

Abstract 4

Interdisciplinary Researches in Jurisprudence, Vol.6, No.2, Spring & Summer 2018, Serial. 12

The Pattern of Public Mudaraba for Takaful in Immami and Sunni Jurisprudence

*Mohammad Iisaei Tafreshi**

Date of Received: 2017/05/01

*Abbas Kazemi***

Date of Accepted: 2018/02/17

*Mohammad Elahy****

Takaful is a tool like insurance and well-known in Islamic and non-Islamic countries, and Malaysia is the leading provider of Islamic finance tools in this industry. One of the reasons for the emergence of the Takaful industry in Islamic countries is the existence of usury doubt in conventional insurance, and Mudaraba and profit sharing are among the pillars of the industry to confront this doubt.

In this paper, after expressing the operation of both pure and modified Mudaraba Patterns from the Malaysian Takaful industry, we examined this pattern from the point of view Immami and Sunni Jurisprudence. After considering the doubts and differences between these two jurisprudences (Fighs), and it would be investigated the possibility of its performance correctness in Imamieh jurisprudence.

Keywords: Pure Mudaraba, Takaful, Modified Mudaraba, Conventional Insurance.

* Professor of the Department of Private Law at Tarbiat Modarres University - tafreshi27@gmail.com

** Assistant Professor of the Department of Private Law at at Allameh Tabatabaei University- abaskazemi@gmail.com

*** PhD Student of Law at Higher Education Management and Planning Institute (responsible author) - m.elahy63@gmail.com

الگوی مضاربه عمومی تکافل در فقه امامیه و عامه

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۲/۱۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۱/۲۹

محمد عیسائی تفرشی*

عباس کاظمی**

محمد الهی***

چکیده

تکافل ابزاری شبیه بیمه و شناخته‌شده در کشورهای اسلامی و غیر اسلامی است و کشور مالزی پیشرو در معرفی ابزارهای مالی اسلامی در عرصه این صنعت است. یکی از دلایل پیدایش صنعت تکافل در کشورهای اسلامی، وجود شبهه ربا در بیمه‌های متعارف است و مضاربه و اشتراک در سود به عنوان رکنی از ارکان این صنعت برای مقابله با این شبهه به شمار می‌رود. در این مقاله پس از بیان عملیات دو الگوی مضاربه محض و تعدیل‌شده از صنعت تکافل کشور مالزی، به بررسی این الگو از منظر فقه امامیه و عامه پرداختیم تا پس از طرح شبهات و اختلافات میان این دو فقه، امکان صحت عملکرد آن در فقه امامیه بررسی گردد.

واژگان کلیدی

مضاربه محض، تکافل، مضاربه تعدیل‌شده، مشترک، بیمه‌های متعارف.

tafreshi27@gmail.com

abaskazemi@gmail.com

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی مؤسسه آموزش عالی مدیریت و برنامه‌ریزی - نویسنده

m.elahy63@gmail.com

* استاد حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

** استادیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

مسئول

مقدمه

تکافل به معنای تضمین متقابل گروهی از مردم ساکن در یک جامعه در برابر خطر تعریف‌شده یا فاجعه‌ای است که برای زندگی، اموال، یا هر چیزی که در نظر افراد جامعه ارزشمند است، روی دهد؛ بنابراین تعریف، تکافل بیمه متقابل است. تکافل به زبان ساده ضمانت مشترکی است که گروهی از مردم یا احزاب، بر ضمانت متقابل یکدیگر در مقابل زیان معین، توافق می‌نمایند (Archer, et al, 2009, p.6).

در این قرارداد که مابین متصدی تکافل^۱ و مشترکان^۲ منعقد می‌شود، مشترکان به دنبال این هستند که صندوقی^۳ را تأسیس کنند و وجوهی را با نیت تبرع وارد صندوق کنند تا اگر خسارتی به یکی از اعضای گروه آنها وارد شد از آن صندوق به زیان‌دیده پرداخت گردد. حال با متصدی تکافل قرارداد می‌بندند تا به عنوان متصدی این صندوق و مدیر آن در مواقع پیش‌بینی شده در قرارداد به زیان‌دیده کمک کنند. متصدی تکافل خود یک شرکت است و می‌تواند سهامدارانی نیز داشته باشد و ممکن است همین مشترکان، سهامداران شرکت باشند. این شرکت وجوهی را که وارد صندوق تکافل می‌شود می‌تواند در تجارت خود به کار برد و باید به صورت مضاربه سود حاصل را وارد صندوق کند. البته متصدی تکافل باید به گونه‌ای از این صندوق در تجارت استفاده کند که در پرداخت خسارت دچار مشکل نشود و البته این میزان توسط بیمه مرکزی و یا بانک مرکزی آن کشور تعریف شده است. حال اگر وجوه صندوق کمتر از میزان خسارات وارده شود، این شرکت تکافل باید از سرمایه خودش به صندوق تکافل وام قرض-الحسنه دهد و بعدها از صندوق به صورت اقساطی بازپرداخت وام خود را دریافت کند. برای نظارت بر مسائل شرعی در شرکت‌های تکافل، شورای فقهی نیز در هر شرکت وجود دارد تا مسلمانان از اسلامی بودن فعالیت‌های این شرکت‌ها اطمینان داشته باشند.

۱. تحریر محل نزاع

این که متصدی تکافل، مشترک و صندوق تکافل چه رابطه‌ای با هم خواهند داشت همه در قرارداد فی مابین متصدی تکافل و مشترکان نهفته است و همین باعث ایجاد الگوهای تکافل می‌شود. تاکنون الگوهای زیر در جهان برای تکافل تعریف شده است؛ «مضاربه»، «مضاربه تعدیل شده»، «وکالت»، «وکالت»، «وکالت همراه با پاداش عملکرد»، «مختلط (ترکیب جعاله - وکالت، مضاربه - وکالت)»، «وقف»، «جعاله»، «ودیعه». در این مقاله نگارندگان در پی تبیین دو الگوی مضاربه عمومی محض و تعدیل شده بوده و سپس به صورت مفصل الگوی مضاربه را در فقه امامیه و عامه مورد بررسی قرار می‌دهد. از مباحث مطرح در این مقاله می‌توان به نحوه کاربرد عقد مضاربه در تکافل، دین بودن رأس‌المال و شرط مدیریت صندوق تکافل در عقد اشاره نمود.

۲. الگوی مضاربه

این الگو قدیمی‌ترین الگوی تکافل در کشور مالزی می‌باشد (Engku, Hassan, Azman, 2008, p.93). برخی از کارشناسان این الگو را مشارکت در سود یا مشارکت در مازاد می‌دانند (Yassin & Ramly, 2011, p.25).

۲-۱. الگوی مضاربه محض عمومی

الگوی مضاربه محض عمومی برای اولین بار در سال ۱۹۷۹ در سودان به کار گرفته شد و رویکرد استفاده از این نهاد رویکرد غالب در این صنعت است (Abdulwahab et al, 2007, p.15). در مفهوم مضاربه محض، شرکت تکافل و مشترکان در درآمد حاصل از سرمایه‌گذاری مستقیم، سهام می‌شوند؛ در حالی که تمام مازاد بدون هیچ کاهشی متعلق به مشترکان خواهد بود. شرکت تکافل تنها از سود سرمایه‌گذاری بخشی از حقتراک-های مشترکان بهره‌مند می‌شود؛ به عبارت دیگر پاداش مدیریت صندوق تکافل و فعالیت-

های مربوط به مدیریت خطر از سهم سود سرمایه‌گذاری شرکت تکافل پرداخت می‌شود (Katspis, 2011, p.75).

