

## The Basics of Justifying Regulation in Capital Market Violations<sup>1</sup>

Mohammad Javanmardi<sup>2</sup>, Gholamhossein Elham<sup>3</sup>

Received: 2022/12/22

Accepted: 2023/05/02

Research Paper

### Abstract

Capital market violations are numerous and the models of dealing with them are also diverse. Judicial model, quasi-judicial model and administrative model are among the most common models of dealing with violations. Regulation is the chosen model of this article. The contract model among the capital market activists, who have determined the authority of the regulator to establish and apply disciplinary punishment in this area with their collective will. In this model, the authority of the regulator in facing capital market violations and crimes has been granted to him by individuals and by their collective will. For this reason, the capital market regulator, i.e. the stock exchange organization, must be a non-profit and non-governmental institution in order to fulfill the objectives set for its formation. The legislator's statement on the powers of Securities and exchange organization in the law is also a kind of emphasis on a clear matter, the only effect of which is the official recognition of such an institution, and not mentioning the powers in the law will not harm the powers of this institution. As the regulator of the capital market, Securities and exchange organization has the necessary tools to achieve the goals of its formation. Therefore, establishing and applying disciplinary punishment for the violators of this field has no conflict with the criminal principles and rules, as well as the principle of separation of powers.

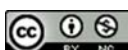
**Key Words:** Regulation, Regulator, Violations, Capital Market, Stock Exchange Organization.

**JEL Classification:** K14.

1. doi: 10.22034/JSE.2022.12054.2041

2. Ph.D. Department of Criminal Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. (ir.javanmardi@gmail.com).

3. Associate Professor, Department of Penal and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences, Tehran University, Tehran, Iran.



Copyright © 2023 The Authors. Published by Securities and Exchange Organization. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International license (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>). Non-commercial uses of the work are permitted, provided the original work is properly cited.



سازمان بورس و اوراق بهادار، مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی

فصلنامه بورس و اوراق بهادار، سال شانزدهم، شماره ۶۲، تابستان ۱۴۰۲، صص ۳۴۸-۳۱۹

## مبانی توجیه تنظیم‌گری در مواجهه با تخلفات بازار سرمایه<sup>۱</sup>

محمد جوانمردی<sup>۲</sup>، غلامحسین الهام<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۲

مقاله پژوهشی

### چکیده

تخلفات بازار سرمایه متعدد و مدل‌های برخورد با آن نیز متنوع است. مدل قضایی، مدل شبه قضایی و مدل اداری از رایج‌ترین مدل‌های برخورد با تخلفات است. تنظیم‌گری به عنوان مدل برگزیده این مقاله است. مدلی توافقی و قراردادی میان فعالان بازار سرمایه، که با اراده جمعی خود، صلاحیت رگولاتور برای وضع و اعمال مجازات انضباطی در این حوزه را تعیین کرده‌اند. در این مدل صلاحیت تنظیم‌گر در روبرویی با تخلفات و جرایم بازار سرمایه توسط اشخاص و با اراده جمعی آنها به او اعطا شده است. بر این مبنای رگولاتور بازار سرمایه یعنی سازمان بورس و اوراق بهادار باید نهادی غیرانتفاعی و غیردولتی باشد تا بتواند اهداف تعیین شده برای تشکیل آن را برآورده کند. تصریح قانون‌گذار بر اختیارات سازمان بورس و اوراق بهادار در قانون نیز نوعی تأکید بر امری روشن است که تنها اثر آن شناسایی رسمی چنین نهادی است و عدم بیان اختیارات در قانون هیچ خدشه‌ای به حیطه اختیارات این نهاد وارد نخواهد کرد. سازمان بورس به عنوان رگولاتور بازار سرمایه، به منظور دستیابی به اهداف تشکیل خود نیز ابزارهای لازم را در اختیار دارد که از جمله این ابزارها مقررات‌گذاری، وضع و اعمال مجازات انضباطی است. بنابراین وضع و اعمال مجازات انضباطی برای متخلفین این حوزه هیچ تعارضی با اصول و قواعد کیفری و نیز اصل تفکیک قوا ندارد.

**واژه‌های کلیدی:** تنظیم‌گری، رگولاتور، تخلفات، بازار سرمایه، سازمان بورس.

**طبقه‌بندی موضوعی:** K14.

doi: 10.22034/JSE.2022.12054.2041

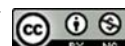
۲. دانش آموخته دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه امام صادق علیه السلام. تهران، ایران. (نویسنده مسئول).

(ir.javanmardi@gmail.com)

۳. دانشیار، گروه جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

حق انتشار این مستند متعلق به نویسندگان آن است. © ۱۴۰۲. ناشر این مقاله سازمان بورس و اوراق بهادار است.

این مقاله تحت گواهی زیر منتشر شده و هر نوع استفاده غیرتجاری از آن مشروط بر استناد صحیح به مقاله و با



رعایت شرایط مندرج در آدرس زیر مجاز است.

Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International license

(https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

## مقدمه

رگولاتور (تنظیم‌گر) در روبرویی با تخلفات ارتكابی در حوزه تحت نظارت خود اقدام به وضع و اعمال مجازات می‌کند. بسیاری از واکنش‌های رگولاتور به تخلفات ارتكابی دارای جنبه‌های انضباطی و کیفری است که از نظر اصول حاکم بر تقنین و قضا، به نظر می‌رسد این نهاد صلاحیت ورود به این حوزه‌ها را ندارد. در صورتی که چنین باشد اقدامات تنظیم‌گر موجب ضایع شدن حقوق اشخاص حقیقی و حقوقی تحت نظارت خود و نیز نقض اصول دادرسی عادلانه شده و در این صورت مغایر با مبانی قانون اساسی و قوانین موضوعه و نیز مبانی شرعی است.

تخلفات ارتكابی در حوزه بازار سرمایه متنوع است و واکنش در مقابل این تخلفات نیز دارای جنبه‌های کیفری و انضباطی است. سازمان بورس و اوراق بهادار به عنوان متولی بازار سرمایه و تنظیم‌گر این بازار در مواجهه با تخلفات بورسی، حسب مورد اقدام به تعقیب کیفری و یا رسیدگی انضباطی می‌کند. در قوانین و مقررات مورد تصویب سازمان و یا شورای عالی بورس طیف وسیعی از مجازات‌های انضباطی برای تخلف از تکالیف قانونی در بازار سرمایه پیش‌بینی شده است که بسیاری از این مجازات‌های انضباطی محرومیت یا محدود کردن از حقوق اشخاص را به دنبال دارد. مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی «حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» با عنایت به اینکه واژه «مجازات» هم به «مجازات‌های کیفری» و هم به «مجازات‌های انضباطی» گفته می‌شود، بنابراین لازم است تخلف‌انگاری و وضع مجازات انضباطی نیز به موجب قانون مصوب پارلمان انجام پذیرد. به همین دلیل است که قانون رسیدگی به تخلفات اداری نیز توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است و هم تخلفات ارتكابی و هم مجازات‌های مربوطه در این قانون تصریح شده است. بنابراین در یک نگاه اجمالی لازم است تخلف‌انگاری و تعیین مجازات برای تخلفات ارتكابی در حوزه صلاحیت رگولاتورها همانند جرم‌انگاری و تعیین مجازات کیفری توسط مجلس صورت پذیرفته باشد. اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز که ملهم از همین اصل است، بیانگر این دیدگاه است. همچنین به موجب اصل یادشده، حکم به مجازات و اجرای آن نیز تنها از طریق دادگاه صالح مجاز شمرده شده است. بنابراین هیچ نهاد دیگری غیر از دادگاه امکان حکم به مجازات و اجرای آن را نخواهد داشت.

با توجه به اینکه مجازات‌های انضباطی در نظر گرفته شده در قوانین و مقررات بورسی شامل طیف وسیعی از انواع ضمانت اجراهاست و شدت و ضعف آن ترکیبی کیفری-انضباطی را

ایجاد کرده است، به نظر می‌رسد، این واکنشها نوعی ماهیت دوگانه (کیفری - انضباطی) را تشکیل می‌دهد. این موضوع که رگولاتور (سازمان بورس و اوراق بهادار) تا چه میزان صلاحیت جرم‌انگاری، تخلف‌انگاری و صدور حکم در مقابل این تخلفات را داراست، نیازمند بررسی ماهیت و چیستی رگولاتوری در نظام حقوقی ایران است. بنابر توضیحات بالا این مقاله به دنبال پاسخ‌دهی به این سوال است که صلاحیت نهادهای تنظیم‌گر در وضع و اعمال مجازات‌های انضباطی، چگونه با اصول حاکم بر مجازات‌های کیفری قابل توجیه است؟ این پرسش در واقع مطرح کردن نوعی چالش میان اصول حاکم بر مجازات‌های کیفری (از جمله اصل قانونی بودن جرم و مجازات) با اعطای صلاحیت وضع و اعمال مجازات به نهادی غیر از مجلس و دادگاه است.

### مبانی نظری و فرضیه‌ها

موضوع این پژوهش هیچ سابقه پژوهشی مستقیمی ندارد و پژوهش‌های انجام شده در حوزه رگولاتوری نیز در حوزه‌های اقتصادی و با موضوعات رشته‌های تخصصی اقتصاد نگارش یافته است. به عنوان نمونه در پژوهشی که آقای امامیان و سایر همکاران (۱۳۹۷) تحت عنوان «نظام ملی تنظیم‌گری، مفهوم تنظیم‌گری و ارتباط آن با نظام حکمرانی» در مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی انجام داده‌اند، در خصوص ایجاد دولت تنظیم‌گر و تجارب برخی کشورها در تنظیم‌گری با رویکرد اقتصادی نکات مهمی بیان شده است. پژوهش یادشده مانند بسیاری از پژوهش‌های صورت پذیرفته در این حوزه با دیدگاهی حاکمیتی به تحلیل تنظیم‌گری پرداخته و تنظیم‌گری را در آغاز اقدامی دولتی و حکومتی دانسته است. هر چند که در ادامه با نقد آن و بیان تحولات این حوزه نقش دولت را کم‌رنگ‌تر جلوه داده است، ولی دولت را به عنوان تنظیم‌گر اصلی بر شمرده است. نویسندگان محترم این پژوهش از دانش‌آموختگان اقتصاد هستند و به دلخواه با رویکرد اقتصاد سیاسی به تحلیل تنظیم‌گری پرداخته‌اند و در خصوص ماهیت تنظیم‌گری در نظام حقوقی ایران و نیز مبانی فقهی آن هیچ مطالعه‌ای نشده است. در مقاله دیگری یاوری (۱۳۹۳) تحت عنوان «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی» در مجله مطالعات حقوق تطبیقی به رشته تحریر درآورده است، به کم رنگ شدن نقش دولت پیش رفته و نهادهای غیردولتی و اشخاص حقوقی غیر از دولت را نیز به عنوان رگولاتور تحلیل کرده است ولی تاکید اصلی آن بر شناخت و تحلیل دولت به عنوان بزرگترین رگولاتور است. در پژوهش صورت

گرفته توسط هداوند (۱۳۸۷)، با عنوان «درآمدی بر مقررات گذاری اقتصادی» که در مجله پژوهش به چاپ رسیده است، پژوهشگر به بررسی جایگاه دولت و نقش آن در مناسبات اقتصادی و اجتماعی پرداخته و مداخلات دولت در جهت حفظ منفعت عمومی را تشریح کرده است. همانگونه که از عنوان مقاله مشخص است این پژوهش به تنهایی در آمدهای بر انواع مقررات گذاری در حوزه های اقتصادی است و به انواع مقررات گذاری از جمله مقررات گذاری قیمت، تولید، رقابت و ... به صورت کلی اشاره کرده است. در مقاله دیگری انصاری و همکاران (۱۳۹۲)، تحت عنوان «تحلیل ساختار حقوقی نهادهای خود انتظام در بازار سرمایه ایران با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی آمریکا» که توسط آقای انصاری و دیگران در مجله تحقیقات مالی به چاپ رسیده است، نویسندگان به دنبال بررسی ماهیت نهاد رگولاتور بوده اند اما به هیچ عنوان وارد ماهیت این نهاد نشده و تنها به سرچشمه قانونی یاد شده در قوانین اشاره کرده اند. ضمن اینکه واگذاری منشأ مقررات گذاری به رگولاتور بازار سرمایه را تفویض قانونی و واگذاری اختیارات به حکم مجلس و تصویب قانون بر شمرده اند (ص ۱۵۴). در پژوهش نگارش شده توسط هادی فر (۱۳۸۹)، تحت عنوان «نهادهای حقوقی تنظیم مقررات، ساختار و سازوکار اجرایی»، نویسنده به صورت مفصل به ادبیات مقررات گذاری و رگولاتوری، معیارهای مقررات گذاری، سطوح مقررات گذاری و شرایط الزام رگولاتور، بررسی وضعیت موجود نهادهای حقوقی تنظیم مقررات در کشور (عمدتاً نهادهای حاکمیتی و دولتی)، مطالعه تطبیقی نهادهای رگولاتوری در ایران با سایر کشورها و ساختار و سازوکار اجرایی نهادهای حقوقی تنظیم مقررات پرداخته است. اگرچه در کتاب حاضر از آنجا که مباحث مربوط به رگولاتوری مورد استفاده خواهد بود، اما نکته مهم در تفاوت این کتاب با دیدگاه نگارنده این مقاله این است که تنظیم مقررات تنها بخشی از وظایف رگولاتور و نهاد تنظیم گر است و نهاد تنظیم گر شئون و وظایف مهمتری از جمله برخورد و مواجهه با تخلفات را بر عهده دارد که مبنای اعطای صلاحیت به چنین نهادی نیازمند بحث و بررسی است.

کتاب و مقالات متعدد دیگری در این زمینه موجود است که مربوط به مباحث خصوصی سازی و مقررات گذاری در این حوزه هاست. آنچه در تمامی قریب به اتفاق پژوهش های صورت گرفته در حوزه تنظیم گری وجود دارد این است که بحث اصلی آنها مربوط به رشته های اقتصاد و مدیریت مالی است و در رشته حقوق به صورت مستوفی مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است. مبنای اصلی تحلیل در این پژوهش ها نیز مطالعات صورت پذیرفته در رشته های

اقتصاد و مدیریت است. نکته دیگر اینکه اکثر پژوهش‌های صورت گرفته در این حوزه تا کنون به دنبال اثبات نقش حاکمیت در شکل دهی رگولاتوری بوده است. اگرچه این مقاله نیز به دنبال نفی این موضوع نیست و نقش حاکمیت و دولت را نقشی مهم در شکل‌گیری نظام رگولاتوری می‌داند و همه این پژوهش‌ها و نوشته‌های قبلی را لازمه فهم تقریری جدید از رگولاتوری می‌داند اما تفاوت اصلی این پژوهش با سایر نوشتارهای منتشر شده این است که مبنای اصلی پژوهش و تعریف در نظام تنظیم‌گری را امری متفاوت از سایر نظامات دولتی می‌داند و به دنبال اثبات این مهم است. همین مطالعات نقطه آغازی برای نگرش جدید به نهاد رگولاتوری و غیردولتی و غیر حاکمیتی بودن آن است که در این نوشته بدان پرداخته خواهد شد.

نوشته حاضر با اتخاذ روش کتابخانه‌ای و تحلیلی به دنبال اثبات ماهیت رگولاتوری و ارائه مدل تنظیم‌گری در بازار سرمایه برای توجیه حقوقی و قانونی وضع و اعمال مجازات‌های انضباطی در این حوزه است. در فرضیه مطرح در این رساله تنظیم‌گری مدلی مجزا از سایر مدل‌های برخورد با ناهنجاری‌ها در حوزه بازار سرمایه است. در مدل مطرح در این مقاله، صلاحیت تنظیم‌گر از توافق جمعی اشخاص سرچشمه گرفته و دولت نقشی در ایجاد آن ندارد. پس از بیان مقدمات بالا برای تبیین دقیق‌تر موضوع ابتدا به مدل‌های متصور در پاسخ‌دهی به تخلفات به ویژه تخلفات رخ داده در بازار سرمایه پرداخته خواهد شد، سپس مدل تنظیم‌گری به عنوان مدل برگزیده مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.

### مدل‌های پاسخ‌دهی نسبت به تخلفات

در قوانین و مقررات مورد تصویب ارکان بازار سرمایه طیف وسیعی از مجازات‌های انضباطی برای تخلف از تکالیف قانونی در بازار سرمایه پیش‌بینی شده است. به صورت کلی تخلفات این حوزه می‌تواند دارای جنبه‌های کیفری نیز باشد یا تنها دارای جنبه تخلفاتی باشد. مطابق فصل ششم قانون بازار اوراق بهادار، برخی رفتارها از باب لطمه به ارزش‌های اساسی بازار سرمایه جرم محسوب شده و قابل تعقیب کیفری است. در این قانون بیش از ۱۹ عنوان مجرمانه در ۵ ماده گنجانده شده است. در قوانین و مقررات مورد تصویب سازمان و یا شورای عالی بورس طیف وسیعی از مجازات‌های انضباطی برای تخلف از تکالیف قانونی در بازار سرمایه پیش‌بینی شده است که بسیاری از این مجازات‌های انضباطی محرومیت یا محدود کردن از حقوق اشخاص را به دنبال دارد. برخی از مهم‌ترین انواع این مجازات‌ها عبارتست از: جریمه

نقدی (از ۳۲,۰۰۰,۰۰۰ ریال تا ۳,۲۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال)، سلب صلاحیت، لغو مجوز تأسیس یا فعالیت، تعلیق مجوز تأسیس یا فعالیت، محدود کردن فعالیت، اخطار کتبی، تذکر کتبی با درج یا بدون درج در پرونده، توقف معاملات شرکت در بورس، تعلیق و لغو پذیرش شرکت، ابطال گواهینامه‌های حرفه‌ای، الزام به تعطیلی شعبه و ... بر همین اساس پاسخ‌های پیش رو به این تخلفات نیز می‌تواند متعدد و مختلف باشد و مدل‌های متفاوتی را به دنبال داشته باشد. گاهی ضمانت اجرای برخورد با یک تخلف، جنبه کیفری به خود می‌گیرد و موضوع در صلاحیت مقام قضایی است. در مواردی پاسخ نسبت به تخلف، دارای ضمانت اجرای اداری است و در تشریفات و سلسله مراتب نظامات اداری جای می‌گیرد. مواردی نیز رسیدگی به برخی تخلفات در صلاحیت نهادهای شبه قضایی است. در زیر با نگاهی مختصر به مدل‌های مختلف پاسخ‌دهی به تخلفات بازار سرمایه، به مدل اصلی مطرح در این مقاله یعنی مدل تنظیم گری پرداخته می‌شود.

**مدل قضایی:** در این مدل، برخورد با جرم به عنوان یک تخلف مهم، مدنظر است. مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی «حکم به مجازات و اجرا آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». در مواردی که رفتار خاصی مطابق قانون جرم‌انگاری شده باشد، رسیدگی بدان و صدور حکم در خصوص آن نیازمند حکم مقام قضایی است. حکم قاضی منصوب در دادگاه می‌تواند موجب محروم یا محدود کردن حقوق اجتماعی و آزادی‌های فردی باشد. در واقع مجازات کیفری «محرومیت، ممنوعیت یا سلب حقوقی است که جامعه (یا به معنای دقیق آن در ادبیات دینی، خداوند) به بشریت اعطا کرده است و همه افراد بشر به محض تولد از این حقوق برخوردارند. مانند حق حیات، آزادی، مالکیت و ...» هیچ شخصی به غیر از معطی این حقوق نیز، امکان گرفتن این حقوق را از انسان ندارد. تفاوت مدل قضایی با دیگر انواع مدل‌ها در اختیارات و صلاحیت‌های گسترده مقام رسیدگی کننده است. بنابراین قاضی می‌تواند در چارچوب قانون نسبت به هرگونه محدودیت یا محرومیت یا سلب از حقوق رأی دهد و حکم صادره توسط او لازم الاجراست. نکته مهم این که، در مدل قضایی مبنای اختیار قاضی در صدور حکم کیفری و محروم یا سلب کردن اشخاص از حقوق اجتماعی و آزادی‌های فردی، تنها در قالب اراده شارع قابل توجیه است. بنابراین محدود کردن آزادی، جان، مال و ... که از حقوق ابتدایی انسان است، نیازمند مجوز از شارع مقدس است که در قالب نظریات فقهی قابل اعطا به فقیه و پس از آن قاضی ماذون است. جرایمی که در حوزه بازار سرمایه رخ می‌دهد و مطابق ماده ۵۲ قانون بازار اوراق بهادار پیگیری آن، شکایت یا اعلام جرم در خصوص آن بر عهده

سازمان بورس است، در واقع در مدل قضایی قابل بررسی است و دادگاه صالح به موجب رأی کیفری به این جرایم رسیدگی می‌کند.

**مدل شبه قضایی:** مراجع شبه قضایی در قوانین با اصطلاحات متفاوتی آمده است، در تبصره ۱ ماده ۵۸ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ از «دادگاه اداری» برای نامیدن این مراجع استفاده شده بود. در ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ «مراجع غیر قضایی» به کار رفته است. حتی در جایی در یک قانون با دو تعبیر متفاوت از این مراجع روبرو هستیم فی‌المثل در قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۴ و در ماده ۱۰۳ این قانون از اصطلاح «مراجع اختصاصی غیرقضایی» استفاده شده درحالی‌که در ماده ۲۵۳ اصطلاح «دادگاه اختصاصی اداری» به کار رفته است. در آرای صادره از دیوان عدالت اداری نیز که در خصوص مراجع شبه قضایی صادر گردیده است، عناوین مختلفی در این موارد به کار رفته است. تعبیری همچون کمیسیون اداری، دادگاه اختصاصی اداری، مراجع اختصاصی اداری، مراجع شبه قضایی، دادگاه اداری و ... عناوینی هستند که در آرای دیوان عدالت اداری در خصوص مراجع شبه قضایی استفاده شده است (شعبانی، ۱۳۹۶: ۹۱-۱۱۰).

تنگناهای اداری و نیز محظورات قضایی زمینه‌هایی را فراهم آورده است که در ساختار قوه مجریه، مراجعی برخوردار از برخی صلاحیت‌ها و اختیارات مراجع قضایی پدید آیند که قسمی از آن‌ها مراجع شبه قضایی نام دارند. عنوان مرجع شبه قضایی، همچنان که از ظاهر این واژه نیز استنباط می‌شود، بر نهادها و مراجعی گفته می‌شود که با وجود صلاحیتی ماهیتاً قضایی، در بعد ساختاری- سازمانی و نه در بدنه قوه قضاییه، بلکه در بدنه سایر نهادها و به صورت خاص قوه مجریه، ایجاد شده و فعالیت می‌کنند (پروین، آیین نگینی، ۱۳۹۹، ۲۹-۴۷). در یک تعریف «مراجع شبه قضایی مراجعی هستند که خارج از صلاحیت عام دادگستری، در موضوع‌های ویژه، صلاحیت پیگیری، رسیدگی و صدور حکم را دارا هستند.» ارکان این تعریف به شرح زیر است:

- ۱- این نوع مراجع از شبکه عام دادگستری خارج‌اند و به طور عمومی در گستره و حوزه بخش اجرایی قرار دارند.
- ۲- آرای صادره توسط این مراجع غیرقابل اعتراض و تجدید نظر در دادگاه‌های دادگستری هستند (امامی، موسوی، ۱۳۸۳: ۹۳-۱۱۰).

ایراداتی که به سیستم رسیدگی شبه قضایی گرفته می‌شود ایراداتی است که بیشتر ناظر بر ورود این نهادها به صلاحیت دستگاه قضایی و تعارض با تشریفات دادرسی است. مخالفان وجود نهادهای شبه قضایی وجود این مراجع را متعارض با استقلال دستگاه قضایی و صلاحیت انحصاری قضاوت

توسط این دستگاه می‌دانند. با این شرح که این مراجع با اصل یگانگی قوه قضاییه ناهمخوان است و در نتیجه باعث دخالت قوه مجریه در قضاست. ایراد دیگر وارده به این سیستم این است که پیدایش این نوع مراجع با عدالت اجتماعی ناسازگار است. زیرا قوه مجریه همزمان هم طرف دعاست و هم بر مسند قضاوت می‌نشیند. ضمن این که وجود این مراجع موجب عدم تساوی در برابر حاکمیت قانون و مراجع قضایی می‌شود (امامی و دیگران، ۱۳۸۳: ۹۳-۱۱۰).

اگرچه پاسخ دهی به ایرادات و تثبیت جایگاه مراجع شبه قضایی در این زمان نمی‌گنجد ولی به علل مختلف همچون لزوم نظارت، انتظام امور، اصل تخصص، اصول خدمات همگانی و حاکمیتی، سرعت، غیر تشریفاتی بودن و توجه به منافع عمومی و نیز محظورات متعدد قضایی وجود چنین نهادهایی در نظام حقوقی کشور ما پذیرفته شده است و ایرادات بیان شده، پاسخ داده شده است (مسعودی‌نیا، اسدپور کندلجی، ۱۳۹۶: ۱۱۷-۱۳۲).

در ساختار بازار سرمایه رسیدگی به اختلافات میان اشخاص که ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنان رخ داده باشد، مطابق ماده ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار در صلاحیت هیأت داوری است. هیأت داوری در واقع یک مرجع شبه قضایی است که به موجب قانون صلاحیت ملی و ذاتی جهت رسیدگی به اختلافات حرفه‌ای را داراست. این مرجع در بازار سرمایه در واقع مدل برتری برای رسیدگی‌های شبه قضایی در این حوزه است.

**مدل اداری:** مسئولیت انتظامی یا اداری ناظر بر مسئولیت ناشی از نقض آن دسته از قواعد حقوق عمومی است که با رویکردی حمایتی استانداردهایی را در خصوص اخلاق حرفه‌ای، کیفیت و امنیت رفتار اشخاص و شرکت‌ها وضع می‌کنند. این مقررات می‌تواند شامل قواعد مربوط به سلامتی و امنیت در محیط کار، سلامت عمومی و حفاظت از محیط زیست، ایمنی کالاها، ایمنی جاده‌ها، برخی زمینه‌های حمایت از مصرف‌کننده و مقررات عمومی ساختمان شود (طباطبائی‌نژاد، صادقی مقدم، ۱۳۹۵: ۸۳-۹۶). دادرسی اداری، مستقل از انواع دادرسی‌ها از جمله دادرسی مدنی و کیفری است، زیرا هدف از رسیدگی در این نوع دادرسی، رسیدگی به تخلفات کارکنان دولت و سازمان‌های عمومی و نقض مقررات ماهوی از جمله مقررات استخدامی و وظایف آن‌هاست. لذا هدف دادرسی اداری با هدف دادرسی‌های دیگر از جمله دادرسی مدنی و کیفری متفاوت است و از این جهت مستقل است. از طرف دیگر موضوع این نوع دادرسی نیز متفاوت از دادرسی کیفری و مدنی است. در این نوع دادرسی، تخلفات کارمندان دولتی و عمومی مطرح است. در حالی که در دادرسی کیفری، جرم و مجازات و

مسئولیت کیفری است و دادرسی مدنی نیز مسئولیت مدنی را شامل می‌شود. بر همین اساس طرفین دعوا در این نوع دادرسی نیز متفاوت از سایر دادرسی‌هاست. در دادرسی اداری، تخلفات مأموران به خدمات عمومی و مستخدمان دولتی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. اما در رسیدگی کیفری و مدنی شخصیت طرف دعوا و دولتی یا عمومی بودن وی اهمیتی ندارد. از آنجا که مرجع رسیدگی و شکل رسیدگی نیز می‌توان دادرسی اداری را متفاوت از دادرسی کیفری و مدنی دانست. در واقع رسیدگی به دعاوی اداری در صلاحیت مراجع اختصاصی غیردادگستری بوده و این نوع رسیدگی در واقع نوعی رسیدگی غیر ترافیعی است (زراعت، ۱۴۰۰: ۳۵-۶۰). در واقع در مدل اداری، مسئولیت انتظامی و اداری مورد بحث قرار می‌گیرد. در بسیاری از پژوهش‌های صورت پذیرفته مجازات انضباطی به معنای همان مجازات اداری در نظر گرفته شده است (میرحسینی، عباسی، ۱۳۸۸: ۲۵-۲۶)، هر چند نگارنده معتقد است به علت تفاوت میان مجازات انضباطی و مجازات اداری، این دو مدل نیز قابلیت تفکیک از هم را دارد اما در بسیاری از مطالعات و تقریرات حقوقی، میان این دو مسئولیت هیچ تفاوتی قائل نشده‌اند و آن‌ها را هم معنا دانسته‌اند. در حوزه بازار سرمایه بسیاری از تخلفات قابل ارتکاب به اشخاص تحت نظارت سازمان بورس مربوط می‌شود. تخلفاتی که کارگزاران، نهادهای مالی و تشکلهای خود انتظام مرتکب می‌شوند در واقع تخلفات انضباطی است که متفاوت از تخلفات اداری است. تخلفات اداری آن سنخ از ناهنجاری‌هایی است که توسط کارمند دولت و یا نهاد عمومی در انجام وظایف حرفه‌ای و شغلی خود مرتکب می‌شود. به عنوان مثال تخلفاتی که توسط کارمندان سازمان بورس در انجام وظایف آن‌ها قابل ارتکاب است را می‌توان از این سنخ تخلفات دانست و ضمانت اجرای اداری برای آن در نظر گرفت.

### مدل تنظیم‌گری

در یک تعریف تنظیم‌گری عبارت است از تنظیم فعالیت‌ها و روابط درونی اجزای یک سیستم ماشینی یا زنده برای فعالیت منظم، هماهنگ و بهینه سیستم مورد نظر در چارچوب اهداف از پیش تعیین شده، با استفاده از مجموعه‌ای از شیوه‌ها و ابزارهای متعدد و متنوع خواه با سرچشمه درون سیستمی (خود تنظیمی) و یا با سرچشمه خارجی (یاوری، ۱۳۹۳: ۶۳۲). به درستی تنظیم‌گر هنگامی تشکیل می‌شود که اعضاء مختلف با منافع و موضوعات واحد کنار هم جمع می‌شوند و به فعالیت اقتصادی می‌پردازند. نه تنها فعالان حوزه‌های اقتصادی نیازمند یک نهاد به عنوان

تنظیم‌گر هستند، بلکه بخش‌های مختلف اجتماع در حوزه‌های مختلف فعالیت‌های خود نیازمند تنظیم‌گر برای انسجام روابط و انتظام بخشی میان خود هستند. یک تعریف متداول از تنظیم مقررات که گاهی تعبیر دیگری از همان تنظیم‌گری است، عبارت است از «محدودیت اعمال شده توسط دولت بر ترجیحات افراد یا سازمان‌ها که با پشتوانه اعمال مجازات بکارگرفته می‌شود.» (استون، ۱۹۸۲، به نقل از هادی‌فر، ۱۳۸۹: ۲۹).

پیشتر دولت‌ها به لحاظ حفظ منافع عمومی نقش رگولاتوری را در حوزه‌های کلان برعهده داشتند. در واقع دولت تنظیم‌گر<sup>۱</sup> یکی از شئون خود را تنظیم‌گری امور اقتصادی تعریف نموده بود. به عقیده اسکات در نظریه دولت تنظیم‌گر می‌توان سه فرض اساسی برشمرد. فرض اول اینکه تنظیم‌گری مقوله‌ای ابزاری است، یعنی تنظیم‌گر خود متصدی نیست و تنها با به‌کارگیری ابزارهایی فعالان بخش را تنظیم‌گری کرده و آنها را در راستای اهداف خود جهت‌دهی می‌کند. فرض دوم این است که دولت محور اجرای تنظیم‌گری است، یعنی تنها تنظیم‌گر دولتی وجود دارد. فرض سوم هم این است که قوانین حاکمیتی اصلی‌ترین ابزار اعمال تنظیم‌گری هستند، یعنی دولت با تصویب قانون، تنظیم‌گری انجام می‌دهد. به‌طور خلاصه این فرضیه‌ها به معنی تمرکز امور تنظیم‌گرانه در دولت و نهادهای رسمی است که در آن تنظیم‌گری با استفاده از یک مجموعه ابزارها که مهمترین آن قوانین و مقررات رسمی است، اعمال می‌شود. به عقیده اسکات دولت تنظیم‌گر مفهومی است که در مقابل دولت رفاه<sup>۲</sup> مطرح شد (اسکات، ۲۰۰۴: ۵-۲). در دولت رفاه، دولت برای منفعت عمومی به دنبال مالکیت عمومی و ارائه مستقیم خدمات عمومی است و در دولت رفاه، دولت به عنوان یک برنامه‌ریز اقتصادی، ثبات دهنده بازار و تأمین‌کننده رفاه معرفی می‌شود. در اواسط دهه ۱۹۷۰ سطح تورم و بیکاری برخلاف پیش‌بینی‌های مرسوم اقتصادی به صورت همزمان بالا رفت و این اتفاق جرقه تغییر در نقش‌های دولت و کاهش وظایف تصدی‌گرانه را در پی داشت. لذا دولت‌ها به سمت واگذاری امور تصدی‌گرانه و واگذاری اموال و مالکیت به بخش خصوصی حرکت کردند. در بسیاری از کشورها دولت‌ها با کنار کشیدن از جایگاه تصدی‌گری به سمت تنظیم‌گری پیش رفتند و مفهوم دولت تنظیم‌گر شکل گرفت (امامیان، ذوالفقاری، محمدزاده، زمانیان، ۱۳۹۷: ۲۴).

