

تکافل خانواده در قالب الگوی وکالت از دیدگاه فقه امامیه، عامه و حقوق ایران^۱

محمدامین کیخافرزانه^۲، محسن اسماعیلی^۳، محمدمهدی عسکری^۴

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۱/۱۲/۲۶؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۱۳)

چکیده

تکافل خانواده امروزه در جوامع اسلامی به‌عنوان یک ابزار تأمین اسلامی و یک نهاد حقوقی مبتنی بر نظریه سود مشترک - زیان مشترک و تعاون جمعی به‌طور مفصل مطالعه شده است. همچنین در برخی کشورهای غربی از جمله انگلستان نیز تکافل خانواده به‌عنوان یک ابزار تأمین ریسک، در کنار بیمه نقش مهمی را در تأمین ریسک‌های افراد جامعه بازی می‌کند و مورد توجه پژوهشگران قرار دارد. به‌نظر می‌رسد لازم است در فقه امامیه و حقوق ایران نیز به‌طور مفصل به جوانب مختلف تکافل و به‌ویژه تکافل خانواده پرداخته شود. سؤالی که ذهن حقوقدانان ایرانی را مشغول کرده این است که آیا از جهت فقهی - حقوقی تکافل خانواده در حقوق ایران اجرائی است یا خیر؟ به‌نظر می‌رسد الگوی وکالت در تکافل خانواده به‌عنوان یک نهاد حقوقی کارا از جنبه اقتصادی در حقوق ایران اجرا می‌شود (از جنبه حقوقی و فقهی مقتضی موجود و موانع مفقود است). لذا در این زمینه لازم است به تحلیل فقهی و حقوقی نهادهای بیمه عمر و تکافل خانواده پرداخته شود.

واژه‌های کلیدی: بیمه عمر، تکافل، تکافل خانواده، وکالت.

۱. برگرفته از پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع) دفاع‌شده در سال ۱۳۹۱ با عنوان «مقایسه تکافل خانواده و بیمه عمر در حقوق اسلامی و حقوق ایران».

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی (ره)، نویسنده مسئول:

Email: mohamad_amin110@yahoo.com

۳. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (استاد راهنما):

Email: m.esmaeili@isu.ac.ir

۴. دانشیار دانشکده اقتصاد دانشگاه امام صادق (ع)، (استاد مشاور):

Email: m.askari@isu.ac.ir

۱. مقدمه

گذشته از حوادثی که جان و مال انسان را تهدید می‌کند، نگرانی از آینده مبهم و نامطمئن و دلهره و اضطراب از وضع آینده نیز بر فعالیت شخص تأثیر می‌گذارد و قدرت خلاقیت و ابتکار او را کاهش می‌دهد. یکی از راهکارهایی که انسان اندیشمند برای رویارویی با خطرها و رفع مشکلات اقتصادی خود برگزیده، استفاده از بیمه به‌عنوان وسیله مؤثری در جبران زیان‌های مالی ناشی از اتفاقات، تأمین آتیه، ارتقای سطح زندگی افراد جامعه و ایجاد بستر مطمئنی برای رشد و توسعه اقتصادی کشور است. بیمه علاوه بر آنکه آثار مالی خطرها و حوادث را برطرف می‌کند، نوعی آرامش فکری به انسان می‌بخشد که این آرامش موجب رشد و شکوفایی استعدادها و افزایش کارایی و بهره‌وری در جامعه می‌شود. در بین رشته‌های مختلف بیمه، بیمه‌های عمر و پس‌انداز به‌علت مزایای شایان توجهی که در بر دارد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. این نوع بیمه‌ها به‌گونه‌ای طراحی شده‌اند که هر کس با هر میزان درآمد می‌تواند سرمایه‌های شایان ملاحظه‌ای را برای آینده خود و خانواده‌اش تدارک ببیند و از آسیب تورم و کاهش ارزش پول در امان بماند.

امروزه بیمه‌های عمر در برخی از کشورها به‌حدی پیشرفت کرده که سایر رشته‌های بیمه را تحت‌الشعاع قرار داده است، به‌طوری‌که در کشورهای ژاپن، فنلاند، سوئیس، فرانسه، کره جنوبی، هنگ‌کنگ، سنگاپور، هند و برخی کشورهای دیگر بیمه‌های عمر بین ۶۰ تا ۸۰ درصد کل حق بیمه بازار بیمه‌های این کشورها را به خود اختصاص داده است. حتی در هندوستان که جزو کشورهای در حال توسعه به‌شمار می‌رود در سال ۱۹۹۶ تعداد ۱۰۲/۱۰۰/۰۰۰ بیمه‌نامه عمر در جریان بوده، به این ترتیب به‌طور متوسط از هر دو خانوار هندی تقریباً یک خانوار تحت پوشش بیمه‌های عمر قرار دارند و از مزایای این نوع بیمه برخوردارند

در اقتصادهای نوین، بعد از بانکداری، بیمه مهم‌ترین بخش شمرده می‌شود که در هم تنیده شده‌اند و مکمل یکدیگرند و از عملکرد هم حمایت می‌کنند. بیمه مسئله جدید و مهمی محسوب می‌شود که مناقشه‌های بسیاری را پدید آورده است. در بین انواع گوناگون بیمه، بیمه‌های عمر ماهیت متفاوتی دارند. در این بیمه‌ها سلامت و تأمین بیمه‌شده یا خانواده وی یا به‌طور کلی ذی‌نفع قرارداد مطرح است و بنابراین فعالیت در این رشته بیمه‌ای، نکته‌ها و رموز بسیار ظریف‌تر و متمایزی با بیمه‌های دیگر دارد؛ تا

آنجا که می‌توان گفت بیمه‌گری بیمه‌های عمر، به دانش و تجربه خاص خود نیاز دارد و به‌علت روزآمد بودن دایمی علوم پزشکی، مسائل مربوط به زندگی و مرگ مانند: علت‌ها، مدت حیات فرد، عوارض ناشی از بیماری‌ها و ... اهمیت آن بیشتر نیز می‌شود (اسماعیلی، ۱۳۷۳: ۴) بیمه‌های عمر شاید منبع درآمد مهمی برای خانواده‌ها در کنار برآورد موقعیت زندگی در دوران بازنشستگی و از کارافتادگی تلقی شوند و انسان‌ها را در برابر دو گروه اصلی خطرهای مالی و خسارت‌های جانی ایمن کنند (شیدایی‌راد، ۱۳۷۸: ۲).

بیش از ۵۰ درصد حجم بیمه‌ای دنیا به بیمه عمر اختصاص یافته است. این رشته از بیمه یکی از ابزارهای مهم اقتصادی و شرکت‌های بیمه عمر در جایگاه قطب‌های سرمایه‌گذاری در جهان شمرده می‌شوند. اما سهم بیمه عمر در ایران بسیار کمتر از متوسط جهانی است و نتیجه این مسئله، از دست رفتن فرصت‌ها برای جمع‌آوری سرمایه‌های مردم و بهره‌گیری آنها در شکوفایی اقتصاد جامعه است. وضعیت این صنعت در ایران رضایت‌بخش نیست، چون سهم کل صنعت بیمه در بازار مالی کشور طی سال‌های ۱۳۷۲-۱۳۸۶ به اندازه ۲ درصد بوده است. افراد جامعه سرمایه‌گذاری در بانک را (به‌علت سود سرمایه‌گذاری بیشتر بانک در مقایسه با بیمه عمر) نسبت به خرید بیمه‌نامه‌های عمر ترجیح می‌دهند (اسماعیل‌زاده، ۱۳۸۶: ۲۱۹-۲۲۲).

از اواخر سده بیستم کوشش‌هایی برای اسلامی شدن اقتصاد در جهان اسلام آغاز شد. ابتدا بانکداری اسلامی مطرح و حذف بهره از عملیات بانکی نخستین گام در جهت اسلامی شدن بانکداری شمرده شد. سپس اسلامی شدن بیمه مورد بررسی قرار گرفت. عالمان مسلمان به‌محض معرفی این صنعت به جامعه مسلمانان، در این زمینه دست به قلم بردند. در دهه‌های ۶۰ و ۷۰ مسئله کسب و کار بیمه، موضوع بحث بسیاری از کنفرانس‌ها و سمینارها بود. در این راه، بسیاری از شرکت‌های بیمه اسلامی (تکافل) در دهه‌های ۸۰ و ۹۰ در کشورهای گوناگون مسلمان تأسیس شدند و با کامیابی به کسب و کار خود ادامه دادند. بیمه اسلامی نه‌تنها در کشورهای اسلامی بلکه در آمریکای شمالی، استرالیا، چین، روسیه و چند کشور اروپایی نیز فعالیت می‌کنند. نخستین شرکت بیمه اسلامی در سال ۱۹۷۸ در خارطوم (سودان) به نام «شرکت بیمه اسلامی با مسئولیت محدود» و به‌صورت یکی از شرکت‌های وابسته به بانک اسلامی فیصل سودان تأسیس شد. اولین قانون تکافل (بیمه اسلامی) در سال ۱۹۸۴ در مالزی به تصویب رسید و شرکت‌های تکافل از آن پس بیشتر شدند (عسگری، ۱۳۸۷: ۶۴).

علمای اهل تسنن در خصوص بیمه عمر مرسوم، حکم به حرمت آن دادند و بیان

داشتند که این نوع از بیم شامل عناصر ربا، غرر، میسر است و ابزار جدیدی مبتنی بر عقود معین اسلامی (از جمله مضاربه، وکالت و شرکت) به نام تکافل را طراحی کرده‌اند. صنعت تکافل در دهه‌های اخیر نرخ رشد بالایی را تجربه کرده است. در حال حاضر ۲۵۰ شرکت بیمه خصوصی اسلامی در سراسر دنیا وجود دارد و حق بیمه‌های دریافتی شرکت‌های موجود، در سال ۲۰۰۵ میلادی بالغ بر ۲ میلیارد دلار بود. گفتنی است که در ایران و بسیاری از کشورهای اسلامی با توجه به پذیرفته شدن بیمه رایج، شرکت‌های تکافل تأسیس نشده‌اند (سیفلو، ۱۳۸۷: ۲۰) و این خود اهمیت و ضرورت بررسی، واکاوی و توسعه چنین کسب و کاری را در صنعت بیمه کشور نشان می‌دهد.

ارائه محصولات متنوع و کارای مرتبط با پوشش‌های بیمه عمر که برای مردم از جذابیت کافی برخوردار باشد، در کنار ازدیاد آگاهی و فرهنگ استفاده از این محصولات در بین مردم، یکی از راه‌های توسعه صنعت بیمه عمر در ایران است. بنابراین ارائه محصولات تکافل خانواده به صورت مکمل محصولات بیمه عمر که در مقایسه با بیمه عمر رایج از ویژگی‌های منحصر به فردی برخوردار است، شاید کارگشا و راه‌حل مناسبی به‌ویژه برای تأمین اهداف قانون اصل ۴۴ و لزوم توجه به بخش تعاونی با عنایت به هدف خصوصی‌سازی مبتنی بر عدالت باشد که بررسی، تبیین و تشریح این راه‌حل، هدف این مقاله خواهد بود. در ابتدا لازم است به بررسی اجمالی بیمه عمر در نظام حقوقی ایران بپردازیم و در ادامه، نظام تکافل خانواده را به‌عنوان نظام رقیب بیمه عمر بررسی خواهیم کرد.

برخی کتاب‌ها و پایان‌نامه‌های نگاشته‌شده در این حوزه عبارتند از:

محمدرضا یقینی، بررسی مبانی فقهی بیمه (۱۳۷۹). پایان‌نامه کارشناسی ارشد الهیات، گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده معارف اسلامی و الهیات دانشگاه امام صادق (ع). هدف از تحقیق مذکور بررسی مبانی فقهی بیمه است (یقینی، ۱۳۷۹: ۱۵).

