المحاضرة السادسة: التكييف الفقهي للمحافظ المالية

تمهيد:

بعد التعرف في المحاضرة السابقة على طبيعة عمل المحافظ المالية الاستثمارية من أنها عبارة عن علاقة تعاقدية فردية بين طرفين، الأمر الذي يمنحها مرونة أكبر في تحديد شكل التعاقد أو نوع التعاقد من الجانب الفقهي فإن شاء الطرفان جعلا التعاقد بينهما على شكل مضاربة أو على شكل الوكالة أو على شكل الإجارة أو حتى الجعالة، وهذا بحسب ما يتفقان عليه، في هذه المحاضرة سنتعرف على العقود محفظة الأوراق المالية.

أولا: المضاربة هي عقد شركة في الربح الناتج في مال يكون من طرف وعمل من طرف آخر.

-إنّ طرق إدارة المحافظ ومدى انطباق المضاربة عليها بالنظر إلى طرق إدارة المحافظ المالية الاستثمارية التي سبق ذكرها نجد أنه يتم فيها تحديد أتعاب ثابتة لمدير المحفظة على شكل نسبة مشوية من القيمة السوقية للمحفظة، كما لا يوجد فيها مشاركة في الربح إلا في نوع واحد من أنواع الإدارة، وهو النوع الذي تكون فيه الإدارة لمدير المحفظة بشكل مطلق بيعا وشراءا.

-فإذا بلغ الربح مقدارا معينا يتم الاتفاق عليه بين الطرفين مسبقا فإنه يشارك في الربح على أساس التحفيز، فالعمولة مقابل عمله والمشاركة في الربح لتحفيز الأداء، وإن لم يبلغ هذا المقدار فلا يشارك في الربح.

-بينما في إدارة حساب الحفظ والإدارة بواسطة العميل لا توجد هذه المشاركة لأن البيع والشراء يكون بواسطة العميل، وهذا يخرجها عن كونها مضاربة لعدم وجود المشاركة، فيكون النظر في هذا النوع وهو الذي يجمع بين الأجر الثابت والحصة من الربح إن بلغ مقدارا معينا على أساس التحفيز، فهل تعتبر هذه الصورة مضاربة أم لا ؟.

-وللإجابة على هذه الصورة يجب أن نعلم أن الأتعاب المحتسبة في إدارة المحافظ على نوعين :

أ- أتعاب ثابتة: وهي التي يستحقها مدير المحفظة مقابل إدارته بغض النظر عن ربح المحفظة أو خسارتها، ما لم تكن خسارتها، ما لم تكن خسارتها بسبب إهمال جسيم منه أو تقصير وسوء نية.

ب- **أتعاب تحفيزية:** يستحقها مدير المحفظة إضافة إلى أتعابه الثابتة إن بلغ الربح مقدارا معينا يتم الاتفاق عليه مسبقا.

-ومعلوم أن المضارب يشارك رب المال في الربح والخسارة، الربح في المال، والخسارة في عمله، وهذا غير متحقق لمدير المحفظة في هذه الصورة إذ أنّ له أجرا ثابتا حتى ولو لم تربح المحفظة، وإن خسرت فلا يتحمل إلا بتعد منه وتقصير، وهذا يخرجها عن كونها مضاربة اتفاقا بين فقهاء المسلمين لوجود الأجر المعلوم.

-قال ابن قدامة : "متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة".

-وفق آراء الفقهاء المتعددة فإن عقد المضاربة لا ينطبق على عقد المحفظة لما تقدم، ولو تمّ التعديل بحيث لا يكون هناك مبلغ معلوم يختص به العامل وإنما مشاركة لكانت مضاربة بالاتفاق، أو أن يمون المبلغ

المعلوم من الربح إن زاد عن مقدار يتفقان عليه، فتكون مضاربة عند من أجازها، وكون هذا الشكل لا يوجد إلا في الإجارة المطلقة يعطي انطباعا أن المقصود من هذه الإدارة ليس المشاركة وإنما الإدارة بأجر.

ثانيا: عقد الوكالة

-الأساس القانوني الذي تقوم عليه المحافظ الاستثمارية هو: عقد الوكالة، ففي القانون تعتبر عقود الإدارة من عقود الوكالة، إذ يوكل العميل مدير المحفظة باستثمار أمواله وإدارتها نيابة عنه، فالمدير ينوب عن العميل في إدارة أمواله والتصرف فيها بما يحقق الربح، والوكالة من عقود النيابة، وهي عقد يلتزم فيه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، بل تنص بعض عقود المحافظ على أن المدير يأخذ صفة الوكيل والمستشار المالي.

-وفي الجانب الشرعي فإن عقد الوكالة يعتبر الأساس والمنظم لعقود إدارة المحافظ الاستثمارية، وذلك مقابل عمولة يتقاضاها مدير المحفظة لقاء إدارته. وقد نص الفقهاء على أن الوكالة تصح بأجر وبغير أجر، مع أن الأصل فيها عقد تبرع، لكنهم ذكروا هذا التقسيم لبيان جواز أخذ الأجرة على الوكالة.

<u>-إدارة المحفظة المباشرة وغير المباشرة:</u>

يوجد ثلاث طرق لإدارة المحافظ الغير استثمارية، وهي الإدارة بواسطة العميل (غير المباشرة) والإدارة بواسطة المدير (مباشرة) وإدارة الحفظ، والإدارة بواسطة العميل تقوم بتقييد تصرفات المدير في البيع والشراء فلا يبيع ولا يشتري إلا بأمر من العميل، والإدارة بواسطة المدير هي إطلاق تصرف المدير بالمحفظة وهذا يشمل البيع والشراء دون الرجوع للعميل، وبما أن عقد الوكالة هو المنظم الأساسي والمستند الشرعي الذي تستند عليه عقود المحافظ الاستثمارية، وهو يقبل الإطلاق والتقييد، فالوكالة على قسمين في الفقه الإسلامي: وكالة مطلقة، وكالة مقيدة.

- **وكالة مطلقة**: وهي التي لم تقيد بزمان ولا مكان ولا عمل معين، كتحديد ثمن البيع أو الشراء، كأن يقول شخص لآخر: وكلتك في شراء سيارة لي دون تحديد ثمن أو زمن أو مكان أو نوع معين، ولا خلاف بين الفقهاء في مشروعيتها.
- **وكالة مقيدة:** وهي التي قيدت بزمان أو مكان أو ثمن معين ونحو ذلك، كأن يقول شخص لآخر: وكلتك في بيع هذه الدار في الزمن الفلاني أو المكان الفلاني بثمن كذا وكذا أو نقدا او نحو ذلك، ولا خلاف بين الفقهاء على صحة تقييد الوكالة.

-وعلى هذا يمكنه اعتبار الإدارة المباشرة للمحفظة من قبيل الوكالة المطلقة، والإدارة غير المباشرة من قبيل الوكالة المقيدة، وإذا قيدت تصرفات الوكيل فلا يجوز له أن يتصرف بغير ما قيد به إلا كان ضامنا لتعديله، وإن كانت الوكالة مطلقة فلا يعني هذا أنّ تصرفات الوكيل لا ضابط لها، بل تكون مضبوطة بما يتعارف عليه الناس.

-وهناك حالة تطبيقية تكون فيها إدارة المحفظة مقيدة من وجه ومطلقة من وجه آخر، وهي إذا ما عين له العميل نوعا معينا من الأوراق المالية، أو عين له صفة هذه الأوراق كأن تكون موافقة للشريعة مثلا، ثم يعطيه بعد ذلك الحرية في البيع والشراء على أساس ما عين له، فلا يرجع المدير بعد ذلك للعميل عند البيع والشراء.

<u>-إدارة محفظة الحفظ:</u> هي تلك الأوراق المالية التي يقوم العميل بتقديمها إلى مدير المحفظة لحفظها، إضافة إلى خدمات أخرى يقدمها للعميل كتحصيل الأرباح، أو الأسهم الممنوحة التي تنتج عن مكونات المحفظة، وحضور اجتماعات الجمعيات العمومية العادية والغير عادية، وانتخاب أعضاء مجالس إدارات ومديرين الشركات المساهمة في المحفظة.

-فالمدير في هذا النوع من إدارة المحافظ يقدم خدمتين أساسيتين:

أ-حفظ الأوراق المالية، فلا يتصرف فيها ببيع أو شراء.

ب-متابعة هذه الأوراق وما ينتج عنها من حقوق والتزامات دون بيع أو شراء في مكونات المحفظة، فيظهر لدينا أن الخدمتين هما الحفظ والإدارة، وكلاهما يصلح لأن يكون محلا لعقد مستقل بذاته، فالحفظ يأخذ أحكام الوديعة، والإدارة تأخذ أحكام الوكالة، وكلاهما يصح فيها العوض، فلو أفرد كل واحد منهما بعقد لازال الإشكال، ولكن لكونهما مجموعتين في عقد واحد فهذا يعني عقدا مركبا من الحفظ والإدارة.

-وعند النظر إلى عقد إدارة المحفظة بواسطة العميل أو بواسطة المدير لا يظهر هذا الإشكال مع أن الحفظ داخل ضمن الإدارة، وذلك لأن الغرض الأساسي هو الإدارة، أما الحفظ فتابع لها، ولذلك تأخذ أحكام الوكالة، ومثل هذا يقال في عقد إدارة الحفظ، فأن كان الغرض الأساسي للعميل الذي قدم المحفظة هو الحفظ فتغلب أحكام الوديعة، وتكون الإدارة تابعة له، وإن كان الغرض الأساسي للعميل هو الإدارة فتغلب أحكام الوكالة.

- وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك تعارض حقيقي بين أحكام الوديعة وأحكام الوكالة، فالمودع لديه يلتزم بالمحافظة على مال موكله، والمودع لديه يلتزم برد مال المودع، وكذلك الوكيل يلتزم برد مال الموكل، وإذا قام الوكيل أو المودع لديه بدفع بعض المصروفات في سبيل تنفيذ التزاماتهما وجب على المودع أو الموكل ردها إليه، كما أن يد كل واحد منهما يد أمانة.

-وجاء توضيح لذلك في المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، ومقره البحرين، ونصه ما يلي: "يرغب كثير من التجار والمستثمرين في إيداع أسهمه وأوراقه المالية في أحد البنوك، حيث يقوم البنك بحفظ هذه الأوراق والصكوك لأصحابها، ويلتزم بردها إليهم بعينها عند الطلب، ويتقاضى منهم أجرا على ذلك، كما أنه يتولى القيام بعمليات ثانوية متعددة أخرى، ويكون البنك فيها وكيلا عن مالكها المودع فيما يتعلق بشؤونها، ويأخذ أجرا عن تلك الخدمات.

-وهدف العميل في الغالب من إيداع الصكوك والأوراق المالية في المصرف لا يقتصر على مجرد حفظ تلك الأوراق في موضع أمين، وإنما يتعدى ذلك إلى توكيل المصرف بالقيام ببعض العمليات التي تستلزم الحرص على مراعاة المواعيد، ففي الأسهم مثلا يقوم المصرف بتحصيل الكوبونات نيابة عن المودع، كما أنه ينبه إلى حقوقه في القيام بالعمليات التي تخولها له ملكية الأسهم، خاصة في حقه في الاكتتاب عند زيادة رأس مال الشركة، ويعلمه بمواعيد اجتماع الجمعية العمومية للشركات المختلفة التي أصدرت الصكوك المودعة، وفوق ذلك فإنه ينفذ التعليمات والأوامر التي تصدر من العميل لبيع أو شراء أو تمويل أو تجميع لتلك الصكوك، والتكييف الفقهي للعقد الذي يبرمه العميل مع البنك لحفظه أوراقه التجارية وصكوكه هو: **"عقد الوديعة بأجر"**.

-أما اتفاقه مع البنك على قيامه بعمليات المتابعة والتحصيل وغير ذلك مما يتعلق بتلك الودائع المستندية فهو عقد **"وكالة بأجر"**، وعقد الإيداع بأجر سائغ (جائز) شرعا عند جمهور الفقهاء، والوديعة فيه تكون أمانة بيد المودع، فلا تضمن من غير تعديه أو تفريطه، ويرى الحنفية أن الوديعة بأجر إذا هلكت بسبب يمكن المستودع التحرر منه، فإنه يكون ضامنا لها.

