فهرست مطالب

فصل اول: تعاریف، اقسام، ماهیت، ویژگی‌ها و تشخیص اجاره به شرط تملیک از نهادهای مشابه ۷
۱-۱- تعاریف، اقسام و ماهیت اجاره به شرط تملیک ۷
۱-۱-۱ - تعاریف ۷
۱-۱-۱-۱ - تعریف اجاره به شرط تملیک درحقوق ایران ۷
۱-۱-۱-۲ - تعریف اجاره به شرط تملیک درکامن لا ۸
۱-۱-۲- اقسام اجاره به شرط تملیک ۱۰
۱-۱-۲-۱- اقسام اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران ۱۰
۱-۱-۲-۱-۱ - قراردادی که شرط تملیک به صورت شرط فعل در آن درج شده است ۱۰
۱-۱-۲-۱-۲- قراردادی که شرط تملیک به صورت شرط نتیجه در آن درج شده است ۱۰
۱-۱-۲-۲ - اقسام اجاره به شرط تملیک در کامنلا ۱۰
۱-۱-۲-۲-۱- قراردادی که در آن تنها موجر متعهد به انتقال است ۱۰
۱-۱-۲-۲-۲ - قراردادی که در آن هر دو طرف متعهد به انتقال مالکیت هستند ۱۲
۱-۱-۳- ماهیت اجاره به شرط تملیک ۱۴
۱-۱-۳-۱ - اجاره به شرط تملیک به عنوان اجاره ۱۵
۱-۱-۳-۲ - اجاره به شرط تملیک به عنوان بیع ۱۷
۱-۱-۳-۳ - اجاره به شرط تملیک مجموعه‌ای از دو عقد ۲۲
۱-۱-۳-۴ - اجاره به شرط تملیک در روابط بین طرفین و اشخاص ثالث ۲۲
۱-۱-۳-۵ - اجاره به شرط تملیک به عنوان وثیقه ۲۲
۱-۱-۳-۶ - اجاره به شرط تملیک بعنوان عقدی معین و خاص است ۲۳
۱-۲ - خصوصیات اجاره به شرط تملیک و تشخیص آن از قراردادهای مشابه ۲۴
۱-۲-۱ - خصوصیات اجاره به شرط تملیک ۲۴
۱-۲-۱-۱-لازم بودن ۲۴
۱-۲-۱-۲ - معوض بودن ۲۵
۱-۲-۱-۳ - تملیکی بودن ۲۶
۱-۲-۱-۴ - معین بودن ۲۷
۱-۲-۱-۵ - مدت دار بودن ۲۸
۱-۲-۱-۶ - رضائی بودن ۲۹
۱-۲-۱-۷ - اعتباری بودن ۳۲
۱-۲-۲ - اجاره به شرط تملیک و نهادهای مشابه ۳۳
۱-۲-۲-۱ - اجاره به شرط تملیک و اجاره معمولی ۳۳
۱-۲-۲-۲ - اجاره به شرط تملیک و بیع ۳۵
۱-۲-۲-۳ - اجاره به شرط تملیک و عقد رهن ۳۷

۱-۲-۲-۴ - عقد اجاره به شرط تملیک و عقد قرض ۴۰
فصل دوم: قواعد عمومی، آثار و احکام ۴۳
۲-۱-قواعد عمومی اجاره به شرط تملیک ۴۳
۲-۱-۱- شرایط مربوط به طرفین ۴۳
۲-۱-۱-۱-قصد و رضای طرفین ۴۳
۲-۱-۱-۱-۱ - تمیز ایجاب و قبول ۴۷
۲-۱-۱-۱-۲ - زمان و مکان تشکیل عقد اجاره به شرط تملیک ۴۷
۲-۱-۱-۱-۳ - نمایندگی در اجاره به شرط تملیک ۴۷
۲-۱-۱-۱-۱ - تمیز ایجاب و قبول ۴۷
۲-۱-۱-۱-۲ - زمان و مکان تشکیل عقد اجاره به شرط تملیک ۴۸
۲-۱-۱-۱-۳ - نمایندگی در اجاره به شرط تملیک ۴۹
۲-۱-۱-۲- اهلیت طرفین ۵۱
۲-۱-۲ - شرایط مورد اجاره ۵۳
۲-۱-۲-۱ - عین مستأجره ۵۳
۲-۱-۲-۱-۱- لزوم بقاء عین ۵۴
۲-۱-۲-۱-۲- عین و منفعتی که واگذار می‌شود باید ملک موجر باشد ۵۵
۲-۱-۲-۱-۳ - معین و معلوم بودن مورد اجاره ۵۶
۲-۱-۲-۱-۴- مقدور التسلیم بودن مورد اجاره ۵۸
۲-۱-۲-۱-۵- مشروعیت جهت معامله ۵۹
۲-۱-۲-۲- مالالاجاره ۶۰
۲-۲ - آثار و احکام عقد اجاره به شرط تملیک ۶۰
۲-۲-۱- تکالیف موجر ۶۰
۲-۲-۱-۱- تسلیم مورد اجاره ۶۰
۲-۲-۱-۲ - فراهم کردن امکان تصرف بلامعارض مستأجر ۶۳
۲-۲-۱-۳ - عدم انتقال عین به دیگری و التزام به وعده بیع ۶۵
۲-۲-۱-۴ – خودداری از تغییر عین ۶۷
۲-۲-۲- تکالیف مستاجر ۶۸
۲-۲-۲-۱- پرداخت مالالاجاره ۶۸
۲-۲-۲-۱-۱- ماهیت حقوقی اقساط ۷۲
۲-۲-۲-۱-۲ - ماهیت حقوقی بیعانه ۷۳
۲-۲-۲-۲- خود داری از تعدی و تفریط ۷۵
۲-۲-۲-۳ - تعمیرات عین مستأجره ۷۶
۲-۲-۲-۴- عدم انتقال مورد اجاره ۷۷
۲-۲-۲-۵ - تحویل گرفتن مورد اجاره ۸۰

فصل سوم: شرط ضمن عقد و خاتمه قرارداد اجاره به شروط تملیک ۸۳
۳-۱- شروط ضمن عقد اجاره به شرط تملیک ۸۳
۳-۱-۱- شروط مشترک باکامن لا ۸۴
۳-۱-۱-۱- شرط تخفیف در مال‌الاجاره ۸۴
۳-۱-۱-۲- شروط مربوط به وثائق ۸۴
۳-۱-۱-۳- شرط پرداخت هزینههای تعمیر ۸۸
۳-۱-۱-۴- شروط مربوط به نحوه انتقال ۸۹
۳-۱-۱-۵- شروط مربوط به موارد فسخ ۹۲
۳-۱-۲- شروط مختص حقوق ایران ۹۴
۳-۱-۲-۱- شرط انفساخ قرارداد ۹۴
۳-۱-۲-۲- شروط مربوط به مسئولیت ۹۵
۳-۱-۲-۳- شرط مربوط به سند ۹۸
۳-۱-۲-۴- شرط مربوط به وجه التزام ۹۸
۳-۱-۳- شروط مخصوص کامن لا ۹۹
۳-۱-۳-۱- شرط حداقل پرداخت ۹۹
۳-۱-۳-۲- شرط تسریع پرداخت ۱۰۱
۳-۱-۳-۳- شروط ضمنی قانونی ۱۰۲
۳-۲ – خاتمه‌ی قرارداد اجاره به شرط تملیک ۱۰۴
۳-۲-۱ - بطلان قرارداد ۱۰۴
۳-۲-۲ – اقاله‌ی قرارداد ۱۰۵
۳-۲-۳ - فسخ قرارداد اجاره به شرط تملیک ۱۰۵
۳-۲-۳-۱- فسخ قرارداد توسط مؤجر ۱۰۵
۳-۲-۳-۲ - فسخ قرارداد توسط مستأجر ۱۰۸
۳-۲-۴ - انقضای مدت ۱۱۰
منابع ۱۱۳

فصل اول

تعاریف، اقسام، ماهیت، ویژگی‌ها و تشخیص اجاره به شرط تملیک از نهادهای مشابه

۱-۱- تعاریف، اقسام و ماهیت اجاره به شرط تملیک

۱-۱-۱ - تعاریف

۱-۱-۱-۱- تعریف اجاره به شرط تملیک درحقوق ایران

در ماده ۵۷ آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و ماده اول دستورالعمل اجرایی اجاره به شرط تملیک مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار می‌خوانیم:

«اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستاجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجره را مالک گردد»

ریشه این قرارداد در کشورهای آمریکایی و اروپایی بوده است و از همان‌جا به کشور ما راه پیدا کرده بدین ترتیب واژه (location-vente,leasing)[1] در حقوق ما اجاره به شرط تملیک

---

۱ - کلمه‌ای است مرکب،که از دو کلمه (location-event) ترکیب شده است. کلمه اولی به معنی اجاره و کلمه‌دوم به معنای بیع می‌باشد. این قرارداد از حقوق آمریکا وارد حقوق فرانسه گردیده است. آمریکا و همچنین انگلستان به آن (leasing) می‌گویند. (خدادوستان ، ۱۳۷۸ :۱۶) در تعریف این اصطلاح گفته شده است که «عقدی است که صاحب مال غیرمنقول، بر متعامل (که ←

یا اجاره – فروش ترجمه شده است. (جعفری لنگری،۱۳۷۹:۵۰) تعریف ارائه شده در قانون مذکور علی‌رغم سادگی و صراحتی که دارد فقط بر اساس صورت قرارداد تنظیم شده و بسیاری از مسائل مرتبط با این قرارداد از جمله اقسام و ماهیت آن، همچنین قصد طرفین عقد بصورت مجمل باقی مانده است. (کاتوزیان،۱۳۸۷:۷۶)

۱-۱-۱-۲ - تعریف اجاره به شرط تملیک[1] درکامن لا

مهد اجاره به شرط تملیک و منشأ آن «کامن لا» است. با این که نظام حقوقی کامن‌لا اصولاً «حقوق نوشته» نیست و قانون جزء منابع اولیه آن محسوب نمی‌شود. بدلیل سوءاستفاده‌های فراوانی که بازرگانان شرکت‌های مالی از «قرارداد اجاره به شرط تملیک» داشتند و آن را غیر منصفانه به سود خویش منعقد می‌کردند. قانونگذار انگلیس تصمیم گرفت برای حمایت از طرف ضعیف این قرارداد ماهیت واحکام آن را قانونمند سازد از این رو ابتدا در سال ۱۹۳۸و سپس در سال‌های ۱۹۵۴و ۱۹۶۴ قوانینی را در این خصوص به تصویب رسانید و سرانجام در سال ۱۹۶۵ از مجموع قوانین یادشده قانون واحدی را به نام-قانون یکدست اجاره‌به‌شرط تملیک[2] استخراج کرد و به تصویب رساند. در سال ۱۹۷۴ قانون اعتبار مصرف کننده[3] جانشین قانون اجاره به شرط تملیک مصوب سال‌های ۱۹۶۴ (به استثنای بخش۳) و ۱۹۶۵شد. (دابسن. ۱۹۹۱:۳۷۳)

در انگلیس ماده ۱۸۹ قانون اعتبار مصرف کننده مصوب ۱۹۷۴ اجاره به شرط تملیک را چنین تعریف می‌کند: «اجاره به شرط تملیک - که غیر از بیع معلق است – قراردادی است که: الف) بر اساس آن کالا در ازای پرداخت‌های اقساطی توسط مستأجر اجاره داده می‌شود.

← به ظاهر مستاجر است و"locataire acheteur"خوانده می‌شود) شرط می‌کند که پس از دادن چند قسط معین، مالک عین مستاجره می‌شود. این عقد را بیع می‌دانند و آثار بیع را دارد در واقع در این عقد در آغاز امر، اجاره‌ای واقع می شود که مقدمه برای بیع است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۵۷: ۱۵۱) در حقوق فرانسه قرارداد دیگری به عنوان اجاره اعتباری credit bail وجود دارد: قراردادی است که موجر معمولاً شرکتی خاص است که کار صرافی یا موسسات مالی را انجام می‌دهد بدین ترتیب که مالی را اعم از منقول یا غیر منقول برای استفاده مستأجر در مقابل پرداخت اجاره‌بها در اختیار وی قرار می‌دهد و در پایان مدت اجاره مستأجر می‌تواند مالک عین مستاجره گردد و یا این‌که عین مال رابه موجر باز گرداند ایین قرارداد جنبه اعتباری دارد و فقط توسط موسسه مالی یا بانک انعقاد می‌گردد. موسسه مالی عبارت است از: تاجر، سازمان یا نهادی که پول، اعتبار یا سرمایه را مدیریت می‌نماید مانند بانک،واحد اعتبار و شرکت سرمایه‌گذاری. (کمبل ، ۲۰۰۴: ۶۶۳)

1-Hire-purchase
2- consolidating hire-purchase Act
3- Consumer credit Act

ب) مالکیت کالا زمانی به آن شخص انتقال می‌یابد که شرایط مورد توافق توسط مستأجر انجام شود و یک یا چند مورد زیر تحقق یابد:

۱) حق انتخاب خرید توسط مستأجر اعمال شود[۱]؛

۲) هرگونه عمل شخصی که باید توسط هر یک از دو طرف انجام شود انجام پذیرد.[۲]

۳) هر واقعه مشخص دیگر که در عقد معین شده تحقق یابد.»

یکی از نویسندگان انگلیسی اجاره به شرط تملیک را چنین تعریف نموده است که: اجاره به شرط تملیک توافقی است که به موجب آن مالک کالاها، آنها رابه مستاجر اجاره داده به وی حق انتخاب می‌دهد که در صورت انجام پرداخت‌های لازم برای کالاها و ایفای شروط مورد توافق آنها را تملک کند. (بوری. ۱۵۲:۱۹۸۸)

نویسنده دیگری آن را چنین تعریف می‌کند که: اجاره به شرط تملیک عقدی است که کالاها به شخصی که توافق نموده است که اقساط معینی را بر مبنای عقد اجاره بپردازد تحویل داده می‌شود و به او این حق داده می‌شود که پس از اینکه اقساط معین اجاره پرداخت شود بتواند کالا را خرید نماید و در هر زمان قبل از اعمال حق مستاجر، کالاها ممکن است به مالکش مسترد شود (البته در صورت پرداخت تمام اقساط زیرا قبل از پرداخت کلیه اقساط هنوز این حق خرید ایجاد نشده است) و قبل از اینکه مستاجر اختیار خود را عملی کند هیچ نوع عقد فروشی بوجود نیامده است. (دابسن، ۱۹۹۱: ۳۶۶)

تفاوت اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران و کامن‌لا این است که اولاً این عقد در کامن‌لا فقط در مورد اموال منقول استفاده می‌شود در حالی‌که این عقد در حقوق ایران در مورد اموال منقول و غیرمنقول هر دو بکار می‌رود[۳] ثانیاً در کامن‌لا ضمن این عقد می‌توان شرط کرد که مستأجر پس از اجاره آن را به مالک پس دهد ولی در حقوق ایران به نظر می‌رسد که این شرط مخالف مقتضای عقد باشد و باعث بطلان آن شود حتی با اساس و بنای ایجاد این قرارداد در حقوق ایران هم در تعارض است چون هدف، دادن تسهیلات به منظور مالک کردن افراد بوده است (البته می‌توان گفت که این مورد حقی است که برای مستأجر بوجود می‌آید و می‌تواند از آن صرف‌نظر نماید ولی با این مشکل روبرو می‌شود که چیزی که هنوز

۱- این مورد در بخش اقسام اجاره به شرط تملیک توضیح داده شده است.

۲- مثلا گرفتن مفاصاحساب یا تنظیم سند در دفترخانه.

۳- عقد اجاره - فروش در حقوق فرانسه فقط در مورد اموال غیرمنقول کاربرد دارد.

بوجود نیامده قابل اسقاط نیست و در این صورت اسقاط مالم‌یجب است کـه امـری غیرقابـل قبول است مگر اینکه پس از اتمام اقساط و بوجودآمـدن ایـن حـق (حـق خریـد) و نیـز در صورتی که شرط تملیک، شرط نتیجه نباشد از آن صرف‌نظر نماید)

۱-۱-۲- اقسام اجاره به شرط تملیک

۱-۱-۲-۱- اقسام اجاره به شرط تملیک در حقوق ایران

درحقوق ایران عقد اجاره به شرط تملیک، به اعتبـار شـرط منـدرج درآن بـه دو نـوع کلـی تقسیم می‌شود:

۱-۱-۲-۱-۱ - قراردادی که شرط تملیک به صورت شرط فعل در آن درج شده است

در این نوع قرارداد در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد،مـوجر عین مستاجره را به مستاجر انتقال می‌دهد و شرط انتقال بـه شـکل انجـام عمـل انتقـال از سوی موجر وجود داشته و بایستی در انتهای مدت قرارداد و با رعایت شرایط قراردادی بدان عمل شود.

۱-۱-۲-۱-۲- قراردادی که شرط تملیک به صورت شرط نتیجه در آن درج شده است

در این نوع قرارداد در پایان مدت اجاره و با پرداخت اقساط و عمل به سایر شـرایط منـدرج در عقد، مالکیت عین مستاجره خود به خود به مستأجر منتقل می‌شود بدون این‌که نیاز بـه اقدام جدیدی از سوی موجر یا مستأجر باشد واگر هم رعایت تشریفاتی در ایـن زمینـه لازم باشد (همانند تنظیم سند) این تشریفات ناقـل مالکیـت نیسـت بلکـه کاشـف از آن و بـرای مسجل کردن انتقال انجام شده قبلی است. (مسعودی،۱۳۸۴:۱۱۴)

۱-۱-۲-۲ - اقسام اجاره به شرط تملیک در کامن‌لا

عقد اجاره به شرط تملیک را در کامن لا می‌توان به دو نوع کلی تقسیم کرد.

۱-۱-۲-۲-۱- قراردادی که در آن تنها موجر متعهد به انتقال است

در این نوع قرارداد اجاره به شرط تملیک، موجر قرارداد اجاره‌ای با مستاجر تنظیم می‌نمایـد که ضمن آن متعهد می‌شود در پایان قـرارداد و در صـورت درخواسـت مسـتأجر و پرداخـت

کامل اجاره‌بها توسط وی عین مستأجره را به او تملیک نماید. در این نوع مستاجر هیچ تعهدی به تملک عین مستاجره ندارد و می‌تواند قرارداد را به همان صورت اجاره به پایان ببرد اما چنانچه تمایل به تملک عین مستاجره داشته باشد می‌تواند این تمایل را اعلام کند و موجر ملزم به انتقال مالکیت به وی خواهد بود. (معینی، ۲۷۴:۱۳۸۵)

این نوع اجاره به شرط تملیک با توجه به نحوه تعهد موجر به انتقال مالکیت به دو صورت ممکن خواهد بود:

۱) گاه صرفا در حد یک تعهد به بیع برای موجر است، بدین معنی که پس از پرداخت آخرین قسط و در صورت درخواست مستأجر موجر متعهد است که ایجاب بیع را انشاء نماید.

۲) گاهی دیگر در ضمن عقد اجاره، مالک ایجاب بیع مورد اجاره را نیز انشاء می‌نماید. در این‌گونه قراردادها شرط تملیک حقیقت ایجاب آن از جانب مالک محسوب می‌گردد و چون این ایجاب در ضمن یک عقد الزام آور انشاء گردید و جزئی از آن به شمار می رود غیر قابل انصراف است. (دیاموند، ۱۹۷۱،ص۱تا۷) اما مستأجر اختیار دارد که پس از انقضای اجاره با ضمیمه کردن قبول خود بدین ایجاب، بیع را منعقد سازد و یا اینکه با انصراف از این شرط بیع را نپذیرد. در چنین قراردادی این تنها موجر است که متعهد به انتقال مالکیت پس از پرداخت آخرین قسط و اعمال حق خرید توسط مستاجر است. (بوری،۱۴۲:۱۹۸۸) بنابراین اعطای اختیار و حق خرید به مستأجر در قرارداد اجاره به شرط تملیک، پس از پرداخت آخرین قسط و قبول آن می‌باشد لذا به محض اعمال آن عقد بیع محقق می‌شود. (گست، ۴۵:۱۹۸۷).

گفته شده که در ماهیت اجاره‌ای بودن این قسم از قرارداد اجاره به شرط تملیک نبایستی تردید کرد زیرا تعهد به بیع تنها برای مالک (فروشنده احتمالی) ایجاد می‌گردد و قرارداد اجاره مقدمه بیع احتمالی قرار می‌گیرد که به مستأجر (خریدار احتمالی) حق گزینش بیع را اعطاء می‌نماید. در مدت اجاره مالک از انتقال مورد اجاره ممنوع است و مستأجر نیز مالک عین نیست بلکه تنها مالک منافع است. (چشایروفیفوت،۱۶۰:۱۹۷۶)

در حقوق انگلستان طبق ماده ۱۸۹ قانون اعتبار مصرف کننده مصوب ۱۹۷۴ که قانونگذار قرارداد اجاره به شرط تملیک را پیش‌بینی نموده، صرفاً حق خرید برای مستأجر مقرر شده و برخی از حقوقدانان نیز به همین راه رفته‌اند لکن برخی دیگر از نوع دیگری از قرارداد

اجاره به شرط تملیک یاد کرده‌اند که مانند حقوق ما به موجب آن مستاجر نیز ملزم به خرید کالا در انتهای قرارداد می‌شود. (سیردانی، ۱۳۷۵: ۸)

این نوع عقد اجاره به شرط تملیک در کشورهای اروپایی و آمریکایی بسیار رایج بوده و اموال منقول گوناگونی با انعقاد این عقد منتقل می‌شود. کنوانسیون وحدت قوانین در مورد قراردادهای بین‌المللی اجاره به شرط تملیک متأثر از نوع اول این قرارداد بوده و مواد گوناگونی از این کنوانسیون مقرر می‌دارد (در پایان مدت قرارداد اجاره به شرط تملیک، اعتبارگیرنده (مستاجر) کالا را طبق مقرره بند قبل به اعتباردهنده (موجر) پس می‌دهد مگر اینکه اعتبارگیرنده کالا را خریداری یا اجاره آن را تجدید نموده باشد. (معینی، ۲۷۵:۱۳۸۵)

۱-۱-۲-۲-۲ - قراردادی که در آن هر دو طرف متعهد به انتقال مالکیت هستند

در گونه دوم علاوه بر موجر، مستأجر نیز ملتزم به بیع مورد اجاره می‌گردد این امر به دو نحو متصور است،گاه صرفاً این التزام در حد یک تعهد دو جانبه به بیع می‌باشد همانند قولنامه (توافق به بیع) و در واقع شرط به سود هر دو طرف قرارداد می‌باشد بدین معنی که موجر و مستأجر تعهد می‌نمایند که پس از پرداخت آخرین قسط و پایان مدت اجاره، قرارداد بیع را منعقد نمایند.

این حالت زمانی پیش می‌آید که شرط تملیک مندرج در قرارداد اجاره بصورت شرط فعل[۱] درج شده باشد. در این حالت نیز چنانچه بهای عین و منافع را توأماً نپردازد بلکه صرفاً بهای منافع را تادیه نماید، ماهیت اجاره‌ای بودن قرارداد اجاره به شرط تملیک غلبه دارد. در این مورد نیز رابطه شرط با عقد فرعی[۲] است لذا اگر شرط باطل و یا غیرقابل اجراء باشد عقد باطل نمی‌شود بلکه صرفاً مستأجر حق فسخ می‌یابد. (دیاموند، ۱۹۷۱:۳۴)

گاهی اوقات مستأجر کالا را به اجاره می‌گیرد بهای عین و منافع را توأماً به اقساط می‌پردازد و مورد اجاره در انتهای عقد خود به خود به مالکیت او در می‌آید (شرط نتیجه)[۳]. در این‌گونه موارد مستأجر نیز پای‌بند به عهد خویش می‌گردد و به موجب قرارداد باید مورد

۱- در حقوق انگلستان به این شرط (active option) می‌گویند.

۲ - در حقوق انگلیس شروط به دو نوع اصلی و فر عی تقسیم می‌شود ومنظور از شرط اصلی (condition)، شرطی است که قسمت قسمت عمده و اصلی عقد را تشکیل می‌دهد و سایر شروط را فرعی (warranty) گویند البته ضابطه‌ای برای تفکیک این دو ذکر نشده است، هرگاه شرط فاسد ضمن عقد از شرایط فرعی باشد، از قرارداد حذف می‌شود بدون این‌که به صحت عقد لطمه وارد کند اما اگر شرط فاسد از شروط مهم و اساسی باشد ممکن است تمام قرارداد را منحل سازد (بتسن ،۱۹۹۸ :۳۵۳)

۳- در حقوق کامن لا به این شرط (passive option) می‌گویند.

اجاره را تملک نماید در حقیقت نتیجه محتوم اجاره انعقاد بیع و تملیک مورد اجاره مالک به مستأجر است. او تنها از طریق تخلّف از قرارداد و عهد شکنی، می‌تواند از اجرای عقد سرباز زند. در مدت اجاره مالک و مستأجر هر دو پای‌بند و ملتزم به عهد خود هستند، مالک نمی‌تواند مورد اجاره را به دیگری انتقالِ دهد و مستأجر نیز، متعهد به نگهداری از مورد اجاره است.

تحلیل ماهیت عقد در گونه اخیر مشکل است زیرا طرفین دارای تعهداتی بیش از موجر و مستأجر هستند و قرارداد بر مبنای توافق طرفین منتهی به تملیک یا بیع می‌گردد. در بیان ماهیت این نوع از قرارداد گفته شده است قصد واقعی طرفین بیع کالا است که اجاره مقدمه آن می‌گردد (دیاموند، ۱۹۵۶:۴۹۸) در حقیقت اجاره سرپوشی است برای تقسیط ثمن و وثیقه در برابر آن. (ماده ۴۳۰ قانون مدنی مصر)

دو طرف عقد در اجاره به شرط تملیک، ممکن است شخص حقیقی یاحقوقی اعم از حقوق عمومی یا خصوصی باشند. در انگلیس فراوان یافت می‌شود که صاحب کالا در موقعیتی نیست که بتواند کالا را بصورت اقساط در اختیار مشتری بگذارد. این‌جا است که شرکت‌های مالی واسطه عقد قرار می‌گیرند. این وساطت به شکل‌های گوناگون انجام می‌پذیرد. گاهی صاحب کالا آن را به شرکت مالی می‌فروشد و شرکت مزبور با مشتری خویش قرارداد اجاره به شرط تملیک منعقد می‌کند، به گونه‌ای که مالک اولیه کالا نسبت به این قرارداد بیگانه تلقی می‌شود و گاه نیز صاحب کالا مستقیماً قرارداد را با مشتری منعقد می‌کند ولی حقوق ناشی از قرارداد خویش را همراه مالکیت کالا به شرکت مالی واگذار می‌کند. این شیوه به تنزیل کلی معروف است[1]. (بوری۱۹۸۸:۱۵۴ و تورنی، ۱۹۶۲:۵۸)

معمولاً وقتی پای شرکت‌های مالی به میان می‌آید، هدف انعقاد عقد بیع و فروش اقساطی کالا است که برای فرار از مشکلات فروش اقساطی بصورت اجاره به شرط تملیک منعقد می‌شود. (تفرشی و وحدتی شبیری، ۱۳۸۰:۱۲۰)

به خلاف اغلب کشورها آن‌چه در نظام بانکی ایران مورد استفاده قرار می‌گیرد نوع دوم عقد اجاره به شرط تملیک است که هر دو طرف قرارداد در آن ملزم به انتقال مالکیت هستند. در آئین‌نامه اجاره به شرط تملیک مصوب شورای پول و اعتبار این گونه اخیر مورد حکم قرار گرفته است زیرا از یک طرف بهای عین و منافع و سود منطقی آن مورد نظر طرفین

1- Block discounting

بوده است و از طرف دیگر در ماده یک آئین‌نامه آمده است: "از لحاظ این آئین نامه اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شده باشد مستأجر در پایان مدت اجاره عین مستأجره را در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد مالک گردد و همچنین در ماده ۱۲ این آئین‌نامه مقرر می‌دارد: بانک‌ها مکلفند در قرارداد اجاره به شرط تملیک شرط نمایند که در پایان مدت اجاره و پس از پرداخت اقساط مال‌الاجاره در صورتی که کلیه تعهدات مستأجر طبق قرارداد انجام شده باشد عین مستأجره به ملکیت مستأجر در آید. پس معلوم می‌گردد در واقع آنچه هدف طرفین است و برای رسیدن به آن تراضی می‌کنند بیع کالای موردنظر است ولی تملیک در آن معلق به پرداخت ثمن و تحقق سایر شرایط است.

در این‌گونه موارد، اجاره در واقع وسیله‌ای برای پرداخت ثمن است. به عبارت دیگر،مقتضای عقد،تملیک آینده است که در قالب شرط تملیک در قرارداد درج گردیده است. بنابراین بطلان این شرط باعث بطلان تمامی عقد می‌گردد (بند اول ماده ۲۳۳ ق. م) و یا به عبارت دیگر"عقد معلق بصورت واجب معلق انشاء می‌گردد در فرض مزبور همچنانی‌که عقد تلفّظ می‌گردد انشاء تملیک نیز همزمان با عقد است لکن ایجاب‌کننده تملیک فعلی را انشاء نمی‌نماید بلکه تملیک پس از تحقق معلق‌علیه را انشاء می‌کند، اثر چنین عقدی آن است که قبل از تحقق شرط نمی‌توان در مورد معامله تصرف کرد از طرفی در صورت پیدایش شرط مقتضای عقد حاصل می‌گردد و اگر معلق علیه موجود نشود به مانند آن است که عقدی واقع نشده است" (امامی، ۱۳۶۸:۲۸۰) و یا نامشروع بودن آن به منزله تصریح جهت نامشروع در خود عقد است و باعث بطلان آن خواهد بود (م۲۱۷ ق م).

۱-۱-۳- ماهیت اجاره به شرط تملیک

در سخن از اقسام اجاره به شرط تملیک به صورت تلویحی گفته شد که به نظر بعضی نوع اول اجاره و نوع دوم آن بیع می‌باشد لکن شناخت ماهیت اجاره به شرط تملیک نیاز به بحث بیشتری دارد شناخت ماهیت این قرارداد تأثیر بسزایی در تعیین احکام مترتب بر آن دارد زیرا احکام عقود با یکدیگر متفاوت‌اند مثلاً اگر عقد مزبور اجاره باشد تابع احکام اجاره مذکور در قانون مدنی و قواعد قانونی مندرج در قانون روابط موجر و مستأجر است و اگر بیع باشد مشمول احکام ویژه بیع همچون خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن

خواهد بود از این رو لازم است به شناخت ماهیت آن بپردازیم بدین منظور ابتدا به بیان دیدگاه‌های حقوقی درباره ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک می‌پردازیم و سپس نظر برگزیده را اعلام می‌کنیم بعلاوه شناخت ماهیت عقد احیاناً در تعیین میزان مالیات بر انتقال و حق‌الثبت در دفاتر اسناد رسمی تأثیر خواهد گذاشت.

۱-۱-۳-۱ - اجاره به شرط تملیک به عنوان اجاره

در حقوق ایران

برخی اجاره به شرط تملیک را اجاره دانسته‌اند و این‌گونه استدلال کرده‌اند که دو طرف خواسته‌اند تملیک به تأخیر بیافتد و در واقع شخص متصرف مال فقط از منافع استفاده می‌کند و شرط تملیک هم مانند هر شرط دیگری تابع عقد اصلی بوده و چهره فرعی دارد. (خاوری،۱۳۷۱:۲۴۴) و (تفرشی و وحدتی شبیری،۱۳۸۰:۱۲۳) و رک (اکبرینه، ۱۳۸۳: ۶۳) استناد قانونی نظریه فوق علاوه بر ماده ۵۷ آئین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا، ماده ۱ آئین‌نامه 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 مواد ۱۳ و ۱ آئین‌نامه مزبور اجاره به شرط تملیک عقد اجاره است که در آن شرط شده است مستأجر در پایان مدت اجاره عین مستاجره را در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد مالک گردد. بانک‌ها نیز موظفند در متن قرارداد قید نمایند که در پایان مدت اجاره پس از پرداخت آخرین قسط مال‌الاجاره و یا پس از پرداخت و تسویه کامل باقیمانده مال‌الاجاره (قبل از پایان مدت اجاره) در صورتی که تعهدات دیگر مستأجر طبق قرارداد کاملاً انجام شده باشد، عین مستاجره به مالکیت مستأجر در آید لذا اجاره به شرط تملیک را شکل خاصی از عقد اجاره می‌دانند.

به هر حال آن‌هایی که آن‌را اجاره می‌دانند چنین اعتراف می‌کنند که با توجه به اینکه قصد قانونگذار این بوده که عقد اسلامی از جمله اجاره را جایگزین اخذ وام و اعتبار سازد، اما بطور ناخواسته عقدی دیگر را تدوین نموده است زیرا نه اجاره بودن آن بر مبنای اجاره اصطلاحی است و نه شرط ضمن آن جنبه فرعی دارد در واقع پیوستگی عمیقی بین شرط و عقد وجود دارد که احتمال اجاره معمولی بودن همراه با شرطی که جنبه فرعی داشته باشد را از ذهن دور می‌کند. (خاوری، ۱۳۷۱:۲۴۴).

علی‌رغم وجوه مشترک که بین عقد اجاره ساده با عقد اجاره بـه شـرط تملیـک وجـود دارد لکن آن دو اختلافاتی هم با هم دارند که می توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱) در عقد اجاره آنچه متعلق قصد طرفین قرار می‌گیـرد انتقـال منـافع عـین مسـتأجره در مدت زمان معین است و انتقال مالکیت به هیچ وجه هدف اصلی نیست اما در عقد اجاره به شرط تملیک قصد اصلی طرفین انتقال مالکیت است و چنانچـه بـه هـر دلیـل شـرط انتقال انجام نپذیرد اساس تراضی طرفین به هم می‌خورد.

۲) در عقد اجاره به شرط تملیک موجر حتماً باید مالک عین مسـتأجره باشـد تـا بتوانـد در انتهای قرارداد آن را به مالکیت مستأجر درآورد در حالی که در اجاره چنین نیست.

۳) در عقد اجاره هیچ محدودیت زمانی چه از نظر حداقل و چه از نظر حداکثر وجـود نـدارد ولی در مورد اجاره به شرط تملیک طبق ماده ۶۱ آئـین‌نامـه تسـهیلات بـانکی، معاملـه اجاره به شرط تملیک اموالی که طول عمر مفید آنها کمتر از دو سال باشد برای بانک‌هـا ممنوع است (حداقل) و مدت اجاره به شرط تملیک نباید از طول عمر مفید اموال تجاوز نماید (حداکثر).

۴) اجاره دارای انواعی است که عبارتند از اجاره اشیاء، اشـخاص و حیوانـات ولـی اجـاره بـه شرط تملیک صرفاً ناظر به اشیاء است.

با توجه به این تفاوت‌ها و سایر تفاوت‌های موجود اجاره پنداشتن چنـین قـراردادی بـه نظـر منتفی می‌رسد.

درکامن‌لا

درحقوق انگلیس بموجب ماده ۱۸۹ قانون اعتبار مصرف‌کننـده و در حقـوق آمریکـا کـه بـر طبق آن مستأجر پس از پایان مدت و پرداخت آخرین قسط مال‌الاجاره می‌توانـد مالـک آن (مال مستأجره) گردد و مستأجر مخیر است که حق خود را اعمال کنـد و مـال مسـتأجره را به تملک خود درآورد به همین جهت است که در حقوق انگلیس و آمریکا که شرط تملیـک بگونه اخیر می‌باشد آن را قرارداد اجاره می‌دانند. مثلاً پلارد در کتـاب حقـوق بـانکی ایـالات متحده می‌نویسد قرارداد اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که متضمّن شرط اختیـار خرید برای مستأجر است که به موجب آن مستأجر حـق دارد در پایـان مـدت اجـاره مـورد اجاره را بخرد و موجر ملزم به انتقال می‌باشد. (پلارد،۱۹۸۷:۴۴۲)

یکی از نویسندگان حقوقی چنین اظهار می‌کند که مستأجر پس از پایان اجاره فقط حق خرید را دارد و بنابراین تا قبل ازاعمال این حق هیچگونه قرارداد فروشی منعقد نشده و به هیچ وجه طبق قانون فروش کالاها مصوب ۱۹۷۹ نمی‌باشد زیرا این قرارداد بیع نیست در نتیجه تحت کنترل قانون فوق نمی‌باشد و در نهایت این قرارداد (اجاره به شرط تملیک) را اجاره می‌داند. (مکین تایر،۲۰۰۱:۴۱۵)

نویسنده دیگری نیز در کتاب خود در ابتدا عقد اجاره به شرط تملیک را شبیه فروش معلق دانسته ولی در نهایت چنین تصمیم می‌گیرد که اجاره به شرط تملیک، اجاره است و فقط مستأجر این حق را دارد که پس از پرداخت تمام اقساط حق خرید را اعمال کند و مال‌الاجاره را به تملک خود درآورد. (بریج،۱۹۹۷:۵۲)

نوِیسنده دِیگرِی نیز در ذیل عنوان قراردادهای اجاره‌ی کالاها، عقد اجاره به شرط تملیک را بحث کرده است و از فحوای کلام او استنباط می‌شود که آن را اجاره می‌داند. (جاج، ۱۹۹۹: ۴۲۷)[1]

۱-۱-۳-۲ - اجاره به شرط تملیک به عنوان بیع

در حقوق ایران

نظر دیگر این است که برخی از حقوقدانان در مورد ماهیت حقوقی عقد اجاره به شرط تملیک آن را با عقد بیع مقایسه نموده و با ارائه مستنداتی اظهار داشته‌اند که عقد اجاره به شرط تملیک یک عقد بیع است و عقد اجاره در حقیقت یک عقد صوری و ظاهری است که طرفین برای پنهان داشتن عقد بیع و همچنین دریافت ثمن تحت عنوان مال‌الاجاره منعقد کرده‌اند برای مثال در یکی از این نظریات عقدی که در آن صاحب مال غیرمنقول بر متعامل (مستأجر) شرط می‌کند که پس از دادن چند قسط معین مالک عین مستأجره شود را بیع دانسته است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۵۰)

۱- در حقوق فرانسه اختلاف بسیار شدیدی در خصوص ماهیت این قرارداد وجود دارد و رویه قضایی و دکترین حقوق به شدت در این مورد متزلزل و مشکوک است. در ذیل نظرات جمعی از نویسندگان حقوقی که قرارداد مزبور را اجاره می‌دانند آورده می‌شود:

الف) اجاره به شرط تملیک (location-vente) به معنای وسیع کلمه یک اجاره ساده است که با وعده بیع همراه شده است.(مازو، ۱۹۷۳: ۲۱۰ به نقل از خدادوستان ،۱۳۸۷ :۳۳)

ب) هر گاه شکل قرارداد بگونه‌ای باشد که مستأجر آزاد است و یا حداقل برای انعقاد بیع اختیار دارد، قرارداد اجاره ساده است که با وعده یک طرفی بیع همراه شده است (ریانود، ۱۹۸۰: ۶ به نقل از خدادوستان ،۱۳۸۷ :۳۴)

همین نویسنده در مواد ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶ طرح اصلاح قانون مدنی خود در این مورد چنین می‌نویسد:

ماده ۱۴۵۵: اگر در عقد اجاره غیرمنقول شرط کنند که مستأجر پس از پرداخت اقساط مال‌الاجاره بصورت شرط نتیجه مالک عین مستأجره گردد این عقد بیع است نه اجاره هر چند که آن را بصورت اجاره در آورده باشند.

تبصره: در قصد نتیجه عقود غایات ملاک است نه مبادی.

ماده ۱۴۵۶: اگر غیرمنقولی 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 خرید عین مستأجره پیش از انقضای مدت اجاره را که از عقد مزبور تحصیل کرده در دفتر املاک محل وقوع ملک به ثبت برساند؛

ج) مستأجر حق فسخ اجاره را با رد عین مستأجره و استرداد اقساط پرداخت شده داشته باشد.

این عقد که «اجاره - فروش» نامیده می‌شود بیع است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۸۵۵)

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 بموجب این شرط مستأجر می‌تواند ثمنی را که در زمان انعقاد عقد 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 یک جا 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 و بصورت شرط ضمن عقد اجاره است و 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 که امری محال است رابعاً ثمن در بیع از تاریخ تملک مبیع محقق می‌شود نه قبل از آن زیرا یکی از اصول موازنه تملیک در برابر تملک است و این اصل در اجاره فروش رعایت نشده است اشکالی است که راه حل ندارد (جعفری لنگرودی،۱۳۸۶: ۱۱۳-۱۱۴)

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 خود به خود به مالکیت متصرف درمی‌آید بیع دانسته شده است. طبق این نظر عقد تابع قصد واقعی دو طرف است و از آن‌جا که قصد طرفین در اجاره به شرط تملیک فروش کالاست و اجاره مقدمه آن قرار گرفته است از این جهت آنچه واقع گردیده است بیع است نه اجاره و در واقع در این قرارداد اجاره سرپوشی برای تقسیط ثمن و وثیقه گرفتن مبیع می‌باشد (کاتوزیان،۱۳۸۷:۷۸)

همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد مهمترین دلیل طرفداران این نظریه قصد اصلی طرفین عقد است بموجب قاعده «القعود تابعۀ للقصود» عقد تابع قصد طرفین بوجود آورنده آن است و با توجه به اینکه قصد در اجاره به شرط تملیک فروش کالا است نه اجاره آن، از این جهت اجاره به شرط تملیک را می‌بایست عقد بیع دانست و آثار بیع را بر آن بار کرد، اما موافقان این نظریه در خصوص اینکه عقد اجاره به شرط تملیک خود چه نوعی از عقد بیع است با یکدیگر اختلاف دارند و گروهی آن را عقد بیع معلق و گروهی دیگر آن را بیع با شرط فاسخ معلق می‌دانند اما نظریات فوق‌الذکر با توجه به ایراداتی که در ذیل می‌آید قابل انتقاد هستند:

۱) اشکال اصلی این است که لازمه ی 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 نه یک عقد اجاره بلکه بیع می‌باشد با این وصف عقد اجاره یک عقد ظاهری و صوری است و این به معنای بطلان عقد اجاره است چرا که قرارداد صوری که درآن دو طرف قصد نتیجه آن را ندارند باطل است و با باطل بودن عقد اصلی شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود و در نتیجه عقدی باقی نمی‌ماند که قابلیت اجراء داشته باشند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۳۲)

تشبیه عقد اجاره به شرط تملیک با عقد بیع لاجرم منتج به این امر می‌شود که کلیه آثار و احکام بیع را در عقد اجاره به شرط تملیک نیز جاری دانسته و در هنگام بروز اختلاف طرفین عقد به قوانین و عرف رایج در مورد بیع رجوع کنیم. برای مثال: یکی از آثار عقد بیع صحیح طبق بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی این است که به مجرد وقوع 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 را از ابتدای قرارداد نیز قبول کنیم، در این

صورت طلبکاران مستأجر می‌توانند مال موضوع قرارداد را از اموال مستأجر محسوب کرده آن را از دست وی خارج سازند همچنین مستأجر از زمان انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک مالک عین مستأجره محسوب می‌شود و می‌تواند هرگونه اعمال مالکیتی نسبت به آن از قبیل فروش یا به رهن گذاشتن انجام دهد درحالی‌که او تنها حق استیفای منفعت از عین مستأجره را تا پایان قرارداد خواهد داشت درست مانند یک مستأجر واقعی و نه بیشتر و بالاخره اینکه چنانچه اجاره به شرط تملیک عقد بیع باشد پرداخت‌های مستأجر را باید اقساط ثمن در نظر گرفت و در نتیجه در صورت انحلال عقد موجر باید تمامی اقساط را به صورت کامل به مستأجر بازگرداند.

۳) در مورد بیع معلق نیز باید گفته شود اصولاً عقد معلق تا زمان پیدایش و حصول معلق علیه هیچ اثری ندارد و هرگاه معلق علیه موجود نشود مانند آن است که عقدی واقع نشده است (امامی، ۱۳۶۸: ۱۶۶)

همچنین از آن‌جا که خریدار از تاریخ حصول معلق‌علیه مالک مبیع می‌شود نماآت و منافع مبیع از این تاریخ (و نه تاریخ عقد) به او تعلق می‌گیرد و حدوث معلق‌علیه اثر قهقرایی از این جهت ندارد (لنگرودی،۶۱۲:۱۳۵۷) پس چنانچه اجاره به شرط تملیک یک بیع معلق باشد مستأجر نمی‌تواند تا حصول معلق‌علیه از مبیع استیفای منفعت نماید چرا که هیچ‌گونه مالکیتی اعم از عین و منافع نسبت به آن ندارد مگر آن‌که گفته شود طرفین قرارداد استیفای منفعت از مبیع را در ضمن عقد بیع معلق شرط نموده‌اند که در این صورت هم با این معضل لاینحل روبرو خواهیم شد که چگونه می‌توان در ضمن قرارداد اصلی که خود هنوز معلق است شرطی وارد کرد که آن شرط قبل از قطعیت قرارداد اصلی لازم‌الاجرا باشد آیا ممکن است که بیع معلق قبل از حصول معلق‌علیه آثار و احکام لازم‌الاجرا داشته باشد.

۴) اگر عقد اجاره به شرط تملیک را عقد بیعی با شرط فاسخ معلق بدانیم یعنی مالکیت از زمان عقد به مستاجر منتقل می‌شود (مستاجر ظاهری) لیکن شرط فاسخ درج شده در آن موجب می‌گردد تا در اثر تخلف مستاجر از هریک از مواد قرارداد، عقد خودبه‌خود و از ابتدا منحل گردد. با این اشکال مواجه می‌شویم که شرط فاسخ معلق مانع از ایجاد آثار عقد بیع نمی‌شود بنابراین مالکیت عین مستأجره از لحظه انعقاد عقد اجاره به شرط تملیک به مستأجر منتقل می‌شود و تنها در اثر تخلّف از شرایط قرارداد از آغاز منحل خواهد شد. (کاتوزیان، ۷۹:۱۳۸۴)

این امر (انتقال مالکیت به مستأجر) مغایر با قصد اصلی موجر یعنی عدم انتقال مالکیت کالا به مستأجر تا پایان قرارداد اجاره به شرط تملیک است و همچنین مستلزم صوری دانستن اجاره می‌شود و لذا در برابر طلبکاران مستاجر قابل استناد نمی‌باشد و آنان می‌توانند در صورت ورشکستگی مستاجر آن را در شمار اموال او به حساب آورند. همین امر باعث شده که در کشور انگلستان نیز که بیع با شرط فاسخ معلق پذیرفته شده است، با وجود تمام تشابهات آن با عقد اجاره به شرط تملیک آن دو را از یکدیگر مجزا دانسته و بر هر یک آثار و احکام خاصی وضع نموده‌اند و این تشابه آن‌چنان است که گاهی تمایز بین دو عقد را مشکل می‌سازد[۱] برای مثال در دعوایی[۲] در سال ۱۹۹۷دادگاه توافقی را که طی آن حق خرید کالایی به متقاضی اعطاء شده و چنین فرض شده بود که این حق خرید هنگامی قابل اعمال است که کل اقساط پرداخت شده باشد مگر اینکه مستأجر از انتقال مالکیت به خود استنکاف ورزد یک بیع همراه با شرط فاسخ دانست نه یک عقد اجاره به شرط تملیک. (بریکس، ۲۰۰۰: ۲۲۹)

پس با توجه به موارد گفته شده پنداشتن عقد اجاره به شرط تملیک به عنوان بیع چه معلق وچه با شرط فاسخ نیز مشکل بنظر می‌رسد.

درکامن لا

در انگلستان نیز بعضی از حقوقدانان عقد اجاره به شرط تملیک را بیع دانسته و در جهت اثبات ادعای خود به این موضوع استنادکرده‌اند که قسمت اصلی و اساسی عقد اجاره به شرط تملیک این است که مستأجر حق خرید دارد. مثلاً برخی آن‌را نوع پیچیده‌ای از بیع اقساطی می‌داند که توسط رویه تجار برای حمایت از حق مالکیت موجر پذیرفته شده است[۳]. (دابسن، ۱۹۹۱: ۳۶۶ و چرلی،۱۹۸۳:۵۱)

۱- برای توضیح بیشتر نگاه کنید به قسمت ب شماره ۲ -۲-۲-۲

2- forthright finance Ltd.V.carlyle finance Ltd 1997

۳- در حقوق فرانسه، برخی از حقوقدانان آن را بیع دانسته و اجاره را سرپوشی برای تقسیط ثمن و وثیقه گرفتن مبیع می‌دانند (کولن و کاپیتان، ۱۹۵۳: ۴۲۸) مازوها نیز این عقد را یک بیع اقساطی می دانند که با یک شرط حفظ مالکیت همراه شده است.دادگاه پاریس نیز در سوم ژانویه ۱۹۶۰ در خصوص اجاره به شرط تملیک چنین رأی می‌دهد «تحلیل‌های متعدد نمی‌تواند فعلی راکه از ابتدا بیع بوده تغییر دهد در اینجا مستأجر یک خریدار اقساطی است» (ریانود، ۱۹۸۰: ۶ به نقل از خدادوستان ،۱۳۸۷ :۳۵)

نظرات فرعی

۱-۱-۳-۳ - اجاره به شرط تملیک مجموعه‌ای از دو عقد

نظر دیگر این است که گفته شده اجاره به شرط تملیک مجموعه‌ای از دو عقد که یکی حق تصرف در منافع و دیگری مالکیت مال را به مشتری منتقل می‌سازد و معادل انگلیسی این واژه (hire purchase) اشاره به این دو عمل حقوقی یعنی اجاره- بیع دارد. بنابراین توجیه، این قرارداد به دو بخش جداگانه تجزیه می‌گردد و هرکدام تابع عنوان خاص خود خواهد بود (زنگباری، ۱۳۸۷:۹۸). لکن این توجیه درست به نظر نمی‌رسد زیرا لازمه آن وجود دو قصد انشاء و دو منشأ است در حالی که در هنگام انعقاد قرارداد یک قصد انشاء و یک منشأ بیشتر وجود ندارد.

لازم به ذکر است که درحقوق کامن لا چنین نظری ابراز نشده است.

۱-۱-۳-٤ - اجاره به شرط تملیک در روابط بین طرفین و اشخاص ثالث

نظر دیگری که طبق رویه قضایی دادگاه‌های فرانسه می‌باشد این است که اجاره به شرط تملیک در روابط بین موجر و مستأجر اجاره و میان آن‌ها و اشخاص ثالث بیع می‌باشد نتیجه آن‌که مستأجر پس از پایان اقساط مالک شمرده نمی‌شود ولی در عین حال اشخاص ثالث طلبکار می‌توانند مال را از اموال مستأجر ورشکسته محسوب دارند. (پلنیول وریپر، ۱۹۵۲: ۲۱۸)

این نظر ممکن است در عمل از مشکلات دادگاه‌ها بکاهد ولی با منطق حقوقی سازگار نیست زیرا یک عقد نمی‌تواند مصداق دو عنوان حقوقی باشد به بیان دیگر اگر قصد انشای دو طرف قرارداد به اجاره تعلق گرفته باشد قرارداد بیع نیست و اگر متعلق قصد آنان بیع باشد قرارداد اجاره نخواهد بود. لازم به ذکر است که درحقوق کامن لا و ایران چنین نظری ابراز نشده است.

۱-۱-۳-۵ - اجاره به شرط تملیک به عنوان وثیقه

نظر دیگر این است که در قراردادهای اجاره به شرط تملیک که بین بانک و اشخاص واقع می‌شود در حقیقت بانک نقش وام‌دهنده دارد و آن‌چه بمنظور وثیقه به مالکیت بانک در می‌آید مورد اجاره خواهد بود (به عقیده همین نویسنده به همین دلیل است که ماده ۹

قانون اجاره به شرط تملیک ایالت متحده این‌گونه قراردادها را در حکم معاملات وثیقه‌ای می‌داند. (دیاموند، ۱۹۷۱: ۱۵۴-۱۵۵ و رک گوده، ۵۳:۱۹۷۰)

چنین نظری در حقوق ایران مطرح نشده است و پذیرفتن آن در حقوق ما مشکل است چون در رهن، بانک نسبت به مال فقط حق وثیقه عینی دارد و مالکیتی برای او حاصل نشده است ولی در عقد اجاره به شرط تملیک مالکیت هنوز در اختیار بانک است (بهرامی، ۱۳۸۳:۴۰).

با توجه به نظرات ابراز شده و مشکلات مربوط به آنها باید عقد اجاره به شرط تملیک به عنوان یک عقد معین مورد بررسی قرارداد.

نظر برگزیده

۱-۱-۳-٦ - اجاره به شرط تملیک بعنوان عقدی معین و خاص است

اگرچه هر یک از نظریات گفته شده در بردارنده پاره‌ای از اوصاف و مقتضیات عقد اجاره به شرط تملیک است، با این حال هیچ‌یک از این نظریات در ارائه یک ماهیت حقوقی روشن و صریح از اجاره به شرط تملیک موفق نیست، چرا که هر یک در پاره‌ای موارد تفاوت‌هایی با این تأسیس حقوقی دارند تفاوت‌هایی که مانع انطباق آنها با یکدیگر می‌شود. به واقع ساده‌اندیشی است که بخواهیم با گنجاندن عقد اجاره به شرط تملیک در قالب یکی از عقود معین سنتی مشکل ماهیت حقوقی آن را حل کنیم اصولاً اگر این عقد جزئی از عقود معین سنتی مثل بیع و اجاره بود،دیگر نیازی به تعیین نام و عنوان خاص برای آن احساس نمی‌شد روشن است که پدید آورندگان عقد اجاره به شرط تملیک بطور کامل با عقود بیع، اجاره، قرض و رهن آشنایی داشته‌اند و چنانچه برای ایشان امکان داشت حتماً اهداف و مقاصد خود را در قالب یکی از این عقود شناخته شده وارد می‌کردند. لازم به ذکر است که عقد اجاره به شرط تملیک حداقل با چهار عقد معین سنتی رابطه تنگاتنگ دارد، این عقد خصیصه تملیکی بودن خود را از عقد بیع وخصیصه استیفای منفعت از عین مستأجره را از عقد اجاره وخصیصه تخصیص اعتبار از ناحیه موجر (بانک) را به مستأجر از عقد قرض و بالاخره خصیصه در وثیقه بودن عین مستأجره را از عقد رهن کسب کرده است ولی به صرف این تشابهات نمی‌توان آن را یکی یا ترکیبی از عقود ذکر شده دانست بنابراین بنظر

می‌رسد چاره‌ای نیست جز آن‌که عقد اجاره به شرط تملک را عقدی معین و جدید که دراثر نیازها و مقتضیات بوجود آمده بدانیم[1](اسلامی پناه و عباسیان،۱۳۸۸:۳۷).

۱-۲ - خصوصیات اجاره به شرط تملیک و تشخیص آن از قراردادهای مشابه

۱-۲-۱ - خصوصیات اجاره به شرط تملیک

۱-۲-۱-۱-لازم بودن

طبق ماده ۲۱۹ قانون مدنی "عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاقدین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ گردد" می‌توان اصل کلی لزوم قراردادها را استنباط کرد مگر اینکه در مواردی به دلیل تصریح قانون جایز محسوب شود و قرارداد اجاره به شرط تملیک از این اصل مستثنی نیست پس بعد از انعقاد لازم‌الاتباع است مگر اینکه با توافقات بعدی انحلال یابد و یا آن را اقاله نمایند و یا به دلایل قانونی فسخ گردد. البته لزوم اجاره به شرط تملیک را از ماهیت عقد نیز می‌توان استنباط کرد زیرا این عقد ترکیبی است از بیع و اجاره که هر دو لازم هستند و از پیوند آن‌ها هیچ‌گاه قراردادی جایز حاصل نمی‌شود البته لزوم این قرارداد از نوع حکمی یا امری نیست بلکه طرفین می‌توانند با قید خیار شرط آن را تبدیل به عقد جایز نمایند. (لنگرودی،۱۳۷۱:۶۴)

درکامن لا

نوع مشابه این عقد در حقوق انگلیس شبیه به عقد جایز است، مستأجر در تمامی طول مدت عقد می‌تواند آن‌را به طور یک‌جانبه بدون ذکر دلیل فسخ نماید در توجیه آن نیز گفته شده چون معمولاً قراردادهای اجاره به شرط تملیک با بانک‌ها (یا موسسات اعتباری غیر بانکی) منعقد می‌گردد و از نوع عقود الحاقی به شمار می‌رود و برای حمایت از مستأجر و گریز او از شرایط غیرعادلانه احتمالی عقد باید به او حق فسخ قرارداد اعطاء شود ولی طرف مقابل ملزم به عقد می‌باشد. (دیاموند،۱۹۷۱:۳۹)

۱- برای توضیح بیشتر رجوع کنید به قسمت ۲-۲-۱-۴

۱-۲-۱-۲ - معوض بودن

عقود معوض بر حسب تعریف عبارت از عقودی هستند که بنا به ماهیت خود دارای دو مورد می‌باشند و هر یک از دو طرف در برابر مالی که می‌دهند یا دینی که به عهده دارند مال یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کنند. (امامی، ۱۳۶۸: ۱۹۴)

اجاره به شرط تملیک نیز بنا به تعریف در زمره این گروه از قراردادها قرار می‌گیرد چون در یک سو مالک به موجب قرارداد منافع مورد معامله را به مستأجر تملیک نموده، در سوی دیگر مستأجر است که در برابر تملک منافع یا در نهایت عین، ملتزم به پرداخت اجاره‌بها یا ثمن می‌شود.

طبق ماده ۱ دستور العمل اجرایی اجاره به شرط تملیک «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره ای است که در آن شرط شود مستأجر در پایان مدت اجاره در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد مالک عین مستأجره می‌گردد در ماده ۹ آن قید شده میزان مال‌الاجاره درمورد اموال خریداری شده و یا واحدهای مسکونی موضوع ماده ۴ که به اجاره به شرط تملیک واگذار می‌شود باتوجه به قیمت تمام شده و سود بانک تعیین می‌شود نشان می‌دهد که اجاره به شرط تملیک عقدی است معوض. از معوض بودن بیع و پیوستگی دو عوض در آن نتایج مهمی به بار می آید که از جمله آنهاست:

۱) در صورتی که تملیک یکی از دو عوض بعلتی باطل باشد تعهد به عوض مقابل آن نیز خود به خود از بین می‌رود. (شهیدی، ۱۳۷۳:۹) و چنانچه از عین استیفاء منفعت کرده باشد بایستی اجرت‌المثل آن را به مالک بپردازد و برای آن‌چه به فضول داده است به او مراجعه کند (امیری قائم مقام،۱۳۵۶:۳۱۶)

۲) یکی دیگر از آثار همبستگی عوضین ایجاد حق حبس برای طرفین است. هریک از طرفین می‌توانند ایفای تعهد خود را منوط به انجام تعهد دیگری نمایند (شهیدی،۱۳۸۳:۹)

۳) اگر عین مستأجره پیش از تسلیم به مستأجر بدون تقصیر موجر در دست او تلف شود عقد منحل می‌شود و دیگر مستأجر تعهد به پرداخت مال‌الاجاره ندارد و اگر آن‌را پرداخته است می‌تواند پس بگیرد (شهیدی:۱۳۸۳:۸) .

۴) در مواردی که بین مورد اجاره و مال‌الاجاره عدم تعادل فاحشی وجود دارد، طرفی که مغبون شده است می‌تواند معامله را به هم بزند (کاتوزیان،۱۳۸۳:۳۶)

درکامن لا

در حقوق انگلیس عقد اجاره به شرط تملیک از عقود ساده محسوب می‌شود و در نتیجه عوض از شرایط اصلی این عقد است در نتیجه این عقد، عقدی معوض است. (بتسن، ۸۸:۱۹۹۸)

۱-۲-۱-۳ - تملیکی بودن

عقود تملیکی آن دسته از عقود هستند که اثر مستقیم آنها انتقال مالکیت و یا حق عینی جزئی‌تر است، مانند بیع و اجاره و در برابر عقود عهدی قرار می‌گیرند که بر حسب تعریف عبارتند از عقودی که سبب ایجاد و انتقال و سقوط تعهد به شمار می‌روند (کاتوزیان، ۱۳۸۴:۳۴)

برای پاسخ دادن به اینکه آیا اجاره به شرط تملیک عقدی تملیکی است یا عهدی باید به تحلیل اثر عقد پرداخت. اجاره به شرط تملیک عمل حقوقی است که دو اثر به بار می‌آورد:

۱) تملیک موقت منافع مورد معامله به مستأجر

۲) تملیک مورد اجاره به مستأجر به صورت تعهد بر انتقال مبیع و یا بصورت نتیجه خارجی پس از انقضای مدت اجاره

به اعتبار اثر اولیه که تملیک منافع و عقد اجاره است عقد تملیکی است.

در مورد اثر دوم باید گفت که به اعتبار نوع شرط تملیک متفاوت است که گاه ممکن است بصورت تعهد به بیع باشد و گاه به صورت شرط نتیجه‌که در صورت نخست به اعتبار اثر آن که تملیک عین با انتقال مبیع است و طرفین بر انجام آن تعهد کرده‌اند عقدی عهدی به شمار می‌رود مثل قولنامه و اما در صورت دوم (شرط نتیجه) عقد کاملاً تملیکی است اثر نهایی تملیک عین است که به صورت شرط نتیجه معلق پیش بینی شده است (وفادار، ۳۶۰:۱۳۸۷)

البته در پاره‌ای موارد اجاره به شرط تملیک جز به طریق عهدی قابل تحقق نیست مثلاً در جائی‌که مورد انتقال (خواه منفعت یا عین مال) کلی فی‌الذمه باشد مثلاً هرگاه یک اتومبیل سواری را به طور کلی بر اساس اجاره به شرط تملیک اجاره دهند پس از عقد ذی‌نفع مالک منفعت هیچ اتومبیلی نمی‌شود و بر هیچ یک از ماشین‌های موجر حق عینی نمی‌یابد تنها اثری که عقد دارد این است که موجر مدیون مستأجر می‌شود تا اتومبیل سواری را به

انتخاب خود و برای مدت معین در اختیار مستأجر قرار دهد و فقط بعد از این انتخاب و مشخص شدن است که حق مستأجر بر منفعت عین تحقق می‌یابد.

در کامن لا

در حقوق انگلیس با توجه به اینکه اگر پس از انعقاد عقد موجر از تسلیم کالا خودداری نماید یا مستأجر از تحویل گرفتن کالا خودداری نماید فقط ملزم به پرداخت خسارت می‌شوند و الزام به انجام عین تعهد معنی ندارد و در نتیجه چنان‌که موجر کالا را تحویل ندهد فقط باید به مستأجر خسارت بپردازد یا بالعکس مشخص می‌شود که عقد عهدی است نه تملیکی. (چیتی، ۶۴۳:۲۰۰۰-۶۴۲) زیرا اجبار به انجام عین تعهد در کامن‌لا پذیرفته نشده است و فقط بر اساس قواعد انصاف و در مواردی که حکم به پرداخت خسارت نتواند به نحو کامل زیان‌های خواهان را جبران کند قابل دستیابی است. (بیل، ۱۹۸۰: ۱۸)

1-۲-۱-٤ - معین بودن

یکی از تقسیم‌بندی‌های عقود تفکیک عقود معین و غیرمعین است این تقسیم‌بندی به اعتبار تعیین مفاد و شرایط و آثار قرارداد در قانون صورت پذیرفته است. عقد معین عقدی است که در قوانین احکام و آثار آن ذکر شده است این‌گونه عقود اقسامی دارند که یک نوع آن عقود معین سنتی است که از دیر باز در جامعه بوده و مقررات آنها هم در فقه و هم در حقوق مدرن وجود دارد اما نوع دیگر آن عقودی هستند که بر حسب نیازها و مقتضیات زمانی توسط قانونگذار ایجاد شده‌اند و در قانون ما جایگاه ویژه‌ای دارند مثل بیمه و قرارداد ارفاقی میان تاجر ورشکسته و بستانکاران. آثار و شرایط اجاره به شرط تملیک بطور اجمال در قانون نحوه عملیات بانکی بدون ربا نام برده شده است بنابراین عقد اجاره به شرط تملیک در زمره عقود معین قرار دارد که بنا به نیازهای جامعه تأسیس شده است.

درکامن لا

با توجه به اینکه نظام حقوقی کامن‌لا اصولاً حقوق نوشته نیست و قانون جزء منابع اولیه آن محسوب نمی‌شود بدلیل سوءاستفاده مالی فراوانی که بازرگانان شرکت‌های مالی از قرارداد اجاره به شرط تملیک داشتند و آن را غیرمنصفانه به سود خویش منعقد می‌کردند قانونگذار انگلیس تصمیم گرفت برای حمایت از طرف ضعیف این قرارداد احکام آن را قانونمند سازد

از ایـن‌رو ابتـدا در سـال ۱۹۳۸ سـپس در سـال‌هـای ۱۹۵۴،۱۹۶۴،۱۹۶۵و بـالاخره ۱۹۷۴ قوانینی را تصویب نمود. (بوری،۱۹۸۸:۱۵۲)

یکی از نویسندگان در کتاب خود حقوق بازرگانی در تعریف عقـد اجـاره بـه شـرط تملیـک بدون اینکه نامی از اجاره یا بیع ببرد می‌نویسد که قرارداد اجاره به شرط تملیـک قـراردادی است که به موجب آن کالا برای مدت معین به طرف دیگر قرارداد داده مـی‌شـود و مالکیـت کالا در صورت اعمال اختیار خرید یا تحقق عملی خاص یا حـدوث رویـدادی معـین منتقـل می‌گردد این تعریف علاوه بر اینکه مفاهیم اجاره و بیع را از ذهن دور می‌سازد شـاید بتوانـد ما را به این رهنمون سازد که اجاره به شرط تملیک عقدی معین است.[1](لو،۱۹۸۳: ۲۰۶)

۱-۲-۱-۵ - مدت دار بودن

اجاره به شرط تملیک به اعتبار آنکه با اجاره شروع شـده و بـه تملیـک مـی‌انجامـد بایـد در مدتی معین و معلوم استمرار یابد بدین معنا که ذکر مدت عقد از شـرایط صـحت آن اسـت، مالک و مستأجر باید بدانند که پرداخت اقساط (عوض معامله) در چه مدتی انجام می‌پذیرد، مالکیت منافع مستأجر تا چه هنگام ادامه می‌یابد و مالکیت عین چه زمانی به آن می‌پیوندد. اجاره به شرط تملیک که در آن مدت مجهول باشد باطل است زیرا عـدم ذکـر مـدت باعـث جهل به عوض قرارداد می‌گردد چرا که مدت پرداخت عوض به علـت نوسـان ارزش پـول در بهای آن موثر است بنابراین مدت یکی از ارکان این عقد به حساب می‌آیـد و بوسـیله مـدت است که منفعت مورد عقد معلوم و معین خواهد شد. (شهیدی، ۵۸:۱۳۸۳)

مدت عقد اجاره ممکن است از زمان تشکیل معامله باشد یا آن‌کـه بـا آن فاصـله پیـدا کنـد لزوم ذکر مدت در قرارداد اجاره به شرط تملیک را می توان از ماده ۴۶۸ ق. م.[2] در اجـاره و تبصره ماده ۶۱[3] آئین‌نامه اعطای تسهیلات بانکی و ماده ۸[4] دستورالعمل اجرائی شورای پول و اعتبار دریافت.[5]

۱- در حقوق فرانسه عقد اجاره- فروش به عنوان یک عقد معین بررسی شده است.(مالاوری-آینس-گوتیر، ۲۰۰۳: ۳۸۴)

۲- ماده ۴۶۸ ق م مقرر می‌دارد «در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین باشد و الا اجاره باطل است»

۳- تبصره ماده ۶۱ آئین نامه تسهیلات بانکی مقرر می‌دارد معاملات اجاره به شرط تملیک اموالی که طول عمر مفید آنها کمتر از دو سال باشد برای بانک‌ها ممنوع است (حداقل) و مدت اجاره به شرط تملیک نباید از طول عمر مفید اموال تجاوز نماید (حداکثر)

۴ - طبق ماده ۸ دستورالعمل اجرایی مدت اجاره به شرط تملیک نباید از طول عمر مفید اموال موضوع ماده ۳ تجاوز نماید مبدأ محاسبه طول عمر مفید تاریخ شروع بهره‌برداری به تشخیص بانک خواهد بود.

۵ - طبق ماده ۷ قانون اجاره به شرط تملیک ترکیه حداقل مدت قرارداد ۴ سال می‌باشد.(فدوی، ۱۳۸۷: ۱۳۳)

درکامن لا

در حقوق کامن‌لا حداقل و حداکثری مشخص نشده است لکن باید مدت عقد معین باشد و با توجه به مواد ۹۸ و ۷۶ قانون اعتبار مصرف کننده ۱۹۷۴ این مطلب فهمیده می‌شود. (دابسن،۱۹۹۱:۴۰۱)

۱-۲-۱-٦ - رضائی بودن

عقد رضائی عبارت از عقدی است که به صرف اراده طرفین تشکیل شود و نیازی به تشریفات دیگر نداشته باشد مثل اموال منقول. گروهی معتقدند که عقد اجاره به شرط تملیک عقدی عینی (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۹۳) و یا تشریفاتی (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۰) است.

عینی بودن آن یعنی قبل از تسلیم مال مورد اجاره به مستأجر نه تنها تملیک واقع نمی‌شود بلکه هیچ الزامی نیز برای طرفین بوجود نمی‌آورد ولی اگر این نظریه پذیرفته شود که پیش از تسلیم موضوع آن عقد التزامی به بار نمی‌آورد اثر اعتبارهای تجاری از بین می‌رود و روابط بازرگانی مختل می‌شود حال آن‌که از مرور تمام قواعد مربوط به قراردادها نتیجه می‌شود که اصل رضائی بودن قراردادها است مگر این‌که خلاف آن تصریح گردد ولی نه ماده‌ای در قانون مدنی و نه قیدی در تصویب‌نامه شورای پول و اعتبار در این خصوص که تسلیم مورد اجاره از شرایط تحقق عقد است دیده نمی‌شود اما تشریفاتی بودن آن به این معنا است که تمام مراحل ثبتی باید طی شود پس اگر عقد تشریفاتی باشد گذراندن آن مرحله از لوازم عقد است پس تا زمانی که تشریفات طی نشود از نظر قانون ثبت عقد آثار خود را نیز نخواهد داشت و یا از نظر مراجع صلاحیت‌دار تشکیل شده محسوب نشده و دعوی راجع به آن نیز مسموع نخواهد بود ولی اگر عقد رضایی باشد به صورت ایجاب و قبول آثار آن تحقق می‌یابد در قانون ما این امر که در قرارداد اجاره به شرط تملیک در زمانی که طرفین نحوه انتقال مالکیت عین را به صورت شرط نتیجه در نظر گیرند تعیین‌کننده این امر است که آیا اجاره به شرط تملیک عقد رضایی است یا تشریفاتی مثلاً چنانچه ثبت جزء لوازم عقد باشد پس از پرداخت آخرین قسط و تحقق مابقی شروط از ناحیه مستأجر موجر می‌تواند مورد اجاره را مطالبه و تصرف نماید چون هنوز تملکی صورت نگرفته است و نهایتاً خسارت آن را به مستأجر بپردازد و اگر تشریفات ثبت از ارکان عقد نباشد به محض پرداخت آخرین قسط و تحقق مابقی شروط مستأجر مالک عین می‌گردد و موجر نمی‌تواند خود را مالک عین و

منافع بداند یعنی پس از تحقق شرط مالکیت بطور کامل منتقل می‌شود و چیزی باقی نمی‌ماند که موجر بخواهد آن را مسترد نماید (وفادار،۱۳۸۷:۳۶۱ -۳۶۲)

پاسخ به اینکه آیا اجاره به شرط تملیک جزء عقود تشریفاتی است یا رضایی در تفسیر ماده ۱۷دستورالعمل اجرایی اجاره به شرط تملیک نمایان می‌گردد طبق این ماده معاملاتی که بر طبق قوانین و مقررات موضوعه باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شود کماکان طبق تشریفات مربوطه انجام خواهد شد. در این ماده جمله "معاملاتی که باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شود" نشانگر این است که شورای پول و اعتبار براین پندار بوده که قرارداد اجاره به شرط تملیک زمانی که مورد آن مال غیرمنقول است، عقدی تشریفاتی است و تا قبل از زمان ثبت هیچ‌گونه مالکیتی منتقل نمی‌شود، اما توجه دقیق به اصول حاکم بر قراردادها از جمله حاکمیت اراده (مواد۱۹۱ و ۳۳۹ ق م) و اصل صحت نشان می‌دهد که تا زمانی که قانونگذار با یک نص صریح قانونی معامله‌ای را بی‌اعتبار نشناخته نبایستی بی‌جهت بر دامنه معاملات باطل افزود بلکه بایستی برای انعقاد معامله ارکان اساسی آن از جمله ایجاب و قبول را کافی دانست و تا آن‌جا که ممکن است قرارداد را بگونه‌ای تفسیر نمود که به صحت آن منتهی شود (موسوی شهری،۱۳۷۳:۶۰)

برخِی در این خصوص گفته‌اند: در هیچ‌یک از مقررات مربوطه بطلان و بی‌اعتباری فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی اعلام نشده است. ماده ۴۸ قانون ثبت هرگز دلالت بر بطلان معامله مال غیرمنقول ندارد و منحصراً سند ثبت نشده‌ای را که باید به ثبت برسد، غیرقابل پذیرش در ادارات و محاکم اعلام کرده است. بنابراین آنچه مورد توجه و نظر قانونگذار قرار گرفته است سند معامله است نه خود معامله و نسبت به وضعیت مسند یعنی خود معامله حکمی مقرر نکرده است و بسنده کردن قانونگذار به اعلام غیرقابل قبول بودن سند در ادارات و محاکم و اعراض از به کاربردن اصطلاح حقوقی بطلان با اینکه در مقام بیان آثار ثبت نشده سند مزبور بوده است قرینه‌ای قوی بر صحت قرارداد مربوط به عین مال غیرمنقول می‌باشد در اصطلاح حقوقی در زمینه تحلیلی نمی‌توان غیرقابل قبول بودن سند معامله را مترادف با بطلان آن معامله دانست. اگر منظور قانونگذار باطل معرفی کردن بیع مال غیرمنقول می‌بود باید همین اصطلاح روشن باطل را نسبت به معامله مذکور بکار می‌برد که اعراض از این اصطلاح بوسیله قانونگذار با فرض باطل بودن عقد قابل توجیه نمی‌باشد بنابراین طرفین می‌توانند سند عادی را به دادگاه ارائه کنند لکن بایستی انشای