





دانشگاه پیام نور

دانشکده علوم انسانی

مرکز تهران جنوب

پایان نامه

برای دریافت مدرک کارشناسی ارشد

رشته : الهیات – فقه و مبانی حقوق

گروه علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان پایان نامه :

مبنای مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل در فقه و حقوق

استاد راهنما :

دکتر محمدحسن شیبانی فر

استاد مشاور :

دکتر حجت الله عبدالملکی

نویسنده :

عباس جلیلی

تابستان 93

تقدیم به :

این پایان نامه را ضمن تشکر و سپاس بیکران و در کمال افتخار و امتنان تقدیم می نمایم به:

* محضر ارزشمند پدر و مادر عزیزم به خاطر همه ی تلاشهای محبت آمیزی که در دوران مختلف

زندگی ام انجام داده اند و بامهربانی چگونه زیستن را به من آموخته اند.

* به استادان فرزانه و فرهیخته ای که در راه کسب علم و معرفت مرا یاری نمودند .

* به آنان که نفس خیرشان و دعای روح پرورشان بدرقه ی راهم بود.

" بارالها به من کمک کن تا بتوانم ادای دین کنم و به خواسته ی آنان جامه ی عمل بپوشانم .

پروردگارا حسن عاقبت ، سلامت و سعادت را برای آنان مقدر نما"

تقدیر و تشکر

«من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق»

با سپاس از سه وجود مقدس :

آنان که ناتوان شدند تا ما به توانایی برسیم...

موهایشان سپید شد تا ما روسفید شویم...

و عاشقانه سوختند تا گرمابخش وجود ما و روشنگر راهمان باشند...

پدرانمان

مادرانمان

اساتیدمان

با تشکر و سپاس از استاد فرزانه و پر مایه ام جناب آقای دکتر محمد حسن شیبانی فر، که از محضر پر فیض تدریستان، بهره ها برده ام.

با امتنان بیکران از مساعدت های جناب آقای دکتر حجت الله عبدالملکی که مرا از دانش و تجربه های ارزنده خویش بهره مند ساخته اند.

با تقدیر و درود فراوان خدمت خانواده دلسوز و فداکارم که پیوسته جرعه نوش جام تعلیم و تربیت، فضیلت و انسانیت آنها بوده ام و همواره چراغ وجودشان روشنگر راه من در سختی ها و مشکلات بوده است.

چکیده

نهاد بیمه به جهت افزایش امنیت ذهنی و اطمینان خاطر و نیز توزیع عادلانه اثرات سوء مخاطره ها، نقش مهمی در بهسازی بستر اقتصادی جامعه فراهم می نماید. اما دیگر کشورهای مسلمان (اهل سنت) از زمان تزریق این صنعت به اقتصاد اسلامی، با مردود اعلام کردن بیمه های متعارف، برای جایگزینی بیمه تلاش زیادی کردند آنها این مسئله را در کنفرانسهای مختلف مورد ارزیابی قرار داده و الگوی تکافل را پیشنهاد دادند.

امروزه تکافل به عنوان یکی از الگوهای پرکاربرد در بیمه، مورد توجه اندیشمندان حوزه اسلامی و نیز فعالان بازارهای مالی - به خصوص بازار محصولات بیمه ای - در کشورهای مختلف جهان است.

صنعت تکافل از یک سو به جهت تطابق با فقه عامه (اهل سنت) و از سوی دیگر به عنوان جزئی از نظام مالی رو به رشد اسلامی، با سرعت بالایی در حال رشد و گسترش است؛ تا جایی که علاوه بر کشورهای اسلامی (اهل سنت نشین) کشورهای دیگری از جمله کشورهای اروپایی و آمریکایی نیز شاهد تاسیس شرکت های متعدد عرضه کننده محصولات تکافل هستند. به همین سبب بررسی نظری و کاربردی این الگو در سالهای اخیر اهمیت زیادی یافته و موضوع آن کمتر در محافل علمی مورد بحث و ارزیابی قرار گرفته است. از مهمترین ویژگی های الگوی تکافل، تطابق آن با هر دو دیدگاه فقهی امامیه (شیعی) و عامه (سنی) است. مهمترین عاملی که باعث گرایش هر چه بیشتر مردم کشورهای مختلف به فعالیت در بیمه تکافل شده و به دنبال آن پیشرفت اقتصادی آن جامعه را به همراه داشته، مشارکت مردم هم به عنوان بیمه گذار و هم به عنوان بیمه گر بوده است که صندوق تکافل را تشکیل می دهند که علاوه بر دستیابی به چنین هدفی، بیمه گذاران در سود حاصل از فعالیت ها و سرمایه گذاریهای سودآور صندوق تکافل شریک می شوند. مسئله اصلی این پژوهش، بررسی مجاز بودن مشروعیت مازاد و مبنای مشروعیت فقهی و حقوقی آن می باشد.

روش تحقیقی ما در این پژوهش اسنادی کتابخانه ای می باشد که با استنادات و مطالعات انجام گرفته سعی بر تحلیل این موضوع داریم که سودی که از فعالیت های بیمه ای نصیب مشارکت کنندگان در این بیمه می شود بر اساس گنجاندن بیمه تکافل در قالب هبه معوضه و همچنین ماده 10 قانون مدنی، چنین مازادی در دیدگاه فقه امامیه و حقوق جمهوری اسلامی ایران دارای مبنایی شرعی می باشد.

واژگان کلیدی: الگوی تکافل - صندوق تکافل - مازاد صندوق تکافل - متکافیلین - هبه معوض -

ماده 10 قانون مدنی

فهرست مطالب

عنوان

صفحه

فصل اول : کلیات تحقیق

1-1 مقدمه	1
2-1 تعریف مسئله.....	2
3-1 سابقه تحقیق	4
4-1 ضرورت انجام تحقیق	7
5-1 فرضیه ها	8
6-1 هدف ها	8
1-6-1 اهداف کلی	8
2-6-1 اهداف جزئی	8
7-1 کاربردهای متصور از تحقیق	9
8-1 مراجع استفاده کننده از تحقیق	9
9-1 روش انجام تحقیق	9
10-1 قلمرو تحقیق	10

فصل دوم : مبانی نظری و پیشینه تحقیق

1-2 مقدمه	12
2-2 تعاریف، مفاهیم	13
1-2-2 تعاریف	13
1-1-2-2 تعریف مشروعیت	13
2-1-2-2 تعریف تکافل	14
2-2-2 مفاهیم	17
1-2-2-2 مفهوم مشروعیت	17
2-2-2-2 مفهوم تکافل	19
3-2 مبانی و پیشینه	23
1-3-2 مبانی	23
2-3-2 پیشینه نظام جامع تکافل	31
1-2-3-2 تکافل اقتصادی اسلام	32
2-2-3-2 اهداف و آثار نظام تکافل اقتصاد اسلامی	34
3-2-3-2 پیشینه تکافل در تاریخ اسلام	35
4-2-3-2 بیمه تکافل در دوران معاصر	38
4-2 مباحث فقهی در تکافل و مباحث حقوقی در ساختار اجرایی	42

43	1-4-2 مباحت فقهی
43	2-4-2 مروری بر بیمه های بازرگانی متعارف در فقه امامیه
43	3-4-2 بیمه های بازرگانی متعارف در تطبیق با عقود شرعی
44	4-4-2 قرارداد بیمه و عقد مضاربه
44	5-4-2 قرارداد بیمه و عقد ضمان
44	6-4-2 قرارداد بیمه و صلح
45	7-4-2 قرارداد بیمه و هبه معوضه
45	8-4-2 قرارداد بیمه و عقد مولات
45	9-4-2 بیمه های بازرگانی متعارف در تطبیق با نهادهای حقوقی صدر اسلام
46	10-4-2 نظام عواقل و عقد بیمه
46	11-4-2 عقد بیمه و ضمان خطر الطريق
46	12 4-2 بیمه های بازرگانی متعارف به عنوان عقود جدید و مشروع
47	5-2 انواع الگوهای فقهی بکار گرفته شده در صنعت تکافل
47	1-5-2 الگوی تکافل مبتنی بر عقد مضاربه
48	2-5-2 الگوی تکافل مبتنی بر عقد وکالت
49	3-5-2 الگوی ترکیبی تکافل مبتنی بر عقود مضاربه – وکالت
51	4-5-2 الگوی تکافل مبتنی بر وقف
51	5-5-2 الگوی تکافل مبتنی بر تبرع (تکافل غیر انتفاعی)
52	6-5-2 مبنای تکافل در فقه عامه (اهل سنت)
62	7-5-2 الگوی تکافل در فقه امامیه
62	8-5-2 مبنای مشروعیت تکافل در فقه امامیه
63	9-5-2 الگوهای پیشنهادی تکافل در فقه شیعه
63	1-9-5-2 الگوی تکافل بر اساس پیشنهاد آیت الله سید عبدالهادی شاهرودی
66	2-9-5-2 الگوی تکافل بر اساس پیشنهاد آیت الله دکتر حسن آقا نظری
68	6-2 مباحت حقوقی و اجرایی تکافل
69	1-6-2 شرایط تاسیس شرکت تکافل
70	2-6-2 قوانین حقوقی مربوط به تاسیس شرکت تکافل
71	3-6-2 الزامات تاسیس شرکت تکافل
73	4-6-2 عوامل لغو امتیاز شرکت تکافل
75	5-6-2 ثبت شرکت توسط اداره کل تکافل
75	6-6-2 درخواست کتبی بیمه گر تکافل
75	7-6-2 بررسی شرایط اساسی ثبت شرکت تکافلی

76	8-6-2 ارجاع مدیرکل تکافل به وزیر مربوط
77	9-6-2 لزوم دارا بودن شروط فرعی ثبت شرکت تکافلی
77	10-6-2 مرحله پذیره نویسی
78	11-6-2 ایجاد صندوق تکافل
78	12-6-2 شرایط دارایی صندوق تکافل

فصل سوم: روش تحقیق و گردآوری اطلاعات

81	1-3 مقدمه
81	2-3 روش تحقیق
82	3-3 گردآوری اطلاعات
84	4-3 روش های گردآوری اطلاعات پژوهش
84	5-3 روش کتابخانه ای
85	6-3 انواع سند مورد استفاده پژوهش
86	1-6-3 کتاب
86	2-6-3 میکروفیلم و میکروفیش
86	3-6-3 نرم افزارهای رایانه ای و سایت های اینترنتی
87	4-6-3 اسناد اصل
87	5-6-3 اسناد دولتی
88	6-6-3 نشریه های رسمی دولت
89	7-6-3 اسناد شخصی و خصوصی
90	8-6-3 مطبوعات
90	9-6-3 آمارنامه ها
91	10-6-3 اسناد صوتی و تصویری
92	7-3 جامعه آماری

فصل چهارم: یافته های تحقیق

94	1-4 مقدمه
95	2-4 ویژگی های تکافل
95	3-4 محصولات تکافل
96	4-4 ارکان تکافل
100	5-4 بازتوزیع مازاد صندوق تکافل
102	6-4 دیدگاه مخافان مشروعیت مازاد
104	7-4 بیمه تکافل در قالب عقد هبه معوضه
107	8-4 بیمه تکافل در قالب عقد صلح

109	1-8-4 تعریف لغوی و اصطلاحی صلح
111	2-8-4 شمولیت عقد صلح
112	3-8-4 موضوع عقد صلح
115	9-4 بیمه تکافل در قالب یک عقد جدید بر اساس اراده طرفین
117	1-9-4 اراده
118	2-9-4 اصل حاکمیت اراده
124	10-4 مبنای حقوقی مشروعیت مازاد صندوق تکافل
فصل پنجم: جمع بندی، نتیجه گیری و ارائه پیشنهادات	
135	1-5 مقدمه
136	2-5 جمع بندی
140	3-5 نتیجه گیری
142	4-5 محدودیت های پژوهش
143	5-5 پیشنهادات
147	منابع

فصل اول :

کلیات تحقیق

(شامل طرح تحقیق)

1-1 مقدمه

رهنمود مقام معظم رهبری مدظله العالی در نامگذاری دهه چهارم انقلاب اسلامی با عنوان دهه پیشرفت و عدالت، آغاز مرحله جدیدی در پویایی ایران اسلامی به سمت الگوی مطلوب اقتصادی است؛ الگویی که ثمره آن سعادت و رفاه دنیوی و اخروی انسان در ابعاد مادی و معنوی خواهد بود. نهاد بیمه به جهت افزایش امنیت ذهنی و اطمینان خاطر و نیز توزیع عادلانه اثرات سوء مخاطره ها، نقش مهمی در بهسازی بستر اقتصادی جامعه فراهم می نماید. این نهاد با کاهش زیان های ناشی از انواع خطرات متداول در عرصه های مختلف زندگی و کاهش فقر جبری ناشی از خسارت های غیر قابل پیش بینی، نقش مهمی در تحقق عدالت اقتصادی ایفا می نماید. همچنین جایگاه این نهاد در تامین بخشی از منابع مالی مورد نیاز برای سرمایه گذاری، افزایش تولید و اشتغال پایدار، موجب اهمیت آن در تحقق پیشرفت اقتصادی می گردد. به همین جهت نهاد بیمه از اجزاء بی بدیل در الگوی اسلامی - ایرانی پیشرفت محسوب می شود.

بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران - به عنوان متولی صنعت بیمه در کشور - ماموریت دارد زمینه مناسب را جهت توسعه و ارتقاء کمی و کیفی عملکرد این صنعت فراهم آورد. بدین لحاظ و به جهت راهبرد کلان کشور در پیشرفت دانش بنیان اقتصاد ملی، پژوهشکده بیمه (وابسته به بیمه مرکزی) با هدف تامین نیازمندی علمی و توسعه زیرساختهای نرم افزاری صنعت بیمه کشور فعالیت می نماید. انتشار کتب و نشریات علمی - پژوهشی، تخصصی و اطلاع رسانی و مدیریت مطالعات و پژوهش های تخصصی در حوزه بیمه، از ماموریت های اصلی این پژوهشکده، در راستای هدف

مذکور است. امید است این اقدامات عاملی موثر در بهبود وضعیت و جایگاه این نهاد در کشور، تا تحقق وضعیت مطلوب آن در چارچوب الگوی بومی - اسلامی باشد.

پژوهش حاضر علاوه بر معرفی بیمه اسلامی تکافل و سازوکارهای آن، اثری علمی در معرفی یکی از مباحث پیرامونی بیمه تکافل، یعنی مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل است. صنعت تکافل در پاسخ به نیازهای فقهی مسلمانان اهل سنت معرفی و اجرا شده است، لکن نکات و ویژگی های مثبتی در آن وجود دارد که باعث جذابیت آن برای سایر مذاهب اسلامی و حتی بیمه گذاران غیرمسلمان شده است. این پژوهش به منظور ارتقاء دانش بیمه ای کشور و آشنایی علاقه مندان به الگوی تکافل و مباحث فقهی و حقوقی پیرامونی آن نگاشته شده است.

1-2 تعریف مساله و بیان سوال های اصلی تحقیق

در همه اقتصادهای پیشرفته، بیمه بخش بسیار مهمی محسوب می گردد. با معرفی بیمه به جامعه مسلمانان، این صنعت به سرعت مورد توجه علمای دین قرار گرفت، عقاید و آراء علما در مورد صنعت بیمه از دیدگاه شریعت تقسیم بندی و تفکیک گردید. بعد از مباحث و مجادلات زیاد، اجماعی بین فقها ایجاد گردید که هر چند ماهیت اهداف بیمه با اصول اسلامی در تضاد نیست، لیکن فرم کلی بیمه کنونی شامل عناصری چون بهره، نااطمینانی، ریسک و غیره می باشد که در اسلام از آن نهی شده است. فقهای مسلمان از زمان تزریق این صنعت به اقتصاد اسلامی برای جایگزینی بیمه تلاش زیادی کردند آنها این مسئله را در کنفرانسهای مختلف مورد ارزیابی قرار داده و الگوی تکافل را پیشنهاد دادند. نخستین شرکت بیمه تکافل در سال 1357 (1978) در سودان و دومین شرکت در همان سال در عربستان سعودی تاسیس گردید. تکافل را می توان اینگونه تعریف کرد که تکافل

فعالیت بر اساس عقود اسلامی و دوری از هر گونه ریسک پذیری در سرمایه گذاری ها است، تکافل یک سیستم یکپارچه است و این بازار با مشارکت در ریسک ها فعالیت می کند. شیوه فعالیت بیمه تکافل به این ترتیب است که بر اساس یک سیستم مشارکتی، حمایتی تعدادی از افراد، ریسک زیان بالقوه مربوطه به یکدیگر را بین خود تسهیم می کنند و در صورت وقوع زیانی، شریکان زیان تحمیل شده بر فرد را از طریق پرداخت های انجام شده از سوی هر یک از آنها و نیز از طریق سودهای سرمایه گذاری آن پرداخت ها، سپس در پایان سال سود اضافی خالص در میان آنها توزیع می شود. با توجه به اینکه این نوع از بیمه توانسته در کشورهای اسلامی و حتی در کشورهای اروپایی نظیر آمریکا و سوئیس بسیاری از بازارهای بیمه ای را به خود اختصاص دهد و رشد چشمگیری داشته و همچنین بیمه تکافل مورد پذیرش فقه امامیه قرار گرفته بر این اساس نیاز است که بیمه تکافل در کشور ما هم بومی سازی گردد و اخیراً این بحث در صنعت بیمه کشور مورد بحث و بررسی فراوانی قرار گرفته و به چند دلیل مهم باید این بیمه در ایران آغاز بکار نماید و مسئله حائز اهمیت دیگر این است که حتی باتوجه به سفرهایی که برخی از تاجران و سرمایه گذاران به کشورهای دیگر داشتند، همیشه به نبود بیمه تکافل در ایران خرده می گرفتند. این مسائل همگی دست به دست هم داده و باعث شد تا در بیمه مرکزی کشور، شورای فقهی بیمه آغاز بکار نماید تا نظرات فقهی و شرعی و حقوقی این موضوع را مورد بحث و تحلیل قرار دهند و بتوانند الگویی مناسب برای ارائه این نوع بیمه در کشور ارائه نمایند..

تکافل مبتنی بر اصل قرآنی تعاون و به معنی کمک متقابل و میان گروهی است و هر عضوی در حمایت از نیازمندان داخل گروه سهم دارد. در این نوع بیمه، بیمه گذاران با پرداخت حق بیمه به متصدیان امور بیمه ای (صندوق) علاوه بر اینکه امنیت خاطری که به جهت احتمال وقوع حوادثی با

هزینه ای سنگین رخ می دهد را شامل می شود در پایان چون این حق بیمه های دریافتی از بیمه گذاران در فعالیت های مشروع که دیگری که اسلام آنرا حلال دانسته به سرمایه گذاری گذارده می شود اگر سود و منفعتی عاید این شرکت شود این مازاد به بیمه گذاران به نسبت بین آنها تقسیم می شود. مهمترین مزیتی که این بیمه نسبت به سایر بیمه های رایج دارد ماهیت صندوق سرمایه گذاری آن است در صندوق تکافل بیمه گذاران نظارت مستمر و مداوم و کاملی بر نحوه اجرای کار توسط اعضای صندوق تکافل که همان بیمه گران می باشند دارند و همین سهیم بودن مشتریان بیمه در سود فعالیت بیمه ای، این نوع بیمه را از سایر بیمه های متعارف متمایز می سازد و باعث جذب اکثریت مردمی به فعالیت بیمه تکافل می شود.

در این تحقیق سعی ما بر این است که علاوه بر معرفی بیمه تکافل مسئله ای که باعث می شود که مردم گرایش بیشتری به این نوع بیمه داشته باشند یعنی همان سودی که از فعالیت های بیمه ای نصیب مشارکت کنندگان در این بیمه می شود را مورد ارزیابی قرار داده و به این سوالات پاسخ دهیم که آیا چنین مازادی در دیدگاه فقه امامیه و حقوق جمهوری اسلامی ایران دارای مبنایی شرعی می باشد یا خیر ؟ اگر مجاز هست بر کدام مبنای شرعی و قانونی می باشد .

بر این اساس سوالاتی که در این مبحث مطرح می شود از این قرار است :

1- بر اساس فقه امامیه و مبنای حقوقی جمهوری اسلامی ایران آیا بازتوزیع مازاد صندوق تکافل بین متکافلین مجاز است ؟

2- مبنای مشروعیت و یا علت عدم مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل بین متکافلین چیست؟

3-1 سابقه انجام تحقیق :

یکی از مولفه های مهم در امر تحقیق، پیشینه آن است و لازم است که محقق در مورد پیشینه تحقیق مطالعاتی را انجام دهد اما موضوعی که در این پایان نامه بر آن خواهیم شد مورد بررسی قرار دهیم به دلیل به روز بودن موضوع، تا کنون درباره این موضوع کتاب یا پایان نامه چاپ نشده است اما درباره خود بحث صندوق تکافل و الگوی کارآمدی آن مقالات و تحقیقاتی انجام شده که به نمونه هایی از آن اشاره خواهیم نمود :

- سهیل جعفر 2007 در کتابش با عنوان بیمه اسلامی: روندها، فرصت ها و آینده تکافل، بطور ناقص درباره برخی از الگوهای رایج تکافل بحث کرده است.

- لوئیس و همکارانش در سال 2007 در مقاله ای با عنوان «بیمه اسلامی، الگوهای کسب و کار، ایرادات شرعی و راهکارهای پیشنهادی» به چاپ رسانیدند. در این مقاله، سازوکار الگوهای عملیاتی تکافل از نظر فقه اهل سنت بررسی شده است.

- در پاکستان، وحید اختر 2009 در پایان نامه خود با عنوان «فرصت های بالقوه تکافل در پاکستان: الگوی تحول آفرین و عملیاتی»، با بررسی وضعیت بازار تکافل در دنیا و مقایسه آن با بیمه رایج به پیش بینی میزان موفقیت این صنعت در پاکستان پرداخته است. در بخشی از آن که که تکافل و بیمه رایج را مقایسه کرده، درباره الگوهای رایج مورد استفاده شرکت های تکافل توضیحاتی داده است.

- محمدی مهر در سال 1385 در پایان نامه اش با عنوان «بررسی تطبیقی نظام بیمه و تامین اجتماعی با نظام تکافلی اسلام»، به تبیین ماهیت و اهمیت تعاون و تکافل در جامعه پرداخته و سازوکارهای برخی از الگوهای شرکت تکافل را بصورت کلی آورده است.

- توحیدی نیا، (1386)، در مقاله ای تحت عنوان «تکافل و اهمیت توجه بیشتر به آن در ایران»، به ماهیت تکافل پرداخت و به این نتیجه می رسد که اگر چه بیمه های رایج در فقه امامیه شرعی است

و و پرداختن به جنبه های نظری و کاربردی تکافل الزام شرعی ندارد اما برای بهره مند شدن از مزایا و موقعیت مناسب این نوع بیمه در کشورهای اسلامی لازم است تکافل مورد توجه جدی تر متولیان امر تحقیق و پژوهش و همچنین متولیان امور اجرایی قرار گیرد.

- عسگری و اسمعیلی گیوی 1387 در مقاله ای با عنوان «صنعت تکافل، ویژگی ها، فرصت ها و چالش های پیش رو» به تشریح سازوکارها و وضعیت فعلی شرکت های تکافل خانواده در جهان پرداخته و نتیجه گرفته اند که صنعت بیمه اسلامی با توجه به ویژگی های منحصر به فردش، به عنوان صنعتی پر سود به سرعت در حال رشد و فراگیر شدن است.

- اسمعیلی گیوی، مهدوی، کاوند، (1388) مقاله ای با عنوان «بررسی الگوهای تکافل مبتنی بر مضاربه از نظر سازوکارهای عملیاتی و فقهی (فقه امامیه)» بیان میدارد که با توجه به اینکه در این صندوق؛ مازاد بر ادعا و و هزینه ها به افراد و تکافل شوندگان تعلق دارد، نسبت به بیمه های رایج به عدالت نزدیکتر است.

- همچنین عسگری و اسمعیلی گیوی 1388 مقاله دیگری با عنوان «تحلیل نظری مقایسه ای ساختار بیمه های عمر در نظام تکافلی اسلام و بیمه های متعارف» به مقایسه تکافل خانواده و بیمه عمر رایج از نظر منافع و محصولات ارائه شده آنها پرداخته اند.

همانطور که مشخص است، در این تحقیقات، سازوکار الگوهای مورد استفاده صندوق های تکافلی مورد بررسی قرار گرفته اما هیچکدام از آنها در بحث از وجود مازاد، مبنای شرعی و قانونی آنها مورد فحص و تحقیق قرار نداده اند. این تحقیق می خواهد این مسئله را مورد ارزیابی قرار دهد که همانطور که مشارکت کنندگان در صندوق تکافل که در سود و زیان این صندوق سهیم می باشند

در صورتیکه سودی عاید این صندوق شد مبنای شرعی و قانونی بازتوزیع مازاد بر چه اساسی می باشد و دیدگاه علماء را در این زمینه مورد بررسی قرار دهد.

1-4 ضرورت انجام تحقیق :

با توجه بحث برانگیز بودن مشروعیت بیمه در میان علمای مطرح شیعه و سنی و اینکه هر کدام از آنها دلایل و مستندات خود را ارائه کردند بسیاری از کشورهای اسلامی (اهل تسنن) استفاده از بیمه های متعارف را تحریم کردند به عنوان مثال در سال 1903 میلادی شیخ محمد عبده (از علمای مصر) اعلام کرد که قرارداد بیمه عمر شرعی نیست همچنین در سال 1972 میلادی شورای فتوای ملی مالزی اعلام نمود که بیمه و مخصوصاً بیمه عمر از نظر مبانی فقهی باطل است همینطور در نخستین اجلاس بین المللی اقتصاد اسلامی که در سال 1976 میلادی در مکه برگزار گردید بر تحریم بیمه مرسوم تاکید شد. همین اختلاف دیدگاه های باعث شد که دانشمندان و محققان علوم مرتبط با بیمه که از صبغه دینی برخوردار بودند به تکاپو افتاده و تلاش نمودند سازوکارهای بیمه ای جدیدی را معرفی نمایند که علاوه بر دارا بودن کارکردهای بیمه متعارف از ایراد های شرعی وارد شده به آن به دور باشد. به همین دلیل از چند دهه قبل مطالعه و تحقیق پیرامون سازوکارهای تکافل شروع شد و به این ترتیب نخستین شرکت تکافل در سودان در سال 1987 میلادی و سپس در همان سال در عربستان سعودی تشکیل شد. در سال 1993 دو شرکت تکافل در بونئی و سال بعد از آن دو شرکت تکافل در اندونزی و در 1995 صندوق تکافل در سنگاپور تاسیس گردید در کویت هم نخستین صندوق تکافلی در سال 1998 تاسیس گردید و نخستین قانون مربوط به تکافل هم در سال 1984 میلادی در مالزی به تصویب رسید. و همانطور که اشاره شد با توجه به این مسئله که از نظر برخی از

فقه‌های شیعه هم فعالیت‌های تکافلی به عدالت نزدیک تر است و مورد پذیرش واقع گشته و فقط اهمیت مسئله برای اهل سنت نیست، لازم است که مسئله صندوق تکافل در ایران هم بومی سازی شود و به همین خاطر است که در بیمه مرکزی، شورایی بنام شورای فقهی بیمه تشکیل شده که تمامی جوانب شرعی و حقوقی صندوق تکافل را مورد ارزیابی قرار دهند تا ان شاء الله در سراسر کشور این نوع بیمه آغاز بکار نماید.

1-5 فرضیه ها :

با توجه به اینکه مسئله تحقیق مورد نظر، اکتشافی می باشد بر آن هستیم تا با انجام مطالعات و بررسی جوانب امر، پاسخ‌های مستدل برای سوالات تحقیق ارائه شود. در این تحقیق چهار فرضیه فرضیه فقهی و یک فرضیه حقوقی را مورد ارزیابی قرار می دهیم تا بتوانیم با در نظر گرفتن این فرضیات پاسخی مستدل به سوالات تحقیق ارائه نماییم.

فرضیه اول – مشروعیت مازاد در قالب هبه معوضه

تحلیل و بررسی مشروعیت مازاد در قالب عقد صلح

تحلیل و بررسی مشروعیت مازاد بر اساس توافق طرفین

فرضیه دوم – مشروعیت مازاد بر اساس ماده 10 قانون مدنی

1-6 هدف ها

1-6-1 هدف کلی :

رسیدن به یک مبنای فقهی و حقوقی جهت پرداخت و تقسیم سود صندوق تکافل به متکافلین

1-6-2 اهداف جزئی :

1- بررسی فرآیندهای عملیاتی در الگوی تکافل

3- بررسی مبنای مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل و دیدگاه های فقهی مرتبط

2- بررسی مبنای حقوقی مشروعیت توزیع مازاد صندوق تکافل بین متکافلین

4- بررسی مبنای حقوقی رابطه بین بیمه گذاران و صندوق

1-7 کاربردهای متصور از تحقیق

کاربردهایی که این تحقیق خواهد داشت : 1- مورد استفاده دست اندرکاران و مسئولین بیمه مرکزی و شورای عالی بیمه 2- مطرح کردن این موضوع و استفاده و مورد تحلیل و بررسی قرار دادن آن در شورای فقهی بیمه 3- ارائه تحقیق به پژوهشکده بیمه جهت استفاده از نظریات 4- و همچنین افزایش آگاهی اقشار مختلف جامعه نسبت به نوآوری ها و فعالیت های جدید بیمه ای علی الخصوص کسانی که در حوزه فقه و حقوق و اقتصاد اسلامی مشغول به تحصیل و تدریس هستند.

1-8 مراجع استفاده کننده از نتیجه پایان نامه

بیمه مرکزی – شورایعالی بیمه و شورای فقهی صنعت بیمه

1-9 روش انجام تحقیق

1-9-1 روش و ابزار گرد آوری اطلاعات :

روش گردآوری اطلاعات؛ روش اسنادی و کتابخانه ای است. و ابزار گردآوری هم مقالات علمی، کتب، گزارش های پژوهشی و سایر اسناد علمیه می باشد.

1-9-2 روش تجزیه و تحلیل داده ها :

برای اتخاذ تصمیم مناسب و یا نتیجه گیری اطلاعات جمع آوری شده، باید مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرند. روشی که در این تحقیق به کار گرفته خواهد شد روش تجزیه و تحلیل فقهی موضوع مورد نظر و تحلیل محتوا است. پژوهشگر با بررسی منابع فقهی و حقوقی نظریات و دیدگاه های صاحب نظران را مورد ارزیابی قرار داده و با بررسی دیدگاه ها درباره دلایل بازتوزیع مازاد، پاسخ سوالات مطرح شده در مسئله اصلی تحقیق را بررسی می نماید.

10-1 قلمرو تحقیق (زمانی ، مکانی ، موضوعی) :

موضوعی : قلمرو موضوعی مورد مطالعه، مساله باز توزیع مازاد صندوق تکافل می باشد که ابتدائاً موضوع تکافل را مورد بررسی قرار خواهیم داد و سپس مسئله اصلی که همان مبنای فقهی و قانونی بازتوزیع صندوق تکافل می باشد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

فصل دوم :

مبانی نظری

و

پیشینه تحقیق

1-2 مقدمه :

بحث مشروعیت از دیرباز تاکنون مورد توجه فیلسوفان و جامعه‌شناسان بوده است و به‌عنوان یکی از اساسی‌ترین مباحث در کانون تحقیقات و پژوهش‌های علمی قرار گرفته است. اهمیت این بحث به گونه‌ای است که بقاء و دوام هر حکومتی به میزان مشروعیت آن بستگی داشته و همه‌ی حکومت‌ها برای استمرار حیات سیاسی خود ناچارند مبانی مشروعیت خود را تقویت نموده و مانع بروز هرگونه بحران مشروعیت در جامعه شوند. حتی حکومت‌های غاصب و غیرمشروع نیز تلاش می‌کنند که در حوزه‌ی نظر، اعمال قدرت خود را با نوعی مشروعیت آراسته ساخته و در عمل نیز نشان دهند که از پذیرش و اقبال عمومی برخوردارند. روسو معتقد است که حتی مقتدرترین حکومت‌ها هم هیچگاه تا بدان حد قوی نیست که بتواند برای همیشه آقا و فرمانروا باشد مگر آن‌که زور را به حق تبدیل کند. بنابراین مشروعیت سیاسی بعد ضروری و لازم هر حکومتی است و شکل‌گیری، پایداری و تداوم نظام‌ها و حکومت‌ها به آن بستگی دارد. با نگاهی به مفهوم مشروعیت، مبنای مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل در فقه و حقوق روشن می‌گردد زیرا، از دیدگاه حقوقی و فقهی مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل مقبول و مهم بیان شده است. حالیه در این فصل برای روشن شدن موضوع، ابتدا تعاریف، مفاهیم و مبانی مشروعیت و تکافل را تبیین نموده و سپس به پیشینه و واژه‌شناسی در این زمینه را بیان می‌نماییم.

2-2. تعاریف، مفاهیم

2-2-1. تعاریف

2-2-1-1 تعریف مشروعیت

مشروعیت در لغت به معنای «قانونی بودن» و «مطابق با قانون» آمده است و اگر چه ریشه لغوی آن، از «شرع» گرفته شده و با کلمه هایی چون «شریعت» و «مشرعه» هم ریشه است، اما اختصاص به پیروان دین و شریعت نداشته و یک اصطلاح در فلسفه سیاست به شمار می رود. همچنین واژه مشروعیت از ریشه لاتین به معنی قانون گرفته شده و با کلمات قانون گذار و قانون گذاری، هم ریشه است. مشروعیت نه صرفاً به قانونیت دولت از نظر حقوقی، بلکه به پذیرش اجتماعی آن از جانب اتباع، مربوط می شود. مشهورترین بحث درباره مشروعیت را باید در آثار ماکس وبر، جامعه شناس آلمانی یافت. به نظر او، دولت رابطه سلطهٔ آدمیان بر آدمیان است؛ رابطه ای است که به وسیله خشونت مشروع، پشتیبانی می گردد. برای آنکه دولت تداوم یابد، افراد تحت سلطه می باید از اقتداری که قدرت های موجود برای خود قائل اند، اطاعت کنند.

2-2-1-2 تعریف تکافل

. تکافل از مشتقات واژه عربی «کفالت» است. کفالت از ریشه «کفل»، به معنای ضمانت است (مسعود، 1379: 572). در المعجم الوسیط «تکفل» به معنای التزام به کار رفته است: تکفل الشيء به معنای التزام به شیء.

ریشه کفل در قرآن به چهار معنی به کار رفته است: الف. نصیب - مثل (حدید / 28)، ب. بهره (دو برابر) (نساء / ج. سرپرستی (آل عمران / 34) و د. ضامن (آل عمران / 44). تکافل اجتماعی نیز در

اصطلاح به معنای تعاون اعضاء جامعه - به صورت فردی و اجتماعی - جهت تحقق خیر و صلاح جامعه و رفع ناخوشی ها دانسته شده است. در توضیح این اصطلاح همچنین گفته شده منظور از تکافل اجتماعی - براساس معنای لفظی آن - این است که تک تک افراد جامعه سرپرستی و ضمانت سایر اعضاء جامعه را بر عهده داشته باشد و اینکه هر فرد صاحب قدرت و توانی به قدر توان خود امور صلاح و خیر جامعه را پیگیری نماید و تمام نیروهای انسانی به منظور حفاظت از مصالح جامعه با هم متحد شوند (الطیار، بی تا : 19-20).

کفالت به معنای تعهد افراد یک گروه برای جبران خسارات دیگر اعضاء گروه به کار می رود. در کتاب المنجد واژه‌ی تکافل به معنای «ضمانت متقابل» آمده است با ذکر این مثال که: تکافل القوم یعنی آن قوم کفیل (ضامن) یکدیگر شدند. این کلمه به معنای «تضمین مشترک» و «کمک متقابل میان گروهی» و «مساعدت و کمک» (الخیاط، 1392 ه.ق: 72) نیز به کار رفته است (توحیدی نیا و سیفلو، 1387).

مؤلفین کتاب‌های «بیمه و تامین اجتماعی از دیدگاه اسلام» و «نظام التأمین»، تأمین اجتماعی را واژه‌ای مترادف با «تکافل» و «همیاری عمومی» عنوان کرده‌اند (محمدی مهر، 1385: 100).

واژه تکافل از قرآن و سنت (از واژه عربی «کفالت») گرفته شده است و به معنای ضمانت مشترکی است که هدف آن نیز مشارکت و کمک و یاری دو جانبه میان اعضای گروه مشخصی است. در عمل تکافل به عنوان روشی مبتنی بر ضمانت مشترک در بین گروهی از اعضا در برابر ضرر و زیان‌هایی که ممکن است به آنها وارد شود متجلی می‌گردد. اعضای گروه مذکور در صورتی که برای فردی مشکل و حادثه‌ای ایجاد شود، بر ضمانت و وثیقه مشترک اتفاق نظر داشته و مجموع منابع جمع شده را به فرد ضرر دیده برای جبران خسارت می‌پردازند. تمامی اعضای گروه تلاششان را به کار می‌گیرند تا

فرد نیازمند را حمایت نمایند (توحیدی نیا و سیفلو، 1387)، در بعضی منابع این واژه را ضمانت طرفینی یا مسئولیت مشترک نیز بیان کرده اند.

این کلمه به معنای «تضمین مشترک» و «کمک متقابل میان گروهی» و «مساعدت و کمک» نیز بکار رفته است. برخی نیز در تقریرات خود آورده‌اند: «هر عضو جامعه کفیل دیگران است. همچنان که دیگران نیز کفیل اویند و باید همه نیازهای او را تکفل کنند و بی جهت نیست که امروز محققان این وظیفه را تکفل «اجتماعی» نام نهاده‌اند» (توحیدی نیا و سیفلو، 1387).

تکافل معادل دقیق فارسی ندارد اما مفهوم آن براساس آنچه از مضامین فوق بر می آید، اشاره به نوعی التزام به رسیدگی و تامین امور معیشت دیگران (هم نوعان، اعم از مسلمان و غیر آن) دارد. تکافل در معنای عمومی خود بیان کننده حمایت و پشتیبانی اعضاء جامعه از یکدیگر است، بدین معنا که هرکس خود را در مقابل سایرین مکلف بداند. آیت الله شهید صدر (ره) همین مضمون را با عنوان تکافل اجتماعی در کتاب «اقتصادنا» مورد توجه قرار داده اند. بنابر نظریه ایشان و مبتنی بر اصل همیاری عمومی در اسلام، افراد جامعه نسبت به یکدیگر مسئولیت دارند و باید نیازهای یکدیگر را برآورده سازند (صدر، 1355) این اصل به نیازهای ضروری افراد بر می گردد. براین اساس کفالت عمومی یا اجتماعی عبارت خواهد بود از «مسئولیت مشترک همه افراد جامعه اسلامی نسبت به تامین نیازهای ضروری یکدیگر». اهمیت این مساله تا حدی است که آیت الله شهید صدر (ره) دولت را موظف می داند تا در صورت نیاز (یعنی وجود مشکلات معیشتی برای برخی از افراد جامعه) مردم را وادار به اقامه این نهاد (تکافل اجتماعی یا همگانی) نماید (همان).

