

نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره سیزدهم، پاییز- زمستان ۹۵، صفحات ۱۴۹-۱۷۳

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۶/۰۳/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۰/۱۲

## همطرازی ولایت پدر و جدّ پدری در ترازوی قواعد اصولی

حمید مسجدسرائی<sup>۱</sup>

سید رسول موسوی<sup>۲</sup>

زهرا فیض<sup>۳</sup>

### چکیده

در فقه امامیه و حقوق ایران، ولایت قهری پدر و جدّ پدری به رسمیت شناخته شده و به این ترتیب، دو ولی برای طفل در نظر گرفته شده است. در صورتی که موضوع اعمال ولایت پدر و جدّ پدری، عمل حقوقی واحدی بوده و میان آن دو عمل، تقارن عرفی وجود داشته باشد، درباره نفوذ و عدم نفوذ ولایت هر یک، تعارض به وجود می‌آید. فقها در مقام رفع این تعارض، دیدگاه‌های مختلفی را با مبانی متفاوت از هم مطرح کرده‌اند. عده‌ای با استناد به قیاس اولویت و تقدم اصل سببی بر اصل مسببی، ولایت جدّ پدری را بر ولایت پدر مقدم دانسته و عده‌ای دیگر با استناد به سیره متشرعیه تلاش کرده‌اند تا ولایت پدر را بر ولایت جدّ پدری مقدم نشان دهند. واکاوی در ادله هر یک از طرفین، حاکی از این نتیجه است که هیچ‌یک از اقوال پیش گفته، قابل پذیرش نیست و در صورت تقارن عرفی اعمال ولایت پدر و جدّ پدری و البته در غیر عقد نکاح، باید ولایتی که مصلحت اهم را در نظر گرفته باشد، مقدم دانست و در صورت تساوی مصلحت هر دو عمل و یا عدم تشخیص مصلحت اهم، حاکم شرع میان پذیرش ولایت یکی از طرفین و ردّ ولایت دیگری مخیر است. در صورت جهل به تاریخ اعمال ولایت نیز در برخی از فروع می‌توان به اصل تأخر حادث رجوع کرده، به تقدم ولایت جدّ پدری حکم نمود.

**واژگان کلیدی:** اصل تأخر حادث، ولایت پدر، ولایت جد پدری، ولایت قهری.

h\_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir

sr\_mousavi@semnan.ac.ir

feiz50@yahoo.com

۱. دانشیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان- نویسنده مسئول

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان

۳. مربی دانشگاه پیام نور

## مقدمه

یکی از مسائلی که در فقه امامیه و حقوق ایران مورد توجه ویژه قرار گرفته، اهمیت به تربیت و رشد فرزندان و حمایت از حقوق ایشان است. «ولی» از جمله نهادهایی است که برای فراهم کردن این مهم در نظر گرفته شده است.

در فقه امامیه ولایت قهری پدر و جدّ پدری نسبت به صغیر به رسمیت شناخته شده (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۲۸؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۹۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۸۷؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۶۲۳؛ امام خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۱۴) و به منظور اثبات آن به روایات مستفیض، اجماع و برخی ادلّه عقلی (از جمله قیاس اولویت) استناد شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۶۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۰۱؛ همان، ج ۲۹، ص ۱۷۲).

قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از فقه امامیه، ولایت قهری طفل صغیر، طفل غیررشید یا فرد مجنونی را که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد، برای پدر و جدّ پدری به رسمیت شناخته است (ماده ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ ق.م).

بنابراین، بر اساس فقه امامیه و حقوق ایران، کودکی که پدر و جدّ پدری او در قید حیات باشند، دارای دو ولی قهری است. حال، اعمالی که ممکن است از سوی این دو ولی برای مولی علیه انجام شود، چند حالت دارد:

- گاه موضوع اعمال ولایت پدر و جدّ پدری بیش از یک چیز است، مانند آنکه جدّ پدری خانه‌ای را برای نوه خود خریداری کند و پدر نیز ملکی از املاک فرزند را بفروشد. در این حالت هیچ تنافی و مغایرتی میان اعمال پدر و جدّ پدری وجود ندارد؛ اگرچه هر دو عمل در زمان واحد اتفاق بیفتند.
- گاهی موضوع اعمال ولایت پدر و جدّ پدری یک چیز واحد است، مانند آنکه پدر و جدّ پدری هر دو یک مال را بفروشند. در این حالت دو فرض متصور است:

**فرض اول.** عمل یکی از نظر زمانی بر عمل دیگری مقدم باشد. بسیاری از فقها از جمله

شهید ثانی و امام خمینی عمل مقدم را صحیح دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۰۶-۱۰۵؛ امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۱۳). البته برخی همچون علامه حلّی بر این باورند که در فرض یادشده، تصرف جدّ مطلقاً (چه پیش از عمل پدر انجام شده باشد و چه پس از آن) بر تصرف پدر مقدم است (علامه حلّی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۲۴۴).

**فرض دوم.** عمل هر دو در یک زمان اتفاق افتاده و به اصطلاح فقها میان آن دو تقارن عرفی وجود داشته باشد. در این زمینه میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. قانون مدنی ایران نیز در مورد این فرض کاملاً ساکت بوده، حکمی را بیان نکرده است. از این رو، مطابق اصل ۱۶۷ ق.ا و ماده ۳ ق.آ.د.م باید به منابع معتبر فقهی و اصولی و قواعد مسلم حقوقی مراجعه شود.

آنچه در این پژوهش بحث و بررسی شده، همین فرض است.

ناگفته نماند در برخی موارد نسبت به زمان اعمال ولایت پدر و جدّ پدری جهل وجود دارد که با توجه به اهمیت حکم این مسئله، لازم است حالات مختلف جهل به زمان اعمال ولایت پدر و جدّ پدری نیز بررسی و احکام هر یک از این حالات تبیین شود. پیش از ورود به مباحث یادشده، به منظور روشن شدن محل دقیق نزاع نیاز است توضیحاتی پیرامون «مقتضیات و موانع اعمال ولایت» و «لزوم رعایت مصلحت مولی علیه در تصرفات» که مقدمات نافذ بودن اعمال ولی شمرده می‌شود، ارائه گردد.

## ۱. مقتضیات و موانع اعمال ولایت

یکی از مهم‌ترین مسائلی که در موضوع ولایت پدر و جدّ پدری مطرح شده، وجود مقتضیات و نبود موانع ولایت است که عبارت‌اند از:

- اسلام. ولی باید مسلمان باشد و بر اساس قاعده «نفی سبیل» کافر بر مسلمان هیچ ولایتی ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۱۶۶؛ نجفی، همان، ج ۲۹، ص ۲۰۶). برخی از فقها همچون صاحب حدائق در خصوص این شرط ادعای اجماع کرده‌اند (صاحب حدائق، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص ۲۶۷).

- بلوغ. درباره این شرط نیز میان فقهای شیعه اجماع وجود دارد (صاحب جواهر، همان، ج ۲۹، ص ۲۰۷؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۴۸۱).
- عقل (محقق حلّی، همان، ج ۲، ص ۲۷۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۱۶۷؛ صاحب جواهر، همان، ج ۲۹، ص ۲۰۷).
- رشد و کمال (علامه حلّی، همان، ج ۳، ص ۱۳؛ محقق ثانی، همان، ج ۱۲، ص ۱۰۶).
- حریت (محقق حلّی، همان، ص ۱۰۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۶۶؛ حکیم، همان، ج ۱۴، ص ۴۸۲).

بدیهی است در صورتی که تنها یکی از دو نفر واجد مقتضیات و فاقد موانع باشد، نظر وی مقدم خواهد شد. زیرا تنها میان دو نظری که از حجیت قانونی و شرعی برخوردار هستند، تنافی و تعارض واقع می‌شود. از همین رو، در صورتی که پدر یا جد پدری یکی از مقتضیات ولایت را دارا نبوده و یا واجد یکی از موانع ولایت باشد، اعمال وی حجیت و اعتبار نداشته، توان تعارض با نظر مقابل را نخواهد داشت (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص ۲۱۳).

## ۲. لزوم رعایت مصلحت موالی علیه در تصرفات

افزون بر وجود مقتضیات و نبود موانع در پدر و جد پدری، رعایت مصلحت موالی علیه نیز ضروری بوده و اعمال ولایت این دو، مشروط به رعایت غبطه است (شیخ طوسی، همان، ج ۲، ص ۲۰۰؛ علامه حلّی، همان، ج ۲، ص ۱۳۵؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۳۱۸ و ۴۰۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۶۶، و ج ۴، ص ۳۵-۳۳، و ج ۵، ص ۱۳۶).

رعایت غبطه و مصلحت طفل در نزد قانون‌گذار ایران نیز مورد توجه قرار گرفته است؛ به‌گونه‌ای که در صورت رعایت نشدن مصلحت طفل، قانون‌گذار ولایت پدر یا جد پدری را قابل عزل دانسته است (ماده ۱۱۸۴ ق.م). افزون بر این، قانون‌گذار در قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ش نیز رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان را در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی دانسته است.

مسئله «لزوم رعایت مصلحت طفل» در نظام حقوقی بین‌المللی نیز مورد توجه بوده و در ماده دوم کنوانسیون حقوق کودک مقرر شده است که هریک از والدین طفل مکلفاند در

تمامی مسائل مربوط به طفل، مصلحت او را رعایت کنند. یادآوری این نکته ضروری است که ایران یکی از کشورهایی است که به این کنوانسیون ملحق شده و از همین رو، کنوانسیون یادشده در کشور ما نیز لازم‌الاجرا شمرده می‌شود.

بنابر این توضیحات، می‌توان دریافت اگر پدر یا جدّ پدری مصلحت مولی‌علیه را رعایت نکند، نظر او فاقد اعتبار شرعی و قانونی خواهد بود.

ناگفته نماند برخی از فقهای امامیه وجود مصلحت را برای اعمال ولایت لازم ندانسته و تصرفات ولی را منوط به عدم مفسده دانسته‌اند (صاحب جواهر، همان، ج ۲۲، ص ۳۳۲؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۳۱؛ خوئی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۱-۲۰). در صورت پذیرفتن نظر این گروه از فقها، باید گفت صرف وجود مفسده، تصرف ولی را بی‌اعتبار ساخته، آن دسته از اعمالی را که باوجود نداشتن مفسده، مصلحتی را نیز با خود به‌همراه ندارند، باید معتبر و نافذ دانست.

### ۳. نظریه‌های موجود پیرامون حکم تقارن ولایت پدر و جد

در صورتی که میان عمل پدر و جدّ پدری تقاون عرفی وجود داشته باشد و مقتضیات اعمال ولایت موجود و موانع آن مفقود باشد و همچنین مفسده‌ای در اقدامات پدر و جدّ پدری وجود نداشته باشد، می‌توان پنج نظریه پیرامون پذیرش یا رد اقدام پدر یا جدّ پدری صادر کرد. گفتنی است که این نظریات از سوی فقهای امامیه مطرح شده و هیچ‌یک از فقها به‌صراحت یکی از آنها را مورد پذیرش یا رد قرار نداده است. این نظریه‌ها عبارت‌اند از:

**نظریه اول.** تصرف پدر مقدم بر تصرف جد است؛ چراکه اتصال پدر به فرزند، از اتصال جد به نوه شدیدتر بوده، ولایت جد بر نوه خود از ناحیه ولایت پدر به فرزندش نشئت گرفته است (علامه حلّی، همان، ج ۲، ص ۴۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۳۰۳).

تصرف جد مقدم بر تصرف پدر است؛ چراکه در باب نکاح، روایات مستفیض و همچنین اجماع وجود دارد که در فرض تقارن ولایت پدر و جد باید ولایت جد را بر ولایت پدر مقدم دانست. لذا در سایر تصرفات نیز به طریق اولی باید ولایت جد را بر ولایت پدر مقدم نمود.

به عبارت ساده‌تر، باتوجه به اینکه شارع مقدس احتیاط بیشتری نسبت به مسائل باب نکاح دارد، اگر حکمی در مسئله تقدم ولایت جد بر ولایت پدر در باب نکاح صادر شود، به طریق اولی این حکم را در سایر ابواب فقهی نیز می‌توان اجرا کرد (علامه حلی، همان، ج ۱۴، ص ۲۴۴؛ محقق ثانی، همان، ج ۵، ص ۱۸۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۶۲-۱۶۱؛ صاحب ریاض، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۲۵۶).

**نظریه دوم.** هر دو عقد باطل است؛ چراکه هیچ‌یک از این عقود بر دیگری ترجیح نداشته، ترجیح بدون مرجح محال است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۰۶-۱۰۵؛ فاضل لنکرانی، همان، ص ۳۰۳).

**نظریه سوم.** باید به قرعه رجوع شود (حائری، بی‌تا، ص ۱۰۵).

**نظریه چهارم.** حاکم شرع میان انتخاب یکی از دو تصرف و رد دیگری مخیر است (همانجا).

باتوجه به اینکه به ادله هریک از این نظریه‌ها اشکال وارد است، برخی از فقهای معاصر همچون امام خمینی هیچ‌یک از این نظریات را نپذیرفته‌اند و در فرض پیش‌گفته قائل به احتیاط شده‌اند (امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۱۴-۱۳). گفتنی است که مراد از احتیاط در این مسئله، رجوع به نفع بیشتر و مصلحت کامل‌تر است (فاضل لنکرانی، همان، ص ۳۰۳).

در ادامه تلاش شده است تا با استفاده از علم اصول فقه، ادله‌ای که به‌وسیله آن‌ها می‌توان ولایت پدر یا جد پدری را بر دیگری مقدم نمود، ارزیابی شود و حکم عقلی و منطقی فرض یادشده مشخص گردد.

گفتنی است که در یافتن حکم فرض مورد بحث، نمی‌توان از اصول لفظی استفاده کرد؛ چراکه استفاده از اصل لفظی در هریک از طرفین، معارض با همان اصل لفظی در طرف مقابل است. به عبارت ساده‌تر، در این فرض نمی‌توان به عموم یا اطلاق ولایت پدر تمسک جست و تصرفات پدر را مقدم بر تصرفات جد دانست؛ چراکه در آن سوی میدان نیز می‌توان به عموم یا اطلاق ولایت جد تمسک نمود و حکم به تقدیم ولایت جد بر ولایت پدر نمود.

از همین رو، برای یافتن حکم فرض یادشده، لازم است از اصول عملیه استفاده شود.

#### ۴. ادله مورد استناد در اثبات تقدم ولایت جد

به منظور اثبات تقدم ولایت جد بر ولایت پدر، می‌توان به دو دلیل استناد نمود؛ «قیاس اولویت» و «تقدم اصل سببی بر اصل مسببی». در ادامه، توضیحاتی پیرامون نحوه استناد به این دو دلیل ارائه شده است.

##### ۴.۱. قیاس اولویت

یکی از ادله‌ای که برای اثبات تقدم ولایت جد از سوی برخی از فقها استفاده شده، قیاس اولویت است.

فقهای امامیه در استناد به این دلیل از دو شیوه بهره برده‌اند:

در توضیح شیوه نخست باید گفت ارکان قیاس شامل اصل (مقیس علیه)، فرع (مقیس) و جامع یا علت حکم شده، اگر حکمی در مقیس علیه به واسطه علتی وجود داشته باشد که آن علت در مقیس به صورت آكد و اشدّ باشد، می‌توان حکم مقیس علیه را در مورد مقیس نیز جاری دانست؛ چراکه علت حکم در مقیس اشد از مقیس علیه بوده و اگر علت موجود باشد، حکم نیز باید جاری گردد (مظفر، همان، ج ۳، ص ۱۸۸-۱۸۷). برای مثال در خصوص صدور حکم حرمت برای نوشیدن خمر باید گفت علت صدور حکم حرمت، سُکرآور بودن خمر است. لذا اگر ماده دیگری یافت شود که اِسْکارش از خمر بیشتر باشد، باید به طریق اولی نوشیدن آن را نیز حرام دانست. در مسئله مورد نزاع نیز ولایت جدّ پدری بر ولایت پدر اولویت دارد و از همین رو، باید تصرفات جد را بر تصرفات پدر مقدم دانست؛ چراکه جدّ پدری افزون بر ولایت داشتن نسبت به پدر، بر نوه هم ولایت دارد. به عبارت دیگر، عنصر ولایت در جدّ پدری اشد از ولایت پدر است.

در مقام ارزیابی این شیوه باید گفت استدلال پیش‌گفته تنها توانایی اثبات ولایت جدّ پدری بر نوادگان خود را دارد و به وسیله آن نمی‌توان تقدم ولایت جدّ پدری بر ولایت پدر را ثابت نمود. به عبارت ساده‌تر، با استدلال یادشده تنها می‌توان اثبات نمود که چون جد بر پدر

ولایت دارد، به طریق اولی بر فرزندان وی یا همان کسانی که پدر بر آنها ولایت دارد نیز ولایت خواهد داشت. این درحالی است که در مسئله مورد بحث، اثبات ولایت جدّ پدری محلّ نزاع نبوده، از طریق آن نمی‌توان تقدم ولایت جدّ پدری بر ولایت پدر را ثابت نمود. این نکته را نیز باید در نظر داشت که از نظر برخی از فقها، اتصال ولایت پدر بر فرزند، شدیدتر از اتصال ولایت جد بر نوه است (فاضل لنکرانی، همان، ص ۳۰۳). از همین رو استناد به قیاس اولویت به شیوه یادشده صحیح نیست.

شیوه دومی که از سوی برخی فقها به منظور اثبات تقدم ولایت جدّ پدری بیان شده، قیاس اولویتی است که از باب نکاح استخراج شده است. در توضیح پیرامون این استدلال باید گفت در باب نکاح اگر میان عقد پدر و جدّ پدری مقارنه ایجاد شود و جدّ پدری نوه خود را به عقد شخصی در آورد و پدر نیز هم‌زمان با او، فرزند خود را به عقد شخص دیگری در آورد، بنابر روایات متواتر و اجماع فقها باید نکاح منعقدشده از سوی جدّ پدری را مقدم بر عمل پدر دانست (محقق حلی، همان، ج ۲، ص ۲۲۲؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۷۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۱۰۲؛ صاحب جواهر، همان، ج ۲۹، ص ۲۱۱؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۷۹). از میان روایاتی که به‌عنوان شهادی برای اثبات «مقدم بودن ولایت جدّ پدری» به آنها استناد شده است، می‌توان به «موثقه عبید بن زراره» به‌عنوان یکی از مهم‌ترین این روایات اشاره کرد. وی در این باره آورده است:

«خدمت امام صادق (ع) عرض کردم: دختری است که پدرش او را به عقد نکاح شخصی در آورده و جدش او را به عقد نکاح شخص دیگری در آورده است. [نظر شما در این باره چیست و عقد کدامیک را صحیح می‌دانید؟] امام صادق (ع) در پاسخ فرمودند: در صورتی که عقد جد ضرر زننده نباشد و عقد پدر زودتر از عقد جد منعقد نشده باشد، عقد جد مقدم بر عقد پدر است (شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۲۸۹)».

در این روایت، امام صادق (ع) به‌صراحت در فرضی که عقد نکاح منعقدشده از سوی پدر و جد دارای تقارن عرفی باشد، عقد جد را بر عقد پدر مقدم دانسته است. حال با توجه به آنکه شارع مقدس در مسائل مربوط به باب نکاح محتاطانه‌تر از سایر ابواب فقهی برخورد



کرده است، باید گفت اگر حکمی در مسئله تقدم ولایت جد بر ولایت پدر در باب نکاح صادر شد، به طریق اولی این حکم را در سایر ابواب فقهی نیز می‌توان اجرا کرد (علامه حلی، همان، ج ۱۴، ص ۲۴۴؛ محقق ثانی، همان، ج ۵، ص ۱۸۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۶۲-۱۶۱؛ صاحب ریاض، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۲۵۶).

در مقام ارزیابی این شیوه نیز باید گفت اولویتی که در بالا به آن استناد شده است، نه تنها ظنی بوده و هیچ حجیتی ندارد، بلکه با بررسی این استدلال می‌توان دریافت که استدلال پیش‌گفته بر پایه قیاس طراحی شده است. با عنایت به اینکه در مذهب امامیه استفاده از قیاس در استنباط احکام شرعی مردود است، نمی‌توان این استدلال را پذیرفت.

#### ۲.۴. تقدم اصل سببی بر اصل مسببی

بنابر «تقدم اصل سببی بر اصل مسببی» اگر یکی از دو اصل سبب دیگری باشد، تنها اصل در ناحیه سبب اجرا می‌شود. برای مثال، اگر لباس نجسی را با آبی که شک در طهارت و نجاست آن داریم تطهیر کنیم، دو اصل قابل جریان است؛ اصله الطهاره نسبت به آب (یا استصحاب طهارت آب) و استصحاب نجاست لباس (چراکه با توجه به شک در طهارت و نجاست آب، نمی‌توان به طهارت لباس یقین پیدا کرد). در این مورد، اصله الطهاره آب بر استصحاب نجاست لباس مقدم است؛ زیرا شک در بقای نجاست لباس نشئت گرفته از شک در طهارت آب است و با اجرای اصله الطهاره در مورد آب، می‌توان به پاک شدن لباس یقین پیدا کرد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۳۱؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۷۳۷).

در توضیح پیرامون نحوه استناد به تقدم اصل سببی بر اصل مسببی به منظور اثبات ولایت جدّ پدري نیز باید گفت با اجرای اصل در ناحیه ولایت جد و اثبات نافذ بودن تصرفات وی، شک ما در ناحیه ولایت پدر از بین رفته و جایی برای اعمال ولایت پدر باقی نخواهد ماند؛ چراکه ولایت جد از حیث زمان مقدم بر ولایت پدر بوده، با توجه به یقین داشتن پیرامون ولایت جد، جایی برای اعمال ولایت پدر باقی نخواهد ماند. به بیان دیگر، از حیث آنکه ولایت جد بر ولایت پدر اقدم است، استصحاب ولایت جد بر استصحاب ولایت پدر مقدم خواهد بود.

