



قوه قضائیه  
دانشگاه علوم قضایی خدمات اداری

## پایان نامه دوره کارشناسی ارشد (M.A)

رشته فقه و حقوق خصوصی

عنوان:

# اعتبار معاملات سهام شرکت‌های بورسی بدون رعایت تشریفات در فقه و حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر نائب علی خلیلی

استاد مشاور:

دکتر ناصر علیدوستی

دانشجو:

سید سجاد موسوی فر

پاییز ۱۳۹۶

## چکیده

در بازار سرمایه، معاملات در فضایی منعقد می‌شود که خریدار و فروشنده تقریباً بدون شناختی از یکدیگر و قبول وجود واسطه و یک مقام ناظر به داد و ستد می‌پردازند و این خود مستلزم تشریفات خاص و ضمانت اجرایی نوین در معاملات بازار سرمایه است؛ لذا معاملات بورس اوراق بهادار، از جمله عقود تشریفاتی است که برای تشکیل آن علاوه بر شرایط عمومی صحت معاملات که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی بیان شده است، شرایط اختصاصی و تشریفات خاص دیگری نیز باید رعایت شود. به دیگر سخن، مطالعه ملزومات و تشریفات معامله سهام، مبین این هستند که توافق دو اراده در بورس در صورتی معتبر است که به شکل مخصوص و با تشریفات معین بیان شود. ثبت سهام نزد سازمان بورس، پذیرش در بورس اوراق بهادار و عرضه اولیه، انعقاد عقد از طریق کارگزار در سیستم معاملات و تسویه آن از طریق اتاق پایاپای و با شرایط معین، تایید نهایی توسط بورس، همگی تشریفاتی هستند که بدون رعایت آنها، عقد صحیح نمی‌باشد و عدم رعایت این تشریفات به معنی عدم اعتبار این معاملات خواهد بود.

این تشریفات در هر سه مرحله قبل، حین و بعد از انجام معامله رعایت می‌شود و از آنجا که این تشریفات، اساسی است؛ لذا تشریفات معاملات بورس اوراق بهادار، شرط وقوع و نفوذ این‌گونه معاملات است و در صورت عدم رعایت آنها، معاملات بورس اوراق بهادار فاقد اعتبار و بلااثر است. علاوه بر این، ضمانت اجرای دیگری نیز در مجموعه مقررات بازار سرمایه دیده می‌شود که متفاوت از قانون مدنی است، از جمله عدم تایید، توقف و تعلیق معاملات که در تامین نیازها و تضمین اجرای معاملات در بازار گامی موثر می‌باشد. بی تردید ضمانت اجرای موجود بخش بسیار بزرگی از نیازمندی های بورس را پاسخ می‌گوید؛ چرا که این قوانین نیز در جهت اجرای بهتر مقررات بازار سرمایه تدوین شده است و تاحد زیادی کارآمد است.

در نگاه فقهی و از نظر فقه امامیه نیز می‌توان صحت عقود را منوط به شرایط خاص نمود و به بیان دیگر، از نظر فقهی نیز می‌توان شرایط و تشریفات اضافی بر شرایط عمومی صحت معامله وضع نمود.

**واژگان کلیدی:** معاملات سهام، بورس، اوراق بهادار، تشریفات، ضمانت اجرا، فقه، حقوق ایران

## فهرست مطالب

۱	مقدمه
۱	بیان مسأله و اهمیت آن
۲	سؤال‌های تحقیق
۲	الف: سؤال اصلی
۲	ب: سؤالات فرعی
۲	فرضیه‌های تحقیق
۴	پیشینه تحقیق
۴	روش تحقیق
۵	ساختار تحقیق
۶	بخش اول: کلیات
۶	فصل اول: مفهوم معامله
۶	مبحث نخست: مفهوم عقد
۶	گفتار نخست: عقد در لغت
۷	گفتار دوم: عقد در اصطلاح حقوقی
۷	مبحث دوم: مقایسه عقد و قرارداد
۸	مبحث سوم: مفهوم معامله
۹	فصل دوم: عقود تشریفاتی، تشریفات و ضمانت اجرا

