

ولایت حاکم بر کودکان بدون ولی خاص^۱

امیر مهاجر میلانی*

چکیده

پژوهش حاضر ولایت فقیه بر کودک بدون ولی خاص را بررسی می‌کند. مشهور فقیهان در فرض فقدان پدر و جد پدری و عدم نصب وصی از طرف پدر و جد پدری، فقیه حاکم را ولی انحصاری چنین کودکی می‌دانند. دیدگاه پیش‌گفته افزون بر اینکه دلایل محکمی ندارد، با قرائن مخالف متعددی روبروست. این مقاله در ابتدا شمول دلایل ولایت فقیه در دو رویکرد ولایت مطلقه و ولایت از باب امور حسبه، نسبت به این موضوع را بررسی کرده در ادامه با ارائه دلایلی از آیات، روایات و گزارش‌های تاریخی نتیجه می‌گیرد که شارع مقدس در این موضوع تشریح حقوقی مد نظر فقیهان را نداشته، تنها خواستار رعایت مصالح کودک بی‌سرپرست که امری عقلانی است شده است. در نهایت بیان می‌شود که تأکید بر ولایت انحصاری فقیه و کم‌رنگ‌نمودن نقش ولی عرفی همچون مادر و سایر نزدیکان کودک محصول عقلانیت عصری بوده، شاید تأکید بر آن در جامعه امروزی نه تنها صحیح نبوده، کارآمدی لازم گذشته خود را نیز نخواهد داشت.

کلید واژه‌ها: کودک بدون ولی خاص، ولایت فقیه بر یتیم، ولی عرفی، ولایت مؤمنین.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۰۵/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۱۲

* استادیار گروه فقه و حقوق، پژوهشکده زن و خانواده، واحد قم، ایران (نویسنده مسئول) milani@wrc.ir

۱- بیان مسأله

در دیدگاه مشهور فقیهان پدر، جد پدری، وصی هر یک از آن دو، حاکم و در نهایت عدول مؤمنین پنج شخصیتی هستند که به صورتی کاملاً انحصاری و به ترتیب و تحت شرایطی خاص و در محدوده معینی می‌توانند سرپرستی و تدبیر امور کودک را در حیطة‌ای فراتر از حضانت اصطلاحی عهده‌دار شوند (طوسی، ۱۳۸۷، ۲، ۲۰۰). بر این اساس در صورت نبود پدر و جد پدری و عدم نصب وصی از طرف آن دو که مجموعاً بر اساس ماده‌ی ۱۱۹۴ قانون مدنی ولی خاص نامیده می‌شوند، تدبیر بسیاری از امور کودک به عهده فقیه حاکم بوده، با دسترسی به وی هر گونه تصرف در اموال کودک و مداخله در شؤون او تصرفی عدوانی محسوب می‌شود. همچنان که در فرض عدم دسترسی به حاکم، عدول مؤمنین دارای ولایت بوده، با احراز مصلحت کودک یا در حد ضرورت می‌توانند در امور مربوط به او ورود نمایند.

مشهور فقیهان با دو رویکرد متفاوت در صدد ارائه دلایل دیدگاه فوق هستند. برخی با استناد به ادله ولایت فقیه و قبول عمومیت آن و از طرفی با اذعان به اصل عدم ولایت مادر و سایر وابستگان بر طفل ولایت فقیه حاکم یا فقیه جامع شرایط بر طفل را تصویر نموده‌اند در مقابل برخی دیگر با رد نظریه ولایت مطلقه فقیه، ولایت حاکم بلکه تنها جواز تصرفات حداقلی وی را از باب امور حسیبه جایز دانسته، برآنند که با نظر به اصل عدم ولایت، فقیه جامع شرایط قدر متیقنی است که از این اصل خارج شده است.

این تحقیق در راستای این دو رهیافت و با استناد به پایگاه روش جواهری در صدد باز پژوهشی دیدگاه مشهور بوده، می‌کوشد با توجه به مداخله عوامل مداخله‌گری همچون ارتکازات متشرعه در عصر صدور، تحولات فرهنگی، تغییر در سبک‌های زندگی و جایگزین شدن نظامات جدید با استحاله تدریجی نظامات سنتی به قضاوتی آگاهانه در این باره بنشیند.

۲- ضرورت پژوهش

به طوری که اشاره شد به باور برخی فقیهان ولایت مطلقه فقیه دلیل موجهی نداشته و بایستی ولایت بلکه فقط جواز تصرف وی را از بابت امور حسبی تصویر نمود؛ بر اساس این رویکرد ادعا می‌شود که در مواردی که شارع مقدس راضی به اهمال نیست با نظر به موقعیت فقیه در منظومه تشریح وی قدر متیقنی است که از اصل عدم ولایت یا اصل عدم جواز تصرف در امور دیگران خارج شده است؛ در مقابل

می‌توان گفت که با نظر به ذات سیال مصادیق قدر متیقن و دخالت عوامل متعددی در احراز صغری آن و از طرفی با توجه به تغییر ماهوی موضوعاتی همچون حکومت و خانواده در نظامات مدرن و عینیت‌یافتن واقعیت‌های جدیدی از این دو نهاد در جامعه کنونی و در نهایت عدم امکان ارائه ضابطه کلی و لزوم توجه به خصوصیت مورد در تعیین مصداق قدر متیقن، کم‌رنگ‌نمودن نقش ولی عرفی از قبیل مادر و سایر بستگان و تأکید بر ولایت انحصاری حاکم چندان موجه نمی‌باشد. به ویژه که در ارتکازات عقلائی ولی عرفی و به خصوص مادر در صورت فقدان پدر و جد پدری، در تدبیر امور فرزند خود بر دیگران اولویت واضحی دارد؛ همچنان‌که قرائن متعددی در آیات و روایات و گزارشات تاریخی شاهد بر این ادعا هستند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۸، ۳۴۶ و ۲۴، ۵۶۵).

علاوه بر این‌که شاید شهرت پیش‌گفته مستند به فتوای فقیهان متاخر از شیخ طوسی باشد. زیرا بر اساس تتبع صورت گرفته در منابع موجود، شیخ طوسی اولین کسی است که به ترتیب پیش‌گفته در فقه تفریعی یا مقارن خود تصریح نموده است؛ ولی همو در فقه منصوص خود بر خلاف سایر کتب خود ولایتی بر فقیه در موضوع این نوشتار تصویر نکرده است (طوسی، ۱۴۰۰، ۶۰۸).

از همین رو روشن می‌شود که بنا بر رویکرد دوم که اصرار بر عموم ولایت فقیه دارد، تأکید بر حق انحصاری حاکم در تدبیر شئون طفل یاد شده همچنان با ابهامات مهمی مواجه است. زیرا بر اساس مبنای یاد شده نیز می‌توان با تأکید بر جواز تصرف اشخاص خاصی در اموال طفل بی‌سرپرست، موضوع ولایت فقیه را نفی نمود؛ یا با توجه به جواز تصرف ولی غیر شرعی حداقل تصرفات ولی عرفی که وثاقت او در امور مالی یا نهایت عدالت وی ثابت است در عرض تصرفات حاکم را نافذ دانست (ابن ادریس، ۱۴۲۹، ۲۸۱). شاید از همین رو است که مرحوم نراقی تأکید دارد که مصنفین و اهل نظر از علمای شیعه هر چند در بسیاری امور همچون اموال کودک بی‌سرپرست معتقد به ولایت فقیه هستند ولی دلیلی بر این ادعا نداشته یا دلایل مطرح شده آنان از اتقان لازم برخوردار نیست (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۳۰).

بر پایه سؤالات پیش‌گفته شاید بتوان تأکید کرد که شیخ طوسی و مشهور فقیهان در تصویر ولایت حاکم بر کودک بدون ولی خاص بیشتر تحت تاثیر عقلانیت عصری و بافت فرهنگی آن اعصار که بیشتر زنان و مادران از حضور اجتماعی محروم بوده، در نتیجه برخوردار از توانایی لازم در اداره اموال خود و دیگران نمی‌شده‌اند بوده باشد تا استناد به دلیل تعبدی. از همین رو سامان‌یافتن پژوهشی در این موضوع ضروری است تا شاید با بررسی همه جوانب موضوع، بتوان جمع‌بندی دقیق‌تری در این عرصه ارائه داد.

۳- پیشینه پژوهش

مشهور فقیهان متأخر در صورت نبود ولی خاص، فقیه یا فقیه حاکم را منحصرأً عهده‌دار امور کودک بی‌سرپرست می‌دانند. با نظر به جایگاه و رسوخ این دیدگاه در میان فقیهان متأخر تحقیق مفصلی در اثبات آن سامان نیافته است؛ همچنان که این دیدگاه با رویکردی انتقادی مورد مطالعه قرار نگرفته است. در میان تنها صاحب حدائق در حدود چند جمله و محقق اصفهانی در حدود چند پاراگراف با دیدگاه پیش‌گفته مخالفت کرده‌اند؛ بنابراین در موضوع نوشتار حاضر پیشینه‌ای جدی به ویژه با رویکردی انتقادی ندارد. البته در میان فقیهان قدامی دیدگاه‌های دیگری نیز مطرح بوده‌اند که علی‌رغم دقت و اهمیت آن چندان مورد توجه فقیهان متأخر واقع نشده است؛ ولی به طوری که در بیان دیدگاه‌های اندیشمندان اشاره خواهد شد، همچنان در ادبیات فقهای قدامی نیز بحث پرننگی در این باره دیده نمی‌شود.

۴- سؤال اصلی پژوهش

شایان ذکر است که این تحقیق در صدد اثبات اینکه عقلانیت مدرن اقتضائی دیگر برخلاف اقتضات سابق دارد نیست؛ بلکه صرفاً می‌کوشد به این سؤال اصلی پاسخ دهد که آیا دیدگاه مشهور فقیهان محصول عقلانیتی زمان‌مند است که می‌تواند تحت شرایط خاصی اقتضات خاصی داشته باشد، یا اینکه بر دلیل تبدیلی محض که گذر زمان و تحولات اجتماعی از قبیل شکل‌گیری دولت در معنای مدرن آن، تحول در کارگرد خانواده، رشد روزافزون آگاهی مادران، توجه به امکانات واقعی فقیه حاکم و اموری از این قبیل نمی‌تواند تأثیری در آن داشته باشد استوار است؟ در راستای تلاش برای یافتن پاسخ مناسب به سؤال اصلی پیش‌گفته مباحث ارائه شده در پژوهش حاضر در قالب پاسخ به دو سؤال فرعی زیر صورت‌بندی خواهد شد.

۱. دلایل دیدگاه مشهور چیست؟ و چگونه ارزیابی می‌شوند؟

۲. در راستای باز تولید دلایل دیدگاه غیرمشهور چگونه می‌توان آن را مستند نمود؟

۴-۱- فرضیه تحقیق

این تلاش که به نوبه خود اولین تلاش پژوهشی در این عرصه است می‌کوشد با اشاره به رویکردهای مختلف فقیهان به موضوع ولایت فقیه از دیدگاه غیرمشهوری که باور به ولایت انحصاری

فقیه بر کودک بدون سرپرست خاص ندارد دفاع نماید. این ادعا علاوه بر اینکه زمینه ورود تحقیقات علوم اجتماعی و تربیتی بر موضوع حاضر را فراهم می نماید، در نحوه نگرش به اصل مساله و در نتیجه نحوه قانون گذاری نیز می تواند تاثیر بسزائی داشته باشد. همچنان که این پژوهش -به عنوان موضوعی که مشهور فقیهان در بسیاری از مصادیقش تأکید بر لزوم مداخله حاکم در عرصه‌ای از مناسبات حکومت و خانواده دارند- در تبیین الگوی کلان تعامل حکومت دینی با خانواده و میزان مداخلات آن در مناسبات خانواده که یکی از دغدغه‌های مهم حوزه مطالعات جنسیت است، می تواند نقش مهمی داشته باشد.

۵- دیدگاه‌های اندیشمندان

۵-۱- بیان اجمالی دیدگاه‌ها

در موضوع نوشتار حاضر پنج دیدگاه مهم در میان فقیهان شکل گرفته است که شایسته است از قبل ورود به بیان تفصیلی این نظریات ابتدا یک تصور کلی از این دیدگاه‌ها ارائه شود. بر این اساس گفته می شود که فقیه از آن جهت که فقیه است نسبت به کودک بدون ولی خاص ولایت انحصاری دارد یا نه؟ در فرض اول، ولایت فقیه بر موضوع محل بحث مطلق بوده یا مقید به عدم وجود «سلطان» یا «ناظر بر امور مسلمین» است؛ و در فرض عدم پذیرش ولایت انحصاری فقیه یا سلطان و در ادامه عموم عدول مؤمنین ولایت دارند یا سلطان بهره‌ای از ولایت نداشته و عدول مؤمنین از ابتداء دارای ولایت می باشند؟ دیدگاه اول را می توان دیدگاه مشهور دانست؛ دیدگاه دوم را ابن ادریساً در کتاب السرائر برگزیده است؛ دیدگاه سوم را نیز می توان به مرحوم شیخ در کتاب النهایه نسبت داد؛ دیدگاه چهارم نیز مختار ابن ادریس در کتاب أجوبه مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفه و محقق اردبیلی و برخی دیگر دانست. شایان یادآوری است که دیدگاه پنجمی نیز از کتاب فقه الرضا استفاده می شود که بر اساس آن «أیسر القبيله» ولی کودک بی سرپرست است.

۵-۲- بیان تفصیلی دیدگاه‌ها

در دیدگاه مشهور فقیهان امامی، در صورت نبود ولی قهری و وصی آن سرپرستی امور کودک در حیطه فراتر از حضانت اصطلاحی و به صورت کاملاً انحصاری به عهده فقیه بوده، با دسترسی به وی هر گونه تصرف در شؤون او تصرف عدوانی محسوب می شود؛ همچنان که در فرض عدم دسترسی به حاکم،

عدول مومنین ولایت داشته، با احراز مصلحت کودک یا در حد ضرورت می‌توانند در امور مربوط به او ورود نمایند (ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۲۷۹؛ حلی، ۱۴۱۳، ۶، ۴۰۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ۶، ۲۶۴). صاحب جواهر بر آن است که این حکم نه مخالفی دارد و نه اشکالی. وی در ادامه با استدلال به برخی روایات ولایت عدول مومنین در فرض عدم وجود حاکم را تقویت نموده، مشهور دانستن آن را به برخی نسبت می‌دهد (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۶، ۱۰۳).

بنابراین در دیدگاه دوم تأکید می‌شود که در فرض دسترسی به فقیه، عدول مومنین ولایتی درباره موضوع نوشتار حاضر نخواهند داشت. دیدگاه دوم دقیقاً بر خلاف طولیت مطرح در دیدگاه پیش‌گفته تأکید بر آن دارد که در عرض حاکم، عدول مومنین نیز دارای ولایت بوده، در نتیجه حاکم، ولیّ انحصاری این چنین کودکی نخواهد بود (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۹، ۲۳۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۷، ۲، ۴۰۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۳، ۳۷۸).

در برابر این دو دیدگاه که هر کدام به نحوی ولایت فقیه بر کودک بدون سرپرست خاص را به رسمیت می‌شناسند، دیدگاه سوم از شیخ طوسی قابل استفاده است. به باور وی اگر کسی بدون وصیت بمیرد سلطان و ناظر در امور مسلمین متولی امور کودک می‌شود و در صورت عدم دسترسی به وی، عدول مومنین عهده دار این مسؤولیت می‌شوند (طوسی، ۱۴۰۰، ۶۰۸).

در توضیح این دیدگاه بایستی افزود که به باور ابن ادریس ظاهر عبارت شیخ گویای این نکته است که فقیه جامع شرایط ولایتی بر کودک بی‌سرپرست ندارد و بر اساس همین برداشت ابن ادریس در مقام اشکال بر آن، تأکید دارد که بر اساس مذهب شیعی در فرض عدم دسترسی به سلطان، فقیه جامع شرایط متولی این امور بوده و در فرض عدم دسترسی به وی عدول مومنین نیز ولایتی بر تصرف در اموال کودک ندارند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۱۹۳).

بر این اساس روشن می‌شود که در دیدگاه چهارم که مختص به ابن ادریس است، واژه «ناظر در امور مسلمین» و «سلطان» شامل فقیه جامع شرایط نیست؛ علامه حلی نیز استظهار پیش‌گفته از عبارت شیخ را قبول داشته، ولی در مقام نقد دیدگاه ابن ادریس درصدد بیان این نکته است که واژه «مومنین» و «نقه» شامل فقیه نیز می‌شوند؛ به باور وی منشاء عدم تنصیب شیخ معلوم‌بودن اعتبار شرط فقاقت است (حلی، ۱۴۱۳، ۶، ۴۰۱).

شایان یادآوری است که ابن ادریس در آثار دیگرش با ابراز مخالف با دیدگاه پیش‌گفته خود بر آن

است که در فرض عدم وصیت، نه سلطان و نه فقیه ولایتی بر امور کودک نداشته، امور مالی وی به عهده عدول مومنین خواهد بود. البته ایشان در نهایت مراجعه به فقهای شیعی را «أولی و أحرى» دانسته، تاکید دارد که این دیدگاه محصول روایات متواتر صحیح السند از امامان معصوم است (ابن ادریس، ۱۴۲۹، ۲۸۱).

دیدگاه اخیر شیخ طوسی و ابن ادریس که به نوعی کاستن از اختیارات فقیه جامع شرایط است طرفدرانی نیز داشته است (حلی، ۱۴۱۳، ۶، ۴۰۱؛ کیدری، ۱۴۱۶، ۳۵۷). صاحب حدائق در موارد متعددی و با وضوح بیشتری بر آن است که دیدگاه مشهور علی رغم شهرتی که دارد بر خلاف روایات اهل بیت بوده، نه تنها دلیلی بر جواز مداخله حاکم بما هو حاکم در این امور وجود ندارد، بلکه به صورت شفاف عکس آن از روایات اهل بیت استفاده می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۲، ۵۹۲).

همچنان که محقق اصفهانی نیز با تاکید بر دیدگاه فوق بر آن است که اگر حوادث واقعه شامل اموری همچون فروختن مال یتیم نیز شود و از طرفی با نظر به این که واژه ثقه و عدل شامل فقیه و غیر فقیه نیز است نتیجه می‌گیرد که هر چند نسبت توقیع شریف با روایاتی که دلالت بر جواز تصرف عدول در اموال صغیر دارد عموم و خصوص من وجه می‌باشد، ولی با نظر به اظهر بودن این روایت از توقیع شریف در شمول بر مورد همچنان دلیلی بر ولایت انحصاری حاکم بر موضوع محل گفتگو وجود ندارد (اصفهانی، ۱۴۲۷، ۲، ۳۹۵ و ۴۰۲ و ۴۰۴). همچنان که با نظر به تصریح صاحب حدائق و محقق اصفهانی مبنی بر عدم ولایت سلطان یا ناظر در امور مسلمین در موضوع محل گفتگو می‌توان دیدگاه این دو را به عنوان دیدگاه دیگری تلقی نمود.

در نهایت شایان یادآوری است که در کتاب فقه منصوص «فقه رضوی» متنی وارد شده است که بر اساس آن اداره امور مالی کودک بی‌سرپرست به «أیسر القبلیه» (نامعلوم، ۱۴۰۶، ۳۳۳) یعنی کسی که به لحاظ مالی از دیگران ثروت بیشتری دارد واگذار شده است. این دیدگاه - به قطع نظر از تفسیر آن به عالم و فقیه قبیله که در ذیل روایت به عنوان توضیح این فراز از طرف شخص نامعلومی مطرح شده است - یکی از مهم‌ترین دیدگاه‌های قابل طرح در موضوع محل گفتگو دانست.

۵-۳- دلایل دیدگاه مشهور و نقد آن

دیدگاه مشهور فقیهان با دو رویکرد متفاوت قابل بررسی است. برخی با استناد به ادله ولایت فقیه و

قبول عمومیت آن و از طرفی با اذعان به اصل عدم ولایت مادر و سایر وابستگان بر طفل، ولایت حاکم به معنای فقیه جامع شرایط را بر طفل تصویر نموده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ۶، ۲۶۴). در مقابل برخی دیگر با رد نظریه ولایت مطلقه فقیه، ولایت حاکم بلکه فقط جواز تصرفات حداقلی وی را از باب امور حسبیه جایز دانسته، برآنند که با نظر به نبود روایتی که دلالت بر ولایت فقیه در این باره داشته باشد (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۲، ۵۹۲)، و با نظر به اصل عدم ولایت، فقیه جامع شرایط قدر متیقنی است که از این اصل خارج شده است (خوئی، ۱۴۲۸، ۱، ۳۲۱ و ۳۵۹).

۵-۳-۱- ولایت حاکم بر کودک بدن سرپرست خاص بر اساس رویکرد دوم (قول به

حسبه)

در ابتدا بایستی اشاره نمود که صاحبان دیدگاه دوم شواهد و مبررات عقلائی دیدگاه خود را بیان نموده‌اند. چرا و به چه دلیلی فقیه در مقایسه با یک شخص کاردان موجه که از جهات متعددی همچون فراغت، رابطه خویشاوندی و آگاهی از شرایط اقتصادی و موضوعات دیگر بر فقیه برتری دارد همچنان قدر متیقن در جواز تصرف است؟! به باور نویسنده با نظر به ماهیت بین الاذهانی علم تا زمانی که صاحبان این رویکرد دلایل و شواهد کافی برای اثبات دیدگاه خود بیان نکنند بایستی جزم و تصدیق آنان را تصدیق ذاتی (در قبال تصدیق موضوعی) تلقی کرد و به لحاظ اصول روش شناختی مقرر در علم اصول آن را فاقد اعتبار علمی دانست.^۱

افزون بر نکته پیش‌گفته بایستی اشاره نمود که استناد به عنوان قدر متیقن، با نظر به ذات سیال آن و دخالت عوامل متعددی در احراز صغری آن از جمله واقعیت‌های عینی جامعه مدرن و تقویت نهاد خانواده و در نهایت عدم امکان ارائه ضابطه کلی و لزوم توجه به خصوصیت مورد در تعیین مصداق قدر متیقن، کمرنگ نمودن نقش ولی عرفی از قبیل مادر و سایر بستگان و تأکید بر ولایت انحصاری فقیه جامع شرایط با مشکلات متعددی مواجه است.

در توضیح این ادعا باید گفت که خاستگاه تأکید و جزم بر قدر متیقن بودن فقیه در جواز تصرف در اموال کودک بی‌سرپرست، با نظر به اذعان رویکرد دوم بر نبود دلیل شرعی بر ولایت حاکم، تنها می‌تواند محصول روابط اجتماعی، مناسبات فرهنگی و نحوه تعامل افراد هر عصر با یکدیگر باشد. به باور نویسنده

۱. برای توضیح تصدیق ذاتی و تصدیق موضوعی و نتایج مترتب بر آن بنگرید به (صدر، ۱۴۲۳، ۱۲۳).

جزم به ادعای پیش‌گفته در عصری که روابط سنتی و قبیله‌ای در مدیریت اجتماع حاکم بوده و مادر و سایر بستگان از آگاهی‌های لازم در اداره امور کودک برخوردار نبوده‌اند با نظر به موقعیت تقوای و علمی فقیه جامع شرایط بی‌مناسبت نیست. در عصری که بهره‌هر کس به اندازه آورده همان شخص بوده و از طرفی نهادهای مردم نهاد نظارتی بر اداره اموال کودک نداشته باشند واگذار نمودن اداره امور کودک در محدوده‌ای فراتر از حضانت اصلاحی به بستگان کودک نتیجه‌ای جزء تضییع اموال کودک نخواهد داشت. ولی در عصر حاضر و جامعه فربه شده معاصر که گاهی در شهری مثل تهران جمعیتی انبوه با تکثر فرهنگی و با مشکلات متفاوت و سلايق متنوع در حال زندگی هستند، بایستی تاکید بر ولایت انحصاری فقیه حتی در صورت مبسوط الید بودنش را نوعی ساده‌انگاری مسائل پیچیده تلقی نمود. زیرا فقیه که خود با مشکلات متعددی مواجه بوده و انبوه مسائلی که می‌بایستی پاسخگوی آنها باشد عملاً امکان رسیدگی شایسته و بایسته به امور کودک بی‌سرپرست را از وی سلب می‌نماید. نحوه رسیدگی حاکم به امور کودکان بی‌سرپرست در عصر حاضر را شاید بتوان بهترین شاهد بر ادعای فوق دانست. زیرا فقیه در حال حاضر براساس دیدگاه پذیرفته شده، شخصی را انتخاب و آن نیز شخصی دیگری و آن نیز شخص دیگری انتخاب می‌نماید که به وضعیت کودک رسیدگی کند. پر واضح است که فقیه در راس سلسله در اکثر موارد آگاهی لازم از تقوی و مدیریت شخص واقع شده در انتهای این سلسله ندارد و نمی‌داند که امور کودک بر اساس چه مناسباتی اداره می‌شود.

بنابراین فقیه نباید در شناخت و تعیین مصداق قدر متیقن تصویری ابتدائی از جامعه مدرن امروزی داشته تصور نماید که یک فقیه آگاه و متورع نه در یک جامعه بسیط که در نهایت به دو یا سه هزار نفر نیز نمی‌رسند و همه اقشار جامعه نسبت به همدیگر شناخت دارند، متولی امور کودک می‌شود. و به لحاظ شرایط محیطی هر گونه تخطی از مصالح کودک در مرآی و منظر وی خواهد بود. بر این اساس نویسنده تاکید دارد که در تعیین قدر متیقن حتی خصوصیت مورد را نیز بایستی سنجید و به نحوه کلی نمی‌توان گفت صنفی از صنف دیگر اولویت دارد؛ به بیان دیگر مقتضیات زمان و مکان و تأثیر و تأثرهای که متغیرهای اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و بینشی و به طور کلی مدرنیته بر بسیاری از موضوعات داشته است، سبب شده است که موضوعاتی در گذشته مطرح بوده و حتی در لسان دلیل حکم مشخصی بر آنان ثابت شده‌اند، امروزه تبدیل به موضوعات جدیدی شوند که به جزء تشابه اسمی با خلف خود هیچ‌گونه تشابهی ندارند. حضرت امام که در منشور روحانیت با تاکید تمام بر فقه جواهری تخطی از آن را جایز

نمی‌داند، به وضوح درباره تأثیر مدرنیته حتی بر موضوعات فقه سنتی می‌نویسد:

«زمان و مکان دو عنصر تعیین‌کننده در اجتهادند. مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده است به ظاهر، همان مسأله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام ممکن است حکم جدیدی پیدا کند، بدان معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی همان موضوع اول که از نظر ظاهر با قدیم فرقی نکرده است، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد. مجتهد باید به مسائل زمان خود احاطه داشته باشد» (خمینی، ۱۳۸۹، ۲۱، ۲۸۹).

از همین رو می‌توان گفت که «اگر امروز یک فقیهی بخواهد یک موضوعی را با قطع نظر از عناوین عارض بر آن موضوع از حیث اجتماع یا از حیث حکومت در نظر بگیرد و فتوا بدهد این کافی نیست. فقیه در زمان ما اگر می‌خواهد یک موضوعی را مورد فتوا قرار بدهد باید همه ابعاد مرتبط به آن موضوع را در نظر بگیرد و با توجه به همه آن ابعاد حکم را استنباط کند» (فاضل لنکرانی، بر گرفته از سایت <https://fa.shafaqna.com>).

بر این اساس می‌توان تأکید کرد که عناوینی همچون سرپرستی بر کودک یتیم، حضانت و قدر متیقن بودن فقیه در تصرف موضوعاتی هستند که بایستی در عصر حاضر مورد بازخوانی مجدد قرار گرفته روشن شود که آیا تحول جدی درباره حقیقت یا مصادیق آن اتفاق افتاده است یا نه؟ به باور نویسنده حداقل جزم به قدرمتیقن بودن فقیه درباره موضوع نوشتار حاضر و در زمان کنونی موجه نبوده، بی تردید روحیات شخص و میزان آگاهی وی از مسائل اجتماعی و تغییرات آن بی‌تأثیر در احراز یا عدم احراز آن نیست؛ در هر حال با تأمل در نکات پیش‌گفته روشن می‌شود که تأکید بر ولایت حاکم از باب قدر متیقن بودن وی در جواز تصرف در حقیقت متأثر از مناسبات اجتماعی و فرهنگی بوده، بر تعبد محض که از ناحیه شارع مقدس ثابت شود استوار نیست.

شایسته یادآوری است که برخی فقهیان نیز بر قدر متیقن نبودن فقیه در تمامی امور حسبه تأکید دارند. آخوند خراسانی، میرزا عبدالله مازندرانی و میرزا حسین خلیل طهرانی در پاسخ به سؤالات مردم همدان با تأکید بر ساختار حکومت مشروطه و نفی سلطنت استبدادی و اینکه «امروز عقلای عالم معتقدند که مقتضیات این قرن مغایر با مقتضیات قرون سالفه است»، می‌نویسند:

«تکلیف فعلی عامه مسلمین را بیان می‌کنیم که موضوعات عرفیه و امور حسبه در زمان غیبت به عقلای مسلمین و ثقات مومنین مفوض شده است» (طباطبائی، ۱۳۹۲، ۲، ۴۹۷).^۱

در نقد دیدگاه نویسنده شاید گفته شود که در ارتکاز متشرعه و فقیهان عدم ولایت غیر فقیه حاکم از بستگان کودک از واضحات فقه امامی بوده، تاکید بر قدر متیقن بودن حاکم از همین ارتکاز نشأت گرفته است. به باور نویسنده ارتکاز متشرعه در اعصار متاخر یا از فتاوی فقیهان نشأت گرفته است یا حداقل چنین احتمالی وجود دارد. افزون بر این که نه تنها نمی‌توان ارتکاز فقیهان را به عنوان دلیل محکمی بر حکم شرعی دانست، اصل وجود این ارتکاز در قبل زمان شیخ طوسی به هیچ وجه با شواهد محکمی پشتیبانی نشده است؛ بلکه به طوری که در بیان دیدگاه‌ها اشاره شد برخی فقیهان قدامی تاکید بر عدم ولایت حاکم در موضوع نوشتار حاضر دارند؛ در ادامه نیز با ارائه شواهد متعددی از ابواب مختلف فقهی روشن خواهد شد که در ارتکاز متشرعه متقدم چنین مطلبی وجود نداشته است.

همچنان که به لحاظ تحلیل تاریخی نیز اعتماد به عناوینی همچون ارتکازات فقهی، شهرت و مذاق شرعی^۲ چندان علمی به نظر نمی‌رسد. صاحب معالم با تفتن تمام بر تاثیر شیخ طوسی در اندیشه فقیهان در بعد خود به وضوح بیان می‌دارد که آنچه از شهرت [و امثال آن] صلاحیت استناد فقهی را دارد آنی است که قبل از شیخ طوسی محرز شده باشد؛ به باور ایشان اکثر شهرت‌های شکل گرفته در فقه از مشهورات بعد از شیخ طوسی است که به لحاظ روش‌شناختی اهمیت چندانی ندارند. وی در ادامه از پدر بزرگوار خود نقل می‌کند که ایشان نیز می‌نویسد:

«أن أكثر الفقهاء الذين نشئوا بعد الشيخ كانوا يتبعونه في الفتوى تقليدا له لكثرة اعتقادهم فيه و حسن ظنهم به فلما جاء المتأخرون وجدوا أحكاما مشهورة قد عمل بها الشيخ و متابعه، فحسبوا شهرة بين العلماء، و ما دروا أن مرجعها إلى الشيخ و أن الشهرة إنما حصلت بمتابعتهم؛ و ممن اطلع على هذا الذي بينته و تحققته من غير تقليد الشيخ الفاضل المحقق سديد الدين محمود الحمصي و السيد رضی الدين بن طاوس و جماعة. و قال السيد رحمه الله في كتابه المسمى بالبهجة لثمره المهجئة: أخبرني جدی الصالح

۱. شایسته یادآوری است که دیدگاه رایج فقیهان در موضوع محل بحث به لحاظ تاریخ ادبیه فقهی و تحولات آن از اوائل مشروطه‌خواهی و به بعد، خود موضوع مهمی است که پیامد تنقیح آن همچون سایر اباحت تاریخی زدودن برخی پرده‌های تاریک از موضوع محل بحث است. ولی با نظر به اینکه روش مقاله حاضر بر اساس متد فقهی و از برای حل مسئله‌ای درجه اول تنظیم شده است نمی‌توان ورود جدی در این بحث داشته باشد. در این باره بنگرید به طباطبائی، ۱۳۹۲، ۲، ۴۲۶-۵۲۵.

۲. بلکه با نظر به مباحث هرمنوتیک فلسفی جدید هایدگر و گادامر مذاق شرع و شریعت چیزی جز مذاق فقیه نیست که بر اساس زیست جهان تاریخی و شخصی وی و از افق هرمنوتیکی و نظرگاه ویژه فقیه از برای وی شکل گرفته است.

ورام بن اَبی فراس قدس الله روحه أن الحمصى حدثه أنه لم يبق للإمامية مفت على التحقيق بل كلهم حاك؛ و قال السيد عقيب ذلك و الآن فقد ظهر أن الذى يفتى به و يجاب على سبيل ما حفظ من كلام العلماء المتقدمين^۱ (حسن بن زین الدین، ۱۷۶).

۵-۳-۲- ولایت حاکم بر کودک بی‌سرپرست خاص بر اساس رویکرد اول (ولایت

مطلقه فقیه)

اما در نقد رویکردی که با تاکید بر ولایت مطلقه فقیه، باور به جواز بلکه لزوم مداخله حاکم در امور کودک بی‌سرپرست دارد توجه به نکاتی همچون تحقق موضوع ولایت، و از طرفی اختصاص جواز تصرف در امور کودک در امام معصوم (ع) ضروری است. در توضیح نکته اول باید افزود که به باور مشهور فقیهان اموری که تصدی آن از مناصب امامان بوده و متولی خاصی از طرف امامان (ع) بر آن امور نصب نشده‌اند ولایت این امور به عهده حاکم شرع یعنی فقیه جامع شرایط است. بدیهی است که اگر از طرف امام (ع) شخصی یا صنفی مجاز به تصرف در این امور باشند موضوع ولایت فقیه که امور بدون ولی خاص هستند از بین خواهند رفت. بر همین اساس است که محقق ابروانی با تاکید بر این که اگر امام (ع) اجازه اخذ خراج و سایر مالیات‌های شرعی را حتی به سلطان جائز داده باشند موضوع ولایت فقیه در این امر از بین رفته، در نتیجه حق ورود در این امور را نخواهد داشت (ابروانی، ۱۴۰۶، ۱، ۶۶).

حال اگر با مراجعه به روایات وارده در ابواب مختلف روشن شود که عدول مومنین یا ولی عرفی از طرف امام (ع) ولایت یا اجازه تصرف در اموال کودک بی‌سرپرست را دارند، با نظر به تحقق ولی خاص موضوع ولایت فقیه منتفی خواهد شد. در ادامه به این روایات اشاره خواهد شد.

در توضیح نکته دوم نیز باید گفت که فقیهانی که باور به ولایت مطلقه فقیه دارند، برآنند که تمامی مناصب ولایتی اجتماعی امام (ع) که قابل انتقال به غیر بوده و دلیل خاصی بر عدم انتقالش وجود نداشته باشد از مناصب فقیه در عصر غیبت کبری می‌باشند. این دیدگاه به قطع نظر از اشکالاتی که بر آن وارد شده است ولایت فقیه را مختص به مناصبی می‌داند که اختصاص آن به امام (ع) ثابت شده باشد. از همین رو می‌توان نتیجه گرفت که در فرض عدم احراز اینکه تصرفی از مناصب ویژه امام (ع) است عموم

۱ . شایسته یادآوری است که دیدگاه فوق به معنای تنقیص فقیهان متاخر از شیخ طوسی نیست. در این باره و همچنین علل رکود حوزه‌های شیعی در بعد از شیخ طوسی بنگرید به (صدر، ۱۳۷۹، ۱، ۸۲).

ادله ولایت فقیه کافی برای اثبات آن برای فقیه نیست.

بر این اساس می‌توان این سؤال را مطرح نمود که آیا جواز تصرف در امور کودک بی‌سرپرست از مناصب اختصاصی امام (ع) بوده که به استناد عموم ادله ولایت فقیه منتقل به فقیه شود یا این که اختصاصی در کار نبوده، امام (ع) همانند سایر نزدیکان کودک (ولی عرفی) یا عدول مومنین می‌توانند در امور کودک تصرف نمایند. این سؤال که مورد توجه مشهور فقیهان نبوده، مورد توجه صاحب حدائق و محقق اصفهانی قرار گرفته است. صاحب حدائق با استناد به روایاتی که تصرف ولی غیراصطلاحی را بدون مانع می‌دانند نتیجه می‌گیرد که در روایات شاهی بر اختصاص این منصب بر امامان وجود ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۲، ۵۹۲).

محقق اصفهانی نیز با وضوح بیشتری تاکید دارد که اختصاص اموری مثل فروختن مال یتیم، به امام (ع) ثابت نیست تا با ادله ولایت فقیه، فقیه جانشین ایشان شود (اصفهانی، ۱۴۲۷، ۲، ۴۰۱). همو در جای دیگری با نفی وجود دلیل لفظی بر این اختصاص، نه دلیل عقلی را مثبت این ادعا دانسته و نه اجماعی که محتمل المدرک می‌باشد را کافی بر آن می‌داند (همان، ۳۹۵).

نکته سوم و مهمی که در نقد دیدگاه مشهور می‌توان بدان استناد جست و در حقیقت برخی مباحث سابق نیز به پشتوانه آن مطرح شده است روایات متعددی است که برخی در موضوع نوشتار کنونی بوده و مورد توجه فقیهان نیز قرار گرفته است؛ به باور برخی بر اساس مفاد این دسته از روایات ولی غیر اصطلاحی نیز می‌تواند در اموال و امور کودک بی‌سرپرست تصرفاتی حتی از قبیل فروختن داشته باشد. همچنان که بنا به برخی دیگر از آیات و روایات که ارتباط تنگاتنگی که با موضوع محل بحث داشته، می‌توان دیدگاه فوق را تقویت یا اثبات نمود. دسته اخیر افزون بر کارگرد پیش‌گفته در روشن نمودن فضای صدور روایات دسته نخست و به تبع آن کشف ارتکازات موجود میان مخاطب و امامان معصوم (ع) کاربرد دارند. این ارتکاز نیز می‌تواند به وضوح گویای این نکته باشد که در عصر صدور عناوینی مانند حاکم شرع، فقیه جامع شرایط، سلطان، ناظر در امور مسلمین که ادبیات فقهی مالال از آنها است به هیچ وجه معهود میان امام (ع) و مخاطب نبوده، شروع این نوع گفتار و نگرش از عصر شیخ طوسی به بعد که خود محصول عواملی همچون عقلانیت عصری، تأثر از فضای علمی و محیط پیرامون حاکم بر مسلمین که عمدتاً منحصر در جهان اهل سنت بوده است می‌باشد.

به دیگر سخن، نویسنده در ادامه خواهد کوشید با کمک گرفتن از دور و تسلسل هرمنوتیکی که

مدعی فهم بهتر کل از راه فهم جزء، و از طرفی فهم جزء با استفاده از فهم کل و جریان این امر است به تحلیلی دقیق از مفاد این روایات دست یابد. زیرا در راستای فهم جزء اگر به کل مراجعه نشود دچار نوعی سوء فهم و در فرض عدم مراجعه به جزء از برای فهم کل مبتلی به خودبازسازی کل خواهیم شد.^۱

۵-۴- روایات داله بر جواز و صحت تصرفات اعتباری ولی غیر اصطلاحی در اموال

کودک بی سرپرست

از میان این روایات، می‌توان به سه روایت اشاره کرد.

۵-۴-۱- معتبره سماعه بن مهران

کلینی به سند معتبر از سماعه نقل می‌کند که از امام (ع) درباره مردی که دختر و پسر صغیر و بالغ داشته و بدون وصیت از دنیا رفته است، وارثان در زمان تقسیم ارث چگونه رفتار می‌کنند؟ امام (ع) در پاسخ فرمود: «إِنْ قَامَ رَجُلٌ ثَقَّةٌ قَاسَمَهُمْ ذَلِكَ كُلَّهُ فَلَا بَأْسَ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۷، ۶۸).

به طوری که از اطلاق روایت پیش‌گفته ظاهر است امام (ع) حتی در فرض وجود حاکم یا فقیه و امکان دسترسی بدان و همچنین در صورت عدم ضرورت تصرف، تصرف برخی اشخاص در اموال کودکان بی‌سرپرست را جایز دانسته است (حکیم، بی‌تا، ۳۰۶). فخر المحققین در راستای تطبیق این روایت بر دیدگاه مشهور بر آن است که اطلاق «رجل ثقه» به قرینه سایر روایات باید حمل بر فقیه شود (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ۲، ۶۲۴). پر واضح است که در این صورت روایت فوق بر خلاف برداشت مشهور دلیل بر ولایت عدول مومنین نخواهد بود؛ بلکه بعید نیست که گفته شود که مختص نمودن عنوان «رجل ثقه» به فقیه بیشتر شبیه به الغای عنوان است تا تقیید اصطلاحی.

برخی نیز ولایت مالی کودک بی‌سرپرست ابتداءً به عهده حاکم شهر، سپس فقیه جامع شرایط و در نهایت به عهده مومنین است. همو در مقام استدلال به دیدگاه خود به معتبره سماعه تمسک کرده است که از این استدلال شاید بتوان نتیجه گرفت که به باور ایشان اطلاق روایت از جهت دسترسی به حاکم شهر یا فقیه به استناد قرائن منفصل مقصود نیست (حلی، ۱۳۸۸، ۵۱۴). ولی با نظر به نسبت عموم و خصوص من وجهی که بین ادله ولایت فقیه و روایت حاضر وجود دارد و از طرفی اظهار بودن شمول این

۱. در توضیح دور هرمنوتیکی بنگرید به (اصغر واعظی و اسماعیل قانلی (۱۳۹۳) سطوح، مؤلفه‌ها و کارکردهای دور هرمنوتیکی).

روایت بر مورد از توقیع شریف همچنان دلیلی بر ولایت انحصاری حاکم بر موضوع محل گفتگو وجود ندارد (اصفهانی، ۱۴۲۷، ۲، ۴۰۴)؛ یا ادله ولایت فقیه عام مطلق بوده که باید به همین روایت و نظائر آن تخصیص زده شوند. پر واضح است که در این صورت ولایت مومنین یا جواز تصرفشان در طول ولایت فقیه نخواهد بود (خمینی، ۱۴۱۵، ۲، ۵۱۳).

به باور حضرت امام اشکال مهمی که بر استدلال به روایت فوق وارد است عدم احراز جهت حکم است. ایشان تاکید دارد که در مواردی که شخص سؤال شده دارای مناصب متعددی باشد، جوابی که از این پرسش می‌دهد روشن نیست که از کدامین منصب خود به سؤال مطرح شده پاسخ می‌دهد. حال بر این اساس در موضوع این نوشتار امام (ع) هم دارای منصب بیان حکم کلی است که اگر از این منصب تصرف در اموال کودک را مجاز بدانند، این حکم بعد از وفات ایشان نیز ثابت خواهد بود؛ ولی محتمل است که از باب اجازه کلی باشد که در این صورت بقای این اجازه بعد از وفات ایشان دلیل روشنی ندارد. ایشان با نظر به عدم وضوح سلطانی یا حکم کلی الهی بودن حکم مطرح در روایت، استصحاب کلی اجازه تصرف را نیز صحیح نمی‌داند (خمینی، ۱۴۱۵، ۲، ۵۰۴-۵۰۸).

شایان یادآوری است که ایشان تاکید دارد که باقی ماندن اذن امام (ع) بعد از وفات ایشان نیز چندان روشن نیست؛ لذا هر چند روایت فوق در صدد بیان اذن خاص نیست ولی همچنان احتمال اذن امام (ع) مطرح بوده، نمی‌توان اجازه تصرف را در تمامی اعصار ثابت نمود. بنابراین با تاکید بر عدم ظهور روایت در اذن خاص (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۶، ۱۰۳) نمی‌توان از استدلال به روایت فوق دفاع نمود.

در نقد رویکرد فوق می‌توان با تاکید بر این که سؤال راوی از مورد خاصی نبوده، به طور کلی از شخصی می‌پرسد که به بدون وصیت از دنیا رفته، بعد از خود اموالی را به ارث گذاشته و در میان آنها اولاد صغار نیز وجود دارد، در چنین شرایطی مقصود سؤال کننده روشن شدن وظیفه فعلی نیست و بیشتر سؤال جنبه فرضی به خود می‌گیرد که هدف از آن اطلاع از حکم مسأله است که با وفات امام (ع) تغییری نیز در آن ایجاد نمی‌شود. بدیهی است که ظاهر جوابی که به او داده می‌شود همسو با هدف وی خواهد بود. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت ظاهر جواب امام (ع) همان بیان حکم کلی الهی است که با وفات ایشان تغییری در حکم پیش گفته به وجود نخواهد آمد؛ و شاید بر اساس همین برداشت عرفی باشد که امثال کلینی و صدوق این روایت را در باب «فروختن اموال صغیر بدون ولی خاص» نقل نموده‌اند.

۵-۴-۲- صحیحہ علی بن رئاب

روایت دومی که به باور بسیاری دلیل ولایت یا جواز تصرف مومنین در امور کودک بی‌سرپرست صحیحہ علی بن رئاب است. بر اساس این روایت امام (ع) در جواب از سئوالی که از جواز خرید کنیزی که از جزء اموال میت بوده، وارثانش نیز صغیر بوده، مورث نیز وصیتی نیز نکرده است، می‌فرماید:

«إِنْ كَانَ لَهُمْ وَلِيٌّ يَقُومُ بِأَمْرِهِمْ بِأَعْيُنِهِمْ وَ نَظَرَ لَهُمْ كَانَ مَأْجُورًا فِيهِمْ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ۷، ۶۷).

به باور امام خمینی روایت پیش‌گفته دلیلی بر ولایت مومنین نیست؛ زیرا ایشان با تاکید بر اینکه مقصود از قیم و ولی نمی‌تواند شامل منصوب از طرف قاضیان جور باشد، از طرفی نصب امام (ع) یا فقیه امامی نیز مفروض العدم است؛ بنابراین باید مقصود از قیم و ولی منصوب پدر باشد. بر این اساس ایشان این روایت را دلیل بر جواز نصب وصی از طرف پدر بر کودک صغیر خود می‌داند (خمینی، ۱۴۱۵، ۲، ۴۳۷).

در نقد پاسخ فوق می‌توان گفت که تاکید بر وصی بودن قیم و ولی با متن روایت سازگاری ندارد؛ زیرا به وضوح در متن روایت تصریح می‌شود که «وَلَمْ يُوصِ»، و از همین رو محدثان روایت فوق را در باب کسی که وصیتی نسبت به کودکان خود ندارد مطرح نموده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷، ۷، ۶۷؛ صدوق، ۱۴۱۳، ۴، ۲۱۸). به باور نویسنده منشاء تاکید بر ادعای فوق رسوخ شاکله پیش‌گفته - به عنوان پیش‌دانسته‌ای که چندان مورد سؤال نیست - در اذهان فقیهان متأخر بوده، به نحوی که آن را شاخصی بر تحلیل مفاد روایات قرار داده‌اند؛ این در حالی است که به باور نویسنده اعتبار این شخص با چالش‌های متعددی روبرو بوده، کسی که بدان با دیده تردید می‌نگرد نمی‌تواند آن را سنج‌های برای فهم روایات قرار بدهد.

در مقابل دیدگاه حضرت امام، صاحب حدائق مقصود از ولی را عدول مومنین می‌داند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۸، ۳۲۴). همچنان که اطلاق واژه‌های همچون ولی، قیم و ناظر بر معنای غیر اصطلاحی کنونی آن در عصر صدور امر متداولی بوده است و این ادعا در ادامه با طرح روایات متعددی به وضوح ثابت خواهد شد. افزون بر این که عطف فراز «النَّاطِرُ فِيمَا يُصَلِحُهُمْ» بر قیم و از طرفی تحیر سائل قرائن داخلی بر دیدگاه نویسنده است (حکیم، بی‌تا، ۳۰۵).

۵-۴-۳- صحیحہ اسماعیل بن سعد

دلیل سوم بر دیدگاه مشهور صحیحہ اسماعیل بن سعد است؛ بر اساس این روایت امام (ع) ابتدا خرید و فروش کنیزان مورثی که بدون وصیت از دنیا رفته و وراثت صغیر نیز دارد را بلا مانع دانسته، در

ادامه در جواب سؤال دوم روای که از ایشان می‌پرسد که اگر شخصی در سفر بدون وصیت از دنیا رود آیا می‌توان اموال وی را به فرزندان کبیر میت یا قاضی داد، و در فرض تحویل اموال به برادران بزرگ اگر شاهد نگیرد و بعدا سهم بردار کوچک خود را ندهند آیا چنین شخصی ضامن است؟ امام (ع) در پاسخ می‌فرماید چنین شخصی ضامن است مگر به اذن سلطان باشد؛ و در نهایت در پاسخ از سؤال سوم که درباره خرید خادمان و اموال مردی است که بدون وصیت از دنیا رفته و ورثه صغیری نیز دارد و متولی فروش قاضی یا قاضی که منسوب خلیفه نبوده است، می‌فرماید: «إِذَا كَانَ الْأَكْبَرُ مِنْ وُلْدِهِ مَعَهُ فِي الْبَيْعِ فَلَا بَأْسَ بِهِ إِذَا رَضِيَ الْوَرَثَةُ بِالْبَيْعِ وَ قَامَ عَدْلٌ فِي ذَلِكَ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۷، ۶۶).

روایت پیش‌گفته که را می‌توان از جهات متعددی بر خلاف دیدگاه مشهور دانست؛ زیرا به وضوح دلالت بر جواز بیع و شراء اموال صغیر از طرف ولی عرفی دارد، همچنان که نوعی ولایت بر سلطان نیز در این روایت تصویر شده است که با فتوای مشهور مخالف است؛ و از همین جهت مشابهت زیادی با دیدگاه شیخ طوسی در النهایه دارد. همچنان حمل واژه سلطان در روایت پیش‌گفته بر فقیه جامع شرایط یا امام عصر (ع) کاملاً بر خلاف سوق روایت بوده، شاهی از متن روایت بر آن وجود ندارد.

شایان ذکر است امام خمینی بر آن است که این روایت همانند معتبره سماعه ظهوری در اینکه جواز مطرح شده در روایت حکم شرعی کلی است نداشته، محتمل است که از احکام سلطانی امام همان عصر (ع) باشد که در این صورت دلیلی بر بقاء آن بعد از رحلت ایشان وجود ندارد (خمینی، ۱۴۱۵، ۲، ۵۰۷). به باور نویسنده ظهور روایت شریفه در اینکه امام (ع) درصدد بیان حکم کلی است کاملاً واضح است، همچنان که تقریب پیش‌گفته نیز می‌تواند منشاء این ظهور را تبیین نماید. افزون بر اینکه با نظر به روایاتی که در ادامه بدان‌ها اشاره خواهد شد زمینه فرهنگی تاریخی عصر صدور و ارتکازات مخاطبین این روایات در موضوع نوشتار حاضر به خوبی بازسازی شده، نتیجه گرفته خواهد شد که بسیاری این اشکالات از عدم توجه به بافت زبانی، فرهنگی و اجتماعی آن زمان نشات گرفته است.

۵-۵- روایات دلالت‌کننده بر کیفیت تعامل با اموال کودک یتیم

سه روایت فوق به طوری که گذشت در محدوده‌ای خاص اجازه تصرف دیگران در اموال کودک بی‌سرپرست را داده است. حال می‌توان به برخی روایات دیگر نیز اشاره کرد که شاید به طور مستقیم در موضوع نوشتار کنونی نبوده، ولی افزون بر این‌که در برخی موارد دلیلی بر بخشی از مدعای نویسنده

هستند، کارائی فراوانی در روشن شدن ارتکازات عصر صدور دارند.

۵-۵-۱ - معتبره عبد الله بن یحیی کاهلی

از این دسته از روایات می‌توان به روایاتی که درباره خوردن و نوشیدن اموال کودک بی‌سرپرست یا نشستن روی فرشی که متعلق به آنان است اشاره نمود. در معتبره عبد الله بن یحیی کاهلی وارد شده است:

«قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) إِنَّا نَدْخُلُ عَلَى أَخٍ لَنَا فِي بَيْتِ أَيْتَامٍ وَ مَعَهُ خَادِمٌ لَهُمْ، فَتَقَعُدُ عَلَى بَسَاطِهِمْ وَ نَشْرَبُ مِنْ مَائِهِمْ وَ يَخْدُمُنَا خَادِمُهُمْ، وَ رَبَّمَا طَعِمْنَا فِيهِ الطَّعَامَ مِنْ عِنْدِ صَاحِبِنَا وَ فِيهِ مِنْ طَعَامِهِمْ فَمَا تَرَى فِي ذَلِكَ؟ فَقَالَ: إِنْ كَانَ فِي دُخُولِكُمْ عَلَيْهِمْ مَنَفَعَةٌ لَهُمْ، فَلَا بَأْسَ، وَ إِنْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ فَلَا؛ وَ قَالَ (ع): بَلَى الْإِنْسُ إِنْ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ؛ فَانْتُمْ لَا يَخْفَى عَلَيْكُمْ؛ وَ قَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ - وَ إِنْ تَخِ الطُّوْهُمُ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَ اللّٰهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۱۲۹).

امام (ع) در این روایت بدون استفعال از ولی شرعی بودن یا نبودن متصرف تصرف در اموال کودک یتیم را تنها منوط به فائده‌داشتن این تصرفات بر یتیم دانسته، در ادامه با استناد به دو آیه‌ای که مناط تصرف در اموال کودک را امور وجدانی و شخصی قرار داده است بیان می‌فرماید که هر شخص با احراز آن صلاحیت تصرف در اموال یتیم را دارا خواهد بود. افزون بر این که استناد به دو آیه پیش‌گفته نه تنها ظهور روایت در بیان حکم کلی الهی را به شدت تقوی می‌نماید، خود به وضوح اشاره دارد که تصرف در اموال کودک در حیطه ضوابط حقوقی که فقیهان بر آن اصرار دارند نیست؛ زیرا مناسبتی بین امور شخصی و وجدانی با مباحث حقوقی که باید ملاک شفاف و قابل راستی‌آزمایی را داشته باشد وجود ندارد. شایان تاکید است که در این روایت نه صحبتی از اجازه حاکم شده و نه سخنی از وصی یا قیم بودن شخص متصرف به میان آمده است.

۵-۵-۲ - روایت علی بن معیره، عبد الرحمن بن حجاج و مرسله علی بن ابراهیم

در روایت علی بن معیره از امام صادق (ع) نیز وارد شده است که «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): إِنْ لِي ابْنَةٌ أَخٌ يَتِيمَةٌ قَرِيبًا أُهْدِي لَهَا الشَّيْءُ فَأَكُلُ مِنْهُ ثُمَّ أُطْعِمُهَا بَعْدَ ذَلِكَ الشَّيْءَ مِنْ مَالِي فَأَقُولُ يَا رَبُّ هَذَا بِهَذَا؟ فَقَالَ (ع): لَا بَأْسَ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۱۲۹)؛ و در روایت دیگری عبدالرحمن بن حجاج از امام

صادق (ع) می‌پرسد: «عَنْ الرَّجُلِ يَكُونُ لِلرَّجُلِ عِنْدَهُ الْمَالُ إِمَّا بَيْعٌ وَ إِمَّا قَرْضٌ فَيَمُوتُ وَ لَمْ يَقْضِهِ إِيَّاهُ فَيَتْرُكْ أَيْتَامًا صِغَارًا فَيَبْقَى لَهُمْ عَلَيْهِ لَا يَقْضِيهِمْ أَوْ يَكُونُ مِمَّنْ يَأْكُلُ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا؟ قَالَ (ع): لَا إِذَا كَانَ نَوَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِمْ» (طوسی، ۱۴۰۷، ع ۳۸۴)؛ و در روایت دیگری از امام صادق (ع) وارد شده است که «لَا بَأْسَ بِأَنْ تَخْلُطَ طَعَامَكَ بِطَعَامِ الْيَتِيمِ، فَإِنَّ الصَّغِيرَ يُوْشِكُ أَنْ يَأْكُلَ كَمَا يَأْكُلُ الْكَبِيرُ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۱۷، ۲۵۶).

پر واضح است که بر اساس روایات پیش‌گفته هر شخصی در محدوده معینی صلاحیت تصرف در اموال کودک بی سرپرست را داشته و این امر منوط به اجازه از حاکم شرع نمی‌باشد. از همین رو صاحب حدائق فتوای مشهور را هماهنگ با روایات فوق و برخی روایات دیگر نمی‌داند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۸، ۳۴۶).

۶- شواهد دیدگاه نویسنده از ابواب مختلف

از دیگر قرائن دیدگاه نویسنده قرض کردن از اموال کودک بی سرپرست می‌باشد. مسأله پیش‌گفته که با نظر به مبتلی به بودنش و انعکاس آن در روایات، در هیچ یک از روایات لزوم استیذان از حاکم و مدخلیت نظر او مطرح نشده است. به عنوان نمونه در معتبره بنظمی (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۱۲۸) تنها به اشتراط نیت برگردان اموال در جواز تصرف در اموال یتیم اکتفا شده، سخنی نه در سؤال سائل و نه در جواب امام (ع) از لزوم استیذان از فقیه یا ولی شرعی بودن متصرف نشده است. یا در معتبره عبدالرحمن بن حجاج از امام کاظم (ع) درباره مردی که نزد یکی از خانواده‌اش مقداری از اموال ایتام به امانت موجود بود؛ و این شخص این اموال را به مرد خانواده تحویل داده و این مرد بدون اجازه از شخص امین و بدون اطلاع وی در اموال یتیم تصرف نموده، بعد از مدتی در صدد پرداختن بدهی خود برآمده است؛ آیا باید اموال را به امین برگرداند یا می‌تواند در صورت بلوغ کودک به خود کودک برساند؟ امام (ع) در جواب می‌فرماید: «يُجْزِيهِ أَيْ ذَلِكَ فَعَلَ إِذَا أَوْصَلَهُ إِلَى صَاحِبِهِ فَإِنَّ هَذَا مِنَ السَّرَائِرِ إِذَا كَانَ مِنْ نِيَّتِهِ، إِنْ شَاءَ رَدَّهُ إِلَى الْيَتِيمِ ... وَ إِنْ شَاءَ رَدَّهُ إِلَى الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۱۳۲).

روایت پیش‌گفته به اذعان برخی صریح در عدم ولی شرعی بودن متصرف بوده، و این تصرف مورد انکار امام (ع) نیز قرار نگرفته است. بلکه امام (ع) با بیان این‌که اگر شخص متصرف به همراه نیت برگرداندن، تصرف در اموال کودک کرده است فعل او را تقریر نیز نموده است و با نظر به روایات

پیش‌گفته روشن می‌شود که تاکید فقیهان امامی بر ولیّ شرعی بودن مقترض همسو با روایات وارده نیست (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۸، ۳۴۷).

از دیگر موضوعاتی که در تبیین دیدگاه نویسنده می‌تواند مورد استناد قرار گیرد موضوع تجارت با اموال یتیم است. کلینی روایات متعددی که دالّ بر جواز تجارت با اموال کودک یتیم دارند را مطرح نموده است. جای بسی شگفتی است که این امر در هیچ یک از این روایات نیز منوط به استیذان از فقیه یا حاکم نشد، تنها شرط این تصرف وجود مالی برای متصرف به میزان مال یتیم دانسته شده است. همچنان که در این روایات سخنی از لزوم ولیّ شرعی بودن متصرف از قبیل وصیّ یا قیم به میان نیامده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۱۳۱).

از دیگر قرائن مهمی که در بازسازی روابط حاکم بر مناسبات خانواده عصر نزول نقش بسزائی دارد. در توضیح ارتباط شرط و جزاء در آیه پیش گفته نویسنده برآن است که مخاطب آیه شریفه اولیاء ایتام بوده، از آنان می‌خواهد که اگر در ازدواج با یتیمان بیمناک هستند با سایر زنان ازدواج نمایند. این تفسیر مرویّ از عائشه (بخاری، ۱۴۰۷، ۲، ۸۸۳)، و مرویّ اصحاب امامیه (طوسی، بی‌تا، ۳، ۱۰۳) یا مرویّ از امام باقر (ع) دانسته شده است (سیدرضی، ۱۴۰۶، ۵، ۲۹۱)؛ برخی صاحب‌نظران نیز بر این دیدگاه تأکید دارند (طبرسی، ۱۳۷۲، ۳، ۱۱؛ اردبیلی، بی‌تا، ۵۰۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹، ۱۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۷، ۴، ۱۶۷؛ زنجانی، ۱۴۱۹، ۱۶، ۵۱۰۱)؛ بلکه به باور برخی، دیدگاه مشهور مفسران نیز همین برداشت است (سبزواری، ۱۴۰۹، ۷، ۲۶۳).

بر اساس توضیح فوق اولیاء ایتام می‌توانند با دختران یتیمی که عهده‌دار امور آنان هستند ازدواج نمایند و این ازدواج فضولی نبوده و شوهر از همان لحظه می‌تواند تمتعات جنسی مشروع از همسر یتیم خود داشته باشد. پرواضح است که ولیّ یتیم در مفروض آیه نمی‌تواند جدّ پدری باشد؛ لذا بر اساس شاکله پذیرفته شده میان مشهور فقیهان امامی، می‌بایست مخاطب آیه شریفه منحصر در وصیّ یا حاکم شرع یا ماذون از وی باشد. اختصاص خطاب عام آیه شریفه به دو گروه فوق علاوه بر این که به خودی خود خالی از اشکال نیست، با نظرگاه مشهور فقیهان امامی مبنی بر عدم ولایت حاکم بر تزویج دختر یتیم (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۶۶) و همچنین عدم ولایت وصیّ بر تزویج صغیر و صغیره (یزدی، ۱۴۱۹، ۵، ۶۳۱) سازگار نیست.

در مقابل به باور نویسنده با نگاه عرفی که آشنا با دیدگاه فقیهان و شاکله مورد تسالم آنان نباشد به

وضوح از آیه شریفه می‌توان استفاده نمود که مخاطب آیه شریفه اولیای عرفی بوده، برای آنان ولایت بر تزویج یتیمه را جعل می‌نماید؛ و شاید بر اساس غیرقابل بودن این لازمه در نزد فقیهان، محقق بلاغی درصدد است با ادعای اینکه مقصود از یتیمه در آیه شریفه زنی است که قبلاً سابقه یتیمی داشته و در حال حاضر به سن بلوغ رسیده است، ارتباط آیه شریفه با کودک بی‌سرپرست خاص را نفی نماید! (بلاغی، ۱۴۲۰، ۲، ۷).

از دیگر قرائنی که در فهم صحیح مناسبات خانواده عصر صدور آیه «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» (بقره، ۲۳۷) است. بر اساس روایات وارد شده در ذیل آیه شریفه مقصود از فراز «الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» ولی زن بوده، و در میان اولیاء به برادر و هر کسی که عهده دار امور وی باشد اشاره شده است. به عنوان نمونه بر اساس معتبره حلبی امام صادق (ع) درباره فراز پیش‌گفته می‌فرماید: «هُوَ الْأَبُ وَالْأَخُ وَالرَّجُلُ يُوصَى إِلَيْهِ وَالرَّجُلُ يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ فَيَبِيعُ لَهَا وَيَشْتَرِي لَهَا فَإِذَا عَفَا فَقَدْ جَازَ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۶، ۱۰۶).

فقیهان در موا جبهه با این روایات بر اساس ساختار خود ساخته، روایات فوق را نیز حمل بر فضای توکیل نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰، ۴۶۸؛ حلی، ۱۴۲۰، ۳، ۵۷۷؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ۸، ۲۶۸). برخی دیگر با اذعان به صراحت برخی از این روایات، و کثرت طرق آن و در نتیجه عدم نیاز به بحث سندی، روایات فوق را مقطوع البطلان می‌داند (خوئی، ۱۴۲۸، ۳۳، ۲۰۰). صاحب حدائق نیز بر آن است که تطبیق دیدگاه فقیهان امامی بر اکثر روایات وارده در این موضوع در غایت بُعد است (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۴۵۶۵).

آیت الله زنجانی در نقد استدلال به این روایات بر آن است که «استدلال به این روایات تمام نیست چون اجماع مسلمین از الامامیه و العامه بر نفی ولایت برادر قائم است؛ به قرینه این اجماع باید روایات مثبتیه را تأویل کرد» (زنجانی، ۱۴۱۹، ۱۱، ۳۸۳۱). ولی بر خلاف ادعای آقای زنجانی، ابن جریر طبری در ذیل آیه «الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» می‌نویسد: «أَنَّ الْجَمِيعَ مَجْمُوعُونَ عَلَى أَنَّ بَنِي أَعْمَامِ الْمَرْأَةِ الْبَكْرَ وَ بَنِي إِخْوَتِهَا مِنْ أَبَائِهَا وَ أُمَّهَاتِهَا» (ابن جریر، ۱۴۱۲، ۲، ۳۳۹)؛ همچنان که شیخ طوسی در فرعی که اختصاص به بیان اولیاء عقد نکاح دارد به بسیاری اندیشمندان و فقیهان اهل سنت که معتقد به ولایت خویشاوندان دختر در امر ازدواج هستند اشاره نموده است (طوسی، ۱۴۰۷، ۴، ۲۵۰).

محقق کرکی نیز تصریح به مخالفت عامه با امامیه در موضوع ولایت برادر بر تزویج را مطرح کرده، در ادامه با اشاره به دیدگاه ابن جنید مبنی بر ولایت مادر بر تزویج، به روایت ابی بصیر که برادر نیز در کنار پدر مصداقِ الَّذِي يَبْدِيهِ عُقْدَةَ النِّكَاحِ دانسته است تنها ضعف سندی را مشکل افتاء به مضمون آن دانسته است (کرکی، ۱۴۱۴، ۱۲، ۹۲). شایان ذکر است که بر خلاف ادعای محقق کرکی سند روایت پیش‌گفته صحیح است (مجلسی، ۱۴۰۴، ۲۱، ۱۸۰).

در نهایت لازم به ذکر است که مطرح شدن عنوان ولیّ در برخی روایات موضوع اخیر نمی‌تواند شاهدی بر دیدگاه مشهور باشد؛ زیرا در بسیاری روایات واژه «ولیّ» در معنای عرفی آن به کار رفته (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۴۰۱؛ ۷، ۴۲۴؛ عاملی، ۱۴۱۱، ۱، ۸۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۳، ۲۶۰)، به اذعان برخی معنای اصطلاحی آن در اعصار بعدی حادث شده است (حائری، ۱۴۲۳، ۲، ۳۱۹). بر این اساس مقصود از ولیّ در این روایات شخصی است که متولی امور کودک باشد و به هیچ وجه منحصر در مصادیق محدودی که فقیهان بر آن تاکید دارند نیست.

از دیگر شواهد بر ادعای نویسنده آیه شریفه ۲۲۰ سوره بقره است. خداوند در این آیه می‌فرماید: «وَسَأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَ لَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبْتُمْ». بر اساس معتبره ابن مسکان از امام صادق (ع)، تمامی کسانی که یتیمی در خانه داشته‌اند، بعد از نزول آیه «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا - انکم یأکلون فی بطنہم ان اراد- و سَيَصْلُونَ سَعِيرًا» ایتم را از خانه خود اخراج کردند؛ و در این باره از رسول اکرم (ص) سؤال کردند؛ خداوند آیه ۲۲۰ سوره بقره برای رعایت حال ایتم و در پاسخ به آنها نازل فرمود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۱۷، ۲۵۵).

به باور نویسنده می‌توان ادعا کرد که آیه شریفه با توجه به شان نزول معتبر و حذف متعلق که مشعر به عمومیت آن است هر نوع اصلاح در شان ایتم را مجاز شمرده است؛ در مقابل امام خمینی بر آن است که در آیه شریفه به قطع نظر روایات سخنی از اموال کودک به میان نیامده و سؤال از خود یتامی است؛ و شاید مقصود از اصلاح تربیت اخلاقی بوده باشد (خمینی، ۱۴۱۵، ۲، ۵۲۴).

به باور نویسنده علاوه بر اینکه دو فراز «وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَ لَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبْتُمْ» ارتباط روشنی با موضوع تربیت اخلاقی ندارند، حذف متعلق از سؤال و جواب و ذکر نمودن کدامین حیثیت مدّ نظر مربوط به یتیم، به خوبی بیانگر عموم حیثیات یا با نظر به پر رنگ بودن جهت اموال ایتم

مختص به حیث مالی است؛ و از همین روست که برخی به اطلاق اصلاح در سه حوزه نفوس، اموال و احوال تصریح دارند (سبزواری، ۱۴۰۹، ۳، ۳۳۱). برخی دیگر نیز با اشاره به معنای دقیق واژه «خلط» که جمع کردن چیزی که جدا کردنشان متعذر است معنای آیه را اذن در مخلوط کردن اموال ایتم با اموال خود می‌داند (طوسی، بی‌تا، ۲، ۲۱۵). همچنان که علاوه بر شان نزول معتبر، در روایات پر شماری به صراحت اشاره شده است که آیه یا مختص به امور مالی است یا شامل آن نیز می‌شود (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۱۲۹؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۱۷، ۲۵۵؛ بحرانی، ۱۴۱۶، ۱، ۴۵۸).

امام خمینی در ادامه بر آن است که با تاکید بر خود آیه نمی‌توان ماهیت سؤال‌کنندگان را روشن نموده و محتمل است که سؤال‌کنندگان وصی یا نماینده حضرت رسول اکرم (ص) بوده باشند. به باور ایشان بعید است که تصرف در ایتم و اموال آنان بی ضابطه باشد (خمینی، ۱۴۱۵، ۲، ۵۲۵).

به باور نویسنده شاید در ابتداء و بدون در نظر گرفتن روایات متعدد پیش گفته و عدم توجه به وضعیت فرهنگی و اجتماعی عصر نزول چنین احتمالاتی محتمل باشند، ولی با نظر گرفتن این دو نکته به راحتی می‌توان تصدیق نمود که آیه اختصاصی به اولیای شرعی نداشته و مقصود همان کسانی هستند که عهده‌دار امور ایتم شده‌اند. این نوع استفاده از سایر روایات و قرائن همان نکته‌ای است که نویسنده در موارد متعددی بر آن تاکید داشته، برآن است که بدون روشن شدن ارتکازات موجود میان معصوم و مخاطب و بافت فرهنگی/اجتماعی زمان نزول آیه یا صدور روایات، فهم مدلیل الفاظ با رویکرد لفظ‌گرائی افراطی که اسلوب رایج جریان تفقه است، وجاهت لازم علمی را ندارد.

شاهد صحت برداشت نویسنده از آیه شریفه توجه به عدم گزارش‌های تاریخی مبنی بر نصب قیم بر کودک بی‌سرپرست از سوی رسول اکرم (ص) و امامان (ع) است؛ همچنان که با بررسی‌های انجام گرفته و دقت در روایات وارده در این زمینه می‌توان ادعا کرد که گزارشی که بر اساس آن شخصی برای عهده‌داری ایتم جهت استیذان از معصوم مراجعه به آنان کرده باشند وجود نداشته، تماماً منحصر به جواز و صحت تصرفاتی است که شخص بعد از عهده‌داری کودک یتیم درصدد انجام آن بوده است. این در حالی است که با نظر به کثرت ابتلای جامعه آن روزی به موضوع ایتم اگر چنین چیزی لازم بود، حداقل گزارشاتی در این باره در منابع اهل سنت منعکس می‌شد؛ ابن عربی بعد از آنکه به استناد آیه شریفه تصرفات مالی کسی که عهده‌دار امور ایتم است را پذیرفته است، بر آن است که صحت این تصرفات متوقف نصب این شخص از ناحیه حاکم نیست. وی در مقام مستند سازی دیدگاه خود افزون بر اطلاق

آیه شریفه، به نبود گزارشی که دلالت بر لزوم استیذان از حاکم و مدخلیت اذن او داشته باشد اشاره می‌کند (ابن عربی، بی‌تا، ۱، ۱۵۵).

همچنان که استبعادی که در کلام امام خمینی مطرح شده است نه تنها وجه علمی ندارد، بلکه شاید با تأکید بر اینکه چنین سفارش‌های در راستای هم نوع دوستی و برادر ایمانی بودن آحاد جامعه و تقویت احساس مسئولیت همگان نسبت به همه هستند، این نوع تشریح را همسو با آموزه‌های شرع مقدس دانست. به راستی آیا کم‌رنگ نمودن و یا نادیده گرفتن نقش ولیّ عرفی در شؤون یتیم و واگذاری تمام شؤون وی به ویژه در عصر حاضر به حاکمی که خود مبتلا به انبوهی از مشکلات است استبعاد بیشتری دارد یا واگذاری امور وی به خانواده یا اقربای وی که به انگیزه‌های مختلف دینی، نسبی و انسانی در صدد اصلاح حال وی بر آمده‌اند؟! این در حالی است که در میان انبوه روایاتی که درباره آیه شریفه وارد شده است اشاره‌ای هر چند کوتاه به ولی شرعی بودن متصرف نشده است!

با نظر به مجموع آیات و روایاتی که مبین ارتکازات عصر صدور هستند روشن می‌شود که اشکال برخی بر استناد به ادله عامه همچون «کلّ معروف صدقه» یا «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى» به جواز تصرف در امور ایتم وارد نیست. برخی برآنند که با نظر به محتمل بودن مدخلیت نظر فقیه در «معروف» بودن اصلاحاتی که دیگران در اموال کودک بی‌سرپرست انجام می‌دهند، صغرای «معروف» در صورت دسترسی به وی و عدم استیذان از او محرز نبوده، مورد از قبیل تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه خود دلیل خواهد بود (انصاری، ۱۳۸۰، ۳، ۳۵) که اجماعاً صحیح نیست.

به باور نویسنده این گونه ابداع احتمالات بیش از این که منشاء روائی داشته باشد، مستند به چارچوب مورد تسالم فقیهان است؛ به دیگر سخن، ساختاری که دقیقاً مورد تردید نویسنده است زاویه دیدی به فقیهان داده است که به تمامی روایات و آیات از آن منظر نگریسته شده، در فرض مخالفت یا عدم ملائمت با آن، روایت به نوعی توجیه یا با ابداع احتمالی صلاحیت احتجاج بدان سلب شده است؛ و الاّ پر واضح است که مقصود از معروف در این روایات همان معروف عرفی در قبال منکر عرفی بوده، محل گفتگو پیرامون تصرفاتی است که عرفاً معروف قلمداد می‌شوند. از این رو برخی با استناد به این نکته عرفی، اصل عدم ترتب اثر بر تصرفات غیر را محکوم اطلاعات ادله‌ای همچون «کلّ معروف صدقه» می‌داند (شهیدی، ۱۳۷۵، ۲، ۳۳۳).

شایان ذکر است که با نظر به ارتکازات عقلائی که نه مختص به قوم خاصی بوده و نه زمان بردار

است با وجود مادر یا برادر و نظایر آنان که حاضر به عهده‌داری یتیم شده‌اند ورود در شوون این کودک به هیچ وجه جایز نبوده، مصداق مداخله بی‌مورد محسوب می‌شود. افزون بر اینکه ورود در شوون یتیم مشروط به صلاح شده است که احراز این شرط در صورت وجود نزدیکان یتیم و عهده‌داری آنان از او به راحتی ممکن نیست. بلکه به باور آیت الله زنجانی «عقلاء در صورت نبودن پدر، مادر را قیم فرزند قرار می‌دهند نه عمو یا برادر را» (زنجانی، ۱۴۱۹، ۱۱، ۳۸۱۱). بر این اساس به باور نویسنده نباید در مقام استظهار از ادله از وجود چنین ارتکازات روشن که می‌توانند نقش قرینه لَبّی را داشته باشند غفلت کرده و به صرف عموم جواب یا سؤال اکتفا نمود.

جای بسی تعجب است که با وجود توجه به این ارتکاز در برخی روایات، همچنان این ارتکاز در ادبیات فقهی جایگاه مناسب به خود را نیافته است. به عنوان نمونه در مکتوب حضرت رضا (ع) به محمد بن سنان در مقام تعلیل حرمت تصرف نابجا در اموال یتیم وارد شده است که علت حرمت اکل مال یتیم نداشتن سرپرستی همچون پدر و مادر است زیرا با وجود یکی از این دو و قبول سرپرستی، نوعاً محافظت لازم از اموال کودک صورت گرفته و در نتیجه در تنگنای نیاز و فقر مالی قرار نمی‌گیرد (صدوق، ۱۴۱۳، ۳، ۵۶۵).

از شواهد مهم ارتکازی بودن دیدگاه نویسنده توجه به حقوق مدنی برخی کشورها است. بنا به گفته دکتر سید حسین صفائی «قیمومت اصولاً هنگامی آغاز میگردد که طفل از سرپرستی و حمایت پدر و مادر محروم باشند. حمایت از صغیر در حقوق فرانسه در دوران حیات پدر و مادر اصولاً به عهده آنهاست و آنان دارای سمت ولایت پدری هستند. قانونگذار فرانسه برای اینکه از دخالت در امور داخلی خانواده که امری حساس است حتی‌الامکان احتراز جوید ولایت پدری را کمتر تحت قاعده و نظم حقوقی درآورده و در این باب بیشتر به حمایت طبیعی پدر و مادر اعتماد کرده است؛ معهذاً برای اداره اموال صغیر بوسیله پدر و مادر قواعدی تحت عنوان (اداره قانونی) در قانون مدنی فرانسه آمده است (مواد ۳۸۹ به بعد)» (صفائی، ۱۳۴۹).

افزون بر اینکه در ارتکازات اولیای عرفی ثبوت ولایت و نفوذ تصرفاتشان بر صُغر و قُصر امر روشنی است (خوئی، ۱۴۲۸، ۳۳، ۲۷۱)، و اگر شارع مقدس بر خلاف آن است باید با بیان صریح و شفاف موضع خود را اعلام نموده و با تأکید بر عدم ولایت اولیای عرفی اداره شوون کودکان بدون ولی خاص را از وظایف فقیه بداند. این در حالی است که نه تنها چنین دلیلی وجود ندارد، در انبوهی از روایاتی که به

مناسبات‌های مختلف بیان شده‌اند اشاره یا تصریح بر خلاف دیده می‌شود.

۷- نتیجه‌گیری

با بررسی‌های صورت گرفته و اذعان برخی فقیهان روشن شد که در میان روایات شیعی روایتی که امور کودک بی‌سرپرست را به فقیه جامع شرایط واکذار نماید وجود نداشته، از این رو فقیهان در صدد باز تولید دلایل دیدگاه خود بر اساس قواعد و ضوابط عامه هستند. همچنان که در این پژوهش با طرح بعضی آیات و روایات از ابواب مختلف فقه و خوانش دوباره این دلایل نتیجه گرفته شد که شارع مقدس در این زمینه تشریح حقوقی خاصی جزء رعایت مصالح کودک که امری ارتكازی و فطری است ندارد؛ و بر همین اساس تصرف اشخاص متعددی و از اصناف گوناگونی همچون رجل ثقه، فرزندان بزرگ و نه لزوماً فرزند بزرگتر، متولی امور کودک، شخصی که در دست‌اش اموال ایتام موجود است و در برخی دیگر مادر مجاز به تصرف شده‌اند.

البته با نظر به برخی ارتكازات عمومی و واقعیت‌های عینی در صورتی که مادر و سایر اقربای نزدیک کودک یتیم وجود داشته و عهده‌دار امور وی نیز شوند مزاحمت آنان جایز نخواهد بود؛ همچنان که در این فرض احراز شرط پیش‌گفته یعنی رعایت مصالح یتیم به سادگی ممکن نبوده و در صورت عدم احراز شرط مداخله در امور کودک بی‌سرپرست بر اصل اولی حرمت باقی خواهد بود.

همچنان که محدوده تصرف نیز مختص به تقسیم اموال میت و نظائر آن نیست؛ زیرا با در نظرگرفتن مجموع روایات وارده که در موضوعات مختلفی همچون تقسیم اموال میتی که ورثه صغیر دارد، خوردن اموال آنان، نشستن بر روی فرش که متعلق به آنان است، قرض کردن از اموال آنان، تجارت با اموال آنان، تزویج آنان و در نهایت مطلوبیت اصلاح امورشان به راحتی می‌توان گسترده‌بودن محدوده تصرفات را از آن چه در متن هر یک از روایات وارد شده است نتیجه گرفت. پر واضح است که این گستره همانند سایر امور در مواردی که دلیل بر عدم جوازش باشد قابل تقيید و تخصیص است.

فهرست منابع

۱. ابن حمزه، طوسی (۱۴۰۸). الوسيله إلى نیل الفضيلة. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی.
۲. ابن عربی، محمد بن عبدالله (بی‌تا). احکام القرآن. بیروت: بی‌نا.

٣. حلى، ابن ادريس (١٤٢٩). أجوبه مسائل و رسائل فى مختلف فنون المعرفة. قم: دليل ما.
٤. حلى، ابن ادريس (١٤١٠). السرائر الحاوى لتحريرات الفتاوى. قم: جامعة مدرسين.
٥. ابن جرير، طبرى (١٤١٢). جامع البيان فى تفسير القرآن. بيروت: دارالمعرفة.
٦. اردبيلى، احمد بن محمد (بى تا). زبدة البيان فى احكام القرآن. تهران: المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية.
٧. اردبيلى، احمد بن محمد (١٤٠٣). مجمع الفائدة و البرهان فى شرح إرشاد الأذهان. قم: جامعه مدرسين.
٨. اصفهاني، محمد حسين (١٤٢٧). حاشية المكاسب. قم: ذوى القربى.
٩. انصارى، مرتضى (١٣٨٠). كتاب المكاسب. قم: منشورات دارالحكمة.
١٠. ايروانى، على (١٤٠٦). حاشية المكاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى.
١١. بحراني، يوسف (١٤٠٥). الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة. قم: جامعه مدرسين.
١٢. بحراني، سيد هاشم (١٤٠٦). البرهان فى تفسير القرآن. تهران: بنياد بعثت.
١٣. بخارى، محمد بن اسماعيل (١٤٠٧). صحيح البخارى. بيروت: دار ابن كثير.
١٤. بلاغى، محمد جواد (١٤٢٠). آلاء الرحمن فى تفسير القرآن: قم: بنياد بعثت.
١٥. جيعى عاملى، زين الدين بن على، شهيد ثانى (١٤١٣). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
١٦. حر عاملى، محمد (١٤٠٩). وسائل الشيعة. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
١٧. حسن بن زين الدين، ابن شهيد ثانى (بى تا). معالم الدين و ملاذ المجتهدين. قم: جامعه مدرسين.
١٨. حكيم، سيد محسن (بى تا). نهج الفقاهه. قم: انتشارات ٢٢ بهمن.
١٩. حلى، حسن بن يوسف (١٤٢٠). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
٢٠. حلى، حسن بن يوسف (١٤١٣). قواعد الأحكام فى معرفة الحلال و الحرام. قم: جامعه مدرسين.
٢١. حلى، حسن بن يوسف (١٣٨٨). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البيت.
٢٢. خمينى، روح الله (١٤١٥). كتاب البيع. قم: جامعه مدرسين.
٢٣. خوانسارى، سيد احمد (١٤٠٥). جامع المدارك فى شرح مختصر النافع. قم: مؤسسة اسماعيليان.
٢٤. خويى، ابوالقاسم (١٤٢٨). موسوعه الإمام الخويى. قم: مؤسسة احياء آثار الإمام الخويى.
٢٥. زنجانى، سيد موسى (١٤١٩). كتاب نكاح. قم: مؤسسه پژوهشى راي پرداز.
٢٦. سبزوارى، سيد عبدالاعلى، (١٤٠٩). مواهب الرحمن فى تفسير القرآن. بيروت: مؤسسة اهل بيت.

۲۷. سید رضی (۱۴۰۶). حقائق التاویل فی متشابه التنزیل. بیروت: دار الأضواء.
۲۸. شهیدی، میرزا فتاح (۱۳۷۵). هدایه الطالب إلى أسرار المكاسب. تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۲۹. صدر، محمد باقر (۱۳۷۹). المعالم الجدیدة للأصول. قم: کنگره شهید صدر.
۳۰. صدوق، بن بابویه (۱۴۱۳). من لا یحضره الفقیه. قم: جامعه مدرسین.
۳۱. طباطبائی، جواد (۱۳۹۲). تاملی درباره ایران. تهران: انتشارات مینوی خرد.
۳۲. طباطبائی، سید محمدحسین (۱۴۱۷). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: جامعه مدرسین.
۳۳. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: انتشارات ناصر خسرو.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). الخلاف. قم: جامعه مدرسین.
۳۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه.
۳۶. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰). النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی. بیروت: دارالکتب العربی.
۳۷. طوسی، محمد بن حسن (بی تا). التبیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۸. عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱). نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام. قم: جامعه مدرسین.
۳۹. فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۰. کرکی، عاملی، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت.
۴۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). الکافی. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۲. کیدری، قطب الدین (۱۴۱۶). إصباح الشیعه بمصباح الشریعه. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۴۳. مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۴). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۴. نامعلوم (۱۴۰۶). فقه الرضا. مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۵. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۶. نراقی، احمد (۱۴۱۷). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۷. یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹). العروه الوثقی (المحشی). قم: جامعه مدرسین.