



مجله مطالعات حقوقی افغانستان

جلد ۲ (۱۳۹۶ / ۲۰۱۷)

سرديير

پوهنمل لطف الرحمن سعيد

دييران

پروفيسور دكتور محمد هاشم كمالى و دكتور تليمن ج. رودر



مؤسسه نشر واژه

كابل، ۱۳۹۶ / ۲۰۱۷

مجله مطالعات حقوقی افغانستان
(Majallah-’i muṭālī’āt-i ḥuqūqī Afghānistān)

جلد ۲ (۱۳۹۶/۲۰۱۷)

سر دبیر

پوهنمل لطف الرحمن سعید

دبیران

پروفیسور دکتړ محمد هاشم کمالی و دکتړ تلیمن ج. رودر

هیئت تحریر

دکتړ وحیدالله امیری استاد پوهنځی حقوق پوهنتون ننگرهار، دکتړ ولی محمد ناصح استاد پوهنځی حقوق پوهنتون کابل، دکتړ شمشاد پسرلی استاد پوهنځی حقوق پوهنتون هرات، عبدالله صدیقی سفیر جمهوري اسلامي افغانستان در پاریس، پوهنمل محمد ایوب یوسفزی استاد پوهنځی حقوق پوهنتون بلخ و بهشته ظاهر هلالی کاندیدیای برنامه دکتړا در پوهنتون جی. و. گوته فرانکفورت

همکار دبیران

احمدشاه احمدیار و عایشه محمود

صاحب امتیاز

بنیاد ماکس پلانک برای صلح جهانی و حاکمیت قانون

مؤسسه نشر واژه

چاپ نخست: کابل، ۱۳۹۶/۲۰۱۷

شمارگان: ۵۰۰ جلد

شابک بین المللی: ۳۰۷۰-۲۵۲۲

مراکز نشر

Kabul Pul-e- Sorkhk Square, Milli Market, Shop No.17, Phone No: 0780747367

Pol-e-Sokhta, Shahid Mazari Square, Mohammadi Market, Shop No.35, Phone No:

0744029570, email: nashre.vajah@gmail.com

Copyright

All rights reserved. No parts of this publication maybe reproduced, distributed or trans-
mitted in any form or by any means, including photocopy, recording or other electronic or
mechanical methods, without the prior written permission.

مسئولیت مقالات به دوش نویسندگان آن بوده و مسؤولان و دست اندرکاران مجله در رابطه به موضوعات
نشر شده در مقالات، هیچ نوع مسؤولیتی ندارند.

هیئت مشاوره علمی

سرور دانش معاون دوم ریاست جمهوری اسلامی افغانستان
استاد حمیدالله فاروقی رئیس پوهنتون کابل
دکتر امین احمدی رئیس پوهنتون ابن سینا
غزال حارس استاد پوهنځی حقوق پوهنتون آمریکایی - افغانستان
استادیار ابراهیم افصح، پوهنتون کوپنهاگ
پروفسور دکتر کلارک لمباردی استاد حقوق در پوهنتون واشنگتن
دکتر عبدالله شفایی استاد حقوق در پوهنتون ابن سینا
دکتر نوح کابرون، کالج بنیگتون ایالات متحده آمریکا
دکتر غزاله فرید زاده استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران
پروفسور دکتر منیر احمد استاد پوهنتون اسلامی بین المللی اسلام آباد
دکتر علی وردک استاد حقوق در پوهنتون جنوب ولز انگلستان
دکتر هابیل نجمه یاسیری، انستیتیوت ماکس پلانک (هامبورگ)
دکتر ادريس ناصري استاد پوهنتون پادربورن

فهرست مطالب

سخن دبیران.....	۹
د مجله د کتونکو وینا.....	۱۱
چکیده مقاله‌ها و زندگی‌نامه نویسندگان.....	۱۳
د مقالو لنډیز.....	۳۵
تسجیل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان: با الگوهایی از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶.....	۵۱
احمد حنیف حنیف	
چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو.....	۹۳
دکتر عادل ساریخانی	
احمد رضا صادقی	
کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان.....	۱۱۳
جواد تقی زاده	
کیومرث فیروز جهانتیغی	
نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان.....	۱۳۵
دکتر علی محمد میرزایی	
نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان.....	۱۶۷
دکتر عبدالله شفایی	
ضرورت جایگزین‌های حبس و سازوکارهای آن در حقوق جزای افغانستان.....	۱۹۱
دکتر عید محمد احمدی	
چارچوب اختیارات نیروهای مسلح در قانون اساسی.....	۲۰۷
غلام حسن گران	

۲۲۵..... قضاوت زن از منظر قوانین نافذه افغانستان و فقه حنفی

پوهنمل لطف الرحمن سعيد

۲۳۳..... جایگاه لویه جرگه عنعنوی در حقوق اساسی افغانستان

دکتر محمد امین احمدی

۲۴۷..... تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان

قانونپوه دکتر محمد قاسم هاشمزی

۲۸۷..... مسأله طلاق و حقوق زنان: تفاسیر برخی فقهای مسلمان از آیه ۲۲۸ سوره بقره

محمد هاشم کمالی

۳۰۷..... شفافیت و نقش آن در پیش گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان

محمد یحیی بلاغت

۳۳۱..... بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان

مهری رضایی

۳۵۷..... مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان

نظام الدین عبدالله

سخن دبیران

مجله مطالعات حقوقی افغانستان، نخستین مجله علمی- پژوهشی با سه زبان در افغانستان است که زمینه فکری را برای محققان ملی و بین المللی در حوزه حقوق افغانستان فراهم می سازد. هدف این است که یافته های علمی- پژوهشی معیاری و با کیفیت در ارتباط با مسائل مهم حقوقی و قانونی و هم چنین موضوعات مهمی مربوط به تلاش ها درخصوص تقویت حاکمیت قانون در افغانستان را گسترش دهیم. این مجله چالش های جدیدی را که از اجرای قوانین موجود در کشور پیش می آید، شناسایی و انعکاس می دهد. اکثر مقالات این جلد را محققان و نویسندگان افغان به زبان های دری و پشتو و چندین مقاله ی پژوهشی را نیز شماری از پژوهشگران بین المللی به زبان های انگلیسی و فارسی نوشته اند.

پشتو به عنوان زبان اکادمیک نوپا می باشد و اگرچه سهم گیری در این مجله به زبان پشتو در مقایسه با زبان های دری و انگلیسی تا اندازه ی اندک است ولی تلاش برای توسعه این زبان به منظور پاسخ به نیازهای محصلان، دانشمندان و فعالان حوزه حقوق افغانستان انجام می شود. دبیران مجله تلاش خواهند کرد تا با پژوهشگران و محققان توانمند در داخل و خارج از افغانستان برای نوشتن مقالات به زبان پشتو در تماس شوند، و امیدواریم که در شمارگان بعدی، مقالات پژوهشی بیشتری به زبان پشتو داشته باشیم. بیش تر مقالات این مجلد در یکی از همایش های مطالعات حقوقی افغانستان که سالانه در کابل برگزار می نمایم، ارائه گردیده و پس از بازبینی دقیق توسط دو تن از اعضای هیئت تحریر این مجله، مقاله ها انتخاب و در این جلد نشر شده است.

این مجله علمی را پروفسور دکتر محمد هاشم کمالی رئیس مؤسسه بین المللی مطالعات پیشرفته اسلامی مالیزیا، دکتر تیلیمان ج رودر دانشمند آلمانی و پوهنمل لطف الرحمن سعید استاد پوهنخی شرعیات پوهنتون کابل در سال ۱۳۹۵ تاسیس نموده اند.

در شرایطی که افغانستان هنوز درگیر منازعات داخلی و مشکلات امنیتی است این موارد ثبات کشور را به طرق مختلف به خطر می اندازد؛ نشریات علمی که نیاز به تمرکز فکری، ظرفیت سازی و دسترسی به منابع دارند، در چنین وضعیتی طبعاً کارهای تحقیقی با محدودیت مواجه می شود. با تلاش های ارزشمند و پشتیبانی دست اندرکاران، این تنها مجله حقوقی در افغانستان است که با شماره

مسلسل نهاد استاندارد بين المللی (ISSN) در پاریس ثبت شده است. جلد نخست مجله در سال گذشته در کتابخانه های ملی و بین المللی توزیع و مورد استقبال خوبی پژوهشگران حقوقی قرار گرفت. با اغتمام از فرصت از همه دست اندرکاران و هم چنین کسانی که وقت با ارزش خود را برای پژوهش های علمی اختصاص داده و سهم بزرگی در نشر این مجله داشته اند، تشکر و قدردانی نماییم. همچنین از تلاش های سازنده آن هایی که برای بازگرداندن صلح به افغانستان و ساختن آینده ای بهتر برای این کشور فعالیت می کنند، کمال تقدیر و امتنان را داریم.

پاسخ مثبت شماری از شخصیت های برجسته اکادمیک ملی و بین المللی برای عضویت در هیئت علمی مشورتی مجله، موجب دلگرمی و تشویق ما گردیده که نام و موقف های وظیفوی آن ها درج مجله می باشد. هیئت تحریر این فرصت را مغتنم دانسته و از آنان قدردانی می نماید. امیدواریم اعضای محترم هیئت علمی مشورتی، ما را از رهنمودهای ارزشمند خود بهره مند ساخته و مجله را در نهادهای مربوطه و کشورهای خویش معرفی نمایند.

اعضای هیئت تحریر متشکل از محققان فوق دکترا و محصلان مقطع دکترا می باشند که از سوی دبیران انتخاب شده اند. آنان مقاله ها را با دقت بازنگری نموده و در حوزه تخصصی مربوطه، نظرات خلاقانه خود را با ما در میان گذاشته اند. هم چنین از همکاران دبیران، آقای احمد شاه احمدیار و محترمه عایشه محمود به خاطر مشارکت فعال در تمامی مراحل تدوین این جلد و از مترجمان خانم آمنه حسینی و محترمه فاطمه به خاطر ترجمه بسیار خوب و روان چکیده مقاله ها، صمیمانه تشکر و قدردانی می کنیم. لازم به ذکر است که همه این اشخاص داوطلبانه و بدون دریافت حق الزحمه، در این کار مشارکت دارند.

به منظور بهبود روند تدوین و دورنمای مجله در افغانستان، دکتر تیلمن رودر و پروفیسور محمد هاشم کمالی، پوهنمل لطف الرحمن سعید را به عنوان سردبیر مجله تعیین نموده اند. و بخش بزرگی از کار ویرایش این جلد نیز، زیر نظر وی انجام شده است.

در آخر از وزارت امور خارجه جمهوری فدرال آلمان به خاطر پشتیبانی مالی برای برگزاری همایش های مطالعات حقوقی افغانستان که در بسیاری از موارد زمینه نشر این مجله را تسهیل نموده، صمیمانه قدردانی می نماییم. برای تداوم نشر مجله مطالعات حقوقی افغانستان در سال های آینده؛ مشتاقانه به دنبال دونهای هستیم که مایل به همکاری در این زمینه می باشند.

پروفیسور دکتر محمد هاشم کمالی، دکتر تیلمان ج. رودر - دبیران

و پوهنمل پروفیسور لطف الرحمن سعید - سردبیر

د مجله د کتونکو وينا

د افغانستان د حقوقی مطالعاتو مجله هغه لومړنۍ تحقیقی-علمی مجله ده چې په درې ژبو خپرېږي لیکنی خپروې او د افغانستان د حقوقو په برخه کې ملی او نړیوال حقوقی خپرونکو ته فکری ساحه جوړوي. موخه داده چې د مهمو حقوقی او قانونی مسایلو اړوند معیاری او باکیفیته تحقیقی-علمی لاس ته راوړنې او دارنگه افغانستان کې د قانون د حاکمیت په برخه کې د هڅو اړوند موضوعات خپاره کړي. دا مجله هغه نوې ستونزې چې د موجوده قوانینو له پلکیدو څخه په هیواد کې را پیدا کېږي، راویژنې او لازمی د حل لاری او مشورې وړاندې کوي. د دې مجلې زیاتې مقالې افغان خپرونکي او لیکوالان په دری او پښتو ژبو او څو تحقیقی مقالې یې یوډله نړیوالو خپرونکي په انګلیسي او فارسي ژبو لیکلي دي.

پښتو دیوې نوې راټوکیدلې علمی ژبې په توګه د افغانستان په حقوقی ټولنې کې خپل شتون پیاوړی کړی دی. که څه هم په دی مجله کې د پښتو ژبې سهم او ګډون، د دری او انګلیسي ژبو په پرتله یوڅه لږ دی، خو له نیکه مرغه د دې ژبې د پرمختګ په پار هم هڅې روانې دي، ترڅو د افغانستان د حقوقی برخې فعالانو، پوهانو او زده کوونکو اړتیاوې حل شي. د مجلې کتونکي به هڅه وکړي ترڅو له قوی خپرونکو او محققینو سره د افغانستان د ننه او بهر د پښتو ژبې د مقالو لیکلو لپاره اړیکې ونیسي، او هیله ده چې راټلونکو ګڼو کې په پښتو ژبه لازياتې تحقیقی مقالې ولرو. د دې مجلې زیاتې مقالې د افغانستان د حقوقی مطالعاتو په یوه علمی غونډه کې چې هر کال په کابل کې نیسو، لوستل شوي دي، او د مجلې لیکنیز پلاوي د دوه تنو له دقیقې مطالعې او ټاکنې وروسته مقالې او پډي مجله کې خپرې شوې دي.

دغه علمی مجله پروفیسور دکتور محمد هاشم کمالی د مالیزیا د پرمختللو اسلامی مطالعاتو بین المللی مؤسسې رئیس، دکتور تیلیمان ج رودر آلمانی خپرونکی، او د کابل پوهنتون د شریعاتو پوهنځي استاد پوهنمل لطف الرحمن سعید لخوا په ۱۳۹۵ لمريز کال کابل کې تاسیس شوی ده، داسې شرایطو کې چې لا افغانستان د کورنۍ شخړو او امنیتي ستونزو سره لاس او ګریوان ده، خو دغه ټکی بیا دهیواد ثبات له مختلفو لارو خطر سره مخ کوي، هغه علمی خپرونې چې زیات فکری تمرکز، ظرفیت جوړولو او منابعو / سرچینو ته د لاس رسی اړتیا لري. دغسې شرایطو کې طبیعي

ده چې تحقیقی او خپرنیز فعالیتونه له محدودیتونو سره مخ کیږي، د کاري ملگرو په ملاتړ او با ارزښته هڅو په مټو دا په افغانستان کې یواځنې حقوقي مجله ده چې د (ISSN) نړیوالی سټنډرډ پرله پسې شمیرې له مخې په پاریس کې ثبت شوې ده، د مجلې لومړی ټوک تیر کال په ملی او نړیوالی کتابتونونو کې ویشل شوه او د حقوقي خپرونکو د ښه استقبال څخه برخمنه شوه.

له فرصت څخه په استفادې د ټولو کاري ملگرو، او د هغو اشخاصو چې خپل ارزښتناکه وخت یې علمی خپرونو ته ورکړی او د دې مجلې په خپرونه کې لویه برخه لري، مننه او درناوی کوو، دا رنگه د هغو له هڅو چې افغانستان ته دسولې په بیاراگرځولو او د ښه راتلونکي جوړولو لپاره فعالیت کوي هم د زیات درناوی او احسان منونکي یو. د یو ډله ملی او نړیوالو اکادمیکو شخصیتونو لخوا دمجلې په علمی مشورتی پلاوی کې د غړیتوب مثبت ځواب، زموږ د ډاډ گیرنې او تشویق لامل وگرځید، چې نومونه او موقفونه یې پدی مجله کې لیکل شوي دي. لیکنیز پلاوی دافرصت غنیمت گڼي او دهغوی درناوی کوي او هیله مند یو چې د علمی مشورتی پلاوی محترم غړی مونږ له خپلو ارزښتناکو لارښوونو څخه برخمن کړي او مجله پخپلو اړوندو بنسټونو او هیوادونو کې وپېږني.

د لیکنیز پلاوی غړی فوق دکترا خپرونکی او د دکترا دورې زده کوونکی دی چې د لیکنیز پلاوی لخوا غوره شوی دی. دوی مقالې په څیر او دقت سره تر کره کتنې لاندې نیسي، او اړونده تخصصی څانګه کې خپل خلاق نظرونه او اندونه له موږ سره شریکوي. دارنگه د منشیانو له همکارانو، ښاغلي احمدشاه احمدیار او آغلې عایشه محمود نه چې ددې ټوک د تدوین په ټولو مرحلو کې یې فعاله ونډه اخیستې، او ژباړونکو هریو: میرمن آمنه حسینی، او آغلې فاطمې څخه چې د مقالو لنډیز یې په ښه او روان ډول ژباړلی، د زړه له تله مننه او درناوی کوو. د یادونې وړ ده چې دغه ټول شخصیتونه په داوطلبانه ډول او د کومې حق الزحمې له ترلاسه کولو پرته دې کار کې ونډه لري.

همدارنگه په پای کې د آلمان فدرالی جمهوریت د بهرنیو چارو وزارت نه، د افغانستان د حقوقي مطالعاتو د علمی غونډو دایرولو د مالی ملاتړ په پار هم د زړه له تله درناوی کوو، چې د دې مجلې په خپرولو کې اسانتیاوې رامنځته کړې دي.

په راتلونکو کلونو کې د افغانستان د حقوقي مطالعاتو مجلې د خپراوي د تداوم لپاره په ډیر شوق او تلوسه دهغو مرسته کوونکو په لټه کې یوو، چې هیله کیږي دې برخه کې همکاري او لاس نیوی وکړي.

پروفیسور دکترا محمد هاشم کمالی، دکترا تیلیمان ج. رودر - منشیان

او پوهنمل لطف الرحمن سعید - سرمنشی

چکیده مقاله‌ها و زندگی‌نامه نویسندگان

اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان، با الگوهایی از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶

افغانستان ضمن امضاء و تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی در زمینه‌های مختلف حقوق بشر، اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر را متقبل گردیده است. حقوق بنیادین بشر حق‌هایی هستند که مطابق بند ۲ ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ (برخلاف حق‌های بشری عام) دولت‌ها تحت هیچ‌نوع شرایطی نمی‌توانند آنها را نقض و یا محدود نمایند. این حقوق عبارت‌اند از: منع سلب خودسرانه حیات ماده ۶، منع شکنجه ماده ۷، منع بردگی و خدمت اجباری ماده ۸، ممنوعیت بازداشت افراد به علت ناتوانی در اجرای تعهد قراردادی ماده ۱۱، حق عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی مگر به نفع متهم ماده ۱۵، حق برخورداری افراد از شخصیت حقوقی ماده ۱۶ و حق آزادی اندیشه، مذهب و عقیده ماده ۱۸.

نوشتار حاضر کوشیده است تا بعد از ارائه معلومات مختصر پیرامون حقوق بنیادین بشر و مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال آن‌ها، ابتدا تعهدات بین‌المللی و ملی افغانستان را در رابطه به حقوق بنیادین بشری فوق مشخص نموده، سپس در روشنی گزارشات مراجع معتبر ملی و بین‌المللی در مورد وضعیت حقوق بشر در افغانستان، چگونگی تطبیق آن‌ها را در کشور مورد بحث و ارزیابی قرار داده و علل و عوامل آن‌ها را ریشه‌یابی نماید.

کلمات کلیدی: افغانستان، حقوق بشر، تعهدات بین‌المللی حقوق بشر، قواعد بنیادین حقوق بشر.

درباره نویسنده: احمد حنیف حنیف دانشجوی مقطع دکتری حقوق بین‌المللی عمومی در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی در تهران می‌باشد که توسط برنامه سکالرشپ حمیده بر مکی بنیاد ماکس پلانک برای صلح بین‌المللی و حاکمیت قانون تمویل گردیده است. آقای حنیف مدرک لیسانس خود را در سال ۱۳۸۱ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه کابل و ماستری خود را در سال ۱۳۸۷ در رشته حقوق بین‌الملل عمومی از دانشکده حقوق دانشگاه ووهان کشور چین بدست آورده است.

آقای حنیف از سال ۱۳۸۱ بدینسو عضو کادر علمی دانشکده حقوق دانشگاه البیرونی ولایت کاپیسا (افغانستان) می‌باشد. ایشان مضامین حقوق اساسی عمومی، حقوق اساسی مقایسه‌ای و حقوق بین‌الملل عمومی را تدریس نموده و در کنار وظیفه تدریس، از سال ۱۳۹۱ الی ۱۳۹۴ به

حيث مشاور حقوقي کميسيون مستقل نظارت بر تطبيق قانون اساسی افغانستان نیز ایفای وظیفه نموده است.

سیاست جنایی منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان یافته منطقه اکو

امروزه شبکه‌های قدرتمند سازمان‌های جنایی با گستره فعالیت‌های هماهنگ خود در قالب جرایم سازمان یافته در همه جای دنیا با تأثیرات بسیار زیاد در عرصه‌های مختلف یکی از مهم‌ترین نگرانی‌ها در جوامع ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی محسوب می‌شوند به گونه‌ای که نه تنها امنیت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی را در معرض خطر قرار داده است؛ بلکه به‌عنوان تهدید قرن شناخته شده و بر همین پایه سده بیست و یکم به‌عنوان «سده جرم سازمان یافته» نام‌گذاری شده است.

منطقه جغرافیایی کشورهای موسوم به اکو در آسیا با توجه به استراتژیک بودن آن یکی از مستعدترین مناطقی محسوب می‌گردد که در قلمرو آن بزرگ‌ترین و بیش‌ترین جرایم سازمان یافته آسیا در حال تحقق بوده است. با توجه به حجم بالا، تنوع و گستردگی جرایم سازمان یافته در این منطقه به جرات می‌توان این منطقه را منطقه استراتژیک جرایم سازمان یافته در آسیا نامید.

از سوی دیگر پاسخ و سیاستی که در قبال این جرایم از سوی کشورهای این منطقه اتخاذ شده است به‌علت محدود شدن به سیاست جنایی درونی یا ملی، پاسخگوی این جرایم نمی‌باشد. از این جهت با توجه به اینکه جرایم به صورت سازمان یافته در این منطقه رشد نموده است. اتخاذ رویکرد منطقه‌ای در خصوص این جرایم ضرورتی اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. در این مقاله سعی گردیده است تا چارچوب مناسب سیاست جنایی منطقه‌ای مطرح گردد. کلید واژه: سیاست جنایی منطقه‌ای، اکو و جرایم سازمان یافته.

درباره نویسنده: احمد رضا صادقی دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی در ایران می‌باشد. فعالیت‌های علمی خویش را با بنیان‌گذاری مرکز پژوهش‌های حقوقی آغاز نمود و از سال ۲۰۱۲ به مدت شش سال با دفتر سازمان ملل متحد در ولایت بامیان در بخش‌های اداری و حقوق بشر فعالیت نموده است. تدریس در دانشگاه را نیز از سال ۲۰۱۵ در دانشگاه بامیان آغاز نموده و از آن سال تا به امروز در مقاطع لیسانس و ماستری در پوهنتون‌های متفاوت تدریس نموده است. از سال ۲۰۱۴ تا ۲۰۱۶ در سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق به‌عنوان مسوول تهیه نصاب حقوقی فعالیت نموده و به طور هم‌زمان عضویت گروه اصلاح قوانین را نیز کسب نموده و از آن زمان تا اکنون افتخار عضویت در این گروه را دارد. دست‌آورد عمده و ارزشمند جلسات این گروه نیز کد جزای افغانستان می‌باشد که ایشان افتخار همکاری در تهیه و تدقیق این کد جزایی را داشته است. سپس از آگست ۲۰۱۶ تا به امروز (اکتبر ۲۰۱۷) به‌عنوان مشاور معین مسلکی وزارت عدلیه فعالیت نموده است. در کنار مقالات متعدد از ایشان کتاب سیاست

جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرایم فساد اداری نیز به چاپ رسیده است.

پلورالیزم حقوقی و قوانین شبه نظامی: چارچوب پاسخگویی بین‌المللی، داخلی و محلی به نیروهای دولتی افغانستان

در این مقاله ما به دنبال بررسی این موضوع هستیم که چگونه پاسخگویی‌های متفاوت و سیستم‌های قانونی در یکی از سخت‌ترین مناطق، برای هدایت نیروهای مسلح محلی و شبه نظامیان اعمال می‌شود. در افغانستان از مایش‌های متعدد در مورد پلورالیزم حقوقی و حضور نیروهای بین‌المللی، منجر به شیوه پاسخ‌گویی چند لایه شده است، که تلاش در اعمال مکانیزم پاسخ‌گویی دولتی، محلی، بین‌المللی یا خارجی به بزرگ‌ترین و با دوام‌ترین مدل نیروهای دفاع محلی، پلیس محلی افغانستان دارد.

دلیل تلاش‌های متعدد انجام شده، در به‌کارگیری هر سه چارچوب در ساختار پلیس محلی انجام شده، نه تنها بخاطر حدود و دوام این نیرو (از سال ۲۰۱۰ در ۳۴ ولایت) می‌باشد بلکه به این دلیل است که این پلیس محلی به‌عنوان وسیله انتقادی با ادعای سوء استفاده، به‌طور مداوم به‌دنبال انکشاف تدابیر پاسخگویی و جلوگیری از سوء استفاده‌های بعدی عمل می‌کند.

هر سه مکانیزم پاسخگویی این ادعا می‌باشد، در قسمت نبود اراده سیاسی و کاربرد ضعیف قدرت حقوقی مخصوصاً در این قسمت‌ها و هم‌چنین در قسمت مشکلات عملی و ساختاری که برای گسترش پاسخگویی حقوقی به منصوبین مسلح با قدرت بیشتر به‌واسطه قدرت محلی و کنترل نیروی شان نسبت به حاکمیت قانون روبرو هستند.

هر سه مکانیزم در پاسخگویی به این ادعاها در بخش نبود اراده سیاسی، و اعمال ضعیف کنترل قانونی، وجود مشکلات ساختاری و عملی در مسیر گسترش پاسخگویی حقوقی به نیروهای مسلح با قدرت بیش‌تر از نیروی حاکمیت قانون با مشکل مواجه هستند.

درباره نویسنده: اریکا گاستون حقوق‌دان بین‌المللی حقوق بشر است که از سال ۲۰۰۷ در افغانستان کار می‌کند. نشریات علمی گذشته او شامل سه کتاب در موضوعات حقوقی، اخلاقی و معضلات عملی است. وی در نشریات علمی خود همواره بر مسئولیت شرکت‌های امنیتی خصوصی، مسائل و مشکلات موجود در پروژه‌های بشردوستانه، غرامت اموال آسیب دیده در محاکم بین‌المللی و افزایش آمادگی فوری برای امنیت کشور و مقاصد ضد تروریستی تاکید داشته است. نشریات اخیر وی، «قوانین جنگ و منازعات قرن بیست و یکم»، «اخلاق در منازعات نظامی قرن بیست و یکم» و «رسانه‌ها و جامعه مدنی در منازعات قرن بیست و یکم»، مجموعه‌ای از مقالات کوتاه هستند که این موضوعات جدید را با معضلات اخلاقی و قانونی که در زمینه درگیری‌های پس از ۱۱ سپتامبر رخ داده است، مرتبط می‌سازد.

اریکا دارای مدرک لیسانس روابط بین‌الملل با گرایش امنیت بین‌الملل از پوهنتون استنفورد است و

دکتری خود را از پوهنځی حقوق هاروارد دریافت کرده است. در حال حاضر وی مشغول تحصیل در مقطع پوهنتون کمبریج می باشد.

بررسی سازش های قومی و ایجاد ائتلاف در قالب های جایگزین حکومت در افغانستان

در کشورهای پسا-منازعه، مانند افغانستان، اولین نگرانی طراحان قانون اساسی، تسهیل سازش های قومی از طریق تشویق نهادها و سیاست های فراگیر است. در حالی که بخشی از قانون اساسی به طور موفقانه این نگرانی ها را مرتفع می کند، بخش دگر به طور نسبی و یا مطلق نا موفق بوده است. قانون اساسی افغانستان شرحی داستان موفقیت توأم با شکست می باشد. بخش موفق آن، به موضوع شکل گیری ائتلاف های انتخاباتی بین اقوامی و شیوه های توزیع سیاسی نسبتاً فراگیر می پردازد و بخش ناموفق آن، سیاست های نیمه فراگیر حکومت و ناتوانی ائتلاف های انتخاباتی برای نهادینه سازی را تشریح می کند. به نظر بسیاری از محققان و سیاستمداران، بین ناکارآمدی سیستم ریاستی و حمایت از ناکارآمدی سیستم ریاستی و حمایت از تصویب قانون اساسی در مورد سیستم پارلمانی یا نیمه -ریاستی (ریاست جمهوری) ارتباط وجود دارد. و برخی دیگر بر مزایای سیستم ریاستی (ریاست جمهوری) تاکید دارند و مخالف تغییر قانون اساسی می باشند. این مقاله به بررسی سیستم کنونی و گزینه های جایگزین آن می پردازد. اما موضوع آن فراتر از گفتمان معمولی است و به بررسی مطلوبیت تطبیق سیستم ریاستی (ریاست جمهوری) کنونی نیز می پردازد.

درباره نویسنده: دکتر بشیر مبشر از آگست ۲۰۱۸ تاکنون به عنوان استادیار در دپارتمنت علوم سیاسی و اداره عامه پوهنتون آمریکایی افغانستان مشغول به تدریس می باشد. وی هم چنین به حیث مشاور حقوقی در پروژه تثبیت حاکمیت قانون افغانستان با حمایت مالی USAID و برنامه حمایت از تحصیلات حقوقی افغانستان (LESPA) با پشتیبانی و همکاری پوهنتون واشنگتن و INL فعالیت داشته است.

دکتر مبشر مدرک لیسانس خود را در سال ۲۰۰۷ از پوهنځی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل و مدرک ماستری حقوق را در سال ۲۰۱۰ و مدرک دکتری را در سال ۲۰۱۷ از پوهنځی حقوق پوهنتون واشنگتن دریافت نموده است. دکتر مبشر مؤسس و رئیس انجمن محصلان رشته حقوق افغانستان می باشد.

سازش و منازعه: عدالت رسمی، غیر رسمی و اسلامی در افغانستان

پلورالیسم حقوقی در افغانستان تنها یک تئوری نیست: بلکه یک واقعیت فراگیر است. منابع عمده قانونی - قانون جزاء، شریعت اسلامی و قوانین عرفی نانوشته مانند پشتونوالی - در زمینه های اساسی تاریخی و

فرهنگی متفاوت انکشاف یافته اند. حتی امروزه، مقامات ذیصلاح در سطوح مختلف هم چنان این قوانین را انکشاف می دهند و نهادهای اجرایی آن ها را اعمال می کنند. در بهترین حالت می توان آن ها را مکمل یک دگر دانست، اما در برخی موارد بین آن ها اختلافات اساسی وجود دارد.

دو تنش اصلی بر چشم انداز تاثیر گذار می باشد. یک: بین قوانین دولتی - به ویژه قانون اساسی، مقررات، و حقوق بین المللی - و شریعت اسلامی که از دین نشأت می گیرد، رابطه سست و متزلزل وجود دارد. قانون رسمی و شریعت، اساس قانونی فقه رسمی را تشکیل می دهند. در حالیکه قانون اساسی ادعا می کند که حقوق مذهبی متکی بر قانون رسمی است، معمولاً در عمل، کاملاً برعکس است. دو: در افغانستان، سیستم عدالت رسمی ضعیف و نامطلوب باید با نهادهای غیر رسمی مقابله کند، به ویژه با شوراهای قبیله ای که منازعات را در سطح محلی، حل و فصل می کنند.

در سال های اخیر، سیستم عدالت رسمی و شوراهای قبیله ای به دلیل نامشخص، در تقابل باهم عمل می کنند. سایه حکومت طالبان بر بخش هایی از کشور اجازه تشکیل شبکه محکمه های سیار طالبان را داده است که حکم این محاکم، بر اساس تفسیر بنیادگرایانه از شریعت است.

با توجه به این تفاوت مبرم و محرض، نمی توان به درستی از سیستم حقوقی یا حتی حکم قانونی سخن گفت. این واقعیت پیچیده، بهتر است به عنوان تشتت قوانین توصیف شود. این مقاله، همسویی و تعامل مجموعه های مختلف قانونی را از دیدگاه تنوری حقوقی بررسی می کند. تاکید بالای مکانیزم ها، نهادها یا شیوه های غیر رسمی مورد استفاده در صورت تقابل قوانین است. چند قضیه مشخص که از قانون جزا عینی، که از قانون استخراج شده است، به ما اجازه ارزیابی موثریت حداقل، این نظام ها را در حل منازعات حقوقی می دهد. بنابراین، تحلیل زیر بیش از یک توصیف ساده از وضعیت حقوقی موجود را ارائه می دهد.

درباره نویسنده: دکتر تیلمن رودر هماهنگ کننده پروژه حاکمیت قانون در مرکز تحقیقاتی پوهنتون آزاد برلین و مشاور پالیسی در وزارت خارجه جمهوری فدرال آلمان است. ایشان از سال ۲۰۰۶ پروژه های حاکمیت قانون را در کشورهای درگیر جنگ و بی ثبات مانند افغانستان، پاکستان، عراق، لیبیا، اوکراین و کلمبیا تطبیق کرده است. وی موسس و رییس بنیاد ماکس پلانک برای صلح جهانی و حاکمیت قانون (۲۰۱۳-۲۰۱۷) و مؤسسه حمیده برمکی برای حاکمیت قانون (۲۰۱۳-۲۰۱۶) بوده است.

دکتر رودر در رابطه با موضوعات حقوق اساسی و حقوق بین المللی، پلورالیسم حقوقی و تاریخ حقوقی نوشته های را روی دست دارد. آثار منتشره آخر وی عبارت است از: حاکمیت قانون اساسی، حقوق بشر و اسلام پس از بهار عربی با همراهی رینر گروت (۲۰۱۶) و موسسات عدالت غیر دولتی و حقوق: تصمیم گیری در رابطه با سنت، مذهب و دولت با همکاری متیاس کوتر و پال گریو مک میلان. (۲۰۱۵)

وی سالنامه مطالعات حقوقی افغانستان (کابل، ۲۰۱۵) را منتشر و مجله مطالعات حقوقی

افغانستان (کابل، از سال ۲۰۱۷ تاکنون) را تأسیس نموده است.

کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان

وفات، استعفا، انفصال، عزل و مریضی صعب‌العلاج مانع اجرای وظیفه عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری افغانستان می‌باشند. رئیس جمهوری شخصاً استعفای خویش را به شورای ملی اعلام می‌نماید و کناره‌گیری وی از سمت ریاست جمهوری نیازمند پذیرش مقام یا نهاد دیگری نیست. انفصال رئیس جمهور افغانستان با تأیید اتهام وی به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت از طرف دو ثلث کل آرای ولسی جرگه و تصویب اکثریت دو ثلث آرای لویه جرگه محقق می‌شود. در صورت محکومیت رئیس جمهور در محکمه خاص، انفصال قطعی و رئیس جمهور از سمت خویش عزل می‌گردد. تثبیت مریضی صعب‌العلاج رئیس جمهور توسط هیات طبی با صلاحیت که از طرف ستره محکمه تعیین می‌گردد، صورت می‌گیرد. کفالت ریاست جمهوری افغانستان به عهده معاون اول وی است و در صورت غیاب معاون اول، معاون دوم مطابق به احکام قانون اساسی عمل می‌کند. در صورت وفات هم‌زمان رئیس جمهور و معاون اول وی، به ترتیب معاون دوم، رئیس مشرانو جرگه، رئیس ولسی جرگه و وزیر خارجه وظایف رئیس جمهور را به عهده می‌گیرند. طول دوره کفالت ریاست جمهوری افغانستان، مگر در صورت تحقق انفصال موقت، حداکثر سه ماه است. معاون اول رئیس جمهوری به حیث ریاست جمهوری موقت نمی‌تواند تعدیل قانون اساسی، عزل وزیران و مراجعه به آرای عامه را انجام دهد.

واژگان کلیدی: کفالت، رئیس جمهور، قانون اساسی، افغانستان.

درباره نویسنده: دکتر جواد تقی زاده دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران ایران است. او حقوق عمومی را تدریس می‌کند. دکتر تقی زاده یکی از محققان مشهور حقوق اساسی است. او مدرک کارشناسی ارشد خود را از دانشگاه مفید، ایران (۱۹۹۷-۱۹۹۹) و دکترای خود را در دانشگاه دانشگاه پاریس ۱ (پانتئون-سوربن) به‌دست آورد. وی پایان‌نامه دکترای خویش را با عنوان "مقایسه انتخابات ایران و فرانسه" تحت نظارت پروفسور ژان کلود نوشته است. دکتر عضو انجمن حقوق اساسی فرانسه است که به زبان‌های فارسی و فرانسوی متشر شده است. در سال‌های اخیر او همچنین دوره‌های آموزشی را در افغانستان آموزش داده است.

نظام مالکیت مشاع در حقوقی افغانستان

اشاعه مالکیت شراکتی بوجود می‌آورد و احکام شراکت بر آن تطبیق می‌گردد. اداره‌ی مال مشاع را می‌توان منوط بر نظریه‌ی اکثریت شریکاء نمود. شرط تعلق سود به یکی از شریکاء با سود کمتر یا بیشتر علی‌رغم تساوی سرمایه امکان‌پذیر است. در اشاعه تمام شریکان بر مال حق عینی دارند. با این وصف دراین تحقیق احکام دقیق و عمیق قانون مدنی برای اداره و پایان بخشیدن به اشاعه دارد. این احکام هرچند ریشه

در چشمه سارهای فقه دارد، لیکن در مباحث قدیمی فقهی که صرفاً برای تنظیم زندگی ساده و بسیط مردم آن دوره تدوین یافته است، محصور نمانده و از حدود و چارچوب فقه سنتی فراتر رفته است و مطالب و صورت‌های جدیدی از زندگی نوین شهری را تنظیم و صورت‌بندی حقوقی نموده است. گسترش زندگی شهری و شهرنشینی گونه‌های دیگری از اموال و املاک مشاع را به وجود آورده است. صورت‌های جدید مال مشاع بدون تردید مباحث جدید حقوقی را نیز سبب شده است. از برخی نارسایی‌های عبارتی قانون مدنی و اشتباه در ترجمه از متن قانون مصر که بگذریم؛ قانون مدنی مقررات دقیق و روشنی برای اداره مال مشاع و مدیریت صورت‌های نوین آن پیش‌بینی نموده است. احکام تدوین یافته قانون مدنی پاسخگوی نیازهای جدید بوده و با فرهنگ شهرنشینی مدرن نیز سازگار است. مشکل اساسی در بحث مال مشاع در تطبیق کامل احکام قانون مدنی است که مشاوران حقوقی، وکلای مدافع و فروشندگان آپارتمان‌ها و دیگر اموال مشاع از تطبیق آن غافل مانده‌اند. همان‌طور محققان و محصلان علم حقوق از تجزیه و تحلیل آن و قضات از ایجاد رویه قضایی در این زمینه بازمانده‌اند.

واژگان کلیدی: مالکیت، مشاع، اداره مال مشاع، تقسیم منفعت، تقسیم عین، آپارتمان.

درباره نویسنده: عبدالله شفایی در سال ۱۳۵۱ / ۱۹۷۲ در قریه باغچار ولسوالی ارزگان خاص زاده شد. در نه سالگی به همراه خانواده‌اش به ایران مهاجرت نمود. در سال ۱۳۸۴ مدرک فوق لیسانس (ماستری) را از دانشگاه مفید و دکتری تخصصی خویش را در رشته حقوق خصوصی در سال ۱۳۹۲ از دانشگاه تهران اخذ نمود. از وی سه جلد کتاب و بیش از ۲۰ عنوان مقاله در حوزه‌های حقوق اموال و مالکیت، حقوق خانواده، حقوق اساسی، حقوق زنان و... به نشر رسیده و این موضوعات را در دانشگاه و نیز ستاژ قضا تدریس نموده است. او عضو هیات مؤسس پوهنتون غیرانتفاعی ابن سینا در کابل بوده و علاوه بر عضویت کدرعلمی، رئیس دانشکده حقوق را برعهده داشته است. نامبرده عضویت نهاد مطالعاتی قانون اساسی افغانستان و بنیاد اندیشه را دارد. پیش از این که به عنوان عضو کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی انتخاب گردد، به عنوان مشاور حقوقی و پارلمانی معاونت ریاست جمهوری انجام وظیفه کرده است.

ضرورت جایگزین‌های حبس و سازوکارهای آن در حقوق جزای افغانستان

عصر روشنگری در دنیای غرب، بخصوص از اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن ۱۹ به اندیشه و طرح جدید در باره استفاده از زندان منجر شد. در این نگرش، حبس کانون توجه برای مجازات مجرمین قرار گرفت، اما مجازات زندان در فرایند کارکرد خود در دستیابی به اهداف با چالش‌های جدی انسانی، خانوادگی، اقتصادی و اجتماعی مواجه شد. دانشمندان علوم جنایی در اندیشه جایگزین‌های سیستم مجازات زندان شدند. در این میان مجازات زندان در افغانستان بیش از خیلی کشورهای دیگر با چالش‌ها و مشکلات فراوانی روبرو است. دلایل و پیش زمینه‌های این نارسایی‌ها تا جایی روشن است، زیرا افغانستان میراث دار نظام کهنه و غیر مسلکی عدلی و قضایی است که اعمال مجازات را با پیچیدگی‌های متعدد روبرو

نموده و دست‌یابی به اهداف اعمال مجازات را مشکل و یا ناممکن ساخته است. از طرفی استفاده از جایگزین‌ها که راهکار عبور از مشکلات حبس تلقی می‌شود در صورتی مفید و کارآمد است که در کاربرد و استفاده از آن، ساختار معقول و متناسبی وجود داشته باشد تا نهادهای عدلی و قضایی به گونه‌ای شایسته آن را اعمال نمایند؛ بنابراین سیاست گذاری و اجرای مجازات جایگزین باید بسترسازی‌های لازم و متناسب که مبتنی بر کار کارشناسی و فرهنگ ملی باشد در دست اقدام قرار گیرد. واذگان کلید: زندان، چالش‌ها، سیاست جایگزین‌ها، بسترسازی و آموزش.

درباره نویسنده: دکتر عید محمد احمدی از سال ۱۳۸۹ تا کنون در پوهنتون‌های خصوصی در رشته حقوق جزا و فقه مشغول به تدریس است. از سال ۱۳۹۰ تا ۱۳۹۴ کدر علمی پوهنتون خصوصی خاتم النبیین (ص) و از ۱۳۹۵ تا کنون عضو کدر علمی پوهنتون دنیا است. وی برنامه‌های آموزشی بنیاد ماکس پلانک در موضوع حقوق اداری، حقوق اساسی و حقوق جزا در کابل و چندین ولایت دیگر کشور را به پیش برده است. دکتر احمدی، فقه و معارف اسلامی را تا سطح اعلا فرا گرفته و مرحله لیسانس و ماستری در رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی را در پوهنتون امام خمینی قم آموخته است و مدرک دکترا در رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، را از دانشگاه شهید بهشتی تهران به‌دست آورده است. وی همراه با فعالیت‌های علمی خود، به‌عنوان مشاور رئیس جمهور نیز ایفای وظیفه می‌نماید.

چارچوب اختیارات نیروهای مسلح در قانون اساسی

نیروهای مسلح در درازای تاریخ در واقعیت امر حافظ ارزش‌ها اقتدارگرایی نظام سیاسی حاکم در کشورها می‌باشد اما در سده بیست و یکم به‌ویژه در زمان جنگ سرد بنابر کثرت وقوع کودتاهای نظامی و به‌دنبال آن در سیر روند مردم‌سالاری، کثرت‌گرایی سیاسی و تجربه نظام‌های تمامیت خواه یک‌باب گفتمان گسترده را پیرامون مبنای قانون اساسی نیروهای مسلح و اختیارات آن‌ها در علوم سیاسی و حقوقی باز نموده است به‌همین گونه یک تعداد کشورهای پسا بحران خواسته اند با عطف توجه به مشروعیت اقدام نیروی‌های مسلح و تحدید فعالیت آن‌ها در گستره سیاست‌های ملی در قوانین اساسی شان حوزه اختیارات نیروهای مسلح شان را با توجه به اصل سیطره حکومت ملکی تعریف نموده و آن را مهار بسازند. قانون اساسی آفریقای جنوبی یک الگوی خوب این مدعا می‌باشد.

نویسنده این مقاله سعی بر آن داشته است تا در جنب بازتاب نظریات چند دانشمند، ابعاد گوناگون این مسایل را چون قیادت نیروهای مسلح، اصل قانون اساسی نظارت و توازن در عرصه نیروهای مسلح و تعامل سیاسی آن، مشروعیت حقوقی نیروهای مسلح، مسئولیت نیروهای مسلح در برابر قوانین بین‌المللی، نیروهای مسلح در متون قوانین اساسی کشورهای دارای الگوهای متفاوت سیاسی را به بحث بگیرد. در راستای این مباحث نویسنده مسئله دیگر را که در سال‌های اخیر تحت عنوان مناسبات ملکی

نظامی داغ گردیده است نیز در محراق توجه خویش قرار بدهد. در محور این عنوان قدر مسلم اینست که در برخی از کشورهای کودتا خیز چون ترکیه و پاکستان تعمیق و گسترده‌گی این مناسبت چگونه می‌تواند بحیث یک عنصر بازدارنده اجتماعی و سیاسی؛ پویایی نظم مردم‌سالاری را از گزند مداخله نظامی در امان داشته باشد.

درباره نویسنده: آقای غلام‌حسن گران‌لیسانس حقوق و علوم سیاسی خویش را در ایالات متحده آمریکا به پایان رسانیده و دوره‌های آموزشی قانونگذاری را در پوهنتون تولن ایالات متحده آمریکا سپری کرده است. از سال ۱۳۹۶ تا اکنون بحیث مشاور ارشد در وزارت امورداخله ایفای وظیفه می‌نماید، به مدت هفت سال در دوره‌های پانزدهم و شانزدهم ولسی جرگه افغانستان سمت ریاست عمومی دارالانشای ولسی جرگه را به عهده داشته؛ پیش از این بحیث مشاور حقوقی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در افغانستان ایفای خدمت نموده است.

مقالات و آثار گوناگون حقوقی (به‌شمول قانون اساسی افغانستان)، سیاسی و تاریخی را بدست نشر سپرده و همین اکنون بالای کتاب رهنمودی روش قانون نگاری مصروف کار می‌باشد. در تسوید قوانین، مقررات، اصول و وظایف داخلی مجلسین شورای ملی افغانستان و شانزده لایحه داخلی ولسی جرگه سهم گرفته است. ایشان عضویت نهاد مطالعاتی قانون اساسی افغانستان را دارد.