1. The Regulatory State

2. Welfare State

3. Scott

از ریشه‌های تاریخی حرکت به سمت نظام‌های تاریخی به ویژه در نظام حقوقی آمریکا، ناکارآمد بودن رسیدگی به اختلافات بازیگران اقتصادی در نظام‌های قضایی بوده است. گسترش امکان فساد در پرونده‌های کلان اقتصادی، انگیزه بالای شرکت‌های بزرگ اقتصادی برای اعمال نفوذ در احکام قضایی، هزینه بالای فرآیند دادرسی و هزینه‌های سنگین اجتماعی تخلفات اقتصادی به دلیل ماهیت پسینی احکام قضایی از دلایل ناکام ماندن نظام قضایی در حل اختلافات بازیگران اقتصادی و حرکت به سمت نظام تنظیم‌گری برشمرده شده است (گلاسر<sup>۱</sup>، ۲۰۰۱: ۸۶۵۰). بنابراین کم‌کم تنظیم‌گری نه به عنوان جایگزین نظام قضایی سنتی بلکه به عنوان مکمل نظام قضایی جای خود را در نظام حقوق کشورها باز کرد. از دلایل دیگر حرکت به سمت تنظیم‌گری عدم تخصص کافی دولت در اداره همه شئون جامعه است. با استقرار نظام تنظیم‌گری حضور بازیگران غیرحاکمیتی در فرآیند تنظیم‌گری زمینه را برای بهره‌مندی دولت از تخصص متخصصین فعال در بخش‌های مختلف فراهم می‌نماید که بدون وجود نظام تنظیم‌گری هم هزینه به کارگیری افراد متخصص بالا می‌رود و هم بسیاری از متخصصان حاضر به فعالیت در بخش دولتی نیستند. همچنین استقرار نظام تنظیم‌گری باعث تضمین بیشتر منافع عمومی شده و همین امر مشروعیت حاکمیت را در حکمرانی بالا می‌برد. در واقع تنظیم‌گری، نظام حکمرانی را از حالت سلسله مراتبی صرف خارج می‌کند و یک نقش میانی و واسطه را میان مردم و حاکمیت ایجاد می‌کند (آدامز<sup>۲</sup>، ۲۰۱۳). شرایط اقتصادی حاکم بر جامعه نیز اهمیت زیادی در حرکت به سمت تنظیم‌گری دارد. شکست بازار<sup>۳</sup> نیز که از عوامل زیادی همچون انحصار، سود بادآورده، قیمت گذاری نادرست، نابرابری اقتصادی و ... ناشی می‌شود، از دلایل ایجاد تنظیم‌گری است (بالدوین و مارتین<sup>۴</sup>، ۲۰۱۲: ۲۵-۱۵). برای شناخت بهتر مدل تنظیم‌گری نخست به ماهیت تنظیم‌گری و مبانی تشکیل تنظیم‌گر خواهیم پرداخت.

### ماهیت تنظیم‌گری و مبانی تشکیل تنظیم‌گر

در یک دیدگاه که طرفداران فراوانی دارد و در کلام نویسندگان تنظیم‌گری نیز به صورت گذرا اشاره شده است، شناخت ماهیت رگولاتورها در چارچوب سلسله مراتب دولت و

1. Glaeser

2. Adams

3. Market Failure

4. Baldwin and Martin

حاکمیت امکانپذیر است. تئوری‌های مطرح در این زمینه با پذیرش این مبنا به تحلیل سایر مسائل پرداخته‌اند و سعی در تعریف صلاحیت‌ها و اختیارات رگولاتور در حیطه تصریح قانون مصوب مجلس کرده‌اند. در این دیدگاه دلایل متعدد و متنوعی برای ضرورت ایجاد تنظیم‌گری وجود دارد. این دیدگاه تنظیم‌گری را یکی از شئون حکمرانی دانسته و ضرورت ایجاد چنین نهادهایی را در این قالب توجیه کرده است. در این دیدگاه رگولاتور با تصویب قانون و یا به تعبیر کلی‌تر اراده حاکمیت بر تشکیل، ایجاد می‌شود و منشأ وضع صلاحیت برای رگولاتور نیز قانون مصوب مجلس است و خارج از حیطه قانون مصوب مجلس هیچ اختیار و صلاحیتی برای رگولاتور متصور نیست. بر اساس این دیدگاه آنچه مسلم است این است که کشور ما کشوری مبتنی بر قانون‌گذاری در همه عرصه‌های اجتماعی است بنابراین صلاحیت‌های رگولاتور نیز در بخش‌های مختلف از جمله حوزه‌های اقتصادی باید توسط قانون تعیین شود. لذا نه تنها تشکیل رگولاتور بلکه اصول و رویه‌ها و سیاست‌های مقررات‌گذاری نیز باید در چارچوب قانون ذکر شده باشد (تنها، ۱۳۹۶: ۶۲)، زیرا رگولاتور در واقع شأنی دولتی دارد و دولت مهم‌ترین رگولاتور حوزه‌های مختلف محسوب می‌شود. حتی اگر در این دیدگاه، رگولاتوری غیر دولتی را نیز بپذیریم، سلسله مراتبی بودن و حاکمیتی بودن آن را نمی‌توان انکار کرد. بر اساس این دیدگاه چون رگولاتور (حتی غیر دولتی) در سلسله مراتب حاکمیت نقش خود را ایفا می‌کند، بنابراین تنها در حیطه اختیارات واگذار شده در چارچوب حاکمیت نیز صلاحیت دارد که این اختیارات در چارچوب قانون مصوب مجلس رخ می‌نماید. بنابراین محدوده اختیارات رگولاتور تنها در چارچوب قانون مصوب مجلس تعیین می‌شود.

اما به نظر نگارنده، توافق جمعی گروه‌ها و اصناف خاص جهت تأمین منافع خود علت و مبنای اصلی تشکیل رگولاتور است. اگرچه مطابق تاریخچه تشکیل چنین نهادهایی، دولت نقش اساسی را در ایجاد این نهادها ایفا می‌کند، ولی به مرور زمان کارکردها و حتی ماهیت رگولاتورها تغییرات اساسی می‌کند. بنابراین امروزه حتی دولتی بودن این نهادها با ذات و فلسفه تشکیل آن‌ها متفاوت است. به تعبیر دیگر این نهادها با اراده جمعی اشخاص تشکیل شده‌اند و نوعی توافق و قرارداد جمعی بر ایجاد چنین نهادهایی تعلق گرفته است. قراردادی که نه لزوماً به صورت نوشتاری و در قالب عقود معین تعریف شده در حقوق خصوصی باشد، بلکه توافق و اراده جمعی اشخاص بر ایجاد آن تعلق گرفته است. بنابراین از پایه این نهادها در سلسله مراتب طولی حاکمیت نقشی ندارند و به مثابه قسمتی از دولت یا حاکمیت نیستند که توسط آنها ایجاد

شده باشند، بلکه این نهادها با ماهیتی عمومی و در عرض اشخاص و صنف‌های تشکیل دهنده خود ایجاد شده‌اند و نقش نظارتی و حرفه‌ای خود را ایفا می‌کنند.

تاریخ تشکیل بورس می‌تواند ما را به چنین رویکردی در خصوص ماهیت رگولاتور رهنمون سازد. تاریخچه پیدایش واژه «بورس» به قرن پانزدهم میلادی باز می‌گردد. در آن زمان، بازرگانان و کسبه شهری به نام «بورژوا» در شمال غربی بلژیک، در میدانی به نام «تربورس» در مقابل خانه‌ی بزرگ‌زاده‌ای به نام «واندر بورس» جمع می‌شدند و خرید و فروش می‌کردند. از آن تاریخ به بعد مکان‌هایی که مردم در آنجا خرید و فروش می‌کردند، به بورس معروف شدند. این مکان‌ها از نظم و انضباط خاصی برخوردار نبود و هر کس می‌توانست در آنجا به فعالیت بپردازد، اما به مرور زمان و رفته‌رفته، خود فعالان و معامله‌گران به این نتیجه رسیدند که نیاز به وجود تشکیلات و ایجاد نظم و انضباط در این مکان‌ها وجود دارد، به گونه‌ای که پس از مدتی تنها بازرگانان، صرافان و دلالان اجازه داشتند در این مکان‌ها خرید و فروش کنند. در گذر زمان، تالارهای مسقف بورس شکل گرفت و بازرگانان که تا پیش از آن، در هوای آزاد خرید و فروش می‌کردند، برای خرید و فروش به این تالارها می‌رفتند (جوانمردی، ۱۳۹۳: ۹). همانگونه که دیده می‌شود شروع تشکیلات بورس از نوعی توافق و قرارداد فعالان اولیه این بازار سرچشمه گرفته است و رفته رفته به مرور این تشکیلات در چارچوب‌های قانونی و رسمی حکومت‌ها شکل گرفت. به عنوان مثال بورس در نیویورک در ۱۷ می ۱۷۹۲، ۲۴ کارگزار بازار سهام در خیابان وال استریت و زیر درخت چناری دور هم جمع شدند و توافق‌نامه‌ای را امضاء کردند که به توافق‌نامه «درخت چنار» مشهور شد. آنها در ۸ مارس ۱۸۱۷ با تنظیم اساسنامه شروع به کار بورس نیویورک را رسمیت بخشیدند (فناپی، ۱۳۸۸).

آنچه در ماهیت رگولاتوری بیان شد، قابل مقایسه با نهادها و سازمان‌های مردم نهاد (NGOها) است. در ایران نخستین قانونی که به نوعی به بحث این نهادها اشاره داشته، قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ است. مطابق ماده ۵۸۴ قانون تجارت «تشکیلات و موسساتی که برای مقاصد غیرتجارتی تأسیس شده یا بشوند، از تاریخ ثبت در دفتر ثبت مخصوصی که وزارت عدلیه معین خواهد کرد شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند.» در ادامه ماده ۵۸۵ همین قانون شرایط ثبت موسسات و تشکیلات یاد شده را تابع آیین‌نامه‌ای که به تصویب وزارت دادگستری می‌رسد، دانسته است و این وزارت خانه در سال ۱۳۳۷ آیین نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و موسسات غیرتجارتی را تصویب کرد. پس از آن با تصویب هیأت وزیران در سال ۱۳۸۴ آیین نامه

اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های مردم نهاد اجرایی شد. این آیین‌نامه حاوی نکات مهمی در خصوص این سازمان‌هاست. از جمله ایجاد شخصیت حقوقی برای این سازمان‌ها، اهداف تشکیل آن‌ها، موضوع فعالیت، بودجه و ... البته لازم به ذکر است که در قانون اساسی نیز مبانی تشکیل این نهادها آمده است. چنانچه مطابق اصل ۲۶، «احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیتهای دینی شناخته شده آزادند، مشروط به این که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند. هیچ کس را نمی‌توان از شرکت در آنها منع کرد یا به شرکت در یکی از آنها مجبور ساخت». همچنین مطابق اصل سوم قانون اساسی «مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش» از وظایف اصلی دولت برشمرده شده است. این مبانی همگی نشان‌دهنده این است که از نظر قوانین و مقررات موضوعه، ایجاد جمعیت‌ها، گروه‌ها، تشکیلات و سازمان‌ها با اهداف خاص در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است که سازمان‌های مردم نهاد نمونه بارز آن‌ها هستند. غیر حاکمیتی، غیر دولتی و عام‌المنفعه بودن این سازمان‌ها نیز قدر متیقن همه تعاریف ارائه شده در این خصوص است. نقطه ثقل همه تعاریف ارائه شده از سازمان‌های مردم نهاد و مقررات و اسناد بین‌المللی در خصوص NGO ها، ساختار ماهوی و شکلی غیردولتی (غیر حکومتی) این سازمان‌هاست. استقلال مالی این نهادها از حاکمیت، نحوه پدیدار شدن این نهادها که کاملاً غیردولتی و بر اساس توافق اشخاص با یکدیگر است و عدم عضویت افراد حاکمیتی در اعضای این سازمان‌ها همگی نشان از ساختار غیر حاکمیتی این سازمان‌ها دارد (دولت رفتار حقیقی، ۱۳۸۸: ۳۹۶-۳۹۸).

همانگونه که دیده می‌شود، اصلی‌ترین مبنای تشکیل سمن‌ها، اراده جمعی گروهی از اشخاص بر تشکیل آن است و قانون اساسی نیز این موضوع را به رسمیت شناخته است. بنابراین این نهادها را نیز می‌توان خارج از سلسله مراتب حاکمیتی دانست. بدین معنا که به راستی حاکمیت و دولت نقشی در تشکیل آن‌ها ندارد. حتی دولتی بودن آنها مخالف اهداف و اغراض تشکیل این نهادهاست. این ویژگی همانند مشخصه‌ای است که نگارنده در خصوص مبنای ایجاد رگولاتوری بدان اشاره کرده است. بدین ترتیب که رگولاتوری‌ها نیز اراده جمعی اشخاص بر ایجاد چنین نهادی قرار می‌گیرد و این نهاد دارای شخصیت حقوقی می‌شود.

میردام سن در تحلیل خود تنظیمی به نظام خود مختار مدنی اشاره می‌کند. بدین معنا که خود تنظیمی را شکلی از تنظیم‌گری غیردولتی می‌داند که به وسیله نظامات تنظیمی خود مختار و از

دل جامعه مدنی پدید آمده است. در حالی که در تنظیم‌گری به معنای سنتی و رایج آن، دولت به عنوان تنظیم‌گر نقش اصلی دارد و نظامات مستقل خصوصی نمی‌توانند زیرمجموعه این چارچوب تنظیمی قرار گیرند. در یک معنای وسیع نظامات خود مختار خصوصی یا خود تنظیم‌گر، نظامات مستقلی هستند که از ابتکار عمل بخش خصوصی در دل جامعه مدنی پدید می‌آیند. این فرآیند منطبق بر خلق و تحول هنجارها، استانداردها یا قواعد از طرق اشخاص و انجمن‌ها و خارج از چارچوب تنظیمی دولت است. برای مدت زمان طولانی تنظیم‌گری یک فعالیت خصوصی بوده است. خود تنظیم‌گری یک اصطلاح قدیمی‌تر و مفهوم ابتدایی از تنظیم‌گری خصوصی است. وضع کدهای رفتاری، ویژگی شناخته شده جوامع باستانی و قرون وسطایی است که پیشگام در مقررات و قوانین بعد از خود بوده است. در شکل خود تنظیمی محض، مشارکت و مداخله دولتی وجود ندارد. این قالب به عنوان شکلی از تنظیم‌گری داوطلبانه کنشگران خصوصی بازار که به ایجاد نظامات مستقل خصوصی مبادرت می‌کنند، در شرایط مختلفی به کار گرفته می‌شود. داوری تجاری، موسسات رتبه بندی و کدهای رفتاری داوطلبانه از این سنخ نظامات خود تنظیم هستند که در اشکال مختلف از نهادهای خصوصی تجسم می‌یابند (میرپام سن، ۱۳۹۷: ۹۳-۱۳۴).

بر مبنای ماهیت ارائه شده از رگولاتوری در این پژوهش (توافق جمعی اشخاص بر ایجاد نهاد رگولاتوری) حتی تصریح قانون‌گذار بر اختیارات تنظیم‌گر نوعی تأکید بر امری واضح است که تنها اثر آن شناسایی رسمی چنین نهادی است و عدم بیان اختیارات در قانون هیچ خدشه‌ای به حیطه اختیارات این نهاد وارد نخواهد کرد. چرا که از پایه مبنای ایجاد این نهاد توافق است و نه تصریح قانون. قوانین و مقررات بعدی نیز پس از تشکیل این نهاد وضع شده و تنها چارچوب صلاحیت و فعالیت آن را مشخص و طبقه‌بندی کرده‌اند. اگرچه تمایل دولت‌ها در ابتدا به سمت دولتی کردن تمامی عرصه‌های اجتماعی از جمله رگولاتوری‌ها بوده است ولی این تمایل و یا حتی تعیین چارچوب این نهادها در قوانین و مقررات کشورها به معنای دولتی بودن این نهادها نیست. چنانچه در ماده ۵ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، غیردولتی بودن سازمان بورس و اوراق بهادار تصریح گشته است. البته سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری دولت به معنای عام و از دید حاکمیت تنها در حد سیاست‌گذاری کلان برای حوزه‌های مختلف اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و ... پابرجاست و پذیرش این موضوع به معنای کنار کشیدن دولت از سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری به معنای عام کلمه نیست و این موضوع تعارض و تهافتی با نظریه

مطرح در این رساله ندارد. چرا که از پایه نهادهای دولتی نقشی فراتر از رگولاتوری را بر عهده دارند.

### ویژگیهای تنظیم گر

پس از آنکه ماهیت رگولاتوری مشخص شد و مبنای تشکیل این نهاد را به نوعی توافق و اراده جمعی اشخاص بر ایجاد آن دانستیم، در این قسمت لازم است ویژگیهای تنظیم گری مورد بحث قرار گیرد. غیرانتفاعی بودن و غیردولتی بودن رگولاتور بازار سرمایه همگی برگرفته از انفکاک این نهاد از سلسله مراتب اداری و حاکمیتی است و در این صورت اقدامات رگولاتوری در وضع و اعمال مجازات انضباطی مشروع می شود. بنابراین در صورتی که این ویژگیها برای رگولاتور بازار سرمایه وجود نداشته باشد و رگولاتور در سلسله مراتب حاکمیتی گنجانده شده باشد، اختیارات رگولاتور تنها در چارچوب قانون و مقررات مصوب مجلس تعیین می شود و وضع و اعمال مجازات انضباطی نیز در همین چارچوب قرار می گیرد.

### غیرانتفاعی بودن

سازمان غیر انتفاعی، نهادی است که با هدف نفع اقتصادی و کسب سود اقتصادی تأسیس نشده است. سازمان غیرانتفاعی، سهامدار ندارد. این سازمان ممکن است فعالیت اقتصادی هم انجام دهد و مدل کسب و کار و مدل درآمد هم داشته باشد و حتی ارزش افزوده اقتصادی هم ایجاد کند. اما این ارزش افزوده دوباره به عنوان منابع جدید در اختیار سازمان قرار می گیرد تا اهداف خود را به پیش ببرد. هدف ایجاد چنین سازمانی در قانون یا اساسنامه آن بیان شده است. این سازمانها بیشتر با اهداف عمومی ایجاد شده اند مانند موسسات خیریه و عام المنفعه، بیمارستانها، دانشگاهها و... (استفن<sup>۱</sup>، ۵).

مبنای ایجاد رگولاتور این بازار، توافق جمعی اشخاص و گروه هاست. حتی اگر چنین مبنایی نیز برای تشکیل رگولاتور این بازار پذیرفته نشود، تعارض منافع اعضا و فعالان این بازار و نیز وجود رقابت حداکثری آنها با یکدیگر واقعه ای انکار ناپذیر است. هر کس در این بازار به دنبال کسب منفعت خود است، بنابراین وجود تعارض منافع در این بازار طبیعی است. به همین منظور فعالان این بازار به دنبال تشکیل تنظیم گر و ناظر برای خود هستند تا به صورت حرفه ای

1. Stephen

و در چارچوب ضوابط تعیین شده فعالیت خود را ادامه دهند. در صورتی که رگولاتور این بازار، خود دارای منافع باشد، بی گمان امکان نظارت واقعی از او سلب می شود و ممکن است قواعد نظارت را به نفع خود تغییر دهد یا موجب ضعف نظارت و عدم کارایی به علت تعارض منافع در برخی حوزه‌ها شود. بنابراین طبعاً رگولاتور و ناظر این بازار باید کاملاً مستقل از اعضا بوده و هیچ گونه منافعی در این بازار نداشته باشد. به همین علت سازمان بورس و اوراق بهادار به عنوان تنظیم‌گر این بازار در قالب یک مؤسسه عمومی تأسیس شده است. در قانون بازار اوراق بهادار نیز کلیه وظایفی که برای سازمان و هیأت مدیره بیان شده همگی نشان از وجود وظایف نظارتی برای این سازمان است. حتی در ماده ۱۶ این قانون، انجام هرگونه معاملات اوراق بهادار ثبت شده یا در شرف ثبت نزد سازمان یا هرگونه فعالیت و مشارکت مستقیم یا غیر مستقیم در انجام معاملات یادشده توسط اعضای شورا، سازمان، مدیران و شرکای مؤسسه حساسی سازمان و نیز اشخاص تحت تکفل آنها را ممنوع دانسته شده است تا بدین صورت جلوی هر گونه شبهه در خصوص وجود هرگونه تعارض منافع یا انتفاع گرفته شود.

### غیر دولتی بودن

ضرورت غیردولتی بودن رگولاتور این بازار بدیهی و روشن است. در ایران نیز مطابق ماده ۵ قانون بازار اوراق بهادار «سازمان، مؤسسه عمومی غیردولتی است که دارای شخصیت حقوقی و مالی مستقل بوده و از محل کارمزدهای دریافتی و سهمی از حق پذیرش شرکتها در بورسها و سایر درآمدها اداره خواهد شد.» پس غیر دولتی بودن این نهاد در قانون نیز به صراحت وارد شده است. مطابق فرضیه مطرح در این مقاله نیز چون رگولاتور از توافق جمعی گروه‌ها و اشخاص تشکیل شده است، در واقع جایگاه غیر دولتی دارد. بنابراین هرگز دولت نمی‌تواند وظیفه رگولاتوری این بازار را بر عهده گیرد. یکی از علت‌هایی که در ضرورت غیر دولتی بودن رگولاتوری بازار سرمایه مطرح است، تعارض منافع میان دولت و سایر اشخاص خصوصی است. اهداف و انگیزه‌های بخش دولتی با اهداف و انگیزه‌های بخش خصوصی در ورود به بازار سرمایه کاملاً متفاوت است، در حدی که می‌توان دولت و بنگاه‌های اقتصادی آن را رقیب بخش خصوصی دانست. بنابراین بی گمان دولتی بودن رگولاتور این بازار به صرفه و صلاح سهامداران و فعالان حرفه‌ای این بازار که بیشتر از بخش غیردولتی هستند، نیست. به همین علت نیز در پیش‌نویس قانون بازار اوراق بهادار که در سال ۱۳۸۳ تهیه شده است، فاصله گرفتن سازمان

نظارت (به عنوان رگولاتور این بازار که الان با نام سازمان بورس و اوراق بهادار در قانون وارد شده است) از دولت به عنوان یکی از ویژگی‌های اصلی رگولاتوری مورد توجه واقع شده است (دفتر بررسی‌های اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳: ۱۰).

از دیگر عللی که ضرورت غیردولتی بودن تنظیم‌گر این بازار را نشان می‌دهد این است که دولتی بودن رگولاتور، او را از چابکی و انعطاف خارج می‌کند. بازار سرمایه پویاست و اصل بر نوآوری و پیشرو بودن در مقررات گذاری و توسعه است. بازار سرمایه نباید در گیر چارچوب‌ها و مقررات خشک و بی‌روح دولتی باشد و گرنه نمی‌تواند توسعه و چالاک‌کی خود را حفظ کند. بی‌گمان توسعه این بازار مساوی با توسعه اقتصادی کشور است، پس گرفتار کردن آن در مقررات دولتی، آن را از این مقصود دور می‌کند. در قانون بازار رسماً به محل درآمد این بازار اشاره شد و آن را کاملاً مستقل از دولت دانست. این استقلال از بودجه دولتی نتایج مهمی در بردارد. از جمله اینکه برای جذب، استخدام، ترفیع، خرید و فروش (از جمله خرید سامانه‌های معاملاتی) و ... نیاز به طی تشریفات دولتی نیست. به همین علت سازمان بورس مقررات خاص استخدامی برای خود دارد. به موجب ماده ۳ اساسنامه سازمان بورس و اوراق بهادار «سازمان، مؤسسه عمومی غیردولتی است و مقررات مالی، معاملاتی، اداری و استخدامی آن به تصویب شورا می‌رسد». در همین راستا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۱۴۸ مورخ ۱۴۰۰/۳/۲۲ تأکید کرد «از آنجاییکه سازمان بورس یک مؤسسه عمومی غیردولتی محسوب شده به موجب ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری از شمول قانون یادشده خارج بوده و مشمول مقررات استخدامی خاص خود است.» این موضوع در دادنامه دیگری از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مجدداً مورد تأکید قرار گرفت.<sup>۱</sup>

در خصوص دولتی یا غیردولتی بودن تنظیم‌گر این بازار در پیش‌نویس قانون بازار اوراق بهادار در سال ۱۳۸۳ بحث‌های مختلفی شده است. بسیاری از صاحب‌نظران و منتقدان این پیش‌نویس به اهمیت غیردولتی بودن رگولاتوری این بازار توجه نموده‌اند. انتقاد بسیاری از آنها به پررنگ بودن نقش دولت در این بازار نشان از ضرورت غیردولتی بودن رگولاتوری این بازار دارد. در میان این انتقادات ترکیب اعضای شورای عالی بورس به عنوان رکنی از سازمان نظارت (رگولاتور بازار- سازمان بورس فعلی) پررنگ است. به طوری که کم و بیش تمامی

اعضای شورا توسط دولت یا قوه قضاییه انتخاب می‌شدند. ترکیب اعضای این شورا که در پیش نویس نخستین بیشتر دولتی و حاکمیتی بودند، مورد انتقاد قرار گرفته بود. به نظر منتقدان لازم بود برای یک موسسه غیر دولتی (سازمان بورس) از نهادهای خودجوش جامعه و بخش‌های غیردولتی استفاده بیشتری شود (دفتر بررسی‌های اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳: ۲۱-۲۲). در نهایت بعد از انتقادات فراوان به این شیوه قانون نویسی، قانون مصوب اصلاحی این موارد را مورد توجه قرار داد. به طوری که اعضای شورای عالی بورس به عنوان بالاترین رکن سیاستگذار این بازار از ترکیبی دولتی - خصوصی تشکیل شدند. هر چند در عمل ریاست شورا بر عهده وزیر امور اقتصادی و دارایی قرار گرفت. همچنین ترکیب اعضای هیأت مدیره سازمان بورس نیز به تصریح قانون به ویژه از کارشناسان بخش غیردولتی انتخاب می‌شوند.<sup>۱</sup> این درحالی است که در پیش نویس قانون بازار در سال ۸۳، چنین شرطی برای اعضای هیأت مدیره سازمان وجود نداشت و تنها به انتخاب ۴ نفر از آنها توسط هیأت وزیران و یکی نیز توسط رییس قوه قضاییه اشاره شده بود.<sup>۲</sup> تأکید قانون بازار بر غیردولتی بودن اعضای هیأت مدیره این سازمان در کنار غیردولتی دانستن این بازار نشان از توجه قانون‌گذار به ضرورت غیردولتی بودن رگولاتور این بازار است. در غیر اینصورت هرگز نمی‌توان پیشبرد اهداف اصلی این بازار که شفافیت، منصفانه و کارا بودن آن است را انتظار داشت.

### جامعیت یا محدودیت اختیارات رگولاتور

به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی، «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» با توجه به اینکه واژه «مجازات» هم به «مجازات‌های کیفری» و هم به «مجازات‌های انضباطی» گفته می‌شود، در دید اول حکم به مجازات‌های انضباطی و اجرای آن نیز مشمول این اصل می‌شود. بنابراین هیچ نهاد دیگری غیر از دادگاه امکان حکم به مجازات و اجرای آن را نخواهد داشت. از رهاورد اصل تفکیک قوا در حقوق عمومی تمیز صلاحیت و کارکردهای نهادهای حکومتی و ممنوعیت آن‌ها از مداخله در حوزه تکالیف و اختیارات

۱. ماده ۶ هیأت مدیره سازمان دارای پنج عضو است که از میان افراد امین و دارای حسن شهرت و تجربه در رشته مالی منحصراً از کارشناسان بخش غیر دولتی به پیشنهاد رئیس شورا و با تصویب شورا انتخاب می‌شوند. رئیس شورا حکم اعضای هیأت مدیره را صادر می‌کند.

۲. مطابق ماده ۶ پیش نویس قانون بازار در سال ۱۳۸۳، «هیأت نظارت بر بازار اوراق بهادار دارای پنج عضو است که باید از بین افراد امین و دارای حسن شهرت و نیز متخصص در زمینه‌های مالی، حسابداری، حقوقی و اقتصادی باشند. چهار عضو هیأت به پیشنهاد شورای بورس و اوراق بهادار و تصویب هیأت وزیران انتخاب و با حکم رئیس شورا منصوب می‌شوند و عضو حقوقدان توسط رئیس قوه قضاییه انتخاب و منصوب می‌گردد.»

یکدیگر است. مطابق اصل ۱۳۸ قانون اساسی نیز قوه مجریه به عنوان نهاد سیاسی که بخش اعظم کارکردهای حکومت بر دوش آن است به منظور «انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری» صلاحیت وضع نظامات دولتی را داراست. پس این قوه نه حق وضع قاعده حقوقی جدید را دارد و نه می‌تواند قواعد وضع شده مجلس را تغییر دهد. بنابراین وضع قانون و قواعد آمره مختص قوه مقننه است که در اصل ۷۱ قانون اساسی نیز وضع قانون را بر عهده این قوه نهاده است (شیرزاد، ۱۳۹۲: ۱۰۲). قانون رسیدگی به تخلفات اداری نیز که به تخلف انگاری و نیز رسیدگی به تخلفات اداری پرداخته است، توسط مجلس تصویب شده است. پس به درستی وضع مجازات با مجلس و اعمال آن با دادگاه است.

در فقه اسلامی نیز مباحث مربوط به جرم انگاری و کیفرگذاری به صورت پراکنده مورد بررسی قرار گرفته است. مطابق مبانی فقهی، جرم انگاری، وضع مجازات و محرومیت از حقوق، در حیطه صلاحیت شارع (بیدالحاکم) است، بنابراین کیفرگذاری از صلاحیت‌های ذاتی حکومت یا دولت نیست بلکه در حکومت ولایی و اسلامی حق کیفرگذاری به ویژه در صلاحیت شارع مقدس است (مجبی و ریاضت، ۱۳۹۵: ۳۵) و بدون مجوز شرعی و قانونی امکان اعطای صلاحیت وضع کیفر به هیچ شخصی غیر از شارع وجود ندارد<sup>۱</sup>. بنابراین به درستی امکان اعطای صلاحیت وضع کیفر به رگولاتورها منتفی است. بنابراین همانگونه که به طور مثال فرمانداری‌ها، استانداری‌ها و ... در سلسله مراتب حکمرانی نقش ایفا می‌کنند و تحت نظارت دولت مرکزی هدایت می‌شوند، رگولاتورها نیز توسط حاکمیت و در این سلسله مراتب تشکیل شده و ایفای وظیفه می‌کنند. بنابراین وضع و اعمال مجازات نیز توسط آن‌ها امکانپذیر نیست و

۱. در خصوص جواز تنبیه و تأدیب کودک توسط ولی، برده توسط مولی و زوجه توسط زوج اختلاف نظر و مباحث فقهی و حقوقی فراوانی مطرح است که بحث در خصوص آن مجال دیگری میطلبد. مختصراً لازم به ذکر است در جواز تنبیه کودک موارد زیر به عنوان مبنای تأدیب قابل ذکر است: اولاً؛ تعزیر و تأدیب از نظر فقهی متفاوت از یکدیگر است، چه از حیث کیفیت و کمیت اقدام در مورد کودک، چه از حیث تعزیر کننده و تأدیب کننده، چه از حیث ضمان در خصوص تعدی و ... بنابراین اساساً تعزیر متفاوت از تأدیب است که از شمول مجازات کیفری خارج است. آنچه به عنوان صلاحیت ولی در خصوص تنبیه کودک از نظر شرعی مسلم است، تأدیب کودک با شرایط خاص و مشخص است و در خصوص جواز تعزیر (آن هم به نه ب معنای تعزیر مصطلح برای بالغین) توسط ولی اختلاف نظر وجود دارد. ثانیاً؛ اعطای اختیار تأدیب کودک به ولی او صرفاً محدود به موارد مشخصی است که در تعبیر فقهی و شرعی آن، معصیت شمرده می‌شود. لذا حتی تأدیب (متفاوت از تعزیر) نیز در کلام فقها دارای شرط و محدودیت است. ثالثاً؛ مبنای اعطای چنین اختیاری به ولی (با تمامی محدودیتها و شرایط) ولایت پدر بر فرزند، و در خصوص سایر موارد نیز ولایت زوج بر زوجه و مولی بر عبد مطرح است. برای مطالعه بیشتر و آشنایی با مبانی تنبیه کودک رک: «شاملی، نصرالله، علی اکبری بابوکانی، احسان، شاکری، محسن (۱۳۹۰)، بررسی حدود و ثغور تنبیه، تعزیر و تأدیب کودک در فقه امامیه، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، ص ۶۷-۹۸» و «شفیعی، شیرین، عارف نیا، طحیه (۱۴۰۰)، مبانی فقهی تنبیه و تأدیب کودکان از سوی والدین در فقه، مطالعات فقهی و فلسفی، دوره ۱۴ شماره ۱، ص ۱-۱۴».

علی‌الاصول با توجه به اینکه قانون‌گذاری و به طور خاص جرم‌انگاری حیطه اختصاصی شارع (به تعبیر نوین آن پارلمان) است، هیچ نهاد دیگری غیر از پارلمان حق ورود به این حوزه را ندارد. حتی تخلف‌انگاری اداری و تعیین مجازات برای ناهنجاری‌های اداری نیز در این دیدگاه مستلزم تصویب قانون است. بر همین اساس قانون رسیدگی به تخلفات اداری نیز مصوب مجلس شورای اسلامی است و در واقع قانون، صلاحیت رسیدگی به برخی تخلفات اداری را در اختیار نهادهای شبه قضایی همچون هیأت‌های مذکور در این قانون قرار داده است.

به نظر پژوهشگر اینگونه نگاه به رگولاتوری و صلاحیت‌های آن، با چالش‌های حقوقی و اجرایی جدی روبروست و قابل جمع با نظام حقوقی مدرن و اصل تفکیک قوا و سایر اقتضائات حکمرانی جدید نیست. در دیدگاه نگارنده، ماهیت تشکیل رگولاتور بر توافق و اراده جمعی اشخاص و گروه‌ها بر تشکیل این نهاد استوار است. بنابراین صلاحیت رگولاتورها در دایره حقوق خصوصی و قراردادی قابل تحلیل و نه در سلسله مراتب حاکمیتی است. بدین معنا که اعضاء حرفه‌ای تشکل خودانتظام با اراده و توافق جمعی خود اقدام به تشکیل این نهاد کرده‌اند و ادامه فعالیت خود تحت نظارت رگولاتور را موکول به پذیرش شرایطی کرده‌اند. از جمله این شرایط نیز تخلف‌انگاری و اعمال مجازات برای ارتکاب تخلفات در این حوزه است. بنابراین همگی تشکیل دهندگان رگولاتور بر این موضوع توافق کرده‌اند که در صورت بروز رفتار متخلفانه از هر یک از آن‌ها، رگولاتور امکان جریمه انضباطی با متخلف را داشته باشد.

امروزه برخی نهادهای مشابه در حقوق مدنی و جزایی به وجود آمده است که صلاحیت برخورد شبیه به مجازات را به نهادهای خصوصی و غیرقضایی واگذار کرده است. برخی نویسندگان در حوزه حقوق خصوصی و قراردادها، با ارائه رویکرد جدیدی نسبت به ضمانت اجرای تخلفات قراردادی، نوعی ضمانت اجرای کیفری در قراردادها برشمرده‌اند و نام آن را بر اساس آنچه حقوقدانان عرب زبان بیان کرده‌اند، «الشرط الجزائی» گذاشته‌اند. به نظر ایشان اشکالی وجود ندارد که شکل بعضی مجازات‌های کیفری را حاکم بر رابطه طرفین قرارداد کرد، به شرطی که توافق در حدود ماده ۹۵۹ قانون مدنی باشد. به عنوان مثال طرفین شرط جزایی را این گونه قرار می‌دهند که متخلف از قرارداد دو ماه در مکانی در تبعید به سر برد و در صورتی که برای چنین شرطی نفع عقلایی وجود داشته باشد آن را معتبر می‌دانند. ایشان در تبیین نظر خود معتقدند نخست: چنین توافقی در همه مجازات‌هایی که شکل کیفری دارند قابل تراضی نیست. دوم: در حقیقت تعیین چنین مجازاتی اگر چه جنبه تهدید در آن وجود دارد، ولی جزا به

معنی مجازات در حقوق جزا نبوده و آثار آن را نیز نخواهد داشت، زیرا مجازاتهای کیفری مربوط به نظم عمومی است و اصل آزادی اراده طرفین توان دخالت در «سیاست‌های حکمرانی» و حوزه مرتبط به نظم عمومی را ندارد. ضمن اینکه مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی، طرفین قرارداد نمی‌توانند اجرای چنین مجازات‌هایی را بر تخلف‌های قراردادی خود حاکم کنند. چرا که از اختیارات حاکمیت در حوزه قانون‌گذاری است (وحدانی نیا، ۱۳۹۹: ۶۸-۶۹).

«اصل قضایی بودن مجازات‌ها» به عنوان قاعده فقهی «اقامه الحدود الی من الیه الحکم (حر عاملی، ۱۱۰۴: ۵۰) یا «اقامه الحدود الی الامام» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۲۰۵) و اینکه فقه‌های متقدم و متأخر نیز بالاجماع صدور حکم و اقامه و اجرای حدود را برعهده حاکم اسلامی، والی، قاضی یا تعبیر مشابه آن دانسته‌اند (ذوالفقاری و نوبهار، ۱۳۹۳: ۱۰۰-۱۰۱)، همگی در حوزه حقوق عمومی و سلسله مراتب حاکمیتی جاری است. این موارد و رعایت اصل ۳۶ قانون اساسی بیان شده، نیز در چارچوب حقوق عمومی و سیاست‌گذاری است. اما وقتی حیطه بحث اساساً تغییر می‌کند و حوزه اصلی بحث به حقوق خصوصی اشخاص و قراردادهای مربوط می‌شود، چنین محدودیت‌ها و تشکیلاتی رنگ باخته و نوعی مجازات قراردادی شکل می‌گیرد. در این صورت رگولاتور می‌تواند بدون محدودیت بیان شده، اقدام به وضع و اعمال مجازات در چارچوب قرارداد جمعی کند.

در فضای کنونی بازار سرمایه بسیاری از مجازات‌های انضباطی از نظر ماهوی جلوه‌ای از کیفر و حتی شدیدتر از آن است. تا جایی که دیگر نمی‌توان برخی ضمانت‌اجراهای انضباطی را تنها انضباطی دانست بلکه دارای جنبه‌های کیفری است. پذیرش مبنای تشکیل رگولاتور بر اساس توافق و اراده جمعی اشخاص که در این مقاله طرح شد نیز مطلق نیست و اقتضائات و محدودیت‌هایی دارد. یکی از مهم‌ترین این محدودیت‌ها، میزان صلاحیت او برای اعمال و وضع مجازات انضباطی است. به طور مثال رگولاتور، هیچ‌گاه نمی‌تواند حقوق اولیه اشخاص را به علت انجام تخلفات توسط آنها محدود کند یا از بین ببرد. سلب حقوق اساسی و اصلی اشخاص تنها توسط شارع یا کسی که از طرف وی ماذون است، امکان‌پذیر است. ارزش‌های اساسی که در شرع مقدس به عنوان مقاصد خمسسه نام گذاری شده است، مبنای جرم‌انگاری در بسیاری از حدود قرار گرفته است. قانون‌گذار در واقع آنچه را که ارزش اساسی است مورد حمایت قرار داده است و برای خدشه و مخالفت با ارزش‌های اساسی جرم‌انگاری کرده است. پس این حوزه به ویژه در اختیار و صلاحیت شارع است و هیچ شخص دیگری به هیچ عنوان اجازه ورود به چنین حوزه‌ای ندارد. بنابراین رگولاتور حتی با پذیرش مبنای مطرح در این مقاله

نیز دارای محدودیت‌هایی در رسیدگی و وضع مجازات است. صحیح است که رگولاتور بر اساس مبنای مطرح شده در این پژوهش، دارای اختیارات و صلاحیت‌های لازم برای وضع و اعمال مجازات‌های انضباطی است، اما مجازات انضباطی نیز تعریف و حدود و ثغوری دارد که متفاوت از مجازات‌های کیفری است. گاهی برخی ضمانت اجراها در قالب مجازات انضباطی ولی در واقع و ماهیتاً مجازات کیفری است.<sup>۱</sup> آنچه در این قسمت مهم و لازم به بیان است، این است که رگولاتور تنها اختیار و صلاحیت وضع و اعمال مجازات انضباطی را دارد. آن هم با اعلام قبلی و تخلف‌انگاری و مشخص کردن مجازات انضباطی پیش از وقوع تخلف. پس نخست باید نوع مجازات انضباطی در چارچوب تعریف مجازات انضباطی گنجانده شود و از توسعه مفهوم مجازات انضباطی خودداری شود. دوم مصداق تخلف باید از قبل تعریف شده باشد. بنابراین اصول دادرسی همچون قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین به ویژه در جرایم و تخلفات نیز در اینجا لازم‌الاتباع است. این نکته نه تنها در وضع و اعمال مجازات انضباطی اهمیت دارد، بلکه در کلیه اقدامات رگولاتور که حتی در قالب اقدامات پیشگیرانه نیز انجام می‌شود، ناگزیر است. پس به نظر پژوهشگر سازمان بورس نمی‌تواند به جهت انجام وظایف قانونی خود از جمله «اتخاذ تدابیر لازم جهت پیشگیری از وقوع تخلفات در بازار اوراق بهادار»<sup>۲</sup> اقدام به ممنوع‌المعاملگی یا محدود کردن معاملات اشخاص به صرف ظن ارتکاب جرم کند. انجام این سنخ اقدامات منطبق بر قوانین و مقررات نیست. ممنوع کردن حق انجام معاملات اشخاص از سری اقداماتی است که تنها در صورت تصویب قانون ممکن است.

نکته دارای اهمیت اینکه حتی در فرضی که برخی اختیارات به رگولاتور توسط اعضا و اشخاص تشکیل دهنده آن اعطا شود، باز هم مجوز اقدام بدون حد و مرز برای رگولاتور نیست. به تعبیر دیگر حتی اعضا و اشخاص تشکیل دهنده رگولاتور نیز حق اعطای چنین اختیاراتی به رگولاتور ندارند. اعطای حق سلب یا محروم کردن اشخاص از معامله، یا دیگر اقداماتی که به حوزه حقوق اساسی اشخاص مربوط می‌شود، پذیرفته نیست. حتی در صورتی که تمامی اعضا نیز توافق بر این کنند که در صورت بروز تخلفی خاص رگولاتور بتواند آنها را از حقوق اساسی خود محروم کند، باز هم رگولاتور چنین مجوزی ندارد. زیرا حتی خود اشخاص در قراردادهای

۱. تفاوت مجازات انضباطی و مجازات کیفری مبحث مفصلی است که در این مقاله نمی‌گنجد و پژوهش مجزایی می‌طلبد. برای مطالعه بیشتر در اینخصوص رک: شهیدی، سید مرتضی، دهقان، نبی، بدیع صنایع، امین (۱۳۹۷)، ارتباط مسئولیت انتظامی با مسئولیت کیفری و مدنی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳ شماره ۸۳، ص ۱۲۹-۱۵۶

۲. بند ۸ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار.

