

# فقه و مبانی حقوق اسلامی

Jurisprudence and the Essentials of Islamic Law  
Vol. 55, No. 2, Autumn & Winter 2022/2023

سال پنجاه و پنجم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۴۰۱  
صص ۴۳۰-۴۰۹ (مقاله پژوهشی)

DOI: 10.22059/jjfil.2023.347252.669415

## بازخوانی انتقادی غنیمت‌انگاری زنان در فقه اسلامی در جهان معاصر

محمدحسن مالدار<sup>۱</sup>، نگین حسن‌زاده خباز<sup>۲</sup>، علی الهی خراسانی<sup>۳</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۶/۳ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۱۲/۲۱)

### چکیده

مشروعیت جهاد ابتدایی در مکتوبات فقهی، از گزاره‌هایی است که بستر «کنیزگیری» زنان توسط گروه‌های تکفیری را فراهم کرده است. جامعه جهانی در برابر چنین رفتارهایی از ابزار جرم‌انگاری استفاده کرده است. با این حال، آرای فقهی‌ای که در زمینه مشروعیت بردگی زنان و جهاد ابتدایی وجود دارد، راه را برای درست‌انگاری عملکرد گروه‌های تروریستی اسلام‌گرا باز گذاشته است. پژوهش حاضر با رویکردی انتقادی به چنین نگاه جنسیت‌زده، تلاش کرده است تا با بهره‌مندی از مؤلفه‌های کرامت، عرف جهانی، نسخ تمهیدی و تاریخ‌مندی، حرمت این مقوله را اثبات کند. برآیند پژوهش آن است که غنیمت‌انگاشتن زنان، اندیشه‌ای رانده شده از جهان امروزین است که جایگاهی در شریعت و نیز خرد آدمیت ندارد. از این رو، با گذار از مکتوبات تاریخی در این زمینه بایستی از چنین رهیافتی عبور کرد و قدم در وادی برابری میان زن و مرد نهاد.

**کلید واژه‌ها:** جهاد ابتدایی، برده‌گیری، کنیزگیری در اسلام، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی، تاریخ‌مندی، حقوق بشر.

- 
۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)؛  
Email: mohammadhasan.maldar@mail.um.ac.ir
  ۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس، تهران؛  
Email: negin.hasanzade567@gmail.com
  ۳. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه عدالت/ پژوهشگر پژوهشکده اسلام تمدنی؛  
Email: parsayan.ali@gmail.com

### ۱- طرح مسئله

از آنجا که عرف عرب مسئله برده‌داری را پذیرفته بود، متعاقباً آیات مختلفی از قرآن کریم نیز به برده و احکام آن اختصاص یافته است. برای مثال آیه ۱۷۸ سوره بقره از قصاص برده در برابر برده سخن رانده است. باین حال، امضای برده‌داری توسط اسلام، منجر به آن نگردید، تا این شریعت برابرجوی، از تلاش برای برچیدن این نهاد دست کشد. برای نمونه، در آیه ۱۳ سوره حجرات از برتری انسان با ملاک تقوا صحبت نمود. همچنانکه در آیه ۴ سوره محمد به دو راه آزاد گذاشتن اسیر یا فدیة گرفتن از آنها اشاره داشته است. در نهایت با برقراری نهاد آزادسازی برده در کفاره روزه و قتل، سعی در رواج آزادی برده به جای برده‌سازی نمود و نوعی آزادی اجباری را ایجاد کرد.

در سنت و سیره نیز این رویه به چشم می‌خورد. برای مثال پیامبر اسلام (ص)، فروش انسان آزاد را از گناهان نابخشودنی دانستند. (مجلسی، ج ۱۰۳، ص ۱۶۸) افزون بر این در نگاه ایشان، بدترین مردم آن‌هایی هستند که شغل‌شان خرید و فروش انسان‌ها است. (کلینی، ج ۵، ۱۱۴) امام علی (ع) نیز راه ایشان را ادامه دادند و به غلام خود فرمودند: «من شرم دارم لباسی بهتر از تو بپوشم، به این دلیل که پیامبر فرمودند: از آنچه خودتان می‌پوشید بر آنها بپوشانید و از آنچه خود می‌خورید به آنها بخورانید». (التقوی الکوفی، ج ۱، ۱۰۶) با وجود این، فقهای اسلامی اعم از قداما و متأخران این موضوع را مشروع دانسته و احکامی را در این زمینه به‌ویژه ذیل «جهاد ابتدایی» بیان داشته‌اند؛ موضوعی که بدون تردید نقش موثری در زمینه مشروعیت‌سازی کنیزگیری داشته است.

در این روش، مسلمانان در سرزمین کافران با آن‌ها می‌جنگند تا فرصت حمله کفار را از آن‌ها گرفته و سرزمین کافران در برابر اسلام و مسلمین تسلیم و خاضع باشند. جهاد ابتدایی در خصوص سه گروه به کار می‌رود: (۱) کافر حربی و اهل کتاب (۲) کافر ذمی که شرایط ذمه را نقض نموده (۳) افراد باغی. کفار غیر کتاب مجبور هستند یا اسلام آورده و یا بجنگند و کشته شوند. اهل کتاب و ذمیانی که نقض عهد کرده‌اند، یا اسلام می‌آورند یا جزیه داده و یا کشته می‌شوند و خانواده و اموال‌شان توسط مسلمانان مصادره می‌شود. باغیان هم که در مقابل حاکم عادل اسلامی گردن‌کشی کرده‌اند، مجدد باید با حاکم اسلامی وارد بیعت شوند. (طوسی، ج ۲، ص ۱۳؛ طوسی مشهدی، ج ۱، ۲۰۲-۲۰۳)

در نگاه فقها، انسان اگر کافر حربی باشد - ذمی نباشد - با اسارت همانند کالا و غنیمت جنگی به ملکیت در می‌آید. شرط به بردگی گرفتن همسران، خانواده و اموال

کافران اعم از کتابی و غیرکتابی در جنگ، اسلام نیاوردن مردان است. اگر اسلام آوردند، نباید متعرض خانواده و اموال آنها شد. در صورت امتناع از روی آوردن به اسلام، زنان به تملیک جنگجویان درمی‌آیند. حتی اگر این زنان همسر داشته باشند، عقد نکاحشان فسخ می‌شود و کودکان آنها اگر بالای ۷ سال باشند، می‌توان آنها را جدا کرد و فروخت و اگر آن کودک محاسن داشته باشد، مرد به حساب می‌آید و اگر محاسن نداشته باشد، از اموال جنگجویان است. (طوسی مشهدی، ص ۲۰۳)

برخی از فقها نیز نظراتی مشابه قدما دارند. برای نمونه آیت‌الله خوئی نیز ضمن اعتقاد به وجوب جهاد ابتدائی حتی در زمان امام غایب، (خوئی، ج ۱، صص ۳۶۳-۳۶۶) بر این باور است زنان کشته‌شده‌ها، اسیر می‌شوند و مردان مسلمان، مالک آنها هستند. (خوئی، ج ۱، ص ۳۷۳)

نیز، بردگان از آن جهت که ملک مالک هستند، مولا حق همه‌گونه تصرف در ملک خود را دارد. به این ترتیب بردگان، حق ندارند به کسب‌وکار مورد علاقه خود بپردازند. (کدیور (الف)، ص ۳۴۹) مالک مرد نسبت به برده زن حق تمتع دارد؛ به این دلیل که مالکیت مرد مانند عقد نکاح، ایجادکننده محرمیت است. (خوئی، ج ۲، ص ۲۷۵؛ حر عاملی، ج ۱۴، ص ۴۹۷) مولا می‌تواند کنیز خود را بدون رضایت‌اش به زوجیت دیگری درآورد. در موردی که با اذن مولا عقد نکاح برقرار شد، وی حق استمتاع نخواهد داشت. (حرعاملی، ج ۱۴، ص ۵۲۸) در این زمینه نهادی به نام «تحلیل» وجود دارد که مالک می‌تواند کنیز خود را در قالب اذن در انتفاع، بدون لزوم انجام عقد نکاح به جهت استمتاع جنسی به دیگری بسپارد. (حرعاملی، ج ۱۴، ص ۵۳۲؛ نجفی، ج ۳۰، ص ۳۰۷؛ خوئی، ج ۲، صص ۲۷۵-۲۷۷)

از این‌رو، مسئله برده و کنیز با پشتوانه‌ای فقهی از جمله مشهورات میان فقهاست؛ موضوعی که نمی‌توان آن را انکار کرد و حتی برخی علما مانند علامه طباطبایی و آیت‌الله صادقی تهرانی آن را امری فرازمانی دانسته که در زمان حال نیز امکان کاربست آن وجود دارد. (صادقی تهرانی، ج ۲۷، صص ۸۷-۸۸؛ طباطبایی، ج ۶، ص ۳۴۶) با این حال، نویسندگان با پذیرش واقعیت اخیر، اما با نگاهی نقادانه برآن‌اند تا در تکاپوی پاسخ برای این پرسش باشند که آیا کماکان می‌توان در جهان حاضر این موضوع را مشروع و حلال قلمداد کرد؟

تحقیق حاضر با مطالعه توصیفی - تحلیلی ابتدا به تاریخ‌مندی آیات و سنت مرتبط با کنیزگیری پرداخته است. سپس، در جهت تقویت دیدگاه مخالفان مشروعیت کنیزگیری، تلاش کرده است تا ادله حرمت این رفتار را اثبات نماید. همچنین، در بخش

آخر، جنایت‌انگاری بین‌المللی کنیزگیری در جهان معاصر به بحث گذاشته شده است تا در نهایت بتوان تصویری انسانی از شریعت اسلام در جهان حاضر که جهان مساوات و عدالت است، ارائه داد.

