

عقود معین غیر قابل اقاله در شرع و حقوق ایران

مجله علمی رویکردهای پژوهشی در علوم اجتماعی (سال دوم)
شماره ۶، جلد اول، تابستان ۱۳۹۵، ص ۳۰۰-۳۰۷

زهرا عمادی^۱، علی مزادعی^۲

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرودشت،
مرودشت، ایران

^۲ عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرودشت، مرودشت، ایران

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

زهرا عمادی

maqale94@gmail.com

چکیده

اقاله، یک عمل حقوقی است که با تراضی متعاقدين صورت می پذیرد و موجب انحلال عقد سابق می شود. اقاله مختص عقود لازم است. هر عقدی اقاله پذیر نیست. بطور کلی اقاله در عقود جایز، همچنین عقودی که با تمایل و درخواست یکی از طرفین قابل فسخ است، همچون نکاح و وقف جاری نیست. از آنجا که نکاح، ماهیتی عبادی دارد، لذا، قواعد عمومی قراردادها در باب نکاح، در حدود جواز شرعی اجرا می شود. ماهیت وقف، نگاه داشتن عین موقوفه، و آزاد گذاردن منافع آن می باشد. لذا، شرط خیار فسخ، در آن راه ندارد؛ در نتیجه، اقاله نیز در آن جاری نخواهد بود.

کلید واژه: اقاله، مستثنیات اقاله، عقود معین، نکاح، وقف.

مقدمه

اقاله از جمله اعمال حقوق است که همانند سایر اعمال با تراضی طرفین بر عقود مترب می شود. به رغم دقت و فراستی که افراد در برقراری روابط مالی و حقوق در هنگام انعقاد معامله به کار می گیرند، گاهی نیز بنا به علی، از انجام معامله پشیمان شده و تمایلی به ادامه قرارداد ندارند. این در حالی است که اصل اولیه و قاعده در عقد، لزوم و وفای به آن است و جز در صورت وجود موجبات قانونی یا رضایت طرفین، امکان اتحلال آن، وجود ندارد.

علی رغم اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، گاه انجام اقاله با مانعی روپرتو می شود که از آن به استثنایات اقاله یاد می شود. در امکان اقاله در برخی عقود، تردید هایی وجود دارد و صاحب نظران در این مورد اتفاق نظر ندارند. در مقابل در خصوص عدم امکان اقاله در برخی عقود متفق القولند.

سید حسن امامی، معتقد است اقاله در تمامی عقود لازم ممکن است یافته شود مگر نکاح که از امور غیر مالی است و وقف که جنبه اجتماعی دارد.^[۱]

کاتوزیان، نیز به این مطلب اشاره دارد که؛ هرچند اقاله ویژه قرارداد است، اما تابع قواعد عمومی سایر قراردادها نیست و طبیعت آن ایجاب می کند که در پاره از امور از جمله عقد ضمان، نکاح و وقف ایجاد نشود.^[۲]

به هر حال با توجه به سوابق مختصراً که گفته شد به نظر می رسد بررسی موارد غیر قابل اقاله در نظام حقوقی ایران کمتر در آثار نویسندگان مورد توجه بوده است.

در این مقاله، سعی شده است، علت عدم جریان اقاله در دو عقد نکاح و وقف بررسی شود.

عدم جریان اقاله در عقد نکاح

نکاح از جمله عقودی است که اقاله در آن جاری نخواهد بود با توجه به اجماع و نصوص رسیده نکاح قابل اقاله نیست. شارع نکاح را صرفاً یک رابطه خصوصی بین دونفر نمی داند بلکه یک پدیده اجتماعی است که مصلحت جامعه بر بقا و دوام نسبی آن استوار است و این واسطه به نظم عمومی است.^[۳]

مشهور فقهاء، نکاح اصطلاحی را به همان معنای ظاهری آن یعنی عقد، معنا می کنند. از آنجا که بدایت نکاح روشن است، تعریفی از این نهاد حقوقی در قانون مدنی نشده است. اما حقوقدانان تعاریف متعددی از نکاح ارائه داده اند.

گروهی به تأسی از فقه و تعاریف ارائه شده از سوی فقهاء، نکاح را رابطه ای می دانند بین زن و مرد برای تشکیل خانواده و می گویند؛ نکاح رابطه ای حقوقی است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می شود و می توانند از یکدیگر تmutج جنسی ببرند. و نکاح را وضعیت حقوقی خاصی می دانند که بین زوجین رابطه زوجیت ایجاد می کند.^[۴]

عده ای می گویند: «نکاح رابطه ای است حقوقی و عاطفی که به وسیله عقد، بین زن و مرد حاصل می شود و به آنها حق می دهند که با یکدیگر زندگی کنند. و مظهر بارز این رابطه، حق تmutج جنسی است.»^[۵]

برخی نیز، نکاح را «تواافق زن و مرد برای تmutج جنسی» می داند.^[۶]

قانون مدنی ایران نکاح را تعریف نکرده، اما در ماده «۱۰۶۲»، به لزوم ایجاب و قبول در آن تصریح شده است. همچنین در مواد مختلفی از جمله، ماده «۱۰۵۰» و ماده «۱۰۵۱»، آن را عقد نامیده و ماهیتی قراردادی برای آن بیان کرده است، و احکام اختصاصی عقود از جمله توالی عرفی ایجاب و قبول، سلامت رضا... را در مورد نکاح نیز مطرح کرده، و در عین حال بدون روشن کردن موضوع، صرفاً با توجه به ماهیت نکاح، به عدم تسری تمامی احکام عقود، بر عقد نکاح نیز تأکید کرده است.

در واقع قانون مدنی، به نکاح به عنوان یک عقد محض ننگریسته است. هرچند در مادتین «۱۱۰۳» و «۱۱۰۴» به تکلیف بر حسن معاشرت زوجین و معاشرت زوجین در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد، تأکید کرده اما بیان صریحی از حقیقت و ماهیت نکاح ارائه نداده است. آنچه که روشن است، اصولاً آثار این قرارداد را به دست طرفین آن نسپرده است. و این امر مهم، با پیش بینی قواعد آمرانه ای که روز به روز بر دامنه آن افزوده می شود، «موقعیت قانونی» خاصی را ایجاد کرده که طرفین فقط می توانند خود را در چارچوب قانونی آن قرار دهند. و حق ندارند نظم قانونی که از قبل در باره نکاح، پیش بینی شده را بر هم بزنند.^[۷] و با ذکر قیودی چون رابطه حقوقی - عاطفی، و یا تعابیری همچون، «پیوند اخلاقی مذهبی» و یا «پیمانی مقدس» به نوعی خواسته به جنبه های فرا عقدی آن نیز اشاره کند.

در فقه، هرچند در ظاهر، نکاح به عنوان یک قرارداد معرفی شده لیکن ماهیتی عبادی دارد. که در صورت توجه می‌تواند بعد ظاهری آن را نیز عبادی نماید.

«علامه حلی، صریحاً نکاح را عبادت معرفی می‌کند». [۸]

محقق کرکی، نکاح را نه تنها از مقدمات عبادت، بلکه فی نفسه عبادت می‌شمارد. [۹]

شهید ثانی نکاح را «شائبه عبادت» می‌داند. [۱۰]

عاملی از واژه «مشاکل با عبادت» در باره نکاح استفاده کرده است [۱۱]

مکارم شیرازی، معتقد است؛ منظور از اینکه نکاح عبادت معرفی شده: «بیان توقیفی بودن این قرارداد در شریعت اسلام است، به این معنا که تصرفات شارع در آن به اندازه‌ای است که گویی ماهیت جدیدی را برای آن جعل کرده است که جز با مراجعة به خود شارع نمیتوان احکام و آثار آن را دریافت. و مراجعة به عرف عقلا در این باره ولو با انضمام عدم رد شارع باشد، راهگشا نبوده و در هر مورد تنها باید به خود شارع مراجعة کرد. چنانکه در مورد عبادات نیز عیناً همین وضعیت وجود دارد». [۱۲]

نتایجی که از این دیدگاه، استنباط می‌شود قابل تأمل است:

اول اینکه؛ قواعد عمومی قراردادها در باب نکاح، در حدود جواز شرعی قابل اجراست.

دوم آنکه؛ هرجا احکام آمرانه شرعی ولو در قراردادهای مالی، غلبه داشته باشد، همانند نکاح، عنوان عبادت داده شده است.

از نظر سید یزدی، استحباب عمل، ملازمه با عبادی بودن آن عمل ندارد. ولی ترتیب ثواب و عبادی شدن عمل، متوقف بر قصد قربت است. نکاح می‌تواند مستحب باشد ولی با قصد قربت است که عبادت تلقی و بر انجام آن ثواب مترتب می‌گردد. [۱۳]

با اجماع نظر فقهاء، نکاح عبادت است. و چون عبادت است خیار در اصل نکاح راه ندارد. و مطابق با نظر مشهور فقهاء امامیه، شرط خیار باطل و مبطل عقد است.

هرچند نکاح عقد است و باید شرایط اساسی سایر عقود را دارا باشد. ولی آثار آن را قانون معین می‌کند و در این زمینه حاکمیت اراده نقش مهمی ندارد. با توجه به ماهیت فرا قراردادی نکاح، گفتیم که؛ قواعد عمومی قراردادها را در باب نکاح، در حدود جواز شرعی می‌توان اجرا کرد.

به نظر می‌رسد مشهور فقهاء با توجه به اصل لزوم در عقد و وضعیت خاص نکاح که آن را از دیگر عقود متمایز می‌کند، معتقدند که حتی الامکان باید ثبات و دوام آن حفظ گردد و فسخ و برهم زدن نکاح را موكول به وجود نص و مستند نقلی حاکی از تجویز شارع می‌دانند و جایگاهی برای توجیهات عقلی و منطقی و ملاحظات اجتماعی و انسانی و استدللات مبتنی بر مصلحت و قیاس و استحسان در آن قابل نیستند و لذا برای قائل شدن حق فسخ نکاح برای مرد یا زن در جستجوی وجود نص روایی هستند و در استفاده از روایات نیز به جای توجه به حکمت و مصالح آن، بر دلالت لفظی روایات، تأکید دارند.

لذا قواعد عمومی معاملات را تا جایی می‌توان در نکاح اعمال کرد که با طبیعت ویژه آن سازگار باشد.

از اینرو، ماهیت نکاح سبب شده است که شارع برای انحلال آن به اسباب خاصی تمسک جوید. لیکن قانونگذار به خاطر حفظ حقوق فردی و تامین سلامت اراده‌ی دو همسر، نکاح را در مورد برخی از عیوب، تدلیس و تخلف از شرط صفت قابل فسخ اعلام کرده است. در شرایط اساسی نکاح آمده که اشتباه در شخصیت طرف هنگامی در عقد موثر است که مادی باشد؛ یعنی شخص با کسی نکاح کند که مقصود او نبوده است ولی اشتباه در اوصاف همسر هر چند که محرك اصلی عقد باشد در نفوذ آن اثر ندارد. قانون مدنی اشتباه در اوصاف طرف عقد را از عیوب اراده نشمرده ولی نسبت به آن نیز بی‌اعتبا نمانده است زیرا کسی که از این راه ضرر می‌بیند حق دارد نکاح را بر هم زند. [۱۴]

انحلال نکاح به دو صورت واقع می‌شود؛

انحلال غیرارادی یا قهری؛ زوجین اراده‌ی انحلال نکاح را ندارند لیکن اقدامی توسط یکی از زوجین یا شخص ثالث انجام می‌شود که نتیجه‌ی آن انحلال نکاح است.

موارد انحلال غیرارادی یا قهری نکاح عبارتست از: ارتداد، لعان، رضاع طاری، تغییر جنسیت.

انحلال ارادی؛ یعنی ازدواج با اراده‌ی زوجین یا یکی از آنها منحل می‌شود. انحلال ارادی نیز خود به سه صورت است: فسخ، طلاق، بذل مدت.

بنابراین راه‌های انحلال نکاح، به دلیل ماهیت خاص آن احصا شده است و فتوای مشهور فقهاء این است که در نکاح، اقاله جریان ندارد. اجماع نیز بر این مطلب قائم است. اگر چه قول ضعیفی را به بعضی نسبت داده‌اند که برخی قایل به جریان اقاله در نکاح، هستند. اما محقق خوئی(ره) می‌فرماید: «ما قائل این قول را پیدا نکردیم» [۱۵]

حال سؤال این است که؛ با قطع نظر از اجماع، آیا دلیل دیگری هم بر عدم جریان اقاله در نکاح، وجود دارد یا خیر؟

برخی گفته‌اند که چون در نکاح خیار جریان ندارد، پس اقاله هم جریان ندارد. و می‌توان این قاعده را مبنا قرار داد که: «کل عقد یجری فیه الخیار، تجری فیه الا قالة»؛
هر عقدی که خیار در آن جریان پیدا کند اقاله نیز در آن جریان دارد، در نکاح، نیز ادعای اجماع شده مبنی بر اینکه خیار در آن جریان ندارد. [۱۶]

حقوق خوئی، دو دلیل اقامه کرده‌اند، یک دلیل هم از کلمات محقق ثانی (ره) در جامع المقاصد استفاده می‌شود.
اصل کلام محقق ثانی، در جامع المقاصد، ج ۱۲، این است که نکاح، حقیقت یک عقد معاوضی را ندارد. و مسأله‌ی وجود خیار، در عقود معاوضی است. [۱۷]

روايات فراوانی داریم که از آن روایات، استحباب نفس نکاح استفاده می‌شود. حال که نکاح، مستحب است پس نکاح یک نوع عبادت است. بنابر این حقیقتاً ماهیت عقد معاوضی را ندارد که بتوان در آن خیار قرار داد. به عبارت دیگر: در آنچه برای خداست، رجوع و خیار معنا ندارد. پس، در امور عبادی، خیار جریان ندارد.

مهریه در نکاح شرطیت و رکنیت ندارد و اگر هم در عقد، مهر، تعیین شده باشد، نمی‌توان گفت مهریه عوض از بُضع است. اگر مهریه عوض از بُضع باشد، در جایی که مهریه وجود ندارد، به تبع آن عقد نیز نباید صحیح باشد. در حالیکه اینگونه نیست و عقد بدون تعیین مهر نیز صحیح می‌باشد. پس نکاح چون عنوان عبادت را دارد، لذا خیار در آن جریان ندارد. [۱۸]

اما محقق خوئی دو دلیل دیگر، ارائه نموده است. بموجب دلیل اول، جعل خیار در جایی است که لزوم یک معامله، لزوم حقی باشد. لیکن اگر لزوم حکمی بود، جعل خیار معنا نخواهد داشت و لزومی که در نکاح، وجود دارد لزوم حکمی است. [۱۹]

قابل ذکر است که همانطور که زمام جواز حکمی، دست احدي از طرفين عقد نیست، لیکن زمام جواز حقی دست آن کسی است که این حق را دارد. به طريق اولی، لزوم حقی و لزوم حکمی نیز خواهیم داشت. اعتقاد شارع بر این است که لزوم، در باب نکاح، لزوم حکمی است، یعنی نکاح، به هیچ وجه بهم نمی‌خورد مگر با وجود شرایط و اسباب خاص آن. [۲۰]

هر جا لزوم، لزوم حقی باشد، خیار نیز در آن جریان دارد. و هر جا خیار جریان داشته باشد، اقاله نیز جریان خواهد داشت. خیار جایی جریان دارد که لزوم، لزوم حقی باشد، زیرا حکم را جز به تجویز شارع، نمی‌توان تغییر داد. فلذا چون لزوم نکاح، لزوم حکمی است، پس خیار در آن جریان نخواهد داشت. و مطابق آنچه گفته شد، وقتی خیار در عقدی جریان نداشته باشد، اقاله نیز جاری نیست. از عبارت مرحوم بجنوردی (ره) استفاده می‌که، هر جا لزوم، لزوم حقی باشد، اقاله نیز جریان دارد. [۲۱]

نتیجه اینکه در شرع، امکان اقاله در نکاح نیست، زیرا شارع برای انحلال نکاح، به سبب ماهیت آن، شرایط خاصی را مدت نظر قرار داده است که جز با حصول آن شرایط انحلال محقق نخواهد شد. «لا طلاق الا بهدا التحو». برای انحلال نکاح حتی لفظی که بکار برده می‌شود نیز باید معین باشد و هر لفظی برای انحلال، کفایت نمی‌کند.

عدم جریان اقاله در عقد وقف

وقف یکی از برترین و پردوام ترین مظاہر احسان و نیکوکاری به مردم و خدمت به هم نوعان و کمک به مصالح جامعه و تنظیم امور فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی است. وقف که در آن، اصل مال یا ملک باقی می‌ماند و منافع و عواید آن در امور عام المنفعه مصرف می‌شود. کار نیکی است که در ساماندهی زندگی فردی و اجتماعی نقش فراوانی دارد. در کتب فقه اسلامی وقف چنین تعریف شده است: حبس عین ملک و به مصرف رساندن منافع آن موافق نظر واقف البته لازمه این عمل آن است که ملکی که به تصرف وقف درآید فروخته و گرو گذارده نشود و در معرض نقل و انتقال مالکانه قرار نگیرد.

وقف در لغت به معنای ایستاندن، ماندن و آرام گرفتن است. [۲۲]

اگر در موقع انجام این عمل خیر مدت زمانی برای ملک موقوفه معین نشود از آن تعبیر به وقف می‌شود چون در حقیقت اختیارات و کارهای مالکانه درباره اینگونه ملک متوقف می‌گردد. [۲۳]

قانون مدنی ایران که از فقه مذهب شیعه امامیه اقتباس و در اغلب مسائل و مباحث حقوقی آن از اقوال و نظریات مشهور فقهاء پیروی شده است، در ماده «۵۵» وقف را بدین گونه تعریف کرده است؛ «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود».

مقصود از حبس آن است که مالک آن را از ملکیت خود برای همیشه خارج کند و منافع آن را به مصارف خیریه و امور بریه که مایه خشنودی خداست و یا به فرزندان و طبقه خاصی از اجتماع اختصاص دهد و پس از عقد وقف دیگر در آن هیچگونه تصرفات مالکانه نکند و منظور از تسبیل منفعت صرف منافع برای رضای خدا در کارهای خیر اجتماعی می‌باشد. [۲۴]

در موضوع وقف، شرایطی که موجب صحت یا فساد وقف می شود یعنی ایجادکننده حکم وضعی است؛ و نیز شرائطی که احکام تکلیفی در پی دارد به چند دسته تقسیم می شوند. به اتفاق تمام مذاهب، وقف دارای چهار رکن است: صیغه، وقف، عین موقوفه و موقوف علیه.

در شرع و قانون، هر یک از این چهار رکن باید با شرایط شرعی و قانونی خاص اجرا شود تا وقف به صورت صحیح تحقق یابد. تحقق وقف منوط به عین بودن مال موقوفه، قابلیت انتفاع داشتن، مملوک و مقبول آن است. یعنی همه اینها در ماهیت وقف مدخلیت و مشارکت دارند. از سوی دیگر هر نوع کارآمدی از دیدگاه اسلام قابل قبول نیست، بلکه وقفی که مشروط به شرایط خاص باشد صحیح است. هر چیزی را که بتوان با حفظ عین آن، منفعت حلالی برد، وقف کردن آن صحیح است. این شرایط گویای این است که وقف نوعی سرمایه گذاری است. اصل سرمایه باید محفوظ بماند و درآمد آن به مصرف نیازهای مقبول برسد. متأسفانه تلقی اغلب و اکثر مردم این است که وقف، مالی برای تأمین نیازهای خاص است که پس از تأمین نیاز از بین می رود. در حالی که تلقی شارع بر عکس است و می خواهد اصل مال تا ابد بماند و زایل نشود و صرفاً از منافع و ثمره آن بهره مند گردد.

از طریق کلوش در شرایطی که فقهای برای وقف صحیح و مطلوب گفته اند به ماهیت وقف می رسیم. یعنی می باییم و می فهمیم که شریعت اسلام در صدد تحقق ماهیتی بوده که مهم ترین اثرش تأمین نیازها و رفع مشکلات جامعه اسلامی با قید دائمی و همیشگی است؛ از این رو در صدد تأسیس سازمانی بوده که سرمایه ثابت داشته باشد و علاوه بر ثبات سرمایه، منافع و سود دهی هم داشته باشد. این شرایط شانگر ماهیت وقفی است که منظور نظر اسلام و فقهای مسلمان بوده است. [۲۵]

پایان وقف دارای ویژگی هایی است که عقود دیگر از آن بی بهره اند.

پایان وقف با تحقق شرایط ذیل صورت می گیرد؛

۱. انقضای هدف و موضوع وقف

۲. تلف عین موقوفه

۳. انراض موقوف علیه‌هم

اقاله در وقف امکان ندارد. زیرا قبول اقاله در وقف، به معنی اعاده مالکیت واقف بر عین موقوفه است. در حالی که ساختمان حقوقی وقف به گونه‌ای است که صرفاً با اخراج مال از ملکیت واقف - آن هم به طور دائم - تشکیل می شود. از این حیث می توان بر این اعتقاد بود که اقاله مخالف مقتضای وقف است. در بررسی عدم جریان اقاله در وقف باید گفت؛ چون شرط خیار در وقف راه ندارد پس طبق قاعده عام اقاله نیز جاری نخواهد بود.

دلایل مختلفی برای بطلان شرط رجوع در وقف مطرح می کنند که به آهن آن خواهیم پرداخت:

۱- ایقاع بودن وقف : خوانساری، اولین دلیل بطلان شرط رجوع را ایقاع بودن آن می دانند و معتقدند چون برای ایقاعات بقائی نیست در آنها خیار راه ندارد. زیرا خیار به متعلق نیاز دارد و وقف در صورت ایقاع بودن بقا ندارد تا خیار به آن تعلق گیرد. [۲۶]

از جمله فقیهانی که بدین استدلال تمسک جسته اند امام خمینی (ره) است. وی ضمن بیان مفصلی می فرماید: در وقف خیار راه ندارد زیرا ایقاع است و ماهیت وقف محبوس کردن عین و آزاد کردن منفعت است. در این جهت فرقی میان وقف خاص و عام نیست زیرا در هر دو صورت وقف نیاز به قبول ندارد و بر فرض این که بگوییم وقف خاص و یا مطلق وقف نیاز به قبول دارد این قبول سبب نمی گردد که وقف عقد میان واقف و موقوف علیه باشد بلکه این قبول از آن جهت است که تمیلک منفعت بدون قبول به گونه قهری ممکن نیست اگر چه ممکن است بگوییم تمیلک منفعت در وقف همانند تمیلک عین در ارث قهری است. در هر صورت چه بگوییم وقف نیاز به قبول دارد و یا ندارد وقف ایقاع است و بقا ندارد پس خیار شرط در آن راه ندارد بلکه اگر بپذیریم وقف عقد باشد از عقودی که عرفاؤ شرعاً، بقا دارند و در نتیجه خیار در آنها راه دارد، نیست. [۲۷]

ابن‌ادریس، ابوجعفر محمد بن منصور حلی، اول کسی که باب نقد را در مسائل فقهی گشود می گوید:

«یکی از شرائط صحت وقف، آنکه: شرط خیار در آن راه نیاید. بدین معنی که: وقف برای خود، حق فسخ قرار ندهد. و اگر چنین نمود، موجب بطلان وقف می‌گردد. رأی درست، در میان فقهاء امامیه همین است».

از دیدگاه ابن‌ادریس، رأی صحیح، که فقهاء امامیه آن را اختیار نموده‌اند، همان است که شرط خیار، موجب بطلان وقف می‌گردد. [۲۸]

۲- تنافی وقف با تعلیق: ممکن است گفته شود شرط خیار رجوع به وقف، در هنگام نیاز موجب تعلیق وقف است و بی گمان تعليق در عقد سبب بطلان است. صاحب جواهر در مقام بیان ادله بطلان چنین شرطی می نویسد: بلکه شرط برگشت وقف (در صورت نیاز) تعليق عقد است. بنابراین چنین شرطی از آن رو که موجب تعليق می باشد باطل است. [۲۹]

۳- مخالفت با مقتضای عقد: از جمله ادله بطلان شرط خیار، رجوع به وقف هنگام نیاز مخالفت این شرط با مقتضای عقد است. پر واضح است شرط مخالف با مقتضای عقد از نظر عقلا و شارع مقدس باطل است. صاحبان نظریه بطلان شرط خیار استدلال کرده اند که این شرط با مقتضای عقد منافات دارد. بنابراین وقف باطل است چون همراه با شرط فاسد است.

شیخ طوسی شرط خیار فسخ را، با حقیقت وقف در تضاد داشته، و هر گونه شرط که برخلاف مقتضای طبیعت عقد یا ایقاع باشد، را موجب بطلان عقد دانسته است. [۳۰]

بنابراین با توجه به مطالعه گفته شده و همچنین بررسی اقوال دیگر، و روایات مربوطه، درستی نظر ابن‌ادریس به خوبی آشکار می‌گردد. و طبق قاعده‌ای که در مباحث قبل با توجه به تحلیل فقه‌ها استنباط شد، «کل عقد یجری فیه الخیار، تجری فیه الاقالة»، هر عقدی که در آن خیار باشد اقاله نیز جاری است. دارای مفهوم مخالف است. و هر جا که خیار جریان نداشته باشد اقاله نیز جاری نخواهد بود. و با توجه به آنچه گفته شد خیار شرط در وقف راه ندارد پس وقف نیز به مانند نکاح اقاله پذیر نخواهد بود.

شارع می‌فرماید هر جا لزوم، لزوم حقی باشد، خیار نیز جریان دارد. و هر جا خیار جریان نداشته باشد، اقاله نیز جریان دارد. واضح و مبرهن است خیار جایی جریان دارد که لزوم، لزوم حقی باشد، و چون لزوم وقف، به سبب ماهیت خاص آن، لزوم حکمی است، پس خیار جریان ندارد. و هنگامی که خیار جریان نداشته باشد، اقاله نیز جاری نخواهد بود.

منابع و مراجع

۱. امامی، سیدحسن، (۱۳۵۸) حقوق مدنی. جلد ۱، تهران: انتشارات اسلامیه.
۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸) حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین. جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸) دوره مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ص ۵۱۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴. امامی، سید حسن، (۱۳۶۳) حقوق مدنی. جلد ۳، ص ۴، تهران: انتشارات اسلامیه.
۵. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۶۵) بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۲۲، تهران: نشر علوم اسلامی.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۶) حقوق خانواده، ص ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱) حقوق مدنی خانواده. جلد اول، ص ۲۰-۲۱، تهران: شرکت انتشارات.
۸. علامه حلی، (بیتا) تذکره الفقهاء، ص ۵۸۲، قم: موسسه آل البيت.
۹. عاملی کرکی، علی این حسین، (۱۴۱۴) جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۷، ص ۱۱، قم: موسسه آل البيت الاحیاء.
۱۰. عاملی، زین الدین، (۱۴۱۰) الروضه البهیه فی شرح لمعه دمشقیه، ص ۱۲۰، قم: کتابفروشی داوری.
۱۱. عاملی، سید جواد، (۱۴۱۹) مفتاح الكرامة، جلد ۱۲ و ۲۲، ص ۲۱۸، قم: انتشارات اسلامی.
۱۲. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۴) کتاب النکاح. جلد ۱، ص ۲۴-۲۵ و ۷۲، قم: انتشارات مدرسه علی این ابی طالب.
۱۳. دادمرزی، سید مهدی و محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۱) بررسی مقایسه ای ماهیت نکاح در فقه و حقوق موضوعه. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۶(۳)، ص ۹۳.
۱۴. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۹۱)، بررسی اسباب انحلال نکاح، ص ۵. <<http://iranskin.com>>
۱۵. فاضل لنکرانی، آیت الله محمد جواد، (۱۳۸۷) جزوه درسی، جلسه ۷۴.
۱۶. همان.
۱۷. همان.
۱۸. همان.
۱۹. همان.
۲۰. سیستانی، (۱۳۷۸) تقریرات درسی (به زبان فارسی)، درس خارج اصول.
۲۱. فاضل لنکرانی، آیت الله محمد جواد، (۱۳۸۷) جزوه درسی، جلسه ۷۴.
۲۲. عمید، حسن، (۱۳۸۱) فرهنگ عمید، ص ۱۱۰۰، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۲۳. معینی، حمید، (۱۳۹۲) ماهیت حقوقی وقف. وبلاگ حمیدمعینی.
۲۴. همان.
۲۵. همان.
۲۶. فاضل لنکرانی، آیت الله محمد جواد، (۱۳۸۷) جزوه درسی، جلسه ۷۴.

۲۷. موسوی الخمینی، روح الله، (۱۳۷۰) تحریرالوسیله، مترجم، محمد باقر موسوی همدانی، جلد ۳، ص ۳۶۴، قم: دارالعلم.
۲۸. فاضل لنگرانی، آیت الله محمد جواد، (۱۳۸۷) جزوه درسی، جلسه ۷۴.
۲۹. همان.
۳۰. شیخ طوسی، (بیتا)، المبسوط، جلد ۳، ص ۳۰۰.