در تاریخ ۲۸ بهمن ۱۴۰۴
مکاسب/خیارات

جلسه 99

بسم الله الرّحمن الرّحیم
الحمدلله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا محمد و آله الطاهرین

«و ممّا ذکرنا یظهر: أنّ الانصراف لیس من باب انصراف المطلق إلی الفرد الصحیح، لیرد علیه: أوّلًا: منع الانصراف، و لذا لا یجری فی الأیمان و النذور.»

خلاصه مطالب گذشته

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: در باب معاملات اصل اولی عقلایی عبارت از اصالة السلامه است، که مراد از اصالة السلامه، یعنی بنای عملی عقلاء بر این است که چیزی را که مورد معامله قرار می‌دهند، چه ثمن و چه مثمن، بنای بر سلامت و صحت او هست، لذا در مواردی هم که در متن معامله شرط صحت نکرده‌اند، اگر مبیع عیب داشته باشد، برای خودشان خیار عیب قائل‌اند.

استفاده قید صحت از طریق انصراف

مرحوم شیخ(ره) فرموده: از اینکه گفتیم فساد این مطلب هم روشن می‌شود که بعضی از راه قاعده‌ی إطلاق و إنصراف وارد شده و گفته‌اند: وقتی که عقد به صورت مطلق باشد و قید صحت در کار نباشد، یعنی مشتری نگوید: جنس صحیح می‌خواهم، إطلاق به فرد صحیح إنصراف پیدا می‌کند.

این مبیع دارای مصادیق و افرادی هست، که یک مصداقش مبیع سالم است و یک مصداقش هم مبیع معیوب است، وقتی که مشتری گفت: این مبیع را می‌خرم و یا بایع گفت: این مبیع را می‌فروشم، إطلاق به فرد صحیح انصراف پیدا می‌کند و منشأ انصراف هم غلبه‌ی وجودی در عالم خارج است، چون در عالم خارج، وجود افراد صحیحه غلبه دارد و افراد معیوب افراد نادری هست.

سه اشکال قابل جواب از این مطلب

مرحوم شیخ(ره) فرموده: سه اشکال به این طریق وارد شده، اما هر سه آن اشکالات قابل جواب است؛

اشکال اول

اشکال اول این است که انصراف را قبول نداریم و نظیرش در باب أیمان و نذور هست، که در باب نذور اگر کسی نذر کند که مثلاً یک گوسفندی را در راه خدا بدهد، در آنجا فقهاء فتوا داده‌اند به اینکه این گوسفند إنصراف به فرد صحیح ندارد، نذر کرده که گوسفندی را در راه خدا بدهد و فرقی نمی‌کند که این گوسفند، گوسفند سالم باشد یا معیوب، که در هر دو صورت وفای به نذر محقق می‌شود. لذا این اشکال اول این است که اصلاً انصراف را در ما نحن فیه قبول نداریم.

به عبارت دیگر مطلق نسبت به فرد صحیح انصراف ندارد و فرقی بین فرد صحیح و غیر صحیح وجود ندارد و شاهدش هم در باب أیمان و نذور هست.

اشکال دوم

اشکال دوم این است که مسئله‌ی إطلاق و انصراف در موردی است که مبیع عنوان کلی را داشته باشد، اما اگر مبیع کلی ذو افراد بود، که در اینجا می‌گوییم: یک فردش فرد صحیح و فرد دیگرش فرد معیوب است، این مطلق و کلی می‌تواند به فرد صحیح انصراف داشته باشد، در حالی که گاهی اوقات در بعضی از معاملات، مبیع یک عین مشخص خارجی است و مثلا می‌گوید: این فرش معین و مشخص را خریدم، که در اینجا دیگر مبیع کلی نیست و اطلاق ندارد، تا بگوییم که: یک فرد صحیح دارد و یک فرد معیوب.

اشکال سوم

اشکال سوم این است که اگر بخواهیم انصراف مطلق به فرد صحیح را بپذیریم، معنایش این است که بیع نسبت به فرد معیوب تعلق پیدا نکرده است، یعنی اگر وقتی که می‌گوید: گوسفندی را به تو فروختم و این گوسفند انصراف به فرد صحیح دارد، معنای انصراف به فرد صحیح این است که گوسفند معیوب اصلاً از دایره‌ی بیع خارج است و بیع به آن فرد معیوب تعلق پیدا نکرده است، و لذا نتیجه این می‌شود در جایی که بایع فرد معیوبی را تحویل مشتری می‌دهد، در اینجا باید بگوییم که: معامله باطل است، مثل این است که کسی فرشی را بفروشد، اما در مقام ادا، لباسی را به مشتری تحویل دهد.

پس اگر گفتیم که: مطلق انصراف به فرد صحیح دارد، معنایش این است که فرد غیر صحیح از دایره‌ی بیع خارج است، و لذا در حکم فساد معامله است، چون معامله به آن تعلق پیدا نکرده است، پس چرا می‌گویید که: وقتی که فرد معیوب را داد، مشتری بین إمضاء و فسخ مخیر است؟ مخیر بودن مشتری بین إمضا و فسخ دلیل بر این است که بیع به این فرد معیوب هم تعلق پیدا کرده است.

نقد و بررسی این اشکالات

در میان این سه اشکال، اشکال اول و دوم خیلی اشکالات مهمی نیست و مهم اشکال سوم است، اما مرحوم شیخ(ره) فرموده: جمیع این اشکالات با این بیانی که می‌خواهیم بگوییم دفع می‌شود، منتهی این بیان نسبت به دفع اشکال سوم ظهور دارد، که به تبع آن اشکال اول و دوم هم دفع می‌شود.

مرحوم شیخ(ره) در جواب فرموده: اشکال سوم مبتنی بر این است که صحت عنوان قیدیت را داشته باشد و اگر شرط و وصف صحت را قید برای مبیع قرار دادیم، معنایش این است که بیع به فرد معیوب تعلق پیدا نکرده است، در حالی که وصف صحت

عنوان شرط دارد و زائد بر شرط، که به عنوان قید مبیع هم قرار گیرد چنین چیزی نیست، در مواردی که این قید و شرط ذکر نمی‌شود، متکلم بر همان اصالة السلامه اعتماد می‌کند.

تا اینجا اشکال سوم جواب داده شد، اینکه در اشکال سوم گفتید که: اگر انصراف به فرد صحیح باشد، بیع به فرد معیوب تعلق پیدا نمی‌کند، این در صورتی است که صحت عنوان قیدیت و جزئیت برای مبیع را داشته باشد، اما گفتیم که: عقلاء در معاملات بنا بر اصالة السلامه شرط صحت را ذکر نمی‌کنند و بناء عملی عقلاء بر این است که این مالی که مورد مبادله و معامله قرار می‌گیرد، مال سالمی است.

لذا فرموده: بنا بر این مسئله نیازی به مسئله‌ی إطلاق و انصراف نداریم، وقتی که عقلاء چنین بنایی دارند، نیازی نیست که بگوییم: در اینجا اطلاقی داریم، که انصراف دارد، تا بحث کنیم که آیا منشأ انصراف وجود دارد یا نه؟ بلکه عقلاء بر اصالة السلامه اعتماد می‌کنند و مبنیاً بر این اصالة السلامه معامله را انجام می‌دهند، که عبارت مرحوم سبزواری(ره) در کفایة الأحکام هم مؤید همین مطلب است.

فایده ذکر شرط صحت در متن عقد

مطلب دیگری که در اینجا وجود دارد این است که اگر در معامله‌ای، مشتری شرط صحت را در متن عقد ذکر کند و بگوید: این جنس را می‌خرم، به شرط اینکه صحیح و سالم باشد، آیا ذکر شرط صحت مفید تأکید است، یا اینکه این شرط هم مانند سایر شرایط می‌شود و تخلفش موجب خیار تخلف شرط است؟

در سایر شرایط، مثلا اگر بگوید: این عبد را به شرط کتابت می‌خرم، اگر این کتابت تخلف پیدا کرد، مشتری خیار تخلف شرط دارد، حالا در ما نحن فیه نسبت به شرط صحت مسئله چگونه است؟

اگر مشتری گفت: این جنس را به شرط صحت می‌خرم، آیا این شرط إفاده‌ی تأکید می‌کند؟ یعنی آنچه را که إطلاق عقد إقتضاء می‌کرد، مشتری آن را در عقد ذکر کرده است، مثل جایی که مشتری بگوید: این جنس را می‌خرم، به شرط اینکه زود این جنس را به من تحویل بدهی، که تحویل دادن جنس از اموری است که اطلاق عقد آن را اقتضاء می‌کند، که بعد از عقد بلافاصله بایع جنس را تحویل مشتری بدهد.

بنا بر این بیان اگر گفتیم که: مفاد شرط صحت همان چیزی است که اطلاق عقد مقتضی آن است، نتیجه‌اش این است که این ذکر در متن عقد افاده‌ی تأکید می‌کند، لذا اگر این جنس معیوب بود، در اینجا دیگر نمی‌گویند که: دو خیار وجود دارد؛ یکی خیار العیب و دیگری خیار تخلف شرط، بلکه یک خیار وجود دارد و همان خیار عیب است و چیزی به نام خیار تخلف شرط در اینجا جریان ندارد.

مرحوم شیخ(ره) فرموده: کثیری از فقهاء به این معنا تصریح کرده‌اند، و لذا در اینجا خیار، خیار عیب است، اعم از اینکه شرط صحت را در متن عقد ذکر کند و یا نه؟

به بیان دیگر نباید فریب کلمه‌ی شرط را بخوریم و کلمه‌ی شرط، کلمه‌ای نیست که سبب شود که خیار تخلف شرط مطرح شود، بلکه باید آنچه را که شرط شده ببینیم، که متعلق شرط چیست؟ اگر متعلق شرط چیزی باشد که نفس عقد اقتضای آن را دارد، این از دایره‌ی خیار تخلف شرط خارج است و در باب خیار شرط خواندیم که شرط در جایی است که یک التزام جدیدی به معامله ضمیمه شود، اما اگر خود التزام به معامله اقتضای آن را دارد، دیگر عنوان خیار تخلف شرط در آن مطرح نیست.

تطبیق عبارت

«و ممّا ذکرنا یظهر: أنّ الانصراف لیس من باب انصراف المطلق إلی الفرد الصحیح»، از آنچه که ذکر کردیم که عقلاء بنا بر اصالة السلامه این معامله را انجام می‌دهند، روشن می‌شود که انصراف از باب انصراف مطلق به فرد صحیح نیست، «لیرد علیه: أوّلًا: منع الانصراف»، تا اینکه این ایراد وارد شود که اولاً این انصراف را قبول نداریم، چون منشأ ندارد، انصراف در صورتی قابل قبول است که منشأ داشته باشد و منشأ انصراف هم کثرت الإستعمال است.

(سؤال و پاسخ استاد محترم) این را در کفایه خواندید که در انصراف، غلبه‌ی خارجی به درد نمی‌خورد، بلکه انصراف از شئون لفظ است، لذا باید بین لفظ و بین معنایی لفظ در آن استعمال شده، یک انسی حاصل شود، که این انس معلول کثرة استعمال است.

«و لذا لا یجری فی الأیمان و النذور.»، یعنی چون منشأ انصراف وجود ندارد، در قسم و نذر جاری نمی‌شود، اگر یک کسی قسم خورد که دیگر گوسفندی را نمی‌کشم، در اینجا نمی‌توانیم بگوییم: این گوسفند، به گوسفند صحیح انصراف دارد، بلکه هم گوسفند صحیح را شامل می‌شود و هم گوسفند غیر صحیح را، یا کسی نذر کرد که گوسفندی را در راه خدا ذبح کند، که این اعم از گوسفند صحیح و یا غیر صحیح می‌باشد، ولذا چون منشأ انصراف وجود ندارد، این انصراف در أیمان و نذور جاری نمی‌شود.

«و ثانیاً: عدم جریانه فیما نحن فیه»، اشکال دوم این است که در ما نحن فیه انصراف مطلق به فرد صحیح محقق نیست، «لعدم کون المبیع مطلقاً»، چون مبیع مطلق نیست، مطلق در اینجا به معنای کلی ذو افراد است، که مبیع در اینجا یک کلی‌ای دارای افراد نیست، «بل هو جزئی حقیقی خارجی.»، بلکه این مبیع، یک جزئی حقیقی خارجی است.

در جایی که مبیع کلی باشد، اگر بایع یک فرد معیوب را داد، در این صورت وقتی که مشتری رد کرد، نمی‌تواند معامله را به هم بزند، بلکه بایع می‌تواند فرد سالم دیگری از آن مبیع را به مشتری بدهد و خیار عیب در جایی که مبیع کلی باشد جریان ندارد و بایع می‌تواند آن فرد معیوب را از مشتری بگیرد و فرد سالمی را برگرداند. خیار عیب در جایی است که مبیع جزئی معین خارجی است، که دیگر دو فرد ندارد.

بعضی از بزرگان فرموده‌اند: در اینجا درست است که إطلاق افرادی وجود ندارد، اما إطلاق احوالی هست، یعنی مثلا این فرش دو فرد ندارد، اما دو حال دارد، یک حال معیوب و یک حال سالم، که این فرمایش هم درست نیست و ظاهراً مرحوم شهیدی(ره) هم در حاشیه دارد و فرموده: به دلیل اینکه موقعی که در حین معامله این مبیع متعلق بیع قرار گرفته، در آن زمان دو حال در آن متصور نبوده، بلکه جزئی حقیقی خارجی است.

«و ثالثاً: بأنّ مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً علی المعیب»، اشکال سوم این است که مقتضای انصراف عدم وقوع عقد بر این معیب است، که بگوییم: اصلاً عقد بر معیب تعلق پیدا نکرده و عقد تنها بر فرد صحیح واقع شده است، که عرض کردیم که بنا بر این بیان انصراف، فرد معیب اجنبی از متعلق بیع می‌شود، مثل جایی که شما فرش را بفروشید و در مقام ادا لباسی را به مشتری تحویل دهید، «فلا معنی لإمضاء العقد الواقع علیه أو فسخه حتّی یثبت التخییر بینهما.»، لذا معنا ندارد که در جایی که معیب را به مشتری می‌دهد، بگوییم که: در اینجا مشتری می‌تواند عقدی را که بر این معیب واقع شده، امضا یا فسخ کند، تا بگوییم که: تخییر بین امضاء و فسخ ثابت است.

شیخ(ره) در مقام دفع اشکال سوم را جواب داده و فرموده: «و دفع جمیع هذا: بأنّ وصف الصحّة قد أُخذ شرطاً فی العین الخارجیة»، دفع جمیع این اشکالات ثلاثه به این است که اشکال سوم مبتنی بر این است که شرط صحت را به عنوان قید مبیع قرار دهیم، که مکرر عرض کردیم که هر جا مسئله‌ی قید شد، قید عنوان جزئیت را دارد، در حالی که وصف صحت به عنوان

شرط است، «نظیر معرفة الکتابة أو غیرها من الصفات المشروطة فی العین الخارجیة»، نظیر دانستن کتابت یا غیر کتابت، از صفاتی که در عین خارجی مشروط است.

تا اینجا جواب اشکال سوم داده شد، اما در اشکال اول و دوم فرموده: وقتی که مسئله‌ی بالاتری به نام اصالة السلامه داریم، باید مسئله‌ی مطلق را کنار بگذاریم، چون دیگر نیازی به انصراف و منشأ انصراف نیست، «و إنّما استغنی عن ذکر وصف الصحّة لاعتماد المشتری فی وجودها علی الأصل»، دیگر نیازی به ذکر وصف صحت نیست، چون مشتری در وجود این صحت بر اصل، یعنی اصاله السلامه اعتماد کرده است، «کالعین المرئیة سابقاً حیث یعتمد فی وجود أصلها و صفاتها علی الأصل.»، مثل جایی که مشتری سابقاً جنس را دیده و در حین معامله در اصل وجود آن عین مرئیه و صفاتش، بر مشاهده‌اش اعتماد می‌کند.

(سؤال و پاسخ استاد محترم) بعد ار اینکه اینسه اشکال را جواب داده‌اند، نتیجه این می‌شود که که انصراف به حسب ثبوتی مانعی ندارد، منتهی چون اصلی قوی‌تر از آن داریم، دیگر نیازی به آن نداریم. به عبارت دیگر وقتی دلیلی به نام اصالة السلامه داریم که ایرادی بر آن دلیل وارد نیست، چرا سراغ دلیلی برویم، که ایراد بر آن وارد می‌شود، تا بعد هم از آنجواب بدهیم،بعد از جواب هم درست است که ایرادات برطرف می‌شود، اما این دلیل شکننده سستی است.

«و لقد أجاد فی الکفایة حیث قال: إنّ المعروف بین الأصحاب أنّ إطلاق العقد یقتضی لزوم السلامة»، مرحوم سبزواری(ره) در کفایة الأحکام نیکو بیان کرده که فرموده: معروف بین اصحاب این است که اطلاق عقد اقتضای سلامت را دارد، «و لو باع کلّیاً حالّا أو سَلَماً»، اگر مبیع کلی را فروخت، چه به صورت نقد و چه به صورت سلم، که بعداً تسلیم مشتری می‌کند، «کان الانصراف إلی الصحیح من جهة ظاهر الإقدام أیضاً»، انصراف به صحیح از باب این نیست که مطلق انصراف به فرد سالم دارد، بلکه از جهت ظاهر حال مشتری است که بر آن اقدام می‌کند.

یک بیان دیگر هم این است که اقدام مشتری با اصالة السلامه فرق دارد و فرقش این است که اصالة السلامه یک اصل عقلاءیی است، که ربطی به خصوص این مشتری و یا دیگری ندارد، اما در اینجا ظاهر اقدام است، یعنی کاری به اصالة السلامه نداریم، بلکه نفس اینکه مشتری اقدام می‌کند و پولی را می‌پردازد، این اقدام مشتری ظهور در این دارد که این پول را در مقابل جنس صحیح می‌پردازد.

به یک بیان دیگر در اصالة السلامه باید یک بناء عملی عقلاء داشته باشیم، ولی در ظاهر اقدام نیازی به این بناء عملی عقلاء نداریم، بلکه خصوص إقدام این مشتری ظهور در این دارد که پول را در مقابل فرد صحیح می‌دهد، که این هم بیان دوم برای إیضاً هست.

«و یحتمل کونه من جهة الإطلاق المنصرف إلی الصحیح فی مقام الاشتراء»، احتمال داده می‌شود که این انصراف به صحیح، از جهت اطلاقی است که در مقام خرید و فروش بع فرد صحیح انصراف دارد.

مرحوم شیخ(ره) در باب کلی یک احتمالی داده، که این احتمال در باب مبیع معین جزئی وجود نداشت و فرموده: احتمال می‌دهیم که انصراف به فرد صحیح در خصوص مقام اشتراء باشد، «و إن لم ینصرف إلیه فی غیر هذا المقام»، ولو اینکه در باب مبیع معین خارجی این را مردود دانسته و فرموده: در آنجا اطلاقی وجود ندارد، اما در باب کلی این احتمال را در خصوص مقام إشتراء داده‌اند، ولو اینکه در غیر مقام اشتراء، یعنی در باب أیمان و نذور این انحتمال داده نمی‌شود.

«فتامل»، اشاره دارد که اگر کثرت استعمال وجود دارد، در هر دو مقام باید بپذیریم و اگر وجود ندارد، در هیچ کدام یک از این دو نباید بپذیریم، اینکه انصراف را در مقام اشتراء بپذیریم و در أیمان و نذور نپذیریم درست نیست، اگر منشأ انصراف وجود

دارد، که کثرت استعمال است و نه کثرت وجود خارجی، باید انصراف را بپذیریم و اگر نیست، نباید بپذیریم.

از این مطلب روشن شد، که این عبارت «و لو باع کلّیاً حالّا أو سَلَماً»، تا «فتأمل» از عبارات مرحوم شیخ(ره) است، همان طور که محشین، مثل مرحوم مامغانی و عده‌ای دیگر گفته‌اند، به علاوه وقتی که به کفایة الأحکام مرحوم سبزواری(ره) مراجعه می‌کنیم، تا «یقتضی لزوم السلامة»، کلام ایشان تمام می‌شود.

بعد فرموده: «ثمّ إنّ المصرَّح به فی کلمات جماعةٍ: أنّ اشتراط الصحّة فی متن العقد یفید التأکید»، در کلمات جماعتی از فقهاء تصریح شده که إشتراط صحت در متن عقد مفید تأکید است، «لأنّه تصریحٌ بما یکون الإطلاق منزّلًا علیه»، چون این تصریح به چیزی است که إطلاق عقد بر آن تنزیل می‌شود، یعنی إطلاق عقد مقتضی صحت است، «و إنّما ترك لاعتماد المشتری علی أصالة السلامة»، که دکر إشتراط صحت به دلیل اعتماد مشتری بر اصالة السلامه ترک شده است.

شیخ(ره) فرموده: کسی نباید فریب کلمه‌ی شرط را خورده و بگوید: چون مشتری گفته: این جنس را به شرط صحت می‌خرمپس اگر این جنس صحیح نیست، مشتری خیار تخلف شرط دارد، «فلا یحصل من أجل هذا الاشتراط خیارٌ آخر غیر خیار العیب»، لذا به سبب این اشتراط خیار دیگری غیر از خیار عیب ثابت نمی‌گردد.

