

اجرت رضاع در فقه مذاهب خمسۀ اسلامی و قانون بر مبنای قاعده احترام

سمیه صادقی (نویسنده مسئول)¹

¹ استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول):
sadeghi61@iaui.ac.ir

نویسنده مسئول: sadeghi61@iaui.ac.ir

تاریخ دریافت: 1404/05/13 تاریخ پذیرش: 1404/10/25

چکیده

خداوند به دلیل علم و حکمت مطلق خود با تولد نوزاد، غذای وی را نیز تهیه می کند تا مادر آن را در اختیار طفل قرار داده و وی به دور از مشقت و سختی از آن تغذیه کرده و رشد نماید؛ مسیری که ساده و راحت بوده، همچنین موجبات اطمینان و آرامش روانی مادر و کودک را فراهم می آورد. اما از آنجا که طبق قاعده احترام، مال و عمل انسان محترم است باید گفت، شیرمادر علاوه بر ارزش معنوی دارای ارزش مادی نیز هست؛ بنابراین می توان بر رضاع طلب اجرت نمود، اما این که مطالبه اجرت رضاع در دین اسلام و قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران هم مورد اعتنا قرار گرفته است یا خیر؟ و اگر مادر می تواند در برابر شیردهی مطالبه اجرت نماید باید اجرت را از چه کسی دریافت نماید و تا چه زمانی حق دریافت آن را دارد؟ آیا حق رضاع و حضانت با هم تلازم دارند که با اسقاط یکی، سقوط دیگری هم لازم آید یا ملازمه ای بین ایشان نیست؟ از طرف دیگر اجاره مرضعه جهت رضاع جایز است و در قبال شیردهی به طفل غیر می توان طلب اجرت کرد یا خیر؟ اجاره مرضعه از قبیل اجاره شخص است یا اجاره عین؟

نظرات اتفاقی و اختلافی فقهای مذاهب خمسۀ اسلامی در این باره چیست؟ سؤالاتی است که در این نوشته در چهار بخش "مفهوم شناسی"، "شیردهی مادر به فرزندش"، "شیردهی مرضعه به طفل" و "نتیجه گیری" مورد بررسی قرار می گیرد.

هدف از این نوشتار تطبیق قاعده احترام بر مسئله رضاع کودک و یافتن نظرات فقهاء به جهت تقریب بین مذاهب اسلامی و نقاط خلاء قانونی است که باید مورد توجه قانونگذار قرار گیرد، نکاتی که می تواند راهگشا بوده و منافع مادر و کودک را تأمین کرده و از ورود ضرر و آسیب به هریک از ایشان، همچنین پدر خانواده جلوگیری نماید.

این اثر به روش تحلیلی توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه ای و با در نظر گرفتن آیات قرآن کریم، آرای فقهای امامیه، حنفی، مالکی، شافعی، حنبلی و مواد قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران به نگارش درآمده است.

کلیدواژه: اجرت، رضاع، فقه مذاهب خمسۀ، قانون، قاعده احترام

1-مقدمه

شیر غذایی کامل بوده و از غنی ترین مواد غذایی برخوردار است که در این میان شیرمادر از انواع شیرهای دیگر برای طفل به ویژه نوزاد، مناسب تر به ساختار جسمی او در فصول مختلف سال بوده، از طرف دیگر به طور طبیعی و تازه به مصرف می رسد و مواد خود را از دست نمی دهد و از آنجا که مستقیماً از طریق پستان مادر وارد دهان کودک می شود، از لحاظ بهداشتی بر هر غذای دیگر ترجیح دارد؛ به خصوص موجب پیوند عاطفی بین مادر و فرزند شده و در اتحاد و اتفاق ایشان با یکدیگر بسیار مؤثر است، بنابراین نمی توان طفل را از آن محروم کرد و در اسلام به قدری تغذیه طفل با شیر مادر دارای اهمیت است که پاداش فراوانی برای مادر شیرده در نظر گرفته شده، به حدی که پیامبر رحمت حضرت محمد صلی الله علیه و آله و سلم می فرمایند: "هنگامی که زن فرزندش را شیر می دهد خدای متعال در مقابل هر مرتبه ای که کودک از پستانش شیر می مکد، ثواب آزاد کردن یک بنده که از اولاد اسماعیل باشد به او عطا می فرماید و هنگامی که دوران شیرخوارگی به اتمام رسید، فرشته بزرگ الهی دست بر پهلوی مادر نهاده، می گوید زندگی را از نو آغاز کن که خدای متعال گناهان گذشته ات را آمرزید." (حرعاملی، 1374، ج21، ص451، ح27557)

و از امام صادق علیه السلام روایت شده که امیرالمؤمنین علی علیه السلام فرمودند: "ما من لبن یرضع به الصبی أعظم برکةً علیه من لبن أمه":
برای کودک پر برکت تر از شیر مادرش نیست که وی را با آن شیر دهد. (شیخ صدوق، 1404، ج3، ص475، ح4663)

از آنجا که نویسندگان بر آن است که رضاع کودک از مصادیق اجرای قاعده احترام می باشد، باید جریان این قاعده را در این موضوع از دو جهت مورد بررسی قرار داد:

الف- با توجه به زحمتی که مادر جهت شیردهی طفل متحمل شده و عصاره وجودی خود را در اختیار فرزند خویش قرار می دهد، می تواند برای قبول این سختی، طلب اجرت نماید یا مکلف به رضاع فرزندش بوده و حق دریافت اجرت را ندارد؟

ب- آیا مرضعه (زن شیرده) برای رضاع¹ یا ارضاع² طفل دیگری می تواند مطالبه اجرت نماید یا خیر؟

پیشینه پژوهش

برخی از پژوهش های مرتبط با موضوع عبارتند از:

کتب قواعد فقهی که به ذکر و تبیین قواعد فقهی می پردازد؛ از جمله "القواعد الفقهیه" از سید محمد کاظم مصطفوی :

به بیان صد قاعده فقهی از جمله قاعده احترام می پردازد، معنا، مدارک و فروعی از این قاعده را بیان می کند.

کتاب "قواعد فقه - بخش مدنی" از سید مصطفی محقق داماد :

نویسنده چندین قاعده فقهی را تبیین کرده و در قاعده احترام، به مفاد، مستندات و مجرای قاعده می پردازد.

کتاب "نگاهی به مسائل حضانت از منظر فقه و قانون" از سمیه صادقی :

به مسائل حضانت همچون حق یا تکلیف بودن آن، شرایط سرپرست، عود و مباشرت در حضانت، رضاع و حضانت، اجرت حضانت و... از دیدگاه فقه های امامیه و قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران پرداخته شده است.

پایان نامه "قاعده احترام مال در فقه امامیه و حقوق مدنی" فاطمه سلامی زاده :

نگارنده قاعده احترام را در جنبه مالی، به جهت حمایت از مالکیت خصوصی و جلوگیری از تجاوز دیگران از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی جمهوری اسلامی ایران تشریح می کند.

پایان نامه "قاعده احترام و کاربرد آن در فقه امامیه و حقوق موضوعه" حمیده ارونقی درویش بقال :

به حرمت خون، مال و عرض مسلمان پرداخته و در پی اثبات آن برای انسان بما هو انسان، همچنین حیوانات و نباتات است.

مقاله "قاعده احترام، تکلیف یا مسئولیت" احمد دیلمی، فصلنامه علمی پژوهشی حقوق اسلامی :

به مفهوم و کارایی قاعده احترام و نقش آن در فرایند ضمان و مسئولیت مدنی می پردازد.

مقاله "کاربست قاعده احترام در حلّ تنازعات مالی؛ با تأکید بر ساحت خانواده" محدثه اصولی یامچی، دوفصلنامه فقه حکومتی:

جایگاه قاعده احترام در حوزه تشخیص مدعی و منکر در امور مالی تبیین می گردد.

¹ - رضاع: شیر خوردن طفل از پستان مرضعه، ممکن است مرضعه در خواب باشد و عملی را انجام ندهد.

² - ارضاع: شیر دادن به کودک توسط مرضعه، متضمن انجام عملی از طرف مرضعه است.

مقاله "رضاع در قرآن" سیده پروانه آقامیری، مجله بشارت :

به حق رضاع برای مادر، اهمیت شیردهی از منظر آیات و روایات اشاره دارد.

مقاله "تفسیر تطبیقی آیه رضاع - الوالدات یرضعن" سیده معصومه فاطمی و دیگران، مطالعات تطبیقی قرآن و حدیث :

نویسنده وظایف والدین در دوران شیردهی را بیان کرده، درباره نشر حرمت به واسطه رضاع سخن می گوید و به مقایسه نظرات فقهای شیعه و اهل سنت می پردازد.

مقاله "امکان سنجی بقای حق حضانت مادر در صورت اسقاط حق رضاع در فقه مقارن" احمد صابری مجد، مطالعات تطبیقی مذاهب فقهی :

به تشریح تلازم یا عدم تلازم حق حضانت و رضاع از منظر فقهای مذاهب خمس می پردازد.

وجه تمایز و نوآوری تحقیق حاضر: با توجه به مطالب فوق بدست می آید پژوهشی جامع در حوزه اجرت رضاع برای مادر و مرضعه با نظر به قاعده فقهی احترام صورت نگرفته و هریک از منابع فوق به بخشی از مسئله یا از زوایه متفاوت با پژوهش حاضر توجه نموده اند؛ همچنین در این پژوهش، موضوع از منظر مذاهب خمس اسلامی مورد تطبیق قرار می گیرد تا در جهت تقریب بین مذاهب، موارد اتحاد یا افتراق روشن شود و نظر قانون جمهوری اسلامی ایران و موارد خلاء آن آشکار گردد.

1- مفهوم شناسی

1-1- اجرت

در لغت به معنای کرایه، آنچه در مقابل عمل به اجیر داده می شود. (زبیدی، بی تا، ج 6، ص 13)؛ مزد، دستمزد، قیمتی که در مقابل استفاده ی منافع، بر عهده شخص مستقر می شود. (دهخدا، 1377، ج 1، ص 1054)

و در اصطلاح حقوقی، عوض اقتصادی خدمت را اجرت می نامند. (جعفری لنگرودی، 1378، ص 10)

و اجاره عقدی است که به موجب آن، منافع چیزی یا شخصی در قبال عوضی معین تملیک می شود (انصاری و طاهری، ج 1، ص 62) و در این عقد طبق ماده 446 ق.م مستأجر مالک منافع عین مستأجره می گردد.

عقد اجاره ویژگی هایی دارد، از جمله:

الف- عقد توافقی است و تراضی طرفین بر منفعت، مدت و اجرت تعلق می گیرد.

ب- از عقود معاوضی است.

ج- عقد لازم است و جز با اقاله مشروع یا یکی از اسباب مقتضی فسخ قابل ابطال نیست. (همان، ص 63)

1-2- رضاع

در لغت به معنای مکیدن کودک از پستان مادر و شیر خوردن (فراهیدی، بی تا، ج 1، ص 270)؛ بچه را به دایه دادن (دهخدا، 1377، ج 8، ص 12116)

در ترمینولوژی حقوق آمده است: "ماهیت حقوقی رضاع از عناصری فراهم می آید که با اجتماع آن عناصر، قرابت رضاعی هم حاصل می شود. عنصر اصلی آن انبات لحم (روئیده شدن گوشت) و شد عظم (محکم شدن استخوان) است؛ و به جای این عنصر به تعداد دفعات شیرخوردن (پانزده شیرخوردن) و یا به زمان معینی از شیر خوردن (یک شبانه روز) اکتفاء کرده اند، به شرط این که سایر خصوصیات هم جمع شود. (جعفری لنگرودی، 1378، ص ۳۳۶)

3-1- قاعده احترام

قاعده یعنی پایه (زبیدی، بی تا، ج 5، ص 201)؛ بنیاد (دهخدا، 1377، ج ۱، ص ۱۷۳۷۶)

و احترام به معنای حرمت داشتن، بزرگ داشتن (همان، ج ۱، ص ۱۰۷۱)

قاعده احترام یک قاعده فقهی است که طبق آن کسی حق تعدی به مال انسانی را ندارد، همچنین اگر شخص به امر دیگری کاری انجام دهد و عرفاً دارای ارزش اقتصادی و بدون قصد تبرع انجام شده باشد، آمر به اندازه اجرت المثل ضامن است و مستند ضمان، قاعده احترام است. البته برخی از فقهاء در مورد عمل مسلمان، قاعده مستغنی تحت عنوان (عمل المسلم محترم مالم یقصد التبرع) تنظیم کرده اند و پیداست که ارزش دار بودن عمل مسلمان از فروع قاعده احترام است. (محقق داماد، 1385، ص ۲۱۷؛ طباطبایی یزدی، 1420، ج ۵، ص ۱۴۶)

در تعریف قاعده احترام مال و عمل مسلمان آمده است: " أن المقصود من احترام مال المسلم هنا هو المصونیه عن التصرف المجانی فیہ و التعدی علیه بمعنی أن مال المسلم محترم لایجوز الإعتداء و التجاوز علیه و كذلك کان عمل العامل المسلم محترماً و مأجوراً فلیؤد أجرته " (مصطفوی، 1431، ص 24) : مراد از احترام مال مسلمان در اینجا (در باب قواعد فقهی) مصونیت از تصرف مجانی در آن و تعدی بر آن است، به این معنا که مال شخص مسلمان محترم است و تعدی و تجاوز به آن جایز نمی باشد، همچنین عمل عامل مسلمان محترم و مأجور است، پس باید اجرت آن ادا شود.

طبق این قاعده، مزاحمت در مال مسلمان و أخذ قهری آن جایز نیست و این قاعده، حکم تکلیفی حرمت را می رساند و باید دو حیثیت مراعات گردد: حیثیت ملکیت و حیثیت مالیت که طبق شأن اول، نباید در مالی که تحت سلطنت دیگری است بدون اذن وی تصرف نمود و طبق شأن دوم، نباید آن مال را مورد هدر قرار داد. (اصفهانی، 1409، ص 95) و به عبارتی قاعده احترام، بیان وظیفه قبل از تصرف است، برخلاف قاعده اتلاف که مفید حکم وضعی ضمان به قیمت یا مثل است و وظیفه را پس از تصرف در مال غیر بیان می دارد. (مصطفوی، 1431، ص 26)

اما در مورد ضمان منافع مستوفاء نیز به قاعده احترام تمسک می شود. در عقد اجاره فاسد نیز هر عملی که از عامل (اجیر) واقع شود و به امر دیگری (مستاجر) بوده و غرض وی تحصیل شده باشد، باید عوض آن به جهت قاعده احترام و نفی ضرر پرداخت شود. (محقق داماد، 1385، ص ۲۱۶) شیخ انصاری در مورد عینی که به عقد فاسد فروخته شده و مشتری منافع آن را استیفا نموده است، می فرماید: طبق قول مشهور مشتری باید عوض آن منافع را بپردازد و عموم فرمایش رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم که فرمودند: " لایحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه " از جهت این که مال بر منفعت صدق می کند، بر این حکم دلالت دارد. (انصاری، 1391، ج 6، ص 199)

در این باب روایاتی نیز وارد شده که مستند قاعده احترام است، همچون صحیح شحام از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم که در حجه الوداع فرمودند: " إنه لایحلّ دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطیب نفسه " : خون شخص مسلمان حلال نیست و مال وی، مگر از روی کمال رضایت او. (حرعاملی، 1414، ج 29، ص 10، ج 35023)

گفتنی است در نظری "طیب نفس" مترادف با رضایت و به معنای برخورداری از استقلال در کار و اختیار در انتخاب پس از بررسی جهت های گوناگون است؛ و در نظری أخص از رضایت می باشد، زیرا طیب نفس رضایت همراه با بهجت و سرور و از صمیم قلب است. (دیلمی، 1397، ص 15، ش 56)

در توقیع حضرت ولی عصر عجل الله تعالی فرجه به شیخ محمد بن عثمان عمری نیز آمده است که در اموال ما تصرف نکنید؛ زیرا: "فلا یحلّ لأحد أن یتصرف فی مال غیره بغیر إذنه": پس برای احدی حلال نیست که در مال دیگری بدون اذن وی تصرف کند. (همان، ج 9، ص 540، ح 12670)