۱. محمد حسن محمدی‌مهر، بررسی تطبیقی نظام بیمه و تأمین اجتماعی با نظام تکافلی اسلام (۱۳۸۵). پایان‌نامه کارشناسی ارشد اقتصاد، تهران، دانشگاه امام صادق (ع). ایشان در این پایان‌نامه به بررسی بیمه و تأمین اجتماعی به‌عنوان دو نظام مهم اجتماعی - اقتصادی می‌پردازد که مطابقت آنها با مبانی اندیشه اقتصاد اسلامی نیز مورد توجه علما و اقتصاددانان اسلامی قرار گرفته است و ایشان به بررسی این نکته می‌پردازد که در برخی از کشورها نوعی بیمه اسلامی بر مبنای اصل قرارداد مضاربه با نام «تکافل» مطرح شده که یک قرارداد همیاری متقابل، اشتراک در منافع و مسئولیت و برادری در برابر خطرات یا فجایای پیش‌بینی‌ناپذیر است و در آن انتظار می‌رود که اعضا خالصانه با یکدیگر همکاری داشته باشند (محمدی‌مهر، ۱۳۸۵: ۲۲).

۲. محمد مهدی صداقت، قواعد اختصاصی بیمه اشخاص در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق انگلستان (۱۳۸۶). پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق، تهران، دانشگاه امام صادق (ع). ایشان در این پایان‌نامه به بررسی بیمه‌های اشخاص به‌عنوان نوع مهمی از انواع بیمه می‌پردازد که دارای ماهیت و ارکان خاص خود است که به‌لحاظ طبیعت خویش، با انواع دیگر بیمه‌ها تفاوت دارد و اصول و قواعد نارسایی‌های حقوقی بیمه‌های اشخاص را بررسی می‌کند، زیرا قانون بیمه ایران مصوب ۱۳۱۶ در مورد این نوع از بیمه‌ها صرفاً به ذکر چند ماده - ۲۳ الی ۲۷ - بسنده کرده و در مورد اکثر مسائل آن ساکت است (صداقت، ۱۳۸۶: ۱۷).

۳. محمدجواد سراج‌زاده، تحلیل نظری مقایسه‌ای بیمه متعارف و تکافل (۱۳۸۸). پایان‌نامه کارشناسی ارشد اقتصاد، تهران، دانشگاه امام صادق (ع). ایشان در پایان‌نامه به بررسی نکات کلی درباره تبیین تکافل از نظر فقه امامیه می‌پردازند و از نظر مدیریتی کارکردهای بیمه و تکافل را بررسی می‌کنند (سراج‌زاده، ۱۳۸۸: ۴۴).

۴. احمد ناطق گلستان، امکان‌سنجی ایجاد مؤسسات بیمه اسلامی در جمهوری اسلامی ایران با توجه به موازین فقه امامیه (۱۳۸۸). پایان‌نامه کارشناسی ارشد مدیریت، تهران، دانشگاه امام صادق (ع). ایشان در این پایان‌نامه به بررسی امکان‌سنجی ایجاد مؤسسات بیمه تکافل در جمهوری اسلامی ایران به‌منظور ایجاد تنوع در نهادهای مالی و جلب نظر سرمایه‌گذاران در جذب سرمایه می‌پردازد که علاوه بر کارکردهای بیمه رایج از جمله کنترل نقدینگی، با دارا بودن ماهیت «صندوق سرمایه‌گذاری» که به‌عنوان یک مزیت رقابتی به‌شمار می‌آید، نهایتاً رونق اقتصادی به بار خواهد آورد. از طرفی رسیدن به عدالت اقتصادی از جمله مهم‌ترین اهداف ایجاد این نهاد است. در این تحقیق در ابتدا به توضیح و تبیین سازوکار بیمه تکافل با توجه به روش‌های معمول و شناخته‌شده در جهان پرداخته شده و سپس با استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای و میدانی، امکان به‌کارگیری این سازوکار از بعد فقهی بررسی شده است (گلستان، ۱۳۸۸: ۴۴).

۵. رضا میرزاخانی، بررسی فقهی عقد بیمه عمر (۱۳۸۹) کارشناسی ارشد، الهیات و معارف اسلامی و ارشاد، گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی و ارشاد دانشگاه امام صادق (ع). ایشان در این پایان‌نامه به بررسی مطالب ذیل می‌پردازند:

در فقه امامیه بیمه عمر طبق نظر مشهور علمای متأخر امامیه جزو عقود مستحذته است و در صورتی که بتوان مشکلاتی مثل ربا، غرر، قمار و... را از طرقی مثل عقد صلح، ضمان جریره و... حل کرد، عقد صحیح و پذیرفته‌شده‌ای در فقه امامیه محسوب

می‌شود. اما در فقه عامه نظر مشهور در بین علمای عامه، بطلان عقد بیمه عمر از جنبه وجود شبهه ربا، غرر و قمار در آن است (میرزاخانی، ۱۳۸۹: ۲۵).

۶. وحید اختر، ۲۰۰۸م، Akhter, Waheed, Potential of Takaful in Pakistan،

Operational and Transformational Paradigm, PHD Thesis of Philosophy in Management Sciences, National University of Modern Languages, (Islamabad, 2008)

ایشان در پایان‌نامه‌ای با عنوان «فرصت‌های بالقوه تکافل در پاکستان: الگوی تحول آفرین و عملیاتی» با بررسی وضعیت بازار تکافل در دنیا و مقایسه آن با بیمه رایج به پیش‌بینی موفقیت این صنعت در پاکستان پرداخته است و در بخشی از پایان‌نامه خود که به مقایسه تکافل و بیمه رایج پرداخته، توضیحاتی در مورد الگوهای رایج مورد استفاده شرکت‌های تکافل داده است.

تکافل خانواده دقیقاً همان نوع پوشش بیمه عمر و بیمه زندگی را ارائه می‌دهد و تفاوت تکافل خانواده با بیمه عمر متعارف، سازوکارها و عملکرد تکافل خانواده است، الگوهای اجرایی تکافل عبارتند از الگوی مضاربه و الگوی وکالت که هر یک دارای انواع فرعی دیگری است که قصد داریم در این پژوهش به واکاوی فقهی - حقوقی الگوی وکالت بپردازیم و بعد از بررسی فقهی الگوی وکالت تکافل خانواده در فقه امامیه، به‌صورت عملیاتی راهکارهای اجرایی تحقق آن را در حقوق ایران بررسی کنیم.

۲. بیمه در نگاه علما و فقهای اسلامی

در زمینه بیمه، بین علمای عامه و امامیه آرا و نظرهای مختلفی نسبت به صحت یا رد آن وجود دارد. به‌صورت کلی، این نظرها را می‌توان به سه گروه تقسیم کرد (معصوم بالله، ۱۳۸۹: منقول از سراج‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۵).

۲.۱. نظر علمای عامه و امامیه درباره مشروعیت انواع بیمه متعارف

گروه اول: آن دسته از علما و محققان مسلمانند که اعتقاد دارند اجرای بیمه کاملاً صحیح و قانونی است و دارای عنصر ربا نیست. موافقان مشروعیت قرارداد بیمه که شامل اکثریت قریب به اتفاق علما و صاحب‌نظران امامیه و اقلیتی از علما و صاحب‌نظران عامه‌اند، عبارتند از: آیت‌الله محمدی گیلانی، امام خمینی (ره)، آیت‌الله موسوی اردبیلی، شیخ ابن عابدین، شیخ محمود احمد، مصطفی احمد زرقا، ابراهیم تحاوی، یوسف موسی،

محمد الباهی، علی الخفیف، ضفر شاهی، محمد نجات‌الله صدیقی، محمد مصلح‌الدین^۱ وکیل حنفی شیخ ابن عابدین، محمد تقی امینی، شیخ محمود احمد، سید محمد صدیق الروحانی، ابراهیم تحوی، احمد طه السنوسی، علی الخفیف، ظفر شدیدی، م.ن. منان، علی جمال‌الدین عواد (محمدی‌مهر، ۱۳۸۵: ۲۲).

گروه دوم: آن دسته از محققان و اندیشمندان مسلمانند که اجرای بیمه عمومی را قبول دارند اما نسبت به برخی از انواع بیمه اشکال وارد کرده‌اند از جمله بیمه عمر، که معتقدند شامل عنصر میسر (قمار) و غرر (جهالت) بوده و با اصول میراث و وصیت مغایر است. این دیدگاه در همایشی که در ۶ می ۱۹۷۲ در مراکش برگزار شد، مورد پذیرش قرار گرفت. از میان علمایی که چنین دیدگاهی دارند، می‌توان افراد زیر را نام برد: عبدالرحمن عیسی، احمد ابراهیم، مهد موسی، مفتی محمد باخیت، محمد ابو زهرا و شیخ الازهر شیخ جد الحق علی جد الحق. این دیدگاه در بیانیه‌ای ناشناس در /خوت اسلامی، و نیز در همایش مجمع مسلمین در قاهره، به سال ۱۹۶۵ نیز تأیید و پذیرفته شد، به علاوه با قواعد میراث و وصیت در تضاد است.

این عده نیز همانند دسته پیشین تلاش کرده‌اند تا قراردادهای بیمه را با یکی از عقود اسلامی ضمان، مضاربه، صلح یا دلایل دیگر مانند استناد به اطلاقات و عمومات ادله عقود، نیاز شدید مردم، عسر و حرج و... مقایسه و مشروعیت آنها را استنباط کنند و در صورت عدم تطبیق با یکی از عقود اسلامی یا ادله استنباط احکام، عقیده بر حرام بودن بیمه دارند. از فقها و حقوقدانان شیعه، مرحوم آیت‌الله سید کاظم طباطبایی، آیت‌الله سید محسن حکیم و آیت‌الله سید هادی میلانی و مرحوم استاد شهید مرتضی مطهری و از فقها و حقوقدانان عامه، دکتر یوسف القرضاوی، شیخ عبدالرحمن عیسی، احمدطه السنوسی، شیخ محمد ابوزهره، شیخ محمد مبروک و ... را می‌توان نام برد که هرکدام درباره حلیت برخی از انواع بیمه و حرام بودن برخی دیگر، به اجتهاد و اظهارنظر پرداخته‌اند. به‌رحال برای رعایت اختصار به لحاظ اهمیت و شهرت ادله و نظر فقها در مورد بیمه عمر متعارف بررسی خواهد شد.

قرارداد بیمه عمر بیش از سایر انواع بیمه مورد مخالفت فقهای عامه و عده‌ای از علمای شیعه قرار گرفته است. به‌طور مثال آیت‌الله سید محمد کاظم طباطبایی و

1. The Hanafi lawyer Shaikh Ibn Abidin, Shaikh Mahmud Ahmad, Mustafa Ahmad Zarqa, Ibrahim Tahawi, Ahmad Taha Al-Sanusi, Yusuf Musa, Mohammad Al-Bahi, Ali Al-Khafif, Zafar Shahidi, Mohammad Nejatullah Siddiqi, Mohammad Muslehudin

آیت‌الله میلانی، دو تن از مراجع تقلید، نظرشان بر حرمت بیمه عمر بوده است. عده‌ای برای مشروعیت بیمه عمر برخی عقود معین را به‌عنوان مصداق ذکر کرده‌اند. گروه سوم: آن دسته از محققان و اندیشمندان مسلمانانند که کاملاً بیمه و بیمه‌نامه‌ها را رد می‌کنند و معتقدند آنها شامل عناصر ربا، میسر و غررند. آنان عبارتند از: مصطفی زید، عبدالله القلقلی، جلال مصطفی، السید و شوکت علی‌خان^۱ (کیخای فرزانه، ۱۳۹۱: ۲۰).

