

اخذ اجرت در حضانت از منظر فقه اسلامی*

- ستار محمدی رزینی**
- معظمه صفرزاده***
- محمدعلی نجیبی****

چکیده

مشهور فقهای امامیه، پرداخت اجرت حضانت را در درجه اول بر عهده پدر وجد پدری و هرچه بالاتر رود می‌دانند. در مورد مادری که متصدی حضانت طفل است، حق اخذ اجرت در حالات مختلف موردپذیرش یا نفی قرار گرفته، اخذ اجرت حضانت پیش از طلاق از قبیل شرط ضمن عقد توسط زن، شرط بعد از عقد توسط زن، مطالبه اجرت قبل بدون شرط ضمن یا بعد از عقد توسط زن، توافق زن و شوهر در مورد اسقاط حقوق خود، متفاوت است. در مورد اخذ اجرت حضانت پس از طلاق دو قول میان فقها و حقوق‌دانان بر پذیرش و نفی اجرت در مقابل عمل حضانت وجود دارد، که اگر حضانت تکلیف باشد دریافت مزد صحیح نیست اگر حضانت یک حق باشد امکان اخذ اجرت و نقل و انتقال آن در مقابل عوض می‌تواند پذیرفته شود، تحقیق حاضر با روش نظری و تحلیلی به بررسی حالات مختلف اخذ اجرت مادر برای حضانت پرداخته است. کلیدواژه‌ها: حضانت، پرداخت اجرت، اجرت حضانت، مسئولیت حقوقی، مسئولیت کیفری.

*. تاریخ وصول: ۱۴۰۲/۳/۵ تاریخ تصویب: ۱۴۰۲/۵/۳۰.
** دکتر فقه و حقوق قضایی و عضو گروه فقه و حقوق قضایی دانشگاه بین‌المللی المصطفی (sattr1369@yahoo.com).

*** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده هدی (نویسنده مسئول) (moazemeh.safarzadeh@gmail.com).
**** فارغ التحصیل سطح چهار جامعه المصطفی ص العالمیه (mohamadali_najibi@miu.ac.ir).

۱. مقدمه

مشروعیت اخذ اجرت حضانت از سوی غیر والد مسئله‌ای است که در دستگاه‌های مختلف حقوقی پذیرفته شده است، همان‌گونه که در کشور ما نیز ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی بر مسئولیت پدر و در صورت فوت او مادر نسبت به پرداخت چنین اجرتی تأکید شده است، مگر اینکه حاضن قصد تبرع داشته باشد. با وجود این در فرض متعارف که حضانت را یکی از والدین عهده‌دار هست، از نظر حقوقی اخذ اجرت به جهت نگهداری از فرزندان از سوی والد حاضن از مسائل اختلافی است که هم در میان فقهای مذاهب اسلامی و هم نظام‌های حقوقی در کشورهای مختلف در مورد آن اتفاق نظری وجود ندارد. البته در این مورد میان فقهای اهل سنت و فقهای امامیه اختلاف نظرهایی وجود دارد که با طرح این دو دیدگاه و بیان ادله طرفین و بررسی آن در حقوق ایران که نفقه طفل تنها بر عهده پدر است و مادر در این زمینه و وظیفه‌ای ندارد و اخذ اجرت فقط در خصوص مادر حاضن جای طرح دارد گرچه پدر و حتی جد پدری که خود مسئول پرداخت نفقه است، مسلماً حق دریافت اجرت ندارد ولو اینکه طفل ثروتمند بوده و بتواند چنین اجرتی را پرداخت کند می‌پردازیم.

۲. مفهوم لغوی و اصطلاحی حضانت

حضانت در لغت، از ماده حضن آمده است و به معنای آغوش و دامن گرفتن می‌باشد و معنایی جز در کنار گرفتن و پروردن کودک ندارد.

از نظر اصطلاحی، عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل، توسط کسانی که قانون مقرر داشته است. (ابن منظور ابی الفضل، ۱۴۰۵ق) برخی از حقوق‌دانان در مورد حضانت این‌گونه بیان کرده‌اند: «حضانت، عبارت از اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است». (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۳۹/۲)

عده‌ای از فقهای امامیه معنی حضانت را از ولایت متمایز کرده‌اند و آن را فقط در نگهداری کودک (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۵۵۶) و یا حق نگهداری و تربیت کودک (کاشف الغطاء،

۱۳۵۹: قسم ۲، ۳/۳۳) تعریف می‌کنند. همچنین فقهای اهل سنت به تعریف حضانت پرداخته‌اند، به‌عنوان مثال در کتاب فقه السنه آورده‌اند: حضانت یعنی خواستن حفظ کودک، و در مجموع حضانت نگهداری از هرکس است که بد و خوب را نمی‌دهند و به‌تنهایی نمی‌توانند به کارهای خود بپردازند. این عهده‌داری باید به مصلحت این‌گونه افراد باشد و به آن‌ها ضرری وارد نیاید. در مجموع حضانت کودک تربیت اوست از لحاظ جانی و عقلی تا جایی که به مسائل زندگی آشنا گردد و بتواند مسئولیت‌پذیر گردد. علمای اهل سنت حضانت پسر و دختر را واجب می‌دانند؛ زیرا سهل‌انگاری در این امر موجب نابودی و به خطر افتادن کودک می‌شود. پس حضانت حق مشترک میان پدر و مادر است (بیهقی، ۱۳۴۴: ۸).

امر حضانت به استناد ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی هم حق و هم تکلیف است پس فرد متعهد به امر حضانت است درازای عملی که انجام می‌دهد، نمی‌تواند مطالبه اجرت بنماید. سؤالی که در اینجا قابل طرح بوده و پاسخ به آن را باید مهم‌ترین هدف نگارش این مقاله دانست آن است که آیا اخذ اجرت بر حضانت جایز است؟ به عبارت دیگر آیا مادر در قبال حضانت کودک، استحقاق دریافت اجرت را دارد؟ دو نظریه جواز اجرت بر حضانت و عدم جواز اجرت در بین فقها وجود دارد که با طرح این دو دیدگاه و بیان ادله طرفین، به تحلیل و بررسی آن می‌پردازیم؛

۳. دیدگاه فقها در مورد اخذ اجرت حضانت

الف) نفی اجرت در مقابل عمل حضانت

بسیاری از فقهای امامیه، مادر را مستحق دریافت اجرت در برابر حضانت نمی‌دانند. ابن فهد حلی به عدم استحقاق مادر نسبت به اخذ اجرت بر حضانت رأی داده است. (فقعی، ۱۴۱۸: ۲۰۴) شهید ثانی نیز به عدم استحقاق مادر نسبت به دریافت اجرت حضانت، حکم نموده و می‌فرماید در این مسئله اختلافی وجود ندارد. (شهید ثانی، ۱۴۲۱: ۸).

مغنیه نیز عدم استحقاق مادر نسبت به اجرت حضانت را پذیرفته ایشان این نظریه را به

فقیهان امامیه هم نسبت داده است. (مغنیه، ۱۴۲۱: ۲/ ۳۸۰) عده‌ای دیگر از فقها نیز به عدم جواز اجرت بر حضانت تصریح دارند. همچنین در وجه عدم استحقاق اجرت، گفته می‌شود که مادر با حضانت فرزند، حق خویش را استیفا می‌نماید و باین حال چگونه می‌تواند در برابر استیفای حق خود اجرت دریافت نماید. به عبارت دیگر حضانت نوعی ارفاق به مادر است. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲/ ۳۲۳).

از بین فقهای متأخر امامیه، صاحب جواهر نیز می‌گوید: اگر مراد کسانی که از حضانت به ولایت تعبیر نموده‌اند این باشد که حضانت، نوعی ولایت و همانند سایر ولایتهای غیرقابل اسقاط بوده و بدین جهت بر مادر واجب باشد مادر در برابر آن استحقاق اجرت ندارد کما اینکه صاحب مسالک همین را گفته است (نجفی).

آیت‌الله فاضل لنکرانی از فقهای معاصر، قول به عدم استحقاق اجرت بر حضانت را بعید نمی‌داند و در بیان دلیل آن می‌گوید: زیرا هیچ‌یک از روایات وارد شده در باب حضانت دلالت بر استحقاق اجرت ندارد. (۱۴۲۱: ۵۵۶)

برخی به پیروی از صاحب کتاب مسالک دریافت هرگونه اجرت در مقابل عمل حضانت را نپذیرفته‌اند؛ البته خرید وسایلی که امر نگهداری و پرورش فرزند بر آن متوقف هست، جزو نفقه محسوب می‌شود و مادر می‌تواند جهت تهیه آن وسایل، پول را از مال طفل یا پدر دریافت نماید (سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۸۰).

فقهای مالکیه می‌گویند: پرستار اجرتی در قبال پرستاری طفل دریافت نمی‌کند، خواه مادر باشد یا غیر مادر، اما اگر مادر طفل فقیر بوده و فرزندش تمول داشته باشد می‌توان، به دلیل فقر نه به سبب حضانت، از مال طفل به وی کمک کرد. پرداخت نفقه صغیر برعهده پدر است که پرستار آن را تحویل می‌گیرد و به مصرف هزینه طفل می‌رساند؛ بنابراین پدر نمی‌تواند به پرستار بگوید: بچه را نزد من بفرست تا غذا بخورد و برگردد. میزان نفقه با نظر حاکم شرع و به تناسب حال پدر برای طفل تعیین می‌گردد. (شیخ الاسلامی، سید اسعد، بحثی تطبیقی در باب حضانت و احکام آن در مذاهب پنج‌گانه اسلامی، نشریه مقالات و بررسی‌ها).

مالکیه طرفداران نظریه عدم جواز درخواست اجرت بر حضانت‌اند دلیل این حکم را در

آن می‌دانند که حضانت، حق مادر است. ابن رشد قطبی در این خصوص می‌نویسد: «حضانت حق مادر است و معنا ندارد که درازای استفاده از این حق و انس‌گیری و در آغوش گرفتن کودک و بر عهده گرفتن کفالت او، مستحق دریافت اجرت گردد.» (ابن رشد قطبی).
حنفیه می‌گویند: زن پرستار یا مادر طفل است و یا غیر مادر، اگر پرستار غیر مادر باشد مادام که مجانی قبول نکند استحقاق اجرت دارد. اگر مادر طفل را پرستاری کند چنانچه همسر پدر صغیره یا معتده او از طلاق رجعی باشد، تمام فقهای حنفی وی را مستحق اجرت حضانت نمی‌دانند. در یکی از دو روایتی که از حنفیه نقل شده چنین برمی‌آید که در مورد معتده از طلاق بائن هم اجرت تعلق نمی‌گیرد، چون زن در این حالات استحقاق نفقه را از پدر صغیر دارد و مستحق نفقه دیگری نظیر پرستاری فرزند نمی‌باشد. (شیخ الاسلامی، سید اسد، بحثی تطبیقی در باب حضانت و احکام آن در مذاهب پنج‌گانه اسلامی، نشریه مقالات و بررسی‌ها ۱۳۶۶: زمستان، و بهار ۱۳۶۷).

ابن عابدین از فقهای مذهب حنفی می‌گوید: «اگر کسی غیر از مادر کودک، وجود نداشته باشد، قبول حضانت بر او واجب است و در این صورت، حق درخواست اجرت حضانت را ندارد، زیرا به انجام کاری اقدام کرده که شرعاً بر او واجب بوده است» (ابن رشد قطبی).

طلب اجرت بابت حضانت برای حاضن ثابت است و حضانت حق مادر است و مجبور نمی‌شود بر انجام حضانت کودک

للمحاضنه طلب اجره الحضانه والام احق بحضانته...

ولکن لا تجبر الام علی حضانه طفلها (الجزایری. عبدالرحمن. الفقه علی مذاهب اربعه. مکتبه الشامله)

مادر می‌تواند حق حضانت را ساقط کند وان ترک الام الحضانه مع استحقاقها ففیه وجهان الاصح تنتقل الی امها

ب) پذیرش اجرت در مقابل عمل حضانت

از آنجاکه حضانت در خدمت طفل و انجام امور مربوط به وی بکار می‌رود پس عمل

مشروعی است و می‌تواند عوض داشته باشد. فقهای اسلامی این عوض را به‌عنوان اجرت حضانت نام می‌برند. (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۶۶ زمستان، و بهار ۱۳۶۷) بحثی تطبیقی در باب حضانت و احکام آن در مذاهب پنج‌گانه اسلامی، نشریه مقالات و بررسی‌ها).

از گفتار برخی از فقهای متقدم امامیه این‌گونه برمی‌آید که قائل به جواز اخذ اجرت بر حضانت بوده‌اند؛ هرچند ایشان به جواز یا عدم جواز اجرت بر حضانت تصریح ننموده‌اند. (درخواست اجرت بر حضانت از نگاه فقه اسلامی، مطالعات زن و خانواده، دوره چهارم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۵). برای نمونه شیخ طوسی: معتقد است اگر زوج، همسر خود را - که از او صاحب فرزند است - لعان نماید و بدین ترتیب همسر از وی جداشده و فرزند از او نفی گردیده و نسب منقطع گردد در نتیجه مادر، نفقه و حضانت فرزند را بر عهده گیرد و باگذشت مدت زمانی زوج خودش را تکذیب نموده و فرزند به وی ملحق گردد، مادر می‌تواند نفقه فرزند و نیز اجرت حضانت زمان گذشته را از شوهر سابق خود مطالبه نماید. مشاهده می‌گردد شیخ طوسی جواز اخذ اجرت بر حضانت را مفروغ‌عنه گرفته است. (درخواست اجرت بر حضانت از نگاه فقه اسلامی، مطالعات زن و خانواده، دوره چهارم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۵).

فقهای امامیه معتقدند که حضانت نسبت به مادر صرفاً یک حق است و به‌جز در موارد خاص جنبه تکلیفی ندارد تکلیفی نبودن حضانت نسبت به مادر مستند روایی دارد: «المراه احق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین الا ان تشاء المراه» (حر عاملی، ۱۴۴۰: ۱۵/۱۹۲). بسیاری از فقها در بحث حضانت به این نکته تصریح کرده‌اند که حضانت از مقوله حق است. تکلیفی بودن عمل آثار و نتایجی به دنبال دارد، از جمله عدم جواز امتناع، جواز اجبار بر عمل، عدم جواز انتقال و واگذاری و برخی دیگر از فقها در موارد متعددی به عدم وجوب حضانت بر مادر، جواز اسقاط حق حضانت توسط مادر، جواز انتقال و واگذاری حق حضانت به دیگری، جواز مطالبه اجرت توسط مادر در برابر حضانت، عدم امکان الزام مادر و جواز امتناع مادر از حضانت و نگهداری فرزند اشاره نموده‌اند. (صادقی، محمد، مسئولیت ناشی از حضانت، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۸). صاحب‌جواهر به‌عنوان اولین فقهی که به جواز اخذ اجرت بر حضانت تصریح نموده و حضانت را حق دانسته، لذا قائل به مطالبه اجرت، توسط مادر شده

است. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۲۸۴-۲۸۳). آیت‌الله خویی نیز معتقد است مادر در برابر حضانت، استحقاق دریافت اجرت را دارد. ایشان می‌فرمایند: «مادر در صورتی که در انجام حضانت، قصد تبرع نداشته و کسی دیگر حاضر نباشد تبرعاً حضانت کودک را بر عهده گیرد، مستحق دریافت اجرت است» (خویی ۱۴۱۰: ۲/۲۸۶). برخی دیگر از فقهای معاصر به تبعیت از استاد خود مرحوم آیت‌الله خویی همین نظر را پذیرفته‌اند. (سیستانی، ۱۴۱۷: ۲/۱۲۲؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۳۰۳؛ تبریزی، ۳۵۹: ۱۴۲۶۲) عبدالعلی سبزواری معتقد است که گرچه به لحاظ جلوگیری از پیشامد اختلال در نظام اجتماعی، بر عهده گرفتن حضانت کودک، بر مادر واجب است اما انجام مجانی این وظیفه و کوشش مجانی در راستای عملی ساختن حضانت، بر مادر واجب نبوده و او می‌تواند درخواست اجرت نماید. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵/۲۸۰؛ همو، بی‌تا: ۵۷۳). در اینکه حضانت از سنخ ولایت، همچون ولایت پدر و جد پدری بر فرزند نابالغ است، یا حقی از حقوق، ظاهر کلمات فقها مختلف است.

قول نخست، ظاهر کلمات کسانی است که حضانت را به ولایت بر نگهداری و تربیت کودک معنا کرده‌اند. بنابراین قول، حضانت قابل اسقاط نخواهد بود. برخی حضانت را از سنخ حقوق برشمرده‌اند؛ لیکن در این‌که از حقوق قابل اسقاط است یا غیرقابل اسقاط، اختلاف کرده‌اند. (الروضه البهیه ۴۶۴/۵؛ الشرح الصغیر ۴۱۱/۲؛ حاشیه المکاسب (یزدی، بی‌تا: ۱/۵۵؛ خویی، بی‌تا: ۲/۳۹؛ سبزواری، بی‌تا: ۲۵/۲۸۲).

برخی برای مادر، آن را حقی قابل اسقاط دانسته‌اند؛ (منهاج الصالحین (خویی) ۲/۲۸۶) (حکیم، بی‌تا: ۲/۳۰۳) اما قابل انتقال از راه ارث نیست.

برخی گفته‌اند: مراد از ولایت در تعریف حضانت و مانند آن، معنای اعم آن، یعنی قدرت بر تصرف است که با حق بودن حضانت منافات ندارد، بنابراین، مراد کسانی که حضانت را به ولایت تعریف کرده‌اند با کسانی که آن را به حق تعریف نموده‌اند، یکی است. (بلغة الفقیه ۲۱۱/۳-۲۱۲).

حکم: حضانت بنابر اینکه از سنخ ولایت، همچون ولایت پدر بر فرزند باشد، بر مادر بدون اینکه مستحق اجرت باشد، واجب است؛ (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۲۸۴).

لیکن بسیاری مادر را مستحق اجرت بر حضانت دانسته و گفته‌اند: در صورتی که مادر بیش از آنچه دیگران برای حضانت دریافت می‌کنند، مطالبه کند، پدر می‌تواند حضانت فرزند را به دیگری واگذار کند؛ لیکن در سقوط حق حضانت مادر در این صورت اختلاف است). وسیلة النجاة/ ۷۶۲؛ حکیم، ۱۴۳۳: ۲/۳۰۳؛ امام خمینی، بی تا: ۲/۳۱۲؛ خویی، ۱۴۱۰: ۲/۲۸۶؛ گلپایگانی، ۱۳۷۱: ۲/۳۷۴؛ کلمة التقوی، ۱۴۸/۷).

هرگاه مادر از حضانت امتناع کند، حضانت به پدر منتقل می‌شود، و اگر پدر نیز امتناع کند بنابر قول برخی، پدر بر آن توسط حاکم شرع اجبار می‌شود (القواعد والفوائد، ۱/۳۹۶). برخی گفته‌اند: چون حضانت حقی قابل اسقاط است بر پدر نیز واجب نیست؛ لیکن اگر ترك حضانت موجب تضییع فرزند شود، بر پدر واجب کفایی (وجوب کفایی) هست. (الروضة البهية ۵/۴۶۴؛ الشرح الصغير ۲/۴۱۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۳/۳۰۸). پس در نتیجه حضانت بر مادر، واجب نیست وی می‌تواند آن را اسقاط کرده یا برای آن، اجرت مطالبه کند و اگر هم پدر و هم مادر از نگهداری فرزند، امتناع ورزند، حاکم پدر را به تصدی حضانت، الزام خواهد کرد. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۲۸۳؛ خویی، ۱۴۱۰: ۲/۲۸۶). اما در مورد انتخاب و پذیرش یکی از این دو قول باید گفت از آنجایی که مشهور فقها معتقدند که حضانت نسبت به مادر صرفاً يك حق است لذا به احکامی مانند عدم وجوب حضانت برای مادر، جواز اسقاط آن از طرف مادر، امکان انتقال و واگذاری آن به دیگری و عدم امکان الزام مادر بر حضانت، ملتزم شده‌اند و در ادامه به جواز مطالبه اجرت توسط مادر در برابر حضانت نیز فتوا داده‌اند.

بنابراین باتوجه به اینکه قول مختار آن است که حضانت نسبت به مادر، حق و نسبت به پدر تکلیف است، در نتیجه می‌توان پذیرفت که مطالبه اجرت توسط مادر در برابر حضانت، جایز خواهد بود و استحقاق مادر در اخذ اجرت موجه‌تر جلوه کند.

اکنون نوبت به این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا اخذ اجرت بر واجبات حرام است؟ در پاسخ به این سؤال اقوال مختلفی از فقها بیان شده است اخذ اجرت بر واجبات مطلقاً جایز نیست. (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۸/۸۹) مطلقاً جایز است. (خویی، بی تا: ۱/۶۶۰) اخذ اجرت بر

واجبات توصلی جایز و در واجبات تعبدی حرام است. (طباطبایی، بی تا: ۳۷/۵) در واجب عینی مطلقاً اخذ اجرت جایز نیست ولی واجب کفایی اگر تعبدی باشد اخذ اجرت جایز نیست و اگر توصلی باشد، دریافت اجرت جایز است. (همان: ۵۰۵/۱) در واجباتی که غرض اهم آنها دنیا و نفع دنیوی باشد اخذ اجرت جایز است و در واجباتی که غرض اصلی وجوب آنها آخرت باشد اخذ اجرت جایز نیست. (عاملی، بی تا: ۹۲/۴) بحث این است که آیا در صورتی که مرضعه‌ای باشد که به کمتر از اجرة المثل حاضر به شیر دادن بچه است در حالی که مادر فقط در مقابل اجرة المثل حاضر به شیر دادن است، آیا مرد می‌تواند بچه‌اش را به آن مرضعه بسپارد؟

قائل به عدم جواز و استدلالش: در اینجا از ابو حامد نقل شده است که این کار جایز نیست؛ چراکه در آیه «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» اطلاق آیه برای مادر اثبات حق کرده و می‌گوید مرد باید اجرت او را بدهد و جایز نیست به دیگری بسپارد.

اشکال شیخ طوسی رحمته الله: مرحوم شیخ در اینجا می‌گوید بله خلافتی نیست در اینکه اگر شیر داد اجرتش را باید بدهد ولی اینکه آیا با اراده زن تعیین پیدا می‌کند و مرد حق ندارد به دیگری محول کند، چنین مطلبی از آیه استفاده نمی‌شود. بعد مرحوم شیخ يك ان قلت و قلت‌هایی دارد که به جهت اجنبی بودن آنها از این بحث، متعرض آنها نمی‌شویم.

ان قلت: ممکن است برای قول ابو حامد بدین گونه تقریب شود که این اشکال شیخ بر آن وارد نشود و آن اینکه خود شیخ می‌گوید که در صورت ارضاع حتماً باید اجرت را به زن داد و این شامل صورت منع شوهر از ارضاع توسط او هم می‌شود. پس معلوم می‌شود که زن این حق را دارد و الا باید گفته می‌شد که در صورتی که زن برخلاف خواست شوهر - که می‌خواسته است بچه را به مرضعه دیگری بدهد - به بچه شیر بدهد، استحقاق اجرتی نخواهد داشت؛ چراکه جایز نبوده است که این کار را بکند.

قلت: جواب نقضی: اگر تقریب مذکور تمام باشد، باید بگوییم که اگر چنانچه زن درخواست بیشتر از اجرة المثل را هم انجام بدهد، مرد حق ندارد ارضاع را به دیگری محول کند، چراکه به طور مطلق اگر زن بخواهد ارضاع را انجام بدهد این حق را دارد منتها فقط پرداخت به مقدار اجرة المثل بر مرد لازم می‌شود و مقدار زائد بر آن بر مرد لازم نیست.

درحالی که مسلم است که اگر زن درخواست مبلغی بیشتر از اجرة المثل نماید، مرد می تواند مرضعه دیگری را اجیر نماید.

جواب حلی: باتوجه به کلمه «لکم» در آیه «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ» که با کلمه «لام» تعبیر نموده است، معلوم نیست که این آیه شامل غیر صورت موافقت مرد بشود؛ حالا عدم موافقت مرد به هر جهتی که باشد: ممکن است به جهت درخواست زیادت از اجرة المثل زن باشد و یا به خاطر وجود مرضعه دیگری که به کمتر از اجرة المثل هم راضی است و یا به علت مزاحمت شیر دادن زن با تمتع او از زن، بالاخره این آیه چنین حکمی را در صورت عدم موافقت مرد برای زن ثابت نمی کند. (شبییری زنجانی، بی تا: ۷۹۳۱/۲۵).

مذهب حنبلی می گویند: پرستار می تواند درخواست اجرت نماید و مادر طفل از هرکسی برای پرستاری شایسته تر است اگر مادر ثروتمند باشد باید طفل را مجانی پرستاری کند ولی درعین حال نباید مادر را به این کار مجبور کرد. هرگاه زنی برای شیرخوارگی یا سرپرستی طفل به وسیله قراردادی اجیر شد چنانچه در قرارداد فقط شیر دادن قید شده بود پرستاری هم به تبع آن لازم می آید اما اگر تنها مسئله حضانت ذکر شده بود شیر دادن لزوم پیدا نمی کند (الجزیری، بی تا: ۶۰۳/۴).

۱. اخذ اجرت حضانت پیش از طلاق

مسئله و چالش اصلی این است که آیا مادر پیش از طلاق در مقابل حضانت کودک خود، حق مطالبه اجرت دارد یا نه؟ که در ذیل به شقوق مختلف مسئله پرداخته می شود:

۱-۱. شرط ضمن عقد توسط زن در مورد اخذ اجرت حضانت

مسئله مهمی که به عنوان یکی از آثار مالی حضانت می توان مطرح گردد اخذ اجرت حضانت یا هزینه نگهداری کودک از سوی مادر است. شکی نیست که نگهداری کودک مستلزم مخارجی از قبیل اجرت رضاع، تأمین وسایل تفریح کودک، هزینه تحصیل و آموزش وی و امکاناتی که برای سلامت جسم و روح کودک نیاز است.

در اینجا چند صورت متصور است: زن قبل از عقد یا ضمن عقد، به طور صریح مسئله را با شوهر خود مطرح می‌سازد که مثلاً برای هرماه حضانت فلان مبلغ را می‌گیرم، و مرد نیز شرط مزبور را قبول می‌کند. در این صورت زن، هرگاه اراده کرد می‌تواند طلب خود را درخواست کند.

در این مسئله، اختلافی وجود ندارد چون شرطی مشروع است که ضمن عقد مطرح شده و نیز لازم‌الوفاء است. صمیمی بودن آنان و فعالیت خوب و بی‌منت زنان دیگر و مطالبه نکردن اجرت، دلالتی بر سقوط حق مزبور ندارد و اگر مرد ادعا کند زن حقوق خود را در این خصوص ساقط کرده باید با دلیل معتبر آن را اثبات کند.

۲-۱. شرط بعد از عقد توسط زن در مورد اخذ اجرت حضانت با تعیین مبلغ اجرت

در این صورت، زن در ضمن عقد شرط نکرده است ولی هنگام عروسی یا پس‌از آن یا هنگام تولد طفل، به شوهر اعلام کرده است که برای حضانت کودک اعم از رضاع و غیر آن از هم‌اکنون روزانه، ماهیانه یا سالیانه فلان مبلغ به‌عنوان مزد برایم در نظر گرفته شود و شوهر نیز رضایت خود را اعلام می‌کند، از آنجایی که این صورت، در واقع توافق جدیدی است که میان زن و شوهر برقرار شده و شرط و توافق مذکور، مخالفی با شرع ندارد، لذا جایز بوده و بر مرد واجب است که اجرت تعیین شده را بپردازد.

۳-۱. شرط بعد از عقد توسط زن در مورد اخذ اجرت حضانت بدون تعیین مبلغ اجرت

در این صورت، زن پس از عقد اعلام کرده که مزد کارها را می‌خواهم و شوهر رضایت داده اما مبلغ آن، مشخص نشده است.

در اینجا به اجرت‌المثل مراجعه می‌شود، یعنی زنان شوهردار دیگری که همانند او بوده و همین‌گونه کارها را در چنین خانه‌هایی انجام می‌دهند و تقاضای اجرت کرده‌اند نه اجرت زنان خدمتگزار یا اجرت زنانی که بچه دیگری را شیر می‌دهند، زیرا این‌گونه زنان، وقت یا شیری را

که مستقلاً مالک‌اند و ربطی به طفل یا پدر طفل ندارد، می‌فروشند، ولی زن خانه‌دار و مادر فرزندان، مالک همه‌وقت و شیر خویش نیست، زیرا از نظر شرعی صاحب لبن، پدر است. از سوی دیگر وقتی که زن برای کارها گذاشته است به طور مستقل مال او نیست بلکه شوهر، در آن حقی دارد، بنابراین باید اجرت‌المثل مانند زنان شوهردار دیگر در شرایطی یکسان محاسبه گردد.

حکم به جواز اخذ اجرت توسط مادر طفل درحالی که در حباله شوهر است بین فقیهان قدیم، مشهور هم نیست چه رسد به اجماعی بلکه یک قیاس مخفی و توجه نکردن به تفاوت زن شوهردار با زن شوهرمرده یا مطلقه موجب شده که همه، حکم این دو مورد را مساوی بدانند و اجماعی را که در آنجا وجود دارد در اینجا نیز ادعا کنند؛ باینکه دو مسئله کاملاً متفاوت در اینجا مطرح است.

۱-۴. مطالبه اجرت قبل بدون شرط ضمن یا بعد از عقد توسط زن

در این صورت، زن هیچ‌گونه صحبتی از اجرت و مزد نکرده و زندگی روال عادی خود را داشته است، ولی اکنون با شنیدن حقوق زنان یا نزاعی که در خانواده رخ داده به فکر برخورداری از حقوق گذشته خود افتاده است. در دوران حاضر اکثر پرونده‌هایی که در آن، زنان دادخواست دریافت اجرت‌المثل می‌دهند از این نمونه است.

کلید بحث آن است که اولاً برای عرف و عادت چقدر ارزش و اعتبار قائل هستیم؟ ثانیاً نظر عرف در این مسئله چیست؟

در برخی روایات آمده است که اگر زن پس از ورود به خانه شوهر ادعا کند مهریه‌اش را نگرفته، ادعایش معتبر نیست، مگر اینکه حرفش را ثابت کند (عاملی، ۱۳۹۹: ۱۵) مطابق ظاهر این احادیث، در حال حاضر بسیاری از زنان از استیفای حقوق خود محروم می‌شوند. ولی شهید اول در «قواعد و فوائد» در این باره می‌فرماید:

ممکن است احکام با تغییر عادت‌ها تغییر کند... و یکی از مثال‌های آن، اختلاف زن و شوهر در گرفتن مهریه پس از آمیزش است. زیرا روایت شده که سخن شوهر

مقدم است ولی مبنای روایات، عمل گذشتگان است که پرداخت مهریه را برآمیزش مقدم می‌داشته‌اند. اما اکنون که مهریه را قبل از آمیزش نمی‌دهند، سخن زوج، دیگر مقدم نخواهد بود (مکی، ۱۳۶۰: ۱۵).

مرحوم شیخ طوسی در ذیل این روایات می‌گوید: «به سخن زن اعتنایی نمی‌شود، زیرا خلاف ظاهر و عادات ادعا کرده است (طبرسی، ۱۴۱۷: ۴۱۰)». از بیان شیخ طوسی پیداست که عادت آن زمان، پرداختن مهریه قبل از آمیزش بوده است.

از این عبارتها روشن می‌شود عرف و عادت نقش بسیار مهمی در فهم روایات و مقصود آن و معتبر بودن ادعای زن دارد، اگر چنین است می‌توان نتیجه گرفت عرف و عادات همچون شرط قبل از عقد نکاح، هنگام عقد نکاح و پس از آن مطرح است.

اگر عرف و عادت بر این است که زنان در خانه شوهر بدون اخذ اجرت، بچه شیر می‌دهند، نظافت می‌کنند و... پس عقد نکاح بر همین اساس خوانده شده است (شرط بنایی) و در واقع، مرد هنگام قبول مهریه در نظرش زنی مطرح بوده که کمک‌کار اوست و کارهای خانه را بدون مزد انجام می‌دهد.

نتیجه اینکه هنگامی که یک زن و مرد باهم زندگی مشترکی داشتند و خانم خانه بچه‌ها را شیر داد، نگهداری کرد، آشپزی کرد و... ولی هیچ‌گاه سخنی از اجرت به میان نیاورد و در ضمن عقد یا پس از آن نیز سخنی از مزد به میان نیاورده بود، حق گرفتن اجرت بر کارها را ندارد، زیرا متعارف است این کارها به صورت مجانی، توسط زن انجام گیرد.

اساساً عقد نکاح بر اساس همین امور متعارف خوانده شده و امور متعارف مانند شرط صریح است (قانون مدنی، ۱۳۰۷):

ممکن است کسی بگوید عمل هر فرد محترم است و از جمله این افعال، حضانت اطفال است. تنها وقتی کار او بی اجرت است که معلوم شود فرد قصد تبرع داشته است، اما اگر پس از سالیان دراز ادعا کرد قصد تبرع نداشته یا ادعای غفلت کرد، احترام به عمل انسان حکم می‌کند که اجرت او پرداخت گردد.

جواب اشکال این است که بین انواع کارها تفاوت است؛ کارهایی را که معمولاً افراد با

مزد انجام می‌دهند، حتی بدون ذکر اجرت، نیازمند اجرت است و بدون قصد تبرع و نشانه‌های آن، اجرت ساقط نمی‌شود نظیر تدریس‌ها و آموزش‌های خصوصی و دانشگاهی، بنابراین اگر دانش‌آموزی از معلمی، یک ساعت وقت خواست و به‌طور خصوصی درسی را نزد او فراگرفت، معلم اجرت را طلبکار است مگر اینکه آشکار شود قصد تبرع کرده است، ولی در اموری که معمولاً بدون مزد انجام می‌شود شخص حق گرفتن اجرت را ندارد، مگر آنکه خلاف آن شرط شده باشد.

در بحث اجرت زن برای کارهای خانه، چون در کشور ما متداول بوده زنان کارها را تبرعی انجام می‌داده‌اند و هنوز متداول است و زن خلاف این را نگفته و نخواستسته پس حق مطالبه اجرت ندارد، اگرچه قصد تبرع نکرده و یا از این مباحث غافل باشد. بدیهی است اگر به هر علتی این عرف تغییر کند و زنان از کار رایگان خودداری کنند، اصل موجود در این زمینه و حکم آن نیز تغییر خواهد کرد.

۱-۵. توافق زن و شوهر در مورد اسقاط حقوق خود

در این صورت، زن گاهی حق اجرت خود را مطرح ساخته ولی شوهر نیز در مقابل، از حقوق خود سخن به میان آورده است. مرد گفته تو حق داری بر رضاع و کارهای خانه اجرت بگیری و من نیز حق دارم همسر جدید انتخاب کنم یا حق دارم هر وقتی که خواستم تو را طلاق دهم؛ بنابراین نه تو حقوق خود را درخواست کن و نه من حقوق خود را اعمال می‌کنم. پس از این، زن سخنی از گرفتن اجرت به میان نیاورده است.

به نظر می‌رسد این حالت، توافق جدیدی است که بین زن و شوهر انجام شده و طبق این توافق، هر دو حقوق خود را اسقاط کرده‌اند. این شرط چون مخالفتی با قرآن و سنت ندارد و شرط جایزی است، مورد قبول شرع است روایت «مؤمنون عند شروطهم» نیز شامل این مورد می‌شود و در این صورت، زن اجرتی طلبکار نیست و در مقابل، مرد نیز حق ازدواج مجدد یا طلاق دادن وی را ندارد. البته ظاهراً رویه قضایی موجود این نظر را برنمی‌تابد.

نکته مهم این است که اگر این حالت، توافق نباشد، بلکه تهدید باشد و قصد و رضای زن

تحصیل نشود، مثلاً اگر شوهر در مقابل تقاضای اجرت از سوی همسر، او را به طلاق یا ازدواج مجدد تهدید کند و زن به خاطر ترس سکوت اختیار کند، زن حقوق خود را طلبکار بوده و سکوت پس از تهدید را نمی‌توان نشانه توافق دانست.

۲. اخذ اجرت حضانت پس از طلاق

آیا مادر در مدتی که حضانت طفل را بر عهده دارد، می‌تواند در مقابل حضانت، علاوه بر هزینه و نفقه، مزد نیز دریافت نماید؟ پاسخ به این سؤال به ماهیت فقهی و حقوقی حضانت برمی‌گردد. در پاسخ باید گفت که اگر حضانت را یک تکلیف بدانیم، دریافت مزد در مقابل آن صحیح نبوده، زیرا در فقه و حقوق، دریافت اجرت برای انجام تکالیف اشخاص پذیرفته نشده است. اما در صورتی که حضانت را یک حق بدانیم، نه تنها امکان اخذ اجرت جهت انجام حضانت بلکه حتی امکان نقل و انتقال آن در مقابل عوض نیز می‌تواند قابل پذیرش باشد.

۴-۱. حقوق جمهوری اسلامی ایران

الف) قول اول: نفی اجرت در مقابل عمل حضانت

بر اساس قانون مدنی، حضانت فرزندان به معنای نگهداری و مراقبت از کودکان زیر سن بلوغ است و به‌عنوان حق و تکلیفی برای پدر و مادر شناخته می‌شود. براین اساس هیچ‌یک از پدر و مادر نمی‌تواند از حضانت فرزند خود شانه خالی کند و در مقابل هیچ‌کس را نمی‌توان از حق حضانت فرزندش محروم کرد. حال سؤالی که ممکن است مطرح شود آن است که آیا در قانون اجرت یا مزدی برای حضانت پیش‌بینی شده است؟ و پرداخت این اجرت به عهده چه کسی است؟ برای پاسخ دادن به این سؤالات، نخست به بررسی موضوع اجرت یا مزد حضانت بر اساس قانون مدنی پرداخته و سپس موارد الزامی پرداخت اجرت حضانت را بررسی می‌کنیم. از ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که می‌گوید: «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف است». چنین استنباط می‌شود که پدر یا مادر در نگهداری و حضانت طفل به تکلیف قانونی خود

عمل می‌کند و برای انجام این وظیفه قانونی، حق مطالبه اجرت ندارد و ماده مزبور اشاره به این دارد که تکلیف حضانت مجانی و تبرعی است. علاوه بر این، قسمت اول ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز می‌گوید: هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت بر عهده آنها است، از نگهداری طفل امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی العموم، نگهداری طفل را به هریک از ابوین که حضانت بر عهده اوست الزام کند. "، نظریه مجانی بودن حضانت فرزند و عدم پیش‌بینی اجرت حضانت را تقویت می‌کند.

گرچه در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده ایران، در این خصوص، مطلبی مذکور نگردیده است و اکثر قریب به اتفاق حقوق‌دانان ایران نیز مخالف جواز اخذ اجرت بر حضانت‌اند. دکتر کاتوزیان می‌گویند:

پدر یا مادری که نگهداری طفل به عهده اوست، نمی‌تواند از بابت خدماتی که در اجرای تکلیف خود انجام می‌دهد از دیگری دستمزد بخواهد. در تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان، مصالح اجتماعی، قوانین را اداره می‌کند. همه چیز رنگ تکلیف دارد و اگر از حق صحبت می‌شود منظور توانایی است که قانون برای اجرای تکالیف خویش، به پدر و مادر، در برابر دیگران اعطا کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳)

به نظر برخی از حقوق‌دانان هیچ‌کدام از پدر یا مادر در مقابل حضانت، مستحق دریافت اجرت (نه هزینه) نیستند و این قول نیز مورد موافقت قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران (ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی) قرار گرفته است و به همین دلیل، قانون‌گذار از دریافت اجرت حضانت بحثی نکرده است (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۴۷).

آنها از ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که می‌گوید: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف است» چنین استنباط می‌کنند که پدر یا مادر در نگهداری و حضانت طفل به تکلیف قانونی خود عمل می‌کند و برای انجام این وظیفه قانونی حق مطالبه اجرت را نداشته و ماده مزبور ظهور دارد در اینکه تکلیف حضانت تبرعی و مجانی است.

قسمت اول ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز که می‌گوید:

هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌هاست از نگاهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم، نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده اوست الزام کند...» نظریه مجانی بودن عمل حضانت را تأیید می‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۷۴: ۱۴۰).

در قانون مدنی ماده ۱۱۶۸ آمده است: نگاهداری اطفال هم حق است و هم تکلیف ابویین است. بر طبق این ماده نگاهداری و حضانت هم حق و هم تکلیف است؛ لذا حضانت‌کننده نمی‌تواند آن را اسقاط کند و یا به دیگری انتقال دهد و یا در طلاق خلع، عوض قرار دهد و مادر حضانت‌کننده نمی‌تواند در برابر آن اجرت مطالبه کند. (صفایی، حقوق خانواده، ص ۳۳۴) این حقوق‌دانان در پاسخ به کسانی که این مسئله را با اجرت رضاع مقایسه می‌کنند، می‌گویند: «شیر دادن با حضانت متفاوت است، زیرا شیر دادن جزو وظایف زن نیست درحالی‌که حضانت باتوجه‌به هم ۱۱۶۸ قانون مدنی از جمله وظایف او محسوب می‌شود. پس قیاس حضانت به شیر دادن، قیاس مع‌الفارق است (صفایی و امامی، ۱۳۷۴: ۱۴۰)». در مقام نقد استدلال این گروه از حقوق‌دانان باید گفت، اساس استدلال شما بر اساس تفسیر ماده ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی استوار است و همان‌طور که در بحث قبل نیز گفته شد، اصلاح هر دو ماده باتوجه‌به نظریه مشهور فقها، ضرورت دارد به این صورت که در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی حضانت نسبت به مادر حق و نسبت به پدر تکلیف محسوب می‌گردد.

در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز که در واقع منتج از ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی است، به جای کلمه ابویین، کلمه پدر جایگزین می‌شود. یعنی پدر حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهده اوست از نگاهداری او امتناع کند و در صورت امتناع پدر، حاکم باید....

بنابراین نمی‌توانیم قول نفی اجرت در مقابل عمل حضانت را تقویت کنیم. حال سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که حضانت از قواعد آمره است یا خیر به نظر می‌رسد که قانون‌گذار مبحث حضانت را جزء قوانین آمره محسوب نموده و تراضی را برخلاف آن قوانین غیرممکن قلمداد نموده است از جمله اینکه قانون‌گذار در ماده ۱۱۷۳ از قانون مدنی

خودداری از اجرای تکلیف مقرر حضانت را سبب سقوط حق حضانت دانسته است و حتی ماده‌ی ۱۱۷۵ از قانون مارالذکر حکایت از این دارد که طفل را نمی‌توان از ابویین و یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی؛ لذا حضانت حق انحصاری پدر و مادر بوده و تا مادامی‌که آن‌ها زنده هستند و صلاحیت نگهداری رادارند حضانت با ایشان خواهد بود و اساساً حضانت در طول مدت قانونی برای هر یک از زن و شوهر و پدر و مادر غیرقابل انتقال و به‌تبع آن غیرقابل توکیل است.

ب) قول دوم: پذیرش اجرت در مقابل عمل حضانت

همان‌گونه که در قسمت قبل اشاره شد، در قانون مدنی برای حضانت فرزندان اجرت در نظر گرفته نشده و پدر و مادر به دلیل آنکه تکلیف قانونی خود (حضانت فرزند) را انجام می‌دهند، حق دریافت مزد حضانت را نخواهند داشت.

با این وجود، مواردی هست که ممکن است پرداخت اجرت حضانت ضروری و لازم شود. از جمله موارد الزامی پرداخت اجرا حضانت، زمانی است که حضانت به کسی غیر از پدر و مادر محول شده باشد. بر اساس ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی، "... در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگهداری طفل را به هریک از ابویین که حضانت به عهده اوست الزام کند. در صورتی که این الزام ممکن نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین می‌کند". بر این اساس، زمانی که حضانت به عهده شخص دیگری غیر از پدر گذاشته شده باشد، تمام هزینه‌های حضانت فرزند از جمله اجرت و مزد حضانت در ابتدا به عهده پدر است و اگر پدر فوت شده باشد، پرداخت هزینه حضانت بر عهده مادر است. اگر هم قیم طفل حضانت وی را بر عهده گرفته باشد، حق دریافت اجرت وجود دارد.

گروهی از حقوق‌دانان بر اساس مقایسه حضانت با رضاع و همچنین قسمت آخر ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی «تأمین حضانت به خرج پدر» در صورت عدم امکان الزام ابویین به حضانت، قائل به جواز اخذ اجرت در مقابل عمل حضانت شده‌اند (امامی، ۱۳۷۳: ۲۱۵).

فلسفه وجودی حکم ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی این است که چنانچه شخص ثالثی توسط تصمیم دادگاه عهده‌دار حضانت شد اجرت و دستمزد او باید پرداخت شود، مگر اینکه شخص ثالث قصد تبرع داشته باشد و قصد داشته باشد که به‌طور رایگان این عمل را انجام دهد؛ بنابراین مادر در مدتی که حضانت بر عهده اوست نمی‌تواند درخواست اجرت نماید ولی پس از این مدت (هفت سال) در صورت امتناع پدر یا عدم صلاحیت و شایستگی اخلاقی پدر، مادر می‌تواند در قبال گرفتن اجرت حضانت را برعهده گیرد ولی در صورت فوت پدر حق گرفتن اجرت ندارد و مطابق ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی مکلف به حضانت کودک است. (صدیقیان، سلیمانان، مهر دودی، ۱۳۹۵).

گروه استفتانات شورای عالی قضایی نیز در پاسخ به سؤالی، قائل به جواز اخذ اجرت در مقابل قبول حضانت شده است:

چنانچه زوجه حاضر به قبول حضانت به‌طور مجانی یا در برابر اجرت‌المثل یا کمتر از آن باشد، در این صورت، مادر احق و اولی به حضانت است از هر کس دیگر حتی از جد پدری، گرچه ازدواج هم کرده باشد، و اجرت حضانت و نفقه و کسوت طفل از مال پدر پرداخت خواهد شد، و هرگاه در فرض فوق، زوجه نیز غیر مأمون باشد یا از قبول حضانت امتناع کند و یا بیشتر از دیگران اجرت بخواهد، در این صورت، مادر را نمی‌شود الزام به حضانت نمود (روزنامه رسمی، ۱۳۶۳: ۴۳).

در مجموع باید گفت باتوجه به ضرورت اصلاح ماده ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی به نظر می‌رسد که قول دوم یعنی جواز اخذ اجرت در مقابل عمل حضانت قوی‌تر و مناسب‌تر است. بنابراین باتوجه به خلأ قانون مدنی در خصوص اجرت حضانت، ایجاد ماده قانونی زیر در خصوص اجرت حضانت، پیشنهاد می‌گردد مادر می‌تواند برای زحمتی که نسبت به حضانت فرزند متحمل می‌شود، جدای از نفقه فرزند و هزینه شیردهی او، به مقدار اجرت‌المثل یا کمتر از آن، اجرت مطالبه کند و بیشتر از اجرت‌المثل را نمی‌تواند مطالبه نماید. مسئول پرداخت اجرت حضانت نیز پدر است و در صورت اعسار یا فوت پدر، پرداخت اجرت بر عهده جد پدری و هرچه بالا رود (جد، جد).

نتیجه

نگهداری و تربیت کودک معمولاً با پدر و مادر بوده و از مسائل اساسی خانواده به شمار می آید. قانون مدنی در ماده ۱۱۶۸ حضانت را آمیزه‌ای از حق و تکلیف می‌داند که باید تمام تلاش خود را در این زمینه اعمال نمایند.

سؤالی که وجود دارد این است که آیا اخذ اجرت در حضانت از منظر فقه و حقوق ایران وجود دارد و در این مورد نظرات چگونه است؟ میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. بر اساس اینکه آیا حضانت حق است یا حکم است نظرات متفاوتی نقل شده است و حقوق ایران بر اساس نظرات حقوق‌دانان نتیجه‌گیری کرده است. از نظر فقها دو نظر وجود دارد برخی از فقها قائل به جواز اخذ اجرت هستند، مانند صاحب جواهر به‌عنوان اولین فقهی که به جواز اخذ اجرت بر حضانت تصریح نموده و حضانت را حق دانسته، لذا قائل به مطالبه اجرت، توسط مادر شده است. آیت‌الله خویی نیز معتقد است مادر در برابر حضانت، استحقاق دریافت اجرت را دارد. ایشان می‌فرمایند: «مادر در صورتی که در انجام حضانت، قصد تبرع نداشته و کسی دیگر حاضر نباشد تبرعاً حضانت کودک را بر عهده گیرد، مستحق دریافت اجرت است». برخی از فقها نیز مخالف اخذ اجرت در حضانت هستند مانند: ابن فهد حلی به عدم استحقاق مادر نسبت به اخذ اجرت بر حضانت رأی داده است. مادر را مستحق دریافت اجرت در برابر حضانت نمی‌دانند. شهید ثانی نیز به عدم استحقاق مادر نسبت به دریافت اجرت حضانت، حکم نموده و می‌فرماید در این مسئله اختلافی وجود ندارد. فقهای اهل سنت نیز اختلاف نظر دارند به‌عنوان مثال: حنفیه می‌گویند: زن پرستار یا مادر طفل است و یا غیر مادر، اگر پرستار غیر مادر باشد مادام که مجاناً قبول نکند استحقاق اجرت دارد. مالکیه طرفداران نظریه عدم جواز درخواست اجرت بر حضانت‌اند دلیل این حکم را در آن می‌دانند که حضانت، حق مادر است. حقوق‌دانان و حقوق ایران به این نتیجه رسیده است که قول دوم یعنی جواز اخذ اجرت در مقابل عمل حضانت قوی‌تر و مناسب‌تر است. اما باید مقدار اجرت متناسب با اجرت‌المثل باشد و بیشتر از آن نباشد.

کتابنامه

-
- ابن رشد قطبی، ابوالولید محمد، **المقدمات الممهدات**، بیروت، دارالغرب الاسلامی، ۱۴۰۸ق.
- اصفهانى، ابوالحسن، **وسيله النجاة**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵.
- بحرالعلوم، محمدابن محمدتقی، **بلغه الفقیه**، تهران، مکتبه الصادق، ۱۳۶۲.
- بیهقی، احمدابن حسین، **السنن الکبری**، بیروت، انتشارات دارالفکر، ۱۳۴۴ق.
- الجزیری: **الفقه علی المذاهب الاربعه**.
- حکیم، محمدتقی، **القواعد العامه فی فقه المقارن**، تهران، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۹ق.
- حکیم، محمدسعید، **منهاج الصالحین**، قم، دارالعلال، ۱۴۳۳ق.
- خوانساری نجفی، موسی، **منیه الطالب**، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳.
- خویی، سیدابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- درخواست اجرت بر حضانت از نگاه فقه اسلامی، **مطالعات زن و خانواده**، دوره چهارم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
- روزنامه رسمی، ۴۳. ۱۳۶۳.
- تبریزی، جواد، **منهاج الصالحین**، قم، مدین، ۱۴۲۶ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، **قاعدتان الفقیهان الاضرار والرضاع**، قم، مؤسسه سیدالشهدا، ۱۴۰۸ق.
- سیستانی، علی، **منهاج الصالحین**، قم، مکتب آیت الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۵ق.
- شبییری زنجانى، موسی، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، نویسنده محمد کاظم بن عبدالعظیم یزدی، **کتاب نکاح (شبییری)**، قم - ایران، مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- شهیداول، محمدابن مکی، **القوائد و الفوائد**، قم، مکتب الاعلام الاسلامی فی حوزه العلمیه، ۱۴۳۰ق.

- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *روضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه*، بی‌جا، بی‌نا.
- شیخ الاسلامی، سیداسعد، *بحثی تطبیقی در باب حضانت و احکام آن در مذاهب پنج‌گانه اسلامی*، نشریه مقالات و بررسی‌ها، ۱۳۶۶ از مستان، و بهار ۱۳۶۷.
- صادقی، محمد، *مسئولیت ناشی از حضانت*، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۸.
- صدیقیان، سلیمانان، مهرجردی، امیرمحمد، ابوالفضل، محسن، *حضانت و مسئولیت‌های ناشی از آن*، چاپ اول، تهران انتشارات مجد، ۱۳۹۵.
- صفایی، سید حسین، *حقوق مدنی*، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۵.
- طبرسی، فضل این حسن، *الموتلف من المختلف بین ائمه السلف*، مشهد، آستانه الرضویه مقدسه، ۱۴۱۰ق.
- عاملی، شیخ حر، *وسایل الشیعه*، مؤسسه آل‌البتیت لا حیاء التراث، ۱۳۶۷.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفضیل الشریعه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۱ق.
- فقحانی، علی ابن علی، *الدر المنضود فی معرفه صیغ النیات والعیقات و العقود*، شیراز، مکتبه مدرسه امام العصر علیه السلام، ۱۴۱۸ق.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی*، (خانواده-اولاد)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- کاشف الغطاء، مهدی، *موردالانام فی شرح شرایع الاسلام*، عراق، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء العامه. بی‌تا.
- گلپایگانی، محمدرضا، *هدایة العباد*، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۳۷۱.
- محقق سبزواری، محمداقبر، *کفایة الفقه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی. ۱۳۸۱ ش.
- مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، لبنان، بیروت، ۱۴۲۱ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشادالاذهان*، قم، جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه. ۱۳۶۲ ش.
- موسوی سبزواری، عبدالعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، السیدعبدالعلی السبزواری، ۱۴۱۳ق.
- موسوی عاملی، محمدابن صالح، *منظومه فی الرضاع*، قم، مؤسسه انصاریان للطباعه و النشر. ۱۴۱۹ق.

نجفی، محمدحسن، شرح جواهرالکلام، قم، انتشارات دارالعلم. ۱۳۹۵ش.
هاشمی شاهرودی، محمود. مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام،
فرهنگ فقه مطابق مذهب. اهل بیت علیهم السلام، قم - ایران، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر
مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۸۲ق.