در کتب روایی اهل سنت نیز به این قاعده اشاره شده، همچون روایتی از رسول اکرم صلی الله علیه و آله وسلم که فرمودند: "کلّ المسلم علی المسلم حرام، دمه و ماله و عرضه": هر مسلمانی خون، مال و آبرویش بر مسلمان حرام است. (قزوینی، ج 2، ص 1298)

و در کتاب *الرساله فقه مالکی* آمده است که خداوند خون، مال و آبروی مسلمین را حرام گردانید، مگر هتک آن به حق باشد و خون مسلمان حلال نیست، مگر پس از ایمان کافر شود یا در صورت احسان زنا کند یا نفسی را به ناحق به قتل برساند یا در زمین فساد کند یا ... (قیروانی مالکی، ج 1، ص 150)

همچنین تسالم فقهاء بر مدلول قاعده و حرمت مال مسلمان وجود دارد که اختلافی نسبت به آن نیست و سیره متشرعه بر مضمون آن مستقر شده و تعدی به مال دیگری موجب ذمّ می گردد. (مصطفوی، 1431، ص 25)

4-1- حق

حق در لغت به معنای ثابتی که انکار آن روا نباشد (زبیدی، بی تا، ج 13، ص 81؛ دهخدا، 1377، ج 6، ص 9142)؛ نقیض باطل (فراهیدی، بی تا، ج 3، ص 6) و هستی پایدار، پس هر چیزی که دارای ثبات و پایداری بوده، حق است. (جوادی آملی، 1375، ص 74)

و در اصطلاح حقوقی، حق عبارت است از: اختیار و توانایی خاصی که به موجب قانون برای شخص نسبت به شخص و یا چیزی ایجاد شده و به مقتضای این توانایی، صاحب حق می تواند در آن تصرف کرده و یا از اعمال حق خود صرف نظر کند. (آقایی، شرح مختصر، 1382، ص 18) و اموری که در قانون پیش بینی شده و افراد مجاز هستند به قصد خود آنها را تغییر دهند را حق گویند یا به تعبیر شیخ انصاری "لکلّ ذی حقّ إسقاط حقّه" (جعفری لنگرودی، 1378، ص 216)

گفتنی است حق دارای یک یا دو یا سه اثر ذیل می باشد:

الف - قابل اسقاط، و این مظهری از مظاهر سلطه مالک و صاحب حق است.

ب - قابل نقل، نقل یعنی واگذاری حق به دیگری از روی اراده و قصد.

ج - قابل انتقال، انتقال یعنی حقی از کسی به دیگری بدون دخالت قصد آنان و صرفاً به حکم قانون واگذار می شود. (جعفری لنگرودی، 1352، ج 3، ص 138)

5-1- تکلیف

تکلیف از ماده کلفه گرفته شده و به معنای امری که بر تو مشقت دارد (زبیدی، بی تا، ج 12، ص 465) و به عبارتی به معنای مأموریت می باشد. (انطون الیاس، 1366، ص 600)

و در اصطلاح حقوقی، اوامر و نواهی قانونی را گویند که در عبارت دیگر، الزامات قانونی نام دارند. (جعفری لنگرودی، 1378، ص 177)

قابل ذکر است در هر موردی که قانون حقی برای کسی بشناسد، ناچار تکلیفی برای دیگری یا دیگران موجود می گردد؛ بنابراین در مقابل هر حقی، تکلیفی وجود دارد. حق و تکلیف دوکفه ترازو هستند که باید توازن آن در عالم عدالت رعایت گردد. (امامی، حسن، 1377، ج 4، ص 14)

2- شیردهی مادر به فرزندش:

2-1- حق یا تکلیف بودن شیردهی مادر به فرزندش

طبق ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر دهد، مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر از شیر مادر ممکن نباشد. همچنین بر اساس قول مشهور فقهای امامیه، پدر نمی تواند مادر را بر شیر دادن به کودکش مجبور نماید (حلی، 1373، ج ۲، ص ۴۲؛ حلی، 1411، ج ۳، ص ۴۲۴؛ طباطبائی، 1420، ج 10، ص ۵۱۵؛ سبحانی، 1417، ج ۲، ص ۳۲۴) بلکه برای مادر امکان دارد که در قبال شیر دادن به فرزندش مطالبه اجرت نماید، البته این در صورتی است که پدر کودک در قید حیات یا کودک دارای اموالی بوده و مرضعه دیگری باشد، همچنین پدر یا جد پدری قدرت بر دادن اجرت او را داشته باشد یا مرضعه، کودک را به صورت تبرّعی و مجانی شیر دهد و الا رضاع کودک بر مادرش از باب وجوب نفقه بر فرزند - در زمانی که پدر مفقود یا تنگدست است - واجب می باشد. (عاملی، 1413، ج ۱، ص ۴۶۱؛ شهید ثانی، 1416، ج ۸، ص ۴۱۲) و حقوقدانان نیز موافق این نظر هستند. (طاهری، 1375، ج ۳، ص ۳۲۹؛ امامی، 1378، ج ۵، ص ۱۹۸؛ یثربی، 1376، ص ۱۹۳) بنابراین در وهله اول، شیردهی به فرزند تکلیفی بر عهده مادر نیست، مگر در موارد خاص که بیان گردید.

دلیل فقهای امامیه بر عدم وجوب رضاع کودک توسط مادرش، اصل عدم وجوب و آیه ۶ سوره طلاق است که خداوند در آن می فرماید: "فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ" و اُتَمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِى تَرْجِعِ لَكُمْ أَجْرَهُنَّ".

در تفسیر آیه فوق بیان شده که اگر مادر حاضر شد پس از طلاق از شوهرش، به کودک خود شیر دهد، اجرت را بر اساس عدل به او بپردازد و درباره شیر دادن به فرزند به طور متعارف با هم مشورت کنید تا پدر در اثر کثرت اجرت و مادر در اثر نقص آن و کودک در اثر کم شدن مدت رضاع متضرر نشود و اگر یکی، دیگری را به سختی و عسرت وادارد، یعنی مادر اجرت زیاد بخواهد که پدر به سختی افتد یا پدر اجرت کم بدهد که مادر دچار سختی شود، پدر دایه دیگری را برای فرزندش بگیرد. (بانوی اصفهانی، بی تا، ج ۵، ص ۳۶۹؛ طبرسی، 1380، ج ۴، ص ۱۰۴۴؛ قرشی، 1371، ج ۱، ص ۲۱۵)

در این خصوص از حضرت صادق علیه السلام سوال می شود، حضرت می فرمایند: "لا تجبر الحرّة علی رضاع الولد و تجبر أم الولد": زن حره بر شیردهی فرزند اجبار نمی شود، در حالی که امّ ولد (کنیزی که فرزندی دارد) به شیردهی فرزند اجبار می شود. (کلینی، 1367، ج 6، ص ۴، ج 4)

گفتنی است طبق نظر برخی از فقهای امامیه همچون شیخ مفید و شیخ طوسی، مادر در صورتی می تواند در ازای شیردهی به فرزندش مطالبه اجرت نماید که مطلقه باشد. (شیخ مفید، 1410، ص ۵۳۰؛ حلی، 1410، ج ۲، ص ۶۴۹)

در نظر حنابله (مقدسی، بی تا، ج 9، ص 297) و قولی از حنفیه به جهت فرمایش خداوند "و علی المولود له رزقهنّ و کسوتهنّ بالمعروف" (بقره/233) نفقه اولاد صغیر در صورت فقر، بر پدر است و ارضاع طفل، تکلیف مادر نیست؛ زیرا اجرت رضاع از مصادیق نفقه کودک بوده، مگر شیردهی بر مادر معین شود، بدین صورت که مرضعه ای غیر از مادر نباشد یا کودک از شیر غیر مادر نخورد که به جهت حفظ و صیانت طفل از تلف، بر مادر واجب می گردد. (موصلی حنفی، 1426، ج 4، ص 10؛ مصری، بی تا، ج 11، ص 187) که البته در این حالت و با امکان تغذیه طفل از غیر شیر، مادر مجبور به ارضاع نمی گردد. (ابن عابدین، 1421، ج 3، ص 618)

و در قول دیگری از حنفیه، فعل ارضاع بر مادر در حال زوجیت و عده واجب است و مؤونه آن (ارضاع) با پدر است؛ زیرا از جمله نفقه فرزند می باشد. اما پس از جدایی از پدر، اگر مادر را با عجز و انقطاع نفقه و ضرر به وی به شیردهی رایگان الزام کند، بر مادر جایز است که اجرت بگیرد؛ "لاتضار" والدۀ بولدها^۳. (همان، ص 619)