-وتسمية هذا النوع من المحافظ بمحفظة الحفظ لا يطابق مضمونه من الناحية الشرعية إلا أنه يحتوي على أعمال أخرى خارجة عن أعمال الحفظ، بل هي داخلة في أعمال الإدارة والتوكيل، فلو تغير اسم العقد إلى ما يدل عليه كمحفظة حفظ وإدارة مثلا، لكان أدق وأوضح.

-ضوابط بيع الوكيل وشرائه:

* أن يعقد الوكيل البيع والشراء بثمن المثل.

*أن يكون الثمن نقدا غير مؤجل.

*أن لا يعقد البيع والشراء لنفسه او لابنه الصغير الا بالإذن

-ضمان مدير المحفظة:

يد الوكيل يد أمانة وإن كان بجعل او اجر لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف فكانت يده كيده. وإن الوكالة عقد إرفاق ومعونة. والضمان مناف لذلك ومنفر، فلا يضمن ما تلق في يده بلا تعد أو تقصير.

-إلا أن الفقهاء فرقوا بين حال البيع والشراء عند تحدي او مخالفة الوكيل لأمر الموكل، فلو باع بغير فاحش أو بغير نقد البلد أو بنسبة ولم يكن هناك إذن من الموكل فيعتبر ضامنا، ولو اشترى بالأجل أو بغير نقد فإن الشراء يقع للوكيل لا للموكل الا إذا أجازه فتكون الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. ويلزم برد البدل إلى الموكل.

-ففي حال البيع يجعلون الضمان على الوكيل وفي حال الشراء يجعلون الفعل للوكيل وعلى هذا فلا يضمن مدير المحفظة الخسارة التي تتعرض لها الا ان يكون ذلك عن تقصير واهمال وسوء نية. والمخالفة قد تكون شرعية – عقدية – أو عرفية:

*الشرعية: كأن تكون المحفظة الإسلامية بمعنى انها تلتزم بأحكام الشريعة الاسلامية في تعاملها مع الأدوات الاستثمارية المكونة للمحفظة، فلو نص العميل على ذلك ثم خالف المدير أمره فإنه يكون مسؤولا مسؤولية كاملة في هذه المخالفة.

*العقدية: هي مخالفة المدير للعقد بينه وبين العميل، كأن يخالف شرطا أو بندا من بنود العقد.

*العرفية: هي مخالفة العرف التجاري المعهود في إدارة المحافظ الاستثمارية، كعدم عمل دراسة جدوى للمشاريع الاستثمارية التي ستشكل المحفظة.

-حقوق العقد:

المقصود بحقوق العقد الالتزامات والمطالبات التي يقتضيها العقد، وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب، فهل هذه الحقوق ترجع للوكيل أم الموكل ؟.

-فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على أنّ حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، فإذا قام مدير المحفظة بالبيع أو الشراء فلا يلزم أن يُخبر البائع أو المشتري أنه يتعاقد لأجل صالح العميل، لأن الأصل أن كل عقد يصح أن يضيفه الوكيل إلى نفسه، ويستغني عن إضافته إلى الموكل كالبيع والإجارة ونحوهما.

-فحقوقه راجعة إلى الوكيل دون الموكل، ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك، وكل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل فحقوقه راجعة إلى الموكل كالنكاح، والخلع والهبة.

-ومذهب الحنابلة أن حقوق العقد مطلقا راجعة إلى الموكل لا إلى الوكيل لأن وقوع العقد كأنه له لا للوكيل فترجع حقوقه إليه.

-وعلى هذا فإن إضافة مدير المحفظة للعقد إلى نفسه نيابة عن العميل في البيع والشراء من الأفعال الجائزة عند جمهور الفقهاء.

-توكيل الوكيل غيره:

قد يقوم مدير المحفظة أحيانا بتوكيل غيره في إدارة محفظة عملائه وذلك لسبب من الأسباب، وبما أنه وكيل فهل يجوز له أن يوكل غيره في إدارة ما وكل به ؟.

-اختلف أهل العلم في هذه المسألة وجمهور الفقهاء، على أنّ الوكيل ليس له أن يوكل غيره إلا بإذن لأنه رضي بتصرف الأول ولم يرض بتصرف الثاني، ولأنّ الشخص في مثل هذه العقود مقصود لذاته، إلا أن يكون العمل الموكل به مما لا يليق بالوكيل تعاطيه أو لكثرته وهذا يعرف بالعادة والعرف.

-وذهب الحنفية إلى أن الوكيل إذا حضر في مجلس العقد مع من وكله صح العقد، لأن المطلوب حضور رأيه.

وعِله منع الجمهور كما سبق هي أن الموكل رضي بتصرف الوكيل الأول ورأيه، ولم يرض بتصرف غيره.

-عمولة مدير المحفظة:

لا بد أن تكون عمولة مدير المحفظة معلومة وبأجل معلوم أيضا، وهي نوعان:

*عمولة ثابتة: تأخذ على شكل نسبة مئوية من القيمة السوقية للمحفظة.

*عمولة تحفيزية: متمثلة بنسبة الزيادة في صافي أصول المحفظة، أي ما زاد عن نسبة الربح المتوقع حصوله.

وطريقة الاحتساب هذه تحتوي على مسألتين:

الأولى: هل احتساب الأجرة على شكل نسبة مئوية من القيمة السوقية للمحفظة ينافي معلومية الأجر ؟.

الثانية: هل يصح الجمع بين العمولة الثابتة والعمولة التحفيزية ؟.

-**الجواب**:

المسألة الأولى: إن احتساب الأجرة على شكل نسبة من القيمة السوقية للمحفظة يعني أنها تحدد لاحقا فلا تكون معلومة مسبقا، كما أن هذا يجعلها متغيرة بتغير القيمة السوقية للمحفظة، حيث أن احتساب الأجرة بهذه الطريقة تؤول إلى العلم بالأجرة ولها أشياء في الفقه الإسلامي:

أ- أجاز الجمهور أن تكون الأجرة منفعة من جنس المعقود عليه ، والمنفعة لا تعلم إلا بعد الانتفاع.
ب- أجاز المالكية بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجر بالتقدير كقول الرجل لآخر : "أحصد زرعي هذا ولك نصفه، أو جد نخلتي هذه ولك نصفها جاز".
ت- أجاز الإمام أحمد أن تكون الأجرة بعض المعمول، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد عليه مع ما فيه من الغرر، كدفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، فلا يعلم مقدار ربح الدابة، تشبيها بالمضاربة، لأنها عين تنمى بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء ولو دفع نحله إلى من يقوم عليه بجزء من عسله أو شمعه، فالمذهب لا يصح لحصول نمائه بغير عمله.

المسألة الثانية: وهي الجمع بين العمولة الثابتة والتحفيزية، فلا يصح الجمع بينهما على أساس المضاربة ويمكن تخريج جوازه على وجهين:

- أنها عقد وشرط: العقد هو الوكالة بأجر والشرط هو العمولة التحفيزية، والأصل في الشروط الإباحة، فقد جاء في الحديث :"المسلمون عند شروطهم" علما أن هذا الشرط يعود لمصلحة المتعاقدين ومن غير أن يكون المشروط عقدا آخر، فلا تدخل هذه المسألة في حديث: "نهى رسول الله عن بيع وشرط" لأن الشرط المقصود هو شرط لا يقتضيه عقد.

فهذا الشرط في عمولة المحفظة لا ينافي مقتضى العقد، وليس فيه نفع لأحدهما دون الآخر وليس المشروط عقد آخر بل هو شرط يحقق مصلحة للمتعاقدين وفيه نفع لهما، إلا أن هذا الشرط قد يتحقق وقد لا يتحقق لأننا لا نعلم كم سيبلغ الربح لتقرير هل يستحق المدير الحافز أم لا ؟.

غير أنّ هذه الجهالة مغتفرة لما فيها من مصلحة للمتعاقدين، ولأنها من التعاملات التي جرى بها العرف في إدارة المحافظ، والجهالة تغتفر إذا دعت إليها حاجة تيسر على الناس مكاسبهم كالجعالة وبيع السلم والتعامل دليل الحاجة.

-أنها وعد بجائزة: هل يجوز استثمار المال بتوكيل من يعمل فيه بأجر محدود ؟.

-كما يجوز إعطاء المال لمن يعمل فيه بنسبة من الربح على أساس شركة المضاربة التي يستحق فيها العامل (المضارب) نسبة شائعة من الربح، يجوز إعطاء المال إلى من يعمل فيه على أساس عقد الوكالة بأجر معلوم أو بنسبة معلومة من رأس المال، ويستحق الوكيل الأجرة سواء أتحققت أرباح أم لا.

وتطبق على هذه المعاملة أحكام الوكالة بأجر لا أحكام المضاربة، وكذلك يجوز أن يتفق الموكل مع الوكيل باستثمار المال على أنه إذا بلغت الأرباح حدا معينا يستحق الوكيل زيادة مقدرة على الأجر المعلوم في صورة نسبة من الربح أو مبلغ مقطوع وهذه الزيادة هي من قبيل الوعد بجائزة، أما الأجر المعلوم فهو الذي يصح بها عقد الوكالة.

ثالثا: الوكالة بأجر والإجارة

حينما تكون الوكالة بأجر فهل هي إجارة أم لا، وما الاختلاف بينهما ؟

-كما هو معلوم أن عقد الوكالة هو عقد تبرع وأهم آثاره عدم اللزوم، وعقد الإجارة عقد معاوضة وأهم آثاره اللزوم، فهل عقد الوكالة بأجر عقد لازم أم ليس بلازم ، وإن كان لازم فهل اللزوم ناشئ من وجود الأجرة أم لا؟، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على عدة أقوال منها:

-القول الأول: وهو مذهب الحنفية، من أنّ الوكالة عقد غير لازم إلا أن يتعلق به حق الغير فإنها عندئذ تكون لازمة.

-القول الثاني: وهو مذهب المالكية وقد اختلفوا فيها بينهم اختلافا كبيرا فمنهم من جعلها لازمة كالأجرة، ومنهم من جعلها غير لازمة مطلقا، ومنهم من فرق بين أن تكون على سبيل الإجارة أو على سبيل الجعالة.

-القول الثالث: وهو مذهب الشافعية، وظاهر مذهب الحنابلة من أن عقد الوكالة جائز من الجانبين سواء أكانت بجعل أم بغير ذلك، إلا أن تعقد بلفظ الإجارة فتكون إجارة، وإن عقدت بلفظ الوكالة فهي وكالة.

-وعند النظر في هذه الأقوال نجد أن قول الشافعية وبعض المالكية وظاهر مذهب الحنابلة وجيه جدا من أنها تكون وكالة حكما وإجارة معنًا، فلا تنقلب إلى الإجارة وذلك لعدة أسباب:

أ- لو كانت الوكالة بأجر إجارة حكما لكان قول جمهور الفقهاء من صحة العِوض ، والأجر في الوكالة لا فائدة منه، لأنها لا تكون وكالة حينئذ بل إجارة.

ب-الأصل في الوكالة التبرع وفي الإجارة المعاوضة، وبالتالي فاللزوم في الإجارة ناشئ من أصل العقد، وفي الوكالة طارئ على العقد.

ج-لزوم العقد لا يعني انقلابه، ولذا حتى من قال إن عقد الوكالة بأجر لازم ويكون إجارة قال في حالات أخرى بلزوم عقد الوكالة، ولم يقولوا بانقلابه وهذه بعض الحالات:

الحالة الأولى: إذا تعلق بالعقد حق الغير فإنه يصبح لازما، لأن جعله غير لازم يؤدي للإضرار بالغير، كمن وكل إنسانا يبيع داره المرهونة وتسديد الدين وحل الأجل، فلا يجوز للوكيل في هذه الحالة أن يعزل نفسه لتعلق حق الدائن.

-الحالة الثانية: إذا كانت الوكالة في الخصومة، وأنشب الوكيل في الخصومة فليس له عزل نفسه.

