



حمایت کیفی از افشاء اطلاعات نهانی در قانون بازار اوراق بهادار

جعفر جمالی*
الهام سلیمان دهکردی**
فرهاد عابدینی***

تاریخ دریافت مقاله: ۹۴/۱۲/۱۱ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۵/۲/۱۰

چکیده

جرم افشاء اطلاعات نهانی یکی از بزه‌های مانع بازار سرمایه محسوب می‌شود که منشاء جرائم دیگری من جمله معامله براساس این اطلاعات است که مقنن در بند ۱ ماده‌ی ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار آن را جرم محسوب نموده است. دلیل جرم انگاری این رفتار این است که انتشار اطلاعات در خارج از مواعد مقرر و نسبت به اشخاص فاقد صلاحیت موجب رانت خواری، بی‌اعتمادی و یاس در فعالان بازار سرمایه می‌شود. در این مقرره افرادی که بر حسب وظیفه به اطلاعات دسترسی دارند در صورتی که آنها را خارج از موارد مقرر افشاء سازند مجرم محسوب و مجازات می‌شوند.

کلید واژه‌ها

افشاء، اطلاعات نهانی، دسترسی.

*. عضو هیئت علمی گروه دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد الکترونیک. (نویسنده مسئول)

Jafar.jamali@gmil.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران.

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبایی.

مقدمه

افشاء اطلاعات نهانی یکی از اصول اساسی بازار سرمایه است که در تمام ابعاد سرمایه‌گذاری تاثیرگذار است، بر مبنای این اصل کلیه‌ی اطلاعات موثر بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران باید در مواعد مقرر و از کانال مقرر برای عموم افشاء شوند تا همه‌ی افراد در شرایط یکسان به سرمایه‌گذاری دست یازند. در قانون بازار اوراق بهادار و دستورالعمل‌های مرتبط با آن از جمله دستورالعمل افشاء اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان و در مواد مختلف از جمله ماده‌ی ۱۸ و ۴۱ و ۴۲ قانون و ماده‌ی ۷ و ۱۵ و ۱۷ دستورالعمل مزبور به این نوع از افشاء که مصداق اجلی افشاء در موارد مقرر است، اشاره شده است. در کنار این نوع از افشاء در برخی از موارد مقنن افرادی را که بر حسب وظیفه به اطلاعات دست یافته‌اند، از افشاء اطلاعات برای اشخاص فاقد صلاحیت بر حذر داشته و از محرمانگی اطلاعات نهانی حمایت کرده است. دلیل حمایت مقنن از مکتوم ماندن اطلاعات، جلوگیری از پیدایی عدم تقارن اطلاعاتی در بازار و ایجاد فاصله‌ی اطلاعاتی بین سهامداران جزء و مدیران است که مدیران را به سمت و سوس دستیابی به ثروت ناعادلانه و محافظه‌کاری سوق ندهد و این شکاف اطلاعاتی به شکاف طبقاتی تبدیل نگردد. در ادامه نخست به تبیین موارد افشاء در موارد مقرر پرداخته تا جایگاه آن در قانون بازار و دستورالعمل مرتبط روشن شود و سپس به تبیین عناصر این جرم می‌پردازیم.

۱- افشاء اطلاعات در موارد مقرر

افشاء در لغت به معنای بیان آشکار و گسترده‌ی محتوای داده‌ها و یا اطلاعات است به سخن دیگر در دسترس قرار دادن چهره‌ی فردی و یا دست کم گروهی دارد و مرتکب اطلاعات را در اختیار فرد یا کسان ویژه قرار می‌دهد اما افشاء چهره‌ی گروهی دارد و اطلاعات نسبت به همه بازگو می‌شود. در بند ۴ ماده‌ی ۱ دستورالعمل افشای اطلاعات، افشاء این گونه تعریف شده است: "ارسال اطلاعات به سازمان و انتشار عمومی و به موقع اطلاعات مطابق ضوابط این دستورالعمل". از فحوی این ماده این گونه استنباط می‌شود که افشاء اطلاعات باید به موقع و بر اساس ضوابط پیش‌بینی شده‌ی قانونی صورت گیرد و در صورت عدم رعایت این ضوابط افشاء غیر قانونی محسوب می‌شود. افشاء به دو قسم تقسیم می‌شود: نخست افشاء در موارد مقرر و دوم افشاء در موارد غیر مقرر؛ برای تحلیل دقیق این دو نوع افشاء لازم است مواردی که در قانون جزء موارد لازم و جایز افشاء و انتشار اطلاعات است، شناخته تا به خودی خود مواردی که افشاء در غیر موارد مقرر، و جرم است را بشناسیم. شرکت‌های پذیرفته شده در بورس باید گزارش‌ها و صورت‌های مالی سالانه، میان دوره‌ای فصلی، اطلاعات مربوط به مجامع عمومی، اطلاعات مهم و اطلاعات نهانی را اعلام و افشاء نماید. منظور از صورت‌های مالی سالانه، گزارشاتی است که جنبه‌ی رویدادی ندارد و مربوط به عملکرد شرکت در یک بازه زمانی مشخص و نتایج آن و جایگاه مالی شرکت در پایان دوره‌ی مربوطه است. این گزارشات تجمیع‌کننده‌ی گزارشات میان دوره‌ای هستند و

جزئیات آن به وسیله‌ی مقامات ذی‌صلاح هر کشور با توجه به ضوابط حسابرسی آن تعیین می‌شود. لزوم مراعات این ضوابط از ماده‌ی ۴۲ و ۴۱ قانون بازار اوراق بهادار استنباط می‌شود.^۱ در ماده‌ی ۷ دستورالعمل افشاء نیز به مراعات این ضوابط و اصول تاکید شده است.^۲ با تدقیق در این مواد به‌نظر می‌رسد به‌طور معمول و تقریباً در اکثر موارد استانداردهای حسابرسی که یکی از اصول مهم در تهیه‌ی این گزارشات است، مراعات نشده است. گزارشات میان دوره‌ای نیز شبیه گزارشات سالانه هستند. این گزارشات به این منظور تهیه می‌شوند که امور تجاری شرکت‌های بزرگ سهامی را که وسیع بوده و به سرعت انجام می‌پذیرد و به هیچ وجه نمی‌توان برای تصمیم به معامله‌ی اوراق بهادار تا پایان سال صبر کرد را، پوشش دهد. در مقررات ایران در مورد محتوای گزارش‌های میان دوره‌ای صریحاً سخنی به میان نیامده است اما هم رویه‌ی عملی و هم اجماع حقوق‌دانان بر آن است که محتوای این گزارش‌ها همان اطلاعات و ارقام مندرج در گزارش سالانه است. این گزارشات بر اساس مدت زمان مقرر شده بند ۳ و ۴ ماده‌ی ۷ دستورالعمل افشاء تهیه و تدوین می‌شوند که این مهلت معمولاً ۳ ماهه و ۶ ماهه و حداکثر ۹ ماهه است. (کدخدایی، ۱۳۷۸، ص ۵۶) گزارشات شش ماهه هم به‌صورت حسابرسی شده و هم غیر حسابرسی شده ارائه می‌شوند. تصمیمات مجامع که در ماده‌ی ۹ دستورالعمل به آنها اشاره شده است. این تصمیمات در ذات خود مصداقی از اطلاعات مهم هستند و افشاء فوری آنها از موارد ضروری است چرا که بی‌گمان در بسیاری از موارد سرنوشت شرکتی در گروهی تصمیمات این مجمع قرار می‌گیرد. همین امر موجب شده است که در دستورالعمل فوق به پیروی از ضوابط افشای اطلاعات بورس نیویورک، نحوه‌ی افشاء این اطلاعات در بخشی جداگانه بیان شود. در انگلستان نیز تعهد به ارائه‌ی اطلاعات مهم را تعهد عام افشاء و تعهد به ارائه‌ی اطلاعات مربوط به تصمیمات مجامع عمومی را تعهد خاص افشاء می‌نامند تا بتوانند اهمیت ویژه‌ی این اطلاعات را نشان دهند. (beaver, 2014, p 608) دسته‌ی چهارم اطلاعات نیز اطلاعات مهم هستند. این اطلاعات در بند ۶ ماده‌ی ۱ دستورالعمل مورد اشاره قرار گرفته‌اند.^۳ برخی مصداقی این اطلاعات در ماده‌ی ۱۳ دستورالعمل مورد اشاره قرار گرفته‌اند و بر افشای فوری آنها تاکید شده است. در تبصره‌ی این ماده آمده: ناشر موظف است تغییر با اهمیت در پیش‌بینی

۱. ماده‌ی ۴۱: سازمان موظف است بورس‌ها، ناشران اوراق بهادار، کارگزاران، معامله‌گران، بازارگردانان، مشاوران سرمایه‌گذاری و کلیه‌ی تشکلهای فعال در بازار سرمایه را ملزم نماید تا براساس استانداردهای و حسابرسی ملی کشور، اطلاعات جامع فعالیت خود را انتشار دهند.

ماده‌ی ۴۲: ناشر اوراق بهادار موظف است صورتهای مالی را طبق مقررات، استانداردهای حسابداری و گزارش‌دهی مالی و آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی که توسط سازمان ابلاغ می‌شود تهیه کند.

۲. ماده‌ی ۷ دستورالعمل افشاء: ناشر موظف است گزارش‌ها و صورتهای مالی زیر را مطابق استانداردهای ملی و یا فرم‌هایی که توسط سازمان ارائه می‌شود، ظرف مهلت‌های مقرر تهیه و افشاء نماید.

۳. بند ۶ ماده‌ی ۱ دستورالعمل افشاء: اطلاعات مهم، اطلاعاتی درباره‌ی رویدادها و تصمیمات مربوط به ناشر که بر قیمت اوراق بهادار ناشر و تصمیم سرمایه‌گذاران تاثیر با اهمیت داشته باشد.

عملکرد شرکت یا برنامه‌های آتی مدیریت را به همراه دلایل مربوطه، بلافاصله افشاء و گزارش مربوط را در فرم‌های تعیین شده حداکثر ظرف دو روز کاری به سازمان ارائه نماید. دسته‌ی دیگر اطلاعات، اطلاعات نهانی است. این اطلاعات در بند ۳۲ ماده‌ی ۱ قانون بازار مورد اشاره قرار گرفته‌اند.^۱ براساس دستورالعمل افشای اطلاعات که پیش‌تر اشاره شد ناشران نیز باید علاوه بر شرکت افشاء اطلاعات کنند که خود شامل ناشران بورسی، غیر بورسی و بازار خارج از بورس می‌شوند. براساس ماده‌ی ۲ این دستورالعمل ناشر موظف است، اطلاعات موضوع این دستورالعمل را در مهلت مقرر مطابق فرم‌های مورد نظر سازمان به صورت الکترونیکی و یا کاغذی در سربرگ رسمی خود که به تایید دارندگان امضای مجاز رسیده باشد به سازمان ارسال و هم زمان به طرفی که سازمان تعیین می‌کند جهت اطلاع عموم منتشر نماید. اطلاعات افشاء شده از سوی ناشر باید قابل اتکاء، به موقع و به دور از جانبداری باشد، اطلاعات دارای تاثیر منفی، باید به همان سرعت و دقتی که اطلاعات دارای تاثیر مثبت منتشر می‌شود، افشاء شود. (lu, 2009, p 33-38) اطلاعات مهم باید صریح، دقیق و تا حد امکان به صورت کمی ارائه شود. (هاشمی، ۱۳۸۴، ص ۵۵) همان طور که اشاره شد افشاء صورت‌های مالی سالانه‌ی حسابرسی شده و صورت‌های مالی میان دوره‌ای در مواد ۴۱ و ۴۲ قانون بازار و ماده‌ی ۷ دستورالعمل افشاء مورد اشاره قرار گرفته است. در ماده‌ی ۷ دستورالعمل این اطلاعات در قالب ۱۰ بند و ۶ تبصره مورد اشاره قرار گرفته‌اند. ناشران غیر بورسی در مورد این دو دسته اطلاعات تنها موظف به تهیه و افشاء اطلاعات مورد نظر بندهای ۱۰ و ۹ و ۸ و ۶ و ۴ و ۳ و ۲ و ۱ می‌باشند و افشاء اطلاعات مندرج در سایر بندها توسط آنها اختیاری است. زمان ارسال اطلاعات مندرج در بند ۹ این ماده در مورد ناشران بازارهای خارج از بورس در پایان هر دوره‌ی سه ماهه می‌باشد. شرکت‌های واسطه‌گری مالی که عمدتاً به خرید و فروش اوراق بهادار می‌پردازند از افشاء اطلاعات مورد نظر بند ۷ مستثنی هستند. در صورتی که گزارش‌ها و صورت‌های مالی سالانه و میان دوره‌ای قبل از مهلت مقرر در این ماده تهیه شده باشد، باید فوراً توسط ناشر افشاء گردد. افشاء فوری به معنی افشاء اطلاعات به محض آگاهی ناشر، با رعایت شرایط این دستورالعمل می‌باشد. حسابرسان معتمد سازمان موظف‌اند پس از ارائه‌ی گزارشات و صورت‌های مالی توسط ناشر، حداکثر ظرف مهلت‌های مقرر در این دستورالعمل نسبت به ارائه‌ی اظهارنظر و صدور گزارش اقدام نمایند. دومین مورد افشاء اطلاعات اطلاع‌مجمع است. ناشر موظف است زمان، تاریخ، محل تشکیل و دستور مجامع عمومی را در روزنامه‌ی کثیرالانتشار و سایت اینترنتی خود درج و مراتب را حداقل ۱۰ روز قبل از برگزاری مجمع افشاء نماید. دستور جلسه‌ی مجامع عمومی باید صریح و واضح باشد، موضوعات مهم از قبیل انتخاب اعضای هیات مدیره، انتخاب حسابرس و بازرس قانونی، تقسیم سود و اندوخته‌ها و تغییر

۱. بند ۳۲ ماده‌ی ۱ قانون بازار اوراق بهادار؛ هرگونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم که به‌طور مستقیم و غیرمستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود و در صورت انتشار بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله‌ی اوراق بهادار مربوط اثرگذار باشد، نهانی محسوب می‌شود.

موضوع فعالیت باید مشخصاً در دستور جلسه قید شود هم چنین ناشر باید علاوه بر افشاء فوری تصمیمات مجامع عمومی خود حداکثر ظرف ۱ هفته پس از برگزاری مجامع عمومی متنی از صورت جلسه‌ی مورد تایید هیات رئیسه‌ی مجمع را افشاء نماید و صورت جلسه‌ی مجامع عمومی را حداکثر ظرف ۱۰ روز پس از تاریخ تشکیل مجمع به مرجع ثبت شرکت‌ها ارائه و نسخه‌ای از آن را حداکثر ظرف یک هفته پس از ابلاغ ثبت، افشاء نماید. در صورتی که افزایش سرمایه در اختیار هیات مدیره بوده و دستور جلسه‌ی هیات مدیره تصویب اجرای افزایش سرمایه باشد ناشر موظف است حداقل ۱۰ روز قبل از تاریخ برگزاری جلسه‌ی هیات مدیره مراتب را افشاء و علاوه بر افشاء فوری تصمیمات اتخاذ شده حداکثر ۳ روز کاری پس از برگزاری جلسه‌ی هیات مدیره متن صورت جلسه‌ی مورد تایید اعضای هیات مدیره را افشاء نماید. جدول زمان‌بندی پرداخت سود نقدی پیشنهادی توسط هیات مدیره باید قبل از برگزاری مجمع عمومی عادی افشاء شود، در صورتی که مجمع عمومی عادی سود نقدی بیش‌تری را نسبت به پیشنهاد هیات مدیره تصویب نماید، جدول زمان‌بندی پرداخت سود نقدی متناسب با آن اصلاح و حداکثر ۳۰ روز پس از تاریخ مجمع افشاء گردد. در مورد اطلاعات مهم ناشر موظف به افشاء فوری می‌باشد، افشا اطلاعات به محض آگاهی ناشر با رعایت شرایط دستورالعمل افشاء فوری است و تنها به موجب ماده‌ی ۱۵ دستورالعمل می‌باشد که این اطلاعات توأم با تاخیر افشاء گردند. با توجه به ماده‌ی ۱۷ این دستورالعمل شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان به منظور جلوگیری از انتشار اطلاعات افشاء نشده باید ضوابطی را رعایت کنند.^۱ در ماده‌ی ۱۸ دستورالعمل افشاء به تکلیف ناشر و سایر تشکلهای مکلف به افشاء مبنی بر ارائه‌ی سایر اطلاعات درخواستی سازمان، اشاره شده است. با تدقیق در این موارد به نظر می‌رسد دامنه‌ی اطلاعاتی که باید به سازمان ارائه شود و سازمان آن‌ها را برای عموم منتشر کند، بسیار گسترده است اما جایگاه اطلاعات نهانی مشخص نیست به عبارت دیگر آیا قانون‌گذار در مورد این اطلاعات بر افشا نظر داشته یا عدم افشاء؟ اطلاعات نهانی از مصادیق اسرار تجاری هستند. در این اسرار فرض بر عدم افشاء می‌باشد مگر آن که قانون‌گذار تکلیف به افشاء نموده باشد و مصلحت اهم و مهم‌تری وجود داشته باشد. *(Casey, 2004, p 11)* در قانون بازار هر چند به صراحت به این امر اشاره نشده اما به‌طور ضمنی به آن پرداخته شده و اطلاعات نهانی از زمره اطلاعاتی در نظر گرفته شده‌اند که قابلیت در دسترس قرار دادن برای عموم را دارند. برای اثبات این مدعا می‌توان نخست به ماده‌ی ۲ قانون بازار اشاره کرد. در این ماده آمده "هدف از تدوین این قانون حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران، حفظ و توسعه‌ی بازار شفاف،

۱. ضوابط مورد اشاره در ماده‌ی ۱۷ جهت مراعات از سوی شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان: الف. دسترسی به اطلاعات مزبور محدود به مدیران و کارکنان ذی صلاح ناشر باشد و این اطلاعات صرفاً در رابطه با وظایف و مسئولیت‌های اشخاص در اختیار آنها قرار گیرد. ب. در صورتی که لازم باشد اطلاعات مزبور در اختیار کارکنان، و کلاً، حسابداران، حسابرسان و مشاوران مالی ناشر یا سایر اشخاص قرار گیرد، نهانی بودن این اطلاعات و ممنوعیت استفاده‌ی شخصی از آنها در داد و ستد متکی بر اطلاعات نهانی به آنها تاکید شود.

منصفانه و کارای اوراق بهادار است. اگر اطلاعات نهانی تنها در اختیار تعداد معدودی از صاحبان شرکت، تولید کنندگان و دارندگان اطلاعات باشند به نوعی نقض غرض این ماده است زیرا مبنای بازار براساس اطلاعات است. افراد دارای اطلاعات مزبور با استفاده از این اطلاعات به تحلیل‌های سود گرایانه می‌پردازند و به نوعی با رانت اطلاعاتی عواید کلانی را عاید خود می‌کنند. (Altman, 2014, p 600)

دلیل دیگر تمییز میان اطلاعات مهم و نهانی است. از مقایسه‌ی تعریف اطلاعات نهانی با اطلاعات مهم این گونه استنباط می‌شود که دامنه‌ی اطلاعات نهانی از اطلاعات مهم گسترده‌تر است. اطلاعات نهانی به اطلاعات افشاء نشده که مربوط به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر است اطلاق می‌شود که در صورت انتشار بر تصمیم سرمایه‌گذاران یا قیمت اوراق بهادار این قانون اثر می‌گذارد در حالی که اطلاعات مهم همان اطلاعاتی است که درباره‌ی رویدادها و تصمیمات ناشر است که بر قیمت اوراق بهادار ناشر و تصمیم سرمایه‌گذار اثر بخش باشد. (Frydman, 2009, p 99)

معاملات ناشر را در بر می‌گیرد در حالی که اطلاعات مهم تنها مربوط به رویدادها و تصمیمات ناشر است. در اطلاعات نهانی صرف تاثیر اطلاعات بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران کفایت می‌کند در حالی که در اطلاعات مهم تاثیرگذاری اطلاعات بر قیمت و تصمیم سرمایه‌گذاران باید توأمان باشد و یکی به تنهایی کفایت نمی‌کند. (Hamer, 2011, p 290)

با وجود این اوصاف چگونه است که قانون‌گذار برای اطلاعات نهانی که مهم‌تر از اطلاعات مهم هستند تکلیف به افشاء مقرر نسازد ولی برای اطلاعات مهم ناشر را موظف به افشاء سازد. (۳) مراد افشاء نشده برای عموم این است که اطلاعات تنها برای دارنده و افرادی که بنا بر وظیفه به اطلاعات دسترسی دارند، افشاء شده و برای سایرین مکتوم است اما این عبارت تاب این برداشت را ندارد که اطلاعات نباید برای عموم افشاء شود. (۴) در بند ۱۸ ماده‌ی ۷ قانون بازار این طور آمده "بررسی و نظارت بر افشای اطلاعات با اهمیت توسط شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان" در این بند یکی از وظایف هیات مدیره‌ی سازمان نظارت بر اطلاعات با اهمیت است که توسط شرکت‌های ثبت شده در اختیار سازمان قرار می‌گیرند. اطلاعات نهانی نیز مهم‌تر از این اطلاعات هستند، لذا لزوم افشای آنها ضروری‌تر است. (۵) در بند ۱ ماده‌ی ۴۶ قانون بازار آمده: هر شخصی که اطلاعات نهانی مربوط به اوراق بهادار این قانون را که بر حسب وظیفه در اختیار وی قرار گرفته در غیر موارد مقرر افشاء و انتشار دهد، از مفاد این بند استنباط می‌شود که قانون‌گذار تنها افشاء و انتشار اطلاعات را در غیر موارد مقرر جرم انگاری نموده است و افشاء و انتشار از کانال قانونی نه تنها جرم نیست بلکه یک تکلیف است. (۶) در ماده‌ی ۱۸ قانون بازار این طور آمده: اعضای شورا، سازمان، مدیران و شرکای موسسه‌ی حسابرسی سازمان مکلفاند از افشای مستقیم یا غیرمستقیم اطلاعات محرمانه‌ای که در اجرای وظایف خود از آن مطلع می‌شوند حتی پس از خاتمه‌ی دوران تصدی خود خوداری کنند، متخلف به مجازات‌های مقرر در ماده‌ی ۴۶ این قانون محکوم می‌شود. قانون‌گذار در این ماده از اطلاعات محرمانه حمایت کیفری به عمل آورده است و مجازات ماده‌ی ۴۶ را در حق مرتکبین این ماده مقرر داشته است به عبارت

دیگر مرتکبین این ماده به لحاظ اعمال مجازات در حکم مرتکبین ماده‌ی ۴۶ می‌باشند. اگر اطلاعات نهانی را جزء اسرار افشاء نشدنی به حساب آوریم به لحاظ کیفری تحت شمول این مقررہ قرار می‌گیرند. قانون‌گذار در این ماده صاحبان اسرار را از افشای اسرار و اطلاعات محرمانه حتی پس از خاتمه‌ی دوران تصدی بر حذر داشته است در حالی که در اطلاعات نهانی اطلاعات تنها در یک بازه‌ی زمانی خاص نهانی محسوب می‌شوند و تنها در این دوران ناشر موظف به ارائه‌ی اطلاعات است، با توجه به این توضیحات به‌نظر می‌رسد اطلاعات نهانی نیز بایستی افشاء شوند و به‌عبارت دیگر هرگونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم ترجمان مستور بودن اطلاعات در نزد دارندگان آنها و کسانی که اطلاعات را بر حسب وظیفه در اختیار دارند و افشاء شدن این اطلاعات از سوی مکلفین به افشاء است. بین مکلفین به افشاء و دارندگان اطلاعات نهانی تفاوت وجود دارد. دارندگان اطلاعات نهانی در تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۴۶ تبصره‌ی ماده‌ی ۱۷ دستورالعمل افشاء مورد اشاره قرار گرفته‌اند. با دقت در فحوی این دو مقررہ به‌نظر می‌رسد مصادیق اشخاص مطروحه ظهور در اشخاص حقیقی دارد. در واقع غرض قانون‌گذار از اشاره‌ی صریح به این افراد در متن مقررہ، جرم انگاری کردن رفتار آنها در صورت انجام بزه‌های موضوع ماده‌ی ۴۶ است. این افراد صرفاً دارنده‌ی اطلاعات نهانی هستند و در صورت ارتکاب جرم مجرم محسوب می‌شوند در حالی که در ماده‌ی ۴۵ و ۴۱ قانون بازار مقنن از مکلفین به افشاء سخن می‌گوید. با تدقیق در این مقررہا به‌نظر می‌رسد، مکلفین به افشاء اشخاص حقوقی هستند یعنی شرکت‌هایی که می‌توانند ناشر یا کارگزار یا مصداق یکی از تشکلهای فعال در بازار سرمایه باشند. اگر فردی مدیر عامل یا سهام‌دار عمده‌ی یک شرکت باشد وی صرفاً بر اساس تبصره‌ی ماده‌ی ۴۶ دارنده‌ی اطلاعات است و آن شرکت یا تاسیس حقوقی است که مکلف به افشای اطلاعات است حال اگر این فرد از اطلاعات استفاده کند بر اساس بند ۲ و ۱ ماده‌ی ۴۶ قانون بازار مجرم است اما نه به خاطر عدم افشای اطلاعات بلکه به خاطر کاربست اطلاعات. قانون‌گذار علاوه بر اجباری نمودن افشای اطلاعات ناشران در بسیاری از موارد، به شیوه‌ی افشاء اطلاعات پرداخته است به عنوان نمونه در ماده‌ی ۲ دستورالعمل افشاء اطلاعات این طور آمده: ناشر موظف است اطلاعات موضوع این دستورالعمل را در مهلت مقرر مطابق فرم‌های مورد نظر سازمان به‌صورت الکترونیکی و یا کاغذی در سربرگ رسمی خود که به تایید دارندگان امضای مجاز رسیده به سازمان ارسال و هم‌زمان به طرفی که سازمان تعیین می‌کند، جهت اطلاع عموم منتشر نماید. از دقت در فحوی این ماده به‌نظر می‌رسد مسیر خاصی برای افشاء کردن اطلاعات وجود دارد. شرکت‌ها اطلاعات خود را بر اساس اصول مندرج در موارد فوق تهیه می‌کنند و به سازمان می‌دهند و سازمان نیز آنها را بر طبق آئین‌نامه برای عموم افشاء می‌کند. قبلاً طریق خاصی برای افشاء کردن مقرر نشده بود و اطلاعات اعم از صورت‌های مالی، گزارش‌های سه ماهه و ... از طریق شرکت به اداره‌ی ناشران ارسال می‌گردید در صورتی که این اطلاعات تاثیر با اهمیتی بر روی قیمت سهم یا تصمیم سرمایه‌گذاران می‌گذاشت سازمان با شرکت بورس هماهنگ می‌کرد و شرکت نماد معاملاتی سهم را متوقف می‌کرد تا

زمانی که اطلاعات در دسترس عموم به طور عادلانه قرار گرفته و توازن اطلاعاتی برقرار شود این اطلاعات بر طبق اطلاعاتی که به تأیید و امضای ناشران رسیده بود، افشاء می‌شد و بعد از اطلاع رسانی نماد بازگشایی می‌شد تا در شرایط فعلی که همگان به اطلاعات دسترسی داشتند در یک فضای شفاف به انجام یا عدم معامله مبادرت ورزند امروزه دیگر سائیتی تحت عنوان کدال پیش‌بینی شده است. در این سایت شرکت‌هایی که موظف به ارائه کردن اطلاعات به سازمان هستند، نامشان ذکر گردیده شده است، این شرکت‌ها باید تمامی اطلاعات خود را به آن سایت ارسال کنند. در این سیستم هشداردهنده‌ای پیش‌بینی شده که به شرکت‌ها در مورد اتمام مدت‌گزارش‌دهی و ... هشدار می‌دهد. با تمام اوصاف ذکر شده و مزایای زیادی که برای سیستم کدال مقرر شده است یک مساله باقی است و آن این است که اگر اطلاع رسانی از سایر شیوه‌ها صورت گیرد مثلاً شرکتی به جای این که از طریق کدال اطلاع رسانی کند، اطلاعات خود را از طریق یک وب سایت یا روزنامه و یا شیوه‌های دیگر غیر از کدال انتشار دهد آیا اطلاعات افشاء شده محسوب می‌شوند یا خیر؟ در مورد این مساله دو دسته نظر وجود دارد: عده‌ای معتقدند هدف از وضع مقررات بازار اوراق بهادار حمایت از سرمایه‌گذاران جزء در برابر کسانی است که به خاطر موقعیت خود از اطلاعات بیش‌تری برخوردارند. چنین حمایتی مستلزم این است که هرگاه در مورد تحقق افشاء تردید به وجود آمد، آن را محقق ندانیم مضاف بر این آن دسته از مقرراتی که به بحث افشاء اطلاعات در بازار سرمایه می‌پردازند دارای لحن و ظاهری امری‌اند و نمی‌توان بر خلاف قواعد آمره و نظم اقتصادی تراضی نمود. گروه دوم معتقدند آن چه مطمح نظر مقنن است صرفاً رفع تبعیض اطلاعاتی است و برای این امر راه‌های مختلفی وجود دارد که بی‌گمان شایع‌ترین آن اطلاع رسانی از خود سامانه‌ی سازمان بورس و تحت نظارت آن است. اگرچه مقنن در ماده‌ی ۲ دستورالعمل افشاء و ماده‌ی ۴ قانون بازار به شیوه‌ای که سازمان تعیین می‌کند، مکلفین به افشاء را ارجاع داده اما در مقام نفی سایر طرق نمی‌باشد. مقصود از عبارت به طرقی که سازمان تعیین می‌کند این است که در صورتی می‌توان افشاء را از مصادیق افشاء انجام گرفته نزد سازمان بورس دانست که تمامی مقررات این سازمان به صورت جزء به جزء رعایت شده باشد و هرگز این برداشت از آن استنباط نمی‌شود که اگر این هدف از سایر طرق متداول و متعارف به دست آید این افشاء دارای اثر حقوقی نیست. مضاف بر این در ماده‌ی ۲ دستورالعمل از واژه‌ی طرق استفاده شده است که جمع مکسر است بنابراین اگر منظور قانون‌گذار صرفاً اطلاع رسانی از طریق کدال بود می‌بایست از واژه‌ی طریق استفاده می‌شد و نه طرق. با تدقیق در استدلال هر دو گروه به نظر می‌رسد استدلال گروه اول به واقع نزدیک‌تر است. این استدلال موافق با طبع قوانین حمایتی است و هدف قانون‌گذار بازار را به خوبی پوشش می‌دهد. پذیرش استدلال دوم این آثار سوء و توالی فاسد را به دنبال دارد که با دور زدن بازار از سوی سرمایه‌گذاران کلان مواجه می‌شویم. این افراد با استفاده از این حربه اطلاعات مهم خود را قبل از انتشار برای عموم از طریق وب سائیتی منتشر می‌کنند و سپس پیش از این که عموم قدرت و فرصت تحلیل این اطلاعات را بیابند به استفاده یا سوء استفاده از این

اطلاعات مبادرت می‌کنند و سود هنگفتی را عاید خود می‌سازند در حالی که با پذیرش استدلال اول حمایت از طرف ضعیف‌تر به خوبی صورت می‌گیرد و باعث انسداد هرگونه سوء استفاده از جانب سرمایه گذاران و سهامداران عمده نیز می‌شود. علت دیگر مبنی بر پذیرش استدلال گروه اول واژه‌ی مقرر به کار برده شده در بند ۱ ماده‌ی ۴۶ است. منظور از این واژه تنها همان طریقی است که در ماده‌ی ۲ دستورالعمل افشاء و ماده‌ی ۴۰ قانون بازار بر آن تاکید شده است. پس از بیان موارد قانونی و مشروع افشای اطلاعات در بازار سرمایه و شیوه‌ی آن که تا به این جا به آن پرداخته شد، به موضوع اصلی بحث یعنی مواردی که در آن موارد افشاء و اطلاعات نهانی جرم است می‌پردازیم. در بند ۱ ماده‌ی ۴۶ به جرم انگاری رفتار شخصی پرداخته شده است که موجبات افشاء و انتشار اطلاعات نهانی را در غیر موارد مقرر فراهم می‌کند. بنابراین براساس فحوای این ماده نخست لازم نیست که فرد مستقیماً اقدام به افشاء و انتشار اطلاعات نهانی کرده باشد بلکه صرف انجام عملی که به‌طور غیرمستقیم منتهی به این نتیجه شود کفایت می‌کند و دوم در مواردی که فرد اجازه‌ی قانونی و یا تکلیف به افشای اطلاعات داشته باشد که اطلاعات نهانی شرکت را افشاء سازد در این صورت همان طور که پیش‌تر اشاره کردیم عمل او به حکم قانون جرم نیست و از این حیث قابل تعقیب و مجازات نمی‌باشد. سوم برای جرم انگاری کردن این رفتار بهتر بود قانون‌گذار به جای استفاده از واژه‌ی افشاء از واژه‌ی در دسترس قرار دادن استفاده می‌کرد چرا که در دسترس قرار دادن چهره‌ی فردی و گروهی دارد اما افشاء چهره‌ی عمومی دارد، در ادامه به تبیین بیش‌تر عناصر این جرم می‌پردازیم.

۲- افشاء اطلاعات در غیر موارد مقرر

۱-۲- عنصر مادی جرم فراهم کردن موجبات افشاء و انتشار اطلاعات نهانی

۲-۱-۱- رفتار

مهم‌ترین شرط برای محقق شدن این جرم عدم مراعات مهلت‌های قانونی و ضوابط افشاء برای تحقق جرم افشاء است به عبارت دیگر افشاء زمانی یک عمل مجرمانه محسوب می‌شود که در موارد غیر مقرر صورت گیرد اما هنوز چند نکته‌ی مهم در مورد رکن مادی و مصادیق این جرم باقی است که به آن می‌پردازیم. در مورد این جرم قانون‌گذار مرتکب را از افشاء کردن اطلاعات نهانی در خارج از موعد مقرر باز داشته است اما در مورد این مساله که آیا این جرم از طریق ترک فعل هم قابل ارتکاب است یا خیر اختلاف نظر وجود دارد. گروهی معتقدند که وقتی قانون‌گذار فرد را از افشاء کردن نهی می‌کند، تحقق نهی قانون‌گذار و بالتبع محقق شدن جرم با امتثال آن نهی امکان پذیر می‌باشد یعنی به محض استفاده کردن از اطلاعات به انحاء مختلف جرم محقق شده است و در صورت ترک کردن نهی قانون‌گذار جایی برای تحقق جرم وجود ندارد. در این مورد، قانون‌گذار افرادی که اطلاعات بر حسب وظیفه در اختیارشان قرار گرفته را مکلف نموده که به هر طریقی از افشاء و انتشار این اطلاعات در خارج از موارد مقرر

خودداری کنند. از عبارت به‌نحوی از انحاء نیز دو برداشت می‌شود: نخست این که قانون‌گذار اشخاص مندرج در بند ۱ را به پاسبانی از اطلاعات امر نموده است. این افراد تحت هیچ شرایطی حق افشاء اطلاعات را ندارند مگر در همان موارد مقرر، یعنی فرد پاسبان اطلاعات چه اطلاعات را به دیگری انتقال دهد و چه توصیه کند و چه در دسترسی دیگران قرار دهد، همه این رفتارها از مصادیق افشاء به شمار می‌آیند و عمل فرد جرم محسوب می‌شود. (Tam, 2010, p 80) گروه دوم معتقدند که منظور از این تعبیر شیوه و طریق محقق شدن افشاء است که این شیوه، هم از طریق فعل و هم ترک فعل امکان‌پذیر است. این گروه برای تایید مدعای خود از قید دیگری که در متن ماده عنوان شده بهره می‌برند، این قید تعبیر موجبات افشاء و انتشار است که دلالت بر تحقق افشاء از طریق فعل و ترک فعل دارد. یعنی قانون‌گذار به شکل استفاده توجهی ندارد و آن چه برای او اهمیت دارد صرفاً عدم افشاء اطلاعات در خارج از موعد مقرر است. به نظر می‌رسد از بین این دو استدلال، استدلال گروه اول به واقع نزدیک‌تر است چرا که تعبیر موجبات افشاء و انتشار اطلاعات را خارج از موعد مقرر فراهم کردن اشاره به نحوه‌ی تحقق این جرم از طریق فعل و ترک فعل ندارد بلکه به نحوه‌ی مداخله‌ی دست‌اندر کاران عمل مجرمانه در ارتکاب جرم توجه دارد که این مداخله در قالب سه صورت مباشرت، تسبیب و اجتماع مسبب و مباشر امکان‌پذیر است. (شریفی، ۱۳۸۳، ص ۱۷۹) واژه‌ی موجبات اشاره به این امر ندارد که فرد مرتکب مقدمات افشاء و انتشار را فراهم کند بلکه به وضوح صراحت در ارتکاب عمل به سه صورت فوق دارد و نمی‌تواند اعم از اتمام یا شروع به جرم باشد چرا که لفظ واحد نمی‌تواند در بیش از یک معنا به کار رود یعنی یک جا موجبات را معنی طرق انجام عمل اعم از مباشرت و تسبیب بگیریم و یک جا انجام جرم و شروع به جرم. در ادامه ضروری است که به نحوه‌ی تحقق جرم بر اساس هر یک از سه صورت فوق بپردازیم. اگر بخواهیم مستقیم و بی‌واسطه فرد را به عنوان مرتکب جرم بشناسیم و عمل را به او منتسب کنیم باید به صورت فعل مثبت و در قالب مباشرت این رفتار از سوی او ارتکاب یابد. (ثقفی، ۱۳۸۸، ص ۸) در این جا مرتکب به صورت گزینشی اطلاعات را در دسترس دیگران قرار می‌دهد. البته باید به این نکته نیز در این قسمت توجه نمود که در این جا، در دسترس قرار دادن چهره‌ی فردی و گروهی دارد و فرد اطلاعات نهانی را به‌طور گروهی یا فردی در دسترس عده‌ای قرار می‌دهد. در مورد مصادیق افشاء گروهی از این واژه تعبیر به انتقال دادن اطلاعات به عده‌ای خاص در ازای گرفتن مال یا وجه کرده‌اند. به‌نظر می‌رسد این تعبیر چندان به واقع نزدیک نیست زیرا در انتقال دادن، نوع اطلاعات موضوعیت ندارد و اطلاعات صرف‌نظر از نهانی بودن یا نبودن منتقل می‌شود در حالی که واژه‌ی افشاء همواره در مورد سر یا آنچه که مجرمانه بودن آن اهمیت دارد، استعمال می‌شود. (نوروش، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸) دوم مخاطب در انتقال دادن مشخص است و فرد همواره می‌داند که گیرنده‌ی اطلاعات چه کسی است در حالی که در افشاء مخاطب عام است و چهره‌ی گروهی دارد و سوم این که انتقال اطلاعات معمولاً از طریق شبکه‌ها و سازمان‌های رایانه‌ای و مخابراتی صورت می‌گیرد در حالی که در افشاء اطلاعات صرف‌نظر از نوع

وسیله در اختیار سایرین قرار می‌گیرند با این اوصاف از مجموع این تفاوت‌ها این گونه استنباط می‌شود که در صورتی که افشاء را معادل در دسترس قرار دادن بدانیم می‌توانیم انتقال را به عنوان یکی از مصادیق آن به حساب آوریم اما اگر افشاء را در معنای خاص خود به کار بریم دیگر انتقال از زمره مصادیق آن محسوب نمی‌شود. عده‌ای نیز توصیه کردن اطلاعات به دیگران را از مصادیق افشاء به‌شمار می‌آورند. (قائمی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۲) در حالی که به‌نظر می‌رسد توصیه کردن از مصادیق افشاء نیست چرا که در افشاء اطلاعات آن چه موضوعیت دارد نفس اطلاعات است و نه توصیه صرف به وجود اخبار خوب در شرکت. یعنی زمانی توصیه کردن افشاء محسوب می‌شود که فرد مرتکب دقیقاً اطلاعات نهانی را در اختیار دیگری قرار دهد نه این که مرتکب صرفاً به طرف مقابل خود بگوید که اخبار خوبی در شرکت وجود دارد که این فرض بیش‌تر از فروض استفاده از اطلاعات نهانی و یا در صورت وقوع معامله مبنی بر این توصیه، فرد معاون در جرم معامله‌ی متکی بر اطلاعات نهانی محسوب می‌شود. صورت دوم مداخله در عمل مجرمانه تسبیب است. تسبیب به دو صورت امکان تحقق دارد: نخست فعل و دوم ترک فعل. در بحث افشاء اطلاعات نیز امکان تحقق تسبیب از طریق فعل وجود دارد به عنوان نمونه آقای الف که حسابدار شرکت است اطلاعاتی که بر حسب وظیفه به او سپرده شده است را با باز گذاشتن درب کشویی که اطلاعات در اوست، در اختیار دیگران قرار می‌دهد. در این مثال هرچند حسابدار اطلاعات را به‌طور مستقیم افشاء نکرده اما به‌طور غیرمستقیم موجبات افشای اطلاعات را فراهم ساخته است. در مورد تحقق تسبیب از طریق ترک فعل در این جرم به نظر می‌رسد این امکان منتفی است، دلیل این امر این است که رابطه‌ی انتساب به صرف ترک فعل قطع می‌شود و تنها چیزی که باقی می‌ماند صرفاً یک عدم امتثال است. فرض سوم اجتماع سبب و مباشر است. اگر فاعل عالم بود، مباشر اقوی از سبب است و اگر فاعل جاهل باشد سبب اقوی از مباشر است. مثالی که می‌توان ارائه داد این است که بایگانی که اطلاعات نهانی شرکت بر حسب وظیفه به او سپرده شده است تعمداً از قفل کردن درب کشوی خود خوداری کند تا فرد دیگری اطلاعات را افشاء سازد، در این مورد دو عقیده وجود دارد: عده‌ای معتقدند اجتماع سبب و مباشر است که سه حالت در آن متصور است: یا بین فعل مسبب، فعل فاعل مختار آگاه فاصله می‌اندازد در این فرض، مباشر اقوی از مسبب است و یا بین فعل مسبب و نتیجه فعل فاعل نا آگاه فاصله می‌اندازد که مسبب اقوی است و یا هم مباشر و هم مسبب آگاه‌اند در این فرض به استناد ماده‌ی ۵۲۶ افشاء به هر دوی آنها منتسب است مگر این که تاثیر رفتارشان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان رفتارشان مسئول شناخته می‌شود. در مورد مثال ارائه شده گروهی معتقدند مسبب به‌عنوان معاون شناخته می‌شود. این گروه می‌گویند مسبب با باز گذاشتن درب کشوی خود به مباشر کمک رسانده و موجبات استفاده از اطلاعات را فراهم کرده است. پذیرش این استدلال به‌طور مطلق صحیح نیست و تنها در صورتی می‌توان مسبب را معاون محسوب کرد که بین اقدام مسبب با مباشر وحدت قصد وجود داشته باشد یعنی مسبب مباشر را قاصد نموده باشد و یا در راستای آن قصد (افشای اطلاعات) به او

کمک نموده باشد، بنابراین اگرین اقدام مسبب و مباشر وحدت قصد نباشد، معاون محسوب کردن مسبب صحیح نیست. با توجه به توضیحات ارائه شده به نظر می‌رسد اگر در جمع بین مباشر و مسبب، مرتکب آگاه باشد خود به‌عنوان خود مجرم شناخته می‌شود و فرد مسبب در صورت داشتن وحدت قصد با فاعل، معاون محسوب می‌شود و به مجازات معاونت در عمل مجرمانه محکوم می‌گردد و در صورتی که فاعل وحدت قصد نداشته باشد، مسبب است در این حالت چون در بند ۱ ماده ۴۶ از تغییر موجبات افشاء استفاده شده هر دو به یک میزان مجازات می‌شود. در صورتی که فاعل فعل مجرمانه ناآگاه باشد یا در اثر اکراهی که به حد الجاء رسیده باشد، اطلاعات را افشاء نموده باشد در این جا می‌توان گفت سبب اقوی از مباشر است، در این مورد هر چند خود فاعل ناآگاه یا مکره مرتکب جرم به شمار می‌رود منتها مسئولیت به دلیل وجود عنصر جهل و عدم اختیار بر دوش مسبب است در صورتی که فاعل عمل مجرمانه صغیر غیر ممیز و یا مجنون باشد، در این جا مسبب است که مباشر به‌شمار می‌رود چون فی‌الواقع مسبب است که اراده‌ی مرتکب را تحت‌الشعاع قرار داده و او را در حد وسیله تنزل داده است؛ بنابراین هم در حکم مباشر به شمار می‌رود و هم مسئولیت بر دوش او قرار می‌گیرد. این قاعده را میرزای نائینی نیز مورد اشاره قرار داده که ضابطه‌ی تفکیک اجتماع مسبب و مباشر با تسبیب توجه به واسطه یا حایلی است که بین فعل مرتکب و نتیجه‌ی حاصله فاصله می‌اندازد که بر اساس این واسطه سه حالت پیش می‌آید: در صورت عاقل، بالغ و مختار بودن فاعل هم مسئولیت عمل به دوش عامل واسط است و هم خودش به عنوان مرتکب به شمار می‌رود، در صورت جاهل بودن واسط یا مکره بودن او خودش به عنوان مرتکب به شمار می‌رود اما مسئول نیست و در صورت غیر ممیز بودن، حیوان یا وسیله‌ی نقلیه بودن واسط، واسط نه عامل جرم محسوب می‌شود و نه مسئول، در این فرض بحث تسبیب پیش می‌آید و مسبب در حکم مباشر و مسئول است.

۲-۲-۲- اوضاع و احوال حاکم بر تحقق جرم افشاء اطلاعات نهانی

۲-۲-۱- نهانی بودن اطلاعات مورد استفاده

اطلاعات مهم‌ترین دارایی در بازار سرمایه است چرا که مبنای اصلی تصمیم‌گیری در بورس و کنترل ریسک در این بازار است. (تفرشی، ۱۳۷۸، ص ۱۳) اکثر قواعد و مقررات بورسی در کشورهای مختلف به تاسی از این دیدگاه، شرکت‌هایی که سهام‌شان را در بورس خرید و فروش می‌کنند مکلف کرده‌اند تا اطلاعات مالی و عملکرد خود را به صورت مستمر و یکسان در اختیار همه‌ی سرمایه‌گذاران قرار دهند تا سرمایه‌گذاران بر اساس این اطلاعات بتوانند در مورد معامله‌ی سهام خود و یا حفظ سهام خود تصمیم‌گیری کنند و از پذیرا شدن ریسک عمده و قابل توجه در معاملات خود اجتناب کنند. (پاسبان، ۱۳۸۵، ص ۴۹) ایران نیز از این غافله عقب نماند و در حوزه‌ی بازار، از مدل تئوریک مبتنی بر اطلاعات پیروی کرد. اگر بخواهیم سیر تاریخی این تبعیت را نشان دهیم باید بگوییم که برای نخستین بار آیین

نامه‌ی اجرایی و انتشار اخبار معاملات بر اساس اطلاعات نهانی در سال ۱۳۷۳ معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات محرمانه‌ی شرکت را مورد توجه و شناسایی قرار داد. در آیین نامه‌ی مذکور بدون این که از اطلاعات محرمانه تعریفی ارائه شود، اطلاعات مزبور صرفاً با قید "اطلاعات موثر بر قیمت سهام" معرفی شده بود و به لحاظ اطلاق عبارت «اطلاعات موثر بر قیمت سهام» هر گونه تأثیر ولو اندک مشمول این مقرر بود پس از آن در بخشنامه‌ی افشای فوری اطلاعات مصوب ۱۳۸۰ سازمان بورس اوراق بهادار از "اطلاعات مهم" تعریفی ارائه گردید که تا حد زیادی به مفهوم "اطلاعات محرمانه" نزدیک بود. مطابق بند ۱ بخشنامه‌ی مربوط اطلاعات مهم "به هر گونه اطلاعات مرتبط با فعالیت شرکت (تولیدی، تجاری و خدماتی و ...) که منجر و یا به صورت قابل توجهی انتظار می‌رود که باعث تغییر قابل ملاحظه در قیمت سهام یا ارزش هر یک از اوراق بهادار صادره توسط شرکت پذیرفته شده در بورس شود اطلاق می‌گردد." در این تعریف نیز بر اطلاعات موثر بر قیمت سهام تکیه شده است، الزمیه بر خلاف آیین‌نامه‌ی اجرایی انتشار اخبار معاملات بر اساس اطلاعات درونی مصوب ۱۳۷۳ در این ماده "هر گونه اطلاعات موثر بر قیمت" مورد توجه قرار نگرفته بود بلکه "اطلاعاتی که تاثیر قابل ملاحظه در قیمت اوراق بهادار داشت" مورد توجه قرار گرفته بود در نهایت با تصویب قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۸۴ برای نخستین بار تعریفی از اطلاعات نهانی در قالب یک ماده‌ی قانونی ارائه شد. مطابق این تعریف که در بند ۳۲ ماده ۱ این قانون آمده "اطلاعات نهانی هر گونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم که به‌طور مستقیم و یا غیرمستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود در صورت انتشار بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله‌ی اوراق بهادار مربوط تأثیر می‌گذارد." با تدقیق در این سیر مشاهده می‌شود که قانون‌گذار بر اطلاعات نهانی تأکید ویژه‌ای دارد. افشای این اطلاعات به‌نحو ناعادلانه باعث می‌شود توازن بازار سرمایه به هم بخورد و برخی از این طریق به سودهای کلانی دست یابند از این رو قانون‌گذار در بند ۱ ماده‌ی ۴۶ قانون بازار افشای خارج از مجرای قانون از این اطلاعات را جرم محسوب نمود و برای آن مجازات تعیین کرد. در این ماده اطلاعات نهانی ارزش مورد حمایت قانون‌گذار قلمداد می‌گردند و جرم علیه آنها به وقوع می‌پیوندد به عبارت دیگر این اطلاعات موضوع جرم هستند.

۲-۲-۲- اطلاعات بر حسب وظیفه به فرد سپرده شده باشد

از لحاظ اصطلاحی دارندگان اطلاعات نهانی کسانی هستند که به دلیل برخورداری از موقعیت‌های ویژه بیش و پیش از دیگران به اطلاعات کلیدی و تاثیرگذار بر قیمت‌های اوراق بهادار دسترسی دارند. (دوانی، ۱۳۸۳، ص ۷۰) این دسته از اشخاص بنا بر خواست قانون‌گذار حق بهره‌مندی از این اطلاعات را به ضرر دیگران یا به نفع خود قبل از انتشار عمومی و یا موجبات افشاء و انتشار آنها را در غیر از موارد مقرر فراهم کردن و همچنین معامله‌ی مبتنی بر این اطلاعات را ندارند. این اشخاص به‌طور صریح در

تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار مورد اشاره قرار گرفته‌اند. در ماده‌ی ۱۷ دستورالعمل افشاء آمده: "به منظور جلوگیری از انتشار اطلاعات افشاء نشده موضوع ماده‌ی ۱۶ ناشر ملزم به رعایت موارد زیر است: الف- دسترسی به اطلاعات مزبور محدود به مدیران و کارکنان ذی صلاح می‌باشد و این اطلاعات صرفاً در رابطه با وظایف و مسئولیت اشخاص در اختیار آنها قرار گیرد. ب- در صورتی که لازم باشد اطلاعات مزبور در اختیار کارکنان، وکلا، حسابداران، حسابرسان، مشاوران مالی ناشر یا سایر اشخاص ذی صلاح قرار گیرد، نهانی بودن این اطلاعات و ممنوعیت استفاده‌ی شخصی از آن در داد و ستد متکی بر اطلاعات نهانی به آنها تاکید می‌شود. در تبصره‌ی همین ماده آمده: "اشخاص مذکور در این ماده جزء مصادیق اشخاص دارنده‌ی اطلاعات نهانی موضوع تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب آذر ماه ۱۳۸۴ محسوب می‌شوند. در این ماده دسترسی به اطلاعات نهانی محدود به مدیران و کارکنان ذی صلاح شده و این اطلاعات تنها در رابطه با وظایف و مسئولیت این اشخاص در دستشان قرار می‌گیرد حال اگر بنا باشد که این اطلاعات در اختیار سایر کارکنان (به جزء کارکنان مندرج در بند ۱، وکلا، حسابداران، حسابرسان، مشاوران مالی ناشر یا سایر اشخاص ذی صلاح قرار گیرد باید نهانی بودن این اطلاعات و ممنوعیت استفاده‌ی شخصی از آنها در داد و ستد متکی بر اطلاعات مورد تاکید قرار گیرد). در این ماده و ماده پیش قانون‌گذار به ذکر اشخاص دارنده‌ی اطلاعات نهانی پرداخته است. در بند الف ماده‌ی ۴۶ نیز قانون‌گذار به صراحت نسبت به جرم انگاری سوءاستفاده از این اطلاعات اقدام نموده است تا بتواند افراد مشمول بنده تبصره‌ی یک ماده‌ی ۴۶ را مجازات نماید زیرا این افراد تنها دسته‌ای از افراد هستند که اطلاعات بر حسب وظیفه در اختیارشان قرار گرفته است در حالی که سایر افراد مندرج در تبصره تنها تولید کنندگان و پردازش‌گران و مالکان اطلاعات هستند.

۲-۳- نتیجه‌ی جرم افشاء اطلاعات نهانی

در مورد این امر دونظریه مطرح شده است، گروهی بر این باوراند که صرف افشای اطلاعات در خارج از موعد مقرر باعث تحقق جرم می‌شود و نیاز به حصول نتیجه نیست به عبارت دیگر همین که فردی که اطلاعات بر حسب وظیفه در اختیار او قرار گرفته اطلاعات را در خارج از چارچوب برای دیگران بازگو نماید برای ارتکاب جرم کفایت می‌کند. دلیل آنها بر این مدعا این است که این جرم از زمره‌ی جرایم ممانع می‌باشد که قانون‌گذار برای جلوگیری از رفتارهای پسینی اقدام به جرم انگاری آن نموده است تا بتواند در این راستا نظم بازار سرمایه را حفظ کند و از سرمایه‌داران حمایت کند. از جمله رفتارهای پسینی می‌توان به معامله‌ی متکی بر این اطلاعات اشاره کرد. گروه دوم معتقدند که این جرم یک جرم مقید است. این گروه معتقدند در صورتی که صرف تحقق رفتار مادی برای تحقق جرم کفایت می‌کرد دیگر لزومی به ذکر سود بدست آمده یا زیان متحمل نشده نبود، آن چه تحت عنوان نتیجه در انتهای بحث عنصر مادی جرم مورد نظر می‌باشد همین نفع یا زیانی است که از انتشار یا افشاء اطلاعات نهانی حاصل

می‌شود. بنابراین کسب سود از این طریق پیش فرض قانون‌گذار بوده است با این همه گاه ممکن است هدف مدیران و دارندگان اطلاعات نهانی از افشاء و انتشار اطلاعات کسب سود به گونه‌ای غیرمستقیم باشد به این معنا که بخواهد از این طریق از زیان‌ها و خسارت‌های احتمالی که هر شرکتی در دوران طبیعی فعالیت خود ممکن است آن را تحمل کند، فرار نماید، بدین ترتیب می‌توان زیان متحمل نشده را نیز به عنوان منفعت غیرمستقیم تلقی نمود زیرا باعث می‌شود که دارایی یک شرکت در مقایسه با شرکت‌های دیگر نسبتاً بیش‌تر شود و از همین رو قانون‌گذار در ادامه‌ی ماده‌ی فوق زیان متحمل نشده را نیز مبنای تعیین جزای نقدی دانسته و اشخاصی را که با افشاء و انتشار اطلاعات نهانی سبب ایراد ضرر به دیگران می‌شوند به پرداخت ۲ تا ۵ برابر سود بدست آمده یا زیان متحمل نشده به عنوان جزای نقدی محکوم کند به عبارت دیگر از نظر قانون‌گذار ایران ارتکاب جرم مورد بحث بدون کسب سود و فایده قابل تصور نیست. این گروه تابع نظر تهیه کنندگان دستورالعمل اتحادیه‌ی اروپا هستند و بر این باوراند که هیچ کس بی‌دلیل اطلاعات نهانی را برای دیگری افشاء نمی‌کند و حتماً این کار نفعی برای او دارد، پس اساساً افشاء چیزی جزء استفاده از این اطلاعات نیست. (نصیری، ۱۳۸۰، ص ۱۴) این گروه در تایید مدعای خود می‌گویند نظریه‌ی عاید شدن سود یا جلوگیری کردن از زیان در اثر افشای اطلاعات با طبع حقوق اوراق بهادار سازگارتر به نظر می‌رسد زیرا زمانی جلوگیری از افشاء دارای اثر حقوقی است که افشاء اطلاعات خطر وقوع معامله در بازار یا سایر مقاصد سوء در بازار را به دنبال داشته باشد. هدف اصلی جرم انگاری این عمل در بازار سرمایه نیز چیزی جزء جلوگیری از استفاده‌ی شخصی از این اطلاعات نیست چرا که در نهایت معاملات متکی بر این اطلاعات‌اند که منجر به کاهش اعتماد عمومی می‌شوند و معمولاً هیچ کس بدون در نظر گرفتن این هدف اقدام به افشاء و انتشار اطلاعات و احیاناً گرفتن عوض در قبال آن نمی‌کند بنابراین وجود نفع یا جلوگیری از ضرر را باید در افشاء اطلاعات مفروض دانست اما این استدلال نیز دارای خدشه است زیرا در این جا قانون‌گذار با در نظر گرفتن ضرورت‌های جرم انگاری و فلسفه‌ی مجازات این مجازات را مقرر داشته و غرضش این بوده که در جایی که سودی به صورت حتمی تحصیل می‌شود یا از زیانی بلاشک جلوگیری می‌شود، به جزای نقدی محکوم می‌کند و در صورتی که فی‌الواقع سود یا زیانی حاصل نشده باشد، حبس ملاک عمل قرار می‌گیرد. از بین این دو استدلال به نظر می‌رسد استدلال اول به واقع نزدیک‌تر است و این جرم، جرمی مطلق است. عبارت سود حاصله یا زیان متحمل نشده نیز که در صدر ماده عنوان شده بر پایه‌ی فلسفه‌ی مجازات است و از مجازات و فلسفه‌ی جرم انگاری نمی‌توان به مطلق یا مقید بودن جرم برسیم، مجازات بسته به وخامت یا عدم وخامت عمل شدت و ضعف دارد و هیچ ارتباطی با مطلق یا مقید بودن ندارد به عبارت دیگر قابلیت اضرار یا انتفاع به نتیجه باز نمی‌گردد و به عمل افشاء، باز می‌گردد یعنی عمل مرتکب باید قابلیت انتفاع یا اضرار را داشته باشد مانند جعل که عمل مرتکب باید این قابلیت را دارا باشد. در مورد افشاء اطلاعات نیز باید احتمال این که در اثر افشاء سودی حاصل یا از زیانی جلوگیری شود وجود داشته

باشد هر چند در عالم خارج عملاً منجر به سود یا زیانی نیز نشود. مرتکب موضوع این جرم همان گونه که باید به نهانی بودن اطلاعات علم داشته باشد باید به سایر اجزاء رکن مادی از جمله قابلیت انتفاع و اضرار بودن عمل نیز علم داشته باشد. قابلیت انتفاع و اضرار داشتن عمل همان گونه که در خود ماده مقرر شده به سه شکل امکان‌پذیر است: ۱. به‌ضرر دیگران افشاء کند هر چند این افشاء منجر به نفع رسانی به خود فرد یا کسانی که این فرد از جانبشان نمایندگی دارد، نشود. ضرر رسانی به دیگران مقید به هیچ قیدی نیست و دیگران اطلاق دارد و هر فردی را در می‌گیرد. ۲. به‌نفع خود استفاده کند. ۳. به‌نفع اشخاصی که از طرف آنها به هر عنوان نمایندگی دارد که این افشاء ممکن است مستلزم نفع رسانی به خود و ثالث نباشد. ایراد وارد بر این ماده این است که در آن به نفع اشخاص ثالث اشاره‌ای نشده است. روی هم رفته می‌توان بیان داشت این جرم مطلق است و قابلیت اضرار و انتفاع از اوصاف فعل مرتکب است.

۳- عنصر معنوی افشاء اطلاعات نهانی

برخی بر این اعتقادند که این جرم، یک جرم مادی صرف است البته نه به این معنی که این جرم تنها با وقوع نتیجه به وقوع می‌پیوندد بلکه به این معنی که این جرایم برای تحقق نیاز به اثبات رکن روانی ندارند و صرفاً با نقض قانون به انجام می‌رسد. مدعای آنها بر این گفته این است که چون این جرم از سوی افرادی صورت می‌گیرد که بر حسب وظیفه‌شان به اطلاعات دست یافته‌اند و آنها هستند که از اطلاعات استفاده می‌کنند، پس آگاه به نقض اراده قانون‌گذار هستند و این امر دیگر نیازی به اثبات و احراز ندارد. این گروه معتقدند که اکثر مرتکبان بند ۱ اشخاصی هستند که به‌عنوان دارندگان اطلاعات نهانی شناخته شده‌اند. دلیل احصاء کردن این افراد در این تبصره آن است که این افراد عالم به نهانی بودن اطلاعات شناخته می‌شوند و به‌عنوان مرتکبان جرایم موضوع این بزه شناخته شده‌اند و از سوی دیگر نیز چون جرم موضوع این ماده از زمره جرایم اقتصادی است، شبیه دیگر جرایم اقتصادی مادی صرف محسوب می‌شود. به‌نظر می‌رسد این استدلال از چند جهت به واقع نزدیک نیست: نخست مرتکبان این ماده به اشخاص موضوع این تبصره محدود نیست چرا که در بند ۱ صحبت از اشخاصی است که بر حسب وظیفه به اطلاعات دسترسی پیدا کردند و تنها این دسته از افراد به عنوان مرتکبان جرم به رسمیت شناخته است نه افرادی که به هر دلیلی دارنده‌ی اطلاعات شده‌اند. تنها افرادی از این تبصره مصداق افراد مندرج در بند ۱ ماده ۴۶ هستند که بر حسب وظیفه به اطلاعات دست یافته باشند و صرف دارنده بودن برای شمول در بند ۱ کافی نیست ثانیاً جرم افشاء اطلاعات نهانی اقتصادی محسوب نمی‌شود چرا که جرم اقتصادی دارای فاکتورهای بی‌شماری است که مهم‌ترین فاکتور این است که رفتار مجرمانه در سطح کلان مغایر با سیاست‌ها و امنیت اقتصادی باشد و نظم یا امنیت اقتصادی را به چالش بکشاند. در حالی که به‌نظر می‌رسد این جرم نمی‌تواند در سطح کلان این آثار را داشته باشد از این رو

اقتصادی محسوب کردن این جرم بدون توجه به ویژگی اصلی جرایم اقتصادی با منطق حقوقی سازگار نیست. گروه دیگر اعتقاد دارند که جرم افشاء اطلاعات نهانی شبیه به سایر رفتارهای مجرمانه جرمی است عمدی که نیازمند سوء نیت عام و خاص است. این گروه معتقدند هر جرمی حتی در حدواندازه خلاف مستلزم حداقلی از عنصر روانی است به طوری که تنها با استناد به فورس مازور و قوه قاهره است که می‌توان تحقق جرم را انکار کرد. در جرم افشاء اطلاعات نهانی، مرتکب با علم به ماهیت غیرقانونی عملش و با علم به نهانی بودن اطلاعات به استفاده از اطلاعات می‌پردازد و عامدانه و عالمانه اطلاعات نهانی را به دیگری انتقال می‌دهد یا آن اطلاعات را در دسترس دیگری قرار می‌دهد از سویی این جرم دارای سوء نیت جاص می‌باشد و آن قصد ورود ضرر یا بردن نفع است. این سوء نیت را قانون‌گذار در خود بند ۱ مقرر داشته و در صورتی که مرتکب قصد تحصیل سود یا اجتناب از ضرر را نداشته باشد، این جرم محقق نمی‌شود. این نظر دارای یک ایراد اساسی است و آن این است که عبارت (به ضرر دیگران یا به نفع خود یا به نفع اشخاصی که از طرف آنها نمایندگی دارد) سوء نیت خاص نیست. زیرا قانون‌گذار همواره برای بیان سوء نیت خاص از الفاظ و عبارات مخصوص به خود همانند به قصد، به منظور و ... استفاده می‌کند، پس عبارت مندرج در بند ۱ سوء نیت خاص نیست. گروه سوم معتقدند که برای محقق شدن جرم موضوع این مقرر، مرتکب باید با علم به این که اطلاعات نهانی هستند، توأم با اراده نسبت به افشاء آنها اقدام کرده است. این گروه معتقدند که صرف علم به نهانی بودن اطلاعات و علم به نقض ممنوعیت‌های قانونی از سوی مرتکب برای ارتکاب این جرم کفایت می‌کند و نیازی به احراز سوء نیت خاص نیست. به نظر می‌رسد قوت استدلال گروه سوم با منطق و مفهوم ماده سازگارتر است، اما هنوز دو شبهه وجود دارد. نخست اینکه آیا کسانی که رکن مادی استفاده از اطلاعات نهانی را انجام می‌دهد لازم است که به تمامی اوصاف اطلاعات نهانی علم تفصیلی داشته باشد یا این که این امر ضرورت ندارد و صرف داشتن علم اجمالی به برخی از اوصاف اطلاعات نهانی کفایت می‌کند؟ شبهه دوم این است که عنصر روانی این جرم چگونه احراز می‌شود و به عبارت دیگر چگونه می‌توان تعیین کرد که فاعل نسبت به نقض حکم قانون‌گذار مصمم بوده است؟ آیا فرض یا آمارهای در این مورد وجود دارد یا قاضی باید با تاکید بر شواهد، اوضاع و احوال و مطابقت قصد را با واقعه مجرمانه احراز کند؟ شبهه سوم این است که تاثیر اشتباه نسبت به اوصاف فرعی، اصلی و میزان و نوع مجازات چیست؟ در پاسخ به سوال اول گروهی معتقدند که صرف علم اجمالی کفایت می‌کند و لازم نیست که فرد مرتکب به جزء جزء اتفاقاتی که در یک شرکت روی داده است، علم داشته باشد و علم اجمالی فرد به وصف اساسی اطلاعات نهانی کفایت می‌کند که این علم به وسیله امارات، قراین و اوضاع و احوال قابل اثبات است. صرف این امر که مرتکب بداند که اخبار و اطلاعات خوبی در شرکت وجود دارد که این اخبار تنها بر حسب وظیفه در اختیار فرد قرار گرفته‌اند کفایت می‌کند. در واقع هدف از قانون بازار این است که فرد با ارائه اطلاعات با ارزش که بر حسب وظیفه به آنها دست یافته است، نظم و امنیت بازار سرمایه را بر هم نزند و به سودهای

هنگفت دست نیابد. (علم‌الهدی، ۱۳۸۴، ص ۶۸) با توجه به بند ۳۲ ماده ۱ می‌توان گفت که اطلاعات نهانی یک مقوم دارد و آن مقوم این است که اطلاعات برای عموم افشاء نشده است. حال احراز این امر که آیا اطلاعات در صورت انتشار بر قیمت تاثیر گذار است یا اینکه مربوط به اوراق بهادار است یا به معاملات یا به ناشر باز می‌گردد، برعهده قاضی است. همین اندازه که برای قاضی محرز شود که فرد از یک رانت اطلاعاتی استفاده نموده، کفایت می‌کند. قاضی این مهم را با توجه به اوصاف مرتکب من جمله اطلاعاتی که بر حسب وظیفه در اختیارش قرار می‌گیرد، اثبات و احراز می‌کند. در رابطه با شبهه‌ی اخیر یک سوال جزئی‌تری نیز مطرح می‌شود و آن این که اگر دارنده اطلاعات نهانی یا فردی که اطلاعات لزوماً برحسب وظیفه در اختیارش قرار گرفته، اطلاعات را به فرد ثالث توصیه کند یا علم اجمالی به فرد در مورد اطلاعات مهمی بدهد، آیا در این مورد فرد گیرنده عالم فرض می‌شود؟ به‌نظر می‌رسد در این مورد در بادی امر باید بین دو شق قائل به تفکیک شد: شق اول اینکه ثالث خودش به دنبال دستیابی به اطلاعات می‌رود و شق دوم اینکه ثالث به دنبال دستیابی به اطلاعات نرفته است و دارنده اطلاعاتی را به او ارائه کرده است. در مورد شق اول چون فرد ثالث خودش به دنبال تحصیل اطلاعات نهانی می‌رود، کاملاً مبرهن است که با اطلاعات نهانی و ارزش و اهمیت این اطلاعات فرد آگاهی دارد. یعنی می‌داند که از یک رانت اطلاعاتی استفاده می‌کند که دیگران از آن بهره‌مند نیستند، از این رو این میزان از علم کفایت می‌کند و در صورت انجام دادن معامله‌ی متکی بر اطلاعات نهانی این فرد مباشر جرم است. چون علم اجمالی دارد و فرد دهنده‌ی اطلاعات در صورت داشتن وحدت قصد با مباشر جرم به دلیل تسهیل وقوع جرم معاون محسوب می‌شود. در این مورد اثبات تاثیر گذاری اطلاعات بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران، بیش‌تر از وظایف قاضی است. در مورد شق دوم که در بالا به آن اشاره شد، مثلاً مدیر عامل بیاید و ذهن ثالث را مشتبه کند و یک سری اطلاعات را برای ثالث بیان کند که ثالث اساساً در تصورش نیست که این اطلاعات را دیگران ندارند و او از یک رانت اطلاعاتی استفاده می‌کند، در این مثال شخص ثالث تبرئه می‌شود منتهای مراتب باید بررسی کرد که آیا به لحاظ قانونی آن مدیر عامل که دهنده‌ی اطلاعات است و در واقع دارنده اطلاعات نهانی است، را می‌توان علمش را مفروض انگاشت و او را به عنوان سبب اقوی از مباشر مسئول بدانیم؟ در اینجا باید به ملاک اقوی بودن سبب از مباشر دقت کنیم که این ملاک علم و جهل مباشر است. در اینجا مباشر جاهل است، دو شق مطرح می‌شود الف) مباشر نسبت به مسائل بورسی اساساً ناآگاه و تا به حال هیچ خرید و فروشی انجام نداده و مدیر عامل او را به اشتباه نینداخته یا اغفال نکرده است. ب) مباشر از سوی مدیرعامل اغفال شده و مدیر عامل او را به اشتباه انداخته است، یعنی در اصطلاح مدیر عامل او را مغرور کرده است، یعنی مدیر عامل با صحنه سازی به گونه‌ای مسائل را برای مباشر جلوه می‌دهد که کاملاً او را مطمئن می‌کند که استفاده او از اطلاعات یک کار معمولی است و ذهنش را به گونه‌ای هدایت می‌کند که مباشر هرگز تصور نمی‌کند که از یک رانت اطلاعاتی استفاده می‌کند. در شق اول، فاعل جرم همان شخص مشتبه است

چرا که این فرد سهمی را بر اساس توصیه دیگران خریده که مبنای این سهم اطلاعات نهانی بوده است که دیگران از آن اطلاعات آگاه نبوده‌اند، در این صورت او فاعل جرم است ولی به دلیل جهل به موضوع مسئولیت ندارد اما آن مدیر عامل که به او کمک نمود و با توصیه اطلاعات نهانی او را تشویق به خرید نمود، معاون محسوب می‌شود و به استناد معاونت مسئول است. در شق دوم این مثال، مباشر به دلیل این که جاهل است مجازات نمی‌شود و تبرئه می‌شود ولی شخص اغفال کننده به عنوان فاعل معنوی یا مباشر معنوی یا مرتکب مع الواسطه به عنوان مرتکب اصلی جرم محسوب می‌شود و مسئول است. این حالت از بحث اجتماع سبب و مباشر خارج می‌شود و وارد بحث تسبیب می‌شود. علت این امر این است که در این مثال فرد اغفال شده از سوی مدیر عامل در حد وسیله تنزل پیدا می‌کند و اراده او تحت الشعاع اراده مدیر عامل قرار می‌گیرد از این رو جرم به مدیر عامل منتسب است و وی مسئول کیفری دارد. در اینجا پاسخ به چند شبهه دیگر خالی فایده نیست. سوال اول اینکه اگر کسی آگاه نباشد که افشاء اطلاعات نهانی جرم است مسئول است یا خیر؟ پاسخ به این پرسش را باید در بحث اشتباه حکمی جست و جو کرد در مورد فردی که عالم به این امر نیست که افشاء اطلاعات نهانی جرم است، جهل به حکم براساس قاعده مذکور رافع مسئولیت نیست، مگر اینکه شرایط موجود در ماده فوق موجود باشد یعنی فرد به هیچ وجه نتواند از احکام و مقررات قانونی اطلاع کسب کند یعنی جهل وی قصوری باشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود که این مورد در مورد بزه افشاء اطلاعات نهانی، موضوعاً منتفی است و محل بحث نیست، اما اگر فرد بداند که افشاء اطلاعات نهانی جرم است اما به کیفیت و میزان کم و کیف مجازات آگاهی نداشته باشد، این جهل نافی مسئولیت نیست. تکلیف این امر به صراحت در ماده ۱۵۵ پیش گفته، ذکر گردید. شبهه دیگر این که، اگر فردی که اطلاعات برحسب وظیفه در اختیار او قرار گرفته تصور کند که اطلاعات نهانی که برای شخص ثالث افشاء می‌کند در هر صورت بر تصمیم وی اثر گذار نیست و فرد ثالث پیش از آگاهی از اطلاعات نهانی نیز قصد معامله سهم را داشته آیا در اینجا این تصور فرد مبنی بر عدم تاثیر اطلاعات در تصمیم فرد تاثیری بر مسئولیت او دارد؟ به نظر می‌رسد در هر حال جرم افشاء اطلاعات نهانی تحقق یافته است، زیرا علم به تاثیرگذاری اطلاعات بر تصمیم فرد به علم به اوصاف اطلاعات نهانی باز می‌گردد. پیش‌تر اشاره کردیم که اطلاعات نهانی موضوع بزه افشاء محسوب می‌شوند. این اطلاعات دارای یک مقوم اصلی هستند که این مقوم افشاء نشده بودن این اطلاعات برای عموم است. از این رو، تنها در همین اندازه که فرد دهنده اطلاعات بداند که اطلاعاتی را به ثالث انتقال می‌دهد که برای عموم افشا نشده و با افشاء اطلاعات به ثالث او را از یک اطلاعاتی مطلع می‌کند، کفایت می‌کند و دیگر نیازی به علم داشتن به سایر اوصاف غیر مقوم اطلاعات نهانی نیست. اثبات این اوصاف یک کار قضایی است که بر عهده قاضی است که آن دو جزء غیر مقوم را اثبات کند والا برای جرم بودن عمل صرف علم به افشاء نشده بودن اطلاعات کفایت می‌کند. در همین مساله یک شبهه مطرح می‌شود و آن این که اگر فردی اطلاعات نهانی را برای کسی افشاء کند که اساساً

می‌داند که هیچ استفاده‌ای از این اطلاعات نمی‌کنند ولی آن افراد ثالث بروند و بر اساس این اطلاعات معامله کنند آیا این اشتباه تأثیری در مسئولیت فرد مرتکب دارد؟ به نظر می‌رسد این امر تأثیری در مسئولیت مرتکب ندارد علت این امر این است که: (۱) نخست علم به پیامد و آثار جرم از سوی مرتکب از جمله آگاهی‌های لازم برای تحقق جرم نیست. (مهرانی، ۱۳۸۵، ص ۷۹) به عبارت دیگر جرم افشاء اطلاعات نهانی یک جرم مطلق است و صرف‌نظر از این که اطلاعات افشاء شده مورد استفاده قرار بگیرند یا خیر، عمل مرتکب جرم است. بنابراین علم داشتن فرد یا علم نداشتن فرد ماهیت جرم را تغییر نمی‌دهد و در اصل جرم بودن عمل تأثیری ندارد. (۲) علم داشتن نسبت به اقدام مرتکب یا ثالث گیرنده اطلاعات از علم لازم برای محقق شدن جرم خروج موضوعی دارد و با هدف جرم انگاری محض این علم که تحقق نظم و امنیت در بازار سرمایه و حمایت از سرمایه‌گذاران است و به نظم و امنیتی که نظم بازار سرمایه است ضرر وارد می‌کند. شبهه دیگر این که در صورتی که فرد به دلیل اوضاع و احوالی که نحو متعارف وی را احاطه کرده بر این باور است که اطلاعات آنقدر بین اعضاء بازار منتشر شده که حداقل طرف مقابل او که با وی معامله کرده یا اطلاعات را دریافت می‌کند از آن آگاهی دارد، به بیان دیگر اگرچه دارنده‌ی اطلاعات در بادی امر می‌داند که اطلاعات نهانی است اما اقدامات انتقال گیرنده او را به این اشتباه‌انداخته که اطلاعات نهانی نیست و آن فرد به گمان این که اطلاعات نهانی نیست، اطلاعات را افشاء می‌کند آیا در این مورد افشاء اطلاعات نهانی از سوی فرد تحقق یافته است. در این مثال چون اشتباه به یکی از اوصاف اصلی جرم که همان موضوع جرم است تحقق یافته است، باعث وقوع جرم از سوی دهنده اطلاعات نمی‌شود. اما اگر انتقال گیرنده با علم به این که می‌داند اطلاعات نهانی است او را اغفال کرده باشد، او را مباشر معنوی و در حکم مباشر محسوب می‌کنیم و مسئولیت را به دلیل این که او انتقال دهنده را مغرور ساخته بر دوش او می‌اندازیم و او را مجازات می‌کنیم. البته عده‌ای نیز قائل به این امر هستند که در این مثال باید نخست به این امر توجه کنیم که آیا فرد غار، شرایط مندرج در بند ۱ ماده ۴۶ را دارد تا بتوانیم او را در حکم مباشر محسوب کنیم و مسئولیت را به وی تسری دهیم. این استدلال به نظر می‌رسد چندان به واقعیت نزدیک نیست چرا که ما در مورد مثال موضوع بحث فرد غار را صرفاً به جهت مسئولیت در حکم مباشر محسوب می‌کنیم تا با استفاده از این شگرد بتوانیم وی را مجازات کنیم و نه این که از همه لحاظ و با رعایت کلیه شرایط او را فی الواقع مباشر محسوب کنیم. شبهه دیگر این است که اگر فردی که اطلاعات که بر حسب وظیفه در اختیار او قرار گرفته است بنا بوده آنها را برای شرکت الف که قصد معامله براساس این اطلاعات را داشتند، افشاء کند ولی به اشتباه اطلاعات را برای شرکت ب افشاء می‌کند آیا در این جا بزه مذکور تحقق یافته است؟ در اینجا به نظر می‌رسد جرم مورد نظر تحقق یافته است چرا که آنچه برای تحقق یافتن این جرم موضوعیت دارد، افشاء نشدن اطلاعات در غیر مورد مقرر است و خارج از کانال قانونی است و دیگر اهمیتی ندارد که مخاطب این افشاء گروه (الف) باشد یا گروه (ب)؛ بنابراین در اینجا اشتباه فرد، اساساً

تأثیری در تحقق جرم ندارد و جرم مزبور محقق شده است. شبهه دیگر اینکه اگر فردی که اطلاعات بر حسب وظیفه در اختیار وی قرار گرفته، به تصور اینکه مخاطب وی فردی است که باید اطلاعات را بنا بر یک تکلیف قانونی برای وی افشاء کند اما پس از افشاء متوجه می‌شود که این فرد، شخص ثالث که باید به موجب قانون اطلاعات به او داده می‌شد نبوده، آیا در این حالت جرم افشاء اطلاعات محقق شده است؟ در اینجا دو نظر مطرح است، گروهی بر این اعتقادند که فردی که اطلاعات بر حسب وظیفه در اختیارش قرار گرفته مکلف شده که در پاره‌ای موارد بنا به حکم قانون و در موارد مقرر اطلاعات را به اشخاص خاصی ارائه کند باید مراعات مسائل امنیتی را می‌نموده و تا از هویت گیرنده‌ی اطلاعات مطمئن نمی‌گردید، اطلاعات را به وی ارائه نمی‌کرده است. بنابراین این رفتار وی مبنی بر بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی و مراعات نکردن جوانب دور اندیشی است، لذا این اشتباه تأثیری در مسئولیت او ندارد و او مجرم است. (بهرامفر، ۱۳۸۴، ص ۴۹) این گروه از صاحب‌نظران وضعیت فرد دهنده‌ی اطلاعات را شبیه راننده خطا کاری می‌دانند که به دلیل بی‌مبالاتی در توجه کافی به میزان سرعت نوشته بر روی تابلوی راهنمایی و رانندگی، میزان سرعت را اشتباه می‌بیند و قصد دارند خود را از اتهام رانندگی با سرعت غیر مجاز مبرا سازند. این گروه این نوع اشتباه را از جمله اشتباهات فرعی و بی‌اهمیت می‌دانند و معتقدند فرد با اقدام علیه خود و مراعات نمودن جوانب احتیاط، موظف است مسئولیت را بر عهده بگیرد و مجازات شود. اما اگر مراعات همه جوانب احتیاط را نموده باشد مسئول، نیست. گروه دوم معتقدند این عمل جرم نیست. استدلال این گروه این است که فرد دهنده‌ی اطلاعات اساساً قصد افشاء اطلاعات را در خارج از کانال مقرر نداشته است و به تصور قانونی بودن اقدامش این عمل را انجام داده و ارائه اطلاعات کرده است. از این رو چون شق غیر عمدی افشاء اطلاعات در غیر مورد مقرر جرم محسوب نشده، مجرم نیست و مسئولیتی از این حیث متوجه او نیست. از بین دو استدلال مطروح به نظر می‌رسد استدلال گروه اول به واقع نزدیک‌تر است.

۴- مجازات افشاء اطلاعات نهانی

مجازات دارای اصولی می‌باشد که از جمله مهم‌ترین این اصول می‌توان به اصل تناسب جرم و مجازات اشاره کرد. این اصل دارای کارکردهای چند مانند ممانعت از سردرگمی اخلاق عمومی، شناور شدن قانون و... است مضاف بر این موارد اجرای این اصل موجب تقویت حس قانون‌مداری در شهروندان مبنی بر وجود قانون منصفانه می‌شود. رعایت اصل تناسب نشانگر پای بندی قانون‌گذار به مبانی جرم انگاری است چرا که یکی از مبانی جرم انگاری پاسداری این اصل است. کلارکسون معتقد است، هیچ کس برای شکستن فندق از پتک استفاده نمی‌کند و هیچ کس برای جرمی با وخامت اندک، مجازات شدید پیشنهاد نمی‌کند. به همین منظور وی پیشنهاد می‌کند برای سزادهی به صورت عادلانه باید به چند نکته دقت نمود: ۱) نخست لزوم توجه به فواید و هزینه‌های کیفر انگاری بسته به فواید و هزینه‌های جرم

انگاری ۲) لزوم توجه به افکار عمومی ۳) طیف بزه دیدگان. منظور از هزینه‌ها و فواید کیفر انگاری بسته به نوع جرم این است که آیا جرم از زمره‌ی جرایم مانع است یا این که از این طیف از جرایم نیست. در صورتی که جرم از زمره جرائم مانع باشد چون هدف مقنن این است که با جرم انگاری یک رفتار از رفتارهای خطرناک‌تر پسینی جلوگیری کند، کیفر باید به اندازه‌ای شدید باشد که وجهه‌ی بازدارندگی داشته باشد و بتواند مرتکب را از انجام رفتارهای مجرمانه‌ی بعدی بر حذر دارد. منظور از لزوم توجه به افکار عمومی این است که کیفر چه اثر ظاهری و باطنی دارد. منظور از اثر باطنی کیفر، رنجی است که بزهکار با تحمل مجازات متحمل می‌شود و منظور از اثر ظاهری کیفر اثر بازدارنده‌ای است که سایر افراد به آن بزهکاران بالقوه بعد از تحمل مجازات از سوی بزهکار، حاصل می‌کنند. ۳) منظور از طیف بزه دیدگان این است که به هر اندازه تعداد بزه دیدگان یک جرم بیشتر باشند، میزان ارباب‌آور بودن و بازدارندگی مجازات نیز بایست بیشتر باشد و هر اندازه تعداد بزه دیدگان کمتر باشند، این اثر باید کمتر باشد. به لحاظ این سه سنجه است که مجازات مناسب بر بزهکار تحمیل می‌شود. در ادامه به تحلیل این سه معیار بر روی مجازات استفاده از اطلاعات نهانی می‌پردازیم؛ مجازات این جرم به استناد صدر ماده ۴۶ عبارت است از "به دو تا ۵ برابر سود بدست آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات محکوم خواهند شد" این مجازات با توجه به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، درجه‌ی هفت و مجازات اصلی است. مجازات اصلی مجازاتی است که قانون‌گذار به صراحت برای یک رفتار مجرمانه با ذکر در مقرره‌ی قانونی در نظر گرفته است این مجازات اغلب جنبه‌ی الزام‌آور دارد و مورد حکم قاضی قرار می‌گیرد. در مورد این بزه، مجازات تکمیلی اعمال نمی‌شود چرا که اعمال مجازات تکمیلی به موجب ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی است تنها در مورد جرایمی که مستلزم مجازات حد، قصاص یا تعزیر از درجه‌ی شش تا یک است، امکان‌پذیر می‌باشد. اعمال مجازات تبعی در مورد این جرم نیز امکان‌پذیر نیست چرا که این مجازات نیز تنها در مورد جرایم عمدی مستلزم مجازات‌های ماده ۲۵ اعمال و اجرا می‌شود و مجازات استفاده از اطلاعات نهانی از این طیف جرایم نیست. از سوی دیگر مجازات مندرج در صدر ماده ۴۶ دو گونه است: ۱) جزای نقدی نسبی. ۲) حبس. جزای نقدی نسبی این حسن را دارد که متناسب با میزان سودی که عاید بزهکار می‌شود و نرخ تورم، قابلیت تغییر و نوسان دارد و ایستا نیست. برای محاسبه‌ی جزای نقدی قانون‌گذار در این ماده سود حاصله را ملاک قرار داده است. سود در اصطلاح علم اقتصاد، برابر با تفاوت درآمد و هزینه است، یعنی مازاد درآمد کسب شده بر هزینه‌های واقع شده را می‌سنجیم و تفاضل این دو را سود محسوب می‌کنیم. گروهی مضاف بر این ملاک، افزایش دارایی را نیز سود محسوب می‌کنند و معتقدند افزایش دارایی در زمانی که دارایی به فروش برسد یا شرکت منحل شود سود محسوب می‌گردد. در این ماده سود حاصله اهمیت دارد و مادامی که دارایی به فروش برسد و سودی فعالیت نیابد، صرف افزایش دارایی سود محسوب نمی‌شود.

حبس مندرج در این ماده ۳ ماه تا ۱ سال است. این میزان نیز با توجه به مانع بودن بزه استفاده از اطلاعات نهانی اندک است. افکار عمومی نیز این مجازات را متناسب با بزه صورت گرفته نمی‌داند چرا که افرادی که مرتکب این بزه شده‌اند، افرادی هستند که بر حسب وظیفه به اطلاعات دست یافته اند و از اعتماد مالکان اصلی اطلاعات که فی‌الواقع سهامداران هستند سواستفاده نموده و با ارائه کردن اطلاعات به طیف خاصی از افراد، اعتماد و امنیت در بازار سرمایه که دو رکن کلیدی برای سهامداران است را، مخدوش نموده‌اند. در پایان با توجه به این توضیحات به نظر می‌رسد کیفر پیش‌بینی شده در این ماده نه تنها استحقاق سزای بزهکار را ندارد بلکه فرد را از کلیه ارفاقات پیش‌بینی شده در قانون مجازات اسلامی از جمله تعویق، تعلیق، تخفیف و... با محقق شدن شرایط بهره‌مند می‌کند از این رو هم به لحاظ کمیت و هم کیفیت متناسب با جرم مطروحه نمی‌باشد و نیاز به بازبینی اساسی دارد.

نتیجه‌گیری

از مباحث پیش گفته معلوم می‌شود که هر چند مقنن در جرم انگاری استفاده از اطلاعات نهانی کوشیده و در صدد این امر بوده که با وضع ضمانت اجرای کیفری از افشاء اطلاعات نهانی در غیر از کانال مقرر جلوگیری کند اما دو نکته را فراموش کرده است. نخست این که چرا مرتکبین این بزه تنها اشخاصی هستند که بر حسب وظیفه‌ی خود به اطلاعات دست یافته‌اند و بهتر بود که مقنن این محدودیت را قائل نمی‌شد و دامنه‌ی مرتکبین را به همه‌ی اشخاص تسری می‌داد. دوم این که مجازاتی که برای این جرم در نظر گرفته، اندک و مبهم است، با وجود این که در صدر ماده‌ی ۴۶ این قانون برای مرتکبین جزای نقدی معادل ۲ تا ۵ برابر سودی که در اثر ارتکاب جرم تحصیل می‌شود یا زیانی که با ارتکاب جرم از وقوع آن جلوگیری شده به عنوان یک مجازات و حبس از سه ماه تا یک سال به‌عنوان مجازات تعیین نموده، اما نحوه‌ی محاسبه‌ی سود بدست آمده در اثر جرم یا زیانی که با وقوع جرم از محقق شدن آن جلوگیری شده در قانون مورد حکم قرار نگرفته است، از سوی دیگر حبس تعیین شده در این مقرر نیز اندک است و از درجه‌ی ۷ محسوب می‌شود که به جای سخت‌گیری نسبت به این مرتکبین مشمول هرگونه اقدام ارفاق‌آمیز می‌شود با این اوصاف به نظر می‌رسد قانون‌گذار بدون در نظر گرفتن اصل تناسب جرم و مجازات، طیف بزه دیدگان و لزوم توجه به فواید و هزینه‌های جرم انگاری و کیفر انگاری به جرم انگاری دست یازیده و باعث تشتت آراء محاکم و تضییع حقوق اشخاص خصوصاً سهامداران جزء شده است.

فهرست منابع

الف- منابع فارسی

- ۱- بهرامفر، نقی، بررسی تاثیر اطلاعات نهانی بر بازدهی آتی سهام پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران، بررسی‌های حسابداری و حسابرسی، سال یازدهم، شماره ۳۷، پاییز ۱۳۸۵
- ۲- پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵
- ۳- تفرشی، محمد عیسی، مباحث تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸
- ۴- ثقفی، علی، "هزینه‌ی حقوق صاحبان سهم و ویژگی‌های سود"، تحقیقات حسابداری، شماره ۲، ۱۳۸۸
- ۵- دوانی، غلام‌حسین، بورس، سهام و نحوه‌ی قیمت‌گذاری سهام، نشر نخستین، چاپ سوم، ۱۳۸۳
- ۶- شریفی، سید الهام‌الدین، بررسی تطبیقی جنبه‌های حقوقی معاملات در بازار بورس اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات محرمانه، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، شماره ۶، ۱۳۸۳
- ۷- علم‌الهدی، سید مهدی، بررسی روش‌های کشف و ممانعت از انجام معاملات متکی بر اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار تهران، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد رشته‌ی حسابداری دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز ۱۳۸۴
- ۸- قائمی، محمد حسین، "بررسی نقش اطلاعات نهانی در کاهش عدم تقارن اطلاعاتی در بورس اوراق بهادار تهران"، بررسی‌های حسابداری و حسابرسی، شماره ۴۱، ۱۳۸۴
- ۹- کدخدایی، حسین، "مبانی مقررات بازار سرمایه، چاپ اول، تهران، بیمه‌ی مرکزی ایران، ۱۳۷۸
- ۱۰- مهرانی، ساسان، "استفاده از اطلاعات نهانی جهت تفکیک شرکت‌های موفق و ناموفق"، بررسی حسابداری و حسابرسی، سال یازدهم، شماره ۳۸، زمستان ۱۳۸۵
- ۱۱- نصیری، مرتضی، "استفاده از اطلاعات نهانی در شرکت‌های ایرانی"، مجله‌ی کانون وکلای دادگستری، دوره‌ی جدید، شماره ۳، فروردین ۱۳۸۰
- ۱۲- نوروش، ایرج، "بررسی رابطه‌ی کیفیت و مدیریت سود"، بررسی‌های حسابداری و حسابرسی، شماره ۱۶، ۱۳۸۸
- ۱۳- هاشمی، سید روح‌الله، بررسی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران با نگرش به حقوق انگلیس و فرانسه، پایان‌نامه برای دریافت درجه‌ی کارشناسی ارشد در رشته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی، استاد راهنما: ایرج گندوزیان، استاد مشاور: سید علی آزمایش، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴

ب- منابع لاتین

- 1- Altman, E. (2014), *financial information and the prediction of corporate bankruptcy*, *journal of finance*, 4 september
- 2- Beaver. w. (2011), *inside information and insider*, *empirical research in accounting, selected studies, supplement to vol. 4*
- 3- Casey, c.j.jr (2004), *disclosure of inside information*, *journal of law research, springer*
- 4- FRYDMAN, H (2009), Altman, "introducing recursive partitioning for financial information: the case of financial distress, *journal of finance*, 40
- 5- Hamer, M. (2011), *disclosure of inside information*, *journal of law and public policy*
- 6- Lu, y. (2009) *candwong, w.k and wongw.k, probability of information based trading as a pricing factor in stock market*, *international research journal of finance and economics*
- 7- Tam, k. (2010), *use of inside information*, *journal of science*, 38 (7) (july)