همچون رأی فقهای مالکی که هرگاه مادر در عصمت پدر (زوجیت) یا در عده رجعیه باشد، واجب است فرزندش را شیر دهد، مگر مثل چنین فردی به جهت جایگاه والایی که دارد، فرزندش را شیر نمی دهد، لیکن در صورتی که فرزند غیر مادر را نپذیرد، بر مادر لازم می شود. (الآبی الازهری، بی تا، ج 1، ص 491)

از منظر فقهای شافعی، اگر جهت شیردهی طفل هم مادر باشد و هم مرضعه ای غیر او، به دلیل فرمایش خداوند متعال که می فرماید: "وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى" (طلاق/ 6) مادر بر ارضاع مجبور نمی گردد؛ لیکن اگر خود تمایل بر ارضاع فرزندش داشت، از آن منع نمی شود؛ زیرا مادر مشفق تر به فرزند است و شیرش برای وی بهتر، لیکن نفقه مادر به جهت ارضاع، زیاد نمی گردد. (شربینی خطیب، 1415، ج 2، ص 480 و 482)

همچنین بر مادر لازم است که آغوز را به نوزادش بخوراند و اگر برای مثل آن (آغوز) اجرت باشد، می تواند بر آن اجرت بگیرد و پس از آن با عدم وجود مرضعه، رضاع بر فرزندش لازم است، لیکن با وجود مرضعه، مادر مجبور به ارضاع نخواهد شد، چه در نکاح پدر باشد یا نباشد. (نوی، 1412، ج 9، ص 88)

به نظر نگارنده با توجه به سهله بودن دین مقدس اسلام^۴ و دقت بر ابعاد گوناگون جسمی و روحی انسان باید رضاع را حقی دوسویه برای مادر و فرزند قرار داد، سلامت جسمی و عاطفی ایشان را مدنظر گرفت و با توجه به شرایط حاکم بر آنها تصمیم لازم را گرفت؛ چراکه با درنظر گرفتن مادر، اصل عدم وجوب را جاری دانست و با توجه به طفل و احتیاجات وی و از باب حسن نگاهداری او در موضوع حضانت، حکم به وجوب رضاع به ویژه در روزهای اولیه زندگی داد.

2-2- اولویت مادر در شیردهی به فرزند

بر مبنای نظر فقهای امامیه و نظر حقوقدانان مادر شایسته تر به شیردهی کودک از دیگران است، البته در صورتی که کودک خود را تبرّعی شیر دهد یا به همان اجرتی که دیگران می گیرند راضی شود؛ اما اگر بیش از دیگران اجرت بخواهد، پدر می تواند کودک را از مادر گرفته و زن دیگری را برای شیردادن اجیر کند. (شیخ طوسی، 1416، ج 5، ص 130؛ شهید ثانی، 1416، ج 8، ص 435؛ عاملی، 1413، ج 1، ص 464؛ نجفی، 1396، ج 3، ص 300؛ مروارید، 1410، ص 30؛ تستری، 1369، ص 180؛ موسوی خمینی، 1369، ج 3، ص 555؛ مساله 12؛ صفایی و اسدالله امامی، 1380، ص 543) البته این نظر در مواد قانونی به چشم نمی خورد.

دلیل ایشان بر این مساله، آیه 233 سوره بقره و اجماع فقهای امامیه است. (طباطبایی، 1420، ج 10، ص 520) که البته باید گفت: این اجماع به جهت وجود آیه قرآن کریم اجماع مدرکی است که حجیت ندارد.

خداوند در آیه مذکور می فرماید: "و لاتضارّ والدۀ بولد ها و لا مولود له بولده" به این شرح که نباید مادر از ناحیه فرزندش آسیب ببیند، به این که به اندک نفقه ای راضی شده و کودک را شیر دهد و یا طفل از او جدا شود، همچنین نباید پدر وادار شود که بیش از حدّ توانایی متعهد انفاق شده یا طفل به او واگذار شود. (طباطبایی، بی تا، ج 2، ص 340؛ طالقانی، 1350، ج 1، ص 157)

³ . بقره/ 233

⁴ - قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "بعثت بالحنفية السمحة السهلة" : مجلسی، بحار الانوار، ج 69، ص 234

و در آیه ۶ سوره طلاق می فرماید: "و إن تعاسرتم فسترضع له أخرى" که در تفسیر آن آمده است اگر پدر در اجرت شیر سخت گیری نماید و مادر از شیر دادن مضایقه کند، پدر دایه دیگری برای کودکش بگیرد، اما با عبارت "و أتمروا بینکم بمعروف" بیان می شود که مادر اولی به شیردهی فرزندش است و پدر باید اجرت المثل رضاع را به مادر داده تا کودکش را شیر دهد. (بانوی اصفهانی، بی تا، ج ۵، ص ۳۶۹)

در این خصوص راوی به امام صادق علیه السلام عرض کرد: مرد سزاوارتر به (حضانت) فرزندش است یا زن؟ قال: "لا، بل الرجل، فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها أنا أرضع إبنی بمثل ما تجد من يرضعه، فهي أحق به." حضرت فرمودند: "نه، بلکه مرد شایسته است، پس اگر زن به شوهری که از او طلاق گرفته، بگوید: من فرزندم را به اجرتی که دیگران شیر می دهند، شیر می دهم، پس او سزاوارتر به فرزندش است. (کلینی، 1350، ج ۴، ص ۴۴؛ شیخ طوسی، استبصار، 1390، ج ۳، ص ۳۲۰؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، 1390، ج ۸، ص ۱۰۵، ج ۳۵۳)

در دیدگاه حنفیه و شافعیه نیز برای مادرو فرزند نافع تر است که در کنار هم باشند (شربینی خطیب، 1415، ج 2، ص 482)، مگر متبرعی یافت شود که به جهت عدم ایجاد ضرر بر پدر، مرضعه متبرع اولی است: "و لاملود له بولده" ^۵ (ابن عابدین، 1421، ج 3، ص 619)

مطابق فقه حنبلی، هرگاه مادر در قبال اجرت المثل، بخواهد فرزندش را شیر دهد، وی سزاوارتر به اوست، چه در زمان زوجیت باشد یا پس از جدایی، چه پدر مرضعه متبرعی را بیاید یا خیر؛ و دلیل ایشان آیات شریفه ای است که خداوند می فرماید: "و الوالدات یرضعن أولادهنّ حولین کاملین" و "فإن أرضعن لكم فأتوهنّ أجورهنّ" و بدین جهت که مادر دلسوزتر به فرزند و شیرش نافع تر است (مقدسی، بی تا، ج 9، ص 288)، مگر مادر افزون بر اجرت المثل طلب کند و مرضعه ای یافت شود که به قدر اجرت المثل یا مجاناً کودک را شیر می دهد، پدر می تواند طفل را برای شیردهی به دیگری دهد؛ زیرا مادر حق خود را اسقاط کرده و چیزی را طلب کرده که حقش نیست و داخل در فرمایش خداوند می شود: "و إن تعاسرتم فسترضع له أخرى" اما در صورتی که مرضعه ای نیابد، مگر به همان میزان اجرت، مادر بر غیر مقدم خواهد شد. (همان)

بر دیدگاه مالک، اگر پس از جدایی، مادر مطالبه اجرتی نماید که مرضعه می گیرد، وی آحق است به شیردهی فرزندش و پدر نمی تواند بین ایشان جدایی بیندازد. (أصبیحی مالکی، بی تا، ج 2، ص 305)

بدین ترتیب با توجه به آیات قرآن کریم در جهت رعایت حال مادر و فرزند و حفظ رابطه عاطفی بین ایشان باید اولویت در شیردهی را به مادر داد و وی را از این حق الهی محروم نکرد، مگر به سبب اخذ اجرت موجبات ضرر بر پدر خانواده فراهم آید که قواعد لاضرر^۶ و نفی عسر و حرج^۷ مانع از بروز آن می شود، همان گونه که در آیات 233 سوره بقره و 6 سوره طلاق واژگان "ضرر" و "عسر" به چشم می خورد که بیان گردید.

3-2- پرداخت اجرت رضاع

در این که پرداخت اجرت رضاع بر عهده کیست، ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی در باب نفقه فرزندان تصریح می کند: "نفقه اولاد بر عهده پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به اتفاق به عهده اجداد پدری است با رعایت الأقرب فالأقرب. در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهده مادر است، هرگاه مادر هم زنده و یا قادر به انفاق نباشد با رعایت الأقرب فالأقرب به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقریبیت مساوی باشند نفقه را باید به حصه مساوی تأدیه کنند."

و پرداخت نفقه فرزند در صورتی بر پدر لازم است که فرزند دارایی و توانایی اشتغال و کسب درآمد نداشته و پدر از جهت مالی دارای تمکن باشد. (امامی، 1378، ج ۵، ص ۲۴۶)

^۵ بقره/233

^۶ - قاعده لاضرر: طبق فرمایش پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم، "لا ضرر و لا ضرار"، دین اسلام هر عبادت و معامله ای را که مستلزم

ضرر باشد از باب امتنان و لطف الهی بر مکلفین نفی می کند: مصطفوی، القواعد، ص 243

^۷ - قاعده نفی عسر و حرج: طبق آیات قرآن کریم همچون "لا یكلف الله نفساً الاّ وسعها" هر حکمی که موجب عسر و حرج شود، از باب امتنان الهی بر بندگان نفی شده است: مصطفوی، القواعد، ص 296

بنابراین طبق نظر حقوقدانان که مطابق رأی فقهای امامیه است، اجرت رضاع که از موارد نفقه طفل محسوب می شود از مال طفل برداشته می شود و اگر وی دارایی نداشته باشد تأمین آن به دلیل عدم امکان کسب درآمد، بر پدر لازم است و اگر پدر در قید حیات نبوده و تنگدست باشد، همچنین جد پدری هم نبوده یا توانایی انفاق را نداشته باشد بر مادر واجب است که طفل را تبرعی شیر دهد (شهید ثانی، 1388، ج 2، ص 513؛ انصاری، 1415، ص 487؛ یثربی، 1376، ص 193؛ محقق، بی تا، ص 120؛ سبحانی، 1417، ج 2، ص 327) یا به طریق دیگری، تغذیه او را تأمین نماید. (صفایی و امامی، 1380، ص 345)

دلیل فقهاء بر این نظر، آیه 233 سوره بقره است (شهید ثانی، 1416، ج 8، ص 414) که می فرماید: "و علی المولود له رزقهنّ و کسوتهنّ بالمعروف" به این معنا که بر پدر کودک لازم است در همه دوران شیرخوارگی فرزندش، هزینه زندگی مادر را از قبیل خوراک و پوشاک به نحو شایسته و پسندیده تأمین کند.

در ادامه این آیه آمده است: "و علی الوارث مثل ذلک" بعد از مرگ پدر باید ورثه عهده دار این وظیفه باشند و به صورت معروف و در حدّ توانایی، احتیاجات مادر شیرخوار را برآورده سازند. (طبرسی، 1380، ج 1، ص 827؛ طباطبائی، بی تا، ج 2، ص 340؛ مکارم شیرازی و دیگران، 1367، ج 2، ص 133)

مطابق مذهب مالکی، مادری که در قید زوجیت پدر یا در عده رجعی است، باید بدون اجرت فرزندش را شیردهد، مگر به جهت شأن والایی که دارد، مثل اهل علم یا جزء اشراف مردم است که مثل ایشان فرزندشان را شیر نمی دهند که در این صورت، در مال کودک برای او اجرت بوده و اگر مالی نداشت بر عهده پدر است و بر مادری که شیرش کم است و طفل، دیگری را قبول می کند، لازم نیست فرزندش را شیردهد، بنابراین اجرت رضاع در مال صبی است و گر نه در مال پدر و در غیر این صورت، بر مادر است که به طور مجانی فرزند را شیر دهد یا مرضه ای را اجیر نماید. (دسوقی مالکی، بی تا، ج 2، ص 525؛ تسولی، 1418، ج 1، ص 625 و 626)

و بر دیدگاه حنفیه، اگر کودک و پدر مالی برای پرداخت اجرت رضاع نداشتند، مادر مجبور بر ارضاع می شود؛ اما می تواند از محکمه تقاضای نفقه ارضاع نماید تا در صورت ملات پدر از او مطالبه شود، همان گونه که در موضوع انفاق بر کودک این امر ممکن است. (موصلی حنفی، 1426، ج 4، ص 10)

مطابق فقه حنبلی، نفقه مرضه در مال طفل است، و با عدم مال، به دلیل فرمایش الهی "و علی المولود له رزقهنّ و کسوتهنّ بالمعروف" در مال پدر می باشد. (یهوتی، 1402، ج 5، ص 485)

در دیدگاه شافعی، مادری که در زوجیت پدر نبوده و به اندازه اجرت المثل مرضه طلب کند، وی اولی از بیگانه است و در صورت وجود مرضه متبرع یا کمتر از اجرت المثل، پدر حق دارد کودک را از مادر بگیرد و در جایی که اجرت واجب باشد، همچون نفقه، در مال طفل است و در غیر این صورت بر پدر است. (نوو، 1412، ج 9، ص 88-89)

بنابراین از آنجا که اجرت رضاع در محدوده نفقات قرار دارند به ترتیب درجه وجود منفق و تمکن مالی وی بر خود طفل، پدر و جد پدری است و در غیر این صورت بر عهده مادر است که باید طفلش را بدون اجرت شیر دهد یا هزینه و اجرت رضاع مرضه را ادا نماید.

4-2- محدوده زمانی مطالبه اجرت رضاع

مدت شیردهی به طفل دو سال است که این مدت از آیه 233 سوره بقره "و الوالدات یرضعن أولادهنّ حولین کاملین لمن أراد أن یتّم الرضاعه" استنباط شده که خداوند می فرماید: و مادرانی که می خواهند مدت رضاع را کامل کنند، فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند.

البته با استفاده از آیه ۱۵ سوره احقاف " و حمله و فاصله ثلاثون شهراً ": از مدت حمل تا از شیر گرفتن کودک سی ماه است، به دست می آید که اقل مدت حمل، شش ماه بوده و اگر مدت حمل نه ماه باشد می توان شیر دادن کودک را به بیست و یک ماه تقلیل داد. (حلی، 1373، ج ۲، ص ۴۲؛ حلی، 1411، ج ۳، ص ۴۲۴؛ سبحانی، 1417، ج ۲، ص ۳۲۸)

بدین ترتیب طبق نظر فقهای امامیه، همچنین حقوقدانان، مادر تا دو سالگی کودکش می تواند در قبال شیردهی به او مطالبه اجرت نماید و اگر مازاد بر دو سال به وی شیر دهد مستحق اجرت نخواهد بود (حلی، 1410، ج ۲، ص ۶۴۸؛ شیخ مفید، 1410، ص ۵۳۱؛ امامی، 1378، ج ۵، ص ۲۰۰)، مگر طفل بیمار بوده و شیر دادن به او از جهت مداوا الزامی باشد که اجرت رضاع در حکم هزینه درمان بوده و از موارد نفقه به حساب می آید. (امامی، 1378، ج ۵، ص ۲۰۰) که در این موضوع خلأ قانونی به چشم می خورد.

روایتی که در این مورد به آن استناد شده فرمایش حضرت صادق علیه السلام است که می فرمایند: " لیس للمرأة أن تأخذ فی رضاع ولدها أكثر من حولین کاملین..." (حرعاملی، 1374، ج ۱۵، ص ۱۷۶، ح ۱) به این معنی که زن نمی تواند در رضاع فرزندش بیش از دو سال اجرت بگیرد.

همچنین سعد بن سعد اشعری از حضرت رضا علیه السلام در مورد مدت شیردهی به طفل سؤال نمود و حضرت پاسخ فرمودند: "عامین" : دو سال. (کلینی، 1367، ج 6، ص 41)

طبق رأی مالکیه (تسولی، 1418، ج 1، ص 626)، حنفیه (ابن عابدین، 1421، ج 3، ص 620)، شافعیه (شربینی، 1415، ج 2، ص 478) و حنابله به جهت فرمایش الهی " والوالدات یرضعن أولادهنّ حولین کاملین لمن أراد أن یتّم الرضاعة " (بیهوتی، 1402، ج 5، ص 485) نیز اجرت رضاع تا دوسال پرداخت می شود و پس از آن مرضعه به اجماع فقهاء مستحق دریافت اجرت نمی باشد، لیکن حنفیه در این حکم اشکالی وارد کرده اند که اگر طفل پس از دوسال بی نیاز از شیر نباشد، مادر می تواند همچنان به وی شیر دهد. (ابن عابدین، 1421، ج 3، ص 620).

نگارنده قائل است با نظر به آیات و روایات، بازه زمانی رضاع طفل دو سال است که در این مدت می توان برای آن مطالبه اجرت نمود و اگر بنا به شرایط جسمی و روحی، کودک پس از این نیز نیازمند شیر مادر باشد، به جهت مراعات حال ایشان، باید اجرت شیردهی را ادا کرد تا حقی از مادر یا مرضعه ضایع نگردد.

5-2- تلازم حق رضاع و حق حضانت

شاید مادری از شیر دادن به کودکش امتناع نموده یا اجرتی بیش از دیگران طلب کند که در نتیجه پدر، مرضعه ای را برای رضاع فرزندش اجیر می نماید، در این صورت باید دانست حق رضاع با حق حضانت تلازم دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا با اسقاط یکی از این دو حق، دیگری نیز ساقط می گردد یا خیر؟

دکتر سید حسن امامی در این زمینه بیان می دارد: "چنان چه اعمال حق حضانت مادر در مدت شیردادن ممکن نباشد، حق حضانت او ساقط می شود؛ زیرا نمی توان به اعتبار حق مزبور، پدر را به دادن اجرت در صورت تبرّع زن دیگر و به پرداخت بیش از آنچه دیگران برای شیردادن دریافت می دارند ملزم نمود؛ اما اگر مادر بتواند با شیر دادن غیر به کودک، حق حضانت خود را اعمال نماید، چنان چه وی کودک را نگاهداری کند و در موقع احتیاج به خوردن شیر، وی را به زن دیگری بدهد، حق حضانت مادر باقی خواهد ماند، همچنین است هرگاه شیر مادر با مزاج کودک سازگار نباشد." (امامی، 1378، ج 5، ص 199) که قانون مدنی به این موضوع نپرداخته است.

لیکن فقهای امامیه در تلازم حقین یا عدم آن قائل به سه نظر هستند:

الف- عده ای از ایشان همچون ابن ادریس، آیت الله سبزواری، آیت الله شیرازی بر آن هستند که حق حضانت و حق رضاع تلازمی نداشته و از سقوط یکی، سقوط دیگری لازم نمی آید. حضانت حق مادر است، چه فرزندش را شیر دهد یا ندهد، همان گونه که حق رضاع برای وی است، چه کودکش را حضانت کند یا نکند. (حلی، السرائر، 1410، ج 2، ص 652؛ سبزواری، 1417، ج 25، ص 277؛ حسینی شیرازی، 1409، ج 68، ص 162)

امام خمینی رحمه الله علیه این نظر را تأیید نموده و می فرماید: و احوط عدم سقوط حق حضانت است که برای مادر هم ثابت می باشد؛ زیرا بین سقوط حق شیردادن و ثبوت حق حضانت منافاتی نمی باشد. (موسوی خمینی، 1369، ج 3، ص 555)

ب- برخی از فقهاء همچون شیخ یوسف بحرانی و آیت الله خویی قائل بر این هستند که با سقوط حق رضاع، حق حضانت نیز ساقط می گردد. (بحرانی، 1413، ج 25، ص 77؛ میرشمسی، 1380، ص 821)

ج- گروهی از فقهای امامیه از جمله شهید ثانی و شیخ محمد نجفی معتقدند که حق حضانت و رضاع با هم تلازمی نداشته و اگر امکان داشته باشد، مرضعه نزد کودک بیاید و او را شیر دهد و گرنه کودک را پیش او ببرند تا شیر بخورد و اگر این هم ممکن نبود، سقوط حق حضانت موجه است. (شهید ثانی، 1416، ج 8، ص 436؛ نجفی، 1396، ج 31، ص 300)

مطابق مذهب حنفی، پدر باید مرضعه ای را در نزد مادر اجیر کند؛ زیرا اجرت بر پدر است و حضانت برای مادر. (موصلی حنفی، 1426، ج 4، ص 10) (بدین صورت که مرضعه می تواند نزد طفل آمده و او را شیر دهد یا طفل به منزل مرضعه برده شود یا در زمان شیردهی به منزل وی برده شده و سپس به نزد مادر برگردد).

پس بدون شرط مکث نزد مادر، مخیر است بین این امور، و با چنین شرطی پدر باید مرضعه را نزد طفل احضار کند، درحالی که طفل نزد مادر است و گاه مادر رضایت بر خروج فرزندش به اطراف منزل را ندارد؛ بنابراین حق رضاع و حضانت با هم تلازمی ندارد. (ابن عابدین، 1421، ج 3، ص 618) و از همین جاست که بر پدر سه نفقه است: اجرت رضاع، اجرت حضانت و نفقه فرزند. (همان)

لیکن بر دیدگاه فقه شافعی، اگر مادر حاضنه شیر نداشته نباشد یا امتناع از ارضاع نماید، حضانتی برای او نیست (شربینی خطیب، 1415، ج 2، ص 492) بدین ترتیب بین رضاع و حضانت تلازم وجود دارد.

طبق نظر حنابلّه، از آنجا که رضاع و حضانت با هم تلازم دارند و رضاع دیگری موجب فوت حق مادر از حضانت و اضرار به فرزند می گردد، تقدیم مادر با اجرت المثل بر مرضعه متبرع یا غیر آن لازم می شود. (مقدسی، بی تا، ج 9، ص 288)

در مذهب مالکیه، با شیردهی طفل توسط مادر، حضانت وی باقی است، لیکن اگر مادر از شیردهی امتناع نماید، پدر مرضعه ای را اجیر کرده و بر وی لازم نیست که طفل را نزد مادر نگهدارد؛ بدین ترتیب بین حق رضاع و حضانت تلازم است. (قرطبی، 1408، ج 5، ص 148)

به نظر نویسندگان تلازمی بین حق حضانت و رضاع نیست، هریک متمایز از دیگری است، یکی ناظر به حفظ، نگهداری و مراقبت طفل است و یکی مربوط به شیردادن وی؛ بدین ترتیب مادر می تواند با حفظ یکی از این حقوق، دیگری را از خود ساقط کند و با سقوط یکی، سقوط دیگری لازم نمی آید.

3- شیردهی مرضعه به طفل

در اینجا سؤالی مطرح می شود که مقصود از اجاره مرضعه، اجاره شخص است که باید همراه با عملی باشد یا اجاره عین است که طفل به موجب آن از منفعت مرضعه که شیر است منتفع می شود؟

طبق نظر اکثر فقهای امامیه، اجاره مرضعه برای شیردهی (رضاع) به معنای انتفاع از شیر وی برای مدت معینی جایز است (حلی، 1409، ج 2، ص 420؛ سبزواری، 1423، ج 1، ص 657)، اگرچه فعلی را در مدت معینی انجام ندهد (موسوی خمینی، 1390، ج 1، ص 581) زیرا متعلق اجاره، شخص مرضعه است که با انتفاع طفل از شیرش باقی است و وی هم بر این عمل رضایت دارد (طباطبایی یزدی، 1420، ج 5، ص 105) و باید اجرتش معلوم باشد و هزینه خوراک و پوشاک بر عهده خودش است، مگر طور دیگری شرط شود و نباید از شیرش جز برای مصرف طفل شیرخوار یا کودکش استفاده شود. (ابن براج، 1406، ج 1، ص 481)

در مقابل، گروهی از فقهاء همچون علامه حلی و محقق کرکی جهت صحت اجاره مرضعه، حضانت را به آن ضمیمه کرده اند؛ زیرا حضانت که شامل حفظ و تربیت، شستن لباس و سایر نیازهای طفل می شود، عملی روا و قابل ارزش گذاری است و دخول اجاره شیر به تبع آن جایز بوده (کرکی، 1410، ج 7، ص 129) که البته صاحب جواهر وجهی برای این ضمیمه قائل نیستند. (نجفی، 1394، ج 27، ص 293) و طبق نظر شهید ثانی اجود این است که مقصود از اجاره مرضعه، مجموع این منافع به اضافه عین شیر می باشد. (عاملی، 1413، ج 5، ص 209)

حقوقدانان اجاره مرضعه را از دسته اجاره اشخاص می دانند (حائری شاه باغ، 1382، ج 1، ص 422) لیکن در قانون مدنی ایران به آن اشاره ای نشده است.

