

شرط ضمان در تکافل

شقایق کلانتری، فاطمه رجایی

1- سرکار خانم دکتر فاطمه رجایی استاد دانشگاه حکیم سبزواری

2- شقایق کلانتری دانشجوی ارشد دانشگاه حکیم سبزواری

چکیده

عقد بیمه به دلیل ماهیتی قمارگونه و دخل و تصرف عنصر ربا در آن از نظر برخی از فقیهان مردود شناخته شده و در عوض تکافل در این عرصه به جایگزینی از آن معرفی گشته است. لذا حقوقدانان و فقیهان در پی آن آمدند که ماهیتی به آن ببخشند و شاید با تشخیص این ماهیت اصول حاکم بر آن نیز مشخص گردد از میان الگوهای ارائه شده ظاهراً الگوی عقد ودیعه تطابق بیشتری نسبت به سایرین با تکافل دارد. در تکافل اصل بر آن است که در صورت عدم وقوع زیان وجوه پرداختی و سود حاصل از سرمایه گذاری میان شرکت و مشارکت کننده تقسیم شود و شاید در همین نقطه است که ناکارآمدی باقی الگوها نمایان می شود. اما پس از قبول این الگو باید دید درج شرط ضمان در تکافل مبتنی بر عقد ودیعه چگونه است با وجود اختلافاتی که راجع به درج شرط ضمان در عقود امانی و به طریق اولی در تکافل مبتنی بر عقد ودیعه این اختلاف نظرها نیز وجود دارد اما به هر حال با تحقیق و بررسی منابع و جمع بندی های حاصله به این نتیجه رسیدیم که درج شرط ضمان در تکافل مبتنی بر عقد ودیعه خلاف اقتضای عقد نیست و درج آن بلاشکال است.

واژگان: بیمه، بیمه اسلامی، تکافل، الگو، عقد ودیعه، شرط ضمان

مقدمه

هرچه از پیشرفت جامعه بشری میگذرد اهمیت بیمه در زندگی روزانه جامع بشری خود را بیش از پیش نشان می دهد، اما از آنجا که در کشور ما اصلی وجود دارد که قوانین باید مطابق شرع باشند و از قضا بیمه از دوجنیه دارای عناصر غیر شرعی است محققان اسلامی در پی آن آمدند که با توجه به اصل تعاون در قرآن کریم نهادی را ماهیت بخشند به نام تکافل بعد از آن مسئله اصلی ماهیت حقوقی و اصول حاکم بر این نهاد است به همین دلیل حقوقدانان و فقها به چند دسته تقسیم شدند و برای تکافل هر کدام ماهیتی را قابل تصور دانسته اند و معتقدند که تکافل از این عقود معین الگو برداری کرده است آن عقود معین از این قرار است: هبه، مضاربه، وکالت، تبرع و ودیعه هر کدام از الگوهای ارائه شده برای تکافل دارای مزایا و معایبی است که مورد بررسی واقع خواهد شد. باید دید کدام یک از عقود فوق بر تکافل انطباق بیشتری دارد؟ لازمه پاسخ به این سوال نیز ابتدا بررسی ماهیت تکافل و ویژگی های آن است.

و باید دید تکافل در مقام عقود ذکر شده چه وضعیتی دارد؟

و همچنین مهمترین سوال در این مقاله که در پی پاسخ به آن هستیم وضعیت شرط ضمان در تکافل چگونه است؟

گفتار اول (مفاهیم

برای پرداختن به ماهیت تکافل و درج شرط ضمان در آن لازم است برخی مفاهیم و منشا پیدایش تکافل بررسی گردد تا در سایه ی این تعاریف ماهیت آن کشف گردد و چگونگی درج شرط ضمان در آن مشخص گردد .

بند اول (بیمه :

بیمه در لغت به معنای نوعی اطمینان در مقابل ریسک و خطر است که وقوع حتمی نیست بلکه وقوع آن محتمل است اما بیمه در اصطلاح حقوقی به معنای قراردادی است که به موجب آن در صورت وقوع خسارت بیمه گر عینا خسارت را جبران نموده یا وجه معینی به بیمه گذار بپردازد .^۱

عقد بیمه با وجود کاربرد هایی که داشت اما از نظر محققان اسلامی نامشروع بود به این دلیل که اولاً موضوع قرارداد بر اساس احتمال بود و اطمینانی بر وقوع حتمی آن وجود ندارد و به دلیل همین ماهیت احتمالی بود نظریه قمار بودن عقد بیمه را تقویت می کند ایراد دیگری نیز به عقد بیمه وارد است و آن عملیات مرسوم بیمه ها که با بهره همراه است و در بیمه عمر از همین نرخ بهره برای محاسبه حق بیمه در این عقود استفاده می گردد و این مطلب نیز دلیلی بر ربوی بودن عقد بیمه است.^۲

تکافل گونه ای عقد بیمه است بدون داشتن عناصر نامشروع کننده فوق ، تکافل در زمان پیامبر اکرم و حتی قبل از ظهور اسلام تحت عنوان نظام عاقله وجود داشته است و طرفداران تکافل معتقدند که بیمه ای که برای سودجویی و استثمار باشد مردود است و بیمه تعاون اسلامی به دلیل ایه 5 سوره مائده که به مومنان امر شده که در کارهای نیک یاور یکدیگر باشند .^۳

مفهوم و معنای اصلی تکافل به معنای تبرع همکاری است و قصد و نیت پرداخت کننده نیز باید همین طور به صورت هدیه باشد^۴

بند دوم (تعریف تکافل :

تکافل در معنای لغوی از فعل عربی کفال گرفته شده است که به معنای رفع نیاز یک شخص و یا رسیدگی به او می باشد . اما تکافل در معنای اصطلاحی خود همان قرارداد بیمه است بدون این که فاکتورهای غیر شرعی موجود در عقد بیمه را همراه داشته باشد . در جای دیگر از تکافل به عنوان ضمانت مشترک و یا مسئولیت مشترک نیز یاد شده است و به طور خلاصه منظور از تکافل تشکیل مجموعه و گروهی است تا از فرد نیازمند حمایت شود^۵