از زاویه ای دقیق تر، تکافل اقتصادی اسلام عبارت است از: «اهتمام عمومی مسلمانان به امور اقتصادی هموعان» و همچنین «انجام واجبات و ترک محرّمات اجتماعی در حیطه امور اقتصادی» و

یا «انجام واجبات و ترک محرمات مالی اجتماعی»، در این تعبیر نیز منظور از مال عبارت خواهد بود از: «کل مایملک و دارایی فرد مسلمان». بنابراین برای فرد یا جماعت مسلمانان در اجتماع برخی از امور اقتصادی جزء واجبات مالی محسوب می‌شوند، از قبیل: پرداخت خمس و زکات و ... و برخی امور اگرچه به خودی خود از مستحبات مالی محسوب می‌شوند همچون دادن انفاقات و قرض الحسنه و ... لکن در زمان احتیاج هموعان به امری واجب تبدیل می‌شوند. از سوی دیگر طبق این تعریف مالکیت مال از طریق مکاسب محرمه و هر نوع فعالیت اقتصادی که در اسلام نهی شده است زیر مجموعه «محرمات مالی» محسوب می‌شوند که لازم است ترک شود، مانند مالی که از طریق غصب، ربا، مجالس لهو و لعب و ... به دست می‌آید (محمدی مهر، 1385: 116-155). به طور کلی تکافل مفهومی است که به همکاری متقابل و تضمین اموری برای یک گروه مشخص اشاره دارد.

2-2-2 مفاهیم

1-2-2-2 مفهوم مشروعیت

مشروعیت به «حقانیت» اشاره دارد و عبارت است از توجیه عقلانی اعمال حکومت از سوی حاکم. به عبارت دیگر، مشروعیت، یک ویژگی در نظام حکومتی است که حاکم به مدد آن، حکمرانی خویش را صحیح می‌داند و مردم تبعیت از حکومت را وظیفه خود می‌شمارند. مشروعیت پاسخی به این پرسش‌ها است که چرا عده‌ای حق حکومت دارند و دیگران موظف به اطاعت از آنانند، و حاکم برای نافذ بودن حکمش چه ویژگی‌ها و صلاحیت‌هایی را باید داشته باشد؟ این پرسش‌ها حاکی از آن است که در هر جامعه‌ای، بر مبنای باورهای رایج در آن جامعه، تنها عده‌ای صلاحیت

حکمرانی دارند و اگر قانونی را وضع و یا امر و نهی می کنند، ناشی از حقی است که دارند و تبعیت ملت نیز ناشی از اعتقادشان به صلاحیت و شأنت اعمال حکمرانی آنان است.

واژه مقابل مشروعیت، که ما را در فهم آن مدد می رساند، غضب است. کسانی که حکومت را به ناحق غضب کرده اند، سعی در کسب وجهه برای خود داشته و می کوشند با انتساب خود به خداوند و ارزش های دینی و یا با به اطاعت کشاندن مردم، مبنایی برای مشروعیت خود یافته و حکومت خویش را مشروع جلوه دهند. نتیجه آن که توجیه حاکم، در جهت اعمال حاکمیت خود و توجیه مردم مبنی بر پذیرش آن، ناظر به مشروعیت است. (محمدتقی مصباح یزدی، ص 23)

از آن جا که هر حقی در اسلام، ملازم تکلیفی است، حق حاکمیت، بدان معنا است که مردم موظف به اطاعت از حاکمی هستند که حاکمیتش مشروع است. به عبارت دیگر، آیا حکومت حق است یا تکلیف؟ و حاکم حق حکومت دارد یا موظف است حکومت کند؟ از نظر اسلام، حکومت هم حق است و هم تکلیف، و کسی که واجد شرایط و معیارهای حکومت باشد، در شرایطی، موظف است حکومت را بپذیرد. وقتی حکومت را نوعی حق بدانیم، پس متعلق به افراد معینی خواهد بود. البته این بدان معنا نیست که آن گروه، ممتازند؛ زیرا در جامعه اسلامی همه فرصت آن را دارند که آن شرایط و معیارها را کسب کنند.

از آن چه گفته شد، نتیجه می گیریم که اول اینکه مشروعیت به معنای مقبولیت نیست، چرا بیش تر نویسندگان غربی، مشروعیت را به مقبولیت تعریف کرده اند؟ در پاسخ باید گفت که تعریف مشروعیت به مقبولیت، ناشی از فرهنگ معاصر غرب است. در جامعه ای که انسان به جای خدا بنشیند و مدار ارزش ها و ملاک حسن و قبح شمرده شود، طبیعی است که مشروعیت نیز بدو ارجاع شود و رضایت و مقبولیت بشر، ملاک و تعریف مشروعیت قلمداد گردد. پس از آن که «قرارداد

اجتماعی» سرمشق اندیشه غرب قرار گرفت، و از سوی دیگر، نگرش عینی و پوزیتیویستی به مفاهیم و پدیده ها مبنای روش شناسی قلمداد شد، طبیعی می نمود که مقبولیت، تعریف مشروعیت به حساب آید.

البته در دنیای معاصر، مشروعیت کشورهای مدعی دموکراسی، تنها به مدد رسانه های جمعی، مطبوعات و تکنولوژی تبلیغی است. این ابزار، افکار عمومی را هر طور که بخواهند، هدایت کرده و سمت و سو می دهند. امروزه روشن شده است که در این حکومت ها، که خواست اکثریت، منشأ مشروعیت حکومت شمرده می شود، ده ها وسیله غیر شرافتمندانه به کار گرفته می شود تا خواست مردم به جهتی که صاحبان زر و زور می خواهند، هدایت شود. از این رو است که باطن و منشأ حاکمیت، در حکومت های طاغوتی، همواره در طول تاریخ، غلبه و زور بوده است. نتیجه آن که: نخست، مقبولیت نتیجه مشروعیت است.

دوم، تعریف مشروعیت به مقبولیت، مستلزم آن است که حاکمیت دیکتاتورهایی که با ارباب، زور و تبلیغات موفق به جلب اطاعت مردم شده اند، موجه و مشروع قلمداد شوند.

سوم، مشروعیت در کشورهای مدعی دموکراسی، نتیجه تبلیغاتی است که امپریالیسم خبری، با هدف مقبول جلوه دادن نظام سلطه و صاحبان زر و زور انجام می دهد. بدین رو، در این جوامع، باید مشروعیت را نتیجه فرآیندی دانست که رسانه های جمعی، برای ایجاد مقبولیت نظام سیاسی انجام می دهند

چهارم، اگر مشروعیت، دائر مدار مقبولیت باشد، لازمه اش آن است که اگر مردم حکومتی را نخواستند، نامشروع باشد، هر چند آن حکومت، در پی جلب مصالح مردم باشد؛ و اگر خواهان حکومتی بودند، مشروع تلقی شود، هر چند بر خلاف مصالح مردم حرکت کند. (همان)

2-2-2-2 مفهوم تکافل

در کسب و کار مدرن امروز «بیمه» راهی برای کاهش ریسک و یا خطرات ناشی از حوادث محسوب می شود. مفهوم تکافل یا بیمه اسلامی، در جایی که منابع لازم برای کمک به افراد جمع می شود، مخالفتی با شریعت اسلامی ندارد. این مفهوم در راستای اصول جبران خسارت و مسئولیتهای مشترک در میان جامعه می باشد. در واقع بیمه مفهوم تازه ای نیست و در صدر اسلام، توسط مهاجران مکه و انصار مدینه و پس از هجرت پیامبر یعنی چهارده قرن پیش نیز رواج داشته است. تکافل کلمه ای است مأخوذ از فعل عربی «کفال» به معنای رسیدگی کردن (برآورده کردن نیاز یک شخص) و بیمه تکافل در واقع جبران خسارتهای ناشی از حوادث و تکمیل نظام بانکی بدون بهره می باشد. این نوع بیمه با بیمه های (مرسوم بیمه های بازرگانی رایج) از نظر جبران زیانهای مالی مشابهت زیادی دارد. تکافل مبتنی بر اصل قرآنی تعاون و به معنی «کمک متقابل و میان گروهی» است و هر عضوی در حمایت از نیازمندان داخل گروه سهم دارد. این نوع بیمه شبیه به «بیمه تعاونی» است. این عملیات بیمه ای درست مانند بیمه های مشترک است که در سالهای اولیه پیدایش بیمه، نیز استفاده می شد حتی امروزه در بین گروهی از افراد مورد استفاده قرار می گیرد.

یک نظریه وجود دارد که بیمه اسلامی اولین بار در اوایل قرن دوم عصر اسلام بوجود آمد. این امر درست در زمانی مطرح شد که عرب های مسلمان رابطه تجاری خود را با هند، مالایا و سایر کشورهای آسیایی گسترش داده بودند و تجار عرب بدلیل مسافرتها طولانی، دچار حوادث ناگوار از قبیل دزدی مواجه می شدند و در راه تجارت بازرگانی خود اغلب با خسارتهای سنگینی مواجه می شدند. بر مبنای اصل اسلامی «همکاری های دو جانبه و تعاونی های همگی» تجار گرد هم جمع شده و قبل از سفرهای دراز مدتشان، صندوقی را تشکیل می دادند. هدف از ایجاد این صندوق، جبران

خسارات افرادی از گروه بود که در نتیجه وقایع ناگوار دچار خسارت می شدند. اروپائیان پس از قرن‌ها این روش را استقبال نموده و نام آنرا «بیمه دریایی» نهادند. در این راستا، قضاوت مسلمان با نگاه فراتری که راجع به نظام بیمه اسلامی پیدا نمودند. و همچنین احساس نیاز مبرم به داشتن پوشش های بیمه‌ای، اقدام به تحقیق‌های گسترده‌ای در این زمینه نمودند و براساس بررسی‌های ایشان «بیمه» در اسلام می بایست بر پایه تقابل و همکاری متقابل باشد و طبق این اصل، نظام بیمه اسلامی شامل مسئولیت مشترک، غرامت مشترک، منافع مشترک، وحدت و... می‌باشد.

براساس نظریه حقوقدانان مسلمان (اهل سنت)، عملیات بیمه‌ای رایج، نوعی معامله تواتری به صورت خرید و فروش می‌باشد که با قوانین و الزامات شریعت اسلامی به دلیل دارا بودن سه ویژگی مطابقت ندارند:

1- قرارداد (عدم اطمینان و احتمالی بودن)

2- قمار به موجب وجود قرار در قراردادهای بیمه‌ای، عنصر قمار در این بحث مطرح می‌شود. این مطلب بدان معناست که به دلیل ماهیت احتمالی یک طرف قرارداد به طور ناعادلانه ای ممکن می‌شود.

3- ربا (بهره) (مطهری، 1364، ص 281)

در سال 1985 انجمن فقه اسلامی جده، سیستم تکافل را به عنوان یک جایگزین ماندگار برای بیمه به تصویب رساند. قابل ذکر است که مفهوم اصلی تکافل پرداخت حق بیمه بر مبنای تبرع (همکاری یا هدیه) می‌باشد. قصد و نیت برای پرداخت اعانه (پرداخت بصورت هدیه) نو.

یکی دیگر از دیگر تفاوت‌های تکافل با سایر قراردادهای این است که درآمد حاصل از سرمایه‌گذاری عملیات تکافل طبق شریعت اسلام وحدت می‌شود.

مهمترین جنبه‌های عملیات **تکافل** به شرح ذیل است :

1- شرکت پذیرنده ریسک صنعت

2- شرکت به عنوان مدیر وام و ناظر بر عملیات **تکافل** محسوب می‌شود.

3- تمامی امکانات پرداخت شده توسط اعضاء در صندوق **تکافل** موسوم به «وقف» ذخیره می‌شود.

4- تمامی پرداختها حاصل از منافع **تکافل** (یعنی خسارات) از محل صندوق وقف تامین می‌شود.

5- در همان زمانی که پولی وارد صندوق **تکافل** می‌گردد به سرمایه‌گذاری مورد قبول شریعت اسلام

تخصص می‌یابد.

6- اگر از محل صندوق **تکافل**، سود و یا منفعتی عاید شد، بین اعضاء صندوق تقسیم خواهد شد.

طراحان تکافل تاکید می‌نمایند چنانچه از بیمه بعنوان ابزاری برای استثمار و سودجویی استفاده شود

بیمه براساس اصول بیمه تعاونی اسلامی باشد مجاز می‌باشد. امروزه 63 شرکت بیمه تکافل و هشت

شرکت بیمه تکافل اتکایی در جهان اسلامی فعالیت می‌نمایند. 31 شرکت تکافل در کشورهای عربی

و 16 شرکت تکافل در کشورهای مسلمان غیر عرب و 16 شرکت تکافل در کشورهای غیر مسلمان که

جمعیت مسلمان ندارند. گفتنی است که در ایران وبسیاری از کشورهای اسلامی با توجه به پذیرفته

شدن بیمه مرسوم به روش اسلامی وبهره گیری از دستورات دین مبین اسلام از اشکالات وارد به بیمه

رایج در ممالک غیر اسلامی مبری بوده و تا حال نیازی به تاسیس شرکتهای بیمه تکافل نبوده است .

نخستین شرکت بیمه تکافل در سال 1357(1978) در سودان و دومین شرکت در همان سال در

عربستان سعودی تاسیس گردید.

در حوزه پوشش ریسک و خطر، به معنای الگویی از توافق جمعی میان گروهی از افراد یا شرکت کنندگان در برابر زیان یا خسارتی است که ممکن است به هریک از آنها وارد شود. اعضای گروه توافق می کنند که جبران خسارتی را که ممکن است به دلایلی از جمله بلایای طبیعی یا ... به هریک از آنها وارد شود برعهده گیرند (ضمانت کنند). در این وضعیت همه اعضای گروه تلاش خود را برای حمایت از فرد نیازمند (آسیب یا خسارت دیده) جمع می کنند.

اصطلاح «صنعت تکافل» شامل همه ی متصدیان کسب و کار و ارائه کنندگان خدمات و محصولات تکافل می شود. این صنعت شرکت هایی را که صرفاً به قصد ارائه محصولات تکافلی تاسیس می شوند، شرکت های بیمه متعارف (که نسبت به ارائه محصولات تکافل اقدام می کنند) و شرکت های بیمه اتکائی و تکافل اتکائی را در برمی گیرد. بانک ها نیز با ورود به عرصه تکافل، در حال تبدیل شدن به بازیگرانی مهم در این صنعت هستند. همچنین واسطه های بیمه اتکائی، سندیکاهای بیمه و مدیران صندوق ها در کسب و کار تکافل فعال هستند. تکافل به طور خاص به ارائه ی محصولات مبتنی بر مقررات تعریف شده معین و فرآیندهای مطابق با اصول شرعی (مثل الگوهای مضاربه و وکالت)، مقررات مدیریت سرمایه گذاری و اداره صندوق ها و اصول تعاونی مشارکت ریسک و بازده که معمولاً در تکافل با نام «مشارکت در سود» شناخته می شود، می پردازد. اگر چه در بین علمای تشیع مخالفت کمتری با بیمه رایج شده است، اما هر دو مکتب سنی و شیعه در مورد شرعی بودن تکافل، توافق کلی دارند. بنابراین صنعت تکافل امکان بالقوه توسعه در همه کشورهای دارای مکتب های شیعه و سنی را دارد (توحیدی نیا و سیفلو، 1387؛ 3: Jafar, 2007)

3-2. مبانی و پیشینه

2-3-1. مبانی

بیمه یا معادل انگلیسی آن Insurance به معنی عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر، در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی را بپردازد. متعهد را بیمه گر، طرف تعهد را بیمه گذار، وجهی را که بیمه گذار می پردازد حق بیمه و آن چه بیمه می شود را موضوع بیمه می نامند.

جهانشاهی در مقاله مبسوطی به نام «بیمه از نظر حقوق مدنی» بیمه را یک لغت خالص فارسی می داند که از هیچ زبانی وارد فارسی نشده و ریشه آن را نیز به احتمال زیاد «بیم» به معنای ترس است، زیرا عنصر اولی و اصلی ترس، از خطر است و از ترکیب اصطلاح روسی استراخ «Ctp a x» که به معنای ترس است و همچنین کلمه استرواخانه «Ctpaxohabue» که در زبان روسی به معنی عقد بیمه می باشد شاهد آورده است. مرحوم علی اکبر نفیسی ناظم الاطباء در فرهنگ نفیسی نیز «بیم» را واژه فارسی و به معنی خطر دانسته است و همین معنی در فرهنگ اشتقاق و اضافه واژه بیمه دیده می شود، نظیر بیمگاه یعنی محل خطر و بیم جان یعنی خطر جان. به نظر آن شادروان بیمه نیز اسم فارسی و به معنی اطمینان در مقابل مخاطره محتمل الوقوع است (توحیدی نیا و سیفلو، 1387 به نقل از: عرفانی؛ 1371: 7).

منشاء بیمه، وجود خطر است. خطر و مقابله با آن، توجه ابناء بشر را همواره در تمام دورانها و تمدن ها به خود مشغول کرده است. در جوامع بدوی اندیشه مواجه با خطر حمله حیوانات وحشی یا سایر قبایل و ... انسان ها را به سمت اجتماعات سوق داد. با توسعه جوامع و ظهور صنایع و بخصوص دریانوردی نوعی از بیمه های امروزی شکل گرفتند. با پیشرفت های نوین اقتصادی و تنوع

خطرات و ریسک‌ها، مقابله با ریسک جایگاه مهمی در میان مباحث اقتصادی و اجتماعی پیدا کرده است.

خطر دلیل وجود بیمه است و بدون خطر، بیمه مفهوم وجودی خود را از دست می‌دهد. در جامعه‌ای که خطر و ریسک وجود نداشته باشد بیمه نیز وجود نخواهد داشت. ریسک یا خطر انواع و شکل‌های مختلفی دارد. ریسک‌ها را با توجه به طبیعت و خصلت آنها و نتیجه‌ای که از آنها ناشی می‌شود.

از دیدگاه نظری، هر فعالیت اقتصادی توأم با درجه‌ای از ریسک است. ریسک را نمی‌توان کاملاً حذف کرد، بنابراین نگرش علمی به مسئله ریسک چیزی جز مدیریت آن نیست (درخشان، 1383: 2).

با توسعه بنگاه‌های اقتصادی و گسترش دامنه تجارت، مدیریت ریسک از اهمیت ویژه‌ای در مطالعات اقتصادی و بازرگانی برخوردار شده است (درخشان، 1383: 2). ابزارها و روش‌های متنوعی به منظور مدیریت ریسک ابداع و بکار گرفته می‌شود. بیمه یکی از ابزارهایی است که به روش انتقال ریسک عمل می‌کند. مهمترین و موثرترین شیوه در برخورد با ریسک، انتقال ریسک به بیمه‌گر است. نقش بیمه‌گر، تشکیل اجتماع بزرگی از بیمه‌گذاران است که در معرض ریسک مشابهی قراردارند. بیمه‌گر با استفاده از آمار و حساب احتمالات و تجربیات گذشته، هزینه ریسک یا حق بیمه‌ی فنی را محاسبه و مبلغی را به عنوان هزینه عملیاتی و سود معقول خود به آن اضافه می‌کند تا حق بیمه تجاری به دست آید. این رقم، حق بیمه است که بیمه‌گذار بابت انتقال ریسک به بیمه‌گر می‌پردازد. هرچه اجتماع بیمه‌گذاران زیادتر باشد بر اساس قانون اعداد بزرگ، پیش بینی‌های بیمه‌گر به واقعیت نزدیکتر

می‌شود، در نتیجه حق بیمه‌ای که بیمه‌گر براساس حساب احتمالات و تجربیات گذشته محاسبه کرده پاسخگوی تعهدات او خواهد بود (کریمی، 1376: 62).

با توجه به آنچه در بیان مفهوم ریسک گفته شد و با لحاظ تنوع گسترده و پیچیدگی های بیش از پیش این پدیده در جهان معاصر، اهمیت نهاد بیمه به خوبی نمایان است. همین موضوع موجب توسعه سریع محصولات بیمه ای به خصوص در عصر اقتصاد نوین شده است.

با پیدایش صنعت و توسعه شهرنشینی، رفاه و آسایش خاطر انسانها همواره با چالش های مختلفی مواجه بوده که برای غلبه بر آنها و ایجاد و تامین آرامش روحی و روانی تدبیری جدید به کار گرفته که از جمله آن راه اندازی و توسعه صنعت بیمه است، صنعتی که از سده هفدهم با انقلاب صنعتی جایگاهی پررنگ تر به دست آورده است.

مهمترین کارکرد بیمه، ایجاد یا ارتقاء امنیت در جامعه است. از سوی دیگر امنیت یکی از مهم ترین نیازهای انسان است، تاجایی که گاهی این عامل در چارچوب نیازهای اساسی انسان قرار می گیرد. این موضوع در مکاتب الهی مورد توجه فراوان قرار گرفته است. در روایتی از حضرت رسول صل الله و علیه و آله و سلم چنین آمده است:

نِعْمَتَانِ مَكْفُورَتَانِ الْأَمْنُ وَالْعَافِيَةُ

(بحارالأنوار ج 78 ص 170)

(دو نعمت است که قدر آنها دانسته نمی شود: امنیت و عافیت).

حضرت امام صادق علیه السلام در بیان اهمیت امنیت، آن را کنار عدالت و فراوانی نعمت قرار می دهند:

ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ يَخْتَاجُ النَّاسُ طَرًّا إِلَيْهَا: الْأَمْنُ وَالْعَدْلُ وَالْخَصْبُ

(تحف العقول، ص 320)

(سه چیز از است که همه مردم به آنها نیاز دارند: امنیت، عدالت و فراوانی).

همراهی عالم ماده با عدم قطعیت و پیشامدهای احتمالی، واقعیتی انکارناشدنی است. علیرغم پیشرفت های علمی فزاینده هر روز بر دامنه عدم قطعیت افزوده می شود و همین موضوع بسیار مهم به پیدایش مفهوم ریسک (خطر) منجر شده که هسته اصلی و ماهیت وجودی صنعت بیمه را توجیه می کند.

ضرورت و اهمیت امنیت، مویدی بر لزوم تامین آن از طرق شرعی و عقلایی است. در نظریه علمای شیعه بیمه یکی از ابزارهایی تضمین کننده امنیت است. حضرت امام خمینی (ره) در بحث از مشروعیت بیمه می فرمایند: «بدون شک (بیمه) که عبارت است از تضمین و تعهد جبران خسارت احتمالی بر دارایی یا جان کسی در برابر مقدار معینی از مال، از معاملات عقلایی و رایج در سراسر جوامع بشری حاضر است، به گونه ای که رد آن نوعی سفاهت شمرده می شود و رغبت و اشتیاق بدان نوعی خردمندی و دوراندیشی».

نهاد بیمه یکی از نهادهای بسیار مفید اقتصادی برای تقویت و تضمین امنیت موسسات اقتصادی و خانوارهاست. اگر سرمایه گذار برای حفظ سرمایه و تداوم فعالیت های اقتصادی خویش از پوشش های بیمه ای بر حسب ضرورت برخوردار نباشد چه بسا که از بن بست انتحار سردر آورد و در معرض ورشکستگی و اضمحلال قرار گیرد. در سطح خانوار و زندگی شخصی و خانوادگی نیز هیچ کس توانائی آن را ندارد که پیش بینی کند تا چه زمانی امکان کار و فعالیت دارد و یا عمرش کی و چگونه به پایان می رسد. از این رو و با توجه به نگرانی در مورد آینده خود و خانواده و فرزندان، تمایل به بیمه نوعی دور اندیشی و احتیاط عاقلانه است.

بدین جهت نهاد بیمه به عنوان یک نهاد اقتصادی مفید، عقلایی، ضروری، موثر در پیشرفت مادی و تامین اجتماعی، هم افزاینده و تقویت کننده روحیه تعاون و همیاری، علاوه بر مکاتب بشری در ادیان آسمانی نیز مورد توجه بوده و دین مبین اسلام نیز بر آن صحنه گذارده است. این نهاد به جهت ایجاد سه اثر مهم، حائز جایگاهی مستقل در دستگاه عمومی و نظام اقتصادی پیشرفته اسلام است که عبارتند از: الف) افزایش امنیت خاطر و کاهش خطر در عرصه های مختلف زندگی، ب) افزایش سرمایه گذاری، اشتغال و پیشرفت اقتصادی و ج) ارتقاء عدالت اقتصادی و کاهش فقر جبری از طریق توزیع مخاطرات و خسارت های غیرقابل پیش بینی.

اما آنچه در بالا به عنوان ضرورت اجرای بیمه مطرح گردید، خاستگاه اصلی الگوی تکافل نیز هست. همانگونه که پیشتر نیز گفته شد، نهاد تکافل پس از طرح مساله عدم مشروعیت الگوهای متعارف بیمه توسط برخی از علما و مجامع فقهی اهل سنت طراحی شد. در واقع تکافل چیزی به جز یک نهاد تامینی شرعی (از دید اهل سنت) نیست. تکافل محصولِ اولاً) احساس نیاز علما و متفکران اهل سنت به الگویی شبیه به بیمه (جبران کننده خسارات زیان دیدگان و تامین کننده رفاه شرک کنندگان) و ثانیاً) بطلان الگوهای متداول بیمه است.

اهمیت امنیت و جبران خسارات در اندیشه اهل سنت نیز تا حدی است که برخی از علمای این مذهب با وجود شبهه های ربا، غرر و قمار (به زعم خودشان) در بیمه متعارف، حکم به مشروعیت آن داده اند. بعضی از فقهاء اهل سنت با اتکاء به مفهوم استحسان بیمه متعارف را مشروع دانسته اند (براساس این قاعده در جایی که با قیاس یا قاعده کلی یا دلیل دیگر می توان حکم شرعی را استنباط کرد، به ملاحظه مصلحتی خاص می توان حکمی مخالف برای مسئله برگزید و در عقد بیمه گرچه احتمال غرر، ربا، قمار، جهل به عوضین و ... وجود دارد اما چون عدم مشروعیت آن خلاف مصالح

اجتماع است، از راه این قاعده می توان قائل به مشروعیت آن شد). گروهی دیگر بر اساس قاعده مصالح مرسله حکم به مشروعیت آن داده اند (براساس این قاعده در فقه اهل سنت، برای رعایت مصلحت و حفظ دین و نظم اجتماعی، در جایی که نص خاص یا مطلق وجود ندارد، می توان قائل به مشروعیت موضوعی مانند عقد بیمه شد). بعضی دیگر از فقهاء سنی نیز مشروعیت بیمه را از باب ضرورت و احتیاج نظام اقتصادی به آن اثبات کرده اند و ضرورت و احتیاج را رافع اشکالاتی مانند قمار، غرر، ربا، تعلیق می دانند (حکیمیان، دائره المعارف اسلامی). البته این ادله مورد توافق قاطبه فقهاء اهل سنت نیست. (افسری، 1380: 98)

در هر صورت فارغ از مشروعیت یا عدم مشروعیت بیمه متعارف، ضرورت وجود چنین نهادی به منظور ارتقاء سطح امنیت و اطمینان خاطر نسبی در جامعه مورد توافق همه مکاتب الهی و بشری است و فقه اهل سنت نیز این موضوع را پذیرفته است. فلسفه طراحی و معرفی الگوی تکافل نیز همین است. در واقع طراحان تکافل به دنبال آن بوده اند که سازوکاری را فراهم نمایند که کارکردهای بیمه متعارف را داشته باشد و از اشکالات شرعی وارده بر آن مبرا باشد. این موضوع از سیاق مباحث تکافل در لسان علما و اقتصاددانان اهل سنت نیز به خوبی واضح است، آنجا که دائماً پیش از تعریف و تبیین الگوی تکافل، به مساله بیمه و اشکالات فقهی وارد بر آن پرداخته اند و در ادامه، تکافل را به عنوان جایگزینی با همان کارکردها و فاقد ممنوعیت های شرعی معرفی کرده اند.

در همین راستا مرتضی علی (یکی از محققین و مجریان تکافل در بنگلادش) چنین می گوید:

«تکافل به عنوان جایگزینی برای بیمه متعارف به وجود آمد. عامل رشد تکافل، استفاده از آن برای تامین در مقابل خطرات و زیان های احتمالی بوده است. تکافل هم اکنون در جوامع اسلامی مورد اجرا قرار می گیرد، زیرا حفاظت از آحاد جامعه در مقابل تغییرات منفی و غیر قابل پیش بینی مربوط

به زندگی (عمر) و اموال امری ضروریست. حراست از مردم در مقابل زیان‌هایی ناشی از تعهدات حقوقی نیز مهم است. نظام مقابله با زیان‌ها و خسارت‌ها مفهوم جدیدی نیست. جوامع اسلامی همواره از اعضاء خود در شرایط دشواری حمایت کرده است.»

در زمینه نظام بیمه اسلامی، صاحب نظران و اندیشمندان اسلامی با استناد به روایات و آیاتی چون «تعاونوا علی البر و التقوی و لا تعاونوا علی اثم و العدوان» (مائده/2) معتقدند که از نظر اسلامی این نوع بیمه بر اصل تعاون، همکاری و کمک متقابل افراد به یکدیگر مبتنی است. لذا در این نوع از بیمه اصل بر این است که مدیران شرکت بیمه، صاحبان شرکت نیستند بلکه حقوق بگیر آن می باشند و بیمه گران و بیمه گذاران با هم شریک می باشند و وجوه پرداختی صرف پرداخت زیان آسیب دیدگان میگردد و مازاد آن یا سود حاصله از آن بین اعضا تقسیم می شود. در واقع کمک متقابل افراد به یکدیگر در قالب تقسیم مشترک ریسک بالقوه ای که هر یک از اعضاء با آن مواجه هستند صورت می پذیرد و انتظار می رود که اعضاء در این جهت خالصانه و بی ریا با یکدیگر همکاری داشته باشند. با توجه به همین اعتقاد و بر همین اساس نظام بیمه اسلامی را بنا نهاده و آن را تکافل نامیدند. (گروه مطالعات اسلامی بیمه، 1386)

مبانی و فعالیت های تکافل هنوز در مرحله آغازین توسعه است، اما در برخی کشورها، پیشرفت قابل توجهی داشته است. با وجود توسعه در زمینه تکافل، هنوز فضای زیادی برای بهبود پیشرفت و تغییرات اساسی مورد نیاز برای هرچه سودمندتر کردن تکافل در جهان اسلام، نه فقط برای قرن حاضر بلکه برای قرون آینده، وجود دارد.

معامله بیمه عبارت است از همکاری متقابل، اتحاد و برادری در مقابل ریسک غیر قابل پیش بینی یا حوادث به گونه ای که انتظار می رود، طرفین صادقانه مشارکت کنند. این نظام بیمه ای حائز مشخصه های زیر می باشد :

- 1- بیمه گذاران برای مصلحت جمع بین خودشان به طور فعال همکاری می کنند.
 - 2- هر بیمه گذار در پیروی از اصول منافع مشترک برای کمک به آنهایی که نیاز به مساعدت دارند، حق بیمه خود را می پردازد.
 - 3- سرشکن خسارت ها و توزیع مسئولیت بر اساس نظام صندوق مشترک صورت می پذیرد.
 - 4- هدف از این بیمه کسب سود برای صاحبان بیمه (بیمه گران) نیست.
- محصولات تکافل در دو گروه تکافل عمومی و تکافل خانواده جای می گیرند. تکافل خانواده، مجموعه محصولاتی است که متناظر با الگوهای بیمه عمر (بیمه های زندگی، پس انداز و سرمایه گذاری و ...) طراحی شده اند. سایر محصولات نیز که در تناظر با بیمه های اموال و مسئولیت طراحی شده اند، مشمول تکافل عمومی هستند. برخی از این موارد عبارتند از تکافل آتش سوزی، تکافل اتومبیل، تکافل مسئولیت های مدنی و ... که در آنها صندوق تکافل تعهد می نماید خسارت های معین شده ای را طبق قواعد خاص جبران نماید.

از نظر تئوری، در انواع بیمه های تکافل بیمه شوندگان حق بیمه را به عنوان تبرع می پردازند و با عامل تکافل درباره میزان سهم پرداختی توافق می کنند و عامل تکافل به جبران خسارت در دوره توافق می پردازد. برای مثال در قرارداد تکافلی که بر مبنای عقد مشارکت منعقد می گردد برای اینکه بیمه شونده در سود سهیم باشد بیمه کننده حق بیمه پرداخت شده را سهم محسوب می کند، بدین ترتیب بیمه شونده در سود سهیم بوده و حق بیمه را نیز می تواند مسترد نماید. مشارکت کنندگان در

تکافل عمومی باید مبالغی را به عنوان تبرع (خیرات یا هبه) پرداخت کنند. (مطالعات گروه اسلامی پژوهشکده بیمه، آبان و آذر 1386)

2-3-2. پیشینه نظام جامع تکافل

فارغ از معنای اصطلاحی، تکافل در شکل و مفهوم عمومی عملی ارزشی و در چارچوب اخلاق اجتماعی اسلامی مورد تاکید است.

تکافل ترجمه عملی مفهوم روح مشترک آدمی است و به نظر می‌رسد یگانه راه نظم بخشیدن به نظام معاش انسان است در جهت نظام معادی؛ هم چنان که در فرمان حضرت امیر علیه السلام به مالک اشتر می‌بینیم همان انسان بودن و شباهت در خلقت برای محبت و حمایت مردم کافی است: «واشعر قلیک الرحمه للریعیه والمحبه هم والطف بهم ولا تکونن علیهم سبعا ضاریا تغتنبهم اکلهم، فانهم صنفان اما اخ لك فی الدین او نظیر لك فی الخلق» (نهج البلاغه: نامه 553، بند 9): «قلبی پر محبت به رعیت داشته باشد و چون درنده‌یی که خوردنشان را غنیمت می‌داند نباش. زیرا که مردم دوگونه‌اند یا برادر همدین تواند و یا شبیه در آفرینش با تو»، دراین بیان ارزشمند اگرچه رابطه حاکم و والی مسلمین با عموم مردم مطرح گردیده است. ولی به نظر می‌رسد حضرت غیرمستقیم نوع جهت‌گیری سالم روابط مردم را نیز با هم بیان فرموده‌اند، به این معنی که عموم مردم نیز باید همدیگر را به یکی از این دولت یاری برسانند. بنابراین، مبانی نظام تکافلی اسلام عبارتند از:

1- حیات اجتماعی

2- حکومت اسلامی

این دو مربوط به کل نظام تکافلی اسلام می باشد، فلذا نظام های تکافلی اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و ... را در برمی گیرد. اما می بایست با توجه به این دو اصل در رابطه با هر نظامی به طور خاص مبانی مربوط به آن نظام مدنظر قرار بگیرد که به طور حتم از این دو اصل سرچشمه می گیرد (محمدی مهر، 1385: 108-109).

2-3-1. تکافل اقتصادی اسلام

نظام تکافل اقتصادی اسلام، بخشی از نظام جامع تکافلی اسلام است که بر مبنای دو عنصر اساسی شکل می گیرد:

الف) کفالت همگانی (ناشی از رابطه اخوت و عضویت در جامعه واحد بشری)؛

ب) سهم بودن جامعه در اموال و درآمدهای دولتی (ناشی از ضمان اعاله)؛

کفالت همگانی (ناشی از رابطه اخوت و عضویت در جامعه واحد بشری)

آنچه در نظام تکافل اقتصادی اسلام موضوعیت دارد و باعث حیات اقتصادی جامعه می شود، کفالت همگانی است به این معنا که افراد اجتماع نسبت به یکدیگر مسئولیت متقابلی دارند که در قبال آن باید پاسخگو باشند. در روایت وارد شده؛ ایما مؤمن منع مؤمناً ممّا یحتاج الیه، و هو یقدر علیه من عنده او من عند غیره، اقامه الله یوم القیامه مسوداً وجهه، مزرقه عیناه، مغلوله یداء الی عنقه، فیقال: هذا الخائن الذی خان الله و رسوله، ثم یؤمر به الی النار» (هر مؤمنی که رفع احتیاج مؤمن دیگر را نکرد، در صورتی که خود او قدرت داشت، یا بوسیله دیگران احتیاج او را رفع نماید، خداوند وی را در روز قیامت سیاه رو محشور نماید، در صورتی که چشمش کور و دستانش را بگردنش بسته اند و به او

می‌گویند: این همان خیانت‌کاری است که به خدا و رسولش خیانت کرده و سپس وی را در آتش می‌اندازند (همان: 110- به نقل از صدر، 1355).

به موجب این اصل مسلمانان جهان کفالت یکدیگر را بر عهده داشته و اسلام در حدود امکانات، آن را فریضه‌ای مثل سایر فرائض و لازم‌الاجرا دانسته است. این امر، در حقیقت حاکی از آن است که دولت وظیفه دارد در این خصوص نیز همانند سایر تکالیف عمومی (از جمله جهاد) مردم را وادار به ادای فریضه (تکافل همگانی) نماید.

وظیفه دولت در تأمین سطح زندگی مناسب برای افراد صرفاً مستند و محدود به اصل اول نیست. اصل دیگری هم به عنوان سهم و حق جامعه در منابع ثروت شناخته شده است. به موجب این حق، دولت مستقیماً و رأساً وظیفه دارد تا سطح زندگی مناسبی برای کسانی که عرفاً به این حد از رفاه مادی نرسیده‌اند فراهم کند (همان: 113). در واقع دولت موظف است سطح کفافی معیشت را برای همه افراد جامعه تأمین کند. در صورتیکه افراد توان کسب چنین وضعیتی را نداشته باشند، دولت اسلامی تا حد تأمین نیازهای ضروری از اصل همیاری عمومی استفاده می‌کند (با الزام مردم به تأمین حداقل نیازهای فقرا) و پس از این سطح، موظف است از محل درآمدها و منابع خود وضعیت کفاف در معیشت را برای عموم فراهم نماید.

2-2-3-2. اهداف و آثار نظام تکافل اقتصادی اسلامی

از آنجا که نظام تکافل اقتصادی اسلام جزئی از نظام اقتصادی اسلام است، هدف نظام تکافل اقتصادی اسلام عبارت خواهد بود از: «کلیات جهانشمولی که اقتصاد اسلامی آنها را از طریق تکافل مطلوب شمرده است» (همان، 116).

نظام اقتصادی اسلام در جامعه‌ای قابل اجراست که دنیا را هدف ندانند و آن را وسیله و مقدمه‌ای برای سعادت ابدی و زندگی اخروی بشناسند؛ زندگی دنیوی را میدان آزمایش و وسیله پاکسازی خود بدانند «حتی یمیز الخبیث من الطیب» (آل عمران/179) ... پس انسان باید در صدد این باشد که به مقام انسانیت نائل آید و اگر افراد جامعه‌ای از این پاکسازی غافل باشند طبعاً از دنیا هدفی جز خود ندارند. طبیعی است که قوانین اسلام در چنین جامعه‌ای قابل اجرا نیست (همان، 117).

