

پیروی از قانون اساسی در نظامی سیاسی با حاکمیت جمهوری اسلامی اصول قانون اساسی افغانستان و تعارض میان آنها

رامین مشتاقی *

فهرست مطالب

۱. مقدمه
۲. اصول قانون اساسی افغانستان و روابط متقابل میان آنها
۳. رویکردی عملی به مسئله حل تعارض میان حقوق بشر و جمهوریت اسلامی در
چارچوب قانون اساسی افغانستان
۴. نتیجه‌گیری

۱. مقدمه

قانون اساسی افغانستان^۱ مصوب ۲۶ ژانویه سال ۲۰۰۴ میلادی، ثمره انجام مذاکرات و تعاملاتی^۲ پیچیده بود که پس از سقوط رژیم طالبان صورت گرفت. گام نخست برای برپایی

* دکتر رامین مشتاقی از محققان ارشد مؤسسه ماکس پلانک برای حقوق بین‌الملل و حقوق عمومی مقایسوی بود که در گروه محققان افغانستان فعالیت داشت تا آنکه از سال ۱۳۸۸ به‌عنوان مشاور حقوقی شورای شهر برلین انتخاب شد. نگارنده از خانم کاترین گین، عضو مؤسسه حقوق عمومی تطبیقی و حقوق بین‌الملل ماکس پلانک به خاطر یاری بی‌دریغ شان در تهیه منابع لازم سیاست‌گذاری می‌کند. این مقاله مبتنی بر رویدادهای رخ داده تا ابتدای سال ۲۰۱۰ نوشته شده است و برای نخستین بار با عنوان زیر به چاپ رسیده است:

1. Ramin S. Moshtaghi, "Constitutionalism in an Islamic Country. The Principles of the Afghan Constitution and the Conflicts between them", in Constitutionalism in Islamic countries / ed. by Rainer Grote and Tilmann J. Röder, New York, 2012, pp. 683. Decree No.103 published in the Official Gazette No. 818.

۲. درباره این فرآیند و مشارکت‌کنندگان در آن، نگاه کنید:

B.R. Rubin, «Crafting a Constitution for Afghanistan» in S.A. Arjomand (ed.), Constitutional Politics in

نظمی منسجم و مبتنی بر قانون اساسی برای کشوری که در اثر جنگ پاره‌پاره شده بود، تصویب توافقنامه‌ای با نام «توافقنامه ترتیبات موقت در افغانستان تا هنگام برپایی دوباره نهادهای دولتی دائم»^۳ بود که در تاریخ ۵ دسامبر سال ۲۰۰۱ انجام گرفت. این توافقنامه را، توافقنامه بن نیز می‌خوانند. این توافقنامه، قانون اساسی مصوب سال ۱۹۶۴ را احیا نمود و بندهایی را در برمی‌گرفت که مقررات دوره انتقالی را بیان می‌کرد و چارچوبی برای فرآیند تصویب قانون اساسی فراهم می‌ساخت. کمیسیون نه نفره پیش‌نویس قانون اساسی، پیش‌نویسی مقدماتی تهیه کرد. در مرحله دوم، کمیسیون سی و پنج نفره بازنگری قانون اساسی، آن را بازنگری کرد.^۵ این کمیسیون پس از مشورت عمومی در تابستان سال ۲۰۰۳، پیش‌نویس را در اواخر سپتامبر سال ۲۰۰۳ به دولت انتقالی تقدیم نمود. لویه جرگه قانون اساسی^۶ پس از مذاکرات فشرده، سرانجام در تاریخ ۴ ژانویه سال ۲۰۰۴، پیش‌نویس را با قید اصلاحاتی تأیید کرد و قانون اساسی در تاریخ ۲۶ ژانویه سال ۲۰۰۴ ابلاغ گردید.^۷

در حالی که پیش‌نویس بیشتر قانون‌های اساسی پیشین افغانستان درخفا و از سوی دولت‌هایی تهیه شده بود که نتایج احتمالی را کنترل می‌کردند و به دنبال برنامه خاصی بودند، قانون اساسی مصوب سال ۲۰۰۴، نخستین قانونی بود که محتوایش - حتی در ارتباط با مسئله شکل حکومت - مورد بحث و بررسی جدی قرار گرفت.^۸

مباحث فشرده‌ای درباره نقش حقوق بشر به‌طور کلی و برابری زن و مرد به‌طور خاص و

the Middle East (Hart Publishing, Portland 2008) 147-163; see M.H. Kamali, «References to Islam and Women in the Afghan Constitution» (2008) 22 Arab Law Quarterly 270, 271.

3. «Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan Pending the Re-establishment of Permanent Government Institutions, also named Bonn Agreement after the location of its signature, Annex to UN Doc. S/2001/1154 of December 5, 2001.

4. See Art. II.1) of the Agreement.

5. Kamali 271.

۶. لویه جرگه (مجلس/شورای بزرگ) در ماده ۱۱۰ قانون اساسی مصوب سال ۲۰۰۴ تعریف و در همان ماده، به عنوان عالی‌ترین مظهر اراده مردم افغانستان دانسته شده است. لویه جرگه از اعضای شورای ملی و رؤسای شوراهای ولایات و ولسوالی‌ها تشکیل یافته است. از لحاظ تاریخی، لویه جرگه گردهمایی نمایندگان قبایل گوناگون افغان در سطح ملی، برای دست یافتن به تصمیمات راهبردی برای کشور بوده است.

۷. برای جزئیات این فرآیند، ن ک 3 Rubin.

8. Rubin 152; cf. also Kamali 276ff.

نیز موضوع اشاره به اسلام در متن قانون اساسی، هم در کمیسیون بازنگری قانون اساسی و هم در لویه جرگه قانون اساسی صورت گرفته است.^۹ محصول توافق نهایی، قانونی است که از نظر میزان اهمیتی که برای دموکراسی، حاکمیت قانون و حقوق بشر قائل است، با قانون‌های اساسی بیشتر کشورهای اسلامی دیگر^{۱۰} منطقه و نیز با قانون اساسی پیشین افغانستان، تفاوت دارد.^{۱۱} همچنین این قانون اساسی در همان ماده اول بر اهمیتی که مردم افغانستان، (در کنار مسائلی دیگر) برای اسلام قائلند، تأکید می‌گذارد. این ماده، پایه‌گذار اصل جمهوریت اسلامی در افغانستان است؛ اصلی که نظام قانون اساسی حکومت همسایه را به یاد می‌آورد. بررسی مورد کشورهای اسلامی دیگر نشان می‌دهد که - بسته به تفسیری که از حقوق اسلامی می‌نماییم - ممکن است میان اسلام و دیگر اصول قانون اساسی، به‌ویژه حقوق بشر و حمایت از آن، تعارضاتی وجود داشته باشد. نگارنده در این مقاله، برای تحلیل این تعارضات و ارتباط اصول گوناگون قانون اساسی، اصول مختلف قانون اساسی افغانستان را معرفی (بخش ۲) و نقاط تعارض میان آنها را تحلیل خواهد کرد. سپس با تحلیل مسأله تعارض میان حقوق اسلامی و حقوق بشر در بحث رفتار با مرتدین و آزادی مذهب، رویکردی عملی برای شیوه حل و فصل تعارضات میان اصول و ارزش‌های مختلف قانون اساسی افغانستان پیشنهاد خواهد کرد (بخش ۳). در این مقاله به دلیل محدودیت مجال بحث، تنها ارزیابی کلی‌ای از اصول مختلف حکومتی ارائه خواهیم داد.^{۱۲} اما اصل جمهوریت اسلامی، از آنجا که تاکنون موضوع پژوهش جامعی نبوده است، با جزئیات بیشتری مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲. اصول قانون اساسی افغانستان و روابط متقابل میان آنها

قانون اساسی مصوب سال ۱۹۶۵ تا حدود زیادی منبع و الگوی ماده‌های اساسی و مهم

9. Kamali 282 ff.; 298 ff.

۱۰. منظور از «کشور اسلامی» در این مقاله، حکومتی است که اسلام یا یکی از مذاهب آن را به عنوان دین رسمی می‌شناسد.

11. Cf Arts. 6, 7 Afghan Constitution, Kamali 290.

۱۲. برای مطالعه جزئیات بیشتر درباره اصول قانون اساسی افغانستان، نگاه کنید:

R. Moschtaghi, «Structure and Principles of the State» (2009) 1Max Planck Manual on Constitutional Law in Afghanistan.

مندرج در قانون اساسی مصوب سال ۲۰۰۴ است. بیشتر نهادهایی که در قانون اساسی ۱۹۶۴ یافت می‌شوند، در قانون اساسی مصوب سال ۲۰۰۴ نیز مورد اشاره قرار گرفته‌اند. هر چند این دو تفاوت‌های مهمی نیز دارند. یکی از این تفاوت‌ها آن است که در قانون اساسی جدید، سلطنت همچنان منسوخ باقی مانده است.^{۱۳} البته رئیس جمهوری اسلامی افغانستان واجد اختیاراتی است که در قانون اساسی مصوب سال ۱۹۶۴ به پادشاه و نخست وزیر تعلق داشتند.^{۱۴} ویژگی بارز دیگر قانون اساسی مصوب سال ۲۰۰۴ تأکید بی‌سابقه آن بر تعهدات بین‌المللی افغانستان در رابطه با حقوق بشر^{۱۵} و نیز تأکید بر حاکمیت قانون و دموکراسی است. همچنین قانون اساسی مصوب سال ۲۰۰۴ بر ماهیت یکپارچه دولت و اهمیت اسلام برای دولت و جامعه تأکید می‌کند. به سبب اهمیتی که نویسندگان قانون اساسی برای این اصول در نظر گرفته‌اند - اهمیتی که هم در مقدمه قانون اساسی لحاظ شده است^{۱۶} و هم می‌توان بازتاب آن را در نظام قانون اساسی یافت - می‌توان این اصول را، اصول حقوق اساسی افغانستان نامید. بنابراین، بسته به اینکه حقوق بشر را چگونه طبقه‌بندی کنیم، می‌توان چهار یا پنج اصل را شناسایی نمود. این اصول عبارتند از: جمهوریت اسلامی، دموکراسی، حاکمیت قانون، واحد بودن دولت، و سرانجام، حقوق بشر و حمایت از آن.

ترتیب این اصول به نحوی که ذکر شد، به معنای تقدم هیچ‌یک از آنها بر دیگری نیست، زیرا همانطور که بعداً اشاره خواهد شد، سلسله مراتبی میان آنها وجود ندارد. تقدم و تأخر در ذکر آنها در بالا، تنها به دلیل ملاحظات عملی صورت گرفته است، زیرا تعارضات موجود

13. R.Grote, «Separation of Powers in the New Afghan Constitution» (2004) 64 Heidelberg Journal of International Law 897, 897ff. 904.

14. Grote.

15. Cf. Kamali 290.

۱۶. «ما مردم افغانستان: ۱. با ایمان راسخ به ذات پاک خداوند (جل جلاله) و توکل به مشیت حق تعالی و اعتقاد به دین مقدس اسلام، [...] ۴. با درک اینکه افغانستان واحد و یکپارچه به همه اقوام و مردم این سرزمین تعلق دارد، ۵. با رعایت منشور ملل متحد و با احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۶. به منظور تحکیم وحدت ملی و حراست از استقلال، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی کشور، ۷. به منظور تأسیس نظام متکی بر اراده مردم و دموکراسی، ۸. به منظور ایجاد جامعه مدنی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانونمندی، عدالت اجتماعی، حفظ کرامت و حقوق انسانی و تأمین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم، [...] ۱۱. و سرانجام، به منظور تثبیت جایگاه شایسته افغانستان در خانواده بین‌المللی، این قانون اساسی را مطابق به واقعیت‌های تاریخی، فرهنگی و اجتماعی کشور و مقتضیات عصر، [...] تصویب کردیم.»

بیشتر میان اصل جمهوریت اسلامی و سایر اصول قانون اساسی است. بنابراین این شیوه ترتیب بندی، به تحلیل تعارضات یادشده کمک می کند. علاوه بر این، در همین ابتدا باید به این امر پرداخت که آیا اساساً قانون اساسی یک نظام سیاسی با حاکمیت جمهوری اسلامی می تواند الزام آور باشد یا این قانون شریعت است که تنها قانون الزام آور برای یک دولت اسلامی است.^{۱۷}

الف) جمهوریت اسلامی

ماده یکم قانون اساسی مقرر می دارد:

افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می باشد.^{۱۸} این قاعده معرف اصل جمهوریت اسلامی است. توجه به این مسئله اهمیت دارد که مطابق بند یک ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان، نسخ اصل جمهوریت اسلامی از طریق اصلاح قانون اساسی ممکن نیست.

عبارت مربوط به جمهوری اسلامی در ماده اول، در کمیسیون بازنگری قانون اساسی به شدت بحث شد.^{۱۹} نظر به جایگاه محوری ای که با آوردن این اصل در نخستین ماده قانون اساسی به آن داده شده است و نظر به مصون داشتن آن از اصلاح احتمالی قانون اساسی، این سخن یکی از اعضای برجسته کمیسیون شگفت آور است: «هیچ کس بر تبعات قضائی پیشنهاد نظام سیاسی جمهوری اسلامی و اینکه چنین نظامی سیاسی ممکن است برای قوه قضائیه و نظام حقوقی چه تبعاتی داشته باشد، توجه نکرد».^{۲۰}

در واقع متن قانون اساسی نیز جزئیات بیشتری درباره ماهیت و شاکله «دولت جمهوری اسلامی» به دست نمی دهد. بر این اساس، ماده ۱ به عنوان «مهمترین و در عین حال،

۱۷. برای معنای «شریعت»، نگاه کنید به ادامه مقاله.

۱۸. تأکید از نویسنده است. همچنین نگاه کنید:

Kamali 281.

۱۹. برای جزئیات این بحث، نگاه کنید:

Kamali 282ff.

20. Kamali 282.

مبهم‌ترین ماده این قانون اساسی»^{۲۱} نامیده و ادعا شده است که گنجاندن این ماده، بیشتر نوعی پیام سیاسی با هدف جلب نظر عموم مردم بود تا تصمیمی با هدف تأثیرگذاری بر دولت و نهادهای آن.^{۲۲} با این حال - همانطور که نشان خواهیم داد - پژواک اصل جمهوریت اسلامی را مکرراً در قانون اساسی و نظم حقوقی افغانستان می‌توان یافت. بعلاوه، اهمیت بسیاری دارد که تفسیری از این اصل و پژواک آن در نظام حقوقی به دست دهیم که با ساختار کلی قانون اساسی افغانستان مطابقت داشته باشد و بدین‌سان بتواند استدلال‌هایی به دست دهد که بتوان از آنها در برابر تلاش افراطیون سیاسی برای سوء استفاده از این اصل جهت ایجاد مانع در راه اصلاح اجتماع و حکومت استفاده کرد؛ تلاشی که بیشتر در قالب ارائه تفاسیر بنیادگرایانه از اسلام و حقوق اسلامی صورت می‌گیرد.

به دلیل ابهام موجود در ماده یک قانون اساسی افغانستان، درپیش گرفتن رویکردی تطبیقی با هدف تشریح محتوای این اصل از طریق مقایسه آن با دکترین حقوق اساسی دیگر جمهوری‌های اسلامی مناسب به نظر می‌رسد. چنین مقایسه‌ای می‌تواند مشخص کند که آیا می‌توان بعضی ابعاد مشترک آنها را به دکترین حقوق اساسی افغانستان انتقال داد یا نه. بدین‌سان می‌توان محتوای مفهوم جمهوریت اسلامی و پی‌آمدهای احتمالی پذیرش آن را برای نظام حقوقی شفاف‌تر ساخت. با این حال باید این حقیقت را در نظر داشت که انتقال مستقیم ایده‌ها زیاد ممکن نیست، زیرا هیچکدام از دو الگوی ایران و پاکستان برای ساختار افغانستان مناسب به نظر نمی‌رسد. نخست آنکه هر دو نظام، ویژگی‌های جوامع خود را بازتاب می‌دهند^{۲۳} و دوم آنکه به نظر می‌رسد که در طول بحث بر روی ماده یک، این اجماع وجود داشته است که هیچ‌یک از این دو الگو نباید بر افغانستان اعمال شود.^{۲۴} بنابراین، برای

21. Kamali 281.

22. Kamali 282 ff.

۲۳. به‌طور خاص، نظام حقوق اساسی ایران با دربرداشتن اصل بنیادی ولایت‌فقیه، قویاً بر دکترین شیعی امامت استوار است و بنابراین قابل انتقال به جامعه‌ای با اکثریت سنی نیست. برای ویژگی‌های نظام حقوق اساسی ایران، نگاه کنید:

S. Tellenbach, Untersuchungen zur Verfassung der Islamischen Republik Iran vom 15. November 1979 (Schwarz, Berlin Freiburg 1985); A. Schirazi, The Constitution of Iran-Politics and the State in the Islamic Republic (LB. Tauris & Co Ltd, London New York 1997); Moschtaghi (n 13).

24. Kamali 283ff.

وارد نمودن هر کدام از ابعاد جمهوریت اسلامی به دکترین حقوق اساسی افغانستان از طریق درپیش گرفتن رویکرد مقایسه‌ای، ضرورتاً بایستی دو شرط برآورده شود: نخست، باید درباره هر یک از موضوعات مد نظر، میان نظامهای حقوق اساسی جمهوری‌های اسلامی مختلفی که مطالعه می‌شوند،^{۲۵} مطابقت و هماهنگی وجود داشته باشد تا از این راه از مخدوش کردن تفسیر و اعمال حقوق اساسی افغانستان از سوی ویژگی‌های اختصاصی هر یک از این کشورها، جلوگیری شود. دوم آنکه، تنها ابعاد کلی برخی از عناصر محوری جمهوریت اسلامی را می‌توان بر افغانستان اعمال‌پذیر دانست و جزئیات را باید بر اساس خصوصیات حقوق اساسی افغانستان و خصوصاً سایر اصول قانون اساسی استخراج نمود.

