





دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی ، گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد M.A

گرایش : فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

بررسی فقهی و حقوقی لیزینگ

استاد راهنما:

دکتر هادی عظیمی گرکانی

استاد مشاور:

دکتر مجید وزیری

پژوهشگر:

حسین حاتمی

زمستان ۱۳۹۱

تعهد نامه اصالت پایان نامه کارشناسی ارشد

اینجانب حسین حاتمی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد نا پیوسته به شماره دانشجویی ۸۴۰۱۶۵۶۵۰۰۰ در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی که در تاریخ ۹۱/۱۱/۳۰ از پایان نامه خود تحت عنوان : بررسی فقهی و حقوقی لیزینگ با کسب نمره ۱۹/۵ و درجه عالی دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم :

۱- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه ، کتاب ، مقاله و ...) استفاده نموده ام ، مطابق ضوابط و رویه های موجود ، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست ذکر و درج کرده ام .

۲- این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح ، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است .

۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل ، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب ، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم ، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم .

۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود ، عواقب ناشی از آن را بپذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت .

نام و نام خانوادگی :

تاریخ و امضاء :

بسمه تعالی

در تاریخ: ۹۱/۱۱/۳۰

دانشجوی کارشناسی ارشد آقای حسین حاتمی از پایان نامه خود دفاع

نموده و با نمره ۱۹/۵ بحروف نوزده و نیم و با درجه عالی

مورد تصویب قرار گرفت.

امضاء استاد راهنما



معاونت پژوهش

به نام خدا

مشور اخلاق پژوهش

بیاباری از خداوند بجهان و اعتماد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر افعال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در امتلای فرهنگ و تمدن بشری و دانشجویمان و اعمدای هیئت علمی و اصدای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

۱- اصل برانت: التزام به برانت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلاینده.

۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.

۳- اصل ترویج: تعهد به رواج و دانش و اشناء نتایج تحقیقات و انتقال آن به بهکاران علمی و دانشجویمان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.

۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم با حرمت با در انجام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.

۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.

۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمانها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.

۷- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.

۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهکاران پژوهش.

۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش

تقدیم به بهترین های زندگی:

مادر عزیزم، روح پاک پدرم،
همسر کرامی و فرزندان دلبندم.

تقدیر و تشکر:

از کلیه اساتید دوران تحصیل

که چون شمع فروزان چراغ راهم بودند

بسمه تعالی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی

(این چکیده به منظور چاپ در پژوهش نامه دانشگاه تهیه شده است)

نام واحد دانشگاهی : تهران مرکزی	کد واحد: ۱۰۱	کد شناسایی پایان نامه : ۱۰۱۲۰۴۰۷۸۵۲۰۱۲
عنوان پایان نامه : بررسی فقهی و حقوقی لیزینگ		
نام و نام خانوادگی دانشجو : حسین حاتمی	تاریخ شروع پایان نامه : ۸۵/۲/۲۱	تاریخ اتمام پایان نامه : ۹۱/۱۱/۳۰
شماره دانشجویی : ۸۴۰۱۶۵۶۵۰۰۰		
رشته تحصیلی : فقه و حقوق اسلامی		
استاد / استادان راهنما : دکتر هادی عظیمی گرگانی		
استاد / استادان مشاور: دکتر مجیدوزیری		
چکیده پایان نامه (شامل خلاصه، اهداف، روش های اجرا و نتایج به دست آمده) :		
شرکت های لیزینگ از موسسه های اقتصادی موفق در سال های اخیر هستند. این شرکت ها با واگذاری مدت دار و اقساطی کالاها، از یک طرف به مصرف کنندگان و از طرف دیگر به کارخانه های تولیدی و در نهایت به تولید و اشتغال کشورها کمک می کنند. قرار داد فعلی شرکت های لیزینگ ایران، قرار داد ساده اجاره به شرط تملیک با روش محاسباتی بانکی است. این شیوه نه تنها قابلیت انعطاف در تحولات آینده مشتریان و نقدینگی شرکت لیزینگ را ندارد، پاسخگوی تنوع نیاز مشتریان در زمان قرار داد هم نیست. به نظر می رسد با ترکیب قرار دادهای اجاره به شرط تملیک و صلح و تغییر روش محاسباتی بتوان به اهداف مورد نظر نائل شد. این پایان نامه در صدد است به تبیین فقهی و حقوقی چنین قراردادی برای رسیدن به اهداف مذکور بپردازد. کلیدواژه: لیزینگ ، بیع ، اجاره ، اجاره به شرط تملیک ، شرط ضمن عقد ، صلح		

تاریخ و امضا :

☐ مناسب است

نظر استاد راهنما برای چاپ در پژوهش نامه دانشگاه

☐ مناسب نیست

چکیده

شرکت های لیزینگ از موسسه های اقتصادی موفق در سال های اخیر هستند. این شرکت ها با واگذاری مدت دار و اقساطی کالاها، از یک طرف به مصرف کنندگان و از طرف دیگر به کارخانه های تولیدی و در نهایت به تولید و اشتغال کشورها کمک می کنند.

قرار داد فعلی شرکت های لیزینگ ایران، قرار داد ساده اجاره به شرط تملیک با روش محاسباتی بانکی است. این شیوه نه تنها قابلیت انعطاف در تحولات آینده مشتریان و نقدینگی شرکت لیزینگ را ندارد، پاسخگوی تنوع نیاز مشتریان در زمان قرار داد هم نیست.

به نظر می رسد با ترکیب قرار دادهای اجاره به شرط تملیک و صلح و تغییر روش محاسباتی بتوان به اهداف مورد نظر نائل شد. این پایان نامه در صدد است به تبیین فقهی و حقوقی چنین قراردادی برای رسیدن به اهداف مذکور بپردازد.

کلیدواژه:

لیزینگ ، بیع ، اجاره ، اجاره به شرط تملیک ، شرط ضمن عقد ، صلح

فهرست

چکیده	۰
فصل اول	۱
کلیات	۱
مقدمه	۲
۱-۱- مبث اول - بیان مسئله	۴
۲-۱- مبث دوم - اهمیت و ضرورت تحقیق	۵
۳-۱- مبث سوم - اهداف تحقیق	۶
۴-۱- مبث چهارم - تعریف لیزینگ	۷
۵-۱- مبث پنجم - اجزای لیزینگ	۸
۶-۱- مبث ششم - مزایای لیزینگ	۹
۷-۱- مبث هفتم - لیزینگ در جهان	۱۲
۸-۱- مبث هشتم - لیزینگ در ایران	۱۴
۹-۱- مبث نهم - بازار لیزینگ	۱۸
فصل دوم	۲۰
روش های معاملاتی لیزینگ	۲۰
۱-۲- مبث اول - روشهای لیزینگ	۲۱
۱-۱-۲- گفتار اول - لیزینگ عملیاتی	۲۱
۲-۱-۲- گفتار دوم - لیزینگ مالی	۲۲
۳-۱-۲- گفتار سوم - لیزینگ فروش و اجاره مجدد	۲۲
۴-۱-۲- گفتار چهارم - لیزینگ به شرط خرید	۲۳
۲-۲- مبث دوم - روش های تجهیز منابع شرکتهای لیزینگ	۲۳
۱-۲-۲- گفتار اول - سرمایه سهامداران	۲۳
۲-۲-۲- گفتار دوم - گرفتن تسهیلات از نظام بانکی	۲۴
۳-۲-۲- گفتار سوم - جذب سپرده	۲۴
۴-۲-۲- گفتار چهارم - همکاری با تولید کنندگان	۲۴

۲۵.....	۵-۲-۲ - گفتار پنجم - قرار دادهای سه جانبه.....
۲۵.....	۶-۲-۲ - قراردادهای برون مرزی.....
۲۶.....	۳-۲ - مبحث سوم - خدمات جانبی.....
۲۶.....	۴-۲ - مبحث چهارم - فرایند عملیات لیزینگ مالی.....
۲۶.....	۱-۴-۲ - گفتار اول - تقاضای مشتری:.....
۲۷.....	۲-۴-۲ - گفتار دوم - تایید اعتبار مشتری:.....
۲۷.....	۳-۴-۲ - گفتار سوم - تهیه کالا:.....
۲۷.....	۴-۴-۲ - گفتار چهارم - محاسبات:.....
۲۷.....	۵-۴-۲ - گفتار پنجم - انعقاد قرار داد:.....
۲۸.....	۶-۴-۲ - گفتار ششم - تحویل کالا:.....
۲۸.....	۷-۴-۲ - گفتار هفتم - تملیک کالا:.....
۲۸.....	۵-۲ - مبحث پنجم - تمدید یا تعجیل در پرداختها.....
۲۹.....	۶-۲ - مبحث ششم - محدودیت های معاملاتی و محاسباتی شرکتهای لیزینگ.....
۲۹.....	۱-۶-۲ - گفتار اول - محدودیت پیش پرداخت:.....
۳۰.....	۲-۶-۲ - گفتار دوم - محدودیت مبلغ اقساط:.....
۳۰.....	۳-۶-۲ - گفتار سوم - محدودیت تعداد اقساط:.....
۳۰.....	۴-۶-۲ - گفتار چهارم - محدودیت کیفیت پرداخت اقساط:.....
۳۱.....	۵-۶-۲ - گفتار پنجم - عدم انعطاف در مقابل تغییر نقدینگی شرکت لیزینگ:.....
۳۳.....	فصل سوم.....
۳۳.....	میزان انطباق لیزینگ با عقود اسلامی.....
۳۴.....	۱-۳ - مبحث اول - قرار دادهای مربوط به تامین سرمایه یا تهیه کالا.....
۳۴.....	۱-۱-۳ - گفتار اول - سرمایه سهامداران:.....
۳۵.....	۲-۱-۳ - گفتار دوم - تسهیلات بانکی:.....
۳۵.....	۳-۱-۳ - گفتار سوم - انتشار گواهی سپرده:.....
۳۶.....	۴-۱-۳ - گفتار چهارم - همکاری با تولید کنندگان:.....
۳۶.....	۵-۱-۳ - گفتار پنجم - قرار داد سه جانبه:.....

- ۳-۱-۶- گفتار ششم - قراردادهای برون مرزی:..... ۳۷
- ۳-۲-۲- مبحث دوم - قراردادهای واگذاری:..... ۳۷
- ۳-۲-۱- گفتار اول - لیزینگ عملیاتی ::..... ۳۸
- ۳-۲-۲- گفتار دوم - لیزینگ مالی:..... ۳۸
- ۳-۲-۲-۱- بخش اول : لیزینگ مالی در قالب قرار داد اجاره به شرط تملیک:..... ۳۹
- ۳-۲-۲-۲- بخش دوم : ماهیت اجاره به شرط تملیک ::..... ۳۹
- ۳-۲-۲-۳- بخش سوم: شرط فعل تملیک:..... ۳۹
- ۳-۲-۲-۴- بخش چهارم : جایگاه قانونی لیزینگ مالی:..... ۴۰
- ۳-۲-۲-۵- بخش پنجم : اشتراط شرایطی غیر از شرط تملیک:..... ۴۱
- ۳-۲-۳- گفتار سوم : لیزینگ فروش و اجاره مجدد:..... ۴۲
- ۳-۲-۴- گفتار چهارم : لیزینگ به شرط خرید:..... ۴۴
- ۳-۳- مبحث- قراردادهای مربوط به خدمات جانبی ۴۵
- ۳-۱-۳- گفتار اول : ارائه خدمات به صورت قراردادهای مستقل از قرارداد اصلی:..... ۴۵
- ۳-۲-۳- گفتار دوم : ارائه خدمات به صورت شرط ضمن قرار داد اصلی:..... ۴۵
- ۳-۴-مبحث چهارم- قراردادهای مربوط به تمدید یا تعجیل در پرداختها ۴۶
- ۳-۴-۱- گفتار اول : تعجیل در پرداخت و تخفیف در مبلغ اجاره بهای باقی مانده:..... ۴۶
- ۳-۴-۲- گفتار دوم : افزایش مدت قرار داد در مقابل افزایش اجاره بها:..... ۴۷
- فصل چهارم ۴۹
- اجاره به شرط تملیک ۴۹
- ۴-۱- مبحث اول - مقدمه ۵۰
- ۴-۲- مبحث دوم : تعریف و سابقه تاریخی اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران و حقوق تطبیقی:..... ۵۲
- ۴-۳- مبحث سوم : ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک :..... ۵۵
- ۴-۳-۱- گفتار اول - اجاره به شرط تملیک عقد اجاره ای است که در آن شرط تملیک درج گردیده است:..... ۵۶
- ۴-۳-۲- گفتار دوم- اجاره به شرط تملیک به عنوان عقد بیع..... ۵۹
- ۴-۳-۲-۱- بخش اول- اجاره به شرط تملیک به عنوان بیع معلق:..... ۵۹
- ۴-۳-۲-۲- بخش دوم- اجاره به شرط تملیک به عنوان بیع توام با شرط فاسخ:..... ۶۲

۴-۴-مبحث چهارم : اجاره به شرط تملیک به عنوان عقدی مستقل و معین:.....	۶۶
۴-۵- مبحث پنجم : ویژگی های عقد اجاره به شرط تملیک:.....	۷۱
۴-۵-۱- گفتار اول - اجاره به شرط تملیک عقدی است اعتباری.....	۷۲
۴-۵-۲- گفتار دوم - کتبی بودن اجاره به شرط تملیک.....	۷۳
۴-۶- مبحث ششم- اجاره به شرط تملیک در قانون مدنی	۷۵
۴-۷-مبحث هفتم - ماهیت فقهی و حقوقی اجاره به شرط تملیک	۷۸
۴-۷-۱- گفتار اول - تعریف.....	۷۸
۴-۷-۱-۱- بخش اول - تعریف دکتر منذر قحف.....	۷۸
۴-۷-۱-۲- بخش دوم - تعریف مجمع فقه اسلامی.....	۷۸
۴-۷-۱-۳- بخش سوم - تعریف اداره حقوقی قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران.....	۷۹
۴-۷-۲- گفتار دوم - اهمیت موضوع.....	۷۹
۴-۷-۳- گفتار سوم - اشکالات.....	۷۹
۴-۷-۴- گفتار چهارم - ماهیت فقهی اجاره به شرط تملیک.....	۸۱
۴-۷-۵- گفتار پنجم - بیع عین مستاجر.....	۸۱
۴-۷-۶- گفتار ششم شرط ضمن العقد.....	۸۲
۴-۷-۷- گفتار هفتم - العقود تابعه للقصد.....	۸۳
۴-۷-۸- گفتار هشتم - نتیجه.....	۸۵
فصل پنجم	۸۶
شروط ضمن عقد.....	۸۶
۵-۱- مبحث اول - ماهیت و اقسام شرط	۸۷
۵-۱-۱- گفتار اول - ماهیت شرط.....	۸۷
۵-۱-۲- گفتار دوم - اقسام شرط.....	۸۹
۵-۲- مبحث دوم- اعتبار شرط	۹۰
۵-۲-۱- گفتار اول - شروط باطل غیر مبطل.....	۹۰
۵-۳- مبحث سوم - اشکال مختلف شروط	۹۵
۵-۳-۱- گفتار اول - مفهوم و احکام شرط صفت.....	۹۶

- ۵-۳-۲ - گفتار دوم - مفهوم و احکام شرط نتیجه..... ۹۷
- ۵-۳-۳ - گفتار سوم - مفهوم و احکام شرط فعل..... ۱۰۰
- ۵-۴-۱ - مبحث چهارم - احکام عمومی شروط..... ۱۰۲
- ۵-۴-۱ - گفتار اول - اثر ممتنع شدن شرط..... ۱۰۳
- ۵-۴-۲ - گفتار دوم - شرط رهن یا ضمان در عقد..... ۱۰۴
- ۵-۴-۳ - گفتار سوم - اسقاط شرط..... ۱۰۶
- ۵-۴-۴ - گفتار چهارم - تأثیر بطلان یا فسخ عقد بر شرط ضمن آن..... ۱۰۷
- فصل ششم..... ۱۱۰
- شرط فعل در حقوق ایران و فقه امامیه..... ۱۱۰
- ۶-۱-۱ - مبحث اول - شرائط صحت شرط فعل در حقوق ایران..... ۱۱۱
- ۶-۱-۱-۱ - گفتار اول - مفاد شرط باید انجام شدنی جلوه کند..... ۱۱۱
- ۶-۱-۲ - گفتار دوم - مفاد شرط باید سائغ باشد..... ۱۱۲
- ۶-۱-۳ - گفتار سوم - مفاد شرط باید عاقلانه باشد..... ۱۱۳
- ۶-۱-۴ - گفتار چهارم - مفاد شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد..... ۱۱۳
- ۶-۱-۵ - گفتار پنجم - مقتضای شرط با مقتضای ذات عقد نباید مخالف باشد..... ۱۱۴
- ۶-۱-۶ - گفتار ششم - مفاد شرط نباید مجهول باشد..... ۱۱۵
- ۶-۱-۷ - گفتار هفتم - مفاد شرط نباید مستلزم امر محال باشد..... ۱۱۷
- ۶-۱-۸ - گفتار هشتم - آیا شرط فعل باید در متن عقد باشد؟..... ۱۱۷
- ۶-۱-۹ - گفتار نهم - آیا شرط در ضمن عقد باید منجز باشد؟..... ۱۱۸
- ۶-۲-۱ - مبحث دوم - آثار شروط فعل در حقوق امامیه - ایران..... ۱۲۰
- ۶-۲-۱-۱ - گفتار اول - آیا شرطی که متضمن انجام عملی از اعمال است، واجب الوفاء می باشد؟..... ۱۲۰
- ۶-۲-۲ - گفتار دوم - آیا می توان مشروط علیه را به انجام مفاد شرط مجبور نمود؟..... ۱۲۱
- ۶-۲-۳ - گفتار سوم - آیا درخواست عدم فسخ و مطالبه ارش ممکن است؟..... ۱۲۴
- ۶-۲-۴ - گفتار چهارم - آیا حق فسخ مشروط له در صورتی که عین تلف و یا به ثالث منتقل شده محفوظ است؟..... ۱۲۵
- ۶-۲-۵ - گفتار پنجم - آیا خیار فسخ مشروط له عند تعذر الشرط، قابل اسقاط است؟..... ۱۲۶
- ۶-۲-۶ - گفتار ششم - آیا در صورت فساد شرط، عقد نیز باطل می گردد؟..... ۱۲۶

۱۲۷	۳-۶-مبحث سوم - شرط فعلی که در آن پای ثالث به میان می آید.....
۱۲۷	۱-۳-۶- گفتار اول - شرط فعل به نفع ثالث.....
۱۲۸	۲-۳-۶- گفتار دوم- شرط فعل به ضرر ثالث.....
۱۳۰	فصل هفتم
۱۳۰	پیشنهادهای.....
۱۳۱	۱-۷- مبحث اول - قرار داد پیشنهادی.....
۱۳۱	۱-۱-۷- گفتار اول - قرار داد پایه اجاره به شرط تملیک بر اساس حداقل ها.....
۱۳۲	۱-۲-۷-گفتار دوم- قرار داد متغیر صلح بر اساس شرایط.....
۱۳۳	۲-۷- مبحث دوم - روش محاسباتی پیشنهادی.....
۱۳۵	۳-۷- مبحث سوم - مستندات فقهی قرار داد پیشنهادی.....
۱۳۵	۱-۳-۷- گفتار اول - اجاره به شرط تملیک (قرارداد پایه).....
۱۳۶	۱-۱-۳-۷- بخش اول - قرار داد اجاره به شرط نتیجه تملیک:.....
۱۳۶	۲-۱-۳-۷- بخش دوم- قرار داد اجاره به شرط فعل تملیک :.....
۱۳۹	۲-۳-۷- گفتار دوم - صلح (ضع و تعجل).....
۱۴۱	۴-۷- مبحث چهارم - نتیجه گیری و پیشنهادها.....
۱۴۳	۵-۷- مبحث پنجم - پیشنهادهای اقتصادی.....
۱۴۸	ضمائم.....
۱۶۴	جداول.....
۱۷۶	منابع و مآخذ.....

فصل اول

کلیات

مقدمه

یکی از نهادهای مهم و موثر در اقتصاد کشورهای پیشرفته و در حال توسعه، شرکتهای لیزینگ است. این شرکت ها گر چه مدت زمان زیادی از ابداع آنها نمی گذرد، رشد چشم گیری داشته و از جهت حجم معاملات و تنوع خدمات به حدی رسیده اند که امروزه بعد از بانکها گسترده ترین معاملات اعتباری را دارند.

شکل ساده و نخستین صنعت لیزینگ سابقه طولانی دارد. برخی آغاز آن را به سه هزار سال پیش، زمانی که فنیقی ها کشتی های خود را به شکل خاصی به ملوانان و دریانوردان اجاره می دادند، بر می گردانند؛ اما شکل رسمی و تکامل یافته آن به اوایل دهه ۱۹۵۰ میلادی مربوط می شود. در این سالها نخستین موسسه لیزینگ در کشور امریکا به صورت رسمی و با عنوان لیزینگ آغاز به کار کرد؛ سپس با گذشت کمتر از یک دهه، عملیات لیزینگ وارد کشورهای پیشرفته اروپایی و ژاپن شد و در دهه های اخیر در کشورهای در حال توسعه نیز گسترش یافت.

شرکت های لیزینگ از جهت حجم فعالیت نیز چنان توسعه یافته اند که روش تامین اعتبارات از طریق لیزینگ میان ساز و کارهای گوناگون اعتباری، بعد از وام و اعتبارات مستقیم بانکی در رتبه دوم قرار دارد و بیش از یک سوم اعتبارات از این طریق تامین مالی می شوند.

صنعت لیزینگ از جهت قلمرو نیز گسترش بسیاری داشته است، به گونه ای که امروزه از خرید کالاهای مصرفی بادوام گرفته تا انواع کالاهای سرمایه ای چون هواپیماهای مسافربری، کشتی های اقیانوس پیما، ماهواره های مخابراتی، خطوط تولید صنایع و کارخانه ها را در بر می گیرد.

(میری و حبیبی، ۱۳۸۴؛ ۱۸۲-۱۸۱)

شرکتهای لیزینگ با فراهم کردن کالاهای سرمایه ای و با دوام فعالان اقتصادی و مصرف کنندگان و واگذاری آنها به صورت مدت دار و اقساطی، از یک طرف به مصرف کنندگان و از طرف دیگر به بنگاههای اقتصادی و در نهایت به تولید و اشتغال کشورها کمک می کنند.

امروزه شرکتهای لیزینگ افزون بر کالاهای بادوام مصرفی که برای خانوارها و مصرف کنندگان تامین می کنند، در تامین کالاهای سرمایه ای بنگاه های بزرگ اقتصادی سهم مهمی دارند و توانسته اند بعد از نظام بانکی، دومین جایگاه موسسه های اعتباری را به دست آورند.

به طور معمول شرکتهای لیزینگ کالای مورد درخواست مشتریان را از تولید کنندگان یا نمایندگان بنگاههای تولیدی به صورت نقد یا نسبه می خرند و سپس طی قرار داد خاصی به صورت اجاره ساده یا اجاره به شرط تملیک به مشتریان واگذار می کنند، به طوری که مشتری با پرداخت آخرین قسط مالک کالا می گردد. در مواردی نیز بنگاههای اقتصادی برای تامین نقدینگی، برخی کالاهای سرمایه ای خود را به صورت نقد به شرکتهای لیزینگ می فروشند، سپس همان کالا را بر اساس قرار داد اجاره به شرط تملیک از شرکتها دریافت می کنند و همانند نوع قبل با پرداخت آخرین قسط مالک کالا می گردند.

۱-۱- مبحث اول - بیان مسئله

رشد شتابان اقتصاد جهانی به ویژه طی دهه‌های اخیر به همراه خود موجب پیدایش موسسات مالی، اعتباری، بیمه‌ای و... فراوانی شد. در بین مراکز و موسسات موجود، شرکت‌های اجاره داری یا لیزینگ از درون همین تحولات شکل گرفتند و رفته رفته به مثابه یک صنعت درآمدند.

کارکرد صنعت لیزینگ به مثابه یک «شیوه اعتباری» امروزه در تمام عرصه‌ها رسوخ پیدا کرده و توان مالی موسسات حقوقی و اشخاص حقیقی را برای «سرمایه گذاری» فزونی می بخشد به طوری که گستره آن شامل کالاها و لوازم مصرفی شخصی، تجهیزات کارخانه‌ای، تجهیزات پزشکی، صنعت حمل و نقل هوایی، تجهیزات و ماشین‌های راه سازی، ماشین آلات کشاورزی، صنعت راه آهن و مترو، پروژه‌های بزرگ و سیستم‌های مدرن آبیاری، تجهیزات فرآوری مواد غذایی، ساخت و ساز پروژه‌های بزرگ مسکن و ... از این مکانیسم «تخصیص اعتباری» برای سرعت بخشی به پیشرفت فیزیکی پروژه‌های مطروحه بهره می‌گیرند.

گرچه رویکرد «اجاره‌داری» سابقه‌ای دیرینه دارد و حتی در جوامع سنتی از این روش برای استفاده بهینه از امکانات و منابع به صورت توافقی عمل می‌شده اما اکنون در گذر زمان ابعاد حقوقی و آیین نامه و مقررات حاکم بر نظام اجاره داری (کرایه دهی) متناسب با نرخ توسعه یافتگی جوامع تغییرات خاص خود را پیدا و به اصطلاح مدرن شده اما «ماهیت»، «سرشت» و کارکرد اصلی آن که همانا «فرصت سازی» برای افزایش بهره برداری بوده، تغییر نیافته است.

صنعت لیزینگ، روش های معاملاتی، میزان انطباق لیزینگ با عقود اسلامی، مشابهت آن با اجاره به شرط تملیک و قرارداد پیشنهادی بر اساس موازین فقهی و قواعد حقوقی در این پایان نامه مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱- مبث دوم - اهمیت و ضرورت تحقیق

نقش عملیات لیزینگ در چرخه اقتصادی کشورها و اثرات مثبت و اجتناب ناپذیری که در ایجاد تعادل در عرضه و تقاضا و سرانجام توازن منطقی در موازنه پرداخت های جوامع صنعتی و رو به توسعه به جای گذاشته، موجب گردیده است که این شیوه اعتباری، امروز با تکیه بر تخصص ها و ویژگی های نوین اجرایی بتواند موقعیت خود را به عنوان یکی از مهمترین روش های تأمین اعتبار در سطح اقتصاد داخلی و بین المللی تثبیت نماید. بر این اساس، تحقیقاً بخش عظیمی از عملیات مالی، تسهیلاتی و سرمایه گذاری و تأمین اعتبار در جهان با استفاده از روش های نوین لیزینگ انجام می پذیرد. به طوری که بر اساس بررسی های موسسات مطالعاتی اقتصادی معتبر جهان روش تأمین اعتبارات از طریق لیزینگ، در بین مکانیزم های اعتباری گوناگون اعتباری، بعد از وام های مستقیم بانکی در مرتبه دوم قرار گرفته است. امروزه بخش عمده ای از دارایی های سازمان ها و موسسات اقتصادی از قبیل ساختمان، ماشین آلات و تجهیزات اداری، رایانه ها و ... که برای پیشبرد عملیات آن سازمان ها ضروری است معمولاً از طریق لیزینگ - با توجه به مزیت های که این روش نسبت به سایر شیوه های تأمین مالی دارد - تأمین می گردد. لیزینگ به عنوان یک شیوه فروش، ضمن افزایش قدرت خرید فعلی مصرف کنندگان، تقاضای فروش تضمین شده ای برای تولیدکنندگان ایجاد می نماید تا

تولیدکننده با برنامه‌ریزی معین نسبت به تعدیل قیمت تمام شده و استمرار بهینه تولید اقدام نماید. همچنین با ارتقاء کیفیت کالاهای تولید شده، توجه تولیدکنندگان را به افزایش صادرات جلب نماید. این امر موجب بهبود پرداخت‌های کشور، افزایش درآمد ناخالص ملی و افزایش درآمد سرانه خواهد بود. با توجه به آنچه بیان گردید، بررسی نحوه عملکرد لیزینگ در کشور و بیان تجربیات کشورهای دیگر و همچنین مسایل، مشکلات و چالش‌های فرا روی این صنعت به منظور کاربرد صحیح امکانات و منابع مالی و در تطبیق قراردادهای منعقد در این صنعت با قواعد حقوقی و موازین فقهی ضروری می‌نماید.

۱-۳- مبحث سوم - اهداف تحقیق

استقبال قابل توجه بخش‌های گوناگون اقتصادی و چه اشخاص حقیقی و چه اشخاص حقوقی از صنعت لیزینگ که به صورت عمده در دو بخش ساختمان و خودرو فراگیر شده و انعقاد قراردادهای متعدد بین شرکت‌های لیزینگ و اشخاص مختلف و نوظهور بودن این قراردادها در اقتصاد، لزوم بررسی فقهی و حقوقی این نوع قراردادها را که مسبوق به سابقه در حقوق ایران و فقه اسلامی (با این عنوان) نمی‌باشد را روشن می‌سازد.

توجه به وجه شرعی معاملات و دقت نظر لازم در انعقاد عقود در شرکت‌های لیزینگ که مطابق با فقه اسلامی و حقوق ایران باشد و هیچ موردی در انواع عقود منعقد بین طرفین مخالفت با شرع مقدس اسلام و قانون نداشته باشد، اهمیت بررسی موضوع را روشن می‌سازد.

۱-۴- تعریف لیزینگ - مبحث چهارم

واژه لیزینگ در فرهنگهای لغت و اصطلاحات اقتصادی به معنای اجاره، اجاره دادن، اجاره کردن، و اجاره اعتباری است. (خلعت بری، ۱۳۷۱) و در اصطلاح، نوع خاصی از قرارداد داد اجاره است که بین دو یا چند نفر شخصیت حقیقی یا حقوقی به منظور بهره برداری از منفعت کالای سرمایه ای یا مصرفی بادوام که قابلیت اجاره دارد، منعقد می شود، به گونه ای که معمولاً در پایان قرار داد، مستاجر، مالک عین مستاجر شود. (فرهنگ، ۱۳۷۱) در قرار داد لیزینگ، طول دوره قرار داد مبلغ کل اجاره بها، سر رسید اقساط، مشخصات کالای مورد اجاره، شرایط استفاده، تاریخ انقضاء و کیفیت انقضای قرار داد تصریح می شود. (گلریز، ۱۳۸۰)

در بیشتر موارد، بنا به کاربرد لیزینگ، تعاریف متفاوتی از آن ارائه شده است.

در ذیل به چند نمونه از این تعاریف اشاره می کنیم:

لیزینگ ابزاری مالی است که استفاده از یک دارایی ثابت را بدون ایجاد مالکیت

ممکن می کند.

لیزینگ توافقی مبتنی بر قرار داد است که در آن، شرکت لیزینگ حق استفاده از

تجهیزات تحت مالکیت خود را برای مدت زمانی با دریافت مبلغی معین به صورت ماهانه به

اجاره کننده (لیزگیرنده) منتقل می کند.

۱-۵- مبحث پنجم - اجزای لیزینگ

۱- لیز گیرنده (اجاره کننده)

طرفی که حق استفاده از تجهیزات را در معامله لیزینگ در قبال پرداخت اجاره معینی - که در قرار داد لیزینگ از پیش مشخص شده است دارد.

۲- لیز دهنده (اجاره دهنده)

طرفی که مالکیت قانونی تجهیزات را در تصرف دارد و بر اساس قرار داد لیزینگ حق استفاده از تجهیزات را در ازای دریافت اجاره از پیش تعیین شده به اجاره کننده (لیز گیرنده) منتقل می کند.

۳- قرارداد

توافقنامه مکتوبی بین اجاره کننده و اجاره دهنده است که همه شرایط و مقررات مربوط به انتقال حق استفاده تجهیزات و باز پرداخت اجاره مقرر به اجاره دهنده را در بر می گیرد.

۴- عرضه کننده

تولید کننده یا شرکت بازاریابی ای که تجهیزات را تحت قرار داد لیزینگ عرضه می کند.

۵- اجاره

عبارت است از پرداخت دوره ای که توسط اجاره گیرنده به منظور استفاده از تجهیزات (بر اساس مفاد تعیین شده در قرار داد) به اجاره دهنده انجام می شود.

۱-۶- مبحث ششم - مزایای لیزینگ

در سال های اخیر اجاره کالاها و خدمات سرمایه ای و مصرفی بادوام، به رغم افزایش نسبی اجاره بها، به دلیل مزایای متعدد این نوع شیوه تامین مالی نسبت به سایر شیوه ها، مورد توجه بسیار قرار گرفته است که در این بخش به بیان مزایای آن پرداخته می شود:

۱- ایجاد اشتغال و گسترش سطح تولید: لیزینگ یکی از روش های بسیار موثر در ایجاد

اشتغال محسوب می شود، زیرا می تواند شرایط لازم کار برای متخصصان یا افرادی که توانایی انجام کار دارند، لیکن از امکانات و تجهیزات لازم برخوردار نیستند را فراهم کند. همچنین در شرکت های تولیدی از طریق کمک فروش و افزایش تولیدات و روان کردن چرخه تولید، به ایجاد اشتغال و حفظ آن کمک شایان توجهی خواهد کرد.

۲- ضد تورمی بودن: تامین مالی به روش لیزینگ به دلیل عدم تزریق مستقیم وجوه به بازار

و پیشگیری و بازدارندگی این روش از ورود مستقیم منابعی که به صورت تسهیلات واگذار می شود، دارای خاصیت ضد تورمی است. این شیوه تامین مالی خصوصا در روش لیزینگ کمک فروش، از یک سو به چرخه تولید و افزایش حجم محصول تولیدی کمک کرده و در نتیجه، سطح تولید داخلی را بالا می برد و از سوی دیگر، از طریق واگذاری تسهیلات برای خرید محصولات تولیدی و ایجاد اشتغال و افزایش عرضه محصولات مورد نیاز جامعه، ضمن بالا بردن میزان تولید ناخالص داخلی، به عنوان یک اهرم ضد تورمی عمل می کند.

۳- غیر وثیقه ای بودن: چون شرکت لیزینگ در طول مدت اجاره مالک تجهیزات و دستگاه

ها مورد اجاره باقی می ماند، بنابراین در شرایط معمول از مستاجر وثیقه ای مطالبه نمی کند، مگر در

موارد خاص، لذا در مواردی که مستاجر وثیقه با ارزشی نداشته باشد، از دریافت تسهیلات به صورت اجاره در قالب روش های لیزینگ محروم نمی شود.

۴- کاهش ریسک تجاری: ارجحیت اجاره دارایی ها نسبت به خرید آنها می تواند به این دلیل باشد که اجاره دارایی، ریسکی کمتر از مالکیت آن داراست و به همین دلیل مدیران و تصمیم گیرندگان شرکت ها و یا واحدهای تجاری ممکن است برای کاهش ریسک تجاری شان مسئولیت های مربوط به سرمایه گذاری و اداره ساختمان، ماشین آلات و تجهیزات را به یک موسسه دیگر واگذار کنند.

۵- سهولت نسبی در مقایسه با سایر شیوه های تامین مالی: در بسیاری از موارد با استفاده از روش های اجاره ممکن است گشایشی در محدودیت مصرف منابع مالی و راهی برای فرار از انعقاد قرار دادهای مالی پر محدودیت ایجاد شود، زیرا در آن صورت می توان منابع نقدی جاری که برای خرید کالای مورد اجاره مورد نیاز بود را برای انجام سایر امور اختصاص داد.

۶- امکان جایگزینی، همگام با تغییرات تکنولوژیکی: لیزینگ قرار دادی است که مستاجر را از خطر تغییرات تکنولوژیکی و لزوم جایگزین کردن ماشین آلات قدیمی و یا سایر شرایطی که به علت ابهام وضع آتی می تواند او را از نقطه نظر اقتصادی مورد تهدید قرار دهد، مصون نگاه داشته و حمایت می کند.

۷- صرفه جویی در مصرف سرمایه مستاجر: شرکت های اجاره ای، قسمت عمده و گاهی تا صد در صد سرمایه گذاری اولیه لازم برای یک کارخانه و یا تجهیزات مورد نیاز آن را تامین می

کنند، به این ترتیب مستاجر می تواند منابع مالی خود را صرف سایر مخارج لازم کند و یا حتی آن را پس انداز کند.

۸- ایجاد منبع مالی جدید: روش اجاره داری، منبع مالی اضافی را برای شرکت های بازرگانی و صنعتی فراهم می کند. بدین ترتیب در حالی که خطوط اعتباری موجود برای مستاجر حفظ می شود، خط اعتباری جدیدی نیز به او ارائه می شود.

۹- امکان تملک تجهیزات و دستگاه ها: در بعضی از روش های لیزینگ اجاره اعتباری مستاجر می تواند در پایان مدت قرار داد با پرداخت مبلغ کمی که در تاریخ عقد قرار داد تعیین شده است، تجهیزات یا دستگاه های مورد اجاره را به مالکیت خود درآورد، در مواردی که مستاجر به دلایلی از جمله از رده خارج شدن تجهیزات و دستگاه ها یا عدم نیاز به ادامه استفاده از آنها و غیره، تمایلی به تملک تجهیزات و دستگاه ها نداشته باشد، می تواند از این حق استفاده نکرده و مورد اجاره را به موجر عودت دهد.

۱۰- افزایش ظرفیت وام گیری: معمولاً اجاره یک روش تامین مالی خارج از ترازنامه است و چون ارقام آن در دفاتر مستاجر ثبت نمی شود، ظرفیت استقراض وی افزایش می یابد، در ادامه به دلیل مزایای متعدد مترتب بر لیزینگ، سایر مزیت ها فقط نام برده می شود.

۱۱- انعطاف پذیری

۱۲- انتقال مزایای مالیاتی

۱۳- مزیت مالیات بر درآمد

۱۴- تامین هزینه های جانبی

۱۵- امکان انعکاس یا عدم انعکاس معامله در ترازنامه

۱۶- مدیریت وجوه نقد

۱۷- گریز از محدودیت های بودجه سرمایه ای

۱۸- بازده افزوده بر دارایی و ... (آملی دیوا، ۱۳۸۵)

۷-۱-مبحث هفتم-لیزینگ در جهان

آمارهای اعلام شده در گزارش گروه مالی لندن در مورد لیزینگ جهانی که در آخرین سالنامه جهانی لیزینگ ۲۰۰۵ منتشره از سوی موسسه پول اروپائی EUROMONEY به عنوان معتبر ترین مرکز مطالعاتی مسائل اعتباری و لیزینگ جهان درج گردیده، بیانگر این است که علی رغم ادامه شرایط نامطلوب در اقتصاد بین المللی و بی اعتمادی های ناشی از جنگ عراق در بازارهای پولی و هراس عمومی از بیماری سارس، بازارهای جهانی مبادلات لیزینگ در سال ۲۰۰۳ در برابر کاهش محسوس سال قبل از آن، علائم امیدوار کننده ای از خود بروز داده و با ۱۰/۸٪ رشد و ۵۰ میلیارد دلار افزایش به رقم ۶۶/۵۱۱ میلیارد دلار بالغ گردیده است. در فهرست رده بندی پنجاه کشور منتخب موسسه فوق الذکر، سه کشور اول موقعیت خود را نسبت به سال گذشته حفظ کرده اند. ایالات متحده آمریکا کماکان به عنوان سردمدار بازارهای جهانی مبادلات لیزینگ بوده و ژاپن و آلمان در رده های دوم و سوم قرار گرفته اند، انگلستان علی رغم کاهش جزئی در حجم مبادلات خود، در ردیف ششم فهرست مورد بحث جای گرفته است. سوئد و ایتالیا و فنلاند به ترتیب ۱۲/۶٪، ۱۰/۷٪ و ۸/۸٪

رشد منفی حاصل کرده و در برابر ترکیه با ۶۳٪، روسیه با ۵۷٪ و اسلونی با ۴۱/۴٪ رشد، شکوفائی قابل ذکری را در مبادلات خود تجربه نموده اند.

* کشورهای آمریکای شمالی که در مجموع تقریباً نیمی از کل بازارهای جهانی لیزینگ را دارایی باشند، در سال مورد گزارش بطور متوسط از رشدی برابر با ۳/۷٪ نسبت به سال قبل از آن برخوردار بوده اند. در این میان ایالات متحده آمریکا و کانادا به ترتیب ۲٪ و ۶/۴٪ افزایش داشته اند، هر چند میزان کمی مبادلات لیزینگ ایالات متحده هنوز بطور محسوسی پائین تر از میزان سالهای ۲۰۰۰ و ۲۰۰۱ می باشد.

* بازارهای آمریکای مرکزی و جنوبی ۱۶/۶٪ رشد داشته و در نتیجه کل این مبادلات به رقم ۳/۹ میلیارد دلار بالغ گردیده است. این میزان چرخش مثبت، بسترهای لازم برای رشد کشورهای این قاره فراهم آورده است، بطوریکه کلمبیا ۳۶٪، مکزیک ۲۸/۵٪، کاستاریکا ۲۲/۹٪ و برزیل ۱۸/۹٪ در مبادلات لیزینگ خود رشد نشان داده اند.

* قاره اروپا با افزایش ۱۹۰/۳ میلیارد دلاری خود ۳۷/۲٪ حجم جهانی مبادلات لیزینگ را تشکیل داده است. در این میان آلمان کماکان در صدر چهار کشور مطرح اروپائی مندرج در فهرست مورد اشاره قرار دارد. ایتالیا با ۲۴ میلیارد دلار یک پله تنزل نموده و انگلستان نیز با رشد منفی ۸٪ مقام ششم، کشورهای اروپائی را به خود اختصاص داده است. ترکیه در میان کشورهای اروپائی با ۶۳٪ رشد، همانند سال قبل از آن از شکوفائی چشمگیری برخوردار بوده است.

* منطقه آسیا-اقیانوس آرام در سال مورد گزارش از رشدی برابر با ۱۳/۱٪ بهره مند شده و میزان کمی مبادلات مورد نظر به رقم ۷۹/۶ میلیارد دلار بالغ گردید. ژاپن با ۶۸/۸ میلیارد دلار به عنوان دومین بازار عظیم عملیات لیزینگ جهان و اولین آن در منطقه بوده و چین علی رغم رشد

۲۹/۲٪ خود به ردیف بیست و پنجم جدول مورد بحث نزول نموده است. سایر بازارهای مطرح آسیا-اقیانوس آرام از منظر رشد مبادلات را باید در کشورهای سریلانکا با ۲۸٪ کره جنوبی با ۲۲/۴٪ هند با ۱۴٪ و مالزی با ۱۰/۲٪ رشد جستجو نمود. منطقه اقیانوسیه با رقم ۷/۶ میلیارد دلار ۱/۵٪ کل مبادلات جهانی را تشکیل داده است که البته از این میان ۷/۰۵ میلیارد دلار آن مربوط به کشور استرالیا و مابقی مربوط به نیوزلند می باشد.

* سرانجام قاره آفریقا با ۶۸/۹٪ رشد، افزایش چشمگیری را در سال ۲۰۰۳ تجربه نموده و کل مبادلات این منطقه از ۳/۷ میلیارد دلار به رقم ۶/۳ میلیارد دلار رسید، تحرک قوی و قابل توجه مبادلات لیزینگ آفریقا بطور عمده مربوط به کشور آفریقای جنوبی است که ۴/۶۱ میلیارد دلار آن را بخود اختصاص داده است. (شرکت های لیزینگ ایران www.ailec.ir)

به جدول (۱-۱) حجم مبادلات سالانه (سال ۲۰۰۳) و درصد رشد آنان نسبت به سال ۲۰۰۲ لیزینگ جهانی در ۵۰ کشوردنیا که توسط گروه مالی لندن اعلام شده در بخش جداول مراجعه شود.

۸-۱- مبحث هشتم-لیزینگ در ایران

لیزینگ در ایران قدمتی در حدود سه دهه دارد. این صنعت مقارن با اشاعه آن طی دهه ۱۹۷۰ به بعد در اقتصاد کشورهای در حال توسعه آسیایی و آمریکای لاتین، در اواسط دهه ۱۳۵۰ و بعبارت دقیق تر در ۶ تیر ماه ۱۳۵۴ با سرمایه گذاری بخش خصوصی کشور و مشارکت مالی و دانش فنی فرانسویان شکل گرفت و بدین ترتیب اولین هسته تشکیلاتی لیزینگ بنام شرکت « لیزینگ ایران» با سرمایه یکصد میلیون ریال تاسیس و فعالیت خود را در زمینه اعطای تسهیلات اعتباری اجاره ماشین

آلات و تجهیزات صنعتی آغاز نمود. دو سال بعد دومین شرکت نیز باز با کمکهای مالی و دانش فنی فرانسویان و مشارکت سرمایه ای چند بانک بنام « آریا لیزینگ» تاسیس شد و آغاز به کار کرد. گفتنی است هر دو شرکت فوق اکنون نیز بصورت گسترده و فعال در بازار پول و سرمایه کشور حضوری پر ثمر دارند، سرمایه شرکت « لیزینگ ایران» در حال حاضر معادل یکصد میلیارد ریال است که به بانک تجارت، کارکنان آن و مردم تعلق داشته و عمدتاً در زمینه اجاره انواع خودروهای سبک و سنگین فعالیت می نماید.

دومین شرکت نیز که ابتدا به « پی خرید ایران» و سپس به شرکت « لیزینگ صنعت و معدن» تغییر نام داد، با سرمایه چهار صد میلیارد ریال که صد در صد آن متعلق به بانک صنعت و معدن می باشد، با تاسیس ۱۲ شعبه در سرتا سر ایران به عنوان یکی از بزرگترین شرکتهای لیزینگ در زمینه اعطای تسهیلات اعتباری اجاره انواع تجهیزات صنعتی خطوط تولید و خودروهای سبک و سنگین اشتغال دارد.

با بروز تحولات ناشی از انقلاب عظیم اسلامی و دگرگونی های بنیادی در ساختار سیاسی، اجتماعی، اقتصادی کشور، فعالیتهای دو شرکت فوق نیز متوقف شد و در سال ۱۳۶۰ با ایجاد تغییرات اساسی در پیکره سهامی آن (تعلق سهام شرکت « لیزینگ ایران» به بنیادهای شهید و مستضعفان و بانک تجارت و سهام شرکت « پی خرید ایران» به پنج بانک دولتی) مجدداً آغاز بکار نمودند. هر چند در مراحل آغازین شروع بکار مجدد، عمده فعالیت آنها معطوف سازماندهی تشکیلات جدید و باز یافت مطالبات معوق آنها گردید.

از سوی دیگر لیزینگ (اجاره اعتباری) در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب دیماه ۱۳۶۲ تحت عنوان « عقد اجاره بشرط تملیک» که نوعی از عملیات لیزینگ مالی می باشد مشروعیت

یافت و دستور العمل های اجرایی آن تدوین و ابلاغ گردید، ولی از آنجا که اجرای این عقد کلاً به سیستم بانکی سپرده شد و بانکها بدلیل گستردگی حجم فعالیت و بوروکراتیک بدون ساختار عملیاتی آنها، رغبتی به فعالیت در این صنعت از خود نشان ندادند (به جز بانک مسکن که در زمینه اجاره شرط تملیک واحد های مسکونی فعال شد) این ابزار نوین اعتباری، علی رغم نقش عمده ای که می توانست در جلوگیری از فشارهای تورمی و ایجاد تعادل در عرضه و تقاضای انواع محصولات صنعتی داشته باشد، هیچگاه مورد اقبال و حمایت دولت و سیاست گذاران پولی و اعتباری کشور قرار نگرفت و بیش از ۱۳ سال با وجود دولتی بودن شرکت های فعال، عملاً مهجور و بی توجه ماند، تا اینکه در سال ۱۳۷۳ اولین هسته تشکیلاتی لیزینگ خصوصی بنام شرکت « پارس لیزینگ» پای به عرصه بازار گذاشت و بدین ترتیب طلیعه ایجاد شرکتهای خصوصی لیزینگ برای اولین بار در کشور نمودار شد، هر چند ایجاد یک شرکت دیگر نمی توانست توان کافی را برای بهره گیری از پتانسیل نیرومند و بازار گسترده لیزینگ بوجود آورد.

نگاهی گذرا به سیر تحولات لیزینگ در ایران حاکی از این واقعیت است که این صنعت عملاً از نیمه دوم سال ۱۳۷۹ بصورت جدی و تاثیر گذار در بازار پول و سرمایه کشور شروع به رشد و نمو کرده است. بعبارت دیگر از نیمه دوم سال مزبور با توجه به تغییر بازارهای انحصاری به بازارهای رقابتی، توسعه رقابت بین تولید کنندگان و اتخاذ سیاست مشتری مداری بدلیل خروج از شرایط انحصاری در تولید و عرضه محصولات صنعتی (بویژه خودرو) و بطور کلی تغییر شکل اقتصاد بسته به اقتصاد بالنسبه باز تر که در پرتو اتخاذ سیاستهای مطلوب اقتصادی از سوی دولت در راستای افزایش نقش بخش خصوصی در برنامه های عمرانی رخ نموده بود، تعدادی از صاحبان صنایع در بخش خصوصی، مدیران با تجربه مالی و شرکت های خودروسازی بزرگ کشور، در

جستجوی ابزارهائی کارا و مطمئن برای یافتن بازار و توسعه فروش محصولات خود که بتواند با افزایش قدرت خرید در مردم تقاضای موثر برای مصرف این کالاها را ایجاد نماید، لیزینگ را به مثابه یک شیوه تاثیر گذار و نتیجه بخش در این میان یافته و با اطمینان به نتایج مثبتی که می توانست از منظر اشاعه و کاربرد صحیح و منطقی این ابزار اعتباری در رونق اقتصادی کشور عاید گردد، به تاسیس هسته های تشکیلاتی لیزینگ پرداختند و در نتیجه تا پایان سال ۱۳۸۰ تعداد ۱۵ شرکت لیزینگ وابسته به کارخانجات دولتی و خصوصی خودرو سازی، سیستم بانکی، صاحبان صنایع و افراد حقیقی در کشور، به منصفه ظهور و فعالیت رسیدند.

سالهای ۱۳۸۱-۱۳۸۲ را باید سر آغاز جهش لیزینگ در کشور دانست، بطوریکه در این سالها تعداد ۴۷ شرکت لیزینگ تاسیس و وارد چرخه فعالیت شدند و بدین ترتیب تا پایان سال ۱۳۸۲ تعداد شرکتهای لیزینگ در این عرصه به ۶۱ فقره رسید، ادامه این رشد و پیوستن تعداد ۱۳۷ شرکت در سال ۱۳۸۳ بوضوح نشانگر استقبال شدید و بی سابقه بخش خصوصی از ورود به این صنعت و استفاده از این ابزار و شیوه اعتباری برای کسب منافع مشروع و مطمئن در زمینه مبادلات کالا بویژه خودرو می باشد. ادامه روند تاسیس شرکتهای لیزینگ خصوصی در هفت ماهه اول ۱۳۸۴ و وارد شدن تعداد ۷۳ شرکت به جرگه فعالیت موجب گردید که تعداد شرکتهای ثبت شده در کشور تا پایان مدت مزبور، طبق آمارهای رسمی موجود در انجمن، به تعداد ۲۷۱ شرکت با سرمایه ثبتی بیش از ۲۵۰۹ میلیارد ریال برسد.

بدین ترتیب پس از قریب به دو دهه انزوا و سکون در لیزینگ داخلی امروزه تب آن در جامعه فراگیر شده و اقشار مختلف مردم از سه سال گذشته با شیوه ای جدید در بازار مبادلات کالاها (بویژه خودرو) روبرو گردیده اند که قادر است با سرعت و سهولت و تحمیل کمترین مخاطرات،

اقلام سرمایه ای یا مصرفی مورد نیاز آنها را در اختیارشان قرار دهد. (شرکت های لیزینگ ایران

WWW.ailec.ir

به جدول شماره (۱-۲) فهرست و مشخصات ۶۳ شرکت لیزینگ ثبت شده در کشور، در بخش جداول مراجعه فرمایید.

۹-۱- مبحث نهم- بازار لیزینگ

بازار لیزینگ را میتوان بر حسب محصولات و مشتریان طبقه بندی نمود. بر اساس تجارب جهانی، صنعت لیزینگ در چهار زمینه اقلام خرد، کوچک، متوسط و بزرگ فعال است. در کشورهای پیشرفته گستره فعالیت های لیزینگ معطوف به اقلام متوسط و بزرگ در بخش های خانوار، بنگاه های اقتصادی، و سازمان های دولتی است. در کشورهای کمتر توسعه یافته، تمرکز فعالیت های لیزینگ معطوف به اقلام خرد، کوچک و متوسط برای خانوارها و بنگاههای اقتصادی کوچک و متوسط است. در جدول شماره (۱-۳) بازار لیزینگ با توجه به محصولات و مشتریان بالقوه ارائه شده است.

بازار اصلی لیزینگ در ایران شامل اقلام کوچک و متوسط در بخش خانوار و بنگاههای اقتصادی کوچک و متوسط است و در موارد نادری نیز لیزینگ اقلام بزرگ برای شرکت های صنعتی انجام شده است. برآورد می شود بیش از ۴۰ درصد عملیات لیزینگ به خودروی سواری و ۲۵ درصد به خودرو کار اختصاص یافته است.

بازیگران اصلی لیزینگ در بازار ایران در جدول شماره (۱- ۴) ارائه شده است.

در سه بخش کشاورزی ، مسکن و ساختمان ، دولیت و سازمان های عمومی تاکنون لیزینگ حضور فعالی نداشته است. لازم به یادآوری است برخی شرکت ها همچون لیزینگ پارسیان ، لیزینگ ساختمان سپاهان و لیزینگ امید طر جهایی برای ورود به لیزینگ ساختمان اجرا نموده اند ولی حجم عملیات آنها قابل توجه نمی باشد و در سایر بخشها نیز سهم لیزینگ نسبتاً پایین می باشد.

فصل دوم

روش های معاملاتی

لیزینگ

۲-۱- مب‌حث اول - روش‌های لیزینگ

با گسترش دامنه فعالیت شرکت‌های لیزینگ، روش‌های عملیاتی آنها نیز متنوع گردیده است . امروزه روش‌های عملیاتی شرکت‌های لیزینگ در انواع گوناگون طبقه بندی می شوند که مهم ترین آنها عبارتند از:

۲-۱-۱- گفتار اول - لیزینگ عملیاتی

لیزینگ عملیاتی یا ساده قدیمی ترین و ساده ترین روش عملیات لیزینگ است که در آن شرکت لیزینگ کالای بادوامی را بر اساس قرار داد اجاره ساده و صرفاً به قصد بهره برداری و انتفاع از منافع کالا در اختیار متقاضی (مستاجر) قرار می دهد و مستاجر متعهد می شود افزون بر پرداخت اجاره بهای ماهانه، کالای مورد اجاره را در پایان قرار داد به شرکت (موجر) مسترد نماید. در این روش شرکت لیزینگ بعد از پس گرفتن کالا یا آن را به مستاجر دیگری اجاره می دهد یا در بازار کالاهای دست دوم، به فروش می رساند.

۲-۱-۲ - گفتار دوم - لیزینگ مالی

لیزینگ مالی یا اعتباری که امروزه رایج ترین روش عملیاتی شرکتهای لیزینگ است مشابهت زیادی با قرار داد اجاره به شرط تملیک در قانون بانک داری بدون ربا دارد. در این روش، نخست مشتری طبق درخواستی کتبی، تقاضای خود را برای کالای خاصی به شرکت لیزینگ اعلام می کند و در آن میزان پیش پرداخت، نحوه پرداخت اقساط از جهت مبلغ و تعداد را مشخص می کند، سپس شرکت لیزینگ کالای مورد درخواست را تهیه و بر اساس قرار داد خاصی (اجاره به شرط تملیک یا اجاره به شرط حق خرید) به متقاضی واگذار می کند، متقاضی متعهد می شود در قبال دریافت کالا، اجاره بهای ماهانه آن را بپردازد و شرکت نیز متعهد می شود در پایان قرار داد کالا را به تملیک مستاجر درآورد و یا در صورت درخواست وی به او بفروشد. (دنیای اقتصاد، ۱۳۸۴)

۲-۱-۳ - گفتار سوم - لیزینگ فروش و اجاره مجدد

گاهی واحدهای اقتصادی به منظور تامین نقدینگی مورد نیاز، کالای سرمایه ای خود را به شرکتهای لیزینگ می فروشند و سپس همان کالا را در قالب قرار داد لیزینگ مالی دریافت می کنند. به این ترتیب واحدهای اقتصادی ضمن تامین نقدینگی مورد نیاز، در پایان قرارداد، کالای سرمایه ای خود را نیز تملک می کنند. به این کار در اصطلاح روش لیزینگ فروش (خرید) و اجاره مجدد می گویند. (میری و حبیبی، ۱۳۸۴؛ ۱۸۷)

۲-۱-۴- گفتار چهارم- لیزینگ به شرط خرید

لیزینگ به شرط خرید شبیه لیزینگ مالی است، برای تامین مالی خرید تجهیزات، از این روش معمولاً برای اقلام کوچک مثل چرخهای خیاطی، یخچال و تلویزیون استفاده می شود. در لیزینگ به شرط خرید، در هر بار پرداخت اجاره، بخشی از مالکیت به مستاجر منتقل می شود و با پرداخت آخرین قسط، مستاجر مالک کامل تجهیزات می شود. (دیلن، ۱۳۸۵؛ ۱۴)

۲-۲- مبحث دوم- روش های تجهیز منابع شرکتهای لیزینگ

از آنجا که شرکتهای لیزینگ، کالاهای مصرفی و سرمایه ای بادوام را تهیه و به صورت مدت دار در اختیار متقاضیان قرار می دهند، احتیاج به منابع مالی نقدی دارند تا کالاهای مورد درخواست را به صورت نقد خریداری کنند و یا از طریق بنگاههای تولیدی مورد حمایت قرار گیرند. بر این اساس شرکتهای لیزینگ از طریق ترکیبی از روشهای زیر منابع مالی مورد نیاز خود را تامین می کنند.

۲-۲-۱- گفتار اول - سرمایه سهامداران

به طور معمول شرکتهای لیزینگ از نوع شرکتهای سهامی خاص یا عام اند که بخش مهمی از منابع مالی آن از طریق سرمایه اولیه سهامداران خاص یا فروش اوراق سهام عام تامین می گردد.

۲-۲-۲ - گرفتن تسهیلات از نظام بانکی

در مواردی که نرخ تسهیلات بانکی مساوی یا کمتر از نرخ سود معاملات لیزینگ باشد، شرکتهای لیزینگ با استفاده از منابع بانکی و گرفتن تسهیلات از بانکها، اقدام به عملیات لیزینگ اعتباری می کنند.

۲-۲-۳ - جذب سپرده

در برخی از کشورها شرکتهای لیزینگ، همانند بانکها و شرکتهای سرمایه گذاری، مجاز به انتشار گواهی سپرده مدت دار برای مردم هستند. از آنجا که شرکتهای لیزینگ به صورت مستقیم منابع سپرده ای را در فعالیت اعتباری به کار می گیرند، به طور معمول نرخ سود سپرده های این شرکتها بالاتر از نرخ سود سپرده های بانکی است و در نتیجه گروهی از سپرده گذاران را به خود جذب می کنند.

۲-۲-۴ - گفتار چهارم - همکاری با تولید کنندگان

در این روش بر اساس قراردادی که بین شرکتهای لیزینگ و تولید کنندگان منعقد می گردد، کارخانه ها و بنگاههای تولیدی بخشی از محصولات تولیدی خود را در اختیار شرکتهای لیزینگ قرار می دهند تا آنان به روش لیزینگ مالی به متقاضیان بفروشند. امروزه استفاده از این شیوه در کشورهای پیشرفته جهان از گستردگی قابل توجهی برخوردار است و با استفاده از این روش، تولید کنندگان به موفقیتهای چشم گیری در بازاریابی و افزایش فروش محصولات تولیدی خود دست یافته اند. (دنیای

اقتصاد، ۱۳۸۴)

۵-۲-۲ - گفتار پنجم - قرار دادهای سه جانبه

در این روش که بیشتر برای کالاهای سرمایه ای با قیمت بسیار بالا مانند کشتی، هواپیما، ماهواره، تاسیسات عظیم نفت و گاز و... به کار گرفته می شود، شرکتهای لیزینگ با استفاده از منابع بانکها و سایر موسسات مالی اقدام می کنند؛ به این صورت که یک قرار داد سه جانبه بین بانک (تامین کننده مالی) و متقاضی کالای سرمایه ای و شرکت لیزینگ منعقد می شود. بر اساس آن قرار داد شرکت لیزینگ با استفاده از منابع پولی بانک، کالای مورد نظر را می خرد و به صورت لیزینگ مالی در اختیار متقاضی قرار می دهد و سپس اقساط اجاره بها را دریافت می نماید به حساب بانک طرف قرار داد واریز می کند. (دنیای اقتصاد، ۱۳۸۴)

۶-۲-۲ - قراردادهای برون مرزی

این نوع از عملیات لیزینگ برای انتقال کالاهای سرمایه ای از کشورهای صنعتی به کشورهای در حال توسعه است. به طور معمول کارخانه ها و صاحبان صنایع در فروش مدت دار محصولات خود به کشورهای دیگر، با انواع ریسکهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی مواجه اند و برای پوشش دادن ریسک ترجیح می دهند فروشهای اعتباری خود را از طریق شرکتهای لیزینگ معتبر انجام دهند. در این روش شرکتهای لیزینگ همانند نمایندگی آن کارخانه ها محصولات آنها را به صورت لیزینگ مالی به متقاضیان واگذار می کنند و در ضمن، ریسکهای مذکور را متعهد می شوند. (دنیای اقتصاد، ۱۳۸۴)

۲-۳- مبحث سوم - خدمات جانبی

برخی از شرکتهای لیزینگ افزون بر واگذاری کالاهای مصرفی و سرمایه ای بادوام، برای استفاده بهتر و بهره برداری صحیح از آن کالاها اقدام به ارائه انواع خدمات جانبی می کنند، مانند خدمات آموزش، تعمیر و نگهداری، ضمانت تجهیزات، خدمات نرم افزاری، مشاوره برای جایگزینی اجزای دستگاه یا کل دستگاه با دستگاه جدید. از این شرکتها به اسم « لیزینگ با خدمات کامل» نام برده می شود.

۲-۴ - مبحث چهارم - فرایند عملیات لیزینگ مالی

لیزینگ مالی رایج ترین نوع معاملات شرکت های لیزینگ است که فرایند عملیاتی آن به شرح زیر است:

۲-۴-۱- گفتار اول - تقاضای مشتری:

به طور معمول شرکتهای لیزینگ با تبلیغات رسمی و گسترده، قلمرو فعالیت، روش کار و نرخهای خود را به اطلاع عموم مصرف کنندگان و بنگاههای اقتصادی می رسانند. مشتریان با بررسی اولیه و با تکمیل پرسش نامه معین تقاضای کتبی خود را برای کالای خاصی اعلام می دارند و در آن درخواست متغیرهای اساسی شرکتهای لیزینگ چون میزان پیش پرداخت، تعداد اقساط، مبلغ اقساط، و روش پرداخت اقساط را به اطلاع شرکت می رسانند.

۲-۴-۲- گفتار دوم - تایید اعتبار مشتری:

شرکتهای لیزینگ بعد از دریافت تقاضا، متناسب با قیمت کالای مورد تقاضا، توانایی مالی مشتری را اعتبار سنجی می کنند و بر اساس اعتبار وی درخواست وثائق و تضمینان معتبر می کنند و با مشتری توافق نامه اولیه منعقد می کنند که بر اساس آن مشتری متعهد می شود چنانچه شرکت لیزینگ کالای مورد نظر را فراهم نماید، وی آن کالا را از شرکت خریداری خواهد کرد.

۲-۴-۳- گفتار سوم- تهیه کالا:

شرکت لیزینگ کالای مورد تقاضا را از تولید کننده یا نماینده فروش خریداری می کند. به طور معمول شرکت به صورت نقد کالا را از تولید کننده می خرد و گاهی نیز خود، تولید کننده است و یا با تولید کننده قرار داد خاصی دارد.

۲-۴-۴- گفتار چهارم- محاسبات:

بعد از خرید کالا، با توجه به قیمت تمام شده، مبلغ پیش پرداخت و نرخ سود، اجاره بهای کل، اجاره بهای ماهانه و سود کل شرکت لیزینگ محاسبه می شود.

۲-۴-۵- گفتار پنجم - انعقاد قرار داد:

بعد از انجام محاسبات، شرکت لیزینگ بر اساس قرار داد اجاره به شرط تملیک کالای مورد نظر را به مشتری واگذار می کند. در قرارداد مبلغ اجاره بهای کل ، پیش پرداخت، اجاره ماهانه و سررسید اقساط و تاریخ پایان اجاره تصریح می شود. همچنین ضمن قرار داد شرط می شود چنانچه مشتری (مستاجر) مطابق قرار داد، اجاره های ماهانه (یا فصلانه یا سالانه) را مرتب بپردازد، شرکت

در پایان قرار داد عین کالا را به ملکیت مشتری در آورد. شایان ذکر است شرط ضمن عقد می تواند به صورتهای دیگر هم باشد. آنچه بیشتر رایج است شرط تملیک مجانی عین مستاجر است. توضیح این قسمت در مباحث فقهی خواهد آمد.

۲-۴-۶- گفتار ششم- تحویل کالا:

بعد از انعقاد قرار داد و دریافت پیش پرداخت، شرکت کالای مورد نظر را جهت استفاده در اختیار مستاجر قرار می دهد.

۲-۴-۷- گفتار هفتم- تملیک کالا:

اگر مشتری اجاره ماهانه را مرتب پرداخت کرده باشد، در پایان قرار داد شرکت بر اساس شرطی که در قرار داد متعهد شده بود عمل می کند و کالا را به صورت مجانی به تملیک مشتری می آورد.

۲-۵- مبحث پنجم - تمدید یا تعجیل در پرداختها

به طور معمول برخی از مشتریان لیزینگ در اثنای قرار داد با تغییر وضعیت اقتصادی مواجه می شوند و ترجیح می دهند در قرار داد اولیه تجدید نظر کنند. برای مثال خانوار یا بنگاه اقتصادی که به جهت مشکل خاص اقتصادی با کاهش درآمد مواجه شده است به شرکت لیزینگ مراجعه می نماید و تقاضای افزایش تعداد اقساط و کاهش مبالغ آنها را می کند و یا در نقطه مقابل، خانوار یا بنگاهی به جهت افزایش درآمد وضعیت بهتری دارد و به شرکت لیزینگ مراجعه می نماید و افزایش

مبلغ اقساط و کاهش تعداد آنها را تقاضا می کند. در این موارد شرکت لیزینگ با افزودن مبلغی به کل اجاره بها ی باقیمانده، تعداد اقساط را افزایش یا با تخفیف در کل اجاره بها ی باقی مانده تعداد اقساط را کاهش می دهد. وجود این انعطاف یکی از عوامل گسترش شرکتهای لیزینگ است. کما اینکه گاهی وضعیت نقدینگی و اقتصادی خود شرکت لیزینگ تغییر می کند و شرکت ترجیح می دهد در مقابل پرداخت و تسویه زودتر از سررسید مشتریان، تخفیفهای قابل توجه به آنها دهد.

۶-۲ - مبحث ششم - محدودیت های معاملاتی و محاسباتی شرکتهای لیزینگ

استفاده از روش معاملاتی اجاره به شرط تملیک ساده و شیوه محاسباتی متعارف بانی در شرکت های لیزینگ ایران محدودیت های بسیاری برای شرکتهای پدید می آورد که در موارد فراوانی به از دست رفتن مشتریان شرکت منتهی می شود، این در حالی است که شرکت های لیزینگ در کشورهای پیشرفته با طراحی روش های معاملاتی و محاسباتی به طور کامل انعطاف پذیر به انواع تقاضاهای مشتریان جواب مثبت داده، روز به روز به توسعه فعالیت های شرکت های لیزینگ کمک می کنند. برخی از محدودیت های شرکت های لیزینگ ایران به شرح ذیل است.

۶-۲-۱ - گفتار اول - محدودیت پیش پرداخت:

پافشاری بر یک یا چند گزینه معین از پیش پرداخت، آن هم در ابتدای قرار داد باعث از دست دادن مشتریان فراوانی می شود. مشتریان از جهت مقدار و زمان پیش پرداخت تنوع بسیاری

دارند. برخی فقط می دانند در حد ۱۰ درصد قیمت کالا را پیش پرداخت کنند و برخی تا ۷۰ درصد آن را می پردازند و گروه فراوانی بین این دو حد قرار دارند؛ چنان که برخی تمایل دارند همان ابتدای قرار داد پیش پرداخت داشته باشند و برخی بعد از سه یا شش ماه توان پرداخت دارند و برخی علاقه دارند پیش پرداخت را نیز طی چند قسط بپردازند.

۲-۶-۲- گفتار دوم - محدودیت مبلغ اقساط:

دومین عامل محدودیت شرکتهای لیزینگ ایران مبلغ اقساط است. گاهی مشتری به جهت وضعیت خاص درآمدی تمایل دارد ماهانه مبلغ مشخصی به صورت قسط بپردازد. چنان که گاهی به جهت ویژگی خاص اقتصادی علاقه دارد مبلغ اقساط ماهانه او با ترتیب خاصی سیر صعودی یا نزولی داشته باشد، برای مثال، اگر ماه اول ۲۰۰۰۰۰۰ ریال قسط می دهد، به ترتیب از ماه های بعد ۲ درصد افزایش یا کاهش داشته باشد.

۲-۶-۳- گفتار سوم - محدودیت تعداد اقساط:

برای برخی از مشتریان تعداد اقساط مهم است، برای مثال فعالان اقتصادی بر اساس برنامه ریزی بلند مدت در نظر دارند اقساط کالای سرمایه ای خاصی را تمام کرده قرار دادهای دیگری را منعقد کنند؛ در حالی که شرکت های لیزینگ ایران چنین انعطافی ندارند.

۲-۶-۴- گفتار چهارم - محدودیت کیفیت پرداخت اقساط:

مشتریان لیزینگ اوضاع اقتصادی و سلیقه های گوناگونی دارند. برخی علاقه دارند به تناسب درآمدهای خود پرداخت های ماهانه، برخی فصلانه و برخی چون کشاورزان، پرداخت های سالانه داشته

باشند؛ چنانکه از جهت زمان آغاز، برخی ترجیح می دهند از ماه اول قرار داد بپردازند. برخی از ابتدای سال بعد، و در مواردی چون فعالان اقتصادی می خواهند بعد از آغاز به کار طرح که ممکن است دوسال طول بکشد، اقساط خود را بپردازند.

۲-۶-۵- گفتار پنجم - عدم انعطاف در مقابل تغییر نقدینگی شرکت لیزینگ:

وضعیت نقدینگی شرکت لیزینگ در اثر عواملی چون کاهش و افزایش تقاضا از لیزینگ تغییر می کند و گاهی شرکت علاقه دارد با تغییر در ترکیب مطالبه های خود از مشتریان، سطح نقدینگی خود را به سطح برنامه ریزی برساند، برای مثال در وضعیت کمبود نقدینگی علاقه دارد با تنزیل مطالبات به نقدینگی لازم دست یابد و در وضعیت مازاد نقدینگی با تمدید و استمهال مطالبات، مازاد نقدینگی را به کار گیرد.

نوع قرار دادهای شرکت با مشتریان و شیوه محاسباتی شرکت باید به گونه ای انتخاب و طراحی شوند که در عین رعایت جوانب فقهی و شرعی معاملات، انعطاف لازم برای پوشش دادن انواع تقاضاهای مشتریان و حالات گوناگون اقتصادی شرکت و مشتریان را داشته باشد. وضعیت فعلی شرکت های لیزینگ ایران که از شکل ساده قرارداد اجاره به شرط تملیک و شیوه ساده محاسباتی بانکی استفاده می کنند، توان پاسخگویی به این تنوع تقاضاها و این تحولات را ندارد و مانع مهمی در توسعه صنعت لیزینگ است. به نظر می رسد با انجام تغییراتی در نوع قرار داد و شیوه محاسباتی این مانع را برطرف کرد.

با روشن شدن ابعاد معاملات و قرار دادهای شرکتهای لیزینگ می توان میزان انطباق آنها با

عقود اسلامی را بررسی کرد. برای این منظور به صورت ترتیب منطقی قرار دادهای شرکتهای لیزینگ

را در چهار مبحث طبقه بندی می کنیم و به بررسی آنها می پردازیم.

فصل سوم

میزان انطباق لیزینگ

با عقود اسلامی

با روشن شدن ابعاد معاملات و قرار دادهای شرکتهای لیزینگ می توان میزان انطباق آنها با عقود اسلامی را بررسی کرد. برای این منظور به صورت ترتیب منطقی قرار دادهای شرکتهای لیزینگ را در چهار مبحث طبقه بندی می کنیم و به بررسی آنها می پردازیم.

۱-۳ - مبحث اول- قرار دادهای مربوط به تامین سرمایه یا تهیه کالا

شرکتهای لیزینگ برای تجهیز منابع از روشهای شش گانه استفاده می کنند که به ترتیب احکام فقهی آنها را بررسی می کنیم.

۱-۱-۳- گفتار اول - سرمایه سهامداران:

سهامداران شرکت لیزینگ می توانند از طریق قرار داد شرکت که از نظر فقه اسلامی قرار دادی مجاز و مشروع است، به صورت سهامی خاص و محدود و یا به صورت سهامی عام و انتشار اوراق سهام به تامین سرمایه اولیه اقدام کنند. فقهای اسلام قرار داد شرکت به هر دو صورت خاص و عام را جایز می دانند. (توضیح المسائل، ۱۳۷۸، ج ۲ ص ۷۱۲)

۳-۱-۲- گفتار دوم - تسهیلات بانکی:

شرکتهای لیزینگ بخشی از منابع مالی خود را از طریق تسهیلات بانکی تامین می کنند. این قرار داد در بانکداری بدون ربا از طریق عقود مشارکت مدنی، مضاربه و فروش اقساطی قابل تامین است، به این صورت که بانک با تامین بخش معینی از سرمایه مالی شرکت لیزینگ (برای مثال پنجاه درصد) به صورت مشاع در فعالیت های اقتصادی شرکت مشارکت کند و در پایان سال مالی به تناسب سرمایه در سود شرکت سهیم شود. یا بانک از طریق قرار داد مضاربه سرمایه مالی برای فعالیت تجاری (لیزینگ) در اختیار شرکت بگذارد و یا با قرار داد فروش اقساطی، کالاهای مورد نیاز شرکت لیزینگ را به صورت نقد بخرد و به صورت نسبه اقساطی به شرکت لیزینگ بفروشد.

(موسویان، ۱۳۸۳؛ ۱۴۴)

۳-۱-۳- گفتار سوم - انتشار گواهی سپرده:

گذشت که در برخی کشورها شرکتهای لیزینگ مجوز قانونی انتشار گواهی سپرده دارند و به طور مستقیم از مردم سپرده می گیرند، لکن این سپرده ها همانند سپرده های بانکی متعارف به طور معمول بر اساس قرار داد قرض با بهره است که از نظر اسلام ربا و حرام است. (همان، ص ۵۳)

در کشورهای اسلامی شرکتهای لیزینگ می توانند بر اساس الگوهای بانکداری بدون ربا جذب سپرده کنند. برای مثال شرکتهای لیزینگ در ایران می توانند همانند بانکها براساس قرار داد وکالت عام اقدام به انتشار گواهی سپرده سرمایه گذاری مدت دار کنند. در واقع سپرده گذاران به شرکت لیزینگ وکالت می دهند منابع آنان را به صورت مشاع همراه سایر سپرده ها و سایر منابع

شرکت در فعالیت های سود آور به کار گیرد و در پایان سال مالی پس از کسر بخشی از سود به عنوان حق الوکاله، باقی مانده را بین سپرده گذاران تقسیم کند. (همان، ص ۱۴۲)

۳-۱-۴- گفتار چهارم - همکاری با تولید کنندگان:

شرکتهای لیزینگ می توانند با تولید کنندگان قرار داد منعقد کنند تا آنان بخشی از محصولات خود را از طریق شرکتهای لیزینگ واگذار کنند و این به دو صورت قابل اجراست. نخست از طریق وکالت و حق العمل کاری، به این معنا که شرکت لیزینگ به صورت نمایندگی فروش کارخانه، عملیات لیزینگ را برای تولید کننده انجام می دهد و در واقع واسطه تجاری بین کارخانه (موجر) و مشتری (مستاجر) می شود و بعد از انجام معامله در سررسید های مقرر اجاره بها را جمع آوری کرده و به حساب کارخانه واریز می کند و در پایان قرار داد نیز به وکالت از طرف کارخانه (موجر)، عین مستاجر را به ملکیت مشتری در می آورد و در قبال این خدمات درصدی از سود لیزینگ را بر می دارد. روش دوم اینکه تولید کننده بخشی از کالاهای تولیدی خود را به صورت نسیه مدت دار به شرکت لیزینگ می فروشد و شرکت لیزینگ با افزودن درصدی، آن کالا را به صورت اجاره به شرط تملیک در اختیار مشتری قرار می دهد. روشن است که هر دوروش از نظر فقه اسلامی صحیح و جایز می باشد. (همان، ص ۱۴۲)

۳-۱-۵ - گفتار پنجم - قرار داد سه جانبه:

از نظر فقهی و حقوقی در قراردادهای سه جانبه در واقع شرکت لیزینگ واسطه انعقاد قرار داد اصلی بین بانک و مشتری نهایی است، به این بیان که شرکت لیزینگ با انجام تمهیدات لازم مانند شناسایی مشتری، اعتبار سنجی، تکمیل اسناد و مدارک، زمینه را برای قرار داد اصلی فراهم می کند،

بانک کالای مورد نظر مشتری چون کشتی، هواپیما و... را می خرد و سپس از طریق شرکت لیزینگ به قرار داد اجاره به شرط تملیک به مشتری واگذاری می کند. همه این معاملات در صورت رعایت ضوابط شرعی، مجاز و مشروع اند و شرکت لیزینگ می تواند در مقابل ارائه خدمات لیزینگ درصدی از سود را بر دارد.

۳-۱-۶- گفتار ششم - قراردادهای برون مرزی:

از نظر فقهی و حقوقی روش کار در شیوه قرار دادهای برون مرزی شبیه همکاری با تولید کنندگان داخلی است. تنها تفاوت در ملیت تولید کننده و محل جغرافیایی کارخانه است. بنابراین اگر ضوابط شرعی و مقررات کشوری رعایت شود، شرکتهای لیزینگ می توانند به دو شیوه ای که در همکاری با تولید کنندگان داخلی گذشت قرار دادهای برون مرزی نیز داشته باشند.

۳-۲- مبحث دوم - قراردادهای واگذاری

قبلا بیان شد که شرکتهای لیزینگ به سه روش کالاهای مصرفی و سرمایه ای بادوام خانوارها و فعالان اقتصادی را واگذار می کنند. گر چه در برخی از این قرار دادها ابهامات و اشکالاتی وجود دارد، لکن می توان بر اساس معاملات مجاز اسلامی آنها را باز نویسی کرد و سامان داد. حال به بررسی هر یک از این سه روش می پردازیم.

۱-۲-۳ - گفتار اول - لیزینگ عملیاتی :

همان طور که اشاره شد، در این روش شرکت لیزینگ کالای بادوامی را بر اساس قرار داد اجاره برای مدتی مشخص صرفاً برای بهره برداری و انتفاع، در مقابل اجاره بهای معین به متقاضی اجاره می دهد و در پایان قرار داد عین کالا را تحویل می گیرد. این روش که بر اساس اجاره ساده مبتنی است، از نظر فقهی و حقوقی مجاز است و اگر ضوابط قرار داد اجاره رعایت شود هیچ مشکلی ندارد و قرار داد اجاره از قرار دادهای مشروع فقه اسلامی است. (موسوی خمینی، ج ۱: ۵۲۴)

۲-۲-۳ - گفتار دوم - لیزینگ مالی:

در لیزینگ مالی یا اعتباری که رایج ترین روش عملیاتی شرکتهای لیزینگ است ترتیبی اتخاذ می شود که در پایان قرار داد عین مستاجره (کالا) به ملکیت متقاضی (مستاجر) درآید. در تبیین ماهیت حقوقی این قرار داد از دو جهت اختلاف هست: نخست اینکه لیزینگ مالی چه قراردادی است؟ آیا در قالب یکی از عقود معین جای می گیرد؟ دوم اینکه اگر همانند مشهور حقوقدانان معاصر بپذیریم که لیزینگ مالی قرار داد اجاره به شرط تملیک است، خود اجاره به شرط تملیک از جهت حقوقی چه نوع قراردادی است؟ مباحث زیادی پیرامون این سوالات صورت گرفته و دیدگاه های مختلف و احياناً متناقض ارائه شده است. (وحیدی، شماره ۵۸: ۶۵) و (درویشی، شماره ۱۵: ۴۱) و (تفرشی و وحدتی شبیری ، ۱۳۸۰ : ۱۲۴)

اینک هماهنگ با صاحب نظران فقهی و حقوقی ایران و مطابق با مفاد قانون عملیات بانکداری بدون ربا و آیین نامه های مربوط، راهکاری را به ترتیب زیر ارائه می گردد. شایان ذکر است هم اینک نیز برداشت عمومی از قراردادهای لیزینگ مالی به همین صورت است.

۳-۲-۱ - بخش اول : لیزینگ مالی در قالب قرار داد اجاره به شرط تملیک:

با قطع نظر از اینکه در شرکتهای لیزینگ دنیا، لیزینگ مالی بر اساس چه قرارداد حقوقی انشا می گردد، می توان با توجه به مقبولیت فقهی و حقوقی که در آینده اشاره می گردد، لیزینگ مالی را به عنوان یکی از مصادیق اجاره به شرط تملیک پذیرفت و متن قراردادهای آن را بر این اساس طراحی کرد.

۳-۲-۲ - بخش دوم : ماهیت اجاره به شرط تملیک :

گر چه در تعیین ماهیت فقهی و حقوقی اجاره به شرط تملیک اختلاف نظر هست، لکن به اعتقاد همه صاحب نظران می توان اجاره به شرط تملیک را در قالب قرار داد اجاره چنان تعریف کرد که همه اهداف شرکت لیزینگ و مشتریان آن تامین گردد. چون قرار داد اجاره به اعتقاد همه فقها و حقوقدانان قرار دادی مشروع و لازم است و می توان انواع شرط ها از جمله شرط تملیک عین مستاجر را به صورتی که می آید در قرار داد اجاره شرط کرد. (تفرشی وحدتی شبیری، ۱۳۸۰: ۱۲۴)

۳-۲-۳ - بخش سوم: شرط فعل تملیک:

شرط تملیک به دو صورت شرط فعل و شرط نتیجه می تواند در قرار داد اجاره شرط شود. اگر مقصود شرط فعل باشد، موجر (شرکت لیزینگ) موظف است به مقتضای شرط در پایان قرار داد عین مستاجر را به تملیک مستاجر (مشتری) درآورد و اگر شرط نتیجه باشد با پرداخت آخرین قسط، عین مستاجر خود به خود به ملکیت مستاجر در می آید. بر اساس استفتایی که از مراجع تقلید

صورت گرفته است، شرط تملیک را به صورت شرط فعل جایز و به صورت شرط نتیجه همراه با اشکال می دانند. برای مثال یکی از مراجع در جواب به سوال اجاره به شرط تملیک می فرماید:

اگر مقصود آن است که تملیک به نحو شرط نتیجه باشد به این معنا که بعد از پایان یافتن مدت اجاره خود به خود به ملکیت مشتری و مستاجر درآید، صحت آن مشکل است، لکن اگر مقصود این باشد که ملک را اجاره دهد مشروط به آنکه در پایان مدت اجاره مالک هبه کند یا صلح کند یا به مبلغ بسیار ناچیز به تملک مستاجر درآورد این کار صحیح است... (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۱، ج ۱: ۲۹-۲۷)

سایر مراجع بزرگوار تقلید نیز پاسخی مشابه به این داده اند. (همان، ۲۹)

۳-۲-۲-۴- بخش چهارم : جایگاه قانونی لیزینگ مالی:

اگر قرار داد لیزینگ اعتباری را از نوع اجاره به شرط تملیک با مشخصات مذکور دانستیم، می تواند در قالب ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۵۷ آیین نامه اجرایی قانون مذکور قرار بگیرد.

ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا قرار داد اجاره به شرط تملیک را به صورت مفروض مطرح می کند و می گوید:

بانکها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور خدماتی، کشاورزی، صنعتی و معدنی، اموال منقول و غیر منقول را بنا به درخواست مشتری و تعهد او مبنی بر انجام اجاره به شرط تملیک و استفاده خود، خریداری و به صورت اجاره به شرط تملیک به مشتری واگذار نمایند. (هدایتی، ۱۳۸۱: ۳۳۳)

در ماده ۵۷ آیین نامه اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا که به شرح قرار داد می پردازد آمده است:

اجاره به شرط تملیک، عقد اجاره ای است که در آن شرط شود مستاجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرط مندرج در قرارداد، عین مستاجره را مالک گردد. (همان: ۳۴۸)

۳-۲-۵- بخش پنجم : اشتراط شرایطی غیر از شرط تملیک:

به طور معمول در قرار داد لیزینگ مالی شرط می شود که در پایان قرار داد کالای مورد نظر (عین مستاجره) به صورت رایگان به تملیک مشتری (مستاجر) درآید، لکن در موارد خاص گاهی به صورتهای دیگر شرط می شود و گزینه های دیگری برای پایان قرارداد توافق می شود. برای مثال گاهی شرط می شود مشتری حق اختیار خرید داشته باشد، یعنی در صورت تمایل بر اساس قیمت روز (قیمت مستهلک) یا بر اساس قیمتی که ابتدای قرار داد تعیین می کنند، کالا را از موجر خریداری کند، و اگر تمایل نداشت برگرداند. گاهی شرط می کنند در پایان قرار داد اگر مستاجر تقاضا کند موجر موظف به تمدید یا تجدید قرار داد با همان قیمت یا به قیمت روز باشد. (آلستردی، ۸۳)

روشن است که همه این موارد می توانند به عنوان شرط ضمن عقد در قرار داد اجاره شرط شوند و از آنجا که این شروط مخالف شرع (قرآن و سنت) و مخالف مقتضای عقد اجاره نیست نافذ و صحیح خواهند بود.

۳-۲-۳ - گفتار سوم : لیزینگ فروش و اجاره مجدد:

گذشت که گاهی بنگاههای اقتصادی نیاز به نقدینگی پیدا می کنند و به فروش نقدی کالای سرمایه ای خود به شرکت لیزینگ اقدام می کنند و سپس همان کالا را به صورت اجاره به شرط تملیک از شرکت لیزینگ دریافت می کنند. در این روش شرکت کالای مورد نظر را به قیمت معینی به صورت نقد می خرد، سپس با افزودن مبلغی مشخص (متناسب با نرخ سود لیزینگ و مدت اقساط) کالا را به بنگاه اقتصادی اجاره به شرط تملیک می دهد. در این معامله ممکن است این اشکال فقهی مطرح شود که این معامله شبیه بیع شرط یا بیع الوفاست که از نظر فقهی محل اشکال است. توضیح اینکه در بحث حیل ربا فقهای شیعه و اهل سنت از راهکاری تحت عنوان بیع به شرط یا بیع الخيار یا بیع الوفا بحث می کنند که محل تامل است، به این صورت که گاهی فردی احتیاج به پول نقد دارد و کسی حاضر نیست به او قرض بدون ربا دهد. وی برای فرار از ربا خانه، باغ یا زمین خود را به کسی می فروشد و با او شرط می کند اگر تا یک سال (برای مثال) پول خانه را آورد، حق فسخ معامله و استرداد آن ملک را داشته باشد، به این ترتیب هم صاحب ملک به پول دسترسی پیدا می کند و بعد از یک سال پول را می دهد و ملک خود را پس می گیرد و هم صاحب پول می تواند به مدت یک سال در آن خانه سکونت کند یا آن را اجاره دهد و از اجاره بهای آن استفاده کند.

فقهای اهل سنت از این راهکار به عنوان بیع الوفا بحث کرده اند و مشهور آنان قائل به بطلان چنین معامله ای هستند. (بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱: ۴۲۳- ۴۲۰) اما مشهور فقیهان شیعه که از آن تحت عنوان بیع به شرط یا بیع الخيار بحث می کنند قائل به صحت آن می باشند. فقهای شیعه افزون بر عموماتی چون « یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» (مائده، آیه ۱) و « و

احل الله البيع» (بقره، آیه ۲۷۵) به ادله خاص تمسک کرده اند. روایات متعددی که از جهت سند و دلالت روشن هستند چنین معامله ای را صحیح می دانند. برای نمونه در موثقه اسحاق بن عمار آمده است:

شخصی از امام صادق (ع) پرسید: مرد مسلمانی نیازمند آن می شود که خانه اش را بفروشد، پس نزد برادرش می رود و می گوید: این خانه را به تو می فروشم و دوست دارم که مال تو باشد تا دیگری، به شرط اینکه اگر من تا یک سال، ثمن خانه را بازگردانم، خانه را به من تحویل دهی. امام (ع) فرمود: اشکالی ندارد، اگر تا یک سال قیمت خانه را بازگرداند، خانه را تحویل می گیرد. (حر عاملی، ۱۹۸۳ م، ج ۱۲)

بنابراین در تبیین صحت معامله لیزینگ فروش و اجاره مجدد می توان گفت: اولاً بر فرض که این معامله شبیه بیع به شرط یا بیع الوفا هم بوده باشد مشکلی ندارد، چرا که از دیدگاه فقههای شیعه معامله صحیحی است. ثانیاً لیزینگ فروش و اجاره مجدد با بیع به شرط تفاوت اساسی دارد. در لیزینگ فروش و اجاره مجدد دو معامله کاملاً جدی صورت می گیرد، به این بیان که ابتدا نگاه اقتصادی دارایی خود را به قرار داد بیع نقدی به شرکت لیزینگ می فروشد، سپس به قرار داد اجاره به شرط تملیک که ماهیت متفاوت از بیع دارد و به صورت مدت دار است از شرکت لیزینگ خریداری می کند و چنان که گذشته اجاره به شرط تملیک از نوع قرار داد اجاره مدت دار (به طور معمول میان مدت تا بلند مدت) است و احکام و آثار قرار داد اجاره را دارد. برای مثال اگر به دلایلی مستاجر نتواند مطابق قرار داد اجاره بها را پرداخت کند، موجر می تواند قرار داد را فسخ نماید، دارایی مورد اجاره را تصرف کند و حتی آن را به کسی دیگر بفروشد.

در نتیجه اشکالی که برخی فقهای اهل سنت وارد می کنند که در چنین معاملاتی قصد جدی بر انجام دو معامله نیست و هدف استقراض ربوی و حيله رباست، صحیح نیست. چون در این معاملات اولاً به دلیل آثار و نتایج حقوقی که بر معامله های خرید و اجاره مجدد مترتب می شود، قطعاً طرفین قصد جدی بر انجام هر دو معامله خواهند داشت. ثانیاً اگر هم چنین معامله هایی برای حيله ربا باشد، از سنخ حيله عام است. به این معنا که هر مسلمانی زمانی که متوجه شود برای رسیدن به هدف مشخصی دو راه حلال و حرام وجود دارد، راه حرام را ترک می کند و سراغ راه حلال می رود و این منطق از آموزه های خود قرآن کریم است. آنجا که مسلمانانی را که به دنبال کسب سود هستند راهنمایی می کند و می فرماید: «احل الله البيع و حرم الربا» (بقره، آیه ۲۷۵) یعنی خداوند بیع را حلال و ربا را حرام کرده است؛ یعنی ای کسانی که ایمان آورده اید، برای کسب سود، ربا را ترک کنید و به سراغ بیع بروید.

۳-۲-۴ - گفتار چهارم : لیزینگ به شرط خرید:

گذشت که در این روش مستاجر با پرداخت هر اجاره بها، بخشی از کالای مورد اجاره را خریداری می کند. از دیدگاه فقه اسلامی این نوع لیزینگ در دو قالب فقهی قابل اجراست. نخست اینکه در ضمن قرار داد اجاره شرط خرید تدریجی و منظم بخشهایی از کالا را بگنجانند. دوم اینکه از ابتدا قرار داد فروش تدریجی و اقساطی کالا با مشتری منعقد کنند، به این معنا که شرکت لیزینگ با استفاده از منابع خود و پیش پرداخت مشتری، کالا را خریداری می کند. در نتیجه کالا به صورت مشترک مال شرکت و مشتری می شود، سپس جهت بهره برداری در اختیار مشتری گذاشته شده و با او شرط می کند که به صورت تدریجی هر ماه بخشی معین از کالا را به قیمت معین خریداری کند.

۳-۳ - مبحث - قرار دادهای مربوط به خدمات جانبی

گذشت که برخی شرکتهای لیزینگ افزون بر واگذاری کالای بادوام به صورت اجاره به شرط تملیک، انواع خدمات جانبی نیز ارائه می کنند که به اسم شرکتهای لیزینگ با خدمات کامل معروف هستند. از جهت فقهی برای ارائه این نوع خدمات دو راهکار قابل قبول وجود دارد.

۳-۳-۱ - گفتار اول : ارائه خدمات به صورت قراردادهای مستقل از قرارداد اصلی:

به این صورت که شرکت لیزینگ به آگاهی مشتریان می رساند که این شرکت در مقابل کارمزد و اجرت حاضر است افزون بر قرار داد اصلی، این گروه خدمات را ارائه دهد؛ خدماتی چون آموزش استفاده از کالا، حفظ و نگهداری، تعمیر، بیمه قطعات، مشاوره جهت تعویض و بهینه سازی و

۳-۳-۲ - گفتار دوم : ارائه خدمات به صورت شرط ضمن قرار داد اصلی:

شرکت می تواند افزون بر شرط تملیک، در قرار داد اجاره، انواع شرطهای دیگر را نیز قرار دهد، شروطی چون ارائه آموزش استفاده، حفظ و نگهداری، ضمانت قطعات و مشاوره و... شایان ذکر است این دو روش قابل جمع نیز هستند؛ به این بیان که شرکت می تواند برخی از آنها را به صورت شرط ضمن قرار داد اصلی و برخی را به صورت قراردادهای مستقل ارائه دهد.

۳-۴-مبحث چهارم- قراردادهای مربوط به تمدید یا تعجیل در پرداختها

گذشت که گاهی به جهت تغییر وضعیت در آمد مشتریان شرکتهای لیزینگ (خانوارها و بنگاهها) و گاهی به جهت نقدینگی خود شرکت لیزینگ، طرفین قرار داد، مصلحت خود را در تنظیم مجدد قرار داد می بینند. به نظر می رسد می توان از طرق زیر به این مقصود دست یافت.

۳-۴-۱- گفتار اول : تعجیل در پرداخت و تخفیف در مبلغ اجاره بهای باقی مانده:

گاهی شرکتهای لیزینگ به جهت کمبود نقدینگی، اعلان می کنند که حاضرند در قبال پرداخت زودتر از سر رسید اجاره بها، تخفیف خاصی برای مشتریان بپردازند و مبلغ بدهی آنان را کاهش دهند. کما اینکه گاهی مشتریان به جهت بهبود وضعیت اقتصادی علاقه دارند بدهیهای آینده شان را یکجا تسویه کنند و یا زودتر از سر رسید بپردازند، مشروط بر اینکه شرکت لیزینگ تخفیفی برای آنان لحاظ کند.

موضوع تخفیف در مبلغ بدهی در قبال پرداخت زود هنگام، از صدر اسلام محل توجه اصحاب ائمه (ع) بوده و در روایات متعددی وارد شده است . برای مثال در صحیح محمد بن مسلم آمده است: از امام باقر (ع) در مورد شخصی سوال شد که دین مدت داری بر عهده دارد. طلبکار نزد وی می آید و می گوید: فلان مقدار بدهی ات را نقد بپرداز تا از بقیه اش صرف نظر کنم. یا می گوید مقداری را نقد بپرداز تا در مورد باقی آن مهلت را اضافه کنم. امام (ع) می فرماید: مادامی که به اصل بدهی چیزی اضافه نکند اشکالی ندارد. خداوند می فرماید: برای شماست اصل سرمایه هایتان، نه ستم کنید و نه بر شما ستم شود. (بروجردی ، ۱۴۱۰ ق، ج ۱۸: ۳۳۷)

همین مضمون در روایات متعددی نقل شده است. (حرعاملی، ۱۹۸۳ م، ج ۱۲، باب ۴)

فقیهان شیعه نیز به استناد روایات مذکور با اصل کاهش مبلغ بدهی در مقابل پرداخت زودتر

از سررسید موافق هستند. (موسوی خمینی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ۵۳۵)

۳-۴-۲ - گفتار دوم : افزایش مدت قرار داد در مقابل افزایش اجاره بها:

گاهی یک خانوار یا بنگاه اقتصادی که قرار داد اجاره به شرط تملیک با شرکت لیزینگ دارد و قرار است طبق سررسید های مقرر اجاره بهاپردازد، در اثنای قرار داد دچار مشکل مالی می شود و برای مدتی توان پرداخت ندارد و به اندازه مقرر نمی تواند پردازد و درخواست افزایش تعداد اقساط و کاهش مبلغ هر قسط می کند. در این وضعیت اگر شرکت بخواهد در قبال افزایش اجاره بهای کل تعداد اقساط را نیز افزایش دهد تا اجاره هر قسط کاهش پیدا کند، ربا و حرام خواهد بود. چون فقها به استناد روایات متعدد از جمله صحیح محمد بن مسلم که گذشت، هر نوع افزایش در مبلغ بدهی در مقابل تمدید مدت را مصداق ربا می دانند. (بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،

۱۳۸۱، ص ۹۲ - ۸۹)

برای حل این مشکل می توان از این راهکار استفاده کرد که مشتری به دلیل ناتوانی از پرداخت اقساط اجاره بها، به ترتیبی که در قرار داد اجاره به شرط تملیک آمده است تقاضای فسخ قرار داد کند، سپس متناسب با وضعیت جدید خود تقاضای انعقاد قرار داد اجاره به شرط تملیک دیگری نماید. شرکت نیز با رعایت حقوق مشتری و اجاره بهای پرداخت شده و باقی مانده و رعایت وضعیت جدید مشتری به تقاضای مشتری پاسخ مثبت دهد. از آنجا که در قرار داد اجاره (تا زمانی که عین مستاجر به باقی است) می توان با توافق موجر و مستاجر قرار داد اجاره را فسخ و قرار داد دیگری

با اجاره بها و سر رسید دیگری منعقد کرد، در قرار دادهای شرکتهای لیزینگ نیز می تواند از این

راهکار استفاده نمود.

فصل چهارم

اجاره به شرط تملیک

۴-۱ - مبحث اول - مقدمه

امروزه بسیار مشاهده می شود که اشخاص برای رفع نیاز های اجتماعی خود که نیازهای اقتصادی را نیز همراه خواهد داشت اقدام به معامله با یکدیگر می کنند و آنچه بیش از گذشته به چشم می خورد، قراردادهایی است که فیمابین اشخاص منعقد شده، لیکن در قالب عقود معین احصا شده در قانون مدنی نمی گنجد، گر چه تاسیس عقود معین توسط شارع به جهت رفع نیازهای آنها بوده است و در حقیقت این عقود که از آنها به عقود معین یاد می شود، توسط توده اجتماع خلق گردیده اند، لیکن گذر زمان، نیازهای جدیدی را نیز ایجاد می نماید که بدیهی است، اجرای صحیح آنها در گرو قانون گذاری صحیح و وضع قوانینی جامع در مورد این دسته از قرار دادها می باشد.

قراردادهایی در دهه های اخیر در جوامع حقوقی رسوخ پیدا کرده اند و البته حقوق ایران نیز از این قاعده مستثنی نمی باشد، قراردادهایی نظیر مالکیت زمانی یا اجاره به شرط تملیک از جمله این عقود بر شمرده می شوند، که جوامع حقوقی در سال های اخیر شاهد ظهور آنها بوده است. بر این اساس کشورهای نظیر انگلستان با وجود اینکه دارای حقوق عرفی می باشند، برای نظم بخشیدن به این قراردادها اقدام به تصویب قوانین مدون و مخصوص عقد اجاره به شرط تملیک نموده اند. این

اهمیت و توجه به این قرار داد از دو جهت قابل تحلیل می باشد، نخست اینکه این عقود نو ظهور که اخیراً پا به عرصه گذارده اند، رشد رو به افزایشی داشته اند که البته این سیر ادامه نیز خواهد داشت، لذا وجود قوانین مدون و جامع موجب کاهش دعاوی در این نابسامانی می گردد، از سوی دیگر یکی از اطراف این نوع قراردادهای که غالباً به شکل قراردادهای اعتباری نمایان می گردند، مصرف کننده هایی هستند که توانایی اقتصادی خریداری کالاهای مورد نظر خود را نقدی و یکجا نداشته و لذا برای رفع نیاز خود مبادرت به انعقاد این نوع قراردادهای می نمایند و لذا حمایت از مصرف کننده، ایجاب می نماید که قوانینی جامع بر این نوع عقود حاکم گردد که حمایت از حقوق مصرف کنندگان را نیز موجب گردد.

از آنجا که در حقوق ایران تاکنون قوانین جامعی در این خصوص به تصویب نرسیده است، این مقاله از حیث محتوای آن به بررسی و تحلیل عقد اجاره به شرط تملیک اختصاص یافته است. خلا قانون گذاری در حقوق موضوعه ایران موجب گردیده است. حقوقدانان سعی بر انطباق اجاره به شرط تملیک با یکی از عقود معین مشابه آن داشته باشند، که به تبع آن با وحدت ملاک از قوانین آن عقد معین احکام آن را در اجاره به شرط تملیک نیز جاری سازند.

اجاره به شرط تملیک به جهت شباهت دوگانه ای که به عقود بیع و اجاره دارد، در مباحث حقوقی با عقود مزبور مختلط شده است، و نظریه های متفاوتی در این باب ارائه گردیده است که هر یک در جای خویش قابل تامل می باشد، لیکن آنچه در بررسی ماهیت هر عقدی بیش از هر چیز مورد توجه واقع می شود، توجه به قصد و اراده مشترک طرفین می باشد که اجاره به شرط تملیک نیز از این قاعده مستثنی نخواهد بود، لذا برای رسیدن به هدف غایی لزوم بررسی حقوقی و چگونگی حدوث اجاره به شرط تملیک بیش از هر چیز دیگری احساس می گردد.

از سوی دیگر اگر اجاره به شرط تملیک را عقدی مختلط از بیع و اجاره بدانیم، بررسی تاریخی عقود مختلط در فقه امامیه خالی از وجه نخواهد بود، مضافاً به اینکه برای رسیدن به ماهیت اصلی و حقیقی اجاره به شرط تملیک توجه به تعاریف موجود در حقوق ایران و خصوصاً حقوق تطبیقی که از این حیث بسیار غنی می باشد از اهمیت وافری برخوردار می باشد.

۴-۲- مبحث دوم : تعریف و سابقه تاریخی اجاره به شرط تملیک در حقوق

ایران و حقوق تطبیقی:

تنها تعریفی که از اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران موجود می باشد، برای اولین بار در ماده یک آیین نامه موقت اجرایی اجاره به شرط تملیک مصوب ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار عنوان گردید، بر اساس آن اجاره به شرط تملیک عقد اجاره ای است که در آن شرط شده است، مستاجر در پایان مدت اجاره، عین مستاجره را در صورت عمل به شرایط قرار داد مالک گردد، اصطلاح عقد اجاره به شرط تملیک در تبصره ۳ و مواد ۱۰ و ۱۲ و بند ۶ ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مجدداً به کار گرفته شده است لیکن در قانون مزبور هیچگونه تعریف صریحی از این عقد نو ظهور عنوان نگردیده است و تنها تعریف همان است که گفته شد، بر اساس تعریف مزبور شرطی در قرار داد اجاره درج می گردد که مستاجر (مشروط له) با پرداخت اقساط اجاره، حق تملک کالا را خواهد داشت. تملیک کالا بر حسب اینکه شرط مندرج در قرار داد از نوع نتیجه یا شرط فعل باشد متفاوت خواهد بود. ظاهر تعریف حکایت از این امر دارد که شرط از نوع نتیجه می باشد زیرا مستاجر در صورت عمل به شرایط مندرج در قرار داد عین مستاجره را مالک می شود و این انتقال

مالکیت خود به خود به نفس اشتراط حاصل می گردد. با وجود این برخی از حقوقدانان معتقدند شرط تملیک، شرط فعل است و نه شرط نتیجه، بدین معنا که در پایان مدت اجاره بانک یا موجر مالکیت مورد اجاره را به مشتری منتقل خواهد کرد، بنابراین در عقد اجاره به شرط تملیک، رابطه بین مشتری و بانک رابطه استیجاری خواهد بود.

پس براین مبنا اگر شرط مندرج در قرار داد را تنها شرط فعل قلمداد کنیم، بدیهی است که ایفای کلیه تعهدات از جانب مستاجر تنها برای او حق تملکی ایجاد می کند که این حق تملک نیز تعهد به انتقال عین مستاجره را برای بانک به دنبال خواهد داشت، لذا قراردادی که فیما بین طرفین واقع می شود تنها عقد اجاره ای است که با ایجاب بیع همراه است و لذا انعقاد عقد بیع، که به تبع حق تملک ایجاد شده برای مستاجر متصور است، منوط به انشای اراده مستاجر و اعلام قبولی مبنی بر بیع است که در این صورت نیز انتقال مالکیت واقع می گردد، چنانچه در تایید این نظر نیز عنوان شده است، آنچه واقع می شود اجاره است که با وعده یک طرفی بیع همراه شده و در شمار اجاره های اعتباری است، در واقع نیاز بیع به انتخاب مستاجر و وقوع عمل حقوقی دیگر، وجود آن را از اجاره متمایز می کند لذا در صورتی که شرط تملیک در ضمن عقد منجر به حصول مالکیت عین مستاجره برای مستاجر شود، عقد دوم تابع بیع خواهد بود.

امروزه به اشتباه عقد اجاره به شرط تملیک را دارای این ویژگی می دانند که خود به خود یا به انتخاب مستاجر به تملیک عین منتهی می شود، لیکن باید در فرضی که مالکیت خود به خود منتقل می گردد با فرضی که اختیار تملک برای مستاجر ایجاد می شود قائل به تفاوت شویم. این نوع قراردادها، اینگونه هستند که در نوع اول کالای مورد نظر یا ملک در اختیار مصرف کننده قرار می گیرد و ثمن آن را در اقساط معینی و در طی مدت خاص پرداخت می نماید، لیکن شرط می گردد

همزمان با پرداخت آخرین قسط مالکیت خود به خود به طرف مقابل منتقل می گردد، در این نوع قرار داد بدیهی است که قصد مشترک طرفین از ابتدا چیزی جز انتقال مالکیت نبوده است و آنچه محرک اصلی متعاقدين بوده است انتقال مالکیت مال مورد مصرف بوده است، لیکن انتقال مالکیت را به زمان موخری که پرداخت آخرین قسط توافق شده است به تاخیر انداخته اند، لذا نباید آن را اجاره به شرط تملیک دانست، بلکه در حقیقت بیعی است که انتقال مالکیت تا پرداخت آخرین قسط به تاخیر افتاده است که از آن به بیع اقساطی یاد می شود و نه بیع موجل، زیرا در بیع موجل مالکیت در زمان وقوع عقد منتقل می گردد ولی پرداخت ثمن به زمان موخری موکول می گردد، حال آنکه در فرض مزبور وضع گونه دیگری دارد، یعنی انتقال مالکیت تنها با پرداخت آخرین قسط ثمن و انجام تعهدات طرف مقابل خود به خود صورت می گیرد والا فلا.

آنچه مسلم است عقد اجاره به شرط تملیک، به جهت نوظهور بودن آن در متون فقهی بیان نشده و جایگاهی در فقه اسلامی نداشته است، لیکن از آنجا که عقود مختلط و مشروط در فقه مورد بررسی واقع گردیده و در برخی متون فقهی احکام راجع به آن عنوان گردیده است، می توان با امعان نظر به این احکام، مشروعیت و صحت آن را در اجاره به شرط تملیک نیز تسری داد.

از دیدگاه فقها اجاره به شرط تملیک عقدی است مختلط از بیع و اجاره، بدین نحو که اراده ظاهری متعاقدين حکایت از انعقاد عقد اجاره دارد، لیکن در ضمن شرطی اندراج یافته است که بر اساس آن مستاجر در صورت انجام تعهدات خویش حق تملک عین مستاجره را خواهد داشت و اجرای این حق تملک در حقیقت اعلام قبولی است که با ایجاب بیع اتصال یافته و پس از اتمام اقساط مال الاجاره و انشای اراده مستاجر عقد بیع منعقد و مالکیت مال به مستاجر انتقال می یابد.

بر همین اساس نیز حقوقدانان در تبیین ماهیت حقوقی عقد اجاره به شرط تملیک عنوان می کنند که قرار داد مزبور این ویژگی را دارد که خود به خود یا به انتخاب مستاجر به تملیک عین منتهی می شود، به بیان دیگر عقدی که واقع می شود هم سبب تملیک منافع است و هم تملیک عین با این تفاوت که سبب نخست منجز و مستقیم و مقدم است و سبب دوم معلق و با واسطه و موخر و به همین جهت نیز اختلاف شده است، آنچه رخ داده است بیع است یا اجاره.

بر اساس آنچه گفته شد، مشخص می گردد که ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک در حقوق موضوعه ایران ناشناخته باقی مانده است و بررسی و تحلیل ماهیت حقوقی این قرار داد نیاز به بررسی تطبیقی در حقوق کشورهای دارد که از این نظر سابقه و قدمت دیرینه ای دارند لذا حذف به بررسی ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک خواهیم پرداخت.

۴-۳ - مبحث سوم : ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک :

تردیدی نیست آنچه در ماهیت حقوقی هر عقدی مورد توجه واقع می شود، قصد مشترک طرفین و احراز اراده باطنی اشخاص می باشد، گر چه در بسیاری از موارد اراده ظاهری اشخاص که از عرف یا قانون تکمیلی مقتبس می شود، ملاک عمل واقع می شود لیکن در فرضی که مقررات خاص و عرف مسلمی وجود نداشته باشد، آنچه بیش از هر چیز اهمیت دارد توجه به اراده های واقعی طرفین می باشد.

تشابه و اختلاط اجاره به شرط تملیک با عقود بیع و اجاره ذهن حقوقدان را به سمتی رهنمون می سازد که این قراردادهای را در قالب یکی از عقود مزبور قرار دهند و بر این مبنا نظریاتی

در این باب ارائه گردیده است. بدین نحو که اجاره به شرط تملیک عقد اجاره ای است مشروط که در ضمن آن شرط تملیک درج گردیده است. و یا عقدی است مختلط از اجاره که با وعده یک طرفی بیع همراه شده است و ... لذا برای بررسی هر چه دقیقتر لازم است مباحث مطرح شده را مورد بررسی واقع ساخته تا شاید طریقی اتخاذ گردد که ماهیت اصلی این عقد نوظهور را تبیین نماید.

۴-۳-۱ - گفتار اول - اجاره به شرط تملیک عقد اجاره ای است که در آن شرط تملیک

درج گردیده است:

بر این اساس آنچه در اراده های مشترک طرفین واقع شده است، تملیک منافع می باشد، زیرا طرفین بر اساس این تئوری عقد اجاره را قصد کرده اند و لذا از آنجا که اثر مستقیم وبلا واسطه عقد اجاره تملیک منافع می باشد، شرط انتقال مالکیت همانند هر شرط دیگری که ضمن عقد واقع می شود جنبه تبعی و فرعی خواهد داشت و رابطه آن با عقد رابطه فرع و اصل خواهد بود.

لذا بر این مبنا اجاره به شرط تملیک نیز مانند هر عقد اجاره دیگر محسوب گردیده و مشمول احکام خاص اجاره در قانون مدنی و قوانین راجع به روابط موجر و مستاجر تلقی می گردد.

به استناد ماده یک آیین نامه اجرایی اجاره به شرط تملیک مورخ ۱۳۶۱/۸/۲۶، عقد اجاره به شرط تملیک عقد اجاره ای است که ضمن آن شرط گردیده است که مستاجر در پایان مدت اجاره عین مستاجره را در صورت عمل به شرایط مندرج در قرار داد مالک گردد و بانکها نیز موظفند که در قرارداد شرط نمایند که در پایان مدت اجاره و پس از پرداخت آخرین قسط مال الاجاره و یا تسویه کامل مال الاجاره، در صورتی که کلیه تعهدات مستاجر طبق قرار داد، کاملاً انجام شده باشد، عین مستاجره به مالکیت مستاجر درآید.

لذا بر اساس این تعریف، اجاره به شرط تملیک عقدی است تملیکی که با انعقاد آن مالکیت منافع به مستاجر انتقال می یابد و تنها وجه افتراق آن با عقد اجاره، شرط تملیکی است که در آن به نفع مستاجر درج گردیده است و عقد مزبور مانند سایر عقود که در قانون عملیات بانکی بدون ربا عنوان شده است (نظیر عقد مضاربه، رهن، جعاله، و...) یکی از عقود معین مندرج در قانون مدنی می باشد و از جمله عقود معوض بوده و در قبال دریافت مال الاجاره، منافع به مستاجر تملیک می گردد، با وجود این عنوان شده است که اجاره به شرط تملیک، اجاره مطلق نیست، بلکه مقید به شرط تملیک است که بر اساس آن هر گاه مستاجر به تعهدات خود عمل نماید، بانک متعهد به انتقال مالکیت عین به مستاجر خواهد بود.

آنچه در پذیرش این نظریه بیش از هر مطلب دیگری نمایان می گردد، لزوم تعیین مدت در عقد اجاره به شرط تملیک است، بدیهی است زیرا همانند هر عقد اجاره ای عدم تعیین مدت موجب بطلان آن می گردد. « در عقد اجاره به شرط تملیک مدت اجاره نباید از طول عمر مفید اموال موضوع اجاره متجاوز باشد و از آنجا که جداول طول عمر مفید اموال به بانکها ابلاغ می شود، در مورد هر یک از اموال می بایست به جداول مزبور مراجعه نموده و مدت اجاره را معین نمود. با این اوصاف به نظر می رسد قرارداد اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران به عنوان قرار داد اجاره مشروط تلقی می شود و موید این امر نیز تعریفی است که ماده یک دستورالعمل اجرایی اجاره به شرط تملیک از آن به عمل آورده است».

اگر چه قرار داد اجاره به شرط تملیک در قوانین موضوعه به عنوان عقد اجاره تعریف گردیده است، لیکن همانطور که قبلاً نیز عنوان گردید آنچه در ماهیت اصلی عقود قرار دادهای ملاک عمل واقع می شود توجه به قصد مشترک طرفین قرار داد می باشد و از آنجا که عقد اجاره به شرط

تملیک در سیستم بانکی و در قالب اعطای تسهیلات و قرار دادهای اعتباری مورد استفاده قرار می گیرد، دارای خصایصی است که آن را از عقد اجاره متمایز می سازد، که بررسی وجوه افتراق بین این دو قرار داد، در تبیین ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک موثر می باشد.

آنچه مسلم است در اجاره به شرط تملیک قصد مشترک طرفین صرفاً تملیک منفعت نیست، بلکه تراضی بر انتقال عین مستاجر بوده، لیکن با توجه به ویژگی اعتباری عقد اجاره به شرط تملیک از آنجا که جهت پرداخت ثمن تسهیلات اعتباری در اختیار طرف قرار داد قرار می گیرد و انتقال موضوع معامله معلق به اجرای تعهدات مستاجر، یعنی پرداخت اصل و سود تسهیلاتی است که به وی اعطا شده است. باید توجه داشت که اجاره به شرط تملیک، قراردادی است که در آن احتساب اجاره بها به عنوان اقساط ثمن پس از انقضا مدت اجاره موجب تمیز آن از عقد اجاره می شود، به نحوی که این نظریه تقویت می شود که اصولاً اجاره به شرط تملیک عقد اجاره نمی باشد.

نکته دیگری که در وجوه افتراق اجاره به شرط تملیک و عقد اجاره قابل توجه می باشد، جواز بیع عین مستاجر قبل از اتمام مدت اجاره می باشد، بر اساس ماده ۴۹۸ قانون مدنی اگر عین مستاجر به دیگری انتقال یابد، اجاره به حال خود باقی است، لیکن عدم آگاهی منتقل الیه موجب ایجاد خیار فسخ برای او می شود.

باقی ماندن اجاره در صورت انتقال مورد اجاره به دیگری بدین معنی است که پس از اجاره آنچه برای مالک باقی می ماند و مورد انتقال قرار می گیرد، « عین مسلوبه المنفعه » است زیرا منافع همه مدت در اثر اجاره به مستاجر تملیک می شود و موجر در این زمینه چیزی ندارد، که به دیگران انتقال دهد، در نتیجه اجاره سابق با انتقال موجر تعارضی ندارد که احتمال انحلال اجاره را مطرح سازد و این در حالی است که هدف نهایی طرفین از انعقاد عقد اجاره به شرط تملیک انتقال مالکیت

عین مستاجر پس از اتمام مدت و انجام تعهدات مستاجر می باشد، لذا بر این اساس بیع عین مستاجر توسط موجر بر خلاف قرار داد اجاره به شرط تملیک خواهد بود زیرا در صورت انتقال آن به ثالث انجام مفاد قرار داد غیر ممکن خواهد بود و همین عدم جواز انتقال عین توسط موجر، موجب می گردد تا نظریه مزبور مبتنی بر اجاره بودن این عقد منتفی تلقی گردد.

۴-۳-۲ - گفتار دوم- اجاره به شرط تملیک به عنوان عقد بیع

بر اساس این نظریه از آنجا که هدف نهایی و محرک اصلی طرفین در انعقاد عقد اجاره به شرط تملیک چیزی جز انتقال عین نبوده است، لذا عقود مزبور در حقیقت بیعی است که ممکن است یکی از صور زیر را داشته باشد.

۴-۳-۱ - بخش اول- اجاره به شرط تملیک به عنوان بیع معلق:

بر اساس این نظریه قرار داد اجاره به شرط تملیک بیعی معلق است که تملیک در آن منوط به پرداختن آخرین قسط می باشد، لذا در خلال مدت اجاره از آنجا که انتقال مالکیت واقع نشده است، مالکیت برای موجر باقی خواهد ماند، زیرا انتقال مالکیت معلق به حصول معلق علیه است که چیزی جز پرداخت اقساط و انجام تعهدات مستاجر نمی باشد.

در این تحلیل گفته شده است که مال الاجاره پرداختی در طول مدت اجاره، مجموع بهای عین مستاجر و نرخ سود متعلقه به ثمن با در نظر داشتن سنوات پرداخت آن به صورت اقساط می باشد و آنچه مورد توافق قرار گرفته، عقد بیع است لیکن عنوان اجاره درحقیقت طریقی است برای اخذ سود ناشی از پرداخت تسهیلات مزور که به عنوان ثمن یا بخشی از ثمن معامله واقع شده است. در مورد این نظریه باید در دو مورد قائل به تفاوت شویم، اگر شرط تعلیقی که در عقد درج گردیده

است شرط نتیجه باشد، یعنی اجاره خود به خود به تملیک عین مستاجر منجر گردد و اقساط اجاره بها در واقع ثمن معامله تلقی گردد، که به اقساط و با احتساب سنوات مزبور پرداخت گردیده است در حقیقت باید پذیرفت که اجاره خود موضوعیتی ندارد، زیرا آنچه موید اراده باطنی افراد است در حقیقت بیعی است که واقع گردیده است لیکن پرداخت ثمن آن به طور اقساط شرط گردیده، پس در زمان انعقاد عقد بیع مانعی برای انتقال مالکیت وجود داشته است که آن مانع قراردادی بوده و انتقال مالکیت را به زمان موخری موکول می نماید، این قرار داد را باید در حقیقت بیع اقساطی دانست و نه بیع موجل زیرا در بیع موجل اگر چه پرداخت ثمن به زمان موخری موکول می گردد لیکن انتقال مالکیت همزمان با وقوع عقد منتقل می شود، حال آنکه در قرار داد مزبور انتقال مالکیت همزمان با پرداخت آخرین قسط ثمن صورت می پذیرد.

اما در فرضی که شرط تعلیقی که در عقد درج گردیده است شرط فعل باشد، بدیهی است که وقوع عقد نیاز به انشای اراده مستاجر یا موجر حسب مورد خواهد داشت. اگر این اختیار در قرار داد به مستاجر داده شده باشد که همزمان با پرداخت آخرین قسط ثمن حق تملک عین را داشته باشد، وقوع بیع موقوف به انشای اراده وی بوده که در حقیقت قبولی است که به ایجاب بیع در زمان انعقاد عقد اتصال می یابد و عقد بیع واقع خواهد شد و در همین فرض نیز اجاره به شرط تملیک را اجاره که با وعده یکطرفی بیع همراه است تفسیر می کنند.

در این فرض همزمان با انشای عقد اجاره موجر ایجاب بیع را نیز انشا می کند و بدیهی است حیات این ایجاب مستلزم عدم انتقال عین تا پایان مدت اجاره خواهد بود، در واقع قرار داد اجاره مقدمه بیع واقع می شود و لیکن مستاجر حق دارد که قبولی خود را ضمیمه ایجاب مزبور نماید.

با ملحوظ داشتن حاکمیت اراده، مدت زمان اعتبار چنین ایجابی تا پایان مدت اجاره می باشد، که با انقضای مدت اجاره در صورت قبولی مستاجر، عین مستاجره به تملیک مستاجر در می آید و در صورت رد ایجاب، بدیهی است عمر آن خود به خود پایان می پذیرد ولیکن در نظریه اجاره توام با وعده دو طرفی بیع، تعهد دو جانبه برای موجر و مستاجر ایجاد می گردد، در واقع علاوه بر موجر، مستاجر نیز ملتزم به بیع مورد اجاره می شود و این التزام به عنوان یک تعهد دو جانبه می باشد، در وعده بیع ایجاد بالفعل بیع مورد توافق نیست، بلکه ایجاد تعهد مشترک بر تشکیل بیع در زمانی موخر مورد تراضی ایشان است لذا تعهد بر بیع را نباید یک بیع معلق دانست زیرا در وعده بیع اساساً انشای بیع صورت نمی پذیرد تا ماهیت مورد اراده منجز یا معلق به امری باشد بلکه هدف طرفین ایجاد تعهد بر انشای آن در آینده است که بدین شکل ظهور می یابد. باید توجه داشت که وعده یک طرفی بیع، با ایجاب همراه با التزام آن امری متفاوت می باشد، اگر چه نتیجه هر دو یکسان است و در نهایت منجر به انعقاد بیع می شود لیکن وعده بستن قرار داد هر چند از ناحیه یکی از طرفین باشد، خود نوعی قرار داد است و آثار آن التزام به وعده پس از قبول مخاطب می شود و در اجاره به شرط تملیک هر چند که بیع با رضای مستاجر واقع می شود و زمینه آن را وعده موجر ایجاد کرده است، لیکن مبنای وضع قرار داد اجاره و شرطی است که مورد تراضی قرار گرفته و کامل است ولی ایجاب یک عمل حقوقی کامل نیست و تنها یکی از ارکان آن است. از سوی دیگر ایجاب در اثر فوت یا حجر گوینده آن یا طرف دیگر قرار داد و یا با سپری شدن موعد عرفی آن از بین می رود ولی وعده قرار داد بر پایه عقدی استوار است که به طور کامل واقع شده است و از اینگونه مسایل مصون است و به همین جهت فوت و حجر دو طرف آن را ساقط نمی کند و وارثان متوفی نیز به قائم مقامی او از این حق بهره مند می گردند.

۴-۳-۲- بخش دوم- اجاره به شرط تملیک به عنوان بیع توام با شرط فاسخ:

بر اساس این نظریه اگر چه طرفین به لحاظ ایجاد طریقی برای دریافت تسهیلات ارائه شده و سود ناشی از آن و ایجاد وثیقه برای اعتبار دهنده عقد را به صورت اجاره منعقد می کنند ، ولی قصد واقعی آنها عقد بیع و بهره مندی از آثار آن که اجلی مصداق آن هم انتقال مالکیت است، می باشد.

بر این اساس اجاره به شرط تملیک بیعی است همراه با شرط فاسخ معلق، بدین طریق که مالکیت از زمان عقد به مستاجر منتقل می شود (مستاجر ظاهری) لیکن شرط فاسخ درج شده در آن موجب می گردد تا در اثر تخلف مستاجر از هر یک از موارد قرار داد، عقد خود به خود و از ابتدا منحل گردد. اگر اینگونه تحلیل قابل پذیرش باشد باید پذیرفت که اجاره عقدی صوری بوده و لذا در برابر طلبکاران مستاجر قابل استناد نمی باشد و آنان می توانند در صورت ورشکستگی مستاجر آن را در شمار اموال او به حساب آورند.

بر اساس این نظریه اینگونه تحلیل می شود که « عقد از زمان انعقاد آن واجد آثار قانونی بوده است و به تبع آن مالکیت نیز انتقال یافته است اما انتقال ضمان تنها با تحقق آن واقعه صورت می گیرد و تا زمانی که آن واقعه محقق نیابد عقد هیچ گونه اثری نخواهد داشت، لیکن اگر شرط تحقق یابد، قرار داد و در نتیجه انتقال مالکیت کان لم یکن تلقی می شود و مثل این است که مشتری هیچگاه مالک نبوده است، شرط ثابتی که از سوی بایع برای حفظ مالکیت در قرار داد بیع درج می شود به صورت زیرهم باشد، فروشنده مالکیت کالا را تا پرداخت کامل ثمن برای خود محفوظ می دارد. این بیع همراه با شرط فاسخ عدم پرداخت ثمن است، که در صورت عدم پرداخت ثمن، مالکیتی

که از زمان عقد بیع منتقل شده از همان زمان از بین می رود، اما ضمان همچنان زمان تحقق شرط بر عهده مشتری است. تحلیل دیگر این است که بیع با شرط حفظ مالکیت، بیعی با شرط تعلیقی است که انتقال مالکیت را تا پرداخت تمام ثمن به تعویق می اندازد. قرار داد به محض تبادل اراده ها منعقد می شود، اما مشتری بی درنگ مالک نمی شود و مشتری ضمان را هم متحمل نمی شود»

بدیهی است پذیرفتن این نظریه مستلزم پذیرش وجود مالکیت برای مستاجر قبل از پرداخت تمامی اقساط است و این امر نمونه این است که کالا یا ملک مزبور در شمار دارایی های وی به حساب آمده، فلذا در موارد خاص مثلاً ورشکستگی او قابل توقیف از ناحیه طلبکاران خواهد بود، در حالی که توجه به قصد و اراده باطنی مشخص می نماید که تمامی این تمهیدات برای جلوگیری از ضررهای وارده به اعتبار دهنده است، و عدم انتقال مالکیت از ناحیه او تا پرداخت کامل اقساط به جهت ایجاد وثیقه ای است که منافع وی را به مخاطره نیاندازد و لذا نتیجه نظری و عملی این نظریه مغایرت و تعارض با خواست مشترک طرفین خواهد بود.

از سوی دیگر مستفاد از ماده ۱۹۱ قانون مدنی محقق می شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند، الفاظ به کار برده شده در عقد مذکور و اراده ظاهری طرفین حکایت از این امر دارد که طرفین عقد اجاره را در نظر داشته اند حال اگر قائل به این نظر باشیم که اجاره صوری بوده و قصد واقعی طرفین انشاء عقد بیع بوده که شرط فاسخ معلق در آن مستتر است در واقع این نظریه متکی بر اراده باطنی طرفین عقد بوده است و در صورتی که اراده باطنی احراز نگردد، در ایجاد رابطه حقوقی بی اثر است. لذا بر اساس آنچه گفته شد این تحلیل که اجاره به شرط تملیک عقد بیعی است که با شرط فاسخ معلق همراه است قابل پذیرش نمی باشد.

بر اساس این نظریه طرفین عقد با یک انشا دو عقد اجاره و بیع را توأم خلق می نمایند و عقد مختلطی ایجاد می نمایند که اثر یکی منجز و مستقیم و اثر دیگری معلق به شرط تملیک می باشد، اینگونه تحلیل می شود که با انشای عقد و انعقاد آن تملیک منافع که منجز است حاصل می گردد و مستاجر مالک منافع می گردد، لیکن مالکیت عین موقوف به حصول معلق علیه که در حقیقت تعهدات مستاجر مندرج در قرار داد می باشد، خواهد بود و در صورت ایفای تعهدات مستاجر تملیک عین بدون نیاز به انشای دیگری تحقق می پذیرد.

بر اساس نظریه مذکور رابطه حقوقی که ایجاد می شود، پس از تحقق شرط تملیک به حقی تبدیل می شود که منظور نهایی طرفین است و قبل از آن در مدت زمان اجاره صرفاً منافع عین منجزاً به تملیک مستاجر درآمده است. در صورتی که شرط تملیک به صورت شرط فعل به فرض اعلام اراده انشایی مستاجر، به منظور تملک وفق شرایط مندرج در قرار داد اجاره به شرط تملیک خود به خود تحقق نمی یابد، بلکه موجر مکلف و ملزم به انتقال عین مستاجره خواهد بود، این نظریه در کلیه قراردادهای اجاره به شرط تملیک صدق نمی کند و در مواردی که شرط در قرار داد جنبه تبعی و فرعی دارد با مصادیقی از قرار دادهای اجاره به شرط تملیک که شرط تملیک در واقع شرط تعلیق می باشد متفاوت می باشد، صرفاً در قراردادهای نوع اخیر است که این نظر می تواند مصداق داشته باشد»

پس در فرضی که اجاره به شرط تملیک را عقدی مختلط از اجاره و بیع معلق در نظر می گیریم، پس از حصول معلق علیه یعنی پرداخت تمام اقساط، مال الاجاره و انجام تعهدات مستاجر، تملیک بدون نیاز به انشای اراده طرفین یا احراز آنها واقع می شود، اگر چه عقد معلق تا حصول معلق علیه واجد آثاری نمی باشد لیکن باید توجه داشت که هر عقدی به صرف وقوع آثاری را در پی

خواهد داشت، اگر چه اثر اصلی و بلاواسطه آن که تملیک عین است، موقوف به حصول معلق علیه می باشد، لیکن صرف انعقاد موجد حقی برای مستاجر خواهد بود، که ایجاد این حق دینی برای وی تعهد به عدم انتقال آن را برای مالک تا تعیین سرنوشت معلق علیه به دنبال خواهد داشت.

لذا با وقوع عقد مشترک مالک عین نمی شود، بلکه عین در ملکیت صاحب آن باقی می ماند و مالک حق دارد هر تصرفی که با حق ایجاد شده برای مشتری منافات ندارد انجام دهد.

تفاوت این نظریه با فرضی که اجاره به شرط تملیک را عقد اجاره ای می داند که شرط تملیک در آن درج گردیده است در این است که در فرض مزبور برای حصول شرط و انجام شرط نیاز به انشای اراده از جانب موجر یا مستاجر حسب مورد می باشد حال آنکه در نظریه اخیر دو عقد با یک انشا ایجاد می شوند، لیکن اثر اولی که تملیک منفعت است منجرأً خلق می گردد و اثر عقد معلق که تملیک عین است موقوف به حصول معلق علیه خواهد بود و در فرض حصول معلق علیه بدون نیاز به انشای اراده از جانب هر یک از طرفین عقد محقق خواهد شد.

« عقدی که منشا آن معلق است، از حیث تعلیق، مانعی در تشکیل و اعتبار عقد پس از حصول معلق علیه وجود ندارد، لذا تردید در تعلیق بین مفهوم تعلیق و مفهوم شرط، در معنای اخص آن تفاوت اساسی دارند. تعلیق موکول و وابسته کردن عقد بر امر دیگری است، به طوری که پیش از تحقق امر معلق علیه، عقدی به وجود نمی آید، رد صورتی که شرط امر فرعی متعلق به عقد است که تشکیل عقد متوقف بر آن امر فرعی نیست بلکه عقد در زمان انشا محقق می گردد و شرط یا آثار خود را به وجود می آورد»

۴- ۴-مبحث چهارم : اجاره به شرط تملیک به عنوان عقدی مستقل و معین:

همانطور که پیشتر نیز عنوان گردید ضابطه اصلی در تبیین ماهیت حقوقی هر عمل حقوقی، بررسی اراده های مشترک متعاقدين می باشد اگر چه همواره در مورد اجاره به شرط تملیک به شکل سستی نگریسته شده است و سعی بر انطباق آن با عقود معین مشابه می باشد، لیکن باید توجه داشت که عقد مزبور اگر چه از جهاتی به عقود سابق الذکر شباهت دارد، لیکن دارای ویژگی های مختص خود بوده که امروزه به عنوان یکی از عقود رایج و متداول جامعه با آن مواجه هستیم . همواره این سؤال متصور است که چه اصراری برانطباق این عقد با سایر عقود و یا شمول ماده ۱۰ قانون مدنی بر آن است؟ آیا نمی توان اجاره به شرط تملیک را عقدی مستقل دانست که رواج آن در اجتماع، تصویب قوانین جدیدی را در این باب لازم می نماید؟ آیا نباید آن را عقد معین جدیدی دانست که به تازگی در جوامع حقوقی ظهور پیدا کرده است؟

بر اساس تعریف، عقد معین، عقدی است که در قانون نام خاص دارد و قانونگذار شرایط ویژه و آثار آنها را معین نموده است، اگر چه اجاره به شرط تملیک در قانون مدنی ایران به کار برده نشده است، لیکن با اندکی تأمل در سایر قوانین و مقررات و شرایط خاص، مندرج در قانون در خصوص نحوه واگذاری و الزامی بودن رعایت دستور العمل ها، این نظر تقویت می شود که این عقد تاسیس جدیدی است و از سایر عقود مشابه نظیر بیع یا اجاره مستقل می باشد و بر خلاف آنچه در گذشته عنوان گردید شرط مندرج در آن جنبه تبعی و فرعی ندارد، بلکه اساساً نیتی است که طرفین از همان روز انعقاد به آن می اندیشیده اند و برای خلق آثار آن مبادرت به انعقاد عقد با شرایط و اوصاف مزبور کرده اند.

بر اساس مواد ۶۰ و ۵۹ آیین نامه تسهیلات اعطایی بانکی مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۴، بانکها می توانند منحصراً بنا به درخواست کتبی و تعهد متقاضی، مبنی بر انجام اجاره به شرط تملیک و استفاده خود، اموال منقول و غیر منقول را بر اساس تسهیلات موضوع ماده ۶۱ خریداری و به صورت اجاره به شرط تملیک در اختیار متقاضی قرار دهند و همچنین بانکها می توانند واحدهای مسکونی احداث شده موضوع ماده ۱۲ را به صورت اجاره به شرط تملیک واگذار نمایند. بدیهی است آنچه مقصود مقنن از اجاره به شرط تملیک بوده است، عقد اجاره مشروط یا توام با بیع معلق نمی باشد، نهادی مستقل از بیع و اجاره است که شرایط و خصایص ویژه خود را دارا است. مال الاجاره که در آن مطرح می گردد، در حقیقت ثمن عین مستاجر به حساب سود پرداختی آن در سنوات مقرر می باشد.

پس با این اوصاف اطلاق عنوان اجاره به این عقد دور از ذهن به نظر می رسد، به این منظور برای تبیین ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک دو راه پیش رو خواهیم داشت، اگر بخواهیم به این قرارداد به صورت سنتی بنگریم که در مباحث گذشته مطرح شد، این گونه قرار دادها به طور اعم از دو صورت خارج نیستند، بدین نحو که اگر تعهدات مستاجر انجام پذیرد مالکیت به طور خودکار منتقل گردد یعنی در زمان انعقاد قرار داد شرط می شود که همزمان با پرداخت آخرین قسط مالکیت به خریدار که در حقیقت مستاجر ظاهری و اعتبار گیرنده حقیقی است انتقال یابد، در این فرض همانطور که گفته شد باید قرار داد مزبور را بیع اقساطی دانست.

اما در نوع دوم وضع به گونه دیگری است، بدین شکل که فرد اختیار انتقال مالکیت را برای خود دارد که اعمال این اختیار همراه با انشای اراده بوده و در نتیجه منجر به انتقال مالکیت گردد، چنانچه گفته شد اگر نگاه سنتی به این دسته قرار دادها داشته باشیم باید پذیرفت که نوع اول با بیع

سازگارتر است لیکن تنها فرقی که با بیع دارد این است که انتقال مالکیت فوری نیست و در گذشته در مورد موانع انتقال مالکیت در بیع به تفصیل بحث کردیم.

اما در نوع دوم قصد انتقال مالکیت بر حسب ظاهر در روز انعقاد قرار داد قابل انتساب به طرفین نیست بلکه عینی در اختیار دیگری قرار گرفته است تا در ازاء آن وجهی پرداخت نماید و البته شرط مزبور در آن درج گردیده است و آن شرط نیز چیزی جز ایجاب بیع از طرف موجر نیست که این ایجاب تا پایان مدت قرار داد اعتبار دارد و قبول آن نیز اعمال آن حق توسط مستاجر است. چنانکه گفته شد اگر بخواهیم به این دسته قرار دادها به دید سنتی بنگریم به شکل فوق خواهد بود.

اما اگر یک قدم عقب تر رویم متوجه می شویم که قرار دادهای نوع دوم بیشتر در مورد کالاهایی مطرح می شوند که مدت عمر آنها غالباً با مدت قرار داد خاتمه می یابد، نظیر کامپیوتر یا اتومبیل یعنی وقتی قرار داد خاتمه می یابد، عمر مفید آنها نیز خاتمه می یابد. پس باید در مورد کالایی که مورد توافق واقع می شود نیز قائل به تفاوت شویم، به این نحو که اگر کالای مورد قرار داد اینگونه باشد که عمر مفید آن با خاتمه قرار داد پایان می پذیرد، در این صورت چون برای مدت عمر مفید به طرف قرار داد واگذار شده است، در حقیقت چه قرار داد از نوع اول باشد یا دوم، انتقال مالکیت مد نظر بوده است و بر این مبنا آنچه از اراده باطنی طرفین احراز می شود انعقاد عقد بیع است، از سوی دیگر نمی توان آن را اجاره دانست زیرا در موارد مزبور مبلغ تعیین شده متناسب با اجاره بهای آن کالا نمی باشد زیرا جمع آن اقساط با احتساب زمان مزبور متعادل با قیمت آن است و نه اجاره بهای آن.

اما اگر پرده دوم را هم کنار بزنیم به این نکته می رسیم که این قرار داد ها اساساً نه بیع هستند و نه اجاره بلکه قراردادهای اعتباری هستند، فروشنده قصد فروش کالای خود را دارد و بدیهی

است ایده آل او فروش نقدی کالا است. از سوی دیگر خریدار برای رفع نیازهای خود قصد خرید کالای مورد نظر خود را دارد ولی قدرت پرداخت نقدی آن را ندارد در اینجا نیاز به واسطه ای است که از طرف خریدار کالا را نقدی خریداری کرده و به وی به صورت اقساطی واگذار نماید. امری که امروزه رشد چشم گیری دارد و همان موسسات اعتباری هستند که متشکل از سرمایه داران و حقوقدانان هستند.

این موسسات کا خرید و فروش انجام نمی دهند، بلکه با فروشنده قراردادی می بندند، به این نحو که به فروشنده وکالت می دهند که اگر مشتری قدرت اقتصادی خرید نقدی کالا را نداشت فروشنده از طرف موسسه وکالت دارد که آن را نقداً به موسسه بفروشد و در مقابل باز هم به وکالت از طرف موسسه مزبور کالا را در قالب یکی از قراردادهای مزبور به مشتری واگذار نماید. لزومی هم ندارد که مشتری خود به موسسه مراجعه کند همانند برخی موسسات اعتباری مانند شرکت لیزینگ ایران خودرو که بدون مراجعه کار صورت می پذیرد.

این قرارداد که منعقد می شود، در ظاهر فروشنده آن را منعقد می کند، لیکن در حقیقت متسبب به موسسات اعتباری است در صورتی که نه قصد فروش دارد و نه اجاره، بلکه تنها قصد تامین اعتبار دارد و اعتبار عرضه می نماید. لازمه موفقیت اینگونه موسسات که ممکن است در قالب بانک ها نیز قرار گیرند، این است که مشتری از انجام تعهدات خود تخلف ننماید و در پرداخت اقساط بر اساس قرار داد عمل نماید، لذا برای تحقق این امر و جلوگیری از تخلفات مشتری تضمینات کافی در نظر می گیرند که این تضمینات دو دسته هستند نخست اینکه مالکیت را منتقل نمی کنند تا در صورت تخلف کالا را باز پس گیرند و دوم اینکه در قرار داد تدابیر کافی نظیر جریمه دیر کرد اقساط و اندیشیده اند تا موسسه ورشکست نشود، لذا با توجه به مطالب مذکور باید گفت

که این دو دسته قرار داد تفاوت چشمگیری در حقیقت با هم ندارند بلکه هر دو تنها به جهت ایجاد اعتبار هستند و به نظر می رسد باید به عنوان عقدی جدید و معین محسوب کرد که در تحولات آتی قانونی باید لحاظ گردند.

از آنجا که این قرار داد ها بسیار مفید هستند، تقاضا برای انعقاد این نوع قرار دادها رشد رو به فزونی داشته است، لیکن در عین مفید بودن بسیار مورد سوء استفاده واقع می شوند، بدین جهت که قدرت معاملی یکسان و تعادل و تعامل اقتصادی مناسب فیما بین طرفین حاکمیت ندارد. موسسات اعتباری دارای قدرت معاملی بسیار بالا و در مقابل مصرف کننده ها دارای قدرت اقتصادی پایین هستند لذا همواره احتمال الحاقی بودن و یکطرفه شدن این قراردادهای وجود دارد. (امری که امروزه در جامعه ما حتی در مورد قراردادهایی که یک طرف آنها بانکها و موسسات دولتی هستند بسیار به چشم می خورد و این قرار دادها که کاملاً یک طرفه و به صورت فرم هستند) لذا به همین جهت وجود قوانین مدون در مورد این دسته از قراردادهای امری بسیار لازم و ضروری به نظر می رسد، در کشورهایی که اقدام به تصویب قانون مدون در مورد اجاره به شرط تملیک و قراردادهای اعتباری نموده اند شرطی تحت عنوان « شرط حداقل پرداخت» درج می گردد و اگر چه این شرط به ظاهر در جهت حمایت از این موسسات است لیکن بر مبنای قانون این موسسات حق دریافت چیزی جز آنچه در شرط حداقل پرداخت مقرر شده است را نخواهد داشت. این شرط به جهت جلوگیری از تخلف احتمالی مشتری اعمال می گردد و بر مبنای آن بر خلاف ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران که دامنه وجه التزام قرار داد را بسیار وسیع گسترانده است. این موسسات حق دریافت هیچگونه وجهی جز آن مبالغ مورد انتظار را ندارند و نمی توانند همانند ایران هر مبلغی را به عنوان خسارت و وجه التزام

قرار دهند بلکه تنها اجازه دریافت اقساط باقیمانده و خسارت منهای ثمن حاصل از فروش آن کالا را خواهند داشت.

بر اساس آنچه گفته شد به نظر می رسد آنچه امروزه با عنوان اجاره به شرط تملیک با آن مواجه هستیم نه بیع است و نه اجاره و نه عقدی مختلط از آن دو، بلکه صرفاً قراردادهایی با ویژگی های مختص خود هستند که به دلیل خلا قانونی موجود در حقوق ایران ناچاریم آنها را در زمره قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی برشمарیم، لیکن بجاست که قانونگذار برای تعدیل عقود مزبور و روابط اجتماعی طرفین آنها این دسته از عقود را به عنوان عقدی معین شناسایی و تصویب نماید همانند عقد بیمه که لزوم تصویب قانون خاص آن در گذشته ایجاد بسیاری از مشکلات عدیده زمان را برطرف نمود.

۴-۵ - مبحث پنجم: ویژگی های عقد اجاره به شرط تملیک:

همانطور که در مباحث پیشین عنوان گردید، عقد اجاره به شرط تملیک، قراردادی است مستقل از سایر عقود که دارای ویژگی و خصایص مشخص می باشد. اگر چه برخی از این خصایص و ویژگی ها با عقود دیگر مشترک هستند لیکن ویژگی های منحصری وجود دارد که آن را از سایر عقود متمایز می سازد.

اولین ویژگی اجاره به شرط تملیک، تملیکی بودن آن است که با ایجاب و قبول مجزاً، مالکیت منافع به مستاجر منتقل می گردد، معوض بودن عقد از جمله ویژگی های اجاره به شرط تملیک است که با توجه به نوع قرارداد و مبادله عوضین تحت هر عنوان احراز می گردد و بدیهی

است بر اساس اصل لزوم قراردادها، لازم بودن آن نزد طرفین از مهمترین ویژگی های این عقد بر شمرده می شود و از آنجا که قرارداد با پرداخت اقساط تسهیلات و انجام تعهدات مستاجر خاتمه می پذیرد، موقتی بودن نیز ویژگی دیگری است که نمایان می گردد، ملاحظه می شود که تمامی شرایط و خصایص مزبور در سایر عقود نظیر بیع و اجاره نیز دیده می شود لیکن همانطور که عنوان گردید اجاره به شرط تملیک دارای خصایص منحصر به فردی است که ذیلاً به برخی از آنها اشاره می گردد:

۴-۵-۱ - گفتار اول - اجاره به شرط تملیک عقدی است اعتباری

مهمترین ویژگی اجاره به شرط تملیک اعتباری بودن آن است، بدین نحو که دراین قرار داد ماجر، اعطا کننده اعتبار و مستاجر، گیرنده اعتبار یا تسهیلات محسوب می گردد، « قرار دادهای اعتباری قراردادهایی هستند که از ترکیب دو قرار داد به هم پیوسته ایجاد می شوند، یکی قرارداد اصلی است که می تواند بیع باشد و دیگری قرارداد اعتباری است که ملاک تشخیص همه گروههای قراردادی اعتباری مثل فروش اقساطی و اجاره به شرط تملیک بوده است.

حالات گوناگون عمل اعتباری اجاره به شرط تملیک بدین شرح است که اجاره دهنده عین مستاجر را از قبل مالک بوده است و اجاره گیرنده در تهیه آن دخالتی نداشته است و اجاره به شرط تملیک در قالب یک گروه قراردادی متجلی نمی گردد، چون در این حالت تنها یک قرارداد به وقوع می پیوندد و آن هم قرار داد مذکور بین دو شخص یاد شده می باشد و یا اینکه اجاره دهنده عین مستاجر را از قبل مالک نبوده است و با دخالت اجاره گیرنده، جهت اجاره به وی خریداری کرده باشد و در فرض مزبور قرارداد اجاره به شرط تملیک به شکل یک گروه قراردادی نمایان می شوند بدین نحو که قرار داد اول بیعی است که فیمابین ثالث و اعتبار دهنده واقع می شود و پس از مالک

شدن اعتبار دهنده، قرار دوم که بر مبنای اجاره به شرط تملیک تحقق می پذیرد فیما بین اعتبار دهنده و اعتبار گیرنده منعقد می شود.

۴-۲-۵ - گفتار دوم - کتبی بودن اجاره به شرط تملیک

بر اساس قواعد عمومی قراردادها، اصل رضایی بودن در کلیه عقود جاری می گردد مگر اینکه بر خلاف آن نصی وجود داشته باشد در واقع اصل رضایی بودن قراردادها از نتایج مهم اصل حاکمیت اراده می باشد ولی درعین حال برخی از عقود با تشریفات خاصی همراه هستند که رعایت این تشریفات از ارکان اصلی انعقاد عقد می باشد. در ارتباط با اجاره به شرط تملیک نیز این موضوع عنوان شده است که آیا اصل رضایی بودن در مورد این قراردادها نیز لازم الرعایه است و یا به جهت اینکه این قرار داد در واقع نوعی از اعطای تسهیلات بانکی و یا انتفاعی غیر بانکی است نیاز به تشریفات خاصی می باشد.

از آنجا که اجاره به شرط تملیک به عنوان عقدی معین در قانون مدنی ایران احصا نگردیده است لذا اصل را باید بر رضایی بودن آن قلمداد نمود، لیکن با عنایت به برخی از موارد قانونی که درباره اجاره به شرط تملیک مقرر شده است، می توان به طور ضمنی کتبی بودن و لزوم مکتوب بودن آن را احراز نمود.

بر اساس ماده ۱۷ دستور العمل اجرایی، اجاره به شرط تملیک بانکها مکلفند، در قرارداد اجاره به شرط تملیک قید نمایند که قرارداد مذکور بر اساس توافق طرفین در حکم اسناد لازم الاجرا و تابع آیین نامه اجرای اسناد رسمی می باشد، بدیهی است بدون انعقاد عقد به صورت کتبی امکان اینکه قرارداد مذکور به عنوان سند لازم الاجرا مورد استفاده قرار گیرد وجود نخواهد داشت.

بحثی که مطرح است این است که آیا در صورت کتبی نبودن اجاره به شرط تملیک عقد تحقق نیافته است و یا اینکه در صورت شفاهی بودن فاقد ضمانت اجرایی است. برای پاسخ به این موضوع بررسی این نکته ضروری است که آیا ویژگی کتبی بودن از تشریفات اصولی است یا اینکه از تشریفات ظاهری به حساب می آید، بدیهی است در صورتی که این خصیصه به عنوان یکی از ارکان اساسی عقد محسوب گردد، در صورت فقدان آن معامله بلا اثر و باطل خواهد بود، در حقوق ایران با توجه به ماده ۱۷ دستورالعمل اجاره به شرط تملیک و به موجب ماده ۵ قانون تشویق احداث و عرصه واحدهای مسکونی استیجاری مورخ ۱۳۷۷/۶/۶ که مقرر می دارد شرایط متقاضیان اجاره به شرط تملیک با حفظ اولویت برای متقاضیان جوان متاهل و افراد کم درآمد و میزان اجاره بها و ضریب افزایش سالانه آن، مدت اجاره و سایر شرایط لازم تعیین می شود، از آنجا که مستاجر بایستی شرایط مورد نظر را داشته و این امر به اثبات برسد به طور ضمنی فهمیده می شود که قرار داد مزبور عملاً به صورت شفاهی امکان پذیر نمی باشد لیکن قید کتبی بودن در هیچ یک از قوانین موضوعه به صراحت به کار نرفته است ولی رویه کنونی موسسات و بانک های دولتی حکایت از پذیرش و رعایت این تشریفات دارد، از سوی دیگر از آنجا که کتبی بودن قرار داد مزبور موجب حفظ حقوق اعتبار دهنده و اعتبار گیرنده توامان می باشد، بسیار پسندیده است که در قانون های آتی این قید به عنوان یکی از تشریفات عقود اعتباری به نصوص قانونی اضافه و الحاق گردد. (سایت دیپارتمان

مجازی پژوهش های حقوقی ایران [www. Iranlegal.mihanblog.com](http://www.Iranlegal.mihanblog.com)

۶-۴ مبحث ششم - اجاره به شرط تملیک در قانون مدنی

مجلس شورای اسلامی و سپس شورای پول و اعتبار بنا به ضرورت‌های اقتصادی و شاید فقهی، جهت جایگزینی سیستمی دیگر بجای وام و قرض، عقدی نو و تازه ای را پایه ریختند که نه در فقه سابقه ای از آن بود و نه در قانون مدنی، فقه تا آنجا همراهی می کرد که شرط، صرفاً جنبه فرعی داشته باشد، لذا معلوم نبود که چنانچه شرط جنبه اصلی بخود بگیرد و شرط مقتضای ذات عقد را تشکیل دهد، بایستی آن عقد را چه نامید؟ از یک سو با اجاره، هماهنگی دارد، زیرا تملیک منافع، درابتدای آن جلوه گر می کند و از سوی دیگر با بیع سازگاری دارد، زیرا در انتهای آن تملیک عین صورت می پذیرد، توجه دقیق به قانون عملیات بانکی بدون ربا و همچنین آئین نامه و دستور العمل اجرائی اجاره به شرط تملیک معلوم می سازد که علی رغم اینکه شباهتهایی به اجاره، بیع، رهن و قرض دارد، لکن خود عقدی معین و مستقل است و تفاوت‌های چشم گیری با همه آنها دارد. تنها با تسامح و اغماض از برخی از احکام و آثار آن می توان آنرا عقدی اجاره دانست توأم با مکانیزم اعتبار، موجب از هم گسیختگی اجاره ساده و اجاره به شرط تملیک است. معذالک، عقدی لازم، معوض، تملیکی، موقت و رضایی است که به صرف ایجاب و قبول مالکیت منافع عین مستاجر و مال الاجاره برای مدتی معین مبادله می گردد. از جهت شرایط صحت نیز، فرق چندانی با بقیه عقود ندارد، لکن تحمیلی بودن اینگونه عقود برای اجرای دقیق اصل حاکمیت اراده توسط دو طرف موانعی را می آفرینند، آنچه که ما را رهنمود ساخت که قائل بر معین بودن این عقد شویم، آثار خاص آن بود، تملیک ابتدائی منافع و نهایی عین، پس از پایان مدت به مستاجر، و همچنین عدم انتقال عین و التزام به وعده بیع، آثاری است که در مابقی عقود نیست. در محتوای این قرارداد نیز، مواردی درج

می گردد که در سایر عقود ضروری نیست، همچون نصب پلاک، شرط تخفیف مال الاجاره، شرط تسریع پرداخت، در صورت قصور (یا حال شدن دیون) و شرط مربوط به مسئولیت، خاتمه این قرار داد نیز همچون سایر عقود با هر یک از اسباب سقوط تعهدات ممکن است، اما آنچه که نقش های اصلی را بازی می کند، اجرا، اقاله، فسخ و پایان مدت است و متداول است که همه این موارد بطور دقیق در قرارداد مشخص می گردد، بدیهی است که عقدی اعتباری، مسائل اعتباری خاصی را نیز بدنبال داشته باشد، موسسات اعتباری غیر بانکی، موسساتی جدید هستند که هنوز در نخستین قدمهای بنیاد قانونی خود می باشند و می روند تا قراردادهای اجاره به شرط تملیک را از سیطره خاص بانکها در آورند و از سوددهی بالای آن، در جهت منافع خصوصی خویش بهره مند گردند، خواه بانکها یا موسسات اعتباری غیر بانکی که مبادرت به انعقاد قرار داد اجاره بشرط تملیک نمایند، بهرحال، میزان مال الاجاره و سود دریافتی، نهایتاً یک درصد متفاوت است. لکن فرمولهای برآورد و نهایتاً اخذ آن یکی است. مع الوصف، قانون، عملیات بانکی بدون ربا صرفاً در یک ماده از اجاره به شرط تملیک می نماید و جواز چنین عقدی را به بانکها می دهند. اما معلوم نمی سازد که تعریف، ماهیت و آثار دقیق آن، آئین نامه و دستورالعمل اجرایی آن نیز که بعداً تصویب می گردد، گرچه شرایط انعقاد و بسیار کوتاه، برخی از آثار آن را بیان می کنند. لکن در شناخت ماهیت آن تردید ایجاد می کند و این امر سرگردانیهای بسیاری پدیدار می نماید از جمله اینکه: اشخاصی غیر از بانکها، چنانچه مایل باشند از آن بهره مند گردند، چه باید بکنند، آیا در قالب اجاره ساده باید عمل نماید یا بیع یا ماده ۱۰ ق.م و یا اینکه از قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین نامه و دستورالعمل اجرایی آن می توانند برای روابط خصوصی بین خود استفاده کنند، مشکل دو چندان است زیرا از یک طرف خود قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین نامه و دستورالعمل اجرایی آن ماهیت آن را دقیقاً مشخص

نساخته و از طرف دیگر معلوم نیست قضات ما ماهیت آن را چگونه قضاوت کنند، بی اطلاعی مردم از چنین عقدی، نیز این امر را دامن می زند. لذا، پیشنهاد می گردد که قانون گذار با توجه به اهمیت این عقد که بیشتر در خصوص انتقال و کاربری کالاهای سرمایه ای استفاده می شود و در بیشتر اهداف زیر بنایی اقتصادی موثر است. در امر تدوین قانونی منظم و سازگار با اقتصاد جدید، نسبت به اجاره به شرط تملیک اقدام نموده و سرگردانیها را زائل، و اطمینان اقتصادی، که ناشی از حمایت مصرف کننده و مشتری است را به ارمغان آورد. اجاره به شرط تملیک، در کشورهای اروپایی، بدان حد حائز اهمیت است که قانون گذاران آنها، معمولاً در جهت تسهیل انعقاد و معافیت مالیاتی و کاهش هزینه های ثبتي آن گامهای موثری برداشته اند، این امر هم موجد و موسسات اعتباری را متمایل بدان می سازد، و هم مستاجر را، زیرا موسسات اعتباری در صورت بالا بودن نرخ مالیات و هزینه های ثبتي و امثال آنها، نرخ را روی قیمت تمام شده کشیده و مصرف کننده تحمیل می نماید، لذا مصرف کننده، بدلیل بالا رفتن بیش از حد قیمت تمام شده، از استفاده از چنین عقدی روی گردان می شود. به هر حال، علاوه بر مورد فوق، پیشنهاد می گردد، قانون گذار در معافیت یا تقلیل مالیات بر کالاهای سرمایه ای که به موجب عقد اجاره بشرط تملیک منتقل می شود و کاهش هزینه های ثبتي و تسهیل انعقاد چنین عقدی، در جهت تشویق مصرف کنندگان و همچنین دارندگان کالاهای سرمایه ای، و تبعاً تقویت بنیه اقتصادی مملکت، مقرراتی تنظیم و تصویب نماید.

۴-۷-مبحث هفتم - ماهیت فقهی و حقوقی اجاره به شرط تملیک

۴-۷-۱- گفتار اول - تعریف

قرار داد اجاره به شرط تملیک عبارت است از: تهیه و واگذاری اموال منقول و غیر منقول توسط موجر (مالک، بانک) از طریق انعقاد قرار داد اجاره برای مدت معین مشروط بر اینکه مستاجر در صورت عمل به شرایط مندرج در متن قرار داد، مالک اموال منقول یا غیر منقول مورد اجاره در پایان مدت اجاره گردد. (موسویان-خدادوستان، ۱۳۷۸)

۴-۷-۱-۱- بخش اول - تعریف دکتر منذر قحف

اجاره به شرط تملیک همان اجاره معمولی است، با این ویژگی که هدف در این نوع اجاره این است که مجموع اقساط اجرت عین مستاجر مساوی با قیمت و اجاره آن عین در مدت معین شده باشد چه مجموع مال الاجاره و قیمت در پایان مدت یکجا پرداخت شود و یا به صورت اقساطی. (دکتر قحف، ص ۷)

۴-۷-۱-۲- بخش دوم - تعریف مجمع فقه اسلامی

اما در سوال که بانک اسلامی از مجمع فقه اسلامی نموده است، مجمع مذکور این گونه جواب داده است: این عقد همان عقد اجاره است که در ضمن آن شرط شده است که موجر باید عین مستاجر را بعد از پرداخت تمام اقساط اجرت برای مستاجر هبه نماید. (همان)

۴-۷-۱-۳- بخش سوم - تعریف اداره حقوقی قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران

اجاره به شرط تملیک از لحاظ قضایی عبارت است از شرط بیع در ضمن عقد اجاره که با پرداخت تمام اقساط، مستاجر (مشروط له) مالک عین مستاجر بشود. (موسویان: ۵۶)

۴-۷-۲- گفتار دوم - اهمیت موضوع

اجاره به شرط تملیک یکی از صحنه های فعالیت اقتصادی بانکداری اسلامی در تخصیص منابع می باشد که از این طریق جایگزین اعطای وام اعتبار به شیوه مرسوم در بانک های ربوی می شود و این بازار با کاربرد وسیعی که دارد می تواند قسمت عمده ای از نیازهای موجود در واحدهای مختلف اقتصادی (صنعتی، کشاورزی، معدنی، خدماتی و...) را مرتفع نماید و از طرف دیگر برای مشتری نیز مفید می باشد زیرا وی با اطمینان بیشتری اقساط مال الاجاره (= قیمت) را پرداخت نموده و در پایان مدت مالک عین مورد اجاره می شود.

با وجود این، اجاره به شرط تملیک قراردادی است جدید که با قالب های شناخته شده در ابواب فقه معاملات و حقوقی منطبق نبوده لذا از لحاظ فقهی و حقوقی دچار اشکالاتی است که ذیلا به برخی از آن ها اشاره می شود:

۴-۷-۳- گفتار سوم - اشکالات

۱- آیا می توان این قرار داد را اجاره نامید؟ زیرا اجاره بر اساس تعریف که فقها از آن ارائه

کرده اند، تملیک منفعت معلوم در برابر عوض معین (محقق حلی، ج ۴: ۳۲۷) می باشد نه تملیک

عین.

۲- بر فرض اینکه تملیک عین موضوع اجاره یا شرط ضمن عقد لازم شود، اشکال دیگری بر این قرار داد وارد است و آن اینکه متعاملین قصد جدی خرید و فروش را دارند نه قصد جدی اجاره را حال آنکه عنوان قرار داد عنوان اجاره است نه بیع. (ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع)

۳- اگر در ضمن عقد شرطی گنجانده شود که آن شرط جنبه اصلی داشته باشد (هدف اصلی متعاملین شرط باشد نه عقد که جاری گردیده است) نه جنبه فرعی. به عبارت دیگر با این شرط (شرط تملیک) ذات مقتضای عقد (اجاره) زیر سوال برود، اشکالی که ممکن است در فرض مذکور مطرح شود این است که از لحاظ ماهیت حقوقی و فقهی این قرار داد درست است یا نه؟

۴- شرط تملیک که در این قرار داد گنجانده می شود، مبهم است، آیا شرط نتیجه است یا شرط فعل؟ اگر شرط نتیجه باشد (بعد از اتمام قرار داد و وفای به شرایط مندرج در آن ، موضوع مورد اجاره خود بخود به ملکیت مستاجر در آید) برخی از فقهاء شرط نتیجه را درست نمی دانند (آیت الله حکیم، ج ۱۳ : ۳۰۵) زیرا تملیک بدون سبب محقق می شود که باطل است. و اگر شرط فعل باشد یعنی موجر « مالک » بعد از اتمام مدت قرار داد، موضوع مورد اجاره را به تملیک مستاجر در آورد، سوال این است که مالک با کدام یک از قراردادهای تملیکی عین مستاجر را به تملیک مستاجر در می آورد؟ با بیع، هبه، صلح و یا علاوه اگر موجر موضوع مورد اجاره را به تملیک مستاجر در آورد در مقابل قیمتی غیر از مال الاجاره است یا در مقابل مال الاجاره یا بدون عوض تملیک کند؟ اینگونه سوالات و اشکالات بیانگر آن است که تا هنوز جنبه حقوقی و فقهی این مساله بدرستی مورد غور قرار نگرفته است.

از طرف دیگر نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران نیز از وضاحت کامل در موضوع مورد بحث برخوردار نیست زیرا اداره محترم، اجاره به شرط تملیک را عبارت از شرط

بیع در ضمن عقد اجاره تفسیر کرده است اما توضیح نداده است که بعد از اتمام قرار داد ماجر عین موضوع اجاره را با چه قیمتی و یا بدون قیمت (قیمت همان سال مال الاجاره باشد) به مستاجر بفروشد و به ملکیت وی در آورد؟

نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه: اجاره به شرط تملیک از لحاظ قضایی عبارت است از شرط بیع در ضمن عقد اجاره که با پرداخت تمام اقساط، مستاجر (مشروط له) مالک عین مستاجر بشود. (موسویان، ص ۵۶)

۴-۷-۴- گفتار چهارم - ماهیت فقهی اجاره به شرط تملیک

در قرار داد اجاره به شرط تملیک هم برخی از ویژگیهای اجاره وجود دارد و هم برخی از ویژگیهای بیع. لکن نمی توان این قرار داد را اجاره یا بیع تنها دانست بلکه یک قرار داد جدیدی است با ویژگیها و آثار خاص خود. تیم که بر فرض اینکه این قرار داد مستحدث را قرار داد اجاره بدانیم، از منظر شرعی حکم آن چیست؟

۴-۷-۵- گفتار پنجم - بیع عین مستاجر

فقهاء در مبحث اجاره بحث با این عنوان دارند که : اگر مال اجاره داده شده بعد از انعقاد قرار داد اجاره فروخته شود، اجاره درست است یا باطل؟ مستاجر برای فسخ خیار دارد یا نه؟
فقهاء شیعه بیع را مبطل اجاره نمی دانند (مسالک الافهام، شهید ثانی ج ۵، ص ۱۷۴، شرح اللمعه، شهید ثانی، ج ۴، ص ۳۲۷، محقق حلی، ص ۱۵۱، محقق سبزواری، ۱۲۴، و طباطبایی، ج ۹، ص ۱۹۵) اگر مستاجر مشتری باشد بیع صحیح است مشتری هم اجرت (مال الاجاره) را پرداخت کند و

هم قیمت را. اما اینکه اجاره منفسخ می شود یا نه دو وجه وجود دارد که طبق دیدگاه شهید ثانی « اگر قرار داد اجاره به حال خود باقی بماند بهتر است » (مسالك الافهام، شهید ثانی ج ۵: ۱۷۴) اما اگر مشتری غیر از مستاجر باشد دو حالت دارد: مشتری می داند که مبیع اجاره داده شده است در این فرض باید تا زمان انقضاء مدت اجاره صبر کند و اگر نداند در این صورت مشتری اختیار دارد که بیع را فسخ کند یا اینکه تا پایان مدت اجاره بدون حق مطالبه اجرت (مال الاجاره) صبر کند (منابع پیشین) و حق خود داری از پرداخت قیمت را هم ندارد. (شرح اللمعه، شهید ثانی، ج ۴: ۳۲۷)

۴-۷-۶- گفتار ششم شرط ضمن العقد

هر شرطی را می توان در ضمن عقد لازم گنجاند و آن را از این طریق لازم الوفا نمود مگر شرط که مخالف با کتاب و سنت باشد. گنجاندن شرط تملیک در ضمن عقد قرار داد اجاره جایز است و مخالفت با کتاب و سنت ندارد.

لذا شرط تملیک در قرار داد اجاره مشمول ادله « اوفوا بالعقود » (سوره مائده، آیه ۱) و « کل شرط لا یخالف الكتاب و السنه فانه جائز » (وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی ج ۱۸: ۱۶، الکافی، ج ۵: ۱۶۹، ج ۳: ۱۲۷، التهذیب، ج ۷: ۲۲ و ۲۵) و « المومنون عند شروطهم » (التهذیب، ج ۷: ۳۷۱ و الاستبصار، ج ۳: ۲۳۲، المغنی لابن قدامه ج ۴: ۳۸۴) می شود. مگر در صورتی که متعاملین قصدی جدی شان اجاره نباشد بلکه همان تملیک ضمن العقدی (بیع و...) باشد که در این صورت اشکال ماقصد لم یقع و ما وقع لم یقصد مطرح می شود.

۴-۷-۷- گفتار هفتم - العقود تابعه للقصد

فقهاء عقود را تابع قصد می دانند، در صورت که آنچه در خارج واقع شده (انشا شده) با آنچه که متعاملین قصد کرده اند یکی نباشد قرار داد و معامله باطل است. لذا یکی از فقهاء می گوید: انشاء عناوین عقود مانند بیع، اجاره، صلح، رهن باید از حیث ایجاب و قبول مقصود متعاقدين باشد، زیرا قرار دادها از عناوین قصدیه بحساب می آید که بدون قصد محقق نمی شود. زمانی که متعاملین عنوان عقد را قصد کنند و با لفظ که صریح در معنای این عنوان است چه به سبب وضع و چه به سبب قرینه ظاهر عرفی که این لفظ را دال بر آن مقصود می سازد، این عنوان را انشاء کنند. معنای مقصود در عالم اعتبار تشریعی محقق می شود. اما زمانی که این لفظ در معنای مقصود نه وضعاً و نه به سبب قرینه دلالت ندارد، معنای مقصود در عالم اعتبار تشریعی محقق می شود. اما زمانی که این لفظ در معنای مقصود نه وضعاً و نه به سبب قرینه دلالت ندارد، معنای مقصود در عالم اعتبار تشریعی محقق نمی شود ولو متعاقدن قصد آن معنا را هم داشته باشند زیرا قصد تنها کفایت نمی کند بلکه در تحقق قرار داد دو امر باید وجود داشته باشد: قصد و انشا مقصود با لفظ صریح، و الا دو محذور لازم می آید، یا آنچه قصد کرده واقع نشده است یا آنچه واقع شده قصد نکرده است. در برخی موارد ممکن است هر دو محذور لازم آیند مثل اینکه قصد اجاره خانه ای را بنماید و با لفظ بیع آن را انشاء کند (بعثک هذه الدار) در اینجا نه بیع محقق می شود زیرا مقصود بیع نبوده و نه اجاره، هر چند مقصود مالک اجاره بود اما آنچه انشاء شده است بیع است نه اجاره (ما وقع لم يقصد و ما لم قصد

يقع) (آیت الله بجنوردی، ج ۷: ۶۲)

تملیک که در ضمن عقد اجاره شرط شده ممکن است با یکی از عناوین زیر در پایان مدت اجاره واقع شود:

- ۱- با قرار داد اجاره که منجر به تملیک عین موضوع اجاره از طریق هبه گردد.
- ۲- با قرار داد اجاره که منتهی به تملیک عین موضوع اجاره از طریق بیع با قیمت معین و مندرج در قرار داد گردد.
- ۳- با قرار داد اجاره که منتهی به تملیک عین موضوع اجاره از طریق بیع قبل از پایان مدت اجاره در مقابل قیمت که معادل اقساط باقی مانده اجاره می باشد، صورت گیرد.
- ۴- با قرار داد اجاره که منتهی به تملیک عین موضوع اجاره از طریق بیع تدریجی گردد.
- ۵- با قرار داد اجاره که منتهی به تملیک عین موضوع اجاره از طریق صلح در پایان مدت اجاره گردد

۶- اجاره ای که همراه با تملیک در آغاز قرار داد باشد به این معنا که ملکیت عین با عقد بیع به مشتری (مستاجر) با استثنا منافع آن عین، در آغاز مدت اجاره منتقل شود سپس منافع آن عین به خود همین مشتری با قرار داد اجاره فروخته شود. (دکتر قحف)

البته این فرض با آنچه اجاره به شرط تملیک نامیده می شود سازگاری ندارد. زیرا در قرار داد اجاره به شرط تملیک فرض بر این مبنا استوار است که عین مورد اجاره تا پایان مدت اجاره در ملکیت موجر (مالک) باقی است و بعد از آن مدت به تملیک مستاجر در می آید.

۷- با قرار داد اجاره که منتهی به تملیک قهری عین موضوع اجاره بدون عقد دیگر گردد.

بدین معنا که بعد از به پایان رسیدن مدت اجاره عین موضوع اجاره خود بخود به ملکیت مستاجر درآید. (شرط نتیجه)

۴-۷-۸- گفتار هشتم - نتیجه

به هر حال اجاره به شرط تملیک عقد جدیدی است که می توان آن را با عنوان مستقل یا تحت عنوان اجاره به شرط تملیک به یکی از صورت های مذکور محقق نمود و از لحاظ شرعی نیز با رعایت شرایط که قبلا بدان اشاره گردید، درست است. اما باید نکات را برای آگاهی و اطلاع متعاقدين رساند تا انشاء قرار داد با توجه به ویژگی های که این قرار داد دارد انجام شود در غیر این صورت همان اشکال « ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد » مطرح خواهد شد که در صورت وارد بودن این اشکال صحت عقد مزبور مورد تردید جدی قرار خواهد گرفت.

فصل پنجم

شروط ضمن عقد

شرط معانی مختلفی دارد . شرط گاه به معنای مقدمه و علت بکار می رود همچنانکه در مورد شرایط اساسی صحت معانلات ملاحظه شد . معنای دیگر شرط، تعهد و التزام است که این معنا در شروط ضمن عقد مطرح می شود. برخی نیز به دلیل آنکه در معنای شرط ، نوعی ربط و وابستگی لحاظ شده است آن را به معنای التزام در التزام یا التزام وابسته می دانند . (موسوی بجنوردی، ج ۳ : ۲۲۰)

در هر حال در بحث شروط ضمن عقد ، مقصود قانونگذار از شرط ، تعهدات فرعی است که در داخل یک عقد اصلی قرار می گیرند . این شکل از همنشینی ، مسایل و احکام حقوقی خاصی را ایجاد می کند که در این فصل مورد بحث قرار می گیرد.

۱-۵ - مبحث اول - ماهیت و اقسام شرط

۱-۱-۵ - گفتار اول - ماهیت شرط

شرط ضمن عقد برخلاف شرایط تعلیق در تحقق عقد اصلی دخالتی ندارد و به عبارت دیگر وقوع و تحقق آثار عقد منوط به شرط نمی باشد . شرط ضمن عقد یک عمل حقوقی فرعی در ضمن یک

عمل حقوقی اصلی (عقد) است. همانگونه که در عقد مشروط ملاحظه شد شرط، هر امر مشروعی است که به عقد اصلی اضافه می شود.

به طور مثال اگر در ضمن بیع خانه شرط شود که مشتری کاری برای بیع انجام دهد. انعقاد و آثار بیع موکول به انجام کار مورد نظر نیست و حتی اگر کار مذکور انجام نشود به اعتبار و صحت عقد لطمه ای وارد نمی شود. نهایتاً چنانچه شرط ضمن عقد دارای مشروط له باشد در صورت عدم انجام شرط، ذینفع حق دارد عقد اصلی را فسخ نماید.

این امر ناشی از ماهیت وابسته عقد و شرط به یکدیگر است.

یعنی از یک سو، استقلال عقد نسبت به شرط، تحقق عقد را به شرط موکول نمی کند اما از طرف دیگر وابستگی درونی شرط به عقد و تأثیر آن در تعادل قرار دادی موجب می گردد تا در صورت عدم تحقق شرط، عدم تعادل بوجود آمده به نحوی ترمیم و برای مشروط له حق فسخ عقد اصلی ایجاد شود.

شرط ضمن عقد در مقابل شرط یا تعهد ابتدایی (بدوی) قرار می گیرد. شرط ابتدایی در گذشته معنای وسیعی داشت به طوری که حتی عقود و توافقات نامعین را نیز در بر می گرفت. تعهد بدوی یا شرط ابتدایی، تعهدی غیر الزامی تلقی می شد و به همین دلیل برای ازان آور کردن آن، شرط ابتدایی داخل یک عقد لازم قرار داده شد تا شرط نیز الزام آور شود.

با توجه به اینکه قراردادهای نامعین هویت خاصی پیدا کرده اند و اعمال مستقل الزام آور هستند، ظاهراً در حال حاضر مهمترین مصداق شرط ابتدایی، تعهد یکطرفه است. نظر مشهورتر حقوقی آن است که تعهد یکطرفه (ایقاع عهدي) الزام آور نیست. (طباطبایی، ج ۲: ۱۱۷ و خمینی،

کتاب البیع ج ۵: ۲۰۲)

۵-۱-۲ - گفتار دوم - اقسام شرط

شرط به اعتبارات مختلف قابل تقسیم است از یک جهت شرط به صریح و ضمنی تقسیم می شود :

۱- **شرط صریح** : شرطی است که طرفین صریحاً آن را در قرارداد ذکر کرده اند ، مانند شرط پرداخت مبلغی پول یا انجام کار مشخص .

۲- **شرط ضمنی** : شرطی است که به طور تلویحی از اوضاع و احوال قرارداد استنباط می شود و به طور صریح در قرارداد ذکر نشده اما به تراضی طرفین ملحق و تحمیل می شود .

شروط ضمنی را می توان در اشکال زیر مشاهده کرد :

الف) شرط قانونی : در صورتی که قانون مشخصی ناظر بر قرارداد باشد حتی بدون

توجه طرفین به آن ، قانون مورد نظر به منزله شرط ضمن عقد طرفین تلقی می شود .

ب) شرط عرفی : چنانچه عرف مسلّم و قطعی در مورد قرارداد وجود داشته باشد عرف

مذکور شرط ضمن عقد خواهد بود (ماده ۲۲۵ ق . م)

ج) شرط تبانی : اگر متعاقدين ، قرارداد خود را مبنی بر توافقات و شروطی منعقد کرده

باشند ولی آن شروط در قرارداد ذکر نشده باشد شروط و توافقات مذکور به منزله شرط ضمن

عقد می باشند . به طور مثال مذاکرات قبل از قرار داد و یا به طور خاص مذاکرات قبل از نکاح

در صورت اثبات توافق بر آنها ، مشروط بر اینکه عقد مبتنی بر آنها واقع شود شرط ضمن عقد

خواهد بود . (ماده ۱۱۲۸ ق.م)

همچنین شرط ضمن عقد به اعتبار زمان تحقق در حین عقد یا پس از آن به دو قسم زیر

تقسیم می شوند:

۱- شرط مقارن با عقد: شرطی که به طور معمول همراه با انشای عقد اصلی انشاء می شود .

۲- شرط الحاقی: شرطی که پس از وقوع عقد به آن ملحق می شوی. پذیرش این نوع شرط

مودد تردید است زیرا اصل بر این است که هر عمل حقوقی از زمان ایجاد اثر دارد ، لذا

شرط بعدی نمی تواند اثر شرط ضمن عقد در عقد گذشته را داشته باشد .استثناء در جایی

است که توافق بعدی (شرط) با اجرای عقد اصلی ملازمه دارد به طور مثال اگر اتومبیلی

فوخته شود و در قرار داد در خصوص زمان و مکان یتشکل تحویل ثمن شرطی نیامده باشد

اما پس از عقد در این موارد توافقی صورت می گیرد باید توافقات بعدی در مورد زمان ،

مکان و چگونگی تحویل ثمن را به عقد قبلی ملحق کرد زیرا این توافقات به طور مستقل

انشاء نشده اند و از لوازم عقد اصلی محسوب می شوند . (کاتوزیان ، ج ۳: ۱۲۹)

۲-۵ - مبحث دوم- اعتبار شرط

همانگونه که بیان شد شرط یک عمل حقوقی است بنابراین شرایط صحت و بطلان آن تابع

شرایط عمومی اعمال حقوقی است ، در عین حال قانون مدنی شرط باطل را به دو شرط باطل

غیر مبطل و باطل مبطل تقسیم کرده است . بدیهی است سایر شروط ، صحیح تلقی می شوند.

۱-۲-۵ - گفتار اول - شروط باطل غیر مبطل

با توجه به نظر قانون نونی درمورد شرط ، به دلیل عدم وابستگی تحقق عقد به شرط ، چنانچه

شرط باطل باشد عقد باطل نمی گردد . (موسوی بجنوردی، ج ۴: ۱۸۳) به همین دلیل در ماده ۲۳۲

سه شرط زیر شروط باطل اما غیر مبطل (غیر مفسد) معرفی شده اند :

۱- شرط نامقدور : شرطی که امکان انجام آن وجود نداشته باشد مانند اینکه شرط شود کالا از

طریق حمل و نقل زمینی از تهران به بندرعباس در طول یک ساعت حمل شود یا کسی که

تخصصی در زمینه مهندسی ساختمان ندارد تعهد کند مبادرتاً نقشه ساختمان را تهیه کند .

۲- شرط بدون منفعت : مقصود از این شرط ، شرط بدون فایده عقلایی است . آنچه در

خصوص شرایط مورد معامله گفته شد در این مورد صادق است .

۳- شرط نامشروع : شرط نامشروع شرطی است که مفاد آن خلاف قوانین امری ، نظم عمومی و

اخلاق حسنه است ، بدیهی است شرط نامشروع بع دلیل ماهیت مستقل عقد نسبت به شرط

، عقد را نامشروع نمی سازد و تنها خود باطل است . اما جهت نامشروع علی رغم اینکه یک

عنصر خارجی نسبت به درون عقد تلقی می گردد عقد را باطل ی سازد زیرا جهت نامشروع

انگیزه و غایت عقد است و قانونگذار اجازه نمی دهد تمام مقدمات عناصر عقد در نهایت ،

هدف نامشروعی را تأمین نمایند .

در واقع مقدور بودن ، داشتن منفعت عقلایی و مشروع بودن از جمله شرایط صحت شرط می

باشند . بدیهی است شرایط عمومی دیگر مانند قصد ، رضا و اهلیت نیز برای صحت شرط لازم

است .

در ماده ۲۳۲ از مجهول بودن شرط به عنوان سبب بطلان شرط ذکری به میان نیامده است .

ممکن است به نظر رسد با توجه به مبانی قواعد قرار دادها و به ویژه شرایط مورد معامله ، شرط

مجهول نیز به دلیل غرری شدن باطل است . (امامی ، ج ۱ : ۲۸۱)

اما این نظر صحیح نمی باشد زیرا اولاً، ماده ۲۳۲ ق.م. در مقام بیان شرط باطل نسبت به شرط مجهول سکوت کرده است و سکوت در مقام بیان، اماره عدم شرطیت یا عدم دخالت امر مسکوت می باشد. ثانیاً در بهد ۲ ماده ۲۳۳ قوم. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، شرط باطل مبطل معرفی شده است. مفهوم این ماده آن است شرط مجهولی که جهل به آن موجب به عوضین نشود باطل مبطل نیست.

ثالثاً، همانگونه در توضیح ماده بعد ملاحظه خواهد شد اساساً شرط مجهول شرطی صحیح و موثر بوده است که عوضین را مجهول ساخته و الا شرط باطل از نظر حقوقی بی اثر است. در هر حال بنظر می رسد با توجه به نوع وابستگی عقد و شرط، شرط مجهول، از جمله شروط باطل نباشد، بدیهی است مقصود از مجهول، معلوم بالاجمال است نه مجهول مطلق. در واقع همانگونه که در بحث مورد معامله اشاره شد در برخی از موارد علم اجمالی برای صحت عمل حقوقی کفایت می کند که یکی از این موارد شرط است، نکته دیگر اینکه این حکم اصالتاً در مورد شروط وابسته صادق است اما در مورد شروط مستقل با توجه به ماهیت شرط در مورد معلوم و مجهول بودن آن حکم خواهد شد.

به طور مثال اگر در ضمن عقد بیع، یک هبه به عنوان شرط قرار گیرد چون هبه یک عمل مسامحی است لذا علم اجمالی به آن کافی است. اما اگر شرط ضمن عقد یک اجاره باشد علم اجمالی کفایت نمی کند و ارکان اجاره باید تفصیلاً معلوم باشد.

۵-۲-۲ - گفتار دوم - شروط باطل و مبطل

ماده ۲۳۳ ق. م دو شرط را به عنوان شروطی که هم باطل . هم م. جب بطلان عقد هستند

معرفی می کند:

۱- شرط خلاف مقتضای عقد :

مقتضای عقد در معنای عام هر نوع اثری است که انتظار می رود پس از تحقق عقد بوجود آید . این آثار نسبت یکسانی با ماهیت و ذات قرارداد ندارد . برخی از مقتضیات اثر یا وصف ذاتی عقد می باشند به نحوی که تصور عقد بدون آن مقتضا ممکن نیست . در مقابل برخی از مقتضیات دیگر چنین نسبتی با عقد ندارند اما عقد بطور طبیعی در صورتی که شرط یا قید خاصی به آن اضافه نشود آن آثار را بروز می دهد مقتضیات نوع اول را مقتضای ذات یا ذاتی عقد می نامند و نوع دوم را مقتضای اطلاق یا اطلاقی عقد. (امامی ، ج ۱ : ۲۷۸ - ۲۸۰)

به طور مثال تملیک معوض از مقتضیات ذاتی بیع است اما تسلیم فوری مبیع مقتضای اطلاق بیع است که می توان آن را با شرط تغییر داد .

با توجه به توضیحات فوق مشخص می گردد نقض بهد ۱ ماده ۲۳۳ ق. م . شرط خلاف مقتضای ذات عقد می باشد . اما این شرط چگونه باطل و مبطل عقد می باشد؟

ممکن است تصور شود شرط خلاف مقتضا اساساً شرطی باطل است و به دلیل کیفیت بطلان ، عقد را نیز باطل می کند ، در حالیکه با کمی تأمل می توان این تحلیل را ابطال کرد . اگر شرطی فی نفسه باطل باشد براساس ماده ۲۳۲ ق. م تنها خود باطل می شود . اصولاً شرط باطل مانند هر عمل

باطل دیگر نمی تواند مستقیماً تأثیری داشته باشد کما اینکه در ماده ۲۳۲ نیز شرط باطل توان تأثیر گذاری بر عقد را نداشت .

شرط خلاف مقتضا باطل نیست بلکه شرطی صحیح و مؤثر است و به همین دلیل با مقتضای عقد اصلی تعارض می کند و به علت این تعارض، تأثیر دو مقتضای متعارض در یک زمان ناممکن است و این معنای بطلان شرط و عقد با هم می باشد (کاتوزیان، ج ۳: ۱۸۷)، به طور مثال اگر در یک اجاره یکساله شرطی در عقد قرار گیرد که مفاد آنعدم تملیک منافع یکساله به مستأجر باشد، شرط خلاف مقتضای عقد و باطل و مبطل است .

اما اگر همین شرط در یک عقد بیع قرار گیرد هم شرط صحیح است و هم عقد . بنابراین شرط فی نفسه باطل نیست . بلکه نسبت هب یک عقد خاص ممکن است اثر متعارضی را ایجاد نماید . این در حالی است که شرط باطل مانند شرط نامشروع یا نامقدور در هر عقدی که قرار گیرد باطل است .

۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود

پیرو مطالب قبل باید توجه داشت که در این شرط نیز نباید تصور کرد شرط مجهول باطل و موجب بطلان عقد است، تحلیل تأثیر این شرط اینگونه است که شرط مجهول صحیح و مؤثر است و به این دلیل روی عوضین تأثیر می گذارد و چون مورد معامله مجهول عقد را غرری و باطل می کند به تبع بطلان عقد، شرط نیز باطل می گردد .

به طور مثال اگر در ضمن فروش یک کیسه ۱۰۰ کیلویی برنج شرط شود مقداری از آن که حدود ۱۰ تا ۱۵ کیلو باشد به شخص ثالث هبه شود، شرط هبه به دلیل وجود علم اجمالی (جهل) باطل نیست و به همین دلیل روی مبیع تأثیر می گذارد لذا مبیع بین ۸۵ تا ۹۰ کیلو می باشد (جهل) و چون در بیع، علم تفضیلی لازم است عوض مجهول، عقد را باطل می کند و با بطلان عقد، شرط هبه نیز باطل می شود.

با توجه به این تحلیل مشخص می گردد بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م.م. در مواردی جریان دارد که عقد اصلی، عقد مغایبی باشد، یعنی غرر در آن راه دارد و آلا اگر عقد اصلی عقدی غیر معاوضی و مسامحی باشد علم اجمالی در عوض یا عوضین موجب بطلان عقد و به تبع آن شرط نخواهد بود. (کاتوزیان، ج ۳: ۱۹۰)

۵-۳ - مبحث سوم - اشکال مختلف شروط

در ماده ۱۳۴ ق.م. شرط به سه قسن صفت، نتیجه و فعل تقسیم شده است. معمولاً این تقسیم به عنوان قسیم شروط صحیح در مقابل تقسیم شروط باطل و مبطل که در گذشته بیان شد قرارداد می شود. (امامی، ج ۱: ۲۸۲) اما باید توجه داشت که تقسیم ماده ۲۳۴ ق.م. ارتباطی به اعتبار شرط ندارد و تنها شکل یا قالب شرط در سه حالت تصور شده است. به همین دلیل شروط باطل نیز همچون شروط صحیح در یکی از قالبهای فوق قرار می گیرند.

البته بدیهی است در صورت بطلان شرط ؛ در مورد تأثیر قالبهای سه گانه بحثی صورت نمی گیرد و بررسی احکام شروط صفت، نتیجه و فعل وقتی معنا می دهد که شرط صحیح باشد و شاید به همین دلیل این شروط را شروط صحیح نامیده اند .

۵-۳-۱ - گفتار اول - مفهوم و احکام شرط صفت

ماده ۲۳۴ ق.م . شرط صفت رت به شکل زیر تعریف می کند :

« شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله»

شرط صفت معمولاً مربوط به مورد معامله است اما ممکن است در برخی موارد صفت به متعاقدين ارتباط داشته باشد همچنانکه در ماده ۱۱۲۸ ق.م شرط صفت (صریح یا تبانی) و آثار آن را برای طرفین عقد نکاح پذیرفته است .

نکته قابل توجه آن است که صفت در مقابل مقدار به چگونگی و کیفیت می پردازد نه به کمیت اما در تعریف فوق صفت اعم از کیفیت یا کمیت در نظر گرفته شده است .

علت این امر آن است که کمیت در برخی از نقش مقدار را ایفای کند و در مواردی به عنوان صفت مورد توافق قرار می گیرد . کمیت در معنای مقدار به موتردی اشاره دارد که مجموعه ای از واحدهای ارزش کمی در کناریکدیگر قرار گرفته اند و افزایش یا کاهش هر واحد مستقیماً مورد توجه می باشد ، به طور مثال ۱۰۰ کیلو برنج به ۱۰۰ واحد ارزش خاص اشاره می کند که قابل تجزیه به واحدهای مستقل است .

بنابراین ۱۰۰ کیلو ، مقدار مورد معامله است ، اما در یک فرش سه در چهار (۱۲متری) دوازده متر را نمی توان به مقدار فرش تصور کرد زیرا برخلاف مثال قبلی نمی توان ۱۲ متر را به

واحد‌های مستقل تجزیه و تصور نمود . بنابراین ۱۲ متر وصف فرش می باشد (ر.ک. به ماده ۳۸۵ ق.م).

چنانچه کمیت صفت باشد مطابق قاعده عمومی تنها حق فسخ بوجود می آید . ماده ۲۳۵ ق.م . به حکم شرط صفت اشاره می کند :

«هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده اختیار فسخ خواهد داشت .»

در توضیح ماده باید به این نکات توجه داشت :

۱- ایجاد حق فسخ در صورت فقدان صفت در موتردی است که مورد معامله عین معین باشد

والّا در مال کلی ، چنانچه مصداق تسلیم شده فاقد صفت مورد نظر باشد متعهدله باید مال را

رد کند و مالی را درخواست نماید که دارای صفت قراردادی باشد . متعهد نیز مکلف به

اجرای این درخواست می باشد مگر اینکه به نحو دیگری تراضی نمایند. همچنین اگر

مشخص شود امکان تحقق صفت وجود ندارد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت .

۲- با توجه به مباحث مربوط به اشتباه در قرارداد لازم است صفت در ماده ۲۳۵ را صفت فرعی

در مقابل صفت اساسی در ماده ۲۰۰ بدانیم ، زیرا چنانچه وصف مفقود وصف اساسی باشد

قرارداد باطل خواهد بود . (صفایی : ۱۹۳)

۵-۳-۲ - گفتار دوم - مفهوم و احکام شرط نتیجه

شرط نتیجه بر اساس تعریف ماده ۲۳۴ ق.م. « آن است که تحقق امری در خارج شرط شود .»

مقصود از این تعریف آن است که وجود نتیجه اعمال حقوقی صرف نظر از مسببات خاص آنها (انشاء

و ایجاب و قبول هر عقد) مستقیماً در قرارداد شرط شود. به طور مثال تملیک مال، نتیجه عقودی مانند بیع، هبه یا صلح است.

حال اگر بدون در نظر گرفتن عقد و ماهیت خاصی که منجر به تملیک می شود نفیس تملیک و تحقق مالکیت مال مهم باشد طرفین نمی توانند وجود مالکیت برای کسی را در قرارداد شرط کنند مانند اینکه طرف قرارداد بنویسد «تو مالک اتومبیل من هستی» یا در شرطی که در عقدنامه های نکاح وجود دارد مرد همسر خود را در مواردی از طریق شرط نتیجه، وکیل در طلاق خود نموده است.

شرط نتیجه، تابع قواعد عمومی قراردادهای و شروط است و نمی توان احکام خاص قراردادهای معین را رد آن جاری نمود.

ماهیت شرط نتیجه یک عمل حقوقی رضایی است یعنی قصد و اراده می تواند نتیجه و اثری را مستقیماً، ایجاد نماید [به همین دلیل چنانچه نتیجه مورد نظر تنها از طریق تشریفات و اسباب خاص بوجود می آید شرط نتیجه نمی تواند چنین نتیجه و اثری را بوجود آورد و حصول نتیجه تنها به وسیله اسباب و تشریفات خاص امکانپذیر است. به طور مثال نتیجه نکاح را تنه می توان از طریق ایجاب و قبول خاص نکاح (الفاظ) محقق ساخت و شرط نتیجه در این مورد باطل است، این حکم در ماده ۲۳۶ ق.م منعکس شده است. البته برخی از انواع تشریفات با شرط نتیجه منافاتی ندارد و می توان با رعایت آن تشریفات شرط را منعقد کرد به طور مثال، اگر مالی که از طریق شرط نتیجه تملیک می شود غیر منقول باشد می توان شرط نتیجه را به صورت رسمی ثبت کرد تا اشکالی بر انتقال مال وارد نشود.

در انتهای ماده ۲۳۶ ق.م به نکته ای اشاره شده که به ماهیت این شرط ارتباط پیدا می کند .
در این ماده آمده است چنانچه سبب خاصی برای حصول نتیجه لازم نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط
حاصل می شود

مقصود از حصول نتیجه به نفس اشتراط چیست ؟ آیا منظور آن است که شرط نتیجه حتی در
مواردی که مربوط به اشخاص ثالث است به قبولی و نظر ثالث نیاز ندارد ؟ به طور مثال اگر به
صورت شرط نتیجه مالی به ثالث تملیک گردد مالکیت به نفس اشتراط حاصل می شود یا خیر؟
بدیهی است در مواردی که اثر شرط نتیجه به طرفین قرارداد ارتباط دارد توافق آنها بر عقد و
شرط مشکل را حل می کند . اما در مورد شخص ثالث ، مساله به «تعهدات به نفع یا ضرر ثالث»
بازگشت می کند در تعهدات به ضرر ثالث نیز مساله روشن است و ماده ۲۳۶ به آن توجه ندارد .

بنابراین ظاهراً حکم ماده در «شرط به نفع ثالث» قابل بررسی است . در این مورد دو توجیه قابل
تصور است . ممکن است به دلیل آنکه مصلحت ثالث نوعاً در شرط به نفع ثالث رعایت می شود
قبول او را مفروض بدانیم و به محض انشای شرط نتیجه آثار آن را برقرار نماییم و یا اینکه صرف
نظر از قبول یا رد ثالث ، ماده ۲۳۶ را تنها به اعتبار شرط نتیجه به عنوان یک طرف عمل حقوقی
(مانند ایجاب) تحلیل نماییم و به عبارت دیگر مقصود از نتیجه را نتیجه ایجاب توسط شرط تلقی
کنیم . به نظر می رسد ظاهر ماده ۲۳۶ با نظر اول هماهنگ تر است علاوه بر اینکه مانعی برای
پذیرش این نظر وجود ندارد. (کاتوزیان، ج ۳: ۲۲۷)

۵-۳-۳ - گفتار سوم - مفهوم و احکام شرط فعل

شرط فعل بر اساس تعریف ماده ۲۳۴ ق. م معنای بسیار وسیعی دارد زیرا شرط فعل ، شامل فعل و ترک فعل ، فعل مادی و حقوقی ، فعل یک طرف ، هر دو طرف یا شخص ثالث می گردد .

چنانچه در قرار داد شرط فعل وجود داشته باشد در واقع مشروط علیه نسبت به انجام فعل تعهد پیدا می کند . بنابراین اولین اثر شرط فعل ایجاد یک تعهد و التزام برای متعهد شرط است . در صورتی که مشروط علیه شرط را انجام ندهد بنا بر نظر قانون مدنی (بر خلاف برخی از نظرات فقهی و حقوقی) (نراقی : ۴۵) ابتدا حق فسخ ایجاد نمی شود بلکه مشروط له حق دارد متعهد شرط را به انجام شرط الزام کند (ماده ۲۳۷ ق. م) و یا در مواردی که امکان انجام شرط توسط شخص دیگر غیر از مشروط علیه وجود داشته باشد با نظر قاضی ، شرط توسط شخص دیگر با هزینه مشروط علیه انجام شود (ماده ۲۳۸ و ۲۲۲ ق. م) مانند مواردی که مباشرت مشروط علیه صریحاً یا عرفاً در انجام شرط ضروری نباشد .

نهایتاً چنانچه الزام متعهد یا انجام شرط توسط دیگری امکان پذیر نباشد مشروط له می تواند قرارداد اصلی را که شرط در ضمن آن واقع شده فسخ کند (ماده ۲۳۹ ق. م . علت ایجاد حق فسخ برای مشروط له جبران ضرری است که از ناحیه عدم تعادل قرارداد به دلیل حذف شرط از آن برای وی حادث می شود . (نراقی : ۴۵)

بنابراین چنانچه خسارتی از ناحیه عدم اجرای شرط وارد شده باشد مشروط له می تواند در کنار حق فسخ خسارات را نیز مطالبه کند چون حق فسخ به جبران این نوع خسارات ارتباط ندارد .

درخصوص الزام مشروط علیه به اجرای شرط با توجه به نوع فعل ، حالات زیر قابل تصور است :

۱- فعل مادی ، مانند ساخت یک دیوار که در صورت تخلف از ساخت دیوار ، متعهد را به آن الزام کند .

۲- ترک فعل مادی ، مانند عدم ساخت دیوار که تخلف از انجام شرط در این مورد عبارتست از ساخت دیوار . حال این سوال پیش می آید که الزام به انجام شرط در ترک فعل مادی چگونه است؟ آیا تخریب دیوار و بازگشت وضع به حال اول امکانپذیر است یا در چنین موردی به دلیل عدم امکان الزام ، راه حل بعدی یعنی فسخ مطرح می شود ؟

بنظر می رسد تخریب می تواند مصداقی از الزام باشد مشروط بر اینکه اعمال این حق یعنی الزام به وفای شرط مستلزم ضرر غیر متعارف (حتی به مشروط علیه) و سوء استفاده از حق نباشد. (خمینی، ج ۲: ۱۷۸)

۳- فعل حقوقی ، مانند فروش خانه که تخلف از آن ؛ عدم اقدام به فروش می باشد . در این مورد می توان مشروط له را الزام نمود تا خانه را بفروشد .

۴- ترک فعل حقوقی ، مانند عدم فروش خانه که تخلف از آن فروش خانه است . مجدداً این سوال مطرح است می شود در این صورت الزام مشروط علیه به انجام شرط چگونه خواهد بود ؟ آیا فروش خانه فسخ یا ابطال می گردد یا اساساً چون الزام امکانپذیر نیست مشروط علیه عقد اصلی را نسخ می کند.

این مسأله به ماهیت شرط ترک فعل حقوقی و اثر تخلف از آن بازگشت می کند . ممکن است بنابر نظرات و مبانی گوناگون تخلف از این شرط یعنی فعل حقوقی انجام گرفته صحیح و قابل فسخ ، غیر نافذ یا باطل دانسته شود . (صفایی-قاسم زاده : ۲۶)

شاید نظریه بطلان با توجه به ماده ۴۵۴ ق.م. و برخی توجیهات حقوقی قابل قبول تر باشد . بر اساس این ماده :

«هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است.»

شرط عدم تصرفات ناقله شرط ترک فعل حقوقی است که بر اساس ظاهر ماده ضمانت تخلف از آن بطلان صرفات می باشد توجیه حقوقی این حکم آن است که نتعهد با اراده ؛ حق خود را نسبت به تصرفات معین از بین برده است و به عبارت دیگر در موارد تعیین شده اهلیت تمتع را از خود سلب کرده است(سلب حق جزئی). (امامی، ج ۴: ۱۵۸-۱۵۹)

بنابراین تخلف مشروط علیه در این مورد بی اثر است و الزام به انجام شرط به معنای بازگشت آثار ظاهری معامله باطل می باشد (مانند برگشت مال).

۴-۵ - مبحث چهارم - احکام عمومی شروط

احکام خاص شروط سه گانه (صفت ، نتیجه ، فعل) در مبحث گذشته بررسی شد . در کنار این احکام ، احکام دیگری نیز مورد توجه بوده که به اختصار به آنها اشاره می گردد .

۵-۴-۱ - گفتار اول - اثر ممتنع شدن شرط

در شرط فعل ، امتناع مشروط علیه از انجام شرط ابتدا الزام وفای به شرط و سپس حق فسخ را به دنبال داشت .

اما اگر اجرای شرط به دلایل قهری پس از عقد ممتنع شود یا مشخص گردد که در هنگام انعقاد قرارداد شرط ممتنع بوده است مسأله چه حکمی خواهد داشت ؟ آیا به دلیل اینکه قوه قاهره اجرای شرط را منتفی کرده است مشروط علیه مسئول هیچ نوع جبران حتی پذیرش فسخ عقد نیز نخواهد بود ؟

ماده ۲۴۰ ق. م در پاسخ به این مسأله حق فسخ برای مشروط له را شناسایی کرده است حق فسخ جبرانی برای بر هم خوردن تعادل قرار دادی است که به واسطه منتفی شدن شرط پیش بینی می شود .

اگر انتفای شرط با تقصیر مشروط علیه توأم باشد علاوه بر فسخ ، امکان مطالبه خسارت نیز وجود دارد اما در حالتی که شرط قهراً از بین می رود متعهد شرط از پرداخت خسارات معاف می گردد ولی دلیلی برای جلوگیری از ایجاد حق فسخ وجود ندارد . (نجفی، ج ۲۵: ۱۴۳)

بدیهی است چنانچه ممتنع بودن یا ممتنع شدن شرط مستند به مشروط له باشد وی حق فسخ قرارداد را نخواهد داشت زیرا این حق ؛ نوعی جبران به نفع اوست که سببیت او در ورود ضرر به خود جبران را منتفی می سازد (تقصیر زیان دیده) . به طور مثال اگر زمان اجرای شرط به مشروط له واگذار شود و مشروط له با تعلل و تأخیر خود زمانی را انتخاب و اعلام کند که شرط

در آن قابل اجرا نیست و یا اینکه مشروط له از ممتنع بودن شرط در زمان عقد آگاه باشد ولی آن را اعلام نکند حق فسخی برای او ایجاد نمی گردد.

۵-۴-۲ - گفتار دوم - شرط رهن یا ضمان در عقد

قانون مدنی با تلفیق احکام شرط و ضمان و رهن مسایلی را مطرح کرده است :

۱- ماده ۲۴۱ قانون مدنی : « ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه

که به واسطه معامله مشغول الذمه می شود رهن یا ضامن بدهد . »

علت طرح این ماده آن است که عقد رهن یا ضمان مبتنی و مسبوق به وجود دین هستند اما این سوال وجود دارد که آیا وجود قطعی و بالفعل دین برای صحت این عقود لازم است یا وجود سبب دین کافی است ؟ ماده ۲۴۱ قانون مدنی تلویحاً وجود سبب دین را کافی دانسته است ، زیرا در هنگام انعقاد شرط ؛ دین قطعی و بالفعل وجود ندارد بلکه نهایتاً سبب دین ، یعنی عقد مقارن با شرط محقق شده است . عقد سببی است که به واسطه آن تحقق دین و اشتغال ذمه محتمل است (ضمان درک و ضمان ناشی از بطلان عقد) مواد ۶۹۱ و ۶۹۷ ق.م نیز به این حکم اشاره می کنند.

۲-ماده ۲۴۳ قانون مدنی : « هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط

انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت .»

شرط دادن ضامن از مصادیق شرط فعل است و مطابق احکام شرط فعل در صورتی که این

شرط اجرا نشود مشروط له ابتدا حق الزام به انجام شرط را دارد اما از آنجا که اجرای این شرط به

نظر ضامن وابسته است لذا اجبا رمشروط علیه به طور مطلق امکان پذیر نیست . (کاتوزیان، ج: ۳، ۲۲۲)

لذا در صورتی که وی شرط را اجرا نکند می توان الزام را به طور نوعی متفنی دانست و به طرف مقابل حق فسخ داد .

البته در موارد استثنایی که وجود ضامن آماده محرز است ، طبق قاعده کلی حق الزام برای مشروط له محفوظ خواهد بود.

۳- ماده ۲۴۲ قانون مدنی: «هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معین را رهن دهد و آن مال تلف یا معیوب شود مشروط له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارزش عیب و اگر بعد از آنکه مال را مشروط له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد . »

صرف نظر از اینکه معین بودن مال مرهونه شرط صحت رهن است یا خیر ، در ماده فوق فرض مساله معین بودن مال مرهونه است به همین دلیل در صورتی که پس از عقد رهن و قبل از قبض ، مال معین تلف یا معیوب شود ، الزام مشروط علیه به انجام شرط از طریق الزام به دادن عوض رهن یا ارزش عیب وجود ندارد زیرا تنها مال معین مورد قصد بوده نه بدل آنها و چنانچه مال به طور قهری تلف یا معیوب شود مورد از مصادیق ممتنع شدن شرط خواهد بود که نهایتاً حق فسخ برای مشروط له ایجاد خواهد کرد . البته اگر مال توسط مشروط علیه یا شخص ثالث اتلاف گردد امکان مطالبه جبران خسارت مال وجود دارد. (ماده ۷۹۱ق.م)(نجفی، ج ۲۵ : ۲۴۸)

اما چنانچه مال پس از قبض مشروط له به طور قهری تلف یا معیوب شود مشروط له حق فسخ نیز ندارد زیرا مشروط علیه شرط را اجرا کرده و الزام یا فسخ بی معنا خواهد بود . رهن گیرنده پس

از قبض مال مرهونه در حکم امین است و تنها با تعدی و تفریط مسئول جبران خسارات وارد بر مال خواهد بود .

۵-۳- گفتار سوم - اسقاط شرط

شرط ضمن عقد برای ذینفع شرط؛ حقی را نسبت به مشروط علیه ایجاد می کند . ویژگی هر حقی آن است که صاحب آن می تواند آن را اسقاط و از آن صرف نظر نماید . این حکم روشن در ماده ۲۴۴ ق. م نیز تصریح شده است ، در انتهای این ماده این عبارت آمده است : «... لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست».

مبنای حکم اخیر آنست که شرط نتیجه مطابق با مواد قبل به نفس اشتراط حاصل می شود . در واقع چون بین مرحله انعقاد و اجرای شرط نتیجه فاصله ای وجود ندارد امکان اسقاط نیز منتفی است . این قاعده تنها به شرط نتیجه ارتباط ندارد و هر شرط و تعهدی پس از اجرا ساقط می شود و مجدداً نمی توان آن را ساقط کرد .

در بحث سقوط تعهدات وفای به عهد و ابراء (اسقاط) هر یک سبب مستقلی برای سقوط تعهد هستند ، بنابراین در مرد شرط فعلی که مشروط علیه آن را اجرا کرده همین حکم جریان دارد . به طور مثال اگر مشروط علیه خانه ای را که تعهد به ساخت آن داشت بسازد مشروط له نمی تواند شرط را ساقط کند زیرا تعهد ناشی از شرط با ساخت خانه ساقط شده است .

بنابراین به عنوان یک قاعده کلی می توان گفت اسقاط شرط تنها در فاصله انعقاد تا اجرای شرط امکان پذیر می باشد . برخی از حقوقدانان این حکم را تنها در موردی مطرح کرده اند که شرط نتیجه

اساساً حاصل نشده باشد (امامی، ج ۱ : ۲۹۴) و برخی به هر دو حالت عدم تحقق و تحقق شرط اشاره می کنند . (کاتوزیان، ج ۳ : ۲۲۹)

اسقاط شرط نوعی عمل حقوقی (ایقاع است که نیازمند اراده و یکی از اشکال بیان اراده مانند لفظ یا اشاره و ... می باشد (ماده ۲۴۵ ق.م)

۵-۴-۴- گفتار چهارم - تأثیر بطلان یا فسخ عقد بر شرط ضمن آن

چنانچه عقد به هر دلیل از بین برود وضع شرط چگونه خواهد بود ؟

ماده ۲۴۶ ق.م در این باره احکامی به شکل زیر را طرح می کند :

« در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می تواند عوض او را از مشروط له بگیرد ».

بر هم خوردن عقد ممکن است به دلیل فسخ، اقاله ، انفساخ یا بطلان باشد که با توجه به زمان تأثیر علل مذکور می توان مساله را در دو حالت زیر بررسی کرد :

۱- فسخ ، اقاله ، انفساخ :

اگر چه این سه حالت تفاوتی با هم دارند اما وجه مشترک آنها این است که در هر سه مورد عقد از زمان حدوث آنها بر هم می خورد و تا پیش از وقوع این امور عقد صحیح و مؤثر است . حال چنانچه عقد مشروطی فسخ ، اقاله یا منفسخ شود تکلیف شرط ضمن آن چیست ؟

ماده ۲۴۶ در یک حکم کلی شرط را باطل می داند اما این سوال وجود دارد که به چه دلیل

شرط باطل است ؟

عقد تا قبل از فسخ یا انفساخ صحیح و شرط ضمن آن نیز صحیح است چنانچه در این مدت به شرط عمل شده باشد شرط اجرا شده و بطلان آن معنا ندارد و اگر شرط اجرا نشده باشد تا زمان فسخ یا انفساخ صحیح بوده و آثار خود (مانند ایجاد التزام) را برجای گذاشته است و پس از فسخ یا انفساخ شرط به تبع عقد منحل و منفسخ می گردد نه باطل .

در صورتی که قبل از فسخ و انفساخ شرط اجرا شده باشد مطابق با قسمت اخیر ماده ۲۴۶ ق . م به دلیل آن که مشروط له منافی را بدون سبب کسب کرده است مکلف به جبران آن خواهد بود .

با توجه به مباحث گذشته روشن می گردد چنانچه شرط ضمن عقد ، شرط نتیجه باشد که به نفس اشتراط حاصل می شود شرط همواره اجرا شده خواهد بود و در صورت فسخ یا انفساخ مشروط له باید عوض شرط را به مشروط علیه پرداخت کند . (امامی، ج ۱: ۲۹۶)

۲- بطلان :

در صورتی که عقد باطل شود شرط ضمن آن نیز باطل میشود زیرا انشای شرط در ضمن انشای عقد اصلی قرار دارد و با بطلان عقد اصلی (از ابتدا) شرط ضمن آن نیز حیات پیدا نکرده است . این حکم مسلماً در مورد شروط وابسته جریان دارد اما چنانچه شرط ضمن عقد یک شرط مستقل باشد (مانند عقد وکالت ضمن عقد بیع) ممکن است بطلان عقد اصلی موجب بطلان شرط نباشد ؛ به طور مثال اگر دلیل بطلان عقد اصلی (بیع) عدم اهلیت یا فقدان قصد انشا باشد شرط نیز باطل خواهد بود اما اگر دلیل بطلان عقد اصلی اموری مانند غرر باشد ؛ عدم بطلان شرط مستقل قوی تر بنظر می رسد .

چنانچه مشروط علیه بدون آگاهی از بطلان عقد ، شرط را اجرا کرده باشد و سپس

بطلان عقد مشخص شود حکم انتهای ماده ۲۴۶ در مورد پرداخت عوض از سوی مشروط له

جریان خواهد داشت . بدیهی است در صورت آگاهی مشروط علیه از بطلان ؛ اجرای شرط،

اقدام علیه خود و عوض ، غیر قابل جبران خواهد بود . (ره پیک : ۱۴۵)

فصل ششم

شرط فعل در حقوق

ایران و فقه امامیه

از آنجائی که قانون مدنی ما در بحث شروط از فقه امامیه تبعیت نموده است، ما بررسی فقه امامیه و حقوق مدنی را هم زمان انجام داده و اگر البته در این مبحث ویژگی خاصی برای هر یک یافتیم آن را بیان می داریم.

آنچه اساساً مستند فقه امامیه در این مبحث است، کتاب مکاسب شیخ انصاری و برای حقوق ایران نیز مستقیماً قانون مدنی را مورد مطالعه قرار می دهیم. در این بخش ابتدا شرائط صحت شروط را بررسی می کنیم و آنگاه آثار شروط را مورد مطالعه قرار داده و در نهایت به شرط فعل به نفع یا ضرر ثالث می پردازیم.

۶-۱- مبحث اول - شرائط صحت شرط فعل در حقوق ایران

۶-۱-۱- گفتار اول - مفاد شرط باید انجام شدنی جلوه کند

مثال بارزاین شرط که عمدتاً برای شرط فعل مد نظر قرار می گیرد، شرط پرواز در آسمان می باشد.

قانون مدنی شرط غیر مقدور را در زمره شروط باطل آورده است، اصولاً اگر عدم قدرت بر انجام شرط فعل به طور مطلق باشد، عقد را نیز باطل می سازد. برعکس، اگر تهیه مقدمات عمل در اختیار متعهد باشد، می توان بر صحت چنین عقدی پا فشرد.

در هر حال، لازم نیست مفاد شرط حتماً در زمان عقد مقدور باشد، بلکه می تواند پس از گذشت زمانی مفاد آن قابل تحقق بشود، همچنین لازم نیست داشتن قدرت با ملاحظه توان خود متعاقدين در نظر گرفته شود بلکه می توان شرطی را در ضمن عقد آورد که از توان ثالث برآید.

از نظر قانون مدنی شرط غیر مقدور شرطی است که متضمن امری باشد که تحقق آن غیر ممکن باشد، این غیر ممکن بودن می تواند مادی و یا قضائی باشد. اگر شرط کند در مدت دو ساعت به آمریکا برود، غیر مقدور مادی و اگر شرط کند که ضغیر غیر ممیز بتواند در اموال خود تصرف کند، غیر مقدور بودن قضائی می باشد. اگر تحقق شرط مشکل باشد، به آن شرط غیر مقدور نمی گویند. همچنین امتناع تحقق شرط نباید مستند به فعل مشروط له باشد (ماده ۲۴۰ ق.م).

۶-۱-۲ - گفتار دوم- مفاد شرط باید سائغ باشد

عمده فقهای که این شرط را بعنوان یکی از شرائط صحت بیع بر شمرده اند، مثال برای آنرا جائز بودن جهت دانسته اند ، لذا نمی توان در ضمن عقد شرط کرد که مشتری سرب خریداری شده را به اشرار بفروشد که از آن در جهت تهیه گلوله استفاده کنند.

۶-۱-۳- گفتار سوم - مفاد شرط باید عاقلانه باشد

عاقلانه بودن مفاد شرط بسته به نظر عرف است، ممکن است عملی برای فردی غیر عاقلانه و برای دیگری عاقلانه باشد لذا داشتن یکی از دو غرض نوعی و یا غرض شخصی کفایت می کند. در این رابطه علامه در تذکره می فرماید شرطی که مالیت را کم و یا زیاد نمی کند، لغو و بیهوده است و در صورت تعذر موجب خیار فسخ هم نیست (علامه حلی، ج ۲: باب عیب)، البته در موردی که شک کنیم آیا بر مفاد شرط غرض عقلانی مترتب است یا خیر، اصل داشتن غرض عقلانی که موجب صحت شرط است، مقدم داشته می شود.

۶-۱-۴- گفتار چهارم - مفاد شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد

عمده ترین شرطی که فقهاء در باب صحت شروط ذکر کرده اند، این شرط می باشد، یعنی شروط دیگر مآلاً به این شرط بر می گردند، مثلاً اگر شرطی در آن یکی از دو عوض مجهول باشد، بخاطر این است که عقد را غرری می سازد و غرر در شرع نهی شده است. در تفسیر این شرط، شیخ انصاری می گوید: در اینجا مراد تنها کتاب و سنت نیست، بلکه صحت شرط باید با تمام آنچه بر عبادالله واجب شده، محک زده شود. بعلاوه مراد از موافقت با کتاب و سنت، عدم مخالفت با آنها است، همین که حکمی در کتاب و سنت حرام نباشد، موافق کتاب و سنت محسوب می شود.

۶-۱-۵- گفتار پنجم - مقتضای شرط با مقتضای ذات عقد نباید مخالف باشد

عمده ملاک هایی که در وجه عدم صحت عقدی که در آن شرط خلاف مقتضاء شده دو چیز است:

- اولاً لازمه چنین شرطی جمع بین متناقضین است زیرا نمی توان در آن واحد به هر دو عمل نمود و جمع بین متناقضین محال عقلی است.

- ثانیاً شرط مخالف مقتضای عقد، خلاف کتاب و سنت است. چون مثلاً اگر منافی با ملکیت است، لازمه اش سلطنت نداشتن مشتری بر مال خریداری شده می باشد که با الناس مسلطون علی اموالهم در تعارض می افتد. لذا بطلان شرط هم از این جهت است که تعارض بین مفاد شرط با مفاد عقد می افتد و هم از جهت مخالفت با حکمی که اثر نفی شده را لازمه مقتضای عقد شمرده و یا تخلف عقد را از مقتضای خود جائز ندانسته است.

در تحلیل دقیقتر، دو سری مقتضا برای عقد وجود دارد: سری اول مقتضیات اطلاق عقد هستند و سری دوم مقتضیات ذات عقد. به اصطلاح اثر عقد مطلق با اثر مطلق العقد متفاوت است. آثار عقد مطلق را می توان بواسطه شرط تغییر داد. مثلاً اطلاق عقد مقتضی تعجیل در پرداخت ثمن است ولی این اثر را می توان بواسطه شرط زایل نمود. اما اثری که اثر مطلق العقد و طبیعه العقد باشد، بنا به طبیعت خود در تمامی افراد ساری و جاری است و شرط خلاف آن نمی توان نمود.

اگر به شرطی در قرار داد برخوردیم که ندانیم شرط از گونه منافی با مقتضای ذات عقد است یا با اطلاق آن معارض است، دو راه حل وجود دارد:

- راه اول این است که قائل شویم هم عقد و هم شرط هر دو سقوط می کنند.

- راه دوم اینکه بگوئیم شرط منافی ساقط می شود چون شرط منافی تابع است و عقد متبوع آن.

قانون مدنی نیز که در اصل نظریه از فقه تبعیت نموده و در ماده ۲۳۳/۱ شروط خلاف مقتضا را باطل و مبطل قلمداد نموده.

۶-۱-۶- گفتار ششم - مفاد شرط نباید مجهول باشد

شرط دیگر از شرایط صحت شرط این است که مفاد شرط نباید مجهول باشد، بنابراین، اگر تاجری جنس خود را بفروشد با این شرط که در معاملات آینده لطفی در حق خریدارش بکند یا بگوید من در معاملات بعدی جبران خواهم نمود ولی مشخص نکند تا چه مبلغ، این شرط باطل است. البته اگر به نحوی حدود و ثغور شرط را مشخص کند، ایرادی ندارد مثل اینکه متعهد شود در معامله بعدی ۱۰٪ ارزان تر بفروشد یا هزینه حمل معامله بعدی را به عهده بگیرد.

قانون مدنی در ماده ۲۳۴ شرط مجهولی را که موجب جهل به احد عوضین بشود، را نه تنها باطل که موجب بطلان عقد نیز می داند. دلیل سرایت بطلان به عقد بیع مقرون به چنین شرطی این است که موجب غرری نمودن عقد می گردد و عقد غرری به اتفاق فقهاء باطل است. برای مثال، اگر مدت تحویل جنس در عقد به نحوی مجهول گذاشته شود (اگر این شرط را مخالف مقتضای عقد نباشد) بدلیل سرایت این جهالت به احد عوضین بیع باطل می گردد (حسینی عاملی، ج ۴: ۷۴۸ و ۷۳۵) پس هر شرط مجهولی نمی تواند منجر به بطلان عقد شود، بلکه شرطی موجب بطلان عقد می شود که در بردارنده امر مجهولی باشد که جهالت نسبت بدان منجر به جهالت نسبت به یکی از دو عوض شود.

ممکن است شرط معلومی ضمیمه شرط مجهولی شود، این جزء معلوم موجب صحت عقد نمی گردد ولی اگر شرط مجهول تابع امر معلوم باشد، به صحت عقد خللی وارد نمی گردد، در مورد شرط صفت می توان مثال آورد که اگر فروشنده بگوید این ماهی را (که معلوم است) با خاویارهای داخل شکمش می فروشم به فلان مقدار، ایرادی ندارد، ولی اگر خاویارهای داخل شکم ماهی (که معلوم نیست) را به همراه ماهی بفروشد به مبلغ معین، ایراد دارد. لذا باید ملاحظه نمود آیا قسمت مجهول تابع است یا متبوع. اگر متبوع باشد، از نظر علامه در تذکره ایرادی ندارد.

قانون مدنی تنها شرط مجهولی که موجب جهل به احد عوضین باشد، را مبطل می داند مثلاً در موردی که شرط مجهول منجر به عدم قدرت بر تسلیم مبیع شود، ساکت است. به نظر می رسد قانون مدنی در غیر موردی که شرط مجهول منجر به جهالت احد عوضین شود، چهره شرط را فرعی و تبعی می داند و از این رو است که مجهول ماندن آن را سببی برای بطلان عقد نمی داند.

نکته بعدی اینکه اگر در مبطل بودن شرط باطل اختلاف شود، سخن قائل به صحت عقد مقدم داشته می شود یعنی سخن کسی که قائل است شرط تنها خود باطل است و بطلان به عقد سرایت نمی کند، مقدم داشته می شود. لذا اگر بایع و مشتری در مجهول یا معلوم بودن زمان تحویل مبیع اختلاف کنند، قول مدعی معلوم بودن مقدم داشته می شود (شیخ طوسی: ۱۰۱) چون در صورت مجهول بودن اجل، عقد باطل می گردد.

۶-۱-۷- گفتار هفتم- مفاد شرط نباید مستلزم امر محال باشد

شرط ششم از شرائط صحت شروط این است که مضمون شرط نباید در بردارنده امر غیر ممکن باشد، مثال بارزی که فقهاء برای این شرط آورده اند، این است که شخص بگوید این جنس را به شما می فروشم به شرط اینکه مجدداً به خودم بفروشی. در وجه بطلان این شرط علامه می گوید این امر مستلزم دور است که عقلاً محال می باشد. (مفتاح الکرامه، ج ۴: ۷۳۷) ولی اگر شرط کند که او بدیگری (ثالث) بفروشد، این درست است چون منافاتی با کتاب و سنت ندارد. حالا اگر ثالث نخرید، در مورد مسئله احکام عقد فضولی جاری خواهد شد. به نظر می رسد اگر بایع بگوید این جنس را به شما می فروشم به شرط اینکه اگر خواستی به کسی بفروشی من اولی به خرید باشم، این عقد درست باشد.

۶-۱-۸- گفتار هشتم - آیا شرط فعل باید در متن عقد باشد؟

یکی از مسائل اختلافی بین فقهاء اینست که آیا شرط باید حتماً در ضمن عقد باشد یا چنین الزامی وجود ندارد. شرطی که در ضمن عقد نیاید، ولی طرفین عقد بر آن تبانی نموده باشند را شرط بنائی یا شرط توائمی می گویند. مشهور فقهاء هر گونه الزام و وعده خارج از عقد (که به نحوی به صورت شرط در ضمن عقد نیاید) را لازم الوفاء نمی دانند، لذا شرط بنائی اگر هیچ ارتباط لفظی و یا کتبی با عقد نداشته باشد، را یک الزام مستقل می دانند حتی اگر اثر آن در خود عقد آشکار باشد، چنین الزام مستقلی تحت عنوان شرط ابتدائی مورد بحث فقهاء واقع گردیده است.

شیخ طوسی (کاسب، ج ۲: ۱۳) و ابن براج و علامه حلی بر خلاف مشهور، قائل به وجوب وفاء به چنین شروطی شده اند.

شیخ انصاری شرط بنائی را بر دو گونه منقسم نموده می گوید اگر طرفین در هنگام انعقاد عقد بکلی از شرط بنائی خود غافل باشند و قصد تاثیر دادن بدان را نداشته باشند، قطعاً چنین شرطی واجب الوفاء نیست. ولی اگر بنای آنها بر تاثیر دادن آن قرار گرفته و عالماً بدان و یا بنائاً بر آن، عقد را منعقد سازند، ممکن است وجوب وفاء داشته باشد و سخن شیخ طوسی که قائل به صحت شرط بنائی شده را نیز بر همین مورد حمل می کند.

۶-۱-۹- گفتار نهم- آیا شرط در ضمن عقد باید منجز باشد؟

گروهی معتقد شده اند که شرط دیگری نیز لازم است و آن اینکه باید شرط در ضمن عقد بصورت منجز باشد و خود شرط بر امر دیگری معلق نگردد، اینان بر این باورند که در صورتی که شرط معلق، موجب تعلیق در عقد بشود، عقد را باطل می سازد.

در توضیح این نظر باید گفت اگر ما قائل به بطلان عقد معلق شدیم، باید بگوئیم تعلیق در شرط اگر به تعلیق در عقد بر گردد به عقد خلل وارد می سازد، ولی اگر تعلیق در شرط به تعلیق در عقد بر نگردد، شرط عیب ندارد، از این رو اگر شخص خانه اش را بفروشد به شرط اینکه مشتری آن را تبدیل به بستنی فروشی نماید اگر در محل دبستانی درست شد یا بگوید شما وکالت داری در فروش این ماشین ولی اگر قیمت آن ناگهان پایین آمد، آن را نفروش این عقد بیع و وکالت صحیح است. ولی چنانچه بگوید اگر قیمت ماشین ناگهانی پایین نیامد وکالت در فروش آن داری، عقد وکالت صحیح نیست. با اینکه مفاد هر دو یکی است و هر دو مآلاً به یک امر بر می گردند، ولی یکی بالاجماع صحیح و دیگری بالاجماع باطل است. زیرا در دومی عقد وکالت معلق است ولی در اولی معلق نیست. تعلیق در خود وکالت صحیح نیست ولی در شرائط آن، درست است چون تعلیق در

شرط به تعلیق در عقد بر نمی گردد مضاف براینکه دلیلی بر بطلان تعلیق در شرط (بخلاف تعلیق در عقد) نداریم.

علامه مسئله ای را اشاره نموده که اگر جنسی به دیگری بفروشد با این شرط که اگر او بخواهد بفروشد، او اولی باشد به خرید، چنین امری تعلیق در شرط است و باطل می باشد.

شیخ می گوید علامه که قائل به بطلان شده از باب تعلیق در شرط نیست، بلکه از باب استلزام دور است. به هر حال تعلیق در شرط عیب ندارد ولی تعلیق در عقد وفق نظر مشهور فقهاء موجب بطلان عقد است.

این مطالب در جایی مطرح می شود که ما قائل به صحت عقد معلق نباشیم، ولی می توان از عبارت ماده ۱۸۹ ق.م به صحت عقد معلق قائل شد زیرا در چنین عقدی انشاء بطور منجز و قطعی انجام می گیرد و تنها اثر نهائی آن موقوف بر امر دیگری می شود لذا به دلیل عدم امکان تعلیق در انشاء نمی توان در صحت عقد معلق تردید نمود. (دکتر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال قرار داد- ایقاع: ۲۵ و دکتر دیانی، جزوه مدنی ۳) بنابراین باید گفت که قانون مدنی عقد معلق را پذیرفته و در این رابطه از قول مشهور علما که عقد معلق را جایز نمی دانند، پیروی ننموده است. البته این قانون در مورد تعلیق شرط بر امر دیگر، بیانی ندارد. اگر تعلیق در خود عقد جایز باشد، به قیاس اولویت می توان تعلیق در شرط را نیز جایز شمرد. مثلاً می توان عقد اجاره ای منعقد نمود و در آن شرط تملیک عین نمود منتها آن شرط را معلق به پرداخت کل مبلغ مال الاجاره توسط موجر (بصورت یکجا و یا بعد از پرداخت آخرین قسط مال الاجاره) به مستاجر نمود (اجاره به شرط تملیک)

در قسمت دوم این بخش به آثار شروط در فقه امامیه و ایران می پردازیم.

۶-۲- مب‌حث دوم- آثار شروط فعل در حقوق امامیه- ایران

در مورد آثار شرط فعل بعنوان یکی از اقسام شروط صحیح‌ه، سوالات متعددی مطرح گردیده است. این سوالات بقرار زیرند: آیا انجام فعل مشروط بر مشروط علیه واجب است و بر فرض وجوب، آیا وجوب تکلیفی است و یا وضعی؟ آیا الزام و اجبار مشروط علیه بر انجام فعل مشروط ممکن است؟ چه هنگام فسخ عقد ممکن است؟ آیا عدم فسخ و مطالبه ارش ممکن است؟ آیا خیار فسخ در هنگام تلف عین و یا انتقال به ثالث هم موجود است؟ آیا خیار فسخ قابل اسقاط است و... آیا شرط فعل بر علیه غیر متعاق‌دین (منظور از غیر در اینجا خداوند نیست چون فعل خدا از باب غیر مقدور بودن به بررسی گرفته شد) درست است؟ در اینجا به پاسخ این سوالات بطور مستقل می پردازیم.

۶-۲-۱- گفتار اول - آیا شرطی که متضمن انجام عملی از اعمال است، واجب الوفاء می باشد؟

یکی از سوالاتی که در فقه بدان پرداخته می شود ولی در علم حقوق از آن سخنی به میان نمی آید و شاید مهم ترین تفاوت علم حقوق با علم فقه باشد، این است که در علم حقوق بخلاف فقه ضامن اجرای قوانین بصورت حکم تکلیفی نیست و اگر هم بحث از واجب به میان می آید، وجوب وضعی مراد است. به هر حال، شیخ به این مسئله که آیا وجوب دارد یا خیر اشاره نموده است. وی می فرماید: مشهور فقها قائل به وجوب وفاء به شرط شده اند زیرا المومنون عند شروطهم هر چند جمله خبریه است ولی این جمله خبریه در مقام طلب و بعث استعمال شده که دلالت بر وجوب تکلیفی دارد. پس اگر در متن عقد شرطی شد، بر مشروط علیه واجب است به شرط خود عمل نماید. بعلاوه، شرط جزئی از عوضین است و مشمول اوفوا بالعقود نیز می شود.

در مقابل، شهید ثانی با انتساب قولی به شهید اول گفته (اللمعه الدمشقیه، ج ۳: ۵۰۶) وفاء به شرط جایز است نه واجب. مشروط علیه اگر به مفاد شرط جامه عمل بپوشاند، عقد لازم می شود و اگر عمل ننماید، برای مشروط له حق فسخ بوجود می آید. به هر حال، از نظر شهید اگر مفاد شرط، انجام عملی در عالم خارج باشد، آن عمل وجوب وفاء ندارد و تنها اثر چنین تقيیدی این است که عقد لازم تبدیل به عقد جائز شود.

استنباط وجوب تکلیفی که شیخ بدان معتقد است، مورد انتقاد فقهای بعدی مثل صاحب مستمسک عروه الوثقی و صاحب مصباح الفقاهه شده است زیرا از نظر ایشان این وجوب وجوب وضعی است زیرا اگر واجب تکلیفی باشد، اسقاط شرط و یا فسخ عقد باید حرام باشد در حالی که چنین نیست.

۶-۲-۲- گفتار دوم- آیا می توان مشروط علیه را به انجام مفاد شرط مجبور نمود؟

در خصوص اینکه آیا می توان مشروط علیه را مجبور به انجام مفاد شرط نمود، اختلاف شده است. مشهور فقها قائل به امکان اجبار شده اند ولی ظاهر سخن علامه در تحریر و در تذکره خلاف آن است. علامه می گوید اجبار وی لازم نیست هر چند وفاء به شرط امری واجب می باشد. محقق ثانی دو وجه، یکی برای الزام و دیگری برای عدم الزام به وفاء به شرط ذکر کرده است:

- برای وجه عدم الزام، می گوید فروشنده برای قرار از عقد می تواند آن را فسخ کند.

- برای وجه الزام نیز به ظاهر روایت المومنون عند شروطهم استناد نموده است، پس بنا بر نظر محقق ثانی اگر حکم به وجوب وفاء نمودیم، دو حالت پیدا می شود: هم می شود او را اجبار نمود و هم می توان قائل به عدم اجبار شد.

شهید ثانی در مسالک نیز همین قول را دارد و قائل به اصل عدم وجوب وفاء است. در جای دیگر با استناد به آیه وفاء و روایت المومنون قائل به وجوب وفاء شده است. ظاهر کلام این دو بزرگوار این است که هر جا که وجوب وفاء لازم است، اجبار به وفاء به شرط نیز لازم می باشد و هر جا واجب نباشد، اجبار هم لازم نیست.

شیخ انصاری در رد سخن علامه و محقق ثانی می گوید این سخن در نهایت سستی است چون خیار برای موردی است که فرد نمی تواند عقد را فسخ کند یعنی از قبل برای مشروط له خیار جعل نشده است، بلکه پس از یاس از وفاء به شرط، انسان به خیار تمسک می جوید، مشروط له تا آنجا که ممکن است، می خواهد شرط محقق شود و اگر تمامی تلاش هایش به نتیجه نرسید، به عنوان آخرین تیر ترکش به فسخ معامله روی می آورد. یعنی پس از تعذر شرط، برای وی خیار پیدا می شود.

آیا مشروط له در صورت تخلف مشروط علیه از انجام مفاد شرط بلافاصله می تواند عقد را فسخ کند یا باید بعد از الزام او و ناامیدی از اجبار مشروط علیه مبادرت به فسخ عقد کند؟

از ظاهر سخن شهید ثانی در لمعه چنین بر می آید که تا حد امکان باید مشروط علیه را الزام نمود و در صورت یاس، نسبت به فسخ اقدام نمود (شهید ثانی، ج ۳: ۵۰۶) ایشان تشبیه نموده اند مسئله شرط را به عوضین که متبایعین می توانند طرف دیگر را ملزم به دادن ثمن و مثنمن نمایند و اگر اجبار ممکن نشد، به فسخ روی می آورند.

ولی علامه در تذکره بر این باور است که مشروط له از همان اول مختار است بین فسخ و الزام.

قانون مدنی در ماده ۲۳۸ خود درباره امکان اجبار ملتزم به شرط مقرر می دارد « هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آنرا بجا آورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفاء به شرط نماید» بدینوسیله قانون مدنی در مرحله اول اجبار متعهد را بعنوان راه حل اساسی و نهایتاً فسخ را بعنوان آخرین دارو تجویز می نماید.

ماده ۲۳۸ ق.م ، نیز در تایید استثنائی بودن امکان فسخ اعلام می کند « هر گاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن بوسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند» ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز ترتیب آن را معین می کند. این ماده فقط در مورد کارهای مشروطی که جنبه مالی دارند و لازم نیست توسط شخص متعهد انجام شود، وارد شده است. در این موارد اجرای دادگاه به هزینه محکوم علیه وسیله انجام شرط را فراهم می آورد.

در مواردی که انجام کار مشروط قائم به شخصیت ملتزم است، تنها راه اجبار محکوم علیه ، اجبار مالی اوست و دادگاه می تواند برای هر روز تاخیر ملتزم را بطور غیر مستقیم به اجرای شرط وادار کند (تبصره ماده ۴۷) . این اجبار غیر مستقیم در ماده ۷۲۹ آئین دادرسی مدنی قدیم تحت عنوان جریمه دیر کرد انجام تعهد در تعهدات قائم بشخص آمده بود ولی در آئین دادرسی مدنی جدید در ماده ۵۲۲ این امکان را فقط در مورد تعهدات پولی آن هم در صورت تغییر فاحش شاخص

قیمت سالانه پذیرفته است. بهر حال تمیز اینکه اجرای مفاد شرط قائم به شخص مشروط علیه است یا خیر، با دادگاه است.

با این حال در مورد شرط ضمان، ماده ۲۴۳ ق.م.م، حکم استثنائی وضع نموده است. این ماده به اجمال مقرر می دارد که « هر گاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت». در این ماده به امکان اجبار ملتزم به انجام مفاد شرط، اشاره ای نشده است. دلیل وضع حکم استثنائی برای ضمان که در ماده ۳۷۹ ق.م.م، نیز آمده است و همچنین کلیه در موارد مشابه ضمان مثل شرط رهن و شرط دادن کفیل اینست که در آن موارد قانونگذار بر مبنای غلبه چنین فرض کرده است که نه با هزینه او می توان انجام فعل مشروط را فراهم آورد و نه اجبار ملتزم ممکن است. ولی اگر در مورد خاصی ثابت شود که این اجبار امکان داشته است (مانند رهن دادن عین معین) مشروط له حق فسخ عقد را ندارد. (دکتر کاتوزیان، ج ۳: ۲۲۲) البته مشهور فقهاء برای این موارد نیز استثنائی قائل نیستند. (نجفی جواهرالکلام، ج ۲۳: ۲۱۷)

۶-۲-۳- گفتار سوم- آیا درخواست عدم فسخ و مطالبه ازش ممکن است؟

شیخ انصاری معتقد است اگر به جبر هم نتوانستیم انجام فعل مشروط را عملی سازیم، مشروط له فقط حق فسخ دارد و نمی تواند مطالبه ازش نماید، زیرا شرط فعل، قید معنوی است و قابل مقابله با مال نمی باشد، ایجاب و قبول بر یک کل تجزیه ناپذیر جاری شده و بیع و تملیک با ملاحظه آن کل انجام شده است یعنی انجام معامله بدون قید و شرط مراد نبوده لذا نمی توان مقداری از ثمن را در مقابل قید و مقداری را در مقابل عقد قرار داد. از این رو برای مشروط له فقط حق خیار فسخ باقی می ماند.

شیخ در مقام دفع سوال مقدر که چرا در مورد خیار تخلف وصف و یا خیار عیب حق مطالبه ارش موجود است ولی در اینجا نیست، می گوید: در آن موارد نص خاص موجود است که بر اساس آن می توان مطالبه ارش نمود ولی در این خصوص نصی موجود نیست.

بر خلاف شیخ، علامه و صمیری قائل به امکان مطالبه ارش شده اند زیرا این عده عمل فائت را قابل تقویم به پول می دانند که به نسبت می توان از مبلغ معامله کسر نمود.

۶-۲-۴ - گفتار چهارم - آیا حق فسخ مشروط له در صورتی که عین تلف و یا به ثالث منتقل شده محفوظ است؟

شیخ انصاری می فرماید: حق فسخ متعهد له در هیچ حال از بین نمی رود بدین صورت که اگر عین مال در هنگام فسخ موجود باشد، عین آن و اگر عین موجود نباشد، بدل آن مسترد می گردد.

در صورتی که با وجود تصرف بعدی، وفای به شرط ممکن باشد (مثل اینکه در معامله فروش منزل قید کند که مشروط علیه یک دست لباس مجانی برای او بدوزد آنگاه مشتری منزل را به غیر منتقل کند در اینجا وفای به شرط ممکن است). آن تصرفات محکوم به صحت می باشند.

اما اگر تصرفی نموده که با انجام آنها، وفای به شرط غیر ممکن باشد (مثل اینکه شرط کند مال خریداری را وقف کند ولی وی آن را به دیگری بفروشد)، بهترین وجوه از نظر شیخ این است که کارها و تصرفات مذکور با اجازه مشروط له صحیح و اگر اجازه نکند، همگی باطل می شوند.

یعنی عقدی که صحیحاً واقع شده و از زمان عدم تنفیذ به بعد باطل گردد. پس با تصرف، خیار فسخ به جهت تخلف شرط ساقط نمی شود. البته اگر خود مشروط له تصرفی کند که انجام شرط را متعذر گرداند و تصرف وی نیز به معنای التزام به عقد بدون شرط باشد، خیار وی ساقط می گردد.

۶-۲-۵- گفتار پنجم - آیا خيار فسخ مشروط له عند تعذر الشرط، قابل اسقاط است؟

خيار فسخ، حق است که مثل ساير خيارات قابل اسقاط است چون هر ذی حقی می تواند از حق خود صرف نظر کند. اگر شخص از حق خود صرف نظر نماید وفق ماده ۲۲۴ ق.م، مثل این است که اصلاً شرطی در معامله قيد نشده باشد لذا در صورت اسقاط شرط باطل، از بابت حذف آن از عقد خيار فسخ بوجود نمی آید.

۶-۲-۶- گفتار ششم - آیا در صورت فساد شرط، عقد نیز باطل می گردد؟

این مسئله مورد اختلاف فراوان واقع شده است.

قبل از هر چیز باید محل نزاع را روشن سازیم، اگر بر سر شرط باطل بحث می شود که آیا عقد را فاسد می کند یا خیر، منظور شرط فاسد به خودی خود می باشد نه از جهت مخالفت آن با مقتضای عقد و یا از جهت مستلزم دور بودن و یا غرری ساختن عقد و یا غیر مشروع بودن جهت آنست، از این جهات اخیر الذکر قطعاً عقد فاسد مفسد نیز هست.

به هر حال، در مورد چنین شرط فاسدی شیخ طوسی، قاضی اسکافی، و ابن براج و ابن سعید قائلند به اینکه شرط فاسد عقد را نیز فاسد می کند.

علامه، شهیدین و محقق ثانی گفته اند که شرط فاسد مفسد نیست.

۶-۳-مبحث سوم - شرط فعلی که در آن پای ثالث به میان می آید

در حقوق ایران دو نوع شرط فعل که در آنها به نحوی پای ثالث به میان می آید، وجود دارد:

شرط فعل به نفع ثالث و شرط فعل به ضرر ثالث.

۶-۳-۱- گفتار اول - شرط فعل به نفع ثالث

در مورد امکان شرط به نفع ثالث تردیدی بین فقها وجود ندارد. مثال های متعددی در ابواب

مختلف فقه می توان یافت که در آنها شرط به نفع ثالث شده است (دکتر دیانی، ۱۳۶۸). البته اگر ثالث

فرزند و یا خدمتکار مشروط له باشد که به نحوی شرط به نفع آنها، به خود مشروط له بازگشت

نماید، در حقیقت آنها ثالث محسوب نمی گردند، در مورد ثالث حقیقی، قبول وی شرط صحت عقد

است چون در این خصوص، شرط به نفع ثالث در حکم هبه ای به وی را دارد که قبول متهب شرط

صحت آن است. قانون مدنی در ماده ۱۹۶ امکان تعهد به نفع ثالث را بیان نموده و در ماده ۳۲۱ آن را

استثنائی بر اصل نسبی بودن آثار قراردادها دانسته است، به هر حال، تعهد به نفع ثالث که وفق ماده

۱۹۶ باید در ضمن قراردادی آمده باشد، معمولاً بصورت شرط تبعی در ضمن عقد مندرج می گردد.

(دکتر کاتوزیان، ج ۳: ۳۷۳) که اگر این شرط از نوع شرط فعل باشد، ارتباط مستقیمی با بحث ما پیدا

می کند .

سوال عمده ای که در این بخش بدان می پردازیم، این است که در صورت تخلف مشروط

علیه از انجام مفاد شرط آیا ثالث منتفع می تواند اجبار وی را بخواهد یا خیر؟ و اصولاً چه کسی حق

مطالبه اجرای مفاد قرار داد را دارد؟ شارط یا ثالث منتفع از عقد؟

در این که شرط چنین حقی دارد، تردیدی نیست. وی در صورت نومید شدن از این اقدام، عقد را فسخ می کند زیرا به تبع تراضی اوست که نفعی به ثالث رسیده است. ولی با اینکه مشروط له نمی تواند حقی که به سود ثالث ایجاد شده را اسقاط کند، ثالث سلطه ای بر ملتزم از جهت اجبار وی به انجام مفاد عقد پیدا نمی کند. (شیخ انصاری، ج ۲)

پیدایش حق به نفع ثالث، وی را در قرار داد شرکت نمی دهد لذا حق فسخ عقد در صورت عدم ایفای تعهد، قائم به شخص مشروط له و قائم مقام قانونی وی است و هم اوست که در صورت تخلف شرط می تواند عقد را فسخ کند، لذا بعنوان تعذر وفای به شرط، ثالث حق فسخ قرار داد را ندارد مگر اینکه متعاقدين چنین حقی را برای مدت معینی به وی داده باشند (ماده ۳۹۹ ق.م.)

یکی از عمده ترین شواهد تعهد به نفع ثالث، بیمه عمر است ولی همین شاهد مثال استثنای بسیاری بر قواعد عمومی تعهد به نفع ثالث دارد مثلاً قانون گذار ایران برای متفع حق دعوی مستقیم بر علیه ملتزم را شناخته است. (دکتر کاتوزیان: ۴۱۲) این امر نشان می دهد شرط به نفع ثالث در معنائی که در فقه و قانون مدنی است، رعایت نشده است.

۶-۳-۲- گفتار دوم- شرط فعل به ضرر ثالث

اگر شرط فعل علیه ثالث به نحوی به عدم قدرت وی بر انجام مشروط علیه بر گردد، شکی در بطلان آن وجود ندارد. پس اگر سخن از این شرط به میان می آوریم کاملاً مستثنی از این مورد است. از تعریفی که ماده ۲۳۴ از شرط فعل بدست می دهد، می توان اصل امکان درج چنین شرطی را دریافت ، این ماده می گوید: شرط فعل آنست که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

در مورد شرط به زبان شخص ثالث نیز به نظر می رسد، قبول ثالث مبنی بر انجام فعل موضوع شرط، ملاک صحت عقد باشد، اگر ثالث انجام مفاد شرط را قبول نکند، مشروط له خیار فسخ دارد. ولی اگر اجاره کند، سوال شده که آیا آثار عقد فضولی را می توان بر چنین عقدی جاری ساخت یا خیر؟ آقای کاتوزیان پاسخ مثبت به این سوال داده و معتقد شده نظریه معامله فضولی قاعده ای است که در مورد عقود تملیکی و عهده یکسان اجرا می شود و نباید آن را ویژه معاملات تملیکی بر مال غیر دانست. (دکتر کاتوزیان، ج ۲: ۳۵۰ و ج ۳: ۵۶۴) با این حساب، قبول ثالث مبنی بر انجام عمل، عقد را از زمان انعقاد موثر می سازد نه اینکه عقد به منزله پیشنهادی باشد که باید مورد قبول ثالث قرار گیرد.

هر چند سخن ایشان در مورد اصل نظریه درست است ولی باید گفت در فقه نیز نظریه معامله فضولی منحصر به معاملات تملیکی بر مال غیر نمی باشد، بلکه در مورد نکاح نیز وارد شده و کمتر کتاب فقهی است که به مسئله نکاح فضولی پرداخته باشد.

فصل هفتم

پیشنهادهات

۷-۱-۱- قرار داد پیشنهادی

قرار دادهای کنونی شرکت های لیزینگ ایران اجاره به شرط تملیک ساده است که بر اساس گزینه های محدود و مشخصی که شرکت پیشنهاد و مشتری انتخاب می کند منعقد می شود. این قرار داد همان طور که در ابتدای انعقاد محدود و منحصر در چند گزینه خاص است، از جهت شرایط بعدی نیز انعطاف لازم را ندارد و متناسب با تغییر اوضاع اقتصادی مشتریان و خود شرکت قابل تغییر نیست. به نظر می رسد می توان با ترکیب قرار داد اجاره و شرط تملیک با قرار داد صلح (ضع و تعجل) به ترتیب ذیل، به انعطاف لازم دست یافت.

۷-۱-۱- گفتار اول - قرار داد پایه اجاره به شرط تملیک بر اساس حداقل ها

در این قرارداد شرکت لیزینگ با در نظر گرفتن سیاست های خود در باره حداقل پیش پرداخت، حداقل مبلغ اقساط، حداکثر تعداد اقساط و حداقل کیفیت پرداخت، قرار داد اجاره به شرط تملیک به صورت قرار داد پایه با همه مشتریان منعقد می کند. این قرار داد به مقتضای عقد اجاره، قرار داد لازم و پایه محاسبات برای قرار داد متغیر صلح (ضع و تعجل) خواهد بود و در مواقع نیاز

قرار داد متغیر فسخ و به این قرار داد (قرار داد پایه) رجوع خواهد شد. در بحث مستندات فقهی توضیحات بیشتر خواهد آمد.

۷-۲-۱- گفتار دوم- قرار داد متغیر صلح بر اساس شرایط

بعد از انعقاد قرار داد اجاره به شرط تملیک پایه و تعیین مبلغ بدهی (اجاره بهای کل و اقساط آن) به تناسب وضعیت اقتصادی مشتری از جهت مقدار پیش پرداخت، مبلغ اقساط، تعداد اقساط، و کیفیت پرداخت، طبق قرار داد دومی به نام صلح (ضع و تعجل) مبلغ بدهی (اجاره بهای کل) بر اساس شرایط هر یک از مشتریان قسط بندی مجدد می شود.

توضیح: از آنجا که قرار داد پایه بر اساس حداقل ها تنظیم و محاسبه شده است، به طور قطع پیشنهاد مشتری بر اساس وضع اقتصادی خود در جهت افزایش پیش پرداخت، افزایش مبلغ اقساط، کاهش تعداد اقساط، و یا در کاهش فاصله زمانی پرداخت اقساط از سالانه به فصلانه یا ماهانه خواهد بود و همه این پیشنهادها در مقایسه با وضعیت قرار داد پایه وضعیت بهتری به شمار می روند؛ در نتیجه شرکت لیزینگ با مطالعه پیشنهاد مشتری بر اساس شیوه محاسباتی که توضیح آن خواهد آمد، به تناسب از مبلغ بدهی قرار داد پایه کم، و قرار داد دومی (صلح) با مشتری منعقد می کند. شایان ذکر است که انعقاد قرار داد دوم (صلح) به معنای فسخ قرارداد اول (اجاره به شرط تملیک) نیست، بلکه قرار داد اول به حال خودش باقی است و قرار داد دوم فقط روی بدهی حاصل از قرار داد اول بسته می شود. به عبارت دیگر، موجر و مستاجر روی کیفیت پرداخت بدهی حاصل از قرار داد اول مصالحه می کنند.

قرار داد دوم این قابلیت را دارد که اگر وضعیت اقتصادی مشتری تغییر کرد، دو طرف می توانند قرار داد دوم را فسخ کرده، به قرار داد پایه برگردند یا مشتری متناسب با وضعیت اقتصادی جدید خود برای مانده بدهی، تقاضای قرار داد متغیر جدید دیگری کند؛ چنانکه خود شرکت متناسب با وضع نقدینگی خود می تواند به مشتریان پیشنهادهای جدیدی برای فسخ قرار داد های دوم و انعقاد قرار دادهای متغیر با وضعیت جدید (برای مثال با نرخ تنزیل بیشتر) بدهد. به همین مناسبت، اسم قرار داد دوم را قرار داد متغیر می نامیم؛ چون به تناسب شرایط اقتصادی مشتریان و شرکت قابل تغییر است.

۷-۲- مبحث دوم - روش محاسباتی پیشنهادی

در این روش ابتدا بر اساس مشخصات قرار داد پایه (حداقل پیش پرداخت، حداقل مبلغ اقساط، حداکثر تعداد اقساط، حداقل کیفیت پرداخت) اجاره بهای کل و اجاره بهای هر قسط به دست می آید و قرار داد پایه بر اساس آن مبالغ منعقد می شود. فایده عملی این قرار داد و محاسبات آن است که اگر به هر دلیلی قرار داد متغیر فسخ شود، قرار داد پایه مبنای تصفیه حساب و پرداخت بدهی خواهد بود؛ برای مثال اگر شرکت لیزینگ مطابق سیاست های خود اعلام کند که حداقل پیش پرداخت ۱۰ درصد قیمت کالا و حداکثر تعداد اقساط ماهانه ۶۰ قسط و کیفیت پرداخت به صورت ماهانه است، اجاره بهای کل و اجاره ماهانه برای کالایی به ارزش ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال با نرخ سود ۱۶ درصد از روابط ذیل به دست می آید.

سود بانکی + قیمت تمام شده = اجاره بهای کل

ریال $136000000 = 36000000 + 100000000$ = اجاره بهای کل

100000000 = پیش پرداخت اجاره

ریال 21000000 = اجاره بهای هر قسط

حال اگر مشتری اعلام کند حاضر است ۵۰ درصد قیمت تمام شده کالا را پیش پرداخت ، و

باقی مانده را در پنجاه قسط تصفیه کند، قرار داد دوم متغیری بر اساس شرایط مشتری منعقد، و بدهی

مشتری بر اساس قرار داد پایه به آن مبلغ تنزیل می شود و کل اجاره بهای جدید و اقساط آن به

روش ذیل محاسبه می شود.

$120000000 = 20000000 + 100000000$ = اجاره بهای کل

50000000 = پیش پرداخت اجاره

11666666 = اجاره بهای هر قسط

به عبارت دیگر ، شرکت لیزینگ طی قرار داد دوم بدهی ناشی از قرار داد پایه را به رقم

جدید تنزیل، و بقیه را از باب « ضع و تعجل » به مشتری صلح می کند.

چنان که گذشت، قرار داد دوم این قابلیت را دارد که اگر بعد از مدتی شرایط اقتصادی

مشتری تغیر کند می تواند پیشنهاد فسخ قرار داد دوم (صلح) را داده، بر اساس شرایط جدید

درخواست تنزیل بدهی باقی مانده مطابق شرایط جدید را بدهد. اگر شرکت لیزینگ پیشنهاد مذکور را

مطابق سیاست های خود تشخیص داد، قرار داد متغیر را فسخ کرده، بدهی باقی مانده از قرار داد پایه

را بر اساس قرار داد پایه دریافت می کند یا بر اساس وضعیت جدید بدهی باقی مانده بدهی را دوباره

تنزیل، و قرار داد صلح دیگری منعقد می کند و از آن پس، اقساط را بر اساس قرار داد صلح جدید

دریافت می کند، چنان که پیداست، قرار داد اجاره به شرط تملیک با تمام آثار حقوقی آن محفوظ است و فقط بدهی حاصل از آن مورد مصالحه قرار می گیرد و در مواردی مصالحه اول با توافق طرفین فسخ می شود و به باقی مانده بدهی اجاره به شرط تملیک بر می گردند یا مصالحه دیگری روی آن انجام می دهند.

۷-۳- مبث سوم - مستندات فقهی قرار داد پیشنهادی

قرار داد پیشنهادی برای شرکت های لیزینگ بر اساس قرار داد اجاره به شرط تملیک به صورت قرار داد پایه و قرار داد صلح (ضع و تعجل) است. در این قسمت از با توضیح مختصری از مبانی این دو قرار داد، ضوابط فقهی اجرای صحیح آن ها را متذکر می شویم.

۷-۳-۱- گفتار اول - اجاره به شرط تملیک (قرارداد پایه)

قرار داد اجاره به شرط تملیک قرار داد اجاره ای است که در آن شرط می شود مستاجر در پایان مدت اجاره در صورت عمل به شرایط مندرج در قرار داد، عین مستاجره (مال موضوع اجاره) را مالک شود. این قرار داد از اقسام قرار دادهای اعتباری، و هدف آن تسهیل تهیه کالا برای استفاده کننده همراه با وثیقه گذاشتن مالکیت آن است. (خدابخشی، ۱۳۸۴: ۱۰۷)

یعنی از یک طرف مستاجر امکان استفاده از کالا را می یابد و بعد از مدت زمان مشخصی مالک آن می شود و از طرف دیگر موجر وثیقه معتبر و کافی برای اطمینان از وصول اجاره بهای خود دارد؛ چون تا پرداخت واپسین اجاره بها، کالا در مالکیت موجر است.

انواع اجاره به شرط تملیک

قرار داد اجاره به شرط تملیک به دو صورت قابل تصور است.

۷-۳-۱-۱- بخش اول - قرار داد اجاره به شرط نتیجه تملیک:

در این نوع قرار دادهای اجاره به شرط تملیک، مستاجر با پرداخت اقساط در انتهای قرار

داد، خود به خود عین مستاجره را مالک می شود و نیازی نیست ماجر کاری انجام دهد.

۷-۳-۱-۲- بخش دوم- قرار داد اجاره به شرط فعل تملیک :

در این نوع قرار دادهای اجاره به شرط تملیک، پرداخت اقساط به خودی خود کافی نیست و

مستاجر با پرداخت اقساط به مقتضای شرطی که در قرار داد آمده، استحقاق تملک می یابد و ماجر

عین مستاجره را در مقابل مبلغی که در ابتدای قرار داد تعیین شده یا در قبال قیمت روز کالای

مستهلك و یا به صورت مجانی به تملیک مستاجر در می آورد. (همان: ۱۰۸) در حقوق ایران در ماده

۱۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا قرار داد اجاره به شرط تملیک به صورت مفروض مطرح شده

است در این ماده آمده:

بانک ها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور خدماتی، کشاورزی،

صنعتی و معدنی، اموال منقول و غیر منقول را بنا به درخواست مشتری و تعهد او مبنی بر انجام اجاره

به شرط تملیک و استفاده خود، خریداری و به صورت اجاره به شرط تملیک به مشتری واگذار

نمایند. (هدایتی ، ۱۳۸۱ : ۳۳۳)

در ماده ۵۷ آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا که به شرح قرار داد می پردازد آمده است:

اجاره به شرط تملیک، عقد اجاره ای است که در آن شرط شود مستاجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرط مندرج در قرار داد، عین مستاجره را مالک گردد. (همان، ۳۴۸)

چنان که از ماده ۱۲ اصل قانون و ماده ۵۷ آیین نامه پیدا است، قانون گذار تعیین نوع قرار داد اجاره به شرط تملیک را از جهت شرط نتیجه یا شرط فعل بودن در پرده ابهام گذاشته است. این در حالی است که مشهور فقیهان اشتراط مفاد قرار دادی و در ضمن قرار داد دیگر به صورت شرط نتیجه را قبول ندارند و اجاره به شرط تملیک به صورت شرط نتیجه در واقع اشتراط نتیجه قرار دادهایی چون هبه، صلح یا بیع در قرار داد اجاره است که از نظر فقیهان اشکال دارد.

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه پرسشی را درباره اجاره به شرط تملیک از مراجع بزرگوار تقلید استفتا کرده است. اغلب مراجع بین شرط نتیجه و شرط فعل تفصیل قائل شده، اولی را باطل، و دومی را صحیح دانسته اند، متن سوال و جواب بدین قرار است.

سوال: ملکی به صورت مشارکت خریده می شود و سپس یکی از شرکا سهم خود را به شریک دیگر اجاره به شرط تملیک می دهد، به طوری که بعد از پرداخت تمامی اقساط (که طبعاً بیش از پولی است که شریک برای آن سهم داده بود، قسمت مورد اجاره به ملکیت مستاجر در می آید، بفرمایید: آیا می توان این کار را که در بانک ها یا شرکت ها (اشخاص حقوقی) و بعضاً به وسیله اشخاص حقیقی صورت می گیرد راهی شرعی برای تخلص از ربای قرضی دانست؟

جواب: یکی از مراجع در جواب مساله می فرماید:

اگر مقصود آن است که تملیک به نحو شرط نتیجه باشد به این معنا که بعد از پایان یافتن مدت اجاره خود به خود به ملکیت مشتری و مستاجر درآید، صحت آن مشکل است؛ لکن اگر مقصود این باشد که ملک را اجاره دهد مشروط به آن که در پایان مدت اجاره مالک هبه کند یا صلح کند یا به مبلغ بسیار ناچیز به تملک مستاجر در آورد، این کار صحیح است و شرط اشکالی ندارد و فرقی بین افراد حقیقی و حقوقی نیست و الله اعلم.

سایر مراجع بزرگوار تقلید نیز پاسخی مشابه این داده اند. (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ج ۱: ۲۹-۲۷)

افزون بر ابهام در تعیین شرط فعل یا شرط نتیجه بودن اجاره به شرط تملیک در قوانین ایران ابهام های دیگری نیز در قوانین و آیین نامه های اجرایی قرار داد اجاره به شرط تملیک وجود دارد، برخی از این ابهام ها عبارتند از:

- اگر به دلایلی مستاجر نتواند چند قسط از اجاره های نهایی را بپردازد یا در پرداخت آن ها تاخیر کند، وضعیت ملکیت عین مستاجره چه می شود؟

- اگر موجر بعد از پایان اقساط حاضر به تملیک نشد، تکلیف مستاجر چیست؟

- اگر بعد از پایان اقساط تا زمان تملیک، مدت زمانی طول بکشد و عین مستاجره نمائاتی داشته باشد، نمائات متعلق به کیست؟

- اگر به هر دلیلی قرار داد اجاره به شرط تملیک در اثنای قرار داد (برای مثال بعد از پرداخت سه سال اجاره بها) فسخ شود، حقوق طرفین چگونه است؟

به نظر می رسد با توجه به گسترش قرار داد اجاره به شرط تملیک در معامله های بانک ها و شرکت های لیزینگ و سایر موسسه های اقتصادی لازم است مسوولان امر از سیاستگذاران اقتصادی

و قانون گذاران، ابعاد حقوقی قرار داد اجاره به شرط تملیک را معین و مصوب کنند تا در موارد نیاز به آن مراجعه شود.

۷-۳-۲- گفتار دوم - صلح (ضع و تعجل)

در معاملات مدت دار مانند بیع نسبه، سلف، اجاره، قرض و ... که مدیون متعهد است بدهی خود را طبق زمان بندی معین بپردازد، گاهی مدیون علاقه دارد در مقابل کم کردن بخشی از بدهی، دین خود را زودتر از موعد مقرر بپردازد، چنانکه گاهی طلبکار دوست دارد در برابر دریافت زودتر از سررسید از بخشی از بدهی صرف نظر کند، این موضوع از زمان امامان (ع) محل بحث بوده و در روایاتی سوال شده است، برای نمونه به دو مورد اشاره می شود.

محمد بن مسلم در روایت صحیحی از امام باقر (ع) نقل می کند:

از امام باقر (ع) در مورد شخصی سوال شد که دین مدت داری بر عهده دارد، طلبکار نزد وی می آید و می گوید: فلان مقدار بدهی ات را نقد بپرداز تا از بقیه اش صرف نظر کنم، یا می گوید مقداری را نقد بپرداز تا نسبت به باقی آن مهلت را اضافه کنم. امام (ع) فرمود: مادامی که به اصل بدهی (سرمایه) چیزی اضافه نکند، اشکالی ندارد، خداوند می فرماید: «برای شما است سرمایه

هایتان، نه ستم کنید و نه بر شما ستم شود» (بروجردی، ۱۴۱۰ ق، ج ۱۸: ۳۳۷)

شبيه همین حدیث را حلبی به سند صحیح از امام جعفر صادق (ع) نقل می کند. (همان)

در روایت دیگری از امام صادق (ع) نقل شده است:

از ایشان سوال شد: مردی از کسی طلب دارد و قبل از فرا رسیدن موعد به او می گوید: نیمی از بدهی را زودتر بده تا نصف دیگر را واگذارم. آیا این عمل برای هر یک از آن دو جایز است؟ آن حضرت فرمود: بلی (همان)

همین مضمون در روایت دیگری نیز نقل شده است. (حر عاملی، ۱۹۸۳ م، ج ۱۲، باب ۴) فقیهان شیعه به استناد روایات مذکور با اصل کاهش مبلغ بدهی در مقابل پرداخت زودتر از سررسید موافق هستند و در تصویر فقهی آن راهکارهایی پیشنهاد می دهند. (آیت الله خمینی، ۱۴۰۱ ق، ج ۱: ۵۳۵)

برخی از آن ها عبارتند از:

۱- صلح، به این بیان که طلبکار و بدهکار بر کاهش بخشی از بدهی در قبال تعجیل در پرداخت مصالحه می کنند.

۲- ابراء، به این بیان که طلبکار در قبال دریافت زودتر از سررسید، بخشی از بدهی را ابراء (صرف نظر) می کند.

۳- هبه، به این بیان که طلبکار در قبال دریافت زودتر از سررسید، بخشی از بدهی را هبه می کند (می بخشد)

۴- خرید دین، به این بیان که بدهکار بدهی مدت دار خود را در مقابل مبلغی کمتر از بدهی خرید می کند.

از آن جا که در روایت روی رابطه خاصی تاکید نشده و اصل عمل مجاز شمرده شده است، طرفین می توانند بر اساس هر یک از راهکارهای پیش گفته رفتار کنند.

شایان ذکر است که کاهش مبلغ بدهی در مقابل پرداخت زودتر از سررسید گرچه به صورت ساده و ابتدایی بین مردم به ویژه تاجران شایع است، در متون حقوقی ایران تعریف روشنی از آن ارائه نشده و ابعاد حقوقی آن تبیین نشده است، مناسب است همانند قرار داد اجاره به شرط تملیک، قرار داد صلح (ضع و تعجل) نیز با استفاده از روایات و متون فقهی تنظیم حقوقی شده، ابعاد گوناگون آن قانون گذاری شود.

توضیح این است که این نوع تنزیل که در اصطلاح به آن «ضع و تعجل» می گویند، با تنزیل بدهی نزد شخص ثالث متفاوت است، در تنزیل متعارف طلبکار طلب مدت دار خود را به شخص ثالثی به مبلغی کمتر از مبلغ اسمی بدهی می فروشد که در متون حقوقی و قوانین ایران از آن به «خرید و فروش دین» یاد می شود، در حالی که در تنزیل پیشنهادی (ضع و تعجل) طلبکار با خود بدهکار معامله می کند، هر چند ممکن است این معامله در قالب خرید و فروش دین یا صلح یا ابرا به شرح پیشین باشد، راهکار پیشنهاد مقاله استفاده از قرار داد صلح است به این معنا که بدهکار و طلبکار مصالحه کنند که مقداری از بدهی کاهش داده شود در مقابل زودتر از سررسید یا سررسیدهای مقرر تصفیه شود.

۷-۴- مبحث چهارم - نتیجه گیری و پیشنهادها

گرچه رشد شرکتهای لیزینگ ایران تا سال ۱۳۸۰ خیلی چشمگیر نبود، از آن سال به بعد در اثر گسترش فرهنگ لیزینگ و استقبال مردم، رشد قابل توجهی یافته و انتظار است در سال های

آتی حجم قابل توجهی از معاملات اعتباری را به خود اختصاص دهند. بر این اساس، نکاتی به صورت نتیجه گیری و پیشنهادها ارائه می شود.

۱- هدف این رساله بررسی موضوع خاصی از فعالیت های شرکت های لیزینگ یعنی بررسی فقهی و حقوقی معاملات این شرکت ها در تعامل با مشتریان است و بررسی ابعاد دیگر چون نقش اقتصادی شرکت ها در بازار پول و سرمایه و تولید و شیوه های تجهیز منابع مالی شرکت های لیزینگ به مطالعات دیگری نیاز دارد. لیکن در پایان به پیشنهادات اقتصادی نیز اشاره شده است.

۲- هدف این رساله دفاع از عملکرد شرکت های لیزینگ نیست، چون افزون بر ابهام های حقوقی از جهت نرخ های سود نیز می تواند مورد نقد قرار گیرند. به نظر می رسد شرکت های لیزینگ، با استفاده از مزیت قدرت چانه زنی در تعامل با تولید کنندگان باید به جایی برسند که قیمت نهایی محصول واگذار شده از طریق لیزینگ برای مشتری در مقایسه با قیمت نقدی آن، حداکثر در حد نرخ سود تسهیلات بانکی تفاوت داشته باشد. این در حالی است که در شرکت های لیزینگ ایران، نرخ سود چند درصد بالاتر از نرخ سود تسهیلات است. طبق آمارهای منتشره، نرخ سود شرکت های لیزینگ در دنیا حدود ۳ درصد است، یعنی پایین تر از نرخ سود به وسیله تسهیلات بانکی دنیا قرار دارد. (نجفی علمی، ۱۳۸۵: ۱۶)

۳- روش معاملاتی فعلی شرکت های لیزینگ و شیوه محاسباتی آن ها به گونه ای است که در مقابل وضعیت های گوناگون و متنوع مشتریان انعطاف لازم را ندارد و این مانع بزرگی در مقابل گسترش شرکت های لیزینگ است.

به نظر می رسد با انتخاب ترکیبی از قرار داد اجاره به شرط تملیک به صورت قرار داد پایه و قرار داد صلح (ضع و تعجل) به صورت قرار داد متغیر و انتخاب شیوه محاسباتی متناسب انعطاف لازم را به دست آورد.

۴- به منظور جلوگیری از سوء استفاده افراد فرصت طلب و پیشگیری از تکرار جریان شرکت های مضاربه ای لازم است بانک مرکزی، هیأت دولت و مجلس شورای اسلامی چارچوب قانونی فعالیت شرکت های لیزینگ را تهیه و تصویب کنند.

۷-۵- مبحث پنجم - پیشنهادهای اقتصادی

پروتکل های صنعت لیزینگ از پیچیدگی های ظریفی برخوردار است و به دلیل جوان بودن آن در قالب یک صنعت به شدت نیازمند تقویت بدنه کارشناسی است تا بتواند قدرت جذب سرمایه گذاری خارجی را در این بازار داشته باشد، پروتکل های صنعت لیزینگ در ایران را باید همانند بسیاری از صنایع در ارتباط مستقیم با واقعیت ها و متغیرهایی همچون درآمد سرانه خانوار، توزیع درآمد، نرخ رشد بیکاری، حجم جمعیت فعال، نرخ رشد جمعیت در دو دهه گذشته، نرخ رشد جمعیت فعلی، پیش بینی نرخ رشد جمعیت آینده، توزیع سنی، وضعیت بازار سرمایه اعم از ثابت و جاری، نرخ تورم پول، قدرت خرید مصرف کنندگان با توجه به سبد الزامات خانوار، پتانسیل ها و معضلات نظام اقتصادی سنتی، جایگاه ایران در اقتصاد دنیا با توجه به واقعیت های حضور در سازمان تجارت جهانی، مکانیسم عملکرد قیمت در اقتصاد ایران، وجود بازار بدون رد پا و شناسنامه، جایگاه بازار خدمات در ایران و ضرایب ریسک مرتبط با این صنعت در محدوده قوانین مصرفی و تجاری

ایران طراحی و عرضه کرد. اگر چه با تاسیس شرکتهای جدید در پهنه صنعت لیزینگ در طول دو سال گذشته، توجه به این صنعت در ایران بسیار مثبت ارزیابی شده و به طور محسوسی فعالیت در صنعت لیزینگ را تحت تاثیر قرار داده است و در این راستا، احساس نیاز واحدهای تولیدی و موسسات اقتصادی و به خصوص شرکت های خودروساز به وجود و استفاده از خدمات شرکت های لیزینگ، روند ایجاد و تاسیس این قبیل شرکت ها را افزایش داده است، لیکن وضعیت بازار فعالیت اقتصادی کشور به اندازه ای وسیع و نیازمد حضور این صنعت است که به نظر می رسد هنوز راه طولانی می بایست جهت رسیدن به نقطه تعادل مورد نظر را طی کرد که در همین راستا و به منظور بهبود وضعیت موجود صنعت مذکور، راهکارهای پیشنهادی زیر ارائه می شود.

۱- طراحی و اجرای استراتژی های افزایش سرعت گردش سرمایه، توسعه منابع و حوزه های سرمایه گذاری، درآمد سرانه خانوار، توسعه منابع پولی و تشویق توسعه منابع پشتیبانی کننده، قدرت خرید خانوار از طریق حمایت قانونی و شفاف کردن حوزه ریسک پذیری بنگاه های مالی و صنایع لیزینگ در بخش خصوصی باتقویت پتانسیل های رقابتی در سطح کلان.

۲- همانطور که اشاره شد یکی از وظایف شرکت های لیزینگ افزایش قدرت خرید به صورت تامین منابع مالی مورد نیاز طرف تقاضا است و با توجه به اینکه سیستم بانکی کشور بعد از سرمایه اولیه موسسات و سهامداران شرکت لیزینگ به عنوان مهمترین فاکتور تامین مالی محسوب می شود بدون شک کاهش نرخ تسهیلات اعطایی منجر به افزایش تقاضا برای استفاده از تسهیلات مورد نظر و در نتیجه رشد و توسعه صناعی که شرکت های لیزینگ محصولات آنها را تامین مالی می کنند خواهد شد که این امر سود آوری شرکت های لیزینگ و توجیه پذیر بودن فعالیت آنها را به دنبال خواهد داشت.

۳- با توجه به اینکه در حال حاضر چارچوب ها و ضوابط مدون و جامعی که تمام جوانب فعالیت شرکت های لیزینگ را تحت پوشش قرار دهد در کشور وجود ندارد لذا تدوین هر چه سریع تر آیین نامه های اجرایی قانون تنظیم بازارهای غیر متشکل پولی که اخیرا به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است کارگشا و موثر خواهد بود.

۴- توسعه و سازماندهی لیزینگ در ابعاد منطقه ای، ملی، جغرافیایی و حتی بین المللی از جمله روی آوردن به فعالیت لیزینگ برون مرزی و در همین راستا ضرورت انجام تعدیلاتی در مقررات صادرات و واردات، بیمه، سیاست های جلب حمایت سرمایه گذاری خارجی و مالیات ها به همراه تشویق های حمایتی از جمله معافیت های مالیاتی خاص برای سرمایه گذاری شرکت های لیزینگ خارجی .

۵- لزوم فرهنگ سازی و ایجاد بستری مناسب برای رشد و توسعه صحیح و قانونمند صنعت لیزینگ در ایران و تشریح درست و تاثیر گذار منافع و مزایای آن در پویایی اقتصاد کشور ، همچنین لزوم توجه سیاستگذاران و تصمیم گیرندگان اقتصادی در جهت حمایت از صنعت مذکور.

۶- لزوم افزایش توان رقابتی و قابلیت های شرکت های لیزینگ در عرصه مبادلات کالاها و خدمات از طریق پرداختن به روش لیزینگ عملیاتی با توجه به اینکه شرکت های لیزینگ در منطقه آسیا با رقابت فزاینده ای از سوی سیستم های بانکی مواجه اند و این سیستم ها با استفاده از قدرت و توان مالی چشمگیر خود وارد عرصه لیزینگ شده و صحنه را برای ایفای نقش واقعی شرکت های لیزینگ در بازار پول و سرمایه محدود کرده اند.

۷- دسترسی به منابع مالی داخلی از طریق اوراق بهادار یا اوراق قرضه، اعتبارات بانکی و یا استقراض از شرکت های بیمه

۸- امکان سنجی ضرورت ایجاد و توسعه شرکت های اجاره اعتباری در کنار سیستم بانکی

به دلیل اینکه صنعت لیزینگ نیازمند دانش فنی و آگاهی از تکنیک های خاصی است که شرکت های مذکور بهتر قادر به ارائه خدمات هستند.

۹- لزوم برقراری ارتباطات سازنده، مستمر و راهگشا با مراکز علمی و پژوهشی، انجمن ها و

سایر مراجع حرفه ای لیزینگ جهان به منظور آگاهی از آخرین دستاوردهای صنعت لیزینگ و گرد

آوری اطلاعات به روز و کسب دانش های فنی و تجربیات آنها به ویژه در عرصه مبادلات لیزینگ

برون مرزی

۱۰- تشویق و ترغیب شرکت های لیزینگ برای همکاری با موسسه IFC به منظور استفاده

از تسهیلات و خدمات این موسسه و توفیق در سرمایه گذاری های مربوط به صنعت لیزینگ

۱۱- ضرورت تهیه و تدوین استانداردهای یکنواخت، در زمینه فعل و انفعالات مالی و

حسابداری برای شرکت های لیزینگ بر اساس الگوگیری از استانداردهای ملی و بین المللی و بومی

سازی آنها با توجه به شرایط اقتصادی و فرهنگی کشور. البته گفتنی است که استاندارد حسابداری ۲۱

ایران از جمله این موارد است که بومی شده استاندارد بین المللی است.

۱۲- نظر به نوپا و نبودن صنعت لیزینگ در کشور موضوع آموزش سیستم های فنی،

اقتصادی، مالی و حسابداری، مشتری مداری و می بایست مورد توجه فعالان این عرصه قرار

گیرد.

۱۳- بهره گیری از تجارب کشورهای موفق در عرصه لیزینگ در زمینه های مختلف با انجام

مطالعات تطبیقی، بررسی های موردی و

۱۴- انجام مطالعات نظری و تئوریک در مراکز و مجامع علمی و دانشگاهی در قالب تحقیق

ها و پایان نامه ها در خصوص کارکردهای صنعت لیزینگ.

۱۵- ایجاد و تقویت تشکل های صنفی، اتحادیه ها و انجمن های تخصصی فعال در این

عرصه .

۱۶- ساماندهی و به روز رسانی آمار و اطلاعات شرکت های فعال در این صنعت.

۱۷- با توجه به مزایای متصور برای بازار سرمایه، ضرورت امکان سنجی تقویت بازار

سرمایه از طریق به کار گیری شیوه های جدید تامین مالی نظیر لیزینگ احساس می شود. توجه به

مسائل و معضلات اقتصادی و اجتماعی شرکت های لیزینگ از سوی دولت و سازمان های ذی ربط

نه تنها موجب تشویق و ترغیب موسسات سرمایه گذاری برای ورود به پهنه صنعت لیزینگ می شود،

بلکه بدون شک این امر با توسعه فرهنگ و گستره لیزینگ و افزایش حجم فعالیت ها در صنعت

لیزینگ، اثرات چشمگیر و اجتناب ناپذیری در اهداف و برنامه های توسعه اقتصادی دولت در

چارچوب برنامه های پنج ساله کشور به جا خواهد گذاشت. (آملی دیوا، ۱۳۸۵)

ضمائم

گزیده ای از قانون مدنی

در اهلیت طرفین

ماده ۲۱۰- متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشد.

ماده ۲۱۱- برای انیکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند.

ماده ۲۱۲- معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل

است.

ماده ۲۱۳- معامله محجورین نافذ نیست.

در مورد معامله

ماده ۲۱۴- مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن

را می کنند.

ماده ۲۱۵- مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلانی مشروع باشد

ماده ۲۱۶- مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی

است.

در جهت معامله

ماده ۲۱۷- در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد

مشروع باشد و الا معامله باطل است.

ماده ۲۱۸- هر گاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن

معامله باطل است (اصلاحی مطابق قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰)

ماده ۲۱۸ مکرر- هر گاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده دلائل اقامه نماید که مدیون برای

فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی

او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت (الحاقی

مطابق قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰)

در اثر معاملات

مبحث اول: در قواعد عمومی

ماده ۲۱۹- عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع

است مگر اینکه به رضای طرفین اقامه یا بعثت قانونی فسخ شود

ماده ۲۲۰- عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می

نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که بموجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل

می شود ملزم می باشند.

ماده ۲۲۱- اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری

کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح

شده و تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

ماده ۲۲۲- در صورت عدم ایفاء تعهد با رعایت ماده فوق حاکم می تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیه مخارج آن محکوم نماید.

ماده ۲۲۳- هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود

ماده ۲۲۴- الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه

ماده ۲۲۵- متعارف بودن امری عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است.

مبحث دوم: در خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات

ماده ۲۲۶- در مورد عدم ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفاء تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است.

ماده ۲۲۷- متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تادیه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است، که نمی توان مربوط به او نمود.

ماده ۲۲۸- در صورتی که موضوع تعهد تادیه وجه نقدی باشد حاکم می تواند با رعایت ماده ۲۲۱ مدیون را به جبران خسارت حاصله از تاخیر تادیه دین محکوم نماید.

ماده ۲۲۹- اگر متعهد به واسطه حادثه که دفع آن خارج از حیطه اقتدار او است نتواند از عهده تعهد خود بر آید محکوم به تادیه خسارت نخواهد بود.

ماده ۲۳۰- اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی بعنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.

مبحث سوم: در اثر عقود نسبت به اشخاص ثالث

ماده ۲۳۱- معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است

مگر در مورد ماده ۱۹۶

در بیان شرایطی که در ضمن عقد می شود

مبحث اول: در اقسام شرط

ماده ۲۳۲- شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد

۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد

۳- شرطی که نامشروع باشد

ماده ۲۳۳- شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است

۱- شرط خلاف مقتضای عقد

۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

ماده ۲۳۴- شرط بر سه قسم است

۱- شرط صفت

۲- شرط نتیجه

۳- شرط فعل اثباتا یا نفیا

شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله.

شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود

شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی

شرط شود.

مبحث دوم- در احکام شرط

ماده ۲۳۵- هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن

صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.

ماده ۲۳۶- شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن

نتیجه به نفس اشتراط حاصل می شود.

ماده ۲۳۷- هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتا یا نفیا کسی که ملتزم به انجام

شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع

نماید تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید.

ماده ۲۳۸- هر گاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن بوسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می تواند بخرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.

ماده ۲۳۹- هر گاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

ماده ۲۴۰- اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد.

ماده ۲۴۱- ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که بواسطه معامله مشغول الذمه می شود رهن یا ضامن بدهد.

ماده ۲۴۲- هر گاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معین را رهن دهد و آن مال تلف یا معیوب شود مشروط له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارض عیب و اگر بعد از آن که مال را مشروط له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد.

ماده ۲۴۳- هر گاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت.

ماده ۲۴۴- طرف معامله که شرط بنفع او شده می تواند از عمل به آن شرط صرف نظر کند در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست.

ماده ۲۴۵- اسقاط حق حاصل از شرط ممکن است به لفظ باشد یا به فعل یعنی عملی که دلالت بر اسقاط شرط نماید.

ماده ۲۴۶- در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطیکه در ضمن آن شده است باطل می شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می تواند عوض او را از مشروط له بگیرد.

در معاملاتی که موضوع آن مال غیر است یا معاملات فضولی

ماده ۲۴۷- معامله به مال غیر جز بعنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطنا راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود.

ماده ۲۴۸- اجازه مالک نسبت به معامله فضولی حاصل می شود به لفظ یا فعلی که دلالت بر امضاء عقد نماید.

ماده ۲۴۹- سکوت مالک و لو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی شود.

ماده ۲۵۰- اجازه در صورتی موثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد.

ماده ۲۵۱- رد معامله فضولی حاصل می شود بهر لفظ یا فعلی که دلالت بر عدم رضای به آن نماید.

ماده ۲۵۲- لازم نیست اجازه رد فوری باشد، اگر تاخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می تواند معامله را بهم بزند.

ماده ۲۵۳- در معامله فضولی اگر مالک قبل از اجازه یا رد فوت نماید اجازه یارد باوارث است.

ماده ۲۵۴- هر گاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد از آن بنحوی از انحاء به معامله کننده فضولی منتقل شود صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود.

ماده ۲۵۵- هر گاه کسی نسبت به مالی معامله بعنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال ملک معامله کننده بوده است یا ملک کسی بوده است که معامله کننده می توانسته است از قبل او ولایت یا وکالتا معامله نماید در این صورت نفوذ و صحت معامله موکول به اجازه معامل است و الا معامله باطل خواهد بود.

ماده ۲۵۶- هر گاه کسی مال خود و مال غیر را به یک عقدی منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند معامله نسبت به خود او نافذ و نسبت به غیر فضولی است.

ماده ۲۵۷- اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند مورد معامله دیگر نیز واقع شود مالک می تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند در این صورت هر یک را اجازه کرده و معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل خواهد بود.

ماده ۲۵۸- نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع

حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد موثر خواهد بود.

ماده ۲۵۹- هر معامل فضولی مالی را که موضوع معامله بوده است به تصرف متعامل داده

باشد و مالک آن معامله را اجازه نکند متصرف عین و منافع است.

ماده ۲۶۰- در صورتی که معامل فضولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و

در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع بطرف

دیگر نخواهند داشت.

ماده ۲۶۱- در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هر گاه معامله را اجازه

نکرد مشتری به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگر چه منافع را استیفاء

نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد.

ماده ۲۶۲- در مورد ماده قبل مشتری حق دارد که برای استرداد ثمن عینا یا مثلاً یا قیمتا به

بایع فضولی رجوع کند.

ماده ۲۶۳- هر گاه مالک معامله را اجازه نکند و مشتری هم بر فضولی بودن آن جاهل باشد

حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات به بایع فضولی رجوع کند و در صورت عالم بودن فقط حق

رجوع برای ثمن را خواهد داشت

در سقوط تعهدات

ماده ۲۶۴- تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می شود

۱- بوسیله وفاء به عهد

۲- بوسیله اقاله

۳- بوسیله ابراء

۴- بوسیله تبدیل تعهد

۵- بوسیله تهاتر

۶- بوسیله مالکیت ما فی الذمه

مبحث اول - در وفاء به عهد

ماده ۲۶۵- هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است بنابراین اگر کسی چیزی

به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می تواند استرداد کند.

ماده ۲۶۶- در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانونا حق مطالبه نمی باشد اگر متعهد به میل

خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود.

ماده ۲۶۷- ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه

نداشته باشد ولیکن کسی که دین دیگری را ادامی کند اگر به اذن باشد حق مراجعه به او دارد والا حق

رجوع ندارد.

- ماده ۲۶۸- انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد به وسیله دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهد له.
- ماده ۲۶۹- وفاء بعهد وقتی محقق می شود که متعهد چیزی را که می دهد مالک و یا ماذون از طرف مالک باشد و شخصا هم اهلیت داشته باشد.
- ماده ۲۷۰- اگر متعهد در مقام وفاء به عهد مالی تادیه نماید دیگر نمی تواند بعنوان این که در حین تادیه مالک آن مال نبوده است استرداد آن را از متعهد له بخواهد مگر اینکه ثابت کند که مال غیر و با مجوز قانونی در ید او بوده بدون اینکه اذن در تادیه داشته باشد.
- ماده ۲۷۱- دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تا دیه گردد یا به کسی که قانونا حق قبض را دارد.
- ماده ۲۷۲- تادیه به غیر اشخاص مذکور در ماده فوق وقتی صحیح است که داین راضی شود.
- ماده ۲۷۳- اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد بوسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.
- ماده ۲۷۴- اگر متعهد له اهلیت قبض نداشته باشد تادیه در وجه او معتبر نخواهد بود.
- ماده ۲۷۵- متعهد له را نمی توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است قبول اگر چه آن شیء قیمتا معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد.
- ماده ۲۷۶- مدیون نمی تواند مالی را که از طرف حاکم ممنوع از تصرف در آن شده است در مقام وفاء بعهد تادیه نماید.

ماده ۲۷۷- متعهد نمی تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلّه یا قرار اقساط دهد.

ماده ۲۷۸- اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد می شود اگر چه کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است ولی اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه تاخیر در تسلیم نموده باشد مسئول هر کسر و نقصان خواهد بود اگر چه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.

ماده ۲۷۹- اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که فرد اعلامی آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی تواند بدهد.

ماده ۲۸۰- انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده بعمل آید مگر اینکه بین متعاملین قرار داد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید.

ماده ۲۸۱- مخارج تادیه به عهده مدیون است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.

ماده ۲۸۲- اگر کسی به یک نفر دیون متعدد داشته باشد تشخیص اینکه تادیه از بابت کدام دین است با مدیون می باشد.

مبحث دوم- در اقاله

ماده ۲۸۳- بعد از معامله طرفین می توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند.

ماده ۲۸۴- اقاله بهر لفظ یا فعلی واقع می شود که دلالت بر بهم زدن معامله کنند.

ماده ۲۸۵- موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن.

ماده ۲۸۶- تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت به جای آن چیزی که تلف

شده است مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمتی بودن داده می شود.

ماده ۲۸۷- نمآت و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث میشود

مال کسی که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمآت متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می شود.

ماده ۲۸۸- اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن

شود در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود.

مبحث سوم- در ابراء

ماده ۲۸۹- ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرف نظر نماید.

ماده ۲۹۰- ابراء وقتی موجب سقوط تعهد می شود که متعهد برای ابراء اهلیت داشته باشد.

ماده ۲۹۱- ابراء ذمه میت از دین صحیح است.

مبحث چهارم- در تبدیل تعهد

ماده ۲۹۲- تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می شود.

۱- وقتی که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می

شود به سببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می شود.

۲- وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را ادا نماید.

۳- وقتی که متعهد له ما فی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.

ماده ۲۹۳- در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لا حق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند.

مبحث پنجم- در تهاتر

ماده ۲۹۴- وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند بین دیون آنها به یکدیگر بطریقی که در موارد ذیل مقرر است تهاتر حاصل می شود.

ماده ۲۹۵- تهاتر قهری است و بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند حاصل می گردد بنابراین به محض اینکه دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد مدیون شدند هر دو دین تا اندازه ای که با هم معادله می نمایند بطور تهاتر بر طرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگر بری می شوند.

ماده ۲۹۶- تهاتر فقط در مورد دو دینی حاصل می شود که موضوع آنها از یک جنس باشد با اتحاد زمان و مکان تادیه و لوبه اختلاف سبب.

ماده ۲۹۷- اگر بعد از ضمان مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد.

ماده ۲۹۸- اگر فقط محل تادیه دینین مختلف باشد تهاتر وقتی حاصل می شود که با تادیه مخارج مربوطه به نقل موضوع قرض از محلی به محل دیگری یا به نحوی از انحاء طرفین حق تادیه در محل معین را ساقط نمایند.

ماده ۲۹۹- در مقابل حقوق ثابتة اشخاص ثالث تهاثر موثر نخواهد بود و بنابراین اگر موضوع

دین به نفع شخص ثالثی در نزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعد از این توقیف از

داین خود طلبکار گردد دیگر نمی تواند به استناد تهاثر از تادیه مال توقیف شده امتناع کند.

جداول

آمار اعلام شده گروه مالی لندن در مورد لیزینگ جهانی (۲۰۰۳)			
ردیف	نام کشور	حجم سالیانه (میلیارد دلار)	درصد رشد نسبت به سال (۲۰۰۲)
۱	ایالات متحده آمریکا	۲۰۸/۰۰	۲/۰
۲	ژاپن	۶۸/۸۰	۰/۰
۳	آلمان	۴۸/۳۱	-۱/۳
۴	فرانسه	۲۶/۳۶	-۰/۳
۵	ایتالیا	۲۳/۹۹	-۱۰/۷
۶	انگلستان	۱۸/۸۸	-۸/۰
۷	کانادا	۱۰/۱۴	۴/۶
۸	اسپانیا	۱۱/۵۳	۱۵/۱
۹	استرالیا	۷/۰۵	۵/۰
۱۰	سوئیس	۶/۸۶	-۶/۵
۱۱	سوئد	۶/۱۷	-۱۲/۶
۱۲	هلند	۵/۵۱	-۱/۷
۱۳	اتریش	۴/۶۷	۱۷/۸
۱۴	آفریقای جنوبی	۴/۶۱	۲۲/۲
۱۵	بلژیک	۴/۱۷	۹/۰
۱۶	جمهوری چک	۴/۰۶	۲/۴
۱۷	مجارستان	۳/۸۱	۲۱/۴
۱۸	روسیه	۳/۶۴	۵۶/۹
۱۹	دانمارک	۳/۱۴	۳/۰

۲۰	لهستان	۲/۹۹	۲۳/۴
۲۱	پرتقال	۲/۸۸	-۶/۳
۲۲	نروژ	۲/۶۸	-۶/۰
۲۳	کره	۲/۵۳	۲۲/۴
۲۴	ترکیه	۲/۲۰	۶۳/۰
۲۵	چین	۲/۱۱	۲۹/۲
۲۶	برزیل	۲/۰۱	۱۸/۹
۲۷	مکزیک	۱/۸۰	۲۸/۵
۲۸	هنگ کنگ	۱/۴۹	-۷/۰
۲۹	اندونزی	۱/۴۷	۰/۱
۳۰	اسلواکی	۱/۴۴	۱۳/۵
۳۱	رومانی	۱/۴۱	۱۲/۰
۳۲	ایرلند	۱/۴۰	۰/۰
۳۳	فنلاند	۱/۳۰	-۸/۸
۳۴	یونان	۱/۲۰	۹/۱
۳۵	هند	۱/۱۴	۱۴/۰
۳۶	تایوان	۰/۸۹	۰/۰
۳۷	اسلونی	۰/۸۷	۴۱/۴
۳۸	کلمبیا	۰/۸۲	۳۶/۰
۳۹	مصر	۰/۶۶	۵/۰
۴۰	مراکش	۰/۵۵	-۳/۸
۴۱	نیوزلند	۰/۵۴	۸/۰
۴۲	پرو	۰/۵۴	۳/۹

۴۳	شیلی	۰/۵۴	۱۳/۰
۴۴	لوگزامبورگ	۰/۴۷	۰/۰
۴۵	نیجریه	۰/۴۳	۲۴/۰
۴۶	سريلانكا	۰/۴۰	۲۸/۰
۴۷	پاکستان	۰/۳۹	۵/۴
۴۸	مالزی	۰/۳۷	۱۰/۲
۴۹	استونی	۰/۳۴	۱۱/۰
۵۰	کاستاریکا	۰/۱۷	۲۲/۹
جمع پنجاه کشور		۵۱۱/۶۶	۱۰/۸

جدول شماره (۱-۱)

فهرست و مشخصات شرکتهای لیزینگ ثبت شده در کشور

ردیف	نام شرکت	تاریخ تاسیس	سرمایه (میلیون دلار)	ساختار سهم
۱	لیزینگ ایران	۱۳۵۴/۰۴/۲۳	۴۰/۰۰۰	متعلق به بانک تجارت
۲	لیزینگ صنعت و معدن	۱۳۵۶/۰۳/۱۶	۲۰۰/۰۰۰	متعلق به بانک صنعت و معدن، افزایش سرمایه در مرحله ثبت رسمی
۳	پارس لیزینگ	۱۳۷۰/۱۲/۱۷	۳/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۴	یاران غدیر	۱۳۷۵/۰۸/۱۵	۸۰۰	۵٪ سرمایه گذاری شاهد و ۴۹٪ خصوصی
۵	لیزینگ آراین	۱۳۷۶/۱۰/۰۲	۱/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۶	کیش لیزینگ	۱۳۷۸/۰۸/۳۰	۱	صد در صد خصوصی
۷	تجارت و اعتبار	۱۳۷۸/۱۰/۰۵	۳/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۸	لیزینگ شید	۱۳۷۹/۰۷/۱۳	۱/۰۰۰	صد در صد خصوصی (متعلق به گروه صنعتی بوتان)
۹	رایان سایپا	۱۳۷۹/۰۷/۱۵	۷۰/۰۰۰	متعلق به گروه صنعتی سایپا
۱۰	لیزینگ خودرو سواری	۱۳۷۹/۱۱/۲۳	۱۰/۰۰۰	بانک پارسیان ۶۰٪ و شرکت ایران خودرو ۴۰٪

۱۱	پارسا لیزینگ	۱۳۸۰/۰۱/۲۲	۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۱۲	پارسا لیزینگ کیش	۱۳۸۰/۰۲/۱۶	۱	صد در صد خصوصی
۱۳	لیزینگ خودرو کار	۱۳۸۰/۰۲/۱۷	۷۰/۰۰۰	بانک پارسیان ۶۰٪ و شرکت ایران خودرو دیزل ۴۰٪ افزایش سرمایه در مراحل نهایی
۱۴	ایران خودرو کیش	۱۳۸۰/۰۳/۲۳	۱	متعلق به شرکت گسترش صنایع ایران خودرو
۱۵	لیزینگ مبتا	۱۳۸۰/۰۴/۲۷	۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۱۶	لیزینگ پویان	۱۳۸۱/۱۰/۲۹	۱/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۱۷	آتیه الوند	۱۳۸۱/۰۲/۱۴	۳/۰۰۰	متعلق به بانک صنعت و معدن
۱۸	کار ساز صنعت	۱۳۸۱/۰۴/۰۱	۵/۱۳۷	صد در صد خصوصی
۱۹	لیزینگ فرهنگیان شرف	۱۳۸۱/۰۴/۰۶	۳/۰۰۰	متعلق به شرکتهای زیر مجموعه صندوق ذخیره فرهنگیان
۲۰	لیزینگ گستر	۱۳۸۱/۰۵/۰۵	۱/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۲۱	لیزینگ اعتماد	۱۳۸۱/۰۶/۰۶	۱۰	صد در صد خصوصی
۲۲	لیزینگ سامان	۱۳۸۱/۰۶/۰۶	۲	صد در صد خصوصی

۲۳	یکتا لیزینگ	۱۳۸۱/۰۶/۱۹	۴۰۰	صد در صد خصوصی
۲۴	لیزینگ خودروی ایرانیان	۱۳۸۱/۰۶/۲۶	۰	متعلق به شرکت تعاونی ایران خودرو
۲۵	لیزینگ کالای آسان	۱۳۸۱/۰۷/۱۷	۱/۲۰۰	صد در صد خصوصی
۲۶	لیزینگ امین یاران	۱۳۸۱/۰۸/۲۹	۱۰	صد در صد خصوصی
۲۷	لیزینگ بهمن	۱۳۸۱/۰۹/۱۶	۱۰/۰۰۰	متعلق به گروه خودروسازان بهمن
۲۸	لیزینگ پیمان کار آفرین	۱۳۸۱/۱۰/۱۶	۱	صد در صد خصوصی
۲۹	گسترش لیزینگ پیشگام	۱۳۸۱/۱۰/۲۳	۱۰	صد در صد خصوصی
۳۰	لیزینگ یاران پارس آذر	۱۳۸۱/۱۱/۰۶	۱۰	صد در صد خصوصی
۳۱	پیشاهنگ توسعه لیزینگ	۱۳۸۱/۱۱/۰۸	۱/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۳۲	لیزینگ خودروی غدیر	۱۳۸۱/۱۱/۰۹	۱۰۰/۰۰۰	متعلق به شرکت سرمایه گذاری غدیر ۴۷٪ و ایران خودرو دیزل ۴۷٪ و سایرین

				۳٪
۳۳	خودروی هخامنش	۱۳۸۱/۱۱/۱۰	۱۰۰	صد در صد خصوصی
۳۴	لیزینگ اطمینان	۱۳۸۱/۱۱/۲۶	۱	صد در صد خصوصی
۳۵	لیزینگ سماء ری	۱۳۸۱/۱۲/۲۷	۱۰۰	صد در صد خصوصی
۳۶	لیزینگ فتح گستر فردا	۱۳۸۲/۰۱/۱۸	۱۵	صد در صد خصوصی
۳۷	لیزینگ خودروی ملی	۱۳۸۲/۰۲/۱۵	۱۰۰/۰۰۰	متعلق به بانک ملی ایران ۵۰٪ و شرکت ایران خودرو ۵۰٪
۳۸	لیزینگ آینده سازان ستایش	۱۳۸۲/۰۳/۰۳	۱۰۰	صد در صد خصوصی
۳۹	لیزینگ نگین	۱۳۸۲/۰۳/۰۷	۱/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۴۰	شایان لیزینگ کیش	۱۳۸۲/۰۳/۲۹	۱۰/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۴۱	لیزینگ کیمیا	۱۳۸۲/۰۴/۰۴	۱/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۴۲	آسمان آرای ماد	۱۳۸۲/۰۴/۱۰	۱۰	صد در صد خصوصی
۴۳	بنیان صنعت پارس	۱۳۸۲/۰۶/۲۵	۰	صد در صد خصوصی
۴۴	لیزینگ رهیاب خودرو	۱۳۸۲/۰۷/۰۵	۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۴۵	لیزینگ ماشین ملاصدرا	۱۳۸۲/۰۷/۰۸	۱	صد در صد خصوصی
۴۶	لیزینگ ایران خودرو	۱۳۸۲/۰۷/۱۴	۱	متعلق به شرکت ایران خودرو

۴۷	آریا لیزینگ	۱۳۸۲/۰۷/۲۳	۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۴۸	لیزینگ تند باد پارس	۱۳۸۲/۰۸/۲۱	۵	صد در صد خصوصی
۴۹	آذرگشت کانی گوهر کرمانشاه	۱۳۸۲	-	صد در صد خصوصی
۵۰	آهنگ لیزینگ اصفهان	۱۳۸۲	-	صد در صد خصوصی
۵۱	لیزینگ نرگس شیراز	۱۳۸۲	-	صد در صد خصوصی
۵۲	بازرگانی دانش گستر سامان	۱۳۸۲	-	صد در صد خصوصی
۵۳	منشور تجارت سامان	۱۳۸۲/۰۶/۲۴	-	صد در صد خصوصی
۵۴	لیزینگ رهباب خودرو (م.م)	۱۳۸۲/۰۷/۰۵	۲۰	صد در صد خصوصی
۵۵	لیزینگ تند باد پارس (م.م)	۱۳۸۲/۰۸/۲۱	۵	صد در صد خصوصی
۵۶	لیزینگ ساسان	۱۳۸۲/۱۰/۰۴	۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۵۷	سرمایه گذاری توان افزا	۱۳۸۲/۱۰/۱۶	۱۰۰	صد در صد خصوصی
۵۸	توسعه و تجارت پارس مهر	۱۳۸۲/۱۰/۱۵	۱۰۰	صد در صد خصوصی

۵۹	جمعاً ۶۳ شرکت سرمایه گذاری و لیزینگ بازار سرمایه دینیا (س.خ)	۱۳۸۲/۱۰/۲۸	۷۱۰/۰۰۰ ۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۶۰	لیزینگ پیشگامان اندیشه (م.م)	۱۳۸۲/۱۱/۲۵	۱	صد در صد خصوصی
۶۱	لیزینگ عرش خودرو تهران (س.خ)	۱۳۸۲/۱۲/۹	۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۶۲	لیزینگ پویش خودرو پارس (س.خ)	۱۳۸۲/۱۲/۸	۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی
۶۳	شرکت بین المللی فروش و لیزینگ کار آفرین پارسان	۱۳۸۲/۱۲/۲۵	۲/۰۰۰	صد در صد خصوصی

جدول شماره (۱-۲)

۱- روزنامه رسمی واصله به انجمن شرکتهای لیزینگ ایران تا پایان روز ۸۲/۱۱/۴

* عضو انجمن شرکتهای لیزینگ ایران

** تاسیس در سال ۱۳۸۲ صورت گرفته و لی از آگهی تاسیس و سرمایه های آن اطلاعاتی

در انجمن موجود نبوده است.

مشتریان بازار	خانوار ها	بنگاه های اقتصادی	دولت و سازمانهای دولتی
اقلام خرد	*	*	
اقلام کوچک	*	*	
اقلام متوسط	*	*	*
اقلام بزرگ		*	*

جدول شماره (۱-۳)

نوع	بخش	اقتصادی	لیزینگ	لیزینگ	لیزینگ
			کمک فروش	بانکی	مستقل
کشاورزی	–	–	–	–	–
صنعت و معدن	هیپکو	–	–	–	–
مسکن و ساختمان	–	–	–	–	–
صادرات	–	صنعت و معدن	–	–	–
بازرگانی و خدمات	ایران خودرو	صنعت و معدن ، پارسیان ، ایران	، غدیر ، خودروی ملی	پارس لیزینگ ، شید ، ایران ، شرق ، امید	–
دولت سازمانهای عمومی	–	–	–	–	–

جدول شماره (۱-۴)

منابع و مآخذ

قرآن مجید

- ۱- ابن بابویه، محمد بن علی ، من لا یحضره الفقیه، ۱۳۷۶ ، محزونیان ، حسن ، ج ۳ ، تهران
- ۲- ابن قدامه، عبد اله بن احمد، المغنی، ۱۹۸۳ م ، ج ۴ ، بیروت ، دارالکتاب العربی
- ۳- امامی، حسن، حقوق مدنی ، ۱۳۷۵، ج ۱، تهران، اسلامیة.
- ۴- امامی، حسن، حقوق مدنی، ۱۳۵۷، ج ۴، تهران، اسلامیة
- ۵- املی، دیوا، حسین، "لایزینگ"، ۲۶/ ۱۳۸۵/۵، روزنامه شرق
- ۶- انصاری ، مرتضی ، المكاسب المحرمه، ۱۳۸۳، ج ۲، تهران، آرمان برتر
- ۷- بروجردی، سید حسین، جامع احادیث الشیعه، ۱۴۱۰ق، ج ۱۸، قم، علمیه
- ۸- بجنوردی، سید محمد حسین ، القواعد الفقهیه، ۱۳۶۴، ج ۷، قم ، نشر الهادی
- ۹- تفرشی، محمد عیسی و وحدتی شبیری، سید حسن ، « ماهیت حقوقی، احکام و آثار قرار داد اجاره به شرط تملیک» ، ۱۳۸۰، نشریه دانشور، شماره ۳۶
- ۱۰- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ۱۳۳۵، تهران ، چاپ رنگین
- ۱۱- حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه، ۱۳۷۴، قم، چاپ آل البيت
- ۱۲- حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه، ۱۳۶۴، صحت ، علی ، تهران ، ناس
- ۱۳- حکیم، سید محسن ، منهاج الصالحین، ۱۳۸۹ق، چاپ نعمان،
- ۱۴- حلی، جعفر بن حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء ، ۱۳۷۸، ج ۱، قم ، موسسه آل البيت علیه السلام ، لاحیاء التراث
- ۱۵- حلی، جعفر بن حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء ، ۱۳۷۸، ج ۲، قم ، موسسه آل البيت علیه السلام ، لاحیاء التراث
- ۱۶- حلی، جعفر بن حسن بن یوسف ، المختصر النافع، ۱۳۷۳، رزمجو ، سعید ، تهران ، نشر باقر العلوم
- ۱۷- حلی، جعفر بن حسن بن یوسف ، تحریر الاحکام، موسسه آل البيت، ۱۳۸۲، قم، موسسه الامام الصادق (ع)، بهادری، ابراهیم

۱۸- حلی، جعفر بن حسن بن یوسف ، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۱۳۸۹ ق، چاپ اول، بیروت، منشورات اعلمی، مطبعة الاداب.

۱۹- خدابخشی، عبدالله، استقلال و پیوند حقوق مدنی و کیفری، ۱۳۸۴، تهران، فکرسازان

۲۰- خلعتبری، فیروزه، مجموعه مفاهیم پولی و بانکی و بین المللی، ۱۳۷۱، تهران، شبابیز

۲۱- خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین ، ۱۳۵۳، ج ۲، نجف، مکتبه لطفی

۲۲- درویشی، ابراهیم، « عقد اجاره به شرط تملیک شیوه ای برای اعطای تسهیلات مختلف» فصلنامه بانک

صادرات، شماره ۴۱

۲۳- دیانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، ۱۳۷۹، تهران، امید دانش.

۲۴- دیانی، عبدالرسول، جزوه مدنی ۳ (قواعد عمومی قراردادها)

۲۵- دیانی، عبدالرسول ، « ترجمه و تحقیق پیرامون ابواب مضاربه اجاره مزارعه و مساقات از کتاب شریف

خلاف شیخ طوسی» رساله فوق لیسانس فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۶۸، دانشگاه تهران

۲۶- دی، الستر و کید، دیوید، « صنعت لیزینگ چیست؟» مورخ ۸۳/۱۰/۹ ، جعفری، زهرا و پارسایی، سارا،

نشریه هدف و اقتصاد

۲۷- دیلن، لیندا، دستنامه لیزینگ در صنایع کوچک، ۱۳۸۵، بیجران لو، عبدالله، تهران، دانش پژوهان.

۲۸- ره پیک، حسن ، حقوق مدنی ، حقوق قراردادها، ۱۳۸۵، تهران ، خرسندی

۲۹- سبزواری، محمد باقر بن محمد مومن ، کفایه الاحکام، قم ، ۱۳۸۱ ، دفتر انتشارات اسلامی ، جامعه مدرسین

حوزه علمیه قم

۳۰- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح المععه الدمشقیة (شرح لمعه) ، ۱۴۰۳ ق، چاپ اول،

ج ۶، بیروت ، انتشارات دارالهادی للمطبوعات

۳۱- شهید ثانی ، زین الدین بن علی ، مسالک الافهام ، ۱۳۷۱ ، ج ۵، قم، م. سسه المعارف الاسلامیه

۳۲- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۱۳۵۰، تهران، موسسه عالی حسابداری ، چاپ میهن.

۳۳- صفایی ، سید حسین ، قاسم زاده ، سید مرتضی، اشخاص و مهجورین، ۱۳۸۷، تهران، سازمان مطالعه و

تدوین کتب علوم انسانی و دانشگاه ها (سمت)

۳۴- طباطبایی، مهدی ، حاشیه مکاسب ، ۱۳۷۳، ج ۲، تهران ، سازمان تبلیغات اسلامی

۳۵- طباطبائی یزدی، محمد کاظم، ملحقات عروه الوثقی، ۱۳۷۸ق، ج ۲، مکتبه الداوری، چاپ حیدری.

۳۶- طوسی، محمد بن حسن، النهایه، ۱۳۴۳ق، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۳۷- طوسی، محمد بن حسن، التهذیب، ۱۳۸۲، ج ۷، تهران، سنا

۳۸- طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار، ۱۳۸۴، ج ۳، قم، انصاریان

۳۹- طوسی، محمد بن حسن، مسائل مهم کتاب خلاف، ۱۳۴۴، تهران، انتشارات دانشگاه تهران

۴۰- فرهنگ، منوچهر، فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی، ۱۳۷۱ تهران، نشر البرز،

۴۱- قحف، منذر، الاجاره المنتهیه بالتملیک و صکوک الاعیان الموجهه www.kahf.com

۴۲- کاتبی، حسینقلی، فرهنگ حقوق، سال ۱۳۶۳، چاپ ۱، تهران، انتشارات گنج دانش

۴۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی و قراردادها، ج ۱، ۱۳۶۸ چاپ اول، تهران، انتشارات به نشر

۴۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، آثار قرار داد در رابطه دو طرف و نسبت به اشخاص

ثالث، ۱۳۷۶ جلد سوم، تهران، شرکت انتشار

۴۵- کلینی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، ۱۳۷۵، تهران، دارالکتب الاسلامیه

۴۶- گلریز، حسن، فرهنگ توصیفی اصطلاحات پول و بانکداری و مالیه بین المللی، ۱۳۸۰، تهران، فرهنگ معاصر

۴۷- مامقانی، عبدالله، مناهج المتقین، ۱۳۴۴، نجف، چاپ انتشارات مرتضویه.

۴۸- موسویان، سید عباس، بانکداری اسلامی، ۱۳۸۳، ش ۵۳، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی

۴۹- موسویان، سید عباس، جزوه فقه معاملات بانکی، ۱۳۸۸، قم، المصطفی

۵۰- موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ۵۲۴ بیروت، دارالتعارف للمطبوعات،

۵۱- موسوی الخمینی، روح الله، تحریر الوسیله کتاب وکالت- طلاق، چاپ دوم، ۱۴۰۱ ق، ج ۲، بیروت، موسسه

مطبوعات دارالعلم.

۵۲- میری، سید حسین و حبیبی، پیمان، بررسی تطبیق لیزینگ در چرخه اعتباری کشور، مجموعه مقالات

پانزدهمین کنفرانس سالانه سیاست های پولی و ارزی، ۱۳۸۴، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی

۵۳- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ۱۹۸۱ م، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

۵۴- نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۳، ۱۳۷۹، قم، موسسه دائره المعارف الفقه

الاسلامی طبق المذهب اهل البيت (علیه السلام)

۵۵-نجفی علمی، کاظم؛ « قرار دادهای لیزینگ یاد آور عهد نامه ترکمنچای»، روزنامه دنیای اقتصاد مورخ

۱۳۸۵/۳/۱

۵۶-نراقی، احمد بن مهدی، عواید الایام، ۱۳۷۹، بیروت، دار الهادی

۵۷-وحیدی، امیر حسین، تحلیلی پیرامون عقد اجاره به شرط تملیک، نشریه کانون سردفتران و دفتر یاران،

شماره ۶۵-۵۸

۵۸-هدایتی، سید علی اصغر، عملیات بانکی داخلی (۲)، ۱۳۸۱، تهران، موسسه عالی بانکداری ایران

۵۹-یزدی، ابوالقاسم بن احمد، شرایع الاسلام، ۱۳۶۸، محمد تقی دانش پژوه، چاپ پنجم، مرکز انتشارات

دانشگاه تهران، چاپ سپهر

۶۰-سایت انجمن شرکت های لیزینگ ایران www.ailec.ir

۶۱-سایت دیارتمان مجازی پژوهش های حقوقی ایران www.iranlegal.mihanblog.com

ABSTRACT:

The leasing companies are of the successful economic establishments in recent years. On one part, timed instalment turningover of goods to the consumers and to the producer on the other part, finally are giving hand to the production and occupation of country.

Results of experimental studies are showing the under mentioned variables which were effective in the success degrees of the leasing companies:

- 1- Economic conditions of client during the contract in which the amount of advanced payment, number and sum of instalments have many variations.
- 2- Economic conditions of clients in the time length of the contract, which can continually change, sometimes desired and sometimes undesirable.
- 3- The cash conditions of leasing companies which is short sometimes due to the prosperity of market and surplus because of stagnation.

Using financial contracts and suitable fiscal methods which can reply the various facts and financial abilities of clients in the present and future, also bending capacity of leasing companies in the present and future, are the reasons of development of these companies.

Present Iranian leasing contracts are simple rent treaties conditioned vesting possessory by banking accounting method. This manner not only does not have the bending capacity which client's future changes and company's cash, but can not also reply the variety of client's needs along the time.

It seems that combination of vesting possessory rent contracts with other contracts like peace treaty and changing fiscal method, will help to attain the considered goals.

The present thesis is to explain the religious juristical (feghi) of such contracts to achieve the above mentioned goals.

Also considering the daily-increasing development of the leasing industry in Iran and expanded transactions of people with these companies, the religious juristical and legal essence of dealing with leasing companies should be heeded. It seems, although there is difference of opinion in explanation of legal nature of such dealings, but it can be mostly corrected by some changes in the rental and vesting possessory renting contracts which are accepted by Islamic rules (fegh) and by without usury banking operations rules.



**Islamic Azad University
Central Tehran Branch**

**Faculty of Literature and Humanity Sciences
Department of Legal and Juristically Islamic
“M.A” Thesis
On: Legal and Juristically Islamic**

**Subject:
Review of jurisprudential and legal bases of
leasing**

**Advisor:
Dr. Hadi Azimi Garakani**

**Consulting Advisor:
Dr. Majid Vaziri**

**By:
Hossein Hatami**

Winter 2013