- ۱۰..... مبحث نخست: تعریف عقد رضائی
- ۱۰..... مبحث دوم: تعریف عقد تشریفاتی
- ۱۳..... گفتار اول: مصداق‌های عقد تشریفاتی
- ۱۳..... گفتار دوم: مقایسه انواع قرارداد رضایی با تشریفاتی
- ۱۴..... مبحث سوم: مفهوم تشریفات و ضمانت اجرا
- ۱۴..... گفتار اول: مفهوم تشریفات
- ۱۴..... بند اول : تعریف تشریفات
- ۱۵..... بند دوم : تقسیم تشریفات از حیث اساسی و غیر اساسی بودن
- ۱۵..... الف : تشریفات اساسی در قراردادها
- ۱۷..... ب : تشریفات غیر اساسی در قراردادها
- ۱۹..... بند سوم : تقسیم تشریفات از نظر واضح
- ۱۹..... الف : احکام تأسیسی
- ۱۹..... ب : احکام امضایی
- ۲۱..... گفتار دوم: مفهوم ضمانت اجرا
- ۲۱..... **فصل سوم: جایگاه انتقال مالکیت سهام در بورس**
- ۲۲..... مبحث نخست : انواع معاملات سهام براساس عرف بورس
- ۲۲..... گفتار اول : معاملات عادی (خرد) و بلوک
- ۲۴..... گفتار دوم : معاملات عمده
- ۲۵..... مبحث دوم : ماهیت نقل و انتقال مالکیت سهام در بورس

- گفتار اول : تطبیق معامله سهام با مضاربه ..... ۲۷
- گفتار دوم : تلقی معامله سهام به عنوان عقد مستقل ..... ۳۱
- گفتار سوم : تطبیق معامله سهام با بیع ..... ۳۲
- مبحث سوم : اوصاف عقد بیع سهام ..... ۳۴
- ۱- عقد تملیکی ..... ۳۴
- ۲- عقد لازم ..... ۳۵
- ۳- عقد معلق ..... ۳۶
- ۳-۱ آثار بیع سهام پیش از وقوع شرط (تأیید بورس) ..... ۳۷
- ۴- عقد تشریفاتی ..... ۳۹

## بخش دوم: بررسی معامله سهام در بورس از منظر فقه ..... ۴۲

### فصل اول: عقد بیع از منظر فقه ..... ۴۲

- مبحث نخست : جایگاه بیع در شریعت ..... ۴۲
- مبحث دوم : ارکان عقد بیع ..... ۴۳
- الف : ایجاب و قبول ..... ۴۳
- ب : طرفین عقد (متبایعان) ..... ۴۴
- ج : عوضان ..... ۴۴
- مبحث سوم: احکام بیع ..... ۴۶
- الف : انتقال ملکیت ..... ۴۶
- ب : تسلیم مبیع (قبض و اقباض) ..... ۴۶
- مبحث چهارم: تقسیمات بیع ..... ۴۷

- گفتار اول: تقسیم بیع به مطلق و مشروط ..... ۴۷
- گفتار دوم: بیع مؤجل و بیع حال ..... ۴۸
- گفتار سوم: بیع مباحه، مواضعه، تولیه و مساومه ..... ۴۹
- گفتار چهارم: بیع صرف، بیع ثمار ..... ۵۰
- ۱- بیع صرف ..... ۵۰
- ۱-۱ احکام و شرایط بیع صرف ..... ۵۰
- ۲- بیع ثمار (خرید و فروش میوه‌ها) ..... ۵۱
- ۱-۲-۱ احکام و شرایط بیع ثمار ..... ۵۱
- گفتار پنجم: بیع زمانی ..... ۵۱
- بند اول: سابقه تاریخی بیع زمانی ..... ۵۲
- بند دوم: حکم شرعی و حقوقی بیع زمانی ..... ۵۲
- گفتار ششم: بیع الدین ..... ۵۲
- بند اول: دیدگاه‌های فقهی در فروش دین ..... ۵۳
- بند دوم: مفاهیم کلیدی و پایه‌ای بیع دین ..... ۵۵
- ۱- مفهوم واژه دین ..... ۵۵
- ۱-۱ اقسام دین ..... ۵۶
- ۲- مفهوم واژه الکالی ..... ۵۷
- ۳- مفهوم واژه المضمون ..... ۵۹
- فصل دوم: عقود تشریفاتی در فقه امامیه ..... ۵۹**