## ۲- پیشینه

مسئله برده و کنیز از موضوعاتی است که فقه‌پژوهان بسیاری در خصوص آن قلم زده‌اند. اما آنچه این پژوهش را از سایرین متمایز می‌سازد، اثبات حرمت آن در جهان معاصر است. همچنین، بررسی این موضوع از چشم‌انداز حقوق کیفری بین‌الملل از نوآوری‌های این تحقیق است. ضمن آنکه در این پژوهش از ادله‌ای سخن رانده شده است که کم‌تر در آثار پیشینیان مشاهده می‌شود. در این رابطه، مقاله «کنکاشی در مفهوم بردگی در اسلام با توجه به مقتضیات جهان معاصر» (۱۳۹۶) نوشته دکتر حسین مهرپور با همکاری سرکار خانم کلثوم رحمن‌زاده به بررسی تاریخی این پدیده در عربستان و نظرات فقهای معاصر پرداخته است؛ اما به جرم‌انگاری آن و مبانی گذار از آن اشاره نکرده است. همچنین، پایان‌نامه‌ای با عنوان «برده‌داری در قرآن و عهدین» (۱۳۹۷) توسط سرکار خانم فاطمه کریمی به رشته تحریر درآمده است که صرفاً جنبه فقهی و تاریخی این مسئله را مدنظر قرار داده است. پایان‌نامه «مواجهه قرآن و حدیث با پدیده برده‌داری» (۱۳۹۷) نوشته سیده فهیمه رضوی کیارمش نیز به رویکرد الغای تدریجی و موانع لغو دفعی این پدیده پرداخته است. لذا، رویکرد فقهی-کیفری این مقاله و ذکر مبانی گذار از آن به نوعی جدید قلمداد می‌شود.

## ۳- تاریخ‌مندی احکام راجع به کنیزگیری در متون دینی

در این قسمت احکام تشریحی و متشرعه در مورد کنیزگیری از منظر تاریخ‌مندی در بوته نقد گذاشته می‌شوند.

### ۳-۱. تاریخ‌مندی آیه ۲۵ سوره نساء

تاریخ‌مندی قرآن بیشتر با نام افرادی نظیر «محمد ارکون» و «نصر حامد ابوزید» مطرح شده است. در این تفکر قرآن کریم از درون یک فرهنگ و اجتماع خاص با سیستم زبانی مختص خود بیرون آمده است. جلوه‌هایی از آموزه‌های قرآن مختص فرهنگ مردمان آن عصر بوده که امروزه به امری تاریخی بدل شده و کارکرد آن خاتمه یافته است.

(موحدی‌نیا و ربانی، صص ۱۷-۱۸) از دیدگاه متفکران عرب؛ نظیر نصر حامد ابوزید، حوزه احکام و حقوق زنان کاملاً متأثر از فرهنگ مردمان عصر نزول است که سنخیتی با جهان پیشرفته امروز ندارد.

از محورهای تاریخ‌مندی دین که در این بخش مورد طرح قرار گرفته، می‌توان به دو حیطة اشاره کرد:

۱- تاریخ‌مندی کتاب آسمانی از جهاتی نظیر تأثیر فرهنگ زمانه

۲- تاریخ‌مندی انسان مخاطب قرآن از نظر فهم

قرآن کریم، گزاره‌هایی را که هر زمان و مکانی برای تکمیل مکارم اخلاقی انسان مناسب بود ترسیم کرده است؛ اما نباید فراموش کرد که این کتاب آسمانی در فرهنگ چه جامعه‌ای و با چه سطح از آگاهی مردمان نازل شده است. بنابراین، نمی‌توان این موضوع را انکار کرد که نمونه‌هایی در قرآن کریم وجود دارد که متناسب با فرهنگ عصر نزول بوده است؛ نظیر آیه ۲۵ سوره نساء که با به رسمیت شناختن ازدواج با کنیز، همسویی خود را با فرهنگ عرب نمایان ساخته است. در این فرهنگ، زنان مسلمان، در جایگاهی پست‌تر از مردان قرار داشتند و ابزار جنسی مردان بودند؛ هنگامی که نگاه جنس دوم بودن به زن در بین مردم برخاسته از فرهنگ عرب وجود دارد، به قیاس اولویت این نگاه در خصوص زنان اسپر که مسلمان هم نیستند، شدت بیشتری می‌یابد.

با این حال، در رابطه با مواجهه با آیات قرآن، باید به هرمنوتیک فلسفی توجه کرد. ایده اندیشه یادشده این است که وجود انسان با تاریخ‌مندی و زمان آمیخته است. تاریخ‌مندی مانع از آن می‌شود که انسان از ظرف زمانی خود جدا شود. هستی بشر اساساً خصلتی تاریخی، زمانی و مکانی دارد. واقع شدن در زمان و مکان، عمیقاً در کیفیت شناخت، آگاهی و فهم او اثرگذار است. (Heidegger, p. 434- Gadamer, p. 296) در این رویکرد، انسان موجودی است که در هستی قرار گرفته است. به واسطه «بودن» در جهان، با هستی و مقوله هستی‌شناسی ارتباط برقرار می‌کند. او به تبع بودن در جهان، با زمان مرتبط می‌شود. تمام هستی‌شناسی در پدیده زمان ریشه دارد. گذشته‌ای که حاصل پیشینیان اوست، با او همراه است و برای آینده‌اش طرح‌افکنی دارد. این بودن در زمان، خصیصه ذاتی او به شمار می‌آید. از آنجا که زمان در حرکت است، انسان هم که ویژگی زمانی بودن دارد، ثابت نیست. او وجودی پویا، سیال و متحول دارد و به تبع در زمان و در هستی بودنش، با تاریخ و تاریخ‌مندی مرتبط می‌شود. جریان زمان، او را به موجودی زمان‌مند و تاریخ‌مند تبدیل می‌کند که دائم فکر، وجود، عقل و فهم او همگام با زمان متحول می‌شود. (Heidegger, صص ۴۰-۴۱)

لذا، تصور انسان به مثابه موجودی ایستا، باطل به نظر می‌رسد. هستی‌شناسی بشر به گونه‌ای استقرار یافته که پیوسته خود را غرق شده در روابط اجتماعی، فضا و زمان درک می‌کند. بدیهی است که به تناسب تغییر در جهان، انسان نیز سرشتی سیال و تغییرپذیر پیدا می‌کند. این تغییر را به خوبی می‌توان در مفاهیم کلان نظیر حق، عدالت یا مفاهیمی از این قبیل مشاهده کرد که هیچ‌گاه انسان نتوانسته است تعریف ثابتی از این مفاهیم ارائه کند. (مسعودی، ص ۱۲۷) به دنبال جهان و وجود انسان، دانش انسان نیز خصلتی تاریخ‌مند پیدا می‌کند و تفکرات انسان مقید به وضعیت تاریخی خاص می‌شوند. (مسعودی، ص ۱۲۸) در حقیقت، ارتباطی پایدار میان ساختار اجتماعی و فهم فاعل شناسا از متن وجود دارد. (واعظی و همکاران، ص ۴۰) این ساختارهای فرهنگی و اجتماعی هستند که پیش‌ساختارهای فهم را در ذهن انسان شکل داده و به همین واسطه، متن بر حسب شرایط تاریخی که شناسنده در آن قرار دارد، تفسیر می‌شود. این مسئله که انسان نمی‌تواند از ظرف زمانی خود خارج شود و به فهمی برای تمام دوره‌ها برسد، چیزی است که قائلان به هرمنوتیک فلسفی از آن با عنوان تاریخ‌مندی انسان و فهم وی یاد می‌کنند.

در این راستا، مارگولیس بیان داشته که هیچ‌کس نمی‌تواند از تاریخ محلی و اوضاع تاریخی خودش فرار کند. برنشتاین نیز در راستای این دیدگاه اذعان کرده است که ما راه‌گیزی از قدرت دینامیکی تاریخ اثرگذار خود که همیشه در حال شکل‌دهی هویت ما در حال و آینده است، نداریم. (Page, p. 50) مقصود، بیان این مسئله است که علاوه بر اینکه قرآن در بستر جامعه‌ای با فرهنگ اعراب نازل شده است، سطح فهم انسان‌های مخاطب را هم مطمح نظر داشته است. در بینش انسان دوره نزول، زنان، تفاوتی با شیء نداشته‌اند و برخورد غنیمت‌گونه با زنان ابداً غیر اخلاقی به نظر نمی‌رسید.

با تفاوت در دوره تاریخی، انسان امروز فهم‌اش از مفاهیم اخلاقی و غیر اخلاقی تغییر یافته و در بستر جامعه‌ای زیست می‌کند که برده‌داری مطرح نیست و این مقوله منافی با کرامت بشری قلمداد می‌شود. (شرفی، ص ۷۹) راهکارهای قرآن برای تشویق به آزادسازی برده نیز مؤید همین نکته است.

### ۲-۳. تاریخ‌مندی سنت

طبق مکتوبات تاریخی، در زمان پیامبر اسلام (ص) در جنگ حنین با مشرکان قبیله هوازن، غنائم زیادی نصیب مسلمانان شد. واقدی در کتاب «مغازی» می‌نویسد:

«مسلمانان در آن جنگ زن‌های اسیری به دست آوردند و چون آنها دارای شوهر بودند، خوش نداشتند که با آنها گرد آیند و در این مورد از رسول خدا سؤال کردند و خداوند متعال این آیه را نازل فرمود: و المحصنات من النساء إلا ما ملکتم ایمانکم؛ و حرام شد بر شما زنان با شوهر مگر آنها که در جنگ برده بگیریدشان. و پیامبر دستور فرمود که نباید با هیچ زن حامله‌ای از اسیران نزدیکی شود، مگر پس از وضع حمل و زنان غیر حامله هم باید یک مرتبه قاعده شوند و بعد با آنها نزدیکی شود». (واقدی، ج ۳، ص ۹۱۹)

این گزارش تاریخی (البته در صورتی که محتوای کتاب واقدی را معتبر بدانیم) به روشنی غنیمت‌گیری زن در جهاد مشروع در سنت نبوی را بیان می‌کند. همچنین، اصحاب پیامبر باید هرآنچه از غنیمت حاصل می‌شد؛ اعم از کالا، شتر، گوسفند و زن و بچه، خمس آن را برای پیامبر جدا می‌کردند و بقیه را بین خود تقسیم می‌نمودند. (ابن هشام الحمیری، ج ۳، ص ۸۱۰؛ واقدی، ج ۲، ص ۶۸۰) در جنگ خیبر نیز پیامبر به اصحاب خود هشدار دادند که با زنان آبستن درنیامیزند؛ اما دیگر زنان و دخترانی که در جنگ اسیر می‌شدند، به ملکیت مسلمانان درمی‌آمدند. (ابن سعد واقدی، ج ۸، صص ۹۵-۹۶)

در زمان جاهلیت سرچشمه اصلی برده‌گیری و کنیزگیری، جنگ و غزوات بوده؛ (علی، ج ۵، ص ۵۷۳) بنابراین، پیامبر اسلام با یک واقعیت تاریخی روبه‌رو بوده است. کنیزگیری بر اساس قاعده مقابله به مثل در جنگ‌های آن دوران، جاری بوده و اسلام بنا بر ضرورت آن را پذیرفته بود. با این حال پیامبر شش‌هزار زن و کودک و مرد اسیر از قبیله هوازن در جنگ حنین را عفو کرد و آنها را به قبیله خود برگرداند. (زحیلی، ص ۴۲۲)

از سویی دیگر، «فتوحات» به سرعت منبع پایان‌ناپذیر بردگان جدیدی شد که بزرگان عرب از مردانشان برای انجام کارهای طاقت‌فرسا استفاده می‌کردند و از زنانشان نیز تمتع بی‌حد و حصر می‌بردند. بدین ترتیب منطق قرآن و هدف پیام الهی نادیده گرفته شد و منافع اعراب و واقعیت آن دوران بر دستورات نبی چیره گشت. (شرفی، ص ۱۱۶)

باید توجه کرد که تاریخ‌مندی سنت به این معناست که آنچه در نصوص دینی آمده، در موقعیت ویژه تاریخی و جغرافیایی آمده و مخاطب این نصوص در شرایط معین و با معلومات مناسب آن عصر بوده و این‌گونه نبوده است که هیچ تعلق زمانی و مکانی نداشته باشد. اگر می‌خواهیم این احکام را به زمان‌ها و مکان‌های دیگر تسری دهیم، باید به پیامدهای زمانی و مکانی آن توجه کنیم و آن دسته از احکام را که ناظر به موقعیت محدود و معین است، از نظر دور نداریم.

یکی از شواهد تاریخ‌مندی سنت، امضایی بودن بخشی از احکام فقهی است. احکامی که پیش از اسلام بوده و در ظرف عرف و فرهنگ آن عصر عمل می‌شده و اسلام به عنوان دینی واقع‌گرا آنها را تأیید کرده است. بنابراین، از آنجا که عرف و عادت همواره در حال تحول است، دلیل متقنی وجود ندارد که حتماً بر آن عرف و عادت اصرار ورزیده شود و روش اخباریین و سلفیین در گرفتن ظاهر حکم پذیرفته شود. (ایازی (ب)، صص ۲۹۵-۳۰۷) به روشنی می‌توان دریافت که کنیزگیری از احکام امضایی بوده و در راستای پذیرش عرف و عادت آن روزگار در جنگ‌ها به عنوان حرب‌های علیه دشمن به کار گرفته می‌شده است و شریعت اسلام نیز این عرف را تأیید کرده است. اما با تغییر عرف و نگاه جامعه به زن، این حکم امضایی دیگر فعلیت نخواهد داشت و متوجه مکلفان نخواهد بود.<sup>۱</sup>

#### ۴- حرمت کنیزگیری در دنیای فعلی

این قسمت برآنست تا حرمت کنیزگیری در جهان معاصر را به اثبات برساند. مهم‌ترین ادله در این زمینه به شرح ذیل است.

#### ۴-۱. عدم موضوعیت کارکرد عرفی کنیزگیری

در تقسیم‌بندی مشهور، حکم تکلیفی شامل پنج موردِ وجوب، استحباب، اباحت، کراهت و حرمت است که برخلاف حکم وضعی، مستقیماً با افعال بندگان ارتباط دارد. (شهید اول، ج ۱، ص ۳۹) حرام در نگاه اصولیان چیزی است که فعل آن شرعاً سبب نکوهش و عقاب از جانب شارع مقدس باشد. (تهانوی، ج ۱، ص ۶۶۰) در این رابطه به باور نویسندگان، اگرچه کنیزگیری در ادوار گذشته حرام نبوده است، اما همینک می‌توان آن را حرام دانست، ولو آنکه حرمت فعلی آن به ما نرسیده باشد. همان‌طور که در گذر زمان بسیاری

۱. گرچه باید توجه داشت که نظریه‌هایی در اصول فقه وجود دارد که اصل تاریخ‌مندی در سنت را به چالش می‌کشاند، اما به همه آنها پاسخ دقیق و علمی داده شده است که بیان آنها مجال دیگری می‌طلبد. با این حال، به اجمال طبق دیدگاه حیدر حب‌الله بنا بر چهار دلیل می‌توان اصل تاریخ‌مندی احکام در سنت را پذیرفت؛

اول: وجود نسخ در قرآن؛ دوم: نمونه‌هایی از خود سنت که وجود احکام تاریخی در آنها را می‌رساند مانند حرمت گوشت الاغ‌های اهلی و فرار از ربا؛ سوم: مباحث فقهی متفرقه که فقیه به صدور احکامی تاریخ‌مندی اطمینان حاصل می‌کند مانند فهم تاریخ‌مندی شیخ صدوق درباره احادیث طب النبی که ناظر به جغرافیای مکه است؛ چهارم: برهان طبیعت اشیا و وجود متغیرات سیاسی و احکام ولایی معصوم (حب‌الله، ص ۶۹۲ و ص ۶۹۸).



از مسائل با آنکه در عصر شارع حرام بوده، اکنون حلال است، مانند اباحه خرید و فروش خون. (محقق حلی، ج ۲، ص ۲۶۳) به عبارتی مصالح و مفاسد احکام، در استحاله آن‌ها موثرند. به دلیل نظام معیشتی دوره بعثت، در کنیزگیری فایده‌ای متصور بود، اما اینک آن منفعت نه تنها موضوعیت خود را از دست داده بلکه با مفسده و ضرری مانند تنفیر نسبت به شریعت اسلام همراه است؛ پس انجام آن حرام است.

در این باره باید توجه داشت طبق مبنای امامیه، مصلحت و مفسده، به منزله علت حکم‌اند و با تغییر آن‌ها، حکم نیز تغییر می‌یابد. (ضیائی‌فر، ص ۳۷۵) به عبارت دیگر، علت، دایر بر مدار حکم است و با از بین رفتن آن، حکم نیز از بین می‌رود. در این باره، نباید از یاد برد که لزوماً علت در حکم تصریح نمی‌شود. (کلانتری، ص ۱۴۷) در رابطه با برده‌داری، به نظر نمی‌رسد علت امضای آن توسط شریعت برابر جوی اسلام بر کسی پوشیده باشد. این مسئله نه امری رازآلود و نهان بلکه مبتنی بر نوعیات، خلیات و مناسبات جامعه آن عصر بوده است. احکام اجتماعی از جمله احکام تعبّدی محض نیستند که نتوان دلیل، ملاک و نتایج آن را درک کرد، بلکه تابع ملاکات متناسب با عقل و فطرت است. لذا، اوامر و نواهی وارد شده در ابواب معاملات و سیاسات و جزئیات از قبیل احکام ارشادی است که عقل و فطرت نیز آن‌ها را درک می‌کند. (منتظری، ج ۲، ص ۵۴۶)

در این زمینه، علامه حلی (ره) معتقدند که احکام تابع مصالح هستند و مصالح نیز با تغییر زمان و تفاوت مکلفین، دگرگون می‌گردند. بر این اساس، این احتمال می‌رود که گروهی در زمانی خاص به حکمی امر شده باشند؛ لکن همان حکم در زمانی دیگر، برای قومی دیگر مفسده داشته باشد که در این صورت از انجام آن نهی شوند. (علامه حلی، ص ۱۷۳) یکی از فقهای برجسته شیعه معتقد است که با دگرگون شدن عرف‌ها در طول زمان، احکام شرعی نیز دستخوش تغییر قرار می‌گیرند. (شهید اول، ج ۱، ص ۱۵۱) زیرا این مسئله غیرقابل انکار است که پایداری احکام کاملاً وابسته به حفظ کارکرد آن است. بنابراین، با سلب کارکرد آن، «شریعت نیز تأکیدی بر بقای حکم مذکور ندارد». (مجتهد شبستری، ۱۳۷۶: ۸۵-۸۸)

**۴-۲. عدم موضوعیت جهاد ابتدایی به مثابه مهم‌ترین سبب کنیزگیزی در دنیای حاضر**  
یکی از زمینه‌های به بردگی گرفتن زنان در فقه، جهاد ابتدایی است. این حکم شرعی دستاویزی برای گروه‌های تروریستی بوده که با تمسک به جهاد ابتدایی به کشورهای

دیگر تجاوز نموده و در ضمن مخاصمات مسلحانه به شنیع‌ترین اقدامات نظیر بردگی جنسی، ازدواج‌های اجباری و آزار و اذیت زنان و دختران متوسل شوند. مشروعیت جهاد ابتدایی از مسلمات فقه است که برخی گفته‌اند این جهاد دفاع از حقوق خداوند و انسان‌های مستضعف است. (منتظری، ج ۱، ص ۱۱۵) عمده‌ترین استدلالی که برای این اقدام ذکر کرده‌اند آیات قرآن است. طرفداران جهاد ابتدایی و وجوب کشتار کفار، آیه ۲۹ سوره توبه<sup>۱</sup> را از مهم‌ترین ادله قرآنی در تشریح جهاد ابتدایی با کافران دانسته‌اند. (اللحیدان، صص ۱۰۲-۱۱۱؛ سوید، ص ۴۶) این آیه به «آیه شمشیر» معروف شده است که امر شدیدی به قتال با دیگری یعنی اهل کتاب و موحدان غیرمسلمان دارد. برخی فقیهان متقدم شیعه بر اساس اطلاق آیه اعتقاد دارند که حتی پیرمردان و پیرزنان اهل کتاب را می‌توان کشت، گرچه در جنگ با مسلمانان نباشند؛ (طوسی، ج ۵، ص ۵۱۹) چرا که تنها دلیل جهاد، حذف کافران از روی زمین است.

در نقد استناد آنها به این آیه می‌توان بیان داشت که ملاک کشتار دیگری، اسلام و از بین رفتن کفر بر روی زمین نیست، بلکه کرنش طرف مقابل نسبت به نظام جزیه است. (فضل‌الله، ص ۲۱۲؛ شمس‌الدین، ص ۲۴۰) به بیان دیگر، نظام جزیه، ساختاری در دوران گذشته بوده است که مردمان با آنکه که دین حکومت مرکزی را نپذیرفته‌اند، اما حکومت اسلامی و ثبات آن را به رسمیت می‌شناختند. بنابراین، می‌توانستند با پذیرش حکومت اسلامی و دادن جزیه دین خود را حفظ کنند. در نتیجه، آیه در مقام بیان کشتار دیگری بر اساس کفر نیست؛ وگرنه قید جزیه به صورت غایت، لغو و بی‌ثمر خواهد بود.

برخی دیگر نیز به آیه ۵ همین سوره استناد نمودند و بیان داشتند این آیه صراحت دارد که مشرکان به شدت باید کشته شوند، یا توبه‌ای کامل با انجام مناسک دین تحقق یابد. در حقیقت توبه تعبیری کنایی از اسلام است. این آیه ملاک کشتار و جهاد را کفر معرفی می‌کند. (طوسی، ج ۲، ص ۵۱؛ خوئی، ج ۱، ص ۳۶۰) در حالی که در آیه بعد آمده است: «و اگر یکی از مشرکان از تو پناه خواست پناهش ده تا کلام خدا را بشنود، سپس او را به مکان امنش برسان؛ چرا که آنان قومی نادان‌اند». غرض آیه این است که برای مشرکان فرصتی فراهم شود تا از جنگ دست بکشند و دست از عناد بردارند، کلام الهی را بشنوند؛ تا شاید با انتخاب خود اسلام بیاورند. (فضل‌الله، ص ۲۱۱؛ شمس‌الدین، ص

۱. جهت مطالعه بیشتر رجوع شود به: مفتاح، محمدهادی، «جهاد ابتدایی در قرآن و سیره پیامبر»، علوم حدیث، شماره ۵۶، ۱۳۸۹.

۲۳۹) بنابراین، اسلام آوردن بر اساس عنصر انتخاب، ملاک است نه آنکه به دلیل کفر باید آنان را کشت. ثانیاً؛ جنگ با مشرکان عهدشکن که فتنه‌انگیزی کرده‌اند، واجب است نه مشرکانی که با حکومت اسلامی معاهده دارند. (ورعی، ص ۷۴) جهاد به ملاک فتح سرزمین‌های کفار و اجبار ایشان بر اسلام آوردن مشروعیت نداشته و اصل در روابط دولت‌ها در اسلام، «صلح» است. (حب‌الله، ج ۱، ص ۲۰۰؛ صالحی نجف‌آبادی، ص ۱۶؛ مروارید، ص ۲۳۸)

#### ۳-۴. کرامت انسانی به‌مثابه قاعده حاکم بر سایر ادله دینی

برای انتقاد از رویکرد فقها در بحث غنیمت گرفتن زنان از دریچه کرامت انسانی نیاز است ابتدا به جایگاه انسان در قرآن کریم پرداخته شود، تا مشخص شود حدود و ثغور انسانیت معطوف به جنسیت است یا خیر. هنگامی که خداوند در قرآن کریم به تشریح خلقت انسان می‌پردازد و دستور سجده بر انسان را صادر می‌کند، دو دسته خطاب در این خصوص در قرآن کریم وجود دارد. خطاب اول سجده بر بشر را امر می‌کند<sup>۱</sup> و خطاب دوم سجده بر آدم<sup>۲</sup> مطابق با تفسیر علامه طباطبایی فرمان سجده بر بشر شامل تمام فرزندان آدم بوده و به طور کلی مقام انسانیت را در برمی‌گیرد. (طباطبایی، ج ۸، ص ۲۰) این آیه در مقام ارج نهادن به انسان‌ها و رای کیش، آیین و رنگ پوست و زبان آنهاست که از این ارج نهادن با عنوان کرامت ذاتی یاد می‌شود. باید توجه داشت که انسان بما هو انسان دارای امکان و ظرفیتی است که او را مستحق سجده فرشتگان کرده است. یکسان بودن نحوه خلقت انسان نظیر آفرینش او از ماء، طین و تراب و پس از آن دمیده شدن روح در او، نشان از یکسان بودن انسانیت دارد که این مقام انسانیت چیزی نیست که بتوان در جنگ آن را زیر پا گذاشت. از مهم‌ترین ثمرات کرامت انسان حق آزادی است که شامل آزادی تن و ممنوعیت به بردگی کشاندن می‌شود. (ناصری مقدم و سلطانی، ص ۲۲۲) برخی از منتقدان برده‌داری در عصر معاصر نیز انسان را اساساً قابل تملیک نمی‌دانند. آنها بر این باورند که انسان ذاتاً دارای حریت است و این حق قابل اسقاط نیست. حتی مجازات هیچ عملی نیز نباید منجر به بردگی کشیده شدن شخص شود. (کدیور (ب)، ص ۳۷)

۱. سوره حجر، آیه ۲۸-۳۱.