قضاوت زن از منظر قوانین نافذه و فقه حنفی

موضوع قضاوت زن در میان فقه‌های اسلامی از دیر زمانی یک بحث مطرح بوده و دانشمندان اسلامی نظریاتی متفاوت پیرامون این مسئله بیان نموده اند. بعضی از فقه‌های اسلامی شرط مرد بودن را در قضاوت مطرح نموده و قضاوت زنان را جایز نمی‌دانند. اما فقه‌های احناف به این امر یک دید متفاوت داشته و با شرایط معین حکم به جواز قضاوت زن داده اند. در کشور ما که اکثریت شهروندان پیرو مذهب حنفی بوده نظریات فقه احناف از جایگاه خاصی برخوردار می‌باشند. همچنان احکام فقه حنفی در قوانین نافذه کشور تجلی یافته است. با وصفی که مطابق نظریات فقه‌های احناف و قوانین نافذه کشور هیچگاه شرط مرد بودن در امر قضاوت مطرح نگردیده است، اما با معرفی یک خانم به عضویت شورای عالی ستره محکمه، جواز عضویت یک زن در شورای عالی ستره محکمه مورد سوال قرار گرفته، گویا چنین امری خلاف شرع می‌باشد. در این مقاله با استفاده از منابع معتبر فقه حنفی و قوانین نافذه کشور، موضوع قضاوت زن مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته و شرایط قضاوت و معیارهای قضا از نظر مذهب حنفی و قوانین نافذه کشور به بحث گرفته شده که یافته‌های این نوشته نشان می‌دهد، آنچه در امر قضاوت مطرح است جنسیت نه، بلکه شرایط دیگری است که با موجودیت آن شرایط عدالت به بهترین وجه ممکن تضمین گردد. در نتیجه یافته‌های این نوشته نشان می‌دهد که مطابق احکام فقه حنفی و قوانین نافذه کشور قضاوت زن یک امر جایز بوده و هیچ ممانعت شرعی و قانونی ندارد. بناً معرفی یک خانم به عضویت

شورای عالی ستره محکمه یک امر قانونی و شرعی بوده و در تضاد با هیچ یک از اصول مذهب حنفی و قوانین نافذه کشور، به ویژه قانون اساسی نمی باشد.

درباره نویسنده: پوهنمل لطف الرحمن سعید در سال ۱۳۷۰ از پوهنځی شرعیات پوهنتون کابل فارغ و از سال ۱۳۷۳ تا حال منځیت استاد پوهنځی شرعیات پوهنتون کابل ایفای وظیفه می نماید. ایشان در سال ۲۰۱۰ سند ماستری خویش را در رشته حقوق مقایسوی آسیایی از پوهنتون واشنگتن شهر سیاتل ایالات متحده آمریکا بدست آورده و فعلاً مشغول تحصیل در مقطع دکترا در پوهنتون ارلنگن در شهر نورنبرگ آلمان می باشد. در جریان دوره تحصیل در پوهنتون واشنگتن، بر علاوه اخذ دیپلوم ماستری، ایشان قادر به تکمیل و اخذ سرتیفیکیت برنامه تخصصی حکمیت و میانجی گری، برنامه آموزشی کلینیک حقوقی، برنامه آموزش های مهارت های عملی حقوق فرامیلتی، نیز از پوهنتون مذکور شده اند. استاد سعید اولین بنیانگذار کلینیک حقوقی در پوهنتون کابل می باشد.

استاد سعید عضویت در کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را به مدت چهار سال (۱۳۹۳-۱۳۹۶) بعد از پیشنهاد رئیس جمهور وقت، حامد کرزی و کسب رأی اعتماد از ولسی جرگه افغانستان داشته که در دو سال اخیر دوره خدمت در کمیسیون منځیت معاون کمیسیون نیز ایفای وظیفه نموده است. وی هم چنان بر علاوه تدریس در پوهنځی شرعیات و حقوق پوهنتون کابل در پوهنځی های حقوق پوهنتون های خصوصی چون پوهنتون تابش و کاردان نیز تدریس نموده است. ایشان عضویت کمیته های بازنگری برنامه تحصیلی پوهنځی های حقوق و شرعیات را داشته و در همکاری با یکی از استادان پوهنځی شرعیات کابل، ستراتیژی امور دینی را برای جمهوری اسلامی افغانستان در سال ۲۰۰۸ تهیه نموده و یکی از ویراستاران ستراتیژی سکتور عدلی و قضایی نیز بوده است.

استاد سعید در همایش ها و سمینارهای متعدد ملی و بین المللی اشتراک نموده و پرزنتیشن هایی را ارائه کرده است. همچنان ایشان مقالات متعددی به رشته تحریر در آورده که در مجله شرعیات پوهنتون کابل و مجله علمی پوهنتون کابل به نشر رسیده است. بر علاوه ایشان در همکاری با یکی از استادان پوهنځی شرعیات رهنمود تدریسی برای استادان مدارس دینی در رابطه به حقوق زن در پرتو شریعت و قانون را به رشته تحریر آورده است. ایشان فعلاً در ضمن تدریس در پوهنتون کابل، سر دبیر مجله مطالعات حقوقی افغانستان و رئیس نهاد مطالعات حقوق اساسی افغانستان نیز می باشد.

انفاد ماده سوم قانون ساسی افغانستان؛ نکات برگرفته از محکمه شریعت فدرالی

پاکستان

این مقاله به بررسی پیامدهای منفی احتمالی اجرای ماده ۳ قانون اساسی سال ۲۰۰۴ افغانستان را از طریق تفسیر قضایی می‌پردازد. استدلال این مقاله بر مبنای یک ارزیابی تاریخی مینا و ترویج ماده مغایرت با احکام اسلامی در تاریخ حقوقی افغانستان می‌باشد. نتیجه نقد مفهومی دیگماتیک ماده مغایرت با احکام اسلامی با تجربه پاکستان در اجرای ماده مشابه از طریق تفسیر قضایی مقایسه می‌شود. در نهایت با تجربه پاکستان در یک ماده مشابه از طریق تفسیر قضایی می‌باشد. این مقایسه به این نتیجه‌گیری می‌رساند که مکانیزم اجرای فعلی، باعث به‌وجود آمدن ریسک اساسی انتقال صلاحیت‌ها و اختیارات شبه تقنینی، به گروه کوچک منصوبین غیر منتخب، با پذیرش بالاترین سطحی قانون می‌شود که با حاکمیت قانون نوین سازگاری ندارد.

درباره نویسنده: مالتی هاروالد لیسانس حقوق خود را در سال ۲۰۱۳ از پوهنتون جنوبی دانمارک دریافت نمود. مدرک دیپلم خویش را در مورد مطالعات تکمیلی خاورمیانه معاصر در سال ۲۰۱۵ کسب کرد. وی در سال ۲۰۱۶ ماستری حقوق خویش را از دانشگاه کپنهاگ در سال ۲۰۱۶ اخذ کرده است - و پایان نامه‌ای خود زیر عنوان «مطالعه مقایسوی مواد مغایر اصول اسلامی در قانون اساسی ایران، افغانستان و پاکستان» نوشته است. پس از تحصیل، وی به مدت شش ماه دوره کارآموزی در بخش سیاسی سفارت دانمارک در آنکارا گذراند. پس از تحصیل به مدت شش ماه به حیث دستیار پژوهشگر حقوقی با بنیاد ماکس پلانک برای صلح جهانی و حاکمیت قانون در پروژه‌های حقوقی افغانستان و پاکستان فعالیت داشته است. از ژانویه ۲۰۱۷ آقای هیلال هاروالد کادر علمی پوهنځی حقوق دانشگاه کوپنهاگ می‌باشد. پایان نامه دکتری خود را تحت عنوان «مذاکره با اسلام: مطالعه مقایسوی تهیه پیش نویس قانون اساسی در تونس، الجزایر، و مراکش» می‌نویسد.

جایگاه لویه جرگه در حقوق اساسی افغانستان

در این مقاله انواع لویه جرگه‌ها و جایگاه آنها در افغانستان بررسی می‌شود. در یک تقسیم بندی می‌توان لویه جرگه را به دو نوع کلی تقسیم کرد: لویه جرگه‌های غیر دموکراتیک و لویه جرگه‌های دموکراتیک. سپس لویه جرگه‌های دموکراتیک به لویه جرگه مبتنی بر قانون اساسی و لویه جرگه‌های عرفی و توافقی قابل تقسیم‌اند. ابتدا به بررسی لویه جرگه مبتنی بر قانون اساسی خواهیم پرداخت. در این بخش کوشش می‌شود این نوع لویه جرگه تعریف، نحوه تشکیل و حدود صلاحیت و نقاط قوت و ضعف آن نیز بررسی گردد. سپس لویه جرگه‌های عرفی اما دموکراتیک مورد بررسی قرار می‌گیرند. برای این امر کوشش می‌شود در قدم نخست تعریفی از این نوع لویه جرگه و نحوه تشکیل آن به دست داده شود و سپس نمونه‌های تاریخی آن معرفی گردد و نشان داده شود که چگونه این نوع لویه جرگه را می‌توان بر

مبنای بازسازی جرگه‌های محلی لویه‌جرگه عرفی به حساب آورد و نقاط قوت و ضعف آن و این‌که چگونه در حالات اضطرار این نوع لویه‌جرگه را به کار برد، بررسی می‌گردد. در آخر نگاهی خواهیم انداخت به لویه‌جرگه‌های غیر دموکراتیک. این نوع لویه‌جرگه که توسط مقامات عالی و با گزینش آنها تشکیل می‌گردد، معرفی خواهد شد و نمونه‌های تاریخی آن نشان داده می‌شود. سپس مبنای مشروعیت آن خصوصاً این ادعا که این نوع لویه‌جرگه مشروعیت بخش بوده، ریشه در عرف کشور داشته و وصف عنوانی رویه حقوقي را کسب کرده است به دقت نقد خواهد شد.

درباره نویسنده: دکتر محمدمبین احمدی استاد رشته فلسفه و حقوق دانشگاه ابن سینا در کابل افغانستان می‌باشد. ایشان علاوه بر تحصیل در علوم دینی از قبیل فقه، اصول فقه، تفسیر قرآن شریف و عرفان اسلامی، مدرک دکترا خود را در رشته "فلسفه و حکمت اسلامی" از دانشگاه تهران گرفته است. دکتر احمدی از سال ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۷ در مقطع لیسانس و ماستری در جامعه‌المصطفی العالمیه ایران تدریس نموده است از سال ۲۰۰۵ تا ۲۰۰۷ در دانشگاه تهران در مقطع ماستری مشغول تدریس بوده است و از سال ۲۰۰۸ تا ۲۰۱۰ به عنوان استاد و رئیس دانشگاه کاتب در کابل مشغول فعالیت علمی بوده است. ایشان با تعدادی از همکاران در سال ۲۰۱۰ دانشگاه غیرانتفاعی ابن سینا را تاسیس نموده و با رای هیئت امنا به عنوان رئیس این دانشگاه انتخاب گردید.

دکتر، عضویت در کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را از سال ۲۰۱۰ تا ۲۰۱۵ با پیش‌نهاد رئیس جمهور وقت حامد کرزی و کسب رأی اعتماد از ولسی جرگه افغانستان، عضویت کمیسیون تدقیق قانون اساسی افغانستان از سال ۲۰۰۳ تا ۲۰۰۵، عضو و رییس‌بورد علمی مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان در ایران از ۱۹۹۳-۲۰۰۳، سردبیر مجله نگاه معاصر، ۲۰۰۳ تا ۲۰۰۵، رییس مرکز فرهنگی و اجتماعی سراج، محقق در مرکز تحقیقات استراتژیک ایران- معاونت اندیشه اسلامی، ۱۹۹۳ تا ۱۹۹۷، محقق و عضو کدر علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم- ایران، ۱۹۹۸ تا ۲۰۰۵ را در کارنامه خود دارد. دکتر احمدی بیش از ۹ اثر علمی (کتاب و طرح‌های علمی) و ۲۰ مقاله علمی، ۲۰ مورد راهنمایی پایان‌نامه‌ها و ۴ ترجمه را نیز در کارنامه خود دارد. دکتر محمد امین احمدی اکنون رئیس دانشگاه ابن سینا و عضو بورد انسجام امور اکادمیک وزارت تحصیلات عالی جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد.

عدم نقض حقوق اسلامی، در قانون اساسی افغانستان

قانون اساسی سال ۲۰۰۴ افغانستان دو گروه از محدودیت‌ها را در تهیه قانون در کشور اعمال کرده است. از یک طرف، در تهیه قوانین باید حدود اسلامی رعایت شود و از طرفی دیگر، باید حدود حقوق بین‌المللی در خصوص حقوق بشر و دموکراسی نیز برآورده شود. نکته اول؛ در مورد حدود اسلامی

بیشتر منظور «عدم نقض» است تا اینکه مطابقت باشد. دوم؛ محتوا و دامنه حدود اسلامی مورد بحث قرار می‌گیرد. سوم؛ استدلال می‌شود که هیچ مذهبی رسمی مشخص نشده‌است، اگرچه دو مکتب فقه اسلامی برای موارد مربوطه معرفی می‌شوند. چهارم؛ دو مقام مربوطه معرفی و مورد بحث قرار می‌گیرند. به عبارت دیگر، ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به منظور انجام وظیفه نظارت به ترتیب بر «تطبیق» و «اجرای» احکام قانون اساسی تاسیس شده‌اند. در حالی که مسئله سوم: «تفسیر» احکام قانون اساسی مبهم و نامشخص باقی مانده‌است و از این رو، به یک موضوع مناقشه‌ای تبدیل شده‌است. پنجم؛ باید نشان داده شود که الزامات مشخصی از محدودیت‌های گروه دوم، به ویژه حاکمیت قانون، ستون اصلی کل نظام مبتنی بر قانون اساسی است. بنابراین، نمی‌توان به راحتی آن را تضعیف کرد. ششم، ابهامات حاصل از رعایت هر دو گروه محدودیت‌ها معرفی و اعلام خواهد شد. در آخر، برای پیدا کردن راه حل رفع این ابهامات تلاش خواهد شد.

درباره نویسنده: پروفیسور محمد راسخ در سال ۱۹۶۳ در تهران متولد شد و تحصیلات خود را ابتدائاً در مقطع کارشناسی الهیات و فلسفه و سپس حقوق در دانشگاه تهران به پایان رساند. او بیش از یک دهه به طور منظم در مدارس علمیه و دروس حوزوی به مطالعه علوم اسلامی از جمله زبان عربی، منطق، فقه، اصول، تاریخ، تفسیر، کلام و فلسفه پرداخت. دکتر راسخ دوره کارشناسی ارشد را در دانشگاه لندن در زمینه حقوق و اقتصاد، و فلسفه حقوق گذراند و دوره دکتری را در حوزه حقوق و فلسفه در دانشگاه منچستر به پایان رساند. وی در ابتدای سال ۱۹۹۹ به عضویت هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی درآمد و از سال هم اکنون استاد تمام حقوق و فلسفه در این دانشگاه و محقق ارشد مؤسسات مختلف اروپایی و بین‌المللی، در حوزه فلسفه نظام هنجاری مسلمین و اخلاق زیستی، است که در حال تألیف مقالات و کتب در این خصوص است. از حوزه‌های اصلی پژوهشی ایشان می‌توان به فلسفه حقوق، دین و حقوق اسلامی، کلام و فقه شیعه، نظریه حق، نظریه عدالت، فلسفه ارزش، حقوق و اخلاق زیستی و حقوق عمومی تطبیقی اشاره کرد که در ارتباط با بیشتر آنها دارای آثار مکتوب است. دارد.

تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان

تفکیک قوا یکی از مهم‌ترین عناصر نظام‌های دموکراتیک و قانون محور است، که هدف آن شریک ساختن قدرت و جلوگیری از شکل‌گیری حاکمیت استبدادی می‌باشد، این موضوع در قانون اساسی افغانستان به گونه دقیق مورد توجه قرار گرفته و نظام سیاسی کشور بر مبنای اصل تفکیک قوا، متشکل از سه قوه (مقننه، اجرائیه و قضائیه) است، که هر کدام دارای وظایف و صلاحیت‌های مشخص بوده و هر سه قوه زیر نظر رئیس‌جمهور فعالیت‌های شان را به پیش می‌برند. چون رئیس‌جمهور هم در رأس حکومت قرار داشته و هم مسئول دولت است.

تفسیر قانون اساسی از زمان شکل‌گیری اولین قانون اساسی ۱۹۲۳ تا کنون در افغانستان به نهادهای مختلف داده شده است، چنانچه در قانون اساسی عصر امان الله خان تفسیر قانون اساسی به یک نهاد مرکب از اعضای انتخابی و انتصابی داده شده بود، در حالی که در قانون اساسی ۱۳۴۳ [۱۹۶۴] این مساله به گونه مستقیم به هیچ یکی از نهادها تفویض نگردیده بود. در عصر جمهوری داوود خان صلاحیت تفسیر قانون اساسی به ستره محکمه سپرده شد، در حالی که در زمان حکومت ببرک کارمل شورای انقلابی مسئول تفسیر قانون اساسی شد، اما در عصر حکومتداری دکتر نجیب الله شورای قانون اساسی تشکیل و صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دارا شد. در قانون اساسی ۲۰۰۴ صلاحیت تفسیر قانون اساسی به گونه واضح به هیچ یکی از نهادهای قضایی و حقوقی سپرده نشده است، چنانچه ستره محکمه بر مبنای ماده ۱۲۱ قانون اساسی، خویش را واجد صلاحیت تفسیر قانون اساسی دانسته و از جانب دیگر بر اساس حکم ماده ۱۵۷ قانون اساسی، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی بر خود می‌داند که نظارت از تطبیق قانون اساسی بدون داشتن صلاحیت تفسیر غیر ممکن است. این مسئله میان کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و ستره محکمه به عنوان یک چالش مطرح است. واژه‌های کلیدی: تفکیک قوا، تفسیر قانون اساسی، ستره محکمه، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.

درباره نویسنده: دکتر محمد قاسم هاشمزی لیسانس حقوق را در پوهنتون کابل، ماستری را در پوهنتون آکسفورد و دکترای خویش را در پوهنتون شفیلد به پایان رسانیده است. از سال ۱۹۷۳ تا سال ۱۹۷۷ به حیث معاون در ریاست تحقیق ستره محکمه و از سال ۱۹۸۱ تا سال ۱۹۹۸ به حیث مدیر نظارت و معجری برای بی بی سی در کشور انگلستان کار کرده است. پس از ۲۰ سال دکتر هاشمزی در کشور برگشت. ایشان از طریق برنامه ملل متحد به عنوان مشاور در وزارت عدلیه در دوره حکومت انتقالی کار کرده است. اکنون سمت ریاست کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی افغانستان را برعهده دارد.

مقابله با تروریسم جهانی و مظاهر آن در افغانستان: چشم اندازهای جدید شریعت

رسانه‌های تمایل دارند که تروریسم و خشونت را با اسلام مرتبط سازند؛ ادعایی است که باید با توجه به شواهد، مشخص شود. ما این را توضیح می‌دهیم و نشان می‌دهیم که افراط‌گرایی و تروریسم به هیچ وجه جنبه دینی ندارد. بعد، ما خشونت افراطی و تروریسم و عاملان آن را توصیف می‌کنیم. آیا این درست می‌گویند که اسلام دین صلح است؟ ما این را نیز مورد بررسی قرار می‌دهیم و به شواهدی در مورد آنچه که واقعا در اسلام مطرح می‌شود، نگاه می‌کنیم. توازن این مقاله به تحقیق در مورد مقررات قرآنی در مورد هیرا (تهاجم و تروریسم) و تفسیرهای فقهی در تعریف، اختصاص داده شده است. ویژگی‌های مشخص و مجازات این جرم، بمب‌گذاری انتحاری، و پاسخ‌های مسلمانان به تروریسم جهانی است. تلاش ما برای ارائه یک تفسیر تازه از حقوق اسلامی حربه به وسیله تحولات جدید در تروریسم معاصر

مطرح شده است. آخرین بخش این مقاله پیشنهادت را برای ساختن یک استراتژی مبارزه با تروریسم برای افغانستان ارائه می‌دهد.

درباره نویسنده: پروفیسور محمد هاشم کمالی رئیس موسسه بین‌المللی مطالعات پیشرفته اسلامی مالزی و یکی از محققان نامی جهان است. وی در گذشته، پروفیسور حقوق و فقه اسلامی در پوهنتون بین‌المللی اسلامی مالزی (۱۹۸۵-۲۰۰۴)، رئیس موسسه بین‌المللی اندیشه و تمدن اسلامی (۲۰۰۴-۲۰۰۶)، عضو و بعدها رئیس کمیسیون بازنگری قانون اساسی افغانستان (۲۰۰۳)، عضو کمیته شرعی CIMB از سال (۲۰۰۳) و سانلایف تاکافول (Sunlife Takaful) مالزی بود (از سال ۲۰۱۱).

پروفیسور کمالی، نویسنده ۳۵ کتاب و بیش از ۲۱۰ مقاله علمی، دو بار جایزه آکادمی برتر اسماعیل الفارقی را (۱۹۹۵ و ۱۹۹۷) دریافت کرده است و جزو ۵۰۰ مسلمان تاثیرگذار جهان (۲۰۰۹، ۲۰۱۰، ۲۰۱۶) انتخاب شده است. وی همچنین جایزه بین‌المللی ۲۰۱۰ پادشاه عبدالله دوم و جایزه جهانی بیست و چهارمین دور کتاب ۲۰۱۶ سال ایران را دریافت کرده است.

طلاق در قرآن: آیا زنان باید حقوق برابر داشته باشند؟

پروفیسور دکتر محمد هاشم کمالی

این مقاله به شکل‌گیری فقهی قوانین طلاق از دیدگاه قرآن (آیه ۲۲۸ سوره بقره) می‌پردازد. در حالی که نظام تعریف شده قانون طلاق در مکاتب پیشرو فقه، کاملاً یک‌جانبه است و موجبی از ناامنی را در خانواده‌های مسلمان ایجاد می‌کند، دیدگاه قرآن درباره قانون طلاق و حقوق زوجین، متعادل و متوازن می‌باشد. به نظر می‌رسد برخی از مفسران قدیمی قرآن نیز تحت تأثیر ارزش‌های جامعه قرون وسطایی، تفسیر یک طرفه‌ای را از قرآن ارائه داده‌اند. این مقاله به شرح این موضوع می‌پردازد.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان

این مقاله در سه بخش تنظیم شده است. در بخش اول شکل‌گیری فساد اداری سیستماتیک و کلان در افغانستان پسا طالبان بررسی شده است. در این قسمت ضمن تشریح روند شکل‌گیری و گسترش این پدیده، مهم‌ترین زمینه‌ها، عوامل و پیامدهای فساد اداری در افغانستان مختصر توضیح داده شده است. بخش دوم به اهمیت و موثریت تدابیر پیش‌گیرانه در قبال این معضل در سیاست جنایی شرح شده است و متعاقب آن نقش شفافیت در پیش‌گیری از فساد اداری در افغانستان با تأکید بر دسترسی به اطلاعات و بررسی قانون دسترسی به اطلاعات افغانستان، تطبیق و موثریت آن در پیش‌گیری از فساد اداری و نقش رسانه‌های همگانی و آزاد (روزنامه نگاری تحقیقی) تبیین شده است. در بخش سوم خلاءها و آسیب‌های که

در پیش‌گیری از فساد اداری در دو موضوع یاد شده وجود دارد بررسی شده است. آسیب‌هایی که در عرصه پیش‌گیری از فساد اداری و مشخصاً در عرصه دسترسی به اطلاعات و کاستی در روزنامه نگاری تحقیقی در افغانستان و اثر آن در عدم پیش‌رفت مورد انتظار اقدامات دولت وحدت ملی در مبارزه با فساد بیان شده و در نهایت پیش‌نهادهایی به منظور غلبه بر این آسیب‌ها و نواقص پیش‌نهاده و جمع‌بندی شده است.

درباره نویسنده: محمدیحيی بلاغت از سال ۱۳۸۹ تاکنون در پوهنتون خصوصی کاتب به عنوان کدر علمی پوهنځی حقوق، دپارتمنت قضا و څارنوالی اشتغال به تدریس در دو مقطع لیسانس و ماستری دارند. به مدت یک سال مدیر بخش تحصیلات ماستری و بعد به مدت سه سال به عنوان معاون علمی - تدریسی پوهنتون خصوصی کاتب ایفای وظیفه نموده است. لیسانس در رشته حقوق، ماستری در رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی و مقطع دکتری، که در آخرین مرحله تدوین رساله «تحت عنوان آسیب شناسی سیاست جنایی افغانستان در مبارزه با فساد اداری» می‌باشد، در رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران خوانده است. علاوه بر حقوق جزا تسلط بر فقه اسلامی و زبان عربی نیز دارد.

در دو ورکشاپ حقوقی راجع به حقوق زن در اسلام و حقوق اساسی افغانستان مشارکت داشته اند. هم‌اکنون در حال نهایی سازی ترجمه کتاب حقوق در افغانستان نوشته پروفیسور دکتر محمدهاشم کمالی می‌باشد.

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان

قاچاق انسان و قاچاق مهاجران هر دو از مصادیق جرایم سازمان‌یافته بین‌المللی هستند که در دو پروتکل جداگانه به کنوانسیون ممنوعیت جرایم سازمان‌یافته فراملی (پالرمو ۲۰۰۰) الحاق شده‌اند. پدیده مهاجرت نیز که از نتایج جهانی‌سازی است به صورت بی‌رویه‌ای در جهان افزایش یافته و به دلیل بسته بودن مرزهای کشورها، غالباً به صورت غیرقانونی انجام می‌شود.

مهاجرت غیرقانونی ارتباط مستقیمی با قاچاق انسان دارد زیرا در اکثر موارد مهاجرت غیرقانونی که توسط شبکه‌های قاچاق انجام می‌شود منجر به قاچاق و بهره‌کشی از انسان‌ها می‌شود. در افغانستان به دلیل جنگ و ناامنی و بی‌ثباتی اقتصادی و سیاسی، مهاجرت غیرقانونی و قاچاق انسان، افزایش بی‌سابقه‌ای یافته و پیامدهای زیانبار آن موجب نگرانی‌هایی برای دولت و جامعه جهانی شده است. با توجه به اقدامات تقنینی و اجرایی دولت در خصوص مقابله با جرایم قاچاق انسان، متأسفانه هنوز موفقیت چشم‌گیری در این مورد حاصل نشده است و افغانستان هنوز در رده دومین کشور از نظر قاچاق انسان در میان کشورهای جهان قرار دارد. لذا نیاز به اقدامات اساسی از سوی دولت و همکاری‌های همه جانبه از سوی کشورهای جهان بخصوص کشورهای همسایه در مقابله با قاچاق انسان می‌باشد.

واژگان کلیدی: قاچاق انسان، قاچاق مهاجران، مهاجرت غیرقانونی، شبکه‌های قاچاق انسان، دولت افغانستان.

چکیده مقالات و زندگی نامه نویسندگان/ ۲۹

درباره نویسنده: مهري رضايي مدرک لیسانس خود را از دانشگاه شهيد چمران اهواز (ایران) در رشته روان شناسي باليني در سال ۱۳۸۴ اخذ نموده و مدرک فوق لیسانس خود را در رشته حقوق بين الملل از دانشگاه تهران در سال ۱۳۸۸ دریافت نموده است. حین تحصیل در ایران، مؤسس و رییس موسسه فرهنگي آموزشي معراج، برای آموزش کودکان مهاجر افغانستانی بازمانده از تحصیل بوده است. (از سال ۱۳۸۳ تا ۱۳۸۸)

در سال ۱۳۸۹ توسط پروژه سازمان بین المللی مهاجرت در مؤسسه تحصیلات عالی مریم به مدت شش ماه مشغول به کار بوده و در سال ۱۳۹۰ در پروژه انکشافی سازمان ملل متحد در اداره عالی مبارزه با فساد اداری به عنوان کارشناس تدقیق دارایی ها ایفای وظیفه نموده است. همزمان با آن، از سال ۱۳۸۹ تا ۱۳۹۱ در پوهنتون های گوهرشاد و غرستان به عنوان استاد مشغول به کار بوده و در موسسه افغانستان واچ، در پروژه تحقیقی در مورد مشارکت سیاسی زنان در انتخابات های گذشته به عنوان محقق فعالیت داشته است.

دوره دکتری در رشته حقوق بین الملل را در دانشگاه علامه طباطبایی (ایران) از سال ۱۳۹۱ شروع کرده و دوره تیوری و امتحان جامع و تصویب پروپوزال تیزس را به اتمام رسانده و اکنون مشغول نوشتن تیزس خود می باشد. از سال ۱۳۸۴ بدین سو در دانشگاه کاتب، گوهرشاد، افغانستان و دعوت مشغول به تدریس در مقاطع لیسانس و ماستری می باشد.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان

مطابق اصول وقواعد حقوقی، تصرف در حقوق و اموال اشخاص در صورتی نافذ است که توسط صاحب حق و یا نماینده او صورت گیرد. در غیر این صورت هرگونه تصرفی در حقوق و اموال دگران، معامله را در حالت عدم نفوذ و موقوف قرار می دهد. منتها در بعضی از وضعیت ها که به آن عنوان وضعیت ظاهری داده می شود، اشخاص با تصور اینکه با صاحب واقعی حق معامله می نمایند، معامله ای را انجام می دهند اما بعدا کاشف به عمل می آید که شخصی که با او معامله شده است تنها مالک ظاهری حق بوده است و مالک واقعی حق شخصی دیگر بوده است. در این جا بین وضعیت ظاهری و وضعیت قانونی نزاع به وجود می آید. وضعیت ظاهری ایجاب می کند که از اعتماد ثالث زیان دیده حمایت شود اما وضعیت قانونی ایجاب می کند که از صاحب حق حمایت صورت گیرد. حقوق در این جا بین دو نفع قرار می گیرد. یکی نفع صاحب حق که حقوق او باید مورد حمایت قرار گیرد و دیگری نفع ثالث زیان دیده که بر اساس وضعیتی ظاهری معامله نموده است. اگر از نفع صاحب واقعی حق حمایت نماید امنیت ایستا تأمین شده است اما در صورتی که از نفع ثالث متضرر حمایت کند به گردش ثروت در جامعه و نظم و ثبات معاملات مدد رسانیده شده است و امنیت پویا تحقق یافته است. نظریه ظاهر برای حمایت از اعتماد

مشروع ثالثی است که به وضعیت ظاهری اعتماد کرده است و معامله‌ای را صورت داده است. این نظریه در قوانین ما به صراحت مورد قبول قرار نگرفته است اما با استقراء در قوانین می‌توان نمونه‌ها و مصادیقی از این نظریه را یافت. در این نوشتار سعی براین است تا مفهوم، شرایط، ارکان، مبانی و آثار نظریه ظاهر را مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

واژگان کلیدی: ظاهر - نظریه ظاهر - امنیت ایستا - امنیت پویا - مبانی - شرایط.

درباره نویسنده: دکتر میرزایی از جنوری سال ۲۰۰۹ به این سو در پوهنتون خصوصی ابن سینا - کابل در رشته حقوق خصوصی به تدریس اشتغال دارند. ایشان قبل از آن به حیث استاد حقوق در پوهنتون کاتب ایفای وظیفه می‌نمودند. دکتر میرزایی سابقه پنج سال وکالت دفاع را در کارنامه خود دارد و هم اکنون در کنار کارهای آکادمیک در سمت مشاور حقوقی و پارلمانی معاونت دوم ریاست جمهوری نیز ایفای وظیفه می‌کند. ایشان یک متخصص برجسته در حوزه حقوق تجارت و حقوق مدنی در افغانستان می‌باشند. حوزه‌های مطالعاتی ایشان حقوق تجارت، حقوق مدنی، حقوق مالکیت فکری و حقوق اداری می‌باشد. وی از طرف بنیاد ماکس پلانک در حوزه‌های حقوق عمومی و حقوق بین‌الملل عمومی مقایسوی برنامه‌های آموزشی متنوعی را در کابل و دیگر ولایات راه اندازی نموده است. دکتر میرزایی دکترای خویش را از دانشگاه شهید بهشتی - ایران در سال ۲۰۱۳ با نگارش رساله دکتری با عنوان «دعوی مستقیم» و مدرک ماستری خود را از دانشگاه تربیت مدرس - ایران با نگارش پایان نامه تحت عنوان «مدیریت جمعی در حقوق مؤلف و حقوق مرتبط» و مدرک لیسانس را از دانشگاه بین‌المللی امام خمینی - ایران به دست آورده اند.

مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان

موضوع مورد بحث این مقاله مسئولیت مدنی دولت است. در مورد مسئولیت مدنی دولت ماده ۵۱ ق. ا تصریح می‌نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند [...]». در خصوص این ماده سؤال‌های ذیل مطرح است:

۱) مسئولیت مدنی دولت چیست؟

۲) اسباب مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان چیست؟

۳) آیا اعمال دولت در نظام حقوقی افغانستان تعریف و دسته بنده شده است؟

۴) دولت افغانستان در کدام اعمال مسئولیت مدنی دارد؟

مسئولیت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست و مواخذه است. مسئولیت مدنی دولت عبارت از پاسخگو بودن دولت در برابر ضرر هایی است که به اشخاص حقیقی و حکمی خصوصی وارد نموده است.

در رابطه به مبنای مسئولیت مدنی دولت دو نظریه وجود دارد: نظریه تقصیر و خطر. طرفداران نظریه

تقصیر بر این باوراند که: دلیل مسئولیت عامل زیان این است که او مرتکب تقصیر شده و فعل و یا ترک فعل عمدی وی سبب ورود خسارت به غیر گردیده‌است و براساس قواعد مسلم اخلاقی زیان رساننده از روی عمد، مورد نکوهش و مذمت است و در برابر زیان دیده مسؤول است و باید جبران خسارت را بپردازد. در این نظریه، وجود رابطه سببیت میان خسارت و تقصیر ضرور است. مفهوم مخالف این نظریه این است که کسی که از روی عمد و مقصرانه زیان وارد نکند، ملزم به جبران خسارت نیست. طرفداران نظریه خطر بر این عقیده اند که هر کس به فعالیتی می‌پردازد، پیرامون خود محیط خطرناکی ایجاد می‌کند. او از محیط خطرناکی که ایجاد کرده است سود می‌برد. بنابراین، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز متحمل شود. چون مقتضای عدالت و انصاف این است که هر کس خطرات زیان‌های ناشی از آن را نیز متحمل شود و منصفانه نیست که زیان دیده خسارت ناشی از عمل غیر را تحمل نماید.

اعمال دولت هنوز در قوانین افغانستان تعریف و دسته بندی نشده است. حقوق‌دانان در تعریف اعمال دولت می‌گویند: اعمال دولت مجموعه فعالیت‌ها و تصمیماتی است که دولت برای تأمین منفعت، نظم و امنیت و ارایه خدمات عمومی براساس قوانین و مقررات انجام می‌دهد، مانند: قانون‌گذاری، انعقاد قرارداد، اتخاذ تصمیم اداری، قضاوت و امثال اینها. حقوق‌دانان اعمال دولت را به اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری، اعمال سیاسی، اداری و قضایی و اعمال ملی و محلی تقسیم می‌نمایند. چون اعمال دولت در قوانین افغانستان دسته بندی نشده است، هنوز به‌طور قطع نمی‌توان گفت که دولت در کدام اعمال مسؤولیت مدنی دارد و در کدام اعمال ندارد.

از زمان انفاذ ق. ۱۳۴۳ (۱۹۶۴) مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان پذیرفته شده است، اما مبنای دسته بندی اعمال دولت، نوع ضرر اعم از مادی، معنوی، مختلط و عدم‌النفع، جبران خسارت اعم از خسارت مادی، معنوی، مختلط و عدم‌النفع، بار اثبات مسؤولیت مدنی دولت، مسؤولیت مدنی قراردادی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی (قهری) دولت و سایر مسایل مربوط به مسؤولیت مدنی دولت هنوز جایگاه روشن در نظام حقوقی افغانستان ندارد. برای فراهم کردن زمینه‌های تطبیق ماده ۵۱ ق. ۱ تدوین قانون مسؤولیت مدنی دولت مانند ایالات متحده آمریکا و جمهوری اسلامی ایران قابل توصیه به نظر می‌رسد.

لغات کلیدی: مسؤولیت مدنی، دولت، اعمال دولت، ضرر، جبران خسارت

درباره نویسنده: نظام‌الدین عبدالله در سال ۱۳۸۳ از پوهنهی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه کابل فارغ‌گرفته‌است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه آزاد اسلامی - واحد کابل اخذ نموده‌است. نظام‌الدین عبدالله از جنوری ۲۰۰۵ تا سپتامبر ۲۰۰۶ دستیار حقوقی و کارشناس ارشد حقوقی، پروژه مالکیت بر زمین، اداره انکشافی ایالات متحده آمریکا، از جنوری الی مارچ ۲۰۰۷ مشاور و محقق جندر، مؤسسه حمایت از حقوق اطفال - سویدن ناروی، از اپریل ۲۰۰۷ تا جنوری ۲۰۱۲، سرمحقق حقوقی و هماهنگ کننده ارشد پروژه‌های انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الدول ماکس پلانک آلمان در افغانستان، از فبروری

۲۰۱۲ الی دسامبر ۲۰۱۵ مشاور ارشد تقنین و پالیسی، ریاست تقنین و پالیسی‌ها، ریاست عمومی خدمات ملکی، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی و از اول جنوری ۲۰۱۶ الی اکنون استادیار حقوق در پوهنتون آمریکایی افغانستان بوده‌است. در عین زمان، او از سال ۲۰۱۲ الی ۲۰۱۷ در پوهنتون کاردان استاد حقوق بوده‌است.

نکاتی در مورد تغییرات حقوقی بین‌المللی رانندگان با مطالعه موردی رانندگان تاکسی در افغانستان از طریق شبکه‌های اجتماعی

این مقاله چالشی را که توسط گیلپی و نیکولسون با مطالعه تغییرات حقوقی از طریق روش تفسیری ارائه شده را، مورد بحث قرار می‌دهد. مفهوم شبکه‌های اجتماعی به‌عنوان چارچوبی برای آنالیز انتقال، در زمینه محلی معرفی شده‌است. از آنجایی که تغییرات حقوقی به تغییر رفتار باز می‌گردد، مفهوم شبکه‌ها می‌تواند به توضیح شیوه‌ی کمک کند که، از طریق آن، محرک‌های جدید می‌توانند روابط بین بازیگران را تغییر دهند. این تحقیق شامل مطالعه تجربی رانندگان تاکسی افغان می‌شود، تا تأثیر تغییرات حقوقی را، بر این گروه ظاهراً بدون مصونیت نشان دهند.

مطالعه رانندگان تاکسی نشان دهنده این است که تغییرات حقوقی بر رفتار آن‌ها، به شیوه غیر منتظره تأثیرگذار بوده‌است. رانندگان تاکسی برای انجام معاملات قراردادی خود از طریق شبکه‌های اجتماعی، قویاً اعتماد دارند. بیوکراسی گسترش یافته اداری کمک کرده‌است که گروه جدیدی از ضامن‌ها را به نام «ضمانت کنندگان دولتی» ایجاد کنند که صلاحیت و اختیارات آن توسط دولت اعمال می‌شود، اما نقش آن توسط شبکه‌های روابط اجتماعی بین افراد تعریف می‌شود.

درباره نویسنده: نفی چاودری نامزد مقطع دکترا در دانشکده حقوق دیکسون پون در پوهنتون کینگ لندن است. که در آنجا وی مقاله تحقیقاتی خود با موضوع رابطه بین هنجارهای قانونی و غیر قانونی در جوامع در حال توسعه را براساس روش‌های تحقیق تجربی ارائه می‌دهد. نفی قبلاً استادیار رشته حقوق در پوهنتون آمریکایی افغانستان بوده و در آنجا در زمینه موضوعات حقوق مقایسه‌ای، شکنجه، پلورالیسم حقوقی، حقوق قرارداد، حقوق بین‌الملل خصوصی و آموزش حقوقی، تدریس و مطالعات تحقیقاتی داشته‌است. او مقالاتی نیز در زمینه حقوق مقایسه‌ای و پلورالیسم حقوقی در مجلات تحقیقات مشارکتی به چاپ رسانیده‌است. نفی به‌عنوان مشاور شرعی در بانک بین‌المللی افغانستان خدمت کرده‌است. وی سوپروایزر بخش پژوهش نهاد ماکس پلانک در زمینه حقوق مقایسه‌ای و حقوق بین‌الملل خصوصی در هامبورگ فعالیت کرده‌است. نفی فعالیت‌های خارج از پوهنتون نیز در کارنامه کاری خود دارد: وی عضو داوطلب کنسرسیوم بین‌المللی وکلای حامی حقوق پناهندگان در اروپا است.

استفاده از ابهام حقوقی: مسائل مربوط به حمایت حقوقی کارگران بین‌المللی در

افغانستان

حمله سال ۲۰۰۱ ایالات متحده به افغانستان، باعث حضور هفده‌ساله جامعه جهانی و اعزام هزاران نیروی بین‌المللی به افغانستان شده است. در عین حال؛ این نیروها با هزاران پیمان کاران بین‌المللی که تامین امنیت خصوصی و سایر خدمات را انجام می‌دادند، حمایت می‌گردید؛ این مورد را رسانه‌ها و مطالعات حقوقی بین‌المللی کم‌تر ابراز کرده‌اند. در دسامبر ۲۰۰۹ تنها وزارت دفاع ایالات متحده آمریکا بیش‌تر از ۹۶۰۰۰۰ پیمان‌کار خصوصی را حمایت مالی نموده‌است. مشخصاً این پیمان‌کاران و کارگران از ممالک شرقی بودند و با چالش‌های قانونی فراوانی مانند جریمه و حبس‌های طولانی مدت به‌خاطر اسناد نادرست ویزا روبرو شدند. نظیری؛ جریمه و حبس‌های طولانی به‌خاطر اسناد نادرست ویزا. تقریباً در تمامی این موارد، این کارگران در مورد حقوق خود مطمئن نیستند، برای حرکت به‌سوی سیستم حقوقی به چالش مواجه هستند.

این مقاله به برخی از چالش‌های کارگران بین‌المللی در افغانستان که عمدتاً از کشوری‌های شرقی هستند، می‌پردازد. و محدودیت حمایت حقوقی و ابهام قانونی که در بیش‌تر موارد آنان را در تنگنا قرار می‌دهند، بررسی می‌کند. این یک مطالعه موردی قوم‌نگاری است و نویسنده با بیش از دوصد و پنجاه مصاحبه با پیمانکاران انجام داده‌است. همان‌طوری‌که این مورد نشان می‌دهد، حفظ این ابهام قانونی، بهره‌برداری بیش‌تر را ممکن ساخته است. که ابتدا شرکت‌های که این کارگران را استخدام می‌کنند، و سپس به‌طور غیر مستقیم کشورهای تامین‌کننده این قراردادها، نفع می‌برند. تلاش کشورهای متبوع و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی برای حمایت از کارگران، ناکارآمد بوده‌است. در اغلب موارد این حمایت مشمول کارگران با بنیه مالی ضعیف‌تر از کشورهای شرقی نمی‌شود. حمایت قوی‌تر کشورهای تامین‌کننده مالی کارگران بین‌المللی در نهایت، تنها راه تضمین حمایت قانونی آنان، در کشورهای در حال جنگ مانند افغانستان می‌باشد، که حضور بین‌المللی پررنگ ولی حاکمیت قانون محدود است.

درباره نویسنده: نوحا کوبورن کارشناس مردم‌شناسی با گرایش به بُعد اجتماعی و فرهنگی است و در حال حاضر روی موضوع ساختارهای سیاسی و خشونت در خاورمیانه و آسیای مرکزی مشغول تحقیق می‌باشد. وی دردانشکده بنینگتن ایالات متحده آمریکا تدریس می‌کند و چندین تحقیق میدانی در افغانستان، قرغیزستان، ازبکستان، نپال، هند و ترکیه انجام داده است. آثار وی عبارتند از: سیاست بازار: قدرت و سفال‌گری در بازار شهری افغانستان (انتشارات دانشگاه استنفورد، ۲۰۱۱)، انحراف دموکراسی از حدود تعیین شده آن در افغانستان: انتخابات در یک دورنمای سیاسی بی‌ثبات با آنا لارسون انتشارات دانشگاه کلمبیا، (۲۰۱۴) و افغانستان در حال سقوط: پایانی برای مداخله (انتشارات دانشگاه استنفورد، ۲۰۱۶). کوبورن در سال ۲۰۱۰، مدرک دکترای خود را در رشته مردم‌شناسی از دانشگاه بوستون، مدرک ماستری را در رشته مطالعات منطقه‌ای از

دانشگاه کلمبیا؛ و مدرک لیسانس خود را از دانشکده ویلیامز اخذ نمود.

قتل شرکتی و حقوق اسلامی در افغانستان و پاکستان

قتل شرکتی در کشورهای توسعه یافته به خصوص انگلستان یک مفهوم شناخته شده است. متأسفانه، سیستم‌های حقوقی افغانستان و پاکستان علی‌رغم داشتن قوانین متعدد مربوط به شرکت‌ها، کارمندان و مصوونیت محیط کار، هنوز هم برای حمایت از قربانیان حوادث که سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم مسبب آن بودند، نتوانستند تدابیر اصلاحی مکفی ارائه دهند. هرچند قتل شرکتی یک جرم جنایی است و حقوق اسلامی موجود در افغانستان و پاکستان می‌تواند برای آن راه‌حل ارائه کند ولی با حقوق انگلیستان مطابقت ندارد. هر دو کشور نیاز به معرفی یک قانون جدید برای این منظور ندارند. کد جزای پاکستان، پرداخت دیات و سایر جبران خساره را در صورت از بین رفتن حیات و یا نقص اعضای بدن، پیش‌بینی می‌کند. بر اساس کد جزای افغانستان احکام فقه حنفی در موارد مربوط به دیات (خون بها) اعمال می‌شود. بنابراین، نیاز واقعی به تغییر در قوانین موجود افغانستان و پاکستان وجود ندارد. در پاکستان میزان دیات مطابق با قانون تعیین می‌شود. و در قانون افغانستان این موضوع به فقه حنفی ارجاع می‌شود.

درباره نویسنده: دکتر ورده یاسین استادیار پوهنتون بین‌المللی اسلامی اسلام آباد است. کارشناسی ارشد خویش را در پوهنتون منچستر انگلستان در رشته حقوق تجارت بین‌المللی به پایان رسانیده است. پیش از پیوستن به پوهنتون به‌عنوان مددکار در ناحیه اتک مشغول به کار بود. اخیراً دکتری حقوق خود را در پوهنتون بین‌المللی اسلامی اسلام آباد تکمیل نموده است.

د مقالو لنډيز

جوړجاړي او شخړه: رسمي، غیر رسمي، او اسلامي عدالت په افغانستان کې

دکتر تیلمن ج.رودر

حقوقی پلورالیسم په افغانستان کې یوازې یوه تیوري نده، بلکې یو پراخه واقعیت دی، عمده / لوی قانوني منابع/سرچینې - د جزا قانون، اسلامي شریعت او ناليکلی عرفي قوانین لکه پښتونولي - په ګڼو اساسي تاریخي او کلتوري برخو کې انکشاف کړی دی، آن نن هم ډی صلاح مقامونه په مختلفو/ ګڼو سطحو کې دغو قوانینو ته وده او انکشاف ورکوي او اجرایوي بنسټونه یې پلي کوي، په غوره حالت کې کیدلای شي دا یو د بل مکمل او پوره کوونکی وګڼو، خو ځینې وختونه بیا یو بل سره بنسټیز توپیرونه هم لري.

دوه اصلي مسئلې په لرلید باندې اغیز کوي:

لومړی: د دولتي قوانینو - په ځانګړي ډول اساسي قانون، مقررې او نړیوال حقوق - او اسلامي شریعت (چې له دین څخه سرچینه اخلي) ترمنځ یوه سسته او متزلزله اړیکه شتون لري. رسمي قانون او شریعت د رسمي فقهې قانوني بنسټ تشکیلوي. په داسې حال کې چې اساسي قانون ادعا کوي چې مذهبي حقوق پر رسمي قانون متکي دي، خو معمولاً په عمل کې هر څه سرچپه دي.

دویم: په افغانستان کې باید د رسمي عدالت ضعیف او نامطلوبه سیستم، له غیر رسمي بنسټونو سره مقابله وکړي، په ځانګړي ډول له هغو قومي جرګو سره چې په محلي او سیمیزه سطحه شخړې هواروي.

په وروستیو کلونو کې د رسمي عدالت سیستم او قومي جرګې د ناڅرګندو دلایلو له مخې، یو د بل ضد کړنې ترسره کوي. د هیواد په ځینو برخو د طالبانو د حکومت سیوري، اجازه ورکوي چې د طالبانو د سیارو محکمو یوه شبکه تشکیل شي، چې د دغو محاکمو حکم، له دین څخه د بنسټپاله تفسیر په اساس دی.

دغه قوی او قاطع توپیر ته په پاملرنې سره، نشي کیدلای چې په رښتیني او سم ډول سره د حقوقی سیستم یا حتی د قانوني حکم وینا وکړو. دغه پیچلي واقعیت، غوره ده د قوانینو د پراګندګي په عنوان سره توصیف شي. دا مقاله د مختلفو قانوني مجموعو/ ټولګو تعامل او همغږي د حقوقی تیوري لید لوري څخه ارزوي، په غیر رسمي مکانیزمونو، بنسټونو او تګلارو باندې ټینګار کول او استفاده کول د قوانینو ضد کاردی، څو مشخصې قضیې چې د جزا قانون پر بنسټ حل و فصل شوي دي، موږ ته د حقوقی شخړو دحل په برخه کې د دغو نظامونو د حد اقل مؤثریت د ارزونې اجازه را کوي، پردې اساس لاندې تحلیل له یو ساده توصیف څخه وړ اخوا د موجوده حقوقی وضعیت څرګندونه هم کوي.

افغانستان کې د حکومت ځای ناستو قاليونو کې د ائتلافونو او قومي جوړښتونو ارزونه:

دکتر بشير مبشر

لکه افغانستان له شخړو وروسته هیوادونو کې د اساسی قانون د طراحانو لومړنی اندیښنه دپراخو سیاستونو او بنسټونو له لارې د قومي جوړښتونو اسانتیا ده، په داسې حال کې چې داساسی قانون یوه برخه په بریالۍ توګه دغه اندیښنې له منځه وړی، خو بله برخه یې په نسبي یا مطلق ډول سره ناموفقه وه. د افغانستان اساسی قانون، له موفقیت سره دهم مهالې ماتې د داستان شرحه ده، د بریالیتوب برخه یې، د بین القومی ټاکنیزو ائتلافونو د رامنځ ته کیدلو موضوع او نسبتاً د پراخو سیاسي ویشونو ټکلارې را نغاړی، او د نه موفقیت برخه یې د حکومت نیمه پراخه سیاستونه او د بنسټیزه کیدلو لپاره د ټاکنیزو ائتلافونو کمزورتیا تشریح کوی. د ډیرو محققینو او سیاستمدارانو له نظره د ریاستی سیستم بې کاري اود دې بې کاري د حمایت، او د پارلماني یانیمه ریاستی سیستم اړوند د اساسی قانون تصویب د حمایت ترمنځ اړیکې شته دی. خو یوه بله ډله بیا د ریاستی سیستم باندې ټینګار کوی او د اساسی قانون د تغییر مخالف دی، دا مقاله د اوسنی سیستم او دهغه ځای ناستو طرحو ارزونه کوی. خو موضوع له معمولی خبرو اترو وراخوا ده، ځکه خو د اوسنی ریاستی سیستم د تطبیق دمطلوبیت ارزونه هم کوی.

طلاق په قرآن کریم کې آیا بنځې باید مساوی حقوق ولری؟

پروفیسور دکتور محمد هاشم کمالی

دامقاله دقرآن کریم (بقري سورت ۲۲۸ آيت) دلید له مخې دطلاق د فقهی قوانینو جوړښت را اخلی، داسې حال کې چې د فقهی پرمختللو مکتبونو/مذهبونو کې د طلاق قانون تعریف شوی نظام کاملاً یو اړخیز دی، او مسلمانو کورنیو کې د ناامنی څپې را پیدا کوی، خو دقران لید د طلاق قانون او د زوجینو د حقوقو برخه کې، متعادل او متوازن دی، داسې ښکاري چې دقران کریم یو ډله پخوانی مفسرین هم د منځنیو پیړیو د ټولنیزو ارزښتونو تر اغیز لاندې دقران کریم یو اړخیزه تفسیر وړاندې کړی دی، دامقاله همدا کیسه او همداموضوع را سپری.

له حقوقي ابهام څخه استفاده: افغانستان کې د بین المللی کارگرانو د حقوقي حمایت اړوند

مسایل:

نوحا کوبورن

په افغانستان کې په ۲۰۰۱م کال د متحده ایالاتو ښکیلتیا لامل شو چې افغانستان کې د بین المللی ټولنې زرګونه قوتونو او لس کلن حضور پیل شی، عین حال کې دغه قوتونه له زرګونه بین المللی قراردادیانو سره چې ځانګړی امنیت یې تامین او نور خدمات یې تر سره کول، حمایت کیدل. چې دا برخه په رسنیو او حقوقي مطالعاتو کې ډیره لږه را څرګنده شوی ده.

د ۲۰۰۹م په سپتامبر کې يواځې د آمريکا متحده ايالاتو دفاع وزارت له ۹۶۰۰۰ زياتو خصوصي کاري قراردادونو مالي حمايت کړی دی، په مشخص ډول سره دا قرارداديان او کارگران دشرقي هيوادونو وه او له زياتو قانوني ستونزو لکه جريمه، د ويزو د ناسمو اسنادو درلودلو له امله د اوږد مهال حبس سره مخ شوه، قابو په ټولو دغو مواردو کې دغه کارگران دخپلو حقوقو برخه کې مطمئن ندي، او د يو حقوقي سيستم په لور د حرکت په برخه کې له ستونزو سره مخ دی.

دامقاله افغانستان کې د بين المللي کارگرانو، چې عمدتاً د شرقي هيوادونو دي، يو ډله ستونزې رانغاړي او د حقوقي حمايت او قانوني ابهام هغه محدوديت څيړي، چې ډير ځايونو کې دوی باندې حلقه راتنکوي.

دا د انسان پيښې په برخه کې يوه ځانگړې مطالعه ده، او ليکوال له دوه سوه پنځوس تنو بين المللي کارگرانو څخه هم زياتې مرکې ترسره کړي دي، لکه څرنګه چې دا مطالعه ښايي دغه ابهام د لازياتي ګټه اخيستنې زمينه برابره کړي ده، چې لومړی ترې هغه شرکتونه چې دا کارگران استخداموي او بيا په غير مستقيم ډول سره د دغو قراردادونو تامينونکي هيوادونه ګټه پورته کوي، د متبوعو هيوادونو، او کارگرانو د حمايت د بين المللي موافقتنامو هڅې بې کاره دي، په زياتو وختونو کې دغه حمايت د مالي کمزورو شرقي هيوادونو کارگرانو ته نه شاملیږي، په پای کې د بين المللي کارگرانو د مالي تامينونکو هيوادونو قوي حمايت د دوی دقانوني حمايت د تضمين يواځنی لار ده، په داسې هيوادونو کې چې د جنګ حالت کې دي، لکه افغانستان، بين المللي حضور پکې روښانه خو دقانون حاکميت محدود دی.

د افغانستان په اساسي حقوقو کې دلويې جرګې ځای

دکتر امين احمدی

دې مقاله کې دلويو جرګو ګڼ ډولونه او په افغانستان کې يې ځای ارزول کيږي، په يوه ډله بندۍ کې کيدلی شی لويه جرګه په دوه ډولونو وویشو: غيردموکراتيک لويې جرګې او دموکراتيک لويې جرګې، بيا دموکراتيکې لويې جرګې په اساسي قانون ولاړې لويو جرګو او عرفي يا توافقي لويو جرګو ويشل کيدلی شی. پيل به پراساسي قانون ولاړه لويه جرګه وڅيړو، دې برخه کې هڅه کيږي چې دغه ډول لويه جرګه تعريف، د تشکيل جوړښت يې، د صلاحيتونو حدود، او دقوت او ضعف ټکی يې و ارزول شی. وروسته به عرفي اما دموکراتيکه لويه جرګه تر ارزونې لاندې ونيسو، ددې لپاره هڅه کوو چې لومړی قدم کې د دغه ډول لويې جرګې تعريف او د جوړښت يا تشکيل څرنګوالی په هکله معلومات ورکړل شی، او بيا يې تاريخی ډولونه وپيژندل شی، او دابه وښودل شی چې څنګه کولی شو دغه ډول لويې جرګې د سيميزو جرګو ديارغونې پر بنسټ دعرفي لويو جرګو په ډله کې راوړو. همداراز د هغې دقوت او ضعف ټکی، او داچې څنګه کيدلی شی په بيرنيز حالاتو کې دغسې لويه جرګه په کار واچوو، ارزول کيږي. په پای کې غير دموکراتيک لويو جرګو ته يوه کتنه وکړو، دغه رنګ لويې جرګې چې د لوړو مقاماتو په واسطه اود هغوی په ټاکنه جوړيږي، وپيژنو او تاريخی بيلګه يې وښودل شی، وروسته يې د مشروعيت اساسات، په ځانګړي ډول دا ادعا چې دغه ډول لويې جرګې مشروعيت ښوونکې

دی، دهیواد په عرف کې رېښې لری، او د حقوقي رویې د عنوان وصف یې خپل کړی، په زیر په دقیق ډول سره کره کتنه شی

په اساسی قانون کی د وسله والو ځواکونو د اختیاراتو چوکات غلام حسن کران

وسله وال ځواکونه د تاریخ په اوږدو، کې په هیوادونو کې د حاکمو سیاسي نظامونو د واکمنۍ د ارزښتونو ساتونکي وی، خو په یو ویشتمه پېړۍ په ځانګړي ډول د سپړې جګړې پروخت د زیاتو کودتاګانو په راپېښیدلو، او ورپسې د ولسواکۍ د حرکت، سیاسي پلورالېسم او د تمامیت غوښتونکو نظامونو تجربو، په سیاسي او حقوقي علومو کې د قانون اساسي د بنسټونو، وسله والو قوتونو، او دهغوی د واکونو تر عنوان لاندې د خبرو اترو یو پراخ باب خلاص کړی دی.

همدارنګه یو شمیر له بحرانه وروسته هیوادونو غوښتي د وسله والو ځواکونو د اقدام مشروعیت ته په پاملرنې سره او دهغو د فعالیتونو په تشخیصولو د ملي سیاستونو په پراخوالي سره په خپلو اساسي قوانینو کې د وسله والو ځواکونو د واکونو برخه د ملکي حکومت د واکمنۍ اصل ته په پاملرنې سره تعریف او هغه یې مهارکړې، چې د جنوبي افریقا اساسي قانون د دې مدعا ښه بیلګه ده.

د دې مقالې لیکوال هڅه کوی ترڅو د یو شمیر پوهانو د نظریاتو له منعکس کولو سره، د دغو مسایلو ګڼ اړخونه لکه د وسله والو ځواکونو قیادت، د اساسي قانون اصل، د وسله والو ځواکونو په برخه کې نظارت، توازن او سیاسي تعامل، د وسله والو ځواکونو حقوقي مشروعیت، د بین المللي قوانینو پر وړاندې د وسله والو ځواکونو مسؤلیت، او د ګڼو سیاسي بیلګو درلودونکو هیوادونو اساسي قوانینو په متنونو کې وسله وال ځواکونه ترڅیرنې لاندې ونیسي، د دغو څیړنو په ترڅ کې به لیکوال یوه بله مسئله چې وروستیو کلونو کې د ملکي - نظامي اړیکو تر عنوان لاندې توده شویده، د خپلې پاملرنې تر محراق لاندې راوړي، د دې عنوان په محور کې دومره منل شوې ده چې په ځینو کودتایي هیوادونو کې لکه : ترکیه او پاکستان د دغو اړیکو تعمق او پراخوالي څرنګه کولی شی د یو لاس نیوونکي اجتماعي او سیاسي عنصر په ډول د ولسواک نظام قابلیت او پوځ والی د نظامي مداخلو له لاس وهنو څخه وساتي.

افغانستان کې د اساسي بشري حقوقو بین المللي تعهداتو اجرا: د مدني او سیاسي حقوقو د ۱۹۶۶م کال بین المللي میثاق بیلګه.

احمد حنیف حنیف

افغانستان دبشري حقوقو مختلفو څانګو کې د بین المللي کنوانسیونونو د امضا او تصویب په ضمن کې داساسي بشري حقوقو د بین المللي تعهداتو اجرا هم منلې ده، د بشراساسي حقوقو هغه حقوق دی چې دمدني او سیاسي حقوقو د ۱۹۶۶م بین المللي میثاق ۴مې مادې ۲مې فقرې مطابق (دعامو بشري حقوقو خلاف) دولتونه د هیڅ رنګه شرایطو تر عنوان لاندې نشي کولی هغه نقض او یا محدود کړي، د حقوقو په لاندې ډول سره دی: پخپل سری ډول سره د ژوند د سلېولو منع ۶مه ماده، د تعذیب منع ۷مه ماده، د اجباري کار او غلامۍ منع ۸مه ماده، د قراردادي تعهداتو په اجرا کې د نه توان درلودلو په علت

د افرادو دنيولو ممنوعيت ۱۱ مه ماده، په ماسبق باندې د جزايي قوانينو نه عطف كيدلو حق، مگر د متهم په كټه ۱۵ مه ماده، له حقوقي شخصيت څخه د افرادو دبرځمن كيدلو حق ۱۶ مه ماده، او د فكر، مذهب او عقيدې د آزادۍ حق ۱۸ مه ماده.

حاضره ليكنه هڅه كوي ترڅو د بشر داساسي حقوقو او دهغې په وړاندې د بين المللي مسؤليت اړوند لنډو معلوماتو وركولو نه وروسته لومړي د پورته اساسي بشري حقوقو په اړه دافغانستان ملي او بين المللي تعهدات مشخص كړي او بيا د معتبرو ملي او بين المللي مراجعو د معلوماتو په رڼا كې په افغانستان كې د بشري حقوقو وضعيت، او هيواد كې يې د تطبيق د څرنكوالۍ په اړه څيړنه او ارزونه وكړي او لاملونه يې وپيژني.

كليدي كلمې: افغانستان، د بشر حقوق، د بشري حقوقو بين المللي تعهدات، د بشري حقوقو بنسټيز قواعد.

د مهاجرت او انساني قاچاقو ترمنځ اړيكي، د افغانستان بيلگه:

مهري رضايي

د انسان قاچاق او د مهاجرو قاچاق دواړه د لويو منظمو بين المللي جرايمو مصاديق دي، چې د نړيوالو منظمو جرايمو د ممنوعيت کنوانسيون (پالرمو ۲۰۰۰) سره د دوه مستقلو پروتوكولونو له لارې الحاق شوي دي، د مهاجرت ښكارندويه چې د نړيوالتوب له پايولو څخه ده، په نا اشنا ډول سره په نړۍ كې زياتوالی پيداكړي دي، خو د هيوادونو د پولو د تړلو په دليل غالبا په غير قانوني ډول ترسره كيږي.

غيرقانوني مهاجرت دانسان له قاچاق سره مستقيمي اړيكي لري، ځكه په زياتو وختونو كې غير قانوني مهاجرت چې د قاچاقې شبكو په واسطه ترسره كيږي، د قاچاق او انسان څخه د كټې پورته كوني لامل كيږي، افغانستان كې د جگړو، ناامني، اقتصادي او سياسي بې ثباتيو په دليل غير قانوني هجرت او دانسان قاچاق ډير نا اشنا زياتوالی پيداكړي دي، چې تاواني پايلې يې د دولت او نړيوالې ټولنې د اندېښنې لامل گرځيدلي دي. د انساني قاچاق له جرمونو سره د مبارزې په برخه كې د دولت د اجرايوي او تقنيني اقداماتو ته په پاملرنې سره له بده مرغه بياهم پدې برخه كې ځانگړي پرمختگ ندی ترلاسه شوی. او افغانستان لاهم په نړيواله كچه د انساني قاچاق برخه كې د دويم لږ هيوادونو كې گڼل كيږي. پردې اساس د انساني قاچاق برخه كې د دولت لخوا اساسي كړنو او د نړيوالې ټولنې او ځانگړي گاونډيو هيوادونو هر اړخيزې مرستې ته اړتيا ليدل كيږي.

كليدي كلمات: د انسان قاچاق، د مهاجرو قاچاق، غيرقانوني مهاجرت، د انساني قاچاق شبكې او د افغانستان دولت.

د افغانستان اساسی قانون کې د جمهوري ریاست کفالت / سرپرستی:

دکتر جواد تقی زاده

مړینه، استعفا، گوښه کیدل، عزل او نه رغیدونکې ناروغتیا د افغانستان د جمهوري ریاست د دندې د اجرا مانع او د کفالت / سرپرستی لامل ګرځي، جمهور رییس خپله استعفا ولسی جرګې ته اعلاموي، او د ریاست جمهوري له دندې د ده گوښه کیدل د کوم بل بنسټ منلو ته اړتیا نلري. د افغانستان د جمهور رئیس گوښه کیدل د بشري ضد جرایمو د ارتکاب د اتهام په تایید، ملي خیانت او ملي جنایت، د ولسی جرګې د ټولو رایو د دوه ثلثه، او د لویې جرګې د رایو د دوه ثلثه اکثریت تصویب باندې ترسره کیږي، په ځانګړې محکمه کې د جمهور رییس په محکومیت سره قطعي گوښه کیدل او جمهور رییس له خپلې دندې عزل کیږي. د جمهور رییس د نه رغیدونکې ناروغتیا تثبیت د هغه باصلاحیته طبي پلاوي لخوا کیږي چې د سترې محکمې لخوا تعین شوی وي، د جمهوري ریاست سرپرستی د لومړي مرستیال په غاړه ده، د لومړي مرستیال د غیاب په صورت کې دویم مرستیال د اساسي قانون د احکامو سره سم عمل کوي، او د رئیس جمهور او لومړي مرستیال د هم مهاله مړینې پر وخت په ترتیب سره دویم مرستیال، د مشرانو جرګې رئیس، دولسي جرګې رئیس او د بهرنیو چارو وزیر د رئیس جمهور دندې پرغاړه اخلي، د افغانستان د جمهوري ریاست کفالت / سرپرستی دورې اوږد والی - د موقت گوښه کیدلو له حالت څخه پرته - حد اکثر درې میاشتې دی، د جمهور رییس اول معاون د موقت جمهور رییس په ډول نشي کولی د اساسي قانون تعدیل، د وزیرانو گوښه کیدل، او عمومي ټولپوښتنې ته مراجعه وکړي.

کلیدی کلمات: کفالت، جمهور رییس، اساسي قانون او افغانستان.

د افغانستان په حقوقي نظام کې د دولت مدني مسئولیت

نظام الدین عبدالله

دې مقالې د بحث موضوع د دولت مدني مسئولیت دی. د دولت د مدني مسئولیت په اړه د افغانستان د اساسي قانون ۵۱ ماده داسې صراحت لري: «هر څوک چې له ادارې څخه بې موجه زیانمن شي د تاوان اخیستلو مستحق دی او کولای شي د تاوان د ترلاسه کولو لپاره په محکمه کې دعوا اقامه کړي [...]». د دې مادې په اړه لاندې پوښتنې مطرح کیږي:

۱. د دولت مدني مسئولیت څه دی؟
 ۲. د افغانستان په حقوقي نظام کې د مدني مسئولیت اسباب څه دي؟
 ۳. آیا د افغانستان په حقوقي نظام کې د دولت کرښې تعریف او ډله بندې شوي دي؟
 ۴. د افغانستان دولت په کومو کړنو کې مدني مسئولیت لري؟
- مسئولیت د [سال] څخه اخیستل شوی چې د مواخذې او بیاغوبنښتې په مانا ده. د دولت مدني مسئولیت پدې مانا ده چې دولت باید د هغو ضررونو په مقابل خپل مسئولیت ترسره او جبران یی کړي چې خصوصي حقیقي او حکمي اشخاصو ته یی رسولی وي.
- د دولت د مدني مسئولیت د مبنا په هکله دوه نظریې شتون لري: د تقصیر او خطر نظریې. د تقصیر

د نظريې طرفداران پدې اند دی چې د زیان د مسئولیت دلیل دا دی چې تقصیر یی ترسره کړی او د هغه فعل یا ترک فعل، د دی سبب شوی چې یو غیر شخص ته زیان ورسېږي او د مسلمو اخلاقي قواعدو پر بنسټ، هغه څوک چې نورو ته ضرر رسوي پکار دی چې ملامت او نیوکه ورباندې وشي او دغه کس د هغه چا په مقابل کې مسئول ګڼل کیږي چا ته چې یی زیان رسولی نو ځکه باید ورته وارد شوی خسارت جبران ورکړي. په دغه نظریه کې د خسارت او تقصیر په منځ کې د سببیت رابطې شتون شرط دی. د دغې نظریې مخالف مفهوم دا دی چې هر هغه کس چې په عمدی توګه بل چاته ضرر و نه رسوي د خسارت جبران لپاره ملزم نه ګڼل کیږي. د خطر نظريې طرفداران پدې باور دی چې هر هغه کس چې یو کار ترسره کوي پخپل چاپیریال کې خطر رامنځ ته کوي او د دغه رامنځ ته شوی خطر چاپیریال څخه ګټه پورته کوي. نو له دی کبله، باید د هغې څخه رامنځته شوی زیانونه ومني. دا پدې وجه دی چې عدالت او انصاف له لحاظه، هر څوک باید د هغې څخه راپورته شوی خطرونه ومني او دا انصاف نه دی چې زیان رسیدلی شخص د غیر عمل څخه راپورته شوی زیانونه ومني.

د دولت کړنې تر اوسه هم د افغانستان په قوانینو کې تعریف او ویشل شوی نه دی. حقوق پوهان د دولت د کړنو په تعریف کې وایی: د دولت کړنې د هغو فعالیتونو او پریکړو ټولګه ده چې دولت یی د عامه ګټو، نظم، امنیت او خدمتونو د تامین په موخه د قوانینو او مقرراتو پر بنسټ ترسره کوي. څو مثالونه به یی دا وی: قانون جوړونه، د قراردادونو ترسره کول، اداري تصمیم نیونې، قضاوت او داسې نور ورته موارد. په قطعی توګه نشو ویلی شو چې دولت په کومو کړنو کې مدني مسئولیت لري او په کومو کې یې نلري، ځکه چې تر اوسه د دولت کړنې د افغانستان په قوانینو کې ډله بندی شوی نه دی.

د ۱۳۴۳ (۱۹۶۴) اساسي قانون د انفاذ څخه راپدې خوا، د دولت مدني مسئولیت د افغانستان په حقوقی نظام کې منل شوی اما د افغانستان په حقوقی نظام کې د دولت اعمال، مینا او دسته بندی، د ضرر ډول هم مادي هم معنوي، مختلط او عدم النفع، د خسارې جبران هم مادي، معنوي، مختلط او عدم النفع، د دولت د مدني مسئولیت د اثبات بار، د دولت د قراردادي او غیر قراردادي مدني مسئولیت او دولت پورې اړوند نور مدني مسئولیتونه، تر اوسه پوري روښانه ځای نلري. د اساسي قانون د ۵۱ مادې د تطبیق د زمینه برابرول، د دولت د مدني مسئولیت تدوین د توصیې وړ بلل کیږي چې ښه مثالونه به یی د متحده ایالاتو او د ایران اسلامي جمهوریت قوانین دی.

کلیدی لغاتونه: مدني مسئولیت، دولت، د دولت کړنې، ضرر، د خسارت جبران

د افغانستان په حقوقو کې د مشاع (ګډ) ملکیت نظام

دکتر عبدالله شفايي

د شراکتی مالکیت اشاعه رامنځ ته کوي او د شراکت احکام په هغې باندې تطبیقېږي. د مشاع مال اداره ممکنه ده د شریکانو اکثریت نظریې پورې منوط شي. د سود د تړاو شرط یو له شریکانو ته د لږ او یا ډیر سود سره ممکنه ده پرته له دې چې پانگونه مساوی وي. په اشاعه کې ټول شریکان مال باندې عینی حق لري. نو ځکه پدې څېړنه کې د مدني قانون دقیق او عمیق حکمونه د اشاعې د ادارې او ختمولو لپاره شتون لري. دغه حکمونه باوجود ددې چې په فقه کې رېښې لري، اما د فقهې په پخواني مباحثو کې چې یواځې د هغه وخت خلکو د ساده ژوند د تنظیم په هکله تدوین شوي محدود پاتې شوي ندي بلکې د سنتي فقهې له حدودو څخه ورهاخوا د نوي ښاري ژوند نوی څیرې او مطلبونه یې تنظیم او د حقوقي له لحاظه یې جوړښت رامنځ ته کړی. د ښاري ژوند پراختیا او په ښارونو کې اوسېدنې د مشاع املاکو او اموالو نوې ډولونه رامنځ ته کړي. د مشاع مال نوي ډولونه پرته له شکه چې د نوي حقوقي مباحثو باعث گرځيدلي دي. که د مدني قانون یو نیم عبارتي نیمګړتیاوې او د مصر قانون د غلطې ژباړې څخه سترګې پټې کړو، مدني قانون د مشاع مال د ادارې او مدیریت په هکله د نویو مواردو وړاندوینه کړې. د مدني قانون تدوین شوی حکمونه، د نویو ضرورتونو ځواب وینه کوي او د مدرنه ښاري ژوند د فرهنګ سره هم سمون لري. د مشاع مال په بحث کې اصلي مشکل، د مدني قانون د احکامو هراړخیز تطبیق دی چې حقوقي سلاکاران، مدافع وکیلان او د اپارتمانونو خرڅوونکي او د مشاع اموالو نورې خواوې، د هغې له تطبیق څخه غافل پاتې شوي دي. همدارنګه د حقوقو د علم څیړونکي او محصلین د هغې په تجزیه او تحلیل او قاضیان په دې اړه د قضایي رویې په جوړولو کې پاتې راغلي.

کلیدي لغاتونه: مالکیت، مشاع، د مشاع مال اداره کول، د منفعت ویشل، د عین ویشل، اپارتمان

د قواوو تفکیک او د اساسي قانون تفسیر مسله په افغانستان کې

دکتر محمد قاسم هاشمزی

د دیموکراتیکو نظامونو او قوانینو یو مهم عنصر، د قواوو تفکیک دی چې موخه یې د قدرت شریکول او د استبدادی نظام د جوړونې څخه مخنیوی دی. دغه موضوع ته د افغانستان په اساسي قانون کې په ډیره دقیقه توګه پاملرنه شوی او د هیواد سیاسي نظام د قواوو د تفکیک د اصل پر بنسټ له درېو قواوو (مقننه، اجرائیه او قضاییه) څخه تشکیل شوی چې هر یو د مشخصو دندو او صلاحیتونو خاوندان او د ولسمشر تر نظر لاندې خپلې دندې پر مخ بیايي. دا ځکه چې ولسمشر هم د حکومت په راس کې قرار لري او هم د دولت مسئولیت هغه پورې مربوطېږي.

د اساسي قانون تفسیر د ۱۹۲۳ د لومړي اساسي قانون له جوړونې څخه راپدې خوا په افغانستان کې مختلفو نهادونو ته سپارل شوی، لکه څرنګه چې د امان الله خان د وخت پورې اړوند اساسي قانون، یوه نهاد ته چې له انتخابي او انتصابي غړو څخه جوړ شوی وو ورکړل شوی وو. حال دا چې د ۱۳۴۳ اساسي قانون کې په مستقیمه توګه هیڅ کوم نهاد ته دغه دنده نه وه سپارلې. د داوود خان په وخت

کې دغه دنده سترې محکمې ته ورکړل شوی وه. او د بیرک کارمل د حکومت په دوره کې دغه واک انقلابي شورا ته ورکړل شوی وو. همدارنګه د ډاکټر نجيب الله د حکومت په وخت کې، د اساسي قانون شورا جوړ شو او د اساسي قانون د تفسیر د واک لرونکې شوه. د ۲۰۰۴ کال په اساسي قانون کې دغه دنده په واضحه توګه هيڅ يو قضايي او حقوقي نهاد ته نه ده سپارل شوې. لکه څرنګه چې ستره محکمه د دغه قانون د ۱۲۱ مادې په رڼا کې، خپل ځان د تفسیر وړ بولي او له بلې خوا، د دغې قانون د ۱۵۷ مادې پر بنسټ، د اساسي قانون د تطبيق څار خپلواک کميسيون دغه کار خپله دنده بولي چې د اساسي قانون د تطبيق څخه نظارت د تفسیر د صلاحيت نشتون په صورت کې ناممکن ګڼي. دغه موضوع د یاد کميسيون او سترې محکمې تر منځ د يوې ننگونې په توګه کنل کېږي. کليدي لغاتونه: د قواوو تفکيک، د اساسي قانون تفسیر، ستره محکمه، د اساسي قانون د تطبيق څار خپلواک کميسيون

د افغانستان په اساسي قانون کې د اسلامي حقونو نه نقضول

دکتر محمد راسخ

د افغانستان د ۲۰۰۴ کال اساسي قانون د محدوديتونو دوه ډلې يې په هېواد کې د قانون د ترتيب لپاره اعمال کړي ده. له يوې خوا بايد د قوانينو رامنځته کولو کې اسلامي حدود رعايت شي او له بلې خوا بايد د نړيوالو حقوقو حدود په ځانګړي ډول د بشري حقونو او ديموکراسۍ په برخه کې هم رعايت شي. لومړۍ ټکي د اسلامي حدودو په اړه تر ډېره د مطابقت پر ځای نه نقض دی. دوهم ټکي؛ د اسلامي حدودو محتوا او لمنه تر بحث لاندې نيول کېږي. دريم ټکي: استدلال کېږي چې هيڅ مذهب رسمي مشخص شوی ندی؛ که څه هم د اړوندو مواردو لپاره د اسلامي فقهې دوه مکتبونه معرفي کېږي. څلورم ټکي؛ دوه اړوند مقامونه معرفي او تر بحث لاندې نيول کېږي. په بل عبارت کې، ستره محکمه او د اساسي قانون پر څار خپلواک کميسيون د څار د دندې د ترسره کولو لپاره په ترتيب سره د اساسي قانون د حکمونو د تطبيق او اجرا لپاره جوړ شوی دی. پداسې حال کې چې دريمه مسأله د اساسي قانون د حکمونو تفسیر مبهم او ناڅرګنده پاتې دی او له همدې امله د يوې ستونزمنې موضوع بڼه اخيستي ده. پنځم؛ بايد وښودل شي چې د دوهم گروپ له محدوديتونو څخه مشخص الزامات، په ځانګړي ډول د اساسي قانون پر بنسټ د قانون ټينګښت د ټول نظام اصلي ستنه جوړوي. له دې امله، نشو کولای په اسانه توګه هغه تضعيف کړو. شپږم؛ د دواړو گروپونو رعايت څخه ترلاسه شوی ابهامات به معرفي او اعلان شي. په پايله کې، د دغو ابهاماتو لپاره د حل لارې پيدا کولو لپاره به هڅه وشي.

د شرکتونو او په افغانستان او پاکستان کې د اسلامي قانون قتل

دکتر ورده یاسین

د شرکتونو وژنه په پرمختللي نړۍ کې یوه خورا اهمیت وړ مفهوم ده، په ځانګړې توګه په انګلستان کې. له بده مرغه، د افغانستان او پاکستان حقوقي سیستمونه/لړۍ، که څه هم د شرکتونو په اړه ډیر قوانین شتون لري، د دوی کارکونکي او د کار ځای خوندیتوب، بیا هم، د بېوزلو قربانیانو لپاره، کومې پېښې چې دولتي ادارې او شرکتونه په مستقیم یا غیر مستقیم (نیغ په نیغه یا نا مخامخه) ډول د مرګ ژوبلې لامل ګرځي، مناسبه درملنه نه وړاندې کوي. د یو شرکت لخوا د ځان وژنه جزایې/جنایې جرم دی او موجوده/شته اسلامي قوانین توانيدای شي چې د حل لار وي د افغانستان او پاکستان لره. دواړه هیوادونه د دې هدف لپاره نوي قانون ته اړتیا نلري. چېرته چې ژوند او د بدن غړي له منځه تللي وي، د پاکستان مجازات (جزا قانون) د جرمې تادیبه/د تلافی پیسې او نور جرمې تلافی وړاندې کوي. د افغانستان جزا قانون دا په ډاګه کوي چې د حنفی مذهبي فقه پر بنسټ لاره به د کارکونکو دیات (د وینو پیسې) به معامله کیږي. له دې کبله، د افغانستان او پاکستان اوسنیو قوانینو ته د بدلون لپاره اصلي اړتیا شته. د وینې پیسې/دیات اندازه هم د پاکستان د قانون لخوا ټاکل کیږي او د افغانستان قانون لخوا ارزول کیدی شي. او دا د حنفی ښوونځي (مذهبي فقه) له مخې ارزول هم کیدی شي.

د افغانستان د جنایې پالیسۍ کې د فساد مخنیوي کې شفافیت/رنښت او د رنښت برخه د طالبانو څخه وروسته:

یحی بلاغت

دا مقاله په دریو برخو کې تنظیم شوې ده.

په لومړي برخه/پړاو کې، د طالبانو څخه وروسته افغانستان کې د سیستماتیک/منظمه او لوی اداري فساد رامنځته کول تحقیق شوي. په دې برخه کې، د دې پېښې د جوړېدو او پراختیا بهیر روښانه کولو تر څنګ، ترټولو مهمې سیمې، په افغانستان کې اداري فساد فکتورونه او پایلې په لنډه توګه بیان شوي. دویمه برخه د جنایې پالیسۍ کې د دې معیوبیت په وړاندې د احتیاطي اقداماتو اهمیت او اغیزمنتوب بیانوي. په پایله کې، په افغانستان کې د اداري فساد مخنیوي کې د روڼتیا رول، معلوماتو ته د لاس رسۍ او د معلوماتو په اړه د قانون بیا کتنه، د هغې تطبیق/پلي کول او د هغې اغیزمنتیا د اداري فساد مخه نیولو کې او د عمومي او آزادو رسنیو رول (تحقیقاتي ژورنالیزم) تشریح شوي.

دریمه برخه د نیمګړتیاوو او زیانونو سره معامله کوي چې په دوو پورتنیو برخو کې چې د فساد په مخنیوي کې راپور شوي.

په افغانستان کې د تحقیقاتو ژورنالیزم کې د نیمګړتیاوو/فساد شتون او د هغې اغیزې د پرمختګ په نشتوالی باندې، او په ځانګړې توګه معلوماتو ته د لاس رسۍ او د ملي یووالی حکومت هڅو او مبارزې د فساد مخنیوي په اړه خبرې کوي او په پای کې ادارو د ټپیانو او نیمګړتیاوو له منځه وړلو لپاره، وړاندیز او لنډیز مخکې کوي.

ظاهري تيوري د افغانستان په مدني حقونو کې

دکتر علي محمد ميرزایی

د قانون د اصولو او مقرراتو سره سم، د افرادو حقوق او ملکیت ضبط د مالک يا د هغه د ايجنټ/ استازي په رضا مندی سره نافذه/ تطبيق کېږي. پرته له دې، د نورو کتو تصرف د نورو په حقونو او ملکیت کېنې، د نفوذ نشتوالی او تعطیل معامله ور سره تر مخه نیول کېږي. مګر په ځینو حالاتو کې، چې د ښکاره حالت په توګه ورته اشاره/ وړاندیز کېږي، خلک په دې باور وي چې دوی د حق اصلي مالک سره معامله کوي، دوی یو بل سره تړون کوي، مګر وروسته بیا دا وموندل شي چې هغه څوک چې د هغه سره یی معامله شوی ده د یوازی د حق ظاهري مالک دی او اصلي مالک د بل چا ځانګړی حق و. همدا رنگه دا د ښکاره حالت او قانوني وضعیت ترمنځ د شخړې لامل ګرځي. ښکاره حالت ددې څخه تقاضا کوي چې د دریم ګوند څخه یی چې نقصان لیدلی حمایت/ ملاتړ وشي مګر قانوني حالت ددې څخه تقاضا کوي چې د حق مالک څخه حمایت/ ملاتړ وشي. دلته حقونه د دواړو/ دوه کتو تر منځ نا څرګنده پاتې کېږي. د هغه حق لرونکي هغه ګټه چې حقوق یې باید خوندي شي او بل ګټه د دریمې ډلې چې نقصان یی لیدلی دی کوم چې په ښکاره حالت پر بنسټ یی معامله کړی. که دا د حق لرونکي مالک د نفع څخه ملاتړ وکړي، منطقي/ ثباتی امنیت چمتو کېږي مګر که دا د دریم ګوند کتو چې نقصان یی لیدلی ملاتړ وکړي په ټولنه کې د شتمنیو د څرخیدلو، لیرېدونو او د معاملات ثبات او نظم سره مرسته شوې ده. او متحرک امنیت احساس او تر لاسه شوی دی. ظاهري تیوري د دریم اړخ مشروع اعتماد ملاتړ کول دي چې په ښکاره حالت یی باور کړی دی او یو تړون یی وکړ او معامله یی تر سره کړه. دا تیوري زموږ په قوانینو کې په واضح ډول منل شوی نه ده مګر د قواعدو په استقراء سره، د دې تیوري ځینې بیلګې او مثالونه موندل کیدی شي. دا مقاله هڅه کوي تر څو ظاهري نظریې ښی، شرایط/ آږ، ستني، بنسټونه او ددې تیوري د تاثیرات اغیزې په اړه بحث وشي.

اساسي کلمې: ښه - ظاهري تیوري - د ثبات امنیت - متحرک امنیت - اساسات - شرایط.

د افغانستان اساسي قانون د دریمې مادې سره سم، د پاکستان تجربه او ماډل پر بنسټ

اقتباسات

مالتی هاروالد

دا پاڼه/ لنډیز غواړي چې د څو لسیزو قانوني قضیو د شننې په لړ د اسلام قانوني سیستم/ لړ حقوقي قضایاوو د پاکستان په نظامي حقوقو کې د افغانستان اساسي قانون دریمې مادې پلټه وکړي، په تیره بیا، د دریمې مادې د تطبیق صلاحیت او واک د افغانستان د سترې محکمې له خوا په ایران کې د (شورای نگهبان) په واکمني سره پرتله کیده. له دې سره، دا مقاله نور ټینګار کوي چې د افغانستان اساسي قانون په دې هکله د پاکستان قانوني ماډل په څیر دی.

دغه پاڼه/ لنډیز د دریم مقالې پلي او تطبیق کولو کې دوه اساسي ستونزې اټکلوي:

۱. په لومړي ځای د منطقي او غیر منطقي قوانینو ترمنځ تقسیماتو/ ویشنی بحث کې د غیر منازعه قواعد له شریعت سره لوروي. کوم چې کیدای شي د دولت اساسي بنسټونه لکه مالیات، تخصیص او مالي

مقرراتو کښې ستونزې منځ ته راوړي او یا یی له سره مختل کړي.
۲. له بلې خوا د اسلامي قانون پلي کول د فقه او شریعت علم او پوهه ته اړتیا لري، هغه څه چې د سترې محکمې قاضیانو د هغی درلودلو ته اړتیا نلري کوم چې د دولت اصلي فعالیتونو/کړنو کې پخپل سري، اړخیز، او حتی د دولت په بنسټیز کړنو کښې غیر اسلامي قوانینو ته لېږدول کېږي.

سیمه ایزه جنائي سیاست د اکو سازمانی سیمه کې د جرایمو په تعقیب

رضا صادقی

نن ورځ پیاوړی جنایی شبکې د خپلو همغږ شویو خورو فعالیتونو سره د منظم جرم په بڼه/قالب کښې ځای په ځای شوي دي په ټوله نړۍ کې د ډیرې اغیزې سره په مختلفو برخو کې، په ملي، سیمه ایزو او نړیوالو ټولنو کې تر ټولو مهم اندینې بلل کېږي. په داسې طریقه چې نه یواځې سیاسي، ټولنیز او اقتصادي امنیت په خطر کې اچوي؛ دا د پېرې د گواښ په توګه هم پیژندل شوی، او د یوویستمې پېرې پر بنسټ د "د جرم منظمه/سازماني پېرې" نومول شوی ده.

جغرافیایي سیمې هیوادونه چې د اکو په نوم په آسیا کې پیژندل کېږي د دې د ستراتیژیک طبیعت په پام کې نیولو سره، دا یو له ډېرو/خورا اهمیت لرونکي سیمو څخه دی کوم چې په آسیا کې تر ټولو لوی او تر ټولو زیات منظمو جرایمو په بشپړتیا کښې بوخت دی. د لوړې کچې په پام کې نیولو سره، په سیمه کې د منظم جرمونو توپیر او پراختیا په آسیا کې په ډیره کلکه او ټینګار د «منظم شوي جرمونو ستراتیژیکه سیمه» په نامه یاد شي.

له بلې خوا، د سیمې له خوا د دغو جرمونو په وړاندې چی کوم ځواب او پالیسي تصویب/تر مخه پلي شوې د داخلي یا ملي جنایی پالیسي محدودیت له امله، دوی د دغو جرمونو ځواب ورکونکی/مسئول ندي. په پایله کې، په دې سیمه کې تنظیم شوي جرمونه وده موندلی ده. پدې پانه کې، موږ هڅه کړې ترڅو د سیمه ایز جنایی پالیسي لپاره یو مناسبه چوکاټ چمتو کړو.
د دغو سیمو کړنه/رد العمل د دغو جرمونو په هکله ناگزیره ضرورت/اړتیا ده.
بنسټیزه کلمه: د سیمه ایز جنایی پالیسي، اکو او منظم جرمونه:

په افغانستان کې د نړۍ تروریزم او د هغې منلو سره مبارزه: د شریعت نوی وړاندیزونه او اټکلونه:

پروفیسور دکتور محمد هاشم کمالی

رسنی دې ته اړتیا/تمایل لري چې د ترهګرۍ او تاوتریخوالي ته اسلام سره تړون ورکړي؛ او دا یو ادعا ده چې باید د شواهدو په اساس ترسره/مشخصه شي. موږ دا تشریح او ښودل غواړو چې دا افراطیت او تروریزم په هیڅ وجه هیڅ معنی/اسلامي اړخ نه لري. بیا، موږ خورا سخت/افراطي تاوتریخوالی او ترهګرۍ او مرتکبین تشریح کوو. ایا دا واقعیت دی چې اسلام د سولې دین دی؟ موږ به هم دا تحقیق او څیړو او د هغه شواهدو لپاره چې په اسلام کښې په واقعیت کې مطرح کېږي، موږ یی گورو او څیړو.

د دې مقالې بيلانس د قرآني مقرراتو او قواعدو د هيرا (يرغل او تروريزم) په هکله او د فقهي تعبيرونو په تعريف او رڼا کې اختصاص ورکړل شوي دي. د دې جرم ځانګړتياوې او مجازات، ځان وژونکي بمباري، او د نړيوالې ترهګرۍ په وړاندې د مسلمانانو ځوابونه دي. زموږ هڅې د اسلامي قانون نوې تفسير وړاندې کولو د اوسني تروريزم په نويو پرمختګونو/تحولات په اړه مطرح شوي دي. د دې مقالې وروستۍ برخه د افغانستان لپاره د تروريزم پر ضد ستراتيژۍ جوړولو لپاره وړانديزونه وړاندې کوي.

په افغانستان کې د ټيکسي چلونکو د نړيوالو ليرېد / انتقال په اړه لارښوونې:

نفی چاودری

په پرمختللو هيوادونو کې د قانوني ليرېد کارولو بياکتني او څيړنې لاندې ده. د حقوقی ليرېد عمده تمرکز د پرمختيايي ټکنوکراتانو (د ټخنوکراسۍ غړي) په اهدافو او موخو باندې دی کوم چې په پرمختللو ټولنو کې د اصلاحاتو په پراختيا تمرکز او ټينګار کوي. دا پانه هغه ننگونې په ګوته کوي چې د تعقيبي ميتود له لارې د قانوني ليرېد بهير ورسره مخ دي. او په ټولنيزه ټولنه کې د قانوني ليرېد څيړنې لپاره د ټولنيز شبکې مفهوم معرفي کوي. د ټولنيز شبکې شننه/ تجزيه او تحليل مرسته کوي تر څو د دې پروسې اغېزمن فکتورونو ترمنځ اړيکې مشخصه او په ګوته کړي. دا مقاله د ټولنيزو شبکو د څيړلو او همدارنګه په دغو شبکو کې د شرايطو منظمه لارې پيل کوي. هغه بيا په افغانستان کې د قضيبې د مطالعې قانون کې د ټولنيزو شبکو تحليل پايلې/ نتايج څيړي. دا څيړنه د افغان ټکسي چلونکو باندې تمرکز او ټينګار کوي د دې لپاره چې معلومه کړي چې څرنګه افغانان د قرارداد معامله کوي؟ او څرنګه هيواد ته د قرارداد قانون سيستم ليرېدول په غير متوقعه لارو بدلونونو لامل ګرځي؟ دا څيړنه ښيي چې د تړون قانون د اړيکو تنظيم کولو کې مهم رول لوبوي، په داسې حال کې، دا په زړه پورې ده چې پوه شو چې د پراخ دولت سيستم چې د عدلي ارکانو ملاتړ کوي، د ټيکسي چلونکو لخوا پيل شوی تر څو بيا د ليرېد لپاره د ګوندونو ترمنځ غير رسمي اړيکې بيا پياوړي او تقويه شي.

د پوځ لپاره قانوني پلوراليسم: په افغانستان کې د حکومت پلوه ځواکونو لپاره مسؤليت / ځواب ورکونکي رژيم

اريکا گاستون

وسله وال ځواکونه او ځايي امنيتي ځواکونه له ډير وخته را دی خوا د افغان امنيتي چاپيريال برخه ده. که څه هم د هغوی ډيري فعاليتونه او کرنې کيدای شي په سمه توګه په قانوني توګه وپيژندل شي، مګر په ځينو سيمو کې ځايي ځواکونه (اغلب د "اربيکي" په نوم) په غير رسمي عدلي سيستم کې د منظمه قانون او د قانون حاکميت يوه مهمه برخه ده. له ۲۰۰۱ کال وروسته دور کې، د ځايي/ محلي يا کډ شويو ځواکونو سره مرسته د افغان حکومت او نړيوالو لوبغاړو لخوا پرمخ وړل شوې او ملاتړ شوې. په هر ډول، د بشري حقونو څخه ناوړه کتې اخيستنې او په غير منظم ځواک کې د واک او اعتماد په اړه د هغه غير منظم پايلې په اړه جدي انديښنې پيژندل، په دې اړه ډيری قانوني هڅې او بيلابيلې قانوني

ميکانيزمونه دې ته اړ کړي چې بيلابيلو پايلو سره ترسره شي. دا مقاله د حساب او ځواب ورکونې بيلابيل ميکانيزمونه چمتو کوي، کوم چې په ځايي ځواکونو کارول شوي يا کيدای شي کار واخيستل شي، تحقيق او بياخيرنه کوي. دا نه يواځې د تطبيق وړ داخلي او نړيوال قوانينو کې شامل دي، مګر د ۲۰۰۹ کال په تمه هم د افغانستان قانوني کثريت او پلوراليزم پيژني، کوم چې د ټولنې په کچه د غير رسمي ځواب ورکونې ميکانيزم نوې او جلا بڼه ده، پکې هم شامل شي.