-الحالة الثالثة: إذا كانت الوكالة بعوض (كالمحاماة) لأن الوكيل استحق العوض مقابل القيام بما وُكِل فيه، فلو كان العقد جائزا لكان بإمكانه فسخ العقد، وبالتالي يكسب مالا بغير جهد ووجه حق وفي هذا ضرر بالموكل.

-وهذا يشير إلى أن وجود الأجرة بحد ذاتها ليس هو السبب في لزوم العقد وإنما هو دفع الضرر عن الموكل.

د- عقد المضاربة: هو عقد شركة في الربح، وهذا لا يكون إلا عند ظهور الربح، فيكون وديعة قبل الشراء، ووكالة بعده، وشركة عند ظهور الربح، وفي حال فساد العقد فهي إجارة، ومع هذا يجري عليه الفقهاء أحكام المضاربة وشروطها من أول العقد إلى آخره، ولم يقولوا إنه ينقلب من عقد إلى عقد اعتبارا بأصل العقد، وقد انتبه الحنفية لهذا المعنى فقالوا المضاربة نوع شركة، فيمكن أن نقول في الوكالة بأجر هي نوع إجارة.

هـ- وجود فوارق بين الوكيل والأجير، فالوكيل يأتمر بأمر غيره، والأجير يأتمر بأمر نفسه، والوكيل ينوب عن الموكل، ولا ينوب الأجير عن المؤجر، كما أن محل الوكالة تصرف قانوني، ومحل الإجارة تصرف مادي، وتنتهي الوكالة بموت الموكل أو بموت الموكل أو بموت الوكيل،، ولا ينتهي الإيجار بموت المؤجر أو المستأجر إلا في حالات استثنائية، ويجوز في الوكالة أن يعدل القاضي الأجر المتفق عليه ، أما في الإيجار قلا يجوز ذلك إلا في حالات استثنائية.

-وعلى هذا فإن عقد الوكالة بأجر هو عقد وكالة حكمًا وإجارة معنًى، وتأخذ أحكام الوكالة لا الإجارة إلا فيما يتعلق بالأجرة من معلوميتها وأجلها.

-انتهاء المحفظة المالية:

تنص عقود المحافظ المالية على أنه يحق لكل من طرفي العقد إنهاء المحفظة على أن يسبقه إخطار بذلك خلال مدة معينة لا تقل في الغالب عن شهر، وهذا يعني عدم لزوم العقد من الطرفين كما هو الحال في عقد الوكالة الذي تستند إليه إدارة محافظ الغير، فقد نص الفقهاء على أن عقد الوكالة جائز من الجانبين أي غير لازم في حق الوكيل والموكل، فلكل واحد منهما أن يبادر لفسخه متى شاء فهي إذن من الموكل، وتبرع من الوكيل.

-إلاّ أنّ عقود المحافظ تنص على ضرورة علم المدير برغبة العميل بإنهاء المحفظة، وهذه المسألة ذكرها الفقهاء، وهي هل يشترط علم الوكيل بالعزل أم لا عند إرادة إنهاء العقد ؟.

-فالأظهر أنه لا بد من علم الوكيل بالعزل وخصوصا في عقود إدارة محافظ الغير المالية إذ إنه يترتب عليها التزامات مالية ضخمة تتم بالدقيقة والثانية وبمبالغ كبيرة، فلو قلنا بعدم ضرورة علم الوكيل فهذا يعني تحميل الوكيل فهذا يعني تحميل الوكيل (مدير المحفظة)، بهذه الالتزامات الضخمة مما يؤدي إلى الإضرار به، وفي هذا العصر الذي تسارعت فيه إجراءات المعاملات المالية بشكل كبير إضافة إلى

تعقيداتها ينبغي أن تكون علاقة الأطراف فيها بينها واضحة خطوة بخطوة تحقيقا للعدل ومنعا من أن يلحق الضرر بأحدهما.

-وهناك بعض عقود المحافظ التي تنص على أنه لا يحق للعميل إغلاق المحفظة قبل مرور ستة أشهر من تاريخ فتحها، وفي حال رغبة العميل إغلاقها قبل هذه المدة يجوز له ذلك، وللمدير أن يتقاضى أتعابا إدارية تغطي هذه المدة.