نظام تکافل اقتصادی اسلام با شرح فوق، دارای آثار مشخصی نیز خواهد بود. به لحاظ اقتصادی ارتقاء رفاه عمومی، گردش متناسب و متعادل ثروت بین افراد و گروه‌ها و رفع فقر و تکاثر از اثرات این نظام است. در اثر چنین نظامی برخی آثار منفی اجتماعی از جمله استثمار و وابستگی‌های گروهی از بین خواهد رفت. در حوزه سیاست داخلی و خارجی نیز تقویت رابطه امام و امت و ارتقاء قدرت بین المللی جامعه مسلمین - به طور غیرمستقیم - از اثرات مثبت این نظام است. چنین جامعه‌ای به جهت پرداخت حقوق مالی، ارتباط قوی امام و امت و کاهش فقر و نابرابری، به لحاظ معنوی نیز از تراز بالایی برخوردار خواهد بود.

3-2-3-2. پیشینه تکافل در تاریخ اسلام

تکافل اقتصادی به معنای همت و تعهدی گروهی برای تامین نیازمندی‌های اقتصادی افراد یا جبران خسارت‌های آنها از دوره پیش از اسلام سابقه داشته است. پیش از بعثت پیامبر اعظم (صلی الله علیه و آله و سلم) در قریش پیمان‌هایی وجود داشته است که با اهداف مختلفی از جمله کمک به دیگران و یکپارچه سازی جامعه در مقابله با دشمنان و ... بسته می شده است. یکی از این پیمان‌ها با عنوان «حلف الفضول» نامیده می شود. وجه تسمیه این پیمان، مشارکت چند نفر با نام «فضل» در

شکل گیری آن است. در این پیمان که تعهدی اخلاقی بوده است، شرکت کنندگان تعهد می نمودند که اگر حقوق افراد فقیر مکه تضییع شود آن را از زاید اموال اغنیا بستانند و آنها را در حمایت اقتصادی و نظامی خود قرار دهند. پیامبر اعظم (صل الله علیه و آله و سلم) نیز که در این پیمان شرکت داشته اند، بعدها به عنوان افتخار از آن یاد کرده و چنین فرموده اند:

«در سرای عبدالله بن جدعان شاهد پیمانی بودم که از گرانبهاترین اموال (شتر سرخ مو) برای من محبوب تر بود و دوست می دارم که در اسلام نیز به چنان پیمانی دعوت شوم» (محمدی مهر، 1385: 102-103).

بیان فوق از سوی حضرت به معنای اهتمام ایشان برای تقویت پایه های همیاری (و یا همان تکافل) اقتصادی در جامعه اسلامی بوده است. این موضوع در سیره ایشان به خوبی دیده می شود. حضرت در اولین سال هجرت از مکه به مدینه که به منظور تشکیل جامعه ای اسلامی با استقلال سیاسی، فرهنگی و اقتصادی و با هدف نهایی تقویت دین الهی و فراهم نمودن محیطی برای ترویج و توسعه تعالیم شریعت مقدس اسلام صورت گرفت، با قبایل مدینه قراردادی منعقد نمودند. این قرارداد که از آن به عنوان اولین قانون اساسی مکتوب در جهان نام برده شده است شامل 47 بند (ماده) بوده است. در بررسی اولیه این معاهده، حاکمیت کلی روح تکافل بر آن نمایان است.

در قرارداد مذکور آمده است که مهاجرین و انصار و سایر قبایل طرف قرارداد و ساکن مدینه باید بر مبنای گروهی و طایفه ای در پرداخت خونبها و فدیة (هزینه آزادی) اسیران و بدهی بدهکاران شرکت نمایند. در بند 12 قرارداد مذکور آمده است:

«مقرر است که مؤمنان هیچ فردی را که در اثر فشار قرض از پا درآمده باشد (بدون کمک) به حال خودش وانگذارند و در موضوع فدیة نیز براساس اصول عدالت و نیکوکاری رایج میان مؤمنان و همچنین راجع به خونبها رعایت حال چنان شخصی را بنمایند».

در بندهای 4 تا 11 نیز مقرر شده است که بنوعوف، بنوحارث، بنوجشم، بنوساعده، بنونجار، بنوعمر بن عوف، بنونبیت، بنو اوسن (قبایل طرف قرارداد) ساکن مدینه «مسئول حفظ و حراست ناحیه خود خواهد بودند و هر طایفه و گروهی با توافق، فدیة مربوط به اسیران خود را براساس عدالت و نیکوکاری و نیز خونبهای مربوط را با توافق یکدیگر خواهند پرداخت».

همچنین در این قانون اساسی آمده است: «مسلمانان باید افراد از پای درآمده را کمک کنند و در مخارج سنگینی که بر اثر خونبها یا آزادکردن اسیر دامن گیر مؤمنی می شود او را یاری دهند. تا آنجا که مسلمانان برای حفظ مدینه می جنگند، یهودیان باید به سهم خود هزینه جنگی بپردازند ... در جنگ هایی که یهودی ها و مسلمانان هر دو شرکت دارند هزینه هر کدام به عهده خود آنهاست» (همان: 103-104).

قبل از این قرارداد، در دوران قبل بعثت نیز قراردادهایی نظیر «ضمان جریره» و «ولاء موالات» در بین اعراب مرسوم بوده است. نظام عاقله و ضمان جریره نیز که از قراردادهای مرسوم در آن دوران بوده، با تغییراتی در دین اسلام پذیرفته شد. در نظام عاقله و ضمان جریره مسئولین پرداخت دیه و خونبها (که منحصرأ در جرایم غیر عمدی است) عبارتند از "عاقله" شامل بستگان پدری و مادری با رعایت الاقرب فالاقرب، ضامن جریره یا ضامن ولی که متعهد به پرداخت خسارتی ناشی از جرایم غیر عمدی طرف دیگر (مضمون) بود و امام (یعنی در صورت نبودن عاقله و ضمان جریره، پیشوای مذهبی

پرداخت دیه و خسارت را به عهده می‌گرفت). این احکام نیز حاوی روح کلی ضرورت تکافل اقتصادی در جامعه اسلامی است.

حضرت رسول (صلی الله علیه و آله و سلم) از طرق دیگر نیز اهالی جامعه نوپای اسلامی را به همیاری اقتصادی با یکدیگر ترغیب و تشویق می نمودند. به عنوان مثال با انعقاد پیمان برادری بین انصاریان تازه مسلمان شده مدنی و مهاجرین بی خانمان مکی، اهالی مدینه مهاجرین را در اموال و دارایی های خود سهیم کردند، به نحوی که گاهی حتی از خانه های مشترک برای زندگی استفاده نمودند. پس از نقض پیمان دو طایفه بنی قریظه و بنی نضیر نیز که بنا به حکم نماینده و حکم خودشان منجر به مصادره اموال ایشان از سوی حکومت اسلامی گردید، حضرت به انصار فرمودند:

«اگر می‌خواهید خانه‌ها و اموال خودتان را از مهاجرین باز پس گیرید و من این اموال را میان آنان تقسیم می‌کنم و اگر می‌خواهید اموال و خانه‌هایی را که داده‌اید به آنان واگذارید و من این اموال را میان هم شما و هم ایشان تقسیم می‌نمایم» انصار در پاسخ گفتند: «همه این اموال را میان مهاجرین تقسیم کن و بگذار آنها همچنان با ما باشند و از خانه و اموال ما استفاده کنند» (همان: 105). در این وضعیت بود که آیات 6 تا 9 سوره مبارکه حشر نازل شد. در این آیات نحوه توزیع اموال مصادره شده و سهم مهاجرین از آنها تعیین شده و از روحیه ایثار و از خودگذشتگی انصار تجلیل شده است.

تعالیم پیامبر اعظم (صلی الله و علیه و آله و سلم) و ائمه اطهار علیه السلام باعث گردید تا نهادهایی از جمله صدقه که هدف آنها همیاری با ناتوانان اقتصادی بود، در امت اسلامی تثبیت و ماندگار گردد. «شاطبی» در «موافقات» در شرح حال مسلمانان در قرون پس از ظهور اسلام می‌نویسد: «مسلمانان در کسب و کار خویش جدیت و مهارت داشتند و این برای پس‌انداز و ثروت‌اندوزی نبود، بلکه با درآمد خود به دیگران رسیدگی می‌کردند. فقیر در میان آنان بود ولی فقر دیده نمی‌شد. آنان در

کارهای اقتصادی خود به سود کمی قناعت می‌ورزیدند و در واقع همه کارگزار و خیرخواه هم بودند» (همان: 107).

مبتنی بر مطالب و موارد فوق، الگوی تکافل - به معنای کفالت همگانی در برقراری عدالت اقتصادی، تامین معاش و ارتقاء رفاه عمومی - از اجزاء اصیل فرهنگ اسلامی در صدر اسلام و در دوران حکومت های برحق اسلامی بوده است. این نهاد به صورت خودجوش و اجتماعی حتی در ادوار حکام جور نیز به حیات خود ادامه می داده است. براین اساس تکافل اقتصادی و همیاری همگانی در بهبود وضعیت اقتصادی جامعه و به خصوص رفع فقر اهمیت می یابد.

2-3-2-4. بیمه تکافل در دوران معاصر

نهاد تکافل به عنوان الگویی برای پوشش ریسک و بیمه در حدود 30 سال پیش متولد شد. در دورانی که تلاش های وسیعی در کشورهای اسلامی برای اسلامی شدن اقتصاد شکل گرفت - یعنی نیمه دوم قرن بیستم - در حوزه موضوعات مرتبط با اقتصاد مالی، بیمه پس از نظام بانکی به عنوان دومین موضوع حائز اهمیت مورد توجه قرار گرفت. ایراد برخی ابهامات و نواقص فقهی در خصوص الگوی متعارف بیمه از سوی فقهای اهل سنت موجب معرفی الگوی جدیدی به عنوان جایگزین شد که تکافل نام گرفت.

خدمات بیمه ای به شکل امروزی آن، ابتدا در اروپا شکل گرفت و گسترش یافت و سپس از آنجا به دیگر کشورها و از جمله کشورهای اسلامی وارد گردید. با ورود بیمه به کشورهای اسلامی، بحث چالش برانگیز تطبیق بیمه با موازین فقهی به مرور از جانب دو طیف مطرح گردید: اولین طیف، متشرعینی بودند که با دغدغه تطبیق مسائل اقتصادی روز با اصول و اندیشه های اسلامی به بررسی

نظر اسلام در مورد بیمه پرداختند. طیف دیگر، مالکان شرکت های بیمه بودند که سعی داشتند نظر اسلام را به سمت بیمه جلب کنند، لذا در صدد برآمدند تا فتوای مراجع دینی را پیرامون شرعی بودن بیمه متعارف به دست آورند (توحیدی نیا، 1386).

دهه 1970، شاهد اقامه ادله تعدادی از علمای اهل سنت و مجامع فقهی ایشان در رد بیمه متعارف بود. این فتاوا در کشورهای مختلف اسلامی منتشر شد و برخی از اندیشمندان اهل سنت در حوزه علوم اقتصادی را وادار به اندیشیدن چاره ای برای معضل به وجود آمده نمود. از یک سو علما بیمه های مرسوم را واجد مشکل فقهی می دانستند و از سوی دیگر تامین های ناشی از بیمه می توانست فضای زندگی و کسب و کار را به میزان قابل توجهی بهبود ببخشد. به همین جهت تلاش شد الگوی جایگزینی که براساس نظرات فقهاء اهل سنت عاری از اشکال باشد طراحی شود. در نهایت پس از مباحث گسترده و نسبتاً پیچیده شرعی در خصوص بیمه متعارف و طراحی الگوی جدید، بسیاری از شرکت های تکافل در دهه های 1980 و 1990 در کشورهای مختلف تاسیس شدند.

اولین کشور در اجرای تکافل، کشور سودان بوده است. صنعت تکافل در سودان در اواخر دهه 1970 شکل گرفت. شرکت های مشابهی در همین دوره در خاورمیانه فعالیت خود را آغاز کردند. در همین سالها شرکت بیمه اسلامی عربی (IAIC) در امارات متحده عربی و شرکت بیمه اسلامی در سودان تاسیس شدند.

در سال 1984، مالزی به عنوان کشوری پیشرو در این حوزه، اقدام به تدوین و تصویب اولین چارچوب حقوقی برای تکافل نمود. این قانون، زمینه ای مناسب برای موفقیت الگوی تکافل در مالزی و سایر کشورهای جنوب شرق آسیا ایجاد نمود. اولین شرکت رسمی فعال در حوزه تکافل در کشور مالزی در سال 1985 تاسیس گردید.

در پاکستان قانون تکافل از سال 2005 به اجرا درآمد و شرکت تکافل پاکستان - کویت در همان سال فعالیت خود را آغاز کرد. در حال حاضر پنج شرکت تکافلی در پاکستان مشغول فعالیت هستند. در کشورهای حوزه خلیج فارس نیز قوانینی در ارتباط با تکافل در بحرین و عربستان تدوین شده اند. هم اکنون بیش از صدها شرکت تکافل و چندین شرکت تکافل اتکایی در جهان اسلام فعالیت می کنند. الگوی تکافل نه تنها در کشورهای اسلامی، بلکه در آمریکای شمالی، استرالیا، چین، روسیه و چند کشور اروپایی نیز مورد استقبال قرار گرفته است.

از زمان شروع به کار اولین شرکت تکافلی تا کنون، صنعت تکافل رشد فوق العاده ای را تجربه کرده است. اواسط دهه 2000 به هنگام افزایش ورود بازیگران جدید کوچک و بزرگ به بازار تکافل، جهشی در صنعت تکافل رخ داد. در سال های 2003 و 2004 مطالعه ای در مورد تعیین اندازه صنعت تکافل در سال 2002 و پیش بینی اندازه صنعت در سال 2015 بر حسب میزان حق بیمه های دریافتی و مشارکت ها انجام شد. در سال 2002 برآورد حق بیمه های دریافتی (یا مشارکت ها) در کل جهان به جز ایران 1/3 میلیارد دلار آمریکا بوده است. میزان کل حق بیمه جمع آوری شده در سال 2005 حدود 2 میلیارد دلار آمریکا بوده است (عسگری و اسماعیلی گیوی، 1387؛ توحیدی نیا و سیفلو، 1387).

براساس گزارش تکافل 2012، (World Takaful Report 2012) صنعت تکافل با نرخ رشد 19 درصدی، در حال نزدیک شدن به مرز 12 میلیارد دلار است. در این میان سهم کشورهای حوزه خلیج فارس حدود 6 میلیارد دلار و سهم کشورهای آسیای شرقی در حدود 2 میلیارد دلار است. در میان کشورهای حوزه خلیج فارس، عربستان و از کشورهای شرق آسیا مالزی حائز بالاترین رتبه به لحاظ میزان فروش محصولات تکافل بوده اند. کشورهای بزرگی از جمله مصر، لیبی، بنگلادش و نیز

برونئی در حال پیوستن به بازار تکافل هستند. هم اکنون حدود 150 شرکت تکافلی در 40 کشور جهان مشغول فعالیت هستند. همچنین 10 شرکت تکافل اتکایی در جهان، موفقیت شرکت های تکافلی را تضمین می کنند. در شش شرکت بیمه اتکایی متعارف در جهان نیز خدمات اسلامی به شرکت های تکافلی ارائه می گردد (گروه مطالعات اسلامی پژوهشکده بیمه، 1391).

دو موضوع به عنوان مهمترین دلایل توسعه سریع الگوی تکافل مورد توجه و تاکید قرار می گیرند: اولین دلیل، تقاضای بالای بیمه گذاران اهل سنت برای محصولات تکافل (به جهت ابهامات شرعی بیمه های متعارف در فقه اهل سنت) است. دلیل دوم، توسعه موفق مؤسسات مالی و بانکهای اسلامی تامین کننده ابزارهای مالی برای مدیریت سرمایه و دارایی های مالی است. این مؤسسات و بانک ها از سوی دیگر نقشی راهبردی در توزیع و فروش محصولات تکافل ایفا نموده اند (همان).

از عمده ترین بازار های تکافل، پنج بازار عمده مالزی، اندونزی، عربستان سعودی، امارات متحده عربی و بحرین هستند که بهترین عملکردها را در بازار های تکافل داشته اند. این پنج کشور هم از نظر توسعه بازار و هم از نظر مقررات و قانون گذاری وضعیت به نسبت مناسبی در ارتباط با الگوی تکافل ارائه نموده اند.

4-2. مباحث فقهی در تکافل و مباحث حقوقی در ساختار اجرایی

1-4-2. مباحث فقهی

همانطور که در مباحث گذشته اشاره گردید، تکافل در برخی کشورهای اسلامی با اکثریت اهل سنت متولد شد. در واقع معرفی ابتدائی الگوی تکافل پاسخی به سوالات مطرح از سوی برخی علمای اهل سنت در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت بیمه های متعارف بوده است.

با توجه به این واقعیت، گفتار حاضر به طرح مباحثی فقهی در حوزه تکافل و یافته‌های موجود در این زمینه، اختصاص یافته است. البته در این گفتار، به دنبال ارائه بحثی اجتهادی در این ارتباط نبوده و تمرکز صرفاً بر برخی موضوعات و سوالات فقهی مطرح در خصوص تکافل و بررسی اجمالی پاسخ‌های داده شده به این سوالات است. به این منظور از اظهارنظرهای فقهای امامیه و اهل سنت و منابع علمی ایشان استفاده شده است.

اما پیش از بررسی تکافل در فقه امامیه، دیدگاه علمای شیعه در خصوص بیمه متعارف به صورت مختصر بیان می‌شود. این بدان جهت است که به عنوان مقدمه مبنای فقهای امامیه در موافقت با بیمه‌های متعارف تبیین گردد تا معلوم گردد موافقت شیعه با تکافل به دلیل مخالفت با بیمه متعارف نیست، بلکه مدافعان تکافل در مکتب امامیه، به طور عمومی با مشروعیت بیمه‌های رایج نیز موافقت می‌کنند. در ادامه مبنای مشروعیت تکافل در فقه عامه (اهل سنت) بیان می‌شود. مقدمه این بحث نیز علل مخالفت فقهای اهل سنت با بیمه‌های متعارف است. به همین جهت ادله مذکور مطرح می‌شود و ضمن ارائه پاسخ‌های فقهای شیعه به این موارد، مبنای مشروعیت تکافل در اندیشه فقهای اهل سنت تبیین می‌گردد.

2-4-2. مروری بر بیمه بازرگانی متعارف در فقه امامیه (شیعه)

مشروعیت عمومی بیمه‌های متعارف جزء موضوعاتی است که عموم فقهای شیعه آن را پذیرفته‌اند و در این ارتباط مباحثات فراوانی صورت گرفته و کتب، مقالات و پایان‌نامه‌های فراوانی نگارش یافته است.

براساس آنچه که بیان شد، طرح موضوع بیمه متعارف در فقه امامیه به جهت تبیین این موضوع است که موافقت یا مخالفت فقه شیعه با موضوع تکافل، ارتباطی با موافقت یا مخالفت آن با بیمه های متعارف ندارد. در واقع بر خلاف اهل سنت، طرح موضوع تکافل در بین فقهای امامیه عکس العملی در مقابل بیمه های متعارف نیست، بلکه صرفاً بررسی الگوی جدیدی است که به نظر می رسد عقلایی و مشروع بوده، به ارتقاء سازوکارهای اقتصادی و رفاه عمومی کمک نماید.

به طور خلاصه آراء علمای شیعه در موافقت با مشروعیت بیمه های بازرگانی متعارف را می توان در سه دسته قرارداد؛ الف. مشروعیت بیمه های بازرگانی متعارف به جهت انطباق آن با یکی از عقود تعریف شده فقهی، ب. مشروعیت این بیمه ها به جهت انطباق آن با برخی نهادهای حقوقی صدر اسلام و ج. مشروعیت بیمه متعارف به عنوان عقدی مستقل. البته در برخی از این موارد، فقهای اهل سنت نیز هم داستان هستند. در ادامه به تبیین مختصر هریک پرداخته شده است:

2-4-3. بیمه های بازرگانی متعارف در تطبیق با عقود شرعی

البته اختلاف نظر درباره مستقل بودن عقد بیمه یا منطبق بودن آن بر یکی از عقود معین در بین حقوقدانان غیرمسلمان نیز مطرح است. برخی از عقود معین که امکان تطبیق بیمه بر آنها مطرح شده است به شرح ذیل است:

2-4-4. قرارداد بیمه و عقد مضاربه

برخی از فقها عقد بیمه را منطبق بر عقد مضاربه می دانند. در سه دهه اخیر عده ای در نظام بانکداری اسلامی برای انعقاد عقد بیمه از عقد مضاربه استفاده کرده اند؛ بدین صورت که بیمه گر و بیمه گزار در قرارداد مضاربه متعهد می شوند که هرگونه خسارتی که در متن قرارداد ذکر شده است از طریق

مضاربه پرداخت شود. این قرارداد شبیه عقد بیمه است با این تفاوت که در عقد بیمه باید حق بیمه پرداخت شود ولی در عقد مضاربه حق بیمه از ناحیه مضارب به سرمایه اضافه می شود و در صورت بروز حادثه خسارت از سرمایه یا سود شرکت پرداخت می شود. در صورت عدم بروز حادثه، مضارب می تواند از پرداخت وجه مذکور خودداری کند.

5-4-2. قرارداد بیمه و عقد ضمان

عقد بیمه نوعی عقد ضمان عوض نسبت به اعیان خارجی و شخصیه ای است که در نزد صاحبانش قرار دارد. شاید ذکر کلمه تضمین در امتیازنامه منعقد بین ناصرالدین شاه و لازار پولیکاف روسی و قانون تجارت بحریه مصوب 1280 دولت عثمانی دلیل بر این باشد که تنظیم کنندگان امتیازنامه و وضع کنندگان قانون مذکور بیمه را بر عقد ضمان منطبق می دانسته اند.

6-4-2. قرارداد بیمه و صلح

عقد صلح از عقود مستقل است و به عقود دیگر بر نمی گردد و بیمه می تواند در قالب این عقد با تسالم بین بیمه گر و بیمه گزار مبنی بر پرداخت وجه بیمه به صورت اقساط یا نقد در مقابل تعهد بیمه گر نسبت به جبران خسارت وارد شده نسبت به موضوع بیمه انجام گیرد.

7-4-2. قرارداد بیمه و هبه معوضه

برخی دیگر از فقها عقد بیمه را منطبق بر هبه معوضه می دانند، بدین صورت که بیمه گذار در هر سال یا هر ماه یا یکجا مبلغی را به رایگان تملیک بیمه گر می کند، با این شرط که در صورت بروز حادثه و خسارت به مال یا جان او بیمه گر وجه مذکور (معادل خسارت یا بخشی از آن) را به تملیک بیمه گذار یا خانواده اش درآورد.

2-4-8. قرارداد بیمه و عقد موالات

برخی دیگر عقد موالات را نوعی بیمه مسئولیت می دانند، زیرا در عقد موالاه شخصی که نسب او مجهول است دیگری را برای پرداخت خسارت حاصله از جنایتش ولی خود قرار می دهد و در مقابل، این فرد پس از فوت او وارث وی خواهد شد.

گروه هایی از فقها نیز عقد بیمه را بر یکی از عقود شرکت، جعاله، ودیعه، حواله، وکالت، قرض و یا عقد تبرع به شرط عوض، منطبق دانسته اند. (کریمی: دایره المعارف اسلامی)

2-4-9. بیمه های بازرگانی متعارف در تطبیق با نهادهای حقوقی صدر اسلام

گروهی از فقها بیمه را بدین جهت مشروع دانسته اند که تطبیق آن با برخی نهادهای حقوقی صدر اسلام که مورد تایید معصومین علیهم السلام بوده است را ممکن می دانند. برخی از این موارد به شرح ذیل است:

2-4-10. نظام عواقل و عقد بیمه

مذاهب مختلف اسلامی این سنت را پذیرفته اند. در نظام عاقله اگر فردی مرتکب قتل غیرعمد شود، مردان بالغ از اهل و عشیره اش حداکثر در مدت سه سال باید دیه مقتول را پرداخت کنند و این نوعی بیمه است که به پرداخت خسارات مالی در موارد دیگر نیز قابل تسری است.

2-4-11. عقد بیمه و ضمان خطرالطریق

به نظر بعضی فقیهان، چنانچه شخصی به دیگری بگوید در این جاده امنیت وجود دارد و اگر کسی به مال تو خسارت زد من ضامنم، در آن صورت وی ضامن پرداخت خسارت وارده خواهد بود. عقد بیمه نیز نوعی تضمین از جانب بیمه گر در مقابل حوادث احتمالی و بنابراین مشروع است (همان)

2-4-12. بیمه های بازرگانی متعارف به عنوان عقود جدید و مشروع

گروه سوم از موافقان عقد بیمه، آن را باتوجه به ویژگیهایش بر عقود معهود قابل انطباق ندانسته اند، بلکه آن را از عقود مستحدث و مستقل شمرده اند. باتوجه به حضور مجتهدان شیعه در وضع قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شاید بتوان پذیرش عقد بیمه را با عنوانی مستقل در اصول 3، 29، 21، 31 این قانون، رأی فقهی مورد توافق مشهور فقهای شیعه به شمار آورد.

این گروه از موافقان به شیوه های مختلف بیمه را مشروع دانسته اند. مشروعیت آن به دلیل عمومیت "لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ" (نساء/29) و عمومیت "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (مائده/1) دانسته و معتقدند از آنجا که آیات یاد شده از نوع قضیه حقیقیه و شامل تمام مصادیق معاملات در هر زمان و مکان است، وجهی برای تخصیص این عمومات به عقود زمان شارع وجود ندارد. برخی دیگر برای مشروعیت و صحت عقود از جمله عقد بیمه، به اصالة الصحة تمسک کرده اند و عده ای دیگر گفته اند که شارع بسیاری از معاملات متداول بین مردم را امضا کرده است و عادت شارع در معاملات مبنی بر قبول معاملات رایج در میان مردم است و چون بیمه عقدی عرفی و خارج از حوزه شرع است که مردم آن را پذیرفته اند شارع آن را می پذیرد. برخی از فقها برای مشروعیت عقد بیمه به اصل اباحه تمسک کرده اند. اساس این اصل مبنی بر مباح بودن همه اشیا و افعال است مگر اینکه از طرف شارع منعی وارد شده باشد. بنابراین عقد بیمه نیز که منعی درباره آن نرسیده مشروع است. (همان)

در نهایت اینکه عموم فقهای امامیه با تمسک به یک یا چند مورد از دلایل فوق، بیمه های بازرگانی متعارف را مشروع دانسته اند.

2-5. انواع الگوی های فقهی بکارگرفته شده در صنعت تکافل

2-5-1. الگوی تکافل مبتنی بر عقد مضاربه

اشکالی از تکافل بر پایه عقد مضاربه صورت می گیرد. الگوی تکافل مبتنی بر عقد مضاربه، از اولین الگوهای است که طراحی و اجرا شده است. این الگو در کشورهای عربستان سعودی، سودان، بروئی و مالزی اجرا شده است. طراحان این الگو متقدمند در این روش قرارداد پایه بین متکافلین و شرکت تکافل، عقد مضاربه (با شرط توزیع سود حاصل به نسبت معین و براساس مفاد و احکام عقد مضاربه) است.

بنابر تعریف، مضاربه معامله ایست بین دو طرف که براساس آن، یکی از طرفین مالی (سرمایه ای) را در اختیار دیگری قرار می دهد تا دیگری با آن مال عملیات تجاری انجام دهد و سود حاصل بین آنها تقسیم شود (ایروانی، 1384: 133). در این تعریف، صاحب سرمایه مضارب و کسی که با سرمایه تجارت می کند عامل نامیده می شود. به نظر می رسد که در بحث از طرفین عقد در این الگو، عامل مضاربه مدیر شرکت تکافل است، یعنی فردی است که سرمایه شرکت را از صاحبان سهام تحویل می گیرد و با آن به کار اقتصادی مشغول می شود و در پایان اگر سود کرده باشد طبق توافق قبلی در صدی از سود را مالک می شود و در غیر اینصورت چیزی نصیبش نمی شود (توحیدی نیا، 1386). اما در ارتباط با مضارب دو رای می توان صادر نمود: اول اینکه مضارب، متکافلین (صاحبان اولیه وجوه) هستند. با انعقاد صرفاً یک قرارداد بین متکافلین و شرکت نیز کمابیش این موضوع متبادر می شود. اما نظر دوم این است که مضارب در واقع صندوق تکافل است. در مقایسه این دو دیدگاه نظر

دوم صحیح تر به نظر می رسد، زیرا با پذیرش رابطه تبرعی متکافلین با صندوق تبرع، قطع رابطه مالکیتی متکافلین با وجوه مشارکتی (واریز شده به صندوق تکافل) قطعی است.

2-5-2. الگوی تکافل مبتنی بر عقد وکالت

برخی از الگوهای تکافل بر پایه عقد وکالت طراحی و اجرا شده است. کشورهایی شورای همکاری خلیج فارسی و نیز برخی کشورهای آفریقایی (به طور مشخص سودان) از این الگو استفاده کرده اند. وجه متمایز اصلی این گروه از الگوهای تکافل با مدل های مبتنی بر مضاربه، نحوه سهم بری شرکت تکافل از مزایای حاصل شده است. در این حالت بر خلاف حالت قبل که منافع شرکت تکافل صرفاً از طریق مدیریت سرمایه (عاملیت) و مشارکت در سرمایه گذاری های صندوق تکافل تامین می گردد، شرکت مبلغی را به صورت از پیش تعیین شده به عنوان حق وکالت خود در مدیریت فرآیندهای مرتبط با صندوق تکافل، متکافلین، جریان سرمایه گذاری و سایر اجزاء عملیات دریافت می کند.

مهمترین عامل در طراحی این الگو، اصرار برخی مجریان تکافل (شرکت های تکافل) برای تضمین سود عملیاتی شان در جریان فرآیندها بوده است. با توجه به اینکه در الگوی مضاربه سود یا زیان قطعی شرکت تکافل از پیش معین نبوده و به وضعیت سودآوری فعالیت های سرمایه گذاری بستگی دارد، برخی از شرکت های توانمند به جهت نامعلوم بودن سود نهایی خود از ورود به این عرصه خودداری می نمودند. اما در الگوی وکالت، شرکت ضمن اینکه با پیش بینی های قابل اعتماد به مجموعه هزینه های عملیاتی خود واقف است، با انعقاد قرارداد وکالت و تعیین دقیق مبلغ حق الوکاله خود (به عنوان درآمد قطعی) سود مورد انتظار خود را تضمین می نماید.

2-5-3. الگوی ترکیبی تکافل مبتنی بر عقود مضاربه - وکالت

با ترکیب عقود مضاربه و وکالت، شکل جدیدی از تکافل طراحی و اجرا شده است. علت اصلی طراحی این الگو، ایراداتی بوده است که در الگوهای مضاربه محض و وکالت محض بروز نموده است. برخی از این ایرادات در عمل نیز مشاهده شده است.

همانگونه که در بیان علت عرضه تکافل وکالتی بیان شد، نااطمینانی شرکت های تکافل از میزان درآمد و سود نهایی خود در الگوی مضاربه ای محض منجر به اقدامات تامینی ایشان در تعامل با این بازار می گردد. از مهمترین این اقدامات، خودداری از ورود به عرصه و در نهایت کاهش عرضه محصولات تکافل است. در واقع در الگوهای مضاربه ای محض، منافع شرکت تکافل در خطر است. به عکس در الگوی وکالتی تکافل، شرکت با محاسبه و تخمین به نسبت مطمئن هزینه ها و درآمد خود (از محل حق الوکاله دریافتی) سود مورد انتظار خود را تضمین می نماید؛ اما همین اطمینان شرکت منجر به افزایش ریسک های متکافلین می شود، زیرا شرکت تکافلی که درآمد و سود خود را در گرو موفقیت و کارآمدی طرح های سرمایه گذاری می دید (در الگوی مضاربه محض)، اینک انگیزه بالایی برای بهره برداری بهینه از منابع متکافلین (چه در قالب صندوق متکافلین و چه در قالب صندوق ویژه متکافلین) نخواهد داشت و به همین دلیل انتظار می رود متوسط عواید متکافلین (مستقیم: کاهش سهم مشارکت - غیرمستقیم: کاهش مازاد صندوق تکافل) در الگوهای مبتنی بر وکالت محض کاهش یابد. بدین جهت الگوهای وکالتی صرف با منافع متکافلین در تعارض است.

به منظور حل این مشکل، الگوهای ترکیبی تکافل معرفی شده اند که یکی از مهمترین آنها الگوی تکافل مبتنی بر ترکیب مضاربه و وکالت است. در این الگو به طور کلی، بخشی از عواید شرکت

تکافل از محل حق الوکاله اولیه و بخش دیگر از محل عواید طرح های سرمایه گذاری تامین می گردد. بدین جهت شرکت با تعیین نسبتی مشخص از آورده های متکافلین به عنوان حق الوکاله، بخشی از درآمدهای خود را تضمین می نماید و بخش دوم را از محل عاملیت خود در قرارداد سرمایه گذاری و نیز آورده سرمایه خود (در صورت وجود) کسب می کند. بدین سان وابسته بودن بخشی از درآمد کل شرکت تکافل به بازدهی و بهره وری طرح های سرمایه گذاری، انگیزه کافی را در شرکت برای تلاش حداکثری و بهره برداری کارآمد از منابع سرمایه ای متکافلین ایجاد و تضمین می نماید.

2-5-4. الگوی تکافل مبتنی بر وقف

یکی از انواع الگوهای عملیاتی تکافل، براساس قرارداد وقف طراحی و اجرا شده است. این الگو در برخی کشورهای آسیایی (از جمله پاکستان و عربستان سعودی) و در سودان مورد استفاده قرار گرفته است. در این الگو، ضمن تاسیس صندوقی با ماهیت وقفی، سهم مشارکت متکافلین در عملیات (شامل سهم تبرعی و آورده متکافلین به عنوان سرمایه - در مورد تکافل خانواده) به صندوق مذکور واریز شده و از طریق این صندوق به صندوق تکافل یا صندوق ویژه متکافلین (در مورد تکافل خانواده) تخصیص می یابد.

در الگوی تکافل مبتنی بر وقف، شرکت تکافل (به عنوان مجری عملیات) عایدی (درآمد) خود را از یکی از طرق مضاربه (سهم بابت عاملیت)، وکالت (حق الوکاله) و یا ترکیبی از این دو کسب می کند. به همین جهت الگوی تکافل مبتنی بر وقف، به طور ذاتی الگویی ترکیبی است

2-5-5. الگوی تکافل مبتنی بر تبرع (تکافل غیرانتفاعی)

در برخی از الگوهای تکافل، مجری تکافل (شرکت تکافل) به قصد تبرع وارد عملیات و متولی انجام امور مربوط به صندوق تکافل و متکافلین می شود. این قبیل الگوها را الگوهای غیر انتفاعی یا غیر تجاری تکافل نامیده اند (جعفر، 2007: 163). در این مدل شرکت تکافل نه برای کسب سود، بلکه عموماً برای ارائه خدمات اجتماعی و کمک به اقشار کم درآمد یا آسیب پذیر وارد شده، ضمن سازماندهی جامعه متکافلین (که به طور غالب از اقشار آسیب پذیر هستند، هرچند به طور طبیعی گروه هایی از افراد متمول نیز به منظور ارتقاء توان صندوق و تقویت خدمات رسانی به فقرا جذب می شوند)، اقدام به تاسیس صندوق تکافل و اداره آن می نماید. ماهیت اصلی این الگو، حذف بندهای درآمدی شرکت (مجری) در قرارداد بین متکافلین و شرکت است که در نتیجه آن، متکافلین و یا صندوق تکافل در ازای خدمات ارائه شده از سوی شرکت تعهدی (به صورت ثابت یا متغیر) نخواهند داشت. در این حالت شرکت تکافل به عنوان نهادی خیریه وارد جریان می شود.

در الگوهای غیرانتفاعی تکافل، ممکن است فرد، گروه یا نهادهای خاصی منافع شرکت تکافل را تامین کنند، به این معنا که شرکت راساً اقدام به ارائه رایگان خدمات نمی نماید، بلکه فرد یا نهاد دیگری از سوی متکافلین و به نیابت از ایشان خدمات شرکت تکافل در اجرای عملیات صندوق و متکافلین را جبران می نماید.

به سبب اینکه مدل‌های مطرح شده تکافل برای هر نوع از تکافل از جمله تکافل عمومی و تکافل خانواده، هر کدام سازوکار عملیاتی مختص به خود را دارا می باشد از ارائه الگوریتم عمل و معرفی تک تک عملیات آن خودداری شده است؛ تا از بیان هدف اصلی پژوهش غافل نشویم.

6-5-2. مبنای تکافل در فقه عامه (اهل سنت)

همانگونه که گفته شد، با وجود موافقت برخی از فقهاء اهل سنت با بیمه های متعارف، اکثریت ایشان به عدم مشروعیت آن حکم داده اند و در نهایت به عنوان پاسخی به نیاز عمومی به پوشش ریسک و خسارات، الگوی تکافل را معرفی نمودند. در ادامه مختصری از ادله ایشان در رد بیمه های متعارف - و اجمالی از پاسخ های داده شده به این شبهات - بیان شده است.

مخالفین بیمه متعارف در میان اهل سنت را می توان به دو دسته تقسیم نمود:

الف) فقهای که عقود شرعی را محصور در تعدادی خاص می دانند و معتقدند عقود مستحدث در صورت انطباق با شرایط یکی از این عقود مشروعیت خواهد داشت؛ اما با این استدلال که قرارداد بیمه در هیچ یک از عقود معهود مندرج نیست آن را حرام می دانند.

ب) فقهای که شرایط کلی صحت عقود را در نظر می گیرند و به استناد شبهات و ایراداتی که در عقد بیمه و شرایطش متصور است و به دلیل منتفی بودن شرایط عمومی صحت عقود، آن را نامشروع می دانند. ابن عابدین دمشقی که اولین فقیه سنی است که در مورد بیمه اظهار نظر کرده در این گروه جا می گیرد (عرفانی، 1371: 69؛ معصوم بالله، 1389: 128). از جمله ایرادات و برداشت های این گروه در زمینه مشروعیت عقد بیمه به شرح ذیل است:

ب-1) وجود جهل ذاتی و غرر:

یکی از استدلالات مخالفان این است که در قرارداد بیمه عوضین معامله و همچنین اصل موضوع عقد و مباحث مربوط به آن مبهم بوده و بدین ترتیب عنصر جهل به بیمه راه یافته و لذا یکی از شرایط صحت عقود در آن منتفی است، زیرا آنها نمی دانند در این معامله سود خواهند کرد یا ضرر. لذا غبن

در آن فاحش و عقد بیمه مصداق نهی پیامبر از غرر خواهد بود (عرفانی، 1371: 78؛ معصوم بالله، 1389: 129).

((به نظر می‌رسد این اشکال در پی برداشت نامناسب از ماهیت عقد بیمه مطرح شده و قرارداد بیمه، معاوضه دو مال در نظر گرفته شده است؛ اما در واقع بیمه‌گذار به منظور کسب تأمین و نه برای دریافت خسارت، حق بیمه را می‌پردازد و طرفین عقد با حسن نیت و بدون قصد ضرر زدن به یکدیگر در مورد شرایط قرارداد توافق می‌کنند و آنچه از بیمه‌گر به بیمه‌گذار می‌رسد نفس تعهد است که در فقه شیعی از مالیت برخوردار بوده و مشمول عمومیت «المؤمنون عند شروطهم» می‌شود (مطهری، 1364: 303 و 280؛ عرفانی، 1371: 88). همچنین معیار اخلال جهل و غرر به معامله مبتنی بر مذاقه و مغاینه در آن است و تعریف غرر و تعیین مصداقش امری عرفی است و در عرف مراد از غرر ضرر فاحشی است که عقلاً از آن برحذرند، اما جهل و ضرر در عقد بیمه به میزانی نیست که اصل صحت عقد را متزلزل کند بلکه در حد مسامحه عرفی است که عقلاً از آن اغماض می‌کنند، زیرا جهالت جزئی که به سفاهت منجر نشود معامله را به غرر آلوده نمی‌کند. از سوی دیگر گفته شده حدیث مورد استناد مخالفان مقید به عقد بیع بوده و قابل تسری به دیگر عقود نمی‌باشد (ابراهیمی، 1375: 56 و 60؛ جمالیزاده، 1380: 356).)))

ب-2) قمار:

از جمله ایراداتی که مخالفان مشروعیت بیمه بر این قرارداد گرفته‌اند وجود قمار (میسر) و شرط‌بندی در آن است که حرمت شرعی آن از آیات 3 و 90 سوره مائده و احادیث متعدد برمی‌آید. قمار معامله - ای است که طبق آیه 188 سوره بقره از شمول آیه «ایفاء» خارج می‌شود. وجه تسمیه قمار به میسر از

آن روست که مال از راه قمار بدون تلاش و به آسانی بدست می‌آید، لذا بیمه و قمار در عنصر احتمال و میسر شبیه هم و با استناد به منع قرآن کریم حرام هستند. از این منظر در بیمه، بیمه‌گذار مثل یک قمارباز به انگیزه کسب سود امیدوار است در ازای پرداخت مبلغ مشخصی حق بیمه، مبلغ قابل ملاحظه‌ای را تحت عنوان غرامت از بیمه‌گر دریافت کند.

(((موافقان مشروعیت بیمه، در مقام دفاع به تبیین وجوه تمایز بیمه از قمار پرداخته و گفته‌اند قمارباز فرد ریسک‌پذیری است که با انگیزه کسب سود از راه شانس در یک بازی برد و باخت مال خود را به خطر می‌اندازد، اما بیمه‌گذار به منظور احتیاط در برابر خطر و پوشش ریسک اقدام به خرید بیمه می‌کند و ضمن کسب امنیت خاطر، در این بین اگر با حادثه‌ای مواجه شود از بیمه‌گر جبران خسارتش را مطالبه می‌کند. همچنین با توجه به اصول بیمه متعارف، قرارداد بیمه نباید وسیله ثروت اندوزی قرار گیرد و وضعیت مالی بیمه‌گذار پس از دریافت غرامت به وضع قبل از حادثه برمی‌گردد و از این راه درآمدی نصیب بیمه‌گذار نمی‌شود. از سوی دیگر از لحاظ اثر و نتیجه، قمار بر هم زننده تعادل در فعالیت‌های اقتصادی و بازدهی نیروی تولید است اما بیمه‌گری یک چاره‌جویی اقتصادی و اجتماعی است که امنیت اقتصادی جامعه را بالا برده و به پویایی سرمایه‌گذاری و فعالیت تولیدی کمک می‌کند (جبّاری، 1349؛ ابراهیمی، 1375: 55؛ جمالی‌زاده، 1380: 389؛ عرفانی، 1371: 97). احمد مصطفی زرقاء (فقیه حنفی) در رد شبهه قمار در بیمه می‌گوید: قمارباز بدنبال کسب سود خود و شکست طرف مقابل است اما در بیمه حسن نیت و روحیه تعاون افراد را در تأمین مالی و جانی جمع در مقابل خطرات به همکاری وا می‌دارد (معصوم، 1389: 129).))

ب-3) ربا:

برخی مخالفان با طرح شبهه ربوی بودن بیمه و با استناد به نص قرآن کریم در تحریم ربا آن را از ابتدا باطل اعلام می‌کنند. مطابق با نظر مخالفان، ربا به چند شکل در بیمه اتفاق می‌افتد (گفته شده ربا بیشتر در قراردادهای بیمه عمر رخ می‌دهد). در همه اقسام بیمه عمر بیمه‌گذار حق بیمه را می‌پردازد و در پایان مدت قرارداد و محقق شدن شرط، بیمه‌گر آن مبلغ اولیه را به اضافه مازاد به بیمه‌گذار برمی‌گرداند که این مازاد همان بهره و رباست (جمالیزاده، 1380: 417). یا در بعضی انواع بیمه بعد از گذشت چند قسط و قبل از اتمام حق بیمه با بروز حادثه، بیمه‌گر مبلغی بیشتر از آنچه دریافت کرده بابت خسارت می‌پردازد و این اضافه همان ربا است (عرفانی، 1371: 102). همچنین اگر بیمه‌گذار در پرداخت حق بیمه از مدت مقرر تأخیر کند ملزم به پرداخت خسارت است. این خسارت تأخیر تأدیه، همان رباست. نیز وقتی شرکت بیمه وجوه دریافتی را که اصطلاحاً ذخایر بیمه‌ای نامیده می‌شود در معاملات ربوی به کار می‌اندازد، اقدام بر این معامله از جانب بیمه‌گذار معاونت برائت و مورد نهی خداوند است (جمالیزاده، 1380: 409).

)))در پاسخ به مطرح‌کنندگان شبهه ربا بعضی از علما و حقوقدانان بر این نظرند که این عقیده بر اساس تفسیر موسع از لغت رباست و گونه معنای دقیق فقهی ربا، بیمه را در بر نمی‌گیرد (عرفانی، 1371: 105). همچنین دلیل یا مناط حکم بیمه که یک چاره‌جویی اقتصادی و اجتماعی است با ربا که موجب نابرابری و فساد اقتصادی است تفاوت اساسی دارد (ابراهیمی، 1375: 55). اینکه بیمه عمر مستلزم ربا باشد قابل رد است، زیرا در آن حق بیمه در مقابل تعهد و تضمین بیمه‌گر پرداخت می‌شود و ودیعه یا وام نیست، بلکه در ازای آن تأمین و آرامش خاطر دریافت می‌دارد که ارزش عقلایی و حقوقی دارد و فقهای شیعه برای آن مالیت قائل شده‌اند. پس در قرارداد بیمه، ربا وقتی متصور است که حق بیمه را قرض بدانیم (مطهری، 1361: 15-16). از سوی دیگر می‌توان گفت

اشتغال به امر ربوی امر جانبی قرارداد بوده و جزء ذات عقد بیمه نیست، لذا قبل از آن عقد بیمه مشمول اطلاق «أوفوا بالعقود» است. البته بیمه به عنوان یک نهاد مالی همچون بانک در نظام سرمایه-داری، دارای ضعف مفسده و پتانسیل سوء استفاده است، اما این مسئله از ماهیت حقوقی بیمه منفک است، همچنانکه از هر معامله مشروعی می توان سوء استفاده کرد و امکان اینکه نحوه تصرف شرکت بیمه در وجوه جمع آوری شده، اصلاح شود وجود دارد (جمالیزاده، 1380: 407).(((

ب-4) ضمان مالیم یجب:

بعضی فقهای اهل سنت تعهد شرکت بیمه را در قبال پرداخت غرامت، مشروع نمی دانند زیرا معتقدند از آنجا که هنگام انعقاد عقد، سبب یعنی خطر که منجر به تلف شدن و پیدایش مسئولیت بیمه گر شود هنوز محقق نشده، لذا عقد بیمه مصداق ضمان ما لم یجب و حرام خواهد بود.

((((اما فقهای شیعی بیمه را داخل در ضمان دین دانسته اند که در آن تأمین و تضمینی برای طلبکار در قبال بدهی اش حاصل می شود و این امری است عقلانی و مشروع و در اثبات مشروعیت ضمانی که سبب تحقق نیافته به اطلاق آیه «ایفاء» و حدیث «الزعم غارم» استناد می کنند؛ ضمن اینکه دلیلی از نص و اجماع فقها بر عدم صحت ضمان ما لم یجب وجود ندارد. حقوقدانان شیعی نیز گفته اند از نظر منطقی و عقلی اشکالی ندارد تعهد ضامن برای بعد از ثبوت دین صورت گیرد زیرا بعد از اتفاق افتادن دین، شخص ضامن مدیون و ملزم به پرداخت می شود (کاتوزیان، 136: 270-271).(((

ب-5) معلق بودن عقد:

یکی از ایراداتی که مخالفان عقد بیمه عنوان کرده‌اند معلق بودن آن است، زیرا در بیمه تعهد جبران خسارت منوط به وقوع حادثه است و بدین ترتیب یکی از شرایط صحت عقود که همانا نافذ بودن آثار به سبب انشای عقد است در بیمه منتفی و منجر به تعلیق و تحریم آن می‌شود.

((((اما از نظر فقهای امامیه در عقد بیمه آنچه منشأ اثر است، تعهد بیمه‌گر است که از ابتدا نافذ است و تعلیق در متعلق عقد یعنی جبران خسارت رخ می‌دهد که دلیلی بر بطلان عقد بوسیله تعلیق متعلق وجود ندارد. در عقود انشایی، طرفین بر ایجاد تعهد در صورت تحقق شرط جازمند و بطلان عقود بواسطه تعلیق در مورد عقودی است که ذاتا قابلیت تعلیق ندارند، مثل عقد نکاح؛ اما تأخر اثر عقد از انشای آن (مانند تصرف موصی له در میراث در عقد وصیت) در عرف رخ می‌دهد و مورد تأیید شرع است. همچنین عمومات ادله صحت عقود مانند آیات «ایفاء» و «تجارت» در مورد تنجیز و تعلیق در عقد شمول دارند. همچنین بر صحت عقد تعلیقی می‌توان به آیه 71 سوره یوسف که در آن پیامبر خدا ضمانت تعلیقی انجام داده استدلال کرد و قدر متیقن از اجماع مورد ادعا در بطلان عقد معلق، در خصوص بیع صورت گرفته و قابل تسری به دیگر عقود نیست (عرفانی، 1371: 84؛ جمالیزاده، 1380: 356؛ گرجی، 1355: 146)).

ب-6) اکل مال به باطل:

اکل مال به باطل یک اصطلاح فقهی است که از مدلول آیه شریفه «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» اصطیاد شده است، بدین مضمون که شرع مقدس اسلام راههای کسب ثروت را بدون تولید و ارزش-آفرینی ممنوع دانسته است (خامنه‌ای، 1359: 110). برخی مخالفان بیمه‌گری را مصداق اکل مال به

باطل دانسته‌اند که بیمه‌گر بدون انجام خدمت وجوه هنگفتی را بدست می‌آورد و همچنین در یک حالت از قرارداد بیمه عمر وجوهی بلاجهت به شخص ثالث پرداخت می‌شود.

(((اما برای این شبهه چنین پاسخ داده شده است: شرکت در مقابل دریافت حق بیمه تعهد جبران خسارت می‌سپارد و معمولاً دریافتی و پرداختی شرکت بیمه متناسب است. همچنین در صورتی این ایراد وارد است که دلیل کلی شرعی بر صحت این قرارداد در دست نباشد، در حالیکه بیمه عقدی است که مشمول عمومیت آیه «ایفاء» و آیه «تجارت عن تراض» و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» قرار می‌گیرد. همچنین اکل مال به باطل یعنی گردش مال بدون هدف عقلانی و صرف کسب سود بادآورده، در حالیکه بیمه مورد تأیید و عمل عقلاست (عرفانی، 1371: 110؛ جمالیزاده، 1380: 409؛ مطهری، 1364).)))

ب-7) معامله کالی به کالی:

عده‌ای از مخالفین عقد بیمه معتقدند از آنجا که حق بیمه در هنگام انعقاد قرارداد پرداخت نمی‌شود و به صورت دین بر ذمه متقاضی بیمه می‌ماند و بیمه‌گر نیز فی‌المجلس وجهی نمی‌پردازد بلکه دینی را به صورت تعهد بر عهده می‌گیرد، لذا بیمه نوعی بیع کالی به کالی و مشمول نهی پیامبر صل الله علیه و آله و سلم است.

(((در مقام دفاع از صحت عقد بیمه از چنین مشکلی، موافقین بیمه این‌گونه پاسخ داده‌اند: 1) حق بیمه در بعضی قراردادهای بیمه‌ای مثل بیمه شخص ثالث اتومبیل و ... هنگام تنظیم قرارداد پرداخت می‌شود، 2) بعضی از فقها در استناد این حدیث به پیامبر (ص) تردید دارند، 3) قرارداد بیمه از نوع معامله صرف (نقد) نیست زیرا هدف بیمه‌گذار خرید تأمین است نه خرید مبلغ خسارت و او راضی

به وقوع حادثه زیان آور نیست، 4) در عرف فروش به وعده معمول است و عرف یکی از ادله

مشروعیت بیمه است (عرفانی، 1371: 116).(((

بر پایه استدلالات فوق، کنفرانس فقه اسلامی (1406) مکه اعلام کرد با توجه به اجماع بزرگان علما

و فقهای اهل سنت، انواع بیمه غیر از بیمه‌های تعاونی حرام و غیر شرعی است (البته همه اعضا

حاضر در کنفرانس قرار نهایی را امضاء نکردند). در پی این جریان و با تلاش تعدادی از فقهاء و

اقتصاددانان اهل سنت، الگوی تکافل جهت پوشش ریسک و بیمه طراحی و معرفی گردید.

به طور کلی در نگاه اهل سنت، قرارداد تکافل به دلایل زیر مشروع است:

الف. فقدان شبهات مطرح شده درباره بیمه متعارف:

با توجه به اینکه معرفی الگوی تکافل در پاسخ به شبهات فقهی پیش گفته صورت گرفته است، تبعا

مهم ترین دلیل اهل سنت برای مشروعیت آن فقدان شبهات و ایرادات مذکور در بیمه های متعارف

است. فقهای اهل سنت معتقدند با تغییر ماهیت حق بیمه پرداختی (تبرع به جای تملیک) ایرادات

هفت گانه ای که پیشتر گفته شد بر طرف می شود. در این صورت عقد تکافل معامله ای غرری،

ربوی، قمار، کالی به کالی، معلق، اکل مال به باطل و ضمان مالم یجب نخواهد بود.

در واقع همانگونه که پیشتر گفته شد، اهل سنت قرارداد بیمه متعارف را با ماهیت بیع مورد بررسی

قرار می دهند. حال با تغییر ماهیت آن (به سبب مشارکت متکافلین - بیمه گذاران - از طریق تبرع سهم

مشارکت - حق بیمه - به جای تملیک آن در مقابل یک عوض) دیگر ایرادات مذکور موضوعیت

نخواهد داشت.

ب. ابتناء بر تعاون و مشارکت عمومی:

تکافل، شکلی از مشارکت و تعاونی بر مبنای مفهوم مشارکت الهام شده و مورد باور مسلمانان در کارهای روزمره در اجرای اوامر خداست. در سنت پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نیز بیان شده است که: «رابطه مومن با مومن دیگر شبیه ساختمانی است که ستون های آن همدیگر را تقویت می کنند. اگر عضوی صدمه ببیند و اظهار ناراحتی کند کل بدن با بی خوابی و تب به آن پاسخ می دهد». در تکافل بیمه شوندگان فعالانه برای مصلحت همگانی همکاری می کنند. در واقع بیمه گذار در پیروی از اصول منافع مشترک اجتماعی (تکافل) برای کمک به دیگران حق بیمه را می پردازند. از این رو فقهای اهل سنت تکافل را از مصادیق آیه دوم سوره مائده (تعاونوا علی البر و التقوی) و از این جهت آن را مشروع می دانند.

از نظر فقه اهل سنت برای اینکه بیمه مجاز و مطابق با قراردادهای تعاونی شرعی باشد، می بایست علاوه بر سایر موارد شرایط زیر نیز در آن رعایت شود :

1. **شرط تعاونی:** اینکه وظایف شرکت مطابق با اصول تعاونی اسلامی باشد و بیمه گذاران باید به این شرط توجه و با آن موافقت کنند و به این ترتیب حق مشارکت در سود مازاد را به دست آورند.
2. **شرط سرمایه گذاری:** تصریح میکند که شرکت وجوه خود را در محل هایی که از نظر اسلام حرام نیست سرمایه گذاری کند، بویژه در موضوع سرمایه گذاری از قوانین اسلام پیروی کند و به هیچ وجه وارد عملیات ربوی نشود.

3. **شرط مدیریت:** بیان میکند که بیمه گذاران اختیارات کافی به هیئت مدیره شرکت اعطا میکنند و حق بررسی معاملات و صورتهای مالی شرکت را دارند (صدیق، 1995).

از نگاه اهل سنت مفهوم اصلی تکافل پرداخت حق بیمه بر مبنای تبرع (همکاری یا هدیه) است. نیت برای پرداخت اعانه ماهیت قرارداد بیمه را که بیع است عوض و به قرارداد اعانه یا مشارکت تبدیل می کند (زارع، 1388).

ج. تطابق با ارزش های اسلامی:

تکافل نسبت به بیمه متعارف با اصول و ارزش های اسلامی، همخوانی بیشتری نیز دارد. اهل سنت معتقدند بر خلاف بیمه، تکافل از حالت یک معامله تغابنی خارج شده، به شکل تبرع و تعاون در می آید. تبعا عقود تبرعی به نسبت عقود تغابنی دارای بار ارزشی بالاتری هستند.

د. عاملی برای توازن ثروت:

تکافل موجب تعدیل ثروت، تداول ثروت و رفاه عمومی می شود. با بازتوزیع مازاد منابع صندوق تکافل، وجوه مذکور نزد یک طرف (بیمه گذار) انبار نمی شود.

ه. عدم انتقال ریسک:

در الگوی تکافل هیچ گونه انتقال ریسکی بین عامل (بیمه گر) و شرکت کنندگان (بیمه کنندگان) اتفاق نمی افتد. ریسک ها بر اساس ضمانت متقابل بین شرکت کنندگان تقسیم می شود. در تکافل هر بیمه گذار به اندازه حق بیمه ای که پرداخت کرده در پایان دوره مالی شرکت، چنانچه سودی به دست آمده باشد به همان اندازه در سود حاصله شریک است و سود حاصله به هزینه دیگران نیست (توحید نیا، 1386).

2-5-7. الگوی تکافل در فقه امامیه

در قسمت گذشته مبنای مشروعیت تکافل در فقه عامه (اهل سنت) به اختصار بیان شد. در این قسمت ضمن بیان مبنای مشروعیت الگوی تکافل در فقه امامیه (شیعه)، برخی سوالات فقهی مطرح در خصوص الگوی تکافل مطرح و پاسخ های اجمالی آنها نیز بیان می گردد. در پایان الگوهای پیشنهادی برخی فقهای شیعه برای تکافل نیز معرفی می گردند.

2-5-8. مبنای مشروعیت تکافل در فقه امامیه

همانگونه که در خصوص مبنای مشروعیت بیمه متعارف در فقه شیعه بیان شد، گروهی از موافقین بیمه آن را به تحت برخی عقود معین قرار می دهند و گروهی آن را به عنوان عقدی جدید تحلیل می کنند. بررسی مشروعیت تکافل در فقه شیعه نیز از همین دو مسیر ممکن است. مسیر اول، تحلیل (و پذیرش) تکافل تحت عنوان یکی از عقود معین و مسیر دوم، تحلیل (و پذیرش) تکافل به عنوان عقدی مستقل.

به عنوان عقدی معین، برخی از فقهاء امکان درج تکافل تحت عقد هبه (به صورت معوض) را مطرح می کنند. در این دیدگاه شرکت کنندگان در قرارداد تکافل، مبلغی را به عنوان حق مشارکت به صندوق تکافل هبه می نمایند و در عوض خدماتی را از این صندوق دریافت می نمایند (پوشش ریسک و جبران خسارت). از سوی دیگر گروهی از فقهاء معتقدند براساس عمومات اوفوا بالعقود می توان تکافل را عقدی جدید دانست که در صورت وجود شرایط کلی صحت، مشروع خواهد بود.

2-5-9. الگوهای پیشنهادی تکافل در فقه شیعه

فارغ از حکم به مشروعیت الگوی متعارف تکافل و بحث و بررسی در ارتباط با مسائل فقهی مرتبط با آن، برخی از فقهای شیعه الگوهایی را مبتنی بر اندیشه اولیه تکافل معرفی نموده اند. دو مورد از

الگوهای شیعی تکافل در فصل دوم معرفی گردید. الگوهای مذکور حسب تناسب بحث در این قسمت به طور مختصر بیان می شوند:

2-5-9-1. الگوی تکافل براساس پیشنهاد آیت الله سیدعبدالهادی شاهرودی¹

در این الگو شکل جدیدی از ارتباط بین متکافلین و شرکت تکافل طراحی شده است. در این حالت الگوی تکافل از حالت سه رکنی به دو رکن تغییر وضعیت می دهد. فلسفه معرفی این الگوی جدید، بر طرف کردن شبهاتی در ارتباط با علت یا مبانی مشروعیت ارائه خدمات به متکافلین از محل منابع صندوق تکافل و یا بازتوزیع مازاد این صندوق بین ایشان است. فرآیند کلی این الگو بدین صورت است که:

1. قراردادی که بین متکافلین و شرکت تکافل منعقد می شود، همان عقد مضاربه متعارف است. البته این قرارداد می تواند براساس سایر عقود مشارکتی نیز منعقد شود. امور تامینی (جبران خسارات و ...) به صورت شروطی در ضمن عقد قرار می گیرند؛
2. پس از انعقاد قرارداد، متکافلین سرمایه آورده خود را به حساب مورد نظر شرکت تکافل واریز می نمایند. در این قرارداد تبرعی صورت نمی گیرد و پرداختی ها به عنوان آورده های متکافلین جهت مشارکت در طرح های سرمایه گذاری است؛
3. ممکن است شرکت تکافل خود نیز مبالغی را به عنوان سرمایه آورده مشارکت دهد؛
4. مجموع سرمایه آورده شرکت و متکافلین تجمیع شده، در فعالیت اقتصادی که طی قرارداد اولیه تعیین شده است به کار گرفته می شود؛

¹ این الگو در جلسات شورای فقهی صنعت بیمه در سال 1391 مطرح شده و مورد بحث قرار گرفته است. آنچه در این بخش بیان می شود، برگرفته از مذاکرات جلسات مذکور است.

5. در نتیجه فعالیت سرمایه گذاری مورد نظر (تحت عقد مضاربه یا ...) سودی حاصل می شود که

نحوه توزیع آن به شرح ذیل خواهد بود:

6. بخشی از سود حاصل شده بابت عاملیت و نیز مشارکت در تامین سرمایه به شرکت پرداخت می

شود. این مبلغ به عنوان درآمد ناخالص شرکت لحاظ می شود؛

7. بخش دیگری از سود مضاربه (یا مشارکت یا ...) متناسب با آورده سرمایه، متعلق به متکافلین

بوده، به ایشان پرداخت می شود؛

8. شرکت براساس تعهدات خود (طی قرارداد اولیه) خسارات وارد شده به متکافلین را جبران می

نماید. قواعد مربوط به نوع خسارات قابل قبول، سقف پرداخت در هر مورد، نحوه تشخیص، سهم

متکافل از زیان وارد شده (فرانشیز) و ... در قرارداد اولیه تصریح می شود؛

9. درآمد خالص شرکت، درآمد ناخالص آن منهای خسارتهای پرداختی خواهد بود؛

10. پس از کسر هزینه های عملیاتی شرکت از درآمد ناخالص، سود نهایی (خالص) معین می شود.

این هزینه عبارت خواهند بود از هزینه های عملیاتی (پرسنلی، ملزومات، جاری و ...) و هزینه های

به اصطلاح عملیات بیمه گری؛

بدین لحاظ شرایط عمومی این الگو به شرح ذیل خواهد بود:

الف. متعاقدين: طرفین قرارداد، شرکت تکافل و متکافلین هستند.

ب. نوع عقد: عقد پایه در این الگو، یکی از عقود مشارکتی متعارف (از جمله عقد مضاربه یا عقد

شرکت) است که در آن متکافل با پرداخت مبلغی به عنوان سرمایه، در سود عملیات اقتصادی شریک

می شود.

ج. **شروط ضمن عقد:** مهمترین بخش این الگو، شرط ضمن عقدی است که براساس آن، شرکت تکافل متعهد می شود تمام یا بخشی از خسارات وارد شده به متکافلین را از محل اموال خود جبران نماید (مبتنی بر جزییاتی که در قرارداد می آید، شامل خسارات ناشی از بلایای طبیعی، یا فوت یا نقص عضو، یا تصادف یا مسئولیت یا ...).

د. **نسبت تقسیم سود:** مبتنی بر اصول اولیه عقود مشارکتی، لازم است حصه سود هریک از طرفین عقد به صورت مشاع از پیش تعیین شده باشد. در این عقد نیز به همین صورت عمل می شود؛ لکن با توجه به اینکه شرکت تکافل (عامل) در جریان شرط ضمن عقد مکلف و متعهد به جبران خسارات متکافلین می شود، لازم است سهم (یا حصه) وی از سود، به میزانی بیشتر از سهم (یا حصه) متعارف تعیین گردد.

2-9-5-2. الگوی تکافل براساس پیشنهاد آیت الله دکتر حسن آقا نظری¹

این الگو شباهتهایی با الگوهای متعارف تکافل دارد که مهمترین آنها، سه رکنی بودن آن (شامل متکافلین، شرکت تکافل و صندوق تبرع) است.

فرآیندهای عملیاتی در این الگو بدین شرح است:

1- قراردادی که بین متکافلین و شرکت تکافل منعقد می شود، همان عقد مضاربه متعارف است. البته این قرارداد می تواند براساس سایر عقود مشارکتی نیز منعقد شود. امور تامینی (جبران خسارات و ...) به صورت شروطی در ضمن عقد قرار می گیرند؛

¹ این الگو در جلسات شورای فقهی صنعت بیمه در سال 1391 مطرح شده و مورد بحث قرار گرفته است. آنچه در این بخش بیان می شود، برگرفته از مذاکرات جلسات مذکور است.

2- پس از انعقاد قرارداد، متکافلین وجوه خود را به حساب مورد نظر شرکت تکافل واریز می نمایند.

این وجوه عبارتند از الف، سهم مشارکت (تبرع) و ب، آورده سرمایه ای؛

3- ممکن است شرکت تکافل خود نیز مبالغی را به عنوان سرمایه آورده مشارکت دهد؛

4- مجموع وجوه شرکت و متکافلین تجمیع می شود؛

5- در ادامه شرکت تکافل براساس مفاد قرارداد اقدام به تاسیس صندوق تبرع (تکافل) می نماید و

بخش تبرعی پرداختی های متکافلین را به این صندوق واریز می نماید؛

6- به منظور بهره برداری بهینه و کارآمد از منابع صندوق تکافل (تبرع) و آورده های سرمایه ای،

شرکت تکافل نهادی تخصصی را تاسیس می نماید که صندوق سرمایه گذاری نامیده می شود. این

صندوق صرفاً وظیفه بهره برداری کارآمد از منابع سرمایه ای شرکت، متکافلین و صندوق تکافل را

(در چارچوب قرارداد اولیه) بر عهده دارد؛

7- در ادامه فرآیند، صندوق تبرع (تکافل) حسب شروط ضمن عقد اولیه خسارات و زیان های

متکافلین را جبران می نماید؛

8- در نتیجه فعالیت سرمایه گذاری مورد نظر (تحت عقد مضاربه یا ...) سودی حاصل می شود که

بخشی از آن به عنوان آورده سهم تبرعی صندوق تکافل به این صندوق پرداخت می شود. اصل و

فرع منابع تبرعی صندوق تکافل به مصرف جبران خسارات می رسد و مازاد آن بین متکافلین و

شرکت توزیع می گردد؛

9- بخش دوم سود حاصل شده، متناسب با آورده سرمایه ای متکافلین (که به صندوق تکافل واریز

شده بود) به ایشان پرداخت می شود. اصل مبالغ سرمایه ای مورد نظر نیز طی چارچوبی که در

قرارداد مشخص می شود به متکافلین پرداخت می شود؛

10- شرکت تکافل نیز بابت عاملیت و نیز مشارکت در تامین سرمایه، سهمی از سود سرمایه گذاری را

دریافت می کند. این مبلغ به عنوان سود ناخالص شرکت لحاظ می شود؛

11- مازاد منابع صندوق تبرع نیز طبق قاعده ای از پیش تعیین شده بین متکافلین و شرکت تکافل

تقسیم می شود. در این الگو شرکت به جهت مشارکت در تولید مازاد مذکور، سهمی از این مازاد را

دریافت می کند؛

بدین لحاظ شرایط عمومی این الگو به شرح ذیل خواهد بود:

الف. متعاقدين: طرفین قرارداد، شرکت تکافل و متکافلین هستند. در این قرارداد هریک از متکافلین

به طور مستقل با شرکت تکافل وارد عقدی می شود.

ب. نوع عقد: عقد پایه در این الگو، یکی از عقود مشارکتی متعارف (از جمله عقد مضاربه یا عقد

شرکت) است که در آن متکافل با پرداخت مبلغی به عنوان سرمایه، در سود عملیات اقتصادی شریک

می شود.

ج. شروط ضمن عقد: در ضمن عقد پایه فوق الذکر، شروطی به شرح ذیل قرار می گیرند:

ج-1. شرکت تکافل ملزم به تاسیس صندوق تبرع (به منظور جبران خسارات) و قراردادن بخشی از

سرمایه سرمایه تامین شده در این صندوق است. این بخش از سرمایه به همراه سود ناشی از سرمایه

گذاری آن در جریان عملیات اقتصادی مورد نظر، منبع تامین خسارت های مورد نظر خواهد بود.

ج-2. شرکت تکافل ملزم به تاسیس صندوق سرمایه گذاری تخصصی، به منظور لحاظ همه جوانب

اقتصادی، فنی و تخصصی در سرمایه گذاری منابع سرمایه ای تامین شده (شامل منابع صندوق تبرع و

غیر آن) می باشد.

د. نسبت تقسیم سود: مبتنی بر اصول اولیه عقود مشارکتی، لازم است حصه سود هریک از طرفین عقد به صورت مشاع از پیش تعیین شده باشد. در این عقد نیز به همین صورت عمل می شود؛ لکن با توجه به اینکه بخشی از سرمایه مورد نظر به عنوان منابع اولیه صندوق تبرع لحاظ می شود، سهم طرفین عقد از سود می بایست به نحوی تعیین گردد که انگیزه اقتصادی کافی برای شرکت و نیز متکافلین فراهم گردد.

6-2. مباحث حقوقی و اجرایی تکافل

در مباحث گذشته به طرح مباحث مبنایی و الگویی در خصوص تکافل اختصاص یافت. پس از طرح اندیشه اسلام در خصوص تکافل (به طور کلی)، اشکال و الگوهای متنوع تکافل معرفی و مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت. در این مبحث به برخی از مسائل حقوقی، اجرایی و کارکردی تکافل اختصاص یافته است.

در ابتدا، پس از بیان ساختار اجرایی الگوی تکافل به بحث در راستای شرایط تاسیس شرکت های تکافلی اختصاص می یابد. در ادامه مدل کسب و کار در شرکت های تکافل مورد بررسی قرار گرفته است.

پیش از ورود به مباحث فوق لازم است یادآوری شود با توجه به عدم اجرای الگوی تکافل در ایران (تا زمان نگارش نوشتار حاضر) آنچه به عنوان ساختار و سازوکار اجرایی و نیز کارکردهای تکافل در این ارائه می گردد، برگرفته از تجربه تکافل (و یا سایر نهادهای مشابه از جمله بیمه های تعاونی) در کشورهای دیگر است. این مطالب با مراجعه به اسناد علمی تولید شده در خصوص عملکرد تکافل و نهادهای مرتبط با آن در این کشورها تدوین شده است.

2-6-1. شرایط تاسیس شرکت تکافل

از زمان آغاز به کار صنعت تکافل در جهان شرکت های تکافلی در حال تاسیس و انجام امور تکافل هستند. در طول دهه های اخیر مقرراتی برای نحوه انجام کار این شرکت ها تدوین شده است تا روند کار تکافل در بستر بهتری صورت بگیرد.

پایه و اساس تشکیل یک شرکت تکافلی را باید از مفهوم آن شناخت؛ به این ترتیب که بررسی ساختار شرکت های تکافلی نشان می دهد که در ظاهر تکافل، شبیه مفهوم بیمه تعاونی مرسوم است. از سوی دیگر در یک بررسی دقیق تر، امروزه اکثریت قاطع شرکت های تکافل مانند شرکت های سهامی عمل می کنند. در واقع باید گفت که شرکت های تکافلی ترکیبی از شرکت های تعاونی و سهامی هستند. بر خلاف شرکت های تعاونی سنتی، شرکت های تکافل، شرکت های مختلطی هستند که مانند هر شرکت سهامی معمولی دیگری، سود محور و متکی به سرمایه اند.

در این میان عنصر تعاون محدود به صندوق تکافل است؛ صندوقی که سهم های پرداختی بیمه گذاران یعنی حق بیمه ها و درآمد سرمایه گذاری در آنجا گردآوری می شود. شرکت های تکافل از طریق فراهم نمودن یک وام بدون بهره برای صندوق تکافل، در صورت بروز کسری در بیمه گری، مانند شرکت های سهامی عمل می کنند که جهت پوشش دادن تعهداتشان از سرمایه استفاده می کنند (رشیدی و سیفلو، 2008: 38).

برای این که عقد تکافلی منعقد گردد باید شرکتی به عنوان شرکت تکافل تأسیس گردد. این شرکت می بایست تجاری و یا تعاونی باشد (گروه مطالعات اسلامی بیمه پژوهشکده بیمه، 1391: 92). از اینرو در این بخش به ذکر کلیاتی در باب تاسیس شرکت های تکافل پرداخته شده است. این بخش با

بیان قوانین مربوط به تاسیس شرکت های تکافل آغاز می شود. در ادامه به بیان الزامات تاسیس شرکت های تکافلی اشاره شده است و مواردی که موجب ملغی شدن شرکت های تکافلی می گردند نیز مطرح شده اند.

2-6-2. قوانین حقوقی مربوط به تاسیس شرکت تکافل

در مورد قوانین ملی متعدد حاکم بر مجوز تشکیل و نظارت بر شرکت های بیمه تعاونی مطالعات مفصلی انجام گردیده است و واقعیات مهمی نمایان گردیده است. این واقعیت ها در موضوع تاسیس شرکت های تکافل می تواند حائز اهمیت باشد. در ادامه به اختصار به برخی از این موارد اشاره شده است:

1- قوانین برخی کشورها ایجاب می کند که سهامداران شرکت های تعاونی تنها به بیمه گذاران محدود شود.

2- حداقل تعداد اعضاء برای تشکیل شرکت تعاونی عموماً بسیار زیاد است. برای مثال حداقل اعضاء مقرر در قوانین ترکیه 800 نفر است. فراهم کردن چنین تعداد زیادی از اعضاء برای تشکیل شرکت کار ساده ای نیست.

3- هر سال بسیاری از بیمه گذاران جدید اضافه خواهند شد، لذا داشتن یک ساختار سرمایه ای باز (نامحدود) ضرورت دارد که عملی کردن آن آسان به نظر نمی رسد.

4- افراد بسیاری به پوشش های بیمه ای نیاز دارند و مایلند که در شرکت های تعاونی بیمه شوند حال آنکه نمی خواهند سهامدار شرکت باشند.

5-قوانین ملی برخی از کشورها تشکیل شرکت بیمه تعاونی را بر اساس یک طیف گسترده از رشته های بیمه ای مجاز نمی داند و تاکید دارد که این شرکت ها فعالیت های خود را به چند طبقه خاص بیمه ای مانند کشاورزی یا دامداری منحصر کنند.

علاوه بر شرایط فوق، شرکت های تکافل به منزله شرکت سهامی با مسئولیت محدود در کشورهای مختلف به ثبت می رسند. بنابراین علاوه بر آنکه در نقش مدیران وجوه بیمه ای - که بیمه گذاران فراهم نموده اند - عمل می کنند، سهامداران نیز متعهد هستند که سرمایه مخاطره آمیز را برای حمایت و تضمین تعهدات قراردادی صندوق بیمه گذاران فراهم کنند (زارع، 1388: 9-10).

2-6-3. الزامات تاسیس شرکت تکافل :

شرکت های تکافل چه در مسیر تاسیس و چه در ادامه مسیر می بایست ملزم به رعایت برخی اصول و قوانین باشند. در واقع این اصول وجه ممیزه شرکت های تکافل از شرکت های بیمه مرسوم هستند. این الزامات می بایست از سوی شرکت های متقاضی تاسیس شرکت تکافل مورد توجه قرار بگیرد و این شرکت ها همواره به این اصول پایبند باشند. در ادامه به برخی از این موارد به اختصار اشاره شده است:

الف. تفکیک صندوق سهام داران از صندوق تکافل: شرکت های تکافل باید صندوق های تکافل و سهامداران را به صورت مجزا اداره و نگهداری کنند.

ب. دارایی های صندوق تکافل شامل این موارد است: حق بیمه دریافتی، خسارت های دریافتی از بیمه گران اتکایی، بخشی از سود سرمایه گذاری وجوه و سایر ذخایر مربوط به بیمه گذاران که ممکن است مجمع عمومی با پیشنهاد هیات مدیره شرکت به این امر اختصاص دهد، نجات و هزینه

خسارت های بازیافتی، حق مشاوره و وصولی هایی از این دست، همچنین کلیه خسارات پرداختی به بیمه گذاران، هزینه های بیمه اتکایی، ذخایر فنی مرسوم و سایر ذخایر و هزینه های اداری به غیر از هزینه های بخش سرمایه گذاری باید از محل این صندوق تامین شود. تراز تجاری صندوق تکافل در پایان سال باید مازاد آنها را نشان دهد.

ج. دارایی های صندوق سهامداران شامل این موارد است: سرمایه پرداخت شده و حق الزحمه عملیات و اداره صندوق تکافل (حق الوکاله)، بخشی از سود سرمایه گذاران صندوق تکافل (حق المضاربه)، ذخایر فنی و دیگر ذخایر مربوط به آنها، علاوه بر این کلیه هزینه های اداری بخش سرمایه گذاری و سایر هزینه های مربوط به امور سهامداران از محل صندوق سهامداران تامین خواهد شد.

د. اجتناب از سرمایه گذاری در دارایی های غیر مشروع: شرکت های تکافل باید از سرمایه گذاری در اوراق بهادار با درآمد ثابت و همچنین سرمایه گذاری در موارد نا مشروع مانند شراب، قمار و ... پرهیز کنند.

ه. تشکیل یک هیئت نظارت شرعی: بخشی ضروری در حاکمیت شرکتی شرکت تکافل ایجاد هیئت فقهی علاوه بر هیئت مدیره معمول است. هیئت فقهی از دانشمندان سرشناس اسلامی تشکیل می شود. این هیئت تضمین می نماید که مدل عملیاتی شرکت، سیاست های توزیع سود، طرح محصول و دستورالعمل های سرمایه گذاری از اصول اسلامی پیروی می کنند (زارع، 1388: 11-15).

و. تعهد به توزیع سود های فنی بین بیمه گذاران: مازاد بیمه گذاران به سه روش ممکن است توزیع شود. در روش اول بدون توجه به این که به بیمه گذاران خسارت پرداخت شده یا نشده باشد، مازاد قابل توزیع به کلیه بیمه گذاران به نسبت حق بیمه پرداختی بیمه گذار در طی سال مربوط

پرداخت می شود. در روش دوم، چنانچه بابت اموال و منافع بیمه شده خسارتی به بیمه گذار پرداخت شود، بدون توجه به این که خسارت بالاتر یا پایین تر از حق بیمه پرداختی بوده، وی هیچ گونه سهمی در مازاد بیمه گذاران ندارد و آن مازاد تنها بین آن دسته از بیمه گذارانی که ترجیح داده اند در طی سال مالی هیچ گونه خسارتی دریافت نکنند توزیع می شود. اما طبق روش سوم اگر مقدار خسارت پرداختی به هر بیمه شده از میزان کمک دریافتی یا پرداختی وی برای سال مالی مورد نظر فراتر رود، این عضو هیچ سهمی از مازاد نخواهد داشت (گروه مطالعات اسلامی پژوهشکده بیمه، 1391: 71؛ رشیدی و همکاران، 1387: 26).

2-6-4. عوامل لغو امتیاز شرکت تکافل

همانطور که پیشتر نیز به آن اشاره گردید، شرکت های تکافل برای ثبت می بایست اصولی را رعایت کنند تا بتوانند مجوز تاسیس شرکت را دریافت کنند. این شرکت ها در ادامه مسیر نیز باید همواره پایبند به این اصول باشند، در غیر این صورت مجوز فعالیت تکافلی آنها لغو می گردد. در ادامه به

برخی از مواردی که می تواند ثبت یک شرکت تکافل را ملغی کند اشاره شده است:

- ✓ شرکت تکافل اهدافی را برگزیند که مطابق با موازین شرعی نباشد؛
- ✓ شرکت تکافل ناتوان از نگهداری دارایی ها مازاد بر بدهی باشد؛
- ✓ شرکت تکافل کسب و کار را به گونه ای پیش ببرد که به زیان منافع مشارکت کنندگان باشد؛
- ✓ شرکت تکافل از ساماندهی (عضویت در) یک تکافل اتکایی مناسب ناتوان باشد؛
- ✓ شرکت تکافل موارد اصلی را که در تقاضانامه خود برای ثبت ذکر کرده بود، نقض کند؛
- ✓ شرکت تکافل از بندها و شروط قانون تخطی کند (جعفر، 1389: 317).

در واقع در صورتیکه اولاً) تخطی شرکت تکافل از اصول و قواعد شرعی و ثانیاً) ناکارآمدی فنی آن محرز گردد، مجوز فعالیت آن لغو می گردد.

در میان تمامی کشورهای خاورمیانه و حتی برخی کشورهای اروپایی که طرح بیمه ای تکافل را به اجرا گذاشته اند کشور مالزی از معدود کشورهای دارای چارچوب قانونی منسجم در حوزه تکافل است. . کارآمدی نسبی این قانون که سال ها اجرا شده است، در عمل به اثبات رسیده است. در پایان این قسمت به بیان قوانین حقوقی مربوط به تشکیل شرکت های تکافلی در مالزی به اختصار اشاره شده است. تحلیل این قوانین می تواند در صورت جرح و تعدیل های بومی، در کشورهای مختلف از جمله کشور ما قابل اجرا باشد. کشور مالزی یکی از کشورهای پیشرو در اجرای تکافل است.

2-6-5. ثبت شرکت توسط اداره کل تکافل

طبق ماده 4 ق. ت. م. (قانون تکافل مالزی)، هیچ شرکتی نمی تواند به فعالیت تکافلی بپردازد مگر آن که طبق مواد این قانون تأسیس شده باشد. بر اساس قانون تکافل مالزی (طبق ماده 8 ق. ت. م.) تأسیس یک شرکت تکافلی مراحل چندی دارد که لازم است به ترتیب پیگیری شوند. در ادامه مراحل مورد نظر معرفی شده اند. همچنین تنها مرجعی که مجوز تأسیس این شرکت را تایید می کند اداره کل تکافل خواهد بود. همچنین این مرجع مستقل از مرجع ثبت شرکت ها عمل می کند.

2-6-6. درخواست کتبی بیمه گر تکافل

طبق ماده 4 قانون تکافل مالزی برای صورت گرفتن عقد تکافل باید شرکتی تأسیس شود که این شرکت می تواند یا تجاری و یا تعاونی باشد. به همین منظور هر شرکتی که بخواهد وارد عرصه

تکافل شود طبق بند 3 ماده 8 قانون ت.م.می بایست یک درخواست و نیز کلیه اسناد و مدارک از جمله اظهارنامه خود را به مدیرکل تکافل تسلیم نماید.

2-6-7. بررسی شرایط اساسی ثبت شرکت تکافلی

مرحله بعدی بررسی و تشخیص شرایط شرکت است. این نوع شرکت ها می بایست دو شرط اساسی را دارا باشند تا درخواست آنها مورد بررسی قرار بگیرد. در واقع بعد از تسلیم اساسنامه شرکت به مدیرکل بیمه تکافل، تحقق شرایط مورد نظر بررسی می شود:

طبق بند 5 ماده 8 ق.ت.م. دو شرط اصلی برای ایجاد هر شرکت تکافلی لازم است. اولین شرط اساسی عدم مغایرت اهداف شرکت تکافلی با اهداف مصوب شورای اسلامی می باشد. منظور از این شرط آن است که اهدافی که شرکت تکافلی در اساسنامه خود می آورد نباید مغایرتی با اهدافی که شورای فقهی یا شورای اسلامی بیمه تکافلی تصویب شده کرده است داشته باشد؛ البته نیازی نیست که اهداف برنامه های شرکت تکافلی موافق قواعد شریعت یا شورای فقهی باشد، بلکه همین که مغایرتی با شرع نداشته باشد کافی خواهد بود. شرط دوم نیز بیان می کند که می بایست کمیته ناظر فقهی در شرکت تشکیل شود. اعضای این کمیته به مدیرکل تکافل پیشنهاد می شوند.

2-6-8. ارجاع مدیرکل تکافل به وزیر مربوط

پس از تأیید مدیرکل تکافل، طبق بند 6 ماده 8 ق.ت.م. اساسنامه شرکت تکافلی به وزیر مربوط ارجاع داده خواهد شد تا به تأیید نهایی آن مرجع نیز برسد. در واقع برای ثبت شرکت تکافلی تأیید وزیر نیز نیاز است و اگر وزیر مربوط آن را تأیید نکند آن شرکت به ثبت نخواهد رسید.

بعد از آن که وزیر مربوط لزوم تأسیس چنین شرکتی را صادر کرد، تأییدیه آن به مدیر کل بیمه تکافل عودت می شود. سپس مدیرکل تکافل با اخذ تأییدیه حسابداری عمومی اجازه ثبت آن شرکت را صادر خواهد کرد. پس از اینکه اجازه ثبت شرکت توسط مدیر کل تکافل صادر گردید، این امر باید در روزنامه رسمی منتشر گردد. علاوه بر این، هر شرکت تکافلی باید سالانه مبلغی را که توسط وزیر مربوط یا مدیر کل بیمه مرکزی تعیین می گردد به آن مرجع به عنوان حق ثبت پردازد که از لحاظ اصولی می توان آنرا هزینه تمدید ثبت آن شرکت از سوی بیمه مرکزی محسوب کرد. نکته ای که قابل ملاحظه است آن است که طبق م 9 ق. ت. م. این مبلغ برای هر انواع شرکت های تکافل متفاوت است.

2-6-9. لزوم دارا بودن شروط فرعی ثبت شرکت تکافلی

الف. شروط تحمیلی

نکته قابل ملاحظه ای که در باب تأسیس شرکت های تکافل در مالزی وجود دارد این است که مدیر کل تکافل این حق را دارد که در هر زمانی شروطی تحمیلی را بر تمام شرکت ها الزام کند. شرکت های تکافل در صورت استنکاف از اجرای این شروط، طبق م 10 ق. ت. م. مجازات خواهند شد.

ب. اختیار تام در وجود شرط ثابت

به موجب بند اول ماده 10 ق. ت. م. به مدیر کل تکافل اختیار تام داده شده است که شروط موجود در ثبت هر شرکت تکافلی را فسخ یا شرطی را اضافه کند و یا آن شرط را تغییر دهد (براساس مبانی حقوقی، صحت چنین شرطی مورد تأیید است).

2-6-10. مرحله پذیره نویسی

در این مرحله شرکت تکافلی بعد از صدور مجوز می بایست از طریق یک بانک عامل اقدام به عرضه اوراق پذیره نماید. در این برگه ها باید الزاماً شرایط و موارد قانونی درج گردد که این موارد در ماده 13 قانون مذکور مقرر شده است. موضوع تکافل و اوصاف شرکت از جمله این موارد است. در واقع در این مرحله همچون پذیره نویسی شرکت های تجاری باید پذیره نویسی در بانک صورت پذیرد. این موضوع در مالزی متعارف است، زیرا همه شرکت های بیمه و تکافل زیر مجموعه بانک مرکزی هستند.

11-6-2. ایجاد صندوق تکافل

شرکت تکافلی از شخصیت حقوقی برخوردار است. از اینرو مانند سایر اشخاص نیازمند دارایی است. به همین جهت صندوق تاسیس می شود که این دارایی و نیز تمامی حق بیمه های دریافتی بر اساس ماده 16 به آن واریز خواهد شد. بر اساس این ماده باید تمام درآمد های حاصل از این صندوق و همچنین تمام دارایی های منفی نیز مانند بدهی های شرکت مذکور و هزینه هایی که در آینده قرار است از این صندوق برداشت شود در این صندوق به ثبت برسد.

بر اساس بند سوم ماده مذکور در مورد تکافل خانواده این مطلب مهم است که هیچ سهمی و هیچ مبلغی از این صندوق به بیمه گذار (متکافل) پرداخت نخواهد شد، مگر آن که مقدار آن از ذخیره فنی و دارایی های منفی دیگر بیشتر باشد. بر اساس بند آخر این ماده حتی پس از توقف عملیات این شرکت تکافلی بر عامل شرکت تکلیف شده است که این صندوق را حفظ و نگهداری کند تا مبادلات مالی شرکت به طور کامل تسویه شود.

12-6-2. شرایط دارایی صندوق تکافل

طبق ماده 17 ق. ت. م. دارایی شرکت تکافلی باید مجزا از مبالغ و دارایی خود شرکت (عامل تکافل) باشد. این بدان جهت است که مجوزی که اعطا می گردد خود ایجاد شخصیت مستقل می نماید و در واقع تقاضاکننده مجوز تکافل، پس از اخذ مجوزها شخصیت حقوقی جدیدی را به وجود می آورد. این شخصیت جدید همانند موضوع تولیت در وقف، شخصیتی حقوقی و مجازست. از جمله سایر شرایط دارایی های شرکت تکافلی می توان به این امر اشاره کرد که این دارایی ها می بایست مجزای از مبالغ یا اوراق بهاداری باشد که در این قانون ودیعه نام گذاری شده است. شرط دیگر نیز اینکه این دارایی نباید کمتر از هشتاد درصد دارایی استاندارد باشد که در این قانون مقرر شده است (گروه مطالعات اسلامی بیمه پژوهشکده بیمه، 1391: 108-94).

فصل سوم :

روش تحقیق

و

گردآوری اطلاعات

3-1. مقدمه

در زندگی انسانها تحقیقات نقش بسیار مهمی را ایفا می نماید، زیرا پرداختن به هر فعالیتی نیاز به این دارد که از قبل در رابطه با آن مطالعه گردد و بهترین راه انتخاب شود. تحقیق این امکان را به ما می دهد که بتوانیم مسائل مختلف را بررسی کرده و امکانات و نقصهای ممکنه را از قبل سنجیده و بهترین گزینه را انتخاب نماییم. کشف حقیقت، افزایش دانش و توضیح پدیده ها از جمله اهداف اساسی هر تحقیق علمی می باشد. پژوهشگر می بایست قبل از شروع یک تحقیق علمی ابتدائاً با در نظر گرفتن کلیت موضوع و بررسی جوانب امر آشنایی کامل با روش تحقیقی موضوع مورد نظر را داشته باشد تا بتواند با مطالعه و بکارگیری روش های تحقیقی و علمی، مسیر و هدف نهایی پژوهش خود را مشخص کرده و بر اساس آن به سوالات و فرضیه های مطرح شده در پژوهش با روشی علمی و مناسب پاسخگو باشد.

جمع آوری هدفمند اطلاعات برای کشف و فهم آن چه برای ما نامعلوم و یا دانش ما نسبت بدان کم است، مهمترین مولفه اصلی تحقیق می باشد تا بدین وسیله به حل معضلات، کشف راه حلها، تکمیل اطلاعات و در نهایت پاسخ به پرسشهای مطروحه بپردازیم.

کارکرد مهم پژوهش علمی عبارت است از مطالعه و جمع آوری اطلاعات به صورت نظم دار و کنترل شده که منجر به پدید آمدن تجربه ی شخصی یا درک تجربه ی دیگران می گردد تا بدین ترتیب رابطه ی احتمالی میان متغیرهای متعدد را به ما نشان دهد

3-2. روش تحقیق¹ (روش اجرای تحقیق)

1- Research method

تحقیق به عنوان یک فرآیند نظام‌مند برای یافتن پاسخ یک پرسش یا راه حل یک مساله نقش ایفاء می‌کند. به عبارت دیگر در تحقیق محقق با توجه به پرسشی که در ذهن دارد به جمع آوری اطلاعات پیرامون آن پرداخته و با شکلی هدفمند و دارای نظام آن اطلاعات جمع آوری شده را تنظیم و با ارائه ی راهکارها و پیشنهادات به نتیجه ی دلخواه دست پیدا خواهد کرد.

این فعالیت و تلاش علمی برای آنکه نتیجه بخش باشد، باید دارای راهکاری هدفمند باشد که بدان، روش تحقیق گویند. محقق برای انجام یک پروژه ی تحقیقاتی ناچار است روشی را به عنوان راهکار اصلی خود در این کار در نظر بگیرد تا بدین ترتیب بتواند اثری موفق از خود ارائه دهد.

انتخاب روش تحقیق در واقع انتخاب مناسب ترین و بهترین راه رسیدن به هدف تحقیق است. همانطوریکه بدون استفاده از مسیر و راه مناسب نمی توان به راحتی به مقصد رسید بدون گزینش و استفاده از روش تحقیق مناسب نیز نمی توان مطابق اصول علمی به هدف نهائی پژوهش دست یافت. به عبارت دیگر هر موضوع تحقیق، روش متناسب خود را دارد. از پژوهشگر هم این انتظار می رود که قبل از اقدام عملی به اجرای تحقیق، روش متناسب با آن را شناسایی کند و آن را درمحل مربوط در طرح تحقیق درج نماید (سید عباس زاده ، 1380، ص 150)

در این تحقیق تلاش می شود تا برای رسیدن به هدف پژوهش که جمع بندی نظرات و دیدگاه های مختلف در ارتباط با این نحو از فعالیت های بیمه ای جدید که در اقتصاد اسلامی بروز و نمایان گشته، بتوان به دیدگاه متناسب با شرع و قانون برای بازپرداخت مازاد صندوق تکافل دست یافت روش تحقیقی که در این تحقیق بکار گرفته می شود روش اسنادی و کتابخانه ای است.

3-3. گردآوری اطلاعات

گردآوری اطلاعات مورد نیاز تحقیق یکی از مراحل اساسی آن است و به لحاظ اهمیت آن گاه به اشتباه روش‌های گردآوری اطلاعات را روش‌های تحقیق می‌نامند.

مرحله‌ی گردآوری اطلاعات آغاز فرایندی است که طی آن محقق یافته‌های میدانی و کتابخانه‌ای را گردآوری می‌کند و به روش استقرائی به فشرده‌سازی آن‌ها از طریق طبقه‌بندی و سپس تجزیه و تحلیل می‌پردازد و فرضیه‌های تدوین شده‌ی خود را مورد ارزیابی قرار می‌دهد و در نهایت حکم صادر می‌کند و پاسخ مسأله تحقیق را به اتکای آن‌ها می‌یابد؛ به عبارتی محقق به اتکای اطلاعات گردآوری شده واقعیت و حقیقت را آن طور که هست کشف می‌نماید؛ بنابراین، اعتبار اطلاعات اهمیت بسیاری دارد؛ زیرا اطلاعات غیرمعتبر مانع از کشف حقیقت و واقعیت می‌گردد و مسأله و مجهول مورد نظر محقق به درستی معلوم نمی‌شود یا تصویری انحرافی و ناصحیح از آن ارائه می‌شود. در این تحقیق سعی ما بر این بود، برای حفظ اعتبار اطلاعات و داده‌های گردآوری شده دست کم دو اصل اساسی زیر را مورد توجه خاص قرار دهیم :

1- اصل صحت : محقق در وهله اول تلاش شد تا از درستی و صحت اطلاعات و داده‌های خود اطمینان حاصل نماییم. باید مطمئن شد که منابع و مأخذ اطلاعات تهیه شده معتبر است و به ویژه در بین متخصصان رشته فقه و اقتصاد از مقبولیت برخوردار است. منابع دست چندم و غیر معتبر ممکن است اطلاعات مخدوش و ناصحیح را در اختیار محقق قرار دهند؛ بنابراین، باید منابع و مأخذ مورد استفاده را مورد تحلیل و ارزیابی قرار داد تا از اعتبار آن‌ها و نیز درستی و صحت اطلاعات و داده‌های آماری آن‌ها اطمینان حاصل شود.

2- اصل دقت. اطلاعات و داده‌های آماری که از منابع میدانی و کتابخانه‌ای گردآوری و در ابزارهای مربوط به آن‌ها درج می‌شود در مراحل مختلف فرآیند تحقیق مورد دستکاری، جابه‌جایی، کاربری،

ارتباط و ... قرار می‌گیرد؛ بنابراین، کوچک‌ترین بی‌احتیاطی در برداشت، درج، جابه‌جایی و انتقال آن-ها ممکن است اطلاعات و داده‌ها را تغییر دهد و هر تغییری در داده‌ها ولو ناچیز در نتیجه‌ی تحقیق اثر منفی می‌گذارد و از کشف حقیقت و واقعیت آن طور که هست یا ما به ازاء خارجی دارد جلوگیری می‌کند؛ از این رو، برای پیشگیری از این خطر، در هر مرحله از کاربری و جابه‌جایی و انتقال اطلاعات شخصاً و به وسیله راهنمایی و همکاری اساتید گرامی به بازنگری و کنترل آن‌ها پرداخته شده است.

3-4. روش های گردآوری اطلاعات در این پژوهش

روش های گردآوری اطلاعات را بطور کلی به دو طبقه می‌توان تقسیم کرد :

- روش کتابخانه ای

- روش میدانی

روش های کتابخانه ای بسته به نوع سند و موضوع تحقیق ممکن است با استفاده از فیش یا جدول

یا نقشه و کروکی یا فرم های شبه پرسشنامه، یا ترکیبی از همه ی آن ها انجام پذیرد.

روش های میدانی که از شهرت بیشتری برخوردارند عبارتند از: روش پرسشنامه ای، روش مصاحبه،

روش مشاهده، روش آزمون و روش های صوتی و تصویری.

با توجه به اینکه تحقیق حاضر از روش کتابخانه ای و اسنادی، استفاده کرده است فقط به تعریف و

ارزیابی این نوع از روش در ارتباط با موضوع تحقیق می‌پردازیم.

3-5. روش کتابخانه ای

روش های کتابخانه ای در تمامی تحقیقات علمی مورد استفاده قرار می گیرد، ولی در بعضی از آن ها در بخشی از فرآیند تحقیق از این روش استفاده می شود و در بعضی از آن ها موضوع تحقیق از حیث روش، ماهیتاً کتابخانه ای است و از آغاز تا انتها متکی بر یافته های تحقیق کتابخانه ای است.

در تحقیقاتی که ظاهراً ماهیت کتابخانه ای ندارند نیز محققان ناگزیر از کاربرد روش های کتابخانه ای در تحقیق خود هستند. در این گروه تحقیقات اعم از توصیفی، علی، همبستگی، تجربی و غیره، محقق باید ادبیات و سوابق مسأله و موضوع تحقیق را مطالعه کند. در نتیجه، باید از روش کتابخانه ای استفاده کند و نتایج مطالعات خود را در ابزار مناسب اعم از فیش، جدول و فرم، ثبت و نگهداری نماید و در پایان کار نسبت به طبقه بندی و بهره برداری از آن ها اقدام کند.

در تحقیقاتی که ماهیت کتابخانه ای دارند تقریباً تمام تلاش محقق در کتابخانه ها صورت می پذیرد. حتی در تألیفات و تصنیفات نیز از این روش، یعنی روش کتابخانه ای، استفاده می شود؛ بنابراین با توجه به نقش و سهمی که روش های کتابخانه ای در تحقیقات علمی به طور کلی دارد، لازم است محققان از روش های کتابخانه ای مطلع بوده، تجربه و تبحر لازم را در استفاده از آن ها به دست آورند.

گام اول در مهارت تحقیق کتابخانه ای، آشنایی با نحوه استفاده از کتابخانه است؛ یعنی محققان باید از روش های کتابداری، نحوه استفاده از برگه دان و ثبت مشخصات کتاب، نحوه جستجوی کتاب در کتابخانه و نیز رایانه های آن، مقررات بهره برداری و سفارش کتاب و نظایر آن اطلاع حاصل نمایند.

برای این کار لازم است با مطالعه منابع مربوط و نیز استفاده از تجارب دیگران و هم چنین راهنمایی کتابداران کتابخانه ها مهارت لازم را به دست آورند.

3-6. انواع سند مورد استفاده شده پژوهش

در بحث از تعریف بیمه تکافل و مشروعیت این نوع از بیمه در بین فقها و علمای اسلام و همچنین بحث مشروعیت مبنای مازاد این صندوق، به روش مطالعات کتابخانه‌ای، اسناد گوناگونی مورد استفاده قرار گرفت. اسناد عمده عبارتند از :

3-6-1. کتاب.

کتاب‌ها گنجینه‌ی مکتوب دانش و معرفت بشری را تشکیل می‌دهند؛ بنابراین، کتابخانه‌ها مخزن ارزشمند و متمرکزی از مجموعه‌ی معارف بشری اند که می‌توانند تجارب، دانش، معلومات و آگاهی‌های نوع بشر را که حاصل کاوش‌های علمی و مداوم وی بوده و در طول تاریخ مکتوب شده است در معرض استفاده‌ی جویندگان و پویندگان علم و دانش قرار دهند تا آن‌ها نیز با تلاش تحقیقاتی خود بر غنای این مخزن بیفزایند. مهمترین کتابی که در زمینه صنعت تکافل احیا گردآوری شده کتاب «الگوی تکافل در پوشش ریسک و بیمه» که بطور کامل به مباحث پیرامونی این نوع از بیمه شرح و پرداخته است.

3-6-2. میکروفیلم و میکروفیش

ابزارهایی هستند که مطالب کتاب را تصویربرداری و بسیار کوچک می‌کنند و محقق می‌تواند در هنگام ضرورت به وسیله‌ی دستگاه بزرگ نما آن‌ها را مورد استفاده قرار دهد. این ابزارها گنجایش زیادی دارند.

3-6-3. نرم افزارهای رایانه‌ای و سایت‌های اینترنتی

این ابزار که می‌توان آن‌ها را کتاب‌های رایانه‌ای نام نهاد، ابزار جدیدی هستند که به همراه حافظه‌ی رایانه‌ای می‌توانند حجم بسیار زیادی از اطلاعات و نوشته‌ها و مکتوبات یا مقاله‌ها و مجله‌ها را

در خود جای دهند. علاوه بر آن، می توان از طریق شبکه های اطلاع رسانی گوناگون نسبت به مبادله و انتشار و جابه جایی این اطلاعات اقدام کرد. نرم افزارهای فقهی که چندین هزار جلد از تمام فقههای معاصر را در قالب یک لوح فشرده در اختیار عموم مردم قرار داده تا به راحتی به تمامی مطالب اعتقادی، احکام و فقهی و ... از مطالب آن بهره مند گردند.

سایت ها و سیستم های اطلاع رسانی رایانه ای، نظیر اینترنت، کار ذخیره سازی، بازیابی، مبادله، انتقال و انتشار اطلاعات را با سریع ترین زمان ممکن مقدور ساخته، محقق را با حجم فراوانی از اطلاعات رو به رو می سازند. خوشبختانه پژوهشکده بیمه این امکان را در اختیار داشتجویان و استاتید و علاقمندان قرار داده است.

4-6-3. اسناد اصل

کتب یا نوشته های خطی و دستنویس یا تایپی هستند که به عنوان سند مادر شناخته می شوند و با یک یا چند نقل قول به آن ها استناد می شود. کتاب ها و رساله ها و نوشته های دستی معمولاً به امانت داده نمی شوند و محقق اجازه خارج کردن آن ها از کتابخانه را نیز ندارد مگر برای تعمیر و اصلاح سند؛ ولی محققان می توانند در داخل کتابخانه با مراجعه مستقیم به سند یا کپی برداری و عکس برداری، از آن استفاده کنند.

5-6-3. اسناد دولتی

شامل نامه ها، گزارش ها، تحلیل ها، جدول ها، نقشه ها و موارد دیگری هستند که در بایگانی های دولتی نگهداری می شوند. این اسناد هم در سطح ملی مثل وزارت خانه ها و سازمان های مرکزی هر کشور و هم در سطوح محلی و استانی نظیر ادارات کل یا اداره های شهرستان نگهداری می شوند.

اسناد دولتی برای مدت مشخصی در بایگانی های سازمان های دولتی باقی می ماند و پس از آن بسته به اهمیت آن و مطابق با آیین نامه ای خاص امحاء گردیده، یا به سازمان اسناد و مدارک ملی منتقل می شوند. اسناد مهم و تاریخی که به نحوی در سرنوشت ملی نقش دارند، نظیر قراردادهایی که با کشورهای خارجی منعقد شده، معمولاً در مرکز اسناد ملی نگهداری می شوند و محققان می توانند به آن ها مراجعه کنند.

بهره برداری از اسناد دولتی مستلزم گرفتن مجوزهای قانونی است که باید از مقامات ذی صلاح کسب شود. معمولاً با ارائه درخواست یا معرفی نامه از مؤسسه تحقیقاتی یا دانشگاه، سازمان های دولتی در مورد اسناد بایگانی های عادی همکاری می نمایند. بایگانی های دولتی هم چنین حاوی اسناد محرمانه و طبقه بندی شده هستند. این اسناد به سادگی در اختیار کسی قرار داده نمی شود. اسناد مربوط به امور امنیتی، امور سیاسی، امور دفاعی و نظامی و نظایر آن ها از جمله اسنادی هستند که افراد خاصی می توانند به آن ها دسترسی داشته باشند. از این رو، محققان نمی توانند به امید چنین اسنادی باشند، مگر این که عمر قانونی این اسناد سپری شده باشد؛ زیرا این گونه اسناد در هر کشور بسته به مقتضیات آن دارای عمر قانونی بوده، پس از سپری شدن آن در اختیار عموم قرار می گیرند.

3-6-6. نشریه های رسمی دولت

اکثر سازمان های دولتی معمولاً دارای مجله، نشریه، بولتن یا ویژه نامه خاص خود هستند که در بر دارنده ی اخبار، وقایع، تصمیمات، تحولات، گزارش ها، بیوگرافی ها، عملکردها، قابلیت ها و امثال آن بوده، به صورت رسمی و با آرم آن ها چاپ و منتشر می شود. علاوه بر این ها، کتاب های درسی دولتی که در مدارس و مؤسسات آموزشی و دانشگاه ها تدریس می شود نیز حالت رسمی دارد. هم

چنین، روزنامه های رسمی که دولت آن ها را منتشر می کند، از اسناد با ارزشی است که منعکس کننده ی لوایح، قوانین و مصوبات قانونی کشور است. آگهی های دولتی، اعلامیه ها، بیانیه ها، سخنرانی های مقامات عالی و بالای مملکتی و نظایر آن ها نیز حالت رسمی داشته، سند رسمی شناخته می شوند. کلیه ی این اسناد و نشریه ها برای محقق ارزشمندند؛ زیرا مورد تأیید مقام های رسمی یا کلاً دولت قرار گرفته اند. نشریه های سازمان بیمه مرکزی و پژوهشکده بیمه نیز از جمله این دسته از اسناد می باشند که حاوی منابع اطلاعاتی غنی درباره این موضوع بوده و مورد استفاده قرار گرفتند. سازمان بیمه مرکزی هم با راه اندازی سایت های معتبر بیمه نیوز و پژوهشکده بیمه آخرین اخبار و مقالات و پژوهش های حوزه بیمه را جهت استفاده در سایت قرار داده است.

3-6-7. اسناد شخصی و خصوصی

علاوه بر سازمان های دولتی، مؤسسات بخش خصوصی فراوانی وجود دارند که اقدام به نگهداری و بایگانی اسناد مربوط به گردش کار خود می نمایند و حتی نشریاتی هم دارند. دسترسی به این اسناد و مدارک مستلزم گرفتن مجوز از رئیس، صاحب، متولی یا مدیرعامل این گونه مؤسسات است. شرکت ها، بانک ها، کارخانه ها، مؤسسات انتشاراتی و تحقیقاتی، مؤسسات آموزشی خصوصی، مؤسسات اوقافی، مؤسسات مذهبی، انجمن ها، احزاب و گروه های سیاسی و امثال آن ها در زمره ی مؤسسات بخش خصوصی محسوب می شوند که از آن ها به اشخاص حقوقی تعبیر می شود. علاوه بر این، اشخاص حقیقی یعنی افراد و خانوارها نیز اقدام به نگهداری اسناد و مدارک می نمایند. بعضی بر اساس ذوق و علاقه و بعضی بر اساس الزام یا هر دو، سعی می کنند بایگانی شخصی یا کتابخانه ی خصوصی ایجاد کنند و نسبت به نگهداری اسناد و کتب و مدارک اقدام نمایند. به خصوص بعضی

افراد اسناد و مدارک مربوط به خاندان و تبار خود را به صورت مجموعه ای محافظت می کنند که دسترسی به این اسناد با کسب موافقت شخصی دارنده ی آن مقدور است.

3-6-8. مطبوعات

مطبوعات و روزنامه ها معمولاً حاوی مطالب گوناگونی هستند که اخبار، مقاله ها، اظهارات و ... را شامل می شوند. آن چه در مطبوعات منعکس می شود، همیشه ارزش علمی ندارد و در بین اسناد گوناگون اعتبار کمتری دارد؛ ولی اخبار حوادث و وقایع و نیز انعکاس دقیق اظهارات و اعلامیه ها و نیز بعضی از مقاله هایی که به شیوه ی علمی تهیه شده و متکی به منابع و مآخذ معتبر است، می تواند مورد استفاده ی محقق قرار گیرد. البته این مقاله ها یا باید با ذکر منابع و مآخذ کافی و دقیق باشند یا ترجمه ای از مجله یا کتاب یا سند معتبر دیگر باشند. در غیر این صورت، محقق نباید تحقیق خود را بر مطالب غیرعلمی و ژورنالیستی مندرج در روزنامه ها و مطبوعات متکی بنماید. ناگفته نماند که به طور استثنایی در تحقیقات تحلیل محتوا که موضوع آن خود روزنامه باشد، معمولاً تمام محتوای آن مورد استفاده ی محقق قرار می گیرد.

3-6-9. آمارنامه ها

آمارها را معمولاً محققان یا سازمان های مسئول دولتی و غیردولتی تهیه می کنند. روش های آماری برای تهیه اطلاعات نیز به صورت سرشماری یا نمونه گیری یا ترکیبی از این دو روش است. آمارهای تهیه شده معمولاً پس از تنظیم و تدوین به صورت مجموعه هایی چاپ و منتشر می شود و محققان می توانند از آن ها در تحقیقات اجتماعی، اقتصادی، جغرافیایی و ... استفاده کنند. گاهی اوقات آمارها منتشر نمی شود و به صورت اسناد مکتوب و فرم ها و دفاتر ویژه در اختیار سازمان

های مسئول اعم از دولتی و غیردولتی قرار می گیرد. در این صورت، محقق ناچار است با جلب موافقت مقامات مسئول این سازمان ها، مستقیماً به بایگانی ها، آرشیوها و دفاتر آماری آن ها مراجعه کند و از آن ها استفاده نماید.

10-6-3. اسناد صوتی و تصویری

این اسناد که با استفاده از ابزارهای الکترونیکی و تصویربرداری تهیه می شود، روز به روز ابعاد وسیع تری به خود می گیرد. اسناد صوتی را عمدتاً تلفن، رادیو، تلکس، نوارهای ضبط صوت، گرام، گرامافون و حتی دیسک ها و دیسکت های رایانه ای تشکیل می دهد. این نوارها بر اساس بیان افراد، واقعیت یا چگونگی بروز پدیده ای را توضیح می دهد و یکی از منابع معتبر محسوب می شود، مشروط بر این که گوینده شخص حقیقی باشد.

اسناد تصویری انواع گوناگونی دارد که عبارت است از: نقاشی ها، کروکی ها، طراحی ها، عکس های معمولی (رنگی و سیاه و سفید)، گرافیک ها، تصاویر ماهواره ای، (رنگی و سیاه و سفید)، عکس های هوایی، فیلم ها و غیر آن.

از سوی دیگر، اسناد ترکیبی صوتی و تصویری نقش مؤثرتری در درک و فهم واقعیت ها دارند؛ زیرا صوت و تصویر را با همدیگر ارائه می دهند. این اسناد عبارتند از: فیلم های تلویزیونی، ویدئویی، سینمایی و ...؛ اما محقق باید توجه داشته باشد که فیلم هایی ارزش علمی دارند که واقعیت ها را منعکس کنند. در آن صورت، می توان آن ها را به عنوان سند معتبر مورد استفاده قرار داد؛ فیلم های مستند که حادثه یا واقعه یا صحنه یا منظره ای را به طور طبیعی و عادی نشان می دهند از این مقوله هستند؛ بنابراین، محقق باید در استناد به فیلم های مصنوعی (ساخته شده) احتیاط کند. هم چنین

نقشه ها را نیز می توان در زمره ی اسناد تصویری به حساب آورد که بر اساس روش های خاص، نظیر ترازیبی یا عکس های هوایی و ماهواره ای تهیه می شود.

7-3. جامعه آماری

مجموعه ای از افراد یا آزمودنیها که حداقل در یک ویژگی مشترک باشند یک جامعه آماری را تشکیل می دهند معمولاً در هر پژوهش، جامعه مورد بررسی یک جامعه آماری است که پژوهشگر مایل است در باره صفت یا صفتهای متغیر واحدهای آن به مطالعه بپردازد (سیدعباس زاده، 1380، ص 191).

علاوه بر مطالعات اسنادی و کتابخانه ای، با توجه به فضای تحقیق نمونه آماری می بایست از لایه خاص جامعه که خبرگان، صاحب نظران و اساتید در حوزه های مرتبط با تحقیق هستند، باشند. همچنین از آنجا که مبحث مطالعات بیمه ای، یکی از اضلاع آن را نهادها و دستگاه های حکومتی و دولتی و عمومی تشکیل میدهد. گروه دیگر نمونه آماری را مدیران، مسئولان اداری و دولتی در این حوزه و کارشناسان بخش خصوصی مانند مدیران شرکت های بیمه ای در هر شهرستان تشکیل داده ایم تا برآیند نظرات آنها به واقعیت جامعه آماری نزدیکتر باشد. در این تحقیق، جامعه آماری شامل اساتید، متخصصان و صاحب نظرانی می شود که در ارتباط با موضوع دارای جایگاه علمی یا مدیریتی هستند. به دلیل ویژگی های موضوع مورد مطالعه و به نوعی جدید بودن موضوع، دایره افرادی که در جامعه آماری این تحقیق قرار می گرفتند محدود بودند.

فصل چهارم :

یافته های تحقیق

1-4. مقدمه

امروزه تکافل به عنوان یکی از الگوهای پرکاربرد در بیمه، مورد توجه اندیشمندان حوزه اسلامی و نیز فعالان بازارهای مالی - به خصوص بازار محصولات بیمه ای - در کشورهای مختلف جهان است. صنعت تکافل از یک سو به جهت تطابق با فقه عامه (اهل سنت) و از سوی دیگر به عنوان جزئی از نظام مالی رو به رشد اسلامی، با سرعت بالایی در حال رشد و گسترش است؛ تا جایی که علاوه بر کشورهای اسلامی (اهل سنت نشین) کشورهای دیگری از جمله کشورهای اروپایی و آمریکایی نیز شاهد تاسیس شرکت های متعدد عرضه کننده محصولات تکافل هستند. به همین سبب بررسی نظری و کاربردی این الگو در سالهای اخیر اهمیت زیادی یافته و موضوع آن کمتر در محافل علمی مورد بحث و ارزیابی قرار گرفته است.

2-4. ویژگی های تکافل

از مهمترین ویژگی های الگوی تکافل، تطابق آن با هر دو دیدگاه فقهی امامیه (شیعی) و عامه (سنی) است. این روش پوشش بیمه در ادبیات فقهی اهل سنت مبتنی بر عقود شرعی انجام می شود. مهمترین عقود پایه مورد استفاده در تولید محصولات تکافل عبارتند از مضاربه، وکالت، وقف و ترکیب هایی از این عقود. متناسب با تغییر عقود پایه و ترکیب های آنها، احکام مربوط به این الگو تغییر می کند. به عنوان مثال جائز یا لازم بودن این قرارداد - بر مبنای پذیرش انشاء آن تحت عناوین عقود متعارف - به جائز یا لازم بودن عقد پایه وابسته است. بدین لحاظ الگوهای تکافل مبتنی بر عقود مضاربه و وکالت در برخی از تحلیل ها جائز دانسته می شود، در حالیکه مبتنی بر وقف، تکافل لازم خواهد بود.

همچنین نحوه تامین هزینه ها و تضمین یا عدم تضمین سود شرکت تکافل (مجری الگوی تکافل) نیز متناسب با نوع قرارداد متغیر است. به عنوان مثال در مدل های تکافل مبتنی بر مضاربه، شرکت مجری مالک بخشی از سود حاصل از سرمایه گذاری می گردد؛ در مدل وکالت حق الوکاله دریافت می کند و در الگوهای ترکیبی نیز عایدی مجری ترکیبی از روش های متفاوت است.

طراحان الگوی تکافل، مدل های مختلفی از آن را بر پایه عقود شرعی مختلف طراحی و عرضه نموده اند. طراحی این مدل ها مبتنی بر عقود شرعی به این جهت بوده است که از یک سو بسیاری از فقهاء اهل سنت (و حتی تعدادی از فقهاء امامیه) قائل به محدودیت قراردادهای معاملاتی مشروع در چارچوب عقود متعارف (معین) فقهی هستند و از سوی دیگر مخالفین دیدگاه پیشین (مخالفین انحصاری یا توقیفی بودن عقود شرعی) نیز در صورت امکان، با درج معاملات جدید در ذیل عقود معین موافق هستند (و به طور کلی تا حد امکان اجرای معاملات در چارچوب عقود معین مورد پسند عموم فقهاء است).

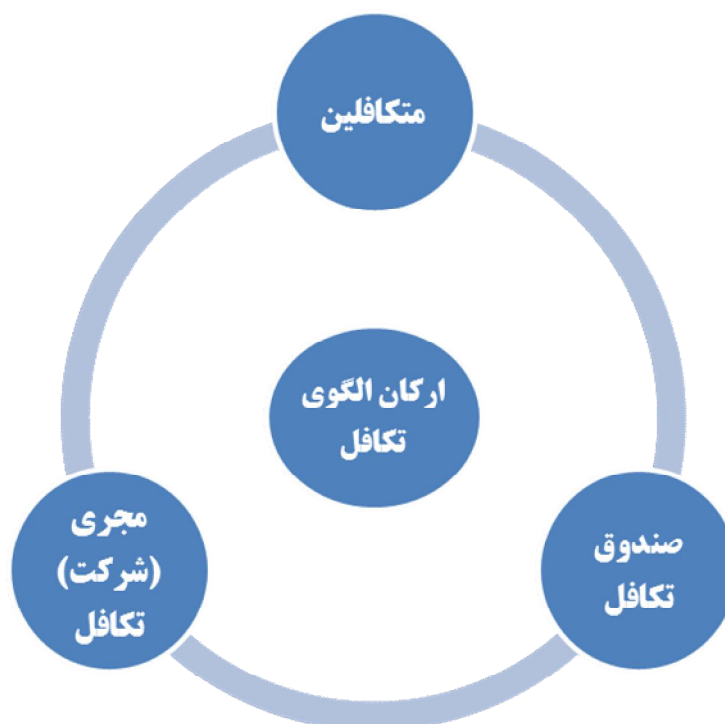
3-4. محصولات تکافل

محصولات تکافل در دو گروه تکافل عمومی و تکافل خانواده جای می گیرند. تکافل خانواده، مجموعه محصولاتی است که متناظر با الگوهای بیمه عمر (بیمه های زندگی، پس انداز و سرمایه گذاری و ...) طراحی شده اند. سایر محصولات نیز که در تناظر با بیمه های اموال و مسئولیت طراحی شده اند، مشمول تکافل عمومی هستند. برخی از این موارد عبارتند از تکافل آتش سوزی، تکافل اتومبیل، تکافل مسئولیت های مدنی و ... که در آنها صندوق تکافل تعهد می نماید خسارت های معین شده ای را طبق قواعد خاص جبران نماید.

همانگونه که پیشتر نیز گفته شد، در فقه اهل سنت (همانند فقه امامیه) تلاش می شود تا معاملات جدید ذیل یکی از عقود معین (متعارف) فقهی درج شوند. به همین سبب در طراحی سازوکار عرضه محصولات مختلف تکافل (عمومی و خانواده) از سه قرارداد شرعی پایه (شامل مضاربه، وکالت و وقف) و در مواردی ترکیب هایی از آنها استفاده شده است. در کنار این عقود، نوعی از تکافل نیز براساس قاعده تعاون (همکاری و تبرع) طراحی و عرضه شده است. (میرجلیلی، 1380)

4-4. ارکان تکافل

در شکل کلی، ارکان هر قرارداد تکافل عبارتند از: الف) متکافلین (شرکت کنندگان)، ب) مدیر تکافل (شرکت اجراکننده تکافل) و ج) صندوق تکافل. این سه رکن در همه مدل های تکافل وجود دارند و تفاوت اصلی، در نقشه عملکرد و الگوی ارتباط آنها با یکدیگر است.



نمودار 1- ارکان تکافل

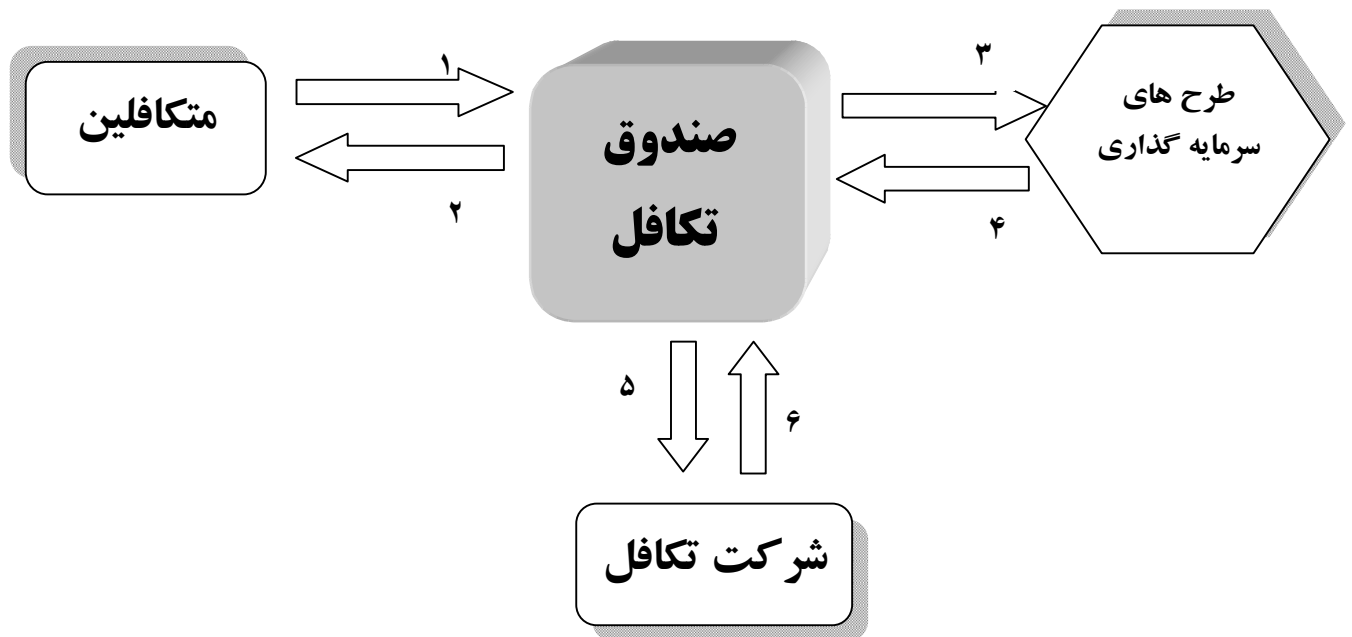
متکافیلین یا شرکت کنندگان در قرارداد تکافل، در واقع کسانی هستند که به دنبال تامین بخشی از مخاطرات خود اقدام به ورود به این قرارداد می نمایند. متکافیلین در لسان ادبیات بیمه متعارف، همان بیمه گذاران هستند که در چارچوب قراردادی ریسک های خود را توزیع می کنند.

صندوق تکافل، نهادی است که مجموع مبالغ پرداختی از سوی مشارکت کنندگان (که معادل حق بیمه متعارف است) در آن تجمیع می شود. ماهیت عملیاتی این صندوق، تامین خسارات (و یا پرداخت وجوه تaminی مورد انتظار در جریان قرارداد تکافل) است.

مدیر تکافل، مجری تکافل یا شرکت تکافل، شخصیتی است (عموما حقوقی) که مسئولیت اداره کل عملیات طراحی شده تحت قرارداد تکافل را به عهده دارد. مهمترین وظیفه این رکن، مدیریت منابع و مصارف صندوق تکافل است.

در سازوکار کلی عملیات تکافل، متکافیلین در یک چارچوب شرعی مبلغی را به صندوق تکافل (تحت عناوینی که در ادامه در مورد آن بحث شده است) پرداخت می نمایند. با این اقدام هریک از متکافیلین مخاطرات معینی را با دیگران به اشتراک می گذارد. این پرداختی موجب تعهدی برای صندوق می شود که در ازای آن می بایست خدماتی (از جمله تامین خسارات معین) به هرکدام از متکافیلین ارائه نماید. شرکت تکافل به عنوان مجری عملیات، وظیفه تنظیم روابط و نیز مدیریت مالی، اقتصادی و حقوقی صندوق تکافل را به عهده دارد که برخی از مهمترین آنها عبارتند از: انعقاد قرارداد با متکافیلین، دریافت وجوه از ایشان، سرمایه گذاری منابع صندوق تکافل، تشخیص خسارات (و بروز مصداق پرداخت تaminی)، انجام هزینه ها و پرداختی های تعریف شده از منابع صندوق تکافل.

خلاصه عملیات فوق در نمودار شماره 2 نشان داده شده است.



نمودار 2- سازوکار کلی تکافل

در نمودار 2، متکافلین در ازای پرداخت مبلغی به صندوق تکافل (فلش 1) که تحت یک قرارداد شرعی صورت می گیرد، خدمات تأمینی مشخصی را دریافت می کند (فلش 2) که همانگونه که در ادامه توضیح داده خواهد شد، عبارت است از خدمات معین شده در قرارداد (پرداخت خسارت و ...)

بعلاوه سهمی از مازاد صندوق (پس از کسر خروجی های معین و تضمین شده از مجموع مبالغ ورودی) که نحوه محاسبه و پرداخت آن در الگوهای مختلف تکافل تغییر می کند. همچنین منابع صندوق تکافل در طرح هایی که می بایست ماهیت مشروع بودن آنها مورد تأیید باشد سرمایه گذاری می گردد (فلش 3) و از محل سرمایه گذاری های مذکور که تحت قراردادهای شرعی صورت می گیرد، عوایدی (به صورت قطعی یا احتمالی) دریافت می نماید (فلش 4). شرکت تکافل نیز که مجموع این عملیات را اداره می کند، مبالغی را در ازای این عملیات دریافت می نماید (فلش 5) که

این مبالغ حسب الگوهای مختلف ممکن است مقداری مشخص از پرداختی متکافلین به صندوق تکافل، سهمی از این مقدار پرداختی، سهمی از عواید سرمایه گذاری و یا ترکیبی از این موارد باشد. در برخی از مدل های تکافل، شرکت تکافل نیز مبالغی را تحت عناوینی از جمله قرض الحسنه یا غیر آن و معمولاً به صورت موقت به صندوق تکافل پرداخت می نماید (فلش 6).

در جریان فوق، شرکت تکافل تنها واسطه و عاملی است که به اعضاء و شرکت کنندگان تعهد می دهد و جوه آنها را در صندوقی به نام صندوق تکافل نگهداری کند و بر طبق اصول تکافل، به زیان دیده خسارت و غرامت بپردازد و البته متعهد می شود به نحوی جوه تکافل را سرمایه گذاری و مدیریت نماید تا همواره شرکت تکافل بتواند تمامی مطالبات و غرامت های اعضاء را بپردازد. شرکت تکافل حق الزحمه را طبق قراری که بین شرکت و اعضاء تنظیم می شود دریافت می کند. براین اساس برخی معتقدند عملیات تکافل شامل دو عقد است: یک عقد بین اعضاء «شرکت کنندگان» که مبتنی بر آن جوه و کمک های خود (در ادبیات بیمه متعارف، حق بیمه ها) را در صندوقی به نام صندوق تکافل برای کمک به یکدیگر قرار دهند (که این قرارداد می تواند براساس تبرع (هبه)، یا وقف و یا انواع دیگری از عقود باشد) و عقد دیگر، بین اعضاء و شرکت تکافل است که در آن چگونگی پرداخت دستمزد و حق الزحمه شرکت تکافل تعیین می شود (که این قرارداد ممکن است براساس عقود مضاربه، وکالت و یا انواع دیگری از عقود تنظیم گردد). باشد (سراج زاده، 1388، ص 22).

روابط شش گانه معرفی شده در نمودار 2، اصول جریان های مالی را در یک عملیات تکافل نوعی نشان می دهد. هریک از این روابط و جریان ها مشتمل بر مجموعه ای از اصول و قواعد فنی - محاسباتی و فقهی - حقوقی است که بسته به نوع مدل و الگوی عملیاتی تغییر می کند. در ادامه توضیحات مختصری مربوط به هریک در قالب الگوی متناظر تبیین می گردد. لازم به ذکر است که

علاوه بر روابط شش گانه فوق، ارتباطات مالی دیگری نیز در مجموعه ارکان تکافل اتفاق می افتد که در الگوهای عملیاتی به هریک از آنها اشاره می شود که مهمترین آنها در مورد شرکت تکافل عبارتند از: الف) هزینه های عملیاتی و اجرایی شرکت (حق الزحمه نیروی کار، هزینه تامین مکان و سایر هزینه های اجرایی)، ب) روابط مالی با سهامداران (شامل پرداخت سود، جریان افزایش یا کاهش سرمایه و ...) و در مورد صندوق تکافل عبارتند از: الف) ذخایر قانونی، ب) هزینه های مربوط به تکافل (یا بیمه) اتکایی و ج) سایر هزینه های مرتبط.

5-4. بازتوزیع مازاد صندوق تکافل

با وجود اینکه الگوی تکافل در چارچوب فقه اهل سنت معرفی، طراحی و اجرا شده است، در سالهای اخیر فقهاء و اقتصاددانان شیعه نیز به این موضوع علاقه مند شده اند. شایان ذکر است، علی رغم مردود بودن ایرادات عمومی اهل سنت به بیمه های متعارف، فقهاء شیعه بر انواع و اشکالی از الگوی تکافل به طور کلی صحه گذارده اند. اما برخی از علماء و اقتصاددانان شیعه ضمن پاسخگویی به سوالات و شبهات مربوط به الگوهای متعارف تکافل، در حرکتی فعال نسبت به طراحی مدل هایی از تکافل اقدام نموده اند. این الگوها به لحاظ فقهی مزایایی نسبت به الگوهای متعارف تکافل دارند. با لحاظ اینکه این الگوها تاکنون اجرایی نشده اند، حسب اهمیت نظری آنها و نیز به منظور ارائه بحثی جامع، دو الگوی شیعی (متعلق به حضرات آیات آقایان سیدعبدالهادی شاهرودی و دکتر حسن آقا نظری) به اجمال معرفی شدند.

ما در این فصل بنا را بر آن گذاشتیم تا بتوانیم با طرح مباحث و مبانی فقهی و حقوقی، فرضیات و سوالات اصلی تحقیق را مورد تحلیل و ارزیابی قرار دهیم.

در فصول گذشته با اشاره به کلیاتی از تعریف و مبانی بیمه تکافل و بیان سابقه تحقیقی که تا کنون صورت گرفته و اینکه در فصل پیشین با مبانی نظری و اصولی خود بیمه تکافل آشنا شدیم. می‌خواهیم در این فصل مسئله مورد مهمی را در ارتباط با بحث مازاد صندوق تکافل مورد بررسی قرار دهیم.. همانگونه که در فصل دوم به تفصیل گفته شد، در صورتیکه صندوق تکافل پس از جبران خسارت های تعهد شده مانده مثبت داشته باشد، این مانده طبق قواعدی بین متکافلین توزیع می شود. حتی میتوان گفت که همین عامل بسیار کلیدی باعث روی آوری هر چه بیشتر مردم کشورهای استفاده کننده از طرح بیمه تکافل به مباحث بیمه ای و در نهایت رشد اقتصادی آن کشور را در پی داشته است. همین بحث تقسیم مازاد بین بیمه گذاران، مهمترین عامل تمایز این بیمه با بیمه متعارف می باشد و طبق پیش بینی اقتصاد دانان اگر این نوع از بیمه با انواع و اشکال مختلف خدماتی را در کشور ما هم اجرایی نماید قطعاً بازار بیمه ای را خیلی بیش از پیش مورد استقبال مردم و باعث پیشرفت صنعت بیمه ای کشور در سال های آتی خواهیم بود.

در میان موضوعات مختلفی که پیرامون بیمه تکافل وجود دارد بحث مبنای فقهی و حقوقی بازتوزیع مازاد صندوق تکافل تاکنون مورد تحلیل و ارزیابی قرار نگرفته و امیدواریم با ارائه پیشنهاداتی و بررسی فرضیه ها در این زمینه بتوانیم با پاسخی مستدل این سوالات را ارزیابی نماییم.

در ابتدای تشریح این مسئله، ابتدائاً به دیدگاه کسانی می پردازیم که انتقال سود مانده از صندوق تکافل به بیمه گذاران را مطابق با موازین شرع ندانسته و آنرا مشروع نمی دانند.

6-4. دیدگاه مخالفان مشروعیت مازاد

در بحث عدم مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل، میتوان دیدگاه کسانی را بیان کرد که با خود اصل بیمه های رایج مخالف هستند و آنرا کاملاً غیر مشروع و این نوع از معاملات را ربوی می دانند. برخی مخالفان با طرح شبهه ای و با استناد به نص قرآن کریم در تحریم ربا آن را از ابتدا باطل اعلام می کنند. مطابق با نظر مخالفان، ربا به چند شکل در بیمه اتفاق می افتد (گفته شده ربا بیشتر در قراردادهای بیمه عمر رخ می دهد). در همه اقسام بیمه عمر بیمه گذار حق بیمه را می پردازد و در پایان مدت قرارداد و محقق شدن شرط، بیمه گر آن مبلغ اولیه را به اضافه مازاد به بیمه گذار برمی گرداند که این مازاد همان بهره و رباست (جمالیزاده، 1380: 417). یا در بعضی انواع بیمه بعد از گذشت چند قسط و قبل از اتمام حق بیمه با بروز حادثه، بیمه گر مبلغی بیشتر از آنچه دریافت کرده بابت خسارت می پردازد و این اضافه همان ربا است (عرفانی، 1371: 102). همچنین اگر بیمه گذار در پرداخت حق بیمه از مدت مقرر تأخیر کند ملزم به پرداخت خسارت است. این خسارت تأخیر تأدیه، همان رباست. نیز وقتی شرکت بیمه وجوه دریافتی را که اصطلاحاً ذخایر بیمه ای نامیده می شود در معاملات ربوی به کار می اندازد، اقدام بر این معامله از جانب بیمه گذار معاونت برائت و مورد نهی خداوند است (جمالیزاده، 1380: 409).

در پاسخ به مطرح کنندگان شبهه ربا بعضی از علما و حقوقدانان بر این نظرند که این عقیده بر اساس تفسیر موسع از لغت رباست و گرنه معنای دقیق فقهی ربا، بیمه را در بر نمی گیرد (عرفانی، 1371: 105). همچنین دلیل یا مناط حکم بیمه که یک چاره جویی اقتصادی و اجتماعی است با ربا که موجب نابرابری و فساد اقتصادی است تفاوت اساسی دارد (ابراهیمی، 1375: 55). اینکه بیمه عمر مستلزم ربا باشد قابل رد است، زیرا در آن حق بیمه در مقابل تعهد و تضمین بیمه گر پرداخت می شود و ودیعه یا وام نیست، بلکه در ازای آن تأمین و آرامش خاطر دریافت می دارد که ارزش عقلایی و

حقوقی دارد و فقهای شیعه برای آن مالیت قائل شده‌اند. پس در قرارداد بیمه، ربا وقتی متصور است که حق بیمه را قرض بدانیم (مطهری، 1361: 15-16). از سوی دیگر می‌توان گفت اشتغال به امر ربوی امر جانبی قرارداد بوده و جزء ذات عقد بیمه نیست. لذا قبل از آن عقد بیمه مشمول اطلاق "أوفوا بالعقود" است. البته بیمه به عنوان یک نهاد مالی همچون بانک در نظام سرمایه‌داری، دارای ضعف مفسده و پتانسیل سوء استفاده است، اما این مسئله از ماهیت حقوقی بیمه منفک است، همچنانکه از هر معامله مشروع می‌توان سوء استفاده کرد و امکان اینکه نحوه تصرف شرکت بیمه در وجوه جمع‌آوری شده، اصلاح شود وجود دارد (جمالیزاده، 1380: 407).

بنابراین این دیدگاه که مازادی را که از طرف صندوق به بیمه‌گذار داده می‌شود مشروع و قابل نیست را می‌توان رد کرد چرا که در بیمه تکافل علاوه بر اطمینان خاطری که برای فرد بیمه‌گذار در مدت تعیین شده برایش حاصل می‌شود با عضو شدن در صندوق تکافل از سایر فعالیت‌های اقتصادی که صندوق تکافل با پس انداز بیمه‌گذاران انجام می‌دهد و پس از کسر تمامی هزینه‌ها، مقدار باقیمانده‌ای باقی می‌ماند این سود را بر اساس کار تقسیم شده بین بیمه‌گذار و بیمه‌گر به تمامی اعضا تقسیم نماید و اشکال شرعی و حقوقی بر آن وارد نیست و این دیدگاه رد می‌شود.

فرضیه‌ی مهمی که ما در این پژوهش به دنبال پاسخی مستدل در ارتباط با آن هستیم بحث مطرح کردن بیمه تکافل در قالب هبه معوض می‌باشد که با گنجاندن این بیمه در قالب هبه معوضه مسئله شبهه پیرامون مشروعیت فقهی مازاد صندوق بلاشکال مطرح می‌شود.

7-4. بیمه تکافل در قالب عقد هبه معوضه

در یک دیدگاه فقهی (دیدگاه آیت الله خویی)، تکافل را می توان تحت عقد هبه معوض درج نمود. هبه عقدی است که بموجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک کند. تملیک کننده را واهب، طرف دیگر را متَّهب و مالی را که مورد هبه است، موهوبه می گویند. ارکان قرارداد هبه عبارتند از: الف) طرفین قرارداد: کسی که مال خود را هبه می کند واهب و آنکه قبول می نماید مَّتهب یا موهوب له نام دارد، ب) ایجاب و قبول: انعقاد هبه، نیاز به ایجاب واهب و قبول مَّتهب دارد، ج) موضوع قرارداد هبه: چیزی که مورد هبه واقع می شود را عین موهوب می نامند. مورد هبه باید عین باشد و منافع نمی تواند مورد هبه واقع شود، د) قبض عین موهوبه: در صحت عقد هبه علاوه بر قبول مَّتهب، قبض عین موهوبه توسط او نیز شرط است (موسویان و بهاری قراملکی، 1391: 271-272).

در عقد هبه مثل دیگر عقود لازم است شرایط اساسی عقد از قصد و رضای طرفین، معین بودن مورد عقد و اهلیت وجود داشته باشد. واهب مالک ملکی است که هبه می کند. مَّتهب طرف قبول هبه است، کسی که از عقد هبه منتفع می شود و قبول ممکن است به وسیله قیم، ولی و یا وکیل صورت گیرد.

هبه از یک جهت به دو نوع معوض و غیرمعوض تقسیم می شود. البته هبه غالباً به صورت غیر معوض انجام می شود، اما بنا بر نظر فقها هبه می تواند معوض باشد. این عوض می تواند شرط شده باشد و یا غیر مشروط باشد. در هبه معوض مشروط، هر چیزی که طرفین شرط کرده باشند می تواند به عنوان عوض در نظر گرفته شود. در این صورت ضرورتی ندارد بین ارزش عوض و آنچه هبه شده است هم سنگی وجود داشته باشد. همچنین عوض می تواند مالی و یا عملی باشد که در مقابل هبه شخص واهب پرداخت یا انجام می شود. تایید این شکل از هبه توسط فقها موجب شده است تا در

قانون مدنی ایران نیز ماده ای برای آن اختصاص یابد. در ماده 801 ق.م آمده است: «هبه می تواند معوض باشد و واهب شرط کند که متبیه مالی را به او در مقابل هبه تملیک کند یا عمل مشروعی را مجاناً به جا آورد». در توضیح این بند گفته شده: «معوض بودن هبه این نیست که تملیکی در مقابل تملیکی صورت گیرد و ارزشی در مقابل ارزشی قرار گیرد، آنچنان که در بیع و اجاره دیده می شود بلکه هبه ای به شرط هبه دیگر و در نتیجه هبه ای جوابگوی هبه دیگر است نه مالی جوابگوی مال دیگر».

برخی از فقها اصولاً بیمه های متعارف را ذیل هبه معوض قرار داده اند. حضرت آیت الله العظمی خوئی (ره) در تعریف بیمه می فرمایند: «بیمه عبارت از این است که شخص هر سال مبلغی به کسی یا شرکتی بدون عوض داده و در ضمن شرط کند که اگر آسیبی مثلاً به تجارت خانه یا ماشین یا منزل یا خودش برسد آن شرکت یا شخص آن خسارت را جبران یا آسیب را برطرف یا مرض را معالجه کند و این معامله داخل در هبه معوضه است و چنانچه آسیبی وارد شود حسب شرط بر مشروط علیه واجب است که از عهده برآید و برای گیرنده اشکالی ندارد». آیت الله وحید خراسانی نیز معتقد است: «می توان عقد بیمه را به عنوان هبه به شرط تحمل خسارت احتمالی از جانب بیمه کننده انجام داد». در این خصوص آیت الله میرزا جواد تبریزی (ره) می فرمایند: «عقد بیمه داخل در هبه مشروطه است». همچنین آیت الله سیستانی در این زمینه می فرمایند: (مساله 28) «می توان قرارداد بیمه را با تمام اقسام آن از باب هبه معوضه تصحیح کرد، به این معنی که بیمه کننده مبلغی را به طور ماهیانه یا سالیانه یا یکجا به بیمه گر هبه می کند و در ضمن عقد هبه به بیمه گر شرط می کند که در صورت پیش آمد و رخ داد هر نوع خسارتی که در بیمه نامه ذکر شده، باید بیمه گر آن را جبران کند و بر

بیمه گر نیز واجب است به این شرط وفا کند و خسارت بیمه کننده را جبران کند. بنابراین عقد بیمه به تمام اقسام آن یک نوع هبه معوضه است، جایز و صحیح است".

بر همین اساس در دیدگاه درج تکافل ذیل عقد هبه معوضه، عملیات مذکور اینگونه تحلیل می شود: «متکافیلین مبالغی را (که همان حق مشارکت است) به صندوق تکافل هبه می نمایند و صندوق تکافل در عوض خسارت های معینی را (که نوع و میزان آنها در دستورالعملی تعیین و ثبت گردیده) برای متکافیلین جبران می نماید و این قرارداد مشروع خواهد بود". و به تبع مشروع بودن این نوع از عقد بیمه ای تکافل، با در نظر گرفتن معوض بودن این نوع از عقد، اگر مازادی از سرمایه های بکارگرفته شده در صندوق تکافل عاید این صندوق شود میتوان طبق ضوابط تعریفی از هبه معوضه این استناد را انجام داد که باتوزیع مازاد صندوق تکافل در هبه معوضه مشروعیت داشته و می تواند تحت عنوان این عقد قرار بگیرد.

برخی از فقهای که تکافل را تحت عقد هبه معوضه درج نموده اند. با این فرض سوالی که مطرح می شود این است که با توجه به اینکه صندوق تکافل (متهب یا موهوب علیه) یک شخصیت حقوقی است، چنین هبه ای (از افراد حقیقی به شخصیت حقوقی) مجاز است یا خیر؟

اجمالاً در شرایط هبه گفته شده است که متهب ممکن است یک نفر یا چند نفر باشند. در صورتیکه موهوب علیهم چند نفر باشند و سهم هر کدام در هبه تعیین نشده باشد، به طور مساوی مالک عین موهوبه هستند. اما در خصوص اینکه هبه به شخص حقوقی مجاز است یا خیر، می توان به این موضوع با تطبیق آن با نظر فقها در خصوص بیمه مراجعه نمود. با لحاظ اینکه: اولاً) ماهیت بیمه فراتر از آن است که بین دو فرد منعقد شود و هرگز بدون مشارکت تعداد فراوانی از بیمه گذاران و توزیع خسارت بر همه آنان محقق نمی شود و بر این اساس، جنبه جمعی بودن بیمه باید در تعریف آن

لحاظ می گردد و از این رهگذر بیمه قراردادی بین اشخاص مختلف حقیقی و حقوقی است (موسویان و بهاری قراملکی، 1391: 361-362) و ثانیاً مبتنی بر نظریه برخی فقها در درج بیمه متعارف ذیل عقد هبه معوضه، هبه به چنین شخصیتی (شخصیت حقوقی) مجاز دانسته شده است، به نظر می رسد در تکافل نیز موهوب علیه می تواند شخص حقوقی (صندوق تکافل) باشد.

مساله دیگر در این خصوص، شبهه اتحاد متعاقدين است، زیرا هبه کننده (متکافل) خود نیز عضو صندوق تکافل بوده، از منافع آن (تامین خسارت و مازاد صندوق تکافل) بهره مند خواهد شد. در پاسخی اجمالی گفته شده با توجه به اینکه حیثیت صندوق تکافل (موهوب علیه) با حیثیت افراد به تنهایی متفاوت است، چنین شبهه ای جایگاه ندارد. در توضیح این مطلب به موضوع وقف بر جهت در فقه امامیه (فقدان اشکال شرعی در صورتیکه واقف از جهت وقف خودش جزء موقوف علیهم باشد) اشاره شده است (آقامهدوی و دیگران، 1388).

اما علاوه بر دیدگاه مهم هبه معوضه، بر اساس دو موضوع دیگر هم می توان بحث مشروعیت مازاد صندوق تکافل را مورد بررسی و تحلیل قرار داد و با استنادات محکمتری این استدلال به اثبات برسد یکی مطرح کردن بیمه تکافل در قالب عقد صلح و دیگری مطرح کردن بیمه تکافل بر اساس توافق طرفین. که به تشریح هر کدام از این موارد می پردازیم.

4-8. بیمه تکافل در قالب عقد صلح

هرچند از شنیدن واژه صلح، اختلاف و نزاع به ذهن می رسد اما عقد صلح در فقه اسلامی مشروط به چنین شرطی نیست. زیرا عقد صلح نوعی وسعت و گشایش در روابط اقتصادی و حق الناس است تا انسان ها در عین رعایت قاعده اساسی اسلام در معاملات یعنی اصل رضایت (تراضی)، به سهولت

و آسانی نیازهای اقتصادی خود را رفع کنند. درحقیقت می توان از منظر جامعه شناختی، عقد صلح را سازوکاری برای جلوگیری از اختلاف های اقتصادی و راهکاری برای فرونشاندن اختلاف های مالی دانست که ممکن است در صورت تداوم، به همبستگی و انسجام و اتحاد جامعه خلل وارد کند. این عقد درعین حال از منظر روابط اقتصادی نیز از ویژگی های قابل توجهی برخوردار است؛ به این معنا که در مقایسه با سایر عقود، شرایط سهل و آسان تری دارد تا جایی که می توان صلح و مصالحه را سازوکاری برای تسهیل روابط اقتصادی تلقی کرد. به عنوان مثال، در خرید و فروش، کالا باید مشخص باشد. این در حالی است که، ندانستن برخی شرایط در عقد صلح اشکالی ندارد. حضرت امام خمینی (ره) با اشاره به همین ویژگی می فرمایند: «اشکالی نیست در اینکه جهالت که در سایر معاملات مضر به صحت معامله است در صلح در صورتی که شناختن «مصلح علیه» برای طرفین صلح ممکن نباشد مطلقاً (چه فعلاً غیر ممکن باشد و چه برای همیشه) بخشوده شده، مثل اینکه مال یکی از دو طرف مخلوط به مال دیگری شده و مقدار آن را نمی دانند لذا به این طریق با یکدیگر صلح می کنند که در آن مال به طور تساوی یا یکی کمتر از دیگری شریک باشند و همچنین است در صورتی که فعلاً چون ترازو و مکیال در کار نیست مقدار آن را نمی دانند که بنابراین این جهالت مضر نیست، بلکه بعید نیست که حتی با امکان تهیه ترازو و یا رفع جهالت به هر وسیله دیگر نیز بخشوده شده باشد.» (تحریر الوسیله) اما این تسهیل، به این معنا نیست که بتوان با عقد صلح، حلالی را حرام یا حرامی را حلال کرد. بر این اساس در جایی که ربای معاملی محقق می شود، نمی توان با عقد صلح آن را حلال کرد. حال با این مقدمه می خواهیم ببینیم عقد صلح که در فقه مطرح شده است، چیست؟

در چه مواردی می توان از آن استفاده کرد و نیز شرایط انجام آن چیست؟

4-8-1. تعریف لغوی و اصطلاحی صلح

واژه «صلح» در لسان فقها که برگرفته از آیات و روایاتی می باشد که مشروعیت این عقد و حدود آن را احراز می نماید، اصطلاحی بیگانه از معنای لغوی خویش نمی باشد. بی تردید استعمال این کلمه در قرآن و سنت به معنای لغوی آن است، و شارع برای این لفظ مانند بسیاری دیگر از الفاظ معاملات معنایی بر خلاف معنای عرفی و لغوی وضع ننموده است. به عبارت دیگر، کلمه «صلح» در قرآن و روایات برخلاف الفاظ فراوانی از عبادات همچون «صلاة»، «صوم» و «حج» دارای «حقیقت شرعی» نمی باشد.

صلح در لغت به معنای آشتی، سازش و پایان دادن به جنگ و نزاع می باشد.

در اصطلاح فقهی، عقدی است که برای اصلاح میان دو کس که در معامله و یا واقعه ای اختلاف دارند، منعقد می شود که منظور قانون نیز، همین است.

بعضی از اساتید حقوق صلح را عبارت از «تراضی و تسالم بر امری، خواه تملیک عین باشد یا منفعت و یا اسقاط دین و یا غیر آن» دانسته اند.

تعریف قدما و متاخران تا زمان شیخ انصاری از عقد صلح حکایت از این دارد که جایگاه عقد صلح نزد آنان برای فصل و قطع خصومت و نزاع بوده است. گویا اولین تعریف از ابن حمزه (متوفی حدود 560) در وسیله آغاز می شود: «الصلح: فصل الخصومة بین المتداعیین». و سپس تعاریف دیگری همچون: «عقد شرع لقطع التجاذب»، «و هو مشروع لقطع المنازعة»، «عقد شرع لقطع التنازع بین المتخاصمین»، «عقد شرع لقطع التنازع بین المختلفین»، «و آن عقدی است که شارع آن را وضع کرده

است جهت قطع نزاع»، «و هو مشروع فی الاصل لقطع المنازعة السابقة او المتوقعة» میان متاخران رواج می یابد.

در قانون مدنی فصل خاصی مشتمل بر نوزده ماده قانونی در موضوع عقد صلح تنظیم یافته است. در این فصل هیچ تعریف روشنی از صلح ارائه نشده است، از این روح‌حقوقدانان براساس مواد این فصل و فقه امامیه اقدام به تعریف صلح کرده اند. مصطفی عدل و محمد بروجرودی عبده با توجه به مواد 752 و 758 صلح را این گونه تعریف نموده اند:

«صلح عقدی است که به موجب آن طرفین متعاقدین تنازع موجودی را قطع و یا ازتنازع احتمالی جلوگیری می نمایند، و یا به موجب آن طرفین مزبور معامله دیگری می نمایند بدون اینکه شرایط و احکام خاصه آن معامله لازم الرعایه باشد»

دکتر امامی صلح را این گونه تعریف می کند: «صلح عبارت از تراضی و تسالم بر امری است، خواه تملیک عین باشد یا منفعت و یا اسقاط دین و یا حق و یا غیر آن»

این تعریف دقیقاً همان تعریف رایج فقهای امامیه بعد از شیخ انصاری می باشد. دکتر لنگرودی تعریف جدیدی ارائه می نماید: «صلح عبارت است از توافق برای ایجاد و یا انتفای یک یا چند اثر حقوقی بدون اینکه بستگی به احکام خاصه عقود معینه داشته باشد.»

دکتر کاتوزیان براین باور است که قانون مدنی به دلیل پیشینه تاریخی آن در فقه امامیه در شناسایی ماهیت صلح خالی از ابهام نیست. او بعد از بررسی جایگاه صلح در فقه امامیه و ارزیابی قانون مدنی در این باره، تعریف شیخ انصاری که صلح را «تسالم» دانسته است بر می گزیند و با برداشت خاصی که از تعریف شیخ دارد می گوید: «بدین ترتیب در مفهوم و جوهر صلح نوعی «تسالم» یا به بیان دیگر گذشت های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می کند و به

صورت معامله ای مستقل درمی آورد. یعنی در هر مورد که وجود حقی بین دو نفر مشتبّه است و یا مورد تنازع قرار گرفته است یا هدف این است که از تنازع احتمالی پرهیز شود، عقدی که بر این مبنا گذشت های متقابل طرفین واقع می شود صلح است، هر چند که نتیجه آن و وسیله تسالم ایجاد حق یا انتقال یا اسقاط آن باشد. این تلقی منطقی از صلح، امتیاز این عقد را از سایر قرار دادها به خوبی نشان می دهد و استقلال آن را در کنار بیع و معاوضه و هبه و اجاره توجیه می کند»

اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه و نیز حنفیه، سبق خصومت و یا احتمال بروز خصومت را از عناصر عقد صلح نمی دانند. لذا عقد صلح در نظر آنان عقد عامی است که می توان وسعت زیادی برای آن قائل شد. دکتر لنگرودی در این مورد می گوید: دامنه عقد صلح از یک یک عقود معینه و حتی از همه آنها وسیع تر است و به همین جهت به آن، عنوان آقای قراردادها داده اند. وسعت زائد بر حد معمول این عقد، کار پیدا کردن یک تعریف قابل قبول را برای عقد صلح دشوار کرده است.

2-8-4. شمولیت عقد صلح

ماده 752 قانون مدنی: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله غیر آن واقع شود. اصطلاح معامله در قانون مدنی اصطلاحی عام است و شامل هر عقد و قرارداد مالی می شود و تنها مخصوص خرید و فروش نیست. بنا بر این هرگونه قرارداد مالی را می توان به صلح انشا کرد. حضرت امام (ره) در این باره می فرماید: عقد صلح عبارت است از تراضی و تسالم برامری، مثل تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دکین یا حق و غیر اینها، مسبوق بودن به نزاع در آن معتبر نیست و برامری به جز مواردی که استثنا شده است و در طی مسائل آینده خواهد آمد جایز است و در هر مقامی می توان از آن استفاده کرد مگر مواردی که عقد صلح حرام

کننده حلالی یا حلال کننده حرامی باشد. از مواردی که حضرت امام (ره) استثنا فرموده است، حقوق غیر قابل نقل و اسقاط مثل حق مطالبه دین و حق رجوع در طلاق رجعی و امثال آن و همچنین صلح ربوی است.

در ماده 758 قانون مدنی آمده است: صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله ای را که به جای آن واقع شده است می دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد.

3-8-4. موضوع عقد صلح

قانون مدنی در مورد موضوع عقد صلح ساکت است. دویشت عمده در مورد موضوع عقد صلح وجود دارد:

الف) موضوع عقد صلح چه مواردی می تواند باشد و مستثنیات کدامند؟

در قانون مدنی تنها به بعضی موارد که می تواند موضوع صلح واقع شود، اشاره شده است مثلاً در ماده 756 آمده است: حقوق خصوصی که از جرم تولید می شود، ممکن است مورد صلح واقع شود. ولی کلیه مواردی که صلح می تواند بر آن واقع شود، در این قانون ذکر نشده است. خوشبختانه حضرت امام (ره) کلیه موارد عقد صلح را بیان فرموده اند: متعلق صلح یا عین است یا منفعت یا دین و یا حق درهمه این مورد صلح با عوض است یا بدون عوض و در فرض اول (صلح با عوض) عوض یا عین است یا منفعت یا دین یا حق لذا همه این صور صحیحند. تنها موردی را که حضرت امام (ره) استثنا کرده اند، حقوق غیر قابل نقل و اسقاط است مثل حق مطالبه دین و حق رجوع در طلاق رجعی.

ب) آیا موضوع عقد صلح باید معلوم باشد؟

قانون مدنی در مواد مربوط به عقد صلح هیچ اشاره ای به این مساله نکرده است. تنها در ماده 190 در کلیات عقود آمده است که موضوع باید معین باشد و در ماده 216 می گوید: مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

1) صلح از عقود توافقی است و تراضی طرفین، شرط پیدایش آن می باشد، رعایت تشریفات عقود نیز در آن شرط نمی باشد، فقط رضایت طرفین همراه با بیان ایجاب و قبول، کفایت می کند، البته طرفین باید اهلیت معامله و تصرف داشته باشند، تا عمل آن ها مشروع و محکمه پسند باشد.

2) عقد صلح، عقدی لازم است، چنان که اگر کسی به موجب صلح، نزاعی را پایان داد، پس از آن نمی تواند از نظر خویش برگردد و دوباره اقامه دعوی در مورد همان موضوع و همان سبب نماید مگر از طریق فسخ و اقاله که قانون این حق را داده است.

3) صلح ممکن است معوض و یا غیر معوض باشد.

4) صلح عقد مستقل است؛ همان طور که صاحب جواهر (ره) می فرماید: در نظر ما فقهای امامیه، صلح عقد اصلی است و فرع بر عقود دیگر نیست، اگر چه همان فایده ای را افاده کند که ممکن است یکی از عقود افاده نماید.

یکی از ویژگی های مهم عقد صلح این است که به وسیله این عقد می توان به نتایج بسیاری از عقود معین دست یافت. طرفین عقد صلح می توانند در قالب این عقد به تملیک عین یا منفعت، و یا اسقاط دین و حق، در مقابل عوض و یا بدون عوض اقدام بنمایند. پس عقد صلح در عین حال که به نظر جمهور امامیه عقدی مستقل و اصیل می باشد، می تواند دربردارنده نتایج بسیاری از عقود باشد.

فقهای شیعه بحث تفصیلی و روشنی از توسعه و یا تضییق دامنه نتیجه عقد صلح نسبت به سایر عقود و معاملات ارائه ننموده اند. اما از ظواهر آرا و نظریات بیشتر ایشان می توان به همان نتیجه ای رسید

که صاحب مناهل به آن دست یافته و آن این است که عقد صلح می تواند نتیجه و ثمره همه عقود و معاملات، غیر از عقد نکاح را در برداشته باشد.

ماده 752 قانون مدنی جریان صلح را در همه موارد معاملات روا شمرده و هیچ قراردادی را در این خصوص استثنا ننموده است..

از طرفی دیگر، جمعی از فقیهان متاخر و معاصر از توسعه و گسترده‌گی تعریف عقد صلح بیشترین بهره را برده اند، تا جایی که تحقق بخشی از معاملات و قراردادهای نوپیدا و ناشناخته را به عنوان عقد صلح ممکن و روا دانسته اند.

یکی از موضوعات جدیدی که امروزه مطرح شده بحث مشروعیت بیمه می باشد که بطور مشخص اثری از آن در عقود معین نمی توان یافت که ازدیدگاه برخی فقهای معاصر می تواند بعنوان عقد صلح مشروعیت پیدا کند.

همان طوری که گفتیم که عقد صلح به نظر اکثریت فقهای امامیه عقد مستقلی می باشد و این مستقل بودن به این منظور است که تابع هیچ یک از عقود که در راستای آن مصالحه می شود نمی باشد بنابراین از آنها تبعیت نمی کند ولی این به دین منظور نیست شرایط اساسی که برای یک معامله لازم است نباید داشته باشد بلکه باید شرایط صحت معامله چه عقد صلح باشد چه سایر عقود لازم و ضروری می باشد در عقد صلح هم طرفین با اهلیت لازم برای انعقاد معامله داشته باشد به عبارتی شرایطی که برای انعقاد یک معامله لازم است چه در عقود لازم و چه در عقود جایز برای عقد صلح هم لازم و ضروری می باشد مثلاً طرفین نمی توانند در خصوص جهت معامله که مشروع است بر خلاف آن مصالحه نمایند بلکه چنین صلحی باطل است مانند سایر معاملات. ولی طرفین می توانند در مورد موضوع معامله عقد بیع مصالحه نمایند هرچند موضوع معیوب بوده باشد و یا عوضین

تفاوت فاحش داشته باشد حتی به موجب ماده 757 قانون مدنی که مقرر می دارد: صلح بلاعوض نیز جایز است. می بینیم که در صلح شرط عوضین شرط صحت نمی باشد. صلح کردن در آن اشکال ندارد حتی اگر عوض باشد هرچند ناچیز چنین عقدی (عقد صلح) صحیح می باشد بنابراین بیشترین تاثیر عقد صلح در معاملات معمولاً در آثار آن عقدی که مورد مصالحه قرار می گیرد؛ می گذارد. همچنین طرفین نمی توانند بر خلاف ذات عقد مصالحه نمایند چنین صلحی باطل است.

اثر صلح و سازش طبق قاعده کلی حاکم بر قراردادهای و عقودها نسبی است (نسبی بودن آثار قراردادهای)، بدین معنا که آثار صلح متوجه طرفهای عقد صلح است. و بیمه می تواند در قالب این عقد با تسالم بین بیمه گر و بیمه گزار مبنی بر پرداخت وجه بیمه به صورت اقساط یا نقد در مقابل تعهد بیمه گر نسبت به جبران خسارت وارد شده نسبت به موضوع بیمه انجام گیرد در بحث بازتوزیع مازاد صندوق تکافل یکی از فرضیه این می باشد که با در نظر گرفتن انعقاد یک عقد صلحی، در توافق و مصالحه ای که بین بیمه گذار و متصدی صندوق تکافل (بیمه گر) در خصوص نحوه توافقات اولیه و میزان پرداختی، نحوه مشارکت، و در صورت وجود مازادی از صندوق، به تمامی این موارد اشاره و آن را در قالب عقد صلح ایجاب و قبول نمایند و در این صورت بازپرداخت مازاد صندوق تکافل بر اساس عقد شرعی منعقد شده و هیچ شبهه ای در آن راه ندارد

9-4. بیمه تکافل در قالب یک عقد جدید بر مبنای اراده طرفین

در حقوق ایران مبحث عقد و قرارداد از مباحث مهمی است که قواعد آن در قانون مدنی کشور متمرکز شده است. در این قانون عقد و قرارداد هر دو به یک معنی به کار رفته است، ولی همانطور که بررسی های صورت گرفته در این زمینه نشان می دهند تمایز ظریفی نیز بین این دو وجود دارد.

در قانون مدنی ایران براساس نظریات فقهی کلمه عقد برای تبیین آن دسته از قراردادهایی که در فقه اسلامی به طور خاص و روشن و تحت عنوانهای مشخص ذکر شده‌اند بکار رفته است که از آنها به ((عقود معین)) یاد میشود مانند بیع و اجاره، در حالی که قرارداد به عنوان لغتی عام هم گروه اخیر و هم هر نوع عقد دیگری که نام آنها در قانون برده نشده ولی مخالفتی هم با آن ندارد را در بر میگیرد که به آنها ((عقود نامعین)) نیز میگویند. بخش دیگری از قانون مدنی به شروط قراردادی اشاره دارد که از فقه اسلامی سرچشمه گرفته و به طور دسته بندی شده در قانون مدنی ایران گنجانیده شده است. معنای لغوی شرط عبارت است از قرار، پیمان، عهد، و تعلق امری به امر دیگر. در حقوق شرط عبارت است از تعهدی که شخصی به عهده میگیرد و در متن قراردادی وارد میشود.

شکی نیست که اراده از جمله مختصات انسان است، لیکن در چیستی آن فلاسفه و متکلمین دیدگاه های متفاوتی دارند. شکل گیری اراده در انجام هر عملی به ویژه عمل حقوقی طی مراحل صورت می پذیرد: 1- تصور وجود عمل 2- سنجش میزان سود و ضرر 3- تصدیق لزوم انجام عمل (رضا) 4- تصمیم و در نهایت 5- اجرا

برای تحقق هر عمل حقوقی قصد انشاء ضروری است که در مقابل آن قصد اخبار وجود دارد. اراده در اعمال حقوقی در دو چهره ظاهری و باطنی نمود می یابد که در صورت تزامم، اراده باطنی مقدم خواهد بود. با لحاظ مراحل شکل گیری اراده و وجوه افتراق قصد و رضا در می یابیم که قصد، عنصر سازنده عقد و رضا، شرط اعتبار آن است. لذا عقد در حالت فقدان قصد باطل و در صورت فقدان رضا، غیرنافذ می باشد.

اصدار هر فعلی از سوی انسان، چه مادی و چه حقوقی، با اراده او صورت می پذیرد. در پشت هر فعل ارادی قصد آن نهفته است. و گفته می شود تا انسان نسبت به فعلی رضایت نیابد انجام آن را

قصد نمی کند. قدر مسلم آنکه هر عمل حقوقی از قصدی تبعیت می کند (العقود تابعه للقصود)؛ اما در اینکه این عنصر (قصد) را لازم در فاعل عمل بدانیم یا شرط صحت آن عمل حقوقی بدانیم اختلاف است.

رکن اساسی هر قرار داد که اعم از عقد است، اراده کسانی است که آنرا منعقد می سازند. به عبارت دیگر اراده مهمترین عامل و یا تنها عامل ایجاد قرارداد بشمار میرود.

بدین ترتیب کلیه افرادی که دارای اراده صحیح و سلیم باشند، حق دارند به هر ترتیبی که مایلند در زمینه دیون و تعهدات خود توافق نمایند، مشروط بر اینکه از چهار چوب ضوابط اساسی و امری شرع و قانون خارج نگردند.

4-9-1. اراده

اهل لغت، اراده را از دو ماده «رود» (لسان العرب/365/5: الصحاح تابعه اللغه؛ صحاح العربیه/478/2) و «ری د» (النهایه فی غریب الحدیث/288/2) به معنای خواستن و قصد داشتن (لغت نامه/1605)، طلب و برگزیدن (پ: جوهری، همان) آورده اند.

در فرهنگ قرآن واژه اراده بکار نرفته است اما مشتقات این ماده به دو معنای «مبدأ فعل» و «منتهای آن» است و در معنی دوم به مفهوم «حکم» بوده و تنها اراده خداوند را شامل می شود. (مفردات الفاظ قرآن کریم/371). مانند آیه شریفه «انما یرید الله لیذهب عنکم الرجس اهل البیت و یطهرکم تطهیرا» در متون فقهی - چه امامیه و چه عامه - از اراده تعریفی جدای از تعریف قصد اراده نگشته است.

در حقوق علاوه بر قانون، اراده از مبانی اعتبار قرارداد شمرده شده است و قانون منشا حاکمیت و تحدید اراده می باشد. منشا اراده، روان انسان است و مقصود از اراده در اصل حاکمیت اراده، حاکمیت انشایی است. (شهیدی، حقوق مدنی/55-6/1)

در حقوق ایران، اراده حرکت نفس بطرف کاری معین پس از تصور و تصودیق منفعت آن است و اعم از قصد انشا است. (ترمینولوژی حقوق/24 ذیل واژه اراده) اراده در اصطلاح حقوق ایران به معنای خواستن است، اما در شرط روانی معامله یا ایقاع. بر اساس بند 1 ماده 190 قانون مدنی، اراده به دو حالت جداگانه ی درونی رضا و قصد تفکیک شده است. اراده گاه مجموع قصد و رضا و گاه منحصر به قصد انشا می باشد (شهیدی، حقوق مدنی/55/1)

2-9-4. اصل حاکمیت اراده

با درنظر گرفتن اصل حاکمیت اراده نتایجی به شر ذیل می توان از این اصل استخراج کرد :

- اراده منشاء اصلی تعهدات ناشی از قرارداد است. بدین بیان که هر گونه تعهد یا التزام و مسئولیتی علی الاصول دارای ریشه قراردادی است. در واقع اراده خالق التزامات و مسئولیتها است با اینهمه بعضی از مسئولیتها ریشه قراردادی ندارند و اراده افراد پدیدآورنده آنها نیست، بلکه منشاء این قسم مسئولیتها امر و نهی حاصل از قانون است. قانون منی ایران این موارد را تحت الزامات بدون قرارداد آورده و از غصب و اتلاف و تسبیب و استیفاء از عمل و مال غیر ، یا اداره مال غیر و امثال آن سخن گفته است.

- قرارداد حاصل از توافق اراده متعاقدين اعتبار و ارزشی معادل اعتبار قانون دارد.

گاه نیز ارزش قرارداد از ارزش بعضی از قوانین که جنبه تفسیری یا تعویضی دارند به مراتب بیشتر است، یعنی میتوان خلاف قوانین تفسیری توافق کرد، همانطور که بیان شد عده ای از علما معتقدند که منشاء جامعه نیز قرارداد است و در این زمینه از قرارداد اجتماعی سخن گفته و آن را اساس قدرت هیئت حاکم دانسته اند.

- افراد و اشخاص آزادند که قراردادی را منعقد سازند یا از انعقاد قرارداد خودداری کنند.
- افراد و اشخاص آزادی دارند در وضع مساوی با هم در زمینه شرائط قرارداد مذاکره نمایند و حق دارند با رعایت اصول نظم عمومی و اخلاق حسنه محتوی و موضوع ر قراردادی را مشخص سازند.
- متعاقدين در قراردادهای خود حق دارند برخلاف قوانین تفسیری یا جانشین توافق نمایند و قوانین مذکور را در قرارداد خود نادیده بگیرند .

در بعضی از کشورها از جمله فرانسه، طرفین قرارداد حق دارند در بین قوانین کشورهای مختلف به میل خود قانونی را انتخاب کنند تا بر روابط حاصل از قراردادشان حاکم باشد . دیوان کشود فرانسه هم معتقد است، قانون قابل اجراء در عقود ، خواه از جهت ماهیت و آثار و شرایط آن ، قانونی است که طرفین انتخاب کرده اند .

- طبق ماده 968 قانون مدنی ایران ، تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است ، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگر قراردادده باشند .
- علی الاصول قراردادها تابع هیچگونه تشریفاتی نیستند و در اثر توافق صریح یا ضمنی اراده طرفین قرارداد به وجود می آیند، اما در موارد بسیار استثنائی، برای ایجاد عمل حقوقی رعایت بعضی تشریفات ضرورت دارد. در حقوق ایران میتوان ايقاع طلاق را بعنوان نمونه مثال زد .
 - آثار حقوقی ناشی از قراردادها همان آثاری است که در قصد مشترک طرفین قرارداد واترد شده

است، چنانچه بین متعاقدين در آثار قرارداد اختلاف بوجود آید، قاضی مکلف است قصد مشترک را در بین سطور قرارداد جستجو کند.

کشف قصد طرفین در قرارداد و رفع ابهامی که پدید آمده است یک مسیر قضائی بحساب می آید و شناسائی این مسیر و تسلط بر آن علاوه بر داشتن اطلاعات کافی مستلزم تجربه است.

- محدودیت آزادی اراده در قراردادها جنبه استثنائی دارد. در صورت تردید در این زمینه و عدم احراز مغایرت مفاد قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمده دیگر، اصل عدم جاری است یعنی اصل، عدم محدودیت اراده و اصل، عدم مغایرت قرارداد منعقد با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره دیگر میباشد.

- استقلال اراده در قراردادها و اصل آزادی قراردادها تامین کننده عدالت اجتماعی است ولی ممکن است تعادل اقتضای را به همراه نداشته باشد. بنابراین اسقاط کافه خیارات در قرارداد منعقد به بلااشکال است، زیرا با توافق طرفین، خیارات حقیقی و فرضی ساقط میشود و متضرر از این امر خود، اقدام به ضرر خویش نموده است و بدین ترتیب ضرر وارده، از حمله مظالمی محسوب نمیشود که به متضرر تحمیل شده باشد.

در ارتباط با بحث حاضر، یعنی بررسی فرضیه هایی مناسب و شرعی برای بازتوزیع مازاد صندوق تکافل این فرضیه را هم می توان مورد ارزیابی قرار داد که می توان ارتباط میان بیمه گذار و متصدی صندوق تکافل (بیمه گر) را بر اساس عقد جدید که بر مبنای توافق طرفینی حاصل گشته را مورد تحلیل قرار داد.

در این دیدگاه در خصوص مبنای مشروعیت بازتوزیع مازاد تکافل در فقه امامیه، این قرارداد عقدی مستقل و جدید (غیرمعین) دانسته می شود. برخی از محققین حوزه فقه معتقدند: قرارداد تکافل شامل

تعدادی از عقود معین و معهود است که عبارتند از: هبه، مضاربه (در شکل تکافل مضاربه ای) و قرض الحسنه. هدف اصلی هر سه عقد تامین در مقابل خطرات مالی احتمالی است؛ بنابر این اگر چه در عقد تکافل از این سه نوع عقد استفاده شده است، ولی هدف آن با اهداف هر سه عقد به تنهایی متفاوت است؛ یعنی این قرارداد با مضاربه که هدف از آن صرفاً رسیدن به سود سرمایه گذاری است و هبه که مقصود از آن بخشش مالی بدون عوض به شخص است و قرض که تملیک مال در مقابل بدل آن است، تفاوت دارد. گرچه هدف اصلی تکافل با ترکیب این سه عقد حاصل شده است، ولی با توجه به اهداف خاصی که این شرکت ها دنبال می کنند، قرارداد تکافل عقد مرکبی است که با مقاصد هیچ یک از این عقود به تنهایی مطابقت ندارد و به نظر می رسد تکافل عقدی جدید باشد. بنابر این لازم است در این قرارداد، متعاقدان از شرایط عمومی از جمله بلوغ، عقل، اختیار، رشد و عدم فلس برخوردار باشند و شرایط خاص قراردادهای مضاربه، هبه و قرض، نیز بر آن حاکم است (آقامهدوی و دیگران، 1388)

براساس آنچه (معرفی الگوی تکافل) بیان گردید، طراحان اشکال مختلف تکافل (مبتنی بر وکالت، مضاربه و ...) قرارداد مذکور را با نام عقد پایه (وکالت، مضاربه و ...) نامگذاری و جزییات عملیات آن را در قالب شروطی در ضمن عقد مورد نظر تعریف می نمایند. با توجه به توضیح فوق (اینکه اولاً: این قرارداد، مشتمل بر چند عقد مختلف است و ثانیاً: هدف نهایی قرارداد با هدف نهایی هیچ یک از عقود مذکور یکسان نیست) به نظر می رسد درج الگوهای مختلف تکافل تحت عنوان قراردادهایی از جمله مضاربه، وکالت و ... خالی از وجه باشد؛ بلکه اولی لحاظ این قرارداد به عنوان عقدی جدید (با ماهیتی پیچیده و چندگانه) است.

«عقد» در لغت، به معنای گره زدن، بستن و محکم کردن چیزی است. این اصطلاح در زبان شرع به معنای قرارداد و پیمان بستن است و قرآن کریم با جمله "یا ایُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا اَوْفُوا بِالْعُقُودِ" عمل به پیمان‌های صحیح و انسانی را واجب کرده است. منظور مرحوم محقق حلی (ره) از «عقود» قراردادهایی است که تحقق هر کدام از آن‌ها احتیاج به دو طرف (ایجاب و قبول) دارد، بر خلف «ایقاع» که پیمان یک طرفی است.

عقد در اصطلاح عبارت است از ایجاب و قبول با ارتباطی که شرعاً معتبر است. براین اساس هر عقد مشتمل بر سه امر است: الف) ایجاب، ب) قبول، ج) ارتباط مخصوص. به عبارت دیگر چنانکه در تعریفات جرجانی آمده است: عقد ربط دادن اجزاء تصرف (ایجاب و قبول) است شرعاً.

حال سوال این است که آیا می‌توان عملیات تکافل را نوعی عقد دانست؟

به عنوان پاسخی اجمالی، وجود متعاقدين (طرفین ایجاب و قبول)، مورد عقد و عوضین را می‌توان دلیل بر عقد بودن این عملیات دانست:

الف. طرفین عقد: طرفین یا متعاقدين در قرارداد در قرارداد تکافل، عامل تکافل (بیمه گر) و متکافلین (بیمه گذارن) هستند. ایجاب در واقع ابراز تمایل و علاقه دارنده ریسک برای پیوستن به «برنامه تقسیم ریسک» و پذیرفتن مسئولیت هایی در قبال آن است. فعالان صنعت تکافل برای آنکه امر ایجاب را مستند و استاندارد نمایند معمولاً فرم پیشنهادیه ای را تهیه می نمایند که شرکت کننده در طرح تکافل باید آنرا تکمیل و امضا نماید. قبول نیز معمولاً از ناحیه بیمه گر (شرکت یا صندوق تکافل) در پاسخ به پیشنهاد ارائه شده از طرف بیمه گذار (متکافل) صورت می گیرد (راه چمنی، 1387).

ب. **مورد یا موضوع عقد:** موضوع عقد یا معامله در قراردادهای تکافل حسب مورد، گاهی مال است

گاهی شخص و گاهی مسئولیت های مدنی فرد (ناطق گلستان، 1386).

ج. **عوضین عقد:** عوضین در این قرارداد، از سوی بیمه گذاران پولی است که به عنوان نوعی بخشش

(هبه) پرداخت می کنند و از سوی بیمه گر (شرکت یا صندوق تکافل)، تعهد به پرداخت خسارت

است. و بیمه گر همچنین حق مشارکت در سود مازاد را به بیمه گذاران اعطا می نماید.

در نهایت مسائلی از جمله وجود سه رکن در قرارداد (متکافیلین، صندوق و شرکت) و ماهیت

صندوق (یا شرکت) و جایگاه آن در قرارداد مذکور (با لحاظ دیگری به عنوان طرف قبول در عقد)

محل تامل و قابل مطالعه است. از سوی دیگر مبتنی بر فلسفه تکافل، این مدل در پوشش ریسک

روشی مبتنی بر تعاون و همیاری است، بدین معنا که متکافیلین با ورود به این عرصه، به توافقی

جمعی برای تامین خسارات متضررین دست می زنند.

برخی از فقها معتقدند با توجه به عمومیت قاعده «وفوا بالعقود» و با وجود شرایط کلی صحت عقد و

عدم وجود دلیلی بر نامشروع بودن آن، قرارداد تکافل عقدی است مستقل، صحیح و مشروع. در این

دیدگاه تکافل قراردادی است بین چند (یا چندین) نفر که بنابر فرض، همگی آنها اهلیت انعقاد

قرارداد مالی (تصرف در مال خود)، قصد و رضای چنین اقدامی را دارند. جهت عقد نیز مشروع است

و لذا بنابه حکم آیه اول سوره مائده (ای کسانی که ایمان آورده اید، به قراردادهای خود وفا کنید)

چنین قراردادی صحیح و مشروع است.

تا به اینجا مبنای فقهی مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل مورد تحلیل و بررسی قرار گرفت و اما مبنای حقوقی مشروعیت بازتوزیع مازاد صندوق تکافل را می توان ذیل ماده 10 قانون مدنی تشریح کرد.

10-4. مبنای حقوقی مشروعیت مازاد صندوق تکافل

ذیل ماده 10 قانون مدنی

الزام به پرداخت ضرر و یا مازاد (سود) ناشی از انجام تعهد امری اجتماعی و حقوقی است که جهت حفظ نظم و تعادل در جامعه و احترام به عهد و پیمان میان طرفین قرارداد برقرار شده است. زمانی که فردی متعهد به امری شد اجرای آن وظیفه قانونی، اجتماعی، اخلاقی و حتی دینی او محسوب میشود. این امر کاری پسندیده در همه جوامع و ملل بوده و تخلف از آن به عنوان نوعی خطا و عمل ضد اجتماعی تلقی میگردد. به همین منظور و برای جلوگیری از این تخلف، غالب کشورها در قوانینی وضع می نمایند. در این قسمت تلاش شده است که به عنایت به اصل آزادی اراده و قراردادهای به قوانین و مقررات و مبنای فقهی آن نگاه شده و حداکثر حمایت برای توافق طرفین ارائه شود.

مبنای حقوق خصوصی ایران آزادی اراده است. انی امر با یک جستجوی سطحی در قوانین مربوط و مبانی فقهی آن قابل ملاحظه میباشد، اگرچه نظارت و کنترل قانونگذار نیز در امور مربوط به نظم عمومی و حاکمیتی و حمایت از اقشار ضعیف بدون توجه نمانده است

در حقوق اسلامی از آزادی اراده به ((اصل اباحه)) تعبیر گردیده است. یعنی هر امری حلال و آزاد است مگر خلاف آن تصریح شده باشد. قانون مدنی ایران نیز به عنوان قانون مادر در حقوق خصوصی کشور، پرچمدار این دعوی بوده و در مراحل مختلف آن را اعلام داشته است. براساس

ماده 10 قانون که اصلیتین حامی آزادی قراردادها است ((قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف قانون نباشد نافذ است.)) ویژگی این ماده اطمینانی است که در طرفین یک قرارداد ایجاد میکند و آنان مادام که تصمیمی مخالف قانون اتخاذ ننموده باشند میتوانند در خصوص قرارداد آتی خود تصمیم گرفته و شروط آن را انتخاب و یا محتوای آن را تغییر دهند، بدون اینکه واهمه‌ای از سرنوشت آن در مرحله دادرسی داشته باشند.

اگرچه عبارت ماده فوق ارزش آزادی قراردادها را در حقوق ایران به خوبی بیان کرده و جایگاه آن را در حقوق قراردادها می‌رساند، ولی مفهوم آن با آنچه در نظریه‌های فردگرایانه موجود است متفاوت بوده و از آن به هیچ وجه بی‌نظمی، اجحاف و استثمار به ذهن متبادر نمیشود. این بدان دلیل است که همواره عنصری فراتر از آن، که همان قانون است، وجود دارد که هر جا ضرورت داشت مانع آن شده و از تحقق نتایج غیرمعقول و مخالف عدالت و امنیت جلوگیری مینماید. همین امر نیز سبب شده برخی حکومت واقعی را در حقوق ایران از آن قانون بدانند تا حاکمیت اراده طرفین. 2-عوامل محدودکننده آزادی قراردادها. (کاتوزیان، 1376، ص 145)

با توجه به مواد قانون مدنی و قوانین دیگر میتوان موانع اصل آزادی قراردادها را در حقوق ایران به شرح ذیل بیان داشت :

الف. قانون

آنچه در اینجا از قانون مدنظر است معنی خاص آن یعنی مصوبات مجلس و یا کمیسیونهای آن به ترتیبی که در اصل 85 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده میباشد. به طور قطع این معین از قانون با آنچه که در ماده 10 ق.م. آمده متفاوت است. قانون در این ماده دارای معنایی عام است که نه تنها قانون به معنای اخص را شامل میگردد، بلکه امور مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نیز در

بر میگیرد. در غیر این صورت لازم میبود که در متن ماده فوق از این دو عنصر نیز در کنار عنصر قانون نام برده میشد، همانطور که در برخی مواد دیگر چنین شده است.

باید دید که آیا هر قانونی میتواند محدودکننده آزادی قراردادها بشود یا خیر؟ پاسخ به این سؤال تأکید مجددی است بر اعتبار اصل آزادی قراردادها، چراکه هر قانونی توان مقابله با این اصل را نداشته بلکه تنها قانونی این قابلیت را دارد که جنبه اجتماعی آن بر جنبه های دیگر غلبه داشته و حاوی عوامل مرتبط با نظم عمومی باشد به طوری که امکان تراضی برخلاف آن را غیرممکن سازد (قانون امری)، و نه قوانینی که این جنبه آن ضعیفتر است (قانون تکمیلی). لذا فقط تعدادی از قوانین این قابلیت را دارند.

مشابه همین دسته بندی را در فقه امامیه نیز میتوان یافت. زیرا فقها احکام و قوانین دینی را به دو گروه (حکم) (آنچه توافق بر علیه آن جایز نیست) مانند حرمت ربا و تبعیت ولد از فرارش، و (حق) (آنچه توافق بر علیه آن جایز است) مانند مبحث خیارات در بیع، تقسیم میکنند. (حکم) نیز خود بر دو دسته تقسیم میشود؛ (عزیمت) که اراده افراد به هیچ وجه برخلاف آن اعتبار ندارد مثل حرمت ربا، و (رخصت) که در صورت اضطرار میتوان برخلاف آن عمل نمود مانند حرمت شرب مشروبات الکلی و مورد ماده 276 ق. امور حسبی. دلیل این نظر نیز آیات ذیل ذکر شده است: (یریدالله بکم الیسر و لایرید بکم العسر) ، (ما جعل علیکم فی الدین من حرج) و (یریدالله ان ینخف عنکم و خلق الانسان ضعیفا)

سؤالی که در این مرحله ممکن است مطرح شود نحوه و ملاک تشخیص قوانین امری از تکمیلی است. چگونه و با چه معیار و ملاکی میتوان این دو را از هم تشخیص و تمیز داد؟ توجه به پیشینه اصل آزادی قراردادها و اثرات اجتماعی و اقتصادی آن، و طرق گسترش عوامل محدودکننده زندگی،

ما را به این دلالت می نماید که برای هر قانون امری به دنبال دلیل باشیم و اصل اولیه را در قوانین تکمیلی و موافق آزادی قراردادها بودن بدانیم و اجازه ندهیم که احیاناً تمایلات غیرحقوقی (از قبیل تمایلات اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و غیر آن) بر این نظر غلبه یافته و ما را به راه مخالف بکشاند. این استنباط با قانون مدنی ایران و مقررات اسلامی هم منطبق بوده و نتایج اجتماعی و حقوقی و اقتصادی مثبتی نیز به دنبال دارد.

ب. نظم عمومی.

نظم عمومی مفهوم گسترده و قابل تفسیری است که به راحتی میتواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد. براساس ماده 975 ق.م. (محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا ... مخالف با نظم عمومی محسوب میشود به موقع اجرا گذارد...) این ماده موانع دیگر آزادی قراردادها را دو عنصر اخلاق حسنه و نظم عمومی اعلام داشته است. نظم عمومی در معنایی که در این مبحث به کار میرود در واقع ارتباطی دوجانبه با قانون امری دارد، چراکه قوانین امری قوانینی هستند که برای حفظ نظم عمومی تدوین شده اند. مع الوصف اینطور نیست که همه امور مربوط به نظم عمومی در قالب قوانین امری درآمده باشند.

ج. اخلاق حسنه

چنانچه ماده فوق نشان میدهد اخلاق حسنه نیز میتواند مانعی برای آزادی قراردادها باشد. اخلاق حسنه عاملی است مستقل در محدودیت آزادی قراردادها، و نه آنطور که برخی ادعا کرده اند. یکی از مصادیق نظم عمومی، وجود این مانع برای آزادی قراردادها در جامعه ایران به راحتی پذیرفته شده و حکم قانون چیزی جز امضاء رویه موجود در جامعه نبوده است. به همین دلیل قانون ضمن این پذیرش قراردادی را که مخالف آن باشد (مثل اینکه متضمن دروغگویی، خیانت در امانت، و یا منافی

عفت و نجابت باشد مانند قرارداد تکثیر و فروش فیلمها و نشریات مبتذل و یا قراردادهای صوری به منظور نپرداختن دین اشخاص) بی‌اثر و باطل اعلام نموده است.

اگرچه میشود اخلاق حسنه را نیز یکی از مصادیق نظم عمومی دانست، ولی به دلیل اهمیت خاص آن در جامعه ایران قانونگذار ترجیح داده است که آن را مستقلاً ذکر کرده و مطرح نماید

اصل حاکمیت اراده در نظام حقوقی بسیاری از کشورها از جمله ایران پذیرفته شده است. یکی از مصادیق این اصل ماده 10 قانون مدنی ایران است که مقرر میدارد :

((قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا نموده اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد ، نافذ است.))

با وجود ماده 10 مذکور و مواد دیگر که شرح آن خواهد آمد در قرار دادهای خصوصی آزادی اراده بعنوان اصل پذیرفته شده است و آنچه استقلال اراده را محدود میکند همان مخالف با قانون است . البته منظور ماده 10 مخالفت با قوانین آمره است که عبارتند از :

مقررات مربوط به اخلاق حسنه و نظم عمومی و دیگر ضوابط آمره و نه هر قانونی که فاقد اوصاف مذکور باشد. در واقع قوانین امری . بطور مسلم بر خلاف قوانین تفسیری میتوان توافق کرد و قانونگذار نیز نسبت به این گونه مقررات نظر تحمیلی نداد و آنرا باختیار افراد نهاده است و در مقابل آنچه را تکلیف کرده است و نظر بامر و نهی در آنها دارد در قوانین آمره آورده است . عده ای از اساتید و حقوقدانان را عقیده بر این است که ماده 10 قانون مدنی ایران از حقوق مدنی فرانسه اقتباس گردیده است و قبل از تصویب این ماده در نظام حقوقی ایران به تبعیت از نظر عده ای از فقها امامیه قرار داد منعقدہ وقتی معتبر بود که در قالب عقود معین تنظیم میگردد و اگر قراردادی تحت نام عقد معینی بوجود نمی آمد ارزش و اعتباری نداشت ، در نتیجه سعی میشد همه قراردادهای

بی نام در قالب عقد صلح درآید . و به همین دلیل عقد صلح را سید العقود نامیده اند. ولی با تصویب ماده 10 قانون مدنی این مشکل مرتفع گردید .

عده ای دیگر بر عکس معتقدند که این تصور که در فقه و حقوق اسلام آزادی در قراردادها وجود ندارد تصور صحیحی نیست، بلکه بر عکس در اسلام و حقوق اسلامی استقلال اراده در تکوین قرارداد سابقه دارد و حقوق ایران نیز از این سابقه بهره گرفته است و برای اثبات مطلب به نظر صاحب کتاب جامع الشقات اشاره میکنند که : ((جواز اصل معاوضه دلیل نمی خواهد چون اصل ، برائت و نه اباحه است، عدم ورود منع ، کافی است در جواز ...)) و اضافه میکنند که در نزد اکثر فقها هر معامله یا معاوضه و یا هر عقدی درست است و درست بودن معاوضات علی الاطلاق دلیل لازم ندارد و همین قدر که منع قانونی و شرعی وجود نداشته باشد برای صحت معاملات و معاوضات کفایت میکند. بنابر این ماده 10 قانون مدنی ایران به عقیده این عده در حقیقت بیانگر فکر صاحب کتاب جامع الشقات است. (لنگرودی، 1363، ص 122)

بنظر میرسد با اینکه در اسلام آزادی اراده در قراردادها حاکمیت دارد، ولی قول مشهور به این اصل تمایل نشان نمی دهد و بسیاری شروط ابتدائی را ه در ضمن عقد آورده نشود معتبر ندانسته اند و همچنین قولنامه هایی را که در ضمن عقد گنجانده نشده باشد لازم الاتباع نمی دانند . در نتیجه همین طرز تفکر ، ماده 10 قانون مدنی وضع شده است تا تردید را از میان بردارد . در واقع ماده 10 قانون مدنی ایران مغایرتی با ضوابط شرعی ندارد زیرا :

1 - نص صریحی که حاکی از منع قرارداد در خارج از چهار چوب عقود معین باشد وجود ندارد، بنابر این در صورت تردید در صحت این نوع قراردادها چون شک در تکلیف از باب شبهه حکمنه تحریمیه به علت فقدان نص است لذا اصل برائت را میتوان در این خصوص اعمال کرد و عدم ورود

منع را کافی بر جواز دانست. اصل برائت نیز به دلیل عقل و قبح عقل بلا بیان و اجماع و احادیث نظیر حدیث رفع و حدیث ((کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی)) و نیز آیه شریفه: ((لایکلف الله نفساً الا ما اتیها)) و آیه شریفه: ((و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا)) حجیت دارد. 2- در صورت تردید در حلیت یا حرمت یک امر اصل اباحه که اصلی عقلی است حاکم است و در قرارداد خارج از عقود نیز اگر تردید کنیم که این قرارداد حرام است یا حلال اصل اباحه آن است. 3- در حقوق اسلام و در فقه شیعه عقود رضائی هستند نه تشریفاتی و در اصل رضائی بودن عقود که پذیرش جنبه ای از اصل حاکمیت اراده است تردیدی بین فقهاء وجود ندارد.

4- فقهاء عقود را تابع قصد متعاقدين میدانند و اینکه پذیرفته اند ((العهود تابعه للقصد)) خود جلوه ای از قبول و اعتبار استقلال اراده در قراردادها است.

5- عموم آیه شریفه ((المؤمنون عند شروطهم)) نیز وفا به شرط را بصورت مطلق مورد نظر دارد و اگر شرطی در ضمن عقد آورده نشود باز هم مشمول حکم مزبور است. البته شرطی که خلاف شرع و کتاب الله نباشد.

7- ما جعل علیکم فی الدین من حرج.

8- آیه شریفه 29 از سوره نساء: ((لا تا کلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم ...)) که نظر به حرمت اکل مال به باطل و حلیت تراضی در تصرف اموال یکدیگر دارد و شکل تراضی مورد نظر شارع مقدس نیست.

با این ترتیب و با توجه به دلایل مذکور این حقیقت روشن میگردد که تراضی اساس تکنون هر نوع قراردادی است که صراحتاً با شرع و ضوابط شرعی مغایرت نداشته باشد و هیچ دلیلی بر بطلان این

قرارداد در شرع ملاحظه نمی گردد . مضافاً به اینکه ضوابط شرع اسلام برای آسایش مردم وضع شده است نه برای گرفتار کردن آنها.

علاوه بر ماده 10 قانون مدنی ، مقررات کلی پیش بینی شده در قسمت دوم کتاب دوم باب اول قانون مدنی (مواد 183 تا 231) بیانگر این است که نظام حقوقی ایران اصل حاکمیت اراده در خصوص قراردادها پذیرفته شده است.

این ماده هم که مبنای فقهی دارد و مستندات آن احادیث مربوط به سوگند و اقرار و امثال است . در حال حاضر در همه نظامهای حقوقی این اعتقاد وجود دارد که عقود معینه و ضوابط مربوط به آنها برای رفع نیازمندی های مردم یک جامعه و در روابط خصوصی ای دائم در حال تحول است ، کافی نیست. به عبارت دیگر عقلا و عملاً درست نیست و امکان ندارد قواعد حاکم بر جامعه را ثابت نگه داشت.

در حقوق اسلامی نیز همانطور که بیان شد با توجه به اصل تحول و تحرک اجتماع ، مقررات مربوط به روابط مردم از جمله عقود و شروط پی ریزی شده است. از جمله اثرات مهمی که این اصل قانون مدنی می تواند بر انعقاد قراردادها بگذارد موارد زیر می باشد :

الف. وقتی طرفین با رعایت قانون و به طور آزاد قراردادی را منعقد کردند باید به آثار و لوازم آن نیز ملزم باشند. این آثار عبارتند از: الف. اشخاص آزادند تا هر قراردادی را تحت هر عنوان و با هر شرایطی انتخاب و منعقد و از انعقاد هر قراردادی نیز که تمایل ندارند خودداری نمایند، مشروط بر اینکه مخالف قانون نباشد. این امر نه تنها شامل عقود و قراردادهای معین است، بلکه در مورد عقود غیرمعین نیز صادق میباشد.

ب. وقتی طرفین با تراضی و طیب خاطر عقدی را منعقد کردند به آثار آن ملزم و پایبند میباشند و حق ندارند به دلایل واهی و شخصی از اجرای آن خودداری کرده و یا بدون دلیل برای رهایی از اجرای قرارداد به دستگاه قضایی متوسل شوند. این اصل در فقه اسلامی هم به شدت حمایت شده و لزوم اجرای تعهدات و وفای به عهد به کرات مورد تأکید قرار گرفته است.

ج. داشتن آزادی به این معنی است که اشخاص میتوانند در عقود غیرمعین بدون رعایت تشریفات و یا عناوین مشخص قرارداد خود را انتخاب و منعقد نمایند و در عقود معین نیز پس از رعایت تشریفات شکلی آن به همان صورت رفتار کنند.

د. اشخاص در انتخاب طرف قرارداد خود نیز آزادی دارند و ملزم به عقد قرارداد با اشخاص معینی نیستند مگر در موارد خاص و استثنائی.

هـ. آزادی افراد در ایجاد الزام قراردادی فقط مربوط به شخص ایشان است و به هیچ وجه به معنی آزادی ایشان در ملزم کردن اشخاص ثالث نیست. به همین جهت ماده 219 ق.م. هر عقدی را فقط بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع میداند. (همان)

با در نظر گرفتن این اصل از قانون مدنی (ماده 10) می توان قرارداد فی مابین طرفین را در صورتیکه برخلاف شرع و جهات شرعی و قانونی نباشد منعقد نمود و اصل آزادی قراردادها همواره این راه را گسترده تر نموده تا بتوان به نقش و تاثیر توافق دو طرف در انعقاد یک قرارداد جدید را به وضوح مشاهده نمود و بنابراین اصل مبنای مشروعیت قانونی بازتوزیع مازاد صندوق تکافل بر اساس آزادی و استقلال طرفین مجاز می باشد.

فصل پنجم :

جمع بندی، نتیجه گیری

و

ارائه پیشنهادات

1-5. مقدمه

شرکت بیمه اسلامی همانطور که از نامش پیداست، مطابق با مذهب اسلام، اخلاق، و ارزش های اجتماعی و دستورهای آن عمل می کند. این شرکت ها نمی توانند هر طور که میل دارند عمل کنند بلکه آنها باید ارزش های اخلاقی - مذهبی را با فعالیت اقتصادی در هم آمیزند. هدف شرکت بیمه اسلامی، حداکثر سازی سود از طریق استثمار نیست بلکه حداکثر سازی منافع اجتماعی است.

ساختار شرکت بیمه اجتماعی باید در جهت خدمت به جامعه باشد و مطابق با خطوطی که مذهب و تعالیم ارزشی مثبت و منفی و اخلاقی اسلام ترسیم کرده اند شکل بگیرد، این امر اعتقاد به تعالیم اسلامی را نشان می دهد. بیمه تکافل تنها یک بنگاه اقتصادی صرف نیست، بلکه موسسه مذهب گرای رفاه اجتماعی برای توسعه رفاه جامعه انسانی است؛ مروج رفاه اقتصادی در کنار ارزش های اخلاقی است که در طول تاریخ بشر پذیرفته است. ارزش های همچون عدالت، مشارکت، بخشنندگی، نیکوکاری، فداکاری و ایثار. (ترجمه میزایی، ص 69 - 71)

بیمه در عصر حاضر، نقش و اهمیت والایی در تامین مالی تجارت و صنعت به عهده دارد. در کشورهای در حال توسعه شرکت های بیمه جمعاً بزرگترین مشارکت کننده بازار سرمایه هستند. افزون بر آن شرکت های بیمه حافظ منافع مالی واقعی در نهادهای مختلف بخش های دولتی و خصوصی به شمار می روند و پشتیبان فعالیت های جدید هستند.

بانکداری و بیمه دست به دست هم داده اند و بطور گسترده عملیات یکدیگر را تکمیل و حمایت می کنند. اکنون بانک ها و بیمه گران بطور فزاینده در حال پیوستن به نیروهایی در روابط بین المللی هستند که برای هریک چشم انداز منافی وجود دارد. وجوهی برای بانک ها و کانال های جدید

توزیع از طریق شبکه های بانکداری؛ سرمایه سازی قوی تر؛ و فعالیت های جدید برای بیمه گران که بانک ها توام با خدمات تلفیقی مالی برای مشتریان خود فراهم می سازند. (همان)

در این پژوهش، سعی بر آن شد تا با معرفی بیمه اسلامی یا همان تکافل که چند سالی است به نبود همچنین بازار بیمه ای قوی که در سطح خاورمیانه و حتی اروپا رواج دارد، در کشور ما، علاوه بر معرفی این نوع صنعت بیمه، یکی از موضوعات شبیه ای پیرامون این صنعت بزرگ مورد بررسی و ارزیابی قرار بگیرد. در فصل اول به بیان مساله کلی و سوالات تحقیق و اهداف کلی و جزیی اشاره ای گردید. در فصل دوم علاوه بر تعریف مفاهیم و معانی لغوی و اصطلاحی واژگان کلیدی، به سابقه تحقیقاتی انجام شده در این حیطه و بیان الگوهای فقهی و همچنین تشریح ساختار حقوقی شرکتهای تکافلی پرداخته شد. در فصل سوم روش های متناسب با این نوع از تحقیق را بیان کردیم و در فصل چهارم بر اساس فرضیه های تحقیق، فرضیه هایی مورد ارزیابی فقهی و حقوقی قرار گرفت.

2-5. جمع بندی

با توجه به اثرات خطر، تنوع گسترده و پیچیدگی های بیش از پیش این پدیده در جهان معاصر، اهمیت نهاد بیمه به خوبی نمایان است. همین موضوع موجب توسعه سریع محصولات بیمه ای به خصوص در عصر اقتصاد نوین شده است. مهمترین کارکرد بیمه، ایجاد یا ارتقاء امنیت در جامعه است. امنیت یکی از مهم ترین نیازهای انسان است، تاجایی که گاهی این عامل در چارچوب نیازهای اساسی انسان قرار می گیرد. ضرورت و اهمیت امنیت، مویدی بر لزوم تامین آن از طرق شرعی و عقلایی است. در نظریه علمای شیعه بیمه یکی از ابزارهایی تضمین کننده امنیت است. حضرت امام خمینی (ره) در بحث از مشروعیت بیمه می فرمایند: «بدون شک (بیمه) که عبارت است از تضمین و

تعهد جبران خسارت احتمالی بر دارایی یا جان کسی در برابر مقدار معینی از مال، از معاملات عقلایی و رایج در سراسر جوامع بشری حاضر است، به گونه ای که رد آن نوعی سفاهت شمرده می شود و رغبت و اشتیاق بدان نوعی خردمندی و دوراندیشی.»

آنچه به عنوان ضرورت اجرای بیمه مطرح می شود، خاستگاه اصلی الگوی تکافل نیز هست. نهاد تکافل پس از طرح مساله عدم مشروعیت الگوهای متعارف بیمه توسط برخی از علما و مجامع فقهی اهل سنت طراحی شد. در واقع تکافل چیزی به جز یک نهاد تامینی شرعی (از دید اهل سنت) نیست. تکافل (محصول اولاً) احساس نیاز علما و متفکران اهل سنت به الگویی شبیه به بیمه (جبران کننده خسارات زیان دیدگان و تامین کننده رفاه شرک کنندگان) و ثانیاً) بطلان الگوهای متداول بیمه است

نهاد تکافل به عنوان الگویی برای پوشش خطر و بیمه در حدود 30 سال پیش متولد شد. در دورانی که تلاش های وسیعی در کشورهای اسلامی برای اسلامی شدن اقتصاد شکل گرفت - یعنی نیمه دوم قرن بیستم - در حوزه موضوعات مرتبط با اقتصاد مالی، بیمه پس از نظام بانکی به عنوان دومین موضوع حائز اهمیت مورد توجه قرار گرفت. صنعت تکافل از یک سو به جهت تطابق با فقه عامه (اهل سنت) و از سوی دیگر به عنوان جزئی از نظام مالی رو به رشد اسلامی، با سرعت بالایی در حال رشد و گسترش است؛ تا جایی که علاوه بر کشورهای اسلامی (اهل سنت نشین) کشورهای دیگری از جمله کشورهای اروپایی و آمریکایی نیز شاهد تاسیس شرکت های متعدد عرضه کننده محصولات تکافل هستند. به همین سبب بررسی نظری و کاربردی این الگو در سالهای اخیر اهمیت زیادی یافته و موضوع آن در کمتر محافل علمی در حوزه اقتصاد و مدیریت مالی اسلامی مغفول مانده است. فارغ از معنای اصطلاحی تکافل به عنوان الگویی برای پوشش خطر، تکافل در شکل و مفهوم عمومی خود عملی ارزشی و در چارچوب اخلاق اجتماعی اسلامی مورد تاکید است. مبانی

نظام تکافلی اسلام عبارتند از: الف. حیات اجتماعی و ب. حکومت اسلامی. این دو مربوط به کل نظام تکافلی اسلام است و نظام‌های تکافلی اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و ... را در برمی‌گیرد. اما می‌بایست با توجه به این دو اصل در رابطه با هر نظامی به طور خاص مبانی مربوط به آن نظام مدنظر قرار بگیرد که به طور حتم از این دو اصل سرچشمه می‌گیرد.

با وجود اینکه الگوی تکافل در ابتدا به عنوان پاسخی شرعی به پوشش خطر از سوی فقهای اهل سنت معرفی شد، در حال حاضر بخش قابل توجهی از بازار بیمه کشورهای اسلامی را به خود اختصاص داده است. تکافل هنوز نامی نو و نا آشنا در میان برخی از نظام‌های اقتصادی دنیا به شمار می‌رود، لکن سابقه آن در کشورهای مختلف قابل مطالعه است. بررسی خاستگاه تکافل و مرور تجربیات موجود در این زمینه و نیز توجه به روند شکل‌گیری و توسعه صنعت تکافل در میان کشورهایی که آن را آزموده‌اند و سازوکارهای مختلفی را برای بهبود آن در طول زمان به کار بسته‌اند، می‌تواند برای جوامعی که به تازگی قدم در راه تجربه کردن این صنعت مهم اقتصادی گذاشته‌اند و یا قصد آن را دارند، بسیار مفید و مؤثر واقع شود. تکافل، صنعتی عظیم در زمینه بیمه است که هر روز بر دامنه رشد و توسعه‌ی آن افزوده می‌شود. آنچه در خصوص این الگو از حجم بازار کنونی آن مهمتر است، نرخ رشد بالای آن حتی در بازارهای غربی و گسترش روز افزون تعداد محصولات آن است. به هر تقدیر در راستای برنامه ریزی موثر به منظور عملیاتی نمودن این الگو و یا ارتقاء کارایی آن، نگاهی به ریشه‌های پیدایش آن در نقاط مختلف جهان ضروری می‌نماید.

طراحان الگوی تکافل، مدل‌های مختلفی از آن را بر پایه عقود شرعی مختلف طراحی و عرضه نموده‌اند. عموم فقهاء اسلامی (اعم از شیعه و سنی) تلاش می‌کنند تا در صوت امکان معاملات جدید را ذیل یکی از عقود معین درج نمایند. برخی از این عقود عبارتند از مضاربه، وکالت و وقف و

نیز ترکیب هایی از آنها. محصولات تکافل در دو گروه تکافل عمومی و تکافل خانواده جای می گیرند. تکافل خانواده، مجموعه محصولاتی است که متناظر با الگوهای بیمه عمر (بیمه های زندگی، پس انداز و سرمایه گذاری و ...) طراحی شده اند. سایر محصولات نیز که در تناظر با بیمه های اموال و مسئولیت طراحی شده اند، مشمول تکافل عمومی هستند. برخی از این موارد عبارتند از تکافل آتش سوزی، تکافل اتومبیل، تکافل مسئولیت های مدنی و ...؛

در شکل کلی، ارکان هر قرارداد تکافل عبارتند از: الف) متکافلین (شرکت کنندگان)، ب) مدیر تکافل (شرکت اجراکننده تکافل) و ج) صندوق تکافل. این سه رکن در همه مدل های تکافل وجود دارند و تفاوت اصلی، در نقشه عملکرد و الگوی ارتباط آنها با یکدیگر است.

متکافلین در ازای پرداخت مبلغی به صندوق تکافل که تحت یک قرارداد شرعی صورت می گیرد، خدمات تامینی مشخصی را دریافت می کنند (خدمات معین شده در قرارداد - پرداخت خسارت و ... بعلاوه سهمی از مازاد صندوق). همچنین منابع صندوق تکافل در طرح هایی که ماهیت مشروع بودن آنها مورد تایید است سرمایه گذاری می شود. شرکت تکافل نیز که مجموع این عملیات را اداره می کند، مبلغی را در ازای این عملیات دریافت می نماید که این مبالغ حسب الگوهای مختلف ممکن است مقداری مشخص از پرداختی متکافلین به صندوق تکافل، سهمی از این مقدار پرداختی، سهمی از عواید سرمایه گذاری و یا ترکیبی از این موارد باشد. در برخی از مدل های تکافل، شرکت تکافل نیز مبلغی را تحت عناوینی از جمله قرض الحسنه یا غیر آن و معمولاً به صورت موقت به صندوق تکافل پرداخت می نماید.

جزئیات فرآیندهای عملیاتی در مدل های مختلف تکافل متفاوت است. مهمترین مدل های تکافل عبارتند از: مدل مضاربه، مدل وکالت، مدل ترکیبی مضاربه - وکالت، مدل ترکیبی وقف - مضاربه، مدل

ترکیبی وقف - وکالت، مدل ترکیبی وقف - مضاربه - وکالت، مدل تعاون (تکافل تعاونی)، مدل تبرعی (تکافل غیرانتفاعی) و همه این موارد در دو نوع خانواده و عمومی

علاوه بر مدل‌های مذکور، دو مدل شیعی نیز برای تکافل معرفی شده‌اند. در الگوی آیت الله سیدعبداله‌ادی شاهرودی، شکل جدیدی از ارتباط بین متکافلین و شرکت تکافل طراحی شده است. در این حالت الگوی تکافل از حالت سه رکنی به دو رکن تغییر وضعیت می‌دهد. در الگوی آیت الله دکتر حسن آقا نظری، شباهتهایی با الگوهای متعارف تکافل وجود دارد که مهمترین آنها، سه رکنی بودن آن (شامل متکافلین، شرکت تکافل و صندوق تبرع) است. یکی از مهمترین تاکیدات در این الگو، بهره برداری کارآمد از منابع سرمایه‌ای است، به نحوی که منافع شرکت و متکافلین و همچنین منابع کافی برای تامین خسارت‌ها تامین شود.

3-5. نتیجه گیری

تکافل و بیمه مرسوم در واقع شیوه‌هایی برای پوشش خطر (ریسک) و زیان هستند. البته این دو تفاوت‌هایی نیز با هم دارند که از جمله این تفاوت‌ها (که مرتبط با بحث مدیریت ریسک است) این است که در تکافل که بر اصل تعاون استوار است، همه اعضا هم بیمه‌گذارند و هم بیمه‌گر. یکی از مهمترین جنبه‌های عملیات تکافل این است که شرکت، پذیرنده ریسک نیست. در واقع در تکافل مشتریان بیمه توافق می‌نمایند تا با تجمع سهام‌های پرداختی، دیون هر کدام از افراد نیازمند را پرداخت نمایند و همچنین صندوق تکافل موظف است در سال پس از کسر تمامی هزینه‌ها، اگر سودی عاید این صندوق شد این مقدار را به نسبت سهام به بیمه‌گذاران پرداخت نماید.

با وجود پذیرش تکافل به صورت کلی، سؤالاتی در فقه امامیه در خصوص جزئیات آن مطرح است که بحث و تفحص بیشتر صاحب نظران حوزه فقه را می طلبد. بحث از مشروعیت این نوع از بیمه و همچنین مشروعیت مازاد صندوق تکافل در این تحقیق بر اساس فرضیات مطرح شده بیان گردید. بررسی مشروعیت تکافل در فقه شیعه از دو مسیر ممکن است. مسیر اول، تحلیل (و پذیرش) تکافل تحت عنوان یکی از عقود معین و مسیر دوم، تحلیل (و پذیرش) تکافل به عنوان عقدی مستقل. به عنوان عقدی معین، برخی از فقهاء امامیه امکان درج تکافل تحت عقد هبه (به صورت معوض) را مطرح می کنند. در این دیدگاه شرکت کنندگان در قرارداد تکافل، مبلغی را به عنوان حق مشارکت به صندوق تکافل هبه می نمایند و در عوض خدماتی را از این صندوق دریافت می نمایند (پوشش ریسک و جبران خسارت). از سوی دیگر گروهی از فقهاء معتقدند براساس عمومات اوفوا بالعقود می توان تکافل را عقدی جدید دانست که در صورت وجود شرایط کلی صحت، مشروع خواهد بود. از میان فرضیات مطرح شده میتوان این نتیجه را گرفت که طبق دیدگاه فقهای شیعه که حتی بعضاً خود عقد بیمه متعارف را ذیل عنوان هبه معوضه مطرح کردند بحث از مشروعیت تکافل و همچنین مشروعیت مازاد صندوق را در همین عقد گنجانند. آیت الله سیستانی در این زمینه می فرمایند: (مساله 28) «می توان قرارداد بیمه را با تمام اقسام آن از باب هبه معوضه تصحیح کرد، به این معنی که بیمه کننده مبلغی را به طور ماهیانه یا سالیانه یا یکجا به بیمه گر هبه می کند و در ضمن عقد هبه به بیمه گر شرط می کند که در صورت پیش آمد و رخ داد هر نوع خسارتی که در بیمه نامه ذکر شده، باید بیمه گر آن را جبران کند و بر بیمه گر نیز واجب است به این شرط وفا کند و خسارت بیمه کننده را جبران کند. بنابراین عقد بیمه به تمام اقسام آن یک نوع هبه معوضه است، جایز و صحیح است»^{بر} همین اساس در دیدگاه درج تکافل ذیل عقد هبه معوضه، عملیات مذکور اینگونه تحلیل می شود:

«متکافلین مبالغی را (که همان حق مشارکت است) به صندوق تکافل هبه می نمایند و صندوق تکافل در عوض خسارت های معینی را (که نوع و میزان آنها در دستورالعملی تعیین و ثبت گردیده) برای متکافلین جبران می نماید و این قرارداد مشروع خواهد بود. و به تبع مشروع بودن این نوع از عقد بیمه ای تکافل، با در نظر گرفتن معوض بودن این نوع از عقد، اگر مازادی از سرمایه های بکارگرفته شده در صندوق تکافل عاید این صندوق شود میتوان طبق ضوابط تعریفی از هبه معوضه این استناد را انجام داد که باتوزیع مازاد صندوق تکافل در هبه معوضه مشروعیت داشته و می تواند تحت عنوان این عقد قرار بگیرد. علاوه بر مبنای فقهی در تشریح حقوقی هم توانستیم با استنباط از ماده 10 قانون مدنی یعنی همان اصل آزادی قراردادها جهت مشروعیتی برای بازپرداخت مازاد صندوق تکافل را بیابیم با در نظر گرفتن این اصل از قانون مدنی (ماده 10) می توان قرارداد فی مابین طرفین را در صورتیکه برخلاف شرع و جهات شرعی و قانونی نباشد منعقد نمود و اصل آزادی قراردادها همواره این راه را گسترده تر نموده تا بتوان به نقش و تاثیر توافق دو طرف در انعقاد یک قرارداد جدید را به وضوح مشاهده نمود و بنابراین اصل مبنای مشروعیت قانونی بازتوزیع مازاد صندوق تکافل بر اساس آزادی و استقلال طرفین مجاز می باشد.

4-5. محدودیت های پژوهش

در هر تحقیقی یک سری عوامل ناخواسته قابل کنترل و غیرقابل کنترل در انجام عادی آن محدودیت ایجاد کرده و بر نتیجه امر تاثیر می گذارند این عوامل در واقع مزاحم کار محقق هستند که با تاثیر گذاشتن بصورت تشدید و یا تضعیف، نتیجه تحقیق را مخدوش می کنند. در هر صورت تلاش برای کنترل و کاهش اثرات آنها ضروری است (سید عباس زاده، 1380، ص 103 و ص 104). البته پر

واضح است در صورتیکه در یک کار تحقیقاتی علمی امکان حذف اثر عوامل مزاحم و ناخواسته میسر می گردید خیلی مطلوب بود اما تلاش برای شناسائی و کاهش اثرات آنها تنها راه چاره است .
ذیلا به چند محدودیت و مشکل مطرح در این تحقیق اشاره می گردد:

* اصلی ترین مشکل بر سر راه پژوهش این بود با توجه به این نکته که هنوز این نوع از فعالیت شرکت های بیمه ای که در کشور ما عملیاتی نشده است و با در نظر گرفتن این نکته که خود مردم نقش موثری هم در بیمه گذاری و هم در بیمه گری دارند. شناخت بسیار کمی از فعالیت این نوع از شرکت ها و چگونگی عملکرد آنها در سطوح عامه وجود دارد و حتی در شهر های کوچک مدیران دولتی و صاحب نظران اطلاع چندانی در این زمینه نداشتند.

* کمبود شدید منابع و مآخذ، تعداد بسیار اندک کتابهای ترجمه شده و یا تالیف شده در این حوزه و دسترسی مشکل به منابع خارجی از دیگر مسائل بود که محقق در طول پژوهش با آن مواجه بود.
* نبود پایان نامه و یا حتی مقاله ای مشابه در این زمینه.

با وجود تلاش بسیار، موفق به پیدا کردن پژوهشی که به طور مستقیم به این موضوع پرداخته باشد، نشدم.

5-5. پیشنهادات

هر تحقیق علمی علاوه بر انجام رسالت خود، ضرورتا نیاز به ارائه طریق و پیشنهادات در مورد موضوع مطالعه و موارد مشابه است تا راهنما و چراغ راه دیگر افراد علاقمند که احتمالا در آینده در آن راه قدم گذاشته و یا از نتایج بدست آمده استفاده می نمایند باشد. براین اساس پیشنهادات ذیل ارائه می گردد :

* از آنجا که بیمه اسلامی تکافل بخش عظیمی از سرمایه های مردمی را در کشورهای اسلامی و همچنین کشورهای اروپایی به خود جذب کرده و توانسته وضعیت اقتصادی را بهبود ببخشد لذا لازم است به این مبحث در محافل علمی و دانشگاهی بخصوص رشته های مرتبط با آن چون حقوق، اقتصاد، مدیریت بیمه و... بیشتر پرداخته شود تا در آینده نگاه کارشناسان، برنامه ریزان، و مدیران دولتی و شرکت های خصوصی و بویژه عامه مردم، نگاهی مبتنی بر تعاون و مشارکت بیشتر در کمک به هممنوعان و تلاش برای رشد و تعالی اقتصادی جامعه اسلامی باشد.

* همانطور که در قسمت پیشینه طرح ملاحظه شد مقالاتی در ارتباط با مبحث بیمه ای تکافل و الگوهای بکارگیری شده در این نوع صنعت بیمه ای انجام شده اما برای اجرایی شدن این نوع از بیمه در کشور ما هنوز پایان نامه ها و کتب در حد کافی برای بررسی جوانب امر در حد خیلی کم موجود می باشد و باید با تشویق کردن پژوهشگران، صاحب نظران، اساتید و دانشجویان رشته های مختلف، مسائل فراوان پیرامون بیمه تکافل بیش از پیش مورد ارزیابی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

* باتوجه به سفرهایی که برخی از تاجران و سرمایه گذاران به کشورهای دیگر داشتند، همیشه به نبود بیمه تکافل در ایران خرده می گرفتند لذا این امر توجه مسئولین مرتبط را خواستار است تا هر چه سریعتر و با برنامه ریزی بهتر نسبت به اجرایی شدن بیمه تکافل در ایران سیاست های مربوطه را اتخاذ نمایند.

* دست اندرکاران عرصه بیمه ای باید توجه داشته باشند برای اجرایی کردن بیمه تکافل در کشور علیرغم رو به رشد بودن این بیمه، موانعی هم بر سر راه بیمه تکافل وجود دارد که باید قبل از اجرایی کردن این موانع را شناسایی و جهت رفع آن اقدامات لازمه انجام گیرد از جمله موانع عبارتند از :

الف. فقدان چارچوب تنظیم مقررات بیمه ای که مختص تکافل باشد (تنها سه کشور از کشورهای سازمان کنفرانس اسلامی قانون تکافل دارند)

ب. فقدان معیار و استاندارد برای قضاوت درباره نحوه عملکرد عرضه کنندگان تکافل

ج. فقدان رهنمون ها و قواعد و تدابیر لازم برای ورود سرمایه های بیمه به حوزه اوراق بهادار اسلامی. بدین ترتیب نبود چارچوب قانونی و نظارتی استاندارد و واحد جهت نظارت بر فعالیت های شرکت های تکافل یکی از موانع اصلی بر سر راه توسعه این بازار است.

به بیان دیگر چالش طراحی استانداردهای تنظیم مقررات که در جهت اصول اساسی اسلامی باشد، یک مؤلفه بسیار مهم در گسترش و رشد صنعت تکافل است. صنعت تکافل برای اینکه قادر باشد به یک رشد متعادل و با ثبات دست یابد، نیازمند یک سیستم حقوقی، الگوی نظارتی نیرومند و مستحکم است که با نظارت های مؤثر، چارچوب شرعی مناسب و یک نظام قضایی کارا برای ایجاد اعتماد و ثبات در صنعت تکافل تقویت می شود. این اهداف با توافقات مشترک، تلاش های نهاد های تنظیم مقررات، وضع استانداردهای بین المللی و فعالان صنعت و بازار قابل دست یابی است

* در صورت اجرایی شدن بیمه تکافل، الزام به وجود یک هیئت مستقل نظارت داخلی بر مرکب از علمای دینی ضرورت دارد. تمام فعالان تکافل ملزم شوند که تحت نظارت یک کارگروه فقهی عمل کنند. این گروه متشکل از علمای دینی است که باید از اداره کل بیمه تاییدیه دریافت کنند. این امر موجب اطمینان خاطر مسلمانان و اقبال بیشتر ایشان به محصولات تکافل می گردد. البته وجود هیئت نظارت شرعی در داخل شرکت های تکافل به تنهایی ممکن است در این زمینه موثر نباشد. به علاوه اینکه به جز ملاحظات نظارت شرعی، لازم است عملکرد فنی شرکت نیز تحت نظارتی صحیح باشد

تا کارآیی اقتصادی آن تضمین گردد. به همین جهت بر وجود استانداردهای نظارتی قانونمند تاکید

می شود.

منابع

- 1- قرآن کریم
- 2- ابراهیمی، محمدحسین (1375)، "بیمه و تأمین اجتماعی از نظر اسلام"، انتشارات کویر، تهران.
- 3- الایروانی، باقر (1384)، "دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی"، المرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، المجلد الثانی.
- 4- افسری، سالم، 1378، بیمه از دیدگاه اسلام، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
- 5- توحیدی نیا، ابوالقاسم (1386)، "تکافل و اهمیت توجه بیشتر به آن در ایران"، فصلنامه صنعت بیمه، شماره 88.
- 6- توحیدی نیا، ابوالقاسم و سیفلو، سجاد (1387)، "تکافل و اهمیت توسعه آن در صنعت بیمه کشور"، نخستین کنفرانس ملی بررسی فضای کسب و کار صنعت بیمه کشور، پژوهشکده بیمه.
- 7- جباری، غلامحسین (1349)، "مؤسسات بیمه"، انتشارات میهن، تهران.
- 8- جعفر، سهیل (1389)، "بیمه اسلامی: روندها، فرصت ها و آینده تکافل"، ترجمه حمیدرضا اسمعیلی گیوی و علیرضا ناصرپور (ترجمه شده به سفارش پژوهشکده بیمه).
- 9- جعفری لنگرودی، محمد (1376)، حقوق تعهدات، جلد اول
- 10- جمالیزاده، احمد (1380)، "بررسی فقهی عقد بیمه"، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
- 11- چودری، محمدصادق (1387)، بیمه اسلامی مفاهیم و کاربرد، ترجمه حبیب میرزایی، فصلنامه صنعت بیمه، سال چهاردهم، نشریه بیمه مرکزی ایران.
- 12- حسن حرانی، ابومحمد، تحف العقول، ص 320
- 13- خامنه ای، سیدمحمد (1359)، "بیمه در حقوق اسلام؛ بحثی تحلیلی و تطبیقی در بیمه های اجتماعی و بیمه های خصوصی"، دفتر نشر و فرهنگ اسلامی.
- 14- الخیاط، عبدالعزیز (1392 ه.ق)، "المجتمع المتکافل فی الاسلام"، موسسه الرساله، بیروت.
- 15- راه چمنی، ابو القاسم (1387)، "تکافل؛ نفع مشترک"، فصلنامه بیمه آسیا، شماره 46.
- 16- رشیدی رامین و سیفلو، سجاد و توحیدی نیا، ابوالقاسم (1387)، "بیمه در بازارهای نوظهور: بررسی اجمالی بیمه اسلامی و چشم انداز آن"، گزارش موردی 41 پژوهشکده بیمه.
- 17- رشیدی، رامین (1390)، "مروری بر تکافل"، مجله تازه های جهان بیمه، ش 164، بهمن 1390.
- 18- زارع، صادق (1388)، "تکافل (بیمه تعاونی اسلامی) از تئوری تا عمل"، مجله بیمه ملت، سال 2، شماره 12.

- 19- سراج زاده، محمدجواد (1388)، تحلیل نظری مقایسه‌ای بیمه متعارف و تکافل، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع).
- 20- سیدعباس زاده، میرمحمد. (1380). روشهای عملی تحقیق درعلوم انسانی، انتشارات دانشگاه ارومیه.
- 21- سید نورانی، سیدمحمدرضا و تازی، فتح اله و مهدوی، غدیر و رشیدی نژاد، حسین (1390)، "تکافل، سازوکاری مناسب برای ارائه بیمه های خرد در مناطق روستایی ایران"، جستارهای اقتصادی، شماره 16.
- 22- سیدرضی، ابوالحسن، نهج البلاغه، نامه 553، بند 9
- 23- شهیدی، مهدی (1384)، حقوق مدنی، چاپ چهارم، جلد اول
- 24- صدر، سیدمحمدباقر، 1402 ق و 1411 ق، اقتصادنا، بیروت، دایرالتعارف للمطبوعات.
- 25- الطیار، عبدالله (بی تا)، "التکافل الاجتماعی فی الفقه الاسلامی مقارن بنظام المملکه العربیه السعودیه"، المجلد الاول.
- 26- عامل، رویا (1386)، "نگاهی به بیمه اتکایی تکافل"، تازه های جهان بیمه، شماره 106.
- 27- عرفانی، توفیق (1371)، "قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران"، انتشارات کیهان، تهران.
- 28- عمید، حسن (1386)؛ فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیرکبیر، ج 1، ص 575.
- 29- کاظم علی، مرتضی (1384)، "چشم انداز بیمه اسلامی"، ترجمه حبیب میرزایی، فصلنامه بیمه آسیا، شماره 37
- 30- کاتوزیان، ناصر، 1376، حقوق مدنی ((قواعد عمومی قرارداد))، ناشر شرکت سهامی انتشار، جلد اول.
- 31- گروه مطالعات اسلامی بیمه پژوهشکده بیمه (1386)، "نگاهی به بیمه اسلامی (تکافل)"، تازه های جهان بیمه، شماره های 113 و 114.
- 32- گروه مطالعات اسلامی بیمه پژوهشکده بیمه (1391)، "الگوی تکافل و الزامات اجرای آن در ایران" (طرح پژوهشی به سفارش بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران).
- 33- مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، جلد 78، ص 170
- 34- محمدی مهر، محمدحسن (1385)، "بررسی تطبیقی نظام بیمه و تامین اجتماعی با نظام تکافلی اسلام"، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد پیوسته رشته معارف اسلامی و اقتصاد، دانشگاه امام صادق علیه السلام

- 35- مصباح یزدی، محمد تقی (1388)، مقاله «حکومت و مشروعیت»، برگرفته از شماره 988 روزنامه اعتماد.
- 36- مطهری، مرتضی (1361)، "مسئله ربا به ضمیمه بیمه"، انتشارات صدرا، تهران.
- 37- مطهری، مرتضی (1364)، "ربا، بانک، بیمه"، انتشارات صدرا، تهران.
- 38- معصوم بالله، مهد (1386)، "نگاهی به بیمه اتکایی تکافل"، ترجمه رویا عامل، تازه های جهان بیمه، شماره 106.
- 39- معصوم بالله، مهد (1389)، "تکافل کاربردی و بیمه مدرن، قوانین و اصول کاربردی"، ترجمه محسن روحانی، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، تهران.
- 40- معصوم بالله، مهد (2002)، "تکافل (بیمه اسلامی) یک چارچوب نوین اقتصادی"، ترجمه رامین رشیدی.
- 41- مهدوی، اصغر آقا و اسماعیلی گیوی، حمیدرضا و کاوند، مجتبی (1388)، "بررسی الگوهای بیمه اسلامی (تکافل) مبتنی بر مضاربه از نظر سازوکارهای عملیاتی و فقهی (فقه امامیه)"، جستارهای اقتصادی، سال 6، شماره 12.
- 42- موسویان، سیدعباس و بهاری قراملکی، حسن (1391)، مبانی فقهی پول و سرمایه.
- 43- میرجلیلی، سیدحسین (1380)، مجموعه مقالات دومین همایش دوسالانه اقتصاد اسلامی.
- 44- ناطق گلستان، احمد و غیور باغبانی، سید مرتضی (1386)، "بررسی تحلیلی مبانی نظام بیمه تکافل در اسلام: ویژگی ها، اهداف و الگوها"، فصلنامه دین و اقتصاد، سال 2، شماره های 7 و 8.

45. Abdul Kader, Hale & Adams, Mike & Hardwick, Philip (2010). "The Cost Efficiency of Takaful Insurance Companies", The Geneva Papers on Risk and Insurance. No.35, Pp 161&178

46. Chaudhry Mohamed Sadig; "Islamic Insurance (Takaful): Concept and Practice": Insurance Journal, April-may-June, 1995.

47. Jaffer, Sohail; Islamic Trends Opportunities & the Future of Takaful; London, Euromoney Institutional Investor, Plc, 2007

48. Kwon, Jean W. (2007). "Islamic Principle and Takaful Insurance: Re-evaluation", Journal of Insurance Regulation,

National Association of Insurance Commissioners 2007, Vol.26, Pp53 &79.

49.Mohd. Ma'sum Billah; Islamic Insurance [Takaful]; Selangor, Malaysia; Ilmia Publishers SDN.BHD, 2003

Abstract

Insurance agencies to increase security and to assure equitable distribution of mental and effects of risks plays an important role in improving the community economic context provides. But other Muslim countries (Sunni) Islamic economics of the industry injection with conventional insurance rejected, tried to replace insurance They did this issue in different conferences evaluated the proposed model Takaful.

Takaful today as one of the most widely used models in insurance, Islamic scholars and activists to pay attention to the financial markets - especially markets insurance products - in different countries of the world.

Takaful industry on the one hand and the public (Sunni) to implement the law as part of the growing Islamic financial system, has been growing at a rapid rate. As far as the Muslim (predominantly Sunni) Other countries, including European and American countries have also witnessed the establishment of numerous companies offering products Takaful. Theoretical and Applied why this model has become increasingly important in recent years and less well discussed topic in scientific circles and has been evaluated

The most important feature Takaful pattern is matching with both jurisprudential perspective Imami (Shi'ite) and public (Sunni). The most important factor which tends more and more people from different countries to work in the insurance Takaful and Followed by economic progress of the society to have public participation as well as the insured and the insurer has the fund Takaful to make up. In addition to achieving this goal, the insurer benefits from the activities and lucrative investment the fund shares Takaful. The main issue of this is study allow additional legitimacy and basis of jurisprudence and legal legitimacy.

Our research approach in this study is Documentaries and Library. With citations and studies have tried to analyze this topic a portion of the profits of the insurance activities of participants in the insurance based on the inclusion of insurance Takaful in the form of Gratuitous gift and Article 10 of the Civil Code, such a surplus in view of Imami jurisprudence and Islamic law is a legal basis.

Keywords: Takaful model, The fund Takaful, Surplus the fund Takaful, Motakafelain, Gratuitous gift, Article 10 of the Civil Code



Payame Noor University
Center in south Tehran

Thesis Submitted for the Award of
M.SC Jurisprudence and Principles of Islamic Law

Title:

Legitimate basis in law and jurisprudence Takaful redistribution
of surplus funds

Supervisor:

Dr.Mohammad Hassan Sheibani Far

Advisor:

Dr.Hojjatullah Abdolmaleki

By:

Abbas Jalili

Summer 1393