



موضوع	رای شماره ۱۴۰۲۳۱۳۹۰۰۰۱۶۶۱۵۵۷ مورخ ۱۴۰۲/۰۶/۲۹ هیأت تخصصی مالیاتی ، بانکی دیوان عدالت اداری (موضوع شکایت و خواسته : ۱- تقاضای ابطال تبصره (۱) ماده (۱۰) دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها مورخ ۲۸/۲/۱۴۰۰ مصوب جلسه سیصد و چهاردهم شورای پول و اعتبار ۲- ابطال اطلاق ماده (۳۱) دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها مورخ ۲۸/۲/۱۴۰۰ مصوب جلسه سیصد و چهاردهم شورای پول و اعتبار ۳- ابطال عبارت «... مطالبه وجه ضمانت نامه بانکی یا گواهی مسدودی سپرده بانکی ...» از ماده (۴۱) دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها مورخ ۲۸/۲/۱۴۰۰ مصوب جلسه سیصد و چهاردهم شورای پول و اعتبار)
بسمه تعالی هیات تخصصی مالیاتی ، بانکی * شماره پرونده : ه ت / ۰۲۰۰۰۲۷ شماره دادنامه سیلور: ۱۴۰۲۳۱۳۹۰۰۰۱۶۶۱۵۵۷ تاریخ: ۱۴۰۲/۰۶/۲۹ * شاکی : آقای رضا باستانی نامقی* طرف شکایت : بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران* موضوع شکایت و خواسته : ۱- تقاضای ابطال تبصره (۱) ماده (۱۰) دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها مورخ ۲۸/۲/۱۴۰۰ مصوب جلسه سیصد و چهاردهم شورای پول و اعتبار ۲- ابطال اطلاق ماده (۳۱) دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها مورخ ۲۸/۲/۱۴۰۰ مصوب جلسه سیصد و چهاردهم شورای پول و اعتبار ۳- ابطال عبارت «... مطالبه وجه ضمانت نامه بانکی یا گواهی مسدودی سپرده بانکی ...» از ماده (۴۱) دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها مورخ ۲۸/۲/۱۴۰۰ مصوب جلسه سیصد و چهاردهم شورای پول و اعتبار * شاکی دادخواستی به طرفیت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به خواسته فوق الذکر به دیوان عدالت اداری تقدیم کرده که به هیات عمومی ارجاع شده است متن مقرر در شکایت به قرار زیر می باشد: ماده ۱۰ - حداقل مبلغ سرمایه به منظور تأسیس و فعالیت صرافی تضامنی و صرافی وابسته به مؤسسات اعتباری در استان تهران و شهرهای بزرگ (اصفهان، اهواز، تبریز، شیراز، کرج، مشهد، قم و ارومیه) مبلغ دویست و پنجاه میلیارد ریال و در سایر شهرها مبلغ یکصد و سی میلیارد ریال تعیین می گردد که لازم است قبل از ثبت صرافی تماماً به صورت نقدی نزد یکی از مؤسسات اعتباری تودیع گردد. تبصره ۱ - بانک مرکزی می تواند نسبت به تغییر حداقل سرمایه موضوع این ماده حسب شرایط و اقتضایات از جمله نرخ تورم اقدام نماید. ماده ۳۱ - صرافی موظف است گزارش و صورت های مالی سالیانه حسابرسی شده را به همراه گزارش برگزاری مجامع حداکثر ۴ ماه پس از پایان سال مالی تهیه و به بانک مرکزی ارسال نماید. ماده ۴۱ - در صورت وقوع هر یک از موارد ذیل توسط صرافی، بانک مرکزی می تواند حسب مورد نسبت به تذکر کتبی، اخطار کتبی، توقف برخی فعالیت های صرافی، سلب صلاحیت اعضای هیات مدیره و مدیر عامل، افزایش مبلغ ضمانت نامه بانکی یا گواهی مسدودی حساب سپرده بانکی، مطالبه وجه ضمانت نامه بانکی یا گواهی مسدودی حساب سپرده بانکی، تعلیق فعالیت یا ابطال اجازه نامه فعالیت و یا سایر اقدامات قانونی اقدام نماید.* دلایل شاکی برای ابطال مقرر در شکایت : خواسته نخست - ابطال تفویض اختیار شورای پول و اعتبار به بانک مرکزی در خصوص تغییر حداقل سرمایه لازم برای تأسیس و فعالیت صرافیدر ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها مصوب جلسه سیصد و چهاردهم شورای پول و اعتبار به تاریخ ۲۸/۲/۱۴۰۰ حداقل سرمایه لازم برای تأسیس و فعالیت صرافی ها معین شده است و در تبصره ۱ ماده مذکور، اختیار تغییر این مبلغ به بانک مرکزی تعویض شده است. در حوزه حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت است و هر چند شورای پول و اعتبار حسب قوانین متعدد مصوب مجلس شورای اسلامی اختیار تعیین ضوابط حاکم بر تأسیس و فعالیت صرافی ها را دارد؛ اما تفویض این اختیار به یک نهاد مستقل دیگر نیازمند تجویز خاص قانون گذار است و شورای پول و اعتبار بدون اجازه قانون گذار صلاحیت ندارد که اختیار خود را به بانک مرکزی که یک نهاد مستقل حقوقی است تفویض نماید. از این حیث اقدام شورای پول و اعتبار در تصویب تبصره ۱ ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی تأسیس فعالیت و نظارت بر صرافی ها مصوب جلسه سیصد و چهاردهم شورای پول و اعتبار به تاریخ ۲۸/۲/۱۴۰۰ خارج از حدود اختیارات بوده است. خواسته دوم - ابطال اطلاق ماده ۳۱ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها در خصوص برخی از شرکت های سهامی خاص و نسبت به کلیه شرکتهای تضامنیطبق مقرر در اعتراض که متن آن به شرح فوق است، کلیه صرافی ها ملزم گردیده اند که همه ساله گزارش برگزاری مجامع خود را حداکثر ۴ ماه پس از پایان سال مالی تهیه و به بانک مرکزی ارسال نمایند. از آنجا که طبق ماده ۳ همین دستور العمل، صرافی ها می توانند در قالب شرکت سهامی خاص یا شرکت تضامنی ثبت شوند؛ در نتیجه اطلاق مقرر فوق سبب می شود که کلیه صرافی ها اعم از اینکه در قالب شرکت سهامی خاص یا شرکت تضامنی باشند مشمول حکم ماده ۳۱ دستورالعمل مورد اشاره قرار بگیرند. اطلاق حکم مندرج در ماده ۳۱ دستورالعمل از چند حیث واجد ایراد است: اولاً هر چند طبق ماده ۸۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ شرکتهای سهامی خاص مکلف هستند که سالیانه یکبار در موقعی که اساسنامه پیش بینی کرده است تشکیل جلسه بدهند؛ اما باید توجه داشت که لزوماً در اساسنامه همه شرکت ها موعد تشکیل مجمع عمومی سالیانه ظرف چهار ماه از ابتدای سال مالی نیست. البته دور از نظر نیست که در اساسنامه نمونه اداره ثبت شرکتهای به صورت شرط نمونه مهلت	

چهار ماهه برای تشکیل مجمع عمومی سالیانه پیش بینی شده است؛ اما این مسئله قاعده آمره نیست و شرکتهای سهامی خاص میتوانند این موعد را کمتر یا زیاده‌تر کنند. بدین لحاظ الزام کلیه شرکتهای سهامی خاص مبنی بر اینکه گزارش تشکیل مجمع باید حتماً ظرف چهارماه از پایان سال مالی تهیه و به بانک مرکزی ارسال شود، برخلاف مقررات لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت است؛ زیرا طبق ماده ۸۹ لایحه قانونی مذکور، تشکیل مجمع عمومی سالیانه در این قسم از شرکتهای باید در موقعی که اساسنامه پیش بینی شده است صورت بگیرد و این موقع میتواند کمتر، مساوی یا بیشتر از چهار ماه باشد. تحدید این ماده توسط یک دستورالعمل که توسط شورای پول و اعتبار تصویب شده است، برخلاف قانون و خارج از حدود اختیارات مقام تصویب کننده است. عمده صرافیهای که به صورت شرکتهای تضامنی ثبت می‌شوند و تحت شمول مواد ۱۱۶ تا ۱۴۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ هستند در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ فقط در مورد برخی شرکتهای تجاری مانند شرکتهای با مسئولیت محدود که عده‌ی شرکا آن بیش از دوازده نفر باشد تشکیل مجمع عمومی اجباری گردیده است؛ (ماده ۱۰۹ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱) اما در مورد شرکت تضامنی چنین الزامی اساساً وجود ندارد و تشکیل مجمع عمومی تحت هیچ شرایطی اجباری نیست. بدین لحاظ اطلاق ماده ۳۱ دستورالعمل که در آن، صرافیهای ثبت شده به عنوان شرکت تضامنی ملزم گردیده‌اند که همه ساله مجمع عمومی تشکیل بدهند، برخلاف قانون تجارت و همچنین خارج از حدود اختیارات است. خواسته سوم - ابطال عبارت «... مطالبه وجه ضمانت نامه بانکی یا گواهی مسدودی سپرده بانکی...» از ماده ۴۱ دستورالعمل اجرایی تأسیس فعالیت و نظارت بر صرافیها به دلیل مخالفت با قوانین و مقررات ماده ۴۱ دستورالعمل مورد اعتراض، شورای پول و اعتبار به بانک مرکزی اجازه داده است که بنا به صلاح دید خود نسبت به اجرای برخی مجازاتهای مالی نسبت به صرافیهای متخلف اقدام نماید. این مجازاتها می‌تواند شامل مطالبه وجه ضمانت نامه تأدیه شده به بانک مرکزی یا مطالبه وجه سپرده‌ای که نزد آن بانک به امانت سپرده شده است، باشد. مسلماً وصول مبالغ مورد اشاره در ماده ۴۱ دستورالعمل مورد اشاره مصداق مجازات مالی است؛ زیرا طبق ماده مذکور تخلف صرافیهی منجر به این می‌شود که بانک بدون مراجعه به هیچ گونه مرجع قضایی صالح، رأساً جریمه مالی را از متخلف وصول کند؛ این در حالی است که این مصوبه بنا به مستندات قانونی بسیاری خلاف قانون است. به دلالت بندهای ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جزای نقدی یکی از اقسام مجازاتهای تعزیری است و تعزیرات طبق ماده ۱۴ همان قانون جزو مجازاتها می‌باشد. همچنین طبق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود. طبق اصل سی و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» همچنین طبق ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد.» بدین لحاظ اولاً شورای پول و اعتبار نمی‌تواند نسبت به تعیین مجازات و تبعاً جرم انگاری یک رفتار اقدام کند؛ زیرا جرم انگاری رفتارها مختص به قانون گذار است و سایر ارگانهای دولتی حق جرم انگاری رفتارهای شهروندان را ندارند. ثانیاً حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح باشد؛ این در حالی است که طبق مصوبه شورای پول و اعتبار به بانک مرکزی اجازه بی حد و حصری داده شده است که نسبت به دریافت جزای نقدی به هر نحو که خود صلاح دانست اقدام کند. - مضاف به موارد فوق طبق تبصره ماده ۷۱ مکرر قانون محاسبات عمومی کشور مقرر گردیده است که: «دریافت و پرداخت هر گونه وجهی تحت هر عنوان توسط دستگاههای اجرایی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده (۵) قانون محاسبات عمومی باید در چهارچوب قوانین موضوع کشور باشد و هر گونه دریافت و پرداخت برخلاف مفاد این ماده در حکم تصرف غیر قانونی در اموال دولتی است. کلیه مسؤولان و مقامات ذی ربط، مدیران، ذی حسابان و مدیران مالی حسب مورد مسؤول اجرای این حکم می‌باشند.» بدین لحاظ اقدام شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی مبنی بر اینکه بدون طی تشریفات قانونی وجه سپرده ضبط گردد، برخلاف حکم اخیر الذکر نیز می‌باشد. - همچنین طبق ماده ۶۰۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) «هر یک از مسؤولین دولتی و مستخدمین و مأمورینی که مأمور تشخیص یا تعیین یا محاسبه یا وصول وجه یا مالی به نفع دولت است برخلاف قانونی یا زیاده بر مقررات قانونی اقدام، و وجه یا مالی اخذ، یا امر به اعد آن نماید به حبس از دو ماه تا یک سال محکوم خواهد شد. مجازات مذکور در این ماده در مورد مسؤولین و مأمورین شهرداری نیز مجری است و در هر حال آنچه برخلاف قانون و مقررات اخذ نموده است به ذیحق مسترد می‌گردد.» بدین لحاظ اخذ وجه یا امر به آن مازاد بر آنچه مقررات قانونی گفته است، برخلاف نظم عمومی و جرم است؛ در نتیجه بخش مورد اعتراض از ماده ۴۱ دستورالعمل بدین لحاظ نیز واجد اشکال قانونی و برخلاف نظم عمومی است.* در پاسخ به شکایت مذکور، اداره دعاوی حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به طور خلاصه توضیح داده است که: «اولاً: هر چند علی‌الاصول اشخاص در زمان ایجاد شخصیت حقوقی، محدودیتی (جزء در موارد مذکور در قوانین تجارتی و ثبتی) از نظر انتخاب نوع شخصیت (سهامی عام یا خاص، مسئولیت محدود، تضامنی و...) میزان سرمایه اولیه و... ندارد. اما زمانی که هدف متقاضیان از تأسیس شخصیت حقوقی، انجام فعالیت بانکی، پولی، اعتباری یا دیگر فعالیتهای نیازمند اخذ مجوز باشند، باید از مقررات حاکم در این خصوص پیروی نمایند. ثانیاً صلاحیت این بانک جهت وضع مقررات، از بدو حیات مؤسسه اعتباری تا خاتمه آن (ختم عملیات تصفیه) تداوم دارد. به موجب بند «الف» ماده ۲۱ قانون احکام دائمی برنامههای توسعه کشور، علاوه بر تأسیس و ثبت، فعالیت صرافیهای نیز صرفاً با مجوز بانک مرکزی و به موجب مقررات مصوب شورای پول و اعتبار امکانپذیر می‌باشد. ۱- در ارتباط با حذف تبصره (۱) ماده (۱۰) دستورالعمل صرافیهی در خصوص «تغییر حداقل سرمایه لازم حسب شرایط و اقتضایات از جمله نرخ تورم» معروض می‌دارد هدف از تعیین حداقل سرمایه تعیین شده، امکان عملی انجام موضوع شرکت، کاهش ریسکهای ناشی از عملیات صرافیهی و تعهدات آن در برابر مشتریان صرافیهی می‌باشد. ضمن آن که مطابق مواد (۲۶) و (۲۷) دستورالعمل مزبور، تعهدات فروش و وضعیت باز ارزی (تفاوت خرید و فروش ارزش) صرافیهی بر مبنای صرافیهی از سرمایه ثبتی شرکت صرافیهی و فروش سالانه شرکت صرافیهی مزبور می‌باشد. لذا، با عنایت به مراتب یاد شده و با توجه به افزایش نرخ ارزش طی سنوات اخیر، شرکتهای صرافیهی ملزم به افزایش سرمایه در چارچوب دستورالعمل مزبور می‌باشند. همچنین، با توجه به امکان افزایش نرخ ارزش و لزوم ایجاد تناسب بین سرمایه صرافیهی با میزان تعهدات شرکت صرافیهی، این اختیار به بانک مرکزی داده شده است که حداقل

سرمایه بر اساس شرایط اقتصادی از جمله سطح عمومی قیمت ها مورد بازنگری قرار گیرد. ۲- در خصوص ابطال مفاد ماده (۳۱) دستورالعمل صرافی و ایراد شاکی مبنی بر لزوم تفاوت بین شرکتهای سهامی خاص و تضامنی بیان می دارد: اولاً: وفق موازین مندرج در بند «۱» این اشخاص متقاضی اخذ مجوز فعالیت صرافی هستند که وظیفه تطبیق با مقررات این بانک را دارند. ثانیاً: متقاضیان مذکور با آگاهی کامل از موازین حاکم نسبت به ارایه تقاضای اخذ مجوز صرافی اقدام نموده و باید اساسنامه شرکت نامه و سایر اسناد خود را به نحوی تنظیم نمایند که مطابق ضوابط این بانک بوده و امکان اجرای آنرا فراهم نمایند خاطر نشان می گردد صرافیهای متقاضی مجوز باید اساسنامه خود را مطابق اساسنامه نمونه ابلاغی این بانک تنظیم نمایند. ثالثاً: نظارت بر معاملات ارزی شرکت های صرافی بر عهده این بانک بوده و صورتهای مالی حسابرسی شده یکی از ابزارهای اعمال نظارت بر فعالیت و عملکرد شرکتهای صرافی است. ۳- در خصوص حذف «... مطالبه وجه ضمانت نامه یا گواهی مسدودی حساب سپرده بانکی...» از مفاد ماده (۴۱) دستورالعمل و ایراد شاکی مبنی بر لزوم جرم انگاری توسط قانونگذار: اولاً: بر خلاف تصور شاکی، ضمانت نامه یا گواهی مسدودی سپرده بانکی صرفاً به عنوان تضمینی جهت اجرای صحیح تعهدات صرافی مطابق با قوانین و مقررات ابلاغی توسط این بانک مرکزی است و وجه آن در صورت نقض عهد و به صورت بی قید و شرط توسط این بانک وصول می گردد. (موضوعی که در ماده ۱۶ دستورالعمل نیز به آن اشاره شده است). به عبارت دیگر مطالبه وجه ضمانت نامه مأخوذه به نوعی مطالبه وجه التزام عدم اجرای تعهدات بوده و ماهیتاً متفاوت از جریمه و مجازات می باشد. ثانیاً: قانونگذار در بند «پ» ماده ۲۱ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه به این بانک صلاحیت برخورد انضباطی و محکوم نمودن متخلفان فعال در حوزه پولی به پرداخت جریمه را اعطا نموده است. خاطر نشان می سازد در صورت عدم امکان مطالبه وجه ضمانت نامه یا گواهی مسدودی سپرده بانکی، بانک مرکزی هیچ نوع ابزاری برای ضمانت اجرای مقررات ابلاغی و انجام صحیح تعهدات صرافی ها در اختیار نخواهد داشت. با عنایت به مراتب فوق و با توجه به اینکه دستورالعمل معترض عنه، مستند به صلاحیت و اختیارات قانونی مندرج در موازین حاکم از جمله قانون پولی و بانکی کشور تنظیم و ابلاغ گردیده و هیچ گونه تخطی از قوانین و مقررات در تنظیم آن وجود ندارد لذا صدور رای شایسته مبنی بر رد شکایت مطروحه به طرفیت این بانک مورد استدعاست. بسمه تعالی پرونده کلاسه هـ ت/ ۲۷۰۰۲۷ در جلسه مورخ ۱۴۰۲/۵/۲۲ هیات تخصصی مالیاتی بانکی با حضور طرفین مورد رسیدگی واقع که با لحاظ عقیده حاضرین با استعانت از درگاه خداوند متعال به شرح ذیل اقدام به انشاء رای می نماید: رای هیات تخصصی مالیاتی، بانکی دیوان عدالت اداری: نظر به اینکه تبصره ۱ ماده ۱۰ و نیز مواد ۳۱ و ۴۱ از دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی ها مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۸ مصوب جلسه سیزدهم و چهاردهم شورای پول و اعتبار، موضوع شکایت شاکی از این جهت است که تغییر حداقل سرمایه از اختیارات بانک مرکزی نبوده و اختیار خاص شورای پول و اعتبار می باشد و تفویض آن به بانک مرکزی خلاف قانون بوده و اینکه طبق ماده ۳۱ صرافی ها ملکف به ارایه گزارش به بانک مرکزی ظرف ۴ ماه از سال مالی شده اند در حالی که سال مالی شرکت ها متفاوت و تشکیل مجامع آنها به موجب قانون تجارت بر اساس اساسنامه آنها صورت می پذیرد و از طرفی اینکه بانک مرکزی نسبت به مطالبه وجه ضمانت نامه بانکی یا گواهی مسدودی سپرده بانکی اقدام نماید وفق ضوابط نمی باشد این در حالی است که شورای پول و اعتبار در راستای اختیارات مندرج در ماده ۱۶ قانون پولی و بانکی کشور و بند ج ماده ۱۱ قانون یاد شده و نیز ماده ۲۱ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور اقدام نموده است و اصولاً شورای پول و اعتبار به عنوان یکی از ارکان بانک مرکزی می باشد و تفویض اختیار برخی امور حاکمیتی از سوی شورا به مجموعه مدیریتی بانک مرکزی در این راستا بوده و اصولاً چون قانونگذار اختیار تعیین دستورالعمل نظارت بر صرافی ها را که متضمن رسیدگی به تخلفات و تعیین محدودیت ها و مجازات متناسب با تخلفات آنها و نیز مبنی شرح وظایف آنها می باشد به شورای پول و اعتبار واگذار نموده که احکام موضوع شکایت بر اساس این اختیار کلی تدوین شده اند و هم موضوعاً و هم اختیاراتاً منافاتی با قانون ندارند به استناد بند ب ماده ۸۴ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲ رای به رد شکایت صادر می نماید. رای یاد شده ظرف بیست روز پس از صدور قابل اعتراض از سوی ریاست معزز دیوان یا ده نفر از قضات گرانقدر دیوان عدالت اداری می باشد. محمد علی برومند زاده رئیس هیات تخصصی مالیاتی، بانک دیوان عدالت اداری