



حضرت آیت الله العظمی جوادی آملی دامت برکاته

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

بسم الله الرحمن الرحيم

در تتمه فروع مسئله «حضانة» چند فرع باید مطرح شود: یکی اینکه گرچه مسئله «عقیقه» و مسئله «رضاع» و مسئله «حضانة» جداگانه مطرح شد و حقوق مادر در مسئله «حضانة» روشن شد؛ اما در تمام مراحل هر هزینه‌ای که دارد اولاً به عهده خود کودک است اگر کودک مالی نداشت به عهده پدر است و اگر گفتیم حضانة بر عهده مادر است منافات ندارد که هزینه کلاً به عهده پدر باشد اگر آن کودک از خود مالی ندارد.

مطلب دیگر این است که در جریان «حضانة» همان‌طوری که درباره مادر گفته شد اگر پدر مسلمان است این کودک به مناسبت «اشرف الأبوين» محکوم به اسلام است، مادر اگر اُمه باشد یا اگر کافره باشد حق حضانة ندارد برای اینکه اُمه ملک دیگری است و سلطه‌ای ندارد و کافر هم براساس ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^۱ سلطه‌ای ندارد. این درباره پدر هم هست اگر مادر مسلمان بود و پدر - معاذالله - کافر بود یا عبد بود، هم بندگانگی او مانع است و هم کفر او مانع است، به حضانة مستقیماً در اختیار مادر است.

مطلب دیگر این است که این تزویج که گفته شد مانع است ازدواج مادر بعد از طلاق مانع حق حضانة است اما تزویج پدر مانع نیست پدر اگر ازدواج مجدد داشته باشد هر حقی که قبلاً داشت همچنان محفوظ است ولی اگر مادر ازدواج کرد این ازدواج مانع حضانة اوست.

۱. سوره نساء، آیه ۱۴۱.

فرعی که بعدها مطرح شد یعنی از مرحوم شیخ طوسی،^۱ بعد ابن ادریس^۲ تا به قواعد علامه رسید^۳ و مرحوم صاحب کشف اللثام اظهار نظر کرد،^۴ بعدها مرحوم صاحب جواهر اینها را جمع‌بندی کرد^۵ این است که درست است روایت هم دارد اگر مادر از پدر طلاق گرفت و ازدواج کرد «حق الحضانه» او ساقط است ولی اگر از شوهر دوم جدا شد و طلاق گرفت آیا «حق الحضانه» برمی‌گردد یا نه؟ این تابع آن حکم اصولی است که اگر ما عام یا مطلقى داشتیم اولاً، فردی مدتی داخل در این عام یا مطلق بود ثانیاً، این فرد از این مطلق یا عام خارج شد ثالثاً، بعد مانع برطرف شد رابعاً، آیا حکم عام به مطلق برمی‌گردد یا استصحاب حکم خاص؟ اگر ما یک «أکرم العلماء» بی داشتیم و زید عالم بود و مشمول «أکرم العلماء» بود و مثلاً گرامی داشته می‌شد بعد - معاذالله - مبتلا به فسق شد و در زمان فسق از این عموم «أکرم العلماء» خارج شد بعد توبه کرد و عادل شد آیا بعد از عدالت، حکم این زمان خاص استصحاب می‌شود یا عموم عام و اطلاق مطلق آن مراد است؟ در اینجا طبق نصوص عامه‌ای که وجود دارد این مادر «حق الحضانه» دارد وقتی که ازدواج مجدد کرد این «حق الحضانه» ساقط می‌شود وقتی از زوج دوم جدا شد آیا این «حق الحضانه» برمی‌گردد که به اطلاق این دلیل تمسک می‌شود یا به «حق الحضانه» بر نمی‌گردد بلکه به حکم خاص استصحاب می‌شود؟ نظر مرحوم ابن ادریس این است که حکم خاص استصحاب می‌شود و خیلی‌ها قائل‌اند که به همان عموم عام یا به اطلاق مطلق برمی‌گردد و از همان‌جا حکم ادامه دارد تا الآن. این فرمایش را علامه در قواعد ذکر کرده است. صاحب جواهر سلطان در دو جهت است: هم خودش فقیه

۱. الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۲ و ۱۳۳ «إذا تزوجت الأم سقط حقها من حضانه الولد ...»؛ المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۶، ص ۴۱؛ «إذا تزوجت المرأة سقط حقها من الحضانه ...».

۲. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۶۵۱ «فإن تزوّجت سقط حقّها من حضانه الذکر و الأنتی ...».

۳. قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۰۲ «فإن تزوّجت سقطت حضانتها عن الذکر و الأنتی ...».

۴. کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۷، ص ۵۵۲ «هذا الذی ذکر من أحقیّة الأم فی مدّة الرضاع و بعدها إذا لم تتزوَّج الأم فإن تزوّجت سقطت حضانتها عن الذکر و الأنتی...».

۵. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۲۹۲ «و کذا قد عرفت أنه لو تزوجت الأم سقطت حضانتها عن الذکر و الأنتی و کان الأب أحق بهما...».

است و هم در ابتکارات نقل‌شناسی و حوصله جمع کردن و مانند آن ممتاز است. هر کتابی را که شما از قدما یا متأخرین بخواهید مطالعه بکنید می‌بینید که صاحب جواهر دیده است منتها دیدن او گاهی بلا واسطه است و گاهی مع الواسطه. الآن صاحب جواهر هم حرف قواعد را نقل می‌کند هم حرف کشف اللثام را نقل می‌کند هم حرف ابن ادریس را، ظاهراً حرف ابن ادریس را ندیده است چون علامه در قواعد و فاضل اصفهانی در کشف اللثام فرمایش ابن ادریس را نقل کردند ایشان شرح قواعد را که می‌بیند هم حرف علامه، هم حرف فاضل اصفهانی را می‌بیند و هم حرف ابن ادریس را، بعید است که حرف ابن ادریس را خودش دیده باشد «علیّ‌ایّ حال» علامه این کار را کرده است، فاضل اصفهانی هم این کار را کرده است نظر ابن ادریس را نقل کردند. منتها آنکه به ذهن می‌رسد همین است که خیلی از بزرگان فرمودند که به اطلاق مطلق یا عموم عام تمسک می‌شود چرا؟ برای اینکه در خصوص عام حکم روشن‌تر از مطلق است این تمام زمان و زمین را می‌گیرد مگر اینکه ما مطلقاً داشته باشیم که بفهمیم این شخص دارد «فی الجملة» حرف می‌زند یا عامی داشته باشیم که دارد «فی الجملة» حرف می‌زند، ولی ظاهر عام «بالجملة» است و ظاهر اطلاق هم «بالجملة» است یعنی «فی کل زمان و فی کل مکان اکرم العالم» تمام این زمان‌ها و این قطعات زمانی و مکانی را گرفته است، در یک برهه این شخص در اثر فسق خارج شده است بقیه چرا مشمول نباشد؟! این طور نیست که اینها یک واحد شخصی باشد که «إذا انقطع، انقطع دائماً» این طور نیست.

مرحوم شیخ البته این را تفصیل داده در مکاسب در بحث خیارات و امثال خیارات که گفت اگر ما استفاده کردیم که هر زمان مفرد است فردیتی دارد، هر مکان مفرد است فردیتی دارد، این فردها خارج شد و بقیه افراد داخل‌اند؛ اما اگر نتوانستیم استفاده کنیم این یک حکم واحد است وقتی که منتفی شد منتفی خواهد بود ولی غالباً عموم یا اطلاق برای این است که گستره زمان و گستره زمین هر دو را مرتب همه مقاطع را می‌گیرد. لذا اگر چنانچه عامی

ما داشتیم بعد خارج شد و این شخص معصیت کرد یک معصیت نیست برای اینکه آن نهی که شامل شده است یعنی «کل زمان فردا» چندین بار است، یا اگر اطاعت کرد مستحب را انجام داد «کل فرد» ثواب خاص خودش را دارد معلوم می‌شود که هر فردی جداگانه مشمول آن مطلق یا آن عام است.^۱ لذا فرمایش مرحوم ابن ادریس مورد قبول نیست و این طوری که بزرگان دیگر گفتند آن مقبول است.

مطلب دیگر این است که این اصل عدم ولایت هر کسی بر کسی، که در مسئله «ولایت» مطرح است که در بحث جلسه قبل اشاره شد که مرحوم صاحب جواهر دارد، این مسبوق است به فرمایش صاحب کشف اللثام در شرح قواعد، بزرگان دیگر هم گفته‌اند ولی این حرف از خود صاحب جواهر نیست، صاحب جواهر این قواعد را نگاه می‌کند فرمایش کشف اللثام را نگاه می‌کند اصل عدم ولایت هم چیزی است که مقبول اوست و دیگران گفته‌اند و سابق داشت و روی آن کار کردند ایشان هم این را پذیرفتند.^۲ غرض این است که او سلطان در «فقه» است از دو جهت: یکی قدرت تتبع دارد و حوصله او به این زودی سر نمی‌آید، یکی قدرت استنباط دارد، این است که واقع مثل صاحب جواهر کم است، حشر او با انبیاء و اولیای الهی باشد! و او خودش اعتراف دارد از مرحوم خواجه نصیر وقتی که چیزی نقل می‌کند می‌گوید «قال سلطان المحققین» کسی که مبتکر باشد و چیز جدیدی بیاورد بتواند آن عصر خفقان هولاکو خان را نرم بکند و شاگردی مثل علامه تربیت کند! مرحوم صاحب جواهر وقتی از فقها نقل می‌کند می‌گوید «قال الشيخ» یا «قال الفاضل»، از علامه به عنوان «فاضل» نقل می‌کند، از مرحوم شیخ مفید و

۱. کتاب المکاسب شیخ الأنصاری (ط - الحدیثة)، ج ۵، ص ۲۰۷ و ۲۰۸.

۲. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۲۸۳ و ۲۸۴؛ کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۷، ص ۵۵۲.

شیخ طوسی به عنوان «أقدمین» و مانند آن نقل می‌کند اما تعبیر به «سلطان المحققین» گفتن، این خیلی کم است که درباره دوباره مرحوم خواجه نصیر می‌گوید «قال سلطان المحققین»^۱

به هر تقدیر، هزینه در تمام موارد اگر ولد از خود مال نداشته باشد به عهده پدر است و این منافاتی ندارد که حضانت برای مادر باشد. ازدواج پدر مانع نیست ازدواج مادر مانع است «کما تقدم». اگر این مادر به طلاق رجعی از شوهر دوم مطلقه شد این مانع همچنان محفوظ است چون حکم دارد که «المطلقة الرجعية زوجة» و چون «المطلقة الرجعية زوجة» این زن هنوز زوجه دومی است و زوجیت دوم مانع است پس این مانع است، این صغری و کبری سرجایش محفوظ است و اما اگر چنانچه با طلاق بائن از زوج دوم جدا شد او بی‌همسر است و مانعی هم ندارد بنابراین می‌تواند دوباره برگردد. حالا استصحابی که ایشان کردند نمی‌تواند برگردد و حق ندارد ولی اطلاق مطلق یا عموم عام ظاهراً شامل آن می‌شود و می‌تواند برگردد.

مطلب بعدی این است که در جریان «حضانت» آیا مسئله ارث و مانند ارث مطرح است که اگر پدر مُرد و مادر هم رخت بربست حضانت این کودک به عهده کیست؟ در اینکه حفظ این کودک واجب است حرفی در آن نیست دیگر سخن از حضانت نیست هر کسی که تنها او علم دارد واجب عینی است و اگر چند نفر علم دارند واجب کفایی است حفظ این کودک حرف دیگری است و مسئله «حضانت» نیست اما اگر چنانچه پدر مُرد و مادر هم مُرد یا مادر ازدواج مجدد کرد و فعلاً این «حق الحضانة» مطرح نیست این کودک به چه کسی برمی‌گردد؟ در اینکه اگر جدّ داشته باشد جدّ هم به منزله پدر است و ولایت دارد حرفی در این نیست منتها جدّ پدری نه جدّ مادری این «أب الأب» جدّ است و ولایت دارد و سرجایش محفوظ است و اگر جدّی در کار نبود منتها دایی بود خاله

۱. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۷، ص ۳۸۳ «الأول ما أورده سلطان المحققین نصیر الملة و الدین فی التذكرة».