اساساً مضاربه به عنوان قرارداد مشارکت در سود در نظر گرفته می‌شود؛ این قرارداد تجاری بین طرفی که تأمین‌کننده سرمایه (مالک) و طرفی که اداره‌کننده کسب‌وکار است به عنوان مضارب صورت می‌پذیرد. در نهاد مضاربه برای تکافل، مشترکان به عنوان تأمین‌کنندگان سرمایه و شرکت تکافل به عنوان مضارب در نظر گرفته می‌شود (Zalkifli, 2012, p.38).

طرفین عقد تکافل با نهاد مضاربه در سود حاصل از به‌کارگیری سرمایه در فعالیت مورد توافق به نسبت از پیش تعیین شده سهم می‌گردند؛ درحالی‌که زیان تنها توسط مشترکان (مالکان) جبران می‌گردد. در حالت زیان، تلاش‌ها و خدمات شرکت تکافل بدون پاداش در نظر گرفته می‌شود. در نهاد مضاربه محض شرکت تکافل تمام هزینه‌های مدیریتی خود را از سهم سود خود پس از تقسیم سود حاصل از سرمایه‌گذاری کسر می‌نماید (Archer, et al. 2009, p.23).

عده‌ای از طرفداران الگوی مضاربه در تکافل عمومی بر این نظرند که سود تکافل دربرگیرنده مازاد پذیره‌نویسی و نیز سود سرمایه‌گذاری می‌گردد؛ لذا شرکت تکافل در هر دو بخش این سود شریک خواهد بود. درحالی‌که بسیاری از صاحب‌نظران فقه عامه مازاد پذیره‌نویسی را که از تفاوت میان حق‌اشتراک‌های موجود در صندوق خسارات و خسارات پرداخت‌شده به دست می‌آید انحصاراً در ملکیت مشترکان در نظر می‌گیرند (Noordin, 2013, p.284-285)؛ لذا شرکت تکافل تنها در سود سرمایه‌گذاری سهم می‌شود (سود ناخالص) و هزینه‌های مدیریتی نیز از سهم سود ناخالص کسر می‌شود و سود خالص از آن به دست می‌آید. از سوی دیگر ید شرکت تکافل به عنوان متصدی تکافل و مضارب ید امانی بوده و اگر هم حق‌اشتراک‌ها را دریافت می‌دارد حق مالکیتی بر آن‌ها پیدا نمی‌کند و طبیعتاً استخراج سهمی از مازاد دلیل می‌خواهد که ظاهراً مفقود

است. همچنین مازاد پذیرهنویسی برآمده از حقاشرک‌های مشترکان به منظور کمک متقابل به یکدیگر در جبران خسارات پرداخت گردیده و در حالت مازاد باید بین آنها تقسیم گردد.

۲-۲. الگوی مضاربه تعدیل‌شده

سود کم الگوی مضاربه محض و عدم انعطاف لازم در این الگو برای شرکت‌های تکافل، دلیل ایجاد این الگو پس از الگوی مضاربه محض بود. این در حالی است که در مضاربه، عامل خطری از مالک را بر عهده نمی‌گیرد در حالی که در تکافل، شرکت تکافل علاوه بر مسئولیت استثمر دارایی‌های صندوق‌های تکافل، تکلیف به جبران خسارات مشترکان از صندوق تکافل را نیز بر عهده دارد. برخی بر این عقیده‌اند که شرکت تکافل در نهاد مضاربه تعدیل‌شده همچنان در مازاد پذیرهنویسی سهم نخواهد بود اما هزینه‌های مدیریتی تکافل پیش از برآورد مازاد یا کسری آن از طریق صندوق تکافل تأمین خواهد شد. در هر حال در این نوع از مضاربه نیز شرکت تکافل حق ندارد هزینه‌های مدیریتی و تکافلی را از ابتدا از حقاشرک‌های مشترکان استخراج نماید؛ بنابراین، تمام هزینه‌های عملیاتی باید در ابتدا از دارایی شرکت برداشت شود. پس از این که هزینه‌های عملیاتی را از صندوق سهامداران شرکت پرداخت نمود، پیش از برآورد مازاد یا کسری، کل آن هزینه‌ها را برداشت خواهد نمود و در این حالت اگر مازاد باقی بماند به مشترکان و اگر کسری به بار آید از صندوق سهامداران شرکت به صورت قرض‌الحسنه به صندوق تکافل پرداخت خواهد نمود.

به‌طور مثال فرض کنید کل حقاشرک‌هایی که قابل سرمایه‌گذاری است ۱۰۰ واحد و سرمایه شرکت نیز ۲۰۰ واحد می‌باشد. حال شرکت تکافل هر دو را مخلوط کرده و ۳۰۰ واحد می‌شود. این سرمایه را در بازارهای مالی اسلامی و با ابزارهای مالی اسلامی به کار می‌برد و سودی معادل ۶۰۰ واحد به دست می‌آورد. حال بر اساس آورده خود

که دو برابر آورده صندوق تکافل بود یعنی به نسبت دو به یک، سود را برای خود برمی‌دارد؛ یعنی ۴۰۰ واحد سود را برای خود برمی‌دارد و باقی‌مانده (یعنی ۲۰۰ واحد) را پس از کسر هزینه‌های مضارب به نسبت توافقی که در تکافل مضاربه نموده‌اند برمی‌دارد. مثلاً فرض کنید هزینه‌های شرکت نیز ۱۰۰ واحد شده است و ۱۰۰ واحد باقی‌مانده مثلاً به نسبت ۶۰ درصد و ۴۰ درصد میان یکدیگر تقسیم می‌گردد. هزینه‌های تکافل (مثلاً ذخایر، تکافل اتکایی و هزینه‌های دیگر به‌جز اجرت و پاداش مدیریت شرکت تکافل) از این ۴۰ درصد کسر و باقی‌مانده مازاد صندوق تکافل محسوب می‌گردد که در مضاربه تعدیل شده (برخلاف مضاربه محض)، درصدی از مازاد به عنوان پاداش و اجرت مدیریت صندوق و فعالیت‌های مربوط به مدیریت خطر برای شرکت تکافل در نظر گرفته شده و مابقی آن میان مشترکان تقسیم می‌گردد.

مزیت این الگو بر مضاربه محض، جلوگیری از ایجاد کسری دروغین توسط شرکت است. این الگو شرکت را در مازاد سهم نموده تا هم هزینه‌های مدیریت و تحمل خطر را از این منبع برآورده سازد و هم برای تشویق وی، سهمی از مازاد را به او عطا نمود. این باعث خواهد شد که شرکت تکافل همیشه در پی اعلام مازاد باشد و کسری هم در این شرکت پدید نیاید. البته برخی نیز این نظر را پذیرفته ولی معتقدند این الگوی بیان شده، الگوی مضاربه نیست بلکه الگوی جعاله خواهد بود که به نظر می‌رسد مختلط میان مضاربه و جعاله بوده و این نظر احسن است. این الگو باعث خواهد شد شرکت تکافل بتواند در مقابل بازار رقابت بیمه‌ای کشور مقاومت نماید.

در این خصوص (تقسیم مازاد میان مشترک و شرکت تکافل) شورای فقهی بانک مرکزی مالزی نیز مجوز آن را صادر نموده و آن را حق‌العمل^۴ شرکت تکافل نامیده است (Sheila Htay, 2013, p.341). البته مخالفان تقسیم مازاد میان شرکت تکافل و مشترک نیز استدلال می‌نمایند که پرداخت مازاد به عامل مخالف مضاربه در اسلام است و در مضاربه چنین چیزی وجود ندارد و وقتی این الگو را مضاربه نامیده‌اید، نمی‌توانید

آن را به عنوان مضاربه کسر نمایند. استدلال دیگر این گروه آن است که کسر از تقسیم مازاد میان طرفین قرارداد باعث خروج تکافل از مبانی تکافل (اخوت، اتحاد و تعاون) می‌گردد و همچنین استانداردهای صادره از سازمان حسابرسی و بازرسی مؤسسات مالی اسلامی (AAOIFI) نیز مازاد را متعلق به مشترکان می‌داند و شرکت تکافل حق ندارد درصدی از آن را برای خود اخذ نماید. به همین دلایل در مالزی گرایش شرکت‌های تکافل بیشتر به الگوی وکالت می‌باشد تا از شبهه‌های موجود دوری نماید و همچنین با دوری از الگوی مضاربه، گرفتار دشواری‌های رقابت در صنعت بیمه نگردد.

۳. بررسی الگوی مضاربه تکافل در فقه

جهت تقریب به ذهن و درک درست از اختلافات موجود در این الگو، آن را از منظر فقهی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۳-۱. تعاریف مضاربه در مذاهب اهل تسنن

تعریف مضاربه در مذهب حنفی با این عبارات می‌باشد: «عقد شرکت فی الربح بمال من جانب رب‌المال و عمل من جانب المضارب»؛ بنابراین، عقد مضاربه را به نوعی شرکت می‌دانند. در مذهب مالکی به گونه دیگری تعریف نموده‌اند: «توکیل علی تبجر فی نقد مضروب سلم بجزء من ربحه ان علم قدرهما و لو مغشوشا»؛ در مذهب مالکی عقد مضاربه را وکالت می‌دانند و وکالت اوجد و اوضح از شرکت است.

در مذهب شافعی مضاربه را این‌گونه تعریف نموده‌اند که «عقد علی نقد لیتحرف فیه العامل بالتجاره لیکون الربح بینهما علی حسب ما یشرطانه» و سر آخر در مذهب حنبلی این عقد با این عبارات تعریف گشته است: «دفع نقد مضروب حال من الغش الكثير ما معین معلوم قدر الی من یتجر فیه بجزء شایع معلوم من ربحه» (مصطفی القضاة، ۲۰۱۲، ص ۳۵۵-۳۵۶).

در تعاریفی که از این عقد بیان شد، اختلاف در تمام آن مذاهب در دو مورد وجود دارد؛ ۱. پول نقد بودن یا نبودن، ۲. عمل تجارت انجام دادن یا ندادن هر عملی که در آن سود باشد. برخی نظر مذهب حنفی را در نظر گرفته و بنابراین، نه نقد بودن را می‌پسندند و نه الزام بر تجاری بودن عمل را که مطابق با الزامات نظامات مالی می‌داند (در حالی که قانون مدنی ایران تأکید بر نقد بودن و تجاری بودن عمل دارد).

۳-۲. تعاریف مضاربه در فقه امامیه

در کتاب لمعه شهید اول این‌گونه تعریف شده است که: «هِيَ أَنْ يَدْفَعَ مَالًا إِلَى غَيْرِهِ لِيَعْمَلَ فِيهِ بِحِصَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مِنْ رِبْحِهِ» (شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۱۴۵). در جای دیگر این‌گونه تعریف شده است: «دفع الإنسان مَالًا إِلَى غَيْرِهِ لِيَتَّجِرَ بِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا، لَا أَنْ يَكُونَ تَمَامَ الرِّبْحِ لِلْمَالِكِ وَ لَا أَنْ يَكُونَ تَمَامَهُ لِلْعَامِلِ» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۱۱-۱۲). همان‌گونه که در تعاریف دیده می‌شود برخی عبارت «به منظور تجارت» را در تعریف خود لازم می‌دانند و برخی لازم نمی‌دانند. همچنین تعریف دوم ادامه می‌دهد که اگر سود میان آن‌ها تقسیم شود که مضاربه و اگر سود تنها برای عامل باشد به شرط آن که قصد طرفین قرض باشد، قرض محسوب می‌شود؛ حال اگر شرط شود که تمام سود برای مالک باشد بضاعه نامیده می‌شود؛ اما اگر هیچ‌گونه شرطی در اختصاص سود نگردد باز هم مشمول بضاعه خواهد بود زیرا سود متعلق به مالک اصل مال است و برای عامل اجرت‌المثل تعلق خواهد گرفت مگر آن که شرط عدم اجرت شود یا عامل قصد تبرع داشته باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۱۳-۱۶).

۴. ارکان عقد مضاربه در فقه

ارکان مضاربه در مذاهب اهل تسنن نیز موضوعی اختلافی است. مذهب حنفی ارکان آن را ایجاب و قبول و بقیه فرق معتقدند که ارکان مضاربه عبارت‌اند از: ۱. صیغه، ۲. متعاقدان، ۳. معقودعلیه، ۴. ربح می‌باشد (الزحیلی، ۱۴۰۵، ص ۲۶۱۰-۲۶۱۱).

۴-۱. صیغه عقد مضاربه

همین که در تکافل نامه مفاد عقد ذکر می‌شود نشان از انشای صیغه است و در این خصوص هیچ اختلافی میان فقه امامیه و عامه نیست که ایجاب و قبول این عقد محسوب می‌شود. البته در فقه امامیه در خصوص موجب و قابل در عقد بیمه اختلاف وجود دارد؛ به‌طور مثال امام خمینی (ره) می‌فرمایند ممکن است که بیمه‌گر را موجب و بیمه‌گذار را قابل بدانیم یا برعکس (خمینی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۶۰۸)؛ بنابراین در خصوص عقد تکافل نیز باید اختلافی در این خصوص وجود داشته باشد.

۴-۲. طرفین عقد مضاربه

رکن متعاقدان در تکافل عبارت‌اند از رب‌المال که صندوق تکافل است و نه مشترک و البته اگر قائل به عدم شخصیت حقوقی برای صندوق تکافل باشیم، این صندوق شخصیت مستقلی از مشترکان ندارد و رب‌المال همان مشترکان خواهند بود. بر طرفین عقد مضاربه نیز شرایط عمومی عقود از جمله بلوغ، عقل و اختیار شرط است. همچنین مالک نباید مفلس باشد زیرا حجر در تصرف در اموال پدید آمده و نمی‌تواند معامله‌ای منعقد نماید.

همه چهار مذهب در اهل تسنن متفق‌القول هستند که متعاقدان در مضاربه باید شرایط موکل و وکیل را داشته باشند؛ یعنی رب‌المال موکل و مضارب وکیل است. موکل که همان صندوق است و مشترکان سهامداران آن صندوق هستند و اهلیت دارد و وکیل نیز شرکت تکافل و اهلیت او بر اساس اساس‌نامه مصوب و مجوز صادره از دولت است (مصطفی القضاة، ۲۰۱۲، ص ۳۵۸).

اما مضارب یا عامل شرکت تکافل است که شخصیت دارد. مشترک حق اشتراک را به شرکت تکافل (مضارب) تسلیم کرده و در صندوق تکافل سهامدار می‌باشد. مازاد

صندوق نیز بر اساس تصویب هیئت عمومی شرکت و شورای فقهی، میان مشترکان تقسیم خواهد شد.

۴-۳. موضوع عقد مضاربه

موضوع عقد مضاربه عبارت‌اند از: ۱. راس‌المال (اموال صندوق + اقساط پرداختی حق - اشتراک‌ها)، ۲. عمل (عمل استثمار از سوی شرکت تکافل). البته در فقه امامیه موضوع مضاربه را تنها رأس‌المال دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص ۱۶۸)؛ اما به نظر می‌رسد موضوع مضاربه همان رأس‌المال و عمل مضارب باشد زیرا در صورت عجز عامل از انجام مضاربه و علم به آن، همه فقهای عامه و امامیه این مضاربه را باطل دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۶۱) و بطلان در این خصوص زمانی مورد قبول است که موضوع مضاربه واقع گردد. از سویی نیز فقها بر این نظرند که عامل نمی‌تواند اشتراط عدم عمل توسط خود را بنماید و این مخالف ذات عقد است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۸۲).

۴-۳-۱. شرایط راس‌المال در مضاربه

رأس‌المال در عقد مضاربه باید واجد شرایطی باشد که در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم.

۴-۳-۱-۱. نقد بودن

در فقه امامیه نقد و مسکوک بودن از طلا و نقره محل اجماع فقها بوده است؛ همان‌طور که شهید ثانی در شرح لمعه خود چنین اجماعی را بیان می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۴، ص ۲۱۹)؛ اما برخی پس از دسته‌بندی اقوال مذاهب اهل تسنن و فقهای امامیه، چهار نظر را در خصوص نقد بودن سرمایه در مضاربه بیان نموده‌اند که به آن‌ها اشاره می‌نمایم:

الف. سکه طلا و نقره بودن بدون هیچ‌گونه غل و غشی و بدون هیچ‌گونه عیبی: این قول معقد تمام اقوال می‌باشد و همه مذاهب در اسلام این قول را می‌پسندند؛

ب. همان قول اول بدون شرط سلامت؛ بدین معنا که اگر هم کمی عیب داشته باشد ولی بتوان آن را سکه طلا یا نقره نامید کفایت می‌کند؛

ج. نقد بودن یعنی عرف آن کشور به آن پول بگوید؛ بنابراین، شامل تمام واحدهای پولی می‌شود؛

د. هر آن چیزی که مال باشد به عنوان سرمایه بودن در مضاربه کفایت می‌کند.

دلایل اقوال اول و دوم، همان تمسک به اقل و تفسیر مضیق به دلیل خلاف قاعده بودن عقد مضاربه است که در مبحث عین بودن مال المضاربه به آن می‌پردازیم. برای قول سوم دو دلیل نیز ذکر کرده‌اند که عبارت‌اند از اجماع و دلیل لبی؛ اما دلیل اجماع که مردود است زیرا اولاً اجماع باید کاشف از قول معصوم باشد که در مانحن فیه نیست و ثانیاً اجماعی نیست و گفتیم که برخی معتقدند که نقد بودن به معنای تنها طلا و نقره بودن را شامل می‌شود؛ اما دلیل لبی نیز آن است که اگر مال المضاربه نقد نباشد باید غیر نقد باشد و خود آن نیز مثلی یا قیمی خواهد بود. حال اگر مثلی باشد باید سرمایه مضاربه را قیمت مال مثلی یا عین آن مال دانست. حال اگر عین مال مثلی ملاک قرار گیرد، به دلیل آن که عین مال در مضاربه به کار گرفته خواهد شد، در محاسبه و انتهای عقد مضاربه، پرداخت مثل آن بر مضارب واجب خواهد بود. در این حالت اگر قیمت مال مثلی افزایش یابد، سودی برای عامل نخواهد داشت و قابل تقسیم نیست.

به‌طور مثال، اگر رأس‌المال چند کیلو برنج باشد؛ عامل با فروش یا معاوضه آن می‌تواند سرمایه‌ای را تهیه کند و با آن تجارت‌های مختلفی نماید؛ حال در انتهای مضاربه بر عامل واجب خواهد بود تا مثل آن برنج را به مالک تسلیم نماید و هر آنچه که باقی بماند به عنوان سود محسوب شده و باید بر اساس سهم مشخص شده تقسیم گردد.

اما اگر قیمت مال مثلی ملاک باشد که کاملاً واضح خواهد بود. مثلاً ابتدای مضاربه قیمت آن را محاسبه می‌کنند و در انتهای آن بر مضارب واجب است که همان ارزش را به عنوان تسلیم رأس‌المال به عامل مسترد نموده و مابقی را تقسیم نمایند. حال اگر رأس‌المال قیمی باشد نمی‌توان ملاک را عین همان مال دانست و بر عامل شرط گردد که عین آن برگردانده شود زیرا این مال در تجارت اتلاف خواهد شد و عینی باقی نخواهد ماند؛ بنابراین، تنها و تنها قیمت آن می‌تواند ملاک عمل قرار گیرد و بر عامل استرداد قیمت یوم‌الدفع به عنوان رأس‌المال واجب خواهد بود.

اما اشکالی که در دلیل لبی بر قول سوم وارد شده است آن است که این روش ممکن است موجب اختلاف میان عامل و مالک شود؛ زیرا ممکن است عامل قیمت مال-المضاربه را پایین‌تر از قیمت مدعای مالک محاسبه نماید و رجوع به کارشناس را ایجاب نماید و البته پاسخ داده‌اند که اولاً رجوع به کارشناس باعث رفع اختلاف می‌شود و در همه مسائل ممکن است اختلاف ایجاد شود و این نمی‌تواند دلیل خدشه بر توافق طرفین باشد؛ ثانیاً پایین یا بالا رفتن ارزش و ایجاد اختلاف در خصوص پول‌های رایج هم مطرح است و ممکن است در خصوص این‌گونه سرمایه‌ها نیز مطرح شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۳۷).

آنچه مشخص شد آن است که این نویسنده معتقد است که سرمایه می‌تواند همه اموال مورد توافق را شامل گردد و دلیلی هم بر این محدودیت وجود ندارد و اگر هم خلاف قاعده بودن مضاربه (که بعداً به آن می‌پردازیم) استدلال درستی باشد باید به همان معقد اجماع تمام نظرات که قول اول است بسنده شود که در این دوران کاری بس دشوار خواهد بود. لازم به ذکر است که ماده ۵۴۷ قانون مدنی ایران قول سوم را پذیرفته است. شرکت‌های تکافل نیز در جهان اسلام تنها حواشتراک نقد اخذ می‌کنند.

۴-۳-۱-۲. معلوم بودن

یکی از شرایط موضوع مضاربه معلوم بودن سرمایه است؛ زیرا جهل به آن باعث غرر است و باعث جهل در سود می‌گردد؛ اما در تکافل شرکت تکافل باید بر اساس وظایف خود به جبران خسارت مشترک زیان‌دیده بپردازد و این جبران خسارت از صندوق تکافل و راس‌المال اخذ می‌گردد؛ بنابراین، راس‌المال برابر با جمع حواشی‌ها و دارایی این صندوق منهای جبران خسارت و سایر هزینه‌ها است.

اگر اشکال شود که جهالتی در راس‌المال وجود دارد پاسخ داده می‌شود که این جهالت به مجرد پرداخت قسط از سوی مشترک وارد نظام حسابرسی شرکت می‌گردد و کاملاً مشخص می‌شود که چه مقدار آن حق‌الوکاله و چه مقدار آن هزینه‌ها و چه مقدار وارد راس‌المال مضاربه می‌شود؛ اما در خصوص معلوم نبودن کسری صندوق در قبال خسارت وارد بر مشترکان قطعاً جهل وجود دارد که برخی این‌گونه پاسخ داده‌اند که همه فقهای چهار مذهب اهل تسنن بیان کرده‌اند که اگر رب‌المال چیزی از راس‌المال را پس از عقد مضاربه اخذ نماید مضاربه در مال مسترد شده منفسخ می‌گردد و باقی اموال به عنوان راس‌المال باقی می‌ماند؛ اما فرقه‌ای از حنفی بیان می‌دارد که زمانی انفساخ حاصل می‌گردد که عامل راس‌المال را تبدیل به غیر نقد نکند در حالی که اگر غیر نقد گردد مضاربه در قسمتی که مسترد می‌شود منقضی نمی‌شود؛ زیرا حق عامل به آن تعلق گرفته است (مصطفی القضاة، ۲۰۱۲، ص ۳۶۰)؛ بنابراین، بر اساس مشهور فقهای عامه چون مضاربه در خصوص مال مسترد شده منقضی می‌شود این جهالت در صحت مضاربه اثر نمی‌گذارد و البته این در صورتی است که تمام اموال را در راس‌المال بدانیم در حالی که این‌گونه نیست و بعضی از اموال خارج از راس‌المال است.

اما این نظر مخدوش است زیرا معلوم نیست که چقدر از راس‌المال پس از کسر باقی می‌ماند؛ و از سویی می‌توان این‌گونه استدلال نمود که این نقد مخدوش است زیرا بعد از کسر هزینه‌ها کاملاً مشخص است که چقدر از راس‌المال باقی می‌ماند؛ اما در حقوق

ایران بر اساس ماده ۵۵۱ قانون مدنی در مانحن فیه، قابلیت انفساخ وجود ندارد مگر آن‌که شرطی در عقد وجود داشته باشد.

در فقه امامیه نیز شرط است که رأس‌المال هم از لحاظ اندازه و هم از جهت وصف معلوم باشد و نباید به مشاهده اکتفا نمود هر چند مشاهده بتواند غرر بسیاری را مرتفع سازد (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۳۱)؛ اما برخی استدلال نموده‌اند که این غرر مذکور در فقه امامیه در خصوص مواردی است که کل سرمایه مجهول باشد و اگر قابلیت ارتفاع جهل و غرر را داشته باشد نمی‌توان آن را به قول مشهور فقهای امامیه منسوب کرد؛ زیرا اولاً داخل در عموم آیه «الا ان یکون تجاره ان تراض منکم» قرار گرفته و ثانیاً حدیث رفع غرر بیشتر اشاره به بیع و نحو آن است و نمی‌توان چندان برای مضاربه به کار برد و حتی اگر بتوان مضاربه را مضمول حدیث مذکور دانست باز هم قابلیت رفع غرر در عرف کفایت از عدم غرری بودن آن معامله خواهد کرد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۴۰). آیت الله خوئی هم در کتاب خود بیان می‌کند که اگر بتوان بعداً رفع غرر نمود اشکالی ندارد و مضاربه را غرری نخواهد کرد و اگر اشکالی در پرداخت سرمایه و سود آن به میان آید طرق مخصوص خود را خواهد داشت و می‌توان رفع مشکل نمود (خوئی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۲۳).

۴-۳-۱-۳. عین بودن رأس المال

این شرط به این معنا است که نباید دین باشد (اجماع فقهای عامه) (الزحیلی، ۱۴۰۵، ص ۲۶۱۵)؛ این شرط در فقه امامیه نیز وجود دارد و در کتب فقها همچون شیخ طوسی بیان شده است که اگر دین باشد تنها زمانی می‌توان آن را در مضاربه رأس‌المال قرار داد که قبض شود (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۳۰). آیت الله خوئی نیز در کتاب خود بیان می‌کند که رأس‌المال نمی‌تواند دین و منفعت باشد و ادله خود را روایات مختص به مضاربه و عدم شمول عمومات عقود از جمله آیات «تجاره عن تراض» و «اوفوا بالعقود» می‌داند؛

ایشان دلیل عدم شمول عمومات بر عقد مضاربه را خلاف قاعده بودن مضاربه نسبت به عقود دیگر می‌داند. ایشان به سه دلیل مضاربه را خلاف قاعده می‌داند که در زیر به آن‌ها می‌پردازیم:

۱. در مضاربه همچون مساقات و مزارعه، تملیکی از سوی طرفی بر دیگری محقق نمی‌شود؛ زیرا مالک چیزی جز حصه‌ای از سود را به عامل تملیک نمی‌کند؛ در حالی که وی مالک چیزی جز رأس‌المال نیست؛ پس چگونه می‌تواند چیزی را که هنوز محقق نگشته و مالک نیست تملیک نماید؛ بنابراین، قاعده اقتضا می‌کند که چنین عقدی باطل باشد (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۷). می‌توان به گونه دیگری این استدلال را بیان کرد که عوض و معوض در تمام عقود باید موجود باشند (چه به صورت جزئی در خارج و چه به صورت کلی در ذمه) تا قابلیت تملیک و تملک را داشته باشند؛ در حالی که در مضاربه ربح و سود قبل از اشتغال عامل به تجارت در ذمه پدید نمی‌آید و بنابراین قابلیت تملیک و تملک را ندارد؛ البته برخی نیز معتقدند که تعهد صاحب ذمه نیز کفایت بر وجود داشتن مافی‌الذمه می‌کند و نمی‌توان گفت که چنین عقدی به این دلیل خلاف قاعده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۲۴).

۲. ربح و سود باید از رأس‌المال تبعیت نماید و تمام آن در زمان پدیدار شدن به مالکیت مالک رأس‌المال منتقل شود و نمی‌تواند حصه‌ای به عامل و حصه‌ای دیگر به مالک منتقل گردد؛ مگر آن‌که گفته شود که ربح ابتدا وارد ملکیت مالک می‌شود و سپس از مالکیت وی خارج و به عامل منتقل می‌گردد؛ در حالی که از قواعد مضاربه خارج است و در مضاربه این‌گونه نیست (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۸).

۳. مضاربه در خصوص تقسیم ربح نیز خلاف قاعده می‌باشد. فرض کنید مالک ۱۰۰ دینار را با سود پنجاه درصد به عنوان رأس‌المال به عامل داده باشد. حال اگر در اولین معامله، عامل مالی را ۱۰۰ دینار بخرد و آن را به ۲۰۰ دینار بفروشد، بر

اساس قاعده حاکم بر مضاربه، ۱۵۰ دینار آن سهم مالک و ۵۰ دینار آن سهم عامل خواهد بود؛ اما اگر پس از معامله اول، عامل مالی را ۲۰۰ دینار بخرد و به چهارصد دینار بفروشد بر اساس قاعده حاکم بر مضاربه، ۱۵۰ دینار برای عامل و ۲۵۰ دینار برای مالک رأس‌المال خواهد بود در حالی که به نظر می‌رسد خلاف قاعده باشد زیرا در معامله اول، ۱۵۰ دینار از آن مالک شد و بنابراین مالک ۱۵۰ دینار آورده داشت و عامل نیز ۵۰ دینار آورده داشت. حال طبق قاعده که ۲۰۰ دینار سود این معامله شده است، ربع این سود (۵۰ دینار) قطعاً برای عامل است و در خصوص ۱۵۰ دینار باقی‌مانده، ۷۵ دینار از آن هر دو خواهد شد که در مجموع باید عامل ۱۲۵ دینار را مالک گردد در حالی که بر اساس قاعده حاکم بر مضاربه، وی مالک ۱۵۰ دینار خواهد شد (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۹).

ایشان به استناد این سه دلیل، عقد مضاربه را خلاف قاعده دانسته و ادعا می‌کند که اگر دلیل روایی بر صحت مضاربه نبود، باید این عقد را باطل می‌دانستیم. حال که این عقد خلاف قاعده می‌باشد در موارد شک باید مضیق تفسیر و به موارد یقینی اکتفا کرد و در روایات مختص به مضاربه تنها به عین بودن سرمایه اشاره گشته است به همین دلیل انحصار در عین بودن موضوع مضاربه ثابت می‌گردد.

برخی بر این استدلال خدشه وارد می‌کنند و مدعی هستند که اولاً اطلاق روایات مختص به مضاربه دلالت بر جمیع اموال (عینی و دینی) دارد؛ ثانیاً این‌گونه روایات در مقام بیان عین یا دین بودن مال نیستند و می‌توانند شامل همه انواع اموال باشند؛ ثالثاً در عرف تجاری فرقی میان عین یا دین یا منفعت بودن سرمایه نمی‌گذارند و ظاهر هم این است که در زمان پیامبر نیز چنین تفکیکی در عرف آن زمان نبوده است و در شک، اصل عدم نقل حاکم خواهد بود. در شرع مقدس نیز تصریح و نصی در خصوص دین نبودن سرمایه مضاربه وارد نشده است؛ زیرا زمانی که عرف تجاری چنین تفکیکی میان

عین یا دین بودن سرمایه قرار نمی‌دهد بنابراین، اگر شارع مخالف با دین بودن سرمایه باشد نیاز به تصریح شارع خواهد بود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۲۷-۲۸).
اثر این بحث‌های عین و دین بودن در مانحن فیه در این مثال مشخص می‌شود که فرض کنید الف از شرکت قطعات سازی اتومبیل، قطعاتی را خریداری می‌کند و سپس شرکت تکافل از الف آن را می‌خرد تا به مشترکانی که زیان دیده‌اند بدهد؛ حال اگر ثمن معامله میان شرکت الف و تکافل برابر با ۱۰۰۰ واحد باشد در این صورت اگر شرکت الف بخواهد اتومبیل‌ها و قطعات خود را در طرح تکافل تحت پوشش قرار دهد و به همان شرکت تکافل مراجعه کرده و از وی بخواهد تا از همان ۱۰۰۰ واحد حق اشتراک و اقساط را حساب کند؛ در این صورت راس‌المالی که الف به شرکت تکافل داده است دین است و نه عین. عقد مضاربه از عقود معین است؛ حال الف در واقع باید بیعی را منعقد کند که مشروط به شرط تکافل است که این عقد تکافل حاوی مضاربه نیز می‌باشد و این مضاربه هم به دلیل دین بودن سرمایه باطل است.

۴-۳-۱-۴. تسلیم راس‌المال به عامل

یکی دیگر از شرایط راس‌المال آن است که باید از ید صاحب سرمایه خارج گردد و اگر شرط شود که مال در ید مالک باقی بماند مضاربه باطل است (الزحیلی، ۱۴۰۵، ص ۲۶۱۶)؛ حال در تکافل اقساط حق اشتراک ممکن است به صورت دین بر ذمه مشترک بیشتر گردد. برای حل این مشکل برخی چنین نظر داده‌اند که مالک در مضاربه شخصیت حقوقی صندوق است و هر چه که وارد صندوق می‌شود می‌تواند به عنوان سرمایه در اختیار مضارب قرار گیرد منتها در خصوص دیونی که بر ذمه مشترکان قرار دارد نباید آن را داخل سرمایه کرد و نیز می‌توان به چنین اشخاصی سودی نداد یا از مازاد چیزی به آن‌ها نداد و شرکت تکافل می‌تواند برای چنین حالاتی عقود معینی را برای خود ایجاد کند تا در شرایط تکافل، اجازه مضارب از آن حذف گردد.

اما در فقه امامیه این شرط جایگاهی ندارد؛ هر چند برخی نظر داده‌اند که باید سرمایه در ید تصرف عامل باشد ولی چنین شرطی خلاف کتاب و سنت نیست. مشهور فقهای امامیه نیز معتقدند اشکالی ندارد که عامل در حالی که سرمایه در ید مالک است به تجارت پردازد؛ زیرا عامل به تجارت می‌پردازد و مالک پول را از حساب خود به عامل می‌پردازد. ممکن است مالک اعتمادی به عامل نداشته باشد و عامل به او خیانت نماید و اگر چنین شرطی را مشروع بدانیم ضرر احتمالی را بر مالک وارد آورده‌ایم (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۵۵).

۴-۳-۲. شرایط عمل عامل در مضاربه

۴-۳-۱. استقلال مضارب نسبت به عمل

به این معنا که فقط خود مضارب باید کار کند؛ اگر هیچ شرطی نشود همه فقهای عامه معتقد بر استقلال در تصرف مضاربند ولی اگر شرط شود بر عمل مالک به همراه مضارب در این صورت دو نظر در میان فقهای اهل تسنن وجود دارد:

نظر اول: مذاهب حنفی، مالکی و شافعی معتقد بر عدم جواز این شرط هستند و آن را فاسد و مفسد عقد مضاربه می‌دانند؛ زیرا مقتضای مضاربه تسلیم مال به عامل است و اگر عمل مالک بخواهد با مال به عامل داده شود محدودیت بر عامل تحمیل می‌شود و نیز اشتراک در عمل، اطلاق تصرف از سوی مضارب را محدود می‌کند و مخالف با تسلیم مال به عامل خواهد بود و همچنین باعث ایجاد غرر می‌شود؛ زیرا نمی‌توان سرمایه داده شده به عامل را اندازه‌گیری نمود.

نظر دوم: جواز اشتراط در مذهب حنبلی است؛ استدلال این مذهب آن است که عمل، یکی از ارکان مضاربه است و اختصاص عمل به مضارب در منابع وجود ندارد و این عمل می‌تواند از سوی مضارب یا هر دو باشد و می‌تواند مال از هر دو طرف داده شود و عمل تنها از سوی یکی از طرفین انجام گیرد. همچنین مقصود از مضاربه کار کردن با

سرمایه است و از این مقصود نمی‌توان برداشت نمود که مالک نتواند با مالک در عمل شریک گردد (مصطفی القضاة، ۲۰۱۲، ص ۳۶۳-۳۶۴).

البته این مسئله زمانی در تکافل مشکل ایجاد می‌کند که برای صندوق شخصیت اعتباری مستقل از مشترکان در نظر بگیریم؛ زیرا در صورت پذیرش شخصیت حقوقی صندوق تکافل، مضارب (شرکت تکافل) در استعمار از حق مشارکت‌های صندوق مستقل می‌باشد.

۴-۳-۲. تجاری بودن عمل عامل

در این شرط نیز در میان فقهای عامه دو نظر وجود دارد:

نظر اول: مذهب حنفی و مالکی و حنبلی است که معتقدند عمل می‌تواند تجاری و غیرتجاری باشد زیرا مقصود از مضاربه سود است.

نظر دوم: مذهب شافعی معتقد است که سرمایه باید تنها در امور تجاری به کار گرفته شود؛ زیرا اجازه شارع تنها در امور تجاری بوده و در سایر امور رخصتی داده نشده است.

معمولاً شرکت‌های تکافل در دو حوزه، فعالیت مضاربه‌ای می‌کنند: الف. خریداری سهام شرکت‌ها ب. ودیعه اموال صندوق تکافل به بانک‌های اسلامی به گونه‌ای که حصه مشاعی از سودی که بانک‌ها به دست می‌آوردند نصیب شرکت تکافل گردد و در این خصوص بانک مضارب ثانوی خواهد بود (مصطفی القضاة، ۲۰۱۲، ص ۳۶۴).

در فقه امامیه در خصوص تجاری بودن عمل عامل، همین نظر فقهای عامه بیان شده است و دلیل آن را انحصار روایات وارده بر تجاری بودن عمل عامل دانسته‌اند و اگر استدلال بر در مقام بیان نبودن روایات شود در پاسخ، خلاف قاعده بودن مضاربه و اکتفای به قدر متیقن را مدنظر می‌گیرند؛ البته بیان کرده‌اند که عمل غیرتجاری اشکالی ندارد ولی دیگر عنوان مضاربه را نخواهد داشت مگر آن که قائل به این نظر باشیم که

سرمایه مضاربه می‌تواند هر نوع مالی (قول چهارم از نقد بودن سرمایه) باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۵۸-۶۱).

۴-۳-۲-۳. عدم تحمیل عمل بر مضارب

مالک نمی‌تواند فعالیت مضارب را به اعمال معینی محدود کند؛ زیرا خلاف مقتضای مضاربه است و ممکن است باعث ضرر به مضارب شود. شرکت‌های تکافل در این خصوص کاملاً مختار می‌باشند و اشکالی در این زمینه پدید نمی‌آید.

۴-۴. سود عقد مضاربه

سود در عقد مضاربه باید شرایط زیر را داشته باشد.

۴-۴-۱. معلوم بودن

در فقه امامیه و عامه جهل به نسبت سود طرفین باعث بطلان عقد است اما اگر تنها ذکر شود که هر دو شریک هستند اصل بر تنصیف سود می‌گردد؛ زیرا عرف آن را تساوی فرض می‌کند. در فقه امامیه برخی چنین نظر داده‌اند که گاهی اوقات سببیت رأس‌المال در ایجاد سود، بسیار بیشتر از سببیت عمل مضارب بر ایجاد سود است و گاهی اوقات برعکس؛ حال اگر حکم بر تنصیف شود عین بی‌عدالتی و ظلم است و بهتر است با نظر کارشناسی تقویم گردد تا میزان سود هر یک از مضارب و مالک اندازه‌گیری گردد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۳۳۷). این نویسنده در جای دیگر از قول آیت ا... خوبی بیان می‌کند که استدلال ایشان، دلالت عرف بر تساوی است و اگر عرفی نباشد باز هم ظاهر بر تساوی بوده و خلاف این نظر نیاز به اثبات دارد ولی نویسنده نقدی بر این استدلال می‌کند که اگر عرفی در این خصوص وجود داشته باشد که به همان عمل می‌کنیم؛ در غیر این صورت همان‌طور که شهید ثانی از قول برخی از فرق شافعی استدلال کرده‌اند، باید به استناد وجود جهل و غرر، قائل به بطلان عقد مضاربه باشیم؛ البته برخی

نیز این‌گونه استدلال نموده‌اند که مالک و مضارب هر دو در سببیت بر مقتضای استحقاق سود ناشی از مضاربه، مساوی هستند (یعنی اگر یکی از آن‌ها نباشند سودی هم به وجود نمی‌آید) و به همین دلیل با استناد به اصل عدم تفاضل و برتری یکی بر دیگری، باید قائل به مساوی بودن سود گردیم (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۱۴۹).

در بعضی تکافل‌نامه‌ها این نسبت مذکور ذکر نمی‌شود و شرکت تکافل به صورت عام تنها در سال مالی اعلان می‌کند؛ حال آیا این اعلان را می‌توان به عنوان علم مشترک در نظر گرفت؟ البته می‌دانیم که در بازاریابی این نکته ذکر شده و قطعاً مشترک از این موضوع با خبر است منتها اگر در تکافل‌نامه ذکر نشود ممکن است باعث ایجاد اختلاف گردد؛ بنابراین، بهتر است این نسبت هم در تکافل‌نامه‌ها ذکر گردد.

۴-۲-۴. نسبت مشاع

محقق ثانی در کتاب خود بیان می‌کند که هر یک از طرفین مضاربه باید مالکیت مشاع نسبت به سود داشته باشند؛ بنابراین، اگر مقدار معینی برای شخصی باشد و بقیه آن برای دیگری، یا بقیه مشاع میان آن‌ها باشد شرط صحیحی نخواهد بود (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۸۴). البته برخی بر این نظرند که سود قبل از تقسیم در میان طرفین مضاربه مشاع خواهد بود و اشاعه تنها در مقابل افراز است و بنابراین، اگر شرط شود که مقدار معینی برای طرفی و بقیه برای طرف دیگر باشد نباید از اشاعه بودن خارج گردد. احادیث وارده در خصوص مضاربه نیز تنها به مشترک بودن سود میان طرفین عقد مضاربه تصریح می‌کند و مخالفتی با ادعای آن‌ها ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۴۸-۴۹).

اما در این خصوص در فقه اهل تسنن نیز به اشاعه بودن به نسبت تعیین شده مثل نصف و ثلث و ربع و غیره اشاره شده و اختلافی میان آن‌ها نیست و در خصوص اختلاف بیان شده نیز در فقه عامه صراحت در انحصار در تعیین نسبت اشاعه است و

فرض مدعایی را نمی‌پذیرند (الزحیلی، ۱۴۰۵، ص ۲۶۱۹-۲۶۲۰). دلیل این امر در فقه امامیه و عامه ربوی بودن عنوان گشته است؛ به‌طور مثال در حدیثی از امام صادق (ع) بیان شده است که اگر شخصی صد درهم به شخصی دهد تا با آن پول تجارت نماید و شرط کند که پنج درهم یا کمتر یا بیشتر به او بدهد ربای محض می‌باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱، ص ۵۰). البته این نویسنده در ادامه بیان می‌کند که اگر مضاربه با حصه معین نصف یا ثلث و یا غیره منعقد گردد و سپس شرط شود که اگر حصه تعیینی برای مالک تا مقدار معینی نرسد (مثلاً کمتر از یک میلیون تومان در ماه) آن‌گاه عامل موظف باشد تا آن مقدار را از سهم خود به مالک تسلیم نماید، این مضاربه مشروط صحیح خواهد بود که البته موضوع ماده ۵۵۸ قانون مدنی نیز همین بوده و مشکلی نخواهد داشت؛ زیرا عامل به حکم تکلیفی متعهد به پرداخت وجهی می‌باشد و شبهه ربا نخواهد داشت.

در فقه عامه بیان شده که حصه طرفین مضاربه تنها باید از سود تعیین گردد و اگر حصه‌ای یا مقداری از رأس‌المال به هر نحوی برای مضارب شرط شود مضاربه باطل خواهد شد. همچنین اگر برای مضارب علاوه بر حصه تعیینی از سود، اجرتی نیز به عنوان پاداش در نظر گرفته شود شرط مذکور باطل است ولی مبطل عقد نخواهد بود؛ حال اگر شرط شود که عامل منزلش را برای سکونت به مالک دهد (برای مدتی) این شرط باطل و مبطل خواهد بود (الجزیری، ۲۰۰۲، ص ۳۷) و البته در نظر فقه امامیه نیز همان‌طور که بیان شد ربا محسوب گشته و باطل و مبطل خواهد بود.

حال در تکافل نیز ممکن است این شبهه به نظر رسد که شرکت تکافل مضارب بوده و باید مقداری از سرمایه صندوق تکافل را به عنوان رأس‌المال استثمار نماید و حصه‌ای از سود را به صندوق تکافل مسترد دارد و البته شرط است که شرکت تکافل صندوق تکافل را نیز مدیریت نماید و خدمات تکافل را همچون پرداخت خسارات به حادثه-

دیدگان ارائه دهد و این شرط اضافی همچون اجاره منزل به مالک است و شبهه ربا مطرح خواهد شد.

اگر پاسخ داده شود که رب‌المال صندوق تکافل است و لکن ذینفع خدمات تکافل مشترکان حادثه‌دیده خواهند بود و این دو، شخصیت جدایی دارند در حالی که در مضاربه ربوی، مالک و ذینفع شخصیت واحدی دارند پاسخ داده می‌شود که در همان مثال نیز اگر شخصیت متمایزی داشته باشند و شرط به نفع شخص ثالث شده باشد (مثلاً مالک شرط کند که منزلی را به پسرم اجاره بده) باز هم همان شبهه ربا مطرح می‌گردد و فقها در این مسئله اختلافی ندارند. حتی اگر مضاربه شرط در تکافل نیز باشد باز هم این شبهه ربا وجود دارد و نمی‌توان پاسخی در این خصوص ارائه داد.

ممکن است ادعا شود که اگر برای خدمات تکافل اجرتی تعیین گشته و به شرکت تکافل داده شود شبهه ربا مرتفع می‌شود زیرا در مقابل خدمات ارائه شده نفعی می‌برد در حالی که در شبهه مطروح هیچ نفعی از خدمات تکافل نمی‌برد؛ اما این شرط منتفع شدن شرکت تکافل از خدمات تکافل تنها در الگوی مختلط میان مضاربه و وکالت وجود دارد در حالی که در الگوی مضاربه محض، شرکت تکافل تنها و تنها از فعالیت مضاربه سهمی می‌برد و بنابراین، ارائه خدمات تکافل کاری بی‌اجرت است و شبهه ربا همچنان باقی خواهد بود.

تنها پاسخی که در مقابل این شبهه بیان می‌گردد آن است که شرکت تکافل خدمات تکافل را تبرع می‌نماید و بنابراین، چیزی در مقابل این خدمات نمی‌خواهد در حالی که در شبهه ربوی مذکور، نفع پرداختی تبرعی نمی‌باشد؛ اما این پاسخ تنها شبهه فقهی موجود را مرتفع می‌سازد در حالی که از لحاظ حقوقی شرکت تکافل تجاری است و اگر فعالیت تبرعی نماید خلاف ماهیت تجاری خود عمل نموده است و همین شبهه در الگوی وقف تکافل در خصوص ایجاد صندوق وقف نیز مطرح می‌گردد.

۴-۳-۴. تعلق انحصاری سود به عامل و مالک

شرط است که سود مضاربه تنها متعلق به مالک و مضارب باشد و نباید شرطی بر تعلق سود به ثالث شود مگر آن‌که ثالث بخشی از عمل تجاری را در عقد مضاربه انجام دهد که در این حالت خود نیز عامل بوده و سهمی از سود را خواهد داشت؛ بنابراین، اگر شرط شود که ثالثی (که نقشی در تجارت ندارد و نمی‌توان او را عامل فرض کرد) سهمی از سود را بهره‌مند گردد این شرط باطل است؛ اما این شرط از صحت تعلق سود، تنها در فقه امامیه مطرح شده است و در فقه عامه جایگاهی ندارد.

دلیل این شرط در فقه امامیه آن است که نصوص وارد شده در خصوص مضاربه تنها بر تعلق سود به مالک و مضارب منحصر است و اشاره‌ای به ثالث ندارد و اگر ادعا گردد که نصوص در مقام بیان آن نیست، پاسخ داده می‌شود که همان‌طور که قبلاً هم اشاره شد، مضاربه خلاف قاعده بوده و در موارد شک باید به قدرمیتین اکتفا نمود. البته این شرط در قانون مدنی ایران جایگاهی ندارد و طرفین مختارند که چنین شرطی بنمایند.

از لحاظ عملی نیز شرکت‌های تکافل اگر بخواهند سودی از عمل مضاربه را به شرکت ثالثی همچون شرکت تکافل اتکایی پرداخت نمایند می‌توانند ولی معمولاً چنین کاری نمی‌کنند؛ آن‌ها موظف هستند به میزان مشخصی از دریافتی حق مشارکت، به شرکت تکافل اتکایی پرداخت نمایند.

جمع‌بندی

پس از بررسی عقد مضاربه در فقه امامیه و عامه و تطبیق مباحث آن با الگوی مضاربه عقد تکافل، به این نتیجه رسیدیم که اولاً با وجود برخی اختلافات میان فقه عامه و امامیه و همچنین میان مذاهب اربعه اهل تسنن، این الگو در مطابقت کامل با فقه امامیه و عامه قرار دارد و اختلافات موجود تنها در عملیات تکافل است که ممکن است در نوع خدمات‌دهی تفاوت ایجاد کند؛ ثانیاً به نظر می‌رسد الگوی تکافل نسبت به بیمه‌های رایج و متعارف در ایران و دیگر کشورها، در راستای مقاصد الشریعه باشد و مردم در

انتخاب یکی از آن دو به عنوان تأمین‌کننده آرامش، الگوی تکافل خصوصاً مضاربه محض را بیشتر پسندند.

یادداشت‌ها

1. Takaful Operator
2. Participant
3. Fund
4. Performance fee
5. Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions.



کتاب‌نامه

- الجزیری، عبدالرحمن (۲۰۰۲)، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴)، تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۵)، تحرير الوسيله، ترجمه علی اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی (۱۴۰۹)، مبانی العروه الوثقی، قم: منشورات مدرسه دار العلم.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۵)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق: دارالفکر للطباعة و التوزیع و النشر.
- شهید اول (عاملی)، محمد بن مکی (۱۴۱۰)، اللعنه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیه.
- شهید ثانی (عاملی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۲)، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الكتاب العربی.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مصطفی القضاة، موسی (۲۰۱۲)، مدى توافر اركان و شروط المضاربة فی صیغه المضاربة المطبقة فی التأمین الاسلامی، المجلة الاردنیة فی الدراسات الاسلامیه.
- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۲۱)، فقه المضاربة، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.

- Abdul Wahab, Abdul Rahim; Lewis, Mervyn K; Hassan, M. Kabir (2007), "Islamic Takaful: Business Models, Shari' a Concerns and Proposed Solutions", *Thunderbird international Business Review*, No.3
- Archer, Simon; Abdel Karim, Rifaat Ahmed; Nienhaus, Volker (2009), "Takaful Islamic Insurance, concept & regulatory issues", John Wiley & Sons Pte. Singapore
- Engku Rabiah Adawiah, Hassan Scott Odierno, Azman Ismail (2008), *Essential Guide to Takaful (Islamic Insurance)*, CERT Pubs. Sdn, Bhd, Kuala Lumpur
- Katsipis Vasilis (2011), A.M.Best's TAKAFUL REVIEW
- N. Yassin and J. Ramly, *Takaful (2011), A Study Guide*, IBFIM Kuala Lumpur
- Noordin, Kamarazuman Bin, the Management of Underwriting Surplus by Takaful Operators in Malaysia. In: *Islamic Perspective on Management: Contemporary Issues*. YaPEIM Management Academy, pp. 281-304
- Sheila Nu Nu Htay and Syed Ahmed Salman (2013), Shari'ah and Ethical Issues in the Practice of the Modified Mudharabah Family Takaful Model in Malaysia, *International Journal of Trade, Economics and Finance*, Vol. 4
- Zalkifli Ahmad mazlan, AbdRahmanAbdulHashem, Yassin Nasser, Ramly Jamil (2012), "Basic Takaful Practices Entry Level for Practitioners", IBFIM, Kuala Lumpur.