

## مطالعه و بررسی مسئولیت مدنی شرکت‌های سب‌گردان در حقوق ایران

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۰۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۳۰

پریسا خدایاری<sup>۱</sup>

جمالبرزگری خانقاه<sup>۲</sup>

علی‌اکبر جعفری ندوشن<sup>۳</sup>

### چکیده

وقوع حوادث زیان‌بار برای بشر امری اجتناب‌ناپذیر است؛ لذا همواره بشر به دنبال وضع قواعدی بوده که بر اساس آن مسئولیت را به شخصی تحمیل نماید که بیشترین نقش را در حادثه زیان‌بار داشته است. از این رو، تمام رسالت مسئولیت مدنی شناسایی چنین قواعدی است. سب‌گردان در بورس اوراق بهادار در قبال مشتریان و نیز سازمان بورس وظایفی برعهده دارد که ممکن است در این راستا با انجام فعالیتی موجب ورود ضرر و خسارت به دیگری شود؛ بنابراین در این خصوص مسئول بوده، ملزم به جبران است. اجرای تعهدات ناشی از قرارداد یکی از مباحث مهم حقوق قراردادهاست. در حقوق ایران در صورتی که یکی از طرفین عقد از انجام تعهدات قراردادی خویش خودداری نماید، ضمانت اجرای آن در قالب موارد متعدد قانونی در عقود مختلف بیان شده است. در این مقاله مسئولیت مدنی شرکت سب‌گردان، با موضوع «عدم ایفای تعهدات مربوط به قرارداد سب‌گردانی» با تکیه بر یکی از آرای هیئت داوران بورس اوراق بهادار، مورد مطالعه قرار گرفته است.

**واژگان کلیدی:** بورس اوراق بهادار، رویه قضایی، سب‌گردان، سرمایه‌گذار، مسئولیت مدنی.

۱. p.khodayari@stu.yazd.ac.ir

۲. barzegari@yazd.ac.ir

۳. jafarinadoushan@yazd.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری مدیریت مالی گرایش حقوق مالی، دانشگاه یزد، ایران

۲. دانشیار دانشگاه یزد، ایران (نویسنده مسئول)

۳. استادیار دانشگاه یزد، ایران

## مقدمه

دولت‌ها با وضع مقررات در بازارهای مالی در اقتصاد مداخله می‌کنند و مقررات‌گذاری در این بازارها از ابزارهای تنظیمی و نظارتی محسوب می‌شود. مقررات‌گذاری به معنای مداخله دولت به منظور کنترل تصمیمات بخش خصوصی و اعمال قوانین و مقررات از سوی دولت به همراه ضمانت اجرای آنهاست. وضع قوانین و مقررات زمینه کاهش هزینه معاملات، حمایت از سرمایه‌گذاران و دسترسی آزاد و مساوی به اطلاعات را فراهم ساخته، بازیگران بازارهای مالی را در قبال عملکردهای فرصت‌طلبانه برخی دیگر از بازیگران بازار حمایت می‌نماید. علاوه بر وضع مقررات، نهاد ناظر با دراختیار گرفتن ابزارهای تنبیهی، رفتار بازیگران بازار را کنترل می‌کند و متناسب با تخلفات بازار از ابزارهایی همچون لغو مجوز، تعلیق فعالیت یا جزای نقدی استفاده می‌نماید. تصویب مقررات در بازار سرمایه معمولاً با هدف حمایت از سرمایه‌گذاران صورت می‌پذیرد، اما دلیل مهم‌تر حفظ کارکرد صحیح بازار است.

یکی از نهادهای مالی که در کاهش ریسک سرمایه‌گذاری و حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران در بازار سرمایه یاری‌رسان است و بر تداوم پایدار حضور سرمایه‌گذاران و نیز جلب اعتماد آنان به بازار سرمایه نقش بسزایی را ایفا می‌کند، نهاد مالی سب‌گردان است که به منظور مدیریت حرفه‌ای وجوه آحاد جامعه در بازار سرمایه، به عنوان نهاد واسطه‌ای معرفی شده است. طبق قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، «سب‌گردان شخصی حقوقی است که در قالب قراردادی مشخص و به منظور کسب انتفاع به خرید و فروش اوراق بهادار برای سرمایه‌گذار می‌پردازد» و موضوع اصلی فعالیت این نهاد عبارت است از تصمیم به خرید، فروش یا نگهداری اوراق بهادار به نام سرمایه‌گذار معین در قالب قراردادی مشخص و به منظور کسب انتفاع برای سرمایه‌گذار. به عبارتی، این نوع نهاد مالی با ارزیابی وضعیت سرمایه‌گذاران، آنها را از نظر درجه ریسک‌پذیری طبقه‌بندی نموده، به هر گروه از سرمایه‌گذاران متناسب با درجه ارزیابی شده ریسک‌پذیری، خدمات سب‌گردانی در قالب مدیریت دارایی‌هایشان و در ازای دریافت کارمزد ارائه می‌نماید.

هر کجا قراردادی وجود داشته باشد، طبیعتاً تعهداتی نیز برای طرفین ایجاد می‌شود، عدم

رعایت هریک از تعهدات، مسئولیت‌هایی برای شخص خاصی در پی دارد که در قانون بازار اوراق بهادار و نیز دستورالعمل تأسیس و فعالیت شرکت‌های سبذگردان مصادیقی از آنها بیان شده‌اند. یکی از انواع مسئولیت که شخص را به لحاظ اتلاف مال غیر و یا نقض تعهد قراردادی محکوم به پرداخت خسارت می‌نماید، مسئولیت مدنی است. مسئولیت مدنی به‌عنوان ضمانت اجرای حقوق مدنی نقش حساس و مهمی در مطالبه و استیفای حقوق افراد و در نتیجه تنظیم روابط اجتماعی و حقوقی دارد و بدون تصور وجود مسئولیت مدنی حق مفهوم واقعی و عینی خود را از دست داده، جنبه فکری و ذهنی به خود می‌گیرد.<sup>۴</sup>

یکی از خلأهای تحقیقاتی، نبود پژوهش کافی و مستقل در خصوص مسئولیت مدنی شرکت‌های سبذگردان است. در تحقیق پیش رو تلاش شده است، ذیل بررسی ماهیت مسئولیت مدنی، یکی از آرای هیئت داورى بورس و اوراق بهادار با موضوع قرارداد سبذگردانی مورد بررسی قرار گیرد.

## ۱. مبانی نظری

همان‌طور که پیش‌تر در تعریف سبذگردانی اشاره کردیم، باید گفت سبذگردان علاوه بر اتخاذ تصمیم خرید و فروش اوراق بهادار برای سرمایه‌گذار، اقدام به نگهداری اوراق بهادار برای سرمایه‌گذار می‌کند. تشخیص این امر که چه سهامی را در چه دوره زمانی برای سرمایه‌گذار باید نگهداری نمود، امری تخصصی است که سبذگردان قادر به ارائه آن است و به‌منظور دادن خدمات به سرمایه‌گذار سبذگردان اقدام به تشکیل سبذ اختصاصی برای سرمایه‌گذار می‌نماید. در بند ۵ ماده ۱ دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبذگردان، به این صورت به تعریف سبذگردانی اختصاصی اشاره شده است که «منظور مجموع دارایی‌های موضوع سبذگردانی (اعم از وجه نقد، اوراق بهادار و مطالبات) است که به مشتری تعلق دارد». پس همان‌طور که در ماده پیش‌گفته اشاره شد، آورده‌ها شامل وجه نقد، اوراق بهادار و مطالبات است. کاهش ریسک سرمایه‌گذاری از طریق تنوع‌بخشی به اوراق بهادار موجود

۴. محمود کاظمی؛ ابوالفضل شاهین و شاهین سیفی، «خلأ قانون مدنی در باب فسخ ابتدایی به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهد قراردادی، با مطالعه تطبیقی»، نامه صدوق، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۳۹.

در سبد صورت می‌گیرد.

هدف سبذگردان بر این بوده است که با تشکیل سبدی بهینه متشکل از سهام و اوراق بهادار متنوع، با استفاده از تکنیک‌های مالی در ازای سطوح مشخصی از ریسک، به بیشترین بازدهی که مورد انتظار است دست یابد.<sup>۵</sup> «سبذگردانی اختصاصی بدون دریافت و تحلیل نظام‌مند اطلاعات مشتری، توسط سبذگردان و همچنین خرید، فروش یا نگهداری اوراق بهادار به نام مشتری که در تخصص سبذگردان نبوده و در تارنمای سبذگردان به‌عنوان اوراق بهاداری که وی در خصوص آن‌ها سبذگردانی می‌کند، اعلام نشده‌اند، تخلف محسوب می‌گردد». پس باید گفت وظیفه اصلی سبذگردان، خرید و فروش اوراق بهاداری است که در آن تخصص دارد و آن هم اختیارات حاصل از قراردادهایی است که با صاحب سرمایه و به‌منظور کسب انتفاع و سود منعقد می‌کند.

سبذگردان در مقابل انجام خدمات موضوع قرارداد سبذگردانی کارمزد دریافت می‌کند. کارمزد در شرکت سبذگردان مانند هر سیستم پاداش‌دهی دیگری شامل دو بخش هزینه ثابت و هزینه متغیر است.<sup>۶</sup> سبذگردان موظف است که از محل این کارمزد دریافتی کلیه هزینه‌های فعالیت خود از هزینه‌های مربوط به حسابرس و امین گرفته تا هزینه‌های مربوط به مدیریت سرمایه، نظیر گردآوری و پردازش اطلاعات، نگهداری اسناد و فعالیت‌های کارشناسی را پوشش دهد. اصولاً سبذگردانی، شکلی از سرمایه‌گذاری است که در آن سرمایه‌گذار وجوه یا سبد سهام و یا ترکیبی از هر دو را در قالب قراردادی معین در اختیار سبذگردان قرار می‌دهد و هر شخص حقیقی یا حقوقی می‌تواند با مراجعه به شرکت سبذگردان و انعقاد قرارداد، از خدمات سبذگردانی اختصاصی بهره‌مند گردد. در خصوص مسئولیت سبذگردان در جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذار، تبصره ۳ ماده ۳۳ دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبذگردانی مقرر می‌دارد: «در صورتی که بر اساس رسیدگی مرجع رسیدگی‌کننده موضوع این ماده سبذگردان از مفاد قرارداد سبذگردانی یا مواد این

5. Koh, Aileen & Lynn Crawford. "Portfolio Management: the Australian Experience", Project Management Journal 43, No. 6 (2012), p. 35.

6. Wu, Youchang, Russ Wermers, & Josef Zechner. "Managerial Rents vs. Shareholder Value in Delegated Portfolio Management: The Case of Closed-End Funds", The Review of Financial Studies 29, No. 12 (2016), p. 3428.

دستورالعمل تخلف نموده باشد، سیدگردان مسئول جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذار از این بابت خواهد بود».

مطمئناً منظور از سیدگردان در ابتدای تبصره، اشخاص وابسته به شرکت سیدگردانی هستند، زیرا سیدگردان شخص حقوقی است و خود قادر به انجام فعالیت نیست، اما در ادامه بیان شده که سیدگردان مسئول جبران خسارت است. حال منظور از این سیدگردان کیست، شرکت سیدگردان یا اشخاص وابسته به آن؟ می‌توان دو نوع استنباط از آن نمود:

- سیدگردان شخص حقوقی است و شخص حقوقی نیز از سوی اشخاص حقیقی و کارکنانش به انجام فعالیت می‌پردازد و بر اساس ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی نیز «هرکس عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به مال، ... دیگری لطمه‌ای وارد کند ... مسئول جبران خسارات مادی و معنوی خواهد بود». وفق این ماده که هرکسی را مسئول جبران خسارات وارده می‌داند، در نتیجه منظور از سیدگردان، اشخاص وابسته به آن است.

- مانند ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی که کارفرما را مسئول جبران خسارات وارده از طرف کارکنانش می‌داند<sup>۷</sup>، این مقرر نیز سیدگردان را مسئول جبران خسارات وارده از سوی اشخاص وابسته‌اش می‌داند؛ لذا پس از جبران خسارت از سوی سیدگردان، امکان رجوع وی به اشخاص وابسته و کارکنانش، در صورتی که ضرر منتسب به آنها باشد، وجود دارد<sup>۸</sup>.

## ۲. ماهیت مسئولیت مدنی

با نگاهی گذرا به تعریف مسئولیت مدنی، مشخص می‌شود که تعریفی واحد و جامع برای آن ارائه نشده است. برای نمونه، تعاریفی که از مسئولیت مدنی ارائه شده به شرح زیر است:

۷. زهره نیک‌فرجام، «تأثیر قوه قاهره بر رفع مسئولیت کارفرما»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۳ (۱۳۹۲)، ص ۱۵۴.  
 ۸. سید نصراله ابراهیمی و شادی حسینی، «آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از منظر فورس ماژور»، دانش حقوق مدنی، ش ۲ (۱۳۹۱)، ص ۱۵.

ضمانت اجرای مدنی یا همان مسئولیت مدنی به معنای عام و خاص به هرگونه تعهدی اطلاق می‌گردد که قانون برعهده شخص نهاده باشد؛ اعم از اینکه ریشه قراردادی داشته باشد یا ریشه آن غیرقراردادی باشد. به عبارت دیگر، در هر مورد که شخص ناگزیر از جبران خسارت دیگری باشد، در برابر آن شخص مسئولیت مدنی دارد. لذا مسئولیت مدنی در معنای عام خود مشتمل بر هر دو نوع مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی است. تقسیم‌بندی مسئولیت مدنی به مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد، یکی از تقسیم‌بندی‌های مرسوم مسئولیت مدنی در حقوق غربی، به‌ویژه حقوق فرانسه، به شمار می‌رود.<sup>۹</sup>

## ۱.۲. مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی عبارت است از التزام و تعهد قانونی متعهد متخلف به جبران خسارتی که در نتیجه تخلف او از انجام تعهد به متعهدله وارد شده است.<sup>۱۰</sup> نکته‌ای که در مسئولیت قراردادی اهمیت دارد، به محتوای قرارداد برمی‌گردد، زیرا طبق ماده ۲۲۰ قانون مدنی، «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند»؛ بنابراین، مفاد قرارداد به مصرحات و موارد مندرج در آن محدود نیست و به تبع آن، تخلف از مفاد قرارداد، شامل آثار عرفی و قانونی آن نیز می‌شود. قانون مدنی در مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ به بررسی خساراتی که در نتیجه عدم اجرای تعهدات حاصل می‌شود، پرداخته است. نکته حائز اهمیت دیگر در این مسئولیت این است که نباید تعهد و مسئولیت هریک از طرفین قرارداد را در برابر یکدیگر نسبت به انجام مفاد تعهد، با مسئولیت متعهد در صورت نقض قرارداد خلط نمود؛ چراکه مفاد مسئولیت قراردادی خسارت است، ولی مسئولیت اصلی طرفین قرارداد، همان تعهدات قراردادی است.

قرارداد سبگردانی نیز همچون هر قراردادی آثاری را به‌همراه دارد که متعدد و متفاوت است. مقصود طرفین در قرارداد سبگردانی، کسب انتفاع برای سرمایه‌گذار است که از طریق نگهداری، خرید یا فروش اوراق بهادار مربوط به مشتری، از سوی سبگردان انجام

۹. مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، (تهران: انتشارات مجد، ج ۱، ۱۳۸۵)، ص ۱۵۰.  
 ۱۰. علیرضا باریکلو، مسئولیت مدنی، (تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ج ۶، ۱۳۹۴)، ص ۸۲.

می‌گیرد. در نظام مسئولیت قراردادی، اثبات تقصیر از سوی مدعی (زیان‌دیده) لازم نیست، بلکه صرف نقض عهد کفایت می‌کند؛ یعنی همین اندازه دلیل بیاورد که تعهد از جانب متعهد انجام نشده است، کافی است<sup>۱۱</sup> و خواننده اگر ادعا دارد که عدم انجام تعهد ناشی از عوامل خارج از اقتدار او بوده است، باید فورس ماژور<sup>۱۲</sup> را اثبات نماید. برای ایجاد مسئولیت قراردادی، به‌ویژه قرارداد سب‌گردانی، شرایطی لازم است:

### ۲.۱.۱. وجود قرارداد

لازمه مسئولیت قراردادی وجود قرارداد فی‌مابین سب‌گردان و مشتری است، زیرا فعل زیان‌بار شخص مسئول در مسئولیت قراردادی، عبارت است از تخلف از انجام تعهد. بنابراین، وجود قرارداد که منشأ پیدایش تعهد است، ضروری می‌باشد. با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها، مسئولیت قراردادی صرفاً در مورد طرفین قرارداد است و چنانچه احدی از طرفین قرارداد به شخص ثالثی ضرری وارد کند، از حیثه مسئولیت قراردادی آن قرارداد خارج می‌شود.

### ۲.۱.۲. صحت قرارداد

علاوه بر اینکه باید قراردادی وجود داشته باشد. لازم است قرارداد منعقد صحیح و نافذ نیز باشد و منظور از قرارداد، قراردادی است که شرایط صحت معاملات در آن رعایت شده باشد و به صورت صحیح منعقد شده باشد. بدیهی است عقدی که فاسد یا غیرنافذ است، اثری در حقوق ندارد، لذا فاقد مسئولیت قراردادی نیز می‌باشد. در نتیجه در خصوص سب‌گردانی نیز چنانچه شرایط اساسی و عمومی معاملات و شرایط اختصاصی مندرج در دستورالعمل آن رعایت نشده باشد و یا دارای هرگونه شروط باطل‌کننده باشد، برای طرفین آن مسئولیت قراردادی ایجاد نمی‌کند، چراکه قراردادی منعقد نشده است تا اثر و مسئولیتی

11. Sheinman, Hanoch. "Contractual Liability and Voluntary Undertakings", Oxford Journal of Legal Studies 20, No. 2 (2000), p. 205.

۱۲. متعهد یعنی کسی که انجام تعهدی را برعهده گرفته، موظف و ملزم است تا در برابر متعهدله (کسی که تعهد به خواست و نفع اوست)، تعهد خود را انجام دهد و به این ترتیب از آن بری شود. اما گاهی متعهد نمی‌تواند تعهد خود را اجرا کند، در این صورت، معمولاً متعهد باید خسارت عدم انجام آن تعهد را به متعهدله بپردازد؛ مگر اینکه بتواند ثابت کند به سبب بروز حادثه‌ای ناگهانی یا فورس ماژور یا قوه قاهره به تعهد خود عمل نکرده است.

داشته باشد. برای مثال، چنانچه شرکت سیدگردان بدون داشتن مجوز به انعقاد قرارداد با مشتری اقدام کند، با توجه به اینکه صلاحیت و مجوز لازم را نداشته است، قرارداد منعقد شده نیز صحیح نخواهد بود؛ لذا آثار مسئولیت قراردادی نیز بر آن مترتب نمی‌شود و زیان دیده باید از طریق مسئولیت غیرقراردادی نسبت به جبران خسارت وارده اقدام نماید.

### ۳.۱.۲. عدم اجرای تعهدات مندرج در قرارداد یا تخلف از مفاد آن

قرارداد، سیدگردان را به اجرای موضوع قرارداد سیدگردانی که مهم‌ترین آنها، نگهداری، خرید یا فروش اوراق بهادار و تشکیل سبد بهینه و سودآور است، ملزم می‌کند؛ بنابراین، سیدگردان باید در راستای سودآوری برای سرمایه‌گذار، با لحاظ نمودن میزان ریسک‌پذیری سرمایه‌گذار، شرایط اقتصادی وقت و سایر فاکتورها در این خصوص، بر حسب نیاز به نگهداری، خرید یا فروش اوراق بهادار یا سایر دارایی‌های سرمایه‌گذار بپردازد. حال، چنانچه سیدگردان بنابه دلایل غیرمنطقی و غیرقابل قبول، از وظایف محوله و رسالت خود امتناع نماید، مسئول جبران خسارت وارده در این باره که همان عدم اجرای مفاد قرارداد یا تخلف از آن است، می‌باشد؛ برای نمونه، حسب قواعد کلی قانون مدنی، متعهد (سیدگردان) باید در اجرای فعالیت خود مصلحت و غبطه مشتری را رعایت کند و در چارچوب مفاد قرارداد و اختیاراتی که به او واگذار شده است، به فعالیت سیدگردانی اقدام نماید و اگر از موازین تعیینی تجاوز کند، مسئول خواهد بود.

### ۴.۱.۲. وجود ضرر

مکمل شرایط یادشده برای تحقق مسئولیت قراردادی، وجود ضرر است؛ زیرا هدف از مسئولیت قراردادی، جبران ضرر و خسارتی است که به زیان دیده وارد شده است و تا زمانی که ضرری وجود نداشته باشد، مسئولیت فاقد موضوع است. علاوه بر این، ضرر و خسارت وارده باید ناشی از تخلف از مفاد قرارداد باشد و همان‌طور که گفته شد مسئولیت قراردادی نسبت به ثالث موضوعیت ندارد. در خصوص ضرر، باید به موضوع تعهد به وسیله یا نتیجه بودن سیدگردان اشاره کرد؛ اینکه اگر تعهد سیدگردان را تعهد به نتیجه فرض نماییم، صرف عدم انجام مفاد قرارداد (یعنی عدم خرید یا فروش یا نگهداری اوراق بهادار) به معنای ایجاد ضرر است و سیدگردان مسئول جبران خسارت خواهد بود. ولی اگر تعهد او را تعهد به

وسيله بدانيم، عدم انجام مفاد قرارداد زمانی می‌تواند برای سبذگردان مسئولیت به‌همراه داشته باشد که بی‌مبالاتی و غفلت کرده یا مهارت لازم را نداشته باشد و از این طریق ضرری ایجاد شده باشد.

## ۲.۱.۵. وجود رابطه سببیت بین ضرر و تخلف از قرارداد

شرط دیگر مسئولیت قراردادی، وجود رابطه علیت بین نقض مفاد قرارداد و خسارت وارده است، به نحوی که بتوان زیان وارده را ناشی از تخلف از اجرای مفاد قرارداد دانست.<sup>۱۳</sup> لذا چنانچه زیان حاصله ناشی از تخلف از مفاد قرارداد نبوده و ارتباطی با عقد نداشته باشد، به صرف وجود قرارداد، مسئولیت ناشی از زیان وارد شده را نمی‌توان مسئولیت قراردادی نامید. تخلف از مفاد قرارداد یا عدم اجرای مفاد آن، به صورت های گوناگونی ممکن است خود را نشان دهد.<sup>۱۴</sup> واضح ترین نمونه تخلف از مفاد قرارداد سبذگردانی، زمانی است که سبذگردان اعلام نماید از انجام مفاد قرارداد یعنی نگهداری، خرید یا فروش اوراق بهادار استنکاف خواهد نمود. لذا صرف عدم انجام این موارد، با توجه به اینکه موضوع اصلی قرارداد سبذگردانی موارد یادشده است، موجب ایجاد مسئولیت قراردادی برای وی می‌شود. همچنین، چنانچه سبذگردان صرفاً نسبت به بخشی از وظایف خود کوتاهی نماید، مثلاً فقط به فروش اوراق بهادار اقدام نماید، درحالی که در آن زمان خرید اوراق بهادار نیز سودآور بوده است و از سایر وظایف خود امتناع نماید، موجب مسئولیت قراردادی برای او می‌شود. در موردی دیگر، حسب بند ۲ ماده ۸ دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبذگردانی، قرارداد سبذگردانی باید دارای مدت معین بوده و در قرارداد ذکر گردد؛ بنابراین، اگر سبذگردان در مدت تعیین شده در قرارداد، به مفاد آن عمل نکند یا به صورت ناقص عمل کند، تخلف از مفاد قرارداد تلقی می‌شود و مسئول جبران خسارات وارده به مشتری است. البته همان‌طور که گفته شد، صرف عمل نکردن به مفاد قرارداد در مدت تعیین شده، موجب مسئولیت نخواهد بود، بلکه این امر زمانی موجب مسئولیت است که اقتضائات عمل به مفاد قرارداد

۱۳. اردوان ارژنگ و سجاد رسولی جزئی، «مبانی شرعی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۹ (۱۳۹۸)، ص ۱۲.

۱۴. حمید ابهری، «جمع یا عدم امکان جمع مسئولیت قراردادی با مسئولیت قهری»، رویه قضایی (حقوق خصوصی)، ش ۲ (۱۳۹۵)، ص ۱۱.

(نگهداری، خرید یا فروش اوراق بهادار) و انجام معاملات سودآور و به نفع سرمایه گذار وجود داشته، لکن سببگردان از انجام این گونه فعالیت‌ها در مدت قرارداد امتناع کرده باشد. قسمت اخیر ماده ۲۲۶ قانون مدنی نیز که بیان می‌دارد: «... برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد، ...». مؤید همین امر است.<sup>۱۵</sup>

## ۲.۲. مسئولیت خارج از قرارداد

مسئولیت یا ناشی از نقض مفاد قرارداد است یا صرفاً ناشی از تخلف از مقررات قانونی که در این صورت، مسئولیت غیرقراردادی و قهری نامیده می‌شود. به عبارت دیگر، عدم رعایت تکالیفی که خارج از قرارداد بوده و در تراضی طرفین نیامده است، مسئولیت خارج از قرارداد گفته می‌شود.<sup>۱۶</sup>

نظر به اینکه سببگردانی یکی از نهادهای مؤثر و کارآمد در بورس اوراق بهادار شمرده می‌شود و در چند سال اخیر از جایگاه ویژه‌ای برخوردار شده است و نیز با توجه به تخصصی بودن موضوع فعالیت آن، مراجع قانون گذاری در این راستا نسبت به تدوین و تصویب مقررات و قوانین ویژه‌ای اقدام نموده‌اند که می‌توان مواردی را همچون داشتن مجوز تأسیس، داشتن مجوز فعالیت، به کارگیری افراد متخصص در زمینه سببگردانی نام برد. صرف تخلف از این قوانین و مقررات، موجب ایجاد مسئولیت برای متخلف نمی‌شود، بلکه وجود رابطه سببیت است که قواعد مسئولیت غیرقراردادی را بر وی بار می‌نماید.

موضوعی که ممکن است مطرح گردد این است که در صورتی که مسئولیت سببگردان از نوع مسئولیت قراردادی باشد و در عین حال، تجاوز از تکالیف قانونی نیز به حساب آید، آیا برای زیان دیده امکان استناد به مسئولیت غیرقراردادی برای جبران خسارتش وجود دارد؟ یا صرفاً می‌تواند به استناد مسئولیت قراردادی جبران خسارت نماید. در پاسخ باید گفت، اصولاً چنین امکانی برای او وجود دارد و زیان دیده در انتخاب هر دو مینا آزاد است؛ مشروط به اینکه قرارداد بیهوده نشود و مفاد تراضی از اثر نیفتد؛ زیرا دادن چنین اختیاری به زیان دیده

۱۵. محمود مولوی، مسئولیت قراردادی، (شیراز: کتیبه نوین، چ ۱، ۱۳۹۷)، صص ۴۲-۵۷.

16. Gargantini, Matteo, Capital Markets and the Market for Judicial Decisions: in Search of Consistency. No. 1. MPILux Working Paper, (2016), p. 9.

تعادل بین دو عوض و نظمی را که طرفین هنگام تراضی در تعهدات خود در نظر داشته‌اند برهم می‌زند و موجب خلل در نظم ایجاد شده ناشی از قرارداد می‌گردد. برای مثال، همان‌گونه که اشاره شد، برابر بند ۴ ماده ۸ دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبدگردان، باید مسئولیت‌های سبدگردان در قبال خدمات ارائه شده به مشتری و ضمانت‌های اجرای آن در قرارداد بیان گردد. حال اگر در این راستا، مبلغ مشخصی به‌عنوان ضمانت اجرا بین سبدگردان و مشتری در قرارداد تعیین شده باشد، در صورت ورود زیان از طرف سبدگردان به مشتری، مشتری نمی‌تواند با این عنوان که در قانون (تبصره ۳ ماده ۳۳ دستورالعمل پیش گفته) نیز در صورت تخلف سبدگردان، وی را مسئول جبران خسارت می‌شناسند، مبلغی بیش از آنچه در قرارداد ذکر شده است، از سبدگردان دریافت نماید. برای تحقق مسئولیت خارج از قرارداد که گفتیم همان مسئولیت مدنی به معنای خاص است، باید شرایطی وجود داشته باشد که به‌طور مختصر به آنها اشاره می‌شود:

#### ۱.۲.۲. ضرر

نخستین رکن تحقق مسئولیت مدنی، وجود ضرر یا ورود ضرر است. هرگونه بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، تقصیر و یا حتی عمد اشخاص تا زمانی که موجب ورود و ایجاد ضرر به دیگری نگردد، مسئولیت مدنی را به‌همراه ندارد. در واقع، هرچند ارتکاب تقصیر مسلم است، لکن چون زیانی به‌بار نیامده، مسئولیت مدنی هم پدید نخواهد آمد؛ به عبارت دیگر، با توجه به اینکه هدف از مسئولیت مدنی، جبران خسارت است، لذا به صرف تخلف و تقصیر، مسئولیتی ایجاد نمی‌شود، بلکه باید خسارتی وارد شود تا قابلیت مطالبه را داشته باشد.<sup>۱۷</sup> باید بیان داشت که ضرر دارای انواع و شرایطی است که موضوع این تحقیق نیست. برای نمونه، چنانچه در سبدگردانی، مشتری هزینه‌هایی را از جمله پرداخت حق الزحمه به سبدگردان تحمیل کرده باشد و در عین حال، به واسطه عدم خرید یا فروش اوراق بهادار مربوط به مشتری در موقعیت مناسب، از سوی سبدگردان ضرری به او بار گردد، سبدگردان مسئول جبران است.

۱۷. احمد دیلمی و سید روح‌الله قاسم‌زاده، «مسئولیت مدنی ناشی از خطرهای ناشناخته فرآورده در حقوق ایران و فقه امامیه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۵ (۱۳۹۶)، صص ۳۲-۳۳.

## ۲.۲.۲. فعل زیان بار

صرف تحقق ضرر برای ایجاد مسئولیت مدنی کفایت نمی‌کند، بلکه فعل زیان بار، شرط دیگر تحقق آن است. این فعل نباید مجوز قانونی داشته باشد و یا اینکه از نظر اجتماعی نوعی هنجارشکنی محسوب گردد. فعل زیان بار ممکن است به صورت فعل یا ترک فعل باشد. دسته ویژه از دارندگان اولیة اطلاعات نهانی، افراد حرفه‌ای و متخصصانی هستند که در تولید اطلاعات نهانی نقش نداشته، در استخدام شرکت نیز نبودند، ولی در جریان ارائه خدمات مختلف، به اطلاعات نهانی دست پیدا می‌کنند. این افراد که به‌طور موردی و موقت به اطلاع نهانی دست می‌یابند، معمولاً وکلای حقوقی، حساب‌رسان، مشاوران، شرکت‌های سیدگردان و... را شامل می‌شوند که بر تصمیم‌های مهم شرکت تأثیرگذار هستند و برای ارزیابی اهمیت فعالیت‌های شرکت، اطلاعات کافی و تخصصی دارند. صرف افشای اطلاعات نهانی نمی‌تواند برای تحقق مسئولیت مدنی کافی باشد و علاوه بر افشای اطلاعات باید معامله‌ای نیز با استفاده از اطلاعات نهانی صورت گیرد و حتی می‌توان گفت بدون انجام معامله بر اساس اطلاعات نهانی، تصور ورود ضرر به صرف افشای اطلاعات مشکل باشد. لذا در موضوع مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانی در بازار بورس اوراق بهادار، فعل زیان بار انجام معامله با استفاده از اطلاعات نهانی عبارت است از معامله سهام شرکت با استفاده از اطلاعات محرمانه‌ای که شخص از طریق رابطه امانی خود با شرکت تحصیل نموده است. به عقیده برخی دیگر، معامله با اطلاعات نهانی به مفهوم خرید و فروش اوراق بهادار بر مبنای اطلاعاتی که در دسترس عموم قرار نگرفته است. در حقوق ایران، در قوانین و مقررات، قانون‌گذار در زمینه مسئولیت مدنی ناشی از افشاکندگان اطلاعات نهانی و به تبع آن در مورد شرایط تحقق مسئولیت، بحثی را مطرح نکرده و تنها انجام معامله بر اساس اطلاعات نهانی را جرم تلقی نموده است.<sup>۱۸</sup>

## ۳.۲.۲. رابطه سببیت

شرط سوم تحقق مسئولیت مدنی، وجود رابطه بین ضرر واردشده با فعل زیان بار است.

۱۸. علیرضا باریکلو و نعمت‌الله سید هاشمی، «تأثیر بیمه بر بازدارندگی حقوق مسئولیت مدنی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، صص ۳۸-۳۹.

به عبارت دیگر، ضرر از آن فعل زیان بار ناشی شده باشد، به طوری که این امر احراز شود که بدون آن فعل، ضرری واقع نمی‌شد.<sup>۱۹</sup>

اثبات ورود ضرر به زیان دیده و همچنین ارتکاب تقصیر یا وقوع فعلی از طرف خواننده، یا کسانی که مسئولیت اعمال آن با اوست، به تنهایی دعوی خسارت را توجیه نمی‌کند. باید احراز شود که بین دو عامل ضرر و فعل زیان بار رابطه سببیت وجود دارد؛ یعنی ضرر از فعل ناشی شده است. در واقع، اثبات این رکن دشوارترین مرحله دعوی مسئولیت است. برای اینکه حادثه‌ای سبب محسوب شود، باید آن حادثه در زمره شرایط ضروری تحقق ضرر باشد؛ یعنی احراز شود که بدون آن، ضرر واقع نمی‌شد. قاعده تمییز سبب را باید چنین خلاصه کرد: «سبب عاملی است که هم در ایجاد حادثه زیان بار دخالت دارد و هم شرط ضروری آن است، مگر اینکه اهمیت دخالت آن در ایجاد حادثه چندان قوی و مهم باشد که بتوان گفت، به تنهایی و قطع نظر از سایر عوامل، ضرر را ایجاد کرده است». در هر حال، رابطه میان سبب، (فعل زیان بار) و ضرر باید حاوی دو شرط اساسی باشد: ۱. مسلم باشد یا دست کم به ظنی متکی شود که عرف و عقل به آن اعتماد می‌کند و ۲. مستقیم باشد و سبب دیگری آن رابطه عرفی را قطع نکند.

بنابراین با جمع همه این شرایط، زیان دیده می‌تواند با ارائه دادخواست ضرر و زیان، ضمن رسیدگی کیفری یا طی دعوی مستقل مسئولیت مدنی در هیئت داوران موضوع ماده ۳۶ قانون بازار، جبران خسارت وارده بر خود را مطالبه کند. در دعوی مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانی از سوی دارندگان اطلاعات یادشده، اثبات عنصر تقصیر و ضرر دشوار نیست، لیکن اثبات رابطه سبب دشوار است؛ چراکه در هر دوره اسباب متعددی موجب نوسان قیمت سهام در بازار می‌شوند. برای مثال، اگر افشای اطلاعات نهانی از جانب دارندگان اطلاعات نهانی، با تحریم‌های اقتصادی از سوی کشورهای خارجی، نوسانات شدید نرخ ارز و یا نکول بخش مهمی از اعتبارات اسنادی صادره از سوی بانک همراه شود،

۱۹. علی انصاری و حجت مبین، «تحلیل مسئولیت مدنی شرکت بورس در معاملات اوراق بهادار با تکیه بر فرض عدم قطعیت معامله در رویه هیئت داوران»، بورس اوراق بهادار، ش ۱۰ (۱۳۸۹)، ص ۹۸.

تشخیص اینکه کدام عامل موجب کاهش قیمت سهام شده، امر بسیار دشواری است.<sup>۲۰</sup>

### ۳. تحلیل ضمانت اجرای نقض تعهدات

در صورتی که متعهد به میل و رغبت خود و یا پس از مطالبه متعهدله، از ایفای تعهد سرپیچی کند، قانون، حقوق و اختیاراتی را برای متعهدله در نظر گرفته که با اعمال آنها می‌تواند به عین موضوع یا بدل آن دست یابد. بر همین اساس، ضمانت اجرای مقرر در قانون به شرح زیر بیان می‌شوند:

#### ۳.۱. حق اجبار به اجرای عین تعهد

اجبار به اجرای عین تعهد، اولین حقی است که متعهدله در سایه آن می‌تواند متعهد را ملزم به اجرای مفاد قرارداد نماید و به موجب این حق هرگاه متعهد از وفای به عهد خودداری کند، متعهدله حق دارد با استفاده از قوای عمومی و مثلاً با استفاده از اجرائیه صادره از سوی دایره ثبت یا قرار و حکم صادره از سوی دادگاه، متعهد را به اجرای عین تعهد ملزم نماید. انجام تعهد در حقوق مدنی ما به دو شیوه مطرح شده است: ۱. در قسمت مربوط به تخلف از شروط قراردادی؛ ۲. در احکام مربوط به عقد بیع.

رعایت اصل لزوم در قراردادها مانع از این می‌شود که طرفین از انجام تعهد خودداری کنند. متعهد باید آنچه را به عهده گرفته است، اجرا کند، در صورت خودداری از اجرای تعهد، به موجب حکم قانون ملزم به انجام تعهد می‌شود. در این خصوص تفاوتی بین شروط مورد تعهد و خود تعهد اصلی وجود ندارد. باید در نظر داشت که متوسل شدن به این ضمانت اجرا مستلزم تحقق شرایطی است و نمی‌توان هر متخلفی را به انجام تعهد ملزم کرد؛ به عبارتی تعهدی به موقع اجرا گذاشته می‌شود که امکان اجرای آن وجود داشته باشد. در صورت عدم امکان اجرای تعهد، الزام به انجام آن عملی بیهوده خواهد بود. از طرفی، باید به این امر هم توجه داشت که تشخیص عدم امکان اجرای تعهد طبعاً نوعی و برعهده عرف و عادت خواهد بود. هرچند اجرای تعهد مستلزم هزینه زیادی برای متعهد است، ولی در صورت تخلف از

۲۰. جمال مرادی، ماهیت حقوقی و قواعد حاکم بر سببگردانی اوراق بهادار، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۸، ص ۱۰۴.

تعهد باید وی را به ایفای تعهد ملزم کرد. از مهم‌ترین عواملی که می‌تواند جواز الزام به انجام شود، لزوم فرا رسیدن زمان اجرای تعهد است. تعهدی که موعد آن نرسیده باشد، قابل مطالبه نیست و نمی‌توان متعهد را به انجام آن ملزم کرد. در ماده ۲۳۷ قانون مدنی می‌خوانیم: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً کسی که ملزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید». به موجب این ماده، ضمانت اجرای تخلف از شرط، اجبار متخلف به انجام شرط است. این حکم از نظریه مشهور در فقه پیروی می‌کند. هرگاه تعهد ناشی از شروط ضمن عقد باشد و متعهد از انجام آن خودداری کند، دو نظریه در فقه وجود دارد؛ نخست اینکه متعهدله به صرف عدم انجام تعهد، حق دارد اجرای آن را مطالبه کند و اجبار متعهد به انجام آن را از دادگاه بخواهد. طبق این نظریه، عدم انجام تعهد ناشی از شرط دو ضمانت اجرا را به صورت عرضی در پی خواهد داشت: الف) بقا بر تعهد ناشی از شرط و الزام متعهد به انجام آن از طریق حاکم و دادگاه. ب) متعهدله به صرف تحقق تخلف ناشی از شرط، بدو حق فسخ تعهد را دارد و نیازی برای رجوع به حاکم جهت الزام وی به انجام تعهد نیست. لذا این دو راه حل هیچ کدام بر دیگری برتری ندارد و اختیار انتخاب آن بر متعهدله نهاده شده است تا به هر وسیله‌ای بخواهد از ضرر به خود جلوگیری کند. نظریه دوم مقرر می‌دارد که متعهدله باید ابتدا اجرای تعهد را از متعهد بخواهد و چنانچه اجبار وی امکان نداشته باشد و او نخواهد تعهد را اجرا کند، در این صورت می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. طبق این نظریه، بین حق الزام به انجام تعهد و حق فسخ رابطه طولی وجود دارد؛ یعنی انجام حق دومی مستلزم اعمال حق اولی است و متعهدله اختیاری در گزینش ندارد، بلکه باید به این ترتیب این ضمانت اجراها را به اجرا بگذارد. قانون مدنی ما نظریه دوم را که در فقه مشهورتر است به صورت یک قاعده کلی پذیرفته است. در ماده ۲۳۹ می‌خوانیم: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط، ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». در مورد اصل تعهد نیز قانون مدنی در ماده ۳۷۶ مقرر می‌دارد: «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود». لذا در قرارداد سب‌گردانی نیز چنانچه سب‌گردان به مفاد قرارداد خود عمل نکند، سرمایه‌گذار به منظور

جلوگیری از ورود ضرر می‌تواند به هیئت داورى رجوع نماید و حق خود را طلب کند. در ادامه با بررسی نمونه رأی هیئت داورى بورس به این موضوع می‌پردازیم.

### ۲.۳. حق حبس

هرگاه یکی از طرفین عقد قرارداد با اتکا به ضوابط و مقررات قانونی و با استفاده از ابزاری بتواند طرف دیگر را از نیل به مقاصدش در تخلف از اجرای تعهد بازدارد و منافع مورد نظر او را تهدید کند، بالطبع آن وسیله می‌تواند به‌عنوان یک ضمانت اجرا برای قرارداد فی‌مابین تلقی شود. طبق ماده ۳۳ دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبذگردان: «تخلف سبذگردان از قرارداد سبذگردانی یا مفاد این دستورالعمل، بر اساس دستورالعمل مربوطه رسیدگی می‌شود، در صورت احراز تخلف، مرجع رسیدگی‌کننده متناسباً یک یا چند مورد از تنبیهات زیر را در نظر می‌گیرد: ... تعلیق فعالیت شعبه یا نمایندگی که تخلف از طریق آن صورت پذیرفته حداکثر تا یک سال؛

الزام به تعطیلی شعبه یا نمایندگی که تخلف از طریق آن صورت پذیرفته؛ محدود کردن فعالیت سبذگردان حداکثر تا یک سال؛ محرومیت از ارائه خدمات سبذگردانی حداکثر تا یک سال؛

تعلیق مجوز فعالیت سبذگردانی برای مدت حداکثر تا یک سال؛ تعلیق سایر فعالیت‌های سبذگردان به مدت حداکثر تا یک سال؛ لغو مجوز فعالیت سبذگردانی؛ لغو مجوز تأسیس سبذگردان؛ ...».

### ۳.۳. حق فسخ

یکی دیگر از ضمانت‌اجراهای موجود در قانون در صورت تخلف متعهد از انجام تعهد خویش، حق فسخ تعهد است. مبنای فسخ تعهد می‌تواند ناشی از شرط قراردادی باشد یا ناشی از موارد فسخ یادشده در قانون. ولی آنچه مورد بحث است، در واقع حق فسخ ناشی از تخلف از انجام تعهد است و اینکه آیا ضمانت اجرای تخلف از تعهد می‌تواند فسخ تعهد باشد یا خیر؟ ماده ۲۳۹ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط، ممکن نباشد طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت». پس همان‌طور

که ملاحظه می‌شود، تحقق حق فسخ در تعهدات ناشی از شروط قراردادی در مرحله پس از الزام و اجبار متعهد به انجام تعهد و در نتیجه عدم انجام متعهد به تعهد خویش است<sup>۲۱</sup>. سب‌گردان ملزم است در صورت حدوث شرایط مندرج در ماده ۹ دستورالعمل تأسیس و فعالیت سب‌گردانی، مشتری را از آنها مطلع سازد، در غیر این صورت قرارداد خودبه‌خود منفسخ می‌گردد و نیز سب‌گردان باید کلیه مطالبات مشتری را به وی پرداخت نماید. شرایط یادشده عبارت‌اند از: ۱. تعلیق مجوز فعالیت سب‌گردان به قسمی که انجام تمام یا بخشی از موضوع قرارداد با مشتری بیش از ۱۵ روز ممکن نباشد (مگر با توافق کتبی مشتری ظرف هفت روز کاری پس از تعلیق)؛ ۲. لغو مجوز تأسیس یا فعالیت سب‌گردان؛ ۳. ورشکستگی یا انحلال سب‌گردان؛ ۴. کناره‌گیری از فعالیت سب‌گردانی.

#### ۴. جریان پرونده

مطابق گردش کار موجود در پرونده، خواهان، یک شرکت خصوصی است و خواننده، شرکتی دارای مجوز سب‌گردانی. موضوع اختلاف خواهان و خواننده قرارداد سب‌گردانی است. خواسته عبارت است از «صدور حکم بر محکومیت شرکت خواننده و امین سب‌گردان به جبران خسارت وارده به شرکت موکل...». بر اساس محتویات پرونده، وکلای خواهان با استناد به مدارک و قراردادهای فی‌مابین مدعی هستند شرکت خواننده در مقام سب‌گردان و به موجب قرارداد مجموعاً مبلغ پنجاه میلیارد ریال از شرکت موکل بابت خرید و فروش و نگهداری اوراق بهادار، دریافت و در همین راستا مدیریت شرکت خواننده به‌منظور تشویق شرکت خواننده به سرمایه‌گذاری متعهد شده است که علاوه بر استرداد اصل سرمایه مأخوذ، در پایان مدت قرارداد، سود سالانه حداقل مورد انتظار معادل ۲۰ درصد را تضمین و پرداخت نماید. بر اساس گردش کار موجود، شرکت خواهان بر مبنای توافقات حاصله مبلغ بیست میلیارد ریال طی قرارداد اول به‌عنوان سرمایه اولیه در اختیار شرکت سب‌گردان (خواننده) قرار داده است، سپس شرکت سب‌گردان به‌منظور تضمین و اطمینان شرکت موکل (خواهان) یک فقره ضمانت‌نامه بانکی به مبلغ ۲۴ میلیارد ریال (معادل اصل سرمایه اولیه، به اضافه ۲۰

۲۱. مه‌ران نوروزی، «بررسی و تحلیل ضمانت اجرای تخلف از انجام تعهد در حقوق ایران»، بین‌المللی قانون‌یار، ش ۹ (۱۳۹۸)، صص ۲۱۰-۲۱۳.

درصد حداقل سود تضمین شده) صادر و در اختیار شرکت خواهان قرار می‌دهد. متعاقب آن، شرکت خواهان به موجب قرارداد متمم مبلغ سی میلیارد ریال دیگر به عنوان افزایش سرمایه در اختیار سیدگردان قرار داده، شرکت سیدگردان (خوانده) مطابق معمول، یک فقره چک به مبلغ ۳۶ میلیارد ریال (معادل اصل سرمایه به اضافه ۲۰ درصد حداقل سود تضمین شده) صادر کرده و در اختیار خواهان گذاشته است. مدت قرارداد نیز یک سال تعیین شده است؛ به عبارتی، شرکت خوانده برای یک دوره یکساله از تاریخ ۱۸ تیر ۱۳۹۲ لغایت ۱۸ تیر ۱۳۹۳ معادل ۶۰ میلیارد ریال بابت اصل سرمایه به علاوه ۲۰ درصد سود مورد انتظار سرمایه‌گذار را تضمین و تعهد کرده است. پس از انقضای مدت قرارداد، شرکت خواهان برای تعیین تکلیف اصل سرمایه خود و سود تضمین شده، از خوانده ارائه گزارشی از عملکرد سیدگردان را درخواست می‌نماید که پس از تعلل و تأخیر شرکت خوانده، ارزش روز دارایی‌های موکل (خواهان) در پایان مدت قرارداد را مبلغ ۴۱,۱۲۳,۵۶۸,۳۴۶ ریال اعلام نموده است. شرکت خواهان ضمن اعتراض به گزارش موصوف، خواستار استرداد اصل سرمایه (۵۰ میلیارد ریال) به انضمام سود مورد توافق و تضمین شده مجموعاً برابر با ۶۰ میلیارد ریال می‌شود. بنابر گردش کار موجود در پرونده، شرکت خوانده پس از انقضای قرارداد و بی‌اذن خواهان، اقدام به انجام معامله در دارایی‌های سید اختصاصی خواهان می‌نماید و علی‌رغم اعتراض به عملکرد خوانده، همچنان به تخلف و رفتار غیرقانونی ادامه داده، به‌ناچار شرکت خواهان یکی از چک‌های خوانده را به بانک محال‌علیه جهت وصول مبلغ ۳۶ میلیارد ارائه می‌نماید. پس از صدور گواهی عدم پرداخت از سوی بانک یادشده، خوانده اقدام به صدور و جایگزینی دو فقره چک هر کدام به مبلغ ۱۸ میلیارد ریال و تحویل به خواهان نموده که وجود چک‌های یادشده در حق خواهان کارسازی و پرداخت شده است. مطابق گزارش گردش کار، خواهان مدعی شده که خوانده پس از انقضای مدت قرارداد سیدگردانی، بدون انعقاد قرارداد جدید و یا بدون اذن خواهان اقدام به فروش سهام سید اختصاصی وی کرده و وجه حاصل از فروش به حساب مندرج در قرارداد اولیه و به حساب خواهان واریز نشده و تلقی به خیانت در امانت شده است. به علاوه خوانده به شرکت خواهان اعلام کرده که جهت تأمین وجه چک ۳۶ میلیارد ریالی و به منظور ایفای تعهدات خویش اقدام به فروش و انتقال کلیه دارایی‌های سید اختصاصی شرکت خواهان نموده و بدین لحاظ نه تنها بدهکار نیست که

مبلغ ۹,۸۰۲,۶۱۸,۲۱۲ ریال از خواهان طلبکار است. با این حال، برابر خواسته صدور حکم تقاضا شده و به‌علاوه تأخیر بیش از یک سال، هزینه دאوری و حق الوکاله و کیل نیز درخواست گردیده است. در مقابل ادعای خواهان، مدیر عامل خواننده دفاعیاتی را مطرح کرده که به اختصار عبارت است از: «شرکت خواننده، قرارداد سب‌گردانی با تضمین حداقل ۲۰ درصد سود نسبت به مبلغ ۵۰,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال را تنها برای مدت یک سال با شرکت خواهان منعقد نموده و تضامین کافی نیز به خواهان تسلیم شده است ولی به دلیل بحران‌های مختلف اقتصادی و بالمآل شرایط حاکم بر بورس نتوانسته این تعهد را در عمل به انجام رساند، ضمن آنکه تضمین ۲۰ درصد سود هیچ‌گاه مکتوب نشده است در پایان مدت قرارداد با توجه به شرایط حاکم بر بورس و بحران بازار سهام، تمدید قرارداد دور از عقل بود؛ لذا متمم قرارداد با شرایط عادی تنظیم و جهت امضاء مسئولین شرکت خواهان ارسال که این متمم قرارداد از جمله ضامنه دادخواست از سوی خواهان به داوری ارائه شده است و علی‌رغم انجام مذاکرات جهت نیل به توافق بهتر که نتیجه‌ای نداشت، هیچ‌گاه شرکت خواهان دستور فسخ قرارداد را به شرکت خواننده اعلام ننموده و بلکه با توجه به مذاکرات و ارائه پیشنهادات، با ادامه قرارداد اولیه موافقت ضمنی داشته‌اند و هیچ‌گاه در ادامه قرارداد تأمین سود ۲۰ درصد در شرایط بحرانی مورد پذیرش این شرکت (خواننده) قرار نگرفته است و لازم به ذکر است که ارسال متمم قرارداد برای امضاء به شرکت خواهان به معنای اعلام انقضای قرارداد قبلی است و مدیران شرکت خواهان با اختیار خود می‌توانستند پس از دریافت متمم قرارداد، توقف عملیات را اعلام نمایند که چنین نشده است و فروش سهام بر اساس درخواست شفاهی و کتبی شرکت خواهان صورت گرفته است».

خواننده در پایان لایحه‌ای که ارائه نموده، اشعار داشته است: «این شرکت (خواننده) همچنان به تعهد خود مبنی بر تضمین ۲۰ درصد سود سالیانه نسبت به اصل سرمایه و بر اساس قرارداد تأییدشده سازمان بورس برای مدت یک سال طول قرارداد اولیه پایبند می‌باشد و علی‌رغم مشکلات موجود تعهد خود را انجام خواهد داد و فقط توقع داشته که این تعهد با موافقت خواهان به صورت اقساط به‌موقع اجرا دربیاید چراکه پرداخت مبلغ ۲۴,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال به صورت یکجا از توان شرکت خواننده خارج است».

از گزارش مفاد گردش کار به نظر می‌رسد که وکیل خواهان، سود ۲۰ درصد بعد از اتمام مدت قرارداد را مطالبه نموده است و البته هرگونه موافقت با تمدید قرارداد را نیز نپذیرفته است. در مقابل، مدیر خوانده تأکید کرده که ۲۰ درصد سود تضمینی فقط برای سال اول بوده است، زیرا اگر غیر از این می‌بود تضمین جدیدی داده می‌شد؛ درحالی که برای سال دوم چیزی را نپذیرفته‌اند، چون شرایط حاکم بر بورس به گونه‌ای بود که چنین امکانی وجود نداشت. پس خسارت وارده متوجه خواهان است، زیرا قراردادی که تضمینی بوده پس از انقضای مدت قرارداد تبدیل به قرارداد عادی شده است، و سود و زیان برای مشتری (سیدگذار) است نه برای کارگزاری، چون شرکت سیدگردان فقط کارمزد دریافت می‌کند. در ادامه، وکیل خواهان اعلام کرد: «حتی با فرض اینکه قرارداد برای سال دوم منعقد نشده با انقضای مدت ایشان ۲,۴۰۰ میلیون تومان به خواهان بدهکار است این دین مسلم و مستقر است و بیش از سی ماه نیز باید سود تأخیر را بپردازند». وکیل خواهان در پاسخ به این سؤال دآوری که بعد از اتمام قرارداد اول، آیا رابطه سیدگردانی همچنان ادامه داشته است یا خیر، پاسخ داد «به هیچ عنوان با تمدید قرارداد موافقت نکرده‌ایم و حتی پیش‌نویس تهیه‌شده آن را نیز امضاء نکردیم. قرارداد در ۱۳۹۳/۰۳/۲۶ خاتمه پیدا کرد و رابطه قراردادی نداشتیم ولی اموال ما در اختیار خوانده قرار داشت و قانون تأخیر تأدیه و پرداخت دین و ایفای تعهدات را بر اساس شاخص بانک مرکزی معین می‌کند».

#### ۱.۴. چالش‌های موجود در جریان پرونده

سیدگردان، با توجه به ضوابطی که بر نحوه تشکیل و فعالیت آن حاکم است و نیز نظر به تخصصی و حرفه‌ای بودن نوع فعالیت آن، در صورت ارتکاب هرگونه تخلف و یا خطایی در اجرای فعالیت حرفه‌ای خود، مرتکب تقصیر حرفه‌ای شده و مسئول جبران خسارات وارده از این بابت خواهد بود. پرسش قابل طرح در مسئولیت حرفه‌ای سیدگردان، این است که آیا تقصیر و خطای ارتكابی از سوی سیدگردان در این نوع از تقصیر، ناشی از قرارداد است یا قانون؟ چراکه علاوه بر قرارداد فی‌مابین مشتری و سیدگردان، قانون‌گذار نیز در دستورالعمل تأسیس و فعالیت سیدگردان، ضوابط و مقرراتی را بر سیدگردان وضع نموده که تخلف از هریک از آن‌ها را موجب ضمان و مسئولیت برای سیدگردان در نظر گرفته است؛ بنابراین،

این تردید حاصل می‌شود که در اینجا، آیا سبذگردان از مفاد قرارداد تخطی کرده است یا قانون؟ زیان دیده اختیار دارد برای جبران خسارت به هریک از مفاد قرارداد یا قانون استناد کند، مشروط بر اینکه استناد او به قانون، تراضی، تعادل و نظم حاصل از قرارداد را برهم نزند. به‌طور کلی باید این نوع از تقصیر (تقصیر حرفه‌ای) را قراردادی شمرد.

لذا چالش‌های موجود در جریان پرونده در سه طبقه به شرح زیر قابل بررسی است:

#### ۴.۱.۱. تضمین اصل سرمایه و سود معین

شرکت خوانده برای یک دوره یکساله معادل ۶۰ میلیارد ریال بابت اصل سرمایه به‌علاوه ۲۰ درصد سود مورد انتظار سرمایه گذار را تضمین و تعهد کرده است. منتها در پایان قرارداد، خوانده مدعی شده به دلیل بحران‌های اقتصادی نتوانسته است به تعهدات خود عمل کند. از طرفی، برای جبران خسارت اقدام به ارسال متمم قرارداد با شرایط عادی نموده، که پاسخی دریافت نکرده است. طبق دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبذگردان، از جمله تکالیف سبذگردان در قبال مشتری، شامل موارد زیر است:

الف) عدم انعقاد قراردادی که محدودکننده وظایف سبذگردان باشد. هرگونه مفاد قراردادی که به محدود شدن وظایف سبذگردان منجر شود، به‌طوری که نتواند تمام یا بخشی از وظایف خود را مطابق وظایف مقرر در دستورالعمل انجام دهد و یا اینکه مسئولیت‌های سبذگردان را کمتر از حد مقرر در دستورالعمل وارد نماید، در مقابل مشتری قابل پذیرش نبوده، مجاز نیست و به تبع آن باید سبذگردان را مسئول دانست. این محدودیت در بند ۳ ماده ۱۶ دستورالعمل برای سبذگردان آمده است. لذا شرکت سبذگردان به‌عنوان یک نهاد مالی حرفه‌ای با علم به این موضوع که شرایط بازار سرمایه و رفتار سرمایه‌گذاران فعال در آن باثبات نیست، نایستی چنین شروطی را مطرح می‌کرد.

ب) عدم دریافت وام از مشتریان یا اعطای وام به آنان. به‌صراحت بند ۵ ماده ۱۶ دستورالعمل، سبذگردان از اعطای وام به مشتریان یا دریافت وام از آنان که طرف قرارداد سبذگردانی یا سبذگردان می‌باشند، منع شده است. از این ماده نیز چنین برداشت می‌شود که دریافت سود مشخص از سوی سبذگردان با توجه به شرایط و نوسانات موجود در بازار

سرمایه ممکن نیست و نایستی به پرداخت تضامین مشخص به سرمایه‌گذار اقدام شود.

#### ۴.۱.۲. ارائه گزارش با تأخیر

خواهان مدعی است در پایان قرارداد پس از درخواست گزارش، سیدگردان گزارش مورد نیاز را با تأخیر ارسال کرده است. در این خصوص نیز طبق دستورالعمل مصوب سازمان، سیدگردان موظف است در زمان‌بندی‌های تعیین‌شده در قرارداد، محتوا و گزارش‌های مورد درخواست مشتری را به نحوی که توافق شده است، در اختیار او قرار دهد. در این خصوص سیدگردان باید محدودیت‌ها و الزامات مندرج در دستورالعمل را رعایت نماید. مبنای قانونی برای این تعهد، بند ۸ ماده ۸ دستورالعمل است. بر اساس این بند، طرفین قرارداد می‌توانند در خصوص نحوه، زمان بندی و محتوای گزارش توافق نمایند، اما این توافق نباید با مقررات موجود در دستورالعمل در تضاد باشد. همچنین مطابق ماده ۲۸ دستورالعمل نیز مدت زمان‌بندی‌ها و دوره‌های تعیین‌شده برای ارائه گزارش نباید بیش از ۶ ماه باشد.

#### ۴.۱.۳. معامله با دارایی‌های سید اختصاصی پس از انقضای قرارداد

بنابر گردش کار موجود در پرونده، شرکت خواننده پس از انقضای قرارداد و بی‌اذن خواهان، اقدام به انجام معامله در دارایی‌های سید اختصاصی خواهان نموده و این موارد را نقض کرده است: الف) ارجح بودن منافع مشتری. وفق ماده ۱۴ دستورالعمل «در صورت وجود تضاد منافع بین سیدگردان و مشتری وی، اولویت با منافع مشتری خواهد بود». ب) طبق بند ۷ ماده ۱۶، سیدگردان نمی‌تواند از دارایی مشتریان خود، چه به صورت مستقیم و چه غیرمستقیم، به نفع خود یا به نفع اشخاص وابسته خود استفاده نماید؛ در صورتی که سیدگردان به منظور پرداخت خسارت مشتری بدون اذن وی اقدام به سرمایه‌گذاری مجدد کرده است.

#### ۵. متن رأی هیئت داوری

هیئت داوری بورس مطابق دادنامه شماره ۹۵۱۱۰۰۰۸۴ (تاریخ صدور، ۱۳۹۵/۱۲/۱۶) در دعوای شماره کلاسه ۹۵۰۰۰۳۱ به خواسته صدور حکم بر محکومیت شرکت خواننده و امین سیدگردان به جبران خسارت وارده به شرکت موکل مشتمل بر استرداد حداقل مبلغ

۶,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال به انضمام مجازات‌های مقرر در قانون بازار اوراق بهادار (بند ۳ ماده ۴۶) و دیگر مجازات‌های مقرر در قانون یادشده و سایر قوانین موضوعه به شرح متن دادخواست، چنین رأی صادر نمود: «در خصوص ادعای خواهان به طرفیت شرکت خوانده به شرح خواسته صدرالاشعار، هیئت داورى مواردی را مورد بررسی و امعان نظر قرار می‌دهد: ۱. رابطه حقوقی طرفین منبث از قرارداد سب‌گردانی اختصاصی اوراق بهادار به شماره ۹۲/۱۶ مورخ ۹۲/۰۳/۲۶ می‌باشد که در طرح دعوا از سوی شرکت خواهان و پاسخ دعوا از سوی شرکت خوانده مورد استناد قرار گرفته است و به موجب آن شرکت خوانده سب‌گردان و شرکت خواهان سرمایه‌گذار تعرفه و قرارداد را امضاء نموده‌اند و مدت قرارداد یک‌ساله از ۹۲/۰۳/۲۶ لغایت ۱۳۹۳/۰۳/۲۶ با سود سالانه ۲۰ درصد حسب مفاد قرارداد و اقرار خوانده مقرر شده است. ۲. به موجب ماده ۶ قرارداد موصوف سرمایه‌گذار (خواهان) مبلغ بیست میلیارد ریال وجه نقد و متمم قرارداد سب‌گردانی مبلغ سی میلیارد ریال وجه نقد، جمعاً پنجاه میلیارد ریال معادل پنج میلیارد تومان، به منظور سب‌گردانی و افزایش سرمایه در اختیار سب‌گردان (خوانده) قرار داده است؛ و سب‌گردان ضمانت‌نامه حسن انجام تعهدات به مبلغ بیست و چهار میلیارد ریال به ذی‌نفعی خواهان تسلیم و تعهد نموده است. به‌علاوه بعد از دریافت فقره دوم به عنوان افزایش سرمایه به موجب قرارداد متمم یک فقره چک عهده بانک ملی شعبه بورس اوراق بهادار به مبلغ ۳۶ میلیارد ریال صادر و به شرکت خواهان تحویل شده است. ۳. پس از انقضای مهلت قرارداد، علیرغم ارائه قرارداد ثانوی از سوی خوانده به منظور تمدید قرارداد اولیه از تاریخ ۱۳۹۳/۰۳/۲۶ به مدت یک سال شمسی (بنابه جهاتی از جمله عدم توافق طرفین بر ابقای شرایط قرارداد اول ۲۰ درصد سود تضمین‌شده) برای دوره دوم، با مخالفت خواهان مواجه و مالاً خواهان از امضاء قرارداد ثانوی استتکاف نموده و هرگونه اقدامات و معاملات شرکت خوانده به عنوان سب‌گردان در دارایی‌های سب‌ اختصاصی خود را نپذیرفته و تبعات چنین اقداماتی را متوجه خوانده قلمداد کرده است. ۴. به موجب ماده ۲۶ قرارداد، پس از پایان مهلت قرارداد و عدم تمدید آن قرارداد خاتمه‌یافته تلقی می‌شود و سب‌گردان مجاز نیست در ترکیب دارایی‌های سرمایه‌گذار که مربوط به قرارداد است، تغییری ایجاد کند و موظف است موضوع را بلافاصله به اطلاع سرمایه‌گذار برساند و همان‌طور که در فقره پیشین ذکر شده شرکت خواهان به عنوان سرمایه‌گذار حاضر به تمدید

قرارداد نشده و مالاً به صراحت ماده ۲۶ یادشده، قرارداد خاتمه یافته تلقی و حاجتی به اعلام مجدد نبوده است که به نوبه خود با عدم موافقت با تمدید قرارداد، اختتام آن نیز اعلام شده است؛ همچنین علی‌رغم اختتام قرارداد، شرکت خواننده حسب تبصره ماده ۱۵ قرارداد به تکلیف خود عمل ننموده و یا حداقل در پرونده حاضر انعکاسی ندارد. ۵. در جلسه هیئت که با حضور طرفین تشکیل گردید، مدیر عامل خواننده به صراحت به مفاد قرارداد، ضمانت‌نامه بانکی حسن انجام تعهد و پابندی خود به ایفاء تعهد یادشده و تعهد به پرداخت سود یک‌ساله سرمایه‌گذار نیز عدم تمدید قرارداد به دلیل مخالفت شرکت خواهان اذعان نمود؛ منتهای مراتب مدعی موافقت ضمنی خواهان به ادامه کار و قرارداد با ذکر قرائنی شده که با انکار شدید خواهان مواجه شده است و باوجود عدم تمدید قرارداد و انکار خواهان دلیلی بر اثبات ادعای خواننده به رضا و موافقت ضمنی یا تلویحی خواهان در استمرار و بقاء قرارداد و فعالیت سبذگردان وجود ندارد. ۶. با عدم تمدید قرارداد از ناحیه طرفین (ترجیحاً با مخالفت خواهان) دیگر هیچ ادعایی از طرفین پذیرفته نیست، به این معنی که خواهان که به دریافت بخشی از سرمایه و سود آن به مبلغ ۳۶ میلیارد ریال اقرار و اذعان دارد و مستندات ابرازی نیز مؤید همین معناست در عین حال استحقاق ۲۰ درصد سود سالیانه راجع به سرمایه و یا تنمیه سرمایه خود را ندارد. به عبارتی دلیلی بر صدق ادعای خواهان به تسری بیست درصد سود دوره قبل به سال بعد اقامه نشده است و خواننده نیز با خاتمه یافتن قرارداد و فقدان دلیل بر بقاء و استمرار آن حق دخل و تصرف و انجام معاملات در سبذ اختصاصی خواهان را نداشته است و حاصل کار، اینکه خواهان مستحق مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه بانکی است به عنوان اصل طلب و البته مستحق خسارت وارده از زمان مطالبه به نسبت همین مبلغ خواهد بود و خواننده مکلف به تأمین و تأدیه آن در حق خواهان می‌باشد؛ بنا به مراتب و میانی مسطوره با احراز تعهد شرکت خواننده به پرداخت اصل و سود بیست درصدی وجوه پرداختی خواهان بابت سبذگردانی یک‌ساله و نظر به پرداخت سه میلیارد و ششصد و میلیون تومان طی دو فقره چک به شرح اوراق مضبوط در پرونده در حق خواهان که مورد تصدیق بوده و خواهان در این خصوص ادعای علی‌حده‌ای نداشته است، مستند به مواد ۱۹۷، ۱۹۸، ۱۵۱، ۵۱۹ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ حکم به محکومیت شرکت ک.الف به پرداخت مبلغ بیست و چهار میلیارد ریال (۲۴,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال) تنمیه اصل و سود

سرمایه‌ای که در ضمانت‌نامه با سررسید ۹۳/۰۴/۱۸ مندرج و دریافت نشده است و پرداخت خسارت ناشی از کاهش ارزش پول با شاخص بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به مقیاس مبلغ محکوم‌به از تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۴ (مطالبه در کمیته سازش) لغایت اجرای حکم و هزینه داورى برابر رسید موجود به مبلغ ۵۴,۵۰۰,۰۰۰ ریال در حق شرکت ب.س صادر و اعلام می‌گردد. ادعای خواهان مازاد بر محکوم‌به مدلل نیست و برای هیئت احراز نگرید و رد می‌شود. ادعای خواهان به تخلفات شرکت خوانده از مقررات سب‌گردانی و مالاً از دستورالعمل‌های ذی‌ربط خارج از حوزه صلاحیت هیئت داورى است و از طریق مراجع رسیدگی به تخلفات در سازمان بورس قابل طرح و پیگیری است. رأی صادره حضوری و قطعی است و به موجب تبصره ۵ ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ توسط اداره‌ها و دواير اجرای ثبت اسناد و املاک لازم‌الاجراست»<sup>۲۲</sup>.

#### ۵. ۱. تحلیل رأی صادره

آنچه که از جریان پرونده به دست می‌آید، بیانگر تضمین اصل و سود سالیانه ۲۰ درصد از سوی سب‌گردان است. مرجع رسیدگی کننده نیز بر مبنای قرارداد منعقد، بر ضمانت اصل و سود توافق شده در مدت قرارداد صحت گذاشته و خوانده را به پرداخت تتمه آن محکوم نموده است؛ لیکن نسبت به ایام بعد از اتمام قرارداد، حکم به بی‌حقی خواهان در خصوص سود توافقی داده است. در عرف قراردادهای سب‌گردانی برای اطمینان خاطر، سرمایه‌گذار شرکت سب‌گردان معمولاً اصل سرمایه را ضمانت کرده، بعضاً سود تا درصد معینی را نیز تضمین می‌کند. هیئت داورى سازمان بورس و اوراق بهادار، صحت چنین ضمانت‌هایی را مفروض دانسته، بر محدوده قراردادی آن ایراداتی وارد کرده و حکم داده است. به نظر می‌رسد اصل چنین ضمانتی مورد تردید بوده و نیاز به بررسی دارد. اگر منظور از ضمانت سود، تعهد نسبت به تحقق سود از معاملات باشد، چنین ضمانتی به دلیل عدم قدرت بر انجام آن، باطل است و اگر مقصود از ضمانت سود، تعهد به پرداخت سود محقق شده در

۲۲. جعفر جمالی و محمد صادقی، رویه هیئت داورى بورس و اوراق بهادار تا پایان سال ۱۳۹۵، (تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۶). ص

صورت وجود باشد<sup>۲۳</sup>، با توجه به اینکه ضامن و مضمون‌عنه یک شخص خواهد بود، ارکان آن تشکیل نشده، عقد بی‌معنا و بی‌اثر خواهد بود. زیرا بنابه فرض، شرکت سبیدگردان ضامن است که در صورت تحقق سود، وجه متعلق به سرمایه‌گذار را بپردازد. بدیهی است پرداخت این وجه، تکلیف سبیدگردان است و ضمانت نسبت به این تکلیف معنا نخواهد داشت.

با توجه به اینکه خواهان علاوه بر سبیدگردان، امین را نیز مسئول جبران خسارت می‌داند، طبق مفاد دستورالعمل، در صورتی که امین از وظایف محوله در دستورالعمل و یا قرارداد خود با سبیدگردان تخطی نماید و از این بابت خسارت یا خساراتی متوجه مشتری یا مشتریان طرف سبیدگردان گردد، به طوری که مشتریان نتوانند در مهلت مقرر در قرارداد سبیدگردانی، دارایی‌های خود را دریافت دارند، امین مسئول جبران خسارات وارده به هر مشتری است<sup>۲۴</sup> و باید به ازای هر روز تأخیر در دریافت دارایی‌ها، معادل یک هجدهم درصد از ارزش دارایی‌های مشتری نزد سبیدگردان را به‌عنوان جبران خسارت به مشتری مربوطه بپردازد<sup>۲۵</sup>.

آنچه در انتهای رأی آمده نشان‌دهنده آن است که خواهان، مدعی ارتکاب تخلف از سوی خواننده است و این تخلف را مرتبط و مؤثر در پرونده می‌داند، درحالی که صادرکننده رأی خود را صالح به رسیدگی به تخلفات ندانسته، خواهان را به مرجع رسیدگی به تخلفات دلالت می‌کند. در خصوص ماهیت هیئت داور در بازار سرمایه و اوراق بهادار، باید گفت: اولاً با توجه به اینکه هیئت یادشده وظیفه رسیدگی به اختلافات بین فعالان بازار سرمایه را برعهده دارد و رسیدگی آن دارای جنبه قضایی است نه استصوابی و ارشادی، لذا مرجع قضایی اختصاصی حقوقی (شبه قضایی) است<sup>۲۶</sup>. ثانیاً نظر به تخصصی بودن موضوع اختلافات مطروحه و مورد رسیدگی در این هیئت و نیز صلاحیت صرفاً حقوقی آن، باید آن را مرجعی اختصاصی در نظر گرفت؛ چراکه همانند دادگستری، مرجع رسیدگی به تظلمات

۲۳. سید عباس موسویان، بازار سرمایه اسلامی، (تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ج ۱، ۱۳۹۱)، ص ۶۲۶

۲۴. ماده ۲۲ دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبیدگردان.

۲۵. بند «ب» ماده ۱۱ قرارداد نمونه سبیدگردانی اختصاصی (پیوست پنج دستورالعمل).

۲۶. محمد سلطانی، حقوق بازار سرمایه، (تهران: سمت، پژوهشکده تحقیق و علوم انسانی، ۱۳۹۵)، ص ۳۳۶.

عمومی نیست و همچنین در رسیدگی به جرایم و تخلفات ارتكابی صالح نمی‌باشد. ثالثاً انتخاب کلیه اعضای هیئت داورى همان طور که گفته شد از سوى قوه قضائیه انجام نمی‌پذیرد و تنها یک عضو آن منصوب رئیس قوه قضائیه است؛ لذا نمی‌توان آن را مرجعی مربوط به دادگستری دانست، بلکه مرجعی غیردادگستری<sup>۲۷</sup> است.<sup>۲۸</sup>

### نتیجه

تشکیل هر قراردادی نیازمند رعایت اصول و قواعد کلی و عمومی حاکم بر کلیه قراردادهاست که در قانون مدنی و در ماده ۱۹۰ به این قواعد اشاره شده است. سبذگردانی نیز از این قاعده مستثنا نبوده و در انعقاد آن، ضروری است کلیه این شرایط رعایت گردد و در صورت عدم رعایت آنها ضمانت اجراهای تعیین شده در قانون در خصوص سبذگردانی نیز مجری بوده، اعمال می‌شود. مسئولیت مدنی نیز یکی از اقسام مسئولیت حقوقی است که در اثر ورود خسارت در شرایطی که قرارداد و قانونی وجود نداشته باشد، موضوعیت یافته، برای جبران خسارت از مبانی و تئوری‌های حاکم در این روش استفاده می‌شود. خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد شکل‌های گوناگون به خود می‌گیرد؛ گاه در نتیجه تخلف قراردادی، مال موجود از بین می‌رود و گاهی هزینه‌های صورت‌گرفته بر اثر انجام نشدن تعهد، بلااستفاده می‌ماند و زمانی نیز خسارت به صورت ازدست دادن منافع است؛ یعنی منافی که از اجرای عقد به متعهدله می‌رسید، ازدست می‌رود. از آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد رأی صادره در تصحیح و تأیید سود ۲۰ درصد سالیانه و حکم به پرداخت تتمه پرداخت نشده آن در مدت قرارداد، فاقد مبنا و توجیه حقوقی و فقهی است و البته حکم ضمانت نسبت به اصل سرمایه بنابر تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد سبذگردانی متفاوت خواهد بود و نیاز به بررسی بیشتری دارد که در چارچوب پژوهش حاضر ممکن نیست. ذکر این نکته نیز ضروری است که هیئت داورى، یک مرجع قضائیه اختصاصی حقوقی است که صلاحیت استثنایی در حدود و نصوص مقرر در قانون را دارد و در موارد تردید باید به قواعد و صلاحیت عمومی مراجع دادگستری رجوع کرد.

۲۷. مراجع اختصاصی دادگستری عبارت‌اند از مراجعی که نصب و عزل «قضات» آنها کلی یا جزئی از صلاحیت قوه قضائیه خارج است.

۲۸. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، (تهران: انتشارات دزاک، ۱۳۸۵)، ص ۷۹.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتابها

۱. باریکلو، علیرضا، *مسئولیت مدنی*، (تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان، چ ۶، ۱۳۹۴).
۲. جمالی، جعفر و صادقی، محمد، *رویه هیئت داورى بورس و اوراق بهادار تا پایان سال ۱۳۹۵*، (تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۶).
۳. سلطانی، محمد، *حقوق بازار سرمایه*، (تهران: سمت، پژوهشکده تحقیق و علوم انسانی، ۱۳۹۵)، ص ۳۳۶.
۴. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۵).
۵. شهیدی، مهدی، *مجموعه مقالات حقوقی*، (تهران: انتشارات مجد، چ ۱، ۱۳۸۵).
۶. موسویان، سید عباس، *بازار سرمایه اسلامی*، (تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ ۱، ۱۳۹۱).
۷. مولوی، محمود، *مسئولیت قراردادی*، (شیراز: کتیبه نوین، چ ۱، ۱۳۹۷).

## - مقاله‌ها

۸. ابراهیمی، سید نصراله و حسینی، شادی «آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از منظر فورس ماژور»، *دانش حقوق مدنی*، ش ۲ (۱۳۹۱).
۹. ابهری، حمید، «جمع یا عدم امکان جمع مسئولیت قراردادی با مسئولیت قهری»، *رویه قضایی (حقوق خصوصی)*، ش ۲ (۱۳۹۵).
۱۰. دیلمی، احمد و قاسم‌زاده، سید روح‌الله، «مسئولیت مدنی ناشی از خطرهای ناشناخته فرآورده در حقوق ایران و فقه امامیه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۵ (۱۳۹۶).
۱۱. ارژنگ، اردوان و رسولی جزئی، سجاد، «مبانی شرعی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۹ (۱۳۹۸).
۱۲. انصاری، علی و مبین، حجت، «تحلیل مسئولیت مدنی شرکت بورس در معاملات اوراق بهادار با تکیه بر فرض عدم قطعیت معامله در رویه هیئت داورى»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، ش ۱۰ (۱۳۸۹).

۱۳. باریکلو، علیرضا و سید هاشمی، نعمت‌الله، «تأثیر بیمه بر بازدارندگی حقوق مسئولیت مدنی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۱ (۱۳۹۴).
۱۴. کاظمی، محمد؛ شاهین، ابوالفضل و سیفی، شاهین، «خلاً قانون مدنی در باب فسخ ابتدایی به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهد قراردادی، با مطالعه تطبیقی»، *نامه صدوق*، ش ۱ (۱۳۹۷).
۱۵. نوروزی، مهران، «بررسی و تحلیل ضمانت اجرای تخلف از انجام تعهد در حقوق ایران»، *بین المللی قانون‌یار*، ش ۹ (۱۳۹۸).
۱۶. نیک‌فرجام، زهره، «تأثیر قوه قاهره بر رفع مسئولیت کارفرما»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۳ (۱۳۹۲).

#### – پایان نامه

۱۷. مرادی، جمال، *ماهیت حقوقی و قواعد حاکم بر سبذگردانی اوراق بهادار*، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۸.

#### (ب) انگلیسی

18. Koh, Aileen, & Lynn Crawford. "Portfolio Management: the Australian Experience", *Project Management Journal* 43, No. 6 (2012). <https://doi.org/10.1002/pmj.21300>
19. Sheinman, Hanoch. "Contractual Liability and Voluntary Undertakings", *Oxford Journal of Legal Studies* 20, No. 2 (2000).
20. Wu, Y., Wermers, R., & Zechner, J. "Managerial Rents vs. Shareholder Value in Delegated Portfolio Management: The Case of Closed-End Funds", *The Review of Financial Studies*, N. 12, (2016).
21. Gargantini, Matteo. *Capital Markets and the Market for Judicial Decisions: In Search of Consistency*. No. 1. (MPILux Working Paper, 2016).

#### – قوانین و مقررات

۲۲. اساسنامه نمونه شرکت سبذگردان مصوب ۱۳۸۹/۱۱/۲۶ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار.
۲۳. دستورالعمل تأسیس و فعالیت سبذگردان مصوب ۱۳۸۹/۰۸/۲۸ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار.
۲۴. قانون مدنی.