

الطبيعة القانونية لعمليات الصرف

شيخ ناجية

أستاذة مساعدة بكلية الحقوق

جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

مقدمة:

إذا كانت فكرة عمليات الصرف تنطلق من عدم وجود عملة عالمية واحدة تتبعها جميع الدول، خاصة أن المعادن عامة والذهب بصفة خاصة قد فقد صفته كعملة عالمية في التعامل، لذا نتساءل عن طبيعة مثل هذه العمليات.

بمعنى ما هو التكيف أو الطابع القانوني الذي يضاف على عمليات الصرف؟

من أجل معرفة الطبيعة القانونية لعمليات الصرف وإعطائها تكيف قانوني خاص بها يجعلها تنفرد عن باقي العمليات الأخرى، نتناول في بادئ الأمر الموقف التشريعي لها وفيه يسعى المشرع إلى تبيان نظرته بشأن الطابع الذي يطغى على عمليات الصرف (أولاً)، و التعرض بعدها إلى تعريف عمليات الصرف وتمييزها عن العمليات المصرفية تفادياً للبس والغموض الذي قد يطغى على هذين المصطلحين القانونيين باعتبارهما متقاربين من الناحية الشكلية (ثانياً).

أولاً- الموقف التشريعي لعمليات الصرف:

تنص أحكام المادة 02 في فقرتها 13 من القانون التجاري الجزائري الجزائري انه¹: «يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه:

- كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها...

- كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة...»

فهكذا وبصدد صريح هذه المادة نستشف أن المشرع الجزائري اعتبر أعمال الصرف بمثابة « أعمال تجارية بحسب الموضوع »، بمعنى انه أضفى الصفة التجارية على هذه الأعمال نسبة إلى موضوعها وبغض النظر عن عامل الاحتراف أو عامل الأشخاص المؤهلة لمباشرتها.

بذلك، تكون عمليات الصرف أعمالاً تجارية حتى وإن تمت بصورة منفردة، وسواء قام بها أشخاص طبيعيون متخصصون في الصرف، أو قامت بها المصارف (البنوك) سعياً وراء تحقيق الأرباح التي تعد مسألة بديهية جداً، طالما أن عمليات الصرف جعلها المشرع الجزائري تدخل في طائفة الأعمال التجارية التي لا تعد من أعمال الخير والتبرع، وإنما تقصد المضاربة والربح.

¹ - الفقرة 13 من المادة 02 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، الصادرة في 19 ديسمبر، المعدل والمتمم.

والجدير بالذكر هنا، هو أن أعمال الصرف التي نحن بصدد الحديث عنها لا تعتبر من الأعمال التجارية المطلقة بالنسبة لطرفيها، وإنما وحسب ما يذكره الأستاذ: « مصطفى كمال طه »¹، تكون هذه الأعمال تجارية فقط بالنسبة للصيرفي، أما فيما يتعلق بالعميل فالأمر متوقف على صفته ومدى ارتباط عقد الصرف بمهنته، فإن كان تاجرا وكانت مبادلة النقود مرتبطة بتجارته عد الصرف تجاريا في حقه كذلك، وفي غير هذه الحالة فيكون العكس صحيحا.

- و إن كان هذا الموقف قد اتخذته المشرع في أحد بنود القانون التجاري، فما هو الحال بالنسبة لقانون النقد والقرض ؟

إن مجال النقد والقرض، وبعد صدور القانون رقم 90-10² الذي أحدث قفزة نوعية معترفا بها كونه يعد صورة حقيقية وملموسة لكل الإصلاحات التي عرفتتها البلاد اهتم المشرع بموضوع الصرف في المواد من 181 إلى 192 منه تحت عنوان : « تنظيم سوق الصرف وحركة رؤوس الأموال »، غير أنه سرعان ما تم إلغاء هذا القانون بصدور الأمر

²- مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري (الأعمال التجارية والتجار)، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 62.

³- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 افريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 16، صادرة بتاريخ 18 أفريل 1990، ملغى.

رقم 03 - 11¹ والذي اهتم بدوره بالصرف وذلك في المواد 125 إلى 130 منه تحت تسمية « الصرف وحركات رؤوس الأموال » .

إن التمعن في كل هذه المواد، يجعلنا نستنتج أن المشرع الجزائري لم يتول التحديد الصريح لطبيعة عمليات الصرف، وإنما أشار إلى هذه الطبيعة بطريقة غير مباشرة من خلال مواقف اتخذها وعبر عنها في بنوده القانونية، حيث نجد القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، ينص في المادة 116 منه على انه : « يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تجري العمليات التابعة لنشاطها كالعمليات التالية :

- 1- عمليات الصرف،
- 2- عمليات على الذهب والمعادن الثمينة والقطع المعدنية الثمينة،
- 3- توظيف القيم المنقولة وجميع الموجودات المالية والاكتساب بها وشرائها وإدارتها وحفظها وبيعها،
- 4- إسداد المشورة والعون في إدارة الممتلكات،
- 5- المشورة والإدارة المالية والهندسية المالية وبشكل عام جميع الخدمات التي تسهل إنشاء وإنماء المؤسسات مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بممارسة المهن،

⁴- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52، صادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

6- عمليات الإيجار العادي للأموال المنقولة وغير المنقولة فيما يخص البنوك والمؤسسات المالية المخولة بإجراء عمليات إيجار مقرونة بحق خيار الشراء».

فبمقتضى هذه المادة وفي إطار ذكر المشرع لقائمة المهام والصلاحيات المخولة للبنوك والمؤسسات المالية، احتلت « عمليات الصرف » المرتبة الأولى لهذه الوظائف، غير أن المشرع الجزائري أدخل هذه الأخيرة ضمن النشاطات التابعة للبنوك والمؤسسات المالية، دون أن يشير إلى المقصود من عبارة " العمليات التابعة " ؟

والجدير بالذكر أنه، وبعد صدور القانون المتعلق بالنقد والقرض صدر بنك الجزائر نظام رقم 95-06 مؤرخ في 19 نوفمبر 1995¹ متعلق بالنشاطات التابعة للبنوك والمؤسسات المالية الذي حاول في المادة 03 منه إعطاء تعريف لها كما يلي: « تعتبر النشاطات التابعة التي تمارسها البنوك والمؤسسات المالية نشاطات مكملة، كما يجب أن تكون أهميتها محدودة بالنسبة لمجمل نشاطاتها»، غير أن هذه الأخيرة تعد تعريفا بعيدا كل البعد عن الدقة والوضوح، إذ عبر عن النشاطات التابعة للبنوك والمؤسسات المالية بالنشاطات المكملة، التي تثير بدورها تساؤلا حول ماهيتها ؟

⁵- نظام رقم 95-06 مؤرخ في 19 نوفمبر 1995، يتعلق بالنشاطات التابعة للبنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 81، صادرة بتاريخ 27 ديسمبر 1995.

وعن أهم ما أتت به المادة 03 من هذا النظام فيكمن في استعمال العبارة: « ... أن تبقى النشاطات التابعة محدودة الأهمية بالنسبة لمجمل نشاطاتها » بدلا من العبارة المستعملة في المادة 03/119 من قانون 90-10 والمتمثلة في « ... أن تبقى محصورة الأهمية بالنسبة للنشاطات العادية... » لأنه وفي حالة ما سلمنا بمضمون المادة الأخيرة فنجد عائقا آخر إبان البحث عن تعريف النشاطات التابعة وهو ما المقصود بالنشاطات العادية ؟

ثانيا - المقصود بعمليات الصرف وتمييزها عن العمليات المصرفية:

إن دراسة هذا العنوان تتطلب تفريعه إلى المقصود بعمليات الصرف (أ)، ثم التطرق بعدها إلى تمييز عمليات الصرف عن العمليات المصرفية باعتبار هذه الأخيرة مصطلحا قانونيا مشابهها للأول (ب).

أ - المقصود بعمليات الصرف:

يستوجب معرفة هذا الأخير التعرض إلى تعريف المشرع الجزائي الذي يعتبر بمثابة الجوهر والأساس القانوني لعمليات الصرف، إلا أن هذه المعرفة تبقى محدودة وناقصة ما لم نتول التحليل لأهم عناصر هذا التعريف القانوني.

عليه، فلقد نصت المادة الأولى من النظام رقم 91-07 المتعلق بقواعد الصرف وشروطه، على انه « يحدد هذا النظام القواعد والشروط التي تطبق على الصرف، ويقصد بالصرف في مفهوم هذا النظام، كل

تبادل بين العملات الصعبة الحسابية والدينار أو العملات الصعبة فيما بينها».¹

وهو تعريف لم يخرج عن ذلك الذي قدمه باقي الباحثين لا سيما الاقتصاديين² منهم إذ يذكر أحدهم: «إن الصرف هو عبارة عن عملية تظهر عندما يتم تبادل مختلف العملات فيما بينها»،³ ويضيف آخرون: «إن الصرف بمعناه الواسع هو مبادلة عملتين أو أكثر فيما بينها، أما معناه الضيق فيمكن في مبادلة العملة الصعبة بالعملة الوطنية».⁴

وبتحليلنا لهذه التعاريف، نستشف أن عملية الصرف تتجلى في تحويل أو تبديل العملات، سواء كان التبديل قائما بين العملة الصعبة

⁶ - الفقرة 02 من المادة 1 من النظام رقم 91-07 المؤرخ في 14 أوت 1991، يتعلق بقواعد الصرف وشروطه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، الصادرة بتاريخ 29 مارس 1992.

² - الصرف لغة: (بفتح الصاد) هو العمل على إقامة تحصيل الأموال من الممولين لخزانة الدولة وهو استبدال النقود بنقد آخر.

- وشرعا: هو عقد بيع الأثمان بعضها ببعض جنسا بجنس: كبيع الذهب بالذهب، أو بغير جنس: كبيع ذهب بفضة.

- عمارة محمد، قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية، دار الشروق، لبنان، 1993.

³ - لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 95.

⁴ RIVES - LANGE Jean-Louis et CONTAMINE-RAYNAUD Monique, Droit bancaire, Dalloz, Paris, 1995, pp 353-354.

والوطنية أو كان بين العملات الصعبة فيما بينها ، الأمر الذي يجعلنا نطرح التساؤلات التالية :

- ما هو المقصود بتحويل أو تبديل العملة ؟

- وما هو المقصود بالعمللة الصعبة ؟

ليكون الجواب كالتالي:

* إن العملة القابلة للتحويل (la monnaie convertible) برأي

الأستاذ " القز ويني شاكر " هي « أية عملة يمكن التعامل بها في الأسواق المالية العالمية ويمكن تحويلها بحرية »،¹ ويضيف الأستاذ " مدحت صادق " بقوله: « إن العملة القابلة للتحويل هي العملة التي يتم استبدالها بحرية تامة مقابل العملات الأخرى وبدون اشتراط الحصول على موافقة سلطة نقدية»،² ويضيف آخرون انه: « يقصد بتحويل العملة وبدرجات متفاوتة جزئيا أو كليا إمكانية إتخاذ الدولة لقرار اقتصادي بتوفير إمكانية الاستعمال وبدون تراجع ظرفي للعملة الوطنية بغية تنفيذ مبادلات وصفقات دولية وبحرية مع سلة من العملات الصعبة».³

¹ - القز ويني شاكر، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 129.

² - مدحت صادق، النقود الدولية وعمليات الصرف الأجنبي، دار غريب للطباعة والنشر، بيروت، 1986، ص 230.

¹² - محمد البشير عليا، القاموس الاقتصادي، المؤسسة العربية للدرا سات والنشر، بيروت، 1985، ص 225.

أما عن الجزائر، فلقد أعلنت السلطات النقدية (ممثلة في البنك المركزي) عن نيتها في تحرير الدينار الجزائري وجعله عملة يمكن تحويلها بحرية في مطلع التسعينات ويظهر هذا بشكل جلي من خلال فحوى القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض¹ الذي كان بمثابة حجر الزاوية للمجال الاقتصادي والمالي وخصوصا في مجال « الصرف وحركة رؤوس الأموال »، حيث رخص هذا الأخير لكل مقيم في الجزائر بتحويل رؤوس أمواله إلى الخارج وبحرية تامة.

وتبعا لذلك، فسرعان ما صدرت ترسانة من القواعد القانونية الأخرى، تهدف في مجملها إلى تحرير التجارة الخارجية وتحرير نظام الصرف، بجعل العملة قابلة للتحويل بكل حرية وبالنسبة لجميع العمليات التجارية.²

-
- 1- الفقرة الأولى من المادة 187 من القانون رقم 90-10، مرجع سابق.
- 2- إن التسليم بقابلية التحويل للعملة في التشريع الجزائري في الحقبة الزمنية الأخيرة يعني تلطيفا وتليينا للقواعد القانونية الصارمة المعروفة قبلا، وحينها سوف لن يصبح أي معنى " لمراقبة الصرف " حيث تبقى شكلية وصورية فقط.
- بهذا الصدد نقول أن " مراقبة الصرف " التي يتولاها بنك الجزائر تعني: « مجموع الإجراءات الحكومية الرامية إلى منع نزوح رؤوس الأموال إلى الخارج، بحيث أنها لا تتيح للمتعاملين حرية التصرف في عملاتهم، بل تفرض عليهم إجراءات تقييدية بخصوص ما يتحصلون عليه من حقوق أجنبية أو ما يدفعونه للخارج " ومن ثمة وطبقا لهذا التعريف تكون قابلية التحويل غير ممكنة.

- القز ويني شاكر، مرجع سابق، ص 132.

عليه، وإن كان الأمر كذلك للعملة القابلة للتحويل فما هو الأمر عن العملة الصعبة؟

*إن المقصود بالعملة الصعبة (la devise) يمكن استتباطه بالرجوع إلى أحكام كل من النظام رقم 02-90 والنظام رقم 90-04، حيث ينص كليهما أنه: « ... ويعني بالعملة الصعبة كل عملة قابلة للتحويل بكل حرية، والتي تستعمل عادة في المعاملات التجارية والمالية الدولية ويقوم بنك الجزائر بتسعيرها بانتظام ».¹

بذلك تكون تسمية العملة الصعبة بعيدة عن معنى العملة الوطنية، وتترجم العملة الصعبة في كل الوسائل المستعملة للدفع والتي تكون مقبولة في الخارج، وهي الواردة في المادة 18 من النظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، التي تنص أن وسائل الدفع، وفي مفهوم هذا النظام تشمل كل من :

1- الفقرة الأخيرة من المادة 01 من النظام رقم 02-90 المؤرخ في 5 سبتمبر 1990، يحدد شروط فتح وسير حسابات بالعملة الصعبة للأشخاص المعنويين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 45، الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1994.

- كذلك الفقرة الثانية من المادة 02 من النظام رقم 90-04 المؤرخ في 8 سبتمبر 1990، يتعلق باعتماد الوكلاء وتجار الجملة بالجزائر وتنصيبهم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 45، الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

- الأوراق النقدية ،
- الصكوك السياحية،
- الصكوك المصرفية أو البريدية،
- خطابات الاعتماد ،
- السندات التجارية،
- كل وسيلة أو أداة دفع مقومة بالعملة الأجنبية القابلة للتحويل بصفة حرة مهما كانت الأداة المستعملة"¹ .

وطبقا للفقرة الأخيرة من المادة السالفة يتبين لنا أن هذه الوسائل لم تأت على سبيل الحصر، وإنما قد تشمل أية وسيلة دفع أخرى طالما أن المجال الاقتصادي والمالي في تطور مستمر، والمهم في ذلك هو أن تكون محددة بعملات صعبة قابلة للتحويل بكل حرية. عليه وكصفوة للقول، نقول أن المشرع الجزائري، وإن كان مترددا في استعمال المصطلح المناسب في نصوصه، وهو الأمر الذي لم يعتمد في اتخاذه، فإنه و- بحسب نظرنا- يكون قد أراد اعتبار عمليات الصرف بمثابة نشاط ناشئ عن النشاطات الرئيسية والمعتادة التي تباشرها البنوك،

¹ - المادة 18 من للنظام رقم 07-01 المؤرخ في 03 فيفري 2007 ، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية ، صادرة بتاريخ 13 ماي 2007 ، ملغي للنظام رقم 95-07 المتعلق بمراقبة الصرف.

وتمارسها في إطار احترام التنظيم الحذر الذي سنه بنك الجزائر¹، ونضيف بهذا الصدد أن الأخذ بغير ذلك يجعلنا ندور حول حلقة مفرغة لا جدوى للخروج منها.

ب - تمييز عمليات الصرف عن العمليات المصرفية:

إن عمليات الصرف تتشابه والى حد كبير مع العمليات المصرفية، حتى أن القارئ وللوهلة الأولى يحسب أنهما مصطلحان يترجمان نفس المعنى، إلا أننا وبعد الدراية بمقتضيات عمليات الصرف، ارتأينا ضرورة التمييز بين " عمليات الصرف " و "العمليات المصرفية " كتنظيم قانوني مشابه للأول.

حيث، تشترك كل من عمليات الصرف والعمليات المصرفية في كونهما من قبيل الأعمال التجارية بحسب الموضوع، حتى ولو تمت هذه العمليات بصورة منفردة، وهو الموقف المتبنى من المشرع الجزائري بموجب الفقرة 13 من المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري.

كما يظهر وجه الشبه بين كلا النشاطين بالنظر إلى الهيئات القانونية المخول لها دون سواها بأداء هذه العمليات، ممثلة في أشخاص القانون المصرفي من بنوك ومؤسسات مالية.

وبالرغم من هذا التشابه، لا يمكن تجاهل وجود فروق جوهرية تحول دون إمكانية الجمع والمزج بين هذين المصطلحين، إذ يعود التباين

¹ - تنص المادة 05 من النظام رقم 95-06 أنه: « يجب أن تمارس البنوك والمؤسسات المالية النشاطات التابعة لها في إطار احترام التنظيم الحذر الذي سنه بنك الجزائر »، مرجع سابق.

بالدرجة الأولى إلى محل أو موضوع كل منهما حيث تترجم عملية الصرف في: « مبادلة العملة الصعبة بالعملة الوطنية أو في مبادلة العملات الصعبة فيما بينها » طبقا للمادة الثانية من النظام رقم 91-07 السابق الذكر، في حين نجد العملية المصرفية تترجم في: « تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل » وفقا للمادة 66 من الأمر رقم 03-11.

إضافة إلى ذلك، نجد الترخيص الذي خوله المشرع الجزائري للبنوك والمؤسسات المالية فور مباشرتها لعمليات الصرف يعد ترخيصا مطلقا لكليهما، بينما يكون الوضع مختلفا عند تعلق الأمر بالعمليات المصرفية، أين ميز المشرع بين الهيئتين، حيث جعله ترخيصا مطلقا بالنظر للبنوك وهذا بحكم المادة 70 من الأمر 03-11 الآتي نصها: « البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 إلى 68... ».

إذ بإحالتنا إلى هذه المواد، نجدها تتضمن كل أشكال العمليات المصرفية السالفة الذكر بدون استثناء، وجعله ترخيصا نسبيا ومحدودا بالنسبة للمؤسسات المالية وهو ما يفهم من نص المادة 71 من الأمر رقم 03-11 التي تنص أنه : « لا يمكن المؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها ».

فمن ثمة نفهم من هذا البند وبصفة ضمنية أن عمليات القرض هي بمثابة العملية المصرفية الوحيدة التي تتدخل المؤسسات المالية من شأنها، وهو تدخل ضيق المجال مقارنة بمجال تدخل البنوك.

وفي الأخير، يظهر جوهر الاختلاف بين العمليتين وبشكل واضح من خلال طبيعة كل من النشاطين، حيث اعتبر المشرع الجزائري تلك الأعمال المصرفية بمثابة «النشاطات الرئيسية للبنوك» وهذا وفقا للمادة 114 من القانون رقم 90-10¹، وكذا من خلال المادة الأولى والثانية من النظام رقم 95-06 السابق²، وحتى بموجب المادة 70 من الأمر رقم 03-11 التي تؤكد أن هذه الأعمال المصرفية تمثل المهنة العادية للبنوك. ومنه، نقول أن القواعد القانونية المختلفة كيفت الأعمال المصرفية «بالنشاط الرئيسي والمعتاد للبنوك».

في حين، اعتبر المشرع عمليات الصرف بمثابة «العمليات التابعة « لنشاط البنوك والمؤسسات المالية، وهو ما يستتبط من فحوى المادة 72 من الأمر رقم 03-11 السابق الذكر، وذلك من استعماله لعبارة: « ذات العلاقة بنشاطها ».

¹ - المادة 114 من القانون رقم 90-10 تنص: « البنوك..... مهمتها العادية والرئيسية هي إجراء العمليات الموصوفة من المواد 110 إلى 113 من هذا القانون»، مرجع سابق.

² - المادة 01 من النظام 95-06 تنص : « تكملة للنشاطات الرئيسية المنصوص عليها في المواد من 110 إلى 113 من القانون رقم 90-10.....»، مرجع سابق.

عليه ، وختاما لهذا التحليل نستشف أن «عمليات الصرف» تختلف
إختلافا جذريا عن التنظيمات القانونية الأخرى ، وأنها تحضى بموجب
مختلف نصوص القانون بخصوصيات ومميزات هامة سلفنا ذكرها تجعلها
عمليات ذات طبيعة قانونية خاصة .