

شماره هـ/۹۴/۶۶۷

۱۳۹۵/۵/۱۷

بسمه تعالی

جناب آقای جاسبی

مدیرعامل محترم روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران

با سلام

یک نسخه از رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۲۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۵/۵ با موضوع:

«ابطال اطلاق ماده ۴۵ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ شورای پول و اعتبار نسبت به صرافی‌هایی که مدت زمان مجوز فعالیت آنها هنوز منقضی نشده است» جهت درج در روزنامه رسمی به پیوست ارسال می‌گردد.

مدیرکل هیأت عمومی و سرپرست هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری - مهدی دربین

تاریخ دادنامه: ۱۳۹۵/۵/۵ شماره دادنامه: ۲۹۵ کلاس پرونده: ۶۶۷/۹۴

مرجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

شاکی: شرکت تضامنی اردوخانی و کریمیان با مدیریت آقای بابک اردوخانی

موضوع شکایت و خواسته: ابطال مواد ۵، ۸، تبصره ماده ۹، ۱۱، ۲۱ و ۴۵ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ شورای پول و اعتبار

گردش کار: شرکت تضامنی اردوخانی و کریمیان با مدیریت آقای بابک اردوخانی به موجب دادخواستی ابطال مواد ۵، ۸، تبصره ماده ۹، ۱۱، ۲۱ و ۴۵ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ شورای پول و اعتبار را خواستار شده و در جهت تبیین خواسته اعلام کرده است که:

«با سلام:

احتراماً در راستای اعمال اصل ۱۷۳ قانون اساسی و مستند به قسمت الف از بند ۱ ماده ۱۰ و ماده ۸۰ قانون دیوان عدالت اداری این شرکت در قالب یکی از چندصد بنگاه اقتصادی فعال در صنف صرافی اعتراض خود را نسبت به دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ که محتوی آن وضع الزامات خارج از توان شرکت‌های صرافی از جمله افزایش غیرمعارف و غیرقابل توجیه سرمایه تأسیس و سپرده تضمین در قالب ضمانتنامه بانکی آن هم با شرط فوریت در افزایش سرمایه و تضمین در مدت محدود به شرح آتی اعلام و با توجه به مغایرت این مصوبه با قوانین ذیل و ایجاد زمینه برای تعطیلی و توقف فعالیت قانونی با سابقه چندین ساله شرکت، همچنین ایجاد رقابت ناسلام تقاضای ابطال آن را دارد:

۱- این دستورالعمل با توجه به زمان تصویب آن صرف نظر از صحت و سقم قانونی آن می‌باید ناظر به بنگاههای اقتصادی (صرافی) تازه تأسیس و در شرف تأسیس باشد، نه در حال تمديد چه این که اثر قانون حسب ماده ۴ قانون مدنی ناظر به آینده است و می‌باید تمایز و تفاوت قائل بود در خصوص شرکت‌های سابق با دارا بودن قریب به ۵۰ سال سابقه کاری با شرکت‌های در شرف تأسیس، لذا تعمیم این دستورالعمل مخالف نص صریح قانون است و این امر ضایع‌کننده و زایل‌کننده حق مکتسبه این شرکت و سایر شرکت‌های مشابه است.

۲- با توجه به منشاء مصوبه و مصوبات شورای پول و اعتبار و اختیارات این شورا که برگرفته از ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱ می‌باشد، اصولاً تعیین تکلیف در خصوص سرمایه لازم جهت ادامه فعالیت شرکت‌های صرافی خارج از صلاحیت ذاتی این شورا بوده و وظیفه این شورا تشریح وظایف و اختیارات بانک مرکزی و تنظیم مقررات مربوط به معاملات ارزی است نه تعیین موارد دوگانه اعلامی معترض‌عنه لذا از این حیث این مصوبه در تضاد و خارج از موضوع و صلاحیت مندرج در قانون مذکور است.

۳- عمده محل اعتراض، مواد ۱۱ و ۲۱ دستورالعمل معترض‌عنه است، که حاصل آن، جهش آن از سوی شرکت‌های صرافی حاضر شرکتهایی است که اساس عملکرد آنها تعهد به نظام ارزی و پولی و بانکی و مقررات جاریه می‌باشد و این امر حاصلی جز عدم امکان تمديد مجوز تعطیلی و از کار افتادن چرخه اقتصادی در این صنف در سطح داخلی و خارجی و لطمات و خسارات عمده شخصی و ملی خواهد داشت و این امر نیز با روح و فلسفه اصول و قوانین جاریه از جمله اصل ۴۴ قانون اساسی مغایرت دارد.

۴- در این راستا آثار و تبعات مخرب و تالی فاسد این دستورالعمل در بررسی‌های تخصصی از جمله نامه مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۷ کمیسیون ویژه حمایت از تولید و نظارت بر اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی به شماره ۴۸/۷۰۹۴۱/د - و نامه مورخ ۱۳۹۳/۸/۷ کمیسیون تخصصی صنایع و معادن مجلس به شماره ۴۸/۵۷۱۴۶/د، در تأیید خواست این شرکت و صنف صادر شده است که بذل توجه به آنها مبین حق نیست، اعتراض است.

در خاتمه نظر به اتمام ضرب الاجل تعیین شده جهت افزایش سرمایه و ضمانتنامه بانکی تا مورخ ۱۳۹۴/۵/۲۸ و عدم امکان تأمین آن توسط این شرکت و کلیه شرکت‌های مشابه سطح کشور و در نتیجه توقف فعالیت و تعطیلی شرکت و خسارات عمده و غیرقابل جبران ناشی از اجرای این مصوبه مستند به موارد ۳۴، ۳۵ قانون دیوان عدالت اداری بدو صدور دستور توقف مبنی بر توقف عملیات اجرایی مصوبه و سپس ابطال آن مورد استدعاست.»

متعاقباً شاکی به موجب لایحه تکمیلی که به شماره ۱۶۱ - ۱۳۹۵/۲/۱۲ ثبت دفتر اندیکاتور هیأت عمومی شده اعلام کرده است که:

«دیوان محترم عدالت اداری

با سلام:

احتراماً، پیرو شکایت به شماره ۶۷۷/۹۴ از بانک مرکزی جمهوری اسلامی و شورای پول و اعتبار در خصوص ابلاغ دستورالعمل اجرایی، تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ شورای پول و اعتبار موارد تناقض آشکار چند بند از آن با قوانین به طور خلاصه به شرح زیر تقدیم می‌گردد:

ماده/تبصره در دستورالعمل اجرایی ناظر بر صرافی‌ها	خلاصه موضوع	در تناقض با ماده/ تبصره قانونی
ماده ۴۵	اجبار صرافی‌های دارای مجوز (پیش از تصویب دستورالعمل) به تطبیق با دستورالعمل جدید خارج از اختیارات قانونی بانک مرکزی	ماده ۴ قانون مدنی - در حقوق اداری اصلی عطف به ماسبق نشدن اعمالی اداری حاکمیت دارد، مطابق این اصل هرگاه عملی را انجام داده باشند سپس آیین‌نامه وضع شود نمی‌تواند اعمال قبلی مردم را باطل و افراد را در مقابل آن مسؤول قلمداد نمایند این اصل می‌گوید قوانین و مقررات اثر قهقرائی ندارد مگر ترتیبات دیگری در قانون پیش‌بینی شده باشد و مقام اداری به هیچ وجه حق عطف به ماسبق نمودن قوانین بجز موارد ماذون از قبل مقتن باشد را نخواهد داشت.
ماده ۵	ماده ۵ دستورالعمل با سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط شرکتهای سهامی خاصی (متعلق به بانکها) از طریق اعضاء مجوز تأسیس شعبه که منجر به اخلال در رقابت است موجبات تسلط شرکتهای سهامی خاص متعلق به بانکها را بر بازار ارز و صرافی فراهم می‌آورد	ماده ۵۲ - همان موضوع ممنوعیت اعطا امتیاز که موجب اخلال در رقابت خواهد شد.
بند ۲ از ماده ۸ و ماده ۱۱ و ماده ۲۱	تودیع نقدی سرمایه و ارائه گواهی مسدودی از بانکها موضوع افزایش ۲۰ برابری سرمایه ارائه ضمانتنامه بی قید و شرط	مواد ۴۵ (موضوع تبعیضی در شرایط معامله) (فروش یا خرید اجباری - ۱ - منوط کردن فروش یک کالا یا خدمت به خرید کالا یا خدمت دیگر یا بالعکس) قانون اجرای سیاستهای کلی اصل چهارم (۴۴) قانون اساسی (موضوع فروش اجباری از طریق اجبار شرکتهای تضامنی به خرید خدمت از رقبای خود (صرافی بانکها)) ماده ۸۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ماده ۹۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ماده ۱۱۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ماده ۱۵۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ماده ۱۶۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت
تبصره ماده ۹	موضوع معافیت برخی از افراد خاصی از شرایط مطرح شده در ماده ۹ دستورالعمل	مغایر مواد ۴۶ و ۴۷ و ۵۲ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل چهارم (۴۴) قانون اساسی موضوع محدودیت یا اخلال در رقابت در یک و یا چند بازار بند الف ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور
مقدمه و استنادات	عدم رعایت تشریفات قانونی در تصویب و اجرای دستورالعمل مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ و تکلیف به اجرای دستورات خارج از اختیارات قانونی	مغایر ماده ۶۲ قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه کشور که وظایف مربوط به آن در قانون اصلاح مواد ۶، ۱ و ۷ قانون سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (مصوب تیر ماه ۱۳۹۳) و وفق تبصره ۷ ماده ۵۷ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور (مصوب اردیبهشت ۱۳۹۴) به هیأت مقررات زدایی واگذار گردیده است.

با عنایت به توضیحات ارائه شده استدعای ابطال دستورالعمل اجرایی، تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ شورای پول و اعتبار را دارد.»

متن مصوبه در قسمتهای مورد اعتراض به قرار زیر است:

«دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها:

**فصل دوم: ضوابط تأسیس**

**ماده ۵:** ایجاد شعبه توسط صرافی‌های تضامنی ممنوع است. تأسیس شعبه صرافی وابسته به مؤسسه اعتباری بنا به تشخیص بانک مرکزی امکان‌پذیر است.

**ماده ۸ -** مؤسسين باید به همراه تقاضای خود، مدارک و اطلاعات زیر را به بانک مرکزی ارائه و اعلام نمایند:

۸-۱- .....

۸-۲- گواهی مسدودی حساب از مؤسسات اعتباری به میزان مبلغ سرمایه پیشنهادی.

۸-۳- .....

**فصل سوم: ارکان صرافی**

سهامداران، شرکا، هیأت مدیره و مدیرعامل

**ماده ۹ -** سهامداران، شرکا، اعضای هیأت‌مدیره و مدیرعامل صرافی باید از شرایط ذیل برخوردار باشند:

**تبصره -** در خصوص سهامداران دارای کمتر از پنج درصد سهام صرافی مؤسسه اعتباری، احراز شرایط موضوع بندهای ۹ - ۵ الی ۸ این ماده، الزامی نمی‌باشد.

**فصل چهارم: سرمایه**

**ماده ۱۱ -** حداقل مبلغ سرمایه اولیه به منظور تأسیس صرافی متعلق به مؤسسه اعتباری و نیز صرافی در شهر تهران و شهرهای بزرگ (اصفهان، اهواز، تبریز، شیراز، کرج و مشهد) مبلغ چهل میلیارد ریال و در سایر شهرها مبلغ بیست میلیارد ریال تعیین می‌گردد، که لازم است قبل از ثبت صرافی تماماً به صورت نقدی نزد یکی از مؤسسات اعتباری تودیع گردد:

**فصل ششم: فعالیت**

**ماده ۲۱ -** به منظور رعایت ضوابط و مقررات مربوط، کلیه صرافی‌های تضامنی، موظف به ارائه ضمانتنامه بانکی بدون قید و شرط حسن انجام تعهد به نفع بانک مرکزی به میزان ۵۰ درصد آخرین سرمایه ثبتی صرافی می‌باشد.

**فصل هشتم: سایر موارد**

**ماده ۴۵ -** صرافی‌های موجود دارای مجوز از بانک مرکزی تا تاریخ ابلاغ دستورالعمل، موظفند حداکثر ظرف مدت شش ماه از تاریخ تصویب، وضعیت خود را با مفاد آن تطبیق دهند.

**تبصره -** مهلت مذکور در این ماده برای بندهای (۹ - ۹) و (۹ - ۱۰) و ماده (۱۱) یک سال تعیین می‌شود.»

در پاسخ به شکایت مذکور، اداره دعوای حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به موجب لایحه شماره ۹۵/۳۷۰۹۸ - ۱۳۹۵/۲/۹ توضیح داده است که:

«هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

با سلام:

احتراماً، عطف به پرونده شماره ۱۳۰۰۱۳۰۰۰۹۹۸۰۹۴۰۹۴ (کلاس ۶۶۷/۹۴) موضوع دادخواست شرکت تضامنی اردوخانی و کریمیان به طرفیت این بانک به خواسته ابطال دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸، به استحضار می‌رساند بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به استناد بند «ج» ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ وظیفه تنظیم مقررات مربوط به معاملات ارزی و نظارت بر این گونه معاملات را بر عهده دارد و بر اساس ماده ۹۶ قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹، واجد صلاحیت صدور مجوز فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها و اختیار لغو آن در چارچوب دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳ شورای پول و اعتبار می‌باشد. با ذکر این مقدمه معروض می‌دارد:

۱- مجوز فعالیت اعطایی به صرافی‌ها، به طور دائمی نبوده بلکه پس از انقضای مدت اعتبار، صرافی مربوطه جهت ادامه فعالیت مکلف است به استناد بند ماده ۹۶ قانون برنامه پنجم توسعه و تبصره ۲ ماده ۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نسبت به تمدید مجوز فعالیت اقدام نماید در غیراین صورت عملکرد صرافی مربوطه در زمینه خرید و فروش یا حواله ارز به استناد بند «خ» ماده ۲ و بند ت ماده ۱۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، به منزله قاچاق ارز محسوب می‌شود. بنابراین اجازه فعالیت صرافی تا مدت مندرج در مجوز معتبر بوده و پس از انقضای مجوز فعالیت، صرافی مربوطه دیگر حق فعالیت نداشته و بر این اساس حق مکتسبه‌ای برای وی وجود ندارد تا منوط کردن اعطای مجدد مجوز فعالیت به رعایت شروطی دیگر، مغایر با حق مکتسبه پیشین و یا عطف بماسبق نمودن قانون تلقی شود. در واقع با توجه به این که مقررات دستورالعمل ناظر بر آتیه می‌باشد، یعنی در خصوص صرافی‌هایی که تاکنون تأسیس نشده‌اند اعمال گردیده و در خصوص صرافی‌های دارای مجوز، شش ماه مهلت تطبیق با ضوابط و یک سال مهلت تأمین سرمایه اعطا می‌نماید (به عبارت دیگر در خصوص عملکرد آنها پس از وضع مقرر الزاماتی ایجاد شده)، در واقع ناظر به آینده و در تطابق کامل با ماده ۴ قانون مدنی است.

۲- مبنای اختیارات شورای پول و اعتبار کشور ماده ۱۸ قانون پولی و بانکی کشور می‌باشد. بر اساس صدر این ماده شورا برای مطالعه و اتخاذ تصمیم درباره سیاست کلی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و نظارت بر امور پولی و بانکی کشور عهده‌دار وظایف زیر است: ... ۳- رسیدگی و تصویب آیین‌نامه‌های مندرج در این قانون ۴- اظهارنظر در مسائل بانکی، پولی و اعتباری کشور... و هر موضوع دیگری که از طرف دولت به شورا ارجاع می‌شود. ... ۶ - اظهار نظر در باره هر موضوعی که از طرف رئیس کل بانک مرکزی در حدود این قانون به شورا عرضه می‌شود.

ضمناً با توجه به این که قانونگذار به موجب فراز انتهایی تبصره ۱ ماده ۹۶ قانون برنامه پنجم توسعه، ثبت تغییرات نهادهای پولی و اعتباری از جمله صرافی‌ها را منوط به اخذ مجوز از بانک مرکزی کرده، تالی منطقی پذیرش این شرط قانونگذار، این است که بانک مرکزی (و شورای پول و اعتبار به عنوان رکن تقنینی این بانک) را صالح به اظهار نظر در خصوص کلیه موارد قابل تغییر از جمله سرمایه صرافی بدانیم.

۳- اصل ۴۴ قانون اساسی مربوط به تعیین بخشهای مختلف نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران (دولتی - تعاونی و خصوصی) و قانون و مقررات مربوط به سیاستهای اصل مذکور ناظر به اجازه واگذاری برخی فعالیتها و بنگاههای دولتی از جمله بانکداری به بخش خصوصی است. با توجه به این که فعالیت صرافی هیچ گاه در زمره فعالیتهای در انحصار دولت نبوده و تعیین ضوابط عملکرد فعالان در این حوزه صرفاً جهت حفظ حقوق مردم و ضابطه‌مند کردن فعالیت صرافان بوده و به منزله ورود دولت جهت انحصار این فعالیت اقتصادی نمی‌باشد، نتیجتاً از شمول اصل ۴۴ و قوانین و مقررات مربوط به اصل مذکور خارج بوده و با توجه به عدم وحدت موضوع، اساساً و منطقاً نمی‌تواند تعارض و مغایرتی با اصل مذکور داشته باشد.

ضمناً خاطرنشان می‌سازد علی‌رغم انقضای مهلت تعیینی در دستورالعمل برای تکمیل سرمایه، در صورت تأمین مابه‌التفاوت سرمایه مقرر تطبیق عملکرد و رعایت کلیه مواد دستورالعمل و احراز آنها از سوی این بانک، کماکان مجوز فعالیت صرافی‌های ذی‌ربط تمدید خواهد شد. بنابراین صدور دستور موقت مبنی بر توقف اجرای دستورالعمل مورد اعتراض، به لحاظ عدم ورود خسارت به صرافی‌های مربوطه فاقد موضوعیت می‌باشد.

بنا به مراتب، نظر به این که دستورالعمل مورد اعتراض در چارچوب قوانین و وظایف و صلاحیتهای این بانک و شورای پول و اعتبار صادر شده است و تناقضی با شرع و قوانین عمومی کشور نیز ندارد، رسیدگی به پرونده وفق مقررات قانونی و صدور رأی شایسته مبنی بر رد دعوی شاکی مورد استدعاست.»

در اجرای ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری پرونده در هیأت تخصصی اقتصادی، مالی و اصناف دیوان عدالت اداری مطرح شده و این هیأت در خصوص خواسته شاکی مبنی بر ابطال مواد ۵، ۸، تبصره ماده ۹، ۱۱ و ۲۱ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ شورای پول و اعتبار، به موجب دادنامه شماره ۳۴ - ۱۳۹۵/۳/۱۰ رأی به رد شکایت صادر کرده و رأی مذکور به علت عدم اعتراض از سوی رئیس دیوان عدالت اداری و یا ده نفر از قضات دیوان عدالت اداری قطعیت یافته است.

در خصوص تقاضای ابطال ماده ۴۵ دستورالعمل مذکور، پرونده در دستور کار هیأت عمومی قرار گرفت.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۵/۵/۵ با حضور رئیس و معاونین دیوان عدالت اداری و رؤسا و مستشاران و دادرسان شعب دیوان تشکیل شد و پس از بحث و بررسی با اکثریت آراء به شرح زیر به صدور رأی مبادرت کرده است.

**رأی هیأت عمومی**

حکم مقرر در ماده ۴۵ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۸ شورای پول و اعتبار، هم صرافی‌هایی را دربرمی‌گیرد که مدت زمان مجوز فعالیت آنها هنوز منقضی نشده است و هم صرافی‌هایی را که مدت زمان مجوز فعالیت آنها منقضی شده است. نظر به این که تعمیم شرایط ماده ۴۵ دستورالعمل به صرافی‌هایی که مدت زمان مجوز فعالیت آنها هنوز منقضی نشده است، مغایر حق مکتسب اشخاصی است که بر اساس دستورالعمل‌های مربوط برای آنها مجوز فعالیت صادر شده است، بنابراین اطلاق ماده ۴۵ دستورالعمل معترض‌به با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدکاظم بهرامی