د بنځي قضاوت د افغانستان د نافذه قوانينو او حنفي فقه له ليد څخه

پوهنمل لطف الرحمن سعيد

د اسلامي حقوق پوهانو تر منځ د بنځو د قضیې مسله يوه اوږد مهاله بحث دی او اسلامي عالمانو پدې مسله کې مختلفه نظريات څرګند او وړاندې کړي. ځينې اسلامي فقهاء د نارينه حالت په قضاوت کې شرط او اړ راولي او بنځو ته اجازه نه ورکوي چې په قضاوت کې برخه واخلي. مګر احنافو فقهاء خورا جلا نظريات لري او دوی بنځو ته د ځينې او معينو شرايطو سره د قضاوت اجازه ورکړې ده. زموږ په هيواد کې، ډيری خلک د حنفي مذهب پيروې کوي. حنفي فقهی نظريات د پام وړ اهميت لري. همداسې رنگه حنفي فقهی احکام هم د هيواد په قوانينو کې ښکاره شوې. د دی بيان سره چې د حنفي فقه نظرياتو او عقيدې او همداسې شان د دولت نافذه قوانينو پر بنسټ هيڅکله د يو سړی حالت په قضاوت کې شرط نه دی ګڼلې، مګر د سترې محکمې عالي شورا ته د بنځينه معرفي کولو له لارې، په عالي شورا کې د بنځو د غړيتوب اجازه په دې اړه پوښتنه شوې او د سوال لاندی نېول شوی دی، دا داسې دی لکه چې دا غير قانوني/د شرع خلاف امر دی. په دې مقاله کې د حنفي فقهې د قانوني سرچينو کارول او د هيواد قانون، د بنځينه قضاوت مسئله تحليل او څيړل شوی ده. او د قضاوت او قضايي تدابير شرايط د حنفي مذهب او د هيواد قوانينو له نظره بحث شوی چې د دې مقالې موندنې ښيي، په قضاوت کې چې څه شی د اهميت وړ دی هيڅ جنسيت نه، بلکه نور شرايط دي چې د هغې شرط موجوديت سره د عدالت شرايط تر ټولو غوره تضمين شي. د پايلې په توګه، د دې مقالې موندنې ښيي چې د حنفي فقهې او د هيواد قوانينو له مخې، بنځينه د قضاوت اجازه لري او هيڅ شرعي او قانوني خنډ ورته نشته. نو له دی امله د سترې محکمې عالي شورا ته د بنځو معرفي قانوني او شرعي موضوع ده او د حنفي مذهب له اصولو او د هيواد قوانينو، په تيره بيا بنسټيز قانون سره هيڅ توپير نه لري.

د د حبس لپاره مختص ځای او د جزا قانون کې د هغې ميکانيزمونو بدیل اړتيا

ډاکټر عيد محمد احمدی، محقق او د پوهنتون استاذ

په لويديځ نړۍ کې روښانتيا، په ځانګړې توګه د ۱۸ پېړۍ اواخر او د ۱۹ پېړۍ په لومړيو کې، دا د زندان د کارولو په اړه نوي فکر او طرح وګرځيد. په دې رويه او کتنې کې، بنديز د مرتکبين/مجرمينو د مجازاتو لور ته پاملرنه او توجه راوګرځوله. مګر د زندان مجازات د خپلو اهدافو په ترلاسه کولو کې د بشري،

کورنۍ، اقتصادي او ټولنيزو ننګونو سره مخامخ شو. د جنايي علومو ساينس پوهان د زندان د سيستم ځای نيونکو په فکر او انديښنه شول. په عين حال کې، په افغانستان کې د بند سزا د ډېرو نورو هېوادونو پر پرتله له ډېرو ننګونو او ستونزو سره مخ دي. د دغو نيمګړتياوو علتونه تر يو حده روښانه دي. ځکه چې افغانستان د عدالت او عدالت پخوانۍ او غير رسمي سيستم لري کوم چې د مجازاتو عمل يې د ډيرۍ پيچلتياوو سره مخ کړی او د مجازاتو اهدافو ته د رسيدو لپاره دا ستونزمن يا ناممکن کار دي. له بل پلوه، د بدیلونو کارول د بنديانو د ستونزو حل لپاره پداسې حال کېښی دا ګټور او موثر دي کوم چې د هغې په کارولو کې، يو متناسب او معقول جوړښت شتون ولري تر څو د عدالت او قضائې بنسټونه وکولی شي په سمه توګه يې ترسره کړي. له همدې کبله، د بنديانو مجازات پالیسي او پلي کول باید د کار پوهنې او ملي کلتور د کار پر بنسټ د مناسبو او مناسبو ترتیباتو له لارې ترسره شي. اساسی کلمې: محبس، ننګونې، بدیل پالیسي، داوطلبی او روزنې.

تسجيل و اجرای تعهدات بین المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان: با

الگوهای از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶

نویسنده: احمد حنیف حنیف

چکیده

افغانستان ضمن امضاء و تصویب کنوانسیون‌های بین المللی در زمینه‌های مختلف حقوق بشر، اجرای تعهدات بین المللی حقوق بنیادین بشر را متقبل گردیده است. حقوق بنیادین بشر حقوقی هستند که مطابق بند ۲ ماده ۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ (برخلاف حقوق بشری عام) دولت‌ها تحت هیچ‌نوع شرایطی نمی‌توانند آن‌ها را نقض و یا محدود نمایند. این حقوق عبارت‌اند از: منع سلب خودسرانه حیات ماده ۶، منع شکنجه ماده ۷، منع بردگی و خدمت اجباری ماده ۸، ممنوعیت بازداشت افراد به علت ناتوانی در اجرای تعهد قراردادی ماده ۱۱، حق عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی مگر به نفع متهم ماده ۱۵، حق برخورداری افراد از شخصیت حقوقی ماده ۱۶ و حق آزادی اندیشه، مذهب و عقیده ماده ۱۸.

نوشتار حاضر کوشیده است تا بعد از ارائه معلومات مختصر پیرامون حقوق بنیادین بشر و مسئولیت بین المللی دولت‌ها در قبال آن‌ها، ابتدا تعهدات بین المللی و ملی افغانستان را در رابطه به حقوق بنیادین بشری فوق مشخص نموده، سپس در روشنی گزارشات مراجع معتبر ملی و بین المللی در مورد وضعیت حقوق بشر در افغانستان، چگونگی تطبیق آن‌ها را در کشور مورد بحث و ارزیابی قرار داده و علل و عوامل آن‌ها را ریشه‌یابی نماید.

کلمات کلیدی: افغانستان، حقوق بشر، تعهدات بین المللی حقوق بشر، قواعد بنیادین حقوق بشر.

مقدمه

حقوق بشر آن دسته از قواعد و هنجارهایی است که چه بر اساس دیدگاه‌های طبیعی از ذات و سرشت طبیعت سرچشمه گرفته باشد و یا از اراده مردم و دولت مردان و یا هردوی آن‌ها، در سطح بین‌المللی از طریق اعلامیه‌ها، رویه‌ها، آراء، میثاق‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی به رسمیت شناخته شده‌اند و افراد و دولت‌ها را مکلف می‌سازد تا با در نظر داشت جایگاه رفیع انسان به‌عنوان اشرف مخلوقات، در روابط ذات‌البینی شان با یکدیگر این حقوق را رعایت نمایند. از میان این هنجارها دسته‌ای از حقوق‌اند که بنابر پیوند عمیق‌شان با ذات و طبیعت انسان بر اساس اجماع جامعه جهانی در هیچ‌نوع شرایط قابل انحراف و تعلیق نبوده و نقض آن‌ها مسئولیت بین‌المللی و پیگرد قانونی را در قبال دارد که بنام حقوق بنیادین بشر یا هسته سخت حقوق بشر یاد می‌شوند. لذا دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی مکلف‌اند در صورت نقض این حقوق و آزادی‌های اساسی در قلمرو مربوطه شان، مطابق مقررات نافذه و تعهدات‌شان در سطح ملی و بین‌المللی به این قضایا رسیدگی نموده با مجازات مرتکبین، پرداخت غرامت به قربانیان و اتخاذ تدابیری لازم در جهت جلوگیری از وقوع مجدد آنها مسئولیت خویش را ایفا نمایند.

کشور افغانستان نیز با امضاء و تصویب مهم‌ترین اسناد بین‌المللی حقوق بشر، تعهدات بین‌المللی حقوق بشری زیادی را متقبل گردیده است. یکی از این اسناد میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌باشد که کشور افغانستان در سال ۱۹۸۳ یکجا با میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی-اجتماعی و فرهنگی، آن را امضاء و تصویب نموده است. میثاق مذکور دربرگیرنده مهم‌ترین حقوق بشری معروف به حقوق سلبی یا نسل اول حقوق بشر و از جمله حقوق بنیادین بشر می‌باشد که دولت‌های تصویب کننده را مکلف می‌سازد تا با اقدامات عملی و سازوکارهای لازم این حقوق را در قوانین داخلی خود درج نموده و در قلمرو مربوطه تطبیق و اجرا نمایند و هم گزارش‌های چگونگی وضعیت حقوق بشر را با اقداماتی که در زمینه انجام داده‌اند، مطابق مقررات میثاق به کمیته مربوطه ارائه نمایند.

در نوشتار حاضر چگونگی اقدامات دولت افغانستان به‌عنوان یک کشوری که به‌دلایل مختلف با چالش‌های زیاد حقوق بشری مواجه است، در قبال حقوق مندرج میثاق حقوق مدنی و سیاسی و بخصوص حقوق بنیادین بشر مورد مطالعه قرار می‌گیرد. پس بنابر ماهیت موضوع که مستقیماً با مقام و منزلت انسان مرتبط است، می‌توان گفت که تحقیق در این عرصه نیز از ارزش و اهمیت فراوانی برخوردار می‌باشد. با در نظرداشت توضیحات داده شده، سؤال تحقیق نیز چنین خواهد

تسجيل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۵۳

بود که با توجه به ویژگی‌ها و اهمیت حقوق بنیادین بشر و مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال آن‌ها، وضعیت حقوق بنیادین بشر مبتنی بر میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در کشور افغانستان چگونه است؟ فرضیه ابتدائی تحقیق نشان‌دهنده آن است که با وجود کوشش‌های انجام شده، کشور افغانستان از لحاظ حقوق بشر بنابر عوامل مختلف در وضعیت نگران‌کننده قرار داشته و در این عرصه با چالش‌های جدی و فراوانی روبرو می‌باشد.

در این نوشتار، در بخش مطالعه نظری، روش جمع‌آوری اطلاعات بیشتر کتاب‌خانه بوده، دیدگاه‌ها و نظریات مختلف حقوق‌دانان و نویسندگان از کتب و مقالات قابل دسترسی جمع‌آوری گردیده و در بخش مطالعه چگونگی وضعیت حقوق بشر در افغانستان، گزارش‌های ارائه شده توسط نهادهای مسئول داخلی و خارجی، با مراجعه به صفحات اینترنتی آن‌ها بدست آمده و مورد استفاده قرار گرفته است؛ اما در کل تحلیل موضوعات مربوطه بیشتر با استفاده از روش جامعه شناختی حقوقی انجام یافته است.

لازم به یاد آورiest که تحقیق حاضر از سه بخش عمده و عناوین فرعی مرتبط تشکیل یافته است. در بخش اول مفهوم حقوق بنیادین بشر و مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال آن‌ها در کل مورد بحث قرار گرفته، در بخش دوم تعهدات حقوق بشری کشور افغانستان در بُعد ملی و بین‌المللی توضیح داده شده و در بخش سوم چگونگی وضعیت حقوق بشر و علل نقض آن در افغانستان، در روشنی موضوعات مطروحه بخش‌های قبلی و بر مبنای گزارشات مراجع معتبر ملی و بین‌المللی به ارزیابی گرفته شده است. در نهایت تحقیق با نتیجه‌گیری‌ای که پاسخ نهایی به سؤال مطرح شده در ابتدای تحقیق می‌باشد به پایان رسیده است.

تبصره: طوری که واضح است، بخاطر غنا‌مندی بیشتر، موضوع حاضر در کنار تحقیقات کتابخانه‌ای ایجاب تحقیقات میدانی، مشاهده مراکز ذی‌ربط و انجام مصاحبه با اهل خبره و دانشمندان و حتی عام مردم، به خصوص قربانیان نقض حقوق بنیادین بشر، را نیز می‌نماید، اما از اینکه در بیرون از محل اصلی آن (کشور افغانستان) انجام یافته، برای نگارنده، هنگام جمع‌آوری معلومات، زمینه استفاده از شیوه‌های فوق‌مقدور نبوده است که این نقیصه بدون شک در کیفیت تحقیق انجام شده بی‌تأثیر بوده نه می‌تواند. از خواننده عزیز با عرض پوزش خواهشمندم تا با بزرگواری خویش این کمبودی را در کنار عجز نگارنده در نظر گرفته، برای تکمیل این تحقیق دیدگاه‌ها و نظریات عالمانه خویش را با ما شریک سازند.

۱- مفهوم حقوق بنیادین بشر و مسئولیت بین المللی دولت‌ها

در ابتدای این نوشتار لازم به نظر می‌آید تا مفهوم حقوق بنیادین بشر را - هرچند به طور مختصر - به معرفی گرفته و سپس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در ارتباط با این حقوق را مورد ارزیابی قرار دهیم تا در ضمن مباحث بعدی چگونگی اجرای حقوق بنیادین بشر و مسئولیت‌های دولت افغانستان در رابطه به این حقوق را در روشنی و وضاحت بیشتر مورد بحث قرار داده بتوانیم.

۱-۱ مفهوم و ماهیت حقوق بنیادین بشر

حقوق بشر عبارت از مجموعه امتیازات متعلق به افراد یک جامعه و مقرر در قواعد موضوعه است که افراد، به اعتبار انسان بودن، در روابط خود با سایر افراد جامعه و با قدرت حاکم، با تضمینات و حمایت‌های لازم، از آن برخوردار می‌باشند.^۱ در بُعد بین‌المللی حقوق بشر آن دسته از قواعد و هنجارهایی است که از سوی اکثریت اعضای سازمان ملل متحد به صورت اعلامیه، بیانیه، میثاق، کنوانسیون و عملکرد، تحت قاعده عام‌الشمول بین‌المللی به رسمیت شناخته شده‌اند و اساساً رفتار و اعمال واحدهای سیاسی را تحت تأثیر خویش قرار می‌دهند. این قواعد از منابعی همچون عرف بین‌المللی، قراردادهای بین‌المللی و قطعنامه‌های سازمان ملل متحد نشأت گرفته‌اند. از میان این سلسله قواعد و هنجارها، یک‌دسته حقوق برجسته‌تر و غیر قابل نقض یا غیر قابل انحراف‌اند که بنام قواعد اساسی و بنیادین حقوق بشر محسوب می‌شوند.^۲ این مجموعه از حقوق، به حقوق اساسی و بنیادین انسان می‌پردازند که فارغ از اختلافات عقیدتی و تفاوت‌های افراد بشر در نژاد، قومیت، ملیت، تابعیت و امثال آن‌ها، وجود آن ذاتی و طبیعی بوده و رعایت آن الزامی و ضروری است.^۳ به بیانی دیگر حقوق بنیادین بشر عبارت‌اند از حقوق ضروری (اساسی) و سایر حقوق بشری عبارت‌اند از حقوق جایز (ممکن خاص) که بر این اساس حقوق ضروری بشر شامل حقوق تضمین شده‌اند و مبنای آن‌ها عقل بوده و زمان و مکان را نه می‌شناسند و تمام انسان‌ها در هر حالت آن‌ها را دارا می‌باشند. در مقابل حقوق جائز بشر دربرگیرنده امتیازاتی هستند که سرنوشت شان را نیازها و ضرورت‌های زمان و مکان و توانمندی‌های جوامع انسانی تعیین

۱. هاشمی، سیدمحمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (میزان، تهران ۱۳۹۳) ۱۲.

۲. ابراهیمی، محمدعلی، جایگاه حقوق بشر در نظام حقوقی افغانستان (سفیر نور، شماره ۱۲، زمستان ۱۳۸۸) ۲۲.

۳. پروین، خیرالله و تجلی، محمد رضا، مبنا و منشأ نظام بین‌المللی حقوق بشر و نظام حقوق بشر اسلامی (خرسندی، تهران، ۱۳۹۵) ۱۲.

تسجيل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۵۵

می‌کند و مبنای آن‌ها تجربه است.^۴ مطابق بند ۲ ماده ۶ اعلامیه حق توسعه سازمان ملل متحد^۵ و روحیه عمومی سایر اسناد حقوق بشر، قواعد حقوق بشر به‌عنوان یک سیستم واحد، تقسیم ناپذیر، جهان شمول و با هم پیوند ناگسستنی و رابطه متقابل داشته و مکمل یک‌دیگراند، با آن‌هم ازین میان هستند حقوقی که در حالات اضطراری رسمی، تحت شرایط خاص به حالت تعلیق در می‌آیند. در کنار آن‌ها حقوق غیر قابل تخطی وجود دارد که نه تنها جوهر و ماهیت آن‌ها خدشه ناپذیر است، بلکه تعهد به اجرا و ضمانت آن‌ها در هر نوع شرایط و زمان غیر قابل نقض بوده و استثنا را نمی‌پذیرند. هرچند حقوق بنیادین در تمام اسناد بین‌المللی هم‌شکل نیستند ولی در کل دارای مشابهت‌هایی هستند که بر مبنای آن می‌توان آن‌ها را در یک کتگوری قرار داد. در حقیقت این حقوق پدید آورنده ماهیت حقوق بشری دیگری اند که بدون رعایت این‌ها، رعایت سایر اصول نا ممکن به نظر می‌رسد. بر اساس بند ۲ ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ این قواعد بنیادین عبارت اند از: منع سلب خودسرانه حیات، منع شکنجه، منع بردگی و کار اجباری، منع بازداشت افراد به علت ناتوانی در اجرای تعهد قراردادی، حق عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی مگر به نفع متهم، حق برخورداری افراد از شخصیت حقوقی و حق آزادی اندیشه، مذهب و عقیده.^۶

در کنوانسیون‌های منطقه‌ای حقوق بشر نیز از میان سایر حقوق بشری، حقوق بنیادین بشر متمایز گردیده و در هر نوع شرایط غیر قابل انحراف معرفی شده‌اند. کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که در چهارم نوامبر ۱۹۵۰ تصویب گردیده است طی بند ۲ ماده ۱۵ خویش، حق حیات، ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت بردگی و کار اجباری، ممنوعیت مجازات بدون قانون و عطف بماسبق نشدن قانون در امور جزایی را غیر قابل انحراف معرفی نموده است.^۷ هم‌چنان کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر مصوب ۲۲ نوامبر ۱۹۶۹ ضمن بند ۲ ماده ۲۷ خویش، از میان حقوق بشری مصرّح در این کنوانسیون، یک تعداد حقوقی را غیر قابل تخطی معرفی کرده که مهم‌ترین آن‌ها قرار ذیل می‌باشد: (حق دارابودن شخصیت حقوقی، حق حیات، حق برائت‌الذمه، ممنوعیت بردگی و بندگی، اصل برابری، اصل عطف بماسبق نشدن قانون، آزادی دین و مذهب، حمایت از

۴. فلسفی، هدایت ا...، جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر (مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۸/۱۳۷۵) ۲۲۴.

۵. اعلامیه حق توسعه ملل متحد، (قطعه‌نامه ۱۲/۴۱ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، ۴ دسامبر ۱۹۸۶) بند ۲ ماده ۶.

۶. بند ۲ ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، ترجمه باقر انصاری، اسناد بین‌المللی حقوق بشر (خرسندی، تهران، ۱۳۹۵ جلد ۱)

۷. ماده ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

خانواده، حق نام‌گذاری کودک، حق دارا بودن تابعیت و حقوق سیاسی).^۸ از دید فلسفی چون این قواعد جزء ذات انسان شناخته می‌شوند و عمیقاً در وجدان بشریت و اندیشه‌های پاک انسانی ریشه دارند، بناءً تابع اراده دولت‌ها نبوده و در هیچ‌نوع شرایط قابل تغییر و یا نادیده گرفتن نه می‌باشند. در واقع این خصوصیات از تعاریفی بر ملا می‌گردد که نظریه پردازان حقوق بنیادین بشر در قالب حقوق طبیعی، سال‌های متمادی کوشش کرده‌اند تا به دولت‌ها بفهمانند که در طبیعت مواردی وجود دارد که فراتر از اراده آنان بوده و هیچ‌کسی نمی‌تواند این حقوق را از بشر سلب نماید.

باید اذعان نمود که قواعد بنیادین حقوق بشر در شرایط کنونی از جمله تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی به‌شمار می‌روند. چنانچه محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه بارسلونا تراکشن^۹ منع بردگی، منع تبعیض نژادی، منع تجاوز، قواعد و اصول بنیادین مربوط به حقوق اساسی بشر را به‌عنوان مصادیق تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی (erga omnes) معرفی نموده است. این بدین معنی است که جامعه بین‌المللی می‌تواند در برابر نقض این تعهدات، واکنش و عکس‌العمل نشان دهد. چنین واکنش می‌تواند که به‌طور انفرادی و یا بصورت دسته جمعی صورت گیرد. چون خصوصیت این نوع تعهدات طوری است که در تأمین و استقرار نظم عمومی بین‌المللی خیلی حائز اهمیت بوده و کلیه دولت‌ها و اشخاص در رعایت چنین تعهدات و تکالیف بین‌المللی ذی‌نفع دانسته شده‌اند، لذا در صورت نقض و تخلف از آن‌ها، مسئولیت بین‌المللی تنها بین دولت خاطی و قربانی مطرح نگردیده، بلکه مطابق نظم نوین بین‌المللی، مسئولیت دولت‌ها به تناسب نوع و ماهیت تعهد در قبال کلیه دولت‌ها مورد توجه قرار خواهد گرفت. برای تأیید این مطلب در موارد زیادی قطعنامه‌هایی توسط مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل متحد نیز صادر گردیده است که حاوی قواعد بنیادین حقوق بشر می‌باشند.^{۱۰} فراتر از این، حقوق بنیادین بشر از جمله قواعد آمره بین‌المللی (jus cogens) نیز به حساب می‌آیند؛ چون شرایطی را که ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات برای قواعد آمره تسجیل نموده است، در حقوق بنیادین بشر موجود می‌باشند، زیرا اینها یگانه حقوقی هستند که طی هیچ‌نوع شرایطی قابل تخطی نبوده و هیچ‌نوع محدودیت را نمی‌پذیرند و کشورها، بر خلاف سایر حقوق، نه می‌توانند

۸. ماده ۲۷ کنوانسیون حقوق بشر آمریکایی.

9. The Barcelona Traction, Light and Power Company, General List No. 50 (ICJ February 5, 1970) p 32, para.34, <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>> last visit 02/11/2017.

۱۰. قطعنامه‌های ۴۳/۱۳۱ و ۴۵/۱۰۰ مجمع عمومی سازمان ملل، قطعنامه‌های ۶۸۸ و ۷۰۶ شورای امنیت در مورد عراق، قطعنامه‌های ۷۳۳، ۷۴۶ و ۷۹۴ در مورد سومالی و قطعنامه‌های ۷۵۲، ۷۵۸، ۷۶۴، ۷۷۰، ۷۷۱، ۷۸۷، ۷۹۸ در مورد بوسنی هرزگوین همه در برگزیده قواعد بنیادین بشر هستند.

تسجيل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۵۷

در مخالفت با این نوع حقوق معاهده را منعقد نمایند. و هم این که حق گذاشتن شرط بر این نوع حقوق وجود ندارد. از سویی هم تصویب میثاق‌های بین‌المللی حقوق بشر در سازمان ملل متحد در سال ۱۹۶۶ توسط اکثریت اعضای سازمان، خود بیانگر این امر است که اصول بنیادین حقوق بشر به قواعد آمره بین‌المللی تبدیل شده‌اند.^{۱۱} ماده ۵۳ کنوانسیون بین‌المللی حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین قاعده آمره را چنین تعریف نموده است:

"هر معاهده‌ای که در زمان انعقاد با یکی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام در تعارض باشد، باطل است. قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام از نظر این معاهده، قاعده ایست که جامعه بین‌المللی دولت‌ها، در کل خود، آن را در حد قاعده که هیچ‌گونه تخطی از حدود آن مجاز نیست، و نمی‌تواند جز با قاعده جدید حقوق بین‌الملل عام، با همان خصوصیت، تغییر یابد، پذیرفته و مورد شناسایی قرار داده است."^{۱۲}

به نظر نگارنده با توجه به ماده مذکور و روح سایر کنوانسیون‌های بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر و حقوق بین‌الملل عرفی، می‌توان چنین نتیجه گرفت از آن جایی که ماهیتاً هر دو اصطلاح (تعهدات عام‌الشمول و قواعد آمره بین‌المللی) دارای نکات مشترکی هستند، قواعد بنیادین حقوق بشر علاوه بر این که معیارهای موجود در تعهدات عام‌الشمول و قواعد آمره بین‌المللی را دارا می‌باشند، ویژگی دیگری نیز دارند که جایگاه آن‌ها را بالاتر از هر دوی آن‌ها نشان می‌دهد و آن غیر قابل تغییر بودن حقوق بنیادین بشر است. مانند حفظ کرامت انسانی، منع بردگی و یا به رسمیت شناختن شخصیت حقوقی برای انسان که در هیچ صورت قابل تغییر نه می‌باشند. از لحاظ تاریخی باید گفت که، قطع نظر از قدامت حقوق بشر به مفهوم چگونگی رعایت ارزش‌های آن که با تفاوت‌های کم و بیش و پیمودن فراز و نشیب‌های فراوان، با تاریخ بشریت عجین می‌باشد، حقوق بشر واژه نسبتاً جدیدی است که با مدرنیته و به خصوص با اعلامیه‌های حقوق آمریکا و فرانسه در اواخر قرن هجدهم وارد ادبیات حقوقی جهان گردیده است. اعلامیه‌هایی که از نظر شکل، محتوا از اهمیت زیادی برخوردار می‌باشند، چون از خود آثاری شگفت به سطح جهان به جا گذاشته‌اند. راز موفقیت و فلسفه جهان‌شمولی این اعلامیه‌ها انطباق آن‌ها با روح زمانه بوده است؛ به این معنی که فرهنگ مسلط وقت و یا نیاز مبرم جامعه چنین چیزی را تقاضا می‌کرد. پس از صدور این

۱۱. ذاکریان، مهدی، فراگرد تبدیل قواعد بنیادین حقوق بشر به قواعد آمره، (فصلنامه سیاست خارجی دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه ایران، سال چهاردهم، شماره ۴ زمستان ۱۳۷۹) ۱۰۵۳ و ۱۰۵۴.

۱۲. ماده ۵۳ کنوانسیون بین‌المللی برای حقوق معاهدات. رک: هدایت... فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات (آسم، تهران، چاپ چهارم ۱۳۹۳) ۱۰۸۶.

اعلامیه‌ها انتقاداتی بر مفاهیم اساسی حقوق بشر مندرج در آن‌ها وارد گردید که گمان می‌شد این حقوق نتوانند جایی برای خود در جامعه بین‌المللی باز نمایند. حتی بعضی‌ها به این باور بودند که این‌ها مفاهیمی اند که زاده احساسات بوده و به‌زودی از میان خواهند رفت؛ اما بر خلاف تصور مخالفین حقوق بشر، امروزه از جایگاه والایی در میان ملل مختلف جهان برخوردار بوده و ارزش‌های حقوق بشری استوار و پابرجا باقی مانده است.^{۱۳} با انکشاف سازمان‌های بین‌المللی و بخصوص تأسیس سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۵، حقوق بشر وارد اسناد رسمی بین‌المللی گردید؛ طوری‌که قبل از همه منشور سازمان ملل متحد در مقدمه خود اعتقاد به حقوق بنیادین بشر را درج نمود و منجمله کرامت انسانی، تساوی حقوق زن و مرد، برابری ملت‌های بزرگ و کوچک، ایجاد شرایط لازم برای حفظ عدالت، احترام به الزامات ناشی از معاهدات و کمک به ترقی اجتماعی و شرایط زندگی بهتر با آزادی بیشتر را از اهداف تأسیس سازمان معرفی نمود. هم‌چنان در بند ۳ ماده ۱ ارتقاء و تشویق حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین را بدون هر نوع تبعیض به رسمیت شناخت. علاوه بر آن طی مواد مختلف از جمله مواد ۱۳، ۵۵، ۵۶، ۶۲ و ۷۷، منشور احترام جهانی به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین را از جمله مکلفیت‌های اعضا دانست.^{۱۴} به تعقیب آن در سال ۱۹۴۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر توسط مجمع عمومی صادر گردید که در آن موارد حقوق بشری مصرّح در منشور ملل متحد به‌طور مفصل‌تری مورد تفسیر قرار گرفت. رعایت این اعلامیه به‌طور غیر مستقیم به‌عنوان اصول بنیادین بشریت برای دولت‌ها الزام آور بوده^{۱۵} و از تأثیر گذارترین اسناد بین‌المللی در زمینه حقوق بشر به حساب می‌آید. سازمان ملل متحد در راستای تحقق آرمان‌های این اعلامیه دست به اقدامات عملی‌ای زد که تا جایی موضوعات مندرج اعلامیه را از محدوده حقوق نرم خارج و به حقوق سخت^{۱۶} تبدیل نمود. و آن اینکه در سال ۱۹۶۶ میثاق‌های بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اجتماعی-اقتصادی و فرهنگی را به تصویب

۱۳. فلسفی، هدایت...، صلح جاویدان و حکومت قانون (فرهنگ نشر نو، تهران، چاپ دوم ۱۳۹۴) ۶۴۸-۶۵۱.

۱۴. مواد ۱۳، ۵۵، ۵۶، ۶۲ و ۷۷ منشور ملل متحد.

۱۵. نژندی متش، هیبت...، درآمدی بر حقوق بین‌المللی بشر (خوارسندی، تهران، چاپ اول ۱۳۹۵) ۱۸-۱۹.

۱۶. حقوق نرم در عرصه حقوق بین‌الملل عمدتاً به اسناد غیر الزامی مانند اعلامیه‌ها، قطعنامه‌ها و امثال آن گفته می‌شود که در زمینه‌های مختلف توسط یکی از ارکان سازمان ملل متحد صادر می‌گردند. هرچند این اعلامیه‌ها بطور مستقیم الزامی را متوجه دولت‌ها نمی‌سازند ولی دولت‌ها بخاطر حفظ و ارتقای وجهه بین‌المللی خود، کوشش می‌کنند تا به آن‌ها پابندی نشان دهند. مانند اعلامیه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد در امور محیط زیست، اعلامیه جهانی حقوق بشر و غیره... در واقع سازمان ملل متحد با صدور چنین اعلامیه‌ها ابتدا ذهنیت جهانیان را آماده ساخته سپس به مرور زمان آن‌ها را به کنوانسیون‌هایی ارتقا می‌دهد که الزامی هستند و به آنها حقوق سخت می‌گویند. برای معلومات بیشتر رک: شاهرخ شاکریان، هدایت...، فلسفی، شناخت حقوق نرم در سیستم حقوق بین‌الملل (مجله تحقیقات حقوقی، ویژه نامه ۱۱، سال ۱۳۹۱).

تسجيل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۵۹

رساند که بعداً در سال ۱۹۷۶ اجرایی گردیدند. علاوه بر آن‌ها اقدامات لازم دیگری از آن زمان تا اکنون انجام یافته که در سطح جهان و منطقه، منجر به تشکیل سازمان‌های مستقلی در عرصه‌های حقوق بشر گردیده است. هم‌چنان کنوانسیون‌های زیادی به‌طور مشخص در موارد حقوق اساسی بشر در سطح بین‌المللی به تصویب رسیده و کارگزاری‌های مهمی برای تطبیق آن‌ها تأسیس شده است.^{۱۷} در میان این اسناد و متون که همه با توجه به حقایق و وقایع موجود در جهان تدوین یافته اند، اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ (منشور بین‌المللی حقوق بشر) و میثاق‌های ۱۹۶۶ هسته مرکزی فعالیت‌های تقنینی ملل متحد در عرصه حقوق بشر را تشکیل می‌دهند و از این جهت از اهمیت زیادی برخوردار اند. پس گفته می‌توانیم که سازمان ملل متحد رعایت حقوق بشر را به سطح جهان از تشویق دولت‌ها آغاز و با اقدامات تدریجی زیرکانه، سرانجام به مکلفیت آن‌ها تبدیل نمود.^{۱۸}

۲-۱ مسئولیت دولت‌ها در قبال حقوق بنیادین بشر

ماهیت تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در قلمرو حقوق بشر با ماهیت سایر تعهدات آن‌ها در عرصه بین‌المللی یک‌سان نیست، چون در سایر تعهدات مبنای تعهد آن‌ها اصول برابری و تبادل است؛ در حالی که در قلمرو حقوق بشر تعهدات دولت‌ها آن‌ها را در برابر تمامی افراد اعم از اتباع خود کشورها و بیگانگان ملتزم می‌کند تا در قلمرو نظام داخلی خود زمینه اجرای این تعهدات را فراهم سازند.^{۱۹} علاوه‌تاً با در نظر داشت ویژگی‌ها و اهمیتی که در ضمن عنوان قبلی برای حقوق بنیادین بشر ذکر گردید، به نظر می‌رسد، نقض حقوق بنیادین بشر در نظام حقوقی نوین جهان موجب بار مسئولیت دولت ناقض این حقوق در برابر همه جامعه بین‌المللی می‌شود. چون حقوق بنیادین بشر بدون در نظر داشت تفاوت‌های جغرافیایی، سیاسی، نژادی و امثال آن متعلق به همه خانواده بشریت می‌باشد. این حقوق از جمله تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی شناخته شده‌اند، بناءً نتیجه نقض آن‌ها نیز صرف متعلق به طرف زیان‌دیده نبوده، بلکه در کل به جامعه بین‌المللی تسری می‌یابد. از همین جاست که در شرایط امروزین در سطح جامعه بین‌المللی، نهادهای بزرگی مانند محکمه بین‌المللی عدالت، محکمه بین‌المللی جزایی، شورای امنیت سازمان ملل متحد، مجمع

۱۷. شاو، مالکوم نا تان، حقوق بین‌الملل بشر، ترجمه مجتبی اصغریان (خوهرسندی، تهران، چاپ دوم ۱۳۹۵) ۶۷-۹۳.

۱۸. فلسفی، هدایت‌ا...، تدوین و اعتلای حقوق بشر در جامعه بین‌المللی (مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۴) ۱۰۲ و ۱۰۳.

۱۹. فلسفی، هدایت‌ا...، جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر، پیشین، ۲۳۳.

عمومی سازمان ملل متحد، کمیته‌های مربوطه و محکمه بین‌المللی حقوق دریاها برای رسیدگی به این امور موظفند. نظام مسئولیت بین‌المللی با پیشینه تاریخی خود در مسیر زمان سیر انکشافی خود را پیموده تا اینکه به صورت یک نظام مستقل تحت عنوان (حقوق مسئولیت بین‌المللی) درآمده است. این نوع مسئولیت متوجه تابعان فعال حقوق بین‌الملل (دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی) بوده اگر دولت‌ها به طور مستقیم یا توسط مامورین خود اعم از دولتمردان، کارمندان، و یا ارکان جمعی قوای ثلاثه مرتکب عمل متخلفانه بین‌المللی شوند، مسئولیت آن‌ها متحقق می‌شود. به همین طور سازمان‌های بین‌المللی که خارج از بحث ما می‌باشد.

تلاش‌های سازمان ملل متحد در جهت ترویج و حمایت از حقوق بشر ابعاد مختلفی داشته است که در کنار تدوین و تصویب اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌های مختلف بخاطر شناسایی حقوق بشر و پیگیری آن به طور مستمر، ایجاد نهادها و سازوکارهای لازم بخاطر تضمین رعایت حقوق بشر و هم‌چنان شناسایی حقوق جدید و تکثیر و تقویت نهادها و مکانیزم نظارتی و تضمینی و امثال آن‌را شامل می‌شود. اما به نظر می‌رسد که مسئولیت بین‌المللی دولت برای رعایت و تضمین رعایت حقوق بشر در این زمینه نقش اساسی و تعیین کننده داشته و از اهمیت خاصی برخوردار است. دولت در آنجایی که به رعایت حقوق بشر مکلف است، صرف مسئول اعمال خود، ارکان و کارگزاران خود می‌باشد، در حالی که در موضوع مکلفیت به تضمین رعایت حقوق بشر، مسئول رعایت حقوق بشر توسط تمامی افراد تحت صلاحیت خود در سرزمین مربوطه نیز می‌باشد، تا آنان را هم به رعایت حقوق بشر وادار سازد. به عبارت دیگر دولت نمی‌تواند در صورتی که حقوق بشر توسط ارکان، نهادها و کارگزاران خودش نقض نشده بلکه توسط افراد تحت صلاحیت‌اش نقض گردیده، از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند، بلکه در خصوص تمامی اقداماتی که توسط افراد در حیطه صلاحیت آن دولت صورت می‌پذیرد، به تضمین رعایت حقوق بشر توسط آن‌ها مکلفیت دارد. پس می‌بایست تمام تدابیر لازم و مقتضی را در راستای این تضمین به کارگیرد تا امکان نقض حقوق بشر توسط افراد تحت صلاحیت آن دولت تا حد امکان کاهش یابد، زیرا در صورت واقع شدن نقض حقوق بشر پاسخگو می‌باشد.^{۲۰} چنانچه میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در بند یک ماده دوم خود چنین مقرر می‌دارد: "هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌شود که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد واقع در قلمرو و تابع صلاحیتش بدون هیچ‌گونه تمایزی از حیث نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر، خاستگاه ملی یا

۲۰. مدنی، سیدضیاءالدین، حقوق بین‌الملل بشر و تعهدات فراسرزمینی دولت‌ها (مجد، تهران، چاپ اول ۱۳۹۲) ۱۸۵-۱۹۷.

اجتماعی، مالکیت، وضعیت تولد یا سایر وضعیت‌ها محترم شمرده و تضمین کند.^{۲۱} یکی از اسناد مهمی که در راستای قانونمند ساختن مسئولیت بین المللی دولت‌ها در قبال نقض حقوق بشر ترتیب گردیده است، طرح کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد در مورد مسئولیت دولت به سبب اعمال بین المللی غیر قانونی است که در سال ۲۰۰۱ توسط مجمع عمومی به تصویب رسیده و طی قطعنامه ۵۸/۸۳ مؤرخ ۱۲ دسامبر ۲۰۰۲ از سوی مجمع عمومی به دولت‌های عضو سازمان پیشنهاد گردیده است. در این طرح التزام دولت‌ها به تضمین رعایت حقوق بشر و قواعد آمره مطابق (ماده ۴۰) با در نظر داشت دو ضابطه کلی مشخص گردیده است که یکی مربوط به وصف تعهد نقض شده است که باید ناشی از نقض اساسی منبعث از یک قاعده آمره حقوق بین الملل عمومی باشد و دیگری اینکه نقض تعهد، از خصوصیت جدی و فاحش بودن برخوردار باشد.^{۲۲} هم‌چنان مطابق ماده ۴۱ این طرح دولت‌ها مکلف‌اند تا علاوه بر ایفای تعهدات خویش در قبال نقض حقوق بشر، نباید وضعیت حاصل از نقض تعهد در چارچوب مفاد ماده ۴۰ را قانونی شمرده و یا در حفظ آن وضعیت همکاری نمایند؛ بلکه بر عکس مکلف می‌باشند تا برای پایان بخشیدن به هرگونه نقض اساسی تعهد، همکاری نمایند.

قابل ذکر است که برخی هم معتقدند حتی در صورت عدم الحاق دولت‌ها به معاهدات مربوط به حقوق بشر نیز قواعد حقوق بشر برای دولت‌ها الزام‌آور است. زیرا بر اساس مفهوم جهان‌شمولی، افراد به جای این که صرف به عنوان اتباع دولت‌هایی که در حیطه صلاحیت انحصاری آن‌ها قرار دارند، بیش‌تر به عنوان اعضای جامعه جهانی تلقی می‌شوند. بنابراین در صورت نقض حقوق بشر، فشار بالای دولت ناقض حقوق بشر هم باید در سطوح پایین، از درون مردم و سازمان‌های غیر دولتی، صورت گیرد و هم از بالا و با اقدام جامعه جهانی و سازمان‌های مدافع حقوق بشر. فشار توسط جامعه جهانی یا سازمان‌های مدافع حقوق بشر سبب می‌شود که دولت‌ها نتوانند در پناه اصل حاکمیت ملی، از اجرای قواعد حقوق بشری مورد تأیید جامعه جهانی سر باز زنند. وجود یک سلسله الزامات موجود بین المللی که دولت‌ها را تا حدی به رعایت حقوق بشر وادار می‌کند، در ذات خود تأثیر گذار و رعایت و تضمین شان الزامی است. به خصوص آن دسته از تعهداتی که در مورد حقوق بشر دولت‌ها بنا بر اراده خود شان آنرا پذیرفته‌اند.^{۲۳}

۲۱. ماده ۲ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، پیشین.

۲۲. عامری، زهرا و دیگران، مجموعه اسناد حقوق بین الملل عمومی (خرسندی، تهران، چاپ اول ۱۳۹۵) ۳۲۲.

۲۳. دانش، محمداسحاق، تعهدات دولت‌ها در قبال حقوق بشر (فصلنامه علمی - پژوهشی گهرشاد، شماره دوم، زمستان ۱۳۹۵)

۲- تعهدات حقوق بنیادین بشری افغانستان در سطح بین المللی و ملی

کشور افغانستان در قبال ارزش‌های حقوق بشر و بخصوص حقوق بنیادین بشر در عرصه ملی و بین‌المللی تعهداتی را متقبل گردیده است که این تعهدات را می‌توان در عرصه بین‌المللی در چارچوب اسناد بین‌المللی مانند اعلامیه‌ها، کنوانسیون‌ها، معاهدات و عرف بین‌المللی و در عرصه ملی در قانون اساسی و قوانین عادی مشاهده نمود. فصل حاضر مروری است به همین تعهدات که ابتدا در عرصه بین‌المللی و سپس در عرصه ملی آن را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱- ۲ تعهدات حقوق بنیادین بشری افغانستان در سطح بین‌المللی

کشور افغانستان همانند سایر کشورهای جهان، با امضاء و تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی در زمینه‌های مختلف، تعهدات بین‌المللی حقوق بشری زیادی را متقبل گردیده، از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر، کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی، کنوانسیون منع شکنجه و کلیه رفتارهای تبعیض‌آمیز و موهن غیرانسانی، کنوانسیون حقوق طفل و پروتکل‌های اختیاری دوگانه آن، کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان و کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت را تصویب نموده است. علاوه بر امضای اسناد فوق‌الذکر، عضویت مهم‌ترین سازمان‌های بین‌المللی حقوق بشری و کارگزاری‌های تخصصی سازمان ملل متحد در عرصه حقوق بشر، مانند محکمه بین‌المللی جزایی (ICC) را نیز کسب نموده است. بر اساس ماده ۵ اساسنامه این محکمه، جنایات ضد بشریت و جنایات تجاوز توسط این محکمه در قلمرو کشورهای عضو مورد رسیدگی قرار می‌گیرند که در ماده ۷ این اساسنامه به تفصیل تسجیل یافته‌اند.^{۲۴} از میان تعهدات متذکره، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) را که در سال ۱۹۶۶ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسیده و در این نوشتار محور بحث ما می‌باشد، طور مختصر مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌دهیم.

چشم‌انداز کلی: در سال ۱۹۴۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد از کمیسیون حقوق بشر وقت خواست تهیه پیش‌نویس میثاقی درباره حقوق بشر و راهکارهای اجرایی آن را در اولویت کارهای خود قرار دهد. کمیسیون مزبور در اجلاس پنجم خود بررسی میثاقی را با ماهیت حقوق مدنی و سیاسی مورد توجه قرار داد. کمیسیون پس از مباحث مختلف و مواجه شدن با اختلافات دو

۲۴. ماده ۵ و ۷ اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی.

تسجيل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۶۳

بلوک شرق و غرب (دیدگاه‌های سوسیالیسم و لیبرالیسم) سرانجام متن دو میثاق را به‌طور جداگانه (یکی در مورد حقوق مدنی و سیاسی و دیگری در مورد حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) تهیه نمود که مورد موافقت مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت و طی قطعنامه شماره A ۲۲۰۰ بتاريخ ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ به تصویب رسید تا این که مطابق ماده ۴۹ میثاق حاضر، پس از گذشت سه ماه از تودیع سی و پنجمین سند تصویب یا الحاق از سوی دولت‌ها نزد دبیرکل سازمان ملل، در ۲۳ مارچ ۱۹۷۶ لازم‌الاجراء گردید.^{۲۵} کشور افغانستان میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را یک‌جا با میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ۲۴ جنوری ۱۹۸۳ درست در بدترین شرایط اختناق و نقض سیستماتیک حقوق بشر در کشور امضاء و تصویب نموده است.^{۲۶}

میثاق در ذات خود از مهم‌ترین اسناد حقوق بشر است که حقوق و آزادی‌های بنیادین بشر یا حقوق معروف به نسل اول حقوق بشر را با سازوکارهای اجرایی آن به تصویر کشیده و قانونمند ساخته است. حقوق مندرج در این کنوانسیون بنام حقوق سلبی بشر نیز یاد می‌شوند که هیچ‌کس اعم از دولت و غیر دولت حق سلب کردن این حقوق را از اشخاص ندارند، اما بدون شک در تحقق کامل آن‌ها اقدامات مقتضی توسط دولت‌ها نیز لازم و ضروری پنداشته می‌شود تا دستیابی شهروندان را به این حقوق و آزادی‌ها ممکن و میسر گرداند. بر علاوه جنس تعهدات این میثاق عمدتاً تعهد به نتیجه‌شمرده می‌شوند نه تعهد به‌وسیله، زیرا در این نوع تعهدات دولت‌ها متعهد به ایفاء و تحقق حقوق و آزادی‌های بنیادین بشری تا سرحد حصول نتیجه هستند.^{۲۷}

محتوای میثاق: میثاق دارای یک مقدمه، ۵۳ ماده و شش بخش است که در ذیل به‌طور مختصر توضیح داده می‌شود: در مقدمه این میثاق، مطابق با اصول مندرج در منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر، اهمیت استفاده از حقوق مدنی و سیاسی، کرامت ذاتی و حقوق برابر و غیر قابل انتقال کلیه اعضای خانواده بشری، مورد تأکید قرار گرفته و دولت‌ها و سایر افراد مکلف شده‌اند تا در ترویج و رعایت حقوق و آزادی‌های بشر و حقوق شناخته شده به موجب این میثاق

۲۵. در حال حاضر ۱۶۹ کشور عضو سازمان ملل متحد این میثاق را تصویب و ۶ کشور دیگر امضاء نموده است. رجوع شود به سایت انترنتی کمیشنری عالی سازمان ملل متحد: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Count=>tryID=5&Lang=EN بازدید ۲۰۱۷/۱۱/۰۲.

۲۶. علاوه بر متن ذکر شده فوق، دو پروتوکول اختیاری بر میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز اضافه شده است که اولی طی قطعنامه شماره (۲۱) A ۲۲۰۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مؤرخ ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ در مورد رسیدگی به شکایات افراد قربانی نقض حقوق بشر و دومی آن ضمن قطعنامه ۴۴/۱۲۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد بتاريخ ۱۵ دسامبر ۱۹۸۹ در مورد الغای حکم اعدام به تصویب رسیده ولی کشور افغانستان به این پروتوکول‌ها الحاق نه‌نموده است.

۲۷. سید فاطمی، سید محمدقاری، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر نخست (شهردانش، تهران، ۱۳۹۳) ۵۴-۶۷.

اهتمام نمایند.

بخش اول آن حاوی یک ماده است که در آن حق تعیین سرنوشت به رسمیت شناخته شده و به موجب آن تمامی ملل حق تعیین وضعیت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را به طور آزادانه دارا می باشند.

بخش دوم شامل مواد ۲ الی ۵ می باشد که در آن ها مقررات کلی و عمومی درج گردیده و قسماً با سایر مندرجات بعدی میثاق مرتبط است. در بند ۱ ماده دوم بر تعهد دولت ها راجع به اجرای حقوق مندرج در میثاق بدون تبعیض بر تمامی افراد مقیم در قلمرو حاکمیت دولت ها تأکید شده است و به همین ترتیب در بند ۲ و ۳ ماده مذکور نیز تأکید بر اتخاذ تدابیر قانونگذاری و شیوه مؤثر فراهم شدن احقاق حق در جهت تضمین حقوق و آزادی های افراد به رسمیت شناخته شده است. در ماده ۳ بر تساوی حقوق زن و مرد تأکید نموده و در ماده ۴ نیز حق تعلیق (یا انحراف) دولت ها از بعضی از حقوق مندرج در میثاق، در شرایطی که خطر عمومی موجودیت ملت را تهدید می کند، به رسمیت شناخته شده است. البته در همین ماده میثاق است که برخی از حقوق و آزادی ها در هر نوع شرایط غیر قابل تعلیق یا تخطی معرفی شده اند. در باره اجرای مفاد همین ماده کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد بتاريخ ۱۸ آپریل ۲۰۱۱ دستورالعملی را نیز تصویب نموده است.^{۲۸} ماده پنجم نیز به منظور جلوگیری از ضایع شدن حقوق و آزادی های مندرج در میثاق، راه های تفسیر و اقداماتی را که در مغایرت با روح این میثاق باشد، مسدود نموده است.^{۲۹}

بخش سوم از ماده ۶ الی ۲۷ را در بر می گیرد که مهم ترین بخش میثاق است چون حقوق ماهوی شامل حقوق و آزادی های اساسی افراد و حقوق ناشی از اجرای عدالت را انعکاس داده است. حقوق بنیادین بشر که موضوع مورد بحث ما در این نوشتار را تشکیل می دهد، در همین بخش تذکر یافته اند. مهم ترین این حقوق عبارت اند از: (حق حیات ماده ۶، منع شکنجه ماده ۷، منع بردگی و کار اجباری ماده ۸، حق آزادی و امنیت شخصی ماده ۹ و ۱۱، حق حفظ کرامت انسانی ماده ۱۰، حق برابری ماده ۱۴، منع عطف بماسبق نمودن قانون ماده ۱۵، حق داشتن شخصیت حقوقی ماده ۱۶ و حق آزادی اندیشه، وجدان و مذهب ماده ۱۸). همین طور سایر حقوق مندرج این میثاق عبارت اند از: (حق عبور و مرور آزادانه و انتخاب مسکن، حق اعتراض در صورت اخراج از یک کشور، حق محترم شمردن زندگی و حریم خصوصی، حق آزادی بیان، منع تبلیغ

۲۸. عباسی، بیژن، حقوق بشر و آزادی های بنیادین (دادگستر، تهران، چاپ دوم ۱۳۹۵) ۷۵.

۲۹. مواد ۱-۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، پیشین.

تسجیل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۶۵

برای جنگ و تبعیض نژادی و مذهبی، حق تشکیل اجتماعات و اتحادیه‌های صنفی، حمایت از خانواده و حق ازدواج به رضایت، حق برخورداری کودکان از حمایت خانواده و دولت، حق شرکت در اداره امور عمومی و انتخابات، حق دستیابی به مشاغل عمومی، تساوی افراد در برابر قانون و حمایت از اقلیت‌های نژادی، مذهبی و زبانی در برخورداری از فرهنگ، دین و زبان‌شان که در لابلای مواد مختلف تسجیل یافته‌اند.^{۳۰}

بخش چهارم از ماده ۲۸ تا ۴۵ را شامل می‌شود، عمدتاً مقرراتی را درباره (کمیته حقوق بشر)^{۳۱} که به‌عنوان نهاد نظارتی اجرای مقررات مندرج در میثاق مذکور در نظر گرفته شده و هم چگونگی تشکیل، انجام وظایف، نحوه پذیرش صلاحیت آن توسط دولت‌ها، مکلفیت گزارش‌دهی کشورهای عضو به کمیته و سایر موضوعات مرتبط به آن را احتوا می‌کند. کمیته حقوق بشر مهم‌ترین رکن نظارتی میثاق است که با شیوه‌ها و عملکردهای متعدد و متفاوت خود بر اجرای مقررات میثاق نظارت می‌نماید که می‌توان گفت تشکیل آن گام مهمی در راستای نظارت بر اجرای حقوق مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تلقی می‌شود.

بخش پنجم، میثاق شامل دو ماده ۴۶ و ۴۷ است که بازهم در آن دو مقررۀ کلی درباره تفسیر مقررات میثاق را بیان نموده است. و آن این‌که تفسیر مقررات میثاق نباید به منشور ملل متحد و اساسنامه‌های مؤسسات تخصصی آن و هم به حق ملل در تمتع و استفاده کامل و آزادانه از منابع طبیعی آن‌ها لطمه وارد آورد.

بخش ششم آخرین بخش میثاق است که طی مواد ۴۸ تا ۵۳ مقررات نهایی را درباره شیوه امضاء و تصویب، لازم‌الاجرا شدن، شیوه اصلاح مقررات میثاق و امثال آن در خود جا داده است.^{۳۲} باید اذعان نمود که با در نظر داشت مواد مذکور در بخش‌های شش‌گانه فوق، بخصوص بخش سوم، میثاق تلاش نموده است تا به نوعی مهم‌ترین حقوق و آزادی‌های اساسی بشر را

۳۰. همان، مواد ۶-۲۷.

۳۱. به‌موجب ماده ۲۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کمیته مرکب از ۱۸ عضو از اتباع دولتهای عضو میثاق است که دارای صلاحیت‌های اخلاقی و حقوقی عالی باشند. مدت کار اعضای کمیته چهار سال بوده و انتخاب مجدد آنها نیز بلامانع است. کمیته به گزارش‌های دولت‌های عضو رسیدگی می‌کند که، طبق ماده ۴۰ میثاق، موظف به ارایه این گزارش‌ها می‌باشند. جلسات مربوط به رسیدگی به این گزارش‌ها عمدتاً با حضور نمایندگان خود دولت گزارش‌دهنده و با طرح سؤالات مختلف از سوی کمیته انجام می‌شود و سرانجام کمیته نتیجه‌گیری خود را همراه با نظارت اضافی هر یک از اعضا در گزارش سالانه‌اش به اطلاع دولتهای عضو و مجمع عمومی سازمان ملل می‌رساند. علاوه بر این، برای دولت‌هایی که صلاحیت توافقی این کمیته را رسماً بپذیرند، کمیته حق رسیدگی به شکایت‌های دولت‌های عضو علیه یکدیگر را نیز دارا می‌باشد. البته پذیرش چنین صلاحیتی اختیاری بوده و دولت‌ها، در صورت تمایل، طی اعلامیه جداگانه باید این صلاحیت کمیته را به رسمیت شناخته باشند تا کمیته مزبور حق رسیدگی به شکایت‌های دولت‌های عضو را داشته باشد.

۳۲. مواد ۲۸-۵۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، پیشین.

به رسمیت بشناسد و با توجه به ماهیت الزام آور بودن این سند و قلمرو اجرایی آن که در سطح بین المللی می باشد، گامی مهم در راستای ترویج و حمایت از حقوق بشر مدرن بردارد.^{۳۳} حالات تعلیق، شرایط و استثنائات: بر اساس بند اول ماده ۴ و بند ۳ ماده ۱۸ در حالات اضطرار تعدادی از حقوق مندرج در این میثاق به حالت تعلیق در می آیند. چنانچه بند اول ماده ۴ اشعار می دارد:

"در وضعیت های اضطراری عمومی که موجودیت ملت را تهدید کند و وجود آن رسماً اعلام شود کشور های طرف این میثاق می توانند تدابیری بر خلاف تعهدات خود در این میثاق، به میزانی که اقتضای دقیق وضعیت است، اتخاذ نمایند؛ مشروط بر این که تدابیر مزبور با سایر تعهداتی که طبق حقوق بین الملل به عهده دارند، مغایرت نداشته باشد و منجر به تبعیضی منحصر بر اساس نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، مذهب و خاستگاه اجتماعی نشود."^{۳۴}

هم چنان بند سوم ماده ۱۸ در مورد حالات تعلیق آزادی ابراز مذهب یا معتقدات چنین ابراز می دارد:

"آزادی ابراز مذهب یا معتقدات را نمی توان تابع محدودیت هایی نمود مگر آنچه منحصراً به موجب قانون پیش بینی شده و برای حمایت از امنیت، نظم، سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی های بنیادی دیگران ضرورت داشته باشد."^{۳۵}

با توجه به متن مواد فوق می بایست شرایط خاصی بوجود آمده باشد تا یک دولت بتواند این حقوق را به حالت تعلیق بیاورد. به طور مثال، ملت بطور عموم مورد تهدید قرار گرفته باشد؛ حالت اضطرار باید رسماً توسط دولت اعلام شود؛ تعلیق باید متناسب به ضرورت حالت اضطرار باشد؛ حالت تعلیق به مجرد ختم حالت اضطرار باید پایان یابد. علاوه بر شرایط متذکره فوق، بند ۳ ماده ۴ نیز مکلفیت هایی را برای کشور اعلام کننده حالت تعلیق چنین تعیین نموده است:

"کشور های طرف این میثاق که از حق تعلیق استفاده کنند مکلف اند بلافاصله سایر دولت های طرف میثاق را توسط دبیرکل سازمان ملل متحد از مقرراتی که تعلیق کرده اند و جهاتی که موجب تعلیق شده است، مطلع نمایند و در تاریخی که به این تعلیق خاتمه می دهند، مراتب را بوسیله

۳۳. به نظر می رسد که دو حق مهم (حق مالکیت و حق پناهندگی) که در اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ که در ضمن مواد ۱۴ و ۱۷ به رسمیت شناخته شده بودند در میثاق حاضر تسجیل نیافته اند. علت آن بوده است که اتحاد جماهیر شوروی وقت بر اساس ساختاری که داشت در خصوص تعریف و محدوده مالکیت و انواع پناهندگی با بلوک غرب به توافق نرسید و در نهایت این دو حق مسکوت گذاشته شد.

۳۴. بند ۱ ماده ۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، پیشین.

۳۵. همان، بند ۳ ماده ۱۸.

اعلامیه جدیدی از همان مجرا اطلاع دهند.^{۳۶}

در مورد استثنائات تعلیق حقوق بنیادین باید متذکر شد که مطابق بند دوم ماده ۴ میثاق، احکام مندرج در مواد ۶، ۷، ۸ (بندهای ۱ و ۲)، ۱۱، ۱۵، ۱۶ و ۱۸ این میثاق در هیچ حالتی قابل تعلیق نه می‌باشند.^{۳۷} با توجه به مفاد مواد متذکره این حقوق عبارت اند از: (حق حیات، منع ژنوساید یا نسل کشی، حق درخواست عفو و تخفیف مجازات اعدام، منع صدور حکم اعدام اشخاص زیر سن ۱۸ و زنان باردار، مطابق ماده ۶؛ منع شکنجه و مجازات یا رفتارهای بی‌رحمانه، غیر انسانی و ترذیلی، منع قرار دادن یک شخص تحت هر نوع آزمایش‌های صحنی بدون رضایت او،^{۳۸} مطابق ماده ۷؛ منع بردگی و خرید و فروش برده، منع غلام قراردادن افراد، مطابق ماده ۸؛ منع سلب آزادی افراد بخاطر نداشتن قدرت اجرای تعهد قراردادی، مطابق ماده ۱۱؛ عدم محکومیت و مجازات اشخاص مطابق قوانینی که در وقت ارتکاب جرم نافذ نبوده و هم حق استفاده از مجازات خفیف‌تر بر اساس قانون پس از ارتکاب جرم، مطابق ماده ۱۵؛ حق داشتن شخصیت حقوقی افراد، مطابق ماده ۱۶؛ حق آزادی اندیشه، حق آزادی وجدان،^{۳۹} حق آزادی مذهب، حق آزادی اجرای اعمال مذهبی به‌طور خصوصی و علنی، حق آزادی ارائه تعلیم و تعلّم دینی و مذهبی، حق آزادی والدین و سرپرستان قانونی اطفال در تأمین آموزش‌های مذهبی و اخلاقی مطابق معتقدات خود شان، مطابق ماده ۱۸).^{۴۰}

۲-۲ تعهدات حقوق بشری افغانستان در سطح ملی

الف- تعهدات حقوق بشری افغانستان در قانون اساسی: یکی از راه‌هایی که تا اکنون دولت‌ها در راستای حمایت از حقوق بشر در آن گام‌های مؤثری برداشته اند، گنجاندن حقوق بشری، بخصوص حقوق بنیادین بشر، در قوانین اساسی آن‌ها است. اقدامی که سبب ترغیب هرچه بیشتر نظام‌های سیاسی در امور حکومت‌داری خوب در سایه مراعات نمودن مقررات بین‌المللی و حقوق بشر می‌شود.^{۴۱} در افغانستان بعد از شکست طالبان و تشکیل حکومت جدید در سال

۳۶. همان، بند ۳ ماده ۴.

۳۷. همان، مواد ۶، ۷، ۸ (بندهای ۱ و ۲)، ۱۱، ۱۵، ۱۶ و ۱۸.

۳۸. مانند آزمایش‌های بیوتکنولوژیکی، پیوند اعضا و امثال آن...

۳۹. به معنی یافتن، یافتن مطلوب، نفس و قوای باطنی آن، قوه باطنی که خوب و بد اعمال بوسیله آن ادراک می‌شود. عمید، حسن فرهنگ فارسی جیبی (تهران، راه رشد، چاپ اول ۱۳۸۹) ۱۰۴۷.

۴۰. ظاهراً در میان بند دوم ماده ۴ و بند سوم ماده ۱۸ تعارض بمشاهده می‌رسد. چون اولی مفاد ماده ۱۸ را از تعلیق استثناء می‌کند، در حالیکه بند سوم ماده ۱۸ تعلیق آزادی ابراز مذهب یا معتقدات را برسمیت می‌شناسد.

۴۱. دانش، محمداسحاق، تعهدات دولت‌ها در قبال حقوق بشر، پیشین، ۷۶.

۱۳۸۲ قانون اساسی کنونی به تصویب رسید که در مقایسه با قوانین اساسی قبلی افغانستان و حتی قوانین اساسی بعضی از کشورهای منطقه و جهان، در آن به ارزش‌های حقوق بشری، بخصوص حقوق بنیادین بشر، توجه خاصی صورت گرفته است. این قانون اساسی، به علت اینکه در فضای آزاد سیاسی و تحت نظارت سازمان‌های مردم‌نهاد غیر دولتی داخلی و خارجی توأم با تفاهم و هماهنگی با اندیشمندان و متفکران و با مشاوره صاحب نظران تدوین گردیده، دارای ویژگی‌های عالی می‌باشد. از جمله این که حقوق بشر در آن از جایگاه عالی و ارزش بسیار رفیعی برخوردار است.^{۴۲} در ماده ۶ دولت خود را به حفظ کرامت انسانی و حمایت از حقوق بشر مکلف نموده و چنین تصریح می‌دارد:

"دولت به ایجاد يك جامعه مرفه و مترقی براساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف می‌باشد."^{۴۳}

علاوه بر آن قانون اساسی در ماده ۷ خویش رعایت اسناد اساسی حقوق بشر را تسجیل نموده چنین اشعار می‌دارد:

"دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق‌های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند."^{۴۴}

هم‌چنان ماده ۵۸ این قانون اساسی ایجاد کمیسیون مستقل حقوق بشر را پیش‌بینی نموده است که از همان آغاز کار دولت موقت، تشکیل گردیده است. قانون اساسی افغانستان در کنار تعیین مکلفیت دولت برای رعایت حقوق بشر و اسناد بین‌المللی آن، ضمانت‌های اجرایی مؤثری را هم برای تطبیق و انکشاف آنها در نظر گرفته است. از آن جمله یکی هم تعدیل نشدن حقوق و آزادی‌های اساسی به ضرر اتباع است که در پاراگراف دوم ماده ۱۴۹ قانون اساسی چنین بیان شده است: "تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف به منظور بهبود حقوق آنان مجاز می‌باشد." که این امر خود نشان دهنده ارج‌گذاری و اهمیت دادن مقنن به این ارزش‌ها در میان سایر مندرجات قانون اساسی ۱۳۸۲ می‌باشد و هم این که امکان عقب‌گردهای گذشته‌ای که در کشور افغانستان معمول بوده و هر نظام و زمامداری به سهم و برداشت خود شان، آزادی‌های افراد را محدود و یا از

۴۲. ابراهیمی، محمدعلی، جایگاه حقوق بشر در نظامی حقوقی افغانستان، پیشین، ۲۵-۲۶.

۴۳. ماده ۶ قانون اساسی، پیشین.

۴۴. همان، ماده ۷.

تسجیل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۶۹

بین می‌بردند، دیگر مسدود گردیده است.^{۴۵} بنابراین، با بررسی مهم‌ترین شاخص‌های یک نظام مردمی، این امر به اثبات می‌رسد که قانون اساسی کنونی همه ابعاد حقوق بشری را، طوری که لازم است، رعایت نموده است.^{۴۶} هرچند در قسمت تطبیق و رعایت عملی این ارزش‌ها کشور افغانستان بیشتر از هر وقت دیگری دچار مشکلات عملی بوده و موارد نقض حقوق بشر در عرصه‌های مختلف به‌مشاهده می‌رسد.^{۴۷} ولی درج این ارزش‌های مهم حقوق بشری در لابلای قوانین و بخصوص قانون اساسی نکته عطفی در تاریخ حقوق بشر در افغانستان بحساب می‌آید که مسئولیت دولت را در قبال حقوق بنیادین بشر به نمایش می‌گذارد.^{۴۸} لازم به یادآوری است که قانون اساسی افغانستان مهم‌ترین حقوق بنیادین بشر را در ضمن فصل مستقلی بنام (حقوق اساسی و وجایب اتباع) به رسمیت شناخته و در لابلای مواد مختلف درج نموده است.^{۴۹} این حقوق را نیز می‌توان، ذیل دو عنوان مستقل حقوق و آزادی‌های عمومی و حقوق ناشی از اجرای عدالت مورد مطالعه قرار داد.

حقوق و آزادی‌های عمومی: آزادی‌ها که بخش اساسی حقوق بنیادین بشری را تشکیل می‌دهند، مبین جایگاه رفیع انسان (منحیث اشرف مخلوقات) بوده و مشمول نسل اول حقوق بشر می‌شوند که این حقوق و آزادی‌ها قابل انحصار و محدودیت نبوده، با مرور زمان و انکشافات جامعه، بیشتر می‌شوند.^{۵۰} اکثریت این حقوق در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های دوگانه آن، به‌خصوص در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب سال ۱۹۶۶ سازمان ملل متحد، تسجیل یافته‌اند. در ذیل عمده‌ترین این آزادی‌ها (آزادی دین و مذهب، حق حیات، آزادی و کرامت انسانی، آزادی بیان و مطبوعات، آزادی کار و انتخاب شغل و پیشه و منع تبعیض و تساوی اتباع در برابر قانون) که در قانون اساسی کنونی افغانستان درج گردیده‌اند، با کمی تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرند. از مصادیق حقوق و آزادی‌های عمومی یکی هم آزادی دین و مذهب است که از جمله حقوق بنیادین بشر به‌شمار می‌آید، چنانچه در ماده ۲ قانون اساسی افغانستان چنین تصریح گردیده است:

۴۵. همان، مواد ۶، ۷، ۵۸ و ۱۴۹.

۴۶. منوچهری، عباس و مزاری، صفورا، سنجش نظری قانون اساسی جدید افغانستان با دموکراسی (فصلنامه سیاست، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تربیت مدرس، دوره ۳۹، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸) ۲۱ و ۲۲.

۴۷. رسولی، محمد اشرف، تحلیل و نقد قانون اساسی افغانستان (سعید، کابل، چاپ دوم، ۱۳۹۱) ۱۶۴.

۴۸. سروری، عبدالقادر، تاریخچه حقوق بشر (کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، چاپ دوم، کابل ۱۳۹۴) ۳۰.

۴۹. فصل دوم قانون اساسی افغانستان که جمعاً ۳۸ ماده (۲۲ الی ۵۹) را شامل می‌شود.

۵۰. سعودی، نجمان، حقوق و آزادی‌های اشخاص در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین‌المللی (سعید، کابل، ۱۳۹۴) ۷.

«دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است. پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی شان در حدود احکام قانون آزاد می‌باشند.»^{۵۱}
باید اذعان نمود که موضوع آزادی دین و مذهب یک عمل قلبی و اساساً غیر قابل کنترل و اجبار می‌باشد که در قرآن کریم نیز طی آیات متعددی تصریح گردیده است.^{۵۲} در کشور افغانستان عده محدودی از پیروان سایر ادیان مانند اهل هند و سک و صرف یک نفر یهودی زندگی می‌نماید. اکثریت قریب به اتفاق جمعیت کشور را مسلمانان تشکیل می‌دهند که بیشترین آن‌ها - به ترتیب - پیرو مذاهب تسنن و تشیع می‌باشند. قانون اساسی کنونی افغانستان آزادی احوال شخصیه را برای اهل تشیع برسمیت شناخته و طی ماده ۱۳۱ چنین اشعار می‌دارد:

"محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند."^{۵۳}
یکی دیگر از حقوق بنیادین بشر حق حیات و حفظ کرامت انسانی^{۵۴} است که در قانون اساسی کنونی به شیوه‌های مختلف بار بار مورد تأکید قرار گرفته است. برسمیت شناختن کرامت و منزلت انسانی اساسی‌ترین اصلی است که سایر حقوق را صرف در موجودیت آن می‌توان برای انسان در نظر گرفت. حقوق بشر به مفهوم واقعی آن بر این اصل استوار است که انسان را بدون در نظر داشت تعلقات دیگر، صرف با صفت انسان بودن وی، دارای کرامت ذاتی بدانیم.^{۵۵} این امور در واقع از عمده‌ترین مواردی است که نظام‌های مردمی مبتنی بر قانون را از جوامع بدوی و رژیم‌های اقتدارگرا متمایز می‌سازد. خداوند ج در قرآن کریم انسان‌ها را قطع نظر از ارزش‌های مکتسبه، صاحب کرامت انسانی دانسته و چنین فرموده است: "ولقد کَرَّمنا بنی آدم" یعنی ما فرزندان آدم (انسان) را کرامت دادیم.^{۵۶} در ماده ۲۳ این قانون اساسی به شیوه خیلی عالی زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان معرفی گردیده که هیچ کس بدون مجوز قانونی از آن محروم نمی‌گردد. چون در کشور افغانستان کیفر اعدام در برابر بعضی از جرایم هنوز موجود می‌باشد، قید مجوز قانونی

۵۱. ماده ۲ قانون اساسی افغانستان، پیشین.

۵۲. برای معلومات بیشتر رک: سورة بقره (۲/۲۵۶)، سورة کهف (۱۸/۲۹)، سورة قصص (۱۸/۵۶).

۵۳. مواد ۲ و ۱۳۱ قانون اساسی سال ۱۳۸۲ افغانستان که در مطابقت با مفاد اعلامیه اسلامی حقوق بشر مصوب ۵ اگست ۱۹۹۰ مطابق ۱۵ اسد ۱۳۶۹ هـ ش وزرای خارجه کشورهای اسلامی قاهره، بخصوص مواد ۴، ۱۱ و ۲۰، نیز قرار دارند.

۵۴. مواد ۴-۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر.

۵۵. دانش، محمد سرور، حقوق اساسی افغانستان (ابن سینا، کابل ۱۳۸۹) ۳۴۳.

۵۶. آیه ۷۰ سوره بنی اسرائیل قرآن کریم.

تسجیل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۷۱

دران به‌مشاهده می‌رسد. در ماده ششم قانون اساسی کنونی دولت برای ایجاد جامعه مرفه بر اساس عدالت اجتماعی و حفظ کرامت انسانی مکلف گردیده و هم طی ماده ۲۴ آزادی را حق طبیعی انسان معرفی نموده که جز آزادی دیگران و مصالح عامه (آن‌هم بر اساس قانون) حدودی ندارد و هم آزادی و کرامت انسان را از تعرض مصون دانسته و اکیداً دولت را به احترام و حمایت از آزادی و کرامت انسان مکلف می‌سازد. علاوه‌بر ماده ۲۹ نیز جزای مخالف کرامت انسانی را برای مجرمان منع قرار می‌دهد.^{۵۷}

قانون اساسی جدید در کنار سایر آزادی‌ها به آزادی بیان و مطبوعات که در واقع کنترل‌کننده غیر مستقیم اعمال حکومت می‌باشند و در رژیم‌های مبتنی بر اراده مردم نقش خیلی بزرگی را در راستای تحقق آرمان‌های مردم و جلوگیری از ائتلاف حق ایشان ایفا می‌نمایند، نیز توجه جدی مبذول داشته است. این آزادی‌ها طی ماده ۳۴ قانون اساسی کنونی به‌صورت خیلی شیوا و کامل تصریح گردیده است که مطابق به آن هر افغان می‌تواند، با رعایت احکام مندرج قانون اساسی، فکر و نظر خود را با استفاده از وسایل مختلف گفتاری، نوشتاری و تصویری ابراز نماید و بدون ارائه قبلی آن به مقامات دولتی، آنرا نشر نماید. مسأله مهم دیگری که به آزادی انسان‌ها ارتباط می‌گیرد، همانا آزادی کار و یا منع کار اجباری است که در مواد ۴۸ و ۴۹ قانون اساسی ۱۳۸۲ به آن پرداخته شده است. طی ماده ۴۸ قانون اساسی کنونی کار حق هر افغان معرفی گردیده و هر شخص آزاد است تا برای خود شغل و یا حرفه‌ای را انتخاب نماید. هم چنان طی ماده ۴۹ کار اجباری منع گردیده است، چون عدم اجبار در کار از جمله حقوق بنیادی بشری بحساب می‌آید. **منع تحمیل کار بر اطفال:** نکته مهم دیگر حقوق بشر است که در ماده ۴۹ قانون اساسی افغانستان به چشم می‌خورد. در اینجا به‌مشاهده می‌رسد که مقنن صرف به عدم تحمیل کار بر اطفال اکتفا نموده و آن را کاملاً منع نکرده است. دلیل آن این است که چون در کشور افغانستان بالآخر جنگ‌های متوالی و سایر عوامل، تعداد زیادی از اطفال نان‌آوران فامیل شان می‌باشند، بنابراین نوعی تسامح در این امر به‌مشاهده می‌رسد.^{۵۸}

منع تبعیض یکی دیگر از حقوق بنیادین بشر است که بدون شک عدالت بدون منع تبعیض و تساوی اتباع تأمین شده نمی‌تواند. این امر یکی از موضوعات مهم و اساسی و چالش بزرگ بشریت در دراثنای تاریخ بوده که بعد از مبارزات طولانی به مرور زمان جای خود را در قوانین

۵۷. ماده ۲۳، ۲۴ و ۲۹ قانون اساسی سال ۱۳۸۲ افغانستان.

۵۸. همان، مواد ۴۸ و ۴۹.

اساسی کشورها باز نموده است. قانون اساسی کنونی افغانستان طی مواد متعددی تساوی اتباع را در همه امور به طور کامل برسمیت شناخته و هرنوع تبعیض منفی را منع قرار داده است. ماده ۴ قانون اساسی حاوی مفهوم منع تبعیض جمعی بوده و اسمای اکثریت اقوام را بعنوان ملت افغانستان به تصویر کشیده است که بر تمام آنها کلمه افغان اطلاق می گردد. هم چنان ماده ۶ قانون اساسی برابری در میان اقوام افغانستان را در کنار سایر ارزش های اساسی برای ایجاد جامعه مرفه و مبتنی بر عدالت اجتماعی از مکلفیت های دولت شمرده است. در ماده ۲۲ هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان را ممنوع نموده و اتباع کشور را اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی دانسته است.^{۵۹} ازینکه بیشترین خطر اعمال تبعیض از لحاظ قومیتی و جنسیتی میان افراد و اقوام در هنگام استخدام وجود دارد، طی بند دوم ماده ۵۰ تصریح میدارد که اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچگونه تبعیض و به موجب احکام قانون استخدام می شوند.^{۶۰}

قانون اساسی سال ۱۳۸۲ با در نظر داشت وضعیت اجتماعی افغانستان برای بعضی گروه های آسیب پذیر مانند زنان، معیوبین و معلولین و کوچی ها تبعیض مثبت را نیز برسمیت شناخته است. چون گروه های مذکور بدون در نظر گرفتن چنین امتیازاتی بطور طبیعی و عادی نمی توانند جایگاه شان را مانند سایرین احراز نموده و به حقوق حقه شان دست یابند. چنانچه تجارب تاریخی نشان دهنده آن است که در گذشته این گروه ها نتوانسته اند، طوری که شایسته آنهاست، در مجالس پارلمان راه یابند. طی ماده ۵۳ قانون اساسی دولت برای ارائه کمک و خدمات استثنایی برای این گروه ها متعهد شده است. هم چنان در ماده ۸۳ قانون اساسی از هر ولایت طور اوسط عضویت دو نفر وکیل زن در مجلس نمایندگان تسجیل یافته است.^{۶۱} در مجلس سنا نیز این امتیاز رعایت گردیده و طی بند سوم ماده ۸۴ قانون اساسی، جایی که تعیین یک ثلث باقی مانده اعضای مجلس سنا از صلاحیت های رئیس جمهور می باشد، موصوف باید دو کرسی را برای نمایندگان معلولان و معیوبان و دو کرسی را برای نمایندگان کوچی ها اختصاص داده و پنجاه درصد این کرسی ها را به زنان اختصاص دهد.^{۶۲}

۵۹. همان، مواد ۴، ۶ و ۲۲.

۶۰. همان، مواد ۴، ۶، ۲۲ و ۵۰.

۶۱. بر اساس این امتیاز از میان کرسی های شورای هر ولایت ابتدا دو کرسی به کاندیداهای زن که بیشترین آرا را در میان سایر کاندیداهای زن کسب نموده باشند اختصاص یافته سپس کرسی های باقیمانده با بلندترین آرای بدست آمده توسط کاندیداهای مرد احراز می گردد.

۶۲. مواد ۵۳، ۸۳ و ۸۴ قانون اساسی سال ۱۳۸۲ افغانستان.

حقوق ناشی از اجرای عدالت: مهم‌ترین موقع خطر سلب و یا محدودیت حقوق و آزادی‌های افراد هنگامی است که ایشان از حالت عادی خارج شده و مظنون، متهم یا محکوم قرار گیرند. چون در چنین حالات انسان در برابر کسانی قرار می‌گیرد که در حالت عادی نمی‌توانستند به وی آسیبی رسانده و حقوق و آزادی‌های او را پامال کنند. در هر یکی از موقعیت‌های فوق، به ترتیب انسان‌های در بند زمانی که تحت سیطره و تسلط پلیس، خارنوال و قاضی قرار می‌گیرند، خطر و تهدید بیشتر متوجه ایشان می‌شود. تاریخ گواه آن است که اکثراً در چنین حالاتی است که به حقوق و آزادی‌های افراد تجاوز صورت گرفته است. عده از این حقوق از جمله حقوق بنیادین یا همان هسته سخت حقوق بشر^{۶۳} به شمار رفته که بر همین اساس در تعداد زیادی از کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی این حقوق درج شده است.^{۶۴} باید اذعان نمود که در واقع تمام مراحل سه گانه تعقیب، تحقیق و محاکمه با هم رابطه تنگاتنگ داشته و به‌طور کلی نمی‌توان این‌ها را از هم جدا تصور کرد، لذا موازین محاکمه عادلانه باید در تمام مراحل لحاظ گردد. همان‌طوری‌که یک مظنون در نزد پلیس از حقوق و آزادی‌های انسانی خود برخوردار بوده و باید کرامت انسانی وی رعایت شود، در مرحله تحقیق و محاکمه نیز چنین است. بنابراین مواد مرتبط قانون اساسی در این رابطه بعضاً بطور عام و یا با ذکر هر سه مرحله تسجیل یافته و هر سه مرحله را شامل می‌شوند. پس گفته می‌توانیم که مواد ۲۵، ۲۶، ۲۷، ۲۹، ۳۰، ۳۱ و ۳۲ قانون اساسی افغانستان از جمله مواد مشترک برای هر سه مرحله فوق قابل رعایت می‌باشد.^{۶۵} از آن جمله یکی هم مرحله تعقیب است که در واقع اولین گام در جهت محدودیت و یا سلب آزادی افراد بحساب می‌آید. چون شخص مظنون قرار گرفته است، پس ایجاب می‌نماید تا مطابق ماده ۱۳۴ قانون اساسی که وظیفه کشف جرایم را به پلیس تفویض نموده است، تحت تعقیب پلیس مسئول قرار گیرد. در این صورت با موجودیت شواهد و قرائن شخص مظنون توسط پلیس توقیف شده و مورد بازجویی ابتدایی قرار می‌گیرد. بنابر این چون این مرحله نقطه آغاز خطر تحدید و یا سلب حقوق و آزادی شخص می‌باشد، پس ایجاب می‌نماید تا رعایت حقوق و آزادی‌های بشری وی نیز از همین مرحله آغاز گردد. بر اساس ماده ۳۸ قانون اساسی، پلیس باید مجوز توقیف و بازجویی فرد مظنون را از محکمه با صلاحیت حاصل نموده باشد تا بتواند به چنین اقدامی دست بزند. در غیر آن حق ندارد تا آزادی افراد را که از حقوق بنیادین آن‌هاست از ایشان سلب نماید. از سوی دیگر بر اساس

۶۳. ذاکریان، مهدی، ایران و قواعد بنیادین حقوق بشر (پژوهشنامه علوم سیاسی، سال ۵، شماره ۳، تابستان ۱۳۸۹) ۱۱۹.

۶۴. مواد ۵ تا ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و مواد ۶ تا ۱۱، ۱۴، ۱۵ و ۱۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

۶۵. مواد ۲۵، ۲۶، ۲۷، ۲۹، ۳۰، ۳۱ و ۳۲ قانون اساسی سال ۱۳۸۲ افغانستان.

ماده ۲۵ قانون اساسی برائت‌الذمه به‌عنوان حالت اصلی باید رعایت گردیده و شخص بری‌الذمه تلقی گردد. علاوه بر این باید مطابق ماده ۶ و سایر مواد مرتبط که طی عنوان حق حیات، آزادی و کرامت انسانی تذکر داده شد، در هنگام توقیف حیثیت و کرامت انسانی شخص مورد تعرض و تجاوز افراد پلیس قرار نگرفته و جز خود شخص کس دیگری از نزدیکان و یا همکاران و دوستان وی مورد توقیف و بازجویی قرار نگیرد. ماده ۲۶ قانون اساسی تصریح می‌نماید که جرم یک عمل شخصی است و به شخص دیگری سرایت نمی‌کند. هم‌چنان بر اساس فقره دوم ماده ۳۱ قانون اساسی شخص توقیف شده حق دارد از اتهام وارده علیه خودش با خبر ساخته شود.^{۶۶} مرحله دیگر دوران تحقیق است که در این مرحله نیز همانند دوران توقیف و بازجویی باید حقوق و آزادی‌های فرد متهم به‌عنوان یک انسان در نظر گرفته شود. بر اساس ماده ۱۳۴ قانون اساسی تحقیق از متهم وظیفهٔ خارنوال است. کوچکترین اشتباه توسط خارنوال از قبیل نادیده گرفتن حقوق و آزادی‌های یک شخص بالای مرحلهٔ بعدی یا محاکمهٔ فرد متهم تأثیر گذار خواهد بود. بعضاً دیده می‌شود که افراد در هنگام استنطاق بخاطر کشف حقایق مورد آزار و اذیت جسمی و روحی که مخالف حیثیت و کرامت انسانی است قرار می‌گیرند. این امر بر خلاف همه موازین بشری بوده و ماده ۲۹ قانون اساسی کنونی افغانستان تصریح می‌نماید که هیچ شخصی نمی‌تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگری که تحت تعقیب رفتاری یا توقیف است، به تعذیب او اقدام نماید. ماده ۳۰ قانون اساسی ۱۳۸۲ با قاطعیت تمام اقرار و شهادتی را که از متهم یا شخص دیگری به‌وسیلهٔ اکراه به‌دست آورده شود، فاقد اعتبار دانسته و اقرار به جرم را اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمهٔ باصلاحیت معرفی نموده است. پس دیده می‌شود که اعمال هر نوع شکنجه، جبر و اکراه بخاطر گرفتن اقرار از متهم جایز نبوده در واقع تجاوز به حقوق، حیثیت و کرامت انسانی و جرم علیه یک انسان دیگر شمرده می‌شود. بر اساس ماده ۳۱ قانون اساسی ۱۳۸۲ متهم حق دارد تا برای دفع اتهام و یا برای اثبات حق خود وکیل مدافع انتخاب کند. در قضایای جنایی اگر متهم شخص بی‌بضاعت بوده و توانمندی انتخاب وکیل را نداشته باشد، دولت مکلف است تا برای وی وکیل تعیین نماید تا حق وی ضایع نگردد. علاوه بر محرمیت مکالمات، مراسلات و مخابرات میان متهم و وکیل مدافع وی از هر نوع تعرض مصئون می‌باشد.^{۶۷} مرحله مهم دیگری که خطر سلب حقوق و آزادی‌های افراد و ضایع شدن حق ایشان وجود

۶۶. همان، مواد ۱۳۴، ۲۵، ۲۶ و ۳۱.
۶۷. همان، مواد ۱۳۴، ۲۹، ۳۰ و ۳۱.

تسجیل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۷۵

دارد، مرحله محاکمه است. در قانون اساسی افغانستان موارد خاصی هم وجود دارد که صرف مربوط به مرحله محاکمه می‌شود. از جمله ماده ۱۲۸ قانون اساسی که علنی بودن محکمه را در تمام محاکم افغانستان مقرر نموده و هم حضور هر شخصی را با رعایت احکام قانون در جریان محاکمه آزاد می‌شمارد. حتی اگر بنابر دلایل قانونی هم محاکمه سری دایر گردد، اعلام حکم حتماً باید علنی باشد. این امر نشان‌دهنده آن است که در فیصله‌های علنی و در حضور عام مردم (بخصوص رسانه‌ها) امکان سوءاستفاده از مقام قضاء و بی‌عدالتی خیلی کاهش می‌یابد و محاکم نمی‌توانند هر آنچه که خواسته باشند در عقب درهای بسته اجرا نمایند. ماده ۱۲۹ قانون اساسی مذکور محکمه را مکلف می‌سازد تا اسباب صدور حکم را در فیصله ذکر نماید تا واضح باشد که شخص متهم بنابر کدام دلایل الزام محکوم گردیده است. علاوه بر بند دوم ماده مذکور فیصله‌های قطعی محاکم به استثنای حکم اعدام واجب‌التعمیل دانسته شده است. چون در حالت حکم به اعدام، ازینکه جزا به حق حیات شخص خاتمه می‌دهد، ایجاب دقت و احتیاط بیشتر را می‌نماید؛ بنابر این باید چنین حکمی توسط رئیس جمهور کشور منظور گردد. بر مبنای همین ماده قانون اساسی، محاکم می‌بایست در تمام مراحل، صرف قوانین نافذ را مطمح نظر خویش قرار دهند. اگر اسباب حکمی موجود نباشد به احکام فقه حنفی مراجعه کرده می‌توانند، مگر در هر صورت باید توجه داشته باشند تا عدالت را به بهترین وجه تأمین نمایند، زیرا هر محکمه که فاقد این معیارها و استانداردها باشد، صالح به صدور چنین حکم نخواهد بود.^{۶۸} مطابق ماده ۱۳۵ قانون اساسی جدید محکمه برای کسانی که مشکل زبانی دارند مکلف است تا ترجمان تعیین نماید تا مبادا شخص نتواند از حق خود دفاع نماید.^{۶۹}

ب- تعهدات حقوق بشری افغانستان در قوانین عادی: دولت افغانستان در مطابقت با تعهدات بین‌المللی حقوق بشری خویش و در روشنی قانون اساسی، حقوق بنیادین بشر را در قوانین عادی خود نیز تسجیل نموده است. چون این امر یکی از الزامات دولت‌های تصویب‌کننده میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌باشد. دولت افغانستان در این عرصه قدم‌های عملی خوبی برداشته که از آن جمله می‌توان از تصویب قوانین مرتبط با اجرای حقوق بنیادین بشر در عرصه‌های مختلف و گنجاندن ارزش‌های حقوق بشری در لابلای سایر قوانین نام برد. مهم‌ترین قوانینی که طی سال‌های اخیر در موضوعات مرتبط با حقوق بنیادین بشر تصویب گردیده است

۶۸. علامه، غلام حیدر، جایگاه حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، (کابل، عرفان، ۱۳۸۷) ۷۸.

۶۹. مواد ۱۲۸، ۱۲۹ و ۱۳۵ قانون اساسی سال ۱۳۸۲ افغانستان.

عبارت اند از: (قانون احزاب سیاسی، قانون کار، قانون مبارزه با قاچاق انسان و مهاجران، قانون رسانه‌های همگانی، قانون دسترسی به اطلاعات و غیره).^{۷۰} علاوه بر قوانین فوق، حقوق بنیادین بشر در ضمن سایر قوانینی که برای ارگان‌های ذی‌ربط با حقوق بشر تصویب گردیده اند، نیز انعکاس یافته است؛ مانند قوانین ارگان‌های عدلی و قضایی (پلیس، خرنوالی، محاکم و وکلای مدافع). اقدامات دیگر دولت افغانستان در عرصه قانونمند ساختن حقوق بشر در کشور تدوین طرح قوانینی است که مسقیماً در مورد مهم‌ترین بخش‌هایی از حقوق بنیادین بشر ترتیب شده‌اند ولی تا هنوز مراحل قانونی تصویب شان تکمیل نگردیده و بالاخر فرمان تقنینی رئیس دولت نافذ می‌باشند. از آن جمله می‌توان از قانون منع خشونت علیه زنان، قانون منع شکنجه، مقررۀ رعایت حقوق بشر در ادارات و کد جزایی جدید افغانستان نام‌برد. از اینکه مطالعه حقوق بنیادین بشر روی همه این قوانین از عهده این نوشتار خارج می‌باشد، به‌طور نمونه به بررسی قانون منع خشونت علیه زنان، قانون منع شکنجه و کد جزا اکتفا می‌شود.

قانون منع خشونت علیه زنان: این قانون در چهار فصل و ۴۴ ماده در سال ۱۳۸۸ تصویب گردیده که در صورت تطبیق می‌تواند از حقوق بنیادین بشر در امور متعلق به زنان حمایت نماید. در کشور افغانستان زنان از آسیب‌پذیرترین قشر جامعه می‌باشند که بر اساس گزارشات منتشره، با وجود نافذ بودن این قانون، هنوز هم مشکلات زیادی در این عرصه به‌مشاهده می‌رسد. در این قانون تدابیر و قایوی و حمایتی برای رسیدگی به امور نقض حقوق بشر زنان تسجیل یافته است. طی ماده پنجم این قانون موارد خشونت علیه زنان جرم انگاری شده است که مهم‌ترین آن‌ها عبارت اند از: (تجاوز جنسی، مجبور نمودن به فحشاء، مجبور نمودن به خودسوزی یا خودکشی، مجروح یا معلول نمودن، آزار، اذیت و لت و کوب، خرید و فروش زنان، بد دادن، نکاح اجباری، ممانعت از حق ازدواج و حق انتخاب زوج، منع تصرف در ارث و اموال شخصی، ممانعت از حق تعلیم، تحصیل و کار و دسترسی به خدمات صحی و کار اجباری). ضمن ماده ۸ تدابیر و قایوی و حمایتی از طرف وزارت امور زنان به همکاری سایر وزارت‌ها، ادارات دولتی و غیر دولتی و مؤسسات پیش‌بینی گردیده است که هر یکی از ارگان‌های نامبرده، در ساحه کاری خویش، تدابیر لازم را در راستای جلوگیری از خشونت علیه زنان اتخاذ نماید. علاوه بر اساس ماده ۱۵ این قانون کمیسیون عالی منع خشونت علیه زن تحت ریاست وزیر امور زنان در نظر

۷۰. جهت دسترسی به سافت پی دی اف قوانین افغانستان مراجعه شود به سایت انترنتی وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، بخش مجموعه قوانین افغانستان <<http://moj.gov.af/Content/files/index.htm>> آخرین بازدید ۱۰/عقرب/۱۳۹۶.

گرفته شده است که در ترکیب آن ۱۲ نفر از معینان، رؤسا و نمایندگان ارگان‌های ذی‌ربط شامل می‌باشد. مطابق ماده ۱۶ این قانون، کمیسیون نامبرده در رابطه به جلوگیری از ارتکاب خشونت علیه زنان، صلاحیت‌های مطالعه و ارزیابی، مشورت‌دهی، تأمین هماهنگی فعالیت‌های ادارات، جمع‌آوری احصائیه و ارقام جرایم خشونت را برعهده دارد. فصل سوم این قانون به احکام جزایی در رابطه به مرتکبین جرایم خشونت علیه زنان اختصاص یافته است.^{۷۱}

قانون منع شکنجه: این قانون ضمن ۲۱ ماده در چهار فصل ترتیب گردیده است که مطابق ماده دوم آن، به‌هدف رعایت و حفظ کرامت انسانی، تأمین حقوق مظنونان، متهمان و محکومان، جلوگیری از شکنجه آن‌ها در مراحل کشف جرم، تحقیق، محاکمه و تنفیذ مجازات، حمایت از متضررین شکنجه و شهود ارتکاب آن، تعقیب عدلی مرتکبان جرم شکنجه و تأمین جبران خساره متضرر جرم شکنجه تدوین گردیده است. در مجموع قانون مذکور در ضمن مواد متعدد خویش راهکارهای جلوگیری از وقوع جرم شکنجه و رسیدگی به قضایای شکنجه را از طرق مختلف تسجیل نموده که از آن جمله مطابق ماده یازدهم آن تشکیل کمیته منع شکنجه مرکب از ۱۵ نفر تحت ریاست رئیس کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و با اعضای متشکل از معینان، رؤسا و نمایندگان باصلاحیت ارگان‌های ذی‌ربط و تأثیرگذار بر قضایای حقوق بشر در نظر گرفته شده است. مطابق ماده ۱۲ این قانون، کمیسیون مذکور دارای وظایف و صلاحیت‌های چشم‌گیری در راستای تحقق اهداف این قانون می‌باشد که عمده ترین آنها شامل نظارت از محلات سلب آزادی و مراقبت از عدم شکنجه در آن‌ها، ایجاد کمیته‌های بررسی قضایای شکنجه، پی‌گیری رسیدگی به قضایای شکنجه در مراجع عدلی و قضایی و تصویب برنامه و وضع رهنمود به‌منظور تطبیق بهتر احکام قانون مذکور می‌شود.

نکته مهم دیگری که در این قانون جلب توجه می‌کند این است که مطابق ماده ۱۳ کمیته بررسی شکنجه که مرکب از اعضای ۱۰ نفره تحت ریاست متخصص طب عدلی و عضویت متخصص صحت روانی و نمایندگان وزارت‌ها و سایر ادارات ذی‌ربط بخاطر بررسی قضایای شکنجه تشکیل می‌گردد. مطابق ماده ۱۴ کمیته صلاحیت بازدید از محلات سلب آزادی، مصاحبه با مظنونان و متهمان، شناسایی موارد شکنجه، تشخیص نحوه شکنجه، دادن اطلاع به خازنوالی مربوطه، تثبیت درد یا عذاب جسمی یا روانی به مجنی‌علیه و تعیین میزان خساره ناشی

۷۱. ریاست نشرات و زارت عدلیه افغانستان، قانون منع خشونت علیه زنان (چریده رسمی، نمبر مسلسل ۹۸۹، سال ۱۳۸۸) مواد مختلف.

از صدمه شديده جسمي يا رواني و امثال آن را دارا مي باشد. نحوه رسيدگي اين كميته مطابق به ماده ۱۵ طوري است كه حين بررسي واقعات شكنجه روش هايي را كه در پروتوكول استانبول و پروتوكول الحاقيه كنوانسيون منع شكنجه تعيين گرديده، رعايت مي نمايند.^{۷۲}

كد جزا: يكي ديگر از قوانيني كه به تازگي در افغانستان تدوين و نشر گرديده و به تعهدات بين المللي حقوق بشري کشور توجه نموده است كد جزاي جديد است. هرچند كد جزاي جديد تا هنوز به تصويب شوراي ملي کشور نرسيده است ولي بر اساس فرمان تقنيني رئيس جمهور تا اواخر سال جاري ۱۳۹۶ در کشور نافذ مي گردد. اين قانون در ضمن دو كتاب (كتاب اول احكام عمومي و كتاب دوم جرايم و جزاها) حاوي ۹۱۶ ماده تدوين گرديده كه نسبت به كد جزاي قبلي نو آوري هاي زيادي از لحاظ شكل و محتوي در آن به مشاهده مي رسد. با توجه به تعهدات بين المللي دولت افغانستان در رابطه به تضمين حقوق بنيادين بشر، اين كد جزا در بخش قانونمند ساختن حقوق بشر و درج ضمانت هاي اجرايي براي ناقضان اين حقوق از ارزش و اهميت خاصي برخوردار است. به نظر مي رسد كه اين كد جزا با درنظر داشت تحولات جديد قرن حاضر جرم انگاري هاي زيادي را انجام داده است كه قسمت زيادي از اين جرم انگاري ها با رعايت حقوق بنيادين بشر در کشور رابطه مستقيم دارد. اين جرم انگاري ها در بخش هاي مختلفي صورت گرفته است كه مهم ترين آن ها را در اين نوشتار به طور نمونه مورد بحث مختصر قرار مي دهيم: به عنوان مثال كتاب دوم باب مستقلي را به جرايم عليه بشريت اختصاص داده است كه حاوي فصول جداگانه جرايم عليه بشريت مي باشد. فصل اول آن در مورد جرايم نسل كشي است كه مطابق ماده ۳۳۳ جرايمي از قبيل (قتل اعضاي گروه، وارد كردن صدمه شديده جسمي يا رواني به اعضاي گروه، قراردادن عمدي يك گروه در معرض وضعيت زندگي نا مناسبي كه منتهي به زوال قواي جسمي كلي يا جزئي آن شود، اقدامي كه به منظور جلوگيري از توالد و تناسل يك گروه صورت گيرد و انتقال اجباري اطفال يك گروه به گروه ديگر مصداق جرايم نسل كشي شناخته شده اند). مطابق ماده ۳۳۴ جزاي تعيين شده براي مرتكبين اين نوع جرايم حسب مورد از حبس دوام درجه ۲ و در صورتي كه منجر به قتل گردد، مرتكب به اعدام محكوم مي گردد.^{۷۳} فصل دوم اين باب در ضمن ماده ۳۳۵ نوع ديگري از جرايم عليه بشريت را تحت عنوان جرايم ضد بشري مرقوم داشته و جرايم ذيل را به عنوان جرم ضد بشري فهرست نموده است:

۷۲. رياست نشرات وزارت عدليه افغانستان، قانون منع شكنجه (جريده رسمي، نمبر مسلسل ۱۲۹۶ سال ۱۳۹۶) مواد مختلف.

۷۳. مطابق ماده ۱۴۷ اين قانون، حبس قصير از ۳ ماه تا يك سال، حبس متوسط بيش از ۱ سال تا ۵ سال، حبس طويل بيش از ۵ سال تا ۱۶ سال، حبس دوام درجه ۲ بيش از ۱۶ سال تا ۲۰ سال، حبس دوام درجه يك بيش از ۲۰ سال تا ۳۰ سال مي باشد.

تسجيل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۷۹

"قتل، نابود سازی^{۷۴}، به بردگی گرفتن، اخراج یا کوچ اجباری یک جمعیت، حبس کردن یا ایجاد محرومیت شدید از آزادی‌های جسمانی مخالف قواعد اساسی حقوق بین‌الملل، شکنجه، تجاوز جنسی، برده‌گیری جنسی، فحش‌ای اجباری، حاملگی اجباری، عقیم سازی اجباری یا هر شکل دیگر خشونت جنسی در همان سطح، تعقیب و آزار هر گروه یا مجموعه مشخصی به دلایل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی، جنسیت... و هر جرمی دیگری مشمول صلاحیت دیوان جزایی بین‌المللی و سند نهایی کنفرانس دیپلماتیک روم، که در سراسر جهان به موجب حقوق بین‌الملل غیر مجاز شناخته شده است، ناپدید کردن اجباری اشخاص، جنایت تبعیض نژادی و سایر اعمال غیر انسانی دیگری که عمداً به قصد ایجاد رنج عظیم یا صدمه شدید به جسم یا به سلامت روانی یا جسمی صورت پذیرد."^{۷۵}

مطابق ماده ۳۳۶ این قانون برای مرتکبان جرایم ضد بشری، حسب مورد، جزای حبس طویل، حبس دوام درجه ۱ حبس دوام درجه ۲ و حتی اعدام پیش‌بینی شده است. باب چهارم این قانون فصل نهم خویش را به جرم شکنجه اختصاص داده و ضمن مواد ۴۵۰ تا ۴۵۲ مصادیق و جزای‌های آن را تعیین نموده است. منع شکنجه یکی از حقوق بنیادین بشر می‌باشد که در مباحث قبلی به آن پرداختیم. همین‌طور تمام موارد مربوط به حقوق بشر و حقوق بنیادین بشر در لابلای مواد کد جزای افغانستان درج گردیده و جزای ناقضین این حقوق مشخص گردیده که جهت جلوگیری از طوالت بحث به مثال‌های فوق اکتفا می‌شود.^{۷۶}

۳- چگونگی وضعیت حقوق بنیادین بشر و علل نقض آن در افغانستان

در ذیل این عنوان ابتدا چگونگی وضعیت اجرای عملی تعهدات حقوق بشری افغانستان را به مطالعه می‌نشینیم که در واقع نتایج متوقعه همه تعهدات ملی و بین‌المللی دولت افغانستان و تحقق اندیشه‌ها و آرمان‌های پاک بشری در راستای تأمین حقوق و آزادی‌های بنیادین ملت افغانستان را شامل می‌شود. در این بخش، بررسی ما مبتنی بر گزارشاتنی خواهد بود که، در رابطه به وضعیت حقوق بشر در افغانستان، توسط مراجع معتبر و مسئول ملی و بین‌المللی، مانند کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد و دفتر یوناما در کابل و سایر مراجع

۷۴. بر اساس بند ۲ ماده ۳۳۲ نابودسازی شامل تحمیل عمدی وضعیت خاصی از زندگی است از جمله محروم کردن از دسترسی به غذا و دوا که به منظور منهدم کردن بخشی از یک جمعیت برنامه ریزی می‌شود.

۷۵. ماده ۳۳۵ کد جزای جدید افغانستان (جریده رسمی، نمبر مسلسل ۱۲۶۰ سال ۱۳۹۶).

۷۶. همان، مواد مختلف.

ذی ربط منتشر گردیده است. سپس عمده ترین علل و عوامل نقض حقوق بشر در افغانستان را که ریشه در واقعیت های عینی جامعه افغانی دارند، طور مختصر به بحث خواهیم گرفت تا با واضح شدن این علل و اسباب، پیدا نمودن راه حل های اساسی برای بهبود وضعیت حقوق بنیادین بشر در افغانستان برای ما میسر گردد.

۱-۳ چگونگی وضعیت حقوق بنیادین بشر در افغانستان

الف- چگونگی وضعیت حقوق و آزادی های اساسی افراد: گزارشات منتشر شده توسط منابع مختلف داخلی و خارجی از جمله کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان از وضعیت اسفبار حقوق و آزادی های اساسی افراد یا همان حقوق بنیادین بشر در تمام زمینه های آن در این کشور خبر می دهد. هرچند با تشکیل نظام جدید پسا طالبان در افغانستان، کوشش های چشم گیری بنحاطر تأمین حقوق و آزادی های اساسی شهروندان صورت گرفته ولی به نظر می رسد که این تلاش ها کافی نبوده و با در نظر داشت وضعیت بحرانی موجود در کشور، ضرورت داشتن اراده قوی دولت مردان و سعی و تلاش بیشتر برای اجرای تعهدات و مبارزه با نقض گسترده حقوق بنیادین بشر احساس می شود. در ذیل چگونگی وضعیت حقوق متذکره را در ضمن گزارشات ارائه شده تحت عناوین جداگانه مورد ارزیابی قرار دهیم:

حق حیات: حق حیات یا زندگی مهم ترین حق بنیادین بشر است. به استثنای حالاتی که بر اساس محاکمه عادلانه صورت گیرد، این حق در هیچ نوع شرایطی قابل تعلیق و تخطی نمی باشد. چنانچه بر اساس آخرین گزارش کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان در سال ۱۳۹۵ جمعاً ۱۶۷۶۵ مورد نقض حقوق بشر در این کشور به ثبت رسیده است که از آن جمله ۱۰۶۰۸ مورد آن متعلق به حق حیات بوده و اکثراً تلفات افراد ملکی را شامل می شود (۲۸۲۳ کشته و ۷۷۸۵ زخمی). دلیل این که چرا این حق مهم بشری بیش تر از سایر حقوق در افغانستان نقض می شود، وضعیت جنگی و گسترش خشونت ها از قبیل حملات انتحاری، ترور، قتل های ناموسی، قتل های ناشی از منازعات و امثال آن بوده است. آمارهای ثبت شده این کمیسیون نیز نشان می دهد که در طول سال ۱۳۹۵ جمعاً ۲۸۶۰ مورد نقض حق حیات در کشور صورت گرفته است، که از این جمله ۳۷ مورد آن شامل اعدام های بدون محاکمه، ترور، قتل های ناموسی، محاکمات صحرایی و قتل هایی را شامل می شود که دولت به آن ها رسیدگی نکرده است.^{۷۷}

۷۷. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، وضعیت حقوق بشر افغانستان در سال ۱۳۹۵، گزارش دوازدهم، ص ۸. برای کسب معلومات بیشتر مراجعه شود به گزارش کامل کمیسیون حقوق بشر که به شکل Pdf در سایت کمیسیون موجود می باشد <www.aihr.org>

تسجيل و اجرای تعهدات بین المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۸۱

خشونت علیه زنان: قضایای مربوط به خشونت علیه زنان در سال ۱۳۹۵ نیز جمعاً ۵۵۷۵ مورد گزارش شده است که از آن جمله ۱۵۹۱ مورد آن خشونت‌های فیزیکی و جسمی، تعداد ۳۶۱ مورد دیگر آن خشونت‌های جنسی، ۱۸۸۷ مورد آن شامل خشونت‌های لفظی و روانی، ۱۱۲۱ مورد خشونت‌های اقتصادی (مانند مجبور کردن دختران به ازدواج برای دریافت پول) و ۶۱۵ مورد دیگر آن را سایر موارد خشونت علیه زنان تشکیل می‌دهد، که به نحوی با عرف و عنعنات ناپسندیده رایج در کشور افغانستان ارتباط دارند.^{۷۸} علاوه بر آنچه تذکر داده شد، موارد دیگری از نقض حقوق بنیادین بشر در افغانستان وجود دارد که تحت عنوان (قضایای خاص حقوق بشر) در برگیرنده شکایات شهروندان به کمیسیون می‌باشد. در سال ۱۳۹۵ جمعاً ۵۸۲ قضیه نقض حقوق بشر در کمیسیون به ثبت رسیده است. طبق یافته‌های این تحقیق ۳۱ فیصد ازدواج‌های زودهنگام دختران به دلیل حل مشکلات اقتصادی [خانواده‌های شان] بوده است. بدین معنی که دختران در سنین پایین در بدل مبلغی پول و یا اجناس دیگر مجبور به ازدواج می‌شوند. رسوم سنتی از قبیل دریافت مبالغ بالا به نام طویانه، شیربها یا گله، از سوی فامیل دختر همچنان در مناطق مختلف افغانستان رواج دارد و فامیل‌ها بدون در نظر داشت عواقب آن، ارزش‌های حقوق بشری را نادیده گرفته و دختران را زیر عنوان سنت و عنعنات رایج، در واقع خرید و فروش می‌کنند.^{۷۹}

منع شکنجه: هرچند در مورد ممنوعیت شکنجه، بخاطر حفظ کرامت و عزت انسان در قوانین بین‌المللی و ملی تأکیدات فراوانی صورت گرفته و بخاطر رفع این معضل بشری حین اجراءات در ارگان‌های عدلی و قضایی تلاش‌های زیادی انجام شده است، اما تا هنوز هم از طریق اعمال شکنجه و بد رفتاری، کرامت انسانی شهروندان در هنگام تحقیق و توقیف مورد بی احترامی قرار می‌گیرد. طبق آمار کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان در سال ۱۳۹۵ جمعاً ۸۲ قضیه در مورد ارتکاب جرم شکنجه و بد رفتاری و نادیده گرفتن کرامت انسانی در دفاتر کمیسیون ثبت شده است. در سال ۱۳۹۴ جمعاً ۱۰۱ قضیه شکنجه در کمیسیون ثبت شده بود که در مقایسه با آن در سال ۱۳۹۵ موارد شکنجه کمتر شده است. از میان مصادیق مختلف شکنجه، مانند شکنجه جسمی، رفتار خشن و غیر انسانی، مجازات ظالمانه و تحقیرکننده، تجاوز، بهره‌کشی جنسی که همه در ذیل جرم شکنجه و بد رفتاری قرار می‌گیرند؛ بیش‌ترین تعداد (۶۴ مورد) مربوط به رفتارهای خشن و غیر انسانی شامل لت و کوب، برخورد‌های فیزیکی و توهین و تحقیر بوده است. علاوه بر آن ۸ مورد

شکجه و ۸ مورد تجاوز جنسی نیز در سال ۱۳۹۵ در کمیسیون متذکره به ثبت رسیده است.^{۸۰}

حق آزادی بیان و مطبوعات: گزارشات ارائه شده نشان دهنده آن است که دولت افغانستان به طور سیستماتیک مانعی برای آزادی بیان ایجاد نکرده، اما در زمینه تأمین امنیت خبرنگاران و کارکنان رسانه‌ها موفق نبوده است.^{۸۱} سال ۱۳۹۵ برای خبرنگاران سال خونینی بوده که در آن ۱۴ کارمند رسانه‌ای جانشان را از دست داده‌اند. بر اساس آمار مؤسسه حمایت از رسانه‌های آزاد (نی)،^{۸۲} در سال ۲۰۱۶ جمعاً ۴۱۵ مورد خشونت علیه خبرنگاران به ثبت رسیده است که از این میان ۱۴ مورد قتل، ۲۳ مورد زخمی، ۳ مورد بازداشت، ۴۳ مورد لٔ و کوب، ۴۰ مورد تهدید و اهانت و ۲۹۲ مورد آن تهدیدهای گروهی را شامل می‌شود. از این جمله ۶۳ مورد آن توسط دولت، ۳۲۶ مورد آن توسط طالبان و ۲۶ مورد آن توسط اشخاص ناشناس صورت گرفته است.^{۸۳} سازمان حمایت از رسانه‌های آزاد افغانستان گزارشی را نشر نموده است که در آن وضعیت رسانه‌ها و آزادی بیان در دوران حکومت وحدت ملی را با دوران حکومت آقای کرزی مقایسه نموده و دوره حکومت جدید وحدت ملی را نسبت به دوران قبلی بدتر توصیف نموده است. مهم‌ترین موارد آن شامل نقض قانون اساسی، قانون رسانه‌ها، قانون دسترسی به اطلاعات و اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌های حقوق بشری که افغانستان به آن‌ها در زمینه رعایت حق آزادی بیان و بخش اطلاعات متعهد است، عنوان شده و در تفصیل این ادعا مواردی از نقض این قوانین توسط شخص رئیس جمهور و محافظین ایشان، شورای امنیت و سایر ارگان‌های دولت نیز به نشر رسیده است. در یک گزارش دیگر بنیاد مذکور حکومت وحدت ملی را قانون ساز قانون شکن معرفی کرده و دلایل زیادی را برای اثبات ادعای خود ذکر نموده است.^{۸۴} نی در یک گزارش دیگر خود که از رسیدگی به ۱۷۰ پرونده خشونت علیه خبرنگاران توسط وزارت امور داخله خبر می‌دهد، ۲۴ مورد خشونت علیه خبرنگاران مربوط ریاست امنیت ملی، ۸ مورد مربوط به ستره محکمه، ۷ مورد مربوط به وکلای

۸۰. همان، ص ۶، ۳۰-۳۳.

۸۱. همان، ص ۱۰.

۸۲. مؤسسه حمایت از رسانه‌های آزاد افغانستان (نی)، مؤسسه غیر حکومتی افغانی و یکی از اعضای شبکه بین‌المللی انترنیوز بوده و در سال ۱۳۸۴ تاسیس گردیده است که در راستای توانمند سازی رسانه‌های آزاد و تعمیم آزادی بیان، در عرصه‌های آموزشی، دادخواهی و تولیدی کار می‌نماید. برای معلومات بیشتر به سایت انترنتی مؤسسه مذکور مراجعه شود. <<http://nai.org.af/dr>> آخرین بازدید ۲۰۱۸/۰۱/۰۳.

۸۳. گروه حمایت از رسانه‌های آزاد (نی) گزارش سال ۲۰۱۶ دیده بان رسانه‌ها، (گراف خشونت در برابر خبرنگاران و کارمندان رسانه‌یی در افغانستان) فایل pdf موجود در سایت انترنتی (نی) <<http://nai.org.af/dr/media-watch-report>> آخرین بازدید ۲۰۱۷/۰۱/۱۱.

۸۴. مؤسسه حمایت از رسانه‌های آزاد افغانستان، مقایسه وضعیت آزادی بیان در حکومت وحدت ملی و دوران حکومت ۱۳ ساله حامد کرزی، فایل pdf موجود در سایت انترنتی مؤسسه، <<http://nai.org.af/dr>> آخرین بازدید ۲۰۱۷/۰۱/۱۱.

تسجيل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۸۳

پارلمان و یا محافظین‌شان، سه مورد مربوط به محافظان ریاست جمهوری و ۹ مورد دیگر به نیروهای ائتلاف بین‌المللی مقیم در افغانستان تعلق دارد که رسیدگی به آن‌ها از صلاحیت کاری وزارت امور داخله افغانستان بیرون دانسته شده‌اند. عنوان جذاب دیگری که در گزارش متذکره به چشم می‌خورد این است که تا هنوز ۳۴ فیصد نهادهای دولتی افغانستان، اصلاً مرجع مشخصی برای اطلاع‌رسانی ندارند. این در حالیست که ماده ۱۰ قانون دسترسی به اطلاعات^{۸۵} چنین مشعر است: «ادارات مکلف‌اند به‌منظور تأمین حق دسترسی اتباع کشور به اطلاعات، مرجع مسوول اطلاع‌رسانی را مشخص نمایند.»^{۸۶} کتمان غیر قانونی اطلاعات از شهروندان نیز در ارگان‌های دولتی به‌مشاهده رسیده است. چنانچه آخرین مورد آن کتمان جای ملاقات رئیس جمهور و رئیس اجرائیه دولت با وزیر خارجه ایالات متحده آمریکا است که با فوتوشاپ تصویر سالن ملاقات بگرام همراه بود و انعکاس خیلی منفی در رسانه‌های اجتماعی داشت.^{۸۷}

حق بر آزادی و امنیت شخصی: حق آزادی و امنیت شخصی یکی دیگر از مهم‌ترین حقوق بنیادین بشری است. هر انسان آرزو دارد تا در محیط آزاد همراه با آرامش و امنیت زندگی نماید. اگر این حق انسان تأمین نگردد، افراد نمی‌توانند به درستی از بسیاری حقوق دیگر خود مستفید شوند. بر اساس معیارهای بین‌المللی حقوق بشر، هر انسان حق دارد از آزادی و امنیت شخصی برخوردار باشد و دولت نیز موظف است تا از آزادی و امنیت شهروندان خویش حفاظت نماید.^{۸۸} در سال ۱۳۹۵ در کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان جمعاً ۲۰۳ مورد نقض حق آزادی و امنیت شخصی به ثبت رسیده است. درحالیکه این رقم در سال ۱۳۹۴ به ۱۹۹ مورد می‌رسید. بر اساس قضایای ثبت شده در کمیسیون مستقل حقوق بشر میتوان ادعا کرد که نقض حق آزادی و امنیت شخصی که از طرف نیروهای مسلح دولت، افراد قدرتمند محلی و مخالفین مسلح دولت صورت می‌گیرد، در جریان سه سال اخیر رو به افزایش بوده است.^{۸۹}

۸۵. ریاست نشرات وزارت عدلیه افغانستان، قانون دسترسی به اطلاعات (جریده رسمی، نمبر مسلسل ۱۱۵۶ سال ۱۳۹۳) ماده دهم.

۸۶. مؤسسه حمایت از رسانه‌های آزاد افغانستان، گزارش دیده بان رسانه‌ها (ماهنامه شماره ۱۴۸، برج سنبله ۱۳۹۶) ۱۳. فایل pdf این ماهنامه در سایت انترنتی نی موجود می‌باشد <<http://nai.org.af/files/documents/mw/mw148.pdf>> آخرین بازدید ۲۰۱۷/۰۱/۱۱.

۸۷. به عنوان مثال رجوع شود به سایت خبرنامه <<http://khabarmama.net/blog/2017/10/24/edited-photos-of-meeting>>

شبکه اطلاع‌رسانی افغانستان <<http://www.afghanpaper.com/nbody.php?id=140496>>

و افغانستان- رو <<http://www.farsi.ru/doc/14783.html>> آخرین بازدید ۲۰۱۸/۰۱/۰۳

۸۸. رک: مقدمه اعلامیه حقوق بشر اسلامی، ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۲۴ قانون اساسی افغانستان.

۸۹. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، گزارش وضعیت حقوق بشر در سال ۱۳۹۵، پیشین، ۶ و ۲۴.

ب - چگونگی وضعیت حقوق متهمان و محکومین: طوری که در بخش‌های قبلی نیز یادآوری نمودیم، انسان‌ها زمانی که در وضعیت خاص اتهام و یا محاکمه قرار می‌گیرند از هر وقت دیگری بیشتر با خطر پامال شدن حقوق خویش مواجه می‌شوند. در خصوص نقض حقوق متهمان و محکومان در سال ۱۳۹۵ در افغانستان نیز گزارشاتی به ثبت رسیده است. بر مبنای آمار موجود در گزارشات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان در سال ۱۳۹۵ جمعاً ۱۸۳ مورد نقض حقوق متهمان و محکومان به ثبت رسیده است که از این میان بیشترین تخطی یعنی ۹۰ مورد مربوط به آن دسته متهمانی است که دوسیه‌های‌شان در میعاد معین قانونی توسط مراجع ذی‌ربط رسیدگی نشده است. هم‌چنان در جریان سال ۱۳۹۵ جمعاً ۳۴ مورد نقض حق رهایی از توقیف غیرقانونی نیز در کمیسیون به ثبت رسیده است که بیش‌ترین تخطی‌ها نسبت به حقوق متهمان و محکومان را بازداشت‌ها و توقیف‌های خلاف قانون تشکیل می‌دهد.^{۹۰}

توقیف خود سرانه و لت و کوب: بخاطر تحقق حق آزادی که از اساسی‌ترین حقوق اساسی افراد است، در جامعه‌ایکه قانون حاکم باشد، نباید هیچ‌کسی بدون حکم قانون دستگیر و توقیف شود. طبق آمار کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، در سال ۱۳۹۵ به تعداد ۱۱۹ تن از شهروندان بر خلاف قانون دستگیر و توقیف شده‌اند. به بیان ساده تقریباً در هر ۳ روز یک شهروند افغانستان، برخلاف قانون، توسط افراد مسلح و زورمندان و حتی توسط نیروهای امنیتی و مجری قانون و تأمین‌کنندگان امنیت، دستگیر و توقیف شده‌اند.^{۹۱} طبق معیارهای بین‌المللی و قوانین ملی هیچ‌کسی نباید مورد ضرب و شتم قرار گیرد، زیرا این عمل مصداقی برای شکنجه است که منع آن از حقوق بنیادین بشر به‌شمار می‌رود. بنابر این اگر شخص به‌هر دلیلی در معرض چنین عملی قرار گیرد، عامل آن باید به‌طور جدی مورد پیگرد قانونی قرار گرفته، حق نقض شده اعاده و خسارت وارده بر شخص متضرر باید جبران شود.^{۹۲} در سال ۱۳۹۴ در کنار نقض سایر حقوق بنیادین بشری، افراد زیادی در معرض لت و کوب قرار گرفته‌اند و جمعاً ۳۰ مورد نقض این حق در دیتابیس کمیسیون مستقل حقوق بشر ثبت شده است. بر اساس گزارش‌های موجود، به‌دلیل اینکه گاهی عاملان چنین تخطی‌ها افراد زورمند، قوماندانان محلی، افراد مسلح غیرمسئول و حتا پلیس و اردوی ملی و محافظان مقامات بلند رتبه دولت هستند، در شرایط کنونی نسبت

۹۰. همان، ص ۷.

۹۱. همان، ص ۲۷.

۹۲. ماده ۷ اساسنامه محکمه بین‌المللی عدالت، ماده ۱ کنوانسیون بین‌المللی منع شکنجه و ماده ۳ قانون منع شکنجه افغانستان.

تسجيل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۸۵

به اعاده حق قربانی و مجازات تخطی‌کنندگان توجه کافی صورت نمی‌گیرد.^{۹۳} علاوه بر گزارش کمیسیون مستقل حقوق بشر، دفتر کمیشنری عالی حقوق بشر و هیأت معاونت سازمان ملل متحد در افغانستان (یوناما) در کابل نیز در گزارش مشترک خود که بعد از انجام تحقیق در مورد چگونگی برخورد با توقیف شدگان منازعات مسلحانه بر اساس تطبیق برنامه ملی محو شکنجه در افغانستان، منتشر شده است، موارد زیادی از شکنجه افراد را در مراکز سلب آزادی گزارش داده‌اند. یوناما در یافته است که در سال‌های ۲۰۱۵ و ۲۰۱۶ از جمله ۴۶۹ نفر توقیف شدگانی که با آن‌ها مصاحبه شده است، ۱۸۱ نفر آن‌ها مورد شکنجه و سایر اشکال برخورد اهانت آمیز و غیر انسانی قرار گرفته‌اند که جمعاً ۳۹ فیصد را نشان می‌دهد. در حالیکه این رقم در سال‌های ۲۰۱۳ و ۲۰۱۴ پایین‌تر از آن و ۳۵ در صد را نشان می‌داد. این گزارش مفصل وضعیت حقوق بشر را در مراکز مختلف سلب آزادی، با تفکیک ارگان‌های امنیتی مربوطه دولت افغانستان (پلیس، اردوی ملی، امنیت ملی) طور مستند ارائه نموده است که در صفحه انترنتی کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد موجود می‌باشد.^{۹۴}

تعیین سرنوشت در میعاد مقرر: هر شخصی که توسط مراجع مربوط مورد سوء ظن و یا اتهام قرار می‌گیرد، باید در همان میعادی که قانون برای آن تعیین نموده است، به قضیه رسیدگی و سرنوشت متهم تعیین گردد. هرگاه ادارات مربوطه در زمان معین قانونی به اتهام متهمان رسیدگی نه نمایند، یکی از حقوق بشری که همانا منع آزادی است، نقض شده است. در سال ۱۳۹۵ بنابر آمار موجود از جمع ۱۸۳ مورد نقض حقوق متهمان و محکومان ۹۰ مورد آن مربوط به آن دسته متهمانی است که دوسیه‌های شان در میعاد معین قانونی توسط مراجع ذی‌ربط رسیدگی نشده است. گرچه وضعیت رسیدگی به دوسیه‌های متهمان نسبت به سال‌های گذشته بهتر شده است. قرار گزارشات اکثر دوسیه‌های متهمان در ستره محکمه و اداره لوی خرنوالی، بیش از میعادی که قانون اجراءات جزایی برای رسیدگی در این مرحله تعیین کرده است، معطل می‌ماند. مشکل دیگر در این زمینه رفت و برگشت دوسیه‌ها از ولایات به کابل و از کابل به ولایات است. البته این مشکل در مورد آن عده از متهمان و محکومانی که کسی را به‌عنوان همراه یا پایواز ندارند

۹۳. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، گزارش وضعیت حقوق بشر در سال ۱۳۹۵، پیشین، ۲۸.

۹۴. دفتر یوناما در کابل و دفتر کمیشنری عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد، گزارش برخورد با توقیف‌شده گان منازعات در افغانستان، ب ص. pdf گزارش در سایت کمیشنری عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد صفحه افغانستان <<http://www.ohchr.org/EN/Countries/AsiaRegion/Pages/AFIndex.aspx>> آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۰/۳۰.

تا دوسيه‌های‌شان را در ستره محکمه و لوی خاړنوالی تعقيب نمايد، بيشتر واقع می‌شود.^{۹۵} در کنار مشکلات موجوده در عرصه حقوق بنيادين بشر در افغانستان، طی سال‌های اخير تلاش‌های فراوانی در جهت بهبود وضعیت بشر در این کشور صورت گرفته است که با وجود ناکافی بودن آنها، نه می‌توان این پیشرفت‌ها را نادیده انگاشت. مهم‌ترین دست‌آورد دولت افغانستان انکشافات حقوق بنيادين بشر در عرصه قانون‌گذاری است که در بخش تعهدات حقوق بشری افغانستان در سطح ملی به آن پرداخته شد. علاوه بر پیشرفت‌های مذکور در بخش اجراءات نیز قدم‌های بزرگی برداشته شده است که از جمله تشکیل کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، اضافه نمودن ریاست‌ها، آمریتها و یا مدیریت‌های حقوق بشر در ادارات دولتی و هم اضافه نمودن پست جدیدی بنام (جندر) را در ادارات دولتی می‌توان نام برد.^{۹۶} هم چنان ارگان‌های امنیتی، عدلی و قضایی رسیدگی به امور حقوق بشر و جلوگیری از نقض این حقوق را در داخل ادارات متذکره توسط منسوبین بخش‌های حقوق بشر خود انجام می‌دهند که تا جایی مؤثر واقع گردیده است. در سال ۱۳۹۴ دولت پلان ملی برای محو شکنجه را به تصویب رساند که بر مبنای آن کوشش‌های فراوانی در راستای تصویب قوانین، نشر پالیسی‌ها و ایجاد و تهیه مکانیزم‌ها برای نظارت از حقوق بشر در چوکات اجراءات قانونی نهادهای امنیتی صورت گرفت که توسط مراجع معتبر ملی و بین‌المللی فعال در عرصه حقوق بشر نیز مورد استقبال قرار گرفته است.^{۹۷}

۲-۳ عمده‌ترین علل نقض حقوق بنيادين بشر در افغانستان

منظور ما از ارائه این بحث جستجوی راه‌های برائت برای دولت جمهوری اسلامی افغانستان در قبال مشکلات موجود در عرصه حقوق بشر نیست. چون قبلاً گفتیم که حقوق بنيادين بشر در هر نوع شرایط غیر قابل تعلیق و انحراف می‌باشند. بلکه هدف ما از ارائه این عوامل یافتن ریشه‌های اصلی و انگیزه‌های عدم رعایت و اجرای حقوق بنيادين بشر در افغانستان است تا باشد که با روشن شدن این علل و انگیزه‌ها پیدا شدن راه حل‌های اساسی برای بهبود وضعیت حقوق بنيادين بشر در افغانستان برای ما میسر گردد. طوری که دیده می‌شود، عمده‌ترین علل مشکلات حقوق بشر در افغانستان عبارت اند از جنگ و نا امنی، فقر، پایین بودن سطح دانش عمومی، حاکم بودن عرف‌های ناپسند در جامعه و غیره. که در ذیل طور خلاصه مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۹۵. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، پیشین. آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۰/۲۲.

۹۶. تشکیلات موجود در ادارات جمهوری اسلامی افغانستان.

۹۷. دفتر یوناما در کابل و دفتر کمیشنری عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد، پیشین.

طوری که به مشاهده می‌رسد عمده‌ترین علت نقض حقوق بشر وجود جنگ و نا امنی در کشور است که در واقع مادر تمام مصیبت‌ها و مشکلات به شمار می‌رود. از آن جایی که جنگ همه ارزش‌های مادی و معنوی یک جامعه را به کام نیستی فرو می‌برد، این پدیده شوم با ارزش‌های حقوق بشری و حقوق بنیادین آن نیز کاملاً در تضاد قرار داشته و رعایت آن‌ها را دشوار و حتی نا ممکن می‌سازد. در کشور افغانستان از آغاز کودتای کمونیستی در سال ۱۳۵۷ تا اکنون تقریباً نزدیک به چهار دهه است که جنگ‌های خانمان‌سوز و ویرانگر ادامه دارد. از یک طرف وقوع این جنگ‌ها خود منجر به ارتکاب جرایم جنگی گردیده و از سوی دیگر با بزرگ شدن بیش از یک نسل از افراد در سایه جنگ‌های خونین، فرهنگ قتل، تجاوز، خشونت، ظلم و وحشت در کشور عام گردیده و زمینه‌های نقض هرچه بیشتر حقوق بنیادین بشر را فراهم نموده است. به عنوان مثال حق حیات که یکی از مهم‌ترین حقوق بنیادین بشری محسوب می‌شود، در فضای جنگ مفهوم خود را از دست می‌دهد و طرف‌های درگیر در منازعات مسلحانه طبعاً تشنه ریختاندن خون یک‌دیگر بوده و جانب مقابل را مباح‌الدم می‌دانند. فراهم نمودن فضای امن برای شهروندان و یا تأمین حق حیات یکی از وظایف اساسی و مسئولیت ملی و بین‌المللی دولت افغانستان است که با وجود کمک‌های جامعه جهانی و حضور نیروهای نظامی ناتو و ایالات متحده آمریکا، دولت در این راستا نه تنها موفقیت‌های چندانی نداشته، بلکه وضعیت امنیتی هر روز بدتر از پیش گزارش داده می‌شود.^{۹۸}

عامل مهم دیگری که به عنوان یکی از انگیزه‌های نقض حقوق بشر در افغانستان شناخته شده است، فقر و مشکلات اقتصادی می‌باشد. هرچند فقر خود یکی از پیامدهای جنگ و نا امنی در کشور است ولی در عین حال باعث نقض حقوق بنیادین بشر در کشور گردیده است. گزارش‌های ارائه شده توسط مراجع معتبر ملی و بین‌المللی نشان‌دهنده آن است که مردم در بسا موارد بخاطر فقر و مشکلات اقتصادی دست به نقض اساسی‌ترین حقوق بشری از قبیل سلب آزادی دیگران و فروش انسان می‌زنند.^{۹۹} به همین شکل تعداد زیادی از جرایم حقوق بشری دیگر مانند، قتل، اختطاف، تجاوز و امثال آن، حتی در میان اطفال، انگیزه مالی و اقتصادی داشته و

98. International Federation for Human Rights (FIDH), Human Rights at a cross roads: The need for a rights-centred approach to peace and reconciliation in Afghanistan, PDF file available in the website of <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/af0512589a.pdf>> PP 6-10.

۹۹. برای معلومات بیشتر مراجعه شود به: گزارش وضعیت حقوق اقتصادی و اجتماعی سال‌های ۱۳۹۴-۱۳۹۵ افغانستان، گزارش هشتم (نشر کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کابل ۱۳۹۵)، ۶، ۱۱، ۲۹، ۳۳، ۸۵، ۸۶ و ۸۷. فایل pdf <<http://www.aihrc.org.af/home/research-reports/6508>> آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۱/۰۳.

از فقر و تنگدستی ناشی می‌شود.^{۱۰۰} این در حالیست که آزادی و حفظ کرامت انسانی به عنوان حقوق بنیادین بشر توسط جامعه بین‌المللی به رسمیت شناخته شده و در هیچ صورت قابل نقض نه می‌باشند.^{۱۰۱}

پایین بودن سطح دانش و سواد عمومی عامل مهم دیگری در جهت عدم رعایت ارزش‌های حقوق بشری شمرده می‌شود. زیرا اکثریت کسانی که مرتکب نقض حقوق بشری می‌شوند از سواد و دانش لازم برخوردار نیستند تا با آگاهی لازم به چنین اعمالی دست نه‌زده و حقوق دیگران را احترام بگذارند. دنیلو پدیدا، رییس تعلیم و تربیه سازمان بین‌المللی یونسکو در افغانستان که در سنبله ۱۳۹۵ در برنامه گرامیداشت از روز جهانی سواد در کابل سخنرانی می‌کرد، آمار بی‌سوادی در میان زنان افغان را در مرکز شهرها ۸۰ درصد و در اطراف ۹۰ درصد و در میان مردان افغان جمعاً ۶۳ درصد اعلان نمود.^{۱۰۲} بر بنیاد آمار وزارت معارف، افغانستان هنوز هم جزء ۵ کشوری است که بیش‌ترین افراد بی‌سواد را در جهان دارد،^{۱۰۳} و جمعاً بیش از ۶۵ درصد نفوس آن را از میان واجدین شرایط با سوادی، افراد بی‌سواد تشکیل می‌دهند. با توجه به گزارشات ارائه شده توسط کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و سایر مراجع با صلاحیت، یکی از فکتورهای اساسی نقض حقوق بشر در کشور افغانستان پایین بودن سطح سواد عمومی است.^{۱۰۴}

در کنار عوامل متذکره فوق‌عرف و عنعنات ناپسند عامل دیگری است که در جامعه افغانی حاکم بوده و باعث نقض و عدم رعایت حقوق بشر می‌گردد. بیش‌ترین این عنعنات ناپسند در تعارض کامل با حقوق بنیادین بشر از جمله حقوق زنان و کودکان، آزادی، برابری، دسترسی به عدالت و کرامت انسانی قرار دارد که در بخش‌های مختلف قبلاً به آن اشاره شده است. به‌عنوان نمونه دیده شده که در بعضی مناطق افغانستان عده دختران شان را، بدون در نظر داشت رضایت ایشان، بنام بدل و یا بد جبراً به ازدواج وادار ساخته و حق انتخاب شوهر را از ایشان سلب می‌نمایند.^{۱۰۵}

۱۰۰. برای معلومات بیشتر مراجعه شود به گزارش تحقیقی وضعیت اطفال طی سال‌های ۱۳۹۴-۱۳۹۵ در افغانستان، (نشر کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کابل ۱۳۹۵/۰۶/۰۳)، ۶، ۱۵، ۱۸، ۲۲، ۲۷، ۲۹، ۴۱ و ۶۱. فایل pdf <<http://www.aihrc.org.af/home/>> child/6519 <آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۱/۰۳>.

۱۰۱. ماده ۱ و ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند ۱ ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶.

۱۰۲. خبرگزاری مرکزی ۱۳۹۵/۰۶/۱۴ <<http://markazipress.com>> <آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۱/۰۳>.

۱۰۳. شبکه اطلاع رسانی افغانستان، خبر ۱۳۹۲/۰۵/۲۸، <<http://www.afghanpaper.com/nbody.php?id=56492>> <آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۱/۰۴>.

۱۰۴. و سیاست سازمان جهانی یونسکو، صفحه افغانستان، <<http://uis.unesco.org/en/country/AF>> <آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۱/۰۴>.

۱۰۵. کمیسیون مستقل حقوق بشر، گزارش وضعیت حقوق بشر در سال ۱۳۹۵، پیشین، ۹.

نتیجه‌گیری

از مطالعه و تحلیل موضوعات قبلی چنین نتیجه گرفته می‌شود که حقوق بنیادین بشر از جمله مهم‌ترین حقوقی بشری هستند که تنها با تأمین و تحقق آنها بحیث جزء لایتجزای ذات و طبیعت انسان به‌عنوان اشرف مخلوقات، انسانیت بشر به معنی واقعی آن متحقق گردیده و مقام و منزلت والای آن تثبیت می‌گردد. بنابر همین اهمیت است که در مهم‌ترین اسناد بین‌المللی و منطقوی حقوق بشر و هم‌چنان قوانین اساسی کشورها این حقوق به‌حیث حقوق بنیادین یا اساسی بشر درج گردیده و کشورها نه می‌توانند حتی در سخت‌ترین شرایط، مانند حالت اضطرار، آن‌ها را به‌حالت تعلیق در آورند. علاوه‌تاً این حقوق بنابر ویژگی‌های خاصی که دارند، با اجماع جهانی، به‌عنوان تعهدات عام‌الشمول دولت‌ها و قواعد آمره بین‌المللی پذیرفته شده‌اند.

نتیجه دیگری که از لابلای مباحث قبلی حاصل می‌شود این است که دولت‌ها با امضاء و تصویب اسناد بین‌المللی حقوق بشری، در برابر جامعه ملی و بین‌المللی مسئولیت پیدا نموده، مکلف‌اند تا مطابق تعهدات خویش اقدامات لازم را در جهت تأمین این حقوق انجام دهند، در غیر آن و در صورت نقض تعهدات حقوق بنیادین بشری، سایر کشورها می‌توانند که علیه کشور ناقض این حقوق به اقدامات لازمه متوسل شده و حتی، طی شرایط خاصی، اقامه دعوا نمایند. و هم‌کشورها نمی‌توانند هیچ‌نوع قراردادی را که محتوای آن با حقوق بنیادین بشر در تضاد باشد، منعقد نمایند. در کل از این امور می‌توان چنین نتیجه گرفت که نقض حقوق بنیادین بشر در قرن حاضر برابر با نقض قواعد آمره حقوق بین‌الملل بوده و نقض قواعد آمره مترادف با تهدید صلح و امنیت بین‌المللی به‌شمار می‌رود. لذا قواعد بنیادین حقوق بشر نظام بین‌المللی قرن بیست و یکم را تحت تأثیر خود قرار داده‌اند.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی یکی از معتبرترین اسناد حقوق بشری بین‌المللی است که بیش‌ترین حقوق بنیادین بشر در آن درج گردیده است. کشور افغانستان در سال ۱۹۸۳ این میثاق را امضاء و تصویب نموده و در موارد زیادی احکام آن را در قوانین داخلی، از جمله قانون اساسی خود، تسجیل نموده و برعلاوه بسیاری قوانین عادی خود را نیز در مطابقت با حقوق بنیادین بشری تدوین نموده است. لذا از اینکه بحیث عضو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی برای اجرا و تطبیق احکام آن متعهد است، برای رعایت این حقوق در سرزمین مربوطه خودش مسئولیت ملی و بین‌المللی داشته ایجاب می‌نماید تا اقدامات لازم را در راستای تحقق و تأمین حقوقی متذکره به‌خرچ داده و مسئولیت خود را ایفاء نماید. طوری که در گزارش‌های منتشره

نهادهای مسئول ملی و بین‌المللی مانند گزارش سالانه کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، گزارش سالانه شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد و دفتر یوناما در کابل، مؤسسه حمایت از رسانه‌های آزاد (نئی) و توصیه‌های کمیته میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مشاهده می‌شود، اقدامات مؤثری در راستای حمایت و رعایت از حقوق بشر در افغانستان صورت گرفته اما در قسمت اجرای این تعهدات تا هنوز مشکلات و نارسایی‌های فراوانی به‌مشاهده می‌رسد. موارد نقض حقوق بنیادین بشری مانند قتل ناحق، شکنجه، خشونت علیه زنان، سلب آزادی غیر قانونی، تبعیض نژادی، قومی، لسانی و مذهبی، عدم رسیدگی به موقع به قضایای متهمان و محکومان و غیره... در این کشور وجود داشته و حتی در بسا موارد نسبت به سال‌های قبل افزایش یافته است. در فرجام باید اذعان نمود که مسئولیت این همه عوامل و اسبابی که باعث می‌شود حقوق بشر در کشور افغانستان نقض شود، به دولت افغانستان بر می‌گردد که فراهم نمودن زمینه‌های لازم برای تأمین حقوق بنیادین بشر را در همه عرصه‌ها اعم از مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سطح ملی و بین‌المللی رسماً متعهد گردیده اما در برابر این تعهدات خویش، دچار نوعی (ساده انگاری معاهدات بین‌المللی) گردیده، برای الحاق به میثاق‌ها و سازمان‌های بین‌المللی جسورانه آماده است ولی برای اجرای آن‌ها طوری که لازم است، عمل نمی‌نماید. بنابر این گفته می‌توانیم که در واقع عامل اصلی نقض حقوق بنیادین بشر و یا عدم رعایت آن کم توجهی و عدم موجودیت اراده قوی دولت جمهوری اسلامی افغانستان برای اجرا و تطبیق قوانین ملی و بین‌المللی بخصوص در قلمرو حقوق بشر می‌باشد که بحیث شاه کلید همه مشکلات شناخته می‌شود، لذا بخاطر برون رفت از این وضعیت ناگوار، نکات آتی به عنوان پیشنهادات تحقیق حاضر ارائه می‌گردد:

پیشنهادهای برای بهبود وضعیت حقوق بشر در افغانستان

۱. دولت با توجه به مسئولیت‌های بین‌المللی خود در قبال مسایل حقوق بشری مطابق به تعهداتی که به سطح ملی و بین‌الملل به‌دমে گرفته است، توجه جدی مبذول داشته، از جمله اجرا و تطبیق مواد میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را که حاوی حقوق بنیادین بشری می‌باشند، به صورت عملی در دستور کار خود قرار دهد و در تمام بخش‌های مربوطه با جدیت پی‌گیری نماید؛
۲. طوری که دیده می‌شود در افغانستان بیش‌ترین ناقضان حقوق بشر زورمندان و کسانی

تسجیل و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بنیادین بشر در افغانستان/ ۹۱

هستند که در رده‌های بالایی حکومت جا دارند و یا هم کسانی‌اند که از طرف چنین افرادی حمایت می‌شوند. پس دولت اجرا و تطبیق مقررات حقوق بشری را ابتدا از چنین اشخاص و از ادارات مربوط به خود دولت آغاز نموده، برای به محاکمه کشاندن چنین اشخاص و افراد اقدامات لازم را روی دست گیرد تا عام مردم افغانستان به ارزش‌های حقوق بشری تمکین نمایند.

۳. در کشور افغانستان یک سلسله قوانین فرمانی وجود دارد که بیش‌ترین‌شان به حقوق بشر و حقوق بنیادین بشر متعلق می‌باشند. از آن جایی که قانون اساسی افغانستان صراحتاً در مواد مختلف خود شیوه صدور فرامین تقنینی و تصویب و توشیح قوانین را مشخص نموده است، وجود چنین فرمان‌ها از اینکه در ضدیت آشکارا با متن قانون اساسی قرار دارند خود قانون شکنی تلقی گردیده و مانع تمکین مردم به سایر قوانین از جمله قوانین مربوط به حقوق بنیادین بشر می‌شوند. ۱۰۶ پس ایجاب می‌نماید تا فرامین متذکره در مناسب‌ترین فرصت جهت تصویب به پارلمان فرستاده شوند تا سرنوشت آنها روشن گردیده و به قانون واقعی و قابل تطبیق تبدیل شوند؛

۴. نقض حقوق بشر در ارگان‌های عدلی و قضایی کشور در ادارات متعلق به خود دولت صورت می‌گیرد که جلوگیری از آن در صورت داشتن برنامه و جدیت لازم حتی برای ضعیف‌ترین دولت‌ها هم ناممکن نیست. پس ایجاب می‌نماید تا دولت به این بخش توجه جدی مبذول داشته و بخاطر تأمین حقوق مظنونان، متهمان و محکومان برنامه‌های عملی طرح و تطبیق نماید؛

۵. طوری که لازم است ارزش‌ها و مفیدیت‌های رعایت حقوق بشر بخصوص حقوق بنیادین آن برای مردم تفهیم نگردیده و یا هم چهره نا مناسبی از حقوق بشر در جامعه انعکاس یافته است که مردم ارزش‌های حقوق بشری را پدیده زشت و در ضدیت با ارزش‌های دینی، فرهنگی و سنت‌های اجتماعی‌شان فکر می‌کنند. پس ایجاب می‌نماید تا برنامه‌های لازم و متناسب با ارزش‌های پسندیده جامعه افغانی بخاطر آگاهی مردم روی دست گرفته شده و عملی گردد تا باشد که مردم به رغبت خود شان به این ارزش‌ها تمکین نموده و حقوق بشر را زیر پا نه‌نمایند؛

۱۰۶. مانند قانون کمیسیون مستقل حقوق بشر، قانون منع خشونت علیه زنان، قانون منع شکنجه، مقررۀ رعایت حقوق بشر در ادارات و کد جزایی جدید افغانستان.

۶. از آنجایی که طبق آخرین گزارش‌ها محکمه بین‌الملل جزایی ICC کار رسیدگی به قضایای نقض حقوق بشر و جرایم جنگی در افغانستان را آغاز نموده است، ایجاب می‌نماید تا دولت افغانستان به حیث کشور عضو این محکمه در جریان رسیدگی به قضایای مربوطه از هیچ‌نوع همکاری در جهت تحقق عدالت در کشور دریغ نه‌نموده و زمینه را برای محاکمه مجرمان مطابق به مواد اساسنامه و مقررات محکمه مذکور و با در نظر داشت اصول محاکمه عادلانه مساعد نماید تا محاکمه ناقضان حقوق بشر باعث پند و عبرت برای دیگران گردد؛
۷. دولت افغانستان نهادهای مربوط به حقوق بشر را در مطابقت با ارزش‌های دینی، فرهنگی و اجتماعی کشور اصلاح نموده و زمینه را برای کار و فعالیت بهتر ایشان مساعد نماید و هم برای تأمین امنیت آن‌ها اقدامات لازم را روی دست گیرد. علاوه بر آن برای حفاظت از جان، مال و کرامت انسانی خبرنگاران، که هر از گاهی مورد تجاوز و اهانت قرار می‌گیرند، تدابیر لازم اتخاذ نموده و عملاً از ایشان حمایت نماید؛
۸. تدریس حقوق بشر را در نصاب تعلیمی و تحصیلی کشور جا داده و هم از طریق رسانه‌های جمعی دولتی و خصوصی و هر وسیله ممکن و مجاز برای آگاهی مردم از حقوق بشر و به‌خصوص حقوق بنیادین بشر برنامه‌های لازم را روی دست گیرد و با استفاده از وسایل متذکره مردم را از فواید رعایت ارزش‌های حقوق بشری و عواقب ناگوار نقض آن‌ها آگاه سازد.

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو

دکتر عادل ساریخانی

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

احمد رضا صادقی

دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم و استاد دانشگاه

چکیده:

فعالیت گسترده و نظام‌مند شبکه‌های جرایم سازمان‌یافته، یکی از مهم‌ترین نگرانی‌ها در جوامع ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی محسوب می‌شوند به گونه‌ای که نه تنها امنیت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی را در معرض خطر قرار داده است؛ بلکه به عنوان تهدید قرن شناخته شده و بر همین پایه سده بیست و یکم بعنوان «سده جرم سازمان‌یافته» نامگذاری شده است.^۱

منطقه جغرافیایی کشورهای موسوم به اکو در آسیا با توجه به استراتژیک بودن آن یکی از مستعدترین مناطقی محسوب می‌گردد که در قلمرو آن بزرگ‌ترین و بیش‌ترین جرایم سازمان‌یافته آسیا در حال تحقق بوده است. با توجه به حجم بالا، تنوع و گستردگی جرایم سازمان‌یافته در این منطقه به جرات می‌توان این منطقه را «منطقه استراتژیک جرایم سازمان‌یافته» در آسیا نامید.

از سوی دیگر پاسخ و سیاست جنایی که در قبال این جرایم از سوی کشورهای این منطقه اتخاذ شده است کافی و مناسب نمی‌باشد. به هر حال ما با سه نوع پاسخ در این خصوص مواجه هستیم، سیاست جنایی ملی، منطقه‌ای و جهانی، بررسی قالب سازگار برای شکل‌گیری سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته این منطقه، موضوع بررسی این مقاله را تشکیل می‌دهد.

کلید واژه: سیاست جنایی منطقه‌ای، اکو و جرایم سازمان‌یافته

۱. شمس، محمد ابراهیم، جرائم سازمان‌یافته، (فقه و حقوق، سال اول، تابستان ۱۳۸۳)، ص ۱۲۶

طرح مساله

امروزه شبکه‌های قدرتمند سازمان‌های جنایی فراملی با گستره فعالیت‌های هماهنگ خود در قالب جرایم سازمان‌یافته، در همه جای دنیا با تأثیرات بسیار زیاد در عرصه‌های مختلف یکی از مهم‌ترین نگرانی‌ها در جوامع ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی محسوب می‌شوند به گونه‌ای که نه تنها امنیت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی را در معرض خطر قرار داده است؛ بلکه به عنوان تهدید قرن شناخته شده، و بر همین پایه، سده بیست و یکم بعنوان "سده جرم سازمان‌یافته" نام‌گذاری شده است.

منطقه جغرافیایی کشورهای موسوم به اکو در آسیا با توجه به استراتژیک بودن آن، یکی از مستعدترین مناطقی محسوب می‌گردد که در قلمرو آن بزرگ‌ترین و بیش‌ترین جرایم سازمان‌یافته آسیا در حال تحقق بوده است. به‌طور نمونه افغانستان کانون بیشترین تولید مواد مخدر به خصوص تریاک مصرفی دنیا به خصوص اروپا محسوب می‌گردد به‌طوری که این مواد از دو طریق (افغانستان - ایران - ترکیه) و (افغانستان - پاکستان - ایران - ترکیه) وارد بازارهای مصرف اروپا می‌گردد. به‌همین جهت است که سه کشور افغانستان، ایران و ترکیه موسوم به هلال طلایی مواد مخدر گردیده‌اند.^۲ البته مسیر کشورهای آسیای میانه نیز یکی از مهم‌ترین مسیرهای ترانزیت مواد مخدر محسوب می‌گردد. از طرف دیگر کشورهای دیگر عضو اکو یعنی کشورهای آسیای میانه به همراه پاکستان و افغانستان سال‌ها است که گرفتار پدیده شوم تروریسم هستند که نه تنها محدود به این کشورها می‌باشد بلکه هر از گاهی آتش آن کشورهای منطقه را نیز می‌سوزاند. پدیده قاچاق با انواع مظاهر و اشکال آن، همانند قاچاق مهاجرین، قاچاق انسان، قاچاق اعضای بدن، قاچاق ارز، قاچاق آثار تاریخی و فرهنگی قاچاق کالای صحت محور، قاچاق اسلحه و غیره، نیز منطقه کشورهای موسوم به اکو را سال‌ها است که گرفتار خود نموده است. فساد اداری و تطهیر عواید ناشی از اعمال مجرمانه نیز در سطح گسترده در بین کشورهای این منطقه در حال جریان می‌باشد. با توجه به حجم بالا و گستردگی جرایم سازمان‌یافته در این منطقه، به جرأت می‌توان این منطقه را "منطقه استراتژیک جرایم سازمان‌یافته" در آسیا نامید.

آنچه ویژگی برجسته جرایم فراملی را تشکیل می‌دهد این است که در اغلب موارد، مواد اولیه آن (مانند مواد مخدر و اشخاص) در کشورهای فقیر و در حال توسعه تامین می‌شود و محل مصرف (مواد مخدر) یا ارتکاب بعضی جرایم (بهره‌کشی اقتصادی، جنسی و اجتماعی) کشورهای

۲. رحمدل، منصور، سیاست جنایی ایران در قبال جرایم مواد مخدر، (انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۶)، ص ۸۲

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو/ ۹۵

ثروتمند و صنعتی جهان می‌باشد. ویژگی دیگر جرایم جهانی شده، در واقع سازمان‌یافتگی و بیش از پیش چند ملیتی شدن مرتکبان آنهاست. چنانکه نقش و سهم سازمان‌های جنایی پراکنده در کشورهای مختلف در جهانی شدن این جرایم انکار ناپذیر است.

طبیعتاً، نوع، نرخ و فراوانی جرایم سازمان‌یافته و هم‌چنین نوع و میزان پاسخ کشورهای ده‌گانه عضو اکو به جرایم سازمان‌یافته این منطقه، بستگی به نظام سیاسی، جغرافیا، نظام اقتصادی، و البته به‌طور خاص در قلمرو حقوق جنایی، بستگی به نوع سیاست جنایی اتحادی آن کشورها دارد که البته سال‌هاست که کشورهای فوق با توجه به ظرفیت و توانایی سیاست جنایی ملی خویش با پدیده جرایم سازمان‌یافته مقابله می‌نمایند. با این حال، سوال این است که آیا سیاست جنایی ملی یا داخلی کشورهای عضو اکو، در قبال جرایم سازمان‌یافته پاسخگو می‌باشد؟ در صورتی که پاسخ منفی باشد چه نوع سیاست جنایی می‌تواند زمینه برخورد مناسب را به منظور جلوگیری و مبارزه با این جرایم، در این منطقه ایجاد نماید؟

تعریف و ویژگی‌های جرایم سازمان‌یافته فراملی

در خصوص مفهوم جرم سازمان‌یافته، تعریفی که مورد اتفاق اکثر جرم‌شناسان و حقوقدانان جنایی واقع گردد، ارائه نشده‌است چرا که تعاریف از حیث تبیین نوع جرم، قلمرو آن، اهداف مربوط و ویژگی‌های مقوم آن با یکدیگر متفاوتند و این تفاوت‌ها موجب شده است که بسیاری از نویسندگان به عدم وجود تعریفی جامع و مورد اتفاق اعتراف کنند.^۳ با این حال، چنان‌که اشاره گردید جرم سازمان‌یافته را می‌توان از جهات متعدد تعریف نمود. در این نوشته سعی می‌گردد علی‌رغم اختلاف نظری که بین جرم‌شناسان در شمولیت جرایم تروریستی در لیست جرایم سازمان‌یافته وجود دارد، با توجه به وضعیتی که در جغرافیای جرایم کشورهای اکو وجود دارد، از دو جهت عادی و سیاسی با تأکید بر جرایم تروریستی، مفهوم جرم سازمان‌یافته تبیین گردد.

نگاه اول دیدی است که به جرم سازمان‌یافته به صورت "عادی و غیر ایدئولوژیک" نگریسته می‌شود. بدین صورت که همانند اکثر جرایم تأکید بر تحصیل سود دارند. چنانکه در طولانی‌ترین تعریفی که مورد استناد بسیاری از جرم‌شناسان قرار گرفته است، اشاره شده است که: "جرم سازمان‌یافته اقدامی غیر ایدئولوژیک است که توسط گروهی از اشخاص انجام می‌شود که دارای تعامل اجتماعی نزدیک به هم هستند و بر اساس نظامی مبتنی بر سلسله مراتب با حداقل سه

۳. نجفی ابرند آبادی و دیگران، جرم سازمان‌یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزا (مدرس، دوره ۳، شماره ۴، زمستان ۱۳۷۹) ص ۵۵

سطح یا طبقه سازمان‌دهی شده و برای کسب سود و قدرت به ارتکاب فعالیت‌های قانونی و غیر قانونی اقدام می‌کنند. جایگاه افراد در سلسله مراتب و موقعیت‌های کاری ممکن است براساس خویشاوندی، دوستی یا مهارت تعیین گردد. موقعیت‌ها هیچ‌گاه قائم به شخص نیستند. تمامی اعضا قصد استمرار و تداوم فعالیت‌ها را دارند و به دنبال انجام فعالیت‌های انحصاری و مناطق انحصاری نیز هستند. گروه برای تحقق اهداف و حفظ نظم در صورت لزوم به خشونت یا ارتشاء متوسل می‌شود. عضویت محدود است، گرچه گاهی گروه به عضوگیری اعضای جدید می‌پردازد. قواعد صریح نوشته و نانوشته‌ای در گروه وجود دارد که با ضمانت اجراهای مختلفی همچون قتل عضو متخلف توأم است^۴، اگرچه در تعریف فوق کسب قدرت در کنار کسب سود تأکید شده است، اما با توجه به تأکیدی که بر "غیر ایدئولوژیک" بودن در صدر تعریف شده است، مفهوم کسب قدرت چنان‌که برخی از حقوق‌دانان در توضیح این تعریف اشاره نموده‌اند، نه برای براندازی نظام سیاسی، بلکه ماهیت مافیایی داشته و مراد از قدرت نیز، قدرت مافیایی سیاسی - اقتصادی در عین بقای نظام حکومتی است.^۵

نگاه دوم که رویکردی "سیاسی و ایدئولوژیک" به مفهوم جرم سازمان‌یافته دارد، قائل بر آن است که علاوه بر قدرت سیاسی و اقتصادی نگاه اول، براندازی نظام سیاسی موجود نیز می‌تواند یکی از اهداف جرم سازمان‌یافته محسوب گردد.^۶ بنابراین در جایی که هدف کسب سود و قدرت است، سازمان مجرمانه در کنار حکومت و با قبول ساختار و قانون اساسی آن به ارتکاب جرم می‌پردازد و به اصطلاح نوعی همزیستی مسالمت آمیز و در عین حال مجرمانه با حکومت دارد و برای کسب منافع اقتصادی و یا قدرت سیاسی در سایه ساختار حکومتی به شیوه مجرمانه تلاش می‌کند. اما اگر هدف براندازی نظام سیاسی باشد، سازمان مجرمانه با رد ساختار حکومت، برای سرنگونی آن تلاش به عمل می‌آورد.^۷

در خصوص نقش گروه‌های تروریستی در جرایم سازمان‌یافته قابل ذکر است که از این گروه‌ها ممکن است در هر دو حالت فوق استفاده صورت گیرد. بدین صورت که هم در صورت اول که جرم به هدف کسب سود اقتصادی و در مواردی کسب قدرت سیاسی انجام می‌گیرد، گروه‌های

4. Abadinsky, Howard, Organized Crime (Nelson – Hall Inc, New York, 1990) p.5.

۵. نجفی ابرندآبادی، پیشین، ص ۵۶

6. Maltz, Michael, D. On Defining Organized Crime (Crime and Delinquency 1976) p.76

7. Bassiouni, M. Cherif and Edvardo Vetere, Organized Crime, (Transnational Publishers, New York, 1998) pp. XI- Xiii

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو/ ۹۷

سازمان یافته ممکن است برای رسیدن به اهداف مذکور در صورت نیاز از گروه‌های تروریستی به عنوان اهرم فشار بر حکومت و یا برای تسهیل جابجایی کالاهایی که از طریق نامشروع کسب کرده - در صورت تهدید یا درگیر شدن با نیروهای امنیتی - بهره‌برد و متقابلاً امتیازاتی از قبیل تامین بودجه مورد نیاز آنان یا وساطت برای آزاد سازی نیروهای در بند آنان را برعهده بگیرد.^۸ هم‌چنین ممکن است بر اساس حالت دوم خود گروه تروریستی به منظور براندازی نظامی سیاسی اقدام به ارتکاب جرایم سازمان‌یافته تروریستی نمایند.

بنابراین با توجه به موارد فوق از یک طرف و ضرورت منطقه جغرافیایی اکو در شامل شدن جرایم تروریستی در قلمرو جرایم سازمان‌یافته از سوی دیگر، ایجاب می‌نماید تا جرایم تروریستی را حداقل در منطقه اکو بعنوان جرایم سازمان‌یافته محسوب نمایم.

ویژگی‌های جرایم سازمان یافته فراملی

به موجب ماده سوم کنوانسیون بین‌المللی علیه جرم سازمان یافته فراملی، جرم سازمان یافته در صورتی فراملی است که دارای یکی از مولفه‌های زیر باشد:

الف) جرم در بیش از یک کشور واقع شده باشد، ب) جرم در یک کشور واقع شده ولی بخش اساسی تدارک، طراحی، هدایت یا کنترل آن در کشور دیگر صورت گرفته باشد، ج) جرم در یک کشور واقع شده ولی گروه مجرمانه سازمان یافته‌ای که به ارتکاب فعالیت‌های مجرمانه در بیش از یک کشور مشغول است، آن را مرتکب شده باشد، د) جرم در یک کشور واقع شده، ولی به صورت اساسی دارای تأثیری در کشور دیگر بوده است.

نمونه‌های فراوانی از جرایم فراملی در منطقه اکو را می‌توان ذکر نمود که با ویژگی‌های فوق تطابق نماید. به طور مثال مواد مخدر تولیدی در افغانستان از طریق دو مسیر عمده به اروپا بعنوان بازار مصرف عمده قاچاق می‌گردد. مسیر اول که به هلال طلایی موسوم است محموله مواد مخدر از طریق ایران، که به عنوان نزدیک‌ترین و سریع‌ترین پل ارتباطی محسوب می‌گردد، به ترکیه انتقال می‌یابد و از آنجا به اروپا قاچاق می‌گردد. مسیر دوم ممکن است محموله مواد مخدر تولیدی در افغانستان به پاکستان قاچاق شده و از پاکستان به ایران و از ایران به ترکیه و سپس اروپا. و یا حتی ممکن است این شبکه گسترده‌تر از منطقه اکو وجود داشته باشد. برای نمونه، یکی از شبکه‌های مجرمانه قاچاق مواد مخدر که در رومانی کشف شد، شامل مجرمانی از پاکستان،

آفریقای جنوبی، استرالیا، کنیا، رومانی، آلمان، ایتالیا و اسلواکی بود. این شبکه، حشیش تولید شده در پاکستان را به بندر مومباسا در کنیا ارسال می کردند. در آنجا به یک محموله چای منضم و از طریق بندر دورین واقع در آفریقا جنوبی به سوی حیفا ارسال شد. در حیفا محموله فوق به یک کشتی متعلق به یک شرکت کشتیرانی منتقل می گردید که هر پانزده روز یکبار به سوی کنستانزا در رومانی حرکت می کرد. از آنجا محموله توسط شرکتی اسرائیلی - رومانیایی و از طریق براتیسلاوا در سلواکی به ایتالیا حمل می شد. رئیس این شبکه شهروندی آلمانی اوگاندایی تبار بود. این شبکه با توقیف محموله در کنستانزا کشف گردید. در این نمونه ویژگی فراملی به وضوح مشهود است.^۹

مفهوم، مولفه ها و انواع سیاست جنایی

خانم می ری دلماس مارتی، استاد دانشگاه پاریس در اثر خود با عنوان نظام های بزرگ سیاست جنایی، از سیاست جنایی تعریف مشخصی ارائه نموده است به عقیده وی سیاست جنایی « مجموعه روش هایی است که هیات اجتماع با استفاده از آن ها، پاسخ های به پدیده مجرمانه را سازمان می بخشد »^{۱۰} مهم ترین ویژگی های این تعریف شامل : ۱- پاسخ های که علیه پدیده مجرمانه اعمال می شود صرفاً جزایی محض نمی باشد بلکه مجموعه ای از روش ها می باشد که شامل پاسخ های اداری، مدنی، انضباطی و اجتماعی نیز می گیرد. ۲- هیات اجتماع شامل دولت و جامعه مدنی می گردد که در کنار یکدیگر با توجه به مدل سیاست جنایی، سیاست جنایی مشارکتی را خلق می نمایند. ۳- پدیده مجرمانه در این دیدگاه هم شامل جرم می گردد و هم انحراف. چرا که هر دو پدیده نتیجه ی نقض یا عدم رعایت هنجارهای اجتماعی است، با این تفاوت که اولی نقض یک هنجار اجتماعی تقنینی است که با توجه به ماهیت آن دارای ضمانت اجرای رسمی جنایی می گردد و دومی هم نوایی یا احترام به هنجار اجتماعی فاقد ضمانت اجرای رسمی است.^{۱۱}

در عرصه داخلی، سیاست جنایی دارای مولفه ها و ارکان خاص خود می باشد طوری که این مولفه ها هماهنگ و هم سو با هم عمل نمایند، سیاست جنایی ملی موثر و کارآمد ظاهر خواهد شد. این ارکان شامل: ۱- سیاست جنایی تقنینی که شامل تدبیر و چاره اندیشی قانونگذار در

۹. نجفی ابرندآبادی و دیگران، پیشین، ص ۶۳

۱۰. لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان ۱۳۸۲)

ص ۱۵

۱۱. همان، ص ۱۶

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو/ ۹۹

خصوص پدیده‌های مجرمانه و پاسخ به آن می‌باشد. ۲- سیاست جنایی قضایی یعنی نحوه‌ی استنباط و برداشت دستگاه قضایی از سیاست جنایی تقنینی و نحوه‌ی اعمال قوانین و مقررات مربوط است که از اصل متغیر بودن تفسیر قواعد حقوق جزا سرچشمه می‌گیرد. ۳- سیاست جنایی اجرایی که شامل سیاست قوه مجریه در زمینه کنترل جرم که ناظر بر چگونگی اجرای قوانین و رویه‌ی قضایی موجود است. ۴- سیاست جنایی مشارکتی یعنی یک سیاست جنایی همراه با مشارکت جامعه‌ی مدنی که در چارچوب آن اهرم‌ها و نهادهای دیگر در کنار پلیس و دستگاه قضایی پاسخ به پدیده‌ی مجرمانه را سازمان می‌بخشد.^{۱۲}

در نهایت سیاست جنایی را می‌توان از لحاظ قلمرو مکانی، به سه دسته (سیاست جنایی ملی، منطقه‌ای و جهانی) تقسیم بندی نمود. سیاست جنایی ملی در چارچوب سرزمینی یک کشور قابل تصور می‌باشد بدین‌صورت که هر کشوری به منظور مقابله با پدیده‌های مجرمانه درون مرزی خویش، سیاست جنایی خاص خود را به تنظیم می‌نماید. نوع برخورد با پدیده‌های مجرمانه نیز بستگی به مدل سیاست جنایی دارد که هر کشور با توجه به ساختارها یا توانایی‌های آن کشور در قبال جرایم اتخاذ می‌نماید.^{۱۳}

سیاست جنایی ملی در قبال جرایم سازمان‌یافته

هر کدام از کشورهای عضو اکو در قبال جرایم سازمان‌یافته سیاست جنایی ملی یا داخلی خاص خود را داشته و دارند. افغانستان سال‌ها است که سیاست‌های متفاوتی را در خصوص مواد مخدر از طریق قانونگذاری‌های متفاوت، گاهی در فاصله زمانی دو ساله، اتخاذ نموده است؛ طوری که از سال ۱۳۸۲ تا ۱۳۹۶ در فاصله زمانی ۱۴ سال، چهار قانون متفاوت را قانونگذاری و تجربه نموده است.^{۱۴} هم‌چنین در خصوص جرایم تروریستی علی‌رغم اینکه بعنوان قربانی جرایم تروریستی در آسیا محسوب می‌گردد، در قبال این جرایم با یک سیاست جنایی سرگردان مواجه است. پاکستان نیز با جرایم سازمان‌یافته‌ای مانند قاچاق مواد مخدر، قاچاق اسلحه، قاچاق مهاجران، قاچاق زنان و اطفال، قاچاق قطعات وسایل موتوری، پولشویی و جرایم اقتصادی سازمان‌یافته مواجه

۱۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، سیاست جنایی (تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۴) ص ۲۵۹

۱۳. لازرژ، پیشین، ص ۵۹

۱۴. قانون مبارزه با مواد مخدر ۱۳۸۲، قانون قانون مبارزه مواد مخدر ۱۳۸۴، قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ۱۳۸۹ و کد جدید جزایی ۱۳۹۶.

است^{۱۵}. ایران نیز به عنوان نزدیک ترین مسیر ترانزیت مواد مخدر، قربانی قاچاق مواد مخدر، هر سال گزارش های متفاوتی از کشف و انهدام باندهای مواد مخدر را نشر می نماید. بر اساس گزارشی در کنار سایر جرایم سازمان یافته در خصوص مواد مخدر، ترکیه نه تنها مسیر قاچاق مواد مخدر محسوب می گردد بلکه مکانی برای پروسس مواد مخدری همانند هیروین نیز محسوب می گردد؛ طوری که بر اساس این گزارش، جرایم مربوط به مواد مخدر از سال ۱۹۹۶ که ۴۰۶۰ جرم را شامل می گردید در سال ۲۰۰۳ به ۱۲۴۲۰ جرم افزایش یافته است.^{۱۶} در کشورهای آسیای میانه نیز قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان و جرایم سازمان یافته فساد اداری نیز از مهم ترین جرایم این کشورها محسوب می گردد.^{۱۷}

حال سوالی که مطرح است این است که آیا واقعاً سیاست جنایی ملی یا داخلی صرف، می تواند پاسخی مناسب و کافی در قبال جرایم سازمان یافته فراملی این منطقه محسوب گردد؟ پاسخ واضح است؛ اولاً بر اساس یک معادله ساده، وقتی ما با جرمی سازمان یافته فراملی مواجه هستیم، سیاست جنایی ملی صرف به هیچ عنوان به طور کامل نمی تواند پاسخ کافی را فراهم نماید و از سوی دیگر اگر سیاست درونی کافی می بود، ما حداقل شاهد توقف یا کاهش جرایم سازمان یافته در منطقه می بودیم. اما بر اساس آمار ارایه شده، ما شاهد افزایش روز افزون این جرایم در سطح منطقه اکو می باشیم.

از این جهت است که عملاً پس از جنگ جهانی دوم ما با یک چرخش در سیاست جنایی کشورها در قبال مبارزه با جرایم سازمان یافته مواجه هستیم طوری که سیاست های جنایی ملی تبدیل به سیاست جنایی فراملی می گردد.^{۱۸} اما در منطقه اکو همچنان نقش سیاست جنایی ملی به نسبت سیاست جنایی فراملی از اهمیت بیش تری برخوردار است. یکی از مهم ترین عواملی که مانع شکل گیری یک سیاست جنایی مشترک منطقه ای شده است عدم وجود قالبی مشخص برای سیاست جنایی مشترک می باشد. از این جهت شناسایی و بررسی قالبی مشخص برای شکل گیری سیاست جنایی مشترک منطقه ای با توجه به ظرفیت های ملی و منطقه ای امری ضروری محسوب می گردد.

15. Pasha, Tahir Anwar, Current Problems in the Combat of Transnational Organized Crime (Pakistan Perspective). P. 147.

16. Country Factsheets, Eurasian Narcotics, Turkey 2004.

17. UNODC, An Assessment of Transnational Organized Crime in Central Asia: 2007

18. Joutsen, Matti, International Cooperation Against Transnational Organized Crime: The General Development, p. 345. ؟ نشر

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو/۱۰۱

قالب‌های سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای

تجربه روش‌های رسیدن به الگوهای مشترک به طور کلی در قالب سه استراتژی، تلفیق و تشبیه (assimilation)، هماهنگ سازی (harmonization) و یکی و متحد کردن (unification) مطرح بوده و هست.^{۱۹} هر کدام از این استراتژی دارای ویژگی‌های خاص خود می‌باشد که در زمینه‌سازی همکاری‌های مشترک دولت‌ها در بعضی قلمروهای پیش‌گیری و مبارزه با جرایم، با توجه با ماهیت نظام‌های متقابل و نوع قلمرو جنایی مطرح می‌باشد. ذیلاً به بررسی هر کدام از این استراتژی و انطباق یا عدم انطباق آن با نظام جزایی کشورهای عضو اکو در اتخاذ یک الگوی مشترک در قالب سیاست جنایی در قبال پیشگیری و مبارزه با جرایم سازمان‌یافته، پرداخته می‌شود.

گفتار اول: تلفیق (هماندسازی)

آنچه که در این استراتژی مهم است، توسعه صلاحیت داخلی از طریق تلفیق منافع فراملی یا منافع مربوط با سایر دولت‌ها با منافع ملی است، همانند آنچه که کشورهای اروپایی در قبال تقلب اتخاذ نموده‌اند و در ماده ۲۰۹ معاهده ماستریخت ۱۹۹۲ نیز قید شده است که دولت‌های عضو همان تدابیری را برای مبارزه با تقلب نسبت به منافع ملی جامعه اروپا اتخاذ می‌کنند که علیه تقلب نسبت به منافع ملی خود پیش‌بینی نموده‌اند.^{۲۰}

اما اتخاذ این استراتژی بین اعضای اکو در قبال جرایم سازمان‌یافته در ابتدا شاید شیوه‌ای مناسب به نظر آید چرا که طبیعی است که منفعت منطقه‌ای ایجاب می‌نماید تا با تمامی جرایم سازمان یافته مبارزه‌ای موثر و هماهنگ صورت گیرد. اما در خصوص دو پدیده مجرمانه در دو کشور برخورد بر اساس منافع ملی، ممکن است نتیجه قابل قبول بدست نیاید. بدین صورت که مساله تروریسم در پاکستان و مواد مخدر در افغانستان، نه تنها در تضاد با منافع ملی این دو کشور ممکن است نباشد بلکه شاید به عنوان ابزاری در راستای منافع ملی این کشورها محسوب گردد. افغانستان به عنوان عمق استراتژیک پاکستان در معادلات منطقه محسوب می‌گردد و گروه‌های تروریستی نیز ابزاری برای تطبیق این سیاست در افغانستان محسوب می‌گردد. از این جهت بعید

۱۹. دلماس مارتی، میری به دنبال حقوق جزای مشترک اروپایی، ترجمه دکتر نجفی ابر آبان‌دی، علی حسین، مجله حقوق دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۲۱، سال ۱۳۷۶، ص ۱۸۱ و بعد.

۲۰. دلماس مارتی، می ری (درج نظرو ترجیح وی در اینجا مناسب تر است؟) به دنبال حقوق جزای مشترک اروپایی، (ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله حقوقی، شماره بیست و یکم) ص ۱۹۱.

به نظر می‌رسد که پاکستان این ابزار را به سادگی کنار نهد. به طور تاریخی، نقش مهم پاکستان در بی‌ثباتی افغانستان به دلیل نفوذ قدرت‌های رقیب و تنش‌های قومی و منطقه‌ای غیر قابل انکار است. اجرای طرح عمق استراتژیک و مساله پشتون‌ها بیانگر منافع حیاتی پاکستان با هدف نفوذ و پیش‌برد جنگ نیابتی در افغانستان است. نه تنها نهادهای امنیتی پاکستان، پیگیری و اجرای سیاست عمق استراتژیک را دنبال می‌نمایند، بلکه خواهان نفوذ در افغانستان برای مقابله با تهدید هند و جلوگیری از محاصره شدن از طریق خاک افغانستان هستند.

طرح استقرار حکومت پشتون به رهبری طالبان برای مقابله با نفوذ هند و سرکوب جنبش‌های جدایی‌طلب در مناطق شمال غرب هم‌مرز با افغانستان طراحی شده بود. مناطق شمال غرب پشتون نشین پاکستان پایگاهی برای سازمان‌دهی، تدارک، رهبری، آموزش شورشیان شبکه حقانی و لشکر طیبه برای اجرای عملیات در سراسر افغانستان است. مهم‌ترین نهاد امنیتی پاکستان با استقرار رهبران گروه‌های شورشی در مناطق شمال هم‌مرز با افغانستان در تعقیب برنامه‌های بلند مدت برای کنترل فعالیت‌های شورشیان و اقدامات هدفمندانه آن‌ها در راستای پیشبرد سیاست‌های پاکستان بوده است.^{۲۱}

در خصوص مواد مخدر در افغانستان نیز از جهت ارکان سیاست جنایی آیا تلفیق بر اساس منافع امکان‌پذیر است؟ به عبارت دیگر دانستیم که سیاست جنایی مرکب از دو رکن مهم جامعه مدنی و دولت می‌باشد که منضمماً بدنه هیات اجتماع جامعه را تشکیل می‌دهند. حال آیا هر دو رکن (جامعه مدنی و دولت) کشورهای عضو اکو می‌توانند بر اساس منافع مشترک در قبال مواد مخدر به یک سیاست مشترک نائل آیند؟ به نظر می‌رسد که این سوال قابل تأمل است، چرا که امحای کامل مواد مخدر اولین و مهم‌ترین خواسته ارکان سیاست جنایی کشورهای عضو به جز افغانستان در راستای منافع ملی این کشور محسوب می‌گردد. اما آیا آن بخش گسترده‌ای از جامعه به خصوص کشاورزان و برخی از مقامات رسمی دولت افغانستان نیز منافع خویش را در امحای کامل مزارع کشت مواد مخدر می‌دانند؟ آن هم مزارع گسترده در سطح ۱۹۳۰۰۰ هکتار در سال ۲۰۰۷ و ۱۵۷۰۰۰ هکتار در ۲۰۰۸^{۲۲} بر اساس مصاحبه آقای الکساندر اشمیت معاون ریس دفتر مواد مخدر و جنایت در افغانستان در تاریخ ۸ جوزا ۱۳۸۴، حدود ۴ میلیون نفر در این کشور

۲۱. رفیع، حسین؛ بختیاری جامی، محسن، چالش‌های صلح در افغانستان (مطالعات آسیای مرکزی و قفقاز، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۸۸، ص ۴۵.

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو/ ۱۰۳

درگیر تجارت مواد مخدر هستند.^{۲۳} از سوی دیگر تحریم‌ها و تدابیری همانند کشت جایگزین که از سوی دولت و سایر نهادهای بین‌المللی برای مبارزه با مواد مخدر بعد از روی کار آمدن دولت جدید آقای کرزی در طول تقریباً این ۹ سال اتخاذ شده است، آمار هم‌چنان حکایت از ناکارآمدی سیاست امحای کامل و یا کشت جایگزین در این کشور دارد. به همین جهت است که از سوی زارعین تقاضای قانونی شدن کشت مواد مخدر مطرح شده است. این تقاضا نه تنها برای زارعین مهم پنداشته می‌شود بلکه ممکن است در بین مقامات سیاسی این کشور نیز طرفدارانی داشته باشد؛ به خصوص با توجه به اینکه طبق گزارشات همواره از دست داشتن مقامات رسمی در تجارت مواد مخدر یاد شده است.^{۲۴} علاوه بر مقامات رسمی در سطح کلان از نقش مقامات رسمی محلی نیز غافل نباید شد، به طوری که این گروه نیز علاوه بر نفع اقتصادی به نوعی برای کسب مقام‌های سیاسی محلی خصوصاً از طریق انتخابات محلی ناگزیر از حمایت کشاورزان محلی خود در امر تولید تریاک می‌باشند. بنابراین به راحتی نوعی معادله بر اساس منافع طرفین صورت می‌گیرد، کشاورزان به کسانی رای می‌دهند که در قبال کشت مواد مخدر حساسیتی نداشته باشند و از طرف دیگر مقامات انتخاب شده نیز برای ادامه روند انتخابی ناگزیر به عملی نمودن تعهدات خویش می‌باشند.^{۲۵} چنانکه مشاهده گردید در واقع بازیگران اصلی عرصه تولید مواد مخدر در افغانستان دو گروه می‌باشند، نخست، کشاورزان که به دلایل مختلف از جمله نفع اقتصادی اقدام به کشت تریاک می‌کنند و گروه دوم که شامل قاچاقچیان مواد مخدر و مقامات رسمی فاسد می‌باشند که نقش مهمی در بالا بردن سطح تولید تریاک به لحاظ سود سرشاری که نصیب اینان می‌گردد در افغانستان دارند. اکنون با توجه به تضاد آشکاری که در بخش قابل توجهی از عناصر تشکیل دهنده ارکان سیاست جنایی دو کشور در اتخاذ الگوی مشترک بر اساس رویکرد منافع مشترک در قبال مبارزه با مواد مخدر احساس می‌گردد، موفقیت این روش در این راستا عملی نخواهد بود.

صرف نظر از موارد فوق که در ادامه سیاست جرم‌انگاری مواد مخدر در افغانستان می‌باشد، اتخاذ سیاست قانونمندی‌سازی زرع، پروسس و استفاده مواد مخدر نیز می‌تواند در راستای منافع ملی این کشور مفید و مؤثر محسوب گردد. این رویکرد، نه تنها از لحاظ جرم‌شناسی مورد تایید برخی از جرم‌شناسان می‌باشد بلکه بر اساس منافع ملی در افغانستان چنانچه به‌طور صحیح آن

۲۳. رحمدل، منصور، سیاست جنایی ایران در قبال جرایم مواد مخدر، (چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۶) ص ۱۲۷

۲۴. P, ۲۰۰۸, David, J. ۱۲ - کامل نوشته شود

۲۵. منسفیلد، دیوید، ۲۰۰۸، ص ۱۶ کامل نوشته شود.

طرح و اجرا گردد، می‌تواند به‌عنوان مصداقی از منافع ملی در این کشور محسوب گردد. اما این راه‌حل تا زمانی که تعدیلی در ماده ۶ قانون اساسی صورت نگیرد، قابل اجرا نمی‌باشد.

گفتار دوم: یکسان‌سازی (ایجاد وحدت)

بر اساس این استراتژی مجموعه‌ای از مقررات حقوقی در حوزه جغرافیایی مشخص تدوین می‌گردد که مبتنی بر قواعد و اصول راهبردی حقوق جنایی همانند، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، اصل مجرمیت یا تقصیر به‌عنوان اساس مسئولیت و اصل تناسب بین شدت مجازات‌ها و خطرناکی جرم، می‌باشد.^{۲۶} این استراتژی در عمل فقط هنگامی قابل اجرا است که وحدت تفاسیر از قواعد، همان‌طور که در قضیه پینوشه و در بسیاری از قضایای دیگر نیز مشهود است، توسط دادگستری واحد تضمین گردد.^{۲۷} در مورد جرایم بین‌المللی با تاسیس دیوان بین‌المللی جنایی قطعاً می‌توان گفت قواعد چه از نظر تعریف و چه از نظر اعمال آن‌ها یگانه سازی شده است. اگرچه هنوز چالش‌های فرا روی این دیوان از سوی کشورهای مخالف و کشورهای که هنوز به دیوان نپیوسته اند، وجود دارد.^{۲۸} اما به طور کلی یگانه سازی در عرصه بین‌المللی حول محور جرایم بین‌المللی در حال تکامل می‌باشد. اما آیا امکان یگانه سازی مقررات بین کشورهای عضو اکو بر سر موضوع جرایم سازمان یافته عملی است؟ به خصوص مبتنی بر اصول راهبردی سه‌گانه حقوق جنایی، اصل قانونی بودن جرایم و جزاها، اصل مسئولیت مبتنی بر تقصیر و اصل تناسب جرایم و جزاها. در خصوص تطبیق این رویکرد با وضعیت منطقه اکو، به نظر می‌رسد که در تطبیق دو اصل جرم انگاری و تناسب جرایم و مجازات، جرایم سازمان یافته بر اساس نظام‌های جزایی کشورهای عضو با تفاوت و چالش‌های اساسی مواجه خواهیم شد. با نگاهی به قوانین و مقررات ملی کشورهای عضو اکو، چنین قابل استنباط است که اولاً تمام کشورها از جهت جرم انگاری جرایم سازمان یافته وضعیت مشابه ندارند. بدین صورت که در خصوص مصداق‌های جرایم سازمان یافته جرم انگاری یکسانی بین کشورهای عضو وجود ندارد. حتی در برخی از قوانین جزایی فصلی تحت عنوان جرایم سازمان یافته نمی‌توان یافت بلکه به طور پراکنده مصداق‌هایی از جرایم سازمان یافته مشاهده می‌گردد.

از طرف دیگر در خصوص اصل تناسب علی‌رغم شباهت‌های نظام‌های جنایی، نمی‌توان

۲۶. دلماس مارتی، می‌ری، حقوق جزای مشترک اروپایی، پیشین، ص ۱۹۹

۲۷. همان، ص ۱۲۱

۲۸. بیگ زاده، ۱۳۸۲ - مکمل نوشته شود

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو/ ۱۰۵

واکنش جزایی یکسانی را در بین این نظام‌های جزایی شاهد بود. به‌طور مثال اگر صرفاً به جرم قاچاق مواد مخدر و آن‌هم بین دو کشور افغانستان و ایران داشته باشیم، دو کشور درخصوص جرایم مواد مخدر که در گذشته با آن اشاره گردید، مشخص می‌گردد که هر دو کشور سابقه دیرینه در جرم انگاری و تدوین قواعد بر اساس دو اصل نخست قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و اصل مسئولیت مبتنی بر تقصیر دارند.

بنابراین به نظر می‌رسد از جهت مطابقت مقررات دو کشور بر اساس اصل قانونی بودن جرایم و مجازات و اصل مسئولیت مبتنی بر تقصیر، اشکال اساسی به‌منظور دستیابی به یک سیاست جنایی واحد در قلمرو جرایم مواد مخدر، وجود نداشته باشد. اما آنچه که باعث گسست این دو نظام جنایی به‌منظور اتخاذ یک سیاست جنایی واحد در قالب استراتژی یکسان‌سازی مقررات مواد مخدر می‌گردد، تفاوت آشکار این دو نظام جنایی در قبال اعمال اصل تناسب جرایم و مجازات مربوط به این قلمرو جزایی می‌گردد. این تفاوتی است عمیق که البته مبتنی بر ملاحظات و مصالح ملی این دو نظام است؛ اما این سطح تفاوت می‌تواند به عنوان مانع مهمی در گرایش به‌سوی روی‌کرد یکسان‌سازی، به‌نظر رسد. علی‌رغم نقاط اشتراک بنیادین دو نظام جنایی از جهت اینکه هر دو نظام جنایی جزء یک خانواده کلان حقوقی یعنی نظام رومی ژرمن هستند و هر دو مبتنی بر فقه به‌خصوص در رابطه با نظام جزایی هستند. اما به لحاظ تفاوت در نوع نگاه نسبت به مجازات جرایم مواد مخدر و مبتنی نمودن این مجازات بر اساس معیارهای فقهی و مصالح اجتماعی، تفاوت آشکاری را بین این دو نظام در این قلمرو ایجاد نموده است. بدین‌گونه که واکنش جامعه در قبال پدیده مجرمانه مواد مخدر در ایران به دو صورت مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی می‌باشد که مجازات نیز به مجازات اصلی (شامل اعدام، حبس، جزای نقدی، شلاق، مصادره اموال، لغو موافقت اصولی و پروانه کسب و محرومیت از حق انتخاب شدن)، تبعی (شامل محرومیت از حقوق اجتماعی) و تکمیلی (شامل انفصال از خدمت) تقسیم شده‌اند.^{۲۹} گزینش نوع مجازات نیز بر اساس نوع و میزان مواد مخدر، دفعه انجام، نوع عمل ارتكابی و شخصیت مرتکب و سایر ملاحظات قانونی، قابل اعمال دانسته شده است.^{۳۰}

واکنش اجتماع در نظام جزایی افغانستان نیز بر پایه مجازات و اقدامات امنیتی قابل تقسیم است، که مجازات نیز شامل مجازات اصلی (حبس)، مجازات تبعی (محرومیت از حقوق

۲۹. رحمدل، منصور، پیشین، ص ۴۹

۳۰. رجوع کنید به مواد ۲، ۷ و ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر ایران.

اجتماعی) و جزاهای تکمیلی (محرومیت از بعضی حقوق و امتیازات، مصادره و نشر حکم^{۳۱})، می باشد. گزینش نوع مجازات در اینجا نیز بر اساس نوع و میزان مواد مخدر، دفعه انجام، نوع عمل ارتكابی و شخصیت مرتکب و سایر ملاحظات قانونی، متفاوت دانسته شده است.^{۳۲} ذیلاً به برخی از مهم ترین تفاوت های این دو نظام جزایی در راستای اعمال اصل تناسب جرایم و جزاها مربوط به مواد مخدر اشاره می گردد:

۱. صرف نظر از مجازات تبعی و تکمیلی، نوع و تعداد مجازات اصلی، مهم ترین تفاوت این دو نظام جزایی محسوب می گردد. مطابق با قانون اصلاحی مبارزه با مواد مخدر و اصلاحیه قانون اصلاحی ۱۳۸۹ ایران، صرف نظر از موارد اختلافی مجازات اصلی در بین حقوق دانان، چهار جزا (اعدام، حبس، شلاق و محکومیت های مالی به صورت جریمه نقدی، ضبط و مصادره اموال) به عنوان مهم ترین جزاهای اصلی محسوب می گردد. حال آنکه مطابق با قانون جدید مبارزه با مواد مخدر افغانستان تنها (حبس)، تشکیل دهنده جزای اصلی می باشد.
۲. چنان که ملاحظه گردید، اعدام، شلاق و جزای نقدی از مصادیق تفاوت این دو نظام می باشد. مطابق با قانون اصلاحی مواد مخدر و اصلاحیه جدید ایران، اعدام نه تنها یکی از مجازات اصلی محسوب می گردد بلکه حتی در صورت عدم وجود جهات تشدید نیز قابل اعمال است. چنانچه بند ۶ ماده ۸ این قانون صرفاً داشتن سی گرام هیرویین، مرفین، کوکائین و دیگر مشتقات آنان را مستوجب مجازات اعدام دانسته است. در حالی که مطابق با قانون مبارزه با مواد مخدر افغانستان، اعدام نه تنها جزء مجازات اصلی نمی باشد، بلکه تنها در یک مورد که از مصادیق حالات تشدید محسوب می گردد آن هم صرفاً با توجه به شخصیت مرتکب قابل اعمال دانسته شده است. بنابراین تنها بند ۴ ماده ۱۴۸ قابل اعمال بر روی مرتکبین به جرایم مواد مخدر می باشد که بر اساس ماده بعدی در صورتی که مجازات آنان حبس دوام باشد به اعدام تبدیل می گردد.

در رابطه با مجازات حبس نیز تفاوت قابل توجهی بین این دو نظام جزایی مشاهده می گردد. در قانون ایران ضمن اینکه قانونگذار از دوروش تعیین (حداقل و حداکثر) و (ثابت) تا سقف بیست و پنج سال^{۳۳} را مد نظر قرار داده است بر علاوه حبس ابد را نیز در مواردی به عنوان جانشین مجازات

۳۱. ماده ۹۷ الی ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی افغانستان.

۳۲. رجوع کنید به ماده ۴۲ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر افغانستان.

۳۳. تبصره ماده ۲۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر ایران

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو/ ۱۰۷

اعدام در نظر گرفته است.^{۳۴} اما رویه قانونگذار افغانستان بدین‌گونه است که ضمن استفاده از روش حداقل و حداکثر، مجازات ثابت را هم در نظر گرفته است که سقف آن حداکثر تا بیست سال محسوب می‌گردد؛^{۳۵} و بالاخره مهم‌تر اینکه حد اکثر میزان حبس مطابق با این قانون حبس دوام می‌باشد که بر اساس بند ۲ ماده ۹۹ قانون مبارزه با مواد مخدر، میزان مجازات حبس دوام که بالاترین میزان حبس در این قانون می‌باشد از ۱۶ تا ۲۰ سال می‌باشد. بنابراین مرتکبین جرایم مواد مخدر مشمول حبس ابد نمی‌گردند.

مجازات نقدی نیز در قوانین رایج فعلی دو کشور متفاوت می‌باشد، در ایران همچنان در کنار سایر جزایهای اصلی از جزای نقدی نیز برای مرتکبین جرایم مواد مخدر استفاده می‌شود. اما بر اساس قانون جدید مبارزه با مواد مخدر افغانستان (۱۳۸۹) جزای نقدی از لیست مجازات اصلی در نظر گرفته شده برای مرتکبین مواد مخدر، حذف گردیده است؛ این در حالی است که بر اساس قانون ۱۳۸۴ جزای نقدی در کنار حبس وجود داشت اما به دلایل اقتصادی و مشکلات عملی این جزا در قانون فعلی حذف گردیده است.

تفاوت در سطح حساسیتی که هر دو نظام در نوع و میزان مواد مخدر دارند نیز قابل ذکر است، به‌طور مثال مطابق با بند ۶ ماده ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر ایران، کشف بیش از سی گرام هرویین، مرفین، کوکاین و سایر مشتقات آنان در اعمال ارتكابی مصداق این ماده مشمول اعدام دانسته شده است.

و بر اساس جزء ۴ ماده ۴، به‌طور مثال در مورد تریاک مقدار بیش از پنج کیلو گرام را مشمول مجازات اعدام دانسته است. حال آنکه، بر اساس ماده ۱۶ قانون مبارزه علیه مواد مخدر افغانستان، در رابطه با اعمال ارتكابی مشمول قاچاق هرویین، مرفین، کوکاین و مشتقات آنان، هرگاه مقدار مواد بیشتر از پنج کیلو گرام باشد، به حبس دوام [تا بیست سال] و جزای نقدی بیش‌تر از یک میلیون الی ده میلیون افغانی محکومیت دارد؛ و در مورد تریاک، هرگاه مقدار مواد بیش‌تر از پنجاه کیلو گرام باشد به حبس دوام [تا بیست سال] و جزای نقدی بیش‌تر از یک میلیون و پنج صد هزار الی پنج میلیون افغانی، محکوم خواهد شد.

در رابطه با قواعد تشدید در صورت تکرار جرم نیز، بر اساس ماده ۶ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر ایران، در موارد مذکور در این ماده ممکن است ضمن احراز شرایط مدنظر نهایتاً

۳۴. تبصره ماده ۴ همان قانون

۳۵. بند ۶ ماده ۱۲ قانون مبارزه علیه مواد مخدر افغانستان

به مجازات اعدام منجر گردد. اما بر اساس ماده ۲۹ قانون مبارزه علیه مواد مخدر افغانستان، به حداکثر مجازات پیش‌بینی شده این قانون محکوم می‌گردد. که علاوه بر جزای نقدی و مصادره، حبس تا بیست سال خواهد بود.

بنابراین با توجه به تفاوت‌های آشکار فوق‌الذکر هر دو نظام جزایی در برقراری اصل تناسب جرایم و مجازات نسبت به قلمرو قواعد جرایم مواد مخدر، که از یک سو مبتنی بر رویکرد فقهی و مصالح اجتماعی، و از سوی دیگر به لحاظ ماهیت جزایی این قواعد که ارتباط تنگاتنگی با اصل اعمال حاکمیت قواعد جزایی در چارچوب سرزمینی دو نظام دارد، اندیشه سیاست جنایی مشترک در قالب رویکرد یکسان سازی این قواعد را با مشکلات جدی روبرو خواهد نمود.

گفتار سوم: هماهنگ‌سازی

مراد از هماهنگ‌سازی این است که، مقررات ملی (داخلی) دولت‌ها نسبت به یک‌دیگر متفاوت باقی می‌مانند، لیکن تلاش می‌شود که این مقررات آن گونه به هم نزدیک شوند که با هم سازگار شوند.^{۳۶} بنابراین در این شیوه دیگر نگرانی عدم تطابق مقررات داخلی را نداریم بلکه بر عکس سعی در این است که در عین حفظ مقررات ملی در داخل، این مقررات در عرصه فراسرزمینی نیز نوعی سازگاری داشته باشند. به‌خصوص این ضرورت زمانی بیش‌تر مورد توجه قرار می‌گیرد که نیاز به یک همکاری در سطح گسترده بر سر یک موضوع واحد وجود داشته باشد. به‌طور مثال در همین بحث حاضر، از یک سو ضرورت اقتضا می‌کند که برای پیش‌گیری و مبارزه موثر با جرایم مواد مخدر در این منطقه همکاری در سطح کلان بین کشورها به‌خصوص بین ایران و افغانستان صورت گیرد، و از سوی دیگر اعمال حق حاکمیت کشورها در خصوص قواعد جزایی حفظ گردد. به‌نظر می‌رسد که رویکرد هماهنگ سازی شیوه‌ای مناسب برای حصول به این مقصود باشد. چرا که با توجه به اهمیت ژئوپولیتیکی منطقه از لحاظ تولید و ترانزیت مواد مخدر، بیش از پیش نیاز به یک سیاست کلان منطقه‌ای احساس می‌شود. تا به حال بیش‌ترین سطح همکاری‌های صورت گرفته منطقه‌ای در خصوص مبارزه با مواد مخدر خلاصه می‌شده است در قالب کمیته مواد مخدر سازمان کاملاً اقتصادی اکو که هدف اصلی آن بر اساس عهدنامه از میر عبارت است از تشریک مساعی کشورها بر ایجاد اقتصاد پایدار و رفاه اجتماعی^{۳۷} و یا اینکه در قالب موافقت

۳۶. دلماس مارتی، می‌ری، به سوی حقوق جزای مشترک، پیشین، ص ۱۹۳

۳۷. ساکی، محمد رضا، جرایم مواد مخدر، (چاپ دوم، ظهور، تهران، ۱۳۸۶) ص ۳۵۱

چارچوب سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای در قبال جرایم سازمان‌یافته اکو/ ۱۰۹

نامه‌های امنیتی، و مرزداری و استرداد مجرمین ایجاد شده است^{۳۸}، چنان‌که در آخرین کوشش همکاری بین ایران و افغانستان اخیراً لایحه‌ای با عنوان لایحه موافقت نامه همکاری‌های بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری اسلامی افغانستان در عرصه مبارزه با مواد مخدر، جرایم سازمان‌یافته و تروریسم مطرح شده است که بر اساس نظر کارشناسی مجلس شورای اسلامی ایران بیش‌تر ماهیت امنیتی و اطلاعاتی دارد تا یک موافقت نامه حقوقی.^{۳۹} بنابراین به نظر می‌رسد که اتخاذ رویکرد هماهنگ‌سازی در قالب سیاست جنایی منطقه‌ای عاملی موثر در پیش‌گیری و مبارزه با این پدیده محسوب گردد. به‌خصوص با توجه به ظرفیت‌های مشترک ذیل در بین دو نظام که امکان عملی شدن آن‌را بیش‌تر می‌سازد.

وجود زمینه‌های بنیادین حقوقی مشترک در هر دو نظام، همانند اشتراک هر دو نظام در تبعیت از یک خانواده کلان حقوقی مبتنی بر سیستم رومی ژرمن، و در عین حال ماهیت اسلامی و مبتنی بودن نظام حقوقی بر اساس فقه به‌خصوص در قلمرو قواعد جنایی، چنان‌که در ماده اول قانون جزا افغانستان اشاره شده است: این قانون جرایم و جزایهای تعزیری را تنظیم می‌نماید.

ماهیت تعزیری و بازدارنده قواعد و مقررات جرایم مواد مخدر در هر دو نظام، بر اساس ویژگی انعطاف‌پذیری این مقررات بر اساس منافع و مصالح اجتماعی امکان تجدید نظر در این گونه مقررات را فراهم می‌نماید. هر دو کشور به کنوانسیون بین‌المللی سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان ۱۹۸۸ ملحق شده‌اند، لذا با توجه به مقررات این دو نظام که مفاد کنوانسیون‌ها را در حکم قانون دانسته و دولت‌ها را مکلف به اجرای آن نموده‌اند، همین کنوانسیون می‌تواند به عنوان منشوری در راستای هماهنگ‌سازی هر چه بیش‌تر سیاست جنایی مشترک هر دو نظام محسوب گردد. ضمن اینکه هدف کنوانسیون نیز بسط همکاری بین اعضا به شیوه‌ای هماهنگ با اصول تساوی حاکمیت و تمامیت ارضی دولت‌ها و عدم مداخله در امور داخلی دولت‌های دیگر می‌باشد (ماده ۲ کنوانسیون).

صرف نظر از روش‌های سنتی همکاری‌های دولتی در قالب استرداد مجرمین، معاضدت قضایی و نیابت قضایی که در این کنوانسیون از آن‌ها یاد شده است، کنوانسیون شیوه حمل تحت نظارت را نیز پیشنهاد نموده است^{۴۰} که البته تا قبل از اصلاحات اخیر در هر دو کشور مورد توجه قرار نگرفته بود اما خوشبختانه در اصلاحیه قانون اصلاحی مواد مخدر ۱۳۸۹ در ایران و در ماده

۳۸. به منظور مشاهده این قراردادها رجوع کنید، ساکی، محمد رضا، جرایم مواد مخدر، ص ۳۶۱

39. majlis.ir (8/10/1388)

۴۰. ماده ۱۱ کنوانسیون بین‌المللی سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان ۱۹۸۸

۴۳ صریحاً به این موضوع اشاره شده است: «نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران اجازه دارد در چارچوب موافقت نامه‌های قانونی دویا چند جانبه بین جمهوری اسلامی ایران و سایر دولت‌ها با مشارکت مامورین دیگر کشورها به منظور شناسایی مجرمین موضوع این قانون، ردیابی منابع مالی، کشف طرق ورود یا عبور محموله‌های قاچاق از کشور، کشف وسایل یا مکان کشت یا تولید یا ساخت مواد مذکور با تنظیم طرح عملیاتی و درخواست فرمانده نیروی انتظامی با حکم دادستان کل کشور، محموله‌های تحت کنترل را در قلمرو داخلی و با موافقت سایر کشورها در قلمرو آن کشورها مورد تعقیب قرار داده و پس از تکمیل تحقیقات، گزارش اقدام را به دادستان کل یا قاضی که او تعیین می‌کند تسلیم نماید. هر گونه تغییر در طرح عملیاتی مذکور در حین اجرا با مجوز کتبی دادستان کل کشور بلا مانع است.»

در قانون جدید مبارزه با مواد مخدر افغانستان نیز به این امر صراحتاً اشاره شده است. بر اساس جزء ۱ ماده ۲۳ این قانون «پلیس می‌تواند فعالیت‌های کشفی مخفی استخباراتی را در جریان کشف و تحقیق مطابق احکام قانون غرض جمع‌آوری اسناد، مدارک و سایر معلومات ضروری که شامل موارد ذیل می‌شود، انجام دهد.» و بر اساس بند ۴ همین ماده «تحويل دهی و انتقال تحت کنترل مواد مخدر طبق مقرر مبروط به اساس توافق رسمی و تحریری مراجع ذیصلاح کشورهای تحويل دهنده و تحويل گیرنده و یا موافقت نامه‌های بین‌المللی که افغانستان به آن الحاق نموده باشد.» در جزء ۴ ماده ۵ نیز قانونگذار اقدام به تعریف اصلاح انتقال کنترل شده، نموده است: «اجازه دادن به انتقال و عبور و مرور محموله‌های غیر قانونی یا مشکوک شامل مواد مخدر، مواد اولیه، تجهیزات، لابراتوارها و سایر اقلام ذی‌دخل در آن، با آگاهی و تحت نظارت مراجع ذیصلاح عدلی و قضایی به مقصد جمع‌آوری مدارک و شناسایی اشخاص مظنون قاچاق مواد مخدر از قلمرو افغانستان به قلمرو یک یا چند کشور دیگر مطابق مقرر خاص می‌باشد.»

تاسیس انتقال تحت کنترل، یکی از موثرترین ابزارهای و مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فرا سرزمینی محسوب گردد. که خوشبختانه در اصلاحیه قانون اصلاحی ایران و قانون جدید افغانستان در خصوص مبارزه با مواد مخدر به آن اشاره شده است.

بنابراین با توجه به ویژگی‌های منعطف رویکرد هماهنگ‌سازی، اتخاذ آن به عنوان شیوه‌ای موثر در شکل‌گیری همکاری دو کشور در قالب سیاست جنایی منطقه‌ای به منظور پیش‌گیری و مبارزه با جرایم مواد مخدر، می‌تواند گامی مفید تلقی گردد.

نتیجه‌گیری

۱. در منطقه جغرافیایی موسوم به کشورهای اکو، انواع جرایم سازمان‌یافته همانند جرایم قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان، قاچاق اشیای عتیقه، قاچاق کالای صحت محور، قاچاق سلاح، تروریسم، جرایم فساد اداری و جرایم اقتصادی همانند تطهیر پول و غیره در سطح وسیعی در حال تحقق می‌باشد.
۲. سیاست جنایی صرف ملی هرچند که توأم با صرف هزینه‌های هنگفتی نیز صورت گرفته باشد؛ نمی‌تواند پاسخ مناسبی در قبال جرایم سازمان‌یافته فراملی محسوب گردد؛ چرا که وقتی جرم سازمان‌یافته فراملی است، سیاست جنایی ملی صرف، نمی‌تواند در این خصوص پاسخگو باشد. از این جهت نیاز به یک سیاست جنایی فرا ملی می‌باشد.
۳. محققین برای مقابله با جرایم سازمان‌یافته سه قالب خاص را برای سیاست جنایی مشترک پیشنهاد نموده‌اند. رویکرد وحدت بر اساس اصول مسلم سه گانه حقوق جزا، رویکرد همانندسازی بر مبنای تلفیق منافع ملی با منافع فراملی و در نهایت هماهنگ‌سازی.
۴. با توجه به اقدامات کشورهای اکو، آنچه که در حال حاضر بعنوان چارچوب همکاری کشورهای عضو اکو در قبال جرایم سازمان‌یافته محسوب می‌گردد، رویکرد سوم یعنی هماهنگ‌سازی می‌باشد.
۵. اگرچه رویکرد هماهنگ‌سازی بستر و شروع مناسبی بین اعضای اکو در قبال جرایم سازمان‌یافته محسوب می‌گردد، اما با توجه به تنوع و گستردگی جرایم سازمان‌یافته این منطقه، توقف در این رویکرد نیز نمی‌تواند بستری مناسب برای مبارزه با جرایم سازمان‌یافته محسوب شود. از این جهت تغییر در این رویکرد امری ضروری محسوب می‌گردد.
۶. به عنوان پیشنهاد، اتخاذ رویکرد گزینشی می‌تواند بدیل مناسبی برای سیاست جنایی مشترک منطقه‌ای محسوب گردد. بدین صورت که اگرچه نمی‌توان درخصوص تمام جرایم در بین ده کشور اکو نوعی قالب یا رویکرد واحدی را ایجاد نمود اما شاید بتوان از روش حداقلی، نوعی تغییر در این وضعیت ایجاد نمود. بدین صورت که با توجه به نوع هر یک از جرایم سازمان‌یافته این منطقه، دو یا چند کشور را به طرف رویکردی کارآمدتر هدایت داد.

کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان

جواد تقی زاده

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران - ایران

کیومرث فیروز جهانتیغی

دانش آموخته ماستری حقوق عمومی دانشگاه مازندران - ایران

چکیده

وفات، استعفا، انفصال، عزل و مریضی صعب‌العلاج مانع اجرای وظیفه عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری افغانستان می‌باشند. رییس جمهوری شخصا استعفای خویش را به شورای ملی اعلام می‌نماید و کناره‌گیری وی از سمت ریاست جمهوری نیازمند پذیرش مقام یا نهاد دیگری نیست. انفصال رییس جمهور افغانستان با تایید اتهام وی به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت از طرف دو ثلث کل آرای ولسی جرگه و تصویب اکثریت دو ثلث آرای لویه جرگه محقق می‌شود. در صورت محکومیت رییس جمهور در محکمه خاص، انفصال قطعی و رییس جمهور از سمت خویش عزل می‌گردد. تثبیت مریضی صعب‌العلاج رئیس جمهور توسط هیات طبی با صلاحیت که از طرف ستره محکمه تعیین می‌گردد، صورت می‌گیرد. کفالت ریاست جمهوری افغانستان به‌عهده معاون اول وی است و در صورت غیاب معاون اول، معاون دوم مطابق به احکام قانون اساسی عمل می‌کند. در صورت وفات هم‌زمان رییس جمهور و معاون اول وی، به ترتیب معاون دوم، رییس مشرانو جرگه، رییس ولسی جرگه و وزیر خارجه وظایف رییس جمهور را به‌عهده می‌گیرند. طول دوره کفالت ریاست جمهوری افغانستان، مگر در صورت تحقق انفصال موقت، حداکثر سه ماه است. معاون اول رییس جمهوری به‌هیث ریاست جمهوری موقت نمی‌تواند تعدیل قانون اساسی، عزل وزیران و مراجعه به آرای عامه را انجام دهد.

واژگان کلیدی: کفالت، رییس جمهور، قانون اساسی، افغانستان

مقدمه

در ادبیات حقوق اساسی اصطلاحاتی مانند کفالت، سرپرستی، جانشینی و قائم مقامی برای توصیف مواردی که وظایف یک سمت توسط شخص یا هیأتی دیگر تصدی می‌گردد استفاده می‌شوند. تصدی موقت وظایف ریاست جمهوری در دوره غیاب (Vacancy) یا مانعیت (Empêchement) متصدی اصلی آن را در فرانسه کفالت (Intérim) می‌نامند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از تصدی موقت وظایف وزیر در دوره غیاب متصدی اصلی آن به دلایل وفات، عزل یا استعفا به سرپرستی تعبیر شده است (نک. اصل ۱۳۵ قانون اساسی ایران) و در حقوق اداری ایران نیز به مقاماتی که به صورت موقت عهده‌دار وظایف متصدی اصلی در غیاب یا خالی شدن سمت وی می‌شوند سرپرست می‌گویند. سرپرستی دانشگاه‌ها پیش از صدور حکم ریاست آن‌ها نمونه مناسبی برای نکته اخیر است. استاد سید محمد هاشمی در کتاب حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران در مقام تبیین تصدی وظایف رهبری توسط سایر مقامات و نهادها از کلمه جانشینی استفاده کرده است و مصادیق تفویض وظایف رهبری به سایر اشخاص و همچنین تصدی وظایف رهبری توسط شورای سه نفره مندرج در اصل ۱۱۱ قانون اساسی ایران در صورت بلا تصدی شدن سمت در اثر وفات، کناره‌گیری، عزل یا ناتوانی موقت رهبر را در ذیل مبحث جانشینی رهبر قرار داده است (نک. هاشمی، ۱۳۸۱: ۵۱-۵۳). قائم مقام در ادبیات حقوق عمومی ایران به شخص یا مقامی اطلاق می‌شود که با تفویض اختیار مقام مافوق، بعضی از وظایف وی را عهده دار می‌گردد. در ادبیات حقوق اساسی افغانستان به تصدی موقت وظایف ریاست جمهوری توسط معاونان رییس جمهور یا سایر مقامات مذکور در قانون اساسی، سرپرستی می‌گویند. استفاده از واژه سرپرستی در حقوق اساسی افغانستان هم برای مواردی است که سمت ریاست جمهوری بلا تصدی و خالی شده است و هم برای مواردی است که سمت ریاست جمهوری خالی و بلا تصدی نشده است بلکه رییس جمهور به جهت غیاب که در واقع غیبت ارادی وی به دلیل مسافرت یا بیماری است، انجام وظایف خویش را به معاون اول یا دوم تفویض می‌کند. سرپرستی موقت ریاست جمهوری در مواردی که سمت ریاست جمهوری بلا تصدی و خالی شده است، از مصادیق کفالت می‌باشد ولی سرپرستی موقت ریاست جمهوری در مواردی که رییس جمهور وظایف معاون خویش را تعیین می‌کند از مصادیق تفویض اختیار است. به عبارت دیگر، کفالت متفاوت از تفویض اختیار است؛ زیرا تفویض اختیار به معنای اعطای صلاحیت در دوره‌ای است که متصدی اصلی سمت باقی می‌ماند و همزمان دارای

صلاحیت است ولی کفالت ترتیبی است که به موجب آن در زمان خالی یا بلا تصدی شدن موقت یا قطعی یک سمت، شخص دیگری به طور موقت انجام امور مربوط به آن سمت را بر عهده می گیرد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۴۶). به فرد یا هیأتی که کفالت را عهده دار می شود، کفیل می گویند. این مقاله در نظر دارد تا با نگاهی به حقوق مقایسوی، احکام قانون اساسی افغانستان درباره کفالت ریاست جمهوری را بررسی نماید. ابتدا تحقق کفالت ریاست جمهوری افغانستان (الف) و سپس تصدی آن (ب) تبیین و تحلیل می شوند.

الف. تحقق کفالت ریاست جمهوری

مطابق مواد ۶۰، ۶۷ و ۶۹ قانون اساسی، وفات (۱)، عزل (۲)، انفصال (۳)، استعفا (۴) و مریضی صعب العلاج مانع اجرای وظیفه ریاست جمهوری (۵) عوامل تحقق کفالت رییس جمهوری افغانستان می باشند.

۱. وفات رییس جمهور

مطابق ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان، وفات از عوامل قهری تحقق کفالت ریاست جمهوری است. در اصل ۱۳۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به فوت رییس جمهوری به عنوان یکی از عوامل تحقق کفالت وی تصریح شده است. وفات رییس جمهور یکی از مصادیق غیاب یا خالی شدن سمت و در نتیجه تحقق کفالت ریاست جمهوری در فرانسه محسوب می شود اما به وفات رییس جمهور در ماده ۷ قانون اساسی جمهوری پنجم تصریح نشده است (تقی زاده، ۱۳۸۹: ۹۸). بر اساس ماده ۶۰ قانون اساسی افغانستان معاون اول رییس جمهور در حالت وفات رییس جمهور، مطابق به احکام مندرج این قانون اساسی عمل می کند. ماده ۶۷ قانون اساسی نیز معاون اول رییس جمهور را عهده دار وظایف و صلاحیت های رییس جمهور در صورت وفات وی تعیین می کند ولی حکم مقرر در ماده ۶۸ قانون اساسی افغانستان در این زمینه جالب توجه است. پاراگراف دوم ماده ۶۸ قانون اساسی افغانستان مقرر می دارد: «در صورت وفات هم زمان رییس جمهور و معاون اول وی، به ترتیب معاون دوم، رییس مشرانو جرگه، رییس ولسی جرگه و وزیر خارجه یکی بعد دیگری مطابق به حکم مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی وظایف رییس جمهور را به عهده می گیرد». این تدبیر قانون اساسی حکم کفالت ریاست جمهوری در صورت وفات هم زمان رییس جمهور و معاون اول وی را روشن کرده است زیرا تحقق وفات هم زمان رییس جمهور و معاون اول وی ممکن است. با وجود این، حکم مذکور

دارای نقایصی است که در مبحث مربوط به تصدی کفالت ارائه می‌شود.

۲. عزل رییس جمهور

در ماده ۷ قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه به عزل رییس جمهور در مقام شمارش عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری تصریح نشده است. با وجود این، عزل رییس جمهور، همانند وفات وی، از مصادیق غیاب یا خالی شدن سمت و در نتیجه تحقق کفالت ریاست جمهوری است. در اصل ۱۳۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همانند ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان، به عزل رییس جمهوری از عوامل تحقق کفالت وی تصریح شده است. رییس جمهوری اسلامی ایران در قبال وظایفی که مطابق قانون اساسی و قوانین عادی عهده‌دار است در برابر مجلس، رهبر و ملت مسئول می‌باشد (اصل ۱۲۲ قانون اساسی). مطابق اصل ۸۹ قانون اساسی، یک سوم نمایندگان مجلس شورای اسلامی می‌توانند رییس جمهور را در مقام اجرای وظایف مدیریت قوه مجریه و اداره امور اجرایی کشور استیضاح نمایند و با رأی دو سوم خویش زمینه عزل وی را توسط رهبری فراهم کنند. به علاوه، حکم دیوان عالی کشور مبنی بر تخلف رییس جمهور از وظایف قانونی می‌تواند به عزل وی توسط رهبری منجر گردد. در قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه مسئولیت رییس جمهور تحت شرایطی مورد پذیرش قرار گرفته است. مطابق ماده ۶۸ قانون اساسی فرانسه اصلاحی سال ۲۰۰۷ رییس جمهور را مگر در صورت قصور از وظایفش که به‌وضوح با انجام نمایندگی اش ناسازگار است نمی‌توان عزل کرد. اعلام عزل رییس جمهور توسط پارلمان در قالب دیوان عالی است و تصمیم دیوان عالی به عزل اتوماتیک رییس جمهور منجر می‌شود. مطابق ماده ۶۷ قانون اساسی فرانسه، رییس جمهور مگر بر اساس مقررات مواد ۲-۵۳ و ۶۸ قانون اساسی، مسئول اعمال ارتكابی به‌حیث رییس جمهور نیست. تعقیبات و دادرسی‌هایی که به دلیل ریاست جمهوری وی متوقف شده‌اند، می‌توانند با گذشت یک ماه از پایان وظایف ریاست جمهوری علیه وی ادامه یابند یا آغاز گردند (تقی زاده، ۱۳۸۹: ۱۰۱-۱۰۵).

رییس جمهوری افغانستان فاقد مسئولیت سیاسی در برابر پارلمان است ولی مسئولیت جزایی وی پذیرفته شده است (عبدالله، ۱۳۹۴: ۸۳). ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد: «رییس جمهور در برابر ملت و ولسی جرگه مطابق به احکام این ماده مسئول می‌باشد. اتهام علیه رییس جمهور به ارتكاب جرایم ضد بشریت، خیانت ملی یا جنایت، از طرف یک ثلث کل اعضای ولسی جرگه تقاضا شده می‌تواند. در صورتی که این تقاضا از طرف دو ثلث کل آرای ولسی

جرگه تایید گردد، ولسی جرگه در خلال مدت یک ماه لویه جرگه را دایر می نماید. هرگاه لویه جرگه اتهام منسوب را به اکثریت دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، رئیس جمهور از وظیفه منفصل و موضوع به محکمه خاص محول می گردد. محکمه خاص متشکل است از رئیس مشرانو جرگه، سه نفر از اعضای ولسی جرگه و سه نفر از اعضای ستره محکمه به تعیین لویه جرگه. اقامه دعوی توسط شخصی که از طرف لویه جرگه تعیین می گردد صورت می گیرد. در این حالت احکام مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی تطبیق می گردد». به این ترتیب ارتکاب جرایم ضد بشری (الف)، خیانت ملی (ب) یا جنایت (ج) می توانند به عزل رئیس جمهور افغانستان منجر شوند.

الف) جرایم ضد بشری

جرائم ضد بشری تاکنون در قوانین افغانستان تعریف نشده است و بنابراین چاره‌ای جز تعریف آن مطابق قواعد حقوق معاهدات بین الملل نیست. ماده ۷ اساسنامه محکمه جزیایی بین المللی که در حال حاضر کامل ترین و جامع ترین متن راجع به این موضوع است، جرایم ضد بشری را شمارش و تعریف می نماید. این اساسنامه تا به حال به تصویب شورای ملی افغانستان نرسیده است. بنابراین، این اساسنامه هنوز در افغانستان قانون عادی تلقی نمی شود (عبدالله، ۱۳۹۴: ۷۵). مطابق بند ۱ ماده ۷ اساسنامه مزبور منظور از جرایم ضد بشری در این اساسنامه هر يك از اعمال مشروحه ذیل است. هنگامی که در چارچوب يك حمله گسترده و سازمان یافته بر ضد یک جمعیت غیر نظامی و با علم به آن حمله، ارتکاب یابد: الف: قتل عمد، ب: ریشه کن کردن، ج: به بردگی گرفتن، د: تبعید یا کوچ اجباری يك جمعیت، ه: حبس کردن یا ایجاد محرومیت شدید از آزادی جسمانی که بر خلاف قواعد اساسی حقوق بین الملل انجام شود، و: شکنجه، ز: تجاوز جنسی، برده گیری جنسی، فحشای اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری، یا هر شکل دیگر خشونت جنسی همسنگ با آنها؛ ح: اذیت و آزار مداوم هر گروه یا مجموعه مشخص به علل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی، جنسیت یا علل دیگر در ارتباط با هر يك از اعمال مذکور در این بند یا هر جنایت مشمول صلاحیت محکمه، که در سراسر جهان به موجب حقوق بین الملل غیر مجاز شناخته شده است؛ ط: ناپدیدسازی اجباری، ی: جنایت تبعیض نژادی، و: اعمال غیر انسانی مشابه دیگری که عمداً به قصد ایجاد رنج یا صدمه شدید به جسم یا به سلامت روحی و جسمی صورت پذیرد (عبدالله، ۱۳۹۴: ۷۵-۷۶).

ب) خیانت ملی

خیانت ملی دومین موضوعی است که به اتهام آن لویه جرگه می‌تواند رئیس جمهور را از وظیفه منفصل کند. خیانت ملی در قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی منتشره جریده رسمی شماره ۶۴۹ مؤرخ ۳۰ میزان ۱۳۶۶ هجری شمسی تعریف شده است. مطابق بند ۱ ماده ۱ این قانون، خیانت به وطن یا خیانت ملی عبارت است از: «اعمال عمدی تبعه جمهوری دموکراتیک افغانستان علیه حق حاکمیت مردمی، صیانت، تمامیت ارضی، استقلال و امنیت ملی و قابلیت دفاعی کشور می‌باشد که عبارت است از: ۱) پیوستن به دشمن، فعالیت مسلحانه علیه حاکمیت مردمی، جاسوسی، تسلیم نیروها، واگذاری سلاح، تکنیک محاروبی، استحکامات و سایر وسایل پیش‌برد جنگ، در اختیار گذاشتن معلوماتی حاوی اسرار دولتی و نظامی با کشورها یا سازمان‌ها یا گروه‌های ضد دولتی؛ ۲) تشریک مساعی و همکاری با کشورهای خارجی یا سازمان‌ها یا گروه‌های ضد دولتی در اجرای فعالیت خصمانه‌شان علیه جمهوری دموکراتیک افغانستان؛ و ۳) توطئه به منظور کسب قدرت دولتی [...]». طبق ماده ۱ فقره ۱ بند ۳ قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، جزای خیانت ملی: «حبس دائم یا اعدام و مصادره دارایی است». لذا خیانت ملی از مصادیق جنایت است ولی به دلیل حساسیت اتهام رییس جمهور به ارتکاب خیانت ملی، به این جرم در قانون اساسی تصریح شده است.

ج) جنایت

جنایت سومین موضوعی که به اتهام آن لویه جرگه می‌تواند رئیس جمهور را از وظیفه منفصل نماید. در حقوق جزای عمومی افغانستان مانند بسیاری از کشورها جرایم از حیث شدت و خفت به سه دسته تقسیم می‌شوند و برای هر دسته مجازات‌های متناسب پیش‌بینی شده است (عبدالله، ۱۳۹۴: ۵۱). ماده ۲۳ قانون جزاء در مورد دسته بندی جرایم از حیث شدت و خفت تصریح می‌نماید: «جرایم از حیث شدت و خفت به جنایت، جناحه و قباحه تصنیف می‌گردد». ماده ۲۴ قانون جزاء در تعریف جنایت مقرر می‌دارد: «جنایت جرمی است که مرتکب آن به اعدام یا حبس دوام یا حبس طویل محکوم گردد». به این ترتیب، در قانون جزای افغانستان مصادیق جرم جنایت تعیین نشده است ولی با معیار ارایه شده، هر جرمی که جزای آن اعدام، حبس دوام یا حبس طولانی باشد، جنایت تلقی می‌شود.

مسئولیت سیاسی رییس جمهور در ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان مقرر نشده است و

کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان/ ۱۱۹

ولسی جرگه حق استیضاح رییس جمهور را ندارد. به عبارت دیگر، موقعیت رییس جمهور در نظام سیاسی افغانستان به گونه‌ای است که متصدی این مقام فاقد مسئولیت سیاسی است و استیضاح که در صورت وجود مسئولیت سیاسی قابل طرح است، درباره وی قابل اجرا نیست. آنچه که در ماده ۶۹ ذکر شده است، بیانگر مسئولیت "جزایی" رییس جمهور است که می‌تواند به "عزل" رییس جمهور منجر گردد. در متن ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان به مجازات رییس جمهور تصریح نشده است اما در صورت تأیید اتهامش، وی از سمت خود منفصل می‌گردد. عزل رییس جمهور در صورت محکومیت در محکمه خاص به ارتکاب جرائم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت مانع اجرای مجازات‌های مقرر برای مرتکبین این جرایم در قوانین بر رییس جمهور نمی‌شود. مصارف (هزینه‌ها) و معاش (حقوق) رییس جمهور افغانستان در دوره‌ی خدمت و بعد از ختم وظیفه بر اساس قانون تامین خواهد شد مگر در حالت عزل رییس جمهور زیرا مطابق ماده ۷۰ قانون اساسی افغانستان عزل رییس جمهور مانع برخورداری از حقوق مالی ریاست جمهوری برای باقی مدت عمر است.

قانون اساسی افغانستان درباره مسئولیت جزایی و تعقیب جزایی رییس جمهور به اتهام ارتکاب سایر جرایم (جنحه یا قباحه) حکمی ندارد. با نظر به اصل عدم مصونیت و تساوی اتباع در برابر قانون باید تعرض و مسئولیت جزایی رییس جمهور را پذیرفت اما محکومیت احتمالی وی در محاکم عمومی به عزل وی از مقام ریاست جمهوری منجر نمی‌شود. با وجود این، به نظر می‌رسد حکم مقنن اساسی افغانستان در ماده ۶۹ قانون اساسی نارسا و مجمل است و پیشنهاد می‌گردد در مقام تعدیل قانون اساسی افغانستان درباره اصل عدم تعرض یا عدم مسئولیت رییس جمهور در صورت اتهام به ارتکاب سایر جرایم قانونگذاری شود. اهمیت جایگاه و مقام ریاست جمهوری افغانستان اقتضا می‌کند تا به راحتی نتوان متصدی این مقام را تعقیب یا توقیف کرد. به هر حال، با نظر به صراحت ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان در صورت عزل رییس جمهور، دوره کفالت ریاست جمهوری آغاز می‌شود.

۳. انفصال رییس جمهور

انفصال رییس جمهور افغانستان از عوامل تحقق کفالت است زیرا مطابق ماده ۶۹ قانون اساسی در حالت انفصال، احکام مندرج ماده ۶۷ قانون اساسی یعنی احکام دوره کفالت ریاست جمهوری اجرا می‌شود. مطابق ماده ۶۷ قانون اساسی در حالات استعفا، عزل یا وفات رییس

جمهور و یا مریضی صعب‌العلاج مانع اجرای وظیفه، معاون اول رییس جمهور صلاحیت‌ها و وظایف رییس جمهور را برعهده می‌گیرد. ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد که اتهام علیه رییس جمهور به ارتکاب جرائم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت، از طرف یک ثلث کل اعضای ولسی جرگه می‌تواند تقاضا شود. در صورتی که این تقاضا از طرف دو ثلث کل آرای ولسی جرگه تأیید گردد، ولسی جرگه در خلال مدت یک‌ماه، لویه جرگه را دایر می‌نماید. هرگاه لویه جرگه اتهام منسوب را به اکثریت دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، رییس جمهور از وظیفه منفصل و موضوع به محکمه خاص محول می‌گردد. پرسش این است که آیا انفصال رییس جمهور به تصویب لویه جرگه به معنای انفصال دایم و قطعی و در واقع عزل رییس جمهور است یا اینکه به معنای انفصال مقطعی یا موقت است ولی در اثر محکومیت رییس جمهور در محکمه خاص، انفصال قطعی می‌شود و رییس جمهور عزل می‌گردد؟ در این مورد دو تفسیر ذیل از قانون اساسی قابل ارایه است :

الف) منظور از انفصال با تصویب لویه جرگه، انفصال قطعی و عزل رییس جمهور است که در این صورت برگشت به سمت ریاست جمهوری حتی در صورت صدور حکم برائت رییس جمهور در محکمه خاص ممکن نیست. لذا در حالت انفصال با تصویب لویه جرگه باید انتخابات ریاست جمهوری در خلال سه ماه برگزار شود (مشتافی، ۱۳۸۸: ۲۱۴). این تفسیر با منطق تعقیب و محاکمه (impeachment) در حقوق ایالات متحده آمریکا مطابقت دارد زیرا با ابراز رأی موافق حداقل دو سوم سناتورها رییس جمهور ایالات متحده عزل می‌شود و برائت در محاکم عمومی به برگشت دوباره رییس جمهور به قدرت منجر نمی‌گردد.

ب) منظور از انفصال با تصویب لویه جرگه، انفصال موقت و مقطعی است که در این صورت با صدور حکم برائت در محکمه خاص، رییس جمهور منفصل به کرسی ریاست جمهوری باز می‌گردد (دانش، ۱۳۸۹: ۴۰۴). دلایل ذیل می‌توانند برداشت اخیر را تأیید کنند :

۱) اصطلاح انفصال برخلاف اصطلاحات عزل یا برکناری دارای این توانایی است که اعم از انفصال موقت (مقطعی) و انفصال دایم (قطعی) اراده شود. در ادبیات حقوقی افغانستان و ایران به این موضوع توجه شده است و لذا مقنن‌گاه به انفصال موقت و گاه به انفصال دایم حکم می‌کند. عزل یا برکناری هیچگاه در ادبیات حقوقی دو کشور به عزل یا برکناری موقت و عزل یا برکناری دایم تعبیر نشده است.

۲) مقنن اساسی افغانستان در ماده ۶۷ قانون اساسی عزل رییس جمهور را در کنار حالات وفات،

کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان/ ۱۲۱

استعفا یا مریضی صعب‌العلاج مانع اجرای وظیفه از موارد لزوم مبادرت به برگزاری انتخابات ریاست جمهوری قرار داده است. برگزاری انتخابات ریاست جمهوری در صورت عزل رییس جمهور لازم است و در حالتی که تحقق عزل یقینی نیست نباید به انتخاب رییس جمهور جدید مبادرت کرد. با توجه به قاعده‌ی فقهی و اصولی استصحاب یا بقای ماکان، با نظر به اینکه از کلمه انفصال دو معنای انفصال موقت و انفصال دایم قابل تصور است، در صورت تردید پس از صدور حکم برائت محکمه خاص، باید به بقای سمت ریاست جمهوری و در نتیجه برگشت رییس جمهور منفصل به کرسی ریاست جمهوری نظر داد.

۳) از منظر قانون اساسی افغانستان، اصطلاحات انفصال و عزل مترادف هم نیستند زیرا ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان در وضعیت مشابه اما برای اعضای ستره محکمه حکم نموده است که در صورت تصویب اتهام توسط دو سوم کل اعضای ولسی جرگه، عضو مورد نظر ستره محکمه از وظیفه عزل می‌شود و موضوع به محکمه خاص محول می‌گردد. با وجود این، ماده ۱۹ قانون تشکیل و صلاحیت محکمه خاص مقرر کرده است که در صورت صدور قرار عدم لزوم اقامه دعوا یا حکم بر برائت متهم، وی از تمام حقوق و امتیازات و معاش دوره تعلیق مستفید می‌گردد. از اصطلاح تعلیق در ماده مذکور می‌توان چنین برداشت کرد که در صورت عدم اثبات اتهام عضو ستره محکمه، عزل منتفی می‌گردد و متهم دوباره به وظیفه خود ادامه می‌دهد. این ماده قانونی مغایر با قانون اساسی است اما اینکه انفصال لزوماً به معنای عزل نیست را تأیید می‌کند.

۴) برداشت اخیر با این نکته که رییس جمهور افغانستان فاقد مسئولیت سیاسی است و صرف مسئولیت جزایی وی در برابر ملت و ولسی جرگه در قانون اساسی پذیرفته شده است مطابقت بیشتری دارد. صدور حکم برائت توسط محکمه خاص در واقع به معنای عدم محکومیت رییس جمهور به ارتکاب خیانت ملی، جنایت یا جرایم ضد بشری و رفع اتهام جزایی از رییس جمهور است (تقی زاده، ۱۳۹۴: ۱۷۰).

به این ترتیب حالت انفصال اعم از انفصال موقت یا انفصال دایم از عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری است. تفاوت انفصال موقت و انفصال دایم در این است که در صورت انفصال موقت نیازی به برگزاری انتخابات ریاست جمهوری جدید نیست و لذا دوره کفالت ریاست جمهوری می‌تواند از سه ماه تجاوز نماید اما در صورت انفصال دایم باید به برگزاری انتخابات ریاست جمهوری در خلال سه ماه مبادرت کرد زیرا انفصال دایم با عزل یا برکناری رییس جمهور مترادف است.

۴. استعفای رییس جمهور

مطابق اصل ۱۳۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، رییس جمهوری استعفای خویش را به مقام رهبری یعنی عالی ترین مقام رسمی کشور ارایه می کند و تا زمان پذیرش یا رد استعفا به وظایف خویش ادامه می دهد. به عبارت دیگر نافذ شدن استعفای رییس جمهوری ایران از سمت خویش نیازمند پذیرش مقام رهبری است. با نظر به اینکه در جمهوری اسلامی ایران، رییس جمهور عالی ترین مقام رسمی کشور نیست و نقش رییس هیأت دولت را ایفا می کند، تدبیر قانون اساسی مبنی بر امکان پذیرش یا رد استعفای وی توسط مقام رهبری قابل توجیه است. اما رییس جمهوری افغانستان، همانند ریاست جمهوری فرانسه است و حتی به دلیل تصدی توأمان ریاست دولت و ریاست حکومت در جایگاهی مهم تر از ریاست جمهوری فرانسه قرار دارد. لذا استعفای رییس جمهور افغانستان، همانند کناره گیری رییس جمهوری فرانسه، نیازمند پذیرش مقام یا مرجع دیگری نیست. مطابق ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان، رییس جمهور استعفای خود را شخصاً به شورای ملی که نمایندگان مردم در آن حضور دارند اعلام می نماید. همین ماده قانون اساسی به استعفا به عنوان یکی از عوامل عهده دار شدن وظایف رییس جمهور توسط معاون اول وی تصریح می کند. در اصل ۱۳۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به استعفا در جمع عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری تصریح شده است. مقنن اساسی فرانسه به صراحت از استعفا نام نبرده است اما کناره گیری یکی از مصادیق غیاب یا خالی شدن سمت و در نتیجه تحقق کفالت ریاست جمهوری فرانسه است (تقی زاده، ۱۳۸۹: ۱۰۶). حکم قانون اساسی افغانستان مبنی بر اینکه رییس جمهور استعفای خویش را شخصاً به شورای ملی که نمایندگان مردم در آن حضور دارند اعلام می نماید به این هدف است که هرگونه تردیدی را در این زمینه از بین ببرد و این نکته را اثبات نماید که رییس جمهور با تمایل و رضایت شخصی و بدون اعمال فشار و اجبار از جانب سایرین از سمت خویش استعفا نموده است (رسولی، ۱۳۸۹: ۱۰۹-۱۱۰). با اعلام شخصی استعفای خویش توسط رییس جمهور به شورای ملی، دوره کفالت ریاست جمهوری آغاز می گردد.

۵. مریضی صعب العلاج

مطابق قانون اساسی فرانسه، مانعیت رییس جمهور یکی از عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری است. مانعیت رییس جمهور می تواند در اثر عواملی مانند مریضی بسیار شدید و درمان ناپذیر

کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان/ ۱۳۳

یا جنون، قطعی باشد و یا در اثر عواملی مانند غیبت یا ربایش، موقت باشد. با وجود این، مقنن اساسی فرانسه از شمارش مصادیق تحقق مانعیت خودداری کرده است تا امکان اعلام مانعیت موقت یا قطعی رئیس جمهور را توسط شورای قانون اساسی و تقاضای حکومت نظر به شرایط متفاوت فراهم نماید. لذا در صورت بیماری یا ربایش یا مفقود شدن رئیس جمهور، شورای قانون اساسی می‌تواند با ارزیابی شرایط، مانعیت موقت یا مانعیت قطعی وی را اعلام کند و چه بسا در ابتدا مانعیت موقت را اعلام نماید و در صورت تشدید وضعیت، مانعیت قطعی رئیس جمهور را اعلام کند. نتیجه چنین تدبیری در قانون اساسی فرانسه این است که صرف تحقق مانعیت رئیس جمهور به برگزاری انتخابات ریاست جمهوری منجر نمی‌شود مگر اینکه شورای قانون اساسی ویژگی قطعی مانعیت را اعلام نماید. قانونگذار اساسی ایران در اصل ۱۳۱ قانون اساسی، غیبت یا بیماری بیش از دو ماه را از عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری اعلام کرده است. همچنین در اصل ۱۳۱ قانون اساسی از عبارت «امور دیگری از این قبیل» استفاده شده است که از حصری نبودن عناوین عوامل تحقق کفالت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حکایت دارد. با وجود این، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با این ایراد مواجه است که در صورت تحقق مانعیت موقت در اثر بیماری یا غیبت کمتر از دو ماه رئیس جمهوری، به گونه‌ای که امید بازگشت به سمت و تصدی مجدد آن توسط ریاست جمهوری وجود دارد، متصدی وظایف ریاست جمهوری تعیین نشده است (تقی زاده، ۱۳۸۹: ۱۰۷-۱۱۰).

قانون اساسی افغانستان نیز دارای ایراد مشابه با قانون اساسی ایران است زیرا صرف بیماری صعب‌العلاج مانع اجرای وظیفه رئیس جمهور با تشخیص هیأت طبی با صلاحیت تعیین شده از طرف ستره محکمه را از عوامل تحقق کفالت اعلام کرده است. همچنین مطابق ماده شصت و هفتم قانون اساسی افغانستان در حالت تثبیت مریضی صعب‌العلاج مانع اجرای وظیفه در خلال مدت سه ماه انتخابات به منظور تعیین رئیس جمهور جدید برگزار می‌گردد. علاوه بر ابهامات و ایراداتی که در زمینه نقش ستره محکمه و هیأت طبی ذی صلاح وجود دارد زیرا ظاهراً ستره محکمه صرف به تعیین هیأت طبی اکتفا می‌کند و تثبیت بیماری صعب‌العلاج مانع اجرای وظیفه با هیأت طبی است و در اعلام نتیجه نهایی، ستره محکمه به عنوان نهادی اساسی فاقد نقش آفرینی است، حکم قانون اساسی موانع دیگری که می‌توانند برای رئیس جمهور به صورت موقت و خارج از اراده وی ایجاد شوند را شامل نمی‌گردد. غیاب در قانون اساسی افغانستان به معنای غیبت ارادی است زیرا بر اساس ماده ۶۰ قانون اساسی معاون اول در حالت غیاب باید مطابق به احکام

مندرج این قانون اساسی عمل نماید که در ذیل ماده ۶۷ قانون اساسی تعیین وظایف معاون اول در صورت غیاب رییس جمهور به شخص رییس جمهور واگذار شده است. به علاوه، در ماده ۶۷ قانون اساسی درباره حالاتی که باید در خلال سه ماه انتخابات ریاست جمهوری برگزار شود، از استعفا، عزل، وفات و مریضی صعب العلاج نام برده شده و به حالت غیاب برای برگزاری انتخابات اشاره نشده است. در این راستا احکام مقرر در قانون اساسی فرانسه درباره تحقق کفالت ریاست جمهوری که از وضعیت مناسب تری در مقایسه با احکام مقرر در قوانین اساسی افغانستان و ایران قرار دارند، می