این نکته نیز قابل ذکر است که تکافل برگرفته از مسئولیت مشترک میان اعضا جامعه و جبران خسارات است و در واقع مشابه بیمه های رایج بازرگانی است و به لحاظ جبران خسارات مالی با این گونه بیمه ها شباهت دارد . بنا بر آنچه که گذشت تکافل برای مفهوم گرفتن خود از اصل قرآنی تعاون و همکاری وام گرفته است .^۶

^۱ زهرا کاشانکی، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان

^۲ محمد مهدی عسکری و حمید رضا اسمعیلی گیوی، 1388/4/13 تحلیل نظری ساختار بیمه های عمر در نظام تکافل و بیمه های متعارف، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی شماره 32 زمستان 1387

^۳ زهرا کاشانکی، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان

^۴ همان

^۵ همان

^۶ محمد امین کیخافرزانه، محسن اسماعیلی، محمد مهدی عسکری، 1393/10/13، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهارم و هشتم، شماره یک، بهار و تابستان 1394

وبه همین دلیل است که دکترین اعتقاد دارند که تکافل به بیمه تعاونی شباهت دارد، از تاریخچه تکافل گذر میکنیم چراکه از آن سخن فراوان درمیان است و بهتر به نظر می رسد که به بررسی خود تکافل و تشریح ماهیت آن بپردازیم براین اساس مبنای تکافل را میتوان "کمک مالی دوجانه" اعضا یک گروه دانست.^۷

به طور کلی دو زیرمجموعه برای تکافل قابل رویت است :

1- تکافل عمومی

2- تکافل خانواده

برای رسیدن به تعریف تکافل عمومی لازم است ابتدا به بررسی تعریف تکافل خانواده پرداخته شود و هرچه که در زیرمجموعه تعریف ذیل نباشد تکافل عمومی است اما تکافل خانواده به این معناست که یک نوع مصونیت برای فرد یا افراد یا خانواده آنها ایجاد شود این نوع از تکافل هم بنا بر تعریف اصلی و اساسی تکافل مبتنی بر اصل تعاون است و عموماً برای حمایت از یتیمان و دیگر اشخاص وابسته به تکافل شونده قابل طرح است. تکافل خانواده مفهومی مشابه در بیمه دارد که از آن با نام بیمه عمر یاد می شود.^۸

بند سوم (صنعت تکافل

دیگر اصطلاحی است که برای درک این معنا لازم است واضح گردد. منظور از صنعت تکافل ارائه تمامی محصولات است که از عملیات تکافل حاصل می شود و این ارائه ممکن است توسط شرکت هایی حاصل شود که صرفاً برای ارائه این گونه عملیات به وجود آمده اند دوم شرکت های بیمه ای که در کنار سایر عملیات خود محصولات تکافل را نیز ارائه می دهند.^۹

گفتار دوم (مکانیزم بیمه تکافل :

فرایند تکافل به این صورت می باشد که به شرکت سهامی دستمزدی پرداخت می شود و اگر در پرداخت خسارت با کسری مواجه شود، عامل تکافل اجازه ندارد آن را پوشش دهد در عوض او باید یک وام قرض الحسنه تدارک دیده و توسط مازادهای صندوق بیمه بازپرداخت شود و به همین دلیل است که در تکافل به بیمه گذاران مشارکت کنندگان می گویند. در تکافل ریسک صنعت با شرکت است و شرکت به عنوان مدیر وام و ناظر محسوب می شود. و پرداختی ها در صندوق به عنوان وقف ذخیره می شود همچنین پرداخت خسارات از محل همین صندوق تامین می شود و این امکان نیز وجود دارد که پول مازاد این صندوق در تجارت های مورد قبول شریعت مصرف شود و سود حاصل از آن بین اعضا تقسیم می شود.^{۱۰}

همان طور که ذکر گردید به دلیل اجتناب از جنبه های غیر شرعی بیمه تکافل ایجاد گردید و در شرکت های بیمه ای تکافل علاوه بر هیات مدیره فنی یک هیات مدیره شرعی در نظر گرفته شده است که ضمن اظهار نظر در بخش شریعت از اقدامات خلاف شرع جلوگیری کند.^{۱۱}

⁷ همان

⁸ همان

⁹ محمد مهدی عسکری و حمید رضا اسمعیلی گیوی، 1388/4/13 تحلیل نظری ساختار بیمه های عمر در نظام تکافل و بیمه های متعارف، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی شماره 32 زمستان 1387

¹⁰ محمد مهدی عسکری و حمید رضا اسمعیلی گیوی، 1388/4/13 تحلیل نظری ساختار بیمه های عمر در نظام تکافل و بیمه های متعارف، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی شماره 32 زمستان 1387

¹¹ همان

یکی از مهمترین اصول در بیمه های تکافل تقسیم سود حاصله از فعالیت های شرکت به بیمه گذاران است و به این صورت که در پایان سال سود خالص اضافی بین بیمه گذاران تقسیم می شود .

امروزه بیش از 63 شرکت که بیمه ی تکافل موضوع فعالیت آنهاست درجهان فعالیت می کنند اما متأسفانه بیمه های تکافل هنوز در ایران راه اندازی نشده است

گفتار سوم (تفاوت و شباهت تکافل با بیمه :

همان طور که ذکر گردید تکافل مفهومی مشابه بیمه است و از این رو لازم و ضروری است که به نقاط اشتراک و تفاوت های بیمه و تکافل بپردازیم

بند اول (شباهت : با بررسی تعارف ذکر شده روشن می شود که شباهت اصلی و اساسی تکافل و بیمه در این ایت که هر دو روشی برای جبران خسارات مالی اند .

بند دوم (تفاوت : به لحاظ سرمایه گذاری بنیاد بیمه بر سود استوار است و با شرع مطابقت ندارد اما بنیاد تکافل برخلاف بیمه بر سود استوار نیست و با احکام شرعی مطابقت دارد و همان طور که پیش تر گفته شد در بیمه ما مفهومی به نام هیات نظارت شرعی نداریم حال که این هیات از اصول شرک های بیمه ای تکافل است. ضمانت در بیمه از سوی شرکت است ولی ضمانت در تکافل بین تمامی اعضا تقسیم می شود. در بیمه خسارت از محل سرمایه شرکت تامین می شود اما در تکافل از سرمایه اعضا پرداخت می شود و همچنین مصارف اداری و کارمزد شرکت در بیمه از محاق بیمه تامین می شود حال آنکه در تکافل از محل سرمایه سهامداران این مصارف برداشت می شود. نوع قرارداد در بیمه خرید و فروش است اما در نوعیت تکافل نظر بر مضاربه و ودیعه است و در واقع منظور نوعی قرارداد مشارکت است و بیمه گذاران در درآمد حاصل از عملیات بیمه ای تکافل شریک می شوند.^{۱۲}

بند سوم (بررسی تطبیقی تکافل در با بیمه های رایج

برای درک مفهوم ناآشنای تکافل لازم است به بررسی تطبیقی آن با بیمه های رایج بپردازیم .

ماهیت حقوقی بیمه بیع است در واقع بیمه گر در قبال دریافت وجهی بیمه گذار را در مقابل خطراتی که محتمل الوقوع است از طریق جبران خسارت حمایت کند اما درباره ماهیت تکافل هر چند در آینده راجع به آن مفصلاً سخن خواهد رفت اما به طور خلاصه در تکافل جبران خسارت میان اعضا گروه و صندوق تقسیم می شود.^{۱۳} عقد بیمه برخاسته از پیشرفت جامع بشری و تجربه است اما تکافل برخاسته از اصل تعاون و آیات قرآن کریم است .

اصل در شرکت های بیمه بر عدم شفافیت، عدم ارائه اطلاعات و عدم اطمینان است برخلاف تکافل که قرارداد کاملاً شفاف و تمامی اطلاعات لازم در اختیار تکافل شونده قرار می گیرد. دیگر موضوع مطروحه در این بخش بحث تعیین تکلیف مبالغ پرداختی در بیمه و تکافل است در بیمه رویه بر این است که در صورت وقوع خطر بیمه گذار بارانه بیمه نامه خسارت خود را تا سقف بیمه نامه دریافت می کند و بعد از پایان قرارداد و عدم وقوع مخاطره ای هیچ حقی برای بیمه گذار قابل تصور نیست اما در تکافل در صورت عدم وقوع خطر تنها می تواند موجودی را که با آن در صندوق شرکت کرده را دریافت کند و علاوه بر آن سود مشارکت تا آن زمان قابل مطالبه است.^{۱۴}

¹² زهرا کاشانکی، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان

¹³ عباس جلیلی، حجت الله عبدالملکی، حسن معظمی، 1395/12/9 بررسی مبانی باز توزیع مازاد بیمه تکافل، پژوهشنامه بیمه، شماره 2، تابستان 1396

¹⁴ زهرا کاشانکی، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان

مسئله قابل طرح دیگر راجع به تفاوت های بیمه و تکافل بحث باز خریدی است در بیمه های رایج در صورتی که بیمه گذار قصد باز خریدی و خروج از قرارداد بیمه را داشته باشد معمولاً مبلغی کمتر از آنچه که تا آن زمان به بیمه گر پرداخت کرده را از بیمه گر دریافت می کند اما در تکافل عکس این رویه با کم کردن مبلغی تحت عنوان مدیریت صندوق اصل وجوه پرداختی و سهم وی از کل سود نیز به وی پرداخت می شود.^{۱۵}

گفتار چهارم (بررسی تکافل به لحاظ فقهی)

در فقه امامیه درباره مبنای مشروعیت تکافل و در واقع ماهیت آن دو نظر وجود دارد دسته اول معتقدند که تکافل یک عقد جدید و مستقل از باقی عقود است و دسته ای دیگر بر این باورند که تکافل از مجموع عقود معینی تشکیل می شود که عبارت اند از: هبه مضاربه و قرض الحسنه و زمانی که این عقود رنگ بوی تکافل را به خود می گیرند از ماهیت و هدف اصلی خود باز می مانند و هدف آنها در صورت یافتن ماهیتی تکافل گونه که به صورت تامین خسارات احتمالی مالی است کاملاً متفاوت است با مثلاً هدف اصلی مضاربه که تنها رسیدن به سود سرمایه گذاری شده و یا هبه که مقصود از آن بیخشن مالی بلاعوض به شخصی است و یا قرض که تملیک مال است در مقابل بدل .

با ترکیب سه هدف ذکر شده به هدف و مقود غایی تکافل برسیم . و در واقع هیچ کدام از عقود فوق به تنهایی ما را به مقصود نمی رسانند و به تنهایی با ساختار تکافل مطابقت ندارند . به نظر می رسد که نظر گروهی که اعتقاد داشتند به عقد مستقل بودن تکافل ارجح تر باشد .^{۱۶}

و طبق این نظر شرایط عمومی متعاقبین در این عقد نیز لازم به نظر می آید به این صورت که طرفین تکافل نیز باید دارای عقل و بلوغ و اختیار باشند و علاوه بر آن لازم است شرایط خاص عقود مضاربه و هبه و قرض رانیز دارا باشد . پس در تکافل اهلیت بر انعقاد معامله در کنار قصد و رضای طرفین و مشروعیت جهت لازم است.^{۱۷}

گفتار پنجم (بررسی عقد بودن تکافل)

برای بررسی عقد بودن یا نبودن تکافل باید به بررسی وجوه مختلف آن و تطبیق آن با ابعاد گوناگون عقد بپردازیم .^{۱۸} همان طور که می دانیم عقد در لغت به معنای گره است و در اصطلاح فقهی و شرعی به معنای قرداد و توافق است و لازمه هر توافقی وجود دو اراده است دقیقاً برخلاف مفهومی که نام ایقاع که برا وقوع آن یک اراده لازم و کافی است و اما می رسیم به سوال اساسی این بخش که آیا تکافل عقد است ؟ با وجود طرفین عقد و موضوع عقد و عوضین می توان آن را عقد دانست .

طرفین تکافل یکی عامل تکافل که همان بیمه گر است و دیگری متکافلین که همان بیمه گذاران می باشند و در واقع مورد توافق پذیرفتن اشتراک در ریسک پذیری و جبران خسارت در صورت وقوع آن ، موضوع تکافل را در صورت عقد بودن می توان به این صورت توجیه کرد که که گاهی موضوع آن مال گاهی شخص و گاهی مسئولیت مدنی افراد است .

¹⁵ محمد مهدی عسکری و حمید رضا اسمعیلی گیوی ، 1388/4/13 تحلیل نظری ساختار بیمه های عمر در نظام تکافل و بیمه های متعارف ، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی شماره 32 زمستان

¹⁶ محمد عیسائی تفرشی ، عباس کاظمی ، محمد الهی ، 1396/11/29 الگوی مضاربه عمومی تکافل در فقه امامیه و عامه ، دوفصلنامه علمی - تخصصی پژوهش نامه میان رشته ای فقهی ، شماره دو ، بهار و تابستان 1397

¹⁷ محمد عیسائی تفرشی ، عباس کاظمی ، محمد الهی ، 1396/11/29 الگوی مضاربه عمومی تکافل در فقه امامیه و عامه ، دوفصلنامه علمی - تخصصی پژوهش نامه میان رشته ای فقهی ، شماره دو ، بهار و تابستان 1397

¹⁸ زهرا کاشانکی ، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان

عوضین تکافل در صورت پذیرش عقد بودن آن به این شرح است که بیمه گذار وجهی را تحت عنوان هبه به بیمه گر می بخشد و در مقابل بیمه گر که همان شرکت و یا صندوق است متعهد می شود در صورت وقوع خطر رخ دادن حادثه خسارت را پرداخت کند و در کنار آن این امکان را به بیمه گذارن می دهد که در سود مازاد صندوق و یا شرکت شریک باشند.¹⁹

گفتار پنجم (مفهوم مازاد بیمه تکافل)

همان طور که پیش تر ذکر گردید در تکافل اصل بر این است که سود خالص مازاد خالص صندوق بین بیمه گذاران و بیمه گر در واقع تقسیم می شود و این خصیصه یکی از تفاوت های اساسی تکافل با عقد بیمه است همچنین این خصوصیت می تواند باعث جذب افراد جامعه به سرمایه گذاری و روی آوری به این نوع بیمه شود اما خالی از لطف نیست اگر به جبه مخالف این خصیصه و تمایز مهم بپردازیم که معتقدند که پرداخت این وجه مازاد خوددلیلی بر ربوی بودن تکافل است و یا در مواقعی که قبل از اتمام اقساط بیمه (حق بیمه) حادثه رخ می دهد بیمه گر باید چند برابر آنچه را که دریافت کرده باید بابت جبران خسارت بپردازد که این خود نیز به گونه ای ربا محسوب می شود.²⁰ اما در رد این نظریه باید گفت که این امر در واقع در جنب و در کنار بیمه است و در واقع جوهره اصلی و ذات عقد نیست.

گفتار ششم (ماهیت تکافل)

با پیشرفت تکافل و گرایشات به سمت این نوع بیمه اسلامی و تعاونی افزایش یافت و این خود باعث طرح مدل های گوناگونی برای این نهاد حقوقی بر اساس عقود اسلامی شده است از این رو دکتربین حقوق در پی آن آمدند که تکافل را در قالب یکی از عقود معین و شرعی در آورند لذا لازم است قبل از ارائه نظر نهایی مبنی بر ماهیت حقوقی تکافل به بررسی نظرات گوناگون راجع به ماهیت تکافل می پردازیم.²¹

بند اول (بررسی تکافل از دیدگاه هبه معوض بودن آن :

یکی از نهاد های حقوقی که تکافل را می توان در قالب آن در آورد هبه معوض به لحاظ شباهت این دو با هم است. همان طور که می دانیم هبه تملیک مجانی مال است و به دو صورت معوض و اغلبا غیر معوض در عالم حقوق پدیدار می گردد. در بحث پیش رو عمده تمرکز و بحث ما بر روی هبه معوض است که این عوض یا به صورت شرط است یا به صورتی به غیر از شرط و هبه جز آن دسته از عقود نیست که تعادل عوضین در آن شرط باشد پس لازم نیست که عوضین از یک جنس و یا حتی برابر باشند و می تواند در مقابل مال موهوبه مال یا عملی به عنوان عوض واقع شود که ماده 801 قانون مدنی صحه ای بر این سخن است و شاید به همین دلیل است که بسیاری از فقها بسیاری از بیمه های متعارف را در قالب آن قرار داده اند.²²

اما سوال اساسی این است که تکافل چگونه در قالب هبه معوض قابل طرح است ؟

¹⁹ زهرا کاشانکی، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان

²⁰ محمد عیسائی تفرشی، عباس کاظمی، محمد الهی، 1396/11/29، الگوی مضاربه عمومی تکافل در فقه امامیه و عامه، دوفصلنامه علمی-تخصصی

پژوهش نامه میان رشته ای فقهی، شماره دو، بهار و تابستان 1397

²¹ زهرا کاشانکی، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان

²² همان

برای پاسخ به این سوال لازم است به مکانیزم و عملیات تکافل با رنگ و بوی از هبه رجوع کنیم .

همان طور که ذکر گردید متکافلین (بیمه گذاران) مبلغی را به عنوان حق مشارکت (حق بیمه) به صندوق (بیمه گر) هبه می کند و در عوض این هبه مشروط و معوض صندوق متعهد می شود خسارات معینی را از متکافل جبران کند که این قرارداد مشروع است .

اما در اینجا چند سوال اساسی باقی می ماند که از این قرار است: باتوجه به این که هبه در تکافل به یک صندوق صورت می گیرد و در هبه که شخصیت متبهم مهم است آیا صندوق یا یک شخصیت حقوقی می تواند متبهم باشد؟

همان طور که می دانیم در بیمه بدون اجتماع بیمه گذاران و توزیع جبران خسارت بر همه ی آنها تشکیل بیمه مورد تردید است و بیمه ناچار به جمع گرا بودن است که همه ی آنها باهم یک شخصیت واحد حقوقی را تشکیل می دهند و طبق نظریه علما و دکترین هبه به یک شخصیت حقوقی بلاشکال است.^{۲۳}

اما دومین سوال مطروحه در اینجا که پیش تر هم به طور خلاصه به آن پرداختیم مسئله ماهیت حقوقی و جنبه شرعی پرداخت سود مازاد صندوق است ؟

برای پاسخ به این سوال لازم است به بررسی مفهوم حقوقی بپردازیم به نام اصل آزادی قراردادها این اصل این معنا را با خودبه همراه دارد که اولاً اراده به وجود آورنده قرارداد نباید محدود شود .

دوم این که لازمه این اصل این مهم می باشد که برای این اراده ها و تلافی آنها باهم ارزشی معادل ارزش یک قانون قائل شد چراکه عدم این ارزش گذاری خود باعث زیر سوال رفتن این اصل می باشد و حتی گاهی این توافق ها می تواند ارزشی بالاتر از قانون یابد و مخالف قوانین تفسیری باشد اما به هر حال هیچ اصلی نبوده که مخصصی دایره ی شمول آن را محدود نکرده باشد در واقع اصل آزادی قراردادها را مخالف نبودن باقوانین آمره و اخلاق حسنه و نظم عمومی محدود کرده است. وقتی ما قرارداد را بنا بر اصل آزادی قراردادها در عالم حقوق موجود فرض می کنیم به طریق اولی لازم است که شرط ضمن آن را نیز موجود و دارای اثر بدانیم^{۲۴}

بند دوم) بررسی تکافل از دید مضاربه بودن آن

برای بررسی این عنوان لازم است ابتدا به شرح مضاربه و بعد به ارتباط آن با تکافل می پردازیم. مضاربه در اصطلاح به معنای این است که یک شخص حقیقی یا حقوقی مالی را به دیگری برای تجارت میپردازد تا در سود این سرمایه گذاری با هم به نسبت های گوناگون شریک باشند مضاربه در عالم حقوقی به معنای نوعی قرارداد شرکت و یا مشارکت در سود است و طرفین این عقد یکی کسی است که سرمایه را تامین می کند و طرف دیگر کسی است که با این سرمایه کار می کند و این عقد را به این صورت می توان با تکافل منطبق ساخت که متکافلین همین تامین کنندگان سرمایه اند و صندوق یا شرکت همان مضارب در عقد مضاربه اند .

همان طور که از عقد مضاربه برمی آید متعاقدين در تکافل هم مانند مضاربه در سود حاصل از به کارگیری سرمایه سهیم اند در صورتی که تکافل ماهیتی مشابه مضاربه داشته باشد شرکت تکافل یا همان اداره کنندگان صندوق پس از تقسیم سود حاصل از این مشارکت تمام هزینه های مدیریتی را از سود حاصل از این سرمایه گذاری کاسته می شود .

²³ زهرا کاشانکی، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان
²⁴ همان

در تکافل به طور کلی با دو عنصر اساسی روبه رو هستیم اول متصدی تکافل که نقش اداره شرکت را ایفا می کند به تعبیری ملموس تر همان بیمه گر در عقد بیمه دوم تکافل شونده‌گان که در عقد بیمه همان بیمه گذار می باشد .

متصدی تکافل هزینه ای را به عبارتی وارد این صندوق می کند تا یک فعالیت تجاری را راه اندازی کند تا سهمی هم در سود این سرمایه گذاری و مازاد آن داشته باشد .

طرف دیگر این عقد همان تکافل شونده‌گان اند به دلیل حمایت این شرکت مقابل خطرات احتمالی در این صندوق مشارکت می کند بنابراین بایک رجوع ساده به تعریف و کاربرد عقد مضاربه به شباهت این دو عقد بهم می رسیم.^{۲۵}

بند سوم) بررسی تکافل از دید عقد وکالت

عقد وکالت در معنای حقوقی خود این گونه تعریف می شود : وکالت عقدی است که به وسیله ی آن موکل برای انجام امور حقوقی به وکیل نیابت می دهد که به نام و حساب موکل ، وکیل این امور را سامان بخشد .^{۲۶}

برای اثر بخشی حقوقی به تکافل برخی این نظر را پذیرفته اند که تکافل مبتنی بر عقد وکالت است به این صورت که شرکت تکافل یا همان اداره کنندگان صندوق به وکالت از اعضا وظیفه اداره شرکت و امور مالی آن را برعهده دارد. در این نظریه شرکت وکیل است و اعضا موکلین این عقد اند .

در بررسی تکافل بارنگ وبوی وکالت لازم بهذکر است که در اینجا شرکت تکافل که در اینجا ایفا کننده نقش وکیل در عقد وکالت است توسط اداره کنندگان یا موسسان و مشارکت کنندگان تشکیل می شود . این امکان به اداره کنندگان داده شده ایت که وجوه دریافتی را در تجارت ها و سرمایه گذاری هایی که مورد تایید شرع باشد به کار ببندد و سود این عملیات تجاری به حساب مشارکت کنندگان یا به عبارتی همام بیمه گذاران منظور شود همچنین جبران خسارات و زیان های مورد توافق را نیز در این عقد اداره کنندگان از این حساب می پردازند و البته که حق اقامه دعوا علیه مقصر واقعی برای آنها مفروض است^{۲۷}

در اینجا خالی از لطف نیست اگر به مقایسه وضعیت تکافل در دو الگوی فوق پردازیم :

در صورت مضاربه بودن تکافل شرکت تکافل که نقش مضارب را در اینجا ایفا می کند با وجوه سپرده شده از سوی مشارکت کننده گان اقدام به سرمایه گذاری می کند و زیان و خسارات ناشی از این سرمایه گذاری نیز برعهده او می باشد در حالی که در صورت ایفا نقش وکالت به وسیله تکافل این فرض قابل طرح نیست چراکه همان طور که گفتیم شرکت تکافل که در اینجا نقش وکیل را دارد به عنوان وکیل مسئولیتی مقابل موکل ندارد .

مگر در صورت تقصیر و همچنین در عقد وکالت حتی اگر عمل وکیل برای موکل موجب سود هنگفتی شود وکیل جز اجرت و در واقع حق الوکاله توافقی حقی نسبت به سود حاصله ندارد حال آنکه مضارب و عامل هر دو در سود حاصله سهیم اند .^{۲۸}

²⁵ محمد عیسائی تفرشی، عباس کاظمی، محمد الهی ، 1396/11/29 الگوی مضاربه عمومی تکافل در فقه امامیه و عامه، دوفصلنامه علمی - تخصصی پژوهش نامه میان رشته ای فقهی ، شماره دو ، بهار و تابستان 1397

²⁶ دکتر ناصر کاتوزیان، 1395، دوره مقدماتی حقوق مدنی در سهایی از عقود معین، چاپ بیست و ششم، انتشارات گنج دانش، صفحه 57

²⁷ علیرضا پوراسماعیلی، عباس برزویی، 1397/12/07، نقد و بررسی تکافل بر مبنای قرار داد ودیعه، پژوهشنامه بیمه ، شماره 1، بهار 1398

²⁸ علیرضا پوراسماعیلی، عباس برزویی، 1397/12/07، نقد و بررسی تکافل بر مبنای قرار داد ودیعه، پژوهشنامه بیمه ، شماره 1، بهار 1398

بند چهارم (بررسی تکافل از دید عقد ودیعه

در تعریف ودیعه نیز آمده است که ودیعه به طور خلاصه استنباه در حفظ و نگهداری مال است به این معنا که مودع مالی را نزد مستودع به امانت می گذارد تا از آن محافظت و نگهداری کند آنچه از تعریف بالا برداشته می شود این است که ودیعه از جمله عقود رایگان، اذنی و به تبع جایز و مبتنی بر احسان است²⁹

و به همین دلیل است که برامین یا مستودع در صورت تلف مال حرجی نیست اگر تعدی و تفریط نکرده باشد چرا که ید او در این عقد امانی است و همچنین هر کدام از طرفین بدون دریافت رضایت طرف مقابل می توانند عقدا برهم بزنند و این عملیات حقوقی نتیجه جایز بودن این عقد می باشد³⁰

حال می رسیم به بررسی تکافل هنگامی که در نقش عقد ودیعه ظاهر می شود، زمانی که شرکت تکافل با مشارکت کنندگان یاب به عبارت دیگر بیمه گذاران قرارداد تکافل از نوع ودیعه را منعقد می کنند شرکت به عنوان مستودع و یا امین وظیفه حفظ و نگهداری وجوه دریافتی از مشارکت کنندگان و همچنین وظیفه اداره شرکت رانیز برعهده دارد. وجوه ورودی به صندوق دو دسته اند اول دسته ای که برای پوشش دادن ریسک ها و خطرات مورد توافق کنار گذاشته می شود و دوم دسته ای که به سرمایه گذاری های مشروع اختصاص داده می شود.

نکته قابل ذکر در اینجا تعیین تکلیف برای وجوه دسته اول است که در صورت وقوع خسارت طبیعتا صرف جبران این زیان خواهد شد بنا بر این که تکافل که مبتنی بر اصل تعاون و همکاری است بنابراین ماهیت وجوه پرداختی سایر شرکا تبرع است و در صورت عدم وقوع این زیان شرکت وجوه دریافتی را به عنوان ودیعه نگهداری می کند.

هر چند جای گذاری تکافل در یک عقد معین به تنهایی کاری دشوار است چرا که همان طور که عرض گردید تکافل برای موجودیت یافتن در عالم حقوق از عقود معینی وام گرفته که هر کدام به نحوی سعی در پر کردن خلاءهای عقد دیگر برای این قالب دارند.

به هر حال به نظر می رسد زمانی که شرکت به نمایندگی از شرکت کنندگان در سرمایه گذاری شرکت می کند وکیل آنها محسوب می شود پس می توانیم به این نتیجه برسیم که تکافل ترکیبی از دو عقد وکالت و ودیعه باشد³¹

از آنجا که در این مقاله سعی داریم به واکاوی شرط ضمان در تکافل مبتنی بر عقد ودیعه بپردازد لذا ضرورت دارد تکافل مبتنی بر ودیعه را شرح دهیم.

ماهیت پردازی تکافل آنجا معنا می یابد که مابا وجوه اضافی در شرکت تکافل روبه رومیشویم چه به لحاظ این که جبران زیان رخ داده کمتر از میزان پرداختی به شرکت باشد و یا اصلا زیانی رخ ندهد که از این صندوق بخواهد جبران گردد و این وجوه مازاد در ید شرکت باقی می ماند که نباید بلاوجه درید شرکت باقی بماند. خلا نظریه ی اتکا تکافل بر مضاربه و وکالت اینجا نمودار می شود.

²⁹ دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی در سهایی از عقود معین، چاپ بیست و ششم، انتشارات گنج دانش، صفحه 3

³⁰ دکتر ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی در سهایی از عقود معین، چاپ بیست و ششم، انتشارات گنج دانش، صفحه 4

³¹ علیرضا پوراسماعیلی، عباس برزویی، 1397/12/07، نقد و بررسی تکافل بر مبنای قرار داد ودیعه، پژوهشنامه بیمه، شماره 1، بهار 1398

در تکافل در صورت عدم وقوع زیان وجوه پرداختی از سوی مشارکت کنندگان تحت عنوان عقد ودیعه می ماند بی آنکه با مسئله بلاوجه بودن آن روبه روباشیم مستودع که در اینجا شرکت تکافل است به موجب اولین درخواست مشارکت کننده موظف به بازگرداندن وجوه است.^{۳۲}

بررسی معایب الگوی اتکا تکافل برودیعه

چنانچه از تحلیل الگوهای متفاوتی که برای تکافل قابل تصور است با این همه که به نظر منطقی ترین الگو برای آن ودیعه به نظر می رسد بنا بر دلایل ذکر شده اما این الگو نیز دارای نقصان هایی است که بهتر آن است که دور از نظر نماند .
مهمترین مسئله ای که ما با آن در الگو ودیعه روبه رو هستیم بحث ماهیت بخشی به تکافل از دوجه حقوقی است یکی تبرع به هنگام در صورت وقوع حادثه و زیان و دیگری ودیعه در صورت عم تحقق حادثه و زیان چنین وضعیتی برای عالم حقوق که صفر و صد است یا عمل حقوقی تحت عناوین عقود معین است یا نیست به هر حال تصویری اینچنین برای تکافل در عالم حقوق مردود است.^{۳۳}

مسئله بعدی این است که مستودع وظیفه حفظ و نگهداری مال امین را دارد آن هم به صورت رایگان حال در تکافل ضمن این عقد ودیعه عقد وکالتی نیز لازم است که تا شرکت به لحاظ حقوقی این توانایی را داشته باشد تا بتواند با وجوه دریافتی سرمایه گذاری کند.^{۳۴}

ایراد دیگری که بر این الگو وارد است درج شرط ضمان در تکافل مبتنی بر عقد ودیعه است که درباره آن که موضوع بحث این مقاله است سخن از دایره کلامی نخواهیم افتاد .