نخستین پرسش درباره اصل جمهوریت اسلامی آن است که آیا اساساً ایده وجود قانون اساسی‌ای که از نیروی الزام‌آور برای همه ارگان‌های حکومت برخوردار است، با مفهوم جمهوریت اسلامی مطابقت دارد یا نه. مهم‌تر از همه، ممکن است این تلقی وجود داشته باشد که حکومت اسلامی واقعی نمی‌تواند تحت حاکمیت قوانین ساخته بشر قرار گیرد و تنها شریعت است که چنین صلاحیتی را دارد. معنای واژگانی اصطلاح عربی «شریعه» عبارت است از «راه منتهی به منبع آب».^{۲۶} در ادبیات دینی این اصطلاح ناظر به راهی است که خداوند برای انسان‌ها معین کرده و توسط پیامبر او، حضرت محمد [ص]، ابلاغ گردیده است.^{۲۷} شریعت، مبتنی بر قرآن و سنت است. قرآن، کتاب مقدس دین اسلام است، و سنت ناظر به گزارشهای برجای‌مانده از زندگی محمد [ص] است، یعنی فعل، قول، تقریر یا ترک فعلی که به مثابه پیامبر از ایشان صادر شده است. در دکترین اسلام محمد [ص] - در مقام پیامبری - معصوم است. شریعت، بر تن همه ابعاد دین، جامعه قواعد و مقررات می‌پوشاند

۲۵. در حال حاضر در کنار افغانستان، کشورهای ایران، موریتانی و پاکستان نیز نظام حکومتی جمهوری اسلامی دارند. اگرچه حکومت‌های اسلامی دیگری نیز - مانند عربستان سعودی - وجود دارند، نظام سیاسی آنها جمهوری اسلامی نیست. بنابراین، نظام حقوق اساسی آنها کمک زیادی به پیشبرد بحث جمهوریت اسلامی نمی‌کند.

26. M. Rohe, Das Islamische Recht (C.H. Beck, Munchen 2009) 9.

27. A.E. Baradie, Gottes-Recht und Menschen-Recht (Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983) 22; I. Abdal-Haqq, «An Overview of its Origin and Elements» in H.M. Ramadan (ed), Understanding Islamic Law (Rowman & Littlefield, Lanham 2006) 4; in detail on the history of the term Shari'ah, T.Nagel, Das islamische Recht (WVA-Verlag, Westhofen 2001) 4ff.

و همچون منبعی برای باورهای اسلامی، شامل مناسک و اخلاق دینی - تلقی می‌شود، که پیروی از آن الزامی است.^{۲۸} اگرچه شریعت تنها موضوعات حقوقی را دربرنمی‌گیرد، اما منبع مقدس و تغییرناپذیر همه اصول حقوق اسلامی و تلقی می‌شود.^{۲۹} مثلاً، نظام حقوقی عربستان سعودی رسماً بر این عقیده استوار است که تنها قانون اساسی پذیرفتنی، شریعت است.^{۳۰}

(۱) ویژگی هنجاری قانون اساسی

دلائل متعددی وجود دارد که نشان می‌دهد دو مفهوم «قانون اساسی هنجاری» و «جمهوری اسلامی» مانعة‌الجمع نیستند. نخست آنکه بسیاری از متخصصان سنتی حقوق اسلامی (علما) به‌صراحت این را پذیرفته‌اند که داشتن قانون اساسی الزام‌آور برای تأسیس حکومت اسلامی، امری ضروری است، زیرا شریعت، مرزهای حقوقی‌ای را که باید جامعه مسلمانان (امت) توسعه دهد، مشخص کرده‌است، اما موضوعات بسیاری را نیز باقی گذاشته‌است تا درباره آنها به‌صورت مورد به مورد و بر اساس مقتضیات زمان و شرایط اجتماعی تصمیم‌گیری شود.^{۳۱}

در واقع زمانی که انقلاب مشروطه در دهه نخست قرن بیستم در ایران رخ داد، مسئله داشتن قانون اساسی هنجاری، مورد اختلاف علما بود، اما سرانجام بیشتر آنها این موضوع را پذیرفتند که داشتن قانون اساسی هنجاری، در صورت داشتن برخی پیش‌نیازها، با اسلام

۲۸. برای جزئیات بیشتر در مورد اصطلاح «شریعت»، نگاه کنید:

Abdal-Haqq (n 28) 4; Baradie (n 28) 22; Nagel (n 28) 4ff. Regarding doctrinal differences between Shi'ite and Sunni Islam concerning the Shari'ah and its content, M. Momen, An Introduction to Shi'i Islam (Yale University Press, New Haven London 1985) 172ff.; H. Halm, Der schiitische Islam, (C.H. Beck, Munich 1994); cf. H. Modaressi Tabataba'i, An Introduction to Shi'i Law (Ithaca Press, London 1984) 2ff.; R. Cleave, Inevitable Doubt- Two Theories of Shi'i Jurisprudence (Brill, Leiden 2000) 1; Vol. 1 108; H. Loschner, Die dogmatischen Grundlagen des Schiitischen Rechts (Heymann, Cologne 1971) 86ff.; W. Buchta, Die iranische Schia und die islamische Einheit 1979-1996 (Deutsches Orient-Institut, Hamburg 1997) 29; Rohe (n 27) 9ff.

29. Abdal-Haqq (n 28) 5; cf. G.M. Badr, A Survey of Islamic International Law» in M.W. Janis and C. Evans (eds), Religion and International Law (The Hague Boston 1999) 95ff. 95.

30. In fact, the Basic Law (nizam) serves as an informal constitution establishing the structure of the absolute monarchy. Cf. Carnegie Endowment for International Peace, http://www.camegieendowment.org/files/Saudi_Arabia_APS.doc, accessed September 08, 2009.

31. M. Asad, The Principles of State and Government in Islam (University of California Press, Berkeley 1961) 1ff., 12ff.

مطابقت دارد.^{۳۲} در سال ۱۹۷۹، هنگامی که پس از سقوط آخرین شاه از سلسله پهلوی، جمهوری اسلامی در ایران تأسیس شد، یکی از نخستین کارهایی که نیروهای انقلابی انجام دادند، آغاز فرآیندی تأسیس پایه‌ای با هدف تصویب قانون اساسی جدیدی بود.^{۳۳} عمدتاً اینگونه تصور می‌شود که این قانون اساسی، زیربنای نظام حقوقی و معیار تعیین صلاحیت‌ها و اختیارات همه ارگان‌های دولتی است.^{۳۴}

در پاکستان نیز انگیزه اصلی پیشنهاد طرح «اصول قانون اساسی اسلامی» که توسط علمای برجسته برای گنجانده شدن در قانون اساسی پاکستان طراحی شد، همانا فکر ایجاد قانون اساسی الزام‌آور بود.^{۳۵}

از آن رو که هم ایران که به‌عنوان جمهوری اسلامی شیعی پایه‌گذاری شده^{۳۶} و هم پاکستان که اکثریت جمعیت آن سنی مذهب است، داشتن قانون اساسی الزام‌آور را پذیرفته‌اند، می‌توان این اندیشه را هم در تشیع و هم در تسنن اندیشه‌ای پذیرفتنی دانست. این همنوایی، دلیل محکمی برای این سخن است که اندیشه‌ی قانون اساسی الزام‌آور، می‌تواند از سوی دکتترین حقوق اساسی در افغانستان پذیرفته شود.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان دلایل دیگری نیز برای تأیید این مسئله به دست می‌دهد. این ماده، سخن از امکان اعمال فقه حنفی در دعاوی قضائی، همچون روشی مکمل به

۳۲. برای جزئیات بیشتر، نگاه کنید:

A.H. Hairi, *Schiism and Constitutionalism in Iran* (Brill, Leiden 1977); S.A. Arjomand, «Islam and Constitutionalism since the Nineteenth Century: the Significance and Peculiarities of Iran» in, S.A. Arjomand 3Sff.; S.A. Arjomand, «The Kingdom of Jurists: Constitutionalism and the Legal Order in Iran» in this volume.

33. Iranian Constitution of November 15, 1979, including the amendments of July 28, 1989, Official Gazette (ruznameh-ye rasmi) No.12957 in A.P. Blaustein (ed), *Constitutions of the countries of the world* (Oceana Publishers, Dobbs Farry NY 2006); cf. for the Iranian constitutional process Tellenbach; Schirazi; Moschtaghi.

۳۴. هاشمی؛ محمد حسین، وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی (نشر ثالث، تهران ۱۳۸۶).

۳۵. برای مطالعه ماجرای این طرح، نگاه کنید:

S.A.A. Maududi, *Islamic Law and Canstitution* (Islamic Publishers, Lahore 1960) 26ff. (For the text of the Principles, see appendix!).

۳۶. اصل ۱۲ قانون اساسی ایران.

میان می‌آورد.^{۳۷} البته اعمال فقه حنفی باید در محدوده قانون اساسی باشد.^{۳۸} بنابراین، اگر حکمی از فقه حنفی در موضوع تحت رسیدگی در یک پرونده، اعمال‌شدنی باشد، ولی با قانون اساسی مطابقت نداشته باشد، این حکم یا باید کنار گذاشته شود و یا اینکه تفسیری از آن مد نظر قرارگیرد که با قانون اساسی مطابقت دارد. اگر در افغانستان تنها شریعت، دارای قدرت هنجاری می‌بود، دلیلی نداشت که قانون اساسی، اعمال فقه حنفی را محدود نماید. از آنجا که ترجمه اصطلاح عربی فقه در زبان دری/فارسی «فهم» یا «دانایی» است،^{۳۹} این اصطلاح بر دانش حقوق اسلامی دلالت دارد.^{۴۰} از آن رو که شریعت، قانون خداوند و بازگوکننده خواست و اراده اوست، علم حقوق اسلامی نمی‌تواند درباره ریشه و اعتبار آن چون و چرا کند. بنابراین فقه منحصرراً دو چیز را هدف خود می‌داند: یکی کشف اراده خداوند که در شریعت بیان شده است و دیگری اعمال آن بر موضوعات و دعاوی گوناگون، خواه واقعی باشند و خواه فرضی.^{۴۱} تنها هدف فقه، تفسیر اراده خداوند و ارزیابی رفتار انسان بر آن اساس است.^{۴۲} از همین رو، فقه را دانش استخراج هنجارهای حقوقی از منابع قانون در موضوعات معین دانسته‌اند.^{۴۳} از آنجا که مطابق دکترین اسلامی، شریعت را باید نظام حقوقی جامع تلقی نمود، که البته نیازمند تفسیر و استخراج جزئیات است، هدف فقه ارزیابی و قانونمند کردن همه ابعاد زندگی بر مبنای شریعت است.^{۴۴} این دو اصطلاح ارتباط مستقیم با یکدیگر دارند.

37. Cf. Kamali 290.

۳۸. ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند. هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده [تأکید توسط نویسنده افزوده شده است]، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نمایند.»

39. In detail Nagel (n 28) 6ff.; cf. Abdal-haq 6.

40. Baradie 43; NJ. Coulson, A History of Islamic Law (University Press, Edinburgh 1964) 75; Loschner 27; S. Mahmoudi, «The Shari'a in the New Afghan Constitution (2004) 64 Heidelberg Journal of International Law 867ff.

41. Coulson (n44) 75ff.; cf. Abdal-Haq 5; Nagel 6ff.; M. Asad 11ff.; cf. FBroschk, Gottes Gesetz zwischen Elfenbeinturm und Außenpolitik-Schiitisches Völkerrecht in der Islamischen Republik Iran (EB-Verlag, Hamburg-Schenefeld 2008) 18.

42. Nagel 9.

43. Loschner 27; cf. Baradie 43.

44. Abdal-Haq 5.

شریعت، برای آسان کردن ارزیابی رفتارهای مشخص و عینی انسان، به فقه وابسته است.^{۴۵} نهایتاً، خصوصیت الزام‌آور بودن قانون اساسی در ماده ۱۲۱ نیز مورد تأکید قرار گرفته است. مطابق این ماده، دیوان عالی افغانستان مطابق درخواست دولت یا دادگاهی در سطح پایین‌تر از خود می‌تواند صحت اجرای قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول، و میثاق‌های بین‌المللی و تفاسیر آنها را با قانون اساسی بازبینی کند. اگر قانون اساسی الزام‌آور نبود، بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی معنایی نداشت. زیرا در آن صورت، تنها پرسشی که موضوعیت داشت، این بود که آیا قوانین با شریعت مطابقت دارند یا نه.

با این حال، این امر که قانون اساسی الزام‌آور است و با شریعت یکی نیست، به این معنا نیست که قانون اساسی و نظام حقوقی افغانستان نسبت به اسلام یا شریعت بی‌تفاوت است. در ادامه، تأثیرات اصل جمهوریت اسلامی را بر نظام قانون اساسی به تفصیل، بررسی خواهیم کرد.

۲) تأثیرات اصل جمهوریت اسلامی بر نظام حقوق اساسی

به باور نگارنده، پذیرش اصل جمهوریت اسلامی به شش شکل بر هر نظام حقوق اساسی که آن را می‌پذیرد، اثر می‌گذارد. نخست، باید قانون اساسی و همه قوانین با شریعت مطابقت داشته باشد. دوم، بررسی مطابقت قانون اساسی با شریعت باید از طریق بازنگری قوانین توسط دستگاه قضائی یا هر نوع بازنگری دیگری از آن نوع، صورت گیرد. سوم، اسلام یا هر یک از مکاتب حقوقی آن، باید به عنوان مذهب رسمی حکومت شناخته شود. چهارم، حکومت اسلامی موظف است که به اصل برابری شهروندان خود، پایبند باشد و از هرگونه تبعیضی نسبت به آنها خودداری کند. پنجم، حکومت اسلامی باید به دنبال عدالت اجتماعی برای همه شهروندان خود باشد، و سرانجام اینکه حکومت باید به ارتقای آموزش مردم و حمایت از خانواده همت بگمارد. علاوه بر این، برخی امور جزئی‌تر نیز هست، مانند بکارگیری

45. Baradie 44.

یکی از تفاوت‌های مهم این است که با آنکه قواعد و اصول شریعت مصون از خطا، جاودانه و تغییرناپذیر تلقی می‌شوند، نتایج و مقرراتی که فقه به آن می‌رسد، می‌تواند با گذشت زمان و تغییر شرایط اصلاح شوند.
Abdal-Haq S; if. G. M. Badr, «ASurvey ofislamic International Law» inJanis and Evans (eds) (n 33) 95ff.

برخی نمادهای رسمی مرتبط با اسلام و اصولی مانند استقلال قضائی، که انعکاس اصول دیگر قانون اساسی اند، اما اصل جمهوریت اسلامی نیز بر آنها صحنه می‌گذارد. با وجود این، از آنجایی که موارد اخیر یا اهمیت کمی دارند یا ضرورت آنها بیشتر توسط اصول دیگر قانون اساسی مورد تأکید است، در ادامه فقط به صورت گذرا به آنها خواهیم پرداخت.

- مطابقت قانون اساسی با شریعت

طی انقلاب مشروطه در ایران، علمای شیعه خواستار این شدند که اگر قرار است قانون اساسی از سوی ایشان تأیید گردد، باید با شریعت مطابقت داشته باشد. در این راستا همچنین باید ضمانتی وجود داشته باشد که هرگونه تقنین مبتنی بر قانون اساسی، مطابق با شریعت خواهد بود.^{۴۶} پیروان شیعه و سنی اسلام سیاسی، هر دو اتفاق نظر دارند که حکومتی که قوانین اساسی یا قوانین عادی مخالف اسلام دارد، نمی‌تواند ادعا کند که جمهوری اسلامی است.^{۴۷} بنابراین، اولاً خود قانون اساسی یک نظام سیاسی مبتنی بر جمهوری اسلامی نمی‌تواند غیر اسلامی باشد و ثانیاً باید این ضمانت وجود داشته باشد که همه قوانین - که خود بر قانون اساسی استوارند - با اسلام مطابقت دارند.^{۴۸}

در باره مطابقت خود قانون اساسی افغانستان با اسلام، می‌توان دید که این مطابقت وجود دارد. قانون اساسی افغانستان نه تنها قویاً بر سنت حقوق اساسی افغانستان استوار است - سنتی که خود عمیقاً در اسلام و دکتترین حقوقی آن ریشه دارد -^{۴۹} بلکه چندین تن از علما نیز در کمیسیون بازنگری قانون اساسی و هم در لویه جرگه قانون اساسی شرکت داشتند.^{۵۰} دور از

۴۶. برای جزئیات بیشتر، نگاه کنید:

Hairi; S.A. Arjomand, «Islam and Constitutionalism since the Nineteenth Century: the Significance and Peculiarities of Iran» in S.A. Arjomand (ed) 38ff.; A. U. Jan, in J.J. Donohue and L. Esposito (eds), *Islam in Transition-Muslim Perspectives* (2nd ed. Oxford University Press, Oxford 2007) 320.

۴۷. درباره این نکته، به مثابه شرطی لازم برای همه حکومت‌های اسلامی، نگاه کنید:

H. Enayat, *Modern Islamic Political Thought* (I.B. Tauris London New York 2004) 85, 99; Asad 1ff.; cf. also Hairi 194.

48. Cf. Maududi 45ff.; As ad 87ff.; H. Algar (tr), S. R. Khomeini, *Islam and Revolution- Writings and Declarations of Imam Khomeini* (Mizan Press, Berkeley 1981) 40ff.; Enayat 85, 99.

49. M.H. Kamali, *Law in Afghanistan* (Brill, Leiden 1985) 19 ff.

50. Cf. Kamali 283.

ذهن است که ایشان به قانون اساسی غیراسلامی رضایت داده باشند.
قانون اساسی افغانستان درباره تضمین مطابقت قوانین عادی با شریعت، قانون اساسی افغانستان در ماده ۳ چنین می گوید:

در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.^{۵۱}

ضمانت مشابهی نیز در قانون اساسی ایران (اصل ۴) و قانون اساسی پاکستان (پاراگراف ۱ ماده ۷۲۲) وجود دارد. با وجود این، علیرغم اینکه باورمندان به اسلام سیاسی، چه سنی و چه شیعه، در این باره که قوانین عادی باید با شریعت مطابقت داشته باشند،^{۵۲} دیدگاه یکسانی دارند، اما این دو گروه در این مورد که آیا متابعت فقه نیز برای قانونگذار الزام آور است یا نه، اختلاف نظر دارند.^{۵۳} می توان این اختلاف نظر را با مقایسه میان نظام قانون اساسی دیگر کشورهایی که اصل جمهوریت اسلامی را می پذیرند، خصوصاً ایران و پاکستان، به روشنی دریافت. قانون اساسی جمهوری اسلامی پاکستان در بند ۱ ماده ۲۲۷ مقرر می کند:

همه قوانین موجود باید با احکام اسلام که در قرآن مجید و سنت بیان شده اند، مطابقت داشته باشد، [...] و هیچ قانونی نمی تواند تصویب شود که مورد تأیید اسلام نباشد.

شریعت متشکل از قرآن و سنت پیامبر است. بنابراین، بند ۱ ماده ۲۲۷ خواستار مطابقت قوانین عادی با شریعت است و نه با فقه یک مذهب خاص.^{۵۴}

۵۱. کمالی نیز همین گونه ترجمه کرده است: [مترجم: اصل این مقاله به زبان انگلیسی است و نویسنده، این ماده قانون اساسی را به انگلیسی ترجمه کرده است و اشاره به این دارد که ترجمه وی و کمالی مطابقت دارند.]

۵۲. درباره این نکته، به مثابه شرطی لازم برای همه حکومت های اسلامی، نگاه کنید: Enayat 85, 99; cf. Maududi 45ff.; Asad 87ff.; Khomeini 40ff.; Seyyid Qutb, Milestones (Islamic Book Service, New Dehli 2006) 9; cf. also the preamble of the Mauritanian Constitution of 16 July 1991, English text in A.P.Blaustein (ed), Constitutions of the Countries of the World Vol. XII.

53. Asad 11 ff.

۵۴. معنای تحت اللفظی مذهب نیز - مانند شریعت - «راه» است و مکاتب مختلف حقوق اسلامی را دربرمی گیرد. با آنکه در سده های آغازین اسلام، دست کم نوزده مکتب حقوق اسلامی وجود داشته است، این تعداد در سده های بعدی کاهش یافته و امروزه تنها پنج مکتب اصلی باقی مانده است. برای جزئیات بیشتر درباره مکاتب مختلف حقوقی، نگاه کنید:

برعکس، اصل ۴ قانون اساسی ایران مطابقت قوانین عادی را با شریعت و فقه یک مکتب حقوقی خاص اسلامی، یعنی مذهب شیعه جعفری لازم می‌داند.^{۵۵} مقررات هر دو کشور ایران و پاکستان با نظام حقوق اساسی آنها هماهنگی دارد، زیرا قانون اساسی پاکستان^{۵۶} اسلام را به طور کلی - و بدون ارجاع به مذهبی خاص - دین رسمی حکومت اعلام می‌کند، حال آنکه در ایران، دین رسمی، اسلامی است که توسط مکتب فقهی جعفری مورد تفسیر قرار می‌گیرد.^{۵۷} می‌توان از تفاوتی که میان این دو قانون اساسی وجود دارد نتیجه گرفت که مفهوم جمهوریت اسلامی در معنای کلی خود، مطابقت قوانین عادی را با تمام پیکره فقه اسلامی، شامل فقه یکی از مکاتب حقوقی اسلامی، لزوماً ضروری نمی‌داند.^{۵۸} بنابراین اصل جمهوریت اسلامی به شکلی که در ماده ۱ قانون اساسی افغانستان معرفی گردیده است، جزئیات بیشتری درباره محتوای قاعده عدم مطابقت یادشده در ماده ۳ به دست نمی‌دهد.

ماده ۳ قانون اساسی افغانستان اساساً نوآوری خاصی در دکترین حقوق اساسی افغانستان دربر ندارد، زیرا همه قانون‌های اساسی سابق افغانستان، به استثنای قانون اساسی کمونیستی مصوب سال ۱۹۸۰، قاعده عدم مطابقت را دارا بودند که مقرر می‌داشت که مقررات تقنینی

Abdal-Haqq 24 ff.

مکاتب اهل تسنن، عبارتند از حنفی، مالکی، شافعی، و حنبلی. مکتب حقوقی شیعه، مکتب جعفری است. مکاتب حقوقی شیعی دیگر - که البته پیروان کمتری دارند - عبارتند از اسماعیلی و زیدی. مکاتب مختلف، هم از لحاظ دکتربین و هم از لحاظ ابعاد عملی مناسک دینی و زندگی روزمره، با هم تفاوت دارند.

Abdal-Haqq 24; J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Clarendon Press, Oxford 1982) 28ff.

هر فرد مسلمان، به مذهبی مشخص تعلق دارد که قواعد آن - هم در امور عبادی و هم در امور حقوقی مثل ارث یا نکاح - برای او الزام‌آورند.

Buchta 32.

۵۵. اصل ۴: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد.» این نه تنها شامل شریعت، بلکه شامل فقه مکتب حقوقی شیعه جعفری نیز هست.

Mahmoudi 871; Moschtaghi (Teil: 2, B.) 1.2.2.

۵۶. ماده ۲ قانون اساسی پاکستان: «اسلام مذهب رسمی حکومت پاکستان است.» قانون اساسی مصوب ۱۲ آوریل ۱۹۷۳، شامل اصلاحیه‌های مصوب ۳۱ ژوئیه سال ۲۰۰۴. برای متن انگلیسی، نگاه کنید:

Blaustein (ed) Vol. XIV.

۵۷. اصل ۱۲ قانون اساسی ایران: «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الأبد غیر قابل تغییر است.»

58. AlsoAsad 11 ff.

نباید ناقض اصول اولیه اسلام باشند.^{۵۹}

با این حال نه قانون اساسی کنونی و نه قانون‌های اساسی پیشین، هیچکدام با تفصیل بیشتری قلمرو دقیق این مسئله را توضیح نمی‌دهند و به این ترتیب این پرسش را بی‌پاسخ می‌گذارند که معیار عدم مطابقت با اسلام دقیقاً چیست.^{۶۰} ماده ۳ نسبتاً مبهم است و میدان وسیعی به تفسیر می‌دهد. بنابراین می‌توان ادعا کرد که ماده ۳ هم بر شریعت (در معنای مضیق آن) و هم بر مقررات فقهی دلالت می‌کند. در حقیقت کمالی این خوف را دارد که محتوای این مقررۀ دقیقاً همین معنای دوپهلوی باشد، زیرا جمله‌بندی ماده ۳ قانون اساسی کنونی در مقایسه با قانون اساسی مصوب سال ۱۹۶۴ عمومی‌تر است.^{۶۱} البته دیدگاه وی کمی مبهم است، زیرا هم‌زمان می‌گوید که اصطلاح احکام (جمع حکم)، دلالت حقوقی و در نتیجه ارجاع به فقه دارد.^{۶۲} علاوه بر این، از آنجایی که در زبان دری/فارسی بکارگیری دو واژه متفاوت برای انتقال معنایی واحد بسیار رایج است، ذکر هم‌زمان اصطلاح «معتقدات» و «احکام» لزوماً بدان معنا نیست که «احکام» به معنایی فراتر از «معتقدات» دلالت دارد.

با آنکه دلیلی قاطع برای تفسیر موسّع ماده ۳ قانون اساسی افغانستان (که هم فقه و هم شریعت را دربرگیرد) وجود ندارد، چند نکته وجود دارد که نشان می‌دهد که علیرغم بیان بظاهر موسّع‌تر ماده ۳، این ماده تنها ناظر به شریعت است و آن هم تنها بخش‌هایی از شریعت که همه مکاتب حقوقی اسلامی بر آن توافق دارند. محکم‌ترین دلیل برای اثبات این ادعا آن است که قانون اساسی مصوب سال ۲۰۰۴، بر خلاف قانون‌های اساسی پیشین، به برتری هیچ‌یک از مکاتب حقوقی اسلام بر مکاتب دیگر قایل نیست.^{۶۳} سند این مدعا،

59. Kamali 286; Kamali 27 ff.

60. Kamali 286.

61. Kamali 286.

ماده ۶۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۶۴ مقرر می‌داشت: هیچ قانونی نمی‌تواند با اصول اولیه دین مقدس اسلام و ارزش‌های دیگری که در قانون اساسی گنجانده شده است، مخالفت داشته باشد.

62. Kamali 286.

برای تشابه این دو اصطلاح، همچنین نگاه کنید:

Rohe 90.

۶۳. برای قانون‌های اساسی پیشین افغانستان، نگاه کنید:

ماده ۲ قانون اساسی است که به اسلام به طور کلی ارجاع می دهد و به مذهب خاصی اشاره نمی کند.^{۶۴} به مذهب حنفی، به مثابه مکتب حقوقی مورد پذیرش اکثریت مردم افغانستان، تنها در ماده ۱۳۰ اشاره رفته است،^{۶۵} که در آنجا نیز تنها کارکردی تکمیلی برای سایر قوانین دارد. با در نظر گرفتن این واقعیت که قانون اساسی افغانستان - برخلاف قانون اساسی ایران^{۶۶} که مذهب جعفری را مذهب رسمی حکومت می شناساند - برای هیچ کدام از مکاتب حقوقی اسلامی برتری قایل نمی گردد، و هیچ کدام را مذهب رسمی معرفی نمی کند، به سختی می توان برتری دادن به مکتبی خاص از مکاتب فقه اسلامی را از طریق محدود کردن قانون گذار به فقه آن مکتب پذیرفت.

علاوه بر این، شرایط لازم برای عضویت در نهادهای مسئول بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی - و به این ترتیب با ماده ۳ آن نیز - این موضع را تقویت می کند که تفسیر صحیح قاعده مطابقت، همانا تفسیر مضیق آن است که تنها ناظر به شریعت است. ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان^{۶۷} به دیوان عالی کشور صلاحیت انحصاری بررسی مطابقت قوانین و فرامین تقنینی با قانون اساسی را در صورت درخواست دولت یا دادگاه، می دهد. این صلاحیت، بررسی مطابقت قوانین با ماده ۳ را نیز در بر می گیرد.^{۶۸} ماده ۱۱۸ در ارتباط با صلاحیت های حرفه ای لازم برای عضویت در دیوان عالی کشور، مقرر می کند که اعضا باید تحصیلات عالی در حوزه حقوق یا فقه داشته باشند. به علاوه باید از تخصص و تجربه کافی در نظام قضائی افغانستان نیز بهره مند باشند. بر این اساس، به هیچ روی لازم نیست

Kamali 27ff.

۶۴. ماده ۲ قانون اساسی افغانستان: «دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است».

۶۵. ماده ۲ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۶۴ افغانستان در این مورد متفاوت بود و مکتب حنفی را مذهب رسمی حکومت اعلام می کرد.

۶۶. نگاه کنید به اصل ۱۲ قانون اساسی ایران.

۶۷. ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان: «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد».

68. Mahmoudi 872; cf. R. Grote 897, 912; Rubin; R. Moschtaghi, «Organisation and Jurisdiction of the Newly Established Afghan Courts-The Compliance of the Formal System of Justice with the Bonn Agreement,» Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 10 (2006) 561.

که نامزدهای این مقام، ضرورتاً تحصیلات فقهی داشته باشند. با وجود این، از آنجایی که حقوق افغانستان عمیقاً ریشه در فقه اسلامی دارد، قاضی‌ای که هیچ دانشی از فقه اسلامی و مکتب فقهی حنفی - که مذهب اکثریت مردم افغانستان است - نداشته باشد، به ندرت دارای تخصص کافی در نظام قضائی افغانستان است. به این ترتیب، این مقرر ضامن این امر است که قُضات، دست‌کم دانشی ابتدایی در این حوزه داشته باشند. با وجود این، اگر قرار بود که دیوان عالی علاوه بر مطابقت قوانین با شریعت، درباره مطابقت آنها با فقه نیز تصمیم‌گیری کند، باید در قانون اساسی مقررهای نیز به این مضمون وجود می‌داشت که نامزدها باید از دانش یا تجربه کافی در فقه مذهب حنفی یا هر مکتب فقهی اسلامی دیگری برخوردار باشند. در مقابل، در نظام حکومتی جمهوری اسلامی ایران، «شورای نگهبان» مسئول بررسی مصوبات مجلس است (اصول ۷۲ و ۹۶ قانون اساسی ایران) و نیمی از اعضای این شورا فقیهانی هستند که فقه جعفری آموخته‌اند^{۶۹} و تعیین مطابقت قوانین با اصول اسلامی تنها با رأی اکثریت فقها صورت می‌گیرد. فقهای این شورا، باید در زمینه دکتترین و فقه مکتب شیعه جعفری متخصص (مجتهد) باشند. بنابراین، آنها صلاحیت لازم را دارند که درباره پرسش‌های دشوار مربوط به جزئیات فقه جعفری اظهار نظر کنند.^{۷۰}

اینکه نظام قانون اساسی افغانستان فاقد شروط مشابه برای عضویت در دیوان عالی است - که خود موجب می‌گردد تا تضمینی وجود نداشته باشد که این دیوان، صلاحیت حرفه‌ای لازم را برای حل مسائل جزئی و دشوار در راستای مطابقت قوانین با جزئیات فقه مکتبی خاص، داشته باشد - نشان می‌دهد که تفسیر موسّع ماده ۳ قانون اساسی به نحوی که تنها فقه مکتب حقوقی خاصی را دربرگیرد، قابل دفاع نخواهد بود.

- اجرای ماده ۳ قانون اساسی افغانستان از طریق بازنگری قضائی

بیشتر جمهوری‌های اسلامی برای عملی کردن الزام مطابقت همه قوانین با شریعت، رویه

۶۹. شش عضو دیگر این شورا، حقوق‌دان و غیرفقیه هستند.

۷۰. برای تفصیل بیشتر درباره اعضای شورای نگهبان، نگاه کنید:

خاصی را برای بررسی قوانین ایجاد کرده‌اند.^{۷۱} این بررسی می‌تواند از طریق نظارت کلی و پیش‌گیرانه بر هر یک از مسوده‌ها، پیش از تصویب آن مسوده صورت گیرد یا از طریق بازنگری قوانین مسئله‌دار پس از تصویب آنها. قانون‌های اساسی ایران و پاکستان، هر یک رویکرد متفاوتی را در این زمینه درپیش گرفته‌اند.

در جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان برای بررسی مطابقت همه مصوبات مجلس با فقه جعفری تأسیس شده است (اصل ۹۴ قانون اساسی ایران)،^{۷۲} در حالی که قانون اساسی پاکستان، نهاد «محکمه شرع» را تأسیس نموده که وظیفه‌اش بررسی مطابقت قوانین با شریعت در صورت درخواست تجدیدنظر از سوی برخی نهادهای حکومت و یا در صورت صلاحدید خود دادگاه، است (مواد ۲۰۳C و ۲۰۳D).

قانون اساسی افغانستان امکان هر دو گونه نظارت را فراهم می‌آورد، هم پیش‌گیرانه هم پسینی. از یک سو رئیس جمهور حق وتوی قوانین را دارد^{۷۳} که می‌تواند در صورتی که قانونی را مخالف ماده ۳ قانون اساسی بباید از آن استفاده کند.^{۷۴} از سوی دیگر، ستره محکمه نیز می‌تواند پس از تصویب و اجرایی شدن قوانین، تطابق آنها را با قانون اساسی و ماده ۳ بررسی کند.^{۷۵} اگرچه ماده ۱۲۱ می‌گوید که ستره محکمه صلاحیت تصمیم‌گیری درباره تطابق داشتن یا نداشتن قوانین با قانون اساسی را دارد، مقرراتی - نه در قانون اساسی و نه در دیگر قوانین - تعبیه نشده است که آیین و رویه و همچنین پی‌آمدهای تصمیمات ستره محکمه را در این موارد مشخص کند. بنابراین پی‌آمدهای عملی رأی منفی ستره محکمه به قانونی که آن را مخالف قانون اساسی اعلام می‌کند، به صراحت از سوی قانون معین نشده است. به نظر

۷۱. برای دیدگاهی که این بررسی و بازنگری را شرطی بنیادی برای حکومت دموکراتیک اسلامی می‌داند، نگاه کنید: M. Hofman in Donohue and Esposito (eds) 298.

۷۲. برای تفصیل بیشتر درباره شورای نگهبان، ساختار و صلاحیت‌های آن، نگاه کنید: Tellenbach 217; Moschtaghi; (۲۲۲۱) تهران ۱۳۸۳ جلد ۱ (شهید بهشتی، ایران) جمهوری اسلامی ایران (شهادت بهشتی، تهران ۱۳۸۳ جلد ۱).

۷۳. هرچند باید این نکته را یادآوری کرد که حق وتو را اکثریت دو-سوم اعضای ولسی جرگه می‌تواند مردود اعلام کنند (ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان).

74. Cf. Kamali 286.

۷۵. احتمالاً کمیسیون مستقل نظارت بر اجرای قانون اساسی نیز برخی صلاحیت‌ها را خواهد داشت. با این حال، چون قانون - به دلیل مغایرت با قانون اساسی - متوقف شده است، باید صبر کرد و دید که در آینده ساختار صلاحیت‌های این کمیسیون چگونه خواهد بود.

می‌رسد که خود ستره محکمه تصمیماتی را که در راستای ماده ۱۲۱ می‌گیرد، آرائی مشورتی تلقی می‌کند که الزام‌آور نیستند.^{۷۶} با این حال، ماده ۱۶۲ قانون اساسی افغانستان تردیدی باقی نمی‌گذارد که از زمان تصویب قانون اساسی، قوانین مغایر با مواد آن خودبه‌خود از اعتبار ساقط خواهند شد. بر این اساس، باید اینگونه انگاشت که ستره محکمه می‌تواند هر قانون و فرمان تقنینی‌ای را که ناقض قانون اساسی و ماده ۳ آن، است باطل اعلام کند.^{۷۷}

باید به یاد داشت که با توجه به مواد ۳ و ۱۲۱، یکی از نتایج مفهوم جمهوریت اسلامی نیز استقلال قوه قضائیه بطور کلی و استقلال ستره محکمه بطور خاص است.^{۷۸} چرا که تصمیم دیوان عالی درباره اینکه آیا قانونی خاص با ماده ۳ مطابقت دارد یا ندارد، تنها مبتنی بر واقعیات خود پرونده است و نه ملاحظات سیاسی. باید این تضمین وجود داشته باشد که قوای اجرایی و تقنینی کشور، که هر یک برنامه‌های سیاسی خود را دارند، نتوانند بر نتیجه بازنگری قضائی قوانین تأثیر بگذارند.^{۷۹}

- اسلام به مثابه مذهب حکومت

خصوصیت مشترک دیگر همه نظام‌های سیاسی مبتنی بر جمهوری اسلامی آن است که اسلام یا یکی از مکاتب فقهی آن را دین رسمی اعلام می‌کنند. در ایران، ماده ۱۲ قانون اساسی، اسلام و مذهب شیعه جعفری را به عنوان مذهب رسمی حکومت می‌شناساند. در پاکستان، ماده ۲ قانون اساسی بیان می‌کند که دین رسمی حکومت پاکستان اسلام است و در موریتانی همین مسئله در ماده ۵ قانون اساسی مقرر شده است. به همین ترتیب، ماده ۲ قانون اساسی افغانستان، اسلام را دین رسمی حکومت افغانستان معرفی می‌کند.^{۸۰} در اینجا برخلاف

76. Cf. Advisory Opinion of the Supreme Court dated June 02, 2006, annexed to letter no. 1513 of the Supreme Court dated 12/03/1386 (June 02, 2006) to the State Minister for Parliamentary Affairs.

77. Cf. Grote 912.

78. Cf. also F. Osman in Donohue and Esposito (eds) (n50) 295.

79. در این باره، جالب است بدانیم که در اواخر دهه ۶۰ قرن بیستم، بسیاری از نمایندگان محافظه‌کار در مباحثات پارلمان، علیه لوایح اصلاحی موضع می‌گرفتند، زیرا - مطابق ادعای ایشان - این لوایح مخالف با اسلام بود، حال آنکه - در بدترین حالت - این لوایح تنها تعارضاتی جزئی با اسلام داشتند.

Kamali 287.

80. برای متن این مقرر، نگاه کنید به پانوش ۶۸؛ برای تاریخچه تصویب ماده ۲ قانون اساسی افغانستان، نگاه کنید:

قانون‌های اساسی یادشده در بالا، به هیچ مکتب فقهی اسلامی خاصی اشاره نشده است.^{۸۱} اعلام رسمی دین یک حکومت به هیچ وجه اختصاص به کشورهای اسلامی ندارد. بعضی دولت‌های اروپای غربی نیز مذهب رسمی دارند، مانند کلیسای انگلیس، یا مسیحیت تبشیری-لوتری که دین رسمی حکومت نروژ است.^{۸۲} اینکه حکومت مذهب رسمی داشته باشد، به خودی خود با اصل آزادی مذهب مغایر نیست.^{۸۳} کمیته حقوق بشر سازمان ملل،^{۸۴} کمیسیون اروپایی حقوق بشر^{۸۵} و گزارشگران مختلف حقوق بشر که در زمینه مسئله نبود تساهل دینی فعالیت می‌کنند،^{۸۶} جمله بر این مسأله توافق دارند که برای حمایت از آزادی مذهب، اساساً اهمیتی ندارد که حکومت چه ساختاری را برای سازمان‌دهی روابط میان خود و مذهب انتخاب می‌کند. البته موقعیت خاص مذهب حکومت نباید به رفتار تبعیض‌آمیز با افرادی منجر شود که از مذهب دیگری پیروی می‌کنند و نیز نباید حق آزادی مذهبی ایشان را

Kamali 284 ff.

۸۱. درباره قانون اساسی پیشین افغانستان، نگاه کنید:

Kamali 27ff.

82. Cf. Art. 2 para. 2 of the Constitution of the Norwegian Kingdom of May 16, 1814 in the edition of February 20, 2007, [http://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/](http://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/The-Constitution/), accessed August 2, 2009, for a printed version without the latest amendments, see also A.P. Blaustein, (ed) Vol. XIV.

83. M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights-CCPR Commentary (2nd edn Engel, Kehl 2005) 415; J. A. Frowein, «Religion and Religious Symbols in European and International Law» in W. Brugger and M. Karayanni (eds), Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law (Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2007) 243ff. 245; J.A. Frowein, «Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz» in R. Grote and T. Marauhn (eds), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht- Volker- und verfassungsrechtliche Perspektiven (Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2001) 73ff. 78; C. Evans, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights (Oxford University Press, Oxford 2001) 80.

84. General Comment No. 22 of July 30, 1993, para. 9 ff.

85. European Commission of Human Rights, Darby v Sweden, Series A. Vol. 187, para. 45.

اگرچه افغانستان عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیست، رویه قضائی دادگاه اروپایی حقوق بشر و کمیسیون اروپایی حقوق بشر، نمونه‌های بسیار خوبی برای عینی کردن مسئله آزادی اعتقاد و مذهب، و ارائه جزئیات تفصیلی مربوط به آن هستند. بنابراین، اصول بنیادی‌ای که برای رابطه بسیار غیر معمول میان دین و حکومت در اروپا وضع شده‌اند، می‌توانند نمونه‌های خوبی نیز برای جامعه بین‌الملل باشند.

Frowein, «Religionsfreiheit» 77.

86. UN Doc E/CN.4/1996/95 Add 2, para. 8; UN Doc.A/51/542/Add2, para. 8; UN Doc.A/51/542/Add 1, para. 19, UN Doc. E/CN.4/1996/95/Add 1, para. 81.

نقض کند.^{۸۷}

- اصل برابری

در بحث از حقوق بشر، بُعد دیگری از قانون اساسی افغانستان که دست کم بخشی از آن از اندیشه های اسلامی الهام گرفته، اصل برابری است که در دو ماده ۶ و ۲۲ آمده است. ماده ۶ مقرر می کند:

دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس [...] برابری بین همه اقوام و قبایل [...] مکلف می باشد.^{۸۸}

به علاوه، پاراگراف ۱ ماده ۲۲ می گوید:

هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است.

هرچند اصل برابری در مقابل قانون، هم بُعدی برجسته از حاکمیت قانون است^{۸۹} و هم یکی از حقوق شناخته شده بین المللی بشر، این اصل در حقوق اسلامی نیز عمیقاً ریشه دارد.^{۹۰} در واقع اصل مساوات و برابری در مقابل قانون، دست کم تا آنجا که ناظر به جامعه مسلمانان است، یکی از پایه های اصلی باورهای اسلامی است.^{۹۱} مطابق اصول اسلامی، حق برابری، یکی از حقوق ذاتی هر مسلمانی است.^{۹۲} این فرمان جزئی از شریعت است، زیرا

87. General Comment; cf. Frowein, «Religionsfreiheit» 79.

۸۸. تأکید از نگارنده است.

89. Cf. I.I.D. Rule of Law.

90. I. Baloch, «Islam, the State and Nationality Problems: A Study of Ethnic Rights in the Middle East» in G. Alfredsson and P. Macalister-Smith (eds), The Living Law of Nations (Engel, Kehl am Rhein 1996) 227ff; F. Hassan, The Concept of State and Law in Islam (University Press of America, Washington DC 1981) 119ff; M.M. Ali, The Religion of Islam (National Publication and Printing House, Cairo 1975) 10, 153; M.H. Syed (ed), Human rights in Islam (Anmol Publications, New Dehli 2003) Vol. 1, 104; N. Shamsi, Human Rights and Islam (Reference Press, New Delhi 2003) 189; Maududi (n 39) 45ff.; S.A.A. Maududi in Donohue and Esposito (eds) (n 50) 269.

91. B. Lewis, The Concept of Islamic Republic (1955) 4 Die Welt des Islams 1ff. 5; cf. N.E. Al-Assad, «Minderheiten im Islam» in S. Batzli, F. Kissling and R. Zihlmann (eds), Menschenbilder-Menschenrechte (Unionsverlag, Zurich 1994) 154 ff.

92. Syed (n 94) 104; Shamsi (n 94) 189; 156.

آیات متعددی از قرآن بر برابری نژادی و قومی افراد بشر تأکید می‌کنند و تبعیض‌نهادن میان ایشان را بر اساس معیارهای یادشده نهی می‌کند.^{۹۳} همچنین نقل شده است که پیامبر اسلام در حجة الوداع بر برابری همه مسلمانان قویاً تأکید نمود و فرمود که هیچ تفاوتی میان عرب و غیرعرب و سیاه و سفید نیست.^{۹۴}

از همان ابتدا در تشکیل جامعه مسلمانان صدر اسلام، خط مشی برابری جویانه این دین جدید هویدا بود: یکی از خصوصیات این جامعه آن بود که از نژادهای مختلف - اعم از بردگان و بردگان سابق که نژاد عرب نداشتند - تشکیل می‌شد و مسئولیت‌های گوناگونی به آنها محول می‌کرد.^{۹۵} نویسندگان مسلمان اشاره کرده‌اند که هدف پیامبر اسلام ساختن جامعه‌ای مبتنی بر اصول برابری و عدالت اجتماعی بود.^{۹۶} بنابراین هرگونه تبعیض نژادی، زبانی یا قومیتی میان مسلمانان،^{۹۷} امری غیراسلامی است^{۹۸} و حکومتی که میان شهروندان مسلمان خود بر اساس معیار قومیت ایشان تبعیض بگذارد، اساساً نمی‌تواند اسلامی باشد.^{۹۹} بنابراین می‌توان گفت که اقامه اصل مساوات و برابری در مقابل قانون را، دست‌کم در میان

۹۳. برای مثال، آیه ۱۳ سورة حجرات (سورة ۴۹) می‌گوید: «ای مردم، ما شما را از مرد و زنی آفریدیم و شما را ملت و قبیله قبیله گردانیدیم تا با یکدیگر شناسایی متقابل حاصل کنید. در حقیقت ارجمندترین شما نزد خدا پرهیزگارترین شماست». M. Henning, *Der Koran* (Diederichs, Stuttgart 2005) 499; cf. Syed 104; Hassan 119ff;

به‌علاوه، آیه ۲۲ سورة روم (سورة ۳۰) می‌گوید: «و از نشانه‌های او آفرینش آسمان‌ها و زمین و اختلاف زبان‌های شما و رنگ‌های شماست. در این امر، برای داندگان نشانه‌هایی است».

94. Cf. A. Al-M. Ibn Hisham and A. Guillaume (ed), *The Life of Muhammad-A Translation of ishaq's Sirat RasulAllah* (Oxford University Press, Oxford 2006) 651.

95. Cf. C. Cahen, *Fischer Weltgeschichte Islam* (Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main 2003) Vol. 1, 9ff.; T. Nagel, *Staat und Glaubensgemeinschaft im Islam* (Artemis Verlag, Zurich 1981) Vol. 1, 61; IA. Rabbih (d. 940 B.C.E.).

که از پیامبر اسلام نقل می‌کند: «ای انسان، خداوند تعصب بی‌پایه دوران جاهلیت، و تفاخر به نیاکان را از تو برداشته است». quoted according to R.P. Mottahedeh, «The Schu»ubiyah Controversy and the Social History of Early Islamic Iran» (1967) 7 *International Journal of Middleeast Studies* 161ff., 164.

96. Baloch 228.

۹۷. مسئله نژاد به‌طور خاص دچار ایراد است، زیرا هیچ‌گونه مبنای علمی ندارد. نژاد، حداکثر می‌تواند مشخص‌کننده رنگ پوست فرد باشد.

G. Dahm, J. Delbruck, and R. Wolfrum, *Vulkerrecht* (De Grutyer, Berlin 2002) Vol. 1/2, 280; in detail on the problematic term «race», T. Makkonen, *Identity, Difference and Otherness* (University of Helsinki Faculty of Law, Helsinki 2000) 20ff.

98. Enayat 127; Hassan 119 ff.; Ali 10 153; Syed 104; Shamsi 189.

99. A.A. Maududi in Donohue and Esposito (eds) 269; MS. Al-Awa in Donohue and Esposito (eds), 284.

شهروندان مسلمان، نه تنها از اصل حاکمیت قانون و حقوق بشر، بلکه از مفهوم جمهوری اسلامی نیز می‌توان استخراج کرد.

البته باید تأکید نمود که برابری مسلمانان را نباید به عنوان تبعیض میان مسلمان و غیرمسلمان بر اساس مذهبشان تعبیر کرد. بر عکس، ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان اصل برابری را شامل شهروندان غیرمسلمان افغانستان نیز می‌شناساند. بنابراین، در مسئله برابری شهروندان افغانستان، باید اصل جمهوریت اسلامی را تأکیدی مضاعف بر برابری مطلق شهروندان مسلمان و غیرمسلمان بدانیم و نه مانعی برای آن؛ زیرا تفسیر این اصل به عنوان مانعی در مسیر برابری مطلق شهروندان، با ماده ۲۲، اصل حاکمیت قانون و حقوق شناخته‌شده بین‌المللی بشر - که مطابق ماده‌های ۶ و ۷، بخشی از نظم داخلی افغانستان اند - در تعارض خواهد بود.

- وظیفه دولت در نیل به عدالت اجتماعی

وظیفه حکومت اسلامی درقبال تحقق عدالت اجتماعی، یکی از ویژگی‌های مهم اسلام از زمان پیامبر (ص) بوده است.^{۱۰۰} درواقع، ابداع نوعی مالیات خاص در اسلام برای حمایت از نیازمندان (زکات) و معرفی آن به عنوان یکی از ارکان عقاید اسلامی، شاهی برای وظیفه حکومت اسلامی در جهت نیل به عدالت اجتماعی است. مسئله برادری که باید میان همه مسلمانان وجود داشته باشد و ثروتمندان را به تقسیم دارایی خود با فقرا مکلف می‌کند، اهمیت ویژه‌ای در اسلام دارد.^{۱۰۱} دراین رابطه، می‌توان به ویژه به آیه ۱۹ سوره ذاریات (سوره ۵۱) در قرآن اشاره کرد:

«وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ»

در اموال آنها برای سائل و محروم (نیازمندی که از دیگران تقاضای کمک نمی‌کند) حقی [معین] بود.^{۱۰۲}

100. Baloch 208.

101. Tellenbach 186; cf. Maududi in Donohue and Esposito (eds) 266.

۱۰۲. ترجمه انگلیسی از Henning 504. ترجمه فارسی از فولادوند.

پیامبر اسلام (ص) نیز به کرات در گفتارها و رفتارهایی (حدیث) که به ایشان نسبت داده شده است، بر وظیفه حاکم اسلامی در برقراری عدالت اجتماعی تأکید کرده است.^{۱۰۳} این وظیفه در «اصول قانون اساسی اسلامی» نیز منعکس است که در آن بر عدالت اجتماعی و امنیت همه شهروندان تأکید شده است.^{۱۰۴} به علاوه می توان مقررات مشابهی را در قانون های اساسی جمهوری های اسلامی دیگر یافت؛ مثلاً، ماده های متعددی از قانون اساسی ایران، حکومت را موظف می کند که با بکارگیری تمامی منابع موجود، برای ایجاد نظام اقتصادی عادلانه ای که مطابق با معیارهای اسلامی است، در جهت ایجاد رفاه و زدودن فقر بکوشد.^{۱۰۵} ماده ۳۸ قانون اساسی پاکستان مسئولیت حکومت را در حصول اطمینان از رعایت حقوق اجتماعی شهروندان و به خصوص تأمین رفاه اجتماعی آنان، جلوگیری از انباشت ثروت و ایجاد شغل، امنیت اجتماعی و نیازهای اساسی زندگی برای همه آنها بیان می کند. در مقدمه قانون اساسی موریتانی نیز بر مسئولیت حکومت در حمایت از حقوق اجتماعی و ارتقای آنها تأکید شده است. قانون اساسی افغانستان نیز در ماده ۶، وظیفه دولت را در این باره بیان می کند:

[...] ایجاد یک جامعه مرفه و متمدن بر اساس عدالت اجتماعی [...]»^{۱۰۶}

بنابراین، هدف حکومت اسلامی باید ایجاد عدالت و امنیت اجتماعی برای شهروندان خود باشد.^{۱۰۷} به این ترتیب می توان چنین نتیجه گرفت که یکی از ضروریات اصل جمهوریت اسلامی، مسئولیت حکومت در فراهم کردن رفاه اجتماعی تک تک شهروندان است.^{۱۰۸}

- وظیفه حکومت در ارتقاء سطح آموزش و حمایت از خانواده

آموزش یکی دیگر از امور بسیار مهم برای اسلام است. احادیث بسیاری از پیامبر اسلام

103. Asad 87.

104. Maududi 337 ff. 338; Tellenbach 186.

۱۰۵. نگاه کنید به اصل ۳ ش ۲۱ و اصل ۴۳ ش ۱ قانون اساسی ایران.

۱۰۶. تأکید از نگارنده است.

107. Cf. Asad 88; K.H. Gobel, Moderne Schiitische Politik und Staatsidee (Leske und Budrich, Hambur 1984) 471 110; cf. Maududi in Donohue and Esposito (eds) (NSO) 266.

108. A.U.Jan in Donohue and Esposito (eds) 320.

(ص) نقل شده است که طبق مضامین آنها ایشان بر اهمیت علم و آموزش تأکید می‌کند.^{۱۰۹} بنابراین، حکومتی که مشروعیت خود را از اسلام می‌گیرد، باید آموزش را در دسترس همگان قرار دهد و آن را برای هر کودک و زن و مردی اجباری کند.^{۱۱۰} همان‌گونه که برخی احادیث نقل شده از پیامبر اسلام (ص) نشان می‌دهد، محروم کردن زنان از آموزش، در اسلام یا حقوق اسلامی مبنایی ندارد.^{۱۱۱} بنابراین، حکومتی که از اصل جمهوریت اسلامی پیروی می‌کند، وظیفه دارد تا زمینه‌های لازم برای آموزش شهروندان زن و مرد خود را فراهم کند. حتی برخی برآنند که حکومتی که از وصف "اسلامی بودن" برای کسب مشروعیت خود بهره می‌برد، باید آموزش را برای همه شهروندان خود رایگان کند و شرایط آموزش اجباری و کلی برای همه کودکان را فراهم آورد.^{۱۱۲}

وظیفه دولت درباره ارتقای سطح آموزش برای همه شهروندان زن و مرد، یکی از نقاط مشترک قانون‌های اساسی همه نظام‌های سیاسی مبتنی بر جمهوری اسلامی است.^{۱۱۳} در افغانستان، در ماده‌های ۴۳ تا ۴۵ قانون اساسی به حق آموزش برای همه افغان‌ها و وظیفه حکومت در ارائه آموزش رایگان تا سطح پوهنتون و کاستن از شمار بی سوادان اشاره شده است. مطابق ماده ۴۴، حکومت افغانستان صریحاً وظیفه دارد تا برای ارتقاء آموزش زنان برنامه‌هایی طراحی کند. به طور خلاصه، حق بر آموزش، صرفاً یکی از مسائل مربوط به حقوق بشر نیست،

109. Tellenbach 187.

برای مثال، از ایشان چنین نقل کرده‌اند: «هر کس به جستجوی دانش برود، خداوند از آن طریق راه بهشت را برایش هموار خواهد کرد» و «جستجوی دانش، وظیفه‌ای مقدس است که بر هر زن و مرد مسلمانی واجب شده است».

110. Asad 86 ff.

111. Cf. Asad 87.

112. Asad 87.

۱۱۳. نگاه کنید به ماده ۳۷ قانون اساسی پاکستان و به اصل ۳۰ قانون اساسی ایران. در حقیقت یکی از دستاوردهای بزرگ جمهوری اسلامی ایران این بوده است که از زمان ایجاد آن، باسوادی به طور چشمگیری افزایش یافته است. به خصوص زنان به طور ویژه‌ای از این دستاوردها بهره برده‌اند: اکنون، بیش از نیمی از دانشجویان دوره لیسانس، زن هستند. به طور میانگین، بین سال‌های ۱۹۹۸ و ۲۰۰۴، ۵۷ درصد از صندلی‌های پوهنتون به زنان اختصاص یافته است که نتیجه آن این بوده که - در مقایسه با میزان ۲۸ درصد در سال ۱۹۷۸ یعنی پیش از وقوع انقلاب - میزان دانشجویان زن در سال ۲۰۰۶ به ۵۳ درصد کل دانشجویان رسید.

S. Paivandi, *Discrimination and Intolerance in Iran's Textbooks* (Freedom House, Washington New York Budapest 2008) 10, http://www.freedomhouse.org/uploads/press_release/IranTextbookAnalysis_FINAL.pdf, accessed April 5, 2009.

بلکه یکی از نتایج مفهوم جمهوریت اسلامی نیز هست.

یکی دیگر از وجوه مشترک همه جمهوری‌های اسلامی، وظیفه‌ای است که در قانون اساسی برای حکومت در جهت حمایت از خانواده به عنوان هسته مرکزی جامعه در نظر گرفته شده است. ارتباط این وظیفه با اسلام خصوصاً در اصل ۱۰ قانون اساسی ایران برجسته است که مطابق آن، خانواده «واحد بنیادی جامعه اسلامی» دانسته شده است.^{۱۱۴} ماده ۱۶ قانون اساسی موریتانی نیز اهمیت خانواده را مورد تأکید قرار داده است. این وظیفه در ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان ذکر شده است که مطابق آن، خانواده رکن اساسی جامعه است و حکومت موظف به حمایت و پشتیبانی از آن.

از آن رو که یکی از وجوه مشترک دولت‌هایی که مفهوم جمهوریت اسلامی را می‌پذیرند، وظیفه حمایت از خانواده است، می‌توان نتیجه گرفت که این وظیفه از اصول اسلامی نیز نشأت می‌گیرد و به این ترتیب یکی از نتایج مفهوم جمهوری اسلامی است.^{۱۱۵}

۳) جمهوریت

معنای دقیق بُعد «جمهوریت» اصل جمهوریت اسلامی محل تردید است.^{۱۱۶} اصطلاح جمهوری مطابق قرائتی نسبتاً رسمی از این مفهوم، تنها بیانگر تمایز نظام سیاسی از نظام مبتنی بر اصل سلطنت است. مطابق این قرائت، تنها شرط لازم برای نامیدن یک نظام سیاسی با نام جمهوری آن است که در آن شخص اول حکومت قدرت را مبتنی بر نظامی موروثی در دست نگرفته باشد و برخلاف شاه یا امیر، وارث مقام پادشاهی نباشد، بلکه مردم او را انتخاب کرده باشند.^{۱۱۷} این شرط را در قانون اساسی افغانستان داریم: ماده ۶۰ قانون اساسی، رئیس

۱۱۴. تأکید از نگارنده است.

۱۱۵. به علاوه، ارجاع به اسلام در نمادهای ملی ممکن است بر اصل جمهوریت اسلامی استوار باشد. با وجود این، از آنجایی که اولاً بیشتر نمادهای قانون اساسی در دوره پادشاهی نیز استفاده می‌شده‌اند و ثانیاً علانم اسلامی مورد استفاده در نمادهای ملی جمهوری‌های اسلامی، تفاوت جدی دارند، باید اینطور نتیجه گرفت که حکومت اختیار عمل زیادی در این مورد دارد. Cf. also Kamali 31ff.

۱۱۶. برای معنای جمهوریت در قانون اساسی ایران، نگاه کنید:

Hashemi 82ff.

117. Lewis 1, S.

جمهور را رئیس حکومت افغانستان می‌شناساند.

با این حال، جمهوریت را می‌توان براساس ماهیت آن نیز معنا کرد و آن را ناظر به نظامی سیاسی دانست که در آن حاکمیت مردم در قالب انتخابات عمومی رئیس حکومت ظاهر می‌گردد و نه انتخاباتی که در آن، رهبر کشور را بر مبنای ریشه خانوادگی یا ویژگی‌های خاص دیگری برگزینند. مطابق بند اول ماده ۶۱، رئیس جمهوری افغانستان توسط مردم و در انتخاباتی آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌گردد و ماده ۴ قانون اساسی افغانستان حاکمیت ملی را معرفی می‌کند.^{۱۱۸} بنابراین، دلیلی محکم داریم که مطابق قانون اساسی افغانستان، جمهوریت، حاکمیت ملی را دربرمی‌گیرد. با وجود این، نظر اخیر که آن را اصل دموکراسی نیز می‌نامند، با این دیدگاه طرفداران اسلام سیاسی تعارض دارد که حاکم واقعی تنها خداوند است. بنابراین این دیدگاه با بُعد اسلامی اصل جمهوریت اسلامی تعارض دارد.

ب) اصل دموکراسی

معنای تحت‌اللفظی دموکراسی، «حکومت مردم» است و از کلمه یونانی دموس ریشه می‌گیرد که به معنای مردم است.^{۱۱۹} این اصل در بند ۱۲۰ و ۲ ماده ۴ قانون اساسی افغانستان بیان شده‌است که می‌گوید:

(۱) حاکمیت ملی در افغانستان به مردم تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می‌کنند.

۱۱۸. برای جزئیات بیشتر، نگاه کنید به بخش بعد: اصل دموکراسی.

119. Cf. for instance, C. Degenhart, Staatsrecht I (C.F. Muller Verlag, Heidelberg 2000) 4.

۱۲۰. ساختار بند ۱ ماده ۴ قانون اساسی افغانستان، به یکی از مواد قانون اساسی فرانسه مصوب ۴ اکتبر ۱۹۵۸، بسیار شبیه است: (Journal Officiel of October 5, 1958, 9151ff. amended by the Loi constitutionnelle no. 2005-204 of March 11 2005, promulgated in the Journal Officiel of March 2, 2005 3696).

ماده ۳ قانون اساسی فرانسه چنین مقرر می‌کند: «حاکمیت ملی، متعلق به مردم خواهد بود، که آن را طریق نمایندگان خود و رفرا ندوم اعمال می‌کنند». احتمالاً دلیل این شباهت این است که بند ۱ ماده ۴ قانون اساسی افغانستان، شباهت بسیاری به ماده ۱ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۶۴ دارد و می‌دانیم که مشاوران فرانسوی در فرآیند تصویب قانون اساسی در اوایل دهه ۶۰ میلادی، نقش مهمی داشتند. Grote 897; R. Magnus, «The Constitution of 1964-A Decade of Political Experimentation» in L. Dupree (ed), Afghanistan in the 1970s (Praeger, New York 1974) 56; R. Bachardoust, Afghanistan Droit constitutionnel, histoire, regimes politiques et relations diplomatiques depuis 1747 (L'Harmattan, Paris 2003) 81ff.

(۲) ملت افغانستان عبارت است از تمام افرادی که تابعیت افغانستان را دارا باشند. لازم است تأکید کنیم که فهم یکپارچه و جهان‌شمولی از معنای اصل دموکراسی وجود ندارد. به این ترتیب در حقوق بین‌الملل نیز تعریفی الزام‌آور از آن ارائه نکرده‌اند.^{۱۲۱} مشکل دست یافتن به تعریفی جهان‌شمول از اصل دموکراسی، به خاطر وجود مفاهیم ارزشی بسیار متفاوت در جامعه بین‌المللی است؛^{۱۲۲} مثلاً، برخی از حکومت‌ها مانند عربستان سعودی به صراحت دموکراسی را، به عنوان شکلی پذیرفتنی برای حکومت رد می‌کنند.^{۱۲۳} اما در میان حکومت‌هایی نیز که دموکراسی را یکی از اصول حکومت در نظر می‌گیرند، نظام قانون اساسی از نظر میزان مشارکت مستقیم یا غیرمستقیمی که برای مردم به رسمیت می‌شناسد، متغیر است.^{۱۲۴} بند ۸ اعلامیه غیرالزام‌آور وین و برنامه اقدام سال ۱۹۹۳ کنفرانس جهانی حقوق بشر^{۱۲۵} دموکراسی را اینگونه تعریف می‌کند:

دموکراسی بر اراده آزاد مردم در تعیین نظام‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود و مشارکت کامل آنها در همه ابعاد زندگی‌شان استوار است.

همان‌طور که این تعریف نشان می‌دهد، وجه مشترک همه نظام‌های مبتنی بر حاکمیت مردم آن است که تنها خود مردم می‌توانند حاکمیت برخی انسان‌ها را بر برخی دیگر توجیه کنند. در نتیجه، باید هرگونه اعمال قدرتی از سوی حکومت قابل انتساب به مردم باشد، زیرا آنها صاحبان اصلی حاکمیت‌اند.

به این ترتیب در نظام دموکراتیک، قدرت حکومت را یا مردم مستقیماً - مثلاً با رأی‌گیری -

121. K. Ipsen, Volkerrecht, (Beck Verlag, Munchen 2004) 430.

122. Ipsen.

123. Cf. T. Farer, «Chapter VII: Is there room for New Scenarios» in J. Delbruck (ed), The Future of International Law Enforcement (Dunkerund Humblot, Berlin 1993) 53.

۱۲۴. برای مثال، قانون اساسی ایالات متحده آمریکا نوعی دموکراسی را - که مبتنی بر نمایندگی است - معرفی می‌کند و مقرر می‌دارد که مردم رئیس‌جمهور ایالات متحده را مستقیماً انتخاب نمی‌کنند، بلکه مجمعی او را انتخاب می‌کند که اعضای آن خود به وسیله آراء عمومی انتخاب شده‌اند. از سوی دیگر، دموکراسی سوئیس ماهیتی نسبتاً مستقیم دارد، زیرا بخش بزرگی از قوانین از طریق فرایند مردم‌پسند پذیرفته می‌شود.

125. Vienna Declaration and Programme of Action of June 25 1993 in American Society of International Law, International Legal Materials (Soc., Washington DC 1993) 1661.

اعمال می‌کنند، یا نمایندگان ایشان - مثلاً رئیس جمهور یا نمایندگانی که در انتخابات عمومی انتخاب شده‌اند - به طور غیرمستقیم. بند ۱ ماده ۴ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌کند که اعمال قدرت حکومت هم مستقیماً و هم غیرمستقیم امکان‌پذیر است. با وجود این، قانون اساسی دموکراسی مبتنی بر نمایندگی را به شکلی گسترده پذیرفته‌است. اعمال مستقیم حاکمیت به طور کلی در قالب انتخاب نمایندگان مردم صورت می‌گیرد، به‌ویژه نمایندگان ولسی جرگه، رئیس جمهور و نمایندگان عضو شوراهای مختلف در سطح محلی و ولایتی. امکان مراجعه به آراء عمومی (همه‌پرسی) - که در ماده ۶۵ ذکر شده - بیشتر یک استثنا است. همان‌طور که پیشتر گذشت، مفهوم حاکمیت مردم با قرائت کلی طرفداران اسلام سیاسی از حاکمیت در حکومت اسلامی در تعارض است، زیرا مطابق نظر بیشتر آنها، حاکمیت تنها متعلق به خداوند است؛^{۱۲۶} قرائتی که با حاکمیت مردم کاملاً در تضاد است.^{۱۲۷} نتیجه حاکمیت مطلق خداوند این خواهد بود که بگوییم دلیل اصلی برپایی حکومت اسلامی، اعمال اراده خداوند، یعنی شریعت است.^{۱۲۸}

تعارض میان این دو مفهوم حاکمیت در متن قانون‌های اساسی جمهوری اسلامی ایران و پاکستان هویداست. هر دو قانون اساسی می‌گویند که حاکمیت تنها به خداوند تعلق دارد. اما در عین حال بعد جمهوریّت حکومت از طریق تصریح به این مسئله حفظ شده‌است که روی زمین، این حاکمیت را مردم به نمایندگی از او اعمال می‌کنند.^{۱۲۹} قانون اساسی ایران می‌گوید:

حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست [...] ملت این حق خدادادی را از

126. Rohe (n 30) 244; G. Kramer, *Gottes Staat als Republik* (Nomos Verlags Gesellschaft, Baden-Baden 1999) 88ff.; Maududi (n 39) 75ff; Maududi in Donohue and Esposito (eds) (n50) 263ff; cf. Khomeini.

127. Cf. Maududi.

«هیچ‌کس نمی‌تواند از جانب خود دستوری صادر کند یا فرمانی دهد و هیچ‌کس نیز نباید وظیفه انجام چنین دستوراتی را به عهده بگیرد و از چنین فرمان‌هایی تبعیت کند. هیچ‌کس شایستگی ایجاد قوانین را از جانب خود ندارد و کسی نیز موظف به رعایت چنین قوانینی نیست. این حق، تنها به خداوند تعلق دارد».

in Donohue and Esposito (eds) 263.

128. Khomeini 40 ff.

۱۲۹. برای این نظریه، همچنین نگاه کنید:

Maududi in Donohue and Esposito (eds) 264ff.

طرقی که در اصول بعد می‌آید اِعمال می‌کند.^{۱۳۰}

قانون اساسی پاکستان چنین می‌گوید:

در حالی که حق حاکمیت بر سراسر جهان تنها از آن خداوند قادر است، و اختیار اِعمال آن از سوی مردم پاکستان در محدوده خواست خداوند، امری مقدس است [...] ^{۱۳۱}

اگرچه در افغانستان نیز مطابق ماده ۳ قانون اساسی، قانون‌گذاری مقید به شریعت است، اما قانون اساسی افغانستان - بر خلاف قانون‌های اساسی دو جمهوری اسلامی همسایه (پاکستان و ایران) - در بند ۱ ماده ۴، مشخصاً وفاداری خود را به اصل حاکمیت مردم اعلام می‌کند و از بیان اینکه مردم فقط نمایندگان خداوند هستند، خودداری می‌کند. البته پذیرش صریح اصل حاکمیت مردم، تعارضی با اندیشه جمهوری اسلامی ندارد. اولاً مطابق ماده ۳، همه قوانین باید به شریعت احترام بگذارند و ثانیاً با آنکه طرفداران اسلام سیاسی بر این قرائت اجماع دارند که در حکومت اسلامی، حاکمیت تنها به خداوند تعلق دارد، تفسیر اسلام در انحصار ایشان نیست. دانشمندان حقوق اسلامی دیگری نیز هستند که قویاً با ایشان مخالف اند.^{۱۳۲}

این واقعیت که قانون اساسی افغانستان به طور قاطع حاکمیت مردم را می‌پذیرد و در این ارتباط، به جز ماده ۳، هیچ‌گونه امتیازی به طرفداران اسلام سیاسی نمی‌دهد، نشان می‌دهد که جمهوریت اسلامی - آن‌گونه که قانون اساسی افغانستان معرفی کرده است - کاملاً حاکمیت مردم را تأیید می‌کند. بنابراین ماده ۴ قانون اساسی افغانستان اهمیت بسزایی دارد. این ماده نه تنها تکلیف این مسئله را که صاحب اصلی حاکمیت کیست به طور قاطع تعیین می‌کند، بلکه گواهی است بر این که نظام حقوقی افغانستان به آشتی دادن اسلام با دموکراسی متعهد است.

۱۳۰. اصل ۵۶ قانون اساسی ایران؛ برای قانون اساسی ایران، نگاه کنید: (پ.ن. ۳۷).

۱۳۱. مقدمه قانون اساسی پاکستان؛ برای قانون اساسی پاکستان، نگاه کنید: (پ.ن. ۵۹۶۱).

132. Cf. Rohe 247ff; HofmaninDonohue and Esposito (eds) 297ff. 299; cf. also A. Soroush in Donohue and Esposito (eds) 311ff; Kramer (n 130) 90ff.

سرانجام، چون حاکمیت مردم می‌تواند بخشی از بُعد جمهوری اصل جمهوریت اسلامی - چنانکه در قانون اساسی افغانستان طراحی شده است - تلقی شود، بند اول ماده ۱۴۹ - که جمهوریت اسلامی را مصون از هرگونه اصلاح احتمالی قانون اساسی می‌داند - مفهوم حاکمیت مردم را نیز برمی‌گیرد.

در نتیجه پذیرش صریح حاکمیت مردم از سوی قانون اساسی افغانستان، مشروعیت دموکراتیک آن نهاد حکومتی که مسئول بررسی مطابقت بودن قوانین با «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» است، بسیار بیشتر از مشروعیت دموکراتیک نهاد متناظر آن در سایر کشورها است. به‌ویژه در افغانستان، اعضای دیوان عالی، مطابق بند اول ماده ۱۱۷ قانون اساسی^{۱۳۳} از سوی رئیس جمهور و با پذیرش ولسی جرگه تعیین می‌شوند. هم نمایندگان ولسی جرگه و هم رئیس جمهور، مشروعیت خود را از آراء عمومی و مستقیم مردم کسب می‌کنند.^{۱۳۴}

ج) اصل حکومت واحد

اصل حکومت واحد نیز مانند اصل جمهوریت اسلامی در ماده ۱ قانون اساسی افغانستان ذکر شده است.^{۱۳۵} هدف عمده این اصل، رد نظریه حکومت فدرال است. یکی از ویژگی‌های نظام‌های واحد سیاسی این است که مقامات ولایتی و منطقه‌ای هیچ‌گونه صلاحیت مستقلی ندارند. در عوض، نهادهای مرکزی حکومت که معمولاً در پایتخت قرار دارند، ریاست همه ادارات کشور را به‌عهده دارند. در یک نظام واحد سیاسی، مقامات مرکزی منشاء هرگونه صلاحیتی هستند که ممکن است ادارات ولایتی داشته باشند، زیرا آنها اختیارات خود را به ادارات ولایتی تفویض می‌کنند.

باید به یاد داشت که در طول فرآیند ایجاد قانون اساسی، درباره این مسئله اختلاف جدی وجود داشت که آیا قانون اساسی افغانستان باید نظام فدرال را بپذیرد یا نه. خصوصاً نمایندگان

۱۳۳. بند ۱ ماده ۱۱۷: «ستره محکمه مرکب است از نه عضو که از طرف رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه و با رعایت احکام مندرج فقرة آخر ماده پنجاهم و ماده یکصد و هجدهم این قانون اساسی به مدت ده سال تعیین می‌گردند [...]».

۱۳۴. نگاه کنید به ماده ۸۳ قانون اساسی افغانستان درباره انتخاب نمایندگان ولسی جرگه و ماده ۶۱ درباره انتخاب رئیس جمهور.

۱۳۵. برای متن ماده ۱ قانون اساسی افغانستان، نگاه کنید به ۲. الف. جمهوریت اسلامی

اقلیت‌های قومی، طرفدار پذیرش آن بودند.^{۱۳۶} اما سرانجام، طرفداران برپایی حکومت مرکزی نیرومند، فائق آمدند. باوجود این، در مقام مصالحه، قانون اساسی افغانستان به شکل مروج تمرکززدایی^{۱۳۷} اداری طراحی شد و از همه مهم‌تر، قانون اساسی برای نخستین بار کثرت قومی و زبانی را در این کشور به رسمیت شناخت.^{۱۳۸} این مسئله از نقطه نظر اصل جمهوریت اسلامی بلامانع است، زیرا حقوق اسلامی مخالفتی با به رسمیت شناختن تنوع قومی و زبانی، و رعایت حقوق زبانی اقلیت‌های قومی ندارد.^{۱۳۹}

نکته مثبت در ارتباط با اصل دموکراسی این است که قانون اساسی، مشارکت عمومی در حکومت منطقه‌ای و محلی را از طریق ایجاد شوراهای انتخابی در تمام سطوح ادارات ولایتی امکان‌پذیر می‌کند.^{۱۴۰}

اگرچه ماده ۱ استقلال و تجزیه‌ناپذیر بودن افغانستان را یادآوری می‌کند، اما اینها جزء اصول حقوق اساسی نیستند. اصل استقلال، بیشتر بیانگر مفهومی سیاسی است تا اصلی از اصول حقوق اساسی و اصطلاح «تجزیه‌ناپذیر بودن» نیز از حقوق اساسی فرانسه نشأت

136. Rubin 153.

۱۳۷. ماده ۱۳۷ قانون اساسی افغانستان: «حکومت با حفظ اصل مرکزیت به منظور تسریع و بهبود امور اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سهم‌گیری هرچه بیشتر مردم در انکشاف حیات ملی، صلاحیت‌های لازم را مطابق به احکام قانون، به اداره محلی تفویض می‌نماید.»

138. Rubin (n4) 159ff;

نگاه کنید به بند ۳ ماده ۴ قانون اساسی افغانستان: «ملت افغانستان متشکل از اقوام پشتون، تاجک، هزاره، ازبک، ترکمن، بلوچ، پشه یی، نورستانی، ایماق، عرب، قرغیز، قزلباش، گوجر، براهوی و سایر اقوام می‌باشد.» ماده ۱۶ (۱): از میان زبان‌های پشتو، دری، ازبکی، ترکمنی، بلوچی، پشه یی، نورستانی، پامیری و سایر زبان‌های رایج در کشور، پشتو و دری زبان‌های رسمی دولت می‌باشند. (۲) در مناطقی که اکثریت مردم به یکی از زبان‌های ازبکی، ترکمنی، پشه یی، نورستانی، بلوچی و یا پامیری تکلم می‌نمایند آن زبان علاوه بر پشتو و دری به حیث زبان سوم رسمی می‌باشد و نحوه تطبیق آن توسط قانون تنظیم می‌گردد. (۳) دولت برای تقویت و انکشاف همه زبان‌های افغانستان پروگرام‌های مؤثر طرح و تطبیق می‌نماید. (۴) نشر مطبوعات و پخش رادیو و تلویزیون به تمام زبان‌های رایج در کشور آزاد می‌باشد.

۱۳۹. نگاه کنید به دو آیه ۱۳ سورة حجرات (سورة ۴۹) و ۲۲ سورة روم (سورة ۳۰) در قرآن، خصوصاً مورد دوم: «و از نشانه‌های او [...] اختلاف زبان‌های شما و رنگ‌های شماست.»

Baloch ۲۲۹ نتیجه‌گیری مشابهی کرده است؛ همچنین برای جزئیات بیشتر، نگاه کنید:

Moschtaghi.

۱۴۰. برای افزایش مشارکت مردم در سطح منطقه‌ای و محلی، ماده‌های ۱۳۸، ۱۴۰ و ۱۴۱ قانون اساسی افغانستان شوراهای ولایتی و محلی و شاروالی‌ها را معرفی می‌کند. اعضای این شوراهای و شاروال‌های شاروالی‌ها از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌شوند.

می‌گیرد.^{۱۴۱} اصطلاح مزبور در دکتترین حقوق اساسی فرانسه، دال بر این اصل است که حکومت و قلمرو آن نباید تجزیه شود، چه از راه اشغال خارجی، چه از راه استقلال منطقه‌ای، و چه از طریق جدایی و یا تجزیه از هر نوع دیگر.^{۱۴۲} این واقعیت که معماران قانون اساسی افغانستان تأکید بر استقلال و تجزیه‌ناپذیری حکومت را ضروری دانسته‌اند، می‌تواند به دلیل تاریخ غم‌انگیز دخالت خارجی در افغانستان باشد.

(د) حاکمیت قانون

به سختی بتوان تعریفی جامع از مفهوم حاکمیت قانون ارائه داد.^{۱۴۳} اساساً دو قرائت اصلی از این مفهوم وجود دارد: یکی قرائت حقوقی و پوزیتیویستی^{۱۴۴} است که تا حدودی در بر می‌گیرنده فهمی فرمالیستی از این مفهوم است،^{۱۴۵} و دوم رویکردی ماهوی است که این نیز تا حدودی شامل وجوه گوناگون اخلاق و حقوق طبیعی است.^{۱۴۶} در میان این دو دیدگاه متضاد، قرائت‌های خاص زیادی وجود دارد که حاکمیت قانون را امری می‌دانند که بر اهداف مختلفی تأکید دارد و این اهداف را به پیش می‌برد.^{۱۴۷} با این حال، ارائه تحلیلی موشکافانه از این بحث در مجال این مقاله نمی‌گنجد. به علاوه محل تردید است که این قرائت‌ها بتوانند محتوای حاکمیت قانون در دکتترین حقوق اساسی افغانستان را به طور خاص تشریح کنند. بنابراین، این مقاله به جای تلاش

۱۴۱. نگاه کنید به ماده ۱ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۵۸ فرانسه.

142. Gerard Cornu, *Vocabulaire Juridique* (PUF, Paris 2005) 475.

143. Cf. G.P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought* (Oxford University Press, New York 1996) 11; B.E. Hernandez-Truyol, «The Rule of Law and Human Rights» (2004) 16 Fla. J. Int'l L. 167ff. 168.

۱۴۴. برای مثال، نگاه کنید:

J. Raz, «The Rule of Law and its Virtues» in R. Bellamy (ed), *The Rule of Law and the Separation of Power* (Ashgate, Aldershot 2005) 77ff; M.H. Kramer, «On the Moral Status of the Rule of Law» (2004) 63 *CLJ* 6Sff.

۱۴۵. که با زبانی تند در این عبارت بیان شده است: «نظام حقوقی غیردموکراتیک که بر انکار حقوق بشر استوار است [...] می‌تواند - بنا بر اصل - بیش از هر نظام حقوقی دیگری در دموکراسی‌های پیشرفته‌تر غربی با مقتضیات حاکمیت قانون مطابقت داشته باشد»، Raz 78.

146. Fletcher (n 152) 11; M.J. Radin, «Reconsidering the Rule of Law» (1989) 69 *B.U.L. REV.* 781 ff.

۱۴۷. برای خلاصه‌ای از این بحث، نگاه کنید:

R.A. Cass, *The Rule of Law in America* (Johns Hopkins University Press, Baltimore 2001) 1ff. and Bellamy 3ff.

برای تشریح این اصل، به نحوی جامع بر هسته و مرکز این مفهوم تمرکز می‌کند؛ امری که میان بیشتر نظام‌های حقوقی‌ای که آن را می‌پذیرند، مشترک است.

تعریفی مشهور - که به‌تناوب^{۱۴۸} به‌عنوان مثالی برای قرائت کلاسیک از حاکمیت قانون ذکر می‌شود - در قانون اساسی ماساچوست آمده است: ضرورت «حکومت قوانین به‌جای انسان». ^{۱۴۹} ملاحظه این عبارت در بافتار خاص آن، حاکی از تصریحی روشن بر دکترین تفکیک قواست. با این‌که تفکیک قوا را باید بخشی از مفهوم حاکمیت قانون تلقی کرد،^{۱۵۰} اما قرائت مدرن از کلیت این مفهوم بسیار وسیع‌تر است. ریشه قرائت مدرن را باید در کارهای ای. وی. دایسی (A.V. Dicey) جست^{۱۵۱} که آن را این‌گونه توضیح می‌دهد:

نخست آنکه منظور ما این است که هیچ‌کس را نمی‌توان مجازات کرد یا قانوناً به بدن یا اموال او آسیبی وارد ساخت، مگر آنکه مشخصاً قانونی را نقض کرده باشد و این امر به طُرُق معمول قانونی و در دادگاه‌های عادی کشور اثبات شده باشد. به این معنا، حاکمیت قانون در برابر هرگونه حاکمیتی تعریف می‌شود که مبتنی بر اعمال نیروی محدودکننده وسیع، خودکامانه و مطابق صلاحدید شخصی از سوی مقامات باشد.

و [...] دوم آنکه وقتی از حاکمیت قانون صحبت می‌کنیم، منظورمان آن است که [...] نه تنها هیچ فردی بالاتر از قانون نیست، بلکه همه افراد، با هر مرتبه و موقعیتی، زیر سلطه قوانین عادی و صلاحیت دادگاه‌های عادی قلمرو مربوطه هستند (این مورد اخیر با قبلی تفاوت دارد).^{۱۵۲}

148. Cass (n 156) 2; T.M.Reavley, «The Rule of Law for Judges» (2002) 79 Pepperdine Law Review 79ff. 80.

۱۴۹. قانون اساسی ماساچوست: «... در حکومت این مشترک‌المنافع، بخش تقنینی هرگز مجاز به اعمال قوای اجرایی و قضائی یا یکی از این دو نخواهد بود؛ قوه اجرایی هرگز به اعمال قوای تقنینی و قضائی یا یکی از این دو نخواهد پرداخت؛ قوه قضائیه هیچ‌گاه به امور تقنینی و اجرایی یا یکی از این دو نخواهد پرداخت؛ این حکومت تا ابد حکومت قانون خواهد بود، نه افراد.»

150. International Commission of Jurists, The Rule of Law and Human Rights (Geneva 1966) 30; MN. Venkatachaliah, «Rule of Law: Contemporary Challenges» (1999) 45 Indian Journal of Public Administration 321ff. 323; R. Moschtaghi 579.

151. Hernandez-Truyol 169; RJ.Liebl, «Rule of Law in Post war Iraq» (2004) 28 Hamline Law Review 92ff. 129.

152. A.V. Dicey and E.C.S. Wade (ed), Introduction to the Study of the Law of the Constitution (Macmillan, London 1948) 202.

بنابراین حکومتی که حاکمیت قانون را می‌پذیرد، باید علاوه بر تفکیک قوا، تضمین نماید که امور اجرایی آن در محدوده قانون است. به این ترتیب هرگونه مداخله‌ای در حقوق شهروندان، باید مبتنی بر قانون باشد. علاوه بر اینها، باید همه در مقابل قانون برابر باشند؛ از جمله حکومت که باید تابع همان قانونی باشد که بر شهروندان حاکم است.^{۱۵۳} این تعریف را می‌توان با تعاریف و رهنمودهایی که کمیسیون بین‌المللی قضات برای عینی کردن مفهوم حاکمیت قانون ارائه کرده است، غنای بیشتری بخشید:^{۱۵۴} «قوة قضائیه باید نهادی مستقل از دولت باشد؛^{۱۵۵} باید امکان بازنگری قضائی آن دسته از اقدامات اجرایی که تأثیر مستقیم و احتمالاً زیان‌آوری بر حقوق افراد دارند، تضمین شود؛^{۱۵۶} و باید در مواردی که قانون‌گذاری به قوة مجریه یا هر نهاد دیگری تفویض می‌شود، از امکان بازنگری قضائی از سوی نهادی مستقل از قوة مجریه تضمین گردد تا اطمینان حاصل شود که هدف، گستره، و روش‌های به کار گرفته شده در تقنین، متناسب با محدوده اختیارات تقنینی تفویض شده بوده است.»^{۱۵۷}

وجود اصل حاکمیت قانون در قانون اساسی افغانستان را می‌توان از مواد متعدد قانون اساسی استخراج نمود. اولاً، مقدمه قانون اساسی اعلام می‌کند که: «ما مردم افغانستان: [...] ۸. به منظور ایجاد جامعه مدنی [...] مبتنی بر قانونمندی، عدالت اجتماعی، حفظ کرامت و حقوق انسانی، و تأمین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم، [...] این قانون اساسی را تصویب کردیم [...]».^{۱۵۸} اگرچه مقدمه، برخلاف خود قانون اساسی - به دلیل آنکه بیشتر بیانگر مجموعه انگیزه‌های تصویب‌کنندگان است تا حقوق و وظایف مشخص و عینی - از نظر حقوقی الزام‌آور نیست، اما بهترین راهنما برای تفسیر متن قانون اساسی است. علاوه بر این،

۱۵۳. نیز نگاه کنید:

Venkatachaliah 323.

154. International Commission of Jurists 1 ff.

155. International Commission of Jurists 30 ff.; also R.S. Summers, «The Principles of the Rule of Law» (1998/99) 74 Notre Dame Law Review 1691ff. 1694; E. Deninnger, «»Rechtsstaat» oder: Rule of Law»-was ist das heute? in C. Prittwitz (ed) Festschrift fur K. Luderssen (Nomos Verlag, Baden-Baden 2002) 41 ff. 48; Venkatachaliah 322.

156. International Commission of Jurists 12; Deninnger 49.

157. International Commission of Jurists 12 ff.

۱۵۸. تأکید از نگارنده است.

شروط حاکمیت قانون که در بالا ذکر شد نیز در قانون اساسی افغانستان مقرر گشته‌اند. اولاً قانون اساسی افغانستان تفکیک قوای مختلف حکومت و استقلال قوه قضائیه - دو موردی که از شروط لازم برای حاکمیت قانون هستند - را لازم می‌داند.^{۱۵۹} تفکیک قوا در ساختار قانون اساسی افغانستان روشن و مبّرز است. این قانون، قدرت را میان نهادهای مختلف حکومت توزیع می‌کند و به هر یک صلاحیت‌های ویژه‌ای اعطا می‌کند.^{۱۶۰} ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان صریحاً قوه قضائیه را به عنوان یک رکن مستقل حکومت معرفی می‌کند که شامل دادگاه‌های سه مرحله‌ای است و دیوان عالی کشور در رأس آنها قرار دارد.^{۱۶۱} ماده ۱۲۲ این تضمین را می‌دهد که رسیدگی پرونده‌های حقوقی تنها بر عهده قوه قضائیه باشد.^{۱۶۲} در واقع، سازمان‌دهی تفکیک قوا در قوه قضائیه افغانستان با وسواس زیادی انجام گرفته است. به جای واحدی خاص و اداری مانند وزارت دادگستری، این دیوان عالی است که ریاست قوه قضائیه و اداره آن را به عهده دارد.^{۱۶۳} دو شاخه دیگر قوای حکومت نیز سازمان‌دهی مستقلی دارند.^{۱۶۴}

159. International Commission of Jurists 30ff; also Summers 1694; Deninnger 48; Venkatachaliah 322; Moschtaghi 580;

به دلیل محدودیت حجم این فصل، بحث مفصل‌تر درباره آثار و اقتضانات مختلف مسئله استقلال قضائی و ایجاد آن در نظام حقوقی افغانستان در اینجا ممکن نیست. برای مطالعه جزئیات بیشتر درباره وضعیت حقوقی مطلوب و مشکلاتی که همچنان گریبان گیرند، نگاه کنید:

Moschtaghi.

۱۶۰. برای جزئیات بیشتر درباره تفکیک قوا در قانون اساسی افغانستان، نگاه کنید:

Grote.

۱۶۱. برای نقائصی که درباره استقلال دیوان عالی در مقابل قوه اجرایی همچنان وجود دارد، نگاه کنید:

R. Moschtaghi, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan-Das Gutachten des Obersten Gerichtshofs zum Misstrauensantrag des Unterhauses gegen den Außenminister» (2008) 68 Heidelberg Journal of International Law 514ff.

۱۶۲. ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان: «هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه‌ی را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده [یعنی در مواد ۱۱۶ تا ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان]، خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند.»
۱۶۳. ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان. دیوان عالی - علاوه بر امور دیگر - مسئول استخدام و عزل قضات و مدیریت بودجه قوه قضائیه است.

۱۶۴. رئیس قوه اجرایی، شخص رئیس جمهور است (ماده ۷۱ قانون اساسی افغانستان). هر دو مجلس ملی، یکی از اعضای خود را برای مدیریت امور اداری، به عنوان رئیس آن مجلس انتخاب می‌کند (ماده ۸۷ قانون اساسی افغانستان). در هر یک از دو مجلس، کمیسیونی اداری متشکل از اعضای آن، رئیس مجلس را در ایفای وظایفش یاری می‌کند.

علاوه بر این، قانون اساسی، انواع ویژه‌ای از نظارت متقابل میان قوای حکومت را نیز به رسمیت می‌شناسد؛ مثلاً، قوه قضائیه در رسیدگی به پرونده‌ها، آزاد نیست، بلکه باید قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان را مطلقاً رعایت کند. این مسئله به روشنی در جمله نخست ماده ۱۳۰ بیان شده است.^{۱۶۵} در ماده ۹۴، قانون اینگونه تعریف شده است: «مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد». به این ترتیب، فقط و فقط در صورتی که در قانون اساسی یا دیگر قوانین، مقرره‌ای درباره‌ی حکم موضوع مورد رسیدگی، یافت نشود، دادگاه‌ها می‌توانند راه حلی از جانب خود بیابند، زیرا مطابق ماده ۱۳ قانون تشکیلات و صلاحیت، محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان موظف به صدور رأی هستند.^{۱۶۶} از سوی دیگر، قوه مقننه مقید است تا قانون اساسی را رعایت کند. مسئولیت تضمین این نکته که قوه مقننه در این چارچوب عمل خواهد کرد، بر عهده دیوان عالی است که مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان، بنا به درخواست دولت یا دادگاه‌های پایین‌تر، صلاحیت بررسی مطابق بودن قوانین با قانون اساسی را داراست.^{۱۶۷}

در مسئله شاخه اجرایی حکومت، پاسخ‌گویی وزرا به ولسی جرگه در بند ۲ ماده ۷۷، نمونه‌ای از نظارت قوه مقننه بر قوه اجراییه است.^{۱۶۸}

به علاوه، قانون اساسی، فهرستی از حقوق اساسی را به عنوان یکی از ابعاد مهم حاکمیت قانون ارائه می‌کند (مواد ۲۲ تا ۴۲) که مطابق آن، هرگونه اعمال محدودیت بر این حقوق،

۱۶۵. ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند.»
۱۶۶. تنها در صورتی می‌توان فرض کرد چنین خلای در قانون وجود دارد که قاضی با وجود همه تلاش خود برای تفسیر قوانین موجود، حکمی برای پرونده پیش روی‌اش نیافته باشد. اگر چنین تلاشی بدون حصول نتیجه انجام شده باشد، آنگاه قاضی می‌تواند حکمی بر اساس فقه حنفی صادر کند، که این حکم باید در چارچوب قانون اساسی باشد و به شکلی اعمال گردد که عدالت را به بهترین وجه ممکن اجرا کند.

۱۶۷. در مورد نقائص ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان، نگاه کنید:

Grote 910ff; Moschtaghi 509ff, 518ff.

۱۶۸. در این باره، نظر مشورتی درباره‌ی رأی عدم اعتماد ولسی جرگه به وزیر امور خارجه، بسیار مشکل‌آفرین بوده است، زیرا چنین تفسیری از قانون اساسی امکان نظارت پارلمان بر دستگاه اجرایی را به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد. نگاه کنید:

Moschtaghi

باید بر مبنای قانون باشد، در غیر این صورت، اعتبار نخواهد داشت. این مقررات امکان نظارت قضائی بر امور اداری و را فراهم می‌آورد و مشخص می‌کند که آیا محدودیتی که این امور بر حقوق افراد تحمیل می‌کنند، اعتبار قانونی دارد یا نه. این خود بُعد دیگری از حاکمیت قانون است.^{۱۶۹}

قانون اساسی افغانستان همچنین مقرر می‌کند که قوه اجرائیه محدود به قانون است: ماده ۵۰، همه مقامات اداری را به اداره امور بر اساس قانون موظف می‌کند.^{۱۷۰} ماده ۷۷ تصریح می‌کند که وزرا نیز - به مثابه رؤسای واحدهای اداری تحت مدیریت خود - تحت امر قانون‌اند. و سرانجام، ماده ۷۶ به این مسئله اشاره می‌کند که در صورتی که حکومت اقدام به وضع و تصویب مقررات اجرایی کند، این مقررات نباید برخلاف نص یا روح قانون باشد. اضافه‌براین، قانون اساسی افغانستان برابری همه در مقابل قانون را لازم می‌داند و این حکم شامل حکومت نیز می‌شود که وظیفه تبعیت از قانون را دارد. ماده ۲۲ قانون اساسی می‌گوید که همه شهروندان افغانستان - چه زن و چه مرد - حقوق و تکالیف مشابهی دارند. هرگونه تبعیض یا اعطای امتیاز ممنوع است. ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، مقرر می‌کند که دادرسی و صدور حکم از سوی دادگاه، بر اصل برابری در مقابل قانون مبتنی خواهد بود. این مقررات، به همراه مقررات راجع به محاکمه مقامات اداری (ماده ۶۹ قانون اساسی درباره رئیس‌جمهور، ماده ۷۸ درباره وزرا، ماده ۱۲۷ درباره رئیس و اعضای دیوان عالی)، برابری در مقابل قانون را وارد نظام حقوقی افغانستان می‌کند و این مسئله را روشن می‌کند که همه، از جمله رئیس‌جمهوری، باید تابع یک قانون باشند.^{۱۷۱}

169. Cf. International Commission of Jurists 12; Deninnger 49; Venkatachaliah 323; R. Moschtaghi, «Organisation and Jurisdiction of the Newly Established Afghan Courts-The Compliance of the Formal System of Justice with the Bonn Agreement» (2006) 10 Max Planck Yearbook of United Nations Law 375-420.

۱۷۰. برای جزئیات بیشتر، نگاه کنید:

Moschtaghi (n 13).

۱۷۱. مشکلی که هنوز وجود دارد، پاسخ‌گویی درباره نقض حقوق بشر در گذشته و فجایعی که در زمان اشغال افغانستان از سوی شوروی سابق صورت گرفته، و جنگ داخلی متعاقب آن است که وظیفه‌ای است که هنوز کسی به عهده نگرفته است. پایان دادن به فرهنگ مصونیت در برابر عواقب عملکرد افراد، تصمیمی سیاسی خواهد بود و وظیفه‌ای است ضروری و فوری جهت تحقق کامل اصل برابری در مقابل قانون. در این رابطه، قوانین عفو - که اعلام عفو عمومی می‌کنند - بسیار مشکل‌آفرین هستند.

چنین است که مقدمه قانون اساسی، ایجاد جامعه‌ای مبتنی بر حاکمیت قانون را یکی از اهداف اصلی قانون اساسی افغانستان معرفی می‌کند و قانون اساسی را به‌وضوح فراهم‌آورنده سازوکارها و نهادهای لازم برای برقراری حاکمیت قانون می‌شناسد. به این ترتیب، می‌توان حاکمیت قانون و تفکیک قوا را یکی از اصول قانون اساسی دانست.

همانطور که در ابتدای این بخش گذشت، رویکردی ماهوی به محتوای حاکمیت قانون نیز وجود دارد که به درجات مختلف، ابعادی از اخلاق و حقوق طبیعی و در نتیجه حقوق بشر و حمایت از آن را نیز شامل می‌شود.^{۱۷۲} بنابراین، بسته به اینکه چه تلقی‌ای از حاکمیت قانون داشته باشیم، می‌توانیم حقوق بشر و حمایت از آن را نیز زیرمجموعه اصل حاکمیت قانون بدانیم. با وجود این، نظر به اهمیت حمایت از حقوق بشر در کشورهای پسا-منازعه، مانند کشور افغانستان - و اهمیت ویژه‌ای که در قانون اساسی افغانستان به حقوق بشر داده شده است، حمایت از این حقوق را به‌عنوان اصلی جداگانه از اصول قانون اساسی، بررسی خواهیم کرد. هرچند این موضوع را نباید به عنوان معضلی تلقی کرد، به این معنا که تصور کنیم مطابق دکترین حقوق اساسی افغانستان، حاکمیت قانون فاقد این عنصر مهم است، چراکه برخی ابعاد حقوق اساسی می‌توانند بر دو اصل جامع قانون اساسی استوار باشند.

و) حقوق بشر و اعمال آن

قانون اساسی افغانستان در مقدمه خود بر تعهد به ایجاد جامعه‌ای عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانونمندی، عدالت اجتماعی، حمایت از حقوق بشر و کرامت انسانی و تأمین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم، تصریح می‌کند.^{۱۷۳} ماده‌های ۲۲ تا ۴۲ قانون کنونی، در مقایسه با قانون اساسی پیشین فهرست بسیار تفصیلی‌تری از حق‌ها و آزادی‌های اساسی^{۱۷۴} ارائه می‌دهد، امری که اهمیت بسیاری برای هر نظام حقوقی‌ای دارد که می‌خواهد

۱۷۲. نگاه کنید به (پ.ن. ۱۵۵)

۱۷۳. «ما مردم افغانستان [...] ۸. به منظور ایجاد جامعه مدنی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانونمندی، عدالت اجتماعی، حفظ کرامت و حقوق انسانی و تأمین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم [...] این قانون اساسی را تصویب کردیم.»

۱۷۴. در این فصل، «حقوق و آزادی‌های اساسی» اشاره به حقوق و آزادی‌هایی دارد که در ماده ۲ و ماده‌های ۲۲ تا ۴۲ قانون اساسی

مبتنی بر حقوق بشر و کرامت انسانی باشد. بند ۲ ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان بر اهمیت این فهرست حقوق و آزادی‌های اساسی تأکید می‌کند؛^{۱۷۵} این حقوق و آزادی‌ها مصون از هرگونه تغییر منفی اعلام شده‌اند، بدین معنا که تنها زمانی می‌توانند دستخوش تغییر شوند که اصلاح آنها به منظور افزایش تأثیر و کارایی این حقوق باشد. اهمیت حقوق بشر - به مثابه یکی از ارکان نظام حقوق اساسی افغانستان - و حمایت از این حقوق - به عنوان یکی از کارکردهای اصلی حکومت افغانستان - از سوی ماده ۶ مورد تصریح قرار گرفته است که حکومت افغانستان را به ایجاد جامعه‌ای مرفه و متمدن براساس عدالت اجتماعی و حمایت از حقوق بشر و کرامت انسانی موظف می‌کند. به علاوه ماده ۷ اعلام می‌کند که حکومت از منشور ملل متحد، کنوانسیون‌های بین‌المللی که افغانستان عضوی از آنهاست، و اعلامیه جهانی حقوق بشر، تبعیت خواهد کرد.^{۱۷۶}

با اینکه حقوق بشر، حاکمیت قانون، و دموکراسی نقاط مشترکی دارند و اصولاً تعارضی با یکدیگر ندارند، و هم در نظام حکومتی مرکزی و هم در نظام حکومتی فدرال تحقق پذیراند، اما رابطه میان جمهوریت اسلامی و حقوق بشر خالی از تنش نیست.^{۱۷۷}

با وجود این - همان‌طور که گذشت - قانون اساسی افغانستان از قرائتی خاص از جمهوریت اسلامی و رابطه آن با سایر اصول قانون اساسی دفاع می‌کند. نخست - همان‌طور که گفتیم - قانون اساسی افغانستان تفاسیر افراطی از حقوق اسلامی را تأیید نمی‌کند؛ تصریح به حاکمیت مردم و رد نظرات طرفداران اسلام سیاسی در قانون اساسی، نشان‌دهنده همین امر

افغانستان به آن اشاره شده است، و نه «حقوق بشر» شناخته شده بین‌المللی. ذکر این نکته از آن روست که در جزئیات، تفاوت‌های مهمی بین این دو وجود دارد. باین حال، حقوق بشر شناخته شده بین‌المللی نیز از حمایت ماده‌های ۶ و ۷ قانون اساسی افغانستان برخوردار است. برای تحلیل مفصل تفاوت‌های موجود میان فهرست حقوق اساسی در قانون اساسی افغانستان و معیارهای حقوق بشر شناخته شده بین‌المللی، نگاه کنید:

M. Knut Rassekh Afshar, «Constitutional Practice and Human Rights» (2008) II Max Planck Manual of Afghan Constitutional Law.

۱۷۵. «تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف به منظور بهبود حقوق آنان مجاز می‌باشد.»

۱۷۶. برای مطالعه تفصیلی حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، نگاه کنید:

Knut Rassekh Afshar.

177. R. Moschtaghi, «Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip-Ein Vergleich der Verfassungen von Iran und Afghanistan» (2008) 41 Verfassung und Recht in Übersee 185ff., 194 ff.

است. دوم آنکه موقعیت اصل جمهوریت اسلامی در قانون اساسی افغانستان به گونه‌ای است که برتری آن را نسبت به سایر اصول نشان نمی‌دهد، بلکه اهمیتی هم‌ردیف با آنها دارد. به‌ویژه درباره‌ی حق‌های اساسی و حمایت از این حق‌ها، هم‌ردیفی آنها را با اصل جمهوریت اسلامی می‌توان با نظر به این مسئله دریافت که مطابق بند ۱ و ۲ ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان، اصل جمهوریت اسلامی و فهرست حق‌های اساسی، هر دو از الغاء به وسیله‌ی اصلاحات متعاقب قانون اساسی مصون هستند.

به دلیل برابری اصول قانون اساسی، باید در صورت تعارض این اصول، توازنی میان آنها برقرار شود و توازنی که در هر مورد شکل می‌گیرد، باید به گونه‌ای باشد که نه هیچ‌یک از دو اصل متعارض بر دیگری مطلقاً ترجیح داده شده و تماماً اعمال شود، و نه بکلی نادیده گرفته شود. به جای آن، باید توازنی خردمندانه حاصل شود که تاحداً مکان به عملی شدن هر دو اصل بی‌انجامد. به عبارت دیگر، برابری این اصول و ارزش‌ها ایجاب می‌کند که هر دو ارزش متعارض - برای تطبیق به بهترین نحو ممکن - محدود شوند. این محدودیت باید با هدف ایجاد آن، تناسب داشته باشد و بیش از میزانی نباشد که برای ایجاد سازگاری میان دو اصل ضروری است. چنین رویکردی به مسئله‌ی ایجاد سازگاری میان اصول برابر در شرایط تعارض، الهام‌گرفته از دکترین سازگاری عملی (praktische Konkordanz) است که در دکترین حقوق اساسی آلمان برای یافتن راه‌حل در مواردی استفاده می‌شود که حق‌های اساسی مردم با دیگر ارزش‌های مورد تأکید قانون اساسی در تعارض قرار می‌گیرند.^{۱۷۸} در ادامه برای ارائه راهنمایی مختصری درباره‌ی موارد کاربرد عملی این روش، و نشان دادن روش‌های ممکن برای حل تعارض، تحلیلی انتزاعی از مسئله‌ی مجازات ارتداد در اسلام ارائه خواهیم داد.^{۱۷۹}

178. Cf. inter alia K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999) 28; German Federal Constitutional Court, BVerfGE 93, 1ff.; German Federal Constitutional Court 28, 243 (260ff.); German Federal Constitutional Court 41, 29 (50); German Federal Constitutional Court 52, 22.3 (247, 251).

۱۷۹. برای مطالعه‌ی یک تحلیل مفصل از پرونده‌ای واقعی در موضوع ارتداد در دادگاه‌های افغان، نگاه کنید: M. Kunst Rassekh Afshar, "The Case of an Afghan apostate" (2006) 10 Max Planck yearbook of United Nations law 591 ff.

که استدلال قانع‌کننده‌ی او تا حدود زیادی الهام‌بخش رویکرد پیشنهادی در سطور آینده بوده است.

۳. رویکردی عملی به مسئله حل تعارض میان حقوق بشر و جمهوریت اسلامی در چارچوب قانون اساسی افغانستان

آیا مجازات فرد به دلیل تغییر مذهب و ترک دین اسلام و جامعه مسلمانان (امت) با قانون اساسی افغانستان سازگاری دارد؟ از نگاه حقوق اسلامی، پاسخ این مسئله نسبتاً ساده است. اگرچه قرآن مجازاتی دنیوی برای ارتداد ذکر نکرده است، و باوجود دیدگاه متفاوت برخی فقها، نظر غالب در میان همه مکاتب حقوق اسلامی این است که سنت پیامبر اسلام بیانگر آن است که مجازات شخص مرتد، مرگ است.^{۱۸۰}

به عکس، از دیدگاه قانون اساسی افغانستان، هرگونه مجازاتی در این مورد مخالف با قانون اساسی خواهد بود، چراکه مطابق بند ۱ ماده ۲۷^{۱۸۱} در موارد جزایی، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها (nulla poena sine lege) اعمال می‌گردد و در قانون اساسی افغانستان هیچ قانونی مبنی بر مجازات شخص مرتد وجود ندارد. اگرچه ادعاهایی در این باره وجود داشته است که در افغانستان، کل حقوق اسلامی - حتی بدون طی هیچ‌گونه فرآیند رسمی تصویب - باید «قانون» تلقی شود،^{۱۸۲} اما چنین دیدگاهی پذیرفتنی نیست، زیرا ماده ۹۴ قانون را به صراحت اینگونه تعریف می‌کند: «[...] مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد [...]».^{۱۸۳}

البته این مسئله همچنان جای پرسش دارد که چنانچه لایحه‌ای درباره مجازات شخص مرتد به پارلمان ارائه شود، آیا می‌توان آن را با قانون اساسی مطابق دانست یا نه. از دیدگاه نگارنده، در این مورد، لازمه برقراری توازن صحیح میان اصول مربوط این خواهد بود که

180. Knust 598; cf. T. Kamel, «The Principle of Legality and its Application in Islamic Criminal Justice» in M.C. Bassiouni (ed), The Islamic criminal justice system (Oceana Publishers, London 1982) 149 ff.15.3.

۱۸۱. بند ۱ ماده ۲۷: «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد.»

۱۸۲. برای خلاصه‌ای از این بحث، نگاه کنید:

Knust 600ff.

۱۸۳. برای دیدگاهی که مدافع موضوعیت داشتن ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان به عنوان ماده‌ای که «قانون» را تعریف می‌کند، نگاه کنید:

Kamali (n 3) 290.

چنین چیزی مخالف با قانون اساسی تلقی شود. یک سوی این تعارض، حق آزادی مذهب برای شخص «گناهکار» است. اگرچه ماده ۲ قانون اساسی افغانستان تنها از آزادی مذهب برای غیرمسلمانان دفاع می کند - و به این ترتیب بر موارد ارتداد اعمال پذیر نیست - اما بند ۱ ماده ۷ در این باره اهمیت فراوان دارد. بر اساس این ماده:

دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند.

اعلامیه جهانی حقوق بشر حقوق بشر در ماده ۱۸ می گوید:

همه افراد حق آزادی اندیشه، وجدان و مذهب دارند؛ این حق شامل آزادی تغییر مذهب یا عقیده نیز هست [...]». ^{۱۸۴}

اگرچه به طور کلی اعلامیه های مجمع عمومی سازمان ملل، مطابق ماده ۱۰ منشور ^{۱۸۵} ملل متحد، ^{۱۸۶} الزام آور نیستند، اما مطابق ماده ۷ قانون اساسی، اعلامیه جهانی حقوق بشر برای افغانستان الزام آور است. به علاوه، ماده ۱۸ کنوانسیون بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) - که افغانستان نیز آن را بدون هیچ شرطی پذیرفته است ^{۱۸۷} - و همچنین ماده ۱۴ کنوانسیون حقوق کودک (CRC)، آزادی مذهب را حمایت کرده است. ^{۱۸۸} مطابق

184. Resolution 217 C (III) of December 10, 1948 U.N. Doc. A/810 (1948), 77.

تأکید از نگارنده است.

185. Charter of the United Nations of June 26, 1945, entered into force October 24, 1945, 1 UNTS XVI.

۱۸۶. با وجود این، اعلامیه جهانی حقوق بشر علیرغم الزام آور نبودن، نشان داده است که چنین اعلامیه هایی ممکن است تأثیری دائمی بر حقوق بین الملل، و همچنین نقشی در توسعه عرف بین المللی، داشته باشند.

Cf. E.-I.A. Daes, «The Individual's Duties to the Community and the Limitation on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights» (198.3) UN Doc. E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2, 49ff; para. 180ff.; C. Tomuschat, «Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten: Zur Gestaltungskraft von Deklarationen der UN-Generalversammlung» (1976) 36 ZaoRV 444ff., 467ff; A. Verdross and B. Simma, Universelles Völkerrecht (Duncker and Humboldt Berlin 1984) 409ff.; R. Lagoni, «Resolution, Declaration, Decision» in R. Wolfrum (ed), United Nations-law, policies and practice (Beck Verlag, Munchen 1995) Vol. 2, 1081ff., 1089 ff.

187. International Covenant on Civil and Political Rights of December 19, 1966, entered into force March 23, 1976, accession by the Afghan state January 24, 1983, UNTS Vol. 999, 171/f.

188. Convention on the Rights of the Child of November 20, 1989, entered into force September 2,

اصل شناخته شده تداوم دولت در حقوق بین الملل، هویت حکومت تحت تأثیر تغییر نظام قانون اساسی آن قرار نمی گیرد، خواه آن تغییرات حاصل یک انقلاب باشند یا چیز دیگر. بنابراین، هر دو معاهده برای افغانستان الزام آوراند.^{۱۸۹} اگرچه برخلاف اعلامیه جهانی حقوق بشر، هیچ یک از دو معاهده ICCPR و CRC صراحتاً به آزادی مذهب اشاره نمی کنند، اما برداشت عمومی این است که این حق، مشمول ماده ۱۸ ICCPR و ماده ۱۴ CRC است.^{۱۹۰} این مسئله را در ارتباط با ICCPR، می توان از بند ۲ ماده ۱۸ دریافت که مطابق آن:

هیچ کس را نمی توان تحت اجبار قرار داد به نحوی که آزادی او به داشتن یا پذیرفتن مذهب یا اعتقادی که برای خود برگزیده است، خدشه دار شود.

در مسئله ارتداد، تهدید به اعدام به روشنی نشان دهنده فشار است و از همین رو به شدت آزادی مذهب را خدشه دار می کند.^{۱۹۱} بنابراین، برقراری مجازات اعدام برای ارتداد با آزادی مذهب سازگاری ندارد. اگرچه این بُعد از آزادی مذهب در فهرست حق های اساسی در قانون اساسی افغانستان، به صراحت ذکر نشده است، اما باید آن را دارای همان رتبه ای دانست که از تأکید فراوان قانون اساسی افغانستان بر حقوق بشر و تعهدات بین المللی مربوط به آن

1990, 11LMVol. 28, 1457ff, signature September 27, 1990, ratification March 28, 1994.

افغانستان به هنگام امضای این کنوانسیون اعلام کرد: «حکومت جمهوری افغانستان این حق را برای خود محفوظ می داند که در زمان تصویب کنوانسیون، تصویب آن را مشروط به پذیرفتن هرگونه مقررۀ مذکور در آن بداند که مخالف قوانین شریعت اسلام و قوانین موجود داخلی است.» اما در هنگام تصویب، عملاً هیچ شرطی قرار داده نشد.

189. G. Dahm, J. Delbruck and R. Wolfrum (eds), *Volkerrecht* (De Gruyter, Berlin 2002) Vol. I/3 601ff.; G. Dahm, J. Delbruck and R. Wolfrum (eds), *Volkerrecht* (De Gruyter, Berlin 1988) Vol. I/1, 138 L. Oppenheim, R. Jennings and A. Watts, *International Law* (Longman, London 1992) Vol. I/1 204ff.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, Oxford 2003) 80; A. Zimmermann, *Staatenachfolge in völkerrechtliche Verträgen* (Springer, Berlin Heidelberg 2000) 37; A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (Dunker and Humboldt, Berlin 1984) 230Jf; K. Doebling, *Volkerrecht* (C.F. Muller Verlag, Heidelberg 2004) 128.

برای مطالعه تفصیلی مسئله ادامه اعتبار تعهدات مذکور در معاهدات بین المللی پس از «اسلامی شدن» یک نظام حقوقی، نگاه کنید: R. Moshtaghi, «The Relation between International Law, Islamic Law and Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran-A Multilayer System of Conflict?» (2009) 13 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, soon to be published.

190. Nowak 316; KJ. Partsch, «Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms» in L. Henkin (ed), *The International Bill of Rights* (Columbia University Press, New York 1981) 209 ff. 211.

191. Cf. also Knust 601.

برمی‌آید.^{۱۹۲}

مطالبی که گذشت، دلیل محکمی بر مطابقت‌نداشتن هرگونه لایحه فرضی مربوط به مجازات ارتداد با قانون اساسی به‌دست می‌دهد. البته هنوز به این مسئله نپرداخته‌ایم که آیا تعیین‌نشدن مجازات برای ارتداد با اصل جمهوریت اسلامی مطابقت دارد یا نه. باید مسائل متعددی را برای پاسخ‌دادن به این پرسش در نظر آورد. اولاً ضرورت مجازات ارتداد، بخشی از شریعت نیست، بلکه از فقه سرچشمه می‌گیرد، زیرا این قاعده، برآمده از تفسیر سنت پیامبر است.^{۱۹۳} همانطور که در بالا گذشت، ماده ۳ قانون اساسی افغانستان، تنها مطابقت‌داشتن قوانین با شریعت را لازم می‌داند و نه مطابقت‌داشتن آنها با فقه را.^{۱۹۴} به‌علاوه، اختلاف علما درباره لزوم تعیین مجازات کیفری برای ارتدادی که بدون وجود برخی قیود صورت گرفته باشد، نشان می‌دهد که تصویب لایحه‌ای در این باره از شروط لازم برای داشتن حکومت اسلامی نیست. چیزی که این عقیده را بیشتر تقویت می‌کند، نظر برخی علما است که چنانچه عمل شخص مرتد، قیود خاصی نداشته باشد - مثلاً با قصد اضرار به امت اسلامی انجام نشده باشد - مجازات وی مردود است.^{۱۹۵} از جمله برخی از برجسته‌ترین مراجع تقلید^{۱۹۶} در اسلام شیعی جعفری این نظر را دارند. این بدان معناست که هر فردی از معتقدین به این مذهب، مجاز به تقلید از دیدگاه‌های آنها است و در صورت تقلید دچار تخطی از اسلام نخواهد شد، حتی اگر آن مراجع تقلید در نظریات خود دچار خطا شده باشند. این حقیقت که این گروه از علما به مکتب حقوقی جعفری - یعنی بزرگ‌ترین مکتب حقوقی شیعی - تعلق دارند، خدشه‌ای به اعتبار دینی دیدگاه‌های آنها وارد نمی‌کند، زیرا حدود ۱۹ درصد از جمعیت افغانستان به شاخه شیعی اسلام تعلق دارد و قانون اساسی افغانستان، مکتب حقوقی اسلامی

۱۹۲. نگاه کنید به ماده‌های ۶ و ۷ و مقدمه قانون اساسی افغانستان.

۱۹۳. نگاه کنید به بالا، و همچنین:

Knust 595, 598.

۱۹۴. نگاه کنید به ۲. الف: تطابق قانون اساسی و قوانین عادی با شریعت.

195. Knust 598.

۱۹۶. درباره علمای شیعه و سلسله مراتب آنها، نگاه کنید:

Momen 184ff.

خاصی را به عنوان مذهب حکومت معرفی نمی‌کند.

به این ترتیب مشخص شد که یک حکومت اسلامی می‌تواند - بدون آنکه غیراسلامی تلقی شود - از مجازات مرتد خودداری کند، ضمن آنکه تصویب قانون جزائی که در آن مجازات مرتد پیش‌بینی شده باشد، منجر به نقض اساسی آزادی مذهب خواهد شد. براین اساس، تصویب لایحه‌ای در این باره از سوی ولسی جرگه، مخالف قانون اساسی خواهد بود.

۴. نتیجه‌گیری

اگرچه ماده ۱، اصل جمهوریت اسلامی را به رسمیت می‌شناسد، این اصل تنها یکی از ارکان قانون اساسی است. سایر ارکان قانون اساسی، شامل دموکراسی، حاکمیت قانون، اصل حکومت واحد، و در نهایت حقوق بشر و تطبیق آن است. هرچند رکن جمهوریت اسلامی به مثابه یکی از اصول قانون اساسی، اهمیت بسیاری دارد، اما در صورت تعارض با سایر اصول قانون اساسی، باید به توازنی میان این اصل با سایر اصول و ارزش‌ها دست یافت. برقراری توازن میان اصول و حقوق متعارض، باید تنها با در نظر گرفتن روح قانون اساسی انجام شود، که توجه برابر به همه اصول را ضروری می‌انگارد. لازمه این امر، تفسیر این اصول به طریقی است که به مطابقت داشتن آنها با یکدیگر و اثربخشی حداکثری به هر یک از آنها منجر گردد. ضرورت برقراری توازن در متن خود قانون اساسی نیز نهفته است: با اینکه مطابق ماده ۳ قانون اساسی افغانستان، هیچ قانونی در این کشور نمی‌تواند ناقض شریعت باشد، اما ماده ۴ به صراحت اصل حاکمیت مردم را می‌پذیرد و به این ترتیب اندیشه طرفداران اسلام سیاسی را که حاکمیت در حکومت اسلامی تنها به خدا تعلق دارد، رد می‌کند.

به این ترتیب، روشن است که نظام کنونی حقوق اساسی افغانستان، آن نظامی نیست که سید قطب و سایر مبلغین بنیادگرای اسلام سیاسی در ذهن داشتند. همان‌طور که در مقدمه قانون اساسی آمده است، نظام کنونی از تلاش جامعه‌ای مذهبی با اکثریتی عمیقاً متعهد به اسلام، برای برقراری نظامی حقوقی حکایت دارد که در آن حاکمیت قانون، دموکراسی و حقوق بشر می‌توانند بدون غفلت از هویت اسلامی اکثریت بزرگ مردم افغانستان، محقق

شوند. قانون اساسی افغانستان، نظر به ماهیت بسیار متوازی که دارد، نقطه آغاز و چارچوب مناسبی برای توسعه جامعه‌ای است که قادر به محقق نمودن این اهداف متفاوت خواهد بود. قانون اساسی افغانستان در واکنش به فجایع گذشته، از افراطی‌گری - خواه مذهبی و خواه ضد مذهبی - دوری می‌کند. بر جامعه افغان به طور کلی و بر حقوق دانان به طور خاص واجب است که این وعده قانون اساسی را جامعه واقعیت بپوشانند و از این طریق افغانستان را - مانند قانون اساسی اش - به الگویی برای جهان اسلام تبدیل کنند.