۳. معرفی بیمه اسلامی (تکافل) و تاریخچه آن

تکافل در زبان عربی به‌معنای تأمین متقابل و در عمل به‌معنای قرارداد و تعهد میان گروهی از اعضا و شرکت‌کنندگان است که هرگاه به کسی از آنها خسارت یا آسیبی رسید، دیگران او را در مقابل عواقب ناشی از آن خسارت و آسیب یاری و به او کمک کنند. این رویه شبیه آداب و رسوم است که در دوران جاهلیت در جامعه عربستان به آن عمل می‌شد. هنگامی که یکی از افراد قبیله فوت می‌کرد، دیگران به یاری یکدیگر در امر تشییع جنازه به بازماندگان او کمک می‌کردند. بعضی‌ها هم برای همدردی بیشتر، کمک‌های نقدی و کالایی به خانواده متوفای می‌دادند. در زمان پیامبر اکرم (ص) هم برخی از این آداب و رسوم دوران جاهلیت ادامه پیدا کرد، مخصوصاً پرداخت غرامت به منسوبان مقتول در قبیله، توسط قبیله‌ای که فردی از آنها یکی از افراد قبیله مقابل را به قتل رسانده است و البته هدف از آن، کاهش دادن تنش بین دو قبیله بوده است، چرا که اعراب در آن دوران بسیار به خونخواهی و انتقام تمایل داشتند. این پرداخت غرامت، دیه یا خون‌بها نامیده شد و باید توسط مردان خویشاوند قاتل (عاقله) به ورثه مقتول داده شود. خدمات بیمه‌ای به‌شکل متعارف آن ابتدا در اروپا شکل گرفت و سپس از آنجا به دیگر کشورها و از جمله کشورهای اسلامی وارد شد. با ورود بیمه به کشورهای اسلامی بحث چالش‌برانگیز تطبیق بیمه با موازین فقهی و مذهبی مطرح شد. در سال ۱۹۷۲ میلادی شورای فتوای ملی مالزی اعلام کرد که بیمه و مخصوصاً بیمه عمر از نظر مبانی فقهی (عامه) باطل است. همین‌طور در نخستین اجلاس بین‌المللی اقتصاد اسلامی که در سال ۱۹۷۶ میلادی در مکه برگزار شد، بر تحریم بیمه مرسوم تأکید کردند. با مشخص شدن این مسئله که برخی از فتاوی فقهی، مشتمل بر تحریم بعضی یا همه انواع

1. Mustafa Zaid, Abdullah al-Qalqeeli, Jalal Mustafa. al-Sayyad and Shawkat Ali Khan.

قراردادهای بیمه متعارف است، محققان و دانشمندان اسلامی به تکاپو افتادند و تلاش کردند سازوکار بیمه‌ای جدیدی را معرفی کنند که علاوه بر دارا بودن کارکردهای بیمه‌ای متعارف، از ایرادات شرعی وارد شده به آنها نیز دور باشد. به این ترتیب از چند دهه قبل مطالعه و تحقیق در این زمینه شروع و نتیجه تلاش‌های آنها به معرفی سازوکار جدید بیمه‌ای مبتنی بر مفهوم تکافل منتهی شد. به‌طور کلی تکافل به‌معنای امروزی و مصطلح آن متضمن تعاون با یکدیگر برای برآورده کردن نیاز مشترک یعنی اطمینان و امنیت در ابعاد مختلف آن است. بر این اساس از اوائل دهه ۱۹۷۰ و به‌ویژه در دهه ۱۹۹۰، کشورهای اسلامی به ارائه خدمات مالی شامل بیمه، بر اساس احکام و قواعد اسلامی روی آوردند. در نتیجه، تعداد زیادی مؤسسات آموزشی و پژوهشی در این زمینه و همچنین شرکت‌های بیمه اسلامی، با نام بیمه‌گران تکافلی، تأسیس و شروع به فعالیت کردند. این چنین مؤسسات و شرکت‌هایی نه تنها در کشورهای اسلامی و کشورهای با جمعیت بالای مسلمان، بلکه در آمریکای شمالی، استرالیا و برخی کشورهای اروپایی فعالیت می‌کنند. اولین شرکت تکافلی دنیا با نام «شرکت بیمه اسلامی سودان» در سال ۱۹۷۹ تأسیس شد. بعد از تأسیس اولین شرکت بیمه اسلامی در سودان، متعاقب آن در همان سال یک شرکت تکافلی در عربستان سعودی تأسیس شد و بعد از آن موج تأسیس شرکت‌های تکافلی بالا گرفت و کشورهای برونئی، اندونزی، سنگاپور، کویت و مالزی به تأسیس شرکت بیمه تکافلی پرداختند. در حال حاضر ۲۵۰ شرکت بیمه خصوصی اسلامی در سراسر دنیا وجود دارد. در طول سال‌های اخیر رشد فزاینده‌ای در این حوزه در تمام دنیا مشاهده شده است. در سال‌های ۲۰۰۳ و ۲۰۰۴ تحقیقی در مورد تعیین اندازه صنعت تکافل در سال ۲۰۰۲ و پیش‌بینی اندازه این صنعت در سال ۲۰۱۵ بر حسب میزان حق بیمه‌های دریافتی و مشارکت‌ها انجام گرفت. در سال ۲۰۰۲ برآورد حق بیمه‌های دریافتی (یا مشارکت‌ها) در کل جهان به‌جز ایران ۱/۳ میلیارد دلار آمریکا بوده است. با اضافه کردن حق بیمه‌های دریافتی شرکت‌های بیمه فعال در ایران، این عدد به ۲/۱ میلیارد دلار آمریکا می‌رسد. بر اساس این برآورد، حدود ۴۰ درصد از کسب و کار تکافل جهان مربوط به تکافل خانواده یا همان بیمه عمر مطابق با شرع است. در سال ۲۰۰۲ حدود ۴۱ شرکت (هم شرکت‌های تکافل و هم شرکت‌های بیمه‌ای که بیمه اسلامی ارائه می‌کنند) در ۲۳ کشور جهان به ارائه محصولات بیمه اسلامی می‌پرداختند. در این زمان مؤسساتی که از طریق مبانی اسلامی

به ارائه محصولات بیمه اسلامی می‌پرداختند ۵ درصد کل بازار را تشکیل می‌دادند. چهار سال بعد (اواسط سال ۲۰۰۶) تعداد شرکت‌های تکافل به بیش از ۲ برابر یعنی ۸۷ شرکت در ۲۹ کشور جهان رسید. در این سال بیمه‌های اسلامی که به وسیله شرکت‌های بیمه‌ای مرسوم ارائه می‌شدند، ۳۶ درصد شرکت‌های تکافل را تشکیل می‌دادند که این بیانگر افزایش تمایل شرکت‌های بیمه رایج برای ورود به بازار تکافل است.

رشد تقاضا برای خدمات بیمه‌ای اسلامی در دنیا از یک طرف و افزایش تعداد فعالان عرضه خدمات بیمه‌ای اسلامی از طرف دیگر، نیاز روزافزون به تهیه منابع و زیرساخت‌های نظری را آشکارتر کرد (کیخای فرزانه، ۱۳۹۱: ۳).

۱.۳. چارچوب مفهومی تکافل

از نگاه فقهای عامه تکافل یکی از جایگزین‌های بیمه است که امروزه مورد کاربرد شمار زیادی از عوامل بیمه اسلامی است. چرا که بیمه در صورتی در شریعت جایگاهی خواهد داشت که برای حفاظت از فرد در برابر خطری تعریف شده، بر اصول شریعت، یعنی مسئولیت مشترک، همکاری متقابل و اتفاق نظر استوار باشد (شاکر، ۱۹۷۷م: ۵).

واژه تکافل مصدر مشتق از ریشه ک - ف - ل و واژه به معنای «ضمانت» است. ویژگی اصلی واژه مشارکت و به معنای «شراکت» و بنابراین تکافل به معنای مسئولیت یا ضمانت مشترک، مسئولیت، بیمه، تضمین و اطمینان خواهد بود. از دیدگاه تخصصی علم اقتصاد، تکافل به معنای تضمین متقابل گروهی از مردم ساکن در یک جامعه در برابر خطر تعریف شده یا فاجعه‌ای است که برای زندگی، اموال یا هر چیزی که در نظر افراد جامعه ارزشمند باشد، روی دهد. بنابراین تعریف بهتر تکافل بیمه مشارکتی است (اساس این دیدگاه، مصاحبه‌ای است با احمد مظان ذوالکفلی، مشاور تکافل، BIRT، مالزی) (معصوم‌بالله، ۱۳۸۹: ۶۰).

۲.۳. اهداف و مبانی تکافل خانواده

هدف از تکافل، مشارکت و کمک و یاری دوطرفه میان اعضای گروه مشخصی ذکر می‌شود. در عمل، تکافل روشی مبتنی بر ضمانت مشترک در بین گروهی از اعضا و در برابر ضرر و زیان‌هایی است که شاید به آنها وارد شود. اعضای گروه مذکور در صورتی که برای فردی مشکل و حادثه‌ای ایجاد شود، بر ضمانت و وثیقه مشترک اتفاق نظر دارند و مجموع منابع جمع شده را به فرد ضرردیده برای جبران خسارت می‌پردازند. تمامی

اعضای گروه تلاششان را به کار می‌گیرند تا فرد نیازمند را حمایت کنند (عتیق الظفرخان؛ ۲۰۰۵م: منقول از سراج‌زاده، ۱۳۸۸: ۶). صنعت تکافل در دهه‌های اخیر نرخ رشد بالایی را تجربه کرده است. در حال حاضر ۲۵۰ شرکت بیمه خصوصی اسلامی در سراسر دنیا وجود دارد و حق بیمه‌های دریافتی به‌وسیله شرکت‌های موجود در سال ۲۰۰۵ میلادی بالغ بر ۲ میلیارد دلار بود.

تکافل خانواده در پی برآورده کردن سه هدف است که عبارتند از:

- تشویق اعضا به پس‌انداز منظم.
 - سرمایه‌گذاری وجوه اعضا به‌نحوی که منطبق با اسلام باشد.
 - ارائه حمایت و پشتیبانی از بازماندگان اعضا، به‌کمک منافع تکافل.
- برای روشن شدن چگونگی تأمین اهداف مذکور، سازوکار تکافل خانواده را به‌تفصیل بررسی خواهیم کرد.

۳.۳. مقایسه بیمه عمر متعارف و تکافل خانواده در فقه امامیه

هدف اصلی پیگیری‌شده در مقاله ارزیابی مشروعیت و کاربرد تکافل در فقه امامیه با نگاه حقوق اقتصادی اسلامی و تحلیل نمونه‌های تفاوت‌های موجود میان قانون این دو نهاد در زمینه شیوه‌های سرمایه‌گذاری متقابل در بیمه است. در این بخش می‌کوشیم با جمع‌بندی این تفاوت‌ها، به ادله اصلی گرایش به هر دو نظام تأمینی دست یابیم. خلاصه تفاوت‌های موجود به شرح زیر است:

الف) درباره بیمه عمر نظر غالب فقها و حقوقدانان این است که بیمه عمر عقد غیرمعینی است و باید شرعیت آن را از طریق اطلاقات و عمومات صحت عقود اثبات کرد، لکن تکافل خانواده بر عقود معینی مثل مضاربه، وکالت، شرکت، هبه و قرض مبتنی خواهد بود و از این جنبه از نظر شرعی اشکال و ایرادی ندارد، زیرا از طریق عقود معین شرعی اداره می‌شود. به‌نظر می‌رسد می‌توان به‌طور کلی عقد تکافل را در فقه امامیه به سه شکل منعقد و مبتنی بر همین سه الگو تحلیل کرد:

۱. عقد تکافل عقد جدید و مستحدثه‌ای است که طبق ماده ۱۰ قانون مدنی ایران عقدی لازم و الزام‌آور محسوب می‌شود و شامل آیه شریفه «أوفوا بالعقود» قرار می‌گیرد در این تحلیل عقد تکافل مثل عقد بیمه عمر بر شرایط و قواعد خاص مبتنی است که طرفین عقد باید صراحتاً در عقدنامه به آنها اشاره کنند.