مبحث نخست: انواع تشریفات در فقه امامیه ..... ۶۰

الف : گفتن صیغه ..... ۶۱

ب : قبض مال ..... ۶۲

ج : حضور شهود هنگام انشای عمل حقوقی ..... ۶۳

## **بخش سوم: تشریفات و ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات معاملات بورس در**

### **حقوق ایران ..... ۶۵**

#### **فصل اول: قواعد حقوقی حاکم بر انعقاد بیع سهام ..... ۶۵**

مبحث نخست: نقل و انتقال سهام شرکت های سهامی خارج از بورس اوراق بهادار..... ۶۵

گفتار اول :چگونگی انتقال سهام ..... ۶۷

بند اول :انتقال سهام با نام ..... ۶۷

بند دوم : انتقال سهام بی نام ..... ۷۰

بند سوم : سهام غیرقابل انتقال ..... ۷۰

بند چهارم : انتقال سهام به شرکت ..... ۷۱

بند پنجم :انتقال قهری سهام ..... ۷۱

مبحث دوم: انتقال سهام و تشریفات بیع سهام در بورس اوراق بهادار ..... ۷۲

گفتار اول : ثبت سهام نزد سازمان ..... ۷۴

بند اول : تشریفات ثبت ..... ۷۶

گفتار دوم : پذیرش و عرضه سهام در بورس ..... ۸۲

- بند اول : ضوابط عمومی پذیرش ..... ۸۴
- بند دوم : ضوابط اختصاصی پذیرش ..... ۸۷
- بند سوم : ضوابط عرضه اولیه ..... ۸۸
- الف : روش حراج (مزایده)..... ۸۹
- ب : عرضه با قیمت ثابت..... ۸۹
- ج : روش ثبت دفتری ..... ۹۰
- گفتار سوم: الزام به انجام معامله از طریق کارگزاران ..... ۹۴
- بند اول : تعریف کارگزار ..... ۹۵
- بند دوم : الزامات حرفه ای کارگزار ..... ۹۶
- الف : شرایط فعالیت کارگزاران در بورس ..... ۹۷
- ب : شرایط دریافت و اجرای سفارش مشتریان ..... ۹۹
- گفتار چهارم : تسویه معاملات اوراق بهادار در بورس ..... ۱۰۰
- بند نخست: معاملات سهام ..... ۱۰۱
- الف : معاملات عادی ..... ۱۰۱
- ب : معاملات عمده ..... ۱۰۳
- بند دوم: معاملات اوراق مشارکت ..... ۱۰۴
- الف : معاملات عادی ..... ۱۰۴
- ب : معاملات عمده ..... ۱۰۵
- گفتار پنجم : تأیید معاملات اوراق بهادار در بورس ..... ۱۰۶
- مبحث سوم : تراضی متعاقدين در بورس و اهلیت آنها ..... ۱۰۸
- گفتار اول : تراضی متعاقدين در بورس ..... ۱۰۸



- بند اول : چگونگی اعلام اراده در بورس ..... ۱۰۹
- الف : دستور خرید و فروش تلفنی ..... ۱۱۰
- ب : دستور خرید و فروش اینترنتی ..... ۱۱۱
- بند دوم : توافق دو اراده در بیع سهام ..... ۱۱۳
- بند سوم : اشتباه و آثار آن در بورس ..... ۱۱۷
- گفتار دوم : اهلیت طرفین معاملات سهام و سمت کارگزاران ..... ۱۲۱
- بند اول : اهلیت خریدار و فروشنده ..... ۱۲۱
- بند دوم : نمایندگی کارگزار در معامله برای مشتری ..... ۱۲۳
- بند سوم : معاملات فضولی توسط کارگزاری ..... ۱۲۸
- فصل دوم: ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات در معاملات بورس ..... ۱۳۱**
- مبحث نخست : مفهوم و ضرورت ضمانت اجرا ..... ۱۳۲
- گفتار اول : مفهوم ضمانت اجرا ..... ۱۳۲
- گفتار دوم : ضرورت ضمانت اجرا در بازار سرمایه ..... ۱۳۲
- مبحث دوم: ویژگی های ضمانت اجرا در بازار سرمایه ..... ۱۳۴
- مبحث سوم: انواع ضمانت اجرای حقوقی در بازار سرمایه ..... ۱۴۱
- گفتار اول : ضمانت اجراهای سستی تقنینی و قراردادی در بازار سرمایه ..... ۱۴۲
- بند اول : فسخ معاملات ..... ۱۴۴
- بند دوم : انفساخ معاملات ..... ۱۴۵
- الف : عدم تسویه در مدت مقرر توسط فروشنده ..... ۱۴۵

ب : عدم صدور حواله توسط فروشنده برای کارگزار خریدار ..... ۱۴۶

بند سوم : جبران خسارت مدنی ..... ۱۴۶

الف : لزوم جبران خسارت ..... ۱۴۶

ب : نحوه جبران خسارت ..... ۱۵۱

بند چهارم : وجه التزام ..... ۱۵۲

گفتار دوم : ضمانت های اجرایی خاص بازار سرمایه ..... ۱۵۳

بند اول : عدم تایید معاملات ..... ۱۵۴

بند دوم : توقف نماد معاملات ..... ۱۵۶

بند سوم : تعلیق نماد معاملات ..... ۱۶۰

**نتیجه** ..... ۱۶۲

**منابع و ماخذ** ..... ۱۶۵

## مقدمه

### بیان مسأله و اهمیت آن

حقوق قراردادهای همواره طرفین معامله را برابر تلقی کرده است ولی وضعیت فعالیت و سرمایه گذاری در دنیای مدرن به نوعی است که طرفین در وضعیت برابر قرار ندارند و حقوق قراردادهای نمی‌تواند از طرف ضعیف حمایت کند؛ از اینرو دخالت دولت در اینگونه روابط قراردادی امری اجتناب ناپذیر شده است. نظم اقتصادی مدرن موجب ورود دولت به حوزه‌های حقوق مالی و اقتصادی شده است.

بورس یکی از برجسته‌ترین حوزه‌های دخالت حقوق عمومی در حقوق خصوصی است. حقوق قراردادهای در بورس تحت تاثیر مقررات متعددی است که از سوی مقامات عمومی وضع شده‌اند. این مقررات، قراردادهای را از شروع گفتگوهای مقدماتی برای معامله، تا نحوه تراضی طرفین، اوصاف مبیع، نحوه اجرای قرارداد، نقض تعهدات و اعمال اختیارات تحت تاثیر قراردادهای است.

به دیگر سخن، مقنن تشریفات خاصی را برای معاملات بورس در نظر گرفته است که عدم رعایت آن ضمانت اجرایی را به دنبال دارد. در حقوق قراردادهای، ضمانت اجراها نوعاً پسینی است لیکن مقررات در بورس به دنبال این است که ضمانت اجراها را پیشینی کند و از معامله خلاف مقررات در مرحله انعقاد جلوگیری کند. لیکن این امر مانع از این نمی‌شود که بین حقوق قراردادهای و مقررات حاکم بر معاملات در بورس ارتباطی وجود نداشته باشد. اهمیت روزافزون بورس در نظام اقتصادی ایران و افزایش تعداد اشخاص حقیقی و حقوقی که مبادرت به انجام معاملات می‌کنند موجب شده است تا تبیین ماهیت حقوقی معاملات سهام از اهمیت مضاعفی برخوردار باشد؛ بنابراین شناخت ماهیت حقوقی معاملات، قواعد حقوقی حاکم بر آنها، تطبیق و بررسی معاملات سهام با قواعد عمومی قراردادهای و تشریفات معاملات در بورس از ضرورت‌های بازار سرمایه امروز است. بررسی پیشینه موضوع نشان می‌دهد خلاء جدی در این زمینه در ادبیات حقوقی ایران وجود دارد. هرچند در رشته‌های مدیریت و حسابداری دانشجویان و پژوهشگران به تفصیل و به کرات به مطالعه بورس و معاملات در آن از جنبه‌های مختلف پرداخته‌اند، لیکن در بین آثار

محققین و نویسندگان حقوقی، موارد محدودی یافت گردید که اغلب نیز به دلیل عدم آشنایی ایشان با ادبیات مالی و بورس چندان مطابق با واقعیت‌های موجود نبود.

در این رساله، تشریفات معاملات بورس و آثار عدم رعایت آن را در سه بخش مطالعه می‌کنیم. در بخش اول با عنوان «کلیات»، به مفهوم معامله، عقود تشریفاتی و جایگاه انتقال مالکیت سهام در بورس می‌پردازیم، سپس به بررسی معامله سهام در بورس از منظر فقه پرداخته (بخش دوم) و در نهایت، تشریفات معاملات بورس و آثار عدم رعایت آن در حقوق ایران (بخش سوم) بررسی خواهد شد.