در مقام ارزیابی این استدلال باید گفت در فرض تقارن ولایت پدر و جدّ پدری رابطه سببی و مسببی وجود ندارد؛ بلکه ولایت پدر و جدّ پدری در عرض یکدیگر قرار داشته، همپراز با هم است. به علاوه، این سخن که «ولایت جد اقدم از ولایت پدر است» پذیرفته نیست؛ زیرا اگرچه جد افزون بر نوه، بر فرزندش نیز ولایت دارد، این مسئله مستلزم آن نیست که ولایت جد نسبت به نوه از ولایت پدر نسبت به فرزندش اقدم باشد. بلکه ولایت جد نسبت به نوه و ولایت پدر نسبت به فرزند حدوداً مساوی با یکدیگر بوده، هیچ کدام تقدیمی بر دیگری ندارد. به عبارت ساده‌تر، با تولد فرد هم پدر و هم جدش، ولی او به حساب آمده و از نظر زمانی هیچ‌یک از این دو زودتر از دیگری نسبت به فرزند یا نوه ولایت پیدا نمی‌کنند.

#### ۵. استناد به سیره متشرعیه به منظور اثبات تقدم ولایت پدر

تنها دلیلی که به منظور اثبات تقدم ولایت پدر بر جدّ پدری ممکن است مورد استناد قرار گیرد، سیره متشرعیه است. اثبات این سیره نیازمند اقامه دلیل نیست و با اندک تتبع و استقرایی تصدیق می‌شود. با توجه به آنکه سیره متشرعیه حجت است، باید حکم به تقدم ولایت پدر بر ولایت جدّ پدری نمود. ناگفته نماند در صورتی که عرف درصدد نفی ولایت جد به صورت مطلق باشد (اعم از آنکه میان ولایت پدر و جد تقارن وجود داشته باشد یا خیر)، با توجه به تعارض عرف با منابع دینی نمی‌توان عرف را معتبر دانست.

در مقام ارزیابی این دلیل باید گفت استدلال به سیره متشرعیه به منظور اثبات تقدم ولایت پدر هم از حیث صغری و هم از حیث کبری مردود است؛ چراکه

- نخست اینکه وجود چنین سیره‌ای محرز نیست.
- دوم، بر فرض آنکه بپذیریم چنین سیره‌ای در میان متشرعیه وجود دارد، باز هم باید گفت دلیلی برای حجیت این سیره وجود ندارد؛ زیرا یکی از شروط حجیت سیره متشرعیه، یقین داشتن نسبت به جاری بودن این سیره در عصر ائمه اطهار (ع) و قرار گرفتن یکی از معصومین (ع) در گروه عمل‌کنندگان به آن است (شهید صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۰۰؛ مظفر، همان، ج ۳، ص ۱۷۹). این درحالی است که موافقت

معصوم (ع) از سیره یادشده احراز نمی‌شود.

- سوم، برخی از فقهای امامیه همچون شیخ انصاری بر این باورند که بر فرض ثبوت سیره متشرعیه در مورد حکم یک موضوع، باز هم باید گفت ممکن است این سیره ناشی از مسامحه و بی‌مبالاتی مردم باشد. در این صورت سیره متشرعیه قطعاً حجت نخواهد بود (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۴۲).

## ۶. استفاده از قواعد باب تعارض به منظور یافتن حکم تقارن ولایت پدر و جد

یکی دیگر از قواعد اصولی‌ای که می‌توان به منظور یافتن حکم فرض مورد بحث به آن استناد کرد، قواعد باب تعارض است؛ چراکه در این فرض میان ولایت پدر و جد تعارض وجود دارد. از همین رو باید این دو را از نظر «أعدل» و «أورع» بودن، «موافقت با کتاب و سنت» و «مخالفت با عامه» بررسی کرد و در صورت وجود مرجح در ولایت یکی از طرفین، آن را بر ولایت دیگری مقدم نمود (مظفر، همان، ج ۳، ص ۲۲۶؛ آخوند خراسانی، همان، ص ۴۳۹؛ نائینی، ۱۳۵۲، ج ۴، ص ۷۲۶؛ عراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۷۴).

قاعده ثانویه در باب تعارض دو دلیل با یکدیگر، تخییر است (ابن شهید ثانی، بی‌تا، ص ۲۵۰؛ صاحب فصول، ۱۴۰۴ق، ص ۴۴۶؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۷۶۵؛ مظفر، همان، ج ۳، ص ۲۳۶). با توجه به آنکه در ولایت پدر و جد هیچ مرجحی نسبت به ولایت طرف مقابل وجود ندارد، باید به سراغ اجرای قاعده ثانویه در تعارض یا همان تخییر رفت.

در مقام ارزیابی استدلال پیش‌گفته باید گفت با بررسی مباحث مربوط به علم اصول می‌توان دریافت فرض مورد بحث یا همان تقارن ولایت پدر و جدّ پدري، از مصادیق متعارضین نیست؛ چراکه برای تحقق تعارض میان ولایت پدر و جدّ پدري باید میان این دو تکاذب وجود داشته باشد و ولایت هریک از این دو، ولایت دیگری را تکذیب کند و در عین حال، امکان صحت ولایت هر دو وجود نداشته باشد (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۵۰۲؛ مظفر، همان، ج ۳، ص ۲۱۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۰۸؛ آخوند خراسانی، همان، ص ۴۳۷؛ شهید صدر، ۱۴۳۶ق، ج ۲، ص ۵۲۹). لکن در مسئله مورد بحث، میان دلیلی که ولایت پدر به وسیله آن ثابت شده و دلیلی که ولایت جدّ پدري با آن ثابت شده است، هیچ تنافی‌ای

وجود ندارد و هر دو دلیل از سوی شارع مقدس صادر شده است. از همین رو، هیچ‌یک از دو دلیل را نمی‌توان تکذیب نمود.

به‌علاوه در فرض تقارن ولایت پدر و جدّ پدری نمی‌توان ولایت هر دو را بی‌اعتبار دانست و به قاعده «إذا تعارضاً، تساقطاً» عمل نمود؛ چراکه با تساقط ولایت هر دو، راهی جز رجوع به اصول عملیه باقی نمانده و اجرای هر اصل عملی نسبت به ولایت پدر یا جدّ پدری، معارض با اجرای همان اصل نسبت به طرف مقابل است. برای مثال، اگر مجتهد بخوهد به استصحاب عدم تأثیر ولایت جد تمسک کند، عملش با استصحاب عدم تأثیر ولایت پدر تعارض خواهد داشت. بنابراین، با اجرای قواعد باب تعارض نیز نمی‌توان به حکم مسئله تقارن ولایت پدر و جدّ پدری دست یافت.

#### ۷. استفاده از قواعد باب تزاحم به منظور یافتن حکم تقارن ولایت پدر و جد

با توجه به توضیحاتی که در مورد تعارض ولایت پدر و جدّ پدری ارائه شد، می‌توان دریافت که تقارن ولایت پدر و جدّ پدری از مصادیق تزاحم است. به عبارت دیگر، ولایت پدر و جدّ پدری در مرحله اجرا با یکدیگر تنافی دارد و اعمال ولایت این دو در یک زمان ممکن نیست.

قاعده در باب تزاحم، تقدیم اهم بر مهم است (شهید صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص ۸۷؛ خوئی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۳۴؛ مظفر، همان، ج ۳، ص ۲۱۶). برای مثال، در تزاحم میان نجات جان غریق و غضب، نجات جان غریق مقدم است و حرمت غضب از فعلیت ساقط است. از همین رو، اگر فردی به‌منظور نجات جان غریق، مجبور به ورود به ملک دیگری یا همان غضب ملک او شود، عمل حرامی مرتکب نشده است. در مسئله مورد بحث نیز باید به دنبال اعمال ولایت فردی بود که مصلحت اهم در آن لحاظ شده باشد. بنابراین، اگر اعمال ولایت جد مصلحت اهم را با خود به همراه داشته باشد، ولایت جد بر ولایت پدر مقدم خواهد بود و برعکس.

در صورتی که مصلحت اهم و اقوی در کار نباشد و یا تشخیص مصلحت اهم و اقوی ممکن نباشد، بنابر حکم عقل باید قائل به تخییر در مسئله شد (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۲۸۷؛

خوئی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۳۴؛ مظفر، همان، ج ۳، ص ۲۱۶). گفتنی است که تخییر در این حالت را نمی‌توان جزو موارد ترجیح بلامرجح دانست؛ چراکه قائل شدن به حکم تخییر در فرض یادشده به اعتبار حکم و دستور عقل بوده، ترجیح بلامرجح در امور اعتباری جریان ندارد.

بنابراین، اگر اعمال ولایت پدر و جدّ پدري دارای مصلحت مساوی بوده یا نتوان مصلحت اهم و اقوی را در آن تشخیص داد، باید قائل به تخییر شد. نکته قابل توجهی که در این باره وجود دارد، آن است که مرجع تشخیص مصلحت اهم و اقوی یا تعیین یکی از طرفین در فرض تخییر، حاکم شرع است.

#### ۸. جهل به زمان تصرفات پدر و جدّ پدري

با توجه به توضیحاتی که ارائه شد، اگر علم به عدم تقارن و سبق یکی از دو عقد بر دیگری وجود داشته باشد، عقد سابق مقدم است و اگر علم به تقارن باشد، باید مصلحت اهم و اقوی را در نظر گرفت و در صورت تساوی در مصلحت یا عدم تشخیص مصلحت اقوی، حکم به تخییر نمود.

یکی دیگر از مهم‌ترین پرسش‌هایی که در ولایت پدر و جدّ پدري مطرح شده، آن است که اگر تاریخ و زمان اعمال ولایت پدر و جد مجهول باشد یا اینکه تنها زمان یکی از آن دو معلوم باشد، در این دو صورت وظیفه چیست؟

با توجه به آنکه حکم این مسئله در عقد نکاح و غیر آن متفاوت است، در ادامه ذیل دو عنوان به ارائه پاسخ پرداخته شده است.

#### ۱.۸. در عقد نکاح

همان‌طور که بیان شد، در باب نکاح به واسطه وجود روایات مستفیض و اجماع بر تقدم ولایت جد بر ولایت پدر، در صورت تقارن ولایت جد و ولایت پدر باید ولایت جد را مقدم نمود. حکم این مسئله در فرض جهل به زمان اعمال ولایت نیز تأثیر خواهد گذاشت. از همین رو، لازم است «حکم جهل به زمان اعمال ولایت در عقد نکاح» به صورت مستقل

بررسی شود.

در فرض جهل به زمان اِعمال ولایت پدر و جد، دو حالت وجود دارد: «زمان اِعمال ولایت هر دو مجهول باشد» و «زمان اِعمال ولایت یکی مجهول و دیگری معلوم باشد».

### ۱.۱.۸. مجهول بودن زمان اِعمال ولایت هر دو نفر

اما در عقد نکاح، عقد جدّ مقدم می‌شود، زیرا در موثقه عبید که پیش‌تر بیان شد، همیشه عقد جد را مقدم دانسته است؛ مگر آنکه علم به سبق عقد پدر داشته باشیم و چون در اینجا استصحاب عدم سبق عقد پدر بر عقد جد جاری می‌شود، سبق عقد پدر بر عقد جد احراز نمی‌شود، لذا مشمول روایت شده و عقد جد مقدم می‌شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۱۱، طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۶۲۸). باید به این نکته توجه داشت که در اینجا بین استصحاب در دو طرف تعارض رخ نمی‌دهد، چون شرط جریان استصحاب، آن است که اثر شرعی بر آن بار شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۶۵۹؛ آخوند خراسانی، همان، ص ۴۱۸؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۵۲۱) و چون بر استصحاب عدم سبق عقد جد بر عقد پدر اثری بار نمی‌شود، تنها استصحاب عدم سبق عقد پدر بر عقد جد جریان پیدا می‌کند، زیرا موضوع روایت، عدم تقدم عقد پدر بر عقد جد است و با جریان آن استصحاب، این عدم اثبات شده، به اولویت عقد جد حکم داده می‌شود.

البته بنا بر نظر آخوند خراسانی، درجایی که اثر شرعی بر عدم محمولی یا مفاد لیس تامه مترتب است؛ یعنی نفس نبود یکی از دو حادث در زمان حدوث حادث دیگر دارای اثر شرعی است، استصحاب جاری نمی‌شود، به دلیل عدم احراز اتصال زمان یقین به زمان شک. حال آنکه حتما باید این پیوستگی و اتصال وجود داشته باشد، وگرنه با فصل اجنبی استصحاب جاری نمی‌شود. برای مثال، اگر روز شنبه یقین به عدالت زید داشتیم و روز یکشنبه و دوشنبه شک کنیم، استصحاب بقای عدالت تا دوشنبه جاری می‌شود. ولی اگر روز یکشنبه یقین به فسق پیدا کردیم و روز دوشنبه شک در عدالت کردیم، حق نداریم عدالت روز شنبه را استصحاب کنیم، زیرا آن عدالت متیقن با فسق قطعی مرتفع شده و نقض یقین به یقین است، نه نقض یقین به شک. اگر هم بنا باشد استصحابی جاری کنیم، باید استصحاب فسق

جاری شود که متصل به زمان شک است. در مانحن فیه نیز مطلب از همین قرار است، زیرا روز چهارشنبه یقین به نبود عقد جد و پدر داشتیم. روز پنجشنبه علم اجمالی به حدوث عقد یکی از آن دو پیدا کردیم و روز جمعه نیز علم اجمالی دیگر به حدوث حادث دیگر پیدا کردیم، در اینجا حق نداریم بگوییم که عدم عقد پدر در روز چهارشنبه قطعی بود. حال شک داریم که در پنجشنبه حادث شده یا جمعه؟ استصحاب عدم می‌کنیم تا روز جمعه و اثر شرعی بر خود همین عدم حدوث عقد پدر بار می‌شود، زیرا شاید آنکه روز پنجشنبه معلوم اجمالی بوده، همین عقد پدر باشد که اگر این باشد، نقض یقین سابق به عدم عقد پدر، به وسیله شک لاحق نیست، بلکه با یقین به عقد پدر است و به دلیل این احتمال می‌گوییم در استصحاب باید نقض یقین به شک صدق کند تا نهی لاتنقض جریان یابد. در اینجا صدق این‌چنینی مشکوک است و تمسک به عموم «لاتنقض» از قبیل تمسک به خطاب در شبهه مصداقیه آن است که جایز نیست. پس باید زمان یقین و شک متصل باشد تا نقض یقین به شک صدق کند تا استصحاب جاری شود و در این صورت چنین چیزی احراز نشده است (آخوند خراسانی، همان، ص ۴۲۰).

ممکن است اشکال شود که می‌توان قبلیت و سبق عقد پدر بر جد را به وسیله استصحاب عدم وقوع عقد جد تا زمان وقوع عقد پدر ثابت کرد؛ یعنی در زمان سابق، عقد جد اتفاق نیفتاده بود (یقین سابق)، حال در زمان وقوع آن عقد شک داریم، استصحاب عدم می‌گوید، اصل آن است که عقد جد تا زمان عقد پدر اتفاق نیفتاده است، پس عقد پدر پیش از عقد جد اتفاق افتاده است.

اما در پاسخ این اشکال باید گفت که این کلام با دو ایراد مواجه است: اول آنکه اجرای اصل تأخر حادث یا عدم حدوث حادث برای اثبات تقدم عقد پدر صحیح نیست، زیرا اصل مثبت است؛ یعنی از یک استصحاب عدمی یک نتیجه وجودی که لازمه عقلی آن است، گرفته شود که طبق نظر مشهور اصولیین اصل مثبت فاقد حجیت و اعتبار است (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۵۶۰-۵۵۹؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۴۸۷) و در اینجا مانند مسئله تقارن، واسطه از امور خفیه نیست تا بتوان آن را حجت کرد، بلکه عدم تأخر و تقدم کاملاً با هم متفاوت‌اند و یکی لازمه عقلی آن دیگری است.

دوم آنکه بر فرض که اصل مثبت حجت باشد، باز هم این استصحاب تقدم عقد جد را ثابت نمی‌کند، زیرا مبتلی به معارض است؛ یعنی بنا بر اینکه استصحاب تقدم را ثابت کند، در هر دو طرف جاری می‌شود، زیرا در هر دو طرف دارای اثر شرعی است، لذا به تساقت دو استصحاب حکم می‌شود (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۵۲۱).

### ۲.۱.۸. معلوم بودن زمان اعمال ولایت یکی از طرفین

در فرض معلوم بودن زمان اعمال ولایت یکی از طرفین، ممکن است «زمان عقد جد معلوم و زمان عقد پدر مجهول باشد» یا آنکه «زمان عقد پدر معلوم و زمان عقد جد مجهول باشد».

در صورتی که زمان عقد جد پدری معلوم و زمان عقد پدر مجهول باشد، عقد جد پدری مقدم است؛ زیرا بنا بر اصل عدم حدوث حادث، می‌توان گفت که عقد پدر پیش از عقد جد پدری واقع نشده است. با توجه به روایات مستفیض و اجماع، به صرف اثبات عدم تقدم عقد پدر بر عقد جد پدری، باید عقد جد پدری را مقدم دانست (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۲۳۸).

در صورتی که زمان عقد پدر معلوم و زمان عقد جد پدری مجهول باشد، نمی‌توان بر تقدم عقد پدر حکم کرد؛ چراکه استصحاب عدم تقدم عقد جد بر عقد پدر، تقدم عقد پدر را اثبات نکرده و به همان اندازه که ممکن است عقد پدر مقدم بر عقد جد باشد، به همان اندازه نیز امکان تقارن میان این دو عقد وجود دارد. از همین رو در خصوص حکم این فرض از سوی فقهای امامیه چند نظر و احتمال مطرح شده است:

▪ لزوم احتیاط. به این معنا که آثار علم اجمالی را بر زوجیت یکی از دو مرد جاری نمود و به عدم امکان ازدواج زن با شخص ثالث حکم داد. همچنین زن نباید نسبت به هیچ یک از دو مرد تمکین کند؛ چراکه با تمکین نسبت به هریک از دو زوج، احتمال وقوع حرام وجود دارد. از همین روست که برخی از فقها قول به تقدیم عقد پدر بر جد پدری را صحیح نمی‌دانند (سید یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۶۲۹؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۴۶۵-۴۶۴).

▪ رجوع به قرعه. گروهی از فقها قائل به این نظر شده‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق،



ج ۲۹، ص ۲۱۱؛ طباطبائی حکیم، همان، ج ۱۴، ص ۴۶۵). گفتنی است که برخی از فقها با وجود پذیرش این نظر، معتقد هستند که در این حالت نیز باید جانب احتیاط را رعایت کرد و شخصی که قرعه علیه اوست، زن را طلاق داده، شخصی که قرعه به نفع اوست، دوباره عقد نکاح را منعقد کند؛ زیرا اگر در عالم واقع زن همسر شخصی باشد که قرعه به نفع اوست، طلاق طرف مقابل و انعقاد مجدد عقد خللی وارد نمی‌سازد و اگر همسر شخصی باشد که قرعه علیه اوست، با طلاق وی زن از عقد او خارج شده، با انعقاد مجدد نکاح به عقد شخصی در آمده که قرعه به نفع اوست (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۷؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۱۱۶؛ محقق ثانی، همان، ج ۱۲، ص ۱۷۳؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۳).

■ هر دو را بر طلاق اجبار کنیم تا به زن ضرری وارد نگردد. دلیل صدور چنین نظری آن است که در این فرض، از سویی زن نسبت به زوجیت خود و یکی از این دو نفر علم اجمالی دارد و از سوی دیگر، علم تفصیلی به زوجیت خود با یکی از این دو نفر ندارد و از همین رو نمی‌تواند با هیچ‌یک مرادده داشته باشد. این مسئله به زن ضرر وارد می‌سازد. همچنین دلیل یا مرجحی وجود ندارد که تنها یکی از دو نفر زن را طلاق دهد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۷؛ محقق ثانی، همان، ج ۱۲، ص ۱۷۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۱۱۶).

■ حاکم هر دو نکاح را فسخ کند. در صورت پذیرش این نظریه، از سویی زن از وقوع این دو عقد متضرر نمی‌شود و از سوی دیگر، اجباری در طلاق وجود ندارد که موجب بطلان طلاق شود (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۷؛ محقق ثانی، همان، ج ۱۲، ص ۱۷۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۱۱۶).

با توجه به آنکه نظریه نخست مشکلی را برطرف نمی‌سازد و در صورت عمل به آن، زن همچنان متضرر خواهد بود و نظریه دوم و سوم نیز مردان را به طلاق اجبار نموده، اجبار موجب بطلان طلاق خواهد شد، بر مبنای قواعد فقهی و اصولی باید نظریه چهارم را پذیرفت.

## ۲.۸. در غیر عقد نکاح

همان‌طور که در گذشته بیان شد، در فرض جهل به زمان اِعمال ولایت پدر و جد دو حالت وجود دارد: «زمان اِعمال ولایت هر دو مجهول باشد» و «زمان اِعمال ولایت یکی مجهول و دیگری معلوم باشد».

### ۱.۲.۸. مجهول بودن زمان اِعمال ولایت هر دو نفر

یکی از اصولی که به‌منظور یافتن حکم این فرض می‌توان مورد استفاده قرار داد، «اصل عدم تأخر حادث» است. بر اساس این اصل، اگر در زمانی معین وجود امری یقینی باشد و پیش از زمان یادشده وجود آن امر مشکوک باشد، در این حالت باید اصل استصحاب را جاری نمود و قائل به این نظریه شد که امر و مسئله مورد بحث تا پیش از زمان معین واقع نشده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۶۶۷؛ آخوند خراسانی، همان، ص ۴۱۹؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۵۲۱).

در فرض مجهول بودن زمان اِعمال ولایت پدر و جد، اصل تأخر حادث ایجاب می‌کند که بنابر استصحاب، تصرف هیچ‌یک از طرفین را پیش از تصرف دیگری ندانیم؛ از همین رو باید گفت عمل به اصل تأخر حادث در این مقام راهگشا نیست.

پرسشی که ممکن است در این زمینه مطرح شود، آن است که آیا می‌توان به‌وسیله اجرای این دو استصحاب تقارن و هم‌زمانی تصرف پدر و جد را ثابت کرد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت اگرچه از دو استصحاب عدمی (عدم وقوع تصرف پدر پیش از جد و عدم وقوع تصرف جد پیش از پدر) نمی‌توان یک امر وجودی (تقارن و هم‌زمانی تصرف پدر و جد) را ثابت نمود، لکن تقارن و هم‌زمانی چیزی جز عدم تقدم دو حادثه نیست. لذا با اجرای استصحاب عدمی در این فرض، خودبه‌خود تقارن و هم‌زمانی دو عمل ثابت خواهد شد (شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۶۶۷و۶۶۴). با بررسی مواد قانون مدنی می‌توان دریافت که قانون‌گذار نیز در پاره‌ای از موارد از این استدلال استفاده کرده است. برای مثال، براساس ماده ۱۰۲۴ ق.م «اگر اشخاص متعدد در یک حادثه تلف شوند، فرض بر این می‌شود که همه آن‌ها در آن واحد مُرده‌اند». بنابراین، در صورت جهل به زمان اِعمال ولایت هر دو

طرف (پدر و جد)، باید به تقارن و همزمانی آن حکم داد.

### ۲.۲.۸. معلوم بودن زمان اعمال ولایت یکی از طرفین

در فرض معلوم بودن زمان اعمال ولایت یکی از طرفین، ممکن است «زمان تصرف جد معلوم و زمان تصرف پدر مجهول باشد» یا آنکه «زمان تصرف پدر معلوم و زمان تصرف جد مجهول باشد».

در صورتی که زمان تصرف جد معلوم و زمان تصرف پدر مجهول باشد، با استناد به اصل عدم حدوث حادث می‌توان گفت تصرف پدر تا زمان تصرف جد صورت نگرفته است. باین‌حال، نمی‌توان به تأخر اعمال ولایت پدر نسبت به ولایت جد حکم نمود؛ چراکه اثبات تأخر اعمال ولایت پدر مستلزم استصحاب عدم حدوث حادث است و این مسئله پذیرفته نیست (شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۶۶۷؛ آخوند خراسانی، همان، ص ۴۲۱؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۵۰۹). در نتیجه باید به تقارن اعمال ولایت پدر و جدّ پدری قائل شد و احکام مربوط به تقارن و همزمانی را بر آن جاری نمود؛ زیرا اثبات عدم تقدم اعمال ولایت پدر نسبت به ولایت جد و ناتوانی در اثبات تأخر اعمال ولایت پدر نسبت به ولایت جد معنایی جز تقارن و همزمانی اعمال ولایت پدر و ولایت جد ندارد. باین‌حال، از ماده ۸۷۴ ق.م می‌توان دریافت که قانون‌گذار ایران قائل به استصحاب عدم حدوث حادث است. بر اساس این ماده «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشند، بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد، فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از دیگری ارث می‌برد». ارث بردن فردی که تاریخ فوت او مجهول است، نشانگر آن است که قانون‌گذار حکم به تأخر فوت فردی کرده است که تاریخ فوتش مجهول است. این مسئله نشان از حجیت استصحاب عدم حدوث حادث نزد قانون‌گذار دارد.

عبارات یادشده را می‌توان در حالتی که زمان تصرف پدر معلوم و زمان تصرف جد مجهول باشد نیز جاری نمود. بنابراین باید گفت در زمان معلوم بودن اعمال ولایت یکی از طرفین و مجهول بودن ولایت دیگری، حکم به تقارن و همزمانی این دو ولایت خواهد شد.

### ۳.۸. جمع‌بندی نهایی حکم جهل به زمان تصرفات پدر و جدّ پدری

در جمع‌بندی نهایی باید گفت در فرضی که نسبت به زمان تصرفات پدر و جدّ پدری جهل وجود داشته باشد (چه جهل نسبت به زمان اعمال ولایت هر دو ولی بوده باشد و چه نسبت به زمان اعمال ولایت یک ولی)، در غیر عقد نکاح نمی‌توان اصل عدم حدوث حادث را جاری نمود؛ چراکه از سویی این اصل فاقد اثر شرعی است و از سوی دیگر، اثر شرعی به تقدم اعمال ولایت پدر یا جدّ پدری تعلق گرفته، به وسیله استصحاب تنها می‌توان عدم تقدم را ثابت کرد. در این باره به مصلحت اقوی یا تخییر نیز نمی‌توان مراجعه کرد؛ زیرا حکم به مراجعه به مصلحت اقوی یا تخییر فقط مربوط به زمانی است که علم به تقارن و هم‌زمانی اعمال ولایت پدر و جدّ پدری وجود داشته باشد و در این فرض، چنین علمی وجود ندارد. از همین رو، باید به قواعد علم اجمالی مراجعه نمود و قائل به احتیاط شد (شیخ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۷؛ ج ۲، ص ۴۰؛ آخوند خراسانی، همان، ص ۳۵۸). برای مثال اگر خانه فردی از طرف پدر و جدّ پدری او به دو نفر فروخته شده باشد، بر اساس مراجعه به قواعد علم اجمالی باید به خروج قطعی آن خانه از اموال شخص حکم نمود؛ باین‌حال، نمی‌توان گفت که خانه متعلق به فردی است که با پدر مالک معامله کرده یا فردی است که با پدر بزرگ مالک معامله کرده است. البته در این خصوص می‌توان همچون نکاح، سه قول را مطرح کرد:

- رجوع به قرعه
- اجبار هر دو خریدار به فسخ بیع تا به این ترتیب به هیچ‌کدام از آنان ضرری وارد نشود
- حاکم شرع هر دو معامله را فسخ کند.

از این توضیحات می‌توان دریافت که احتیاط یادشده یا همان عمل به مقتضای علم اجمالی غیر از احتیاطی است که آیت‌الله فاضل لنکرانی در صورت علم به تقارن مطرح کرده است (فاضل لنکرانی، همان، ص ۳۰۳).

شایان ذکر است که اگر با اجرای استصحاب عدم حدوث در طرفین بتوان تقارن را اثبات نمود، در این فرض قواعد باب تراحم جاری می‌شود.

در عقد نکاح به واسطه وجود روایات مستفیض و اجماع نسبت به تقدم اعمال ولایت جد بر اعمال ولایت پدر، به وسیله استصحاب عدم می‌توان عدم تقدم اعمال ولایت پدر و در نتیجه، تقدم اعمال ولایت جد را ثابت نمود.

### نتیجه

از مجموع توضیحاتی که پیرامون تعارض ولایت پدر و جدّ پدري بیان شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت:

- در صورت تقارن عرفی اعمال ولایت پدر و جدّ پدري در غیر عقد نکاح و موجود بودن مقتضیات اعمال ولایت و مفقود بودن موانع آن، ولایتی که مصلحت اهم را در نظر گرفته باشد، مقدم می‌شود.
- در فرض تساوی دو مصلحت یا عدم تشخیص مصلحت اهم، عقل حکم به تخییر می‌کند.
- حاکم شرع عهده‌دار تشخیص مصلحت اهم یا انتخاب یکی از دو طرف تخییر است.
- در عقد نکاح به دلیل وجود روایات مستفیض و اجماع، باید عقد جد را بر عقد پدر مقدم دانست.
- در صورت جهل به تاریخ اعمال ولایت، در غیر عقد نکاح اصل عدم حدوث حادث جریان پیدا نمی‌کند، زیرا فاقد اثر شرعی است؛ چراکه اصل تأخر حادث، تنها عدم حدوث را اثبات می‌کند، نه تأخر را. حال آنکه اثر بر تقدم و تأخر یکی از دو ولایت بار می‌شود، نه عدم حدوث. در اینجا باید سراغ قواعد علم اجمالی رفت و آثار علم اجمالی را مترتب کرده، احتیاط نمود.
- در عقد نکاح، روایت داریم که در صورت عدم سبق عقد پدر، عقد جد مقدم می‌شود؛ یعنی اثر بر عدم بار می‌شود. لذا در برخی صور - جهل به تاریخ دو عقد یا تنها معلوم بودن زمان عقد جد - استصحاب عدم حدوث حادث جریان پیدا کرده، عدم سبق عقد پدر ثابت و عقد جد مقدم می‌شود.

## منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۹ق)، *کفایه الأصول*، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲. آملی، میرزا محمد تقی (۱۴۱۳ق)، *المکاسب و البیع*، تقریرات محمدحسین نائینی، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳. ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین (بی تا)، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، چاپ نهم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. اصفهانی، محمد بن حسن، معروف به فاضل هندی (۱۴۱۶ق)، *کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، به تصحیح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، جلد ۷، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، *کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات*، جلد ۳، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ق)، *کتاب النکاح*، به تحقیق گروه پژوهش در کنگره، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۶ق)، *فرائد الاصول*، جلد ۱ و ۲، چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۸. بحرانی، یوسف، معروف به صاحب حدائق (۱۴۰۵ق)، *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره*، به تصحیح محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرر، جلد ۲۳، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۹. بروجرودی نجفی، محمد تقی (۱۴۱۷ق)، *نهایه الافکار*، تقریرات ضیاء الدین عراقی، جلد ۴، چاپ سوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۰. توحیدی تبریزی، محمد علی (بی تا)، *مصباح الفقاهه*، باب المکاسب، تقریرات سید ابوالقاسم خوئی، جلد ۵، چاپ اول، بی جا: بی نا.
۱۱. الجبعی العاملی، زین الدین علی بن احمد، معروف به شهید ثانی (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه*، به تصحیح سید محمد کلانتر، جلد ۴، چاپ اول، قم:

کتابفروشی داوری.

۱۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرايع الاسلام*، به تصحيح گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامي، جلد ۳ و ۴ و ۷، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
۱۳. جلالی مازندرانی، محمود (۱۴۱۴ق)، *المحصل في علم الاصول*، تقريرات جعفر سبحانی، جلد ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۴. حائری اصفهانی، محمد حسين بن عبدالرحيم، معروف به صاحب فصول (۱۴۰۴ق)، *الفصول العرويه في الاصول الفقهيّه*، چاپ اول، قم: دار احياء العلوم الاسلاميه.
۱۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، *تفصيل وسائل الشيعه إلى تحصيل مسائل الشريعه*، به تصحيح گروه پژوهش مؤسسه آل البيت عليهم السلام، جلد ۲۰، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۶. حسینی حائری، کاظم (۱۴۰۸ق)، *مباحث الاصول*، تقريرات سيد محمدباقر صدر، جلد ۲، چاپ اول، قم: مطبعه مركز النشر - مكتب الإعلام الإسلامی.
۱۷. حلّی، حسن بن يوسف، معروف به علامه حلّی (۱۴۱۴ق)، *تذکره الفقهاء* (ط - الحديثه)، جلد ۲ و ۳، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، *قواعد الأحكام في معرفه الحلال و الحرام*، به تصحيح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامي، جلد ۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۹. خوئی، سيد ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، *موسوعه الإمام الخوئی*، به تصحيح پژوهشگران مؤسسه إحياء آثار آية الله العظمی خوئی، جلد ۳۳، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).
۲۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۵۲ش)، *أجود التقريرات*، تقريرات محمدحسين نائینی، جلد ۱ و ۲ و ۴، چاپ اول، قم: مطبعه العرفان.
۲۱. صدر، سيد محمدباقر (۱۴۳۶ق)، *دروس في علم الاصول*، به تصحيح لجنة التحقيق التابعه للمؤتمر العالمی للامام الشهيد الصدر، جلد ۲، چاپ هشتم، قم: انتشارات دار الصدر.
۲۲. طباطبائی، سيد علی، معروف به صاحب رياض (۱۴۱۸ق)، *رياض المسائل في تحقيق الاحكام بالادلة*، به تصحيح محمد بهره مند و محسن قدیری و کریم انصاری و علی

- مروارید، جلد ۹، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۳. طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق)، *مستمسک العروه الوثقی*، جلد ۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۲۴. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، معروف به صاحب عروه (۱۴۱۹ق)، *العروه الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)*، به تصحیح احمد محسنی سبزواری، جلد ۵، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، معروف به شیخ طوسی (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، به تصحیح سید محمد تقی کشفی، جلد ۱ و ۲، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۲۶. عاملی، محمد بن مکی، معروف به شهید اول (۱۴۱۷ق)، *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*، جلد ۳، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰ق)، *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*، چاپ اول، بیروت: دار التراث.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ق)، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، کتاب المضاربه الی کتاب الهبه، قم: مرکز فقه ائمه اطهار عليهم السلام.
۲۹. کاظم خراسانی، محمد علی (۱۳۷۶ش)، *فوائد الاصول*، تقریرات محمد حسین نائینی، جلد ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۰. کرکی، علی بن الحسین، معروف به محقق ثانی (۱۴۱۴ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۵ و ۱۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۳۱. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، *تسرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، به تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال، جلد ۲ و ۳، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۳۲. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق)، *کفایه الاحکام*، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۳. مظفر، محمد رضا (۱۴۳۰ق)، *اصول الفقه*، جلد ۳، چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۴. موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، *تحریر الوسیله*، جلد ۱، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۳۵. موسوی عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ق)، *نهایه المرام فی شرح مختصر تسرایع*



- الاسلام، جلد ۱، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۶. نجفی، محمدحسن، معروف به صاحب جواهر (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، به تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، جلد ۲۲ و ۲۶ و ۲۹، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۷ق)، *بحوث فی علم الاصول*، تقریرات سید محمدباقر صدر، جلد ۷، چاپ سوم، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۳۸. هاشمی شاهرودی، علی (۱۴۱۹ق)، *دراسات فی علم الاصول*، تقریرات سید ابوالقاسم خوئی، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.