

## سنجه حقوقی بازاریابی و کاربست آن در بازار اوراق بهادار

ابراهیم عبدی پور\*

محمد صادقی\*\*

پذیرش: ۹۷/۱۲/۱۱

دریافت: ۹۷/۴/۲

بازاریابی / نهادهای مالی / مسئولیت حرفه‌ای / نمایندگی / نهاد اصیل / نهاد تبعی / بازار

اوراق بهادار

### چکیده

ارتباط اعمال حقوقی و مسائل تجاری با یکدیگر باعث شکل‌گیری ضوابطی خاص ناظر به هر مسأله‌ای می‌شود. طبعاً برخی از این احکام برگرفته از صبغه اصالی و اختصاصی و بعضی به فراخور ویژگی‌های غیراختصاصی یا تبعی هر عمل است. از همین رو شناخت ضوابط برخی نهادها محل تأمل و ابهام واقع شده و به سادگی نمی‌توان قائل به صورتی بود که بر آن تردیدی باقی نماند. یکی از نهادهای منحصربه‌فرد، بازاریابی است. در واقع به سبب تشابه نسبی بازاریابی با نهادهایی از جمله وکالت، عاملی، دلالی و حق‌العمل‌کاری، این تردید ایجاد می‌شود که آن را مصداق یکی از نهادهای مورد اشاره بدانیم. در عین حال، تفاوت‌هایی که میان عمل بازاریابی و هر یک از نهادهای فوق وجود دارد، این رویکرد را تقویت می‌کند که بتوان بازاریابی را به مثابه نهاد مستقلی در عرض نهادهای حقوقی و اقتصادی مشابه قلمداد و بر آن احکام کاملاً اختصاصی جاری نمود. نوشتار حاضر با امعان نظر به کارکرد خاص بازاریابی، این نهاد را از منظر حقوقی بررسی نموده و با تحلیل ابعادی از آن، رویکرد استقلال

بازاریابی (به عنوان نهادی اصیل) را رد و آن را به عنوان نهادی تبعی واجد کارکردهایی مکمل می‌داند که متناسب با جایگاه وابسته به غیر، باید با ضوابط اختصاصی همراه باشد. این ضوابط در بازار اوراق بهادار - که بستر فعالیت نهادهای مالی است - نیز اهمیت ویژه‌ای یافته و به دلیل اصالت نقش نهادهای مالی بازار سرمایه، بازاریابی به خدمت این نهادها درآمده و از نظر حقوقی تابعی از آنها می‌باشد.

طبقه‌بندی JEL: M30 , K22, G20

## مقدمه

از نهادهای مهم اقتصادی که اثر زیادی بر تحقق اعمال حقوقی داشته و در عین حال ماهیت حقوقی مشخص شده‌ای ندارد، بازاریابی است. این نهاد که در غالب فعالیت‌های تجاری و اقتصادی کاربرد دارد، بیشتر در مقام یک رکن کمکی و تبعی برای نهادهای حقوقی و اقتصادی اصلی است تا فرایند تجارت به نحو مناسب‌تری صورت یابد. با این توضیح که بازاریاب، در مقام توسعه بازار و رفع نیازهای تجاری تولیدکننده و مصرف‌کننده فعالیت دارد و این فعالیت به منزله همکاری با فعالان تجاری و اقتصادی است. در واقع در حوزه‌های تجاری، اشخاص مختلف مبادرت به فعالیت بازاریابی می‌کنند و این مهم به منظور توسعه تجارت و افزودن دامنه خرید و فروش تولیدات و خدمات مورد تمسک قرار می‌گیرد. آنچه در فعالیت‌های اقتصادی مبرهن است، این است که اشخاص در دو قالب مبادرت به استفاده از خدمات مترتب بر بازاریابی می‌کنند؛ یکی در قالب قراردادی است و دیگر، قالبی مبتنی بر عرف و رویه تجاری. به‌رغم اینکه این دو روش فی‌نفسه تأثیری در ماهیت عمل بازاریابی ندارد، اما ممکن است بر آن‌ها احکام حقوقی متفاوتی حاکم شود. چرا که در هر حال دامنه حقوق و تکالیف ناشی از این عمل مبتنی بر توافق و تعهداتی است که طرفین مقرر می‌کنند. بنابراین، لازم است با امعان نظر به این تمییز، ماهیت و ضوابط مربوطه شناسایی شود. در نوشتار حاضر درصدد تحلیل ماهیت، کارکرد و آثار حقوقی نهاد بازاریابی بوده و با رویکردی تحلیلی به این پرسش پاسخ خواهیم داد که آیا از حیث هنجاری باید بازاریابی را به مثابه یک نهاد مستقل محسوب نمود و بر آن احکام و آثار منحصربه‌فردی متصور بود یا اینکه آن را در راستای نهادهایی همچون نمایندگی و مصادیق مربوط به آن تبیین کرد؟ نسبت بازاریابی با نهادهای مالی بازار اوراق بهادار در چیست؟ وجه این اهمیت از آنجاست که به فراخور فعالیت‌های مختلف اقتصادی، روش‌های مختلفی از بازاریابی وجود دارد و اشخاص در مقام جذب سرمایه‌گذار و یا مشتری حسب مورد قالبی را در نظر می‌گیرند و به موجب آن حقوق و تکالیفی را بر خود و بازاریاب متصور می‌شوند.<sup>۱</sup> به موازات این توافق و

۱. به عنوان نمونه، یکی از این موارد بازاریابی شبکه‌ای است که بر اساس بند ب ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی چگونگی صدور و تمدید پروانه کسب و نحوه نظارت بر افراد صنفی در فضای مجازی (موضوع تبصره ماده ۸۷ قانون نظام صنفی) مصوب ۱۳۹۴ این‌گونه تعریف شده: «یک روش فروش محصول است که شخص حقوقی با استفاده از فضای مجازی افرادی را به عنوان بازاریاب به دور از مکان ثابت کسب برای فروش مستقیم محصولات تولید خود و یا دیگران به مصرف‌کننده به کار می‌گیرد؛ به نحوی که هر بازاریاب با معرفی بازاریاب دیگر به عنوان زیرمجموعه خود با ایجاد گروه فروش چند سطحی

همکاری، بازاریاب مبادرت به فعالیت‌هایی می‌کند که مسئولیت‌ها و تکالیفی را متوجه بنگاه‌ها و سرمایه‌گذاران می‌نماید. بنابراین لازم است در عین تحلیل ابعاد اصلی این مهم، حدود و ثغور تکالیف حقوقی فعالان اقتصادی مربوط به فعالیت ناشی از بازاریابی مشخص شود. به منظور انجام بهترین هدف، در عین حال از مقررات و آرای مراجع صلاحیت‌دار بازار اوراق بهادار نیز بهره خواهیم برد تا مسائل حقوقی راجع به این بحث جنبه عملی نیز داشته باشد.

## ۱. مفهوم و ماهیت

### ۱-۱. مفهوم

بازاریابی<sup>۱</sup> به عنوان یک فرایند مدیریتی- اجتماعی، عبارت از هرگونه تبلیغات و اقدامات لازم برای توسعه کسب و کار و ترویج فروش و در دسترس بودن محصولات یک شخص یا بنگاه اقتصادی است. یعنی به وسیله آن، اشخاص، بنگاه‌ها و سازمان‌ها از طریق تولید، عرضه و مبادله کالا و خدمات با یکدیگر، به تأمین نیازها و خواسته‌های خود و دیگران می‌پردازند.<sup>۲</sup> در واقع، با توجه به رابطه دوسویه عرضه و تقاضا در بازار، بازاریابی نگاه مشترک بنگاه و مشتری به تجارت است که هدف آن، شناسایی مشتری و نیازهای اقتصادی او در راستای بهره‌وری و توسعه کسب و کار است.<sup>۳</sup> از این منظر، بازاریابی را باید در معنای همگراسازی فعالیت‌های بنگاه در مسیر عرضه و فروش بیشتر خلاصه نمود و شخصی که مبادرت به این عمل می‌نماید را بازاریاب نامید<sup>۴</sup> که به موازات عملیات بازاریابی برای بنگاه، جذب مشتری نموده و به نحوی ارزش مالی شرکت را ارتقا می‌بخشد.<sup>۵</sup>

---

موجب گسترش و افزایش فروش گردد». در واقع این مورد از روش‌های بازاریابی است که به دلیل برخورداری از مسائل خاص، بیان تفصیلی ضوابط اختصاصی آن از حوصله و هدف مقاله حاضر خارج می‌باشد.

1. Marketing

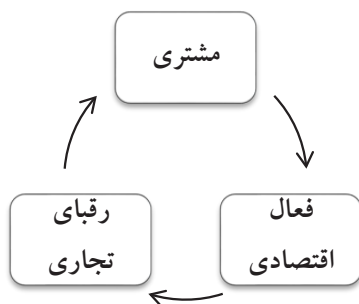
۲. روستا، احمد و همکاران (۱۳۹۱)؛ صص ۷ و ۱۲؛ فروزنده، بهمن (۱۳۷۷)؛ صص ۳۷ و ۴۳

3. Walters & Halliday, (1998), p. 189

۴. بند ج ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی چگونگی صدور و تمدید پروانه کسب و نحوه نظارت بر افراد صنفی در فضای مجازی (موضوع تبصره ماده ۸۷ قانون نظام صنفی) مصوب ۱۳۹۴ در تعریف بازاریاب اشعار داشته: «هر شخصی که خارج از شرکت بازاریابی شبکه‌ای از طریق فروش مستقیم محصولات به مصرف‌کننده یا با حمایت و آموزش بازاریابان زیرمجموعه بابت گسترش و افزایش فروش شرکت، پاداش یا کمیسیون (درصدی از فروش محصولات) دریافت کند». هرچند این تعریف در راستای روش خاصی از بازاریابی است اما می‌توان از مفاد و دلالت آن چنین نتیجه گرفت که بازاریاب ارتباطی دوسویه با تولیدکننده یا عرضه‌کننده و مصرف‌کننده دارد و این ویژگی از خصایص مشترک اقسام بازاریابی است.

5. Leitoniene, Sapkauskienė & Kloviene, (2013), p. 655 & 662

مطابق نمودار زیر، عملیات راجع به بازاریابی را باید مبتنی بر روابط داخلی (ارتباط بازاریاب و بنگاه متبوع) و خارجی متعددی دانست که از حیث خارجی (ارتباط شخص با مشتریان و سایر فعالان اقتصادی)، از سویی ناظر بر مراد بنگاه با مصرف کننده (مشتري) است، و از سوی دیگر راجع به نحوه مواجهه با سایر فعالانی است که در حوزه مشابه فعالیت دارند (رقبای تجاری). در واقع مجموع این روابط، فرایند رقابت تجاری را برقرار نموده و در عین حال عملیات بازاریابی را توأمان با عرضه و تقاضا پیش می برد. بر این اساس، فروش و تبلیغات، بخش قابل توجهی از بازاریابی را نشان می دهد و برای بررسی ابعاد آن باید به عناصر اقتصادی متعددی همچون نیاز، تقاضا، معامله، رقابت و بازار توجه داشت.<sup>۱</sup>



## ۲-۱. تحلیل حقوقی ماهیت

بازاریابی؛ از حیث سرفصل های دانشگاهی ناظر به رشته مدیریت و موضوعاً متوجه رشته اقتصاد است. از این رو آنچنان که باید، موضوع علم حقوق واقع نشده است. بر این اساس، برای تبیین مفهوم و ماهیت آن لازم است به این واقعیت توجه نمود و از سایر نهادهای حقوقی نیز بهره برد. در این مقاله ماهیت حقوقی بازاریابی را از دو قالب تحلیل می کنیم. یکی از این وجوه، مبتنی بر بازاریابی؛ به عنوان نهاد مالی مستقل است. یعنی به عنوان نمونه، در کنار نهادهای مالی متفاوتی همچون بانک ها، شرکت ها و صندوق های سرمایه گذاری، شرکت های کارگزاری و امثال آن، اینکه آیا بتوان بازاریابی را یک نهاد مستقل تلقی کرد را تحلیل می کنیم. وجه دیگر، تبیین بازاریابی؛ به عنوان مصداقی از نهاد نمایندگی یا وساطت است که حسب مورد ماهیت آن را تحلیل خواهیم نمود. لذا در وجه دوم باید به این امر عنایت داشت که بازاریابی به مثابه یک

۱. روستا، احمد و همکاران (۱۳۹۱)؛ ص ۷؛ فروزنده، بهمن (۱۳۷۷)؛ ص ۳۷

فعالیت تبعی ناظر به فعالیت نهادهای مالی شناخته شده و ابزاری برای پیشبرد اهداف اقتصادی آن‌ها محسوب می‌شود.

### ۱-۲-۱. بازاریابی؛ به عنوان نهاد اصیل و مستقل

به فراخور برخورداری بازاریابی از ابعاد اقتصادی، یک وجه از ماهیت بازاریابی، معرفی آن به عنوان یک نهاد مالی اصیل است. مراد از این ماهیت آن است که بتوان بازاریابی را در کنار سایر نهادهای فعال در اقتصاد مثل صندوق‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های بیمه، شرکت‌های کارگزاری، مؤسسات رتبه‌بندی و امثال آن‌ها یک رکن مالی و اقتصادی مستقل محسوب نمود. به نظر می‌رسد که این رویکرد باید با پذیرش ضوابط و آثار خاص مربوط به نهادهای مالی نیز همراه باشد. چرا که اعلام یک مقوله به عنوان نهادی اصیل و مستقل مستلزم تبعیت از ضوابط خاص و حرفه‌ای است. با این حال، به شرحی که خواهد آمد، به نظر می‌رسد پذیرش این وصف دشوار باشد. زیرا همان گونه که از عنوان و تعریف بازاریابی پیداست، این مهم در راستای رونق نهادها و بنگاه‌های اقتصادی دیگر بوده و فی‌نفسه اصالت ماهیتی ندارد.

### ۱-۲-۲. بازاریابی؛ به مثابه نمایندگی یا وساطت

پیش از ورود به بحث از مصادیق و بررسی هر کدام، ذکر این نکته ضروری است در نقطه مقابل بازاریابی؛ به عنوان نهادی مستقل، از منظر حقوقی دو عنوان دیگر (یعنی نمایندگی یا وساطت) قابل بررسی است. در واقع نهادهایی چون وکالت مصداق تام نمایندگی هستند؛ لکن نهادی مثل حق‌العمل‌کاری؛ به عنوان رابطه‌ای قراردادی که جوهره آن اعطای اختیار انجام معامله از سوی سفارش دهنده است، در عین اینکه واسطه نیز هست، از یک منظر نمایندگی غیرمستقیم شناخته می‌شود. زیرا حق‌العمل‌کار معمولاً هویت اصیل را افشاء نمی‌کند و به نام خود با طرف دیگر قرارداد می‌بندد. نهادهایی مثل دلالتی هم واسطه میان طرفین هستند که الزاماً تابع ضوابط نمایندگی نیستند اما چون در مواردی، طبق حکم قانون پیرو عقد وکالت می‌شوند، آن‌ها را از منظر نمایندگی نیز تحلیل می‌کنند. بنابراین، ضمن امعان نظر به این تفاوت، وجه بیان همه این نهادها در این مقال ذیل عنوان نمایندگی؛ بر همین اساس و به تبعیت این قبیل نهادها از قواعد

۱. این عنوان در حقوق انگلستان مبتنی بر قاعده اصیل افشاء نشده (Undisclosed principal) است.

۲. عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۵)؛ ج ۱، ص ۸۴

عمومی نظریه کلی نمایندگی مبنی بر انجام عمل از طرف دیگری خواهد بود<sup>۱</sup> و الا به جز وکالت، مفاهیم و نهادهای مورد اشاره تنها از برخی جهات با نمایندگی مشابهت دارند و اغلب متمایل به وساطت هستند.

## الف) وکالت

وکالت عقدی است که بر مبنای اعتماد و تکیه بر شخصیت طرف متقابل منعقد می‌شود.<sup>۲</sup> به موجب این عقد، یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود قرار می‌دهد. پس، اثر آن اعطای نیابت است. یعنی وکیل واسطه انجام عمل حقوقی برای موکل شده و در حیطه نمایندگی، آثار حقوقی ناشی از عمل وی متوجه موکل می‌گردد. بازاریابی نیز مانند وکالت عقدی به دلیل اصالت شخصیت و قائم به شخص بودن، جایز است که به موجب آن صاحب کالا یا خدمات به بازاریاب نیابت می‌دهد که به جذب مشتری و معرفی محصولات یا خدمات پرداخته و در ازای این عمل کارمزد دریافت نماید. در قرارداد بازاریابی نیز همانند وکالت، بازاریاب فقط می‌تواند در حدود نیابت و صلاحیتی که به او اعطا شده اقدام کند و فراتر از اختیار اعطایی به او اثر حقوقی متصور نخواهد بود.

فقه‌ها نیز وکالت را «استنابۀ فی التصرف»<sup>۳</sup> یا قصدی که دلالت بر آن نماید،<sup>۴</sup> بیان نموده‌اند. در واقع، از تعریفی که فقیهان برای وکالت ارائه کرده‌اند برمی‌آید که وکالت باید در امری داده شود که از نظر حقوقی برای اصیل‌آثاری را به بار آورده و داخل در تصرفات حقوقی باشد. از این رو، فارغ از اینکه فقها اصولاً و صراحتاً متعرض ماهیت عملی که از حیث حقوقی یا مادی بودن به موجب وکالت قابل تحقق است، نشده‌اند، در فرضی که مبنای عدم شمول اعمال مادی بر وکالت را قائل باشیم، بازاریابی را می‌توان موضوعاً داخل در عنوان وکالت دانست. در غیر این صورت، به شرحی که در ادامه می‌آید، همین مسأله از موارد تفاوت میان این دو نهاد خواهد بود. البته فقها در راستای تعریف عقد وکالت، برای آن مصادیق و مثال‌هایی را ذکر کرده‌اند

۱. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران (۱۳۸۹)؛ ج ۲، ص ۱۹۷ و ۲۵۹؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)؛ ج ۵، ص ۴۳۲

۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)؛ ج ۴، ص ۱۸۳

۳. محقق حلی (۱۴۰۸ هـ)؛ ج ۲، ص ۱۵۱؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ هـ)؛ ج ۱، ص ۱۱۹

۴. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ هـ)؛ ج ۲۷، ص ۳۴۷

که - به رغم عدم وجود بازاریابی در گذشته به عنوان یک حرفه - با اخذ ملاک از آن‌ها می‌توان بازاریابی را مصداقی از وکالت به عنوان نمایندگی قلمداد کرد. از جمله؛ آمده است: «ولابد فیه من إيجاب دالّ علی القصد كقوله: وکلتک، أو استنتبک، أو فوّضت إلیک، أو بع، أو اشتر، أو أعتق»<sup>۱</sup>. در واقع چنانچه این نیابت برای خرید یا فروش را بر مصادیق امروزی موضوع عملیات بازاریابی تطبیق دهیم، این مهم در قالب مورد بحث احراز خواهد شد؛ خصوصاً اینکه در هر صورت این امر مبتنی بر اذنی است که به وی داده شده و این عنوان خود از عقود اذنی محسوب می‌شود که بر اساس آن، شخصی دیگری را برای تسلط بر آنچه متعلق به خودش است، انتخاب می‌کند.<sup>۲</sup>

با وجود شباهت میان بازاریابی و وکالت،<sup>۳</sup> بازاریابی تفاوت‌هایی نیز با وکالت دارد. به عنوان مثال عقد وکالت نیابتی است و در عین حال نیابت در آن برای امور اعتباری و اعمال حقوقی است.<sup>۴</sup> حال آنکه بازاریابی همانند وکالت، همواره نیابتی نیست و بدو انجام یک عمل مادی بر عهده بازاریاب قرار می‌گیرد و عمل حقوقی را شامل نمی‌شود. زیرا بازاریاب اصولاً نقشی در عمل حقوقی ندارد. این به آن معناست که موضوع وکالت انجام معامله به نام و به حساب موکل است لکن عمل بازاریاب صرفاً مقدمه انجام معامله است و چون معامله توسط اصیل منعقد می‌شود، اقدام بازاریاب اثر انشایی مستقیم نخواهد داشت. تفاوت دیگر، آن است که به شرحی که خواهد آمد، بازاریابی، امری مقدماتی و تبعی است؛ در حالیکه وکالت اینگونه نیست. همچنین، در وکالت، قابلیت نیابت شرط است لکن این شرط در مورد بازاریابی الزاماً متصور نیست. زیرا بازاریاب نقشی واسطه‌ای و مقدماتی دارد و عمل حقوقی اصلی و نهایی را خود اصیل برعهده می‌گیرد. از همین روست که اثر عقد وکالت در حدود وکالت التزام موکل را به همراه دارد<sup>۵</sup> لکن در بازاریابی در هر صورت اثر عقد متوجه اصیل و طرف قرارداد خواهد بود و اصولاً بازاریاب فاقد مسئولیت محسوب می‌شود. زیرا اشاره شد که اراده بازاریاب تأثیر مستقیمی بر انشاء نداشته و اراده اصیل عمل حقوقی را موجب می‌شود. مورد دیگر آن است که بازاریابی؛ به عنوان یک حرفه

۱. علامه حلی (۱۴۱۳ ه.ق)؛ ج ۲، ص ۳۴۹؛ شهید ثانی (۱۴۱۰ ه.ق)؛ ج ۴، ص ۳۶۷

۲. کاشف الغطاء (۱۳۵۹ ه.ق)؛ ج ۲، ق ۲، ص ۵

۳. از جمله این شباهت‌ها می‌توان به اذنی، امانی و جایز بودن، قابلیت جانشینی شخص دیگر، پذیرش اصل تعدد در هر دو، ضرورت رعایت غبطه و مصلحت اصیل و لزوم پرداخت هزینه‌های متعلقه اشاره کرد.

۴. کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸)؛ ص ۱۸۲

۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)؛ ج ۴، ص ۱۷۶



و پیشه اقتصادی شناخته شده و بر همین اساس همواره معوض است اما وکالت، می‌تواند هم معوض باشد و هم تبرعی.

با این حال و به‌رغم تفاوت‌های موجود میان این دو نهاد، به نظر می‌رسد که فارغ از اختلاف نظری که میان حقوق دانان در خصوص وکالت در امور مادی وجود دارد،<sup>۱</sup> در مانحن فیه نیز می‌توان بازاریابی را در مواردی تابع احکام وکالت دانست؛ کما اینکه برخی استادان نیز این جنبه را مورد تصریح قرار داده‌اند که قانون‌گذار در مواردی دادن نیابت برای انجام اموری مانند مشاوره و مذاکره درباره شرایط قرارداد و بیان خواست‌های دو طرف را تابع احکام وکالت قرار داده است.<sup>۲</sup> چرا که بازاریابی عملیاتی مبتنی بر مشاوره، مذاکره و تبلیغ برای فروش و افزایش سود عاید از آن برای فروشنده اصلی است. بر همین اساس (به دلیل داشتن برخی اشتراکات) در مواردی آن را در حکم وکالت قرار می‌دهند. با این حال، برخلاف وکالت که باید آن را نمایندگی به معنای واقعی دانست، بازاریابی عملی ناظر به وساطت است و کاملاً عنوان نمایندگی را به همراه ندارد.

### ب) عاملی یا نمایندگی تجاری

با وجود اختلاف نظری که در خصوص مفهوم عامل وجود دارد،<sup>۳</sup> اگر تعریف عام از عامل (انجام هر امری به دستور دیگری؛ اعم از اینکه مربوط به امور حقوقی باشد یا تجاری) را مدنظر قرار دهیم،<sup>۴</sup> یا عامل را به معنای کسی بدانیم که در مقابل دریافت اجرت به نمایندگی و از طرف دیگری عملی را انجام می‌دهد،<sup>۵</sup> از یک جهت می‌توان ادعا کرد که بازاریاب می‌تواند مصداقی از عاملی محسوب شود اما از جهتی که بازاریاب نقش مستقیمی در تحقق عمل حقوقی ندارد، با عامل متفاوت خواهد بود. زیرا طبق تعریف فوق، یکی از اعمالی که برای عامل متصور است، مبادرت به اراده انشائی و تحقق اعمال حقوقی است. لکن چنانچه تعریف‌های دیگر

۱. در این خصوص، رک: کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)؛ ج ۴، ص ۱۰۸؛ کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸)؛ صص ۱۸۲ و ۱۹۴؛ امامی، سید حسن (۱۳۷۴)؛ ج ۲، ص ۲۱۸؛ محقق داماد، سید مصطفی و همکاران (۱۳۸۹)؛ ج ۲، صص ۲۵۷-۲۵۸ و طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ هـ)؛ ج ۴، صص ۳۹۵-۳۹۶.

۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)؛ ج ۴، ص ۱۱۰.

۳. رک: اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴)؛ ج ۱، ص ۸۸؛ عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۵)؛ ج ۱، ص ۸۸.

۴. این مفهوم در ابوابی از قانون مدنی مثل استیفا، مزارعه، مساقات، مضاربه و جماله مورد تصریح قرار گرفته است.

۵. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۶)؛ ج ۱، ص ۵۲؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)؛ صص ۴۴۳.

مبنی بر اینکه عامل کسی باشد که به نام و حساب دیگری معامله می‌کند،<sup>۱</sup> قطعاً با بازاریابی متفاوت خواهد بود. چرا که اشاره کردیم بازاریاب صرفاً واسطه معرفی برای تحقق عمل حقوقی است و خودش نقشی در انشاء ندارد. با این حال، چنانچه عاملی را در حکم یا تابع مقررات وکالت بدانیم، همان مسائلی که میان بازاریاب و وکیل اشاره شد، کماکان باقی است و طبعاً در مواردی امکان همسان‌سازی ضوابط این دو با یکدیگر وجود نخواهد داشت. به هر حال چون عاملی نوعی نمایندگی تجاری است، و این مفهوم اعم از دو معنای عام و خاص است،<sup>۲</sup> از جهاتی ممکن است بازاریابی؛ مصداقی از نمایندگی تجاری هم محسوب شود لکن چون بازاریابی فاقد کلیه ویژگی‌ها و آثار حقوقی ناشی از نمایندگی تجاری است، توجیه کامل آن در این قالب محل تأمل می‌باشد. زیرا اگر مثلاً تعریف ماده ۵۵ لایحه جدید تجارت<sup>۳</sup> را مبنای پذیرش مفهومی بدانیم، تفاوت‌هایی از جمله؛ عدم موضوعیت انعقاد قرارداد در بازاریابی توسط بازاریاب یا عدم ارائه خدمات پس از تحقق معامله، از جمله تفاوت‌هایی است که در این خصوص موجب تأمل می‌شود لکن ویژگی‌هایی همچون دخالت در مذاکرات مقدماتی، دریافت اجرت، عدم موضوعیت عنوان نمایندگی، مستخدم یا اجیر نسبت به بازاریاب، از جمله عناوینی است که بازاریابی را مصداقی از نمایندگی تجاری معرفی می‌کند. علاوه بر این موارد، اوصافی مثل اصل امکان پذیرش عمل اشخاص دیگر (ولو فعالان اقتصادی رقیب)،<sup>۴</sup> لزوم ارائه اطلاعات لازم و گزارش فعالیت به شخص متبوع، مسئولیت ناشی از تلف یا نقص حقوق شخص متبوع، مسئولیت ناشی از عدم ایفای تعهدات قراردادی یا عرفی و حق دریافت اجرت و هزینه‌های متعلقه از مسائلی است که بازاریابی را به عنوان مصداقی از نمایندگی تجاری تقویت می‌کند.

### ج) دلالتی

مطابق ماده ۳۳۵ قانون تجارت: «دلالت کسی است که در مقابل اجرت واسطه انجام معاملاتی شده یا برای کسی که می‌خواهد معاملاتی نماید طرف معامله پیدا می‌کند.» بر این اساس، دلالت کسی است که با پادرمیانی در گفتگوها و مذاکرات مقدماتی طرفین معامله، آن‌ها را به یکدیگر

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴)؛ ج ۱، ص ۸۹.

۲. عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۵)؛ ج ۱، صص ۸۹-۹۰.

۳. ماده ۵۵- «نمایندگی تجاری عبارت است از انجام مذاکرات مقدماتی، انعقاد قرارداد و یا ارائه خدمات پس از اجرای قرارداد به نام و به حساب دیگری در مقابل دریافت اجرت، بدون اینکه نماینده، مستخدم یا اجیر طرف دیگر باشد».

۴. این امر ممکن است مطابق توافق طرفین تعدیل یا ممنوع شود.

نزدیک و معرفی نموده، شرایط و خصوصیات معامله را برای طرفین تشریح و سعی می‌کند با تطبیق منافع طرفین، معامله را جوش دهد.<sup>۵</sup> بنابراین، دلالتان، زمینه حصول تراضی و انعقاد قرارداد بین اصیل و شخص ثالث را فراهم می‌کنند ولی اراده انشایی آن‌ها در تحقق عمل حقوقی با ثالث نقشی ایفا نمی‌کند.

قرارداد بازاریابی شباهت زیادی به دلالتی دارد؛ همان‌گونه که دلال واسطه انجام معامله میان طرفین می‌شود اما خود معامله را طرفین انجام می‌دهند،<sup>۶</sup> بازاریاب نیز با جذب مشتری و معرفی آن به تولیدکننده یا ارائه‌دهنده خدمات واسطه انجام معاملات می‌گردد. اما تفاوتی که دلالتی با بازاریابی دارد این است که دریافت حق الزحمه دلالتی منوط به تحقق معامله است حال آنکه بازاریاب برای دریافت حق الزحمه الزاماً با چنین پیش شرطی مواجه نیست. به عبارتی تعهد بازاریاب به جذب مشتری، تعهد به وسیله است نه نتیجه. چرا که بازاریاب مکلف به انجام کلیه فعالیت‌های لازم برای جذب مشتری می‌شود لکن تعهدی نسبت به انعقاد قرارداد فیما بین مشتری و تولیدکننده کالا یا ارائه‌دهنده خدمات ندارد. زیرا بازاریابی، مجموعه‌ای از فعالیت‌های مبتنی بر تبلیغات، مذاکره، مشاوره و فروش است و فروش تنها بخشی از عملیات مربوط به آن محسوب می‌شود. همچنین، برخلاف دلالتی که اصولاً دامنه حکومت قانون تجارت بر آن مسلم است،<sup>۷</sup> عملیات بازاریابی (فارغ از اینکه قانون تجارت ایران از آن نامی نبرده) محدود به اعمال تجاری موضوع قانون تجارت نیست و می‌تواند اعم از اعمال حقوقی، تجاری و اقتصادی باشد.

#### د) حق العمل‌کاری

حق العمل‌کار؛ به عنوان مصداقی از نمایندگی غیرمستقیم، به نام خود و به حساب اصیل عمل می‌کند. بر این اساس، رابطه مبتنی بر حق العمل‌کاری دو قراردادی است که مطابق آن، رابطه مستقیم بین اصیل و شخص ثالث ایجاد نمی‌شود و حق العمل‌کار به عنوان اصیل در مقابل شخص ثالث قرار می‌گیرد.<sup>۸</sup> این در حالی است که بازاریاب اساساً به نام و حساب اصیل فعالیت

۵. عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۵)؛ ج ۱، ص ۷۷

۶. کاویانی، کورش (۱۳۹۴)؛ ج ۱، ص ۱۲۷

۷. کاویانی، کورش (۱۳۹۴)؛ ج ۱، ص ۱۲۸

۸. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران (۱۳۸۹)؛ ج ۲، ص ۲۰۷

کرده و اگر قراردادی منعقد شود میان اصیل و مشتری است و بازاریاب صرفاً یک معرف و واسطه محسوب و در انعقاد قرارداد یا خرید و فروش بعدی مداخله‌ای ندارد. همچنین، همانند دلالتی در اینجا نیز - که اصولاً دامنه حکومت قانون تجارت بر آن مسلم است<sup>۱</sup> - عملیات بازاریابی محدود به اعمال تجاری موضوع قانون تجارت نیست و می‌تواند اعم از اعمال حقوقی، تجاری و اقتصادی باشد.

#### ه) جمع‌بندی بحث

۱. ماهیت بازاریابی از حیث وساطت یا نمایندگی: برای اینکه مشخص شود بازاریابی بر کدام یک از عناوین مورد بحث در مبحث اخیر انطباق دارد، ابتدا باید روشن شود که آیا بازاریابی ماهیتی واسطه‌ای دارد یا مبتنی بر نمایندگی است؟

با توجه به مباحث معنون، روشن است که پذیرش عناوین خاص از نمایندگی برای این نهاد دشوار است. زیرا اشاره شد که بازاریاب اثر انشایی بر معاملات و قراردادهای شخص متبوع ندارد و صرفاً مبادرت به معرفی کالاها و خدمات می‌نماید. با این حال، نظر به مفهوم عام حقوقی و فقهی از نمایندگی (به عنوان رابطه‌ای حقوقی که به موجب آن شخصی اختیار می‌یابد از طرف و به حساب شخصی دیگر اعمال حقوقی یا اعمال مادی دارای اثر حقوقی را انجام دهد، به گونه‌ای که آثار ناشی از آن اعمال مستقیماً دامن‌گیر اصیل شود)<sup>۲</sup>، بازاریاب می‌تواند نماینده یک فعال اقتصادی و تجاری برای اعمال حقوقی هم باشد. البته این امر منوط به توافق بازاریاب با شخصی است که برای او فعالیت می‌کند. اما در هر حال، انجام اعمال مادی برای دیگری از اوصاف اصلی بازاریابی است که موجب می‌شود آن را تابع نظریه عمومی نمایندگی بدانیم. حال باید دید آیا با احراز تبعیت بازاریابی از نظریه نمایندگی، الزاماً عنوان وساطت منتفی خواهد شد؟

به نظر می‌رسد که بازاریاب در عین وساطت و میانجی شدن به منظور خرید محصولات یا خدمات فعال تجاری، اقدامات دیگری همچون مذاکره، مشاوره و حتی ترغیب می‌کند که علاوه بر شمول عنوان وساطت برای این نهاد الزامات و آثار حقوقی دیگری در پی خواهد داشت. البته

۱. کاویانی، کورش (۱۳۹۴)؛ ج ۱، ص ۱۳۲

۲. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران (۱۳۸۹)؛ ج ۲، ص ۲۰۳

اوصاف مازاد بروساطت نافى طبع مورد بحث نبوده و در هر صورت باید این نهاد را یک واسطه اقتصادی و تجاری محسوب کرد.

۲. استقلال یا شمول بازاریابی در نهادهای مورد بحث: همان طور که در خصوص واسطه‌هایی مثل دلالتی؛ که به موجب مقررات در حکم وکیل معرفی شده‌اند، این حکم صادق نیست که او بر اساس این حکم اختیار کامل نمایندگی را داشته باشد،<sup>۱</sup> در مورد بازاریاب نیز این ضابطه مراعاتت که نباید او را تابع محض قواعد وکالت، عاملی، دلالتی و حق العمل‌کاری محسوب نمود. زیرا در عین شباهت‌هایی که میان بازاریابی و هریک از نهادهای مورد اشاره متصور است، هم ماهیت بازاریابی متفاوت از نهادهای مذکور است و هم تکالیف و مسئولیت‌های او خاص و ویژه است. از این رو نباید آن را به تمام و کمال مشمول قواعد نهادهای مورد اشاره قلمداد نمود. بنابراین، استقلال و تفاوت بازاریابی از وکالت، عاملی و نمایندگی تجاری به معنای خاص، دلالتی و حق العمل‌کاری مسلم می‌نماید. با این حال، در خصوص نسبت آن با نمایندگی تجاری به معنای عام این امکان وجود دارد که بتوان بازاریابی - که به نحوی واجد سمت نمایندگی از شخص متبوع خویش است - را نوعی نمایندگی تجاری تلقی کرد.

### ۱-۳. ویژگی‌های عمل بازاریابی

با امعان نظر به مفهوم، ماهیت و روابط تجاری مربوط به بازاریابی، دو ویژگی عمده‌ای که می‌توان از این عنوان احراز کرد عبارتند از:

۱. **مقدماتی بودن عمل:** بازاریابی؛ به دلیل وابستگی به عملیات کسب و کار، این ویژگی را دارد که در مراحل منتهی به فروش در تعاقب با عملیات‌های مرتبط (مثل تولید، رقابت و...) باشد و فارغ از آن‌ها استقلال چندانی نداشته باشد. بنابراین، باید آن را عملیاتی تبعی و مقدماتی برای رقابت، خرید و فروش محسوب نمود. به عنوان نمونه، چنانچه یک شرکت تجاری برای رقابت در بازار درصدد فروش محصولات یا ارائه خدمات خود برآید، میزان تحقق این هدف بسته به محدوده فعالیت بازاریاب آن شرکت بوده و هر چه بازاریاب شرکت محصولات و خدمات آن را در حجم و دامنه بیشتری برای بازار معرفی و ارائه نماید، میزان رقابت و توسعه عملیات اقتصادی آن شرکت نیز افزایش خواهد یافت.

۲. **تبعی بودن عمل:** در عین اینکه رقابت یک شخص در بازار با میزان توفیق بازاریابی آن شخص مرتبط است، این ارتباط به ماهیت بازاریابی نسبت به عملیات اصلی نیز بستگی دارد. یعنی؛ بازاریابی فی نفسه و فارغ از عملیات تولید، خدمات و یا اهداف موضوع فعالیت اقتصادی، وجاهت مستقلی ندارد و تا عملیات اصلی محقق نشود یا تعهد به تحقق آن وجود نداشته باشد، نمی توان بازاریابی را محقق دانست و برای آن اثر حقوقی قائل بود. به بیان دیگر، تنها در صورتی می توان برای بازاریابی موجودیت قائل بود که سایر فعالیت های شخص یا بنگاه اقتصادی صورت گرفته و یا تعهد به انجام آن مورد اعتماد و پذیرش باشد. به عنوان مثال، چون بازاریابی وابسته به تولید، تحقق خدمات، یا وقوع موضوع فعالیت است، تنها در صورتی باید آن را به رسمیت شناخت که فعال اقتصادی بتواند به نحو منجز یا قطعی محصولات خود را ارائه نماید؛ در غیر این صورت چون مسأله سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود، طبعاً بازاریابی نیز منتفی بوده و نباید آن را واجد اثر حقوقی دانست.

۳. **تعهد به وسیله بودن نوع عمل:** به تبعیت از ماهیت واسطه ای و مقدماتی و تبعی بودن عملیات بازاریابی، نوع تعهد بازاریاب در قبال کارفرما، قاعدتاً به نتیجه نبوده و باید آن را تعهد به وسیله دانست. زیرا اولاً؛ بازاریاب مستقیماً نقشی در انعقاد و تحقق قرارداد و یا فروش محصولات و خدمات ندارد. ثانیاً؛ مسئولیتی از این حیث متوجه او نیست و او صرفاً ناظر به عناوین خاص مسئولیت خواهد داشت. البته این اصل نافی اجرای اصل حاکمیت اراده و توافق طرفین مبنی بر نوع تعهد بازاریاب نیست. زیرا برای بازاریاب و کارفرمای وی این امکان وجود دارد که بر اساس اراده مشترک، مرزهای اختیار و تعهدات را تغییر داده و حقوق و تکالیف مشترک را توسعه دهند.

## ۲. آثار حقوقی مترتب بر بازاریابی

اثر حقوقی ناشی از رابطه بازاریابی مربوط به آن قبیل حقوق و مسئولیت هایی است که متعاقب ماهیت بازاریابی متوجه طرفین و یا اشخاص ثالث می گردد. در این مقال، این موضوع را در دو بحث مجزا مورد اشاره قرار می دهیم.

## ۲-۱. حقوق ناشی از بازاریابی

مراد از حقوق ناشی از بازاریابی، آن قبیل حقوقی است که متعلق حق بازاریاب و برعهده فعال اقتصادی متبوع می باشد.

### ۲-۱-۱. حق دریافت حق الزحمه و هزینه های متعلقه

مبرهن ترین حق بازاریاب، دریافت حق الزحمه و مطالبه هزینه هایی است که متحمل می شود. اصولاً این حق مبتنی بر توافقی است که صورت می پذیرد. از جمله این توافقات آن است که بازاریاب در ازای جذب مشتری، کارمزد یا حقوق بیشتری دریافت نموده و یا درصدی از معاملات مورد توافق یا سود متعلق به آن را عاید شود. علاوه بر این، هزینه های عرفی و مسلمی که در توافق فیما بین نیامده اما در حق کارفرما محقق شده نیز قابل مطالبه خواهد بود.<sup>۱</sup>

در یکی از دعاوی راجع به این ارتباط در بازار سرمایه؛ به شرح دادنامه شماره ۹۶۱۱۰۰۰۳۴ مورخ ۹۶/۰۳/۲۴ هیأت داوری بورس، چنین آمده: «در خصوص مطالبه مبلغ ۵۳۳,۰۶۲,۷۱۰ ریال از سوی خواهان بابت سهم وی از محل کارمزدهای دریافتی در نمایندگی کارگزاری خوانده در ... با استناد به قرارداد نمایندگی منتهی به تاریخ ۹۲/۰۳/۰۱ و تداوم همکاری طرفین پس از اتمام مهلت قرارداد تا تاریخ ۹۲/۰۸/۲۱، علی رغم اظهارات خوانده به شرح جلسه رسیدگی مورخ ۹۶/۰۱/۳۰ و لایحه وکیل خوانده به تاریخ ۹۶/۰۲/۰۴، مستندات پرداختی خوانده در حق خواهان که حاکی از محاسبه و پرداخت وجه به خواهان حداقل بر مبنای قرارداد نمایندگی تا یک ماه پس از اتمام مهلت قرارداد بوده و نیز وجود مکاتبات عدیده که گواه تداوم همکاری نامبردگان بر اساس مواضات حاصله بر مبنای وضع سابق می باشد از جمله نامه مورخ ۹۲/۰۷/۲۳ خوانده خطاب به خواهان با عنوان مدیر شعبه ... ک.ف مبنی بر اعلام شرایط جدید و تشریح جزئیات آن و نیز مکاتبه خوانده با مدیریت امور اعضای بورس و اعلام قطع همکاری خواهان آقای ع.م به عنوان معامله گر ایستگاه ... شرکت ک.ف از تاریخ ۹۲/۰۸/۱۸ که به شرح صفحه (۶) پرونده ضمیمه شده است و نشان دهنده تداوم معامله گری خواهان با شرکت خوانده تا تاریخ اعلامی فوق الذکر به بورس می باشد و اصالت هیچ یک از مکاتبات یاد شده نیز مورد ایراد و خدشه خوانده قرار نگرفته است لذا برخلاف آنچه که وکیل محترم خوانده ادعا نموده توافق طرفین بر تداوم همکاری بر اساس شرایط و شیوه تسهیم کارمزد به روش سابق بر مبنای مواضات حاصله محرز بوده و از این رو هیأت با اخذ ملاک از حکم مندرج در ماده ۵۰۱ قانون مدنی، خوانده را متعهد به تسهیم کارمزد دریافتی در نمایندگی کارگزاری ... بر اساس مفاد قرارداد نمایندگی تا تاریخ ۹۲/۰۷/۲۳ می داند لیکن نسبت به باقیمانده مهلت همکاری تا تاریخ ۹۲/۰۸/۲۱ به دلیل اعلام شرایط جدید از سوی خوانده و عدم پذیرش آن از سوی خواهان، مفاد شرایط مندرج در آن را نسبت به خواهان که با علم به مفاد آن نسبت به ادامه همکاری اقدام نموده است لازم الاجرا می داند. لذا با ملاحظه گزارش معاملات شعبه از تاریخ ۹۲/۰۳/۰۱ تا ۹۲/۰۷/۲۳ و کارمزد متعلقه به معاملات و با در نظر گرفتن سهم خواهان از کارمزدهای یاد شده که طبق قرارداد فیما بین و مواضات حاصله مبلغ ۸۰۸,۲۸۳,۸۷۰ ریال می باشد و گزارش معاملات شعبه از تاریخ ۹۲/۰۷/۲۴ تا ۹۲/۰۸/۲۱ و کارمزدهای متعلقه و نیز سهم خواهان از کارمزدهای دریافتی بر اساس نامه مورخ ۹۲/۰۷/۲۳ شرکت کارگزاری و شرایط مندرج در آن مبلغ ۴۸,۲۲۵,۲۸۱ ریال برآورد شده و با کسر مبالغ پرداخت شده به خواهان که طی نامه شماره ۲۳۸-۹۶ مورخ ۹۶/۰۳/۰۳ شرکت کارگزاری مبلغ ۴۰۸,۲۱۵,۶۹۶ ریال اعلام شده است؛ بنابراین باقیمانده طلب خواهان مبلغ ۴۴۸,۹۹۳,۴۵۶ ریال می باشد که خوانده را به پرداخت مبلغ مرقوم در حق خواهان آقای ع.م محکوم می نماید. همچنین خوانده به پرداخت مبلغ ۹۶,۶۴۲,۰۷۵ ریال بر اساس فیش واریزی موجود در پرونده بابت خسارت ناشی از پرداخت

## ۲-۱-۲. حق در اختیار داشتن لوازم و مقدمات حقوقی و عرفی

در مواردی که اجرای عملیات بازاریابی مستلزم در اختیار داشتن لوازم و مقدماتی از سوی کارفرماست، بازاریاب حق دارد او را ملزم به اجرا نماید. چرا که در اینجا نیز همچون وکالت، اذن به مقدمات و لوازم محقق و متصور است. به عنوان مثال، در بازاریابی اینترنتی، از نظر عرفی لازم است بازاریاب به ابزارهای مجازی و الکترونیک دسترسی داشته باشد تا بتواند وظایف خود را انجام دهد. یا در بازاریابی در بازار اوراق بهادار، نهاد مالی باید مقدمات و لوازم حرفه‌ای و کاری را برای وی فراهم نماید و با توجه به وجود ریسک‌های مختلف حسب ضرورت نسبت به در نظر داشتن این امر نیز مسائل لازم را اعلام نماید.

## ۲-۱-۳. امکان معامله برای خود

برخلاف وکالت که طبعی مبتنی بر نمایندگی دارد، بازاریاب امکان معامله برای خود را دارد. زیرا محدودیت و منع وکیل در معامله برای خود، از جهت لزوم وجود دو اراده و عدم رعایت غبطه و مصالح موکل و تعارض منافع با اوست. لذا وکیل برای اینکه بتواند با خود معامله کند، باید آن را به آگاهی موکل برساند و از جانب وی مأذون باشد.<sup>۱</sup> این ضابطه محدود به وکیل نیست و در حقیقت، متعلق نمایندگی قراردادی است.<sup>۲</sup> در مانحن فیه باید گفت که برخلاف وکالت که حمایت از حقوق موکل ایجاب می‌کند که معامله وکیل با خود محدود به مواردی شود که مجاز می‌شود،<sup>۳</sup> اصولاً این قید در بازاریابی منتفی است. زیرا اولاً؛ بازاریاب نقش مستقلی در تحقق نتیجه منتهی به فروش خدمات یا محصولات فعال تجاری متبوع ندارد. ثانیاً؛ در اینجا وجود دو اراده مسلم بوده و غلبه دارد. از این رو به سبب دخالت مستقیم کارفرما در تحقق اعمال حقوقی، مسأله تعارض منافع غالباً مرتفع می‌گردد. ثالثاً؛ فلسفه اقتصادی وجود نهاد بازاریابی برای فروش بیشتر محصولات و خدمات یک شخص است و توسعه بازار یک محصول، هدف اصلی بازاریابی است. در واقع، بازاریابی، نهادی برای توسعه دامنه بازار یک

هزینه دادرسی در حق خواهان محکوم می‌گردد. دیگر خواسته خواهان دائر بر مطالبه اجاره بهای دفتر کار به دلیل عدم پیش‌بینی پرداخت چنین هزینه‌هایی در قرارداد فیما بین و عدم اقامه هیچ گونه دلیل و مستندی از سوی خواهان دائر بر تعهد خوانده به پرداخت آن و نیز مازاد بر محکوم به حکم به رد دعوی صادر می‌گردد...».

۱. کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸): ص ۲۲۵

۲. محقق داماد، سید مصطفی و همکاران (۱۳۸۹): ج ۲، ص ۲۷۵

۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶): ج ۴، ص ۱۶۰



محصول است. پس قاعدتاً فروش بر شخصیت خریدار اولویت دارد. با این حال، در شرایط خاصی که کارفرما، بازاریاب را واجد اختیاراتی مطلق می‌کند که مربوط به اعمال حقوقی نیز هست، یا او را ملزم به رعایت شرایطی برای فروش می‌کند، اقتضای محدودیت و رعایت غبطه و مصالح او لازم می‌نماید. بنابراین، در فرضی که فعال اقتصادی مشخصاً بازاریاب را از اقدام خاصی منع کند، پذیرش محدودیت معامله با خود برای بازاریابی نیز توجیه‌پذیر خواهد بود. یعنی در چنین وضعیتی باید محدودیت مزبور راجع به او را پذیرفت. زیرا در این صورت تعارض منافع متصور بوده و بیم خارج شدن او از حدود امانت وجود دارد. با این حال، قاعده کلی در خصوص بازاریابی، جواز معامله برای خود می‌باشد.

## ۲-۲. مسئولیت‌های ناشی از بازاریابی

مراد از مسئولیت‌های ناشی از بازاریابی، آن قبیل مسئولیت‌هایی است که برعهده کارفرما و یا بازاریاب قرار می‌گیرد.

### ۲-۲-۱. کنترل و نظارت از سوی بنگاه

کارفرما و فعال اقتصادی حق کنترل و نظارت بر رفتار حرفه‌ای و اقدامات کاری بازاریاب را دارد. بخشی از این حق ناشی از روابط طرفینی و قراردادی است و بخش دیگر مبتنی بر اصول حرفه‌ای و عرفی خواهد بود. بنابراین، بازاریاب باید علاوه بر آنچه طبق توافق و ضوابط مربوط به پیشه، خود را ملتزم ساخته، مقتضیات عرفی را نیز رعایت نماید. مبرهن است در صورت عدول یا تخلف، حسب دامنه تعهدات، کارفرما حق مطالبه، پیگیری و الزام بازاریاب را خواهد داشت. این حق نسبت به اقدامات منتهی به خسارت به کارفرما نیز ثابت است. بنابراین، اگر بازاریاب، از حدود اذنی که به او داده شده فراتر رود یا از اجرای مفاد تعهدات خویش سر باز زند یا آنچه برعهده گرفته به تأخیر اندازد، مسئول زیان‌هایی است که از این طریق وارد نموده است.

### ۲-۲-۲. اصل مسئولیت بنگاه

همان‌طور که اشاره شد، اصولاً در بازاریابی انعقاد قرارداد و تحقق اعمال حقوقی توسط اصیل محقق می‌شود و بدو بازاریاب نقش مستقیمی ندارد. از این رو به استناد اصل نسبی بودن و حاکمیت قرارداد بر روابط طرفین (فعال اقتصادی و مشتری)، اصل بر مسئولیت شخص اصلی

است و قاعدتاً بازاریاب مسئولیتی ندارد. تبعاً حتی اگر بازاریاب در انجام اعمال حقوقی مأذون هم باشد، مستند به ضوابط و احکام راجع به وساطت، اصولاً مسئولیت‌ها متوجه اصیل خواهد بود. لکن چنانچه عملیات بازاریابی مبتنی بر شخصیت بازاریاب بوده یا او ضمانت و مسئولیت مربوط را پذیرفته باشد، باید به تعهدات خود ملتزم گردد. همچنین، در فرض مأذونیت و داشتن سمت، بازاریاب تنها در صورتی مسئول خواهد بود که از حدود اختیارات عدول کرده باشد. در یکی از دعاوی مبتنی بر رابطه بازاریابی در بازار سرمایه به شماره دادنامه ۹۵۱۱۰۰۰۷۶ مورخ ۹۵/۱۱/۳۰<sup>۱</sup> مطابق ادعای طرفین دعوا عمل بازاریاب منجر به خسارت مالیاتی شده و از همین منظر چون از حیث قواعد دادرسی و اثباتی محدودیت‌هایی در احراز آن وجود داشته، مسئولیت نهایی متوجه بنگاه (شرکت خواهان) شده است. فارغ از شرایط این دعوا، موضوع مورد بحث یک اصل کلی است و متعاقب مسئولیت حقوقی کارفرما، امکان طرح دعوا علیه بازاریاب (به‌عنوان کسی که موجب وقوع ضرر شده) وجود دارد.

## ۲-۲-۳. التزام به روابط امانی

با وجود اینکه اصولاً بازاریابی مبتنی بر قواعد نمایندگی نیست، اما نوع تعاملات بازاریاب و کارفرما بر التزام قراردادی و حرفه‌ای استوار است. بنابراین، بازاریاب در حدود وظایف، باید متعهد به رعایت روابط امانی بوده و از اقداماتی که ممکن است منجر به خسارت یا عدم نفع مسلم برای شخص متبوع شود، اجتناب نماید. بدیهی است در اینجا نیز تعدی و تفریط در التزام به روابط امانی، ید بازاریاب را به ضمانتی تبدیل خواهد کرد و این ضمانت، محدود به مسئولیت حقوقی نبوده و مسئولیت کیفری را نیز شامل می‌شود.<sup>۲</sup> گستره تعهد بازاریاب به حفظ

۱. البته این دعوا به دلیل استثنایی بودن صلاحیت مرجع رسیدگی منتهی به صدور رأی ماهوی از این بُعد نشده اما از محتویات آن می‌توان اصل مورد بحث را اصطیاد نمود. برای مطالعه متن کامل رأی، رک: جمالی، جعفر و محمد صادقی (۱۳۹۶)؛ صص ۳۵-۳۶

۲. در یکی از آراء قضایی ناظر به این مهم، مطابق دادنامه شماره ۰۱۴۱۳ مورخ ۹۰/۱۱/۲۵ صادره از شعبه ۱۱۷۶ دادگاه عمومی جزایی تهران: «در خصوص اتهام آقای م.م. فرزند الف، دایره خیانت در امانت موضوع شکایت خانم ف.ب. به وکالت از سوی شرکت ق، بدین توضیح که وکیل شرکت شاکی در جلسات دادرسی و به شرح لوایح تقدیمی مدعی گردیده متهم به عنوان مدیر دفتر شرکت ق. در تهران در امور بازاریابی و فروش (ویزیتور) فعالیت می‌نموده که می‌بایست به محض وصول و دریافت وجوه نقدی یا چک‌های مشتریان آن را عیناً به شرکت مسترد نماید. متأسفانه بر اساس مدارک موجود مبالغ زیادی را شخصاً تصاحب و به نفع خود مورد استعمال قرار داده است که این امر به شدت مورد انکار و تکذیب متهم قرار گرفته و اظهار داشته‌اند: هیچ قرارداد مکتوبی میان بنده و شرکت وجود نداشته و اقدامات اینجانب صرفاً جهت

روابط امانی محدود به وظایفی که برعهده دارد نبوده و او باید ضوابط حرفه‌ای را نیز رعایت نماید. یعنی التزام وی صرفاً قراردادی نبوده و لازم است ملتزم به اصول اخلاقی و اقتصادی هم باشد. به عنوان مثال، تعهد او تنها محدود به توسعه بازار فروش برای کارفرما نیست و در عین حال باید از اعمالی که منجر به سوء استفاده از جایگاه او می‌شود نیز اجتناب نماید. مثل اینکه در مقام انجام وظایف خویش مبادرت به ایجاد رانت اطلاعاتی برای خود نماید و از قبیل آن برای خودش درآمدزایی نماید. این عمل در عین اینکه ممکن است باعث از بین رفتن منافع مادی و معنوی فعال اقتصادی شود، از مصادیق رقابت مشروع نیز می‌باشد.

### ۳. بازاریابی در بازار اوراق بهادار

با امعان نظر به مباحث و اوصاف مقرر، در این مبحث متناسب با نسبت بازاریابی با نهادهای مالی بازار سرمایه، جایگاه و قابلیت آن در بازار اوراق بهادار را بررسی خواهیم کرد.

#### ۳-۱. تمییز بازاریابی از سایر نهادها

یکی از مسائل مهم راجع به بازاریابی در بازار اوراق بهادار آن است که به فراخور و اقتضای

بهبود امور شرکت بوده و مبالغی که به شرکت تودیع نگردیده از بابت گذران امور جاری دفتر تهران بوده چرا که هیچ‌گاه وجهی به عنوان تنخواه به اینجانب پرداخت نشده و کلیه مخارج از مأخذ چک‌های شرکت انجام می‌پذیرفته و اینجانب در سال ۱۳۸۴ به عنوان مدیر دفتر تهران مشغول به کار شده‌ام و نماینده تام‌الاختیار شرکت هستم که با فروش محصولات شرکت ق. چک‌های حاصل از فروش را وصول نموده و هزینه‌های جاری دفتر را به انضمام حقوق پرسنل و حقوق خودم برداشت نمایم و مابقی هم به شرکت تودیع و استرداد گردد. در سال ۱۳۸۸ با عزل اینجانب از مسئولیت یاد شده مقداری از مطالبات شرکت نزد مشتریان باقی ماند که بنده پیشنهاد دادم تعطیلی دفتر تهران به مشتریان اعلام نشود تا ظرف یک سال در وصول مطالبات شرکت از مشتریان همکاری نمایم که موافقت نگردید؛ فلذا با توجه به مراتب و این که ید مدیر شرکت در دفتر تهران یا به تعبیری ویزیتور شرکت مذکور نسبت به اموال و اسناد و مطالبات وصول شده امانی محسوب گردیده و بر اساس نظریه هیأت کارشناسان مبلغ ۳/۱۶۶/۳۹۳/۶۱ ریال از وجوه حاصل از فروش کالای متعلق به شرکت در نزد متهم باقی مانده و مسترد نگردیده و مقدار ۲۹ فقره چک به شرح صفحه ۱۲۳ پرونده بدون مجوز قانونی از سوی متهم و یا عوامل وی وصول گردیده است و دلیلی بر پرداخت وجوه آن‌ها و یا استرداد لاشه چک‌های یاد شده به شرکت ارائه نگردیده فلذا نظر به انکار و تکذیب بلاوجه متهم و کیفرخواست تقدیمی و این که دلیلی بر عدم متابعت از نظریات کارشناسی واحد و هیأت کارشناسان ارائه نگردیده و احراز ید امانی متهم به عنوان مدیر فروش یا ویزیتور و تحقق ارکان بزه معنونه و سایر قرائن موجود بزه انتسابی به مشارالیه از نظر این دادگاه محرز و مسلم تشخیص و مستنداً به مواد ۶۷۴ و تبصره ذیل ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی و رعایت بند ۵ ماده ۲۲ قانون مرقوم به لحاظ فقد سوابق کیفری و کهنولت سن وی را به پرداخت ده میلیون ریال جزای نقدی بدل از حبس در حق صندوق دولت با احتساب مابه ازاء ریالی ایام بازداشت سابق محکوم می‌نمایم...»

شکل‌گرایی حاکم بر این بازار، فعالیت نهادهای مالی مستلزم اخذ مجوز از سازمان بورس و اوراق بهادار بوده و در عین حال، فعالیت اشخاص تحت نظارت (از جمله نهادهای مالی) از سوی مقامات بازار رصد شده و مورد نظارت واقع می‌شود. از این رو فعالیت و کارکرد بازاریابی در این حوزه با اوصاف منحصر به فردی روبه‌رو خواهد شد. لذا در ادامه ابتدا نسبت بازاریابی با سایر نهادهای مالی را اشاره و متعاقب آن نحوه عملکرد نهاد مورد بحث در ارتباط با نهادهای مرتبط را تبیین می‌کنیم.

### ۳-۱-۱. نهادهای مالی

به موجب بند ۲۱ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار؛ «منظور [از نهادهای مالی] نهادهای مالی فعال در بازار اوراق بهادارند که از آن جمله می‌توان به کارگزاران، کارگزاران / معامله‌گران، بازارگردانان، مشاوران سرمایه‌گذاری، مؤسسات رتبه‌بندی، صندوق‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های پردازش اطلاعات مالی، شرکت‌های تأمین سرمایه و صندوق‌های بازنشستگی اشاره کرد». به رغم اینکه ماده فوق نهاد مالی را تعریف نکرده اما نهادهای مالی از جمله واسطه‌های مالی بین ناشران اوراق بهادار و سرمایه‌گذاران در اوراق بهادار هستند که در خلق و معامله ابزارهای مالی دخالت دارند و کارکرد اصلی آن‌ها تسهیل عملیات اقتصادی، افزایش کارایی و کاهش هزینه‌های تأمین مالی است.<sup>۱</sup>

مطابق بند ۷ مصوبه هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار (۹۰/۱۱/۲۹) در خصوص فهرست موضوعات فعالیت منحصر به نهادهای مالی مستلزم اخذ مجوز (در اجرای تبصره ۴ ماده ۲ دستورالعمل شناسایی و ثبت نهادهای مالی فعال در بازار اوراق بهادار نزد سازمان بورس و اوراق بهادار) بازاریابی در بازار سرمایه یکی از موضوعات منحصر به نهادهای مالی مستلزم اخذ مجوز شناخته شده است. با این حال، این مسأله هنوز باقی است که چرا بازاریابی را که واجد اوصاف عمومی مندرج در تعریف نهادهای مالی است، به عنوان یک نهاد مستقل معرفی نشده و از عناوین منحصر به نهادهای مالی اعلام گردیده است؟

به نظر می‌رسد هدف از این تفکیک و تمایز، در راستای حفظ جایگاه نهادهای حرفه‌ای و تخصصی در بازارهای مالی بوده و مقرر در این راستا مبادرت به اختصاص بازاریابی برای

نهادهای مالی تحت نظارت نموده است. به بیان دیگر، چون بازاریابی از عناوین عام و گسترده است و صرفاً اختصاص به بازارهای مالی ندارد، داخل در نهادهای مستقل مالی در بازار اوراق بهادار نشده است. لذا با عنایت به اینکه هدف از مقررات‌گذاری در بازار اوراق بهادار مسائل حرفه‌ای و تشکیل‌گرایی در راستای حفظ نظام بازار سرمایه است،<sup>۱</sup> معرفی یک نهاد مشترک به عنوان نهاد مالی مستقل چندان با طبع حرفه‌ای سازگاری ندارد. در واقع، برخورداری بازاریابی از اوصاف یک نهاد واسطه‌ای به منزله ضرورت شمول آن در نهادهای مالی موضوع بازار اوراق بهادار نیست. زیرا در مانحن فیه علاوه بر اوصاف عمومی و تفاوت ناشی از نوع ارتباط نهادهای مالی و بازاریاب، معیارهای حرفه‌ای نیز ملاک است. پس، الزاماتی از جمله ثبت نهاد مالی نزد سازمان (مطابق ماده ۲۸ قانون بازار اوراق بهادار) و جرم‌انگاری عدول از این ضابطه (مطابق بند ث ماده ۳۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور) و ضرورت تأیید صلاحیت حرفه‌ای مدیران توسط سازمان بورس (مطابق ماده ۲۹ قانون بازار و ماده ۱۳ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید) از موارد اختصاصی و حرفه‌ای نهادهای مالی در بازار اوراق بهادار است که بازاریابی منصرف از آن‌ها بوده و صرفاً مشمول الزام مربوط به اخذ مجوز و نظارت حرفه‌ای می‌شود. بنابراین، در راستای برخورداری از کارکردهای بازاریابی و در عین حال حفظ ساختارهای حرفه‌ای بازار سرمایه، این عنوان از موضوعات منحصر به نهادهای مالی مستلزم اخذ مجوز شناخته شده است تا همه جوانب رعایت گردد.

### ۳-۱-۲. معامله‌گر<sup>۲</sup>

چون از حیث حرفه‌ای هر شخصی نمی‌تواند مبادرت به بازاریابی برای نهادهای مالی بازار سرمایه نماید، برای اتخاذ این عنوان لازم است ضمن اخذ مجوز، با نهاد مالی مربوطه مثل کارگزاری همکاری شود. در عمل، این مهم غالباً توسط معامله‌گری که رابطه کاری با کارگزاری دارد صورت می‌گیرد.

معامله‌گر، شخصی حقیقی یا حقوقی است که به عنوان طرف اصلی عمل می‌کند و به حساب خود به معامله اوراق بهادار می‌پردازد.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر، در برابر فروشنده اوراق بهادار، نقش

۱. گروه نویسندگان (۱۳۸۹)؛ ج ۱، ص ۳۱

2. Trader

۳. گروه نویسندگان (۱۳۸۹)؛ ج ۲، ص ۷۲۵

خریدار و در برابر خریدار اوراق بهادار نقش فروشنده را ایفا می‌کند<sup>۱</sup> و بر همین اساس باید از نهادهای نظارتی مجوز لازم را اخذ نماید تا بتواند برای مشتریان، اوراق بهادار خرید و فروش نماید. بر این اساس، اصولاً در بازار اوراق بهادار باید علاوه بر نهادهای مالی معنون، بازاریاب را از معامله‌گر نیز متفاوت دانست. زیرا مطابق ضوابط تأسیس و فعالیت دفاتر پذیرش و تالار معاملات کارگزاری‌های عضو بورس‌ها که توسط مقام ناظر تعیین می‌شود، از جمله الزامات حرفه‌ای فعالیت هر کارگزاری، برخورداری از حداقل یک معامله‌گر دارای مجوز معامله‌گری از سازمان بورس و اوراق بهادار به ازای هر ایستگاه معاملاتی است. بنابراین، معامله‌گر در راستای وظایف حرفه‌ای مبادرت به اجرای سفارش‌های خرید و فروش اوراق بهادار، کالا و یا اوراق بهادار مبتنی بر کالا از ایستگاه معاملاتی می‌نماید. با این حال، امکان جمع این دو عنوان (معامله‌گر و بازاریاب) در یک نفر نیز وجود دارد که در این صورت کارفرما (نهاد مالی) با رعایت مقررات بازار سرمایه، اختیارات لازم (از جمله؛ دسترسی به اطلاعات و در اختیار داشتن موقعیت خرید و فروش) را به معامله‌گر می‌دهد. در این صورت، وی در عین رابطه استخدامی با نهاد مالی، در ازای عمل بازاریابی نیز مستحق اجرت و مزایایی است که توافق شده است.

### ۳-۲. اثر انتظامی عمل ناشی از بازاریابی در بازار اوراق بهادار

اشاره شد که به موجب مصوبه هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار، بازاریابی در بازار سرمایه یکی از موضوعات منحصر به نهادهای مالی مستلزم اخذ مجوز شناخته شده است. یعنی باید بازاریابی را نهادی وابسته و در راستای فعالیت سایر نهادهای مالی دانست. در این فرایند، نهادهایی مثل کارگزاری‌ها در مقام توسعه فعالیت حرفه‌ای خویش تحت عناوین مختلف مبادرت به جذب مشتری می‌کنند. یکی از روش‌های مرسوم عبارت است از تلفیق مروادات مربوط به امور شعب با بازاریابی. در این روش، برخی کارگزاری‌ها برای افتتاح شعبه یا تداوم فعالیت شعبه خود، با اشخاصی که بناست مسئولیت شعبه را برعهده بگیرند یا افرادی که به نوعی مرتبط با آن‌ها هستند توافق می‌کنند که در صورت جذب مشتری بیشتر، علاوه بر همکاری با کارگزاری، درصدی نیز به عنوان کارمزد به شخص مورد نظر تعلق گیرد. این روش، همچنین برای مسائل

دیگری چون پرداخت بدهی، هزینه خرید یا فروش، اجاره بهای ملکی که شعبه در آنجا فعالیت می‌کند و مواردی از این قبیل نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد.

از جمله چالش‌های مورد ابتلا در این رابطه، مسأله مسئولیت انضباطی و انتظامی ناشی از عمل بازاریابی است. به عبارت دیگر، باید مشخص شود که در فرض وقوع تخلف، آیا باید کارگزاری را مسئول دانست یا بازاریاب یا هر دو را؟

وجه اهمیت و تردید در این امر آن است که اولاً؛ بازاریاب در عملیات حرفه‌ای دخیل بوده و مشتری بر اساس رفتار او به سرمایه‌گذاری ترغیب شده باشد. ثانیاً؛ به دلیل ساختار متشکل بازار سرمایه، فعالیت بازاریابی مستلزم اخذ مجوز بوده و چنانچه شخصی که مبادرت به این عمل می‌کند فاقد مجوز باشد، اقدام او اثری متفاوت خواهد داشت.

از حیث حقوقی، مسئولیت موضوع این ارتباط وضعیت روشن‌تری دارد و قاعداً (در راستای ضوابط حرفه‌ای و حمایت از منافع مشتریان) برعهده نهادهای مالی است.<sup>۱</sup> به شرحی که در مباحث ابتدایی مقاله آمد، به دلیل طبع و ماهیت ارتباط و همکاری شرکت و بازاریاب، اصولاً انعقاد قرارداد و تحقق اعمال حقوقی توسط اصیل (نهاد مالی) محقق می‌شود و بدو بازاریاب نقش مستقیمی ندارد. از این رو به استناد اصل نسبی بودن و حاکمیت قرارداد بر روابط طرفین (فعال اقتصادی و مشتری)، اصل بر مسئولیت اصیل است و قاعداً بازاریاب تعهدی ندارد. تبعاً اگر بازاریاب در انجام اعمال حقوقی مأذون و واجد سمت هم باشد، مستند به ضوابط و احکام نمایندگی، اصولاً مسئولیت متوجه اصیل خواهد بود؛ مگر آنکه منشأ عمل مستوجب ضمان، تقصیر باشد که در این فرض، مسئولیت بازاریاب قابل توجیه است. زیرا تقصیر مقوله‌ای شخصی است؛ مگر اینکه گفته شود آمر (کارگزاری) ضامن مسئولیتی است که در اثر عمل بازاریاب برعهده گرفته است.<sup>۲</sup> بنابراین، چنانچه عملیات بازاریابی مبتنی بر شخصیت بازاریاب بوده (یعنی به اعتبار او محقق شده و یا خود او شخصاً آن را صورت داده) یا او ضمانت و مسئولیت مربوط را پذیرفته باشد، باید ملتزم به تعهدات خود گردد. همچنین، در فرض مأذونیت و داشتن سمت، بازاریاب تنها در صورتی مسئول خواهد بود که از حدود اختیارات عدول کرده باشد. از این رو، متعاقب دعوا علیه کارگزاری، برای کارگزاری حق طرح دعوا علیه بازاریاب (به‌عنوان کسی که به فراخور

۱. عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۶)؛ ص ۹۶

۲. رک: کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)؛ ج ۲، ص ۱۰

همکاری موجب وقوع ضرر شده) وجود خواهد داشت. زیرا در اینجا مسئول بودن کارگر و کارفرما با هم ملازمه‌ای ندارد. لذا با استناد به قواعد و مقررات (مثل ملاک ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی) برای زیان دیده این امکان وجود دارد که مستقیماً به کارفرما (کارگزاری) رجوع نموده و کارفرما نیز برای مقابله با این ادعا باید اثبات کند که احتیاط‌های لازم را به جا آورده است. در این صورت، رجوع کارگزار به بازاریاب مشروط بر این است که وی قانوناً ضامن باشد.<sup>۱</sup>

از حیث انتظامی، این مسأله چنین قابل طرح است که قدر متیقن، مسئولیت شخص حقوقی (کارگزاری) محرز است. زیرا اولاً؛ طبق اصل اولیه بازاریاب، متولی و واسط کارگزاری محسوب شده و اصولاً فاقد اختیار و سمت برای انجام عمل حقوقی است. یعنی، به رغم اینکه مشتری، از طریق عمل بازاریابی جذب می‌شود اما اراده نهایی از سوی کارگزاری خواهد بود. ثانیاً؛ به شرحی که ذیل بحث از مسئولیت انتظامی آمد، مقررات انضباطی بازار سرمایه، ناظر به فعل یا ترک فعلی است که منجر به نقض قوانین و مقررات مربوط به فعالیت اشخاص تحت نظارت گردد؛ یعنی علاوه بر نقض قوانین و مقررات، تحت نظارت بودن نیز موضوعیت دارد. از همین روست که ماده ۲ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اشخاص موضوع ماده ۳۵ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران و دیگر اشخاص تحت نظارت سازمان، هرگونه فعل یا ترک فعل اشخاص تحت نظارت که منجر به نقض قوانین و مقررات بازار سرمایه از قبیل قانون بازار اوراق بهادار، قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید، مصوبات شورا، سازمان، یا تشکل‌های خودانتظام گردد، را تخلف محسوب نموده است. بنابراین، با توجه به ماهیت بازاریابی، عمل بازاریاب برای کارگزاری، تحت نظارت بودن کارگزاری و با امعان نظر به بند ۷ مصوبه در خصوص فهرست موضوعات فعالیت منحصر به نهادهای مالی مستلزم اخذ مجوز، این عمل یکی از موضوعات منحصر به نهادهای مالی مستلزم اخذ مجوز شناخته شده و بر این اساس، مسئولیت انتظامی کارگزاری روشن است.

اما محل بحث در اینجا است که آیا علاوه بر کارگزاری، بازاریاب هم باید متخلف محسوب و واجد مسئولیت انتظامی گردد؟

به نظر می‌رسد با توجه به دلایل اعلامی در فوق، اصولاً بازاریاب فاقد مسئولیت انضباطی باشد. زیرا اولاً؛ این عنوان یکی از موضوعات منحصر به نهادهای مالی مستلزم اخذ مجوز شناخته

۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)؛ ج ۲، ص ۱۷.



شده و چون وابسته به کارگزاری است، نهادی تبعی و غیرمستقل محسوب می‌شود. لذا با توجه به اینکه قاعدتاً از خود استقلالی ندارد، عمل او برای شخص متبوع به حساب خواهد آمد. ثانیاً؛ ولو اینکه بازاریابی در بازار سرمایه مستلزم رعایت قوانین و مقررات اختصاصی نیز هست، اما بازاریاب در صورتی به عنوان شخص مستقل تحت نظارت شناخته می‌شود که از سوی مقامات بازار مجوز فعالیت اخذ نموده باشد. از این رو در صورتی که بازاریابی مبتنی بر مجوز مأخوذ نباشد، به دلیل اینکه از عنوان شخص مستقل تحت نظارت تخصصاً خارج است، پذیرش مسئولیت انتظامی برای آن دشوار می‌باشد. دلیل این امر نیز آن است که مسئولیت انتظامی عنوانی فرع بر شمول در دامنه ضوابط و مقررات حرفه‌ای است. با این حال چنانچه بتوان احراز نمود که شخصی - در اثنای عملیات بازاریابی برای نهاد مالی - در عین نقض قوانین و مقررات حرفه‌ای، متصف به عنوان تحت نظارت نیز باشد، تردیدی در مسئولیت انتظامی او نخواهد بود. شرط این مهم نیز آن است که انتساب تخلف به او محرز و محقق باشد. یعنی، عملیات مستوجب مجازات انضباطی مبتنی بر شخصیت یا مسئولیت وی باشد. پس در چنین حالتی می‌توان در عین مسئولیت کارگزاری، برای بازاریاب نیز مسئولیت انتظامی قائل بود.

ماده ۱۵ دستورالعمل انضباطی کارگزاران مصوب ۸۹/۰۹/۱۳ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار ناظر به این جهات مقرر می‌دارد: «مرجع رسیدگی می‌تواند مدیران یا کارکنان کارگزاری را که عملکرد آن‌ها در ارتکاب تخلفات موضوع این دستورالعمل مؤثر تشخیص می‌دهد، با توجه به نوع تخلف، به تنبیهات انضباطی ذیل محکوم کند: ۱. تذکر کتبی ۲. اخطار کتبی ۳. محرومیت از انجام برخی فعالیت‌های مشخص در کارگزاری مربوط یا سایر کارگزاری‌ها تا یک سال ۴. تعلیق مجوزها یا گواهی‌نامه‌های صادره توسط سازمان، کانون‌های مربوط یا بورس‌ها یا بازارهای خارج از بورس حداکثر به مدت یک سال ۵- لغو مجوزها یا گواهی‌نامه‌های صادره توسط سازمان، کانون‌های مربوط یا بورس‌ها یا بازارهای خارج از بورس مقرر مشابه در ماده ۴ دستورالعمل انضباطی نهاد‌های مالی غیرکارگزار مصوب ۹۲/۰۲/۲۸ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار نیز «در مورد تخلفات موضوع ماده ۲ این دستورالعمل،<sup>۱</sup> مرجع رسیدگی می‌تواند، مدیران و کارکنان شخص مشمول که عملکرد آن‌ها را در ارتکاب تخلفات موضوع

۱. ماده ۲- «هرگونه فعل یا ترک فعل اشخاص مشمول و ارکان، مدیران و کارکنان اشخاص مشمول که منجر به نقض قوانین و مقررات گردد، تخلف محسوب و در صورتی که در سایر مقررات مجازات انضباطی آن تعیین نشده باشد، آن‌گاه متخلف طبق تنبیهات مقرر در این دستورالعمل محکوم می‌گردد».

این دستورالعمل مؤثر تشخیص می‌دهد، با توجه به نوع و درجه تخلف، به یک یا چند مورد از تشبیهات انضباطی زیر محکوم کند: ۱. تذکر کتبی بدون درج در پرونده ۲. اخطار کتبی با درج در پرونده ۳. سلب صلاحیت برای تصدی سمت در شخص مشمول مربوطه تا سه سال ۴. محرومیت از استفاده از گواهی نامه حرفه‌ای صادره توسط سازمان حداکثر تا سه سال ۵. تعلیق یا محرومیت از استفاده از مجوزها یا گواهی نامه‌های صادره توسط سازمان، کانون‌های مربوط یا بورس‌ها یا بازارهای خارج از بورس تا سه سال ۶. لغو مجوزها یا ابطال گواهی نامه‌های صادره توسط سازمان، کانون‌ها، بورس‌ها یا بازارهای خارج از بورس ۷. سلب صلاحیت برای تصدی سمت در تمام یا برخی از نهادهای مالی، ناشران ثبت شده نزد سازمان و تشکل‌های خودانتظام تا سه سال ۸- جریمه نقدی مطابق آیین‌نامه اجرائی ماده ۱۴ قانون توسعه ابزارها و نهاد مالی جدید برای مدیران».

در اینجا روشن است که یکی از اشخاصی که می‌تواند داخل در حکم این مقرر قرار گیرد، بازاریاب نهاد مالی است. بر این اساس، در جمع اثر انتظامی عمل ناشی از بازاریابی در بازار اوراق بهادار باید میان این دو فرض تمایز قائل شد:

چنانچه بازاریابی مبتنی بر مجوز قبلی باشد، علاوه بر نهاد مالی، عمل بازاریاب نیز می‌تواند موجب مسئولیت انضباطی برای او باشد.

در صورتی که بازاریابی منتهی به تخلف انتظامی بدون پشتوانه (مجوز حرفه‌ای) باشد، صرفاً نهاد مالی مسئول خواهد بود. در این صورت، علاوه بر مسئولیت ناشی از نقض قوانین و مقررات، مسئولیت ناشی از فعالیت بدون مجوز نیز برای آن متصور است.

## نتیجه‌گیری و ملاحظات

در مقام تحلیل ماهیت و جنبه‌هایی از ضوابط حقوقی ناظر به بازاریابی، برخلاف برخی نهادهای وساطت (مثل دلالی، حق‌العمل کاری) که در صورت سکوت قانونی تابع قواعد عقد وکالت (به عنوان مصداق نمایندگی) است، نهاد بازاریابی - در عین اینکه در شمول مفهوم واسطه و نظریه کلی نمایندگی قرار می‌گیرد - الزاماً از این ضابطه پیروی نمی‌کند. زیرا بازاریابی در عین مشابهت‌هایی که با نهادهای مورد اشاره دارد، از ویژگی‌ها و اوصاف متمایز ای نیز برخوردار است که مانع تبعیت محض آن از ضوابط مقرر می‌گردد. این وضعیت در جایگاه بازاریابی در بازار

اوراق بهادار نیز متبلور شده و بر همین اساس و به دلیل تفاوت موضوعی و کاربردی در عداد نهادهای مرتبط و وابسته به نهادهای مالی بازار سرمایه قرار گرفته است. از این رو، چون بازاریابی نهادی تبعی و کاملاً وابسته به نهادهای اقتصادی دیگری است، نمی‌توان آن را عصاره‌ای از نمایندگی به معنای خاص کلمه یا واسطه‌های مورد بحث دانست. فارغ از نحوه توافق و مرادوات خاص در این زمینه، اغلب حقوق از جمله؛ حق دریافت حق الزحمه و هزینه‌های متعلقه، حق بهره‌مندی از لوازم و مقدمات، عدم تعهد بازاریاب به نتیجه و امکان معامله برای خود، و همچنین تکالیفی همچون مسئولیت قراردادی و حرفه‌ای، اصل مسئولیت فعال اقتصادی و بنگاهی که بازاریاب برای او فعالیت می‌کند، التزام به روابط امانی در رابطه میان بازاریاب و کارفرمای او محقق و استوار می‌باشد. اما در زمینه مسئولیت حرفه‌ای و انضباطی ناشی از بازاریابی در بازار اوراق بهادار، تنها در صورتی می‌توان قائل به مسئولیت انتظامی وی بود که بازاریابی مبتنی بر مجوز قبلی از مقامات بازار باشد. لذا چنانچه بازاریابی منتهی به تخلف انضباطی بدون پشتوانه مجوز حرفه‌ای باشد، به دلالت اصل وابستگی بازاریاب و مسئولیت نهاد مالی، صرفاً نهاد مالی مسئول خواهد بود.

## منابع

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴)؛ حقوق تجارت، ج ۱، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۴)؛ حقوق مدنی، ج ۲، چاپ یازدهم، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)؛ ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)؛ دانشنامه حقوقی، ج ۵، چاپ ششم، تهران: گنج دانش.
- جمالی، جعفر و محمد صادقی (۱۳۹۶)؛ رویه هیأت داوری بورس و اوراق بهادار، تهران: انتشارات بورس.
- حلی (علامه) حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ هـ)؛ قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی (محقق) نجم‌الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ هـ)؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- روستا، احمد؛ داور ونوس و عبدالحمید ابراهیمی (۱۳۹۱)؛ مدیریت بازاریابی، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۶)؛ حقوق تجارت، ج ۱، چاپ چهاردهم، تهران: نشر دادگستر.
- شبنانی، محمد (۱۳۹۲)؛ بازارها و نهادهای مالی، تهران: انتشارات سمت.

- طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ ه.ق)؛ حقوق مدنی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ ه.ق)؛ تکمله العروه الوثقی، قم: کتابفروشی داوری.
- عاملی (شهید ثانی) زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ه.ق)؛ الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه (المحشی - کلانتر)، قم: کتابفروشی داوری.
- عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۵)؛ حقوق تجارت، ج ۱، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۶)؛ مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت، چاپ هفتم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)؛ الزام‌های خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی، ج ۲، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)؛ دوره حقوق مدنی؛ عقود معین، ج ۴، تهران: گنج دانش.
- کارتلر، فیلیپ و گری آرمسترانگ (۱۳۷۷)؛ اصول بازاریابی، ترجمه بهمن فروزنده، چاپ دوم، اصفهان: نشر آموزه.
- کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸)؛ قراردادهای ویژه، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۴)؛ مقدمه حقوق تجارت، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- گروه نویسندگان (۱۳۸۹)؛ نهادهای مالی - راهنمای قانون بازار اوراق بهادار، چاپ اول، تهران: شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.
- محقق داماد، سیدمصطفی؛ جلیل فنوتی؛ سیدحسن وحدتی شیرازی و ابراهیم عبدی پورفرد (۱۳۸۹)؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- نجفی (صاحب جواهر) محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق)؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نجفی (کاشف الغطاء) محمدحسین (۱۳۵۹ ه.ق)؛ تحریرالمجله، نجف اشرف - عراق: المکتبه المرتضویه.

Leitoniene, Sviesa, Alfreda Sapkauskiene & Lina Kloviene (2013). "Formalization of marketing and finance management interface", Annual International Interdisciplinary Conference.

Walters, David & Michael Halliday (1998). Marketing & Finance: Working the Interface, Allen & Unwin.