### سؤال‌های تحقیق

#### الف: سؤال اصلی

- تشریفات معاملات بورس اوراق بهادار کدام‌اند و آثار عدم رعایت تشریفات بر معاملات بورس در فقه و حقوق ایران چیست؟

#### ب: سؤالات فرعی

- ماهیت و قالب حقوقی معاملات بورس اوراق بهادار چیست؟
- اصول حاکم بر معاملات بورس اوراق بهادار کدام‌اند؟
- آیا از نظر فقه امامیه می‌توان صحت عقود را منوط به شرایط خاص نمود؟ به بیان دیگر در فقه امامیه صحت عقود منوط به چه شرایطی است؟
- تفاوت شرایط اساسی با شرایط غیراساسی چیست و فقدان هرکدام بر صحت عقود چه آثاری دارد؟

#### فرضیه‌های تحقیق

الف: معاملات بورس اوراق بهادار از جمله عقود تشریفاتی است که در قالب عقد بیع واقع می‌شود و دارای تشریفات خاصی هستند که مقنن برای عدم رعایت آنها، ضمانت اجرای حقوقی در نظر گرفته است. اوراق بهادار جدای از حقی که این اوراق حکایت از آن می‌کند، به خاطر اعتباری که قانونگذار برای این اوراق قائل شده است، مالیت پیدا کرده‌اند. به عبارتی همین ورقه کاغذی که عینیت دارد به خاطر اعتبار

قانونگذار مالیت پیدا کرده و مورد دادوستد در بورس قرار می‌گیرد. پس می‌توان گفت که اوراق بهادار عین خارجی است و نه از دسته حقوق یا مال غیر مادی.

قانونگذار در بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، در تعریف اوراق بهادار این نظریه را تأیید می‌نماید و اوراق بهادار را عین می‌شمارد و مقرر می‌دارد «هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد». همانطور که معلوم است ضمیر «آن» در قسمت آخر ماده به «ورقه یا مستند» برمی‌گردد. قانونگذار نه تنها اوراق بهادار را عین شناخته، بلکه برای این عین (ورقه بهادار) منفعت نیز قائل شده که جدای از آن قابل انتقال است، این نیز دلیل دیگری است بر این مدعا. ب: همانطور که در قوانین، مقررات، آیین نامه‌ها و دستورالعمل‌های بورس از معاملات اوراق بهادار در بورس، به خرید و فروش یاد شده و طرفین آن، با نام خریدار و فروشنده خوانده شده است، می‌توان گفت که معاملات بورس اوراق بهادار در قالب عقد بیع واقع می‌شوند. ولی مشکلی که در این رابطه وجود دارد این است که ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع را تملک عین به عوض معلوم می‌داند. طبق این ماده مبیع باید عین باشد.

به موجب آنچه که ما در مورد اوراق بهادار برگزیدیم و معتقد به مالیت اعتباری و عین بودن آن هستیم، اساساً چنین مشکلی به وجود نمی‌آید. ولی به فرض اینکه عین بودن اوراق بهادار را نپذیریم باز هم این معاملات در قالب عقد بیع واقع می‌شوند؛ زیرا بیع از امور امضایی است و در باب بیع و شرایط آن باید به عرف و جوامع عقلایی مراجعه نماییم و لذا در جوامع عقلایی این اوراق مورد بیع قرار می‌گیرند و مهمتر از همه اینکه منظور فقیهان و به تبع منظور قانون مدنی از عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی؛ عین در برابر منفعت است به عبارت دیگر برای تمیز بیع از اجاره، بیع را به مالکیت اعیان و اجاره را به مالکیت منافع مختص دانسته‌اند.

بنابراین معاملات بورس اوراق بهادار در قالب عقد بیع واقع می‌شود و از جمله عقود تشریفاتی است که در آن تشریفات در هر سه مرحله قبل، حین و بعد از انجام معامله رعایت می‌شود. از طرف دیگر تشریفات

معاملات بورس اوراق بهادار شرط وقوع و نفوذ این گونه معاملات است و در صورت عدم رعایت آنها معاملات بورس اوراق بهادار باطل و بلااثر است.

ج : از نظر فقهی نیز می توان شرایط اضافی بر شرایط عمومی صحت معامله وضع نمود و در فقه با این شرایط اضافی و خاص مخالفتی نشده است.

د : صرفاً شرایط اساسی است که بر وضعیت حقوقی عقد بورس موثر است و شرایط غیر اساسی بر صحت عقود اثری ندارد.

### پیشینه تحقیق

تا به حال تحقیق مستقل و مطالعه تطبیقی از نظر فقهی و حقوقی در باب تشریفات معاملات بورس صورت نگرفته است و همین امر به نوعی نگارنده را به تامل و تتبع بیشتری در زمینه موضوع مذکور واداشت. لذا می توان گفت این تحقیق در این زمینه پیشگام است.

### روش تحقیق

در این پایان نامه برای دستیابی به اطلاعات، از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است. به عبارت دیگر حجم زیادی از اطلاعات از منابع جدید اطلاعاتی نظیر سایت‌های اینترنتی و کتب و مجلات و نرم افزارهای الکترونیکی جمع آوری شده است و حتی مراجعه حضوری به سازمان بورس، کتابخانه سازمان بورس، استفاده از نظر کارشناسان حقوقی سازمان بورس برای قرارگرفتن در روند دقیق موضوع، مشمول روش کتابخانه‌ای است.

پس از جمع آوری اطلاعات تلاش بسیار شده که موضوع به خوبی توصیف شود و از این منظر، روش تحقیق در این پایان نامه به صورت توصیفی می باشد.

## ساختار تحقیق

این پایان نامه مشتمل بر سه بخش است که در بخش اول کلیات معاملات بورس اوراق بهادار، در بخش دوم معاملات بورس از منظر فقه و در بخش سوم به تشریفات معاملات بورس در حقوق ایران مورد بررسی قرار گرفته است.

## بخش اول: کلیات

برای آنکه در وادی جدال بر سر معانی مختلف نیفتیم و در مسیر موضوع اصلی باقی بمانیم، ضروری است ابتدا به تبیین مفاهیم و برخی اصطلاحات مهم این پژوهش پردازیم تا منظور نگارنده هم بهتر روشن شود. لذا در فصل اول این بخش، مفهوم معامله و در فصل دوم عقود تشریفاتی، مفهوم تشریفات و ضمانت اجرا و در فصل سوم به جایگاه انتقال مالکیت سهام در بورس ایران خواهیم پرداخت.

### فصل اول: مفهوم معامله

قبل از کنکاش در مفهوم واژه معامله، ابتدا لازم است واژه مترادف آن، یعنی «عقد» تعریف شود، سپس واژه عقد را با واژه «قرارداد» مقایسه کرده و در نهایت به تبیین واژه «معامله» می پردازیم.

#### مبحث نخست: مفهوم عقد

عقد را می تواند از منظر لغت و اصطلاح تعریف کرد:

#### گفتار نخست: عقد در لغت

عقد در لغت عبارتست از بندوبست بین دو نفر یا چند نفر که موجب حدوث تعهدی گردد، در اصل به معنی جمع بین اطراف جسم و گره زدن و بستن می باشد و در اصطلاح عبارت است از ایجاب و قبول با ارتباطی که شرعاً معتبر است.<sup>۱</sup>

جمع عقد، عقود است، که در قرآن کریم آمده است: «یا ایها الذین آمنوا افوا بالعقود»<sup>۲</sup> که در تفسیر آن گفته اند: «عقود جمع عقد به معنی معقود است و آن به معنی عهد مشدد و محکم و به عبارت دیگر «اوکد العهود» است و فرق عقد و امتیاز آن از عهد از دو جهت است:

الف- در مفهوم عقد استیشاق و شدت و تأکید معتبر است بخلاف عهد.

<sup>۱</sup> جابری عربلو، محسن، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۲.

<sup>۲</sup> آیه ۱



ب- عقد همواره بین دو نفر (متعاقدين) تحقق می‌یابد به خلاف عهد که ممکن است بوسیله یک نفر تحقق یابد.<sup>۳</sup>

خلاصه هر عقدی عهد است ولی هر عهدی عقد نیست، پس عهد اعم است.

در فرهنگ دهخدا به نقل از فرهنگ حقوقی آمده است که در فقه سه معنی برای عقد گفته شده است:

عقد به معنی عهد، عقد به معنی پیمان موکد<sup>۴</sup> و عقد متشکل از صیغه ایجاب و قبول.

### گفتار دوم: عقد در اصطلاح حقوقی

در ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد چنین تعریف شده است:

«عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.»

### مبحث دوم: مقایسه عقد و قرارداد

آیا بین دو واژه «عقد» و «قرارداد» از نظر مفهوم و کاربرد حقوقی آن دو تفاوت وجود دارد یا خیر؟ عبارت دیگر آیا هر یک از این دو واژه، مفهوم جداگانه و خاص خود را دارند و در مقوله‌های جداگانه بکار می‌روند یا نه؟ و آیا در جایی که مؤلفین حقوق مدنی از قواعد عمومی قراردادهای بحث می‌کنند، عقود را مد نظر ندارند؟

عده‌ای از حقوقدانان چنین پنداشته‌اند که کلمه «عقد» ویژه عقود است که در قانون نام خاص دارد و شرایط آثار آن جداگانه معین شده است مانند عقد بیع و عقد اجاره و عقد صلح، ولی قرارداد عنوان عقود بی‌نام است و کلیات قراردادهای به همین قسم باید مطرح شود.<sup>۵</sup>

<sup>۳</sup> شانه چی، کاظم، آیات الاحکام، چاپ هشتم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۷۸.

<sup>۴</sup> موسوی بجنوردی، سید محمد، نقش قبض در عقد رهن، cd اطلاعات مقالات حقوقی علی مکرّم.

<sup>۵</sup> امامی، مصطفی، ماده ۱۰ قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، زمستان ۱۳۸۰، شماره

این پندار مورد قبول برخی دیگر از مؤلفین حقوق مدنی قرار نگرفته است. این دسته از حقوقدانان معتقدند که این دو مفهوم بصورت دو کلمه مترادف می‌باشند که اگر بین آنها تفاوت قایل شویم، تمام مواردی که (در قانون مدنی) درباره عقد و حاوی قواعد عمومی قراردادها است (مواد ۱۸۳ به بعد) مخالف این تعبیر خواهد بود، بعلاوه پذیرفتن این نظر باعث می‌شود که در عقود معین نتوان به ماده (۱۰) قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها استناد کرد.<sup>۶</sup>

به نظر می‌رسد که دو واژه عقد و قرارداد دارای مفهوم واحدی می‌باشند و مترادف یکدیگر.

### مبحث سوم: مفهوم معامله

با توجه به بررسی واژگان عقد و قرارداد، در این قسمت به بررسی کلمه «معامله» می‌پردازیم. معامله، کلمه‌ای است که در قوانین و نوشته‌های حقوقدانان ما به عنوان واژه مترادف «عقد» و «قرارداد» به کار رفته است، لیکن همانطور که گذشت، برخی از حقوقدانان بین عقد و قرارداد تمایز قائل‌اند؛ مبنی بر اینکه در بسیاری از موارد، کلمه «عقد» فقط در عقود معین استعمال می‌شود و حال آن که «قرارداد» به کلیه عقود - معینه و غیرمعینه - گفته می‌شود؛ البته قسمت دوم از کتاب دوم جلد اول قانون مدنی (عقود و معاملات و الزامات، مواد ۱۸۳ به بعد قانون مدنی) و تمام موادی که درباره عقد و حاوی قواعد عمومی قراردادهاست، با این تعبیر مخالف است.<sup>۷</sup> بنابراین، عقد و قرارداد دو کلمه مترادف‌اند و معامله نیز واژه‌ای است که مرادف «عقد» محسوب می‌شود. همچنین در ماده ۱۷۴ ق.م. («عقود» و «معاملات» به اقسام ذیل منقسم می‌شوند...) در عبارت ماده مذکور، کلمه «معاملات» که عطف بر کلمه «عقود» شده، عطف بیان است و مراد از «عقود»، «معاملات» است. در فقه و اصول «معامله» در برابر «عبادت» است. عبادت عملی است که محتاج به قصد قربت است؛ در نتیجه «معامله» عملی خواهد بود که موقوف به قصد قربت نباشد. معامله به این معنا شامل «عقود، ایقاعات و ضمانات» نیز می‌شود، که در این صورت معامله در فقه، معنایی وسیع‌تر از معامله در اصطلاح حقوقی پیدا می‌کند.

همان.

<sup>۷</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۱۱.

در اصطلاح حقوقی معامله با عقد فرقی ندارد، اگرچه در بسیاری از موارد کلمه معامله در عقودی که از ناحیه هریک از طرفین عقد نسبت به طرف دیگر تعهد و یا تملیک شده باشد، استعمال می شود.

برخی از حقوقدانان معتقدند که معامله با عقد مترادف است، با این تفاوت که چهره و رنگ اقتصادی دارد و به همین دلیل اصطلاح معامله به عقود مالی و معوض اختصاص یافته است.<sup>۸</sup> بعضی دیگر برآنند که معامله در معنای اخص به هر نوع رابطه حقوقی که موضوعش امور مالی باشد، اطلاق می شود. در این معنا، نکاح معامله نخواهد بود.<sup>۹</sup>

با توجه به مطالب یادشده، می توان گفت که مقصود ما از معامله در اینجا، عقد یا قراردادی است که برای دو طرف ایجاد تعهد کند و به طور عمده برای انتقال اموال و در نتیجه انتقال ملکیت منعقد شده و چهره اقتصادی داشته باشد.

## فصل دوم: عقود تشریفاتی، تشریفات و ضمانت اجرا

در باب اقسام قرارداد، نویسندگان حقوقی به تقسیم‌های گوناگونی اشاره نموده‌اند<sup>۱۰</sup> تا به انبوه روز افزون قراردادهای خصوصی نظم بخشیده و ویژگیهای هر سنخ را روشن سازند و به قواعد حاکم بر هر گروه دست یابند از جمله است تقسیم عقود به معین و نامعین و جمعی و فردی، تکمیلی و عهدی، رضائی و عینی و تشریفاتی، معوض و مجانی و...<sup>۱۱</sup>

ما در این رساله با توجه به رسالت این پایان‌نامه که در خصوص بیان آثار عدم رعایت تشریفات بر معاملات بورس می باشد تنها در بخشی از تقسیمهای فوق که شامل رضائی و عینی و تشریفاتی است، اشاره خواهیم کرد.

<sup>۸</sup> همان، ص ۱۱.

<sup>۹</sup> شهیدی، مهدی، کلیات عقود و قراردادها، جزوه درسی حقوق مدنی، ص ۲.

<sup>۱۰</sup> قاسم زاده، سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، ۱۳۸۵ و ودود برزی، تشریفات در قراردادها و بی‌نظمی در نظم حقوقی،

سایت حقوق.

## مبحث نخست: تعریف عقد رضائی

از ماده ۱۹۰ ق.م چنین برمی آید که بر حسب اصل، توافق دو اراده، هم رکن لازم برای انعقاد قرارداد است و هم کافی است و به پیرایه و تشریفاتی نیاز ندارد. استقراء در قوانین نیز این استنباط را تأیید می کند، زیرا جز در موارد نادر، قرارداد به تراضی بسته می شود، واژه ها وسیله بیان اراده است نه شرط نفوذ عقد. پس، می توان گفت: در حقوق ما اصل این است که عقد با تراضی واقع می شود، نه تشریفاتی لازم دارد و نه تسلیم مورد معامله در وقوع و نفوذ پیمان مؤثر است و فقط می تواند از آثار و توابع تملیک و اجرای تعهد باشد.

این قاعده استقرائی را، که یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده نیز هست، «اصل رضائی بودن معامله» می نامند و در هر جا که نسبت به لزوم شرطی (تشریفات یا تسلیم مورد معامله) تردید شود، از آن استفاده می کنند و تراضی را کافی می شمردند.

این نکته را باید افزود که موانع اثبات قرارداد، مانند مواردی که سند رسمی ضرورت دارد ( ماده ۴۶ ق.ث) با اصل رضائی بودن عقد منافات ندارد. زیرا با اینکه دشواری اثبات عقد نیز از قلمرو نفوذ و اعتبار اراده می کاهد، هیچگاه سبب بطلان عقد یا مانع از وقوع آن نمی شود.

## مبحث دوم: تعریف عقد تشریفاتی

در علم حقوق بعضاً می بینیم که بعضی از عقود، تشریفاتی هستند؛ یعنی اینکه تا تشریفات آنها کاملاً انجام نپذیرد نمی توان گفت که عقد کاملاً محقق شده (برخلاف عقود رضایی). نام دیگر عقد تشریفاتی عقد شکلی است یا رسمی<sup>۱۱</sup> و آن عقدی است که به صرف قصد و رضای طرفین واقع نشود و محتاج به نوعی از تشریفات باشد.

به نظر برخی از حقوقدانها، عقد بیع غیرمنقول (املاک) و وسایط نقلیه، به حکم قانون از عقود تشریفاتی می باشد (مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ ق.ث)؛ بنابراین میبایست برای انتقال یک ملک تشریفات ثبتی را بجا آورد

<sup>۱۱</sup> بلادی، عباس، معاملات تشریفاتی، مجله دادگستر، شماره ۱۳، زمستان ۸۲