اما ایراد دیگری هم درباره این الگو مطرح است و آن هم جایز بودن این عقد است :

در صورت فوت و جنون و سفه عقد منحل می شود و این همان نتیجه جایز بودن یک عقد است . که از قضا هم عقد وکالت و هم عقد ودیعه هردو در زیر مجموعه عقود جایز در عالم حقوق طرح شده اند و این جا یک سوال بی جواب مانده که در صورت فوت و جنون و سفه یکی از مشارکت کنندگان یابه تعبیر دیگری یکی از بیمه گذاران تکلیف این رابطه حقوقی که بنابراین دو نهاد حقوقی قابل طرح نیست چه می شود؟؟؟؟^{۳۵}

اما به نظر نویسنده این مقاله گنجانیدن یک نهاد حقوقی تازه تاسیس در مفاهیم و چهارچوب های بسته و تعریف شده پیش از این با پیشرفت و تغییر زندگی بشر که هیچگاه بریک پایه نچرخیده کاری درست به نظر نمی رسد و باید حقوقدانان این نهاد حقوقی پرفایده برای جامعه بشری را جدا از عقود دیگر با ویژگی های منحصر به فرد خود تعریف کرده و تلاش نکنند جامه ای برتن این نهاد حقوقی کنند که پابرایش بزرگ است یا کوچک !!!!!

³² علیرضا پوراسماعیلی،عباس برزویی،1397/12/07، نقد و بررسی تکافل بر مبنای قرار داد ودیعه، پژوهشنامه بیمه، شماره 1، بهار 1398

³³ علیرضا پوراسماعیلی،عباس برزویی،1397/12/07، نقد و بررسی تکافل بر مبنای قرار داد ودیعه، پژوهشنامه بیمه، شماره 1، بهار 1398

³⁴ همان

³⁵ علیرضا پوراسماعیلی،عباس برزویی،1397/12/07، نقد و بررسی تکافل بر مبنای قرار داد ودیعه، پژوهشنامه بیمه، شماره 1، بهار 1398

گفتار هفتم) شرط ضمان در تکافل مبتنی بر عقد ودیعه

برای روشن سازی شرط ضمان در تکافل لازم است ابتدا به بررسی شرط ضمان در عقد ودیعه و یا به طور کلی شرط ضمان در عقد ودیعه ابتدا باید به این پرسش پاسخ داده شود که اقتضای این عقود بر این است که یدامانی باشد و در نتیجه در صورت تلف امین ضامن نباشد و یا مقتضای آن عدم امانی بودن ید است؟ اصل در عقد ودیعه عدم ضمان برای ید مستودع است در عقد ودیعه بدون در نظر گرفتن تکافل گنجانیدن شرط ضمان که به موجب آن مستودع یا امین حتی در صورت عدم تعدی و تفریط نیز می تواند ضامن و مسئول زیان رخ داده دانست به عبارت دیگر این شرط باعث می شود ید امین از ید امانی مبدل می شود به ید ضمانی و این تبدیل ایادی به یکدیگر این نتیجه رادری خواهد داشت که مودع برای دریافت خسارت نیازی به اثبات تقصیر مستودع ندارد و در واقع برخلاف ید امانی این مستودع است که باید عدم تقصیر خود را اثبات کند. اما خالی از لطف نیست اگر قبل از پرداختن به موضوع درج شرط ضمان در تکافل به این موضوع نیز پرداخته شود که درج شرط ضمان در خود عقد ودیعه دارای فراز و نشیب های بسیاری است .

به طور خلاصه راجع به شرط ضمان در عقد ودیعه برخی معتقدند که به دلیل این که امانت و ید امانی از مقتضیات عقد ودیعه است و همان طور که می دانیم درج شرط در صورتی مجاز است که خلاف مقتضای ذات عقد نباشد و از قضا شرط ضمان دقیقا همین ویژگی را دارد و موافقان این نظر نیز خود به دوستانه تقسیم می شوند عده ای اعتقاد به بطلان شرط و عقد باهم دارند چرا که علاوه بر اختلاف هدف شرط با مقتضای عقد باعث از بین رفتن نهادی به نام امانت می شود و ید امین در این عقد در حکم ید مالک است و واضح است که ضامن دانستن مالک مبحثی دور از ذهن و اصلا قابل طرح نیست و عده ای اعتقاد به بطلان شرط به تنهایی دارند .

در این میان عقیده ای دیگر نیز در اینجا مطرح است و آن هم صحت شرط و عقد است طرفداران این دیدگاه برخلاف طرفداران دودیدگاه فوق اعتقاد دارند که شرط ضمان مخالف با مقتضای ذات عقد نیست چرا که امانت نیست که مقتضای عقد ودیعه است بلکه این حفظ و نگهداری است که از مقتضای ذات عقد ودیعه است.^{۳۶} همان طور که از تعرف آن هم برمی آید ودیعه استنباه در نگهداری است و درج شرط ضمان بلاشکال است. اما قانون مدنی در ماده 642 به این اختلاف نظرات پایان داده و در واقع نظر آخر را پذیرفته و درج شرط ضمان را صحیح دانسته است .

در تکافل در صورتی که ما این نهاد حقوقی را مبتنی بر الگوی عقد ودیعه بدانیم درج شرط ضمان در آن که در واقع مستودع یا همان شرکت یدش ضمانی باشد در واقع در اینجا ید مستودع در این ریسکها ضمانی است^{۳۷}

اقتضای قاعده علی الید این است که در صورت تلف مال شخص ضامن باشد مگر این که اذن مالک وجود داشته باشد و در واقع به هر اندازه ای که مالک اذن دهد ضمان به همان اندازه ساقط می شود چون فقط ید در زیر مجموعه اذن توانایی امانی بودن را دارد: نتیجه استدلال این است که اولاً شرط ضمان در عقد ودیعه قابل تصور است و ما ضمان در صورت تعدی و تفریط در عقد ودیعه بی نیاز به دلیلی قابل طرح است اقتضا قاعده علی الید بر این است که هر ید بر مال موجب ضمان است حتی ید امین و در واقع این ضمان است که اصل این ماجراست و جز آن فرع قضیه و تبعاً نیاز به دلیل دارد در واقع این عدم ضمان است که نیاز به دلیل دارد. البته بیشتر اختلافات در این مبحث بر ماهیت شرط ضمان نیز بازگشت دارد به این گونه که عده ای اعتقادشان بر این است که شرط ضمان از نوع نتیجه است که این با مخالفت فقها روبه رفته است و عده ای اعتقاد بر شرط فعل بودن شرط ضمان دارند که این مورد اتفاق فقها واقع شده است

³⁶ علیرضا پوراسماعیلی، عباس برزویی، 1397/12/07، نقد و بررسی تکافل بر مبنای قرار داد ودیعه، پژوهشنامه بیمه، شماره 1، بهار 1398

باین حال گروهی براین باورند که شرط ضمان چه به صورت شرط فعل و چه به صورت شرط نتیجه در عقود امانی از جمله عقد ودیعه صحیح است.³⁸

نتیجه گیری

طرح شرکت های تکافل در عرصه های جهانی و کنوانسیون های بین المللی حقوقدانان و فقیهان اسلامی را برآن داشته که به تکافل ماهیتی حقوقی در قالب عقود معین مضاربه، وکالت، قرض، هبه و ودیعه ببخشند و از آنجا که ما در پی روشن سازی شرط ضمان در تکافل مبتنی بر عقد ودیعه بودیم موجب گشت به این نهاد حقوقی بیش از باقی آنها بپردازیم هر چند تکافل از دید حقوقی و اهداف نزدیک به عقد بیمه به نظر می رسد اما بنا بر حکم عقل و شرع تکافل به عدالت و حق نزدیک تر به است چرا که بار مادی جبران خسارت میان اطراف معامله به نحوه عادلانه ای تقسیم می شود و علاوه بر آن خلا غیر شرعی بودن عقد بیمه به وسیله آن پر شده است اما بنا بر آنچه گذشت تفاوت های بنیادی با عقد بیمه دارد از جمله این که از عقود چون مضاربه، هبه، قرض و ودیعه وام گرفته است. که هر کدام دارای مزایا و معایبی هستند که مطرح گردید.

از آنجا که عقد ودیعه تطابق بیشتری نسبت به تمام الگوهای ارائه شده دارد به نظر این الگو قابل قبول تر است نسبت به باقی آنها اما این الگو نیز دارای مزایا و معایبی است که از نظر نباید دور بماند.

درج شرط ضمان در تکافل مبتنی بر عقد ودیعه محل بحث و اختلاف بسیاری از فقیهان و حقوقدانان است با این نظر که درج شرط ضمان در تضاد است با مقتضای عقد ودیعه که همان امانی بودن ید امین می باشد ولی این نظریه مورد قبول برخی از حقوقدانان از جمله قانون مدنی واقع نشده و درج چنین شرطی را خلاف مقتضای عقد نمی دانند و اقتضا عقود امانی با اخص عقد ودیعه را استناب در حفظ و نگهداری می دانند و درج چنین شرطی را خلاف اقتضا عقد نمی دانند.

در مجموع به نظر نویسندگان این مقاله آنچه به حق می تواند نزدیک باشد این است که تکافل را بدون در نظر گرفتن باقی عقود تعریف کنیم و جامه ای حقوقی هم قد و قواره خودش برایش بدوزیم و احکام خاصش را جدا از باقی عقود بر تن این جامه وصله کنیم.

قدردانی

در نهایت باید از استاد بزرگوار جناب آقای دکتر علیرضا پوراسماعیلی که ایده بخش اصلی این موضوع و طرح بودند و همچنین چراغ راه در این میسر شدند و بی وقفه با راهنمایی های خود ما را به سمت حقیقت راهنما شدند تشکر و قدردانی خود را به محضر ایشان تقدیم می نمایم

وهمچنین جا دارد از استاد ارجمند جناب آقای دکتر عبدالعظیم خروشی درشرایطی که علم درحال اثبات خود درمقابل ثروت بود باوجود بسته بودن کتابخانه ها ومراکز تحقیقاتی به علت ظهور وبروز ویروس کرونا اینجانب را برای یافتن منابع مناسب راهنما شدند تشکر کنم

ودرآخر این خدمت جزئی به دانش بشری را تقدیم به ذات مقدس کسی می نمایم که هدایت بخش اینجانب به سمت این رشته مقدس بود

منابع

قرآن

دکتر ناصر کاتوزیان، 1395، دوره مقدماتی حقوق مدنی درسهایی از عقود معین، چاپ بیست و ششم، انتشارات گنج دانش

علیرضا پوراسماعیلی، عباس برزویی، 1397/12/07، نقد و بررسی تکافل برمبنای قرار داد ودیعه، پژوهشنامه بیمه، شماره 1،

بهار

1398

زهرا کاشانکی، تکافل مدل جانشین بیمه برای مسلمانان

محمد عیسائی تفرشی، عباس کاظمی، محمد الهی، 1396/11/29، الگوی مضاربه عمومی تکافل درفقه امامیه وعامه

،دوفصلنامه علمی -تخصصی پژوهش نامه میان رشته ای فقهی، شماره دو، بهار وتابستان 1397

محمد مهدی عسکری وحامید رضا اسمعیلی گیوی، 1388/4/13، تحلیل نظری ساختار بیمه های عمر در نظام تکافل وبیمه

های متعارف، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی شماره 32 زمستان

عباس جلیلی، حجت الله عبدالملکی، حسن معظمی، 1395/12/9، بررسی مبانی بازتوزیع مازاد بیمه تکافل، پژوهشنامه بیمه

، شماره 2، تابستان 1396

محمد امین کیخافرزانه، محسن اسماعیلی، محمد مهدی عسکری، 1393/10/13، فقه ومبانی حقوق اسلامی، سال چهل

وهشتم، شماره یک، بهار وتابستان 1394

محمد رحمانی، نفیسه زروندی، شرط ضمان درید امین، کاوشی نو درفقه، شماره سوم، زمستان 1392