص برای خرید و فروش اوراق بهادار پذیرفته‌شده در بورس برای سرمایه‌گذار معین جهت کسب انتفاع سرمایه‌گذار است.

درباره ماهیت مشاوره (تجاری یا مدنی بودن)، میان نویسندگان حقوق تجارت اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی معتقدند مشمول بخش اخیر بند ۳ ماده ۲ ق.ت. قرار می‌گیرد؛ بدین ترتیب که هرچند عبارت «... تصدی به هر نوع تأسیساتی که برای برخی امور ایجاد می‌شود...» مبهم است؛ ولی مقصود از آن را همان آژانس انجام امور مراجعان در مقابل اجرت دانسته‌اند (صقری، ۱۳۸۱، ص ۶۴)؛ بنابراین مشاوره نیز نوعی تصدی است که در قبال انجام آن اجرت دریافت می‌شود و مشمول بند ۳ ماده ۲ ق.ت. است. برخی نیز معتقدند هرچند دامنه عملیات مندرج در ماده مزبور با اضافه کردن جمله «تأسیساتی که برای رساندن یا تهیه ملزومات و...» گسترش یافته است؛ ولی مؤسسه‌هایی که کار آنها جنبه مشورتی دارد، تجاری محسوب نمی‌شوند؛ زیرا این مؤسسه‌ها اشیای منقول را خرید و فروش نمی‌کنند، بلکه در ازای خدمتی که انجام می‌دهند، حق الزحمه دریافت می‌دارند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۵۳).

در بند ۴ ماده ۳ ق.ت. همه فعالیت‌های شرکت‌های تجاری، تجاری محسوب می‌شوند؛ ولی این اطلاق در ماده ۵ مذکور از میان رفته است؛ زیرا مطابق ماده مزبور، تجاری بودن فعالیت این شرکت‌ها در صورتی عمل تجاری محسوب می‌شود که به امور تجاری مربوط باشد. مصادیق امور تجاری نیز با رعایت ماده ۱ ق.ت. در ماده ۳ پیش‌بینی شده است. با وجود این، عبارت بند ۳ ماده ۲ به اندازه‌ای کلی عنوان شده

است که گویا مقنن خود در نظر داشته است مصادیق تسهیل کننده معاملات تجاری، عنوان عمل تجاری داشته باشد. درباره کارگزار نیز می توان گفت با توجه به اینکه حجم بالایی از فعالیت های وی را مشاوره در امور سرمایه گذاری تشکیل می دهد؛ بنابراین عنوان تصدی گری به مشاوره درباره او مصادق می یابد، پس به عنوان متصدی شغل مشاوره، می توان وی را مشمول بند ۳ ماده ۲ دانست. تنها ایرادی که باقی می ماند، اشکال آن دسته از نویسندگان است که معتقدند برای تجاری تلقی کردن فعالیت این اشخاص، لازم است ایشان به خرید و فروش اموال منقول بپردازند. در پاسخ می توان گفت برای اینکه عملی تجاری تلقی شود، لزومی ندارد که آن امر به خرید و فروش اموال منقول مربوط باشد؛ مثل قرارداد حمل و نقل، دلالی و مقاطعه کاری تجاری. پس از تبیین ماهیت تجاری مشاوره برای سرمایه گذار و کارگزار، نوبت به ماهیت عملکرد مشاور می رسد. ارتباط قرارداد مشاوره با جعاله با این استدلال رد می شود که تعیین چگونگی و مقدار کاری که باید انجام شود، در جعاله مشخص نیست و از پیش به درستی نمی توان پیش بینی کرد که برای رسیدن به نتیجه مطلوب چه باید کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۴۱)، در حالی که در قراردادهای مشاوره، هم طرفین قرارداد مشخص است، هم التزام مشاور مشخص است و هم مورد مشاوره که اطلاعات لازم درباره میزان ریسک سرمایه گذاری در مورد اوراق بهادار مورد نظر را مشخص کند تا سرمایه گذار بتواند بر مبنای آن دستور تشکیل سبد را به سبدگردان بدهد؛ در حقیقت، قرارداد مشاوره مزبور ماهیتاً در ظاهر شبیه قرارداد اجاره اشخاص است که در ذیل به بررسی این موضوع می پردازیم:

۲-۳. انواع اجاره خدمات در فقه

انواع اجاره خدمات در فقه، بر دو نوع است: «اجیر عام» و «اجیر خاص». اجیر مشترک موظف است کار معینی را انجام دهد، بدون اینکه منفعت کار خود را در زمان معین به مستأجر واگذارد؛ برخلاف اجیر خاص که آزادی کار خود را هیچ گاه از دست نمی دهد و در عین حال که وظیفه دار انجام کاری است، می تواند نزد هرکس بخواهد اجیر شود یا انجام کارهای دیگر را نیز بر عهده گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱،

ص ۳۹۸). بر این اساس با توجه به اینکه مشاور می‌تواند در یک زمان، قراردادهای متعدد مشاوره با زمان واحد منعقد کند (مشاوره با دوره شش ماهه)، پس استقلال عملی دارد و در صورتی که بتوان بر قرارداد آنها با سرمایه‌گذار عنوان اجاره اشخاص (از نوع مقاطعه کاری) نهاد اجیر مشترک محسوب می‌شود. در مقررات فعلی، بخشی از اجاره اشخاص در قلمرو حقوق عمومی قرار گرفته است و از حوزه حقوق خصوصی خارج شده است. حال باید دید قرارداد مزبور در کدام حوزه قرار می‌گیرد. برخی از نویسندگان حقوقی گفته‌اند وجه تمایز مقاطعه کاری از قرارداد کار در آن است که مقاطعه کار برخلاف کارگر، در شیوه اجرای خدمتی که بر عهده گرفته، آزاد است، صاحبکار نتیجه‌ای را که طالب است، معین می‌کند و مقاطعه کار نیز برای رسیدن به آن تلاش می‌کند و وی در ترسیم نقشه رسیدن به مطلوب صاحبکار آزاد است؛ به عبارت دیگر، تفاوت مقاطعه کار و کارگر در درجه استقلال آنهاست؛ هر دو به طور مطلق مستقل یا تابع نیستند (همان). با وجود این، به نظر می‌رسد بهترین معیار در تشخیص این دو، عرف است؛ زیرا امور حقوقی موجودات، اعتباری هستند که به وسیله مردم ایجاد می‌شوند؛ بنابراین برای تمییز آنها از یکدیگر، باید در روابط مردم و عرف نگریست تا بتوان به ماهیت اصلی آنها پی برد. هرچند عنصر استقلال در عملکرد می‌تواند ممیز این دو باشد، ولی عموماً زمانی که اعمال اجیر در خارج تجسم فیزیکی ندارد و قابل مشاهده نیست، این عنصر رنگ می‌بازد. عرف، اشخاصی را که به عنوان مشاور در اختیار متقاضیان خدمات آنها قرار می‌گیرند، کارگر ایشان محسوب نمی‌کند؛ هرچند دارای عنصر تعویض عمل در مقابل اجرت است، بدون اینکه طرفین در آن خرید و فروشی کرده باشند. به نظر می‌رسد قرارداد مشاوره نیز نوعی اجاره خدمات است، بدون اینکه مشمول قانون کار قرار گیرد؛ به عبارت دیگر، نوعی مقاطعه کاری است که جنبه تجاری دارد.

۴. ماهیت سبدگردانی

مطابق آیین‌نامه اجرایی سبدگردانی، موضوع قرارداد عبارت است از تشکیل و مدیریت سبد اوراق بهادار و خرید و فروش آنها به نام سرمایه‌گذار به وسیله سبدگردان، با هدف

افزایش ارزش این سبد از محل وجوه یا اوراق بهاداری که سرمایه‌گذار در اختیار سبده‌گردان قرار داده است؛ بنابراین سبده‌گردان مطابق این بخش از قرارداد نمونه، به نام و به حساب سرمایه‌گذار معامله می‌کند؛ پس ظاهراً قرارداد حق‌العمل کاری خارج می‌شود؛ زیرا حق‌العمل کار به نام خود و به حساب آمر عمل می‌کند. در تعریف سبده‌گردان در قبا در بند ۱۷ ماده ۱ نیز چنین آمده است: «شخصی است حقوقی که در قالب قراردادی مشخص و به منظور کسب انتفاع به خرید و فروش اوراق بهادار برای سرمایه‌گذار می‌پردازد». بدین ترتیب با توجه به عبارت قرارداد نمونه، مشخص می‌شود که مقصود از عبارت «برای سرمایه‌گذار» در قبا به نام و به حساب سرمایه‌گذار است؛ بنابراین قرارداد دلالی نیز خارج می‌شود؛ زیرا دلالت فقط طرفین قرارداد را به هم نزدیک می‌کند و در انعقاد قرارداد هیچ نقشی ندارد؛ به عبارت دیگر، دلالت اراده انشایی از انعقاد عقد ندارد (همان، ص ۲۶۶)، در حالی که سبده‌گردان معامله را انجام می‌دهد و اراده انشایی دارد و کلاً خرید و فروش اوراق بهادار بر عهده وی است. برای تطبیق ماهیت سبده‌گردانی با عاملیت نیز با مشکل عمده مواجه‌ایم؛ زیرا از یک سو تنها ماده در مقررات تجاری در باب عاملیت تجاری، بند ۳ ماده ۲ ق.ت. است. از سوی دیگر، در تبیین ماهیت آن میان حقوقدانان نیز اختلاف نظر شدید وجود دارد و برخی نویسندگان آن را دارای ماهیت متغیر دانسته‌اند؛ بدین ترتیب که در برخی موارد آن را حق‌العمل کاری و در برخی موارد آن را نماینده مستقل دیگری دانسته‌اند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۵۲). اشکال این نظر مشخص است؛ زیرا منطقی نیست قانونگذار یک ماهیت را با دو نام در مواد مهم قانونی بیاورد. اگر به ظاهر تعریف سبده‌گردان اکتفا شود، دو تفاوت آشکار می‌شود. عامل از جهت سرمایه و اعتبار خود در معاملات و تصرفات حقوقی به نام آمر دخیل است. افزون بر اینکه در عمل، عاملیت برای انجام فعالیت‌هایی مانند توزیع کالا و محصولات یک شرکت یا کارخانه استفاده می‌شود. اختلاف میان سبده‌گردانی و قائم‌مقام تجاری نیز روشن است؛ زیرا اولاً، قرارداد تنها راه تصدی‌گری به عنوان قائم‌مقام تجاری نیست، برخلاف سبده‌گردانی؛ ثانیاً، تجارتخانه عرفاً به محل ثابت و معین اطلاق می‌شود که در آن قائم‌مقام می‌تواند انواع تصرفات حقوقی در جهت موضوع و فعالیت تاجر و حتی فراتر از آن (به شرط مشروع بودن) انجام دهد و

در واقع به مورد خاص محدود نیست؛ بنابراین تنها موردی که می‌ماند، وکالت تجاری در مفهوم اخص است. برای تحقق وکالت تجاری؛ اولاً، موضوع آن باید عمل حقوقی و یا از توابع آن باشد؛ ثانیاً موضوع عمل حقوقی باید جنبه تجاری داشته باشد؛ ثالثاً، موکل آن ضرورتاً باید تاجر باشد. در سبدگردانی نیز موضوع وکالت، عمل حقوقی است (خرید و فروش اوراق بهادار).

چنانچه پیش‌تر نیز عنوان شد، خرید و فروش اوراق بهادار جزء اعمال تجاری ذاتی است و در نهایت، فقط این نوع خرید و فروش با در نظر گرفتن زمان انعقاد قرارداد، شغل معمولی تلقی شده است، پس سرمایه‌گذار نیز تاجر محسوب می‌شود؛ ولی این سه عنصر، منحصراً نمی‌تواند اساس تطبیق قرار گیرد، بلکه عناصر عمومی وکالت نیز باید در این قراردادها بررسی شود. نویسندگان حقوقی در بررسی عناصر وکالت، ده عنصر را برشمرده‌اند و معتقدند فقدان یکی از این عناصر، برابر با فقدان وکالت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۴۳۳).

دو عنصر مهم و اساسی (که از استنباط استنباط می‌شود) در تبیین ماهیت وکالت نقش اساسی دارد:

اول، انجام تصرفات حقوقی اصلی یا تبعی به نام و به حساب موکل؛
دوم، ظهور آثار اعمال وکیل در دارایی موکل و عدم مسئولیت وکیل در اجرای آن.
در واقع این دو عنصر، جداکننده این نوع نمایندگی از نمایندگی‌های دیگر است. هدف از ذکر عناصر وکالت، بررسی این دو عنصر بوده است تا اساس تطبیق با سبدگردانی قرار بگیرد. ظاهر مقررات بازار سرمایه درباره سبدگردانی، خصوصاً ماده ۱ آیین‌نامه ارائه خدمات مشاوره و سبدگردانی اوراق بهادار (مصوب شورای بورس مورخ ۸۳/۸/۴) و ماده ۲ قرارداد در نمونه سبدگردانی، اختصاصی اوراق بهادار مصوب ۸۵/۱۰/۱۷ سازمان بورس است که در هر دو مورد از خرید و فروش اوراق بهادار، به نام و به حساب سرمایه‌گذار بحث شده است. در صورتی که قرارداد سبدگردانی عنوان وکالت تجاری داشته باشد، در این صورت مطابق آخرین عنصر کارگزار، سبدگردان به عنوان وکیل نباید در اجرای قراردادهای خرید و فروش اوراق بهادار مسئولیت داشته باشد؛ زیرا وکیل درباره آثار عقد بیگانه است و از او نمی‌توان انتظار

اجرای تعهد را داشت (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۱۱). مقصود از عدم اجرای تعهد ناشی از عقد وکالت توسط وکیل، اجرای تعهدات از حساب شخص وکیل است (مگر اینکه از حدود وکالت خارج شده باشد یا از موکل خود ضمن قرارداد با اصیل، ضمانت کرده باشد) (همان، ص ۱۱۲). سازوکار معامله در بورس بدین ترتیب است که پس از انجام معامله (انطباق سفارش‌های خرید و فروش در سامانه معاملاتی)، اطلاعات انجام معامله برای تسویه و پایاپای به شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و کارگزار خریدار و فروشنده منتقل می‌شود و کارگزار براساس خالص خریدهای انجام‌شده، بدهکار شرکت سپرده‌گذاری مرکزی خواهد شد و باید به حساب این شرکت واریز کند (تا وجوه و اوراق بهادار را به مالکان بعد از عقد منتقل کند)؛ بنابراین هرچند در نهایت قیمت خرید اوراق بهادار از حساب بانکی سرمایه‌گذار به حساب کارگزار منتقل می‌شود، ولی شرکت سپرده‌گذاری مرکزی مسئولیت اجرای قرارداد را بر عهده کارگزار سبذگردان قرار داده است؛ پس کسی که باید تعهدات ناشی از قرارداد را در مرحله اول اجرا کند، کارگزار است و بدین ترتیب اگر به هر دلیلی پرداخت هزینه‌های ناشی از تعهدات از حساب سرمایه‌گذار اعم از اسناد حساب بانکی و... ممکن نشود یا کارگزاری که هنگام قبول سفارش فروش موظف بوده است مالکیت مشتری را نسبت به اوراق بهادار احراز کند، مسئول تحویل اوراق است، کارگزار نمی‌تواند آن را دستاویزی برای عدم اجرای تعهدات قرار دهد؛ بنابراین نباید به ظاهر مقررات اکتفا کرد. در واقع واضعان مقررات بازار سرمایه، به بار حقوقی کلمات به کار برده‌شده در جملات توجهی نداشته‌اند؛ پس قصد تبیین ماهیت آن را نیز نداشته‌اند، همان‌گونه که ملاحظه می‌شود چنین بی‌دقتی در تعریف کارگزار نیز وجود دارد.

در نتیجه باید گفت تنها نمایندگی که در آن پس از انعقاد قرارداد با اصیل پایان نمی‌پذیرد و اجرای آن را نیز عهده‌دار است، حق‌العمل کار است؛ زیرا سبذگردان نیز مانند حق‌العمل کار، اصالتاً در قبال غیر مسئول است. در واقع کارگزاران نمایندگان سرمایه‌گذاران خود هستند و نام وکلای خود را هرگز فاش نمی‌کنند؛ زیرا سفارش‌ها با نام کارگزار به عنوان خریدار یا فروشنده وارد سامانه معاملاتی می‌شود و معامله به نام کارگزار صورت می‌گیرد.

این ماهیت هم در سبد اختصاصی و هم در سبد مشاعی وجود دارد؛ زیرا تکالیف و اختیارات سبدگردان در هر دو مورد واحد است و تفاوت‌ها فقط در تعداد سرمایه‌گذاران است.

درباره مشاوره و نمایندگی ناشر در بازار ثانویه باید گفت کارگزار به عنوان نهاد مالی بازار سرمایه عموماً به عنوان واسطه تجاری، هم در بازار اولیه و هم در بازار ثانویه به ارائه خدمات می‌پردازد. در بازار اولیه چنانچه پیش‌تر عنوان شد، نمایندگی ناشر یا مؤسسان را برای ثبت اوراق بهادار و دریافت مجوز عرضه بر عهده دارد و در بازار ثانویه نیز - که موضوع بحث حاضر است - نمایندگی ناشر برای انجام همه امور اجرایی برای پذیرش اوراق بهادار در بورس را بر عهده دارد. خدماتی که کارگزار در قرارداد منعقد به انجام آن متعهد می‌شود، عبارت است از: اول، آشنا کردن مدیران و سهام‌داران عمده شرکت متقاضی با فرایند پذیرش، قوانین، مقررات و آیین‌نامه‌های مرتبط با این فرایند؛ دوم، تهیه و تنظیم مدارک و مستندات مورد نیاز «هیئت پذیرش»؛ سوم، تهیه و تنظیم گزارش‌های مقدماتی درباره وضعیت عمومی شرکت در چهارچوب استانداردها و ضوابط اعلام‌شده از سوی «سازمان»؛ چهارم، ایجاد هماهنگی‌های لازم برای بازدید و برگزاری جلسات مشترک «سازمان» و «هیئت پذیرش» با مسئولان شرکت؛ پنجم، تطبیق و اصلاح پیش‌نویس اساسنامه شرکت، مطابق اساسنامه نمونه شرکت‌های پذیرفته‌شده؛ ششم، تهیه امیدنامه؛ هفتم، پیگیری موارد مربوط به پذیرش و فراهم آوردن مقدمات لازم برای معامله اوراق بهادار در بورس؛ هشتم، ارائه گزارش توجیهی درباره قیمت اوراق بهادار شرکت.*

تعهدات مزبور در برخی موارد مختص کارگزار معرف و در برخی موارد مختص کارگزار متعهد خریدار است؛ ولی در دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار در تهران (مصوب ۸۶/۱۰/۱ سازمان بورس اوراق بهادار)، به طور اخص تکالیف کارگزار معرف (در مقابل کارگزار متعهد به کار رفته بود) در قبال متقاضی پذیرش مشخص شده است (ماده ۲۳) که عبارت است از: الف) ارائه مشاوره به متقاضی درباره

* ماده ۱۵ آیین‌نامه فعالیت کارگزار معرف و متعهد خرید در بورس اوراق بهادار مصوب شورای بورس مورخ ۱۳۸۴/۵/۳.

پذیرش؛ ب) سنجش میزان آمادگی ناشر در فرایند پذیرش؛ ج) ارائه مدارک و اطلاعات درخواستی به بورس از سوی ناشر در فرایند پذیرش؛ د) نظارت بر رعایت مقررات پذیرش به وسیله ناشر در فرایند پذیرش؛ ه) عرضه اولیه اوراق بهادار پذیرفته شده یا ارائه شده مشاوره به ناشر برای تعیین کارگزار عرضه کننده اوراق. تعهدات مزبور هرچند طبق قرارداد واحد ایجاد شده است؛ ولی ماهیت های متعددی دارد.

۵. ماهیت عملکرد کارگزار معرف

با وجود اینکه جعاله ایقاع است؛ ولی در آن برای برانگیختن و تشویق به عمل و معلوم بودن التزام و کیفیات عمل مقاله ای نوشته می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۲۴)؛ بنابراین نباید قید تعهدات در قراردادهای کارگزاری مورد بحث، ما را به این فکر وادارد که موضوع حاضر نمی تواند عنوان جعاله خاص را داشته باشد. وجه اشتراک این دو عبارت اند از: اولاً، در جعاله التزام جاعل به پرداخت جعل، حصول نتیجه مورد نظر است. چنانچه در قرارداد حاضر نیز حصول به نتیجه مورد نظر، به منزله انجام تعهد و استحقاق حق الزحمه است؛ ثانیاً، با توجه به اینکه جعاله از اذنیات نیست (زیرا همه مصادیق آن را ندارد)، در قرارداد حاضر نیز اذنی در تصرف وجود ندارد (همان، ص ۲۴۶)؛ ثالثاً، در جعاله خاص نیز طرف و کیفیات عمل مشخص می شود. حال باید ضابطه ای به دست داد تا در عمل بتوان این دو را با تطبیق بر مصادیق، از یکدیگر تفکیک کرد:

۱. در جعاله خاص، در واقع شخصیت عامل در اجرای قرارداد تأثیری ندارد، مگر اینکه محرز شده باشد، در حالی که در قراردادی که با کارگزار معرف منعقد می شود، نه تنها شخصیت کارگزار و ویژگی های وی در تحریک طرف مقابل در ایجاب به او اثر دارد، بلکه اصلاً امکان انجام عمل به وسیله دیگری وجود ندارد.
۲. التزام جاعل، عمل قبل از جعاله را نیز دربرمی گیرد، در حالی که کارگزار عملاً زمانی می تواند به درخواست شرکت متقاضی اقدام کند که توافق کتبی خود با وی را تقدیم سازمان کند و مجوزهای لازم مربوط به کارگزار معرف را دریافت دارد.

۳. با توجه به موارد پیش گفته، جعاله اصولاً از ایقاعات است و فقط اراده جاعل در انعقاد آن نقش دارد، در حالی که به سختی می‌توان ایقاع‌بودن توافقات میان کارگزار معرف و شرکت متقاضی را پذیرفت و قرارداد نوشته‌شده میان طرفین را فقط در جهت تحریک انگیزه کارگزار تلقی کرد یا در واقع مستندات عقدبودن این ماهیت را از لابه‌لای مواد آیین‌نامه فعالیت کارگزار معرف در بورس اوراق بهادار مصوب شورای عالی بورس (۸۴/۵/۳)، استنباط کرد. در ماده ۱۰ آیین‌نامه مزبور مقرر شده است که لزوماً باید مواردی در قرارداد نوشته شود؛ از جمله: «دوره قرارداد و شروط احتمالی اتمام پیش از دوره» در جعاله جاعل و عامل می‌تواند نسبت به انحلال یک‌جانبه اقدام کند، در حالی که نه کارگزار و نه شرکت متقاضی، خارج از مواردی که در قرارداد پیش‌بینی شده است، چنین حقی ندارند؛ به عبارت دیگر شرط خیار و اقاله که به نوعی از جمله مذکور در آیین‌نامه استنباط می‌شود، در ایقاعات راه ندارد.

۶. ارتباط تعامل با کارگزار معرف با اجاره اشخاص

در بند ۱ ماده ۵۱۳ ق.م. اجاره، خدمه و گارگران را از هر گروه که باشند در یک گروه گرد آورده است. ماده ۳۰ قانون کار نیز در تعریفی که از کارگر ارائه می‌دهد، اوصاف ویژه آن را به درستی معین نمی‌سازد؛ ولی با توجه به جدایی بخشی از مقررات اجاره اشخاص از شمول قانون کار - چنانچه گفته شد - بهترین معیار برای تمییز این دو از یکدیگر، توجه به داوری عرف است، هرچند عنصر استقلال نیز در این باره در مواردی به کار می‌آید. در ماده ۲ قانون کار، کارگر چنین تعریف شده است: «...کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق‌السعی ... و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می‌کند». در تعریف مزبور چند نکته اساسی به چشم می‌خورد:

نکته اول آنکه در مقررات فعلی قانون کار، به جای واژه دستور، از عبارت درخواست استفاده شده است و این شائبه را به وجود آورده است که در نظر قانون جدید، کارگر دیگر تابع کارفرما نیست؛ زیرا عبارت مزبور تبعیت کارگر از کارفرما را نمی‌رساند، ولی واقعیت این است که این کارگر است که به تبعیت از کارفرما مجبور است و برای حفظ کار، مجبور به تابعیت از اوست؛ زیرا کسی که به فعالیت‌های اقتصادی می‌پردازد یا باید

احتمال خطر را بپذیرد یا اینکه به مزد کم و اطاعت از کارفرما قناعت کند؛ نکته دوم آنکه کارگر همواره شخص حقیقی است و شخص حقوقی نمی‌تواند کارگر محسوب شود (رنجبری، ۱۳۸۲، ص ۵۴). در قراردادی که با کارگزار معرف منعقد می‌شود، وی متعهد می‌شود در قبال دریافت کارمزد، عمل مورد نظر متقاضی را انجام دهد. به طور کلی عناصر اجاره اشخاص عبارت‌اند از: تعهد عمل از سوی موجر، مدت اجاره، باارزش بودن عمل، طلق بودن عمل و در نهایت، اجرت به عنوان عوض عمل. حال می‌خواهیم ببینیم این عناصر در قراردادهایی که با کارگزار معرف منعقد می‌شود، وجود دارد یا خیر؟ در قراردادی که با کارگزار معرف منعقد می‌شود، وی متعهد می‌شود عمل موضوع قرارداد را در مدت زمانی که میان طرفین مقرر شده است، در ازای دریافت کارمزد، به پایان برساند. نتیجه انجام اعمال مزبور نوعاً برای هر شرکت متقاضی ورود به بورس، باارزش است؛ زیرا می‌توانند از مزایای عرضه سهام در بورس استفاده کنند. کارگزار در واقع با دریافت مجوز از سازمان بورس، این صلاحیت را می‌یابد که نسبت به درخواست شرکت متقاضی اقدام کند؛ بنابراین از جهت اقدام به درخواست متقاضی، مانع قانونی وجود ندارد، پس عمل مزبور طلق محسوب می‌شود؛ از این رو با وجود عناصر مزبور، قرارداد با کارگزار معرف ماهیتاً اجاره اشخاص است، بدون اینکه عنوان نمایندگی یا جعاله و یا خرید و فروش در آن صدق کند؛ ولی قرارداد مزبور نمی‌تواند عنوان قرارداد کار را داشته باشد؛ زیرا هدف از انعقاد چنین قراردادهایی، یا استفاده از تخصص و آگاهی کارگزار از مقررات بازار است و در اجرای درخواست شرکت متقاضی، کارگزار از دستورات وی تبعیت نمی‌کند، بلکه شرکت متقاضی در این باره یک درخواست کلی مبنی بر انجام امور اجرایی مربوط به پذیرش شرکت در بورس می‌دهد و برخی شرایط مفاد تعهد در آن همچون زمان و شرایط مربوط به فسخ در آن پیش‌بینی می‌شود؛ به عبارت دیگر، در آن فقط هدف و غرض متقاضی اعلام می‌شود و شیوه انجام آن بر عهده کارگزار است تا براساس اصول حرفه‌ای با رعایت مقررات بازار سرمایه، اقدامات لازم را برای پذیرش متقاضی در بورس توسط سازمان فراهم آورد. از سوی دیگر، عرفاً نمی‌توان گفت کارگزار، کارگر شرکت متقاضی ورود به بورس است و به عنوان کارگر تحت دستورات وی کار می‌کند.

نتیجه

در قانون بازار اوراق بهادار، برای صندوق‌های سرمایه‌گذاری شخصیت حقوقی لحاظ نشده است. از سوی دیگر، هیچ‌یک از شرکت‌های تجاری مندرج در قانون تجارت، قالب مناسبی برای تشکیل این صندوق‌ها محسوب نمی‌شوند؛ زیرا تغییرات سرمایه در این شرکت‌ها برخلاف صندوق‌ها به تشریفات زمان‌بر و طولانی نیاز دارد؛ بنابراین باید به عدم شخصیت حقوقی صندوق‌های مذکور قائل شد. با وجود این نمی‌توان از نظریه وکالت مدیران در قبال صندوق (مالکان صندوق) حمایت کرد و باید به نظریه نمایندگی مدیر صندوق قائل بود؛ زیرا در مقررات اساسنامه در بند ۲ ماده ۴، از نمایندگی صندوق برای مدیر سخن گفته شده است و برای ارکان دیگر مثل متولی (ماده ۴۲)، از عنوان وکیل استفاده شده است. افزون بر این در تبصره ۱ ماده ۴ نیز همه اعمال و اقدامات مدیر را در قبال ثالث معتبر دانسته، مقرر داشته است که به هیچ‌وجه نمی‌توان آنها را غیرمعتبر تلقی کرد. در تشبیه ماهیت صندوق‌های سرمایه‌گذاری با شرکت عنان در فقه ایرادهای اساسی وجود دارد؛ به گونه‌ای که به راحتی بر منبای توافق مشترک قابل رفع نیست. علاوه بر ماهیت مدیریت صندوق در تقسیم سود و تسلیم حصه، میان این دو تفاوت وجود دارد. در اعمالی می‌توان اعطای نمایندگی کرد که قابلیت انجام‌دادن آن به وسیله دیگری وجود داشته باشد و نیز به نوعی با عمل حقوقی یا آثار واقعه در ارتباط باشد؛ چندان که در مقررات آ.د.م. وکالت در تقاضای قسم، وکالت در قبض و یا وکالت در تحویل مال موضوع ودیعه به مالک پذیرفته شده است؛ بنابراین هرچند نمایندگی کارگزار در اقدام به ثبت و گرفتن مجوز عرضه، در زمره اعمال مادی است، ولی چون از توابع اعمال حقوقی است (پذیره‌نویسی) و به اعتبار آن انجام می‌گیرد، عنوان نمایندگی به آن تعلق می‌گیرد. قراردادهای مشاوره سرمایه‌گذاری به عنوان قرارداد مستقل از سبذگردانی را باید مشمول قسمت اخیر بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ دانست؛ زیرا تصدی‌گری به مشاوره در خصوص سرمایه‌گذاری برای کارگزار متصور است. از آنجا که سبذگردان نماینده سرمایه‌گذاران در خرید و فروش اوراق بهادار و اداره سبذ است، نماینده ایشان محسوب می‌شود و از آنجا که در قبال اصیل، مسئولیت مستقیم

دارد و به اجرای قرارداد متعهد است و وجوه مربوط به خرید اوراق بهادار از حساب کارگزار کسر می‌شود، حق‌العمل کار محسوب می‌شود؛ زیرا در میان اقسام نمایندگی در حقوق ایران فقط حق‌العمل کار مسئولیت اجرای قرارداد را بر عهده دارد. کارگزار معرف در قبال دریافت کارمزد، در قبال شرکت متقاضی ملتزم می‌شود که کارهای معینی را برای او انجام دهد، بدون اینکه عمل کارگزار جزء اعمال حقوقی اصلی یا تبعی باشد، بلکه عمل مادی صرف است و عنوان نماینده نمی‌تواند به او اطلاق شود. گرفتن مجوز عرضه نیز عمل تجاری محسوب نمی‌شود.

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. آخوندی، رضا؛ عاملیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه؛ چ ۱، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۴.
۳. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، چ ۲۰، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۷.
۴. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری؛ دانشنامه حقوق خصوصی (۳ جلدی)؛ چ ۲، تهران: محراب فکر، ۱۳۸۶.
۵. باغیان، راضیه و بهنام چاوشی؛ «چشم اندازی بر صندوق های بورسی»؛ ماهنامه بورس؛ ش ۲۸، تهران: سازمان بورس، ۱۳۸۶.
۶. بهایی، بهاءالدین محمدبن حسین عاملی؛ جامع عباسی و تکمیل آن (محتسی)؛ ج ۲، چ ۱، تهران: مؤسسه منشورات فراهانی، [بی تا].
۷. بهجت، محمدتقی؛ جامع المسائل؛ ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، [بی تا].
۸. بهرامی، بهرام؛ عقد اجاره کاربردی؛ چ ۲، تهران: نگاه بینه، ۱۳۸۳.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ «الفارق، دانشنامه عمومی حقوق؛ چ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ چ ۱۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.
۱۱. —؛ فرهنگ عناصرشناسی؛ چ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۲. حاجیانی، هادی؛ حقوق نمایندگی؛ چ ۱، تهران: دانش نگار، ۱۳۸۶.
۱۳. حسینی مقدم، سیدروح الله؛ بازارگردانی در بورس اوراق بهادار؛ چ ۱، تهران: نشر جنگل، ۱۳۸۷.

۱۴. حلی، حسن بن یوسف؛ ایضاح الفوائد؛ ج ۲ و ۷، چ ۱، قم: مؤسسه آل البیت، [بی تا].
۱۵. خمینی، روح الله؛ نجات العباد؛ چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق.
۱۶. رنجبری، ابوالفضل؛ حقوق کار؛ چ ۵، تهران: مجد، ۱۳۸۲.
۱۷. ستوده تهرانی، حسن؛ حقوق تجارت؛ ج ۴، چ ۷، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۶.
۱۸. —؛ حقوق تجارت؛ ج ۱، چ ۱۱، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۶.
۱۹. سنگینیان، علی؛ «صندوق های قابل معامله در بورس»؛ مجموعه مقالات مدیریت پژوهش و توسعه مطالعات اسلامی؛ تهران: مرکز پژوهش و توسعه مطالعات اسلامی (www.rdis.ir)، ۱۳۸۳.
۲۰. شهبازی، محمدحسین؛ مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی؛ چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵.
۲۱. شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات؛ چ ۳، تهران: مجد، ۱۳۸۳.
۲۲. صقری، منصور؛ تعریف شرکت تجاری، تحولات حقوق خصوصی؛ چ ۴، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱.
۲۳. عرفانی، محمود؛ حقوق تجارت؛ ج ۱ و ۵، چ ۳، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
۲۴. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، الزام های خارج از قرارداد، ضمان قهری؛ ج ۱، چ ۶، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
۲۵. —؛ حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)؛ ج ۱، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
۲۶. —؛ حقوق مدنی، دوره عقود معین (۲)؛ ج ۲، چ ۷، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
۲۷. —؛ حقوق مدنی، دوره عقود معین (۴)، عقود اذنی وثیقه های دین؛ ج ۲، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۲۸. —؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۴، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.

۲۹. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه، بخش مدنی؛ ج ۲، چ ۵، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
۳۰. مرادی، مهدی؛ «فعالان بازار سرمایه و نحوه اعطای گواهینامه (مقایسه تطبیقی ایران و امریکا)»؛ مجموعه مقالات مدیریت پژوهش و توسعه مطالعات اسلامی؛ تهران: مرکز پژوهش و توسعه مطالعات اسلامی، ۱۳۸۴.
۳۱. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام؛ ج ۳۵، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].
۳۲. یاری، محمدحسن؛ آکسفورد بورس؛ چ ۱، تهران: مؤسسه مرز فکر، ۱۳۸۶.