«کما لو اشترط کون الصبرة کذا و کذا صاعاً»، مثلاًدر جایی که بایع می‌گوید: ده کیلو گندم می‌فروشم و مشتری می‌گوید: این گندم را می‌خرم، به شرط اینکه ده کیلو باشد، در اینجا اگر ده کیلو نبود، خیار رؤیت به وجود می‌آید و خیار تخلف شرط مطرح نیست، «فإنّه لا یزید علی ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد علی إخبار البائع بالکیل»، این شرط زائد بر این نیست که اشتراط را ترک کرده و بر اخبار بایع به اینکه وزنش این مقدار است اعتماد کند.

«أو اشترط بقاء الشیء علی الصفة السابقة المرئیة فإنّه فی حکم ما لو ترك ذلك اعتماداً علی أصالة بقائها.»، یا مشتری جنسی را مثلا پنج روز پیش دیده، حال به بایع می‌گوید: این جنس را می‌خرم به شرط اینکه این جنس باقی بر همان صفات پنج روز پیش باشد، که ذکر این شرط در حکم ترک آن است، چون بر اصالت بقاء آن عین بر صفت سابقش اعتماد کرده است. «و بالجملة، فالخیار خیار العیب اشترط الصحّة أم لم یشترط.»، پس بالجمله خیار در اینجا خیار عیب است، چه شرط صحت بکند یا نکند.

بعد مرحوم شیخ(ره) مؤیدی آورده و فرموده: «و یؤیده ما ورد من روایة یونس»، مؤید اینکه در باب شرط صحت، مسئله‌ی خیار عیب مطرح است و خیار تخلف شرط مطرح نیست، آن چیزی است که در روایت یونس وارد شده، «فی رجل اشتری جاریةً علی أنّها عذراء فلم یجدها عذراء؟»، که مردی جاریه‌ای را خرید، به شرط اینکه این جاریه باکره باشد، بعد دید که این جاریه باکره نیست، «قال: یردّ علیه فضل القیمة»، امام(علیه السلام) فرمودند: ارش را باید رّد کند، یعنی ما به التفاوت بین باکره و ثیب را باید رّد کند.

شیخ(ره) خواسته از این استفاده کند که در باب خیار شرط، اگر مشتری در آن جنس تصرف کرد، تصرف مانع از رّد نمی‌شود، پس در اینجا که جاریه‌ای خریده، به شرط اینکه باکره باشد و بعد دیده که باکره نیست، یعنی بعد از اینکه در جاریه تصرف کرده، دیده که باکره نیست، امام(علیه السلام) فرمودند: در اینجا فقط ارش را می‌تواند بگیرد و اگر در اینجا مسئله‌ی خیار تخلف شرط باشد، باید امام(علیه السلام) می‌فرمود: می‌تواند این را رّد کند و پولش را بگیرد.

«فإنّ اقتصاره(علیه السلام) علی أخذ الأرش الظاهر فی عدم جواز الردّ»، اینکه امام(علیه السلام) بر أخذ ارش اکتفا کرده، ظهور در این دارد که رّد جایز نیست، «یدلّ علی أنّ الخیار خیار العیب»، دلالت می‌کند که مراد از خیار، خیار عیب است، «و لو کان هنا خیار تخلّف الاشتراط»، که اگر در اینجا خیار تخلف شرط بود، «لم یسقط الردّ بالتصرّف فی الجاریة بالوطء أو مقدّماته.»، رّد

در اثر تصرف در جاریه به وطی یا بعض مقدمات آن ساقط نمی‌شد.

«و منه یظهر ضعف ما حکاه فی المسالك»، از این بیانی که در اینجا در مورد شرط بکارت گفتیم که: خیار عیب است و خیار تخلف شرط نیست، ضعف کلام شهید ثانی(ره) در مسالک روشن می‌شود، «من ثبوت خیار الاشتراط هنا»، که فرموده: در ما نحن فیه مسئله‌ی خیار تخلف شرط وجود دارد، «فلا یسقط الردّ بالتصرّف»، لذا رّد در اثر تصرف ساقط نمی‌شود.

«و دعوی: عدم دلالة الروایة علی التصرّف، أو عدم دلالته علی اشتراط البکارة فی متن العقد، ممنوعةٌ»، بعضی گفته‌اند که: این روایت دلالت ندارد که مشتری در آن تصرف کرده و یا دلالت بر إشتراط بکارت در متن عقد ندارد، که شیخ(ره) فرموده: این حرف باطلی است.

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين