

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

«وَأَمَّا الْعُقُودُ: فَمِنْهَا مَا لَا يَدْخُلُهُ اتِّفَاقاً، وَمِنْهَا مَا اخْتَلَفَ فِيهِ، وَمِنْهَا مَا يَدْخُلُهُ اتِّفَاقاً. فَالْأَوَّلُ: النِّكَاحُ، فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُهُ اتِّفَاقاً، كَمَا عَنِ الْخِلَافِ وَالْمَبْسُوطِ وَالسَّرَائِرِ وَجَامِعِ الْمَقَاصِدِ وَالْمَسَالِكِ: الْإِجْمَاعُ عَلَيْهِ.»

خلاصه مطالب گذشته

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: در ایقاعات خيار شرط جریان ندارد و دلیل محکمی که اقامه کرده‌اند این بود که خيار شرط در موردی جریان دارد که سببیت فسخ مشروع و مسلم باشد، در حالی که مشروعیت فسخ برای ما در باب ایقاعات یا معلوم العدم است و یقین داریم که شارع در باب ایقاعات اجازه‌ی فسخ نداده و یا لااقل شک داریم در اینکه آیا شارع برای فسخ سببیت قائل است یا نه؟ بنابراین نظر مرحوم شیخ(ره) این شد که در مطلق ایقاعات، خيار شرط جاری نیست.

اقسام عقود از حیث جواز دخول خيار شرط در آن

حال آیا خيار شرط در همه‌ی عقود جاری است یا نه؟

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: عقود سه دسته است؛ در بعضی از عقود بالإجماع خيار شرط جریان ندارد، دسته‌ی دوم عقود است که محل خلاف است که آیا خيار شرط در آنها راه دارد یا نه؟ و دسته‌ی سوم عقود است که بالإجماع خيار شرط در آنها جریان دارد، که برای هر کدام یک از این سه صورت، مثال‌هایی را بیان کرده‌اند.

قسم اول: موارد اجماعی عدم جریان خيار شرط

اما صورت اول یعنی عقودی که إجماع قائم است بر اینکه خيار شرط در آنها راه ندارد، مانند نکاح، که از برخی از کتب معظم فقه نقل کرده‌اند که اینها ادعای إجماع کرده‌اند بر اینکه نکاح عقدی نیست که در آن خيار شرط جریان پیدا کند.

بعد مرحوم شیخ(ره) فرموده: که غیر از مسئله‌ی إجماع، که شاید دلیل إجماع هم همین باشد، دو علت مهم وجود دارد، که ممکن است همین این دو علت مدرک اجماع باشند.

یک علت اینکه شارع در خصوص عقد نکاح، راه مخصوصی برای برهم زدن آن قرار داده و شرعاً اگر نکاح بخواهد مرتفع شود،

نیاز به طلاق دارد و طلاق هم چیزی است که با فسخ فرق دارد، لذا آثاری که بر فسخ مترتب است، بر طلاق مترتب نیست و آثاری هم بر طلاق مترتب است، بر فسخ مترتب نیست.

دلیل دوم که از آن یک قاعده‌ی کلی استنباط می‌شود این است که در هر عقدی که تقایل و اقاله راه داشته باشد، یعنی طرفین با اقاله و تراضی بتوانند عقد را برهم بزنند، خیار هم از یک طرف می‌تواند در آن جریان پیدا کند. حال از آنجا که در باب نکاح اقاله جریان ندارد، لذا خیار شرط هم جریان ندارد.

پس نتیجه این شد که عقد نکاح از عقود است که خیار شرط در آن جریان پیدا نمی‌کند بالإجماع و الإتفاق مضافاً به این دو دلیلی که بیان کردیم.

قسم دوم: عقود محل خلاف

قسم دوم عقود است که محل خلاف و اختلاف است، که آیا خیار شرط در آنها جریان دارد یا نه؟ که مرحوم شیخ (ره) حدود 6 نمونه از این عقود را بیان کرده‌اند.

1- وقف از عقود اختلافی

اولین مورد وقف است که فرموده: مشهور این است که خیار در وقف داخل نمی‌شود، البته بعضی مثل شهید ثانی (ره) در مسالک ادعای اجماع کرده‌اند، اما وقتی به کلمات علما مراجعه می‌کنیم، در آن مخالف وجود دارد، پس در اینجا اجماع یک چیز روشنی نیست، لذا می‌گوییم مشهور است که فقها قائل‌اند به اینکه در وقف خیار شرط جریان ندارد.

سه دلیل بر عدم جریان خیار شرط در وقف

بعد شیخ (ره) در اینجا غیر از مسئله شهرت، سه دلیل برای این مدعی اقامه کرده و هر سه را مورد مناقشه قرار داده‌اند.

دلیل اول

دلیل اول این است که گفته‌اند: وقف از عقود است که در آن قصد قربت لازم است و هر چه که در آن قصد قربت لازم است، با خیار منافات دارد و نمی‌شود انسان قریه‌ای را به الله ملک خودش را وقف کند، از آن طرف هم برای خودش خیار قرار داده و بگوید: اگر تا ده روز دیگر پشیمان شدم، بتوانم این وقف را به هم بزنم.

نقد و بررسی دلیل اول

شیخ (ره) فرموده: کبری را قبول نداریم، چه دلیلی بر این کبرای کلی داریم، که هر چه که در آن قصد قربت معتبر است، با جعل خیار منافات داشته باشد؟ ممکن است که انسان قصد قربت کند و مالی را برای خداوند وقف کند، اما چون موانع و مشکلاتی ممکن است برایش پیش آید، بگوید که: تا ده روز دیگر هم برای خودم خیار قرار می‌دهم که این اشکالی ندارد.

دلیل دوم:

دلیل دوم این است که وقف عبارت از فکّ ملک بدون هیچ عوضی است، یعنی انسان آنچه را که در ملکش بوده آزاد کرده و از قید ملکیت فکّ می‌کند. این صغری و کبری این است که هر چه که از قید ملکیت فکّ شد، قابل رجوع به ملک نیست.

به بیان دیگر در تعریف وقف گفته‌اند: وقف فکّ ملک است، فکّ ملک یعنی اینکه این مال دیگر قابلیت تعلق ملکیت را ندارد، حال اگر بخواهید خیار قرار دهید، معنای جعل خیار این است که دوباره این مال را بتوانید به ملکیت برگردانید.

پس یک کبرای کلی هم در این دلیل دوم هست که هر چیزی که فکّ ملک باشد، دیگر با جعل خیار قابلیت رجوع به ملک را ندارد.

نقد و بررسی دلیل دوم

شیخ(ره) فرموده: این کبری را هم قبول نداریم و چه دلیلی داریم بر اینکه نمی‌توانیم فکّ ملک را از اول مشروط به خیاری قرار داده و بگوییم که این فکّ الملک متزلزلاً هست، تا زمانی که این زمان خیار تمام شود؟ تا قبل از اتمام زمان خیار، هم می‌تواند فکّ را به حال خودش رها کند و هم می‌تواند به ملک خودش برگرداند، اما بعد از اینکه مدت خیار تمام شد، دیگر فکّ ملک تثبیت شده و دیگر راهی برای رجوع به ملک مالک ندارد.

دلیل سوم:

دلیل سوم برای مشهور یک مؤثقه است، که اگر کسی زمینی را وقف کرده و شرط کند که هر زمانی به آن احتیاج پیدا کردم، «أنا أحق بها» از دیگران به آن سزاوارتر باشم، در روایت دارد که بعد از این واقف می‌میرد و امام(علیه السلام) فرمودند: این زمین به عنوان ارث به ورثه‌ی وارث منتقل می‌شود.

شاهد در این است و مشهور از این روایت استفاده کرده‌اند که اینکه امام(علیه السلام) می‌فرماید: این زمین به ارث به ورثه منتقل می‌شود، این دلیل و نشانه‌ی این است که این وقف، وقف باطلی بوده است، چون واقف برای خودش جعل خیار کرده و گفته: هر زمانی احتیاج پیدا کردم این زمین مال خودم باشد.

وجه استدلال این شد که امام(علیه السلام) می‌فرمایند: این زمین به ارث به ورثه می‌رسد، که کشف از این می‌کند که این وقف باطل بوده، اما کجای روایت دارد که واقف برای خودش جعل خیار کرده، تا مدعای مشهور درست شود؟

در اینجا باید بگوییم که: در روایت، واقف گفته که: «إن احتجت إليها فأنا أحق بها»، اگر خودم احتیاج به این زمین پیدا کردم، احق به آن هستم، پس واقف شرط کرده که در صورت احتیاج، این وقف باطل باشد.

حال باید این ضمیمه را اضافه کنیم که فرقی نمی‌کند که وقف با شرطی بنفسه باطل شود و یا بخواهیم آن را به سبب خیار باطل کنیم، که نتیجه این می‌شود که اگر وقفی تحقق پیدا کرد و واقف بخواهد برای خودش راهی قرار دهد که بتواند وقف را ابطال کند، مثلاً جعل خیار کند، این وقف باطل است.

(سؤال و پاسخ استاد محترم) حال اگر در فرضی است که شرط محقق شود و احتیاجش هم باشد، امام(علیه السلام) بفرماید:

«ترجع فی المیراث»، شکی نیست که این دلالت دارد بر اینکه این وقف باطل است، اما فرض این است که محتاج نشده و مُرده، پس چرا امام(علیه السلام) می‌فرمایند که این به ارث می‌رسد؟

امام(علیه السلام) فرموده: وقف صحیح نیست و این زمین بین ورثه تقسیم می‌شود و لذا اول عرض کردیم که در اینکه این وقف باطل است تردیدی نیست، چون امام(علیه السلام) فرموده: این زمین بین ورثه تقسیم می‌شود، منتهی دنبال این هستیم که چرا باطل است؟

مشهور این سوال را به گونه‌ای جواب داده‌اند که برمی‌گردد به اینکه اگر در وقف، کسی جعل خیار شرط برای خودش کرد، این موجب بطلان وقف است.

نقد و بررسی دلیل سوم

شیخ(ره) فرموده: «و فی دلالتها علی المدعی تأمل»، در دلالت این روایت بر این مدعی که در وقف خیار شرط جریان ندارد تأمل است، که وجه تأمل را در تطبیق توضیح می‌دهیم.

بعد شیخ(ره) فرموده: مشایخ ثلاثه، کلینی و شیخ طوسی و صدوق(قدس سرهم)، صاحبان کتب اربعه، از عباراتشان استفاده می‌شود که خیار را در وقف تجویز کرده‌اند.

2- صدقه از موارد اختلافی

مورد دوم از موارد اختلاف صدقه است، که اگر کسی بخواهد صدقه‌ای بدهد، آیا در صدقه جعل خیار برای صدقه دهنده درست است یا نه؟ شیخ(ره) فرموده: ظاهر صدقه هم این است که همان حکم وقف را دارد.

بعد عبارتی را از مرحوم علامه(ره) در تذکره در باب وقف بیان کرده که ایشان اول فرموده: در وقف اگر شرط خیار شود درست نیست و وقف باطل است و بعد فرموده: «کالعتق و الصدقه»، همان طور که در عتق و صدقه، اگر کسی جعل خیار کند باطل است، در وقف هم همین طور است.

این مطلب را مرحوم علامه(ره) در باب وقف بیان کرده، اما در باب خیار شرط، راجع به هبه مقبوضه مطلبی را بیان کرده، که از آن استفاده می‌شود که در هبه مقبوضه جعل خیار را تجویز کرده است، که اگر در هبه مقبوضه که لازم است، خیار شرط جریان داشته باشد، نتیجه این می‌شود که در صدقه هم که یکی از مصادیق هبه لازم است، خیار شرط جریان داشته باشد.

مرحوم شیخ(ره) عبارت علامه(ره) در باب خیار شرط در تذکره را در اینجا نقل کرده، که آن را در تطبیق توضیح می‌دهیم.

نظر مرحوم شیخ(ره) بر عدم جریان خیار شرط در صدقه

بعد مرحوم شیخ(ره) فرموده: اقوی این است که در صدقه خیار شرط جریان ندارد چون یک قاعده کلیه فقهیه داریم که «لایرجع فیما کان لله»، یعنی آنچه را انسان که به عنوان خداوند انجام می‌دهد، دیگر در آن حق رجوع وجود ندارد، که عمومیت دارد و می‌گوید اگر انسان صدقه‌ای به فقیری داد، نمی‌تواند در این صدقه برای خودش جعل خیار کند.

بعد این را توضیح داده و فرموده: این دلیل که می‌گوید: «ما کان لله لایرجع»، از آن استفاده می‌شود که در صدقه یک لزوم به عنوان حکم شرعی وجود دارد، یعنی صدقه یک عقد لازم است و لزومش به عنوان حکم شرعی است، همان طور که در عقود جائزه، جواز یک حکم شرعی است و حکم شرعی هم قابلیت نقض و فسخ و اینکه آن را از متعلقش جدا کنیم ندارد و اختیارش به ید شارع است.

پس لزوم در صدقه م غیر منفک از آن و به عنوان یک حکم شرعی است، لذا نمی‌توانیم با خیار این لزوم را از بین ببریم.

بعد سراغ صلح، ضمان، رهن و بیع صرف آمده‌اند، که اینها مطلب مهمی ندارد و در تطبیق توضیح می‌دهیم.

تطبیق عبارت

«وَأَمَّا الْعُقُودُ: فَمِنْهَا مَا لَا يَدْخُلُهُ اتِّفَاقاً»، عقود سه دسته است؛ یک دسته آن است که اصلاً داخل خیار در آنها بالإجماع نمی‌شود، «و منها ما اختلف فيه»، دسته‌ی دوم مختلف فيه و محل اختلاف است «و منها ما يدخله اتِّفَاقاً»، دسته سوم عقود است که بالإجماع خیار بر آن داخل می‌شود.

«فَالأَوَّلُ: النِّكَاحُ»، حال از عقود که إجماع داریم بر عدم دخول خیار در آن، نکاح است، «فإنَّه لَا يَدْخُلُهُ اتِّفَاقاً»، و به إجماع فقها در نکاح خیار شرط جریان ندارد، «كما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك: الإجماع عليه»، كما اینکه در خلاف، مبسوط، سرائر، جامع المقاصد و مسالك بر آن ادعای إجماع کرده‌اند.

بعد شیخ(ره) فرموده: «و لعلَّه لتوقُّف ارتفاعه شرعاً علی الطلاق»، شاید وجه عدم دخول خیار در نکاح این باشد که چون شارع برای از بین بردن آن، راه معین و مخصوصی، به نام طلاق قرار داده است و عرض کردیم بین فسخ و طلاق از نظر آثار، فرق‌های بسیار زیادی وجود دارد.

شارع برای از بین رفتن نکاح مسئله‌ی طلاق را قرار داده و برای طلاق هم شرایط معینی قرار داده است، مثلاً در طهر غیر مواقعه باشد و در حضور دو شاهد عادل باشد و حتماً باید به لفظ باشد، در حالی که در فسخ، فقها فسخ عملی را هم قائل‌اند، اما در طلاق، طلاق عملی را هیچ‌کسی قائل نیست.

«و عدم مشروعیة التَّقَايلِ فيه»، اقاله یعنی فسخ طرفینی، که در نکاح مشروعیت ندارد و اینکه مرحوم شیخ(ره) فرموده: تقایل، به خاطر این است که فسخ فی الجملة در باب نکاح داریم، مثل جایی که مرد یا زن به یکی از عیوب مجوزة برای فسخ نکاح را فسخ می‌کنند.

یکی از فرق‌های طلاق و فسخ این است که زن نمی‌تواند طلاق دهد و اختیار طلاق با مرد است، اما فسخ این چنین نیست، یعنی هم مرد و هم زن می‌توانند در آن عیوب مجوزة فسخ کنند، لذا اینکه فرموده: تقائل و نمی‌گوید: عدم مشروعیت فسخ، چون فسخ، فی الجملة در باب نکاح مشروعیت دارد.

«و من الثَّانِي: الوقف»، از قسم دوم، یعنی از عقود که محل اختلاف بود وقف است، «فإنَّ المشهور عدم دخوله فيه»، مشهور قائل‌اند که دخول خیار در وقف جایز نیست، «و عن المسالك: أنَّه موضع وفاق»، و مسالك فرموده: این مطلب موضع وفاق است، «و يظهر من محكي السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه»، از محکی سرائر و دروس ظاهر می‌شود که در این مسئله هم خلاف و مخالف وجود دارد.

«و ربما علَّل باشتراط القرية فيه»، برای قول مشهور، به سه دلیل تعلیل آورده شده است؛ اول به اینکه در وقف قصد قربت شرط است، «و أنَّه فكَّ ملكٍ بغير عوضٍ»، و دوم اینکه وقف فكَّ ملك است، که همه‌ی اینها صغری، برای دو کبری هستند؛ کبرای اول اینکه در هر چیزی که قصد قربت معتبر باشد، خیار در آن جریان ندارد و کبرای دوم هم اینکه در هر چیزی که فكَّ ملك است، خیار در آن جریان ندارد.

شیخ(ره) فرموده: «و الكبرى في الصغريين ممنوعة»، کبرای در هر دو صغری، ممنوع است، که از خارج توضیح دادیم.

«و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكورة في مسألة شرط الواقف»، دلیل سوم هم اینکه ممکن برای مشهور به مؤثقه مذکور در مسئله شرط واقف استدلال کنیم، «كونه أحقَّ بالوقف عند الحاجة»، که واقف شرط می‌کند که هنگام نیاز أحق به وقف باشد، «و هی قوله عليه السلام: «من أوقف أرضاً ثمَّ قال: إن احتجتُ إليها فأنا أحقُّ بها، ثمَّ مات الرجل فإنَّها ترجع في الميراث»»، و این کلام امام(علیه السلام) است که کسی که زمینی را وقف می‌کند و می‌گوید که: اگر خودم احتیاج داشتم، أحق به آن باشم، بعد این مرد بمیرد، زمین در میراث برگردانده می‌شود، یعنی به عنوان ارث بین ورثه تقسیم می‌شود، که وجه دلالت این روایت برای مشهور را از خارج توضیح دادیم، «و قريبٌ منها غيرها»، و نزدیک به مدلول این روایت غیر این روایت است.

شیخ(ره) فرموده: «و فی دلالتهما علی المدعی تأملٌ»، در دلالت این روایت بر مدعی تأمل است و وجه تأمل این است که استدلال مشهور متوقف است بر اینکه در «فأنا أحق بها»، ضمیر را به عین موقوفه بزنیم، یعنی به این عین موقوفه سزاوارترم، که معنایش این است که بگوییم: وقف باطل است.

در حالی که «فأنا أحق بها» یعنی خواسته بگوید که: عین زمین را وقف کردم و تمام شد، اما هر زمانی که احتیاج پیدا کردم، به منافع این زمین سزاوارتر باشم، که امام(علیه السلام) می‌فرماید: این زمین به ارث می‌رسد و این وقف باطل است.

اما وجه بطلان وقف آن چیزی نیست که مشهور گفته‌اند، بلکه طبق اینکه ضمیر را به منافع برگردانیم، وجه بطلان وقف این است که واقف، منفعت وقف را برای خودش قرار داده، در حالی که در کتاب وقف می‌گویند که: واقف نمی‌تواند منفعت وقف را برای خودش قرار دهد، یعنی وقف لنفسه غلط است و انسان نمی‌تواند مال خودش را برای خودش وقف کند.

«و يظهر من المحكي عن المشايخ الثلاثة في تلك المسألة تجويز اشتراط الخيار في الوقف»، از محکی از مشایخ ثلاث، یعنی صدوق و کلینی و شیخ طوسی(قدس سرهم) در مسئله‌ی وقف ظاهر می‌شود که اشتراط خیار در وقف صحیح است، «و لعلَّه المخالف الذي أُشير إليه في محكي السرائر و الدروس»، یعنی چه بسا این مشایخ ثلاث، همان مخالفینی هستند، که در محکی سرائر و دروس به آنها اشاره شد.

«و أمَّا حكم الصدقة فالظاهر أنَّه حكم الوقف»، اما ظاهر این است که حکم صدقه، حکم همام وقف است، «قال في التذكرة في باب الوقف: إنَّه يشترط في الوقف الإلزام»، در تذکره در باب وقف فرموده: الزام، یعنی قطعیت و حتمیت در وقف شرط شده است، «فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه»، لذا اگر در وقف برای خودش خیار قرار دهد، واقع نمی‌شود، «و يكون الوقف باطلاً كالعتق و الصدقة، انتهى»، و وقف هم مثل عتق و صدقه باطل می‌شود، یعنی خواسته بگوید که: علامه(ره) در باب وقف فرموده: در صدقه خیار راه ندارد.

«لكن قال في باب خيار الشرط: أمَّا الهبة المقبوضة»، اما در باب خیار شرط فرموده: اما هبه‌ای که به قبض رسیده، – می‌دانید شرط صحت هبه قبض متهب است – «فإن كانت لأجنبي غير معوضٍ عنها»، اجنبی یعنی غیر رحم، یعنی اگر هبه به غیر رحم باشد و در مقابل آنچه که به اجنبی داده، عوضی هم از اجنبی نگرفته، «و لا قصد بها القرية»، و قصد قربت نکرده، «و لا تصرف

المتَّهَب»، و متَّهَب هم در آنچه که گرفته تصرف ننموده است، «يجوز للواهب الرجوع فيها»، در این صورت واهب می‌تواند در این هبه رجوع کند.

«وإن اختلَّ أحد القيود لزمته.»، البته با این قیود، چون در جایی که هبه به ذی رحم باشد، هبه‌ی لازمه است و دیگر نمی‌شود رجوع کرد، یا در جایی که معوضه باشد، یا در آن قصد قربت شده، و یا متَّهَب در آن تصرف کرده، لازمه است، لذا اگر یکی از این قیود مختل شود، هبه لازم می‌شود.

آن وقت شاهد این است که «و هل يدخلها خيار الشرط؟ الأقرب ذلك، انتهى.»، آیا در هبه‌ی لازمه خيار شرط داخل می‌شود یا نه؟ که علامه(ره) فرموده: اقرب این است که خيار شرط، بر هبه داخل می‌شود، «و ظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتى الصدقة.»، که ظاهر کلام علامه(ره) این است که خيار در هبه لازمه و حتی در صدقه داخل می‌شود.

«و كيف كان، فالأقوى عدم دخوله فيها.»، به هر حال اقوی این است که خيار در صدقه داخل نمی‌شود، «لعموم ما دلَّ على أنه لا يرجع فيما كان لله»، به دلیل عموم این قاعده که هر آنچه که انسان برای خدا داده، دیگر در آن رجوع راه ندارد، «بناءً على أن المستفاد منه كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقة»، بنا بر اینکه از این عموم استفاده شود که لزوم یک حکم شرعی برای ماهیت صدقه است، که عنوان حکم را داشته باشد، «نظير الجواز للعقود الجائزة.»، که نظیر جواز برای عقود جائزه است.

«و لو شكَّ في ذلك كفي في عدم سببية الفسخ التي يتوقَّف صحَّة اشتراط الخيار عليها.»، حال اگر شك کنیم در اینکه آیا می‌شود با فسخ در صدقه رجوع کرد یا نه؟ که این شك برمی‌گردد به اینکه شك کنیم که آیا فسخ سببیت دارد یا نه؟ پس اگر در جریان خيار در صدقه شك کنیم، همین در عدم سببیت فسخ، که صحت اشتراط خيار بر آن توقف دارد کفایت می‌کند، یعنی همین مقدار که در سببیت شك کنیم مسئله تمام می‌شود. برای اینکه «المؤمنون عند شروطهم» حکم را بیان می‌کند، اما نمی‌تواند موضوع خودش را درست کند.

«و توهم إمكان إثبات السببية بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع.»، اما این توهم که سببیت را به نفس دلیل شرط، یعنی «المؤمنون عند شروطهم» اثبات کنیم، این واضح الاندفاع است.

«و منه: الصلح»، از عقود قسم دوم که مورد اختلاف بود صلح است، «فإن الظاهر المصرَّح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة: دخول الخيار فيه مطلقاً»، که در کلام جماعتی مثل علامه(ره) در تذکره به آن تصریح شده که دخول خيار در صلح مطلقاً جایز است، یعنی اعم از صلح معاوضه‌ای یا صلح ابرائی، اعم از صلحی که به عین خارجیه تعلق پیدا کرده و یا صلحی که به ذمه تعلق پیدا کرده است.

«بل عن المهدَّب البارع في باب الصلح: الإجماع على دخوله فيه بقولٍ مطلقٍ.»، بلکه در مهذب البارع در باب صلح، ادعای اجماع بر دخول خيار در صلح به قول مطلق کرده است، که وجه ترقی این «بل» فقط در کلمه اجماع است.

«و ظاهر المبسوط كالمحكي عن الخلاف: عدم دخوله فيه مطلقاً.»، در مقابل ظاهر مبسوط مثل محکی از خلاف بر عدم دخول خيار در صلح مطلقاً هست، یعنی در هیچ کدام یک از انواع صلح خيار جریان ندارد، «و قد تقدَّم التفصيل عن التحرير و جامع المقاصد و غاية المرام و لا يخلو عن قرب»، که تفصیل آن از تحریر و جامع المقاصد و غاية المرام گذشت، که تفصیل داده بگوئیم: در صلحی که بر عین خارجیه واقع شده و عنوان معاوضه دارد، خيار جریان دارد، اما در صلحی که فایده‌اش ابراء است، خيار جریان ندارد، که شیخ(ره) هم این تفصیل را پسندیده است.

شیخ(ره) در اینجا واقعاً ضابطه را به دست ما داده و فرموده: هر جا که شک دارید در اینکه آیا فسخ سببیت دارد یا نه؟ شک در سببیت مساوی است با اینکه یقین پیدا کنید که قابل جریان خیار نیست، «لما تقدّم من الشكّ في سببية الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته.» چون در سببیت فسخ برای رفع ابراء و آنچه که مفید فایده‌ی ابراست، مثل صلحی که مفید فایده‌ی ابراء است شک داریم.

«و منه: الضمان»، و از این قسم دوم که مختلف فيه بود ضمان است، «فإن المحكى عن ضمان التذكرة و القواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه»، محکی از کتاب ضمان تذکره و قواعد این است که خیار شرط در ضمان داخل نمی‌شود، «و هو ظاهر المبسوط.»، که ظاهر مبسوط هم همین است.

بعد شیخ(ره) فرموده: «و الأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقایل فيه.»، أقوى این است که ضمان داخل است. ضمان بنا بر نظر علمای شیعه که نقل ذمّة إلى ذمّة دیگر هست و بنا بر نظر عامه ضمّ ذمّة إلى ذمّة هست، که از این جهت در این بحث فرقی نمی‌کند و شیخ(ره) فرموده: باز همان ضابطه را می‌آوریم که در هر موردی که اقاله جریان دارد، خیار هم در آن مورد هم جریان دارد، لذا اقوی دخول خیار در ضمان است، اگر قائل به تقایل در ضمان شدیم.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين