

## Abstract 4

*Interdisciplinary Researches in Jurisprudence, Vol.6, No.1, Autumn 2017 & Winter 2018, Serial. 11*

### **Juridical Study of the Nature of Hire-purchase Contract in Non-Usurious Banking of the Islamic Republic of Iran**

*Hosein Ali Saadi\**

Date of Received: 2017/05/30

*Mahmood Akbari\*\**

Date of Accepted: 2018/01/03

One of non-usurious banking contracts in Allocation of resources, is the hire-purchase contract replacing conventional methods of making loans in non-usurious banking. This kind of contract with extensive usage will be able to solve a major part of the needs of economic units. On the other hand it could be useful for clients because he pays the rent with more confidence and owning it at the end.

The central question of the research is juridical challenges about nature of hire-purchase contract in non-usurious banking. According to this article, the nature of hire-purchase contract faces different challenges like violation of “the contracts follow the intentions” principle, formalization of contracts, and ambiguity in conditions of hire-purchase contract. In this study, we analyze these items, finally, we will offer suitable juridical solutions.

**Keywords:** Nature of hire-purchase contract, Lease contract, Owning condition, Non-Usurious Banking.

---

\* Associated Professor of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Imam Sadiq(a.s) University - saadi@isu.ac.ir

\*\* Assistant Professor of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Ayatollah Boroujerdi University (responsible author) – akbary64@gmail.com

## بررسی فقهی ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک در بانکداری بدون ربا ج.ا.ایران

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۳/۰۹

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۱۳

حسینعلی سعدی\*

محمود اکبری\*\*

### چکیده

یکی از عقود بانکداری بدون ربا در بخش تخصیص منابع عقد اجاره به شرط تملیک است که از این طریق جایگزین اعطای تسهیلات به شیوه مرسوم در بانک‌های ربوی می‌شود. این عقد با کاربرد وسیعی که دارد می‌تواند قسمت عمده‌ای از نیازهای موجود در واحدهای مختلف اقتصادی را مرتفع نماید؛ و از طرف دیگر برای مشتری نیز مفید می‌باشد زیرا وی با اطمینان بیشتری اقساط مال الاجاره را پرداخت نموده و در پایان مدت مالک عین مورد اجاره می‌شود.

مسئله این مقاله، چالش‌های فقهی ماهیت قرارداد اجاره به شرط تملیک در بانکداری بدون ربا است؛ بر اساس این نوشتار، ماهیت قرارداد اجاره به شرط تملیک، با چالش‌هایی همچون نقض قاعده العقود تابعه للقصود و صوری شدن، ابهام نوع شرط مندرج در قرارداد اجاره به شرط تملیک و مبهم بودن نوع شرط فعل تملیک، روبه‌رو است. در این تحقیق، این موارد مورد کنکاش و بررسی قرار گرفته و در نهایت راهکار فقهی مناسب پیشنهاد و ارائه می‌شود.

### واژگان کلیدی

ماهیت قرارداد اجاره به شرط تملیک، اجاره به شرط تملیک، اجاره، شرط تملیک، بانکداری بدون ربا.

## مقدمه

اصطلاح «اجاره به شرط تملیک» ابتدا در آیین‌نامه موقت اجرایی مصوب ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار و سپس در ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲/۸/۶ به کار گرفته شد و در ماده ۵۷ آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانکی (آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا) مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ هیئت وزیران، تعریف شد و شرایط تنظیم این قرارداد در ماده ۵۸ تا ۶۰ آیین‌نامه مذکور بیان گردید. آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۶۲/۱۰/۱۲ هیئت وزیران در ماده ۵۷ خود اجاره به شرط تملیک را این‌گونه تعریف کرده است اجاره به شرط تملیک، عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستأجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجر را مالک گردد.

چگونگی فرآیند اجاره به شرط تملیک با توجه به قانون عملیات بانکی بدین صورت است که ابتدا متقاضی دریافت تسهیلات مالی از بانک، پس از آن‌که نوع کالا یا کالاهای موردنیاز فعالیت او معلوم شد یا مسکن موردنظر وی مشخص گردید، می‌تواند به بانک مراجعه و تقاضای خود را حاوی نکات زیر به بانک تسلیم کند: تعیین دقیق نوع و مشخصات اموال موردنیاز قبول مسئولیت انتخاب و تحویل، همچنین، حمل و نقل اموال توسط وی در مواردی که لازم است، همراه با این تقاضا، پس از آن‌که مشتری از شرایط و چگونگی عمل بانک و مفاد قرارداد فی‌مابین مطلع شد و آن را قبول کرد، می‌باید تعهدی به بانک بسپارد، مبنی بر اینکه به محض اعلام بانک در مورد آماده بودن کالا یا اموال موضوع تقاضای وی، نسبت به انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک در خصوص این کالاها یا اموال اقدام کند و همچنین، تعهد کند که مورد معامله را در طول مدت قرارداد، خود مستقیماً مورد مصرف یا استفاده قرار دهد. به این ترتیب، پس از آن‌که کالا یا اموال مورد تقاضای مشتری توسط بانک فراهم شد، به صورت اجاره به مشتری تحویل می‌شود که در صورت اجرای کلیه مفاد قرارداد مربوطه، در پایان

مدت قرارداد، به مالکیت مستأجر (مشتري متقاضی) درخواهد آمد. این موضوع در قرارداد اجاره به شرط تملیک قید شده است (ر.ک: موسویان، ۱۳۹۰، ص ۵۳۸). مسئله، در تبیین ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک این است که ماهیت این قرارداد چیست؟ آیا عقد «اجاره به شرط تملیک»، سابقه فقهی ندارد، آیا این نوع عقد به غیر از ترکیبی از عقد اجاره و بیع است که علامه<sup>۱</sup> در کتاب‌های خود به آن اشاره نموده است؟ (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۲۹۰؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۹۴).

با توجه به تعاریف مختلفی که از عقد اجاره به شرط تملیک ارائه شده است، ماهیت یکسانی برای این عقد تعریف نشده است. برخی آن را از مصادیق عقد اجاره و شروط خاص تبعی می‌دانند. برخی آن را بیع دانسته‌اند، برخی آن را عقد مرکب دانسته و برخی نیز ماهیت خاص به عنوان عقد مستقل و جدید برای آن قائل شده‌اند. به‌رحال درباره ماهیت این قرارداد از جهت فقهی محل بحث و دیدگاه‌های مختلفی در آن وجود دارد.

دیدگاه اجاره دانستن عقد اجاره به شرط تملیک که همان مصوبه قانون عملیات بانکی بدون ربا مورخ ۶۲/۱۰/۱۲ هیئت وزیران در ماده ۵۷ است با اشکالات و چالش‌هایی روبرو است از جمله: نقض قاعده العقود تابعه للقصد و صوری شدن عقد، حيله ربا، ابهام نوع شرط مندرج در قرارداد اجاره به شرط تملیک و مبهم بودن نوع شرط فعل تملیک. با توجه به این مسائل، هدف نگاشتن این تحقیق، تحلیل جامع فقهی ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک، در راستای ارائه یک پیشنهاد مشروع می‌باشد.

## ۱. تعریف اجاره

اجاره، مصدر ثلاثی مجرد از باب أَجَرَ يَأْجُرُ است که به معنای «به مزد دادن»، «به مزدوری گرفتن»، «اجرت» و «مزد» آمده و از این ماده، ایجار و استیجار و مؤاجره نیز در معنای اجاره به‌کار رفته است که ایجار و استیجار، هم در اجاره منافع و هم در اجاره

اعمال استعمال شده؛ ولی مؤاجره، فقط در اجاره اعمال به کار رفته است؛ اگرچه برخی کاربرد آن را در اجاره منافع نیز ذکر کرده‌اند (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۰؛ واسطی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۱۲؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۱، ص ۳۷).

از لحاظ فقهی بیشتر فقها گفته‌اند که حقیقت اجاره «تملیک منفعت در مقابل عوض» است (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۷۹؛ حلی ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۹۰؛ حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۵۲؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۷۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۲۰۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۵۱؛ جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۲۳۴). منظور از تملیک عمل یک طرف نیست، بلکه تملیک عقدی است که در طول ایجاب و قبول ایجاد می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۶) و همین تملیک عقدی موضوع ترتب آثار عقد مانند صحت و لزوم و مانند آن است. از این رو نیازی به عدول از تعریف مشهور، وجود ندارد. به اجاره دهنده «موجر» یا «اجیر» و به اجاره کننده «مستأجر» و مال مورد اجاره را «عین مستأجره» می‌گویند.

## ۲. تعریف قرارداد اجاره به شرط تملیک

اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستأجر در پایان مدت اجاره در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد عین مستأجره را مالک شود (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، بی تا، ج ۱، ص ۲۹-۲۷).

در کشور ما اصطلاح اجاره به شرط تملیک در متون قانونی پیش از انقلاب اسلامی دیده نمی‌شود. این اصطلاح ابتدا در «آیین‌نامه اجرایی اجاره به شرط تملیک» مصوب شورای پول و اعتبار و سپس در قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) به کار گرفته شد و در ماده ۵۷ آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانکی و آیین‌نامه فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ هیئت وزیران تعریف شد و چگونگی و شرایط تنظیم قرارداد مذکور در ماده ۵۸ تا ۶۵ آیین‌نامه یاد شده بیان گردید. به موجب مفاد ماده ۵۷

آیین‌نامه که عیناً در ماده ۱ دستورالعمل اجرایی نیز تکرار شده است؟<sup>۲</sup> اجاره به شرط تملیک، قرارداد اجاره‌ای است که ضمن آن شرطی درج شده است؛ بنابراین، روابط میان بانک و مشتری بر اساس عقد اجاره بوده و به ترتیب «موجر» و «مستأجر» محسوب می‌شوند.

ارایه تعریف فوق به استناد اختیاری است که قانون‌گذار به هیئت وزیران اعطا کرده است؛ لذا باید آن را مورد تأیید قانون‌گذار دانست و چنین فرض نمود که قصد قانون‌گذار از «اجاره به شرط تملیک» در قانون عملیات بانکی بدون ربا، همین تعریفی است که توسط هیئت وزیران بیان گردیده است؛ پس ضابطه قانونی حاکم بر تعریف این قرارداد، تعریف مندرج در ماده ۵۷ آیین‌نامه مذکور است (ر.ک: موسویان، ۱۳۹۰، ص ۵۳۸).

### ۳. ماهیت قرارداد «اجاره به شرط تملیک»

ماهیت قرارداد «اجاره به شرط تملیک»، چیست؟ آیا این عقد «اجاره به شرط تملیک»، سابقه فقهی ندارد، آیا این نوع عقد، همان مجموعی از عقد اجاره و بیع است که علامه در قواعد به آن اشاره نموده است؟

با توجه به تعاریف مختلفی که از عقد اجاره به شرط تملیک ارائه شده است، ماهیت یکسانی برای این عقد تعریف نشده است. دیدگاه‌های مهم در این رابطه عبارتند از: بیع (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۸۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۷۸)، عقد مرکب و مختلط از دو عقد اجاره و بیع است (زحیلی، ۱۴۳۲، ص ۳۹۵ و ۳۹۷؛ خورسندیان و شنپور، ۱۳۹۰، ص ۸۷)، قرارداد مستقل و جدید اعتباری (ر.ک: اسلامی پناه و عباسیان، ۱۳۸۸، ص ۳۸) و اجاره (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۹۲).

سؤالی که در اینجا مطرح است این است که کدام‌یک از این دیدگاه‌ها، صحیح و خالی از اشکال به نظر می‌رسد؟ به‌رحال درباره ماهیت این قرارداد از جهت فقهی محل بحث

است و دیدگاه‌های مختلفی در آن وجود دارد که در ادامه مورد بررسی و کنکاش قرار می‌گیرد.

### ۳-۱. اجاره به شرط تملیک به عنوان عقد بیع

برخی در مورد ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک، آن را با عقد بیع مقایسه نموده و با ارائه مستندات اظهار داشته‌اند که عقد اجاره تنها یک عقد صوری و ظاهری است که طرفین برای پنهان کردن عقد بیع و همچنین دریافت ثمن تحت عنوان مال الاجاره منعقد کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۸۵۴).

معنای لغوی بیع مبادله‌ی مال در برابر مال است (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۹) و در اصطلاح فقها برای بیع تعاریف گوناگونی ذکر شده است، از جمله: ۱. نقل عین در برابر عوض معلوم. ۲. عقد دالّ بر نقل عین در برابر عوض معلوم. ۳. انتقال عین در برابر عوض معلوم. چنان‌که در هر تعریف، شرط یا شرایطی به زیاده یا نقصان ذکر شده که تأثیری در ماهیت بیع ندارد و منظور از همه آنها اشاره مفید و مختصر به حقیقت بیع است. در نظر مرحوم شیخ انصاری تعریف بیع به انشای تملیک عین به مال (در مقابل مال) اولی و احسن است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۱).

دکتر جعفری لنگرودی در کتاب مجموعه محشی قانون مدنی در بخش «طرح اصلاح قانون مدنی» ضمن شماره‌های ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶ پیشنهادی در مورد اجاره چنین می‌نویسد: «اگر در عقد اجاره غیر منقول، شرط کنند که مستأجر پس از پرداختن تعدادی از اقساط مال الاجاره، به صورت شرط نتیجه مالک عین مستأجره گردد این عقد بیع است نه اجاره؛ هرچند که آن را به صورت اجاره درآورده باشند و در ذیل شماره ۱۴۵۶، اگر غیر منقولی را اجاره دهد که اجاره‌بها به اقساط داده شود و به نفع مستأجر شرط کنند که پس از دادن تعدادی از اقساط مذکور حق تملک عین مستأجره را داشته باشد با مشخصات ذیل: الف. عین مستأجره از تاریخ قبض در ضمان

مستأجر باشد. ب. مستأجر حق پیش‌خرید عین مستأجره را که از عقد مزبور تحصیل کرده در دفتر املاک محل وقوع ملک به ثبت برساند. ج. مستأجر حق فسخ اجاره را با ردّ عین مستأجره و استرداد اقساط پرداخت شده داشته باشد. این عقد که «اجاره فروش» نامیده شده، بیع است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۸۵۴-۸۵۵).

همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد متن شماره ۱۴۵۵ در جهت نفی عقد اجاره بودن اجاره به شرط تملیک مصطلح بوده و معتقد به بیع بودن آن می‌باشد.

بر این اساس، هدف اصلی از نظر طرفین این عقد تملیک عین مستأجره به مستأجر در آینده است، نه در زمان انعقاد عقد اجاره. این هدف با شرط تملیک تحقق پیدا می‌کند.

به موجب این شرط مستأجر می‌تواند ثمنی را که در زمان انعقاد اجاره به صورت طرح عقد بیع، مورد توافق قرار داده‌اند به موجر بدهد و اجاره‌بهای تأدیه شده را جزء ثمن مذکور حساب کند؛ و اگر اجاره‌بهای پرداخت شده کمتر از ثمن باشد، مابقی را یکجا بدهد و عین مستأجره را به عنوان بیع تملک کند.

بنابراین اولاً پیش از تملک مستأجر و پس از عقد اجاره بیعی واقع نشده است؛ ثانیاً بیع عقدی مستقل نیست، بلکه به صورت شرط ضمن عقد اجاره است؛ ثالثاً بین تاریخ اجاره و تاریخ تملک مبیع، موجر هم مالک مبیع است و هم مالک اقساط اجاره که گرفته است و این اجتماع عوض و معوض است. می‌توان گفت: که قبل از تملک عین، اقساط اجاره عنوان ثمن را نداشته است تا اجتماع عوض و معوض صورت گیرد؛ و مبیع پس از تملک، مال مستأجر و اقساط تأدیه شده مال موجر می‌شود، پس اجتماع عوض و معوض نیست؛ رابعاً ثمن در بیع از تاریخ تملک مبیع محقق می‌شود، نه قبل از آن؛ زیرا یکی از اصول موازنه، تملیک در برابر تملیک است و این اصل در اجاره فروش رعایت نشده است. اشکالی است که راه‌حل ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۴-۱۱۳).

در نظر مشابه دیگر، عقدی که در آن مالی به مدت طولانی در برابر اقساط معین در اختیار دیگری گذارده می‌شود و در پایان مدت و پرداخت اقساط، خودبه‌خود به مالکیت متصرف درمی‌آید، بیع دانسته شده است. طبق این نظریه عقد تابع قصد واقعی دو طرف است و قصد طرفین در اجاره به شرط تملیک، فروش کالا است و اجاره مقدمه آن قرار گرفته و سرپوشی برای تقسیط ثمن و وثیقه گرفتن، مبیع می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۷۸).

مهم‌ترین دلیل طرفداران این نظریه قصد اصلی طرفین است؛ به موجب قاعده «العقود تابعه للقصد» (ر.ک: بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۳۵) عقد تابع قصد طرفین آن است و در صورتی که آنچه در خارج انشاء می‌کنند با آنچه متعاملین قصد کرده‌اند یکی نباشد قرارداد و معامله باطل است؛ و با توجه به اینکه قصد در اجاره به شرط تملیک فروش کالا است نه اجاره آن، از آن جهت اجاره به شرط تملیک را می‌بایست عقد بیع دانست و آثار عقد بیع را بر آن بار کرد.

### نقد دیدگاه اول

در صورتی که اجاره به شرط تملیک را عقد بیع بدانیم اشکالات ذیل بر این دیدگاه وارد خواهد بود:

۱. تشبیه عقد اجاره به شرط تملیک به عقد بیع ناگزیر این امر را نتیجه می‌دهد که تمامی آثار و احکام بیع را در عقد اجاره به شرط تملیک نیز جاری دانسته و در هنگام بروز اختلاف بین طرفین عقد، به قوانین و عرف رایج موجود در مورد عقد بیع رجوع کنیم. بدیهی است این امر با اشکالاتی مواجه می‌گردد:

**اشکال اول:** یکی از آثار عقد بیع این است که به مجرد وقوع عقد بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. چنانچه عقد اجاره به شرط تملیک را بیع بدانیم پس باید اثر بیع یعنی انتقال مالکیت عین مستأجره به مستأجر را از ابتدای قرارداد نیز قبول

کنیم. در این صورت طلبکاران مستأجر می‌توانند مال موضوع قرارداد را از اموال مستأجر محسوب کرده و آن را توقیف نمایند.

**اشکال دوم:** مستأجر از زمان انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک، مالک عین مستأجره محسوب می‌شود و می‌تواند هرگونه تصرفات مالکانه از قبیل فروش، به رهن گذاردن و غیره نسبت به آن انجام دهد. درحالی‌که او تنها حق استیفای منفعت از عین مستأجره را تا پایان قرارداد خواهد داشت نه بیشتر.

۲. اشکال دیگری که وارد است این است که لازمه چنین تحلیلی صوری دانستن عقد اصلی یعنی اجاره است. وقتی گفته می‌شود عقد اجاره‌ای که طی آن تملیک عین مستأجره به مستأجر در پایان قرارداد شرط شده است، یک عقد بیع است نه اجاره، با این وصف نامیدن آن به عقد اجاره، ظاهری و صوری است و این به معنای بطلان عقد اجاره است (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۵۹؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۳۵).

### ۳-۲. اجاره به شرط تملیک، عقد مختلط و مرکب از اجاره و بیع است

بر اساس این دیدگاه، قرارداد اجاره به شرط تملیک را باید مجموع و ترکیبی از دو عقد اجاره و بیع دانست که اجاره موجب می‌شود که مستأجر حق تصرف در منافع را پیدا کند و عقد بیع هم ملکیت مال را به مشتری منتقل می‌کند و درواقع این قرارداد به دو قرارداد جداگانه تجزیه می‌گردد. در عین حال ماده اولیه این قرارداد، ترکیبی از دو عقد اجاره و بیع است.

عقد مرکب عقدی است که از امتزاج و اختلاط عقود متعدد و مختلفی که استقلال خویش را از دست داده‌اند و جمعاً ماهیت واحدی را تشکیل می‌دهند حاصل می‌گردد. پیرامون ماهیت حقوقی عقد مرکب اختلاف نظر وجود دارد و نظرات مختلفی از قبیل: تحلیل در قالب عقد صلح، مستقل بودن این عقد، انحلال به عقود متعدد و تحلیل با

توجه به اثر اصلی عقد، ابراز گردیده است. لیکن آنچه از جمیع جهات به نظر میرسد این است که این عقد را باید با توجه به اثر اصلی آن تحلیل نمود و اگر چنین امکانی وجود نداشته باشد عقدی عقلایی و نامعین است. یکی از مصادیقی که به عنوان عقد مرکب مطرح شده، اجاره به شرط تملیک است (خورسندیان و شنیور، ۱۳۹۰، ص ۸۷). بر اساس این دیدگاه قرارداد اجاره به شرط تملیک را باید پیوندی از اجاره وسیع دانست بدین نحو که پس از انعقاد عقد عین مستأجره در اجاره مستأجر است و احکام اجاره در این مرحله اجرا می‌شود؛ اما پس از پرداخت آخرین بهاء عین مستأجره خودبه‌خود از موجر به مستأجر منتقل می‌شود در این مرحله احکام بیع اجرا می‌شود پس ملاحظه می‌شود که اجاره به شرط تملیک ترکیبی از اجاره و بیع است و از مصادیق عقود مرکب است (زحیلی، ۱۴۳۲، ص ۳۹۵ و ۳۹۷).

ممکن است برای استدلال به عقد مرکب، گفته شود که عقد مرکب در کلام فقها در مسئله تجميع شیئین (دو یا چند عقد) در عقد واحد به ثمن واحد آمده است و این را فقها، جایز دانسته‌اند؛ و به این عبارات، به عنوان شاهد و مؤید برای حجیت و جواز عقد مرکب، استدلال شود:

محقق حلی در کتاب شرایع این فرض را می‌آورد: «و لو جمع بین شیئین مختلفین فی عقد واحد بثن واحد کبیع و سلف أو إجارة و بیع أو نکاح و إجارة صح و یقسط العوض علی قیمه المبیع و أجره المثل و مهر المثل» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۹)؛ اگر بین دو چیز یا بیشتر در یک عقد به ازای ثمن واحد جمع شود، جایز است مانند جمع کردن بین بیع و سلف، اجاره و بیع، نکاح و اجاره صحیح است و عوض بر قیمت مبیع و اجره المثل و مهر المثل تقسیط می‌شود.

علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء و قواعد الاحکام نیز همین فرض را می‌آورد: «يجوز أن یجمع بین شیئین مختلفین فما زاد فی عقد: کبیع و سلف، أو إجارة و بیع، أو نکاح و بیع و إجارة و یقسط العوض علی قیمه المبیع و إجارة المثل و مهر المثل...» (حلی،

۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۲۹۰؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۹۴؛ «جمع کردن بین دو چیز یا بیشتر در یک عقد جایز است مانند بیع و سلف، یا اجاره و بیع، یا نکاح و بیع و اجاره؛ و عوضی (ثمن) که پرداخت می‌شود بر قیمت مبیع و اجاره مثل و مهر المثل تقسیط می‌شود». مثلاً اگر بگوید این اتومبیل را فروختم و این خانه را اجاره دادم به ده میلیون تومان، جمع بین بیع و اجاره به ثمن واحد بوده و جائز است.

شهید ثانی در مسالک می‌گوید: هیچ اختلافی در صحّت آن نیست بخاطر اینکه جمیع بمنزله یک عقد واحد است و عوض در آن نسبت به کل معلوم است و همین مقدار معلوم بودن درانتفاء غرر و جهالت کفایت می‌کند (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۸۰).

محقق کرکی پس از نقل عبارت فوق از علامه حلی، می‌گوید: «لا محذور فی صحه ذلک عندنا» (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۳۷). صاحب جواهر نیز ذیل این مسئله می‌گوید: بلا خلاف آنچه فیہ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۲۳۳). سید یزدی در کتاب عروه در این باره می‌گوید: «يجوز الجمع بين الإجارة و البيع مثلاً بعقد واحد، كأن يقول: بعتك داری و آجرتك حماری بكذا و حينئذ يوزع العوض عليهما بالنسبة» (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۶۲۴).

برخی به خاطر عدم معلومیت ثمن و أجره اشکال کرده‌اند (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۱۴۶)؛ لذا به نظر می‌رسد که این مسئله تنها در صورت تعیین أجره و ثمن و لو با مقاوله و واقع ساختن عقد مبنی بر آن صحیح است (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۱۵).

منشأ بحث در جمع بین اجاره و عقود دیگری مانند بیع یا صلح در یک عقد، مرسوم و معهود نبودن چنین تعهدی و نیز لزوم غرر و جهل نسبت به مقدار اجرت است.

در بحث جمع بین اجاره و بیع در عقد واحد، با توجه به عبارت فقها سه صورت می‌توان ترسیم کرد:

**صورت اول:** هر یک از آن دو مستقل از دیگری باشد، بدین صورت که قیمت مبیع و اجاره‌ها در عقد، معین باشد و تملیک یکی از آن دو، مشروط به تملیک دیگری نباشد؛

یعنی درواقع دو عقد مستقل باشند که متعاقدان، آن را در قالب یک عبارت و جمله جمع کرده‌اند. صحت این صورت اجماعی است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۵۱). اشکال مرسوم نبودن چنین تعهدی، در این فرض وارد نیست؛ زیرا عقد بیع یا اجاره از آن جهت که لفظ یا تکلم است، اسم برای انشاء نیست تا توهم اشتراط استقلالیت در لفظ پیش آید، بلکه عقد، اسم تعهدی است که ابراز می‌شود و در فرض مذکور، تعهد ابراز شده به تعدد معنا و مقصود متعدد است، به طوری که هریک از آن دو مستقل از دیگری است. اشکال غرر و جهل نسبت به اجرت نیز در این فرض راه ندارد؛ زیرا هریک از ثمن و اجاره‌بها معین است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۳۱۲). صورت دوم: همان صورت اول با فرض مقید کردن یکی از دو عقد به دیگری است که در قالب یک معامله واقع شود. در این صورت یک تعهد و التزام وجود دارد، که به دو موضوع بیع و اجاره انحلال پیدا می‌کند.

این صورت هم صحیح است؛ زیرا هریک از بیع و اجاره از حیث عوض و معوض کاملاً مستقل از دیگری است، لکن این دو عقد در قالب یک معامله قرار گرفته که تعهد و التزام به یکی از آن دو مقید به التزام به دیگری شده به گونه‌ای که اگر یکی از آن دو فسخ یا باطل شود، موجر یا بایع نسبت به آن دیگری حق فسخ دارد و این سبب بطلان نیست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۳۱۲).

صورت سوم: تملیک عین و منفعت در قالب یک معامله بوده و همه ثمن در قبال مجموع عین و منفعت باشد. این صورت، مورد بحث و گفتگوی فقهاست، ظاهر کلمات فقها، جواز است، بلکه صاحب مسالک ادعای عدم خلاف کرده است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۲۸۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۵۳۰). محقق نجفی نیز تصریح کرده که مخالفی در مسئله نیافتم و می‌گویم: اگرچه شیخ طوسی در مبسوط تصریح به خلاف کرده، لکن ممکن است مراد ایشان از مخالف، فقهای عامه باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳،

ص ۵۳۰). برخی در مسئله تأمل کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۵۳۲) لذا به نظر می‌رسد که صورت سوم از این جهات مورد اشکال است:

۱. چنین عقدی متعارف نیست. پاسخ این اشکال سابقاً داده شد؛ مضافاً اگر بپذیریم که عنوان بیع یا اجاره بر چنین عقدی صادق نیست، لکن عنوان تجارت و عقد بر آن صدق می‌کند، از این رو، عمومات باب تجارت شامل آن می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۵۳۲؛ خویی، بی تا، ج ۴، ص ۴۰۱).

۲. عقد مذکور سبب غرر و جهالت است؛ زیرا آنچه مقابل عین و منفعت به عنوان عوض قرار گرفته است، مشخص نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۵۳۲).

از این اشکال نیز سید یزدی و دیگران پاسخ داده‌اند که عوضی که در عقد ذکر شده، به نسبت قیمت بازاری هریک از تملیک عین و منفعت تقسیط می‌شود، از این رو غرر نیز رفع خواهد شد (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۱۵). مضافاً به این که در دفع غرر، لازم نیست آنچه مقابل هر یک از عوضین قرار گرفته به صورت جزئی مشخص باشد، بلکه معلوم بودن مجموع عوض و معوض در عقد واحد برای دفع غرر کافی است، مانند این که دو چیز را که قیمت هریک در بازار مشخص است، به یک ثمن بفروشد (خویی، بی تا، ج ۴، ص ۴۰۱).

خصوصاً این که دلیل بطلان غرر، لفظی نیست تا اطلاق آن، شمول داشته باشد، بلکه دلیل بطلان غرر، لبی است که عبارت از اجماع یا سیره عقلاست و هیچ کدام از آن دو شامل مسئله مورد بحث نمی‌شود؛ زیرا مقام ورود آن دو (اجماع و سیره) در جایی است که بیع، یک عقد مستقل باشد نه این که قسمتی از عقدی دیگر باشد. اگر بپذیریم که دلیل لفظی وجود دارد که اطلاق آن، مسئله مورد بحث را نیز شامل است چنانچه در روایت آمده است: «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» اتفاق اصحاب بر صحت فرض مذکور، آن را از اطلاق این روایت خارج می‌کند (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۱۴۷-۱۴۶).

۳. هریک از بیع و اجاره، احکام مخصوص به خود را دارند مانند لزوم قبض و اقباض در بیع صرف یا جریان ربا اگر ثمن و مثنی از جنس ربوی باشند. سید یزدی و برخی دیگر در این باره گفته‌اند: هر دو حکم (لزوم قبض و اقباض و جریان ربا) در مسئله مورد بحث، نسبت به عین قابل جریان است (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۱۵؛ خویی، بی تا، ج ۴، ص ۴۰۱)؛ زیرا بر چنین معامله‌ای اطلاق بیع صادق است و اگر بیع، مبادله مثل به مثل از جنس نقدین (طلا و نقره) باشد، تقابض در مجلس واجب است و اگر عوضین از جنس ربوی باشند، تفاضل هر کدام ربا بوده و سبب بطلان خواهد شد. جمعی از محشین عروه در این قسمت تعلیقه‌ای نداشته و با سید یزدی موافق‌اند. ولی نسبت به جریان حکم ربا اشکال شده است به این‌که قراردادن ضمیمه در بیع، مانع از تحقق ربا خواهد شد، چنانچه نص و فتوی نیز بر این مطلب دلالت دارد (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۱۴۷).

با صرف نظر از اشکال سوم که فقط در برخی حالات اتفاق می‌افتد، به نظر می‌رسد که جمع عقدین صحیح باشد. دلیل صحت این مسئله را می‌توان، اجماع، عموماً و اطلاقات و اصل صحت در عقود ذکر کرد (خویی، بی تا، ج ۴، ص ۴۰۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۱۸۱). همچنین با توجه به تعریف عقد به ایجاب و قبول (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۰) می‌توان گفت که یکبار متعلق ایجاب و قبول به صورت ساده و بسیط است همانطوریکه در بیشتر عقود مثل اجاره و نکاح و... دیده می‌شود و بار دیگر به صورت مرکب است همان‌طور که علامه در قواعد متذکر شده و عموماً و اطلاقات باب بیع نیز شامل این می‌شود پس هیچ محذوری در جواز و صحت جمع بین عقدین وجود ندارد تنها نکته‌ای که باید رعایت شود این است که ثمنی که پرداخت می‌شود بر قیمت هر دو (مانند مبیع و اجاره) تقسیم می‌شود.

## نقد دیدگاه دوم

اولاً: به دو دلیل، نتوان عبارات مذکور فقها را به عنوان دلیل و شاهد برای جواز عقد مرکب دانست:

۱. همان‌طور که ملاحظه می‌شود آنچه در کلام فقها، مخصوصاً در عبارت سید یزدی آمده است جمع دو یا چند عقد به «ایجاب واحد» به ثمن واحد است و آن، همان‌طور که گفته شد بلااشکال صحیح می‌باشد، اما آنچه در این دیدگاه سوم، مورد بحث است اجاره به شرط تملیک به عنوان «عقد مرکب و مختلط» است.

۲. نکته دیگر اینکه در تأجیر منتهی به تملیک دو عقد بر عین واحد وارد می‌شود. ولی در مثال جمع دو عقد که در کلام فقها بیان شد، دو عقد بر دو عین وارد می‌شود و جمع بین آنها در صفت واحد نسبت به ثمن واحد صورت نمی‌گیرد. درحالی‌که در اجاره‌ی منتهی به تملیک، درواقع وارد شدن دو عقد (یعنی بیع و اجاره) بر عین واحد است.

بنابراین با این بیان، نتوان برای استدلال به جواز عقد مرکب به کلام مذکور فقها استدلال کرد و این دو، بحث جداگانه می‌باشند.

ثانیاً؛ جواز عقد مرکب خودش محل اشکال است که آیا در فقه عقد مرکب مورد پذیرش است یا خیر؟ درباره ماهیت عقد مرکب از لحاظ فقهی و قول به جواز عقد مرکب، به نوبه خود تحقیق مستقلی می‌طلبد که اگر این عقد با قواعد عمومی قراردادها منافاتی نداشته باشد بتوان آن را با اصاله الصحه، به عنوان یک عقد جدید و مستقلی پذیرفت و جایز دانست.

ثالثاً؛ بر فرض پذیرش جواز عقد مرکب و مختلط، اگر این تحلیل را قبول کنیم قرارداد اجاره در آن صورت بدون اجرت باقی می‌ماند و یا اینکه باید قایل شد که عوض، یکبار در مقابل منافع مال قرار گرفته و بار دیگر همان عوض به عنوان ثمن بیع تلقی گردد و این صحیح نیست، زیرا وقتی آن مبلغ در برابر اجاره قرار گرفت دیگر چیزی باقی

نمی‌ماند تا به عنوان ثمن تلقی گردد؛ و یا آن مبلغ را صرفاً ثمن تلقی کنیم که در این زمان قرارداد اجاره به دلیل نداشتن عوض باطل می‌گردد.

### ۳-۳. اجاره به شرط تملیک به عنوان عقد اعتباری مستقل

تمام تحلیل‌های ارائه شده در تبیین ماهیت حقوقی قرارداد اجاره به شرط تملیک، الزاماتی را پدید می‌آورد که پایبند بودن به آن‌ها در ضمن پایبندی به اقتضائات قرارداد اجاره به شرط تملیک، ناممکن است. زیرا جای دادن چنین تأسیس حقوقی نوینی در قالب‌های تعریف شده و معین به هیچ روی امکان‌پذیر نیست. لذا اجاره به شرط تملیک خواه منوط به انتخاب مستأجر باشد یا منتهی به تملیک شود به سوی استقلال پیش می‌رود تا نهادی تازه بسازد (ر.ک: اسلامی‌پناه و عباسیان، ۱۳۸۸، ص ۴۰-۳۸).

بر اساس این دیدگاه، عقد اجاره به شرط تملیک را با توجه به ویژگی‌های اعتباری که دارد می‌بایست یک عقد معین و مستقل شناخت (نه بیع، نه اجاره و نه عقدی مختلط از آن دو).

ضابطه اصلی در تعیین ماهیت فقهی و حقوقی هر عقد، بررسی اراده‌های مشترک متعاقدين است، در قرارداد اجاره به شرط تملیک قصد واقعی موجر بر اعطای اعتبار است و قصد واقعی مستأجر بر دریافت اعتبار، بنابراین هرگز قصد موجر اجاره دادن به شکل سنتی نیست و مستأجر نیز هرگز با قصد اجاره کردن کالا به انعقاد چنین قراردادی مبادرت نکرده است، آنچه قصد واقعی طرفین بر آن تعلق گرفته است همان قرارداد اعتباری است. به همین دلیل پذیرش اعتباری بودن این قرارداد با قصد طرفین قرارداد، سازگاری تام دارد (ر.ک: اسلامی‌پناه و عباسیان، ۱۳۸۸، ص ۴۰-۳۸).

لذا برخی در پذیرش و ترسیم چنین قراردادی چنین ابراز داشته‌اند: می‌توان گفت که اجاره به شرط تملیک، قراردادی است که در آن، اجاره دهنده، عین مستأجره را در اختیار اجاره گیرنده می‌گذارد و قول می‌دهد که در زمان اجرا و یا در پایان قرارداد،

به دلخواه اجاره گیرنده، ملکیت آن را به او منتقل نماید. در مقابل، اجاره گیرنده متعهد می شود که اقساط اجاره بها را در سررسیدهای معین به اجاره دهنده بپردازد. این قرارداد جنبه اعتباری دارد، اجاره دهنده، اعطاکننده اعتبار و اجاره گیرنده، مصرف کننده آن است و اعطای اعتبار در نحوه پرداخت مال الاجاره صورت می پذیرد (قدک، ۱۳۸۰، ص ۱۳۲). بر اساس آنچه گفته شد، عقد اجاره به شرط تملیک را با توجه به ویژگی های اعتباری که دارد می بایست یک عقد معین و مستقل جدای از سایر عقود شناخت؛ و قانون گذار نیز از این قرارداد، در قانون عملیات بانکی بدون ربا، نام برده است تا این قرارداد را با نام خاص خود به رسمیت بشناسد. با این اوصاف، عقد اجاره به شرط تملیک، عقدی است که تابع شرایط اساسی صحت معاملات و قواعد عمومی قراردادها و همچنین شروط مورد توافق طرفین است.

#### نقد دیدگاه سوم

بانک ها و شرکت های لیزینگ از عقد اجاره به شرط تملیک «استفاده اعتباری» می کنند و این دلیل نمی شود که ماهیت اجاره به شرط تملیک، یک قرارداد اعتباری مستقل و جدید باشد. استفاده اعتباری کردن از یک قرارداد، انگیزه و هدف (به عبارتی دیگر جهت معامله) است، جزء ماهیت عقد نیست و در ماهیت عقد دخالت ندارد. بلکه ماهیت عقد تابع قصد طرفین است و منظور و ملاک از قصد همان قصد انشایی و استعمالی است که طرفین انشاء کرده اند (عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۱۰۱؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۸۶؛ روحانی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۴۱۵؛ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۰۷؛ بحرانی، ۱۴۲۸، ص ۳۵۸). ممکن است یک عقد مثل مرابحه در بازار از آن برای خرید و فروش کالا استفاده می کنند در بانک استفاده اعتباری می کنند و در اوراق بهادار استفاده تامین مالی می کنند این ها همه محل کاربرد و استفاده آن است و این روی ماهیت عقد تأثیر نمی گذارند.

نکته دیگر اینکه تا زمانی که درج و قرار دادن یک عقد زیرمجموعه یکی از عقود معین شناخته شده در فقه امکان دارد سراغ این نمی‌رویم که این عقد، عقد غیر معین و مستحدث و جدیدی است که با اصاله الصحه و تطبیق آن با قواعد عمومی قراردادها مورد پذیرش قرار دهیم، در بحث اجاره به شرط تملیک همان‌طور که در ادامه خواهد آمد با توجه به تعریف و تعبیر به «اجاره» در آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا و شورای پول و همچنین با بررسی ماده یک و ۱۲ دستورالعمل اجرایی و آیین‌نامه اجاره به شرط تملیک می‌توان استنباط کرد که قانون‌گذار اجاره بودن را هدف خود قرار داده است؛ و تصریح اجاره در عقد نیز، شاهد بر این است که قصد طرفین اجاره است.

### ۳-۴. اجاره به شرط تملیک به عنوان عقد اجاره

بر اساس تعاریف ارائه شده از عقد اجاره به شرط تملیک، آنچه در نگاه اول با توجه به ظاهر عقد، به ذهن تبادر می‌کند، اجاره بودن عقد اجاره به شرط تملیک است. اجاره از لحاظ فقهی عبارت است از: تملیک منفعت معلوم در برابر عوض معین (حلی)، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۵۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۷). بسیاری از حقوقدانان این عقد را از نظر تحلیلی عقد اجاره‌ای می‌دانند که با شرط بیع همراه است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۹۲). ماده ۵۷ آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز آن را اجاره فرض کرده است.

استناد قانونی نظریه فوق علاوه بر ماده ۵۷ آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا، ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی اجاره به شرط تملیک مورخ ۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار می‌باشد که در آن عقد اجاره به شرط تملیک به عنوان اجاره توصیف گردیده است. برابر ماده ۱ و ۱۳ آیین‌نامه مزبور، اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شده است، مستأجر در پایان مدت اجاره، عین مستأجره را در صورت عمل به شرایط مندرج

در قرارداد مالک گردد. بانک‌ها نیز موظفند در متن قرارداد قید نمایند که در پایان مدت اجاره و پس از پرداخت آخرین قسط مال الاجاره و یا پس از پرداخت و تسویه کامل باقیمانده مال الاجاره (قبل از پایان مدت اجاره) در صورتی که تعهدات دیگر مستأجر طبق قرارداد کاملاً انجام شده باشد، عین مستأجره به مالکیت مستأجر درآید. لذا بر اساس این تعریف، اجاره به شرط تملیک عقدی است تملیکی که با انعقاد آن مالکیت منافع به مستأجر انتقال می‌یابد و تنها وجه افتراق آن با عقد اجاره، شرط تملیکی است که در آن به نفع مستأجر درج گردیده است.

در مباحث شروط آمده است که هر شرطی را می‌توان 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 قرارداد اجاره جایز است و مخالفت با کتاب و سنت ندارد. لذا شرط تملیک در قرارداد اجاره مشمول ادله «اوفوا بالعقود» (سوره مائده، آیه ۱) و «کل شرط لا یخالف الکتاب والسنة فانه جائز»<sup>۳</sup> (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۶) و «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۷۱) می‌شود؛ و شرط صحیحی شمرده می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۵۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۵۴).

پیروان این تحلیل معتقدند آنچه در اجاره به شرط تملیک، متعلق اراده مشترک طرفین بر آن قرار گرفته است همان تملیک منافع است که در آن شرط ویژه‌ای نیز وجود دارد و اگرچه این شرط از اهمیت به سزایی برخوردار است ولی این شرط نسبت به عقد اجاره، هویتی فرعی و تبعی دارد و نمی‌تواند بر ماهیت عقد اصلی تأثیر گذاشته و آن را دچار تغییر سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۹۲). به عبارتی شرط انتقال مالکیت در این عقد همانند هر شرط دیگری که ضمن عقد واقع می‌شود جنبه تبعی و فرعی خواهد داشت و رابطه آن با عقد رابطه فرع و اصل خواهد بود.

بنابراین نظریه «عقد اجاره به شرط تملیک مانند بیشتر عقود موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا (نظیر عقد مضاربه، قرض، جعاله و...)، یکی از عقود معین مندرج در

فقه و قانون مدنی می‌باشد، این عقد، عقد اجاره است و از جمله عقود تملیکی، لازم و معوض می‌باشد که موجر بدون انتقال مالکیت عین مستأجره، منافع آن را برای مدت معین در قبال دریافت وجه یا مالی بابت استیفای منفعت، در اختیار مستأجر قرار می‌دهد تا مستأجر از منافع آن بهره‌مند شود؛ و در واقع اجاره به شرط تملیک همان اجاره است ولی نه اجاره مطلق بلکه اجاره مقید به شرط تملیک است که هرگاه مستأجر به تعهدات خود عمل نماید، بانک‌ها متقابلاً مالکیت عین مستأجره را در پایان مدت اجاره بدون دریافت ثمن به مستأجر انتقال خواهند داد» (خاوری، ۱۳۷۱، ص ۱۹۳).

در این دیدگاه ارکان تشکیل‌دهنده اجاره به شرط تملیک، همان عناصر عقد اجاره است و ماهیت آن از انواع عقود اجاره‌ای است که در فقه و قانون مدنی، احکام و ضوابط حاکم بر آن تعیین شده است؛ و رابطه حقوقی ایجاد شده بین طرفین همان روابط موجر و مستأجر است و با انقضای مدت اجاره و پرداخت اقساط اجاره‌بها، عین مستأجره به مالکیت مستأجر درمی‌آید. بدیهی است لازم‌الاتباع بودن شرط ناشی از لزوم عقد است که در صورت استنکاف و ممانعت موجر از انتقال مال، از طریق مراجع قانونی موجر ملزم به انتقال قطعی عین مستأجره می‌شود. نکته دیگر اینکه مستأجر در اثر عقد، مالک منافع تمام مدت اجاره می‌شود و به همین مناسبت پس از تسلیم عین مستأجره، بر مستأجر لازم است اجاره‌بها را بپردازد (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۴).

با توجه به تعریف و تعبیر به «اجاره» در آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا و شورای پول و همچنین با بررسی ماده یک و ۱۲ دستورالعمل اجرایی و آیین‌نامه اجاره به شرط تملیک می‌توان استنباط کرد که قانون‌گذار اجاره بودن را هدف خود قرار داده است.

بنابراین می‌توان گفت که غالباً با تصریح اجاره در عقد، قصد طرفین هم اجاره است نتیجه عملی این دیدگاه این است که در صورتی که مستأجر بدهکار گردد و طلبکاران از

طریق توقیف اموال خواستار مطالبه طلب خود گردند، بانک می‌تواند به عنوان شخص ثالث به توقیف اموال اعتراض نماید. چون بانک، موجر و مالک عین مستاجر است. در ادامه، اشکالات و چالش‌های اجاره به شرط تملیک مبنی بر پذیرفتن عقد اجاره به عنوان ماهیت این عقد و پاسخ‌ها و راهکارهای فقهی ارائه خواهد گرفت.

#### ۴. چالش‌های فقهی ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک

همانطور که نتیجه گفته شد که با توجه به تعریف و تعبیر به «اجاره» در آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا و شورای پول و همچنین با بررسی ماده یک و ۱۲ دستورالعمل اجرایی و آیین‌نامه اجاره به شرط تملیک می‌توان استنباط کرد که قانون‌گذار اجاره بودن را هدف خود قرار داده است؛ بنابراین غالباً با تصریح اجاره در عقد، قصد طرفین اجاره است و ماهیت قرارداد اجاره به شرط تملیک به عنوان «عقد اجاره» تعریف شده است، ولی با این حال به نظر می‌رسد که اشکالاتی بر این دیدگاه وجود دارد در اینجا این اشکالات و ابهامات مطرح و مورد بررسی قرار داده می‌شود.

#### ۴-۱. نقض قاعده العقود تابعه للقصود و اشکال صوری شدن

یکی از نکات اساسی و مهم در تشخیص ماهیت عقود توجه به قصد مشترک طرفین و هدف آنها از انعقاد است بر این اساس اولین اشکالی که در اجاره به شرط تملیک مطرح می‌شود این است که متعاملین قصد «بیع» را دارند نه قصد اجاره را حال آنکه عنوان قرارداد اجاره است نه بیع (ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع). به عبارتی قصد جدی متعاملین در اجاره به شرط تملیک، اجاره نیست، بلکه همان تملیک ضمن عقد است قصد طرفین، فروش کالا است و اجاره مقدمه آن قرار گرفته و سرپوشی برای تقسیط ثمن و وثیقه گرفتن، مبیع می‌باشد (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹،

ص ۸۵۴ و ۸۵۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۷۸؛ و در اینجا اشکال «ماقصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» مطرح می‌شود. توضیح آنکه فقها عقود را تابع قصد می‌دانند. در صورتی که آنچه در خارج واقع شده (انشاء شده) با آنچه متعاملین قصد کرده‌اند یکی نباشد قرارداد و معامله باطل است (ر.ک: بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۳۵).

توضیح مطلب، تملیک مشروط در عقد، جنبه تبعی و فرعی ندارد بلکه در بیشتر موارد، اجاره مقدمه برای رسیدن به هدف اصلی (تملیک) است. آنچه در ماهیت اصلی عقود و قراردادهای ملاک عمل واقع می‌شود توجه به قصد مشترک طرفین قرارداد می‌باشد و مسلم است در اجاره به شرط تملیک قصد مشترک طرفین صرفاً تملیک منفعت نیست، بلکه تراضی بر انتقال و تملیک عین مستأجره بوده است.

بنابراین مانعی که در جهت پذیرش اجاره دانستن عقد اجاره به شرط تملیک این است که اگر بخواهیم قصد طرفین قرارداد را کنکاش کنیم و با تکیه بر اصل «العقود تابعه للقصود» بخواهیم ماهیت واقعی چنین قراردادی را کشف کنیم، به یقین اجاره، نمی‌تواند ماهیت واقعی قرارداد اجاره به شرط تملیک تلقی گردد.

### پاسخ به اشکال اول

درست است که به موجب قاعده «العقود تابعه للقصود»، عقد تابع قصد طرفین آن است اما مراد از قصد، این است که عقد تابع انشای طرفین قرارداد (عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۱؛ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۰۷)؛ یعنی همان اراده همان اراده ظاهری و استعمالی است زیرا دست یافتن به اراده واقعی متکلم امری دشوار بلکه غیر ممکن است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۸۶) و تا قرینه‌ای ظاهر در این نباشد که اراده جدی در پشت این اراده ظاهری و استعمالی نیست حکم به جدی بودن این اراده داده خواهد شد. این همان معنای اصالة التطابق بین این دو اراده است (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۴۴۷). نهایت اگر شک در وجود چنین اراده‌ای در فرد شد باید به قول او (اثباتاً و یا

نفیا) اعتماد نمود (بحرانی، ۱۴۲۸، ص ۳۵۸)؛ زیرا مورد از جمله مواردی است که به غیر از مدعی کسی نمی‌تواند بدان علم پیدا کند؛ بنابراین اراده استعمالی یا انشایی در قرارداد اجاره به شرط تملیک، همان عقد اجاره‌ای است که در آن شرط تملیک شده است. به عبارتی دو بحث در اینجا مطرح است یک هدف و غایت داریم و یک قصد معامله داریم (که قصد همان اراده استعمالی است)؛ مثلاً برای گرفتن گوشت از قصابی، یک هدف داریم مثلاً کباب درست کردن و یک قصد معامله می‌کنیم و آن خریدن گوشت است. آنچه ملاک است قصد و اراده استعمالی است. در بحث عقد اجاره به شرط تملیک نیز یک هدف و غایت داریم و یک قصد معامله (اجاره) داریم؛ هدف تملیک عین (خانه‌دار شدن مستأجر) است و می‌توانیم از قصد این قرارداد به آن هدف تملیک (خانه‌دار شدن) برسیم. طرفین قصد اجاره به شرط تملیک می‌کنند و این باعث می‌شود که در انتها با عمل به شرایط قرارداد، مستأجر خانه‌دار شود و این دو (قصد معامله و هدف معامله) باهم منافاتی ندارند.

در قرارداد اجاره به شرط تملیک، فرد اراده استعمالی و انشایی دارد؛ زیرا وقتی لفظ است لاجرم معنای استعمالی دارد فرد با این قرارداد قصد تفهیم مخاطب را داشته است. اراده جدی (عمل با اختیار در مقابل اکراه و اجبار) هم هست زیرا فرد واقعاً قصد معامله و بستن قرار داد با بانک را دارد چرا که اراده جدی چیزی فراتر از اقدام عالمانه به عمل نیست. فقط آن چیزی که وجود ندارد، اراده جدی به این معنا است که فرد قلباً به این معامله رضایت ندارد؛ و یا هدف و غایت او چیز دیگری است که در اینجا اصل بر تطابق بین این اراده جدی با اراده استعمالی است (ر.ک: نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۴۴۷؛ بحرانی، ۱۴۲۸، ص ۳۵۸). مادامی که قرینه‌ای (اعم از خفی یا جلی، حالی یا مقالی) بر عدم این اراده جدی نباشد.

#### ۴-۲. حيله‌ای برای گرفتن سود

ضابطه اصلی در تعیین ماهیت فقهی و حقوقی هر عقد، بررسی اراده‌های مشترک متعاقدين است، با توجه به ویژگی اعتباری عقد اجاره به شرط تملیک در بانک می‌توان گفت که در قرارداد اجاره به شرط تملیک در بانک، اعطای اعتبار و تسهیلات مهم‌ترین انگیزه طرفین برای انعقاد قرارداد است و مستأجر از آن‌رو که فاقد توانایی لازم برای خرید بوده است، به‌منظور استفاده از اعتبار اعطایی از سوی موجر به انعقاد چنین قراردادی روی آورده است.

به دیگر سخن، قصد واقعی موجر، اعطای اعتبار و تسهیلات است و قصد واقعی مستأجر بر دریافت وام و اعتبار است لذا هرگز قصد موجر اجاره دادن به شکل سنتی نیست و مستأجر نیز هرگز با قصد اجاره کردن کالا به انعقاد چنین قراردادی مبادرت نکرده است و صرفاً از عقد اجاره برای گرفتن اعتبار و وام استفاده شده است و از آنجایی که قرض گرفتن به شرط زیاده و سود، ربا و حرام بوده بانک در قالب عقد اجاره به شرط تملیک تسهیلات با سود می‌دهد و گیرنده تسهیلات هم نیاز خود را با دریافت این تسهیلات رفع می‌کند؛ بنابراین این نوع حيله برای گرفتن سود و ربا است. منظور از حيله ربا راه چاره‌ای است که شخص برای فرار از حرمت ربا می‌کوشد از طریق بعضی از معاملات و عقود که ظاهری شرعی دارند، به هدف اصلی خود که همانا دریافت «زیادی» است، دست یابد، بی‌آنکه در ظاهر مخالفت شرع کند و مستحق عقوبات دنیوی و اخروی رباخواری باشد (بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۶، ص ۳۳۲)؛ اما از آنجاکه حیل ربا منجر به نقض غرض شارع می‌شود و با توجه به این‌که حرمت ربا با توجه به آیات و روایات به علت ظلمی است که به فرد وارد می‌شود و همچنین رباخواری در حکم جنگ با خدا و پیامبرش صبیان شده است پس نمی‌توان با این حیل صوری آن را حلال کرد. روایات موجود را نیز ایشان ناظر بر حیل نبوده بلکه دال معامله مثلی است (ر.ک: خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۵۴۱ و ۵۵۷).

## پاسخ به اشکال دوم

به دو شکل می‌توان به این اشکال پاسخ داد:

پاسخ اول؛ هرچند اعطای اعتبار مهم‌ترین انگیزه طرفین برای انعقاد قرارداد است اما بایستی گفت که بانک‌ها از این عقد «استفاده اعتباری» می‌کنند و این «استفاده اعتباری کردن» دلیل نمی‌شود که ماهیت اجاره به شرط تملیک، اجاره نباشد. استفاده اعتباری کردن از یک قرارداد، انگیزه و هدف (به عبارتی دیگر جهت معامله) و کاربرد است، جزء ماهیت عقد نیست و در ماهیت عقد دخالت ندارد. بلکه ماهیت عقد همان‌طوری که گفته شد تابع قصد طرفین است و منظور و ملاک از قصد همان قصد انشایی و استعمالی است که طرفین انشاء کرده‌اند.

پاسخ دوم به این اشکال، همانند پاسخ به اشکال پیشین است به این بیان که عقد تابع قصد انشایی و استعمالی است (عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۱؛ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۰۷) و دست یافتن به اراده واقعی متکلم امری دشوار بلکه غیرممکن است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۸۶). همچنین تا قرینه‌ای ظاهر در این نباشد که اراده‌ی جدی در پشت این اراده ظاهری و استعمالی نیست حکم به جدی بودن این اراده داده خواهد شد (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۴۴۷). در قرارداد اجاره به شرط تملیک اتفاقاً قرینه وجود دارد که واقعاً اراده جدی گیرنده تسهیلات، همان عقد اجاره به شرط تملیک است زیرا ایشان می‌خواهد با گرفتن این تسهیلات مالک عین شود و از همین رو است که با گرفتن تسهیلات، مشتری اقدام به خرید عین کرده و بعد از خرید آن، سند عین نزد بانک گرو می‌ماند تا مستأجر تعهدات خود (پرداخت تمامی اقساط) را انجام دهد؛ و در پایان بانک عین مستاجر را به ملکیت مستأجر درمی‌آورد. پس در قرارداد اجاره به شرط تملیک بانک، اراده‌ی واقعی و جدی مطابق با اراده انشایی و استعمالی است.

#### ۴-۳. ابهام نوع شرط مندرج در قرارداد اجاره به شرط تملیک

اشکال دیگر این است که شرط تملیکی که در قرارداد اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران گنجانده شده، مبهم است. چون چنین شرطی ممکن است شرط نتیجه یا شرط فعل باشد، هرچند که این ابهام قابل رفع است و کافی است طرفین صریحاً مشخص کنند یا از قرائن استفاده شود که مقصود آنها در قرارداد شرط نتیجه است یا شرط فعل. ولی بهتر این بود که قانون‌گذار نوع شرط را مشخص می‌کرد.

در آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها در قسمت آخر «ماده ۵۷» چنین آمده است: «...و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجر را مالک گردد».

مفهوم این عبارت، دلالت بر این دارد که لزوم ملکیت مستأجر در پایان مدت اجاره به نحو شرط نتیجه است، به گونه‌ای که بدون نیاز به عمل حقوقی و انشای عقدی، مستأجر مالک عین خواهد شد. بدین وصف، شرط مذکور «شرط نتیجه» است. هم‌چنین هرگونه تردید نسبت به نوع شرط با ماده ۶۴ همین آیین‌نامه برطرف می‌شود. عبارت «ماده ۶۴» آیین‌نامه چنین است: «در قرارداد اجاره به شرط تملیک باید شرط شود که در پایان مدت اجاره و پس از پرداخت آخرین قسط مال الاجاره، در صورتی که کلیه تعهدات مستأجر طبق قرارداد انجام شده باشد، عین مستاجر در ملکیت مستأجر درآید.» قسمت اخیر این ماده، مالکیت مستأجر را بدون انجام عملی از سوی موجر مقرر کرده است. بدین ترتیب مطابق ظاهر آیین‌نامه، شرط ضمن قرارداد اجاره به شرط تملیک، «شرط نتیجه» است.

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه پرسشی را درباره اجاره به شرط تملیک از مراجع تقلید استفتاء کرده است. اغلب مراجع بین شرط نتیجه و شرط فعل تفصیل قایل شده‌اند اولی را باطل و دومی را صحیح دانسته‌اند. متن سؤال و جواب بدین قرار است: سؤال: ملکی به صورت مشارکت خریده می‌شود و سپس یکی از شرکا سهم خود را به شریک دیگر اجاره به شرط تملیک می‌دهد، 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 مستأجر درمی آید. بفرمایید: آیا می توان این کار را که در بانکها یا شرکتها (اشخاص حقوقی) و بعضاً بوسیله اشخاص حقیقی صورت می گیرد راهی شرعی برای تخلص از ربای قرضی دانست؟

جواب: یکی از مراجع در جواب مسئله 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 مستأجر درآید، صحت آن مشکل است، لکن اگر مقصود این باشد که ملک را اجاره دهد مشروط بر آنکه در پایان مدت اجاره مالک هبه کند یا صلح کند یا به مبلغ بسیار ناچیز به تملک مستأجر درآورد، این کار صحیح است و شرط اشکالی ندارد و فرقی بین افراد حقیقی و حقوقی نیست والله اعلم (موسویان، ۱۳۸۵، ص ۸۷).

در این فتوا، شرط تملیک، اگر شرط فعل باشد (یعنی موجد به صورت شرط فعل متعهد شود، بعد از اتمام مدت قرارداد و انجام تعهدات از سوی مستأجر، موضوع مورد اجاره را به تملیک مستأجر درآورد) اجاره به شرط تملیک صحیح خواهد بود؛ اما اگر شرط، به صورت شرط نتیجه باشد اشکال دارد.

دلیل اشکال «شرط نتیجه» این است که تملیک اگر بدون سبب محقق شود باطل بوده و اشتراط اثر و نتیجه قراردادی در ضمن قرارداد دیگر به صورت شرط نتیجه صحیح نیست (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۳۰۵) و اجاره به شرط تملیک به صورت شرط نتیجه، درواقع اشتراط نتیجه قراردادی چون هبه، صلح یا بیع در قرارداد اجاره است که اشکال دارد و دلیل اشکال ایشان آن است که شرط تملیک نیازمند یکی از اسباب تملک است که در فرض شرط نتیجه بودن، چنین سبب تملکی وجود ندارد چرا که اسباب تملک برابر نظر امامیه منحصرند (مثل احیا اراضی و حیازت مباحات، عقود و تعهدات، اخذ به شفعه، ارث) و به صرف اشتراط، تملک واقع نمی شود؛ بنابراین چون در اجاره

به شرط تملیک، تملیک فاقد سبب است و تملیک اگر بدون سبب محقق شود باطل است و نافذ نخواهد بود (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۶۰).

آری اگر مفاد شرط نتیجه، مجرد التزام برای مشروط له به شرط باشد، ایراد وارد نیست، زیرا در این فرض، نتیجه یعنی مشروط در ضمن عقد شرط شده است و با توجه به عموم ادله شریعت، این اشتراط صحیح خواهد بود (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۷۲)؛ اما بحث ما در این است اگر مفاد شرط، جعل تملیک مشروط برای مشروط له باشد، در اینجا اشکال و ایراد شیخ وارد است؛ بنابراین در خصوص صحت شرط نتیجه باید بین اعمال حقوقی‌ای که تحقق آنها علاوه بر اعلام رضایت و اعمال اراده طرفین، نیازمند سبب خاصی است، نظیر نکاح و طلاق و بین اعمال حقوقی‌ای که برای تحققشان، اعمال اراده کافی است، تفکیک کرد.

شیخ انصاری در این باره می‌گوید: شرط نتیجه اگر از اعمالی باشد که برای تحققشان اسباب و طرق مشخصی در شرع معین نشده است، مانند وکالت و وصایت اشتراط آثار این دسته صحیح است، اما اگر از اعمالی باشد که برای تحققشان اسباب و طرق مشخصی در شرع معین شده مثل ازدواج و طلاق؛ شرط کردن آثار آن در ضمن عقد باطل است، حالت سوم آنکه امر مشکوک بین این دو باشد، این مورد اختلافی است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۶۰). بنابر نظر شیخ انصاری در موارد مشکوک عموم قاعده لزوم شروط حکم فرماست. چون دلیلی برای محدود کردن ادله نفوذ شرط به شرط فعل و خارج کردن شرط نتیجه از ذیل آن وجود ندارد. پس می‌توان عموم ادله المومنون عند شروطهم را در مورد شرط نتیجه نیز جاری دانست. می‌توان روایت سلیمان بن خالد از امام صادق (ع)<sup>۴</sup> را به عنوان شاهد بر این ادعای عموم آورد.

با توجه به مطالبی که گفته شد معلوم گشت مطابق ظاهر آیین‌نامه، شرط ضمن قرارداد اجاره به شرط تملیک «شرط نتیجه» است. ولی انصاف این است که بگوییم قانون‌گذار تعیین نوع قرارداد اجاره به شرط تملیک را از جهت شرط نتیجه یا شرط فعل بودن

در پرده ابهام گذاشته است (موسویان، ۱۳۸۵، ص ۸۶) و فقط اجاره به شرط تملیک را عبارت از شرط بیع در ضمن عقد اجاره تفسیر کرده است اما توضیح نداده است که بعد از اتمام قرارداد موجر عین موضوع اجاره را چه صورتی و با چه قیمتی و یا بدون قیمت (مثلا قیمت همان مال الاجاره باشد) به ملکیت او درمی‌آید.

#### پاسخ به اشکال سوم

این ابهام قابل رفع است و عبارت متن قرارداد بایستی اصلاح شود و در قرارداد باید به صورت صریح ذکر شود که مقصود آنها در قرارداد شرط فعل است؛ و قانون‌گذار نوع شرط را نیز باید مشخص کرده و قسمت آخر «ماده ۵۷» و «ماده ۶۴» آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها را به صورت شرط فعل تغییر دهد: «...و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجر به صورت شرط فعل به تملیک مستأجر آورده شود».

لازم به ذکر است که این ابهام در قرارداد جدید ارائه شده توسط مرکزی به بانکها رفع شده و شرط تملیک به صورت شرط فعل آمده است. ماده ۱۱ در این خصوص مقرر می‌دارد:

«در صورتی که مستأجر نسبت به پرداخت کل مال الاجاره و سایر مطالبات ناشی از این قرارداد که بر ذمه وی تعلق گرفته است اقدام نماید، بانک/مؤسسه اعتباری با رعایت سایر مفاد این قرارداد عین مستأجره را در ملکیت مستأجر درمی‌آورد».

ولی با این وجود شایسته است که به این اکتفا نگردد و در آیین‌نامه تسهیلات اعطایی و همچنین در قانون به صورت شرط فعل اصلاح شده و ذکر گردد.

#### ۴-۴. مبهم بودن نوع شرط فعل تملیک

ایراد دیگر این است که در شرط فعل تملیک، مالک با کدام یک از عقود تملیکی، عین مستأجره را به تملیک مستأجر درمی‌آورد؟ چون عقود تملیکی متعددند از جمله

بیع، هبه، صلح و... به عبارت دیگر وقتی موجر پس از تأدیه‌ی اقساط از سوی مستأجر، موضوع اجاره را به تملیک مستأجر درمی‌آورد، ممکن است در مقابل ثمنی، غیر از مال‌الاجاره یا به شرط عوضی، غیر از ثمن با بدون عوض، تملیک کند. این عقد در این خصوص نیز ابهام دارد.

به دیگر سخن، در حالتی که شرط فعل تملیک، مورد توافق قرار گیرد، با پرداخت اقساط زمینه تملیک محقق می‌شود. تملیک اثر مشترک عقود متعدد از جمله بیع، هبه، صلح و... است. سؤال این است که با فراهم شدن زمینه تملیک، مستأجر با کدام یک از این عقود، مالک خواهد شد؟ آیا می‌شود گفت که «تملیک» خودش فی‌نفسه عقد است و با همین عین مستأجره را به تملیک مستأجر درمی‌آید؟

توضیح اینکه گاه طرفین، تصریح به یکی از این موارد با ذکر شرایط اختصاصی آن می‌کنند و با پرداخت اقساط، تعهد منجز به انجام عقد مورد نظر محقق می‌گردد. اما در اجاره به شرط تملیک که صرفاً تملیک را به‌طور مطلق به‌کاربرده شده، باید دید که کدام از افعال تملیک بدون اشکال صحیح است.

#### پاسخ به اشکال چهارم

ابتدا می‌گوییم که نمی‌توان با «مطلق تملیک» عین مستأجره را به ملکیت مستأجر درآورد زیرا تملیک به‌منزله جنس است و بایستی در ضمن یکی از عقود اعمال حقوقی (مثل بیع هبه و صلح و...) انجام گیرد.

شیخ انصاری در مکاسب به نقل از صاحب جواهر دو قسم دیگر از اقسام معاطه را (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۲۲۷-۲۲۶) ذکر می‌کند عبارت ایشان این است: «أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه. الثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۳).

قسم اول عبارت این است که شخصی یک چیزی را به طرف مقابل بدهد، بدون اینکه قصد اباحه یا قصد تملیک کرده باشد و فقط همین مقدار است که شیء را تسلیم او بکند و در مقابلش هم یک چیزی تسلیم او بشود. در این قسم اعطائین و اخذین واقع شده و به نظر مرحوم صاحب جواهر یکی از اقسام معاظه می باشد. شیخ انصاری می فرماید که ما یک چنین چیزی نداریم که داخل هیچ کدام از امور مذکوره در کتب فقهی و بیانات فقها نباشد<sup>۵</sup> (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۳). مرحوم خوئی هم همین بیان شیخ را پسندیده اند (خوئی، بی تا، ج ۲، ص ۸۶).

برخی دلیل آن را این گونه بیان می دارند که تسلیط که قدر مشترک بین اباحه و تملیک است بمنزله جنس است و جنس در خارج بدون فصل تحقق پیدا نمی کند (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۵۶؛ یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۶۶).

قسم دیگر تملیک مطلق است که این تملیک مطلق عوض هم دارد و به نحو بیعی نیست، بلکه به نحو جامع ما بین معاوضه بیعی و اقسام دیگر معاوضه در تملیکات. شیخ می فرماید که اگر تملیک مطلق در مقابل عوض باشد، منحصر به بیع است و تصور جامع هم در این مورد جایز نیست، زیرا تملیک انحاء مختلفی دارد، تملیک بیعی هست، تملیک صلحی هست، تملیک هبه معاوضه هست و... ایشان می فرمایند که با مطلق تملیک هیچ کدام از این ها حاصل نمی شود و باطل است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۳). اگر گفته شود که جامع، منحصر در هبه معاوضه است، ایشان می فرمایند که دلیلی بر این مدعی نداریم. بعضی ها هم گفته اند که اگر قصد جامع کردیم، معامله مستقله می شود، ایشان می فرمایند که فقها معاملات را در امور معدوده منحصر کرده اند و ما یک معامله مستقلی نداریم، پس ما این را باطل می دانیم (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۶-۲۳).

با توجه به مطالب بالا نمی توان با «مطلق تملیک» عین مستأجره را به ملکیت مستأجر در آورد و بایستی در ضمن یکی از عقود اعمال حقوقی (مثل بیع هبه و صلح

و... انجام گیرد. بنابراین از این حیث که کدام فعل حقوقی است هم ابهام وجود دارد، ولی با این وجود این ابهام نیز مثل ابهام پیشین قابل رفع است و در قرارداد بایستی ذکر شود که منظور از شرط فعل کدام فعل حقوقی است. واگذاری موضوع اجاره در اجاره به شرط تملیک در پایان مدت و پرداخت اقساط، می‌توان با حالات ذیل فرض کرد:

**الف.** اجاره به شرط تملیک از طریق هبه (انتقال مالکیت بدون هیچ عوضی)؛ یکی از حالات محتمل این است که طرفین ممکن است توافق نمایند این است که در پایان مدت اجاره و پرداخت تمام اقساط، موجر مال را به مستأجر به صورت مجانی و هبه تملیک کند؛ و از آنجائی که شرط ضمن عقد لازم اجاره است توافق به هبه در پایان اجاره و پرداخت اقساط، الزام‌آور است و می‌تواند به صورت شرط فعل هبه معلق به پرداخت اقساط تلقی گردد.

این بیان در صورتی مطابق با واقع خواهد بود که در واقع عقد اجاره‌ای با مال الاجاره واقعی و عادلانه منعقد گردد و قصد موجر این باشد که در پایان اجاره مال را مجانی به مستأجر، هبه و تملیک کند، درحالی‌که واقع مطلب غیرازاین است. چون آنچه در واقع مبلغ اتفاق می‌افتد این است که مال الاجاره بسیار بیشتر از مال الاجاره معمولی است و از همان ابتدا ثمن در اقساط مستتر و بخشی از ثمن در هر یک از اقساط لحاظ می‌گردد. ازاین‌رو، توصیف عقد به اجاره و هبه با واقع کاملاً منطبق نیست.

**ب.** اجاره به شرط تملیک از طریق بیع (در مقابل مبلغی ناچیز به عنوان ثمن)؛ حالت دیگر که در عمل نیز گاهی مورد توافق قرار می‌گیرد، این است که صیغه بیع جاری شود و ثمنی بر اساس ارزش مال در پایان مدت اجاره تعیین گردد و خریدار علاوه بر پرداخت تمام اقساط اجاره‌بها، مبلغی به عنوان ثمن نیز تأدیه کند تا مالک گردد.

مشکل فعل بیع، ثمن می‌خواهد آن‌هم ثمن واقعی و این در حالی است که در اجاره به شرط تملیک ثمن از همان ابتدا در ضمن اقساط مستتر و تأدیه شده است و به همین جهت مال الاجاره بسیار بیشتر از مال الاجاره معمولی است و اگر قائل به این باشیم که شرط فعل، بیع (بیعی که در مقابل مبلغی ناچیز به عنوان ثمن) باشد در صورت انحلال عقد در اثنا مدت با مشکل برمی‌خوریم.

ج. اجاره به شرط تملیک از طریق بیع (ثمن بخشی از اجاره‌بها بوده که قبلاً تأدیه شده)؛

در این حالت، با توجه به اینکه ثمن از پیش همراه با اقساط تأدیه شده است به نظر می‌رسد، تملیک به معنی تعهد به انجام بیعی است که ثمن آن از قبل وصول گردیده است؛ و بعد از عمل به شرایط عقد (پرداخت اقساط) تملیک انجام می‌شود؛ و این مطلب قید شود که اجاره‌بها به عنوان ثمن و اجاره‌بها است البته مقدار هر یک از آن دو به صورت مشخص، معلوم باشد تا منجر به غرر و جهالت نگردد.

این حالت هرچند که در عمل و واقع منطبق بر قرارداد اجاره به شرط تملیک بانک است ولی در صورتی صحیح است که همان‌طوری که گفته شد مقدار هر یک از ثمن و اجاره‌بها به مشخص، معلوم گردد تا منجر به غرر و جهالت نشود.

د. اجاره به شرط تملیک از طریق صلح بلاعوض؛

عقد صلح از یک‌یک عقود معین و حتی از همه آنها وسیع‌تر است این عقد همان‌طور که شهید ثانی در شرح لمعه معرفی می‌کند عقدی است مستقل<sup>۶</sup> و اصیل و دارای ویژگی‌های منحصر که از عقود لازم نیز به شمار می‌آید (عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۳۷۲). در بحث اجاره به شرط تملیک، از طریق عقد صلح بدین گونه انجام می‌شود که بعد از انجام تعهدات ضمن عقد و پرداخت اقساط توسط مستأجر، موجر (بانک) آن عین مستاجر را با عقد صلح به ملکیت مستأجر درمی‌آورد.

به نظر می‌رسد که از طریق هریک از دو مورد اخیر، می‌توان فعل تملیک را انجام داد و اشکال فقهی هم در این مورد دیده نمی‌شود. به‌هرحال بایستی در قرارداد ابهام نوع فعل تملیک، رفع شده و نوع آن به صورت واضح و بدون اشکال فقهی مشخص گردد.

### جمع‌بندی

دیدگاه اجاره دانستن عقد اجاره به شرط تملیک که همان مصوبه قانون عملیات بانکی بدون ربا در ماده ۵۷ است با اشکالات و چالش‌هایی روبرو است از جمله: نقض قاعده العقود تابعه للقصد و صوری شدن عقد، حيله ربا، ابهام نوع شرط مندرج در قرارداد اجاره به شرط تملیک و مبهم بودن نوع شرط فعل تملیک.

این اشکالات در این نوشتار مورد بررسی قرار داده شد و به دو اشکال اول پاسخ داده شد. به این صورت که عقود تابع قصد انشایی و استعمالی است و دست یافتن به اراده واقعی متکلم امری دشوار بلکه غیرممکن است و تا قرینه‌ای ظاهر در این نباشد که اراده‌ی جدی در پشت این اراده ظاهری و استعمالی نیست حکم به جدی بودن این اراده داده خواهد شد، در قرارداد اجاره به شرط تملیک اتفاقاً قرآینی وجود دارد که واقعاً اراده جدی گیرنده تسهیلات، همان عقد اجاره به شرط تملیک است و اراده‌ی واقعی و جدی مطابق با اراده انشایی و استعمالی است.

در مورد دو اشکال اخیر که وارد بودند اصلاح عبارتی پیشنهاد داده شد. به این گونه که ابهام نوع شرط تملیک، قابل رفع است و عبارت متن قرارداد بایستی اصلاح شود به این صورت که صریح ذکر شود که مقصود آنها در قرارداد، شرط فعل است.

و درباره نوع شرط فعل گفته شد که نمی‌توان با «مطلق تملیک» عین مستأجره را به ملکیت مستأجر درآورد زیرا تملیک به منزله جنس است و بایستی در ضمن یکی از عقود اعمال حقوقی (مثل بیع هبه و صلح و...) انجام گیرد؛ بنابراین از این حیث که کدام فعل حقوقی است هم ابهام وجود دارد و بایستی این ابهام نیز مثل ابهام پیشین

رفع گردد؛ و به نظر میرسد که از طریق از طریق صلح بلاعوض و از طریق بیع (ثمن بخشی از اجاره بها بوده که قبلاً تأدیه شده) در صورت مشخص شدن مقدار اجاره بها و قیمت آن، بلامانع باشد.

### یادداشت‌ها

۱. یجوز أن یجمع بین شیئین مختلفین فما زاد فی عقد: کبیع و سلف، أو إجارة و بیع، أو نکاح و بیع و إجارة و یقسط العوض علی قیمه المبیع و إجارة المثل و مهر المثل.
۲. در ماده ۵۷ این آیین‌نامه چنین آمده است: «اجاره به شرط تملیک، عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستأجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجر را مالک گردد».
۳. عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (ع) قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا یجوز له ولا یجوز علی الذی اشترط علیه والمسلمون عند شروطهم مما وافق کتاب الله عزوجل؛ و ایضاً: عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: المسلمون عند شروطهم إلا کل شرط خالف کتاب الله عز وجل فلا یجوز.
۴. سلیمان بن خالد گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی پدری دارد بنده و آن پدر با کنیزی مکاتبه ازدواج کرده و پاره‌ای از اقساط خود را پرداخته، پس پسر آن مرد بآن زن پدر خود که کنیز مکاتب است می‌گوید: آیا با تو کمک بکنم که بقیه بدهی خود را بپردازم و کاملاً آزاد شوی به شرط آنکه اگر مالک خود گشتی برای تو اختیار طلاق یا فسخ عقد نباشد که از پدرم جدا شوی؟ و زن قبول نماید و آن فرزند بقیه وجه مکاتبه را بدهد آیا برای آن زن اختیاری هست که خود را بعداً رها کند فرمود: نه اختیاری برای او نخواهد بود، «المسلمون عند شروطهم» یعنی مسلمانان در مقابل شرطی که کرده‌اند متعهدند و حق تخلف ندارند (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۳، ص ۱۵۵).
۵. و یرد الأول: بامتناع خلوة الدافع عن قصد عنوان من عناوین البیع، أو الإباحة، أو العاریة، أو الودیعة، أو القرض، أو غیر ذلك من العنوانات الخاصه.
۶. و هو اصل فی نفسه علی اصح القولین اشهرهما لإصاله عدم الفرعیه لا فرع البیع و لا هبه.

### کتاب‌نامه

#### قرآن کریم

- ابن منظور، ابو الفضل جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۸)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸)، حاشیة کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی.
- انصاری، دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی (۱۴۰۶)، حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیة، قم: نشر الهادی.
- بحرانی، محمد سند (۱۴۲۸)، فقه المصارف و النقود، قم: مکتبه فدک.
- تفرشی، محمد عیسی و وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۰)، «ماهیت حقوقی احکام و آثار قرارداد اجاره به شرط تملیک»، دو ماهنامه علمی پژوهشی دانشور، دانشگاه شاهد، سال نهم، ش ۳۶.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶)، الفارق، دایره المعارف عمومی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۸)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.
- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳)، قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴)، تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۱۸)، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
- خاوری، محمود رضا (۱۳۷۱)، حقوق بانکی، تهران: موسسه بانکداری ایران.
- خورسندیان، محمدعلی و شنیور، قادر (۱۳۹۰)، «ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه»، دو فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، ش ۴.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی (بی تا)، المستند فی شرح العروة الوثقی، الإجاره.
- روحانی، سید صادق، (۱۴۲۹)، منهاج الفقاهه، قم: انوار الهدی.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۳۲)، المعاملات المالیه المعاصره، دمشق: دارالفکر.
- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳)، مهذب الأحکام، قم: مؤسسه المنار.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریّه.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی، حرّ، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (بی‌تا)، القواعد و الفوائد، قم: کتابفروشی مفید.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۲)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- علی اسلامی‌پناه، عباسیان، رضا (۱۳۸۸)، «ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک»، مجله حقوق، دوره ۳۹، ش ۳.
- فیومی، احمد بن محمد مقری (بی‌تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: منشورات دار الرضی.
- کرکی، عاملی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، حقوق مدنی، عقود معین، تهران: ناشر شرکت سهامی انتشار.
- مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه «معاونت آموزش و تحقیقات» (بی‌تا)، مجموعه آرای قضایی در امور حقوقی، قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.
- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر.
- موسویان، سید عباس (۱۳۸۵)، «بررسی فقهی و حقوقی معاملات شرکت های لیزینگ»، اقتصاد اسلامی، سال ششم.
- موسویان، سیدعباس (۱۳۹۰)، طرح تحول نظام بانکی اصلاح قانون الگوی عملیاتی بانکداری بدون ربا، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- نائینی، محمد حسین (۱۳۵۲ش)، أجود التقریرات، قم: مطبعة العرفان.

- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۰۴)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود حسینی (۱۴۲۹)، کتاب الإجارة، قم: دائرة المعارف الفقه الإسلامی.
- واسطی زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۰۴)، تاج العروس من جواهر القاموس، لبنان: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۰۹)، العروة الوثقی، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی حسینی (۱۴۱۹)، العروة الوثقی (المحشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.