۲. عقد تکافل یک عقد مختلط محسوب می‌شود که از چند عقد اصلی تشکیل شده است که مورد تراضی طرفین قرار گرفته‌اند. از این جنبه تکافل شبیه عقد اجاره به شرط تملیک است، بنابراین تکافل متشکل از عقد مضاربه یا وکالت است که با عقد صلح یا هبه مورد تراضی طرفین عقد قرار گرفته است و طرفین با یک ایجاب و قبول، دو یا چند عقد را در قالب یک عقدنامه منعقد و برآن تراضی کرده‌اند.

۳. عقد تکافل متشکل از یک تعهد اصلی و یک یا چند تعهد فرعی است، بنابراین عقد تکافل متشکل از یک عقد مضاربه یا وکالت خواهد بود که ضمن آن شرط هبه یا صلح به فرد زیان‌دیده نیز شده است. به نظر می‌رسد مد نظر طراحان تکافل الگوی دوم و سوم بوده است.

۴.۳. انواع الگوهای تکافل خانواده

اساساً به علت وجود ربا، غرر و میسر (البته بر اساس نظر محققان و اندیشمندان عامه) در بیمه متعارف و همچنین به دلیل اهمیت و ضرورت ایجاد نظام و سیستم حمایت از آسیب‌دیدگان، تکافل به وجود آمد؛ و نفی سه عنصر ربا، غرر و میسر اساس تمام الگوها و الگوهای تکافل را تشکیل می‌دهد که در این قسمت سعی می‌کنیم به تبیین الگوی وکالت در فقه امامیه بپردازیم.

همان‌طور که در گذشته به آن اشاره شد، سازوکار کلی تکافل حول دو موضوع می‌چرخد: الف) نوع عقد و رابطه اعضا با یکدیگر و نوع رابطه اعضا با صندوق تکافل (یعنی پرداخت حق بیمه).

ب) نوع عقد و نوع رابطه شرکت تکافل با اعضا.

و بسته به اینکه رابطه الف و ب به چه نحوی تعریف شود، الگوی خاصی برای تکافل به وجود می‌آید. الگوهای تکافل را از جنبه نحوه مدیریت شرکت تکافل می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد (مرتضی، ۲۰۰۶م: ۵۵):

۱. الگوهای تعاونی، مشارکتی و غیرانتفاعی^۱: در این دسته از الگوها، مدیریت و کنترل آن به دست اعضا صورت می‌گیرد. بیمه‌گذار و بیمه‌گر افراد یکسانی‌اند و هدف آن کمک و ضمانت متقابل در برابر حوادث است. عنصر سود وجود ندارد. اگر مازادی بود به صندوق برمی‌گردد. مبالغ پرداختی به اندازه‌ای است که تمام مطالبات پرداخت شوند.

1. Cooperative Model, Non Profit Model.

این مبالغ شاید بر اساس تجربیات کم یا زیاد و اغلب در مصارفی استفاده می‌شوند که همه اعضا یک نوع ریسک را دارند. البته عده‌ای تفکیک قائل شده‌اند و می‌گویند: الگوی غیرانتفاعی به وسیله دولت‌ها و برای ایجاد چتر حمایتی بر روی شهروندان اجرا می‌شود.

۲. الگوهای تجاری^۱: در این دسته از الگوها، هدف وارد کردن بخش خصوصی به صنعت تکافل است. بنابراین در الگوهای مذکور باید سود و منفعتی برای شرکت تکافل و عامل تکافل متصور باشد. در این مقاله تمرکز ما نیز بر همین الگوهاست. الگوهای رایج در این زمینه عبارتند از الگوهای مضاربه و وکالت که در واقع الگوهای اساسی تکافل خانواده‌اند و در ادامه به بررسی فقهی - حقوقی آنها می‌پردازیم:

۴. الگوهای تجاری تکافل خانواده

طبق قوانین تکافل هر فرد ۱۸ تا ۵۵ ساله در کشورهای مجری تکافل می‌تواند در فعالیت‌های تکافل خانواده شرکت کند. مبلغی را که فرد باید به‌عنوان حق بیمه به شرکت تکافل پرداخت کند، به عواملی مانند مدت زمان بیمه‌نامه تکافل، مقدار مبلغ بیمه‌شده و نوع قرارداد تکافل و ... بستگی دارد. حق بیمه‌های تکافل به صندوق مشخصی به نام صندوق تکافل خانواده واریز می‌شود. این حق بیمه‌ها به دو حساب جداگانه یعنی حساب شرکت‌کنندگان^۲ و حساب ویژه شرکت‌کنندگان^۳ تقسیم می‌شوند.

حساب شرکت‌کنندگان که سهم عمده حق بیمه‌ها در آن قرار می‌گیرد، فقط برای سرمایه‌گذاری و پس‌انداز استفاده می‌شود. شایان ذکر است که رابطه تکافل‌شوندگان با یکدیگر بر مبنای عقد شرکت سنتی است که فردی به‌عنوان مدیر شرکت تعیین می‌شود (که همان متصدی تکافل است) و به تجارت بر اساس الگوی مضاربه یا الگوی وکالت موظف می‌شود. طبق مبنای مشهور فقهای امامیه عقد شرکت عقدی جایز (محقق حلی، ۱۹۹۱م: ۳۷۴) و صرفاً مفید اشاعه است و برای صندوق شخصیت حقوقی ایجاد نمی‌کند (برخلاف شرکت‌های تجاری موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت).^۴ البته شرکت مدنی در قالب عقد مضاربه و وکالت نیز ایجادشدنی است، زیرا با جمع‌آوری حق بیمه‌ها توسط

1. Tejari Model

2. Participant's Account, Individual Account : (PA)

3. Participant's Special Account : (PSA)

۴. اسباب به‌وجود آورنده شرکت (مال مشاع) منحصر در چهار سبب است:

۵. «عقد» (تملیکی) مانند: بیع، اجاره، صلح، هبه، وصیت، معاوضه و...؛ ۲. «ارث»؛ ۳. «مزج» (اختیاری یا قهری)؛

۴. «حیازت مباحات»، که در مواد ۵۷۱ و ۵۷۲ قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است.

شرکت تکافل، شرکت مدنی به معنای اشاعه اختیاری ایجاد می‌شود (یعنی عامل واحد و موکلان یا مالکان سرمایه متعدّدند) که مالکیت مالکان سرمایه (تکافل‌شوندگان) بر سرمایه خودشان همچنان باقی می‌ماند، بنابراین به نوعی تکافل خانواده در رابطه با حساب پس‌انداز مبتنی بر مالکیت مشاع بین تکافل‌شوندگان است که مدیریت و سرمایه‌گذاری این مال مشاع، به شرکت تکافل واگذار شده است که تکافل‌شوندگان در قالب قراردادی الحاقی به آن ملحق می‌شوند. بنابراین رابطه شرکت‌های تکافل و تکافل‌شوندگان بر عقد مضاربه یا وکالت یا تلفیقی از این دو و رابطه شرکت‌کنندگان نیز بر شرکت مدنی مبتنی است که در ادامه بیشتر توضیح داده می‌شود.

با توجه به نکات مذکور می‌توان گفت تکافل خانواده بر دو عقد مضاربه و وکالت و یا تلفیقی از این دو عقد مبتنی است و سرمایه‌گذاری یا بر مبنای عقد وکالت صورت می‌گیرد یا بر مبنای عقد مضاربه. بنابراین لازم است به شرایط این دو عقد در فقه امامیه پرداخته شود (شایان ذکر است در هر دو حالت مالکیت تکافل‌شونده بر حق بیمه استمرار دارد).

۱.۴. تحلیل فقهی عقد تکافل خانواده

قراردادی که با عنوان تکافل خانواده طراحی شده مشتمل بر تعدادی از عقود معین و معهود در زمان شارع است که عبارتند از مضاربه یا وکالت، شرکت، هبه و قرض. از مجموعه این عقود هدف اصلی حاصل می‌شود که عبارت از تأمین در مقابل خطرات مالی احتمالی است. بنابراین گرچه در عقد تکافل از چند نوع عقد مذکور استفاده شده، هدف آن با اهداف هر سه عقد به تنهایی تفاوت دارد. یعنی این قرارداد، با مضاربه که هدف از آن صرفاً رسیدن به سود سرمایه‌گذاری بوده و هبه که مقصود از آن بخشش مالی بدون عوض به موهوب‌الّه است و قرض که تملیک مال در مقابل بدل آن دانسته می‌شود، تفاوت دارد. گرچه هدف اصلی تکافل با ترکیب این سه عقد حاصل شده است. و بنا بر قاعده «العقود تابعة للمقصود» علاوه بر اینکه عقد بدون قصد باطل است، عقد از حیث نوع کمّ و کیف و شرایط آن نیز تابع قصد متعاقدين خواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ۳۶). بر این اساس در قرارداد مزبور قصد اصلی متعاقدين ایجاد تأمین در مقابل خطرات احتمالی است تا ضمن بهره‌مندی از سود سرمایه‌گذاری خود به این هدف نیز نائل آیند، بنابراین به نوعی قرارداد تکافل متشکل از چند عقد و در واقع قرارداد تکافل عقدی مختلط است.

لذا لازم است در این قرارداد، متعاقدين از شرایط عمومی از جمله بلوغ، عقل، اختیار،

رشد و عدم فلس برخوردار باشند و شرایط خاص قراردادهای مضاربه یا وکالت، هبه و قرض نیز بر این قرارداد حاکم باشد. در ادامه این شرایط را در زمینه الگوی وکالت بررسی می‌کنیم و سپس آنها را بر قرارداد مذکور تطبیق می‌دهیم.

۲.۴. الگوی وکالت

در این الگو، رابطه بین اعضا و شرکت تکافل بر اساس عقد وکالت است. به این معنا که شرکت تکافل از سوی بیمه‌گذاران وکیل است تا وجوه تکافل را مدیریت و از آن وجوه خسارت‌های پدیدآمده را جبران کند و در ازای این کار حق‌الوکاله بگیرد. این حق‌الوکاله هم شاید به صورت مقدار ثابت از همان ابتدا از حق‌بیمه‌ها دریافت شود و هم شاید به صورت درصدی از مازاد تعیین شود (تالفت، ۲۰۰۶م: ۵۳) که به نظر می‌رسد در هر دو حالت عقد تکافل صحیح باشد.

برای روشن شدن سازوکار تکافل خانواده مبتنی بر الگوی وکالت، لازم است عقد وکالت نیز در فقه امامیه اجمالاً بررسی شود که در ادامه به آن می‌پردازیم:

۵. ماهیت عقد وکالت در فقه امامیه (با اشاره اجمالی به موارد اختلافی در فقه عامه)

۵.۱. ماهیت و معنای فقهی - حقوقی وکالت:

ماده ۶۵۶ قانون مدنی ایران می‌گوید:

«وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید».

بیشتر فقهای امامیه، تعریف کوتاهی از وکالت داده‌اند و آن را «اعطای نمایندگی در تصرف» (شهید اول، ۱۳۷۷: ۱۱۱؛ محقق حلی، ۱۹۹۱م: ۷؛ شهید ثانی، ۱۴۲۴ق: ۲۳۵؛ شیرازی، ۱۹۸۸م: ۵ و ۶) معنا کرده‌اند و گاهی قید «بالذات» (شهید ثانی، ۱۴۲۴ق: ۳۶۷) را هم افزوده‌اند تا آشکار کنند که هدف اصلی و مقصود ذاتی وکالت، نیابت در تصرفات حقوقی است، نه نمایندگی در نگهداری مال معین، هرچند همواره انجام دادن اعمال حقوقی با نگهداری همراه است.

گاهی هم آن را «نیابت دادن ویژه» (نجفی، ۱۳۹۴ق: ۳۴۷) دانسته‌اند تا اشاره به معنای عرفی آن باشد و در عرف، این «استنابت» به نحوی است که با سایر عقود نیابتی تفاوت دارد و شرع نیز همین دریافت عرفی را پذیرفته است.

در هر صورت، محتوای ماده ۶۵۶ قانون مدنی ایران از ریشه اصلی خود یعنی فقه امامیه فاصله نگرفته و نظریه مشهور فقهای امامیه را در قالب ماده قانونی بیان کرده است. از این تعریف، چند نکته مهم فهمیده می‌شود:

۱. اعطای نیابت: موکل اقدام وکیل را، در مورد انجام دادن عمل حقوقی، به منزله اقدام خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که به نام و حساب موکل تصرفی انجام دهد. بنابراین وکیل نسبت به آثار اموری که انجام می‌دهد، در حکم واسطه است و آنچه انجام می‌دهد برای موکل است: تعهدهایی که پذیرفته است، بر موکل تحمیل می‌شود و اگر نفعی در بین باشد برای اوست (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۰۷).

۲. انجام دادن عمل حقوقی: ظاهر ماده ۶۵۶ اشاره می‌کند که موضوع وکالت ممکن است «عمل حقوقی» باشد، مانند فروش باغ، اجاره منزل، فسخ عقد یا ایقاع، یا «عمل مادی»، مانند انجام دادن نقاشی یا عمل جراحی. ولی با توجه به نکته‌های ذیل، فهمیده می‌شود که موضوع وکالت، تنها «عمل حقوقی» است نه «اعمال مادی»: به هر حال، از عبارات فقهای امامیه فهم می‌شود که سه دیدگاه در تعریف وکالت وجود دارد:

۱. مشهور: ذات وکالت «اعطای نیابت در تصرف» است.

۲. کاشف‌الغطاء: ذات وکالت «اعطای سلطنت در تصرف» است.

۳. سید محمد کاظم یزدی: ذات وکالت، «اعطای اذن در تصرف» است و عقد نیست.

ج) تعریف وکالت در فقه حنفی

در کتاب‌های حنفی درباره تعریف وکالت چنین آمده است: «وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ عِبَارَةٌ عَنْ إِقَامَةِ الْإِنْسَانِ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ» (غنیمی میدانی، ۱۴۱۸ق: ۱۳۸ - سمرقندی، ۲۰۰۰م: ۲۲۷ - السنهوری، ۱۹۶۴: ۳۷۱).

۵.۲. خصوصیات عقد وکالت

در ادامه برای اجرایی کردن الگوی وکالت در تکافل خانواده، ویژگی‌های مهم عقد وکالت بر شمرده می‌شود:

الف) عقد بودن وکالت

چنانکه گذشت، مشهور فقهای امامیه، وکالت را «عقد» می‌دانند (محقق حلی، ۱۹۹۱م: ۷ و ۸ - شهید اول، ۱۴۱۱ق: ۱۱۱ - شهید ثانی، ۱۴۲۴ق: ۳۶۷ - سبزواری

موسوی، ۱۴۱۶ق: ۱۹۵). حتی برخی فقیهان که از تعریف مشهور رو گردانده‌اند و ماهیت وکالت را «سلطنت» دانسته‌اند نه «نیابت»، در عقد بودن آن، تردیدی وارد نکرده‌اند [۴۰] بلکه از ضروریات فقه امامیه به‌شمار می‌رود (نجفی، ۱۳۹۴: ۳۵۱). با وجود این، در فقه امامیه، گاه وکالت از زمره ایقاعات شمرده شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰ق: ۱۱۸) که در انعقاد وکالت به قبول نیازی نیست.

ب) جایز بودن عقد وکالت

عقد وکالت، هیچ التزامی برای نگهداری رابطه حقوقی میان وکیل و موکل پدید نمی‌آورد. یعنی وکالت از عقود جایزه است و هر کدام وکیل یا موکل می‌توانند هرگاه خواست عقد را بر هم بزنند. از این جهت در تکافل خانواده هم هر یک از طرفین می‌توانند عقد را برهم بزنند؛ این سخن به آن معنا نیست که آثار و تعهدات ایجادشده از عقد وکالت اعتبار و احترام ندارد، بلکه تا هنگامی که عقد باقی است، دو طرف به اجرای مفاد آن ملزم هستند.

مشهور فقهای امامیه وکالت را از زمره عقود جایزه شمرده‌اند (نجفی، ۱۳۹۴ق: ۳۵۶ -

موسوی خویی، ۱۳۷۴ق: ۲۰۰) این دیدگاه در ماده ۶۷۹ قانون مدنی ایران تصریح شده است. فقهای حنفی، جایز بودن عقد وکالت را پذیرفته‌اند و به آن اشاره کرده‌اند (مرغینانی، ۱۴۱۰ق: ۱۴۹ و ۱۵۰ - طهماز، ۲۰۰۰م: ۴۴۶؛ ابن عابدین، ۱۹۹۸م: ۲۴۴). از طرف موکل جایز است، چون گاهی مصلحت خود را در آن می‌بیند که وکالت را بر هم زند یا شخص دیگری را وکیل گیرد. از طرف وکیل جایز است، زیرا گاهی فرصت انجام دادن مورد وکالت را نمی‌یابد، پس لزوم عقد به حال او زیان‌آور خواهد بود. در نتیجه، هر کدام هرگاه بخواهد می‌تواند عقد وکالت را فرو شکند (زحیلی، ۲۰۰۶م: ۴۱۱۴). با وجود این، از نظر فقهای حنفی، در سه مورد وکالت از قراردادهای لازم است:

- ۱. وکالت در فروش عینی که به‌عنوان رهن در اختیار دیگری قرار داده است.
 - ۲. وکالت در دعوا از طرف موکل غایب.
 - ۳. وکالت در تسلیم عین به شخصی در غیاب موکل.
- علت لازم شدن وکالت در موارد فوق، آن است که حق دیگری به آن تعلق گرفته است (جزایری، ۲۰۰۴م: ۱۴۸ و ۱۴۹ - زیلعی، ۲۰۰۰م: ۳۰۸).

ج) مجانی بودن عقد وکالت

وکالت عقد مجانی است، عوضی در برابر «اعطای اختیار تصرف به وکیل» قرار

نمی‌گیرد، اما از طرفی اعمال وکیل رایگان هم نیست (م ۶۷۷ ق.م. ایران). بنابراین، عقد وکالت از جهتی مجانی و از جهت دیگر معوض است: هدف اصلی و اثر مستقیم عقد وکالت «اعطای سمت نیابت» است و در برابر اعطای این سمت، عوضی قرار نمی‌گیرد. ولی اینکه موکل باید «حق‌الوکاله» را پرداخت کند، اثر اجرای مفاد نمایندگی است و جنبه فرعی و تبعی دارد. این نکته هم باید در الگوی تکافل خانواده مد نظر واقع شود زیرا در این صورت ماهیت قرارداد تکافل غیرمعوض خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۱۲ و ۱۱۳- سبزواری موسوی، ۱۴۱۶ ق: ۲۲۳).

ت) اذنی بودن عقد وکالت

اثر اصلی و بی‌واسطه عقد وکالت «ایجاد اذن» است، از طریق این نهاد، موکل به وکیل «تفویض اختیار» می‌کند تا به نمایندگی از طرف او به تصرف پردازد. اثر «اعطای اذن» آن است که موکل، آثار و پیامدهای حقوقی اعمالی را که وکیل به نیابت او در ایام وکالت انجام می‌دهد، پذیرا شود و هزینه‌ها را پردازد. این تعهد نتیجه اجرای اذن است نه اثر اصلی عقد وکالت. بنابراین در تکافل خانواده مبتنی بر الگوی وکالت، تکافل‌شوندگان، موکلانی هستند که سرمایه خود را در اختیار یک وکیل واحد به نام شرکت تکافل برای سرمایه‌گذاری و کسب سود می‌گذارند و البته در قالب قرارداد الحاقی تکافل، رضایت خود را برای ایجاد شرکت و مال مشاع اختیاری بین تکافل‌شوندگان نیز ابراز می‌کنند. شرکت تکافل حق‌الوکاله خود را می‌گیرد و به نام و به حساب تکافل‌شوندگان سرمایه‌گذاری می‌کند و همه سود حاصل به تناسب اصل سرمایه افراد متعلق به تکافل‌شوندگان است هر چند شاید شرکت تکافل معاملات خود را به نام تکافل‌شوندگان انجام ندهد، اما در واقع همه اعمال حقوقی که بر مال مشاع تکافل‌شوندگان انجام می‌دهد برای آنهاست و به حساب آنها انجام می‌پذیرد. از سوی دیگر قرارداد تکافل خانواده برای طرفین جایز است و اسباب فسخ و انفساخ عقود جایز در قرارداد تکافل خانواده مبتنی بر الگوی وکالت نیز موجودند، مگر اینکه عقد وکالت در ضمن عقد خارج لازم درج و شرط شود که در این صورت باید گفت طبق قاعده «الشروط تابعه للعقود» شرط نیز لازم می‌شود اما اسباب انفساخ عقد وکالت همچنان تابع عقود جایز است.^۱

۱. انواع وکالت:

وکالت از جنبه اعتبارهای گوناگون به انواع متفاوتی تقسیم می‌شود:

الف) تقسیم از جهت مورد وکالت:

وکالت از جهت حیطة مورد وکالت، دو نوع دارد:

۵.۳. ارکان و شرایط وکالت:

ارکان وکالت عبارت است از «ایجاب و قبول»، «موکل»، «وکیل» و «مورد وکالت». رکن بودن امور یادشده آشکار است (علامه حلی، ۱۴۱۸ق: ۱۱۴)، اما فقه حنفی، بر خلاف سایر مذاهب عامه، تنها «ایجاب و قبول» را رکن وکالت شمرده و «موکل» و «وکیل» و «موکل‌فیه» را از شرایط وکالت دانسته است (کاسانی، ۲۰۰۰م: ۳۳- زحیلی، ۲۰۰۶م: ۴۰۵۶ و ۴۰۵۷).

برای تبیین بهتر تکافل خانواده برمبنای الگوی وکالت لازم است «شرایط موکل و وکیل» و «شرایط مورد وکالت» بررسی شود.

الف) شرایط موکل و وکیل

وکالت قراردادی است که میان موکل و وکیل انعقاد می‌یابد. موکل شخصی است که برای انجام دادن عمل حقوقی به دیگری نمایندگی اعطا می‌کند و وکیل شخصی که سمت نمایندگی را برای اجرای مفاد وکالت می‌پذیرد. در صورتی که یکی از اطراف قرارداد موجود نباشد، عقدی تحقق نمی‌یابد. هنگامی که دو طرف، به انعقاد قرارداد می‌پردازند، باید دارای شرایط قانونی باشند، تا عمل آنها مورد پذیرش قانون قرار گیرد و آثار حقوقی به بار آورد. از فراهم بودن شرایط قانونی برای شخص به «اهلیت» تعبیر می‌شود. بنابراین، پس از اشاره کوتاه به معنا و ارکان اهلیت، در دو بحث آینده از «اهلیت موکل» و «اهلیت وکیل» صحبت خواهد شد:

۱- وکالت عام (ابن عابدین، ۱۹۹۸م: ۲۱۳)؛ ۲. وکالت خاص (مغنیه، ۱۳۸۳ق: ۲۴۱ - جزایری، ۲۰۰۴م: ۱۲۷) در فقه حنفی، وکالت عام با جهالت زیاد هم صحیح است، اما در وکالت خاص، قیاس می‌گوید: هنگامی که جنس، اندازه، ثمن و صفت ذکر نگردد، وکالت صحیح نیست. استحسان می‌گوید: جهالت فی الجمله آسیب‌زا نخواهد بود. (سمرقندی، ۲۰۰۰م: ۱۳۲)

ب) تقسیم از جهت وجود یا عدم قید:

وکالت به اعتبار وجود یا عدم قید دارای دو نوع است:

۱. وکالت مطلق؛ ۲. وکالت مقید (حیدر، ۱۹۹۱م: ص ۵۱۵ - قاضی، ۱۹۴۸م: ۲۷۱ - سبزواری موسوی، ۱۴۱۶ق: ۲۰۹)

پ) تقسیم از جهت تعداد وکیلان:

وکالت به اعتبار وحدت یا تعدد وکیل، دو شکل دارد:

۱. وکالت انفرادی؛ ۲. وکالت اشتراکی (حیدر، ۱۹۹۱م: ۵۱۵ - قاضی، ۱۹۴۸م: ۲۷۱ - سبزواری موسوی، ۱۴۱۶ق: ۲۰۹)

به نظر می‌رسد تکافل خانواده مبتنی بر الگوی وکالت، یک وکالت خاص، مطلق و منجز باشد، یعنی تکافل‌شوندگان مقداری از سرمایه خود را جهت سرمایه‌گذاری مشروع در هر زمینه‌ای در اختیار شرکت تکافل قرار می‌دهند، لکن در ضمن آن شرط شده است که سود حاصله به‌علاوه اصل سرمایه در صورت گذشت زمان معین و زنده بودن تکافل‌شونده به خود تکافل‌شونده و در صورت فوت تکافل‌شونده توسط شرکت تکافل به‌عنوان وصی تکافل‌شونده به ذی‌نفع بیمه‌ای پرداخت شود.

اهلیت به معنای مطلق، عبارت است از «شایستگی قانونی شخص برای دارا بودن یا اجرای حق و تکلیف». شایستگی قانونی دارا بودن حق، «اهلیت تمتع» و توانایی قانونی برای اجرای حق و تکلیف، «اهلیت استیفا» نامیده می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۳۱). آنچه اینجا اهمیت دارد، اهلیت استیفاست. گاهی، آدمی اهلیت تمتع را دارد، اما از «اهلیت تصرف» بی‌بهره است و نمی‌تواند بدون دخالت دیگری حق خود را اعمال کند. «عدم اهلیت استیفا اصطلاحاً حجر و کسی که فاقد این اهلیت است، محجور نامیده می‌شود» (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۱۴).

ماده ۲۱۰ قانون مدنی ایران می‌گوید:

«متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند».

اهلیت سه رکن دارد: (۱) بلوغ؛ (۲) عقل؛ (۳) رشد. ماده ۲۱۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

«برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند، باید بالغ و عاقل و رشید باشند».

در صورت فقدان هر یک از ارکان اهلیت، قرارداد باطل خواهد بود، چنانکه در ماده ۲۱۲ می‌خوانیم:

«معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، به واسطه عدم اهلیت باطل است».

۱. اهلیت موکل

وکالت دادن، اجرای عمل حقوقی و تصرف قانونی است، شخصی می‌تواند از این «عمل حقوقی» استفاده کند که اهلیت آن را داشته باشد. «بنابراین، اهلیت موکل برای اعطای نمایندگی با اهلیت برای انجام کار موضوع وکالت ارتباط نزدیک پیدا می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴۲). موکل باید مُفلس نباشد و موکل باید مختار باشد.

۲. اهلیت وکیل:

وکیل نیز، مانند موکل در صورتی می‌تواند وکالت را بپذیرد که شرایط عام اهلیت را دارا باشد، زیرا وکالت برای «انجام دادن عمل حقوقی» است، شخصی که اهلیت ندارد، از توان «تصرفات قانونی» بی‌بهره خواهد بود:

وکیل ناتوان از انجام دادن مورد وکالت: برخی از فقیهان تصریح کرده‌اند که وکیل باید قادر بر اجرای مورد وکالت باشد. بنابراین، هرگاه شخصی، کسی را که ریاضی هیچ نمی‌داند، برای محاسبه دستمزد کارگزارانش نیابت دهد، وکالت باطل خواهد بود (کاشف الغطاء، ۲۰۰۵م: ۵۶) ولی بیشتر علمای امامیه، در این صورت، عقد وکالت را باطل نمی‌دانند، بلکه آگاهی و توانایی وکیل را از مستحبات می‌شمارند (شهید اول، ۱۴۱۱ق: ۱۱۱). نهایت، در صورتی که موکل با آگاهی از ناتوانی وکیل، به وی نیابت می‌دهد،

به معنای «اذن در توکیل» خواهد بود. پس وکیل می‌تواند برای خود در جهت اجرای مورد وکالت وکیل برگزیند.

فقه حنفی نیز، وکالت کودک غیرممیز و مجنون اطلاق را نپذیرفته است و از این جنبه با فقه امامیه هماهنگ است.

۵. ۴. شرایط مورد وکالت

صحت وکالت بر فراهم بودن شرایط متعلق آن تکیه دارد، در صورت فقدان یکی از شرایط موضوع، وکالت انعقاد نمی‌یابد. سه شرط مهم برای مورد وکالت بر شمرده‌اند: ۱. «نیابت پذیر بودن»؛ ۲. «معلوم بودن»؛ ۳. «توانایی داشتن موکل بر انجام دادن».

۵. ۵. آثار وکالت

قرارداد وکالت، وکیل را نماینده و جانشین موکل می‌کند. نماینده از طرفی با نیابت‌دهنده رابطه دارد و از طرف دیگر، وکیل می‌تواند به سمت نیابت با دیگران معامله کند و ناگزیر رابطه معاملی با طرف قرارداد هم پیدا می‌کند.

۵. ۵. ۱. آثار وکالت نسبت به وکیل و موکل

هنگامی که قرارداد وکالت انعقاد می‌یابد، آثاری را به بار می‌آورد. این آثار یا نتیجه مستقیم عقد وکالت است، مانند «اذن یافتن وکیل برای تصرف در موضوع وکالت» یا برآیند با واسطه آن، مانند اعمالی که باید وکیل در هنگام یا پس از اجرای وکالت انجام دهد، یا وظایفی که موکل نسبت به وکیل دارد. بنابراین، باید از وظایف وکیل و موکل بحث کرد:

الف) وظایف و تعهدات وکیل

درست است که عقد وکالت از قراردادهای جایز است، وکیل - همچنین موکل - هرگاه خواست می‌تواند آن را از بین ببرد و به رابطه حقوقی پایان دهد، ولی تا هنگامی که این عقد باقی است، وکیل ملزم خواهد بود که مفاد آن را گرامی دارد و تعهدات ناشی از این رابطه را به درستی انجام دهد. پس با انعقاد وکالت، وظایف و تعهداتی مانند «انجام دادن موضوع وکالت»، «اجرای وکالت توسط وکیل»، «نگهداری اموال موکل»، «رعایت مصلحت موکل»، «استرداد اموال و اوراق و اسناد موکل» و «حساب‌دهی به موکل» برای وکیل ایجاد می‌شود:

۱. اجرای مورد وکالت

در مورد اجرای مفاد وکالت، قاعده آن است که وکیل باید موضوع وکالت را به نحو متعارف و مرسوم انجام دهد (سنه‌وری، ۱۹۶۴م: ۴۵۱). وانگهی باید دید که اجرای موضوع از نوع «تعهد به نتیجه» است یا «تعهد به وسیله»؟ اجرای هر کدام متفاوت خواهد بود:

• تعهد به نتیجه: هرگاه موکل و طرف معامله، در تمام مفاد و شرایط معامله توافق

کرده باشند، اتمام آن، تنها متکی بر امضای سند شود و امضا به وکیل سپرده شده شود؛ در این صورت «تعهد به نتیجه» است، اجرا هنگامی محقق می‌شود که «نتیجه مطلوب» حاصل شود و امضا تحقق یابد.

• تعهد به وسیله: گاه وکالت آمیزه‌ای از تعهد به نتیجه و تعهد به مواظبت و وسیله است، وکیلی که برای طرح دعوا و دفاع از موکل تعیین شده است، هم تعهد به نتیجه دارد که باید دادخواست به دادگاه تقدیم کند و هم متعهد به وسیله است که باید برای پیروزی تلاش کند، ولی اگر با کوشش و مواظبت متعارف، به پیروزی و تحصیل نتیجه مطلوب دست نیافت، نمی‌توان گفت که اجرای وکالت نکرده است.

تفاوت میان آن دو در مرحله «اثبات» نیز نمایان می‌شود: اثبات اجرای وکالت در «تعهد به نتیجه» بر عهده وکیل است و حاصل نشدن نتیجه مطلوب، «عدم انجام تعهد» معنا می‌دهد، در «تعهد به مواظبت و وسیله» به دست نیامدن نتیجه مطلوب، برای اثبات تقصیر وکیل کفایت نمی‌کند، موکل باید اثبات کند که او در راه رسیدن به نتیجه دلخواه، تلاش متعارف نورزیده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۳ و ۱۶۴).

اجرای وکالت، به معنای اجرای لوازم و مقدمات هم هست. کسی که انجام دادن عمل حقوقی را به نمایندگی از طرف دیگری می‌پذیرند، به طور ضمنی فراهم‌آوری مقدمات و لوازم آن را نیز ملتزم شده است؛ هر چند در مصداق لوازم اختلاف روییده است.

۲. حفاظت اموال موکل

اموال و اسناد و اوراقی که به هر نحو در اختیار وکیل قرار می‌گیرد، در حکم امانت است، وکیل وظیفه دارد که آنها را به عنوان امین نگه دارد، تا در زمان مناسب به موکل باز گرداند. باید افزود:

• وکیل نسبت به حفاظت اموال امین است، در صورت رعایت امانت ضامن نیست، چه وکالت با اجرت باشد یا مجانی انعقاد یافته باشد (علامه حلی، بی تا: ۳۶۲ - نجفی، ۱۳۹۴ ق: ۴۲۱).

• هنگامی که وکیل تعدی یا تفریط کند، موجب انحلال عقد وکالت نمی‌شود، اما «امانت» را به «ضمانت» تبدیل می‌کند و موجب می‌شود که ید وکیل «ضمنانی» شود. حقوقدانان با پیروی از فقه، وکالت را از جهت حفظ اموال موکل به ودیعه تشبیه کرده‌اند:

«وضع حقوقی وکیل در این مورد شباهت کامل با امین در ودیعه دارد. پس دادرسی می‌تواند همان قواعد حاکم بر روابط مودع و مستودع را در این مورد اجرا کند. چنانکه در ماده ۵۳۱ قانون مدنی نیز آمده است که: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از

مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است...» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۷۹).

فقه حنفی، ظاهراً با فقه امامیه تفاوتی در مورد امانی بودن ید وکیل ندارد، ماده ۱۴۶۳ المجله - قانون مدنی عثمانی - مقرر داشته است:

«مالی را که وکیل به موجب فروش، خرید، ایفا یا استیفای دین و عینی که از جهت وکالت دریافت می‌نماید نزد او در حکم ودیعه است، هرگاه بدون تعدی و تقصیر تلف شود، ضمانی لازم نمی‌آید».

به هر حال، بر امانی بودن ید وکیل، اتفاق همه فقهای عامه ادعا شده است (زحیلی، ۲۰۰۶م: ۴۱۰۹).

۳. رعایت حدود وکالت

وکیل باید حدود وکالت را نگه دارد، از اعمالی که اذن داده نشده است، دوری گزیند. معیارهای تحدید وکالت عبارتند از:

مفاد قرارداد وکالت که به گونه‌ای صراحت یا ظهور حیطة وکالت را تعیین می‌کند.

قراین مقامی یا مقالی که اذن در تصرف از آن فهم می‌شود.

شهادت عرف بر حدود وکالت.

هرگاه موکل قلمرو وکالت را تعیین کرده باشد، چنانچه در وکالت مقید چنین است،

وکیل نمی‌تواند از مرز تعیین شده فراتر رود (علامه حلی، بی تا: ۳۵۸ - شهیدثانی،

۱۴۱۰ق: ۳۷۹ - طباطبایی، ۱۴۲۰ق: ۸۰ و ۸۱ - طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰ق: ۱۲۶ و ۱۲۹)،

اگر شخصی به دیگری اجاره منزلش را وکالت دهد، وکیل حق ندارد آن را بفروشد.

هرگاه، وکالت به صورت مطلق انعقاد یافته باشد، وکیل باید با توجه مفهوم عرفی و

مصلحت موکل عمل کند. مثلاً عرف گواهی می‌دهد که وکالت در فروش منزل، به معنای

نماینده‌گی به فروختن قیمت روز، پول نقد است و وکالت در خرید، معنایش نیابت به

خریدن جنس سالم به بهای روز است. اگر وکیل، به قضاوت عرف اعتنا نکند، حدود

وکالت را نقض کرده است (طباطبایی، ۱۴۲۰ق: ۳۵۶).

هرگاه از حیطة وکالت فراتر رود، اعمالی که انجام می‌دهد به نحو فضولی واقع

می‌شود، موکل می‌تواند آن را تنفیذ یا رد کند. بر معامله، احکام فضولی جاری خواهد

شد نه احکام وکالت.

ماده ۶۶۳ قانون مدنی ایران، درباره حیطة وکالت مقرر می‌دارد:

«وکیل نمی‌تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است، انجام دهد».

فقه حنفی، در بحث‌های پراکنده به «گرامی داشتن حیطة وکالت» اشاره کرده است، چنانکه المجله، در مواد گوناگونی^۱ به نوعی محترم بودن حدود وکالت را بیان کرده است. در نتیجه؛ وکیل باید در وکالت مقید، قیود را و در وکالت مطلق، عرف و عادت را مراعات کند. اگر وکیل با شروط موکل مخالفت کند، معامله برای خود او واقع خواهد شد (عینی، ۱۹۹۰م: ۲۹۹ به بعد - زحیلی، ۲۰۰۶م: ۴۱۰۷).

۴. رعایت مصلحت موکل

ماده ۶۶۷ قانون مدنی ایران بیان می‌دارد:

«وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قراین و عرف و عادت، داخل در اختیار اوست تجاوز نکند».

اعمال وکیل باید در راه مصلحت موکل باشد (علامه حلی، ۱۴۱۵ق: ۲۳ - محقق ثانی، ۱۴۱۰ق: ۱۹۲ - مغنیه، ۱۳۸۳ق: ۲۴۱ - طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰ق: ۱۲۷)، زیرا او جانشین موکل است، باید مانند خود شخص به مصالح خویش، تلاش عقلایی نماید. بنابراین:

• هرگاه وکیل عامدانه مصلحت موکل را نادیده بگیرد، اقدامات او «فضولی» شمرده خواهد شد و موکل می‌تواند آن را تنفیذ نکند. فقه حنفی، قاعدتاً «رعایت مصلحت موکل» را بر وکیل لازم می‌شمارد، وکیل به دلیل مصلحت موکل، اگر ممکن باشد، باید ارزان‌تر از آنچه بر او تعیین شده است، خریداری کند (زحیلی، ۲۰۰۶م: ۴۱۰۷).

۵. استرداد اموال موکل

وکیل ملزم است که آنچه را که از موکل یا به حساب موکل دریافت کرده است، به وی بازگرداند. روشن است که اگر کالا یا اشیایی از طرف موکل گرفته است، عین آن را مسترد کند.

این وظیفه تنها مربوط به اموال نیست، بلکه او ملزم است که اوراق اسناد مربوط به موکل را نیز در اختیار وی گذارد. در برخی قوانین - مانند ماده ۹۹۷ق.م. مصر - لازم است که وکیل مستندات را عیناً به موکل تحویل دهد و حق ندارد از دادن برخی یا همه آن اوراق اسناد امتناع کند، به‌عنوان گروهی طلب یا در مقابل استیفای حقوق، گروکشی کند (سنهوری، ۱۹۶۴م: ۵۰۴-۵۰۱). همچنین وکیل ملزم است که «حساب مدت وکالت» را به موکل بدهد.

۱. از جمله: ۱۴۷۰، ۱۴۷۲، ۱۴۷۳، ۱۴۷۴، ۱۴۷۵، ۱۴۷۶، ۱۴۷۹، ۱۴۹۶، ۱۴۷۹، ۱۴۹۸، ۱۴۹۹

بنابراین در قرارداد تکافل خانواده مبتنی بر الگوی وکالت، شرکت تکافل امین محسوب می‌شود و باید در حیطة اذن که در ضمن قرارداد معین شده است و به مصلحت موکلان عمل کند و در غیر این صورت ضامن خواهد بود و در عین حال تمامی اموال و اطلاعات تکافل‌شوندگان نزد شرکت تکافل امانت است و شرکت تکافل ملزم به مراقبت و مواظبت عرفی از آنهاست. در صورت پایان مدت قرارداد یا فسخ یا انفساخ قرارداد تکافل، شرکت تکافل ملزم خواهد بود همه اموال و اطلاعات تکافل‌شوندگان را به آنها بازگرداند و تحویل دهد.

۵.۵.۲. وظایف و تعهدات موکل

با توجه به نکات مطرح شده می‌توان گفت اهم وظایف موکل نیز عبارت است از: «پرداخت اجرت»، «پرداخت هزینه‌ها» و «جبران خسارت».

نکته: چنانکه در گذشته ذکر شد، وکیل می‌تواند در برخی موارد، نامی از موکل در معامله نیاورد و تنها به حساب او قرارداد ببندد. در صورتی که طرف معامله، از نمایندگی او آگاهی نداشته باشد و به اعتبار شخصیت خود او به بستن پیمان اقدام کرده باشد. وکیل به‌عنوان طرف اصلی عقد، شمرده خواهد شد و باید تعهدات مربوط به معامله را انجام دهد. بنابراین در قرارداد تکافل خانواده که معمولاً اجرت معینی برای شرکت تکافل، در قالب شروط ضمن‌العقد تعیین و طبق آن یا درصدی از سود نهایی یا مبلغی معین برای حق‌الوکاله تعیین می‌شود، بنا بر شرط، تکافل‌شوندگان ملزم به پرداخت این مبالغ هستند. علاوه بر این در الگوی وکالت در تکافل خانواده، هزینه‌های تصدی‌گری و مدیریت شرکت بر عهده تکافل‌شوندگان است که طبق پیش‌بینی‌های شرکت به‌صورت اقساطی یا از سود نهایی در قرارداد تکافل دریافت می‌شود و هرگونه خسارتی که نسبت به اصل و سود سرمایه وارد شود، در صورت عدم تعدی و تفریط شرکت تکافل بر عهده تکافل‌شوندگان خواهد بود و شرکت‌های تکافل می‌توانند به نام تکافل‌شوندگان یا به نام شرکت تکافل به فعالیت تجاری بپردازند.

موارد زوال و انحلال وکالت نیز طبق ماده ۶۷۸ قانون مدنی ایران نیز عبارت است از:

«وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود:

۱. به عزل موکل؛

۲. به استعفای وکیل؛

۳. به موت یا جنون و کیل یا موکل».

بنابراین در قرارداد تکافل خانواده که مبتنی بر الگوی وکالت به نظر می‌رسد در صورت وقوع هر یک از موارد مذکور، قرارداد فسخ یا منفسخ خواهد شد، لکن حق عزل یا استعفا ممکن است در ضمن عقد ساقط شود که طبق شرایط مذکور معتبر و لازم‌الاتباع خواهد بود، بنابراین در تکافل خانواده بر مبنای الگوی وکالت، می‌توان شرط اسقاط جزئی حق عزل یا استعفا کرد.

۶. نتیجه‌گیری و پیشنهادها

۱. به نظر می‌رسد برای ایجاد نظام اقتصادی اسلامی لازم است محققان و پژوهشگران اسلامی از رویکرد سلبی نسبت به نهادهای اقتصادی مبتنی بر اندیشه‌های غرب، به رویکرد ایجاد و اثباتی نسبت به نهادهای اقتصادی مبتنی بر اندیشه‌های اسلامی روی آورند. در بین فقهای متأخر که در این زمینه قلمفرسایی کرده‌اند، می‌توان شهید آیت‌الله محمد باقر صدر را نام برد. ایشان در برخی از مسائل اقتصادی مثل بانکداری اسلامی به نظریه‌پردازی پرداخته‌اند که می‌توان با استفاده از اصول روش‌شناسی ایشان در سایر مسائل اقتصادی نیز به نظریه‌پردازی پرداخت تا بتوان مکتب اقتصادی اسلام را در ساختارهای مناسب طراحی و در مرحله اجرا به تدریج اصلاح کرد. در واقع یک نظام اقتصادی، متشکل از اجزای هماهنگی است که به سوی اهداف آن نظام به صورت هماهنگ و منسجم در حرکتند. بانک، بیمه و بورس سه جزء اصلی یک نظام اقتصادی‌اند و ضروری است محققان حقوق اقتصادی اسلامی برای ایجاد یک نظام اقتصادی اسلامی در این عرصه به نظریه‌پردازی بپردازند و ساختارها و الگوهایی اسلامی - ایرانی را که متناسب با فقه امامیه و حقوق ایران است در راستای تحقق اهداف اقتصادی اسلام طراحی و پایه‌ریزی و در مرحله اجرا نیز به تدریج اصلاح کنند. به نظر می‌رسد در عرصه بیمه، تکافل خانواده الگویی کارا، متناسب با فقه امامیه و حقوق ایران و از جنبه ساختار و محتوا یک الگوی اسلامی و ایرانی بیمه عمر است. تکافل خانواده به عنوان یک ابزار تأمین جانشین برای بیمه عمر توسط فقهای عامه طراحی شده که بر برخی عقود معین اسلامی از جمله: مضاربه، وکالت، هبه و قرض مبتنی است و در واقع هدف تکافل خانواده همان هدف بیمه عمر متعارف محسوب می‌شود و تنها از جنبه الگوهای عملیاتی و اجرایی با بیمه عمر متعارف تفاوت عمده دارد.

۲. برخلاف نظر مشهور بین فقهای عامه، فقهای امامیه بیمه عمر را مشروع و مقبول تلقی می‌کنند و بیمه عمر را از شبهاتی مثل ربا، غرر، قمار، اکل مال به باطل و... بری می‌دانند.
۳. تکافل خانواده مفهوماً و مصداقاً با مبانی فقهی - حقوقی امامیه منافاتی ندارد و از این جنبه مقبول و مشروع است و با توجه به عدم استقبال از این نوع از بیمه‌ها در ایران، شاید بتوان تکافل خانواده را به‌عنوان ابزاری تأمینی - سرمایه‌گذاری در نظام حقوقی ایران طراحی، تدوین و اجرا کرد، چرا که تلفیقی از کارکرد سرمایه‌گذاری مبتنی بر الگوی سود مشترک - زیان مشترک را ایجاد می‌کند که الگویی مشابه الگوی بانکداری اسلامی مبتنی بر عقد وکالت و مضاربه است.
۴. از نظر فقه امامیه به‌نظر می‌رسد رابطه تکافل‌شوندگان (افراد) که قرارداد تکافل را با شرکت منعقد می‌کنند) مبتنی بر شرکت و ایجاد مال مشاع به شکل اختیاری است و رابطه تکافل‌شوندگان و متصدی تکافل نیز می‌تواند مبتنی بر عقد مضاربه، وکالت یا شرط تجارت ضمن عقد شرکت باشد.
۵. در الگوی وکالت، رابطه بین اعضا و شرکت تکافل بر اساس عقد وکالت است، به این معنا که شرکت تکافل از سوی بیمه‌گذاران وکیل است تا وجوه تکافل را مدیریت و از آن وجوه خسارت‌های پدیدآمده را جبران کند و در ازای این کار حق الوکاله بگیرد. این حق الوکاله هم شاید به‌صورت مقداری ثابت از همان ابتدا از حق بیمه‌ها دریافت یا به‌صورت درصدی از مازاد تعیین شود. از این جنبه تکافل خانواده با الگوی وکالت مشروع و قانونی و در حقوق ایران اجرا شدنی است.
۶. به‌نظر می‌رسد با توجه به جو اسلامی حاکم بر مردم ایران و استقبال مردم از پایبندی نهادهای اقتصادی به مبانی سنتی اسلامی، تکافل خانواده در کنار بانکداری اسلامی بدون ربا، از این نظر که بر اصل تعاون و عقود معین اسلامی (مضاربه، وکالت، شرکت) مبتنی است، به‌عنوان یک ابزار تأمین مکمل و رقیب بیمه عمر متعارف در ایران مطرح شود.
۷. با توجه به تجربیات کشورهای مختلف از جمله مالزی در عرصه مالی اسلامی و تکافل خانواده به‌نظر می‌رسد بیمه مرکزی جمهوری اسلامی موظف به تأسیس نهادی نظارتی با عنوان شورای فقهی بیمه است که با بررسی‌های فقهی - حقوقی کافی به بررسی الگوها و روش‌های بیمه و تکافل از دیدگاه فقه امامیه بپردازد، زیرا جز از این طریق نمی‌توان به بحث‌های تخصصی فقهی در مورد بیمه و تکافل جامعه عمل پوشاند.

منابع

قرآن کریم

- [۱]. ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین دمشقی (۱۹۹۸م). *ردالمحتار علی الدر المختار* معروف بحاشیه ابن عابدین. چاپ اول، ج ۸، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی.
- [۲]. اسماعیل زاده، محمد (۱۳۸۶ش). «بررسی وضعیت تقاضای بیمه‌های عمر در ایران و جهان و عوامل مؤثر بر آن»، مجموعه مقالات چهاردهمین سمینار بیمه و توسعه، تهران.
- [۳]. اسماعیلی، ایرج (۱۳۷۳ش). «بیمه عمر و مطالعه بار جهانی بیماری‌ها». نشریه اصلاح و تربیت، ش مسلسل ۱۰۵، سال دوم، ش ۲۰.
- [۴]. امامی، میر سیدحسن (۱۳۸۲). *حقوق مدنی*. چاپ شانزدهم، ج ۱، تهران، انتشارات اسلامی.
- [۵]. الجزایری، عبدالرحمن (۲۰۰۴م). *الفقه علی المناهض الاربعه*. چاپ اول، ج ۳، بیروت، دارالفکر.
- [۶]. حیدر، علی (۱۹۹۱م). *درر الاحکام شرح مجله الاحکام*، تعریب: فهمی حسینی، چاپ اول، ج ۳، بیروت، دارالجمیل.
- [۷]. زحیلی، وهبه (۲۰۰۶م). *الفقه الاسلامی و ادلته*. چاپ سوم، ج ۵، تهران، نشر احسان.
- [۸]. زیلعی، فخر الدین (۲۰۰۰م). *تبیین الحقایق و شرح کنز الدقائق*. چاپ اول، ج ۵، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- [۹]. سبزواری موسوی، سید عبدالاعلی (۱۴۱۶ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*. چاپ چهارم، ج ۲۱، قم، مؤسسه المنار.
- [۱۰]. سراج زاده، سید محمدجواد (۱۳۸۸). *تحلیل مقایسه‌ای بیمه متعارف و تکافل*. پایان نامه کارشناسی ارشد اقتصاد، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
- [۱۱]. سمرقندی، ناصرالدین محمدبن یوسف حسینی (۲۰۰۰م). *الفقه النافع*. تحقیق: ابراهیم بن محمد العبود، چاپ اول، ج ۳، ریاض، مکتبه العبیکان.
- [۱۲]. سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۶۴). *الوسیط فی شرح القانون المدنی*. ج ۷، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- [۱۳]. سیفلو، سجاد (۱۳۸۷). *بیمه تکافل «محصولات و تجربه کشورها»*. دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس.
- [۱۴]. شاکر، اکرام (۱۹۷۷). *پیامدهای آینده تکافل، در افق نو (New Horizon)*.
- [۱۵]. شهید اول، محمدبن مکی عاملی (۱۴۱۱ق). *الدروس الشرعیه فی الفقه الامامیه*. قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۱۶]. ----- (۱۴۱۱ق). *اللمعه دمشقیه*. قم، منشورات دارالفکر.
- [۱۷]. شهید ثانی، زین الدین العاملی (۱۴۲۴ق). *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. چاپ دوم، ج ۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- [۱۸]. ----- (۱۴۲۴ق). *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. چاپ دوم، ج ۵، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، الطبعة الثانية.

- [۱۹]. ----- (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. ج ۴، تهران، المکتبه العلمیه الاسلامیه.
- [۲۰]. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). *تشکیل قراردادها*. چاپ سوم، تهران، مجد.
- [۲۱]. شیرازی، سید محمدحسینی (۱۹۸۸م). *الفقه*. چاپ دوم، ج ۵۹، کتاب الوکاله، بیروت، دارالعلم.
- [۲۲]. شیدایی راد، علی اصغر (۱۳۷۸ش). «موانع ساختاری توسعه بیمه‌های عمر در کشور». نشریه صنعت بیمه، تهران، ش مسلسل ۵۶.
- [۲۳]. صداقت، محمد مهدی (۱۳۸۶ش). *قواعد اختصاصی بیمه‌های اشخاص در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق انگلستان*. پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
- [۲۴]. صفایی، سید حسین (۱۳۸۴). *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، تهران، میزان.
- [۲۵]. طباطبایی، سیدعلی (۱۴۲۰ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*. چاپ اول، ج ۱۰، مشهد، مؤسسه آل‌البتیت لإحیاء التراث.
- [۲۶]. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۰ق). *العروة الوثقی*. ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۲۷]. طهماز، عبد الحمید محمود (۲۰۰۰م). *الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید*. چاپ اول، ج ۲، دمشق، دارالقلم.
- [۲۸]. عسگری، محمدمهدی؛ اسمعیلی گیوی، حمیدرضا (۱۳۸۷). «صنعت تکافل، ویژگی‌ها، فرصت‌ها و چالش‌های پیش‌رو». *همایش ملی مالی اسلامی، دانشگاه امام صادق (ع) و بانک کشاورزی*.
- [۲۹]. ----- (۱۳۸۷). «تحلیل نظری ساختار بیمه‌های عمر در نظام تکافل و بیمه‌های متعارف». *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، سال هشتم، شماره ۳۲.
- [۳۰]. علامه حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۸ق). *قواعد الاحکام*. چاپ اول، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۳۱]. ----- (۱۴۱۵ق). *مختلف الشیعه*. چاپ اول، ج ۶، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۳۲]. ----- (بی تا). *تذکره الفقهاء*. ج ۲، قم، المکتب المرتضویه لإحیاء آثار الجعفریه.
- [۳۳]. عینی، ابی محمد محمودبن احمد (۱۹۹۰). *البنایه فی شرح الهدایه*. چاپ دوم، ج ۸، بیروت، دارالفکر.
- [۳۴]. غنیمی میدانی، عبدالغنی (۱۴۱۸ق). *اللباب فی شرح الکتاب*. ج ۱، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- [۳۵]. قاضی، منیر (۱۹۴۸م). *شرح المجله*. چاپ اول، ج ۳، عراق، مطبعة العانی.
- [۳۶]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. چاپ یازدهم، تهران، میزان.
- [۳۷]. ----- (۱۳۸۳). *قواعد عمومی قراردادها*. چاپ ششم، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- [۳۸]. ----- (۱۳۸۲). *عقود معین*. چاپ چهارم، ج ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- [۳۹]. کاسانی، علاءالدین ابی بکر بن مسعود (۲۰۰۰م). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع*. تحقیق: محمد خیر طعمه حلبی، چاپ اول، ج ۶، بیروت، دارالمعرفه.

- [۴۰]. کاشف الغطاء، شیخ محمدحسین (۲۰۰۵م). *تحریر المجله*. اشراف: آیت الله محمد مهدی آصفی، تحقیق: شیخ محمد ساعدی، چاپ اول، ج ۴، قم، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیة - المعاونة الثقافية.
- [۴۱]. کیخای فرزانه، محمدامین (۱۳۹۱). مقایسه تکافل خانواده و بیمه عمر در حقوق اسلامی و حقوق ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
- [۴۲]. محقق ثانی، علی بن حسین کرکی (۱۴۱۰ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. چاپ اول، ج ۸، مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- [۴۳]. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن الحللی (۱۹۹۱م). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. تعلیق و شرح: سید عبد الزهراء الحسینی، چاپ اول ج ۲، بیروت، دارالزهراء.
- [۴۴]. ----- (۱۹۹۱م). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. تعلیق و شرح: سید عبد‌الزهراء الحسینی، چاپ اول، ج ۴، بیروت، دارالزهراء.
- [۴۵]. محمدی مهر، محمد حسن (۱۳۸۵). «بررسی تطبیقی نظام بیمه و تأمین اجتماعی با نظام تکافلی اسلام». پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
- [۴۶]. مرغینانی، علی بن ابی بکر (۱۴۱۰ق). *الهدایه شرح بدایه المبتدی*. تصحیح و تعلیق: محمد عدنان درویش، ج ۲، بیروت، شرکت دارالارقم بن ابی الارقم.
- [۴۷]. معصوم بالله، مهدی (۱۳۸۹). *تکافل کاربردی و بیمه مدرن*. ترجمه: سیدمحمسن روحانی، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
- [۴۸]. مغنیه، محمد جواد (۱۳۸۳). *فقه الامام جعفر الصادق*. چاپ دوم، ج ۴، قم، مؤسسه السبطين العالمیة.
- [۴۹]. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). *قواعد فقهیه*. ج ۱، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین علیه السلام.
- [۵۰]. موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۴ق). *مصباح الفقاهه*. تقریرات: توحیدی، ج ۲، نجف، انتشارات حیدری.
- [۵۱]. نجفی، محمد حسن (۱۳۹۴ق). *جواهر الکلام*. چاپ ششم، ج ۲۷، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۵۲]. یقینی، محمدرضا (۱۳۷۹). *بررسی مبانی فقهی بیمه*. پایان نامه کارشناسی ارشد الهیات (گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی)، دانشکده معارف اسلامی و الهیات دانشگاه امام صادق (ع).
- [53]. Akhter, W. (2008). "Potential of Takaful in Pakistan, Operational and Transformational Paradigm, PHD Thesis of Philosophy in Management Sciences". *National University of Modern Languages, Islamabad*.
- [54]. Atiquzzafar Khan; (2005). "Takaful: Objectives and Methodology". The Distance Learning Course entitled "*Fundamentals of Islamic Economics: Lecture no. 9, IIIE, International Islamic University, Islamabad, Pakistan*."
- [55]. Mortuza, A. (2006). "Basis and models of Takaful: The need for Ijtihad". *ICMIF series of Takaful articles*, Number 3.
- [56]. Tolefat, A. (2006). "Mixed model is best approach". *ICMIF series of Takaful articles*