خصوصی خود نیز حق سلب کلی از حقوق خود را نیز ندارند. در واقع دارا بودن چنین حقوقی خواست شارع است و محروم کردن از آن نیز تنها در صلاحیت و خواست او است، بنابراین نمی‌توان با توافق برخلاف آن اقدام کرد. چنانچه در قراردادهای خصوصی اصناف یا تشکلهای نیز نمی‌توان اختیاراتی که در حیطه اختصاصی شارع است به این نهادها تفویض کرد. بنابراین تفویض شلاق زدن، زندانی کردن و حتی حکم به جزای نقدی را نمی‌توان به نهاد غیر قضایی تفویض کرد.

### بحث و نتیجه‌گیری

- ۱- سازمان بورس و اوراق بهادار به عنوان یک موسسه عمومی غیر دولتی، رگولاتور بازار سرمایه است. مطابق نظر مطرح در این مقاله ماهیت ایجاد و تشکیل رگولاتوری، برگرفته از اراده جمعی و توافق جمعی اشخاص است و کلیه اختیارات و صلاحیت‌های لازم برای تشکیل و اداره بازار سرمایه نیز در قالب این اراده جمعی متبلور شده است. اگرچه این توافق جمعی نانوشته گویا با برخی از اصول حقوقی همچون اصل تفکیک قوا و اصل قضایی بودن رسیدگی‌ها در تعارض است، اما در واقع به علت خصوصی بودن حوزه رگولاتوری، این موضوع خارج از سلسله مراتب حاکمیتی شمرده شده و هیچ تعارضی با اصول پیش گفته ندارد. در واقع فعالان حوزه بازار، برای حفظ حداکثری منافع خود، در ابتدا با اراده جمعی خود، اقدام به تشکیل سازمانی به نام سازمان بورس برای انجام امور رگولاتوری خود کرده‌اند و حدود و ثغور صلاحیت این سازمان در وضع و اعمال مجازات انضباطی را تعیین کرده‌اند. پس بیان اختیارات این سازمان در قانون بازار اوراق بهادار نیز به معنای وجود اقتضائات حکمرانی دولتی و یا حاکمیتی برای این سازمان نیست. بلکه از باب تأکید، نام و شرح وظایف این سازمان در قانون بیان شده است. با همین مبنا که باعث خروج موضوعی بحث از سلسله مراتب حاکمیتی می‌شود، موضوع از نظر فقهی نیز قابل دفاع است. بنابراین وضع و اعمال مجازات انضباطی که در صلاحیت سازمان بورس به عنوان رگولاتور بازار سرمایه است، هیچ‌گونه تعارضی با اصول حاکم بر حقوق کیفری و نیز اصل تفکیک قوا ندارد.
- ۲- هرچند مطابق نظر مطرح در این مقاله صلاحیت وضع و اعمال مجازات انضباطی توسط رگولاتور از اراده و اختیار تشکیل دهندگان آن ناشی شده است، ولی محدودیت‌هایی

برای اعمال صلاحیت‌های رگولاتور در این حوزه وجود دارد. به عنوان نمونه رگولاتور هیچ‌گاه نمی‌تواند حقوق اولیه اشخاص را به علت انجام تخلفات توسط آنها محدود کند یا از بین ببرد. سلب حقوق اساسی و اصلی اشخاص تنها توسط شارع یا کسی که از طرف وی ماذون است، امکانپذیر می‌باشد. اگرچه رگولاتور بر اساس مبنای مطرح شده در این پژوهش، دارای اختیارات و صلاحیت‌های لازم برای وضع و اعمال مجازات‌های انضباطی است، اما مجازات انضباطی نیز تعریف و حدود و ثغوری دارد که متفاوت از مجازات‌های کیفری است. بنابراین رگولاتور صلاحیت وضع و اعمال مجازات انضباطی را در محدوده‌ای که مجازات انضباطی نام دارد داراست.

## References

- Adams, Tracy L.(2013), Professional Self-Regulation and the Public Interest in Canada, presented at the ISA RC52 Interim Conference on Challenging Professionalism, The School of Economics and Management (ISEG), Lisbon, Portugal, November 29.
- Ansari, Ali, Eisayi Tafarshi, Mohammad, Hosseini, Seyed Milad (2012), Analysis of the legal structure of self-regulating institutions in Iran's capital market with a comparative study in the American legal system, *Journal of Financial Research*, Volume 15, pp. 149-160. (In Persian).
- Baldwin, Robert and Martin Cave and Martin Lodge. (2012), *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, OUP Oxford, UK.
- Decree No. 140009970905811136 dated 22/6/2021 of the General Board of the Court of Administrative Justice. (In Persian).
- Dolatraftar, Haghighi, Mohammad Reza (2008), The status and legal nature of non-governmental organizations with an emphasis on Iran's legal system, *Journal of Legal Research*, No. 49, pp. 419-387. (In Persian).
- Economic Research Office (2013), Opinions and criticisms of organizations and experts about the Securities Market Bill of the Islamic Republic of Iran, serial number 7177, *Research Center of the Islamic Council*. (In Persian).
- Emami, Mohammad; Musavi, Nasrollah. (2004), , theoretical foundations of quasi-judicial authorities and their position in Iranian law, *Journal of Social and Human Sciences of Shiraz University*, Volume 21, Number 2(In Persian).
- Emamian, Seyed Mohammad, Zolfaghari, Amir Ahmad, Mohammad Zade, Ehsan, Zamanian, Morteza. (2018), The national regulatory system, the concept of regulation and its relationship with the governance system, Tehran: Report of the Research Center of the Islamic Council, serial number 15940. (In Persian).
- Fanayi, Seyyed Mojtaba(2018), Self-taught exchange, Tehran: Exchange Information and Services Company. (In Persian).
- Fazil Lankarani, Mohammad, Movahedi, Mohammad (2001), Al-Hudaud (Details of Al-Sharia in Tahrir al-Wasila), Qom: Center for Jurisprudence of the infallible Imams. (In Persian).

- Glaeser, Edward I. and Andrei Shleifer (2001), *The Rise of Regulatory State*, NBER Working Paper No. 8650.
- Hadavand, Mehdi (2007), An Introduction to Economic Regulation, *Research Journal*, No. 56. (In Persian).
- Hadavand, Mehdi, Mashhadi, Ali (2010) A, Principles of Administrative Law in the Light of the Opinions of the Court of Administrative Justice, Tehran: Khorsandi Publications. (In Persian).
- Hadifar, Davud (2009), legal institutions of regulation; *Executive structure and mechanism*, Tehran: etrate-no-. (In Persian).
- Hoar Amili, Muhammad bin Hasan bin Ali (1692), Details of the means of the Shiites to study the issues of the Shari'ah, vol. 28, Qom: Alalbeit Institute (In Persian).
- Jovanmardi, Mohammad (2013), stock exchange crimes about clause 3 of article 49 of the Securities Market Law, master's thesis in criminal law and criminology, Imam Sadiq University. (In Persian).
- Masoudi-nia, Mohammad, Asadpurkandalji, Rasul (2016), The jurisdiction of quasi-judicial authorities in Iranian law, *Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Quarterly*, No. 1, pp. 117-132. (In Persian).
- Mir Hosseini, Seyed Hasan, Abbasi, Mahmoud (2008), *Laws and Administrative Offenses*, Tehran, Legal Publications. (In Persian).
- Miriam Sen, market regulation without government intervention, translated by Shokohian, Seyyed Alireza, Idrisian, Hamed, Salami, Heidar (2017), Tehran: Majd Publications, pp. 134-93. (In Persian).
- Mohebi, Jalil, Riazat, Zeinab (2015), The principles and model of Ta'ziri punishment (a case study of crimes against security), *Afaq safety Quarterly*, 9th year, No. 33, pp. 33-62. (In Persian).
- Parvin, Khairullah, Aineh Nagini, Hossein (2019), Jurisdiction of the Court of Administrative Justice in dealing with appeals from quasi-judicial authorities, "Reflection on one vote", *Administrative Law Quarterly*, Year 8, Number 24, pp. 29-47. (In Persian).
- Scott, Colin. (2004), *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, Edward Elgar Publishing.

- Shabani, Yavar (2016), What are quasi-judicial authorities in the decisions of the General Board of the Court of Administrative Justice, *Public Law Research Quarterly*, Year 1, Number 3, pp. 110-91(In Persian).
- Shafiei, Shirin, Aref Nia, Tayebbeh(2021), Jurisprudential foundations of punishment and discipline of children by parents in jurisprudence, *Jurisprudence and Philosophical Studies*, Volume 14, Number 1, pp. 1-14. (In Persian).
- Shahidi, Seyyed Morteza, Dehghan, Nabi, Badie Sanayee, Amin (2017), the relationship between disciplinary responsibility and criminal and civil responsibility, *Judicial Law Perspectives Quarterly*, Volume 23, Number 83, pp. 129-156. (In Persian).
- Shamali, Nasrallah, Ali Akbari Babukani, Ehsan, Shakri, Mohsen (2013), Examining the Limits and Gaps of Punishment, Ta'zir and Child Discipline in Imami Jurisprudence, *Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law Studies*, 7th year, 25th issue, pp. 67-98. (In Persian).
- Shirzad, Omid (2012), Reasons for revoking government approvals in the Court of Administrative Justice, Tehran: Jangal Javadane Publications. (In Persian).
- Stephen F. Gambescia, *NATURE AND EXTENT OF NONPROFIT ORGANIZATIONS IN AMERICAN SOCIETY*, P5.
- Stone, A. (1982) "Regulation and its alternatives", Congressional Quarterly Press, Washington, DC, Objectives and Principles of Securities Regulation, Objectives and Principles of Securities Regulation, INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS (IOSCo).
- Tabatabai-Nejad, Seyyed Mohammad, Sadeghi Moghadam, Mohammad Hassan (2015), Comparison of the Disciplinary responsibility system and the civil responsibility system from the perspective of the higher goals of the responsibility system, *Private Law Studies Quarterly*, Volume 46, Number 1, pp. 83-96. (In Persian).
- Tanha, Saba (2016), Privatization and regulation in the field of rail transport, Semnan University Master's Thesis. (In Persian).
- Vahdani Nia, Mohammad Amin (2019), Penal clause in contracts, Tehran: Judge's publication. (In Persian).

- Yavari, Asadullah (2013), an introduction to the concept of legal regulation, *comparative law studies*, volume 5, number 2, pp. 629-647. (In Persian).
- Zeraat, Abbas, Zeraat, Muhaddithe (2021), Independence of administrative proceedings, simultaneous proceedings in judicial and administrative authorities, *modern researches of administrative law*, No. 6, pp. 35-60. (In Persian).
- Zolfaghari, Mehdi, Nobahar, Rahim (2013), The rule of jurisprudence, Execution of punishment by Imam, *Islamic jurisprudence and law studies*, year 6, number 11, pp. 122-95. (In Persian).