۲. سوره بقره، ۳۴.

در نگرشی کلان به شریعت و در پرتو مقاصد و اهداف شریعت می‌توان گفت مقاصد شریعت، غایت وحی و احکام است که به عبادت، امتثال و اصلاح، سعادت او در دنیا و آخرت اختصاص دارد. این مقاصد بیانگر حقوق انسانی و همچنین، تضمین‌دهنده و تأمین‌کننده آن‌ها هستند. در نتیجه، هر حق انسانی مشروع در هر زمینه‌ای، در مقاصد شارع جای می‌گیرد. (الخادمی، ص ۱۴۹) کرامت انسانی از جمله مقاصد مهم و اساسی شریعت اسلام بوده و طبق اصل کرامت، برده‌سازی خلاف کرامت انسان است. (ناصری مقدم و سلطانی، صص ۱۳۹-۱۴۰؛ ایازی (الف)، صص ۱۴۱-۱۴۳)

نباید این مهم را از نظر دور داشت که احکام اجتماعی باید در سنجه مقاصد و اصول حاکم بر شریعت قرار گرفته و هرآنچه را که با یکی از آن‌ها در تضاد است، به حکم حرمت کنار گذاشت. بنابر نظریه «توافق روحی با شریعت» از آیت‌الله سیستانی، اعتبار سنت بستگی به هماهنگی عرفی مضمون سنت با روح و اهداف شریعت است. (تمدن و الهی خراسانی، ص ۹۳) روشن است که عرف امروز، کنیز گرفتن زنان در جنگ را ناسازگار با کرامت انسانی می‌داند. بدین ترتیب، بردگی و احکام آن از زمره احکام ثابت در دین اسلام به‌شمار نمی‌آید.<sup>۱</sup>

قرآن کریم حاوی تعالیم و مقاصدی نظیر کرامت انسانی است که این مقاصد با گذر زمان دچار خدشه نمی‌شوند و همه انسان‌ها را اعم از مرد و زن در برمی‌گیرد. در زمان کنونی، این مسئله از منظر انسانی قابل‌پذیرش نیست که در جنگ با زنان به‌مثابه یک کالا و ابژه جنسی برخورد شود. این موضوع نه تنها نقض یکی از مقاصد الهی است که عقل بشر امروز هم این قبیل رفتارها را مصداق بارز ظلم قلمداد می‌کند. این ویژگی ذاتی نه تنها از اغراض شریعت است که از شمار قواعد فقه اصطیادی نیز می‌باشد که از جایگاه حکومت برخوردار است. مقصود از جایگاه حکومت آن است که در تضاد و مخالفت با سایر قواعد فقهی این اصل کرامت انسان است که حاکم می‌شود. (جلیلیان)

#### ۴-۴. نسخ تمهیدی آیات مربوط به کنیزگیری

حرمت کنیزگیری، از منظر نظریه «نسخ تمهیدی» -که مبدع آن آیت‌الله معرفت است- نیز قابل اثبات است. در تفاوت تاریخ‌مندی و نسخ تمهیدی باید بیان داشت که

۱. باید در نظر داشت که به طریق اولی کنارگذاشتن حکم کنیزگیری از دریچه عنوان ثانویه مانند حرمت تنفیر از دین ممکن است.

تاریخ‌مندی از مؤلفه‌های هرمنوتیک فلسفی است که در ساحت فهم «دازاین»<sup>۱</sup> بروز و ظهور می‌یابد و سبب سیال بودن ذهن و دگرگونی دستاوردهای انسانی و فهم مفسر می‌شود. اما در نسخ تمهیدی، از کنار هم گذاشتن آیات قرآن کریم به این نتیجه دست می‌یابیم که شارع مقدس با فراهم شدن زمینه‌های اجتماعی و فرهنگی درصدد نسخ دستورات قبلی خود، همگام با افزایش آمادگی ذهنی مردم برآمده است. از این رو، اقدامی است که از جانب شارع رخ می‌دهد. بنابراین، باید گفت که نسخ، بنابر تعریف آیت‌الله معرفت عبارت است از «برداشتن قانون سابق که به ظاهر اقتضای دوام دارد، به وسیله قانون بعدی، به طوری که اجتماع آن دو باهم ذاتاً یا به دلیلی خاص از جمله اجماع و نص صریح ممکن نباشد». (معرفت (الف)، ج ۲، ص ۲۷۴)

هدف در نسخ تمهیدی، ریشه‌کن نمودن برخی عادات غلط جاهلی در یک فرایند تدریجی است که شارع مقدس برای نسخ و ازاله این سنت‌ها، ابتدا حکمی هماهنگ با جامعه تجویز کرده، سپس عقب‌نشینی کرده و بنیان این عادت غلط در جامعه را فرو می‌ریزد. (معرفت (ب)، ص ۷۱)

درباره امضای برده‌داری توسط شارع، باید توجه داشت که ظهور اسلام در جامعه‌ای رخ داد که این مسئله در تاروپود آن ریشه دوانده بود. به عبارتی جزئی از نظام اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و... عصر جاهلیت بود. بر این اساس، بدون اندیشیدن تمهیدات و مقدمات لازم، امکان گذار از آن مهیا نبود. بر این مبنا، اسلام در مسیر اراده جامعه گام نهاد. زیرا به هر حال الغای چنین رسم سترگ و سخت‌بنیانی نیازمند چاره‌اندیشی‌ای اساسی در این رابطه بود. لذا، شریعت انسان‌مدار اسلام آن را پذیرفت، اما در برابر این رفتار، با اعمال سازکارهای گوناگون و محدودیت‌های چشم‌گیری ایستادگی کرد. (معرفت (الف)، صص ۱۹۱-۱۹۲) شاهد مدعای اخیر، کاهش اسباب برده‌گیری، افزایش اسباب آزادسازی برده و نیز تعیین حق و حقوقی برای وی در شریعت اسلام است. (کدیور (الف)، صص ۳۷۲-۳۷۳) لذا، اکنون با از میان رفتن موضوعیت برده‌داری، حرمت آن بعید نیست.<sup>۲</sup>

۱. Dasein (دازاین) اصطلاحی هست که هایدگر در خصوص انسان و وجود انسانی به کار می‌برد و به گونه‌ای بیان‌کننده خصلت در جهان بودن انسان است. به این معنا که از نظر هایدگر انسان وجودی است که هستی - در - جهان دارد و در این عالم افکنده شده است.

۲. در این زمینه، آیت‌الله معرفت، نسخ را به دو گونه دفعی و تدریجی تقسیم کرده‌اند. از نظرگاه ایشان، برده‌داری به صورت نسخ تدریجی مورد اقدام شارع و پیامبر قرار گرفته است. نسخ تدریجی خود بر ۳

### ۵- جنایت‌انگاری کنیزگیری زنان در حقوق بین‌الملل کیفری

جامعه بین‌الملل برای صیانت از حقوق بشر، بسترهای متفاوتی را در جهت مبارزه با برده‌سازی و برده‌داری فراهم کرده است که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به تعریف و بیان هنجارها، افزایش آگاهی، بسیج سیاسی و نیز جبران مستقیم آسیب‌های وارد بر قربانیان در این زمینه اشاره کرد. (cockayne, p. 482) مهم‌ترین سند بین‌المللی در این زمینه، کنوانسیون برده‌داری مصوب ۱۹۲۶ است. همچنین، این سند در سال ۱۹۵۶ با «قرارداد تکمیلی منع بردگی و برده‌فروشی و عملیات و دستگاه‌های مشابه بردگی»، کامل شد. در مقدمه سند مذکور این‌چنین آمده است: «نظر به این که آزادی، حق ذاتی هر بشر است و با توجه به این که مردمان کشورهای ملل متحد در منشور سازمان، به باور خود نسبت به مقام و ارزش بشر تأکید نموده‌اند و با توجه به این که اعلامیه جهانی حقوق بشر از طرف مجمع عمومی ملل متحد به عنوان کمال مطلوب مشترک تمامی اقوام و ملل اعلام شده، مقرر می‌دارد که هیچ‌کس در شرایط بردگی یا به حال انقیاد نگه داشته نخواهد شد و بردگی و برده‌فروشی به تمامی انحاء و اشکال آن نهی خواهد شد». به‌علاوه در ماده ۱ آمده است: «هر یک از دولی که عضو قرارداد می‌باشند کلیه اقدامات لازم قانونی و سایر اقدامات عملی را تدریجاً برای ممکن ساختن الغاء کامل یا متروک گذاردن ترتیبات مرسوم ذیل در اسرع اوقات در هر نقطه که موجود باشد و اعم از این که تعریف قضایی بردگی مندرج در ماده ۱ قرارداد بردگی منعقد در ژنو در ۲۵ سپتامبر ۱۹۵۶ شامل آنها باشد یا نباشد به عمل خواهد آورد»<sup>۱</sup>.

این مسئله در اسناد حقوق بشری دیگری نیز با ادبیات‌های متفاوت مورد تأکید قرار گرفته است. برای نمونه در ماده ۴ از اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است: «احدی را نمی‌توان در بردگی نگاه داشت و داد و ستد بردگان به هر شکلی ممنوع است». در ماده ۸

→ دو گونه نسخ مشروط و تمهیدی قابل تفکیک است. در نسخ مشروط ما شاهد نسخ حکمی به دلیل نسخ علت آن هستیم اما نسخ تمهیدی به معنای زمینه‌سازی برای رخت برستن ابدی حکم است. ایشان با طرح این نکته که موارد به بردگی گرفتن توسط اسلام محدود شد و سپس به بردگان شخصیتی انسانی برابر با همگان بخشیده شد، به این نتیجه می‌رسند که این نهاد توسط شریعت اسلام نسخ تمهیدی شده است. (معرفت (الف)، صص ۲۳۰-۲۳۱؛ معرفت (ج)، صص ۱۰۱-۱۰۳) گفته شد حکم مورد بحث حکمی امضائی بوده است. حال که در جهان کنونی کنیزگیری، رفتاری غیراخلاقی و خلاف حقوق بشر و اصول حاکم بر آن است، به نظر نمی‌رسد در تحریم این موضوع ایراد و اشکالی وارد باشد.

1. [https://rc.majlis.ir/fa/law/print\\_version/95081](https://rc.majlis.ir/fa/law/print_version/95081).

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان شده که «هیچ‌کس نباید در بردگی نگاه داشته شود. بردگی و تجارت برده با تمام اشکال آن ممنوع می‌باشد». همچنین، مواد ۵، ۶ (بند الف)، ۷ و ۸ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز حق انتخاب آزادانه شغل، دستمزد عادلانه، پاداش برابر برای کار و نیز حق تشکیل و پیوستن به اتحادیه‌های کارگری تعیین شده، که باید توسط دولت‌ها حمایت شود. مهم‌ترین بندی که بر هرگونه توجیه اسلامی برای به بندگی و بردگی کشیدن انسان‌ها اعم از مرد، زن، کودک خط بطلان می‌کشد، بند الف از ماده ۱۱ اعلامیه قاهره است که به صراحت اذعان داشته: «انسان آزاد متولد می‌شود و هیچ‌احدی حق به بردگی کشیدن یا ذلیل کردن یا مقهور کردن یا بهره کشیدن، یا به بندگی کشیدن او را ندارد مگر خدای تعالی». با این حال، مهم‌ترین گام عدالت کیفری بین‌المللی در این زمینه، جنایت‌انگاری این عمل شنیع در دو بُعد جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی است که در ادامه تشریح شده است.

#### ۵-۱. کنیزگیری زنان به مثابه جنایت علیه بشریت

با ورود حقوق بشر و مفاهیم مرتبط با آن همچون کرامت، رفتارهای موهن و ضدانسانی مرسوم، زیر ذره‌بین قرار گرفت و رفته‌رفته نفی شد. یکی از این رفتارها برده‌داری یا برده‌سازی بود. این رفتار کرامت‌ستیز و غیربشری که هم در زمان صلح و هم در زمان جنگ ممنوع است، از سده گذشته، جدای از ذکر در اسناد غیرکیفری، در اسناد کیفری بین‌المللی مختلفی همچون بند (ج) ماده ۶ منشور نورنبرگ، بند (ج) ماده ۵ منشور توکیو، بند (ج) ماده ۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و در نهایت بند (ج) ماده ۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا ذیل «جنایت علیه بشریت»، ممنوع و جرم‌انگاری شده است.

یکی از مهم‌ترین مفاد بین‌المللی، ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (۱۹۹۸) است. ماده اخیر بیان می‌دارد: «به بردگی گرفتن یعنی اعمال اختیارات مربوط به حق مالکیت بر انسان که مشتمل است بر اعمال چنین اختیاری در جهت خرید و فروش انسان به‌ویژه زنان و کودکان». در سند عناصر اختصاصی جنایت علیه بشریت در رابطه با این مسئله چند ملاحظه صورت گرفته است: اولاً؛ «مرتکب تمام اختیارات خود یا بخشی از آن را برای کسب حق مالکیت بر شخص یا اشخاص اعمال نموده باشد...». در این باره باید در نظر داشت که معیارهای برده‌سازی شامل کنترل و مالکیت تحدید یا کنترل آزادی عمل، آزادی انتخاب یا آزادی رفت‌وآمد یک فرد و منفعتی برای مرتکب

است. این اقدامات غالباً با تهدید به زور یا توسل به سایر اشکال اجبار، ترس از خشونت، نیرنگ یا وعده‌های دروغین، سوءاستفاده از قدرت، موقعیت آسیب‌پذیر قربانی، دستگیری یا اسارت، ظلم و فشار روانی، شرایط اجتماعی اقتصادی صورت می‌گیرد. به‌علاوه ویژگی‌های برده‌سازی از جمله استثمار، رابطه جنسی، روسپی‌گری، تملک یا در اختیار گرفتن اراده یک نفر برای غرامت و غیر آن برای تحقق جنایت برده‌سازی شرط نیست. (Prosecutor v. Kunarac et al., para: 542)

ثانیاً؛ باید «عمل به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا نظام‌مند علیه یک جمعیت غیرنظامی ارتکاب یافته باشد». در این‌باره معیار گستردگی با توجه به «کمیت» قابل اثبات است. برای مثال «تعداد قربانیان» ادله خوبی برای احراز است، لکن به نظر نمی‌رسد «تعداد مرتکبین» در این زمینه شرط باشد (ورله، ص ۶۷). به‌علاوه نظام‌مند بودن به «طبیعت سازمان یافته اقدامات خشونت‌بار و بعیدبودن احتمال رخداد تصادفی آن» اشاره دارد. (همان) باید در نظر داشت شخص غیرنظامی جدای از آنکه شامل مردمان غیرنظامی است، به نظامیانی که در مخاصمه نیز حضور ندارند، مترتب می‌گردد. (کنوانسیون برده‌داری، ماده ۵۰ پروتکل ۱)

ثالثاً؛ «مرتکب می‌دانسته یا قصد آن را داشته که عمل وی به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا نظام‌مند علیه یک جمعیت غیرنظامی باشد». در این‌باره، الزامی وجود ندارد که اقدامات ایجادکننده حمله، به یک سیاست یا طرح مرتبط باشد؛ فقط باید این مسئله اثبات شود که آیا اقدامات متهم بخشی از آن حمله بوده است یا خیر. لکن متهم نیز باید بر این مسئله آگاه باشد، اما همان‌طور که در «آیین دادرسی و ادله» (قانون عناصر جرایم) آمده است، علم مرتکب نسبت به جزئیات حمله و نیز انگیزه و هدف وی در این میان اهمیتی ندارد. براساس آنچه که گفته شد، کنیزسازی حتی در لباس شرع و مستند به منابع فقهی با وجود جمیع شرایط مذکور، جنایتی علیه بشریت توصیف می‌شود.<sup>۱</sup>

## ۲-۵. کنیزگیری زنان به‌مثابه جنایت جنگی

یکی دیگر از اشکال جنایت بین‌المللی، جنایت جنگی می‌باشد. جنایت اخیر به‌منزله نقض جدی حقوق بین‌الملل بشردوستانه به شمار آمده (Hathaway, et al. p. 112) که مصادیق آن در ماده ۸ اساسنامه رم متجلی شده است. تدقیق در ماده اخیر حاکی از آن است که

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع شود به:

میرمحمد صادقی، حسین، دادگاه کیفری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۵.



برده‌سازی یا برده‌داری به‌مثابه جنایت جنگی (موضوع ماده ۸) ذکر نشده است. با این حال، نباید از این عدم تصریح، به طور کلی منتفی بودن موضوع حاضر را استنباط کرد. به نظر می‌رسد مسئله مورد بحث از دیگر مصادیق مذکور در ماده ۸ قابل برداشت است. مثبت ادعای اخیر، بند ۲۱ و ۲۲ ماده مورد بحث است. در بند ۲۱ و ۲۲ به ترتیب «ارتکاب اهانت شدید نسبت به شأن و حرمت افراد، خصوصاً رفتارهای تحقیرآمیز و موهن» و افزون بر این «ارتکاب تجاوز جنسی، برده‌سازی جنسی، فحشاء اجباری، حاملگی اجباری، به شرحی که در ماده ۷ بند ۲ (و) گفته شد، عقیم سازی اجباری یا هر نوع دیگر خشونت جنسی که کنوانسیون‌های ژنو را شدیداً نقض نماید» مصداق جنایت جنگی قلمداد شده‌اند.

در این باره باید توجه داشت که اولاً؛ برده‌سازی، مصداق رفتاری غیرانسانی و خلاف بشری است که به هیچ‌روی نمی‌توان آن را در حال حاضر توجیه کرد. ثانیاً؛ برده‌سازی جنسی، فحشاء و حاملگی اجباری می‌تواند جلوه‌هایی از برده‌سازی تلقی شوند. با توجه به سند عناصر اساسنامه رم، برای تحقق این جنایت مرتکب بایستی «از اوضاع و احوال عملی که این وضعیت را مسلم می‌کرده و نیز از وجود یک نبرد مسلحانه آگاه بوده باشد». نیز، مضمون آنچه در اساسنامه رم آمده، در بند ۵ ماده ۳ اساسنامه دادگاه ویژه برای سیرالئون (۲۰۰۲) مورد اشاره قرار گرفته است.

همچنین، در این رابطه نباید از کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو (۱۹۴۹) و دو پروتکل الحاقی به آن (۱۹۷۹) به سادگی عبور کرد؛ چرا که مفاد موجود در آن بر جنایت جنگی دانستن برده‌سازی صحه می‌گذارند. موضوع رفتار با اسرا از چنان اهمیتی برخوردار است که بخش سوم قرارداد ژنو به نحوه رفتار ایشان (۱۹۴۹) اشاره داشته و سلسله حقوق و تکالیفی را برای ایشان تنظیم کرده است. دو ماده بسیار مهم در این باره، مواد ۱۳ و ۱۴ می‌باشند که به ترتیب اشعار می‌دارند: «با اسیران جنگی باید در هر زمان با انسانیت رفتار شود. هر عمل یا غفلت غیرموجه از طرف دولت بازداشت‌کننده که موجب فوت یک اسیر جنگی شود یا سلامت او را شدیداً در خطر اندازد ممنوع است و در حکم تخلف مهم از این قرارداد شمرده خواهد شد. مخصوصاً هیچ اسیر جنگی را نمی‌توان مورد جرح جسمانی یا آزمایش طبیی یا علمی از هر قبیل که مجوز آن برای معالجه اسیر مزبور نبوده و به نفع وی نباشد، قرار داد. همچنین، اسیران جنگی باید در هر زمان بالاخص در مقابل هرگونه عمل خشونت‌آمیز یا تهدید و در مقابل ناسزا و کنجکاوی مردم حمایت شوند. اقدامات تلافی‌جویانه بر علیه آنان ممنوع است». افزون بر این، «اسیران جنگی در همه احوال ذی‌حق به حرمت شخص و شرافت خویش می‌باشند».

نیز، «با زنان باید با کلیه احتراماتی که لازمه جنس آنان است رفتار شود و در هر حال باید از همان معامله مساعدی که در حق مردان اعطاء می‌شود برخوردار شوند». در این میان تفاوتی در جنگ مسلحانه بین‌المللی و داخلی وجود ندارد. برده‌داری در اعم مخاصمات، می‌تواند جنایت جنگی تلقی شود.

افزون بر این‌ها، قسمت ۱ ماده ۱۱ پروتکل الحاقی اول (۱۹۷۷) به کنوانسیون‌های ژنو راجع مخاصمات بین‌المللی بر پاسداری از سلامت جسمی و روحی افراد درگیر در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی تأکید می‌ورزد. همچنین، ایشان طبق ماده ۴۵ پروتکل مورد بحث، تحت حمایت مواد کنوانسیون سوم ژنو راجع به اسیران جنگی قرار دارند. این رویکرد در مخاصمات داخلی نیز که جنبه بین‌المللی نداشته وجود دارد؛ با این تفاوت که این‌بار قانون‌گذاران صراحتاً در ماده ۴ پروتکل دوم الحاقی درباره حمایت از قربانیان درگیری‌های مسلحانه داخلی، با تأکید بر تکریم نسبت به همه افرادی که در درگیری‌ها شرکت مستقیم نداشته یا شرکت آن‌ها در درگیری خاتمه یافته، بر ممنوعیت برده‌گیری به هر شکل و نحوی تأکید می‌ورزد. در این باره ماده ۳ مشترک در کنوانسیون‌های ژنو نیز قابل توجه است. بند (ج) ماده اخیر بر ممنوعیت رفتارهای غیرانسانی و کرامت‌ستیز تأکید دارد، زیرا لطمه به حیثیت افراد به هر طریقی که باشد ممنوع است.

باید در نظر داشت، جنایت‌دانستن کنیزگیری در رویه محاکم دادخواهی کیفری در جهان کنونی در هر شکل و گونه‌ای، امری یقینی و مسلم است که به هیچ عنوان قابل پذیرش نیست و با مفاد لازم‌الاجرای بین‌المللی در تعارض آشکار قرار دارد. در این باره می‌توان به پرونده «کوناراک»، «کواک» و «ووکویک» در دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق اشاره کرد. در پرونده مزبور، دادگاه به‌روشنی برده‌داری را جنایتی علیه بشریت در عرف بین‌الملل دانسته است. (Prosecutor v. Kunarac et al., para: 539)

### نتیجه‌گیری

اگرچه غنیمت‌انگاری زنان به‌مثابه کنیز در قرآن مجید آمده و در سنت نبوی (در هنگامه جهاد عادلانه و بدون ملاک کفر) نیز ثبت شده است، اما بنا بر تاریخ‌مندی احکام اجتماعی موجود در قرآن و سنت نبوی نمی‌توان غنیمت‌انگاری زنان را به زمان معاصر تعمیم داد و در جنگ‌ها بدان مشروعیت دینی بخشید. زیرا در بازخوانی متون دینی بایستی به زمینه فرهنگی نزول متن و صدور حکم توجه داشت. به باور نگارندگان، برای کاربست یک حکم در جهان برابرمدار کنونی، بایستی اوضاع و احوال جامعه تشریح را با جامعه کنونی سنجید و در

صورت هماهنگی و تناسب آن حکم با زمان حال، آن را به کار بست، رویدادی که در صورت عمل به آن، گذار از غنیمت‌انگاری زنان را ضرورت می‌بخشد.

همچنان که حکم مورد بحث با اهداف و مقاصد شریعت از جمله کرامت انسانی سر ناسازگاری و تباین دارد. زیرا بدون تردید، یکی از بزرگ‌ترین مرادها و منظورها در نزول شریعت، پاسداری از سرشت بشر بوده است، تا از رهگذر آن ارزش و مقام انسان بما هو انسان حفظ شود، امر بسیار مهمی که غنیمت‌انگاری زنان در تقابل آشکار با آن قرار دارد. نیز، درباره حضور پیامبر و نزول قرآن در یک جامعه بدوی باید به این نکته اساسی و حیاتی توجه داشت که ایشان بایستی اقدامی اصلاحی - به جای انقلابی - برای آن جامعه در نظر می‌گرفتند، چرا که وقتی نظام اجتماعی آن دوران بر پایه رابطه ارباب- برده پایه‌ریزی شده است، برای نمونه یکی از راه‌های کسب درآمد آن جامعه خرید و فروش برده بوده است، حذف آن از جامعه، محروم کردن افراد از یک منبع درآمد و مقاومت آن‌ها را در پی داشت، از این رو، اساساً امکان الغای آن در زمان وحی وجود نداشته است. امروزه که ظرف زمانی و مکانی سبب گشته عقل جمعی جامعه جهانی کنیزگیری را از ناشایسته‌ترین اقدامات در نظر بگیرد؛ استناد گروه‌های تکفیر به آراء فقهی برای توجیه برده‌سازی نه تنها بی‌مورد است، بلکه با توجه به مؤلفه فقهی همچون نسخ تمهیدی، این امر حرام به نظر می‌رسد. ضمن آنکه کنشگران جهانی با وضع قوانین و مقررات گوناگون قدم در مسیر جرم‌انگاری چنین اقدام غیرانسانی برداشته و در صورت جمع‌بودن سایر شرایط، غنیمت‌انگاری زنان را هم‌سنگ با جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی دانسته‌اند؛ بر این اساس گذار از چنین احکامی در دنیای کنونی لازم و حیاتی است.

## فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن سعد، طبقات الکبری. ج ۸، بیروت، دار صار، (بی تا).
۳. ابن هشام الحمیری، السیرة النبویه. ج ۳، مصر، مکتبه محمد علی صبیبه و اولاده، (بی تا).
۴. الثقفی الکوفی، ابراهیم، الغارات، ج ۱، تهران، انجمن آثار ملی، ۱۳۹۵.
۵. الخادمی، نورالدین بن مختار، حقوق الانسان مقاصد الشریعة، قطر، اداره البحوث و الدراسات الاسلامیه، ۱۴۳۱ق.
۶. اللحدیان، صالح بن محمد، الجهاد فی الاسلام بین الطلب و الدفاع، ریاض، مطابع الفرزدق، ۱۴۰۷ق.
۷. یازی، سید محمدعلی (الف)، اصل کرامت انسان به مثابه قاعده‌ای فقهی، تهران، سراپی، ۱۴۰۰.
۸. ----- (ب)، ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
۹. تمدن، حمیدرضا و الهی خراسانی، علی، حکم، سنت و شریعت، خوانشی از دیدگاه‌های اصولی آیت الله سیستانی، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۹.
۱۰. تهنوی، محمدعلی، کشف اصطلاحات الفنون و العلوم، ج ۱، لبنان، مکتبه لبنان ناشرون، (بی تا).
۱۱. جلیلیان، محمد، «بررسی تطبیقی جایگاه انسان در فقه اسلامی و اسناد حقوق بشر با تکیه بر آزادی فطری و کرامت انسانی»، کنفرانس بین‌المللی فقه، حقوق، روانشناسی و علوم تربیتی در ایران و جهان اسلام، ۱۳۹۹.
۱۲. حب‌الله، حیدر، دراسات فی الفقه اسلامی المعاصر، ج ۱، (بی جا)، دار الفقه الاسلامی المعاصر، ۱۴۳۲ق.
۱۳. -----، حجیة السنة فی الفکر الاسلامی، بیروت، مؤسسه الانتشار العربی، ۲۰۱۱.
۱۴. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۴، بیروت، دار احیاء التراث العربی، (بی تا).
۱۵. خوئی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۱ و ۲، قم، مؤسسه مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
۱۶. زحیلی، وهبه، آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، درسه مقارنه، دمشق، دارالفکر، ۱۴۱۹ق.
۱۷. سوید، یاسین، الفن العسکری الاسلامی، بیروت، شرکه المطبوعات، ۲۰۱۰.
۱۸. شرفی، عبدالمجید، اسلام میان حقیقت و تجلی تاریخی، ترجمه عبدالله ناصری، تهران، انتشارات کویر، ۱۳۹۷.
۱۹. شمس‌الدین، محمدمهدی، جهاد الامة، بیروت، مؤلف، ۱۹۹۷.
۲۰. شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، ج ۱، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، ۱۴۰۰ق.
۲۱. صادقی تهرانی، محمد، الفرقان فی تفسیر القرآن، ج ۲۷، قم، فرهنگ اسلامی، ۱۴۰۸ق.
۲۲. صالحی نجف‌آبادی، نعمت‌الله، جهاد در اسلام، تهران، نشر نی، ۱۳۹۳.
۲۳. ضیائی فر، سعید، فلسفه علم فقه، تهران، سمت و قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲.
۲۴. طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی التفسیر القرآن، ج ۶ و ۸، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
۲۶. -----، الخلاف، ج ۵، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۸.

۲۷. طوسی مشهدی، محمد بن علی بن حمزه، *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
۲۸. علامه حلی، حسن بن یوسف، *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد قسم الالهیات*، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ق.
۲۹. علی، جواد، *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام*، ج ۵، بی‌جا، منشورات الشریف الرضی، (بی‌تا).
۳۰. فضل‌الله، سید محمدحسین، *کتاب الجهاد*، بیروت، دارالملاک، ۱۴۱۸ق.
۳۱. کدیور، محسن (الف)، *حق الناس (اسلام و حقوق بشر)*، ج ۴، تهران، کویر، ۱۳۸۸.
۳۲. ----- (ب). «مسأله برده‌داری در اسلام». مقاله قرائت شده در دومین همایش بین‌المللی حقوق بشر (مبانی نظری حقوق بشر)، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۸۲.
۳۳. کلانتری، علی‌اکبر، «تنقیح مناط»، فقه، سال یازدهم، شماره ۳۵، ۱۳۸۲.
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۳۵. مجتهد شبستری، محمد، *ایمان و آزادی*، چاپ نخست، تهران، طرح نو، ۱۳۷۶.
۳۶. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، ج ۱۰۳، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ق.
۳۷. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۱، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.
۳۸. مروارید، محمد، *جهاد ابتدایی در سنت و سیره نبوی*، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۴۰۰.
۳۹. مسعودی، جهانگیر، *هرمنوتیک و نو اندیشه دینی*، تهران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶.
۴۰. معرفت، محمدهادی (الف)، *نقد شبهات پیرامون قرآن کریم*، ج ۱، قم، مؤسسه التمهید، ۱۳۸۵.
۴۱. ----- (ب)، *التمهید فی علوم القرآن*، قم، مؤسسه التمهید، ۱۴۱۵ق.
۴۲. ----- (ج)، *نوآوری و نظرات جدید در گفتگو با آیت‌الله معرفت*، بی‌نا، سال یازدهم، شماره ۴۴، ۱۳۸۱.
۴۳. مغنیه، محمد جواد، *فقه الإمام الصادق علیه السلام*، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۴۴. منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولاية الفقیة و فقه الدولة الإسلامیه*، ج ۱ و ۲، قم، دار الفکر، ۱۴۱۱ق.
۴۵. موحدی‌نیا، راضیه و ربانی، حسام‌الدین، «بررسی رویکرد تاریخ‌مندان به معرفت دینی با تأکید بر نگاه تاریخی به قرآن»، *پژوهش‌های معرفت‌شناختی*، شماره ۱۲، ۱۳۹۵.
۴۶. ناصری مقدم، حسین و سلطانی، عباسعلی، *کرامت انسانی و فقه*، مشهد، پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی، ۱۳۹۹.
۴۷. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۳۰، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۴۸. واعظی، احمد، مصلح، علی اصغر، *ریخته گران*، محمدرضا، حیدری، احمدعلی و ضیاء شهابی، پرویز، «میزگرد هرمنوتیک»، *نامه فرهنگ*، سال سوم، شماره ۵۸، ۱۳۸۴.
۴۹. واقدی، محمد بن عمر، *کتاب المغازی*، ج ۳، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق.

۵۰. ورعی، سید جواد، مبانی فقهی جهاد، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۹.
۵۱. ورله، گرهارد، «جنايات عليه بشریت در حقوق بین الملل معاصر». ترجمه امیرساعد وکیل، مجله حقوقی بین المللی، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹، ۱۳۸۷.
52. cockayne, James, "The Anti-slavery Potential of International Criminal Justice", *Journal of International Criminal Justice*, 14 (2), 2016.
53. Gadamer, H, *Truth and Method*, (translated by J. Weinsheimer & D.G. Marshall), London and New York, Continuum, 2004.
54. Hathaway, Oona A., Strauch, Paul K., Walton, Beatrice A. and Weinberg, Zoe A. Y., What is a War Crime?, *The Yale Journal of International Law*, 44, 2019.
55. Heidegger, Martin, *Being and Time*, Translated by: John Macquarrie & Edward Robinson, Basil Blackwell Publishers Ltd., 1962.
56. Page, C, *Philosophical historicism and the betrayal of first philosophy*, USA: The Pennsylvania State University Press, 1957.

#### پرونده بین المللی

57. Prosecutor v. Kunarac, Dragoljub, Kovač, Radomir Kovač, Radomir. anf Vuković, Zoran., ICTY (Trial Chamber), 2001.