





دانشگاه پیام نور
مرکز ورامین

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق "M.A"

گرایش : حقوق خصوصی

عنوان :

«بررسی ماهیت حقوقی و آثار فسخ قراردادهای اجاره به شرط
تملیک بانکی»

استاد راهنما:

دکتر کیان فولادی

استاد مشاور:

دکتر محمد عزیزی

نگارنده :

اسحق یوسف نژاد

شهریور ۱۳۹۹



دانشگاه پیام نور

واحد ورامین

تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجانب **اسحق یوسف نژاد** دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق که در تاریخ ۱۳۹۹/۰۶/۳۰ از پایان نامه خود تحت عنوان « بررسی ماهیت حقوقی و آثار فسخ قراردادهای اجاره به شرط تملیک بانکی » با کسب نمره ۱۷/۷۵ و درجه بسیار خوب دفاع نموده‌ام بدینوسیله متعهد می‌شوم:

۱. این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط این جانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام.
۲. این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پائین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
۳. چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره‌برداری اعم از چاپ، مقاله، کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه را داشته باشم، با ذکر نام استادان راهنما و مشاور و درج نام دانشگاه پیام نور اقدام خواهم کرد.
۴. چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب حقوقی ناشی از آن را می‌پذیرم و همچنین دانشگاه پیام نور مجاز است با این جانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار کند و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچ‌گونه ادعایی نخواهم داشت.

اسحق یوسف نژاد

۱۳۹۹/۰۶/۳۰

«من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق»

«الهی ادای شکر تو را هیچ زبانی نیست و دریای فضل تو را هیچ کران نیست»

برایم افتخار بزرگی بوده است که از راهبانی های استادان ارجمندم جناب آقای دکتر کیان فولادی و جناب آقای دکتر محمد عزیزی و جناب آقای دکتر

ایرانشاهی استاد داور بهره مند گردیده ام. بدون شک بدون راهبانی ها و حمایت های ایشان در کلیه مراحل پژوهش، انجام مطالعه حاضر فراهم نمی شد.

از رهنمودها و زحمات بی دریغشان بی نهایت سپاسگزارم.

تقدیم به:

ساحت مقدس مولایم آقا امام زمان (عج) که امید ظهورشان کرمه بخش دل های خسته است...

تقدیم به روح بزرگوار و فرشته زندگیم (پدر و مادرم) که اولین معلمین زندگی ام بودند.

و تقدیمی شایسته و به پاس احترام به همسرم:

تقدیم به همسر عزیز و مهربان و فداکارم که با صبوری در تمام مدت تحصیل یار و یاور بی همتا بود و دوش و به دوش من بگام با تحصیل بار سنگین زندگی رابه جان خرید و در تمام طول تحصیل یار و یاور بی بدیل بود.

و تقدیمی از سر عشق و مهربانی به فرزندان عزیزم.

و در نهایت تقدیم به همه ی کسانی که همواره در تمام عرصه های زندگی ام یار و یاور بی چشم داشت برایم بوده اند.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده	۱

فصل اول

کلیات طرح تحقیق

۱-۱-مقدمه:	۴
۱-۲-بیان مسأله:	۴
۱-۳- سابقه و ضرورت انجام تحقیق:	۵
۱-۴-اهداف تحقیق:	۵
۱-۴-۱- هدف کلی:	۵
۱-۴-۲-اهداف اختصاصی:	۶
۱-۵- فرضیه های تحقیق:	۶
۱-۶- تعریف واژه ها:	۷
۱-۶-۱- مفهوم عقد	۷
۱-۶-۲- مفهوم قرارداد	۸
۱-۶-۳- مفهوم فسخ:	۹
۱-۶-۳-۱- مفهوم لغوی:	۹
۱-۶-۳-۲- مفهوم اصطلاحی و حقوقی	۹
۱-۷- ادبیات و پیشینه تحقیق	۱۰
۱-۸- روش شناسی تحقیق:	۱۱
۱-۹- قراردادهای بانکی موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا	۱۲
۱-۱۰- مبانی نظری قراردادهای بانکی موضوع اعطای تسهیلات	۱۴
۱-۱۰-۱- مفهوم و انواع قراردادهای موضوع اعطای تسهیلات:	۱۴

- ۱۰-۱-۱- مفهوم قرارداد بانکی: ۱۵
- ۱۰-۱-۲- انواع قراردادهای بانکی به اعتبار تصریح یا عدم تصریح در قانون: ۱۵
- ۱۰-۱-۳- انواع قراردادهای بانکی موضوع عقود معین به اعتبار لزوم و جواز: ۱۶
- ۱۰-۲- ویژگی‌های قراردادهای بانکی موضوع اعطای تسهیلات ۱۶
- ۱۰-۲-۱- الحاقی بودن قراردادهای بانکی: ۱۶
- ۱۰-۲-۲- اخذ تضمین در قراردادهای بانکی موضوع اعطاء تسهیلات: ۱۷
- ۱۰-۲-۳- مسئولیت تضامنی متعهدین: ۱۷
- ۱۰-۲-۴- الزام متعهد به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه: ۱۷
- ۱۰-۲-۵- محفوظ بودن حق نظارت بانک بر حسن اجرای قرارداد: ۱۸
- ۱۰-۲-۶- سلب حق واگذاری اعیان و منافع مورد وثیقه: ۱۸
- ۱۰-۲-۷- بیمه‌ی اموال: ۱۸
- ۱۰-۲-۸- حال شدن کلیه بدهی‌های موجب مشتری در صورت تخلف وی از ایفای تعهدات در قبال بانک: ۱۸
- ۱۰-۲-۹- تنوع و تعدد تعهدات قبلی در قراردادهای بانکی موضوع اعطای تسهیلات: ۱۹
- ۱۰-۲-۱۰- تصریح به نداشتن اختلاف در قراردادهای بانکی: ۱۹
- ۱۰-۲-۱۱- لازم‌الاجرا بودن قراردادهای بانکی موضوع اعطای تسهیلات: ۱۹

فصل دوم

بررسی حقوقی اجاره بشرط تملیک

- ۲-۱ کلیات: ۲۱
- ۲-۲ ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک: ۲۳
- ۲-۲-۱ نظریه "اجاره" بودن اجاره به شرط تملیک ۲۳
- ۲-۲-۲ نظریه "بیع" بودن اجاره به شرط تملیک ۲۵
- ۲-۲-۳ نظریه "عقد معین" بودن اجاره به شرط تملیک ۲۷
- ۲-۲-۴ نظریه منتخب ۲۸

- ۲-۳- بررسی وضعیت شرط تملیک در اجاره بشرط تملیک ۲۹
- ۲-۳-۱- شرط فعل: ۳۰
- ۲-۳-۲- شرط صفت: ۳۱
- ۲-۳-۳- شرط نتیجه: ۳۲
- ۲-۳-۴- نوع شرط ضمن عقد اجاره به شرط تملیک: ۳۲
- ۲-۴- ویژگی های اجاره به شرط تملیک بانکها: ۳۳
- ۲-۴-۱- شرط مباشرت مستاجر: ۳۳
- ۲-۴-۲- شرط ضمان: ۳۳
- ۲-۴-۳- شرط اختیار فسخ برای بانک: ۳۳
- ۲-۴-۴- شرط پرداخت حقوق دولتی: ۳۳
- ۲-۵- تهرین مال موضوع اجاره به شرط تملیک به نفع شخص ثالث ۳۳

فصل سوم

فسخ قرارداد اجاره بشرط تملیک

- ۳-۱- مبانی پیدایش حق فسخ: ۳۶
- ۳-۱-۱- نظریه عمومی خیارات: ۳۶
- ۳-۱-۲- اصل لزوم قراردادها: ۳۶
- ۳-۱-۳- تردید در لزوم و جواز عقد: ۳۷
- ۳-۱-۴- تردید در وجود خیار: ۳۷
- ۳-۱-۵- شک در سازگاری خیار با ماهیت عقد: ۳۷
- ۳-۲- مقایسه «فسخ» با برخی نهادهای حقوقی مشابه: ۳۸
- ۳-۲-۱- فسخ و بطلان: ۳۸
- ۳-۲-۱-۱- وجوه افتراق: ۳۸
- ۳-۲-۱-۲- وجوه اشتراك: ۳۹
- ۳-۲-۲- فسخ و انفساخ ۳۹

- ۳۹-۲-۲-۱- وجوه اشتراک: ۳۹
- ۳۹-۲-۲-۲- وجوه افتراق: ۳۹
- ۳-۳- وجود حق فسخ و عدم تزلزل عقد لازم: ۴۰
- ۴-۳- ماهیت حقوقی فسخ قرارداد و بررسی نقش دادگاه در اجرای حق فسخ: ۴۲
- ۵-۳- عناصر تحقق خیار: ۴۵
- ۶-۳- لزوم عقد اجاره به شرط تملیک و موارد فسخ آن: ۴۶
- ۳-۶-۱- شرایط اعمال حق فسخ: ۴۶
- ۳-۶-۱-۱- قصد و رضا: ۴۶
- ۳-۶-۱-۲- اهلیت: ۴۷
- ۳-۶-۱-۳- موضوع فسخ: ۴۷
- ۳-۶-۱-۴- جهت مشروع: ۴۹
- ۳-۶-۲- طرق اعمال حق فسخ ۴۹
- ۳-۶-۲-۱- لزوم ابراز اراده: ۴۹
- ۳-۶-۲-۲- فسخ صریح و ضمنی: ۵۰
- ۳-۶-۲-۳- فسخ فعلی: ۵۰
- ۳-۶-۳- آثار فسخ قرارداد: ۵۱
- ۳-۶-۴- زمان تأثیر فسخ و حکم قانون مدنی: ۵۱
- ۳-۶-۵- انتقال حق فسخ: ۵۲
- ۳-۶-۶- سقوط خیار با انتفای مبنای آن: ۵۲
- ۳-۶-۷- سقوط خیار با انقضای مهلت اجرای خیار (خیارهای فوری): ۵۳

فصل چهارم

آثار ناشی از فسخ قرارداد اجاره به شرط تملیک

- ۴-۱- تبدیل ید امانی مستأجر به ید ضمانی: ۵۶
- ۴-۲- تکلیف مستأجر به مسترد نمودن عین مستأجره به موجر: ۵۶

- ۴-۳- تعیین تکلیف اقساط پرداخت شده از سوی مستأجر: ۵۷.....
- ۴-۴- منتفی شدن شرط تملیک عین مستأجره: ۵۷.....
- ۴-۵- تعلق اجرت‌المثل از تاریخ فسخ قرارداد تا تاریخ تحویل عین مستأجره: ۵۸.....
- ۴-۶- وضعیت منافع مال موضوع اجاره به شرط تملیک در صورت فسخ قرارداد ۵۸.....
- ۴-۷- بررسی امکان اعاده به وضع سابق در صورت فسخ اجاره به شرط تملیک..... ۵۹.....
- ۴-۸- نحوه اقدام از طریق مراجع قانونی و تخلیه و تحویل عین مستأجره: ۶۰.....
- ۴-۸-۱- اقدام از طریق اجرای ثبت: ۶۰.....
- ۴-۸-۲- اقدام از طریق محاکم قضایی ۶۴.....
- ۴-۹- نتیجه گیری و پیشنهادها ۶۹.....
- ۴-۹-۱- خلاصه تحقیق: ۶۹.....
- ۴-۹-۱-۱- خلاصه یافته ها: ۶۹.....
- ۴-۹-۱-۲- نتیجه گیری: ۷۲.....
- ۴-۹-۲- پیشنهادهای تحقیق: ۷۴.....

فهرست منابع و مأخذ

- الف - کتابها ۷۸.....
- ب- پایان نامه ها ۷۹.....
- ج- مقاله‌ها ۷۹.....
- پیوست ها ۷۹.....

چکیده

در تحقیق حاضر، نگارنده به بررسی ماهیت حقوقی و آثار فسخ قراردادهای اجاره بشرط تملیک بانکی می‌پردازد. علیرغم نوپا بودن اجاره بشرط تملیک در حقوق کشورمان، با توجه به کاربردی و موثر بودن این نوع قرارداد خصوصاً در حوزه تسهیلات بانکی، اجاره بشرط تملیک جایگاه ویژه‌ای در میان عقود پرکاربرد بانکی پیدا نموده است. با این وجود نظر به اینکه قرارداد موصوف فاقد سابقه و پیشینه در حقوق کشورمان است، در خصوص ماهیت حقوقی آن اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. به طوری که پذیرش هر یک از دیدگاههای متفاوت، آثار و تبعات خاص خود را به همراه داشته و نهایتاً در حقوق و تعهدات طرفین اجاره بشرط تملیک موثر خواهد بود. از حیث ماهیت حقوقی، می‌توان اجاره بشرط تملیک را به عنوان یک عقد معین با احکام و آثار خاص شناسایی نمود. و در مبحث بررسی آثار فسخ اجاره به شرط تملیک پس از بررسی نقش دادگاه در اعمال و اجرای حق فسخ و رویه قضایی در این زمینه و همچنین نحوه اقدام قانونی بانکها جهت استیفای طلب به استناد قراردادهای اجاره بشرط تملیک، این نکته مهم حاصل شد که شورای پول و اعتبار در راستای اجرای تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار و با تصویب قراردادهای متحدالشکل موضوع اعطای تسهیلات بانکی و ابلاغ آن، بانک‌ها را مکلف به استفاده از قراردادهای مذکور در اعطای تسهیلات نمود. یکی از تغییر رویکردها، در حوزه قراردادهای اجاره به شرط تملیک بوده است. بر اساس ماده ۱۶ قرارداد متحدالشکل اجاره به شرط تملیک در صورت فسخ قرارداد از سوی بانک اقساط دریافتی از مستأجر تا تاریخ فسخ قرارداد به انضمام پیش پرداخت مستأجر، پس از کسر سود متعلقه و هزینه‌های بانک، به مستأجر مسترد می‌شود. که این تغییر رویکرد در رویه جاری، تأثیر به‌سزائی در حقوق مستأجر اجاره به شرط تملیک دارد.

کلیدواژه: اجاره به شرط تملیک، عقد، فسخ، ماهیت حقوقی.

فصل اول

کلیات طرح تحقیق

۱-۱- مقدمه:

یکی از عقودی که هم از حیث ماهیت حقوقی و هم از حیث فسخ و آثار مترتب بر آن با دیدگاهها و چالش های حقوقی زیادی همراه است، عقد اجاره بشرط تملیک می باشد. این عقد عنوان جدیدی است که در سال های اخیر به لحاظ نیاز روز جامعه، به عرصه حقوقی کشور وارد شده است که در آن طرفین قرارداد با قصد اینکه عین مال تا پایان مدت قرارداد در اجاره مستاجر باشد و پس از پرداخت آخرین قسط، به مالکیت مستاجر در آید، به انعقاد عقد مبادرت می نمایند.

نیازها و ضرورت های اقتصادی نوین سبب شده عقود غیرمعینی که مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد مورد پذیرش قرار گیرد. در این راستا ماده ۱۰ قانون مدنی بستر لازم برای پذیرش چنین قراردادهایی را فراهم نموده است.

نظر به استفاده روزافزون از این قرارداد در سال های اخیر، اختلاف نظر دادگاهها و رویه قضایی در خصوص ماهیت حقوقی اجاره بشرط تملیک و نحوه مواجهه قضات محترم در رسیدگی راجع به فسخ قرارداد مذکور، تغییر نگرش شورای پول و اعتبار در خصوص نحوه احتساب اقساط پرداخت شده از سوی مستاجر در صورت فسخ قرارداد از ناحیه بانک به عنوان موجر، با توجه به متن قراردادهای یکنواخت تائید و تصویب شده توسط شورای پول و اعتبار، موضوع تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ لزوم شناسایی ماهیت حقوقی و همچنین فسخ و آثار مترتب بر آن ضرورت پیدا نموده است. در این نوشتار سعی بر آن است در حد وسع به این مهم پرداخته شود.

۱-۲- بیان مسأله:

یکی از معضلات و چالش های مهم دستگاه قضایی کشورمان، تراکم و انباشت بیش از حد پرونده ها و در نتیجه عدم امکان رسیدگی در مواعد متعارف به آنها و مالا سردرگمی و ایجاد هزینه بر جامعه و اطراف دعاوی است. بدون تردید، امروزه بخش زیادی از دعاوی حقوقی مطروحه در محاکم دادگستری ناشی از اختلافات مربوط به حوزه قرارداد های بانکی است که در این زمینه با توجه به نقش کاربردی قراردادهای اجاره بشرط تملیک در جامعه، مباحث مربوط به "فسخ قرارداد های مذکور" از جایگاه ویژه ای برخوردار است. با توجه به اهمیت موضوع فسخ، شناخت طرفین قرارداد ار ماهیت، احکام و آثار آن باعث می شود تا با لحاظ تمهیدات لازم، ضمن کاستن از زمینه های ایجاد اختلاف در روابط قراردادی، از یک طرف زمینه کاهش طرح دعاوی در محاکم دادگستری را فراهم نمایند و از سوی دیگر از اتلاف وقت و هزینه افراد جامعه و دستگاه قضایی جلوگیری شود. این مهم ایجاب می کند تحقیقات بیشتری در حوزه قراردادهای بانکی خصوصاً اجاره بشرط تملیک، فسخ و آثار آن با توجه به ماهیت و ویژگی های خاص آن و همچنین گستره و اهمیت آن در معاملات و اعطای تسهیلات بانکی و همچنین بررسی رویکرد رویه قضایی در این زمینه، صورت گیرد و تحقیق حاضر بر این مبنا انتخاب شده تا در حد وسع به تحقق این مهم کمک نماید.

۱-۳- سابقه و ضرورت انجام تحقیق:

اجاره بشرط تملیک عنوانی است که فاقد سابقه در منابع فقهی است و سابقه آن در نظام حقوقی کشورمان نیز به بعد از انقلاب اسلامی بر می گردد و اولین بار در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ مصوب مجلس شورای اسلامی مورد استعمال قرار گرفت.

یکی از مصادیق بارز و تجلیگاه اصلی حاکمیت اراده، عقود و قراردادها هستند. در نظام حقوقی اسلام " اصله اللزوم " بعنوان یکی از اصول و قواعد معروف فقهی به شمار می رود. فقها مبنای این قاعده را آیه شریفه " اوفو بالعقود " و حدیث معروف " المؤمنون عند شر و طهم " می دانند. هر چند اجاره بشرط تملیک با اراده و توافق طرفین منعقد و اصولاً اطراف قرارداد ملزم به آن می باشند. لکن به دلیل وجود دیدگاههای متفاوت و مختلف راجع به ماهیت حقوقی آن که این امر در رویه قضایی کشورمان نیز کاملاً مشهود است، در عمل حقوق و تعهدات طرفین قرارداد متأثر از دیدگاههای مذکور بوده و ضرورت شناسایی نظر صائب در این زمینه، اهمیت آن را دو چندان می کند.

همچنین با توجه به اهمیت و نقش قرارداد های اجاره بشرط تملیک در تنظیم و تنسيق روابط حقوقی بین بانکها و مشتریان آنها و جایگاه موثر آن در فعالیت های اقتصادی جامعه، بررسی فسخ و آثار آن بر قرارداد های اجاره بشرط تملیک بانکی دارای اهمیت بوده و بررسی و مذاقه در این زمینه ضروری به نظر می رسد. وقتی طرفین قراردادی با رعایت شرایط شکلی و ماهوی مبادرت به انعقاد آن نمایند، اصولاً ملزم به تعهدات قراردادی خود می باشند و در صورت تخلف هر یک از متعاملین، طرف دیگر قرارداد می تواند با استفاده از راه کارهای پیش بینی شده در نظام حقوقی هر کشوری، اجرای تعهدات قراردادی یا جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد رامطالبه نماید. پرواضح است، هر جا که صحبت از " اصل " می شود، در کنار آن استثناء نیز وجود دارد. با توجه به قاعده فقهی " ما من عام الا و قد خُص " اصل لزوم قراردادها نیز از این قاعده مستثنی نیست. در تایید این امر ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می دارد:

" عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود. " با این اوصاف مشخص می گردد موارد متعددی پیش می آید که تاکید بر تداوم قرارداد و اصرار به اجرای مفاد آن به دلایل مختلف امری عبث و بی فایده به نظر می رسد، و قانونگذار به شخص اجازه می دهد تا التزام ناشی از قرارداد را به سود خود برهم زده و از تعهدات ناشی از عقد رهایی یابد، که این امر در اصطلاح حقوقی به " حق فسخ " معروف است.

بدین ترتیب ملاحظه می شود که اهمیت برهم زدن عقد کمتر از ایجاد و انعقاد خود قرارداد نیست و این امر تبعات و مسائل بحث انگیز فراوانی بدنبال دارد که مستلزم بررسی و مطالعه جامع و کامل موضوع است.

۱-۴- اهداف تحقیق:

۱-۴-۱- هدف کلی:

موضوع اصلی این تحقیق یکی از مباحث مهم در زمینه قرارداد های بانکی به شمار می رود که در آثار حقوقدانان، عمدتاً به صورت پراکنده مطرح و مورد بررسی قرار گرفته است. مضافاً اینکه بحث در زمینه حقوقی فسخ

قراردادهای اجاره بشرط تملیک، شرایط، احکام و آثار آن نکات مبهم و بحث انگیزی را به همراه دارد که با توجه به گستره و تاثیر آن بر روابط حقوقی اشخاص جامعه اعم از مردم عادی و فعالان عرصه های مختلف اقتصادی، انجام تحقیقی مستقل را ایجاب می کند. در عصر حاضر روابط اقتصادی جدید و روند رو به رشد آن و پیچیدگی های روز افزون معاملات و تحولات غیر قابل پیش بینی باعث شده تا فقها و حقوقدانان با پرسش های جدیدی روبرو شوند و نیز دادگاه ها که وظیفه اجرای عدالت و حل و فصل اختلافات و دعاوی را بر عهده دارند با سیل پرونده های قضایی که بخش قابل ملاحظه ای از آنها در زمینه فسخ قراردادهای بانکی است مواجه شوند. علاوه بر موارد مذکور، بررسی قوانین و مقررات موجود و رویه عملی محاکم قضایی در پرونده های مطرح شده در ارتباط با موضوع فسخ و آثار آن در قرارداد های اجاره بشرط تملیک و همچنین فقدان چنین تحقیقی در این زمینه، هدف و ضرورت اصلی این پژوهش را تشکیل می دهد.

۱-۴-۲- اهداف اختصاصی:

با توجه به نوپا بودن اجاره بشرط تملیک در نظام حقوقی کشورمان که ریشه آن به بعد از انقلاب اسلامی بر می گردد، پژوهش های جامع در این زمینه خصوصاً با لحاظ ماهیت حقوقی و همچنین فسخ و آثار مترتب بر آن نیز محدود می باشد.

گرچه تحقیق و بررسی ماهیت حقوقی فسخ قرارداد و آثار و مبانی آن مورد توجه فقها و حقوقدانان بوده است، مع الوصف در حقوق کشورمان، این مبحث خصوصاً از حیث آثار فسخ بر قرارداد های اجاره بشرط تملیک بانکی باتوجه به اهمیت و کاربردی بودن آن به ندرت موضوع یک پژوهش منسجم و مستقل قرار گرفته است، از سوی دیگر، نظر به اینکه ویژگی خاص قراردادهای، بانکی از جمله الحاقی بودن آنها و این امر که معاملات بانکی با مشتریان در قالب قراردادهای موضوع قانون عملیات بانکی بودن ربا صورت می گیرد که در موارد متعددی قراردادهای مذکور بنا به علل مختلف فسخ می شوند که در نتیجه آن و حدوث اختلاف در خصوص موضوع فسخ، مناقشه در مراجع قضایی مطرح می شود که بررسی زوایای مختلف و شناخت موارد اختلافی و مبهم آن به ویژه رویه قضایی، به منظور دست یابی به راهکارهای عملی، انگیزه و هدف دیگری برای انجام این تحقیق محسوب می شود.

۱-۵- فرضیه های تحقیق:

سوالات زیادی در زمینه تحقیق حاضر مطرح می باشد که اهم آنها عبارتند از:

- ۱- ماهیت حقوقی اجاره بشرط تملیک چیست؟
- ۲- دیدگاه حقوقدانان و رویه قضایی در خصوص اجاره بشرط تملیک چگونه است؟
- ۳- جایگاه قرارداد اجاره بشرط تملیک در میان قراردادهای یکنواخت موضوع تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ چگونه است؟
- ۴- موقعیت قراردادی مشتریان بانکها از لحاظ برابری قراردادی در مقابل بانکها از حیث امکان فسخ قرارداد اجاره بشرط تملیک چگونه است؟

- ۵- نحوه برخورد و رویه مراجع قانونی اعم از دادگاهها و اجرای ثبت در خصوص فسخ قراردادهای اجاره بشرط تملیک چگونه است؟
- ۶- اعاده وضعیت طرفین قرارداد مزبور، پس از اعمال حق فسخ چگونه خواهد بود؟
- ۷- در صورت فسخ قرارداد اجاره بشرط تملیک توسط بانک به علت معوق شدن اقساط (اجور) مشتری بانک (مستاجر) آیا امکان پرداخت مطالبات بانک و اعاده وضعیت وجود دارد؟
- ۸- آیا اختیار فسخ قرارداد های اجاره بشرط تملیک قابلیت انتقال و توارث دارد؟
- ۹- در صورت فسخ قرارداد اجاره بشرط تملیک توسط بانک، وضعیت اقساط پرداخت شده در دوره زمانی قبل از فسخ چگونه خواهد بود؟

۱-۶- تعریف واژه ها:

قبل از ورود به موضوع اصلی بحث و تحقیق حاضر، ضروریست که ابتدا تعاریفی از برخی عناوین و مفاهیم موضوع تحقیق ارائه شود، تا پس از شناخت اجمالی از موارد مورد نظر، وارد بحث اصلی پایان نامه شویم.

۱-۶-۱- مفهوم عقد

واژه «عقد» در لغت به معنای بستن و گره زدن آمده است (عمید، حسن، ۱۳۷۹) و ماده ۱۸۳ قانون مدنی از نظر حقوقی عقد را چنین تعریف نموده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد برامری نمایند و مورد قبول آنها باشد» با مذاقه در تعریف مذکور مشخص می شود که تعریف ارائه شده از سوی قانونگذار، جامع و مانع نیست و انتقاداتی چند بر آن وارد است. در ماده قانونی مذکور به تعهدی که یک یا چند نفر در برابر دیگران نموده اند و مورد قبول قرار گرفته «عقد» گفته شده است:

«در حالی که «تعهد» اثر عقد است، نه خود آن، این اشتباه ناشی از اختلاطی است که بین دو مفهوم «عقد» و «تعهد» در ذهن نویسندگان قانون مدنی وجود داشته و گاه آنان را به بیراهه کشیده است»

(کاتوزیان، ناصر ۱۳۸۰)، شایان ذکر است، تعریف مزبور شامل عقود عهدی است و عقود تملیکی را در بر نمی گیرد (شهیدی، مهدی، ۱۳۷۷).

مضافاً اینکه در تعریف مورد نظر از لفظ «نفر» که دلالت بر اشخاص حقیقی دارد و اشخاص حقوقی را شامل نمی شود استفاده شده است. با توجه به ایرادات مترتب بر تعریف ارائه شده در ماده ۱۸۳ قانون مدنی، اساتید و حقوقدانان عقد را چنین تعریف نموده اند:

«عقد عبارت است از عمل حقوقی که برای انعقاد آن و ایجاد اثر دلخواه، نیاز به توافق دو یا چند اراده است، دست کم باید دو اراده مفاد عقد را انشاء کنند و از برخورد این دو انشاء که هیچ یک به تنهایی برای ایجاد آن کافی نیست، اثر معهود بدست می آید»

(کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰). به تعبیر دیگر، عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی (شهیدی، مهدی، ۱۳۷۷).

بنابراین برای انعقاد هر عقدی حداقل اراده دو شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) لازم است، که این دو اراده بایستی موافق یکدیگر بوده و موضوع آن انجام تعهد یا انتقال مال باشد. مانند عقد بیع و... لازم به ذکر است، عقد از حیث دایره شمول به عقد معین و عقد غیر معین تقسیم می‌شود، عقود معین دسته‌ای از عقود هستند که در قانون عنوان و آثار مشخصی دارند از قبیل بیع، اجاره، صلح، قرض، وکالت و ... یعنی قانون هم نام این عقود را و هم ماهیت (شرایط، آثار، طرق انحلال، روابط طرفین) آنها را پیش بینی کرده است. مقررات مربوط به این عقود بخش قابل ملاحظه‌ای از قانون مدنی را شامل می‌شود و مواد ۳۳۸ تا ۸۰۷ قانون مذکور به اضافه قسمتهایی از مبحث وصیت به عقود معین اختصاص یافته است. در مقابل، عقود غیر معین آن دسته از عقود هستند که فاقد این وصفند، یعنی در قانون نه نام و نه شرایط تشکیل و نه آثارشان از پیش تعیین نشده است.

۱-۶-۲- مفهوم قرارداد

در فرهنگ‌های لغت عبارت است از عهد و پیمان دو یا چند تن در امری، عهدنامه، پیمان (عمید، حسن، ۱۳۷۹)،

«مفهوم لغوی قرارداد شامل عقود عهدی و تملیکی و مالی و غیرمالی و حقوقی و غیر معوض است».

(جعفری لنگرودی، جعفر، ۱۳۷۸)، همچنین در جای دیگری آمده است، «عقد و قرارداد» لغتاً و اصطلاحاً یکی هستند و در هر حال منظور پیمان مؤکدی است که بین متعاملین منعقد می‌شود (حائری، مسعود، ۱۳۷۳). معنای قرارداد در لغت و اصطلاح خاص حقوقی تقریباً یکی است، یعنی همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی، علاوه بر این، در عرف حقوقدانان و عرف عامه مردم، از قرارداد و عقد معنای پیمان مؤکد استنباط می‌شود.

در حقوق خارجی نیز قرارداد به همین معنی است:

"A contract is an agreement between two or more parties which is intended to have legal consequences" (C.F. PADFIELD 1987,).

A contract is agreement between two or more parties that the law will enforce. (Geoff monahen 2013)

قرارداد از حیث دایره شمول همانند عقد، دارای دو معنی اعم و اخص است. در معنای نخست، قرارداد مترادف با عقد و در بر گیرنده عقود معین و غیر معین است، لیکن در معنای اخص، قرارداد صرفاً عقود غیر معین را شامل می‌شود. به همین جهت، ماده ۱۰ قانون مدنی واژه «قرارداد» را در مفهوم اخص آن یعنی عقود غیر معین به کار برده است (شهیدی، مهدی ۱۳۷۷).

۱-۶-۳- مفهوم فسخ:

۱-۶-۳-۱- مفهوم لغوی:

از نظر لغوی، فسخ در معانی زیر به کار رفته است:

«ذایل گردانیدن دست کسی را از جای، تباہ گردانیدن رأی راء، شکستن، جدا جدا کردن، ویران ساختن، برانداختن بیع و آهنگ و مانند آن راء...»، (دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷)، همچنین در جای دیگری فسخ به معنای نقض کردن، باطل کردن، برهم زدن معامله، باطل کردن پیمان یا بیع آمده است. (عمید، حسن، ۱۳۷۹). بدیهی و روشن است که استفاده از تعبیر بطلان برای بیان انحلال پیمان، در مفهوم مجازی آن صورت گرفته است، زیرا به عکس فسخ، یعنی انحلال عقد بوسیله یک اراده، بطلان قرارداد به اراده طرفین آن یا شخص ثالث صورت نمی‌گیرد، بلکه بطلان در اثر حکم قانون و به لحاظ عدم اجتماع شرایط مورد نظر قانونگذار واقع می‌شود. مع الوصف، نظر به این که این دو واژه در عرف، مرادف هم مورد استفاده قرار می‌گیرند، در نتیجه، در فرهنگ‌های لغت نیز با زبان عامیانه معنی گردیده است. فسخ در لغت به معنای شکستن و جدا جدا کردن نیز به کار رفته است، و از نظر فقهی به معنی رفع عقد است، به همان وصف و کیفیتی که قبلاً بوده بدون زیاده و نقصان.

۱-۶-۳-۲- مفهوم اصطلاحی و حقوقی

از فسخ، تعریفی در قوانین ایران ارائه نگردیده است، ولی ماده ۱۸۴ قانون مدنی ضمن تعریف انواع عقود، یکی از اقسام عقود را «عقد خیاری» نامیده است و ماده ۱۸۸ قانون مارالذکر مقرر نموده است: «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد»، و مواد ۳۹۶ تا ۴۵۷ قانون مزبور بدون آنکه از خیار تعریفی ارائه نماید با بیان انواع خیارات، احکام عقود خیاری را بیان نموده است. بنابراین در قوانین ایران، نه تنها تعریف صریح و مشخصی از فسخ نشده، بلکه قاعده کلی و عمومی هم برای فسخ وضع نگردیده که جامع افراد و مانع اغیار باشد.

به طور کلی، حق فسخ در اصطلاح حقوقی انحلال و برهم زدن یک طرفه قرارداد است. یعنی فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد بوسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث، (شهیدی، مهدی، ۱۳۷۷)، اساسی‌ترین عنصر این تعریف، اختیار و اقتداری است که دارنده حق فسخ به موجب تراضی طرفین قرارداد یا بموجب قانون، در پایان بخشیدن به حیات و اعتبار قرارداد در اختیار دارد و از آن به «خیار فسخ» تعبیر می‌شود. به عبارت دیگر، در اصطلاح حقوقی خیار حقی است برای متبایعین یا یکی از آنها که می‌تواند عقد لازم را برهم زند. (امامی، سیدحسن، ۱۳۶۸) در تقریرات بعضی از فقهای امامیه از واژه فسخ به رفع و حل عقد تعبیر نموده اند. خیار اسم مصدر از اختیار است و در کلمات فقهای متأخر، عبارت از ملک فسخ عقد است. بدین معنی که عاقد مخیر بین امضاء و فسخ عقد باشد.

در کتاب «البیع» خیار، حق گزینش فسخ یا حق برگزیدن فسخ دانسته شده که با چشم پوشی از حکم گزینش و برگزیدن، با عبارت (حق فسخ) تعریف می‌شود. (موسوی الخمینی (ره) ۱۴۱۵ق). اکثر فقها و حقوقدانان از مفهوم فسخ (خیار فسخ) با کمی تغییر، تعریف تقریباً مشابهی را ارائه می‌دهند، خیار حقی است که به دو طرف عقد یا یکی از آنها و گاه به شخص ثالث اختیار فسخ عقد را میدهد، (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶).