قاعده حل تعارض در تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار

محمد صادقی[۱]، سید نصرالله ابراهیمی[۲]*

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه مفید، قم، ایران
۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۵/۰۸/۱۹ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۸/۱۲

چکیده

بورس و اوراق بهادار، از حوزه‌های محلّ مناقشه در إعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی است. این مهم، از سویی به عدم قاعدهٔ همسانِ حلّ تعارض در تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار به سبب وجود اختلافات اساسی، و از جهت دیگر، به وجهه دوسویهٔ بورس در کشاکش حقوق خصوصی- عمومی و تمایل کشورها به إعمال نفوذ قوانین داخلی بازمی‌گردد. چنین ویژگی‌هایی تعیین قاعدهٔ واحد در مطلق اوراق بهادار را دست‌نیافتنی کرده است. موضوع دیگر، وجود ابزارهای متعدد توصیف نسبت به این اوراق است که همگی از ماهیت یا مالکیت محل نزاع آن نشأت می‌گیرد. پیداست که برای نیل به این هدف، لازم است با نظر به خصایص اوراق بهادار و صور مختلف تعارض، توصیف مناسب را انتخاب نمود. نتیجه‌ای که در نهایت احراز خواهد شد، آن است که فارغ از حکم خاص نسبت به هر یک از مصادیق اوراق بهادار، بر اساس تفکیک اوراق بهادار به واسطه‌ای و غیر آن، در عرصه جهانی دو رویکرد توافقی و واقعی سعی بر تعیین قاعده در این خصوص دارند؛ به نحوی که اراده طرفین و یا قانونی که بورس یا نهاد واسطِ اوراق بهادار در آنجا استقرار دارد (یا قانون محل نگهداری اوراق نزد واسط) معرّف قانون حاکم باشد. این در حالی است که در کشورمان قانون حاکم (متناسب با ماهیت و مالکیتِ اوراق بهادار) تبیین نشده و قواعد عمومی حل تعارض نیز به تمام و کمال پاسخگوی این کاستی نمی‌باشد.

* نویسنده مسؤول مقاله: E-mail: snebrahimi@yahoo.com

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

واژگان کلیدی: اوراق بهادار، تعارض قوانین، بورس، قاعدهٔ حل تعارض، توصیف، واسط.

۱. مقدمه

قوانین مربوط به بازارهای اوراق بهادار، پاسخ‌هایی هستند که قانونگذار ملی به ابعاد داخلی این بازارها می‌دهد، با این حال بین‌المللی شدن بازارهای اوراق بهادار، علاوه بر این که موجب پیچیدگی بیش‌تر در برخی جنبه‌های این بازارها شده، آن‌ها را نیازمند طرح استراتژی‌های تقنینی مناسب کرده است (باقری و قنبری، ۱۳۸۹، ص ۲٦)؛ چرا که توسعه بازارهای سرمایه و ارتباط آن‌ها با یکدیگر، همراه با تحول در مقررات اوراق بهادار و توسعه روزافزون این حوزه، احتمال تعامل اوراق بهادار داخلی با عناصر خارجی را افزایش خواهد داد (Hillman, 1992, p. 332-333). علیرغم نزدیک شدن ظاهری قوانین به یکدیگر، در مواقعی که قوانین در پاسخ به کاستی‌های بین‌المللی وضع می‌گردند، باز هم بخشی از سیاست دولت‌ها هستند که البته از دولتی به دولت دیگر متفاوت بوده، بیان کننده نیازها و و میزان اشتغالات بین‌المللی هر کشور است. بنابراین نزدیک کردن قوانین به این معنا که تعدادی قوانین جهانی خاص اوراق بهادار داشته باشیم، هدفی دست نیافتنی است (باقری و قنبری، ۱۳۸۹، ص ۲٦). طبعاً از مسائل مهمی که در این خصوص پیشامد خواهد کرد، موضوع تعارض قوانین است؛ زیرا به تبع جهانی شدن بازارهای اوراق بهادار، سرمایه‌گذاران و نهادهای مالی یک یا چند کشور به طور فزاینده در بازارهای اوراق بهادار کشورهای دیگر مشارکت می‌کنند که این امر خود نقطه عطف و گواهی بر بین‌المللی شدن بازارهای اوراق بهادار است. در بحث از تعارض

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

قوانین در این عرصه، به‌عنوان نمونه هرگاه دادگاه یک کشور در رسیدگی به رابطه حقوقی که ممزوج با یک یا چند عنصر خارجی است، مواجه گردد، باید تصمیم مقتضی را اتخاذ کند که از میان قوانین مطرح و موجود، کدامیک حاکم است ویا قابلیت اعمال دارد؛ امری که از آن به انتخاب قانون انسب تعبیر می‌شود و از آن‌جا که هر کدام از نظام‌های حقوقی ملی، خود را به‌عنوان قانون حاکم – مثلاً بر قراردادها و ...– صالح می‌دانند، در این صورت تعارض قوانین بروز می‌کند (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۱٤۷–۱٤۸). مبرهن است که آزادسازی بازارهای اوراق بهادار و تعامل بازارهای ملی و بین‌المللی، میزان مواجهه قواعد حل تعارض و حجم اختلاف قوانین را تشدید خواهد کرد. بنابراین، بازارهای ملی اوراق بهادار هر چه بیش‌تر بین‌المللی شوند، این میزان شدت خواهد یافت. لذا طبیعی است که مشکلاتی در سطح ملی و بین‌المللی درباره قانون قابل اعمال درخصوص چنین معاملاتی به وجود آید؛ به‌ویژه آن‌جا که جریان این اوراق به سوی سپرده کردن یا غیرکاغذی کردن اوراق بهادار پیش می‌رود (شوشی نسب، ۱۳۹٤، ص ۲٦)؛ ضمن این‌که تعارض قوانین در اوراق بهادار به سبب تفاوت در ماهیت یا مالکیت این اوراق ممکن است نسبت به مسائل مختلف مطرح شود که قانون حاکم بر انتشار، معاملات، روابط ناشر و دارنده اوراق، بازارها و نهادهای مالی و مواردی از این قبیل، می‌تواند مصادیق آن محسوب گردد. البته به شرحی که خواهد آمد، هریک از این مسائل ممکن است از حیث تعارض قوانین حکم متفاوتی را نسبت به دیگری داشته باشد.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

۲. نسبت اوراق بهادار با تعارض قوانین

تردیدی نیست که از ملزومات تطبیق ارتباط اوراق بهادار با تعارض قوانین، شکستن دیواره‌های بازارهای ملی اوراق بهادار، افزایش رقابت و تعامل بازارها در سطح بین‌المللی است تا از قِبلِ این وضعیت و همکاری میان قانونگذاران، زمینه‌های جهانی شدن و تعامل نظام‌های حقوقی و قواعد حل تعارض در این حوزه فراهم آید. در صورت ایجاد چنین وضعیتی، محاکم هر کشور ضمن توجه به مقررات اوراق بهادار، قواعد حل تعارض را نیز در نظر خواهند داشت تا دامنه اعمال قانون داخلی را شناسایی کنند (Hillman, 1992, p. 340). با این حال، اصولاً هر کشور مقررات و اسناد مرتبط کشور دیگر را تا جایی که ممکن است موجب لطمه به بنیان‌های حقوقی و سیاسی خویش باشد، به رسمیت نخواهد شناخت؛ مگر این‌که برخی از استانداردهای حداقلی را دارا باشد. بنابراین، موضوع اوراق بهادار نیز ممکن است در حقوق بین‌الملل خصوصی بررسی شود؛ چرا که بین‌المللی شدن بورس‌ها و عرضه اوراق بهادار در سطح فراسرزمینی و بین‌المللی موجب می‌شود تعارض قوانین نیز مطرح گردد (Cox, 1998, p. 1179). به‌عنوان نمونه ممکن است اوراق بهادار شخصی در کشور دیگری فروخته شود. حقوق بین‌الملل خصوصی موضوع قانون حاکم ویا محکمه صلاحیتدار را تعیین خواهد کرد (ابراهیمی، ۱۳۹٤، ص ۲٤). از این منظر، رابطه میان اوراق بهادار با تعارض قوانین زمانی روشن خواهد شد که بدانیم فرایند شناسایی متقابل، اغلب از راه قواعد حل تعارض توافق شده صورت می‌گیرد. از همین رو است که «بسیاری از کشورها از راه قواعد تعارض قوانین و فرایندهای قضایی یا اداری اجازه اعمال مقررات حقوق

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]
[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

خصوصی خارجی را در سرزمین خویش می‌دهند» (باقری و قنبری، ۱۳۸۹، ص ٤٨) ویا این‌که با تدارک قواعد حل تعارض، با آن تعامل برقرار می‌کنند. با این حال به شرحی که در ادامه خواهد آمد، این وضعیت همواره محل تعامل ویا تعیین قاعده نیست.

۲-۱. خلأها و دشواری‌های تعیین قاعده حل تعارض در اوراق بهادار

تعیین قاعده حل تعارض در اوراق بهادار با کاستی‌هایی روبه‌رو است که تحقق آن را با مشکل مواجه کرده است:

۱) از جمله خلأها می‌توان به عدم اتفاق نظر در بیان ماهیت اوراق بهادار اشاره کرد؛ چه این‌که در حال حاضر نه‌تنها وفاق بین‌المللی، بلکه وحدت داخلی نسبت به ماهیت ورقه بهادار وجود ندارد. علیرغم این‌که تردیدی نسبت به مال بودن ورقه بهادار وجود ندارد، اما روشن است که نسبت به ابتنای چنین مالی بر حق عینی، دینی یا شق سوم، اختلاف‌نظر جدی وجود دارد.[۱] بنابراین، به سبب ماهیت مکتوم و محل منازعه اوراق بهادار، تعیین قانون حاکم نیز با دشواری، تردید و اختلاف مواجه خواهد شد.

۲) خلأ دیگر آن است که به پشتوانه این‌که بورس از برجسته‌ترین حوزه‌های دخالت حقوق عمومی در حقوق خصوصی است، اصولاً وجود مقررات تنظیمی و

---

۱. برای مطالعه برخی نظرات موجود در خصوص ماهیت حقوقی سهام؛ به عنوان ورقه‌ای بهادار، ر.ک: عیسایی تفرشی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۳۲-۳٦؛ غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۷-۱٤٥؛ سلطانی و اخوان هزاوه، ۱۳۹۱، ص ۱٤۳-۱٤٦؛ عبدی‌پور، ۱۳۹۳، ص ۱۳٤-۱٤۹؛ شوشی نسب، ۱۳۹٤، ص ۲۲۸.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

جنبه‌های حاکمیتی، این حوزه را از حقوق خصوصیِ صرف خارج کرده و به آن وجهه عمومی نیز بخشیده؛ به نحوی که جنبه‌های خاصی از مقررات اوراق بهادار واجد پشتوانه و لایه‌های محکمی از حقوق عمومی شده است (Hillman, 1992, p.343). از این رو بخش‌هایی از بورس و اوراق بهادار -با وجود صبغه خصوصی- به دلیل وجود مانع قاعده امری و نظم عمومی اقتصادی برای اجرای قانون صالح خارجی در کشور دیگر، از حوزه حاکمیت قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی خارج شده و قوانین کشورها نیز تمایل بیش‌تری به اعمال نفوذ قوانین داخلی نشان می‌دهند؛ زیرا علیرغم این‌که گاهی بازارهای اوراق بهادار بین‌المللی شده‌اند، لکن در مواردی قواعد و مقررات حاکم بر آن، کماکان صبغه ملی خود را حفظ کرده‌اند. لذا با توجه به این‌که طبع و رویکرد مقررات در بازارهای اوراق بهادار، متآخم به وجهه حقوق عمومی و نظم اقتصادی است، اقتضای آن خواهد داشت که هیچ کشوری از صلاحیت اعمال مقررات خود چشم‌پوشی نکند ولو جنبه بین‌المللی نیز پیدا کند؛ زیرا ساختار کنونی حاکم بر نظام‌های حقوقی اوراق بهادار، اجازه همسان‌سازی مقررات این حوزه را نمی‌دهد (Bagheri, 2007, p. 151). بُعد مهم دیگر این خلأ آن است که با توجه به این‌که قواعد حل تعارض در حقوق خصوصی منحصراً مبتنی بر عدالت اصلاحی است، کاربردی بوده، بر این پیش‌فرض استوار است که قواعد حقوق خصوصی عاری از نفع‌گرایی و ملاحظات اجتماعی (عدالت توزیعی) هستند. از این رو این قواعد به هنگام بروز اختلاف درخصوص حدود اعمال مقررات عمومی اقتصادی یا تعیین درجه منافع عمومی در قواعد حقوق خصوصی ناکارآمد هستند. بنابراین آمیختگی حقوق خصوصی با

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]
[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

اهداف جمعی و ظهور مقررات عمومی اقتصادی باعث بحران در حقوق بین‌الملل خصوصی شده (باقری، ۱۳۸۵، ص ٤۲) و در واقع، فرمالیسم حاکم بر این حوزه ایدئال نیست (cox,1998, p. 1191)؛ چرا که اصولاً حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی باید عاری از ملاحظات توزیعی و منفعت عمومی باشد.

۳) مشکل دیگر، ضوابط پیچیده ناشی از مالکیت اوراق بهادار و وجود رویه معاملاتی خاص در بازار اوراق بهادار است که به اعتبار وجود سرعت در این بازارها، به صورت غیرکتبی صورت می‌گیرد. توضیح آن‌که بخش‌هایی از فرایند معاملات در بورس در وهله نخست، [با شرایطی] از طریق تلفنی و غیرحضوری تحقق می‌یابد که تعیین قانون حاکم در چنین حالاتی را دشوار می‌کند و ممکن است حتی در یک کشور، رویه متفاوتی نسبت به آن اتخاذ گردد. مثالی که در این خصوص ارائه و طی آن رویکردهای سه‌گانه کشور آمریکا را برشمرده‌اند این است که «هر شرکت ممکن است در مکان «الف» ثبت شود، مرکز تجاری‌اش مکان «ب» باشد، ایجاب عرضه اوراق بهادار را جهت فروش در مکان «ج» انجام دهد، قبول جهت خرید اوراق بهادار در مکان «د» رخ دهد و اوراق بهادار در مکان «هـ» صادر شود» (شوشی نسب، ۱۳۹٤، ص ۳۳). از این رو، در چنین حالتی، تمیز قاعده حل تعارض دشوار می‌شود.

٤) به تبع عدم اتفاق نظر در بیان ماهیت اوراق بهادار تفسیرپذیری مفهوم و مصادیق اوراق بهادار منجر به تعدد عنصر خارجی و ابزار توصیف می‌گردد که در عمل دادگاه‌ها و محاکم را با تشتت و اختلاف مواجه می‌سازد.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

۵) عطف به دشواری مذکور در بحث شماره ۳، مشکل دیگر که اخیراً نیز جلوه بیش‌تری دارد، در ارتباط با مسائل نرم‌افزاری و الکترونیکی شدن اوراق بهادار و سیستم نقل و انتقال غیرمستقیم این اوراق است؛ چرا که در گذشته صرفاً مواردی چون انتقال مالکیت از طریق تحویل فیزیکی ورقه، تسلیم گواهی به صادرکننده و ... مطرح بود و قانون حاکم نیز به واسطه همان شرایط تعیین می‌شد؛ لکن اکنون قواعد و ضوابط جدیدی مطرح شده و شرایط به طور چشمگیر تغییر کرده است. بنابراین، تغییر در الگوهای اوراق بهادار به منزله چالشی اساسی برای اعمال قانون داخلی و بین‌المللی است؛ زیرا رویکرد سنتی برای تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار غیرمستقیم مدرن کارآمدی کاملی ندارد (Rogers, 2006, p. 286-287).

۲-۲. ابزارهای توصیف در حل تعارض

در تعارض قوانین به منظور طرح درست مسائل و یافتن راه حل صحیح، روابط حقوقی متجانس را در دسته‌هایی که آن را دسته ارتباط می‌نامند، تقسیم می‌کنند. در این میان، تشخیص این‌که یک رابطه حقوقی مشخص داخل در کدام دسته ارتباط است، توصیف نامیده می‌شود (الماسی، ۱۳۹۳ (۱)، ص ۳۳) که در واقع تعیین حقیقت قضایی تأسیسات حقوقیِ مورد بحث در حقوق بین‌الملل خصوصی است (نصیری، ۱۳۹۳، ص ۱۷۷). از همین جهت، درخصوص قاعده حل تعارض در بورس و اوراق بهادار، توصیفات نقش بسزایی ایفا می‌کنند؛ چه این‌که رسیدگی به دعوای خصوصی بین‌المللی مستلزم انتخاب قانون حاکم است و این مهم نیز منوط به تشخیص صحیح توصیفات است. بنابراین برای حل تعارض قوانین و انتخاب

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]
[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

قانون حاکم باید رابطه حقوقی مورد تعارض را توصیف کرده، تشخیص دهیم که این رابطه حقوقی جزء کدام دسته از قواعد حقوقی است؛ زیرا تعیین قانون قابل اعمال درباره هر قضیه، مستلزم شناخت وصف حقوقی آن و تعیین نوع امر حقوقی است که یک قاعده حقوق بین‌الملل خصوصی باید نسبت به آن اجرا گردد. با این حال، توصیف و دسته‌بندی اوراق بهادار نیز برای انتخاب قاعده حل تعارض، علاوه بر پیچیدگی خاص (به سبب ماهیت مورد اختلاف آن)، از این جهت اهمیت دارد که برای تمیز آن می‌توان به یکی از صور ذیل استناد کرد که هریک اقتضای حکومت قانونی خاص خواهد داشت و آنچه درک قانون حاکم بر اوراق بهادار را در تعارض قوانین دشوار می‌سازد، همین تعدد صور توصیفی است. از این رو امکان دارد: ۱) به قاعده مربوط به وصف شخصی استناد کرد و قانون اقامتگاه دولت متبوع شخص را حاکم دانست. ۲) به دسته اسناد استناد کرد و قانون محل تنظیم سند (محل انتشار ورقه بهادار) را حاکم دانست. ۳) به قاعده مربوط به اموال استناد کرد و قانون محل وقوع مال را حاکم دانست. ٤) به قواعد حل تعارض در حقوق شرکت‌ها استناد و حسب مورد قاعده مناسب را تشخیص داد. ٥) به دسته قراردادها استناد کرد و قانون محل وقوع عقد یا قانون مورد توافق را حاکم دانست.

در توضیح ارتباط اوراق بهادار با نقش توصیفی قاعده مربوط به اشخاص باید اذعان کرد که ممکن است قانون حاکم بر این اوراق، مبتنی بر دارنده آن تفسیر، و از این منظر مشخص شود. کما این‌که این مهم می‌تواند به واسطه سند تجاری قلمداد شدن اوراق بهادار، در دسته اسناد، به اعتبار مالیت داشتن این اوراق، در

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

دسته اموال، به استناد وجود قواعد مبتنی بر حاکمیت شرکتی در صدور اوراق بهادار، به قواعد مربوط به شرکت‌ها، و به سبب ابتنای تمام مراحل صدور، انتقال و تصفیه اوراق بهادار بر معامله، به دسته ارتباطی قراردادها مستند گردد. با این اوصاف، فرضیه نویسندگان این است که یک ورقه بهادار، علاوه بر این‌که به سبب وجود یک عنصر خارجی می‌تواند بر پنج وصف حقوقی مبتنی باشد، لازم است ضمن امعان نظر به این توصیفات، تأثیر متشکل و خودانتظام بودن بازار اوراق بهادار نیز در تحلیل قانون حاکم مورد نظر باشد.

۲-۳. مسأله ماهیت اوراق بهادار

نکته مهمی که می‌تواند محل تأمل واقع شود آن است که آیا ممکن است صرفنظر از ماهیت اوراق بهادار، کلیه مصادیق این اوراق را تابع یک قاعده حل تعارض دانست؟ با این توضیح که در مباحث سابق گفتیم از جمله دشواری‌های تعیین قاعده حل تعارض در اوراق بهادار، عدم اتفاق نظر در بیان ماهیت این اوراق است. باید دید آیا نمی‌توان این خلأ را نادیده انگاشت و تمام اوراق بهادار را به مثابه یک جنس واحد قلمداد کرد؟

پاسخ به تأمل فوق از جهاتی دشوار است؛ چرا که اولاً شناخت قاعده حل تعارض، مستلزم توصیف بوده، توصیف نیز منوط به شناخت ماهیت است. ثانیاً از نظر عملی، امکان پیروی تمام اقسام ورقه بهادار از یک قاعده تقریباً دور از دسترس است؛ زیرا مصادیق این اوراق نسبت به یکدیگر واجد تفاوت‌های ماهوی هستند که موجب تأثیر اساسی در احراز قاعده حل تعارض می‌شود. به‌عنوان

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

نمونه می‌توان به تمایز اوراق بهادار بانام از بی‌نام اشاره کرد. این امر به نحوی محرز است که در میان اقوال موجود، اعتقاد برخی بر آن است که در تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار باید بین چند دسته از فعالان حوزه اوراق بهادار تفکیک قائل شد؛ به این معنا که نسبت به اوراق بهادار الکترونیکی که در دفتر ثبت ناشر به ثبت رسیده‌اند، قانون صالح، محل وقوع دفاتر است که اصولاً با قانون محل اقامت ناشر یکی است. درخصوص دارندگان اوراق بهادار کاغذی نیز قانون محل وقوع اوراق بهادار حاکم است و در مورد واسطه‌ها یا افرادی که اوراق بهادار الکترونیکی را از واسطه‌ها خریده‌اند، قانون محل وقوع دفتر حاکم است (شوشی نسب، ۱۳۹٤، ص ۳۰).[۱] از این رو، شناخت ماهیت اوراق بهادار می‌تواند به منزله درک جایگاه حقیقی بازار اوراق بهادار نیز قلمداد شود. لذا نمی‌توان از این مسأله به‌سادگی عبور کرد.

نکته دیگر آن است که آیا شکل اوراق بهادار تأثیری بر قاعده حل تعارض حاکم بر آن‌ها دارد یا خیر؟ به این معنا که آیا برای مثال، ابزارهای جدید ورقه بهادار می‌تواند بر پرسش حاضر مؤثر واقع شود؟ مثلاً با تبدیل اوراق بهادار از فیزیکی به مجازی باز هم باید در پی قاعده جدید بود؟

---

۱. به نقل از:

Randall D. Guynn (1996). Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws: A Discussion Paper on the Need for International Harmonization, Capital Markets Forum: Section on Business Law International Bar Association.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

روشن است که اگر شکل ورقه بهادار در قواعد ماهوی و ذاتی آن تأثیری نداشته باشد -که ندارد- باید آن را به مثابه ورقه بهادار فیزیکی بدانیم و در واقع تغییر ظاهری، تأثیری بر قاعده نخواهد داشت؛ زیرا شکل به‌خودی‌خود چندان موضوعیت ندارد. البته این حکم نافی بحث ما در ذیل موضع حقوق ایران مبنی بر این‌که شکل اوراق بهادار بیش از آن‌که جنبه شکلی داشته باشد، واجد جنبه ماهوی است و از این حیث بعضاً احکام متفاوتی را نیز در پی دارد، نخواهد بود؛ چرا که مراد از شکل در بحث اخیر، نوع ورقه بهادار است، نه ظاهر آن؛ لکن مراد از شکل در بحث حاضر، ظاهر ورقه بهادار است، نه نوع آن.

۳. صور تعارض قوانین در اوراق بهادار و نقش تعارضات متحرک

۳-۱. تعارض متحرک در اوراق بهادار

مراد از تعارض متحرک آن است که قضیه و منشأ آن در اثر تغییر ارادی در عامل ربط، در قلمرو قوانین دو کشور مختلف واقع گردد و در نتیجه، چنین پرسشی حاصل شود که برای منشأ که در قلمرو قوانین کشور دیگر ایجاد شده، در کشور دیگر چه ارزشی می‌توان قائل شد؟ و قضیه باید تابع قانون کدام‌یک از دو کشور باشد؟ (سلجوقی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۳٦) لذا در بحث حاضر نیز با توجه به این‌که اوراق بهادار در عداد اموال منقول قرار می‌گیرد و عموماً از کشوری به کشور دیگر قابل تغییر مکان هستند، مسأله تعارض متحرک در مورد آن‌ها مطرح می‌شود که منظور از آن، حقی است که در خارج به وجود آمده و در کشور دیگر (در بحث ما: ایران) مورد استناد قرار می‌گیرد. در واقع «هرگاه حقی در خارج از ایران به

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

وجود آید، می‌تواند در ایران منشأ اثر و معتبر شناخته شود؛ اگرچه تشکیل آن حق در ایران غیرممکن باشد» (الماسی، ۱۳۹۳ (۱)، ص ۱٤۳)؛ چرا که روشن است اگر حقی در ایران به وجود آید و بخواهد در خارج از ایران مورد استناد قرار گیرد، حدود اثرگذاری آن را قانون محل اعمال حق مشخص می‌کند. اجمالاً این‌که راهکار حقوق ایران نسبت به این موضوع را باید حکم ماده ۹٦٦ قانون مدنی دانست.

۳-۱-۱. ایجاد و شناسایی

مراد از مرحله ایجاد و شناسایی حق، فرایند انتشار یا صدور ورقه بهادار از سوی ناشر و نیز تحقق سهام یک شرکت پس از تشکیل آن است. از دیدگاه تعارض قوانین و تشخیص قانون حاکم، انتشار مفهوم وسیعی دارد و شامل ورود سهام خارجی که قبلاً در کشور دیگری منتشر شده‌اند هم می‌گردد (الماسی، ۱۳۹۳ (۲)، ص ۲۸۷-۲۸۸). در این‌جا ابتدا باید این موضوع بررسی شود که آیا شخص (مثلاً ناشر) حق دارد در عرصه بین‌المللی به هر شکل که مایل باشد، اوراق بهادار منتشر کند یا خیر. از چنین امری، به مرحله ایجاد حق نیز یاد می‌شود. در این حالت تا جایی که حقوق دارنده ورقه بهادار به شکل سند بهادار وابسته است، موضوع باید تابع قانون شخص حقوقی صادرکننده (شرکت) به حساب آید (همان، ص ۲۸۹)؛ زیرا اشاره شد که رابطه سهامدار و صاحب ورقه با شخص حقوقی صادرکننده تابع قانون شخص حقوقی (محل اقامت ناشر) است. اما اگر از زاویه دیگر بنگریم، این بحث در حقوق داخلی از درجه‌ای از اهمیت برخوردار شده که از تشریفات خاصی نیز پیروی می‌کند و از این حیث باید آن را آمره تلقی و تابع

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

قانون متبوع شرکت دانست. با این حال در فرضی که قائل به آمره نبودن این قاعده نباشیم، ممکن است قانون کشور محل عرضه نیز در این خصوص محل تأمل قرار گیرد.

تفاوت عملی آمرانه بودن ضوابط فوق، در انتشار اوراق بهادار بی‌نام روشن می‌شود؛ چرا که چنانچه مطابق قانون شرکت انتشار سهام بی‌نام ممنوع باشد، آن شرکت نمی‌تواند در عرصه بین‌المللی به انتشار سهام بی‌نام مبادرت کند؛ ولو این‌که قانون کشور محل، صدور و نقل و انتقال سهام بی‌نام را پذیرفته باشد. به‌عنوان نمونه، مطابق تبصره ۱ ماده ۲٤ و ماده ۳۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳٤۷) می‌توان چنین نتیجه گرفت که چون انتشار اوراق بهادار بی‌نام در ایران با محدودیت مواجه شده، شرکت‌های ایرانی به سبب مقررات کشورمان نمی‌توانند در خارج از کشور سهام بی‌نام منتشر کنند. افزون بر این، در ساختار حاکم بر معاملات بورس ایران، عرضه و نقل و انتقال سهام بی‌نام در بورس متصور نیست. لذا این مهم نیز از ضوابط دیگری است که باید در حکم فوق (انتشار اوراق بهادار بی‌نام در خارج از کشور) ملحوظ گردد.

۳-۱-۲. اجرا و اثرگذاری

پس از بررسی مرحله ایجاد حق، نوبت به بررسی حالتی می‌رسد که اوراق بهاداری که منتشر شده‌اند دارای چه شکلی از تأثیر بین‌المللی حق هستند؟ از حیث بین‌المللی برای این‌که حقی مکتسب محسوب و بتواند در ایران معتبر شناخته شود، باید دو شرط مهم را دارا باشد: ۱) حق بر طبق قانونی تشکیل شده باشد که قاعده

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

حل تعارض ایرانی آن را صلاحیتدار می‌داند؛ ۲) حق به طور کامل و با رعایت تمام شرایطی که برای تشکیل لازم است به وجود آمده باشد (الماسی، ۱۳۹۳ (۱)، ص ۱۴۳-۱۴۶؛ نصیری، ۱۳۹۳، ص ۱۷۴). از این رو، حق نمی‌تواند اثر کم‌تر ویا بیش‌تری را از آنچه در کشور محل تشکیل دارد، در ایران تولید کند. این مقوله درخصوص اوراق بهادار باید چنین مورد تأمل قرار گیرد که نسبت به تبدیل و انتقال اوراق بهادار، چه قانونی حاکم خواهد بود؟

۳-۲. نمونه‌ای از تعارض متحرک مترتب بر اوراق بهادار

اشاره شد که شناخت ماهیت این اوراق در تعیین قانون حاکم نیز مؤثر است؛ چرا که از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی قانون حاکم بر مبنای آن متفاوت است تا حدی که در تعیین قانون حاکم بر سهام بانام و ماهیت و آثار انتقال آن، اختلافاتی بین نظام‌های حقوقی وجود دارد (صفایی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۷).

۳-۲-۱. انتخاب قانون نسبت به مرحله انتقال

در یک تفکیک مرسوم، اوراق بهادار از جهتی به بانام و بی‌نام تقسیم می‌شوند. مراد از اسناد بانام، اسنادی هستند که به موجب ماده ۴۰ قانون تجارت، نقل و انتقال آن‌ها باید در دفتر شخص حقوقی ثبت شود. بر این اساس، در تحلیل‌های حقوقی این دسته از اوراق بهادار، جزء دیون محسوب می‌شوند و قانون قابل اعمال نسبت به آن‌ها، قانون اقامتگاه مدیون (شخص حقوقی متعهد) خواهد بود؛ اعم از این‌که مربوط به مرحله صدور باشد یا مرحله انتقال مالکیت (الماسی، ۱۳۹۳

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

(۱)، ص ۲۹٦؛ نصیری، ۱۳۹۳: ۲۰٤؛ صفایی، ۱۳۹۱، ۱٦۳)؛ چرا که در نظر عرف، بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد و از این رو، این‌گونه اسناد [اوراق بانام] در حکم سند طلب هستند و ارزش محتوای آن‌ها در زمره اموال غیرمادی است (کاتوزیان، ۱۳۹٤، ج ٤، ص ٤۷۹).

اوراق بی‌نام (مانند سهام شرکت‌ها و اوراق قرضه) نیز که به صورت سند در وجه حامل تنظیم می‌شوند، اوراقی هستند که به موجب ماده ۳۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳٤۷)، نقل و انتقال آن‌ها معاطاتی و با قبض و اقباض صورت می‌پذیرد. به اعتقاد استادان حقوق بین‌الملل خصوصی، اوراق اخیر با توجه به طبع مختلط و دووجهی خویش بین دسته اموال مادی و دسته دیون قرار دارند: از این نظر که جزء اموال مادی هستند، تابع محل وقوع خود هستند و از حیث این‌که جزء اموال غیرمادی (دیون) هستند، همانند اسناد بانام مشمول قانون اقامتگاه مدیون خواهند بود (الماسی، ۱۳۹۳ (۱)، ص ۲۹۷). با توجه به این‌که نظر فوق با رویکرد دوسویه بوده، این تمایز ممکن است در عمل باب تفسیر دوگانه را باز کند. بنابراین، به نظر می‌رسد، فارغ از ورود تفصیلی به بحث از ماهیت اوراق بهادار، برای حل خلأ فوق‌الذکر بتوان گفت که اوراق بهادار به طور اعم و سهام به طور اخص دارای یک ویژگی منحصر به فرد هستند که آن‌ها را کاملاً با حق عینی و دینی منطبق نمی‌کنند؛ ضمن این‌که سهم، فارغ از بانام یا بی‌نام بودنش، از منظر حقوقی صدق عنوان معنونه را خواهد داشت و نحوه انتقال آن، دخالتی در ماهیت اصلی آن ندارد تا از این حیث لازم باشد که برای توجیه قانون حاکم بر اوراق بهادار بی‌نام، نظر تفکیکی فوق‌الذکر را انتخاب کنیم. از این حیث،

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

هرچند این اوراق مخلوق قراردادی است که یک یا چند نفر به موجب آن توافق می‌کنند سرمایه شخصیت حقوقی مستقلی را ایجاد کنند، اما این مخلوق از لحاظ ماهیت از خالق خود متمایز شده، ماهیت مستقلی می‌یابد (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۹). پس این اوراق، مالی اعتباری است که بیانگر مالکیت سهامدار بر بخشی از شرکت است. به بیان دیگر، حق سهامدار بر سهم، «بر یک مال است، نه بر شخصی دیگر تا مشمول عنوان حق دینی گردد» (سلطانی و اخوان هزاوه، ۱۳۹۱، ص ۱٤٥). از این رو، گفته می‌شود که [در سهام بی‌نام] از باب اغلبیت و «از دید عرف، ارزش موضوع آن‌ها چنان با عین سند مخلوط شده که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آن‌ها است» (کاتوزیان، ۱۳۹٤، ج ٤، ص ٤۷۹). لذا این‌که این ارزش در سند تداعی یافته را باید یک نوع مالکیت جدید دانست که توسعه در مفهوم مال دارد و بر این اساس، آن را تابع قانون محل وقوع تلقی کرد. البته بر مبنای این تئوری که اوراق بهادار یک نوع مالکیت خاص و منحصربفرد هستند، این امکان وجود دارد که فارغ از تفکیک به بانام و بی‌نام، قاعده حل تعارض در همه اوراق را طبق تقسیر واحد تحلیل نمود که در جای خود محل بحث و تأمل است. به هر حال به فرض، اگر به‌رغم دشواری توجیه و پذیرش قول دینی بودن اوراق بهادار، قائل به این شویم که وجاهت دارایی دینی در سند بی‌نام غالب است، قانون اقامتگاه مدیون (شخص حقوقی متعهد) حاکم می‌شود. در هر صورت، با توجه به این تفاوت‌ها و مسائل، حل مسأله تعارض قوانین در این باب بستگی به مبنایی دارد که نسبت به ماهیت اوراق بهادار و تأثیر تفکیک این اوراق در ابعاد حقوقی مترتب بر آن ماهیت اتخاذ می‌شود. با این حال، مبنای

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

اتخاذی نباید به گونه‌ای باشد که موجب تفسیر دوگانه از قانون حاکم بر اوراق مزبور گردد؛ زیرا پذیرش دو قانون حاکم بر موضوعی واحد قابل قبول نیست.

۳-۲-۲. انتخاب قانون نسبت به مرحله تبدیل (اثرگذاری)

نظر به دو مبحث راجع به ایجاد و شناسایی حق در اوراق بهادار (فرایند انتشار یا صدور ورقه بهادار از سوی ناشر) و اجرا و اثرگذاری آن، به‌عنوان نمونه در عرضه سهام شرکت‌ها و پذیره‌نویسی- علاوه بر بورس- بانک‌ها نقش مؤثری را ایفا می‌کنند. از این رو می‌توان قانون متبوع شرکتی را که سهام آن عرضه شده مورد استناد قرار داد؛ زیرا با توجه به این‌که قرارداد پذیره‌نویسی نزد بانک در میان است، اصولاً قانون حاکم بر شرکت، قانون انسب محسوب و اجرا خواهد شد. طبعاً در روابط احتمالی بانک و خریداران سهام نیز قانون متبوع شرکت حاکم است؛ چرا که این رابطه (بین دارندگان و شرکت) طفیلی وضعیت شرکت بوده، باید تابع قانون متبوع شرکت باشد. مرحله تبدیل ورقه بهادار نیز ارتباط وثیقی با پذیرش ضمنی اصل صلاحیت قانون شرکت، به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد پذیره‌نویسی دارد. علاوه بر این، از اصول مهم حاکمیت شرکتی، ضرورت تساوی حقوق کلیه سهامداران است که یکی از این موارد، عدم تبعیض میان ایشان از جهات مختلف (از جمله عدم تفاوت در قانون شرکتی که آن‌ها سهامدار آن هستند) خواهد بود. این مهم در تبصره ماده ۳۳ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت نیز پیش‌بینی شده است. همچنین با توجه به این‌که بانک نقش وکیل یا نماینده شرکت را ایفا می‌کند و عرضه‌کننده واقعی سهام، شرکت است، رابطه میان بانک و

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

پذیره‌نویسان رابطه مستقلی نیست تا بتوان آن را تابع قانون بانک دانست. طبیعی است که با این تحلیل، صلاحیت اصولی قانون شرکت و لازم‌الاجرا بودن آن مورد تردید قرار نخواهد گرفت (الماسی، ۱۳۹۳ (۲)، ص ۲۹۱). البته در این خصوص، شناسایی حدود تأثیر حق تابع شروط مقرر در مبحث فوق (اجرا و اثرگذاری) خواهد بود؛ به این معنا که در مرحله انتقال ورقه بهادار، قانون حاکم را باید در رابطه با ناشر، دارنده و بورس به طور متفاوت مورد بررسی قرار داد که این موارد حسب مورد در مباحث دیگر مورد تحلیل قرار گرفته است.

۴. تعیین قاعده حل تعارض در حقوق خارجی و داخلی

افزون بر شقوق نظری و تئوریک، بررسی رویکرد مراجع خارجی و بین‌المللی و حقوق ایران نیز اهمیت دارد. در ادامه به این موضوع در نظرگاه بین‌المللی و داخلی خواهیم پرداخت.

۴-۱. مراجع خارجی و بین‌المللی

اصولاً در تعیین قاعده حل تعارض، طرفین آزادند تا قانون حاکم بر موضوع اختلاف احتمالی را برگزینند. طبعاً این آزادی منحصر به کشور خاصی نبوده، اغلب کشورها آن را در نظر می‌گیرند. از جمله رویه‌های مهم بین‌المللی در این

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

خصوص، موضع کنوانسیون رم[۱] است که با موضوع قانون قابل اجرا و تعارض قوانین در زمینه تعهدات قراردادی، درصدد شناسایی اراده خصوصی طرفین و حاکمیت آن برآمده (پاراگراف اول ماده ۳)؛ به نحوی که حد و مرزی برای این حاکمیت اراده متصور نشده و در زمان عدم وجود شرط مورد توافق طرفین نیز از معیارهای نوعی بهره‌مند می‌گردد (Plender, 1991, p. 105). کنوانسیون بین قرارداد و قانون منتخب هیچ ارتباطی برقرار نساخته، بلکه طرفین می‌توانند هر قانونی را که تمایل دارند انتخاب کنند، حتی اگر یک قانون بی‌طرف باشد؛ بی‌آن‌که لازم باشد وجه انتخاب آن قانون قید گردد (لاگارد، ۱۳۷۵، ص ۳۶۱). نکته مهم دیگر آن است که در صورت فقدان انتخاب طرفین، قانون قابل اجرا، قانون کشوری است که قرارداد با آن کشور نزدیک‌ترین پیوند را دارد. روشن است که این رویکرد به معنای نفی قواعد آمره کشورها نبوده، توافق طرفین در این فرض نباید معارض با قوانین آمره باشد. بنابراین، کنوانسیون مزبور ضمن ایجاد زمینه‌های لازم جهت حاکمیت اراده طرفین، مانع اعمال قواعد و قوانین آمره دولت‌ها نیست و در واقع به منافع دولت‌ها نیز جامه عمل پوشانده است.

آنچه درخصوص موضع کنوانسیون رم محل تأمل می‌نماید آن است که رویکرد اتخاذی ممکن است در عمل آشفتگی‌هایی را در پی داشته باشد؛ زیرا اولاً تعیین ملاک قاعده آمره – آن‌هم در مورد کشورهای مختلف- دشوار است و ثانیاً در این صورت، دادگاه صالح، علاوه بر کشف اراده طرفین، حسب مورد باید به

---

۱. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980)Lasok & Stone, 1987.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

قواعد آمره و قوانین واجد صبغه عمومی کشور مورد نظر نیز عنایت کند. سرانجام این‌که علیرغم حُسن تعیین اختیاری قانون حاکم در این روش، امکان دارد که در مواردی با نظام‌های حقوقی متعددی مواجه شویم و این امر عملاً به رویه و عملکردهای متفاوتی نیز منتهی شود (Paech, 2014, p. 3-4).

کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه[1] نیز نهاد مهمی است که علیرغم اختلافات نظام‌های حقوقی در راستای تنظیم و توسعه موازین حقوقی بین‌المللی نسبت به اوراق بهادار نگهداری شده توسط واسط، تلاش دارد تا درجه‌ای از امنیت حقوقی را برای افراد و شرکت‌ها فراهم سازد (Ooi, 2003, p. 283؛ Rogers, 2006, p. 286-287). در این راستا، البته کنوانسیون درصدد نیست که طرفین بتوانند به صورت توافقی، قانونی را انتخاب کنند، بلکه معتقد است قانونی بین طرفین حاکم خواهد بود که مورد توافق یکی از طرفین (مشتری) و نهاد واسط باشد (Rogers, 2006, p. 287-288). از این جهت پیدا است که در صورت عدم توافق نسبت به قانون حاکم بر اوراق بهادار، در نظرگاه کنفرانس لاهه، اختلاف تابع قانونی خواهد بود که نهاد واسطِ نگهداری اوراق بهادار در آن‌جا مستقر است ویا محل نگهداری اوراق نزد حساب واسط قلمداد می‌شود.

کمیسیون اروپا نیز در راستای بهبود چارچوب قانونی حوزه اوراق بهادار و اعمال حقوق مربوط به آن در بازار داخلی، نسبت به اوراق بهادار واسطه‌ای

---

۱. Hague Conference on Private International Law

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

اقداماتی انجام داده که منتهی به مصوبه‌ای شده[۱] و درخصوص اوراق بهادار واسطه‌ای، به قانون نگهداری توسط واسطه‌ها اشاره کرده است. این مطلب را برخی دیگر نیز بیان می‌دارند که قانون حاکم بر اوراق بهاداری که توسط واسطه نگهداری می‌شود، بر این اساس (روابط واسطه و سرمایه‌گذار) تعیین می‌گردد (Ooi, 2003). از رویکردهای فوق پیدا است که در حال حاضر، اختلاف اصلی بر سر رویکرد توافقی و رویکرد واقعی در تعیین قانون حاکم در اوراق بهادار است (Paech, 2014). با این حال به دلایلی که اشاره شد، هنوز تفاوت‌هایی درخصوص قانون حاکم بر انواع اوراق بهادار وجود دارد.

۴-۲. حقوق ایران

در اثنای مباحث سابق، حسب فرض مربوط، به موضع حقوق ایران اشاراتی داشتیم. با امعان نظر به آن مباحث، لازم است در این‌جا اشاره کنیم که:

۱- برخلاف اسناد مدنی و اسناد تجاری که به ترتیب در ماده ۹٦۹ قانون مدنی و ماده ۳۰۵ و ۳۰٦ قانون تجارت، قاعده حل تعارض در آن‌ها بیان شده، درخصوص مطلق اوراق بهادار، در قوانین کنونی قاعده‌ای معرفی نشده است. بنابراین برای تعیین قاعده حل تعارض در این مورد، رجوع به قوانین ماهوی اجتناب‌ناپذیر است. پس قوانینی که از این حیث می‌توانند محل رجوع واقع باشند عبارتند از: قانون مدنی، قانون تجارت، قانون آیین دادرسی مدنی و قانون بازار اوراق بهادار.

---

۱. legislation on legal certainty of securities holding and dispositions

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]
[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

۲- تعیین قاعده حل تعارض منوط به توصیفات است؛ چرا که ابعاد مربوط در این زمینه، یکسان نیستند و این اوراق مصادیق مختلفی دارند. از این رو برخلاف سایر اسناد (تجاری و مدنی)، شکل (نوع) اوراق بهادار بیش از آن‌که جنبه شکلی مصطلح داشته باشد، واجد جنبه ماهوی است که بعضاً احکام متفاوتی را در پی دارد.

اصولاً نزدیک‌ترین توصیف و ملاک برای تعیین قانون انسب نسبت به انتشار ورقه بهادار، قانون دولت متبوع شرکت است. براساس ماده ۵۸۸ قانون تجارت شرکت تجاری نیز دارای شخصیت حقوقی است. علاوه بر این، اشخاص حقوقی از حکم مواد ٦، ۷ و ۹٦۲ قانون مدنی مستثنا نبوده، اهلیت آن‌ها تابع قانون دولت متبوع است. البته این نکته باید مورد نظر قرار گیرد که با توجه به مقررات و ضوابط بورس و اوراق بهادار قانون متبوع شرکت همواره با قانون کشور محل بورس یکسان نیست؛ چه این‌که به‌عنوان مثال ممکن است اوراق بهادار یک شرکت در بورس کشور دیگری پذیرش شود. از این رو، این‌که گفتیم نزدیک‌ترین توصیف و ملاک برای تعیین قانون انسب نسبت به انتشار ورقه بهادار، قانون دولت متبوع شرکت است در فرضی است که کشورها، به سبب اصالت دادن به قواعد حقوق خصوصی، نظم عمومی را (به‌عنوان یکی از موانع اجرای قانون خارجی) مورد تمسک قرار نمی‌دهند. بنابراین، روشن است در صورتی که اصالت بر ضوابط بورس باشد، قوانین ملی خویش (قانون متبوع بورس) را حاکم می‌دانند؛ چرا که این حالت از زمره حوزه‌های ورود حقوق عمومی به حقوق خصوصی است و صبغه نظم عمومی در آن بسیار است. لذا از این حیث، به نوعی جنبه آمره یافته، از

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

مقررات با وجهه عمومی محسوب می‌شود. این قاعده را حقوقدانان دیگر نیز برگزیده (سلجوقی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۷۷) و در بیان قاعده منتخب معتقدند که این امر «ناشی از وظیفه‌ای است که بر عهده آن‌ها [مقام عمومی بازار سرمایه] برای حفظ و مراقبت از اندوخته‌های ملی گذارده شده است. [علاوه بر این] تسلیم ورقه بهادار قابل معامله به [سازوکار حاکم بر] بورس از سوی دارنده آن برای انجام معامله و خرید آن از سوی دیگری در بورس در حکم پذیرش ضمنی حاکمیت قانون محل بورس از سوی طرفین معامله است» (همان، ص ۳۷۷). در تکمیل دلایل فوق‌الذکر می‌توان به قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران نیز استناد کرد. مطابق بخش‌هایی از قانون مزبور به‌خوبی می‌توان لزوم پذیرش حاکمیت قواعد و مقررات بورس و اوراق بهادار ایران را برای اشخاص خارجی احراز کرد. به موجب ماده ٤ قانون مورد نظر که در مقام ذکر وظایف شورای عالی بورس و اوراق بهادار، به‌عنوان عالی‌ترین رکن بازار سرمایه ایران است، در بندهای قید شده، به‌ویژه در بند ۱۳ (درباره اعطای مجوز به بورس به منظور عرضه اوراق بهادار شرکت‌های پذیرفته‌شده خود در بازارهای خارجی)، در بند ١٤ (درباره اعطای مجوز پذیرش اوراق بهادار خارجی به بورس)، در بند ۱۵ (درباره اعطای مجوز به بورس جهت معاملات اشخاص خارجی در بورس) و همچنین در بند ١٤ ماده ۷ که در مقام بیان وظایف و اختیارات هیأت مدیره سازمان است، قیدی برای عرضه و پذیرش اوراق بهادار خارجی در نظر گرفته شده که گواهی بر مدعای فوق است.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

۵. نتیجه

تعارض قوانین در اوراق بهادار نیز مستلزم یک یا چند عنصر خارجی است که از جنبه‌های مختلفی حائز اهیمتند؛ چرا که در هیچ کدام از قوانین حل تعارض کشور، قاعده حل تعارض در اوراق بهادار بیان نشده است؛ ضمن این‌که در تعارض قوانین نسبت به اوراق بهادار، علیرغم دشواری‌های موجود، از جمله عدم اتفاق نظر در ماهیت اوراق بهادار، حدود و ثغور مالکیت آن‌ها، تفسیرپذیری مفهوم و مصادیق این اوراق، وجود رویه‌های معاملاتی خاص و تغییر در الگوهای اوراق بهادار و...، حالات متعددی متصور است که به خاطر تمایل کشورها به نفوذ قوانین داخلی در بخش‌های اقتصادی، نهایتاً «قانون محلی»، «قانون متبوع شرکت (ناشر)» و «قانون محل انعقاد» از امکان بیش‌تری برخوردار خواهند بود. البته با عنایت به این اصل مهم که قاعده حل تعارض، بما هو قاعده، نه امری محسوب می‌شود و نه تکمیلی، لازم است که با توجه به صور احتمالی و از طریق احکام و قواعد ماهوی، حکم مناسب برگزیده شود. بر همین اساس، در کنار تعارض متحرک، مراحل مختلفی چون ایجاد و شناسایی، اجرا و اثرگذاری، انتقال و نهایتاً مرحله تبدیل اوراق بهادار مورد بررسی قرار می‌گیرد. نهایتاً وجود حالات و صور متعدد باعث شده که در عرصه بین‌المللی، نزاع‌های نظری و عملی بین دیدگاه‌های مختلف، به‌ویژه در میان رویکرد توافقی (انتخاب قانون حاکم به اراده طرفین) و رویکرد واقعی (انتخاب قانون متبوع بورس به سبب اولویت صبغه حقوق عمومی بر ضوابط حقوق خصوصی یا انتخاب قانونی که نهاد واسطِ نگهداری اوراق بهادار در آن‌جا استقرار دارد ویا انتخاب قانون محل نگهداری اوراق نزد واسطه) به این

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

مسأله مفتوح بماند. این تفکیک با امعان نظر به این واقعیت که تمیز قاعده حل تعارض در تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار بسته به نوع تفسیر از مالکیت اوراق بهادار ویا ماهیت این اوراق به چه صورت باشد، قابل دفاع می‌نماید. بنابراین، اوراق بهاداری که توسط واسط نگهداری می‌شود، تابع قانونی خواهد بود که نهاد واسطِ نگهداری اوراق بهادار در آن‌جا مستقر است یا محل نگهداری اوراق نزد حسابِ واسط قلمداد می‌شود. این ضابطه نسبت به اوراق بهاداری که در آن‌ها واسطه به معنای فوق موضوعیت ندارد ویا اصالت با نقش خودِ سهامدار است، می‌تواند نسبت به حالات مختلف حکم مجزایی داشته باشد که قواعد هریک حسب مورد بررسی و اشاره گردید. بر این اساس، از کاستی‌های جدی قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، عدم توجه به قاعده حل تعارض درخصوص انواع اورق بهادار است که ضرورت دارد مقنن کشورمان متناسب با ملاک‌های ماهیت و مالکیت اوراق بهادار، قانون حاکم را معرفی کرده، در تعیین ضابطه در این خصوص، به شقوق مترتب بر اوراق بهادار و نسبت اوراق داخلی، صکوک اسلامی و اوراق بهادار در عرصه‌های جهانی نیز توجه شایسته داشته باشد.

۶. منابع

۶-۱. فارسی

۱. ابراهیمی، سید نصرالله، حقوق *بین‌الملل خصوصی*، چاپ ششم، تهران، سمت، ۱۳۹٤.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

۲. الماسی (۱)، نجادعلی، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، چاپ چهاردهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳.
۳. الماسی (۲)، نجادعلی، «تعیین قانون حاکم بر سهام بی‌نام» در: *با قافله عدالت؛ یادنامه دکتر ناصر کاتوزیان*، تبریز، انتشارات ستوده، ۱۳۹۳.
٤. باقری، محمود و حمید قنبری، «مشکلات حقوقی ناشی از بین‌المللی شدن بازارهای سرمایه و جایگاه قوانین ملی»، *فصلنامه پژوهش حقوق*، سال دوازدهم، شماره ۲۹، ص ۲۵-٦٤، ۱۳۸۹.
۵. باقری، محمود، «تأثیر حقوق اقتصادی و نفع‌گرایی در حقوق خصوصی بر حقوق بین‌الملل خصوصی»، *نامه مفید*، ج ۲، ش ۲، ص ٤۱-٦۰، ۱۳۸۵.
٦. سلجوقی، محمود، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، ج ۲، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷.
۷. سلطانی، محمد و حامده اخوان هزاوه، «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، شمارهٔ ۱۷، ص ۱٤۱-۱٦۱، ۱۳۹۱.
۸. شوشی نسب، نفیسه، *ماهیت حقوقی اوراق بهادار*، تهران، نشر میزان، ۱۳۹٤.
۹. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تجارت بین‌الملل*، ویراست ۲، تهران، سمت، ۱۳۹۱.
۱۰.صفایی، سید حسین، «قانون حاکم بر انتقال سهام بانام (بررسی تطبیقی)»، در: *ارج‌نامه دکتر [نجادعلی] الماسی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۱.صفایی، سید حسین، *مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی*، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

۱۲.عبدی‌پور، ابراهیم، *مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت*، چاپ چهارم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳.

۱۳.عیسایی تفرشی، محمد (۱۳۹۵). *مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری*، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.

۱٤.غمامی، مجید و مریم ابراهیمی، «ماهیت حقوقی سهام پذیرفته شده در بورس»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۳، شماره ۲، ص ۱۲۷-۱٤۵، ۱۳۹۱.

۱۵.کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی؛ عقود معین*، ج ٤، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹٤.

۱٦.لاگارد، پل، «حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۹۱۹۱»، ترجمه محمد اشتری، *مجله حقوقی*، شماره بیستم، ص ۳۳۵-٤۳۳، ۱۳۷۵.

۱۷.نصیری، محمد، حقوق *بین‌الملل خصوصی*، چاپ ۲۹، تهران، نشر آگاه، ۱۳۹۳.

۶-۲. انگلیسی

18. Bagheri, Mahmood, Conflict of Laws, Economic Regulations and Corrective/Distributive Justice, Volume 28, University of Pennsylvania, Journal of International Law, vol 28, 113-151, 2007.
19. Cox, D. James, Choice of Law Rules for International Securities Transactions?, vol 66, University of Cincinnati Law Review ,1179-1192, 1998.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

20. European Commission, Legislation on legal certainty of securities holding and dispositions, 2010.
21. Hillman, W. Robert, Cross-Border Investment, Conflict of Laws, and the Privatization of Securities Law, vol. 55, Law and Contemporary Problems, 331-355, 1992.
22. Lasok, D. & Stone, P.A, Conflict of Laws in the European Community, Professional Books Ltd, London, 1987.
23. Ooi, Maisie, Shares and other securities in the conflict of laws, Oxford University Press, 2003.
24. Paech, Philipp, Intermediated Securities and Conflict of Laws, London School of Economics - Law Department, conference on 'Investing in Securities'Harris Manchester College, University of Oxford, 2014.
25. Plender, Richard, The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, London: sweet & Maxwell, 1991.
26. Rogers, S. James, Conflict of Laws for Transactions in Securities Held Through Intermediaries, Cornell International Law Journal 39, Boston College Law School: 285-328, 2006.

[Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4]

[DOR: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.3.4] [Downloaded from clr.modares.ac.ir on 2024-10-12]