بود عمه بود عمو بود آیا به اینها می‌رسد یا نمی‌رسد؟ و آیا به خصوص زن‌ها می‌رسد یا مردها هم «حق الحضانة» دارند؟ و از این گذشته اگر چنانچه به مرحله بعدی رسید پسر خاله، دختر خاله که اینها محرم نیستند آیا «حق الحضانة» دارند یا نه؟

«فها هنا أمور ثلاثة مترتبة»: اول جدّ پدری مقدم هستند، بعد مرحله محارم دیگر می‌رسد که عمه و عمو و خاله و دایی مقدم هستند، بعد مرحله سوم که اینها نامحرم هستند آنها هم حق حضانت دارند. اینجا هم یک بیانی مرحوم ابن ادریس دارد که باز علامه در قواعد و فاضل اصفهانی در کشف اللثام نقل می‌کند، صاحب جواهر هم آن را نقل می‌کند و آن این است که به چه دلیل ما بگوییم این ارحام دخالت دارند با اینکه نصوصی که مربوط به حضانت است درباره پدر است و مادر است اما ارحام دیگر حق حضانت داشته باشند اینها از کجا است؟^۱ یک وقت است که می‌گویند اینها براساس تناسب ارثی که دارند مقدم‌اند پس معلوم می‌شود که پیوند خانوادگی است ولی اولی این است که این گونه استدلال نکنیم درست است که آنها ارث می‌برند و مقدم هستند اما این آیه‌ای که در اوایل سوره مبارکه «احزاب» است این خصوص ارث را ندارد صدر آن این است که ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾؛ بعد ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^۲ این مسئله ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ﴾ که مربوط به ارث نیست و ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ هم که خصوص ارث را ندارد گرچه در روایات بر ارث تطبیق شده است ولی خصوص ارث را ندارد پس اطلاق این یا عموم این که هر گونه حقی باشد ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ این سرجایش محفوظ است.

۱. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۶۵۴؛ قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۰۲؛ کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۷، ص ۵۵۳ و ۵۵۴؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۲۹۶.
 ۲. سوره احزاب، آیه ۶.

بنابراین این شامل آن می‌شود، این دیگر اختصاصی به مسئله ارث ندارد، در حضانت این کودک ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ منها اولویت را ما از کجا بفهمیم که آن بعضی که اولی است این بعضی غیر اولی است کجا هستند، آن را از طبقات ارث می‌شود کشف کرد که شارع مقدس این طبقه را اولای از طبقه بعد دانست اما مسئله حریم ولایت و محدوده ولایت خصوص ارث است که از آیه در نمی‌آید، آیه اصل ولایت طبقه‌بندی شده را بیان می‌کند. بنابراین نمی‌شود گفت ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ این مخصوص ارث است بر ارث تطبیق شده است در خود آیه از ارث سخنی نیست. بنابراین ما اصل ولایت طبقات و ارحام را از این آیه استفاده می‌کنیم، آن بعضی که اولای از بعض است را از روایات ارث استفاده می‌کنیم که کدام بعض است که از بعض دیگر در طبقه‌بندی مقدم است؟ اگر مثلاً یک برادر ابویی داشتند او مقدم بر برادر اُبی یا اُمی وحده است، اگر یک خواهر ابویی داشتند او مقدم است بر خواهر اُبی وحده یا خواهر اُمی وحده، اینها را ممکن است از روایت استفاده کرد اما اصل مطلب که ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ که ظاهراً هم در صدد بیان یک حکم فقهی است و این اولویت هم اولویت تعیینی است نه تفضیلی به دلیل اینکه خود پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) این را درباره اولویت تعیینی استفاده کرده است این مشکل ما را حل می‌کند ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ﴾ که اولای فضیلت نیست اولای تعیینی است چه اینکه در مسئله ارث ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ این با بودن طبقه اول اصلاً به طبقه دوم نمی‌رسد با بودن طبقه دوم اصلاً به طبقه سوم نمی‌رسد این اولویت تعیینی است منها روایاتی که این را بر ارث تطبیق کرده است مخصص نیست منحصر نمی‌کند که این درباره خصوص ارث است. بنابراین اگر یک سلسله حقوقی برای پدر و مادر بود، بعد از پدر و مادر ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ هستند پس «حق الحضانه» به اینها برمی‌گردد.

مرحوم ابن ادریس (رضوان الله تعالی علیه) می گوید آنها این کار را بر عهده ندارند حالا براساس واجب کفایی که از نظر خانوادگی کسی بخواهد این کودک را حفظ کند حرفی دیگر است اما آیه ای بخواهد «حق الحضانة» ای ثابت بکند این نیست. ظاهراً این بیان تام نیست و «حق الحضانة» برای این بزرگان ثابت است با حفظ طبقات منتها بعضی از اینها مقدم بر بعضی است و مقدم بودن را هم روایات خاصه مشخص می کند.

بعضی از چیزها است که تقدم و تأخر آن به حسب عرف ما خیلی سخت است تشخیص بدهیم. یک بیان نورانی از وجود مبارک امام صادق (سلام الله علیه) است؛ در بعضی از این امور ما إلا و لابد باید به قرآن و روایت رجوع کنیم اگر آنها یک نظر خاصی نداشتند به عرف مراجعه کنیم، این اختصاصی به آن مسائل فقهی نظیر صوم و صلات و مانند آن نیست در مسائل دیگر هم همین طور است خیلی از چیزهاست که انسان باور نمی کند که دین یک رهاورد جدیدی دارد یک حکم جدیدی دارد و نزد عرف مسلم است الآن مثلاً اینها که دوقلو هستند آن که یک ساعت بعد به دنیا آمده است او را کوچک تر می دانند آن که یک ساعت زودتر به دنیا آمده او را بزرگ تر می دانند اگر وصیت کرد که فرزند بزرگ من این کار را بکند یا آن نمازها و روزه های قضا شده به عهده پسر بزرگ است یک وقت پسر بزرگ سه یا چهار سال مقدم است آن روشن است اما یک وقت است که اینها دوقلو هستند یکی یک ساعت زودتر از دیگری به دنیا آمده است عرف می گویند که اولی پسر بزرگ است این به حسب ظاهر است اما وقتی شما به روایات مراجعه می کنید می گوید این دومی بزرگ است، این دومی از چه نظر بزرگ تر است؟ این را مرحوم صاحب وسائل (رضوان الله تعالی علیه) در وسائل جلد ۲۱ باب ۹۹ که این باب برای همین وضع شده است که دوقلوها کدام یک بزرگ تر و کدام یک کوچک تر است. این باب، یک روایت دارد که این روایت را هم مرحوم کلینی نقل کرد هم مرحوم شیخ طوسی «بَابُ أَنَّ الَّذِي وَلَدَ أَخِيْرًا مِنَ التَّوْأَمَيْنِ هُوَ الْأَكْبَرُ». روایت: «مُحَمَّدُ بْنُ

يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَشِيْمَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ قَالَ أَصَابَ رَجُلٌ غُلَامَيْنِ فِي بَطْنٍ «يَكُ مَرْدِي دِيدَ كِه هَمْسَرَش دُو پسر آورد، «فَهَتْأَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ» وجود مبارك امام صادق (سلام الله عليه) تهنيت گفت و تبریک گفت حضرت فرمود: «أَيُّهُمَا الْأَكْبَرُ» کدام یک بزرگ‌تر هستند؟ این شخص عرض کرد «الَّذِي خَرَجَ أَوَّلًا» - حضرت خواست یک مطلب جدیدی را بفرماید وگرنه حالا چه خصوصیتی دارد که بفرماید کدام یکی بزرگ‌تر هستند! خواست یک مطلب فقهی را تعلیم بدهد - آن‌که جلوتر آمد او بزرگ‌تر است «فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ الَّذِي خَرَجَ أَخِيرًا هُوَ الْأَكْبَرُ» آن‌که بعد به دنیا آمده است او پسر بزرگ‌تر است او تعجب کرد که چگونه است؟! حضرت فرمود: «أَمَا تَعْلَمُ أَنَّهَا حَمَلَتْ بِذَلِكَ أَوَّلًا وَأَنَّ هَذَا دَخَلَ عَلَى ذَاكَ فَلَمْ يُمْكِنْهُ أَنْ يَخْرُجَ حَتَّى خَرَجَ هَذَا فَالَّذِي يَخْرُجُ أَخِيرًا هُوَ الْأَكْبَرُ هُمَا» فرمود آن مادر، اول این یکی را حمل کرد، بعد دومی را حمل کرد دومی در هنگام وضع حمل نگذاشت که اولی خارج شود خودش زودتر خارج شد و جلوی او را گرفت وگرنه حق این بود که اولی زودتر خارج شود منتها این دومی نمی‌گذارد که او خارج شود این‌که دیرتر آمد زودتر خارج شد لذا او بزرگ‌تر است. این را چه کسی می‌فهمد؟!

پرسش: ...

پاسخ: اصل کلی را حضرت می‌فرماید این خصیصه‌ای که ندارد.

پرسش: ...

۱. الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۶، ص ۵۳؛ تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۸، ص ۱۱۴ و ۱۱۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۹۷.

پاسخ: یک وقتی آدم علم دارد و یقین دارد، هر روایتی و خبر واحدی وقتی که یقین بر خلاف آن باشد آن می‌شود حجت چون یقین است. اگر ما نص خاصی و یقینی داشته باشیم مثل همه موارد که اگر علم باشد مقدّم بر خبر واحد است اما اگر علم نباشد ظاهر آن همین است.

بنابراین این‌گونه از فروع را که مرحوم محقق مطرح کردند غالباً بزرگان دیگر هم گفته‌اند. مرحوم محقق این فروع را گفته که اگر پدر و مادر بمیرند نوبت به ارحام می‌رسد آن وقت چهار فرع را در اینجا ضمناً ذکر کرده است: «فروع أربعة على هذا القول»^۱ اول این است که: «قال الشيخ رحمه الله إذا اجتمعت أخت لأب و أخت لأم كانت الحضانة للأخت من الأب نظراً إلى كثرة النصيب في الإرث» چون خواهر پدری از خواهر مادری «سهم الإرث» بیشتری می‌برد «حق الحضانة» هم برای اوست. اگر ما از ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ همه این مطالب را استفاده کنیم، بله خواهر پدری مقدّم بر خواهر مادری است برای اینکه او اقرب است از نشانه کثرت ارث؛ اما اگر حرف ابن ادریس را گفتیم که معیار، ارث و امثال ارث نیست و ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ﴾ هم مربوط به خصوص ارث است حقوق دیگر را شامل نمی‌شود آن وقت «أقرع بينهما»؛ این مسئله «قرعه» را در همین فرع در خیلی از جاها نقل کردند در همین مسئله اینکه حضانت برای کدام یک از این ارحام است «أقرع بينهم»، دیگر «أقرع بينهم» بین پسرها و دخترها و اینها «أقرع بينهم» نیست، فقط «أقرع بين النساء». «و في الترجيح تردد و منشؤه تساويهما في الدرجة». این فرمایشی که خود شیخ فرمود هر دو خواهر او هستند حالا یک خواهر اُبی و یک خواهر اُمی «و كذا قال رحمه الله في أم الأم مع أم الأب» مرحوم شیخ طوسی درباره جدّه پدری و جدّه مادری آنجا هم گفت جدّه پدری مقدم است، در این هم فرمود «فيه بحث».

۱. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص ۲۹۰.

فرع دوم این است که مرحوم شیخ طوسی درباره جدّه و خواهرها گفته که جدّه اولی است برای اینکه «لأنها أم» این کودک خواهر دارد و جدّه، جدّه چون به منزله مادر است مقدم بر خواهر است و مثلاً می‌تواند آیه ﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ این را بگیرد برای اینکه او اقرب است و مانند آن.

فرع سوم این است که «إذا اجتمعت عمّة و خالة فهما سواء» یکی از طرف پدر و یکی از طرف مادر، حالا پدر مقدم است اما ارحام پدری هم مقدم‌اند این راهی ندارد.

فرع چهارم این است که «إذا حصل» جماعتی که متساوی در درجه نیستند مثل عمه و خاله و مانند آن «أقرع بینهم» اصلاً قرعه برای همین است. ما در جایی که روایات داریم آن آماره مقدم است و اگر روایت نداریم اصلی از اصول عملیه است آن مقدم است؛ اما اینجا که دست ما خالی خالی است یعنی نه روایت داریم که به آماره عمل کنیم و نه اصل عملی از اصول دیگر مثل براءت، استصحاب، اشتغال، تخییر و مانند آن داریم. اگر اصل عملی داشتیم یکی از این اصول چندگانه مثل براءت، اشتغال، استصحاب، تخییر، اینها به هر حال حجت شرعی هستند. اگر ما حجت شرعی داشتیم «أمارّة کان أو اصلاً» مشکلی نداریم، وقتی نوبت به قرعه می‌رسد که «فِي كُلِّ أَمْرٍ مُّشْكِلٍ الْقُرْعَةُ»^۱ اگر ما حجت شرعی داریم که مشکل نداریم. در جایی نظیر همین موارد که نه اصلی از اصول عملیه است و نه آماره‌ای در بین است، آن وقت «أقرع بینهما» برای اینکه این قرعه رفع مشکل می‌کند.

«و من لواحق الحضانة ثلاث مسائل» آن فروع چهارگانه تمام شد این لواحق حضانت در اثنای بحث حضانت گذشت اما برای اینکه فرمایش مرحوم محقق خوانده شود این عبارت را هم می‌خوانیم می‌فرماید لواحق حضانت سه مسئله است: «الأولى إذا طلبت الأم للرضاع أجرة زائدة عن غيرها فله تسليمه إلى الأجنبية» که این هم قبلاً

۱. عوالی اللثالی، ج ۲، ص ۲۸۵.

گذشت که اگر در دوران رضاع، مادر «حق الرضاع» را بیش از حق رضاعی که دیگران دارند می‌خواهد بگیرد، پدر می‌تواند این کودک را از او بگیرد و به دایه بدهد و اجرت کمتری بپردازد اما این رضاع را از او گرفت آیا حضانت هم ساقط می‌شود یا نه؟ فرمودند تردد است و سقوط، شبهه است. این بچه دائماً باید که در اختیار دایه باشد حالا شما حضانت داشته باشید چگونه می‌توانی اداره کنی؟!

مسئله دوم این است که «إذا بلغ الولد رشيداً سقطت ولاية الأبوين عنه» وقتی بالغ شد، نه مسئله حضانت است و نه مسئله ولایت. آن وقت در روایت است و در فرمایش فقها هم هست ولد وقتی بالغ شد و رشید شد می‌تواند با پدر زندگی کند، می‌تواند با مادر زندگی کند و می‌تواند جدا زندگی کند؛ اما آن مسئله عقود و مانند آن سرچایش محفوظ است. «وكان الخيار إليه» به این ولد است «في الانضمام إلى مَنْ شاء» می‌تواند جدا زندگی کند، یک؛ و اگر خواست با «أحدهما» زندگی کند اختیار دست خودش است، دو.

مسئله سوم که پایان‌بخش این سلسله مسائل است این است که «إذا تزوّجت» این زن، «سقطت حضانتها فإن طلقها رجعية» اگر مادر ازدواج مجدد کرد در روایات داشتیم که حضانت ساقط می‌شود، اگر مطلقه شد از شوهر دوم به طلاق رجعی، چون «المطلقة الرجعية زوجة» زوجیت همچنان باقی است بنابراین مانع همچنان باقی است. اما «وإن بانت منه قيل لم ترجع حضانتها» که حرف ابن ادریس است، «و الوجه الرجوع» اشاره شد که این اطلاق می‌گیرد ادله می‌گیرد که این مادر است «و الأم أحق». آن مانع که برطرف شد وقتی مقتضی موجود است و مانع مفقود است چرا حضانت نداشته باشد؟! این پایان‌بخش مسئله «رضاع» بود که اگر ذات اقدس الهی توفیق داد درباره نظر پنجم که «نفقات» است بحث می‌شود.

«و الحمد لله رب العالمين»