قابل ذکر است جهت شیردهی به طفل غیر، اذن زوج شرط است (حلی، 1409، ج 2، ص 420؛ نجفی، 1394، ج 27، ص 293؛ سبزواری، ج 1، ص 657) و طبق فرمایش امام خمینی رحمه الله علیه زوج حق منع زوجه را ندارد، مگر مانع حق استمتاع وی شود که در این صورت اذن یا رضایت زوج، شرط صحت اجاره می باشد (موسوی خمینی، 1390، ج 1، ص 581) و در صورت فوت مرضعه یا طفل، عقد اجاره باطل می گردد. (حلی، 1409، ج 2، ص 420)

مطابق نظر حنابل، هرگاه زنی با اذن همسرش خود را برای رضاع اجیر نماید، این عقد اجاره لازم است؛ لیکن بدون اذن زوج صحیح نخواهد بود که به جهت آن، حق من له الحق (زوج) در عقد سابق (نکاح) فوت می گردد و این یکی از اقوال شافعی نیز می باشد و طبق قول دیگر فقهای شافعی عقد اجاره صحیح است؛ اما زوج به جهت فوت حق استمتاع و اخلال در آن می تواند اجاره را فسخ نماید. (مقدسی، بی تا، ج 9، ص 298 و 299)

و طبق دیدگاه مالکیه (دسوقی، بی تا، ج 2، ص 525) و حنفیه نیز اجاره مرضعه جهت شیردهی به طفل جایز است و حتی در صورتی که مدت اجاره تمام شود و طفل از دیگری شیر نخورد، بر مرضعه واجب است طفل را شیر دهد. (ابن عابدین، 1421، ج 3، ص 618)

به نظر می رسد مطابق دیدگاه فقهای اهل سنت، اجاره مرضعه از قبیل اجاره عین است، نه اجاره شخص.

4- نتیجه گیری: مجرای قاعده احترام، اجرت رضاع

شیردهی نوزاد هم در اختیار گذاشتن منافع مادر و مرضعه است و هم نوعی عمل وی محسوب می شود و به وضوح مجرای قاعده احترام مال و عمل قرار می گیرد، مگر وی در شیردهی به طفل قصد تبرّع داشته که قصد تبرّع و اقدام آگاهانه مسقط ضمان بوده و مورد حمایت قاعده احترام قرار نمی گیرد و مشمول قاعده اقدام می شود.

اگر تبرّع مورد تردید باشد به جهت قاعده احترام، اصل عدم تبرّع جاری شده که بر اصل برائت (به نفع زوج) حاکم و غالب است، زیرا اصل عدم تبرّع مستند به سیره عقلایی، عرفی و ظاهر حال است و از امارات محسوب شده و بر اصل برائت که یک اصل عملی قضایی است، حکومت دارد.

این امر در ماده ۳۳۶ قانون مدنی نیز به صراحت بیان شده است: "هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل، اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرّع داشته است." یا به دلایلی انجام عمل از تکالیف وی محسوب گردد که مستحق اجرت نخواهد بود.

و مقصود از قاعده اقدام، هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، وارد کننده زیان مسئول خسارت نخواهد بود، چرا که شخص با اقدام خود موجب از بین رفتن حرمت مالش شده و مراد از قاعده مذکور، اقدام بر ضرر و ضمان است. ادله مشروعیت ضمان به فرمایش شیخ طوسی آیات، سنت و اجماع بوده، بنای عقلا نیز بر قاعده اقدام دلالت دارد و منعی از سوی شارع بر آن وارد نشده است، همچنین اختیار انسان نسبت به تعهدات گوناگون به غیر از مواردی که با دلیل خاص خارج شده، اقتضای صحت اقدام به تعهد را دارد؛ و این گونه مثال زده شده که مالک به جهت انگیزه ای که دارد به شخصی امر می کند که مالش را در دریا بیندازد، پس اگر عامل به آن عمل کند، به سبب اقدام مالک، عامل ضامن نمی باشد، و همین حکم با قبول ضمانت در امور مالی (ضمانت) و نفسی (کفالت) جاری است.

"والسلام علی من اتبع الهدی"

مسائل اجرت رضاع از دیدگاه حقوق ایران و فقه مذاهب خمسۀ اسلامی

مسائل	امامیه	حنفیه	شافعیه	مالکیه	حنابله	حقوق و قانون مدنی ایران
حق یا تکلیف بودن شیردهی مادر به فرزندش	تکلیف مادر نیست، مگر تغذیه به غیر شیر ممکن نباشد.	1- در زمان زوجیت و عده واجب است. 2- هم نظر با حنابله	بر مادر تکلیف نمی شود، مگر مرضعه ای نباشد.	مانند قول اول حنفیه، مگر به جهت جایگاه والای خود، فرزندش را شیر نمی دهد، البته اگر کودک غیر مادر را نپذیرد، بر مادر لازم می شود.	مادر اجبار نمی شود، مگر شیردهی بر مادر معین شود.	تکلیف مادر نیست، مگر تغذیه به غیر شیر ممکن نباشد/ ماده 1176 قانون مدنی
اولویت مادر در شیردهی به فرزندش	مادر اولویت دارد، به شرط تبرع یا گرفتن اجرتی که مرضعه می گیرد.	مادر اولی است، مگر متبرعی یافت شود.	هم نظر با حنفیه	مادری که در قید زوجیت پدر نیست، با گرفتن اجرتی مثل مرضعه، اولویت دارد.	هم نظر با حنفیه	مادر اولویت دارد، به شرط تبرع یا گرفتن اجرتی که مرضعه می گیرد/ خلا قانونی
پرداخت اجرت رضاع	از مال طفل، سپس پدر، جد پدری، در نهایت بر مادر لازم است که طفل را تبرعی شیر دهد یا تغذیه وی را تأمین کند.	از مال طفل، سپس پدر، در نهایت مادر نمی تواند اجرت بگیرد، اما از محکمه در صورت ملائت	نقشه مرضعه در مال طفل، سپس پدر است.	مادر در قید زوجیت یا در عده رجعی نمی تواند اجرت بگیرد، مگر به جهت شأن ولایش که بر عهده طفل	هم نظر با شافعیه	از مال طفل، سپس پدر، جد پدری، در نهایت بر مادر لازم است که طفل را تبرعی شیر دهد یا تغذیه وی را تأمین کند/ ماده

قانون 1199 مدنی		است، سپس پدر، در نهایت بر مادر است که تبرعی شیر دهد یا اجرت مرضعه را بپردازد.		پدر، تقاضای نفقه ارضاع می کند.		
تا دو سالگی طفل، مگر طفل بیمار باشد که شیردهی به جهت مداوا لازم باشد/ خلا قانونی	تا دوسالگی	تا دوسالگی	تا دوسالگی	تا دو سالگی، مگر در صورت نیاز طفل.	تا دو سالگی طفل	محدوده زمانی مطالبه اجرت رضاع
تلازمی نیست، مگر اعمال حق حضانت مادر در مدت رضاع، ممکن نباشد که حق حضانت ساقط می گردد/ خلا قانونی	موافق مالکيه	تلازم است.	مطابق با نظر دوم امامیه	تلازم نیست.	1- تلازمی نیست. 2- با سقوط حق رضاع، حق حضانت ساقط می شود. 3- تلازمی ندارند، در صورت امکان مرضعه کودک را شیر دهد و گر نه سقوط حضانت موجه است.	تلازم حق رضاع و حضانت
اجاره مرضعه جایز و از قبیل اجاره اشخاص است/ خلا قانونی	هم نظر با حنفیه	هم نظر با حنفیه	هم نظر با حنفیه	جایز است و از قبیل اجاره اشیاء است.	1- جایز و از قبیل اجاره اشیاء است. 2- جهت صحت اجاره، باید حضانت را به آن ضمیمه کرد.	شیردهی مرضعه به طفل

فهرست منابع و مآخذ

1- قرآن کریم

2- ابن عابدین، (1421 ه.ق). حاشیه رد المحتار علی الدر المختار (حاشیه ابن عابدین)، بیروت، دارالفکر

3- اصبحی مالکی، مالک بن انس، (بی تا). المدونه الکبری، بیروت، دارالکتب العلمیه

4- اصفهانی، محمد حسین، (1409 ه.ق). الإجاره، قم، مؤسسه نشر اسلامی

- 5- آقایی، محمدعلی، (1382ه.ش). شرح مختصر اصطلاحات حقوقی، تهران، نشر خط سوم
- 6- آبی الازهری، صالح بن عبدالسمیع، (بی تا). الثمر الدانی، بیروت، المكتبة الثقافية
- 7- امامی، حسن، (1377ه.ش). حقوق مدنی، ج 4، تهران، نشر اسلامی، 1377ه.ش؛ ج 5، (1378ه.ش)
- 8- انصاری، مرتضی، (1391ه.ش). ترجمه و شرح المکاسب، کتاب البیع 2، ترجمه محی الدین فاضل هرنندی، قم، مؤسسه بوستان کتاب
- 9- (1415ه.ق). کتاب النکاح، قم، المؤتمر العالمي
- 10- انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، (1388ه.ش). دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، نشر جنگل، جاودانه
- 11- انطون الیاس، (1366ه.ش). فرهنگ نوین عربی _ فارسی، ترجمه مصطفی طباطبایی، بی جا، کتابفروشی اسلامی
- 12- بانوی اصفهانی، (بی تا). تفسیر مخزن العرفان در علوم قرآن، اصفهان، کتابفروشی ثقفی
- 13- بحرانی، یوسف، (1413ه.ق). الحدائق الناضرة، بیروت، دار الاضواء
- 14- بهوتی، منصور بن یونس، (1402 ه.ق). کشف القناع عن متن الإقناع، بیروت، دارالفکر
- 15- تستری، محمد تقی، (1369ه.ش). النجعة فی شرح اللمعة، کتاب النکاح و الطلاق، بی جا، نشر صدوق
- 16- تسولی، ابوالحسن علی بن عبدالسلام، (1418 ه.ق). البهجة فی شرح التحفة، بیروت، دارالکتب العلمیه
- 17- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (1378ه.ش). ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش
- 18- (1352ه.ش). دانشنامه حقوقی، تهران، انتشارات حقوقی ابن سینا
- 19- جوادی آملی، عبدالله، (1375ه.ش). فلسفه حقوق بشر، قم، مرکز نشر اسراء
- 20- حائری شاه باغ، سید علی، (1382 ه.ش). شرح قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش
- 21- حر عاملی، محمد بن حسن، (1374ه.ش). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام؛ (1414ه.ق).
- 22- حسینی شیرازی، محمد، (1409ه.ق). الفقه، بیروت، دارالعلم
- 23- حلی، جمال الدین، (1411ه.ق). المذهب البارع، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 24- حلی، محمد بن ادریس، (1410ه.ق). السرائر، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 25- حلی، نجم الدین (محقق حلی)، (1373ه.ش). ترجمه مختصر النافع، ترجمه سعید رزمجو و محمد نجفی یزدی، قم، نشر باقرالعلوم
- 26- (1409ه.ق). شرایع الاسلام، تهران، نشر استقلال
- 27- دسوقی مالکی، محمد بن احمد، (بی تا). الشرح الکبیر، بیروت، دارالفکر

- 28- دهخدا، علی اکبر، (1377ه.ش). لغت نامه دهخدا، تهران، دانشگاه تهران
- 29- دبلمی، احمد، (1397ه.ش). قاعده احترام: تکلیف یا مسئولیت، مجله حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره 56
- 30- زبیدی، مرتضی، (بی تا). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر
- 31- سبجانی، جعفر، (1417ه.ق). نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام
- 32- سبزواری، عبدالاعلی، (1417ه.ق). مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، دفتر آیت الله العظمی سید سبزواری
- 33- سبزواری، محمد باقر، (1423ه.ق). کفایة الاحکام، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 34- شربینی خطیب، محمد، (1415ه.ق). الاقناع فی حل الفاظ ابی شجاع، بیروت، دارالفکر
- 35- صفایی، حسین و اسدالله امامی، (1380ه.ش). مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر دادگستر
- 36- طالقانی، محمود، (1350ه.ش). پرتویی از قرآن، تهران، شرکت سهامی انتشار
- 37- طاهری، حبیب الله، (1375ه.ش). حقوق مدنی (5)، قم، دفتر انتشارات اسلامی
- 38- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (1420ه.ق). العروة الوثقی، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 39- طباطبایی، علی، (1420ه.ق). ریاض المسائل، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 40- طباطبایی، محمد حسین، (بی تا). تفسیر المیزان، ترجمه محمد تقی مصباح یزدی، بی جا، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی
- 41- طبرسی، فضل بن حسن، (1380ه.ش). ترجمه تفسیر مجمع البیان، ترجمه علی کرمی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
- 42- طرابلسی، عبدالعزیز (قاضی ابن براج)، (1406ه.ق). المذهب فی الفقه، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 43- طوسی، محمد بن حسن، (1390ه.ق). استبصار، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- 44-، (1390ه.ق). تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- 45-، (1416ه.ق). الخلاف، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 46- عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، (1388ه.ش). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، دارالعلم
- 47-، (1416ه.ق و 1413 ه.ق). مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه معارف اسلامی
- 48- عاملی، محمد، (1413ه.ق). نهاية المرام، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 49- عکبری، محمد (شیخ مفید)، (1410ه.ق). المقنعه، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 50- فراهیدی، خلیل بن احمد، (بی تا). کتاب العین، بی جا، دار و مکتبه الهلال

- 51- قرشی، علی اکبر، (1371ه.ش). تفسیر احسن الحدیث، تهران، بنیاد بعثت
- 52- قرطبی، ابن رشد، (1408ه.ق). البیان و التحصیل، بیروت، دارالغرب الاسلامی
- 53- قزوینی، ابن ماجه، (بی تا). سنن ابن ماجه، بی جا، دار احیاء الکتب العربیة
- 54- قمی، محمد بن علی بن بابویه (شیخ صدوق)، (1404ه.ق). من لا یحضره الفقیه، قم، منشورات جماعه المدرسین فی الحوزة العالمیة
- 55- قیروانی مالکی، ابن ابی زید، (بی تا). الرسالة، بیروت، دارالفکر
- 56- کرکی، علی بن حسین، (1410ه.ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام
- 57- کلینی، محمد بن یعقوب، (1350ه.ش). الفروع من الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- 58- (1367ه.ش). الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- 59- محقق، محمد باقر، (بی تا). حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از نظر قرآن، بی جا، بنیاد قرآن
- 60- محقق داماد، سید مصطفی، (1385ه.ش). قواعد فقه بخش مدنی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
- 61- مروارید، علی اصغر، (1410ه.ق). سلسله ینابیع الفقهیه (طلاق)، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه
- 62- مصری، زین الدین (ابن نجیم)، (بی تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق، بی جا، نشر موقع الاسلام
- 63- مصطفوی، سید محمد کاظم، (1431ه.ق). القواعد الفقهیه، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- 64- مقدسی، عبدالرحمن ابن قدامه، (بی تا). الشرح الکبیر، بی جا، بی نا
- 65- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، (1367ه.ش). تفسیر نمونه، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- 66- موسوی خمینی، سید روح الله، (1390ه.ق). تحریر الوسیله، نجف، دارالکتب العلمیه
- 67- موصلی حنفی، عبدالله بن محمود، (1426ه.ق). الاختیار لتعلیل المختار، بیروت، دارالکتب العلمیه
- 68- میر شمسی، فاطمه، (1380ه.ش)، مبانی حقوق و تکالیف زن در امر ازدواج از دیدگاه فقه امامیه، تهران، نشر اسلامیه
- 69- نجفی، محمد حسن، (1394ه.ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، مؤسسه مکتب اسلامی، 1396ه.ق
- 70- نووی، محیی الدین یحیی بن شرف، (1412 ه.ق). روضه الطالبین وعمدة المفتین، بیروت- دمشق- عمان، نشر المکتب الإسلامی
- 71- یثربی، علی محمد، (1376ه.ش). حقوق خانواده در قانون مدنی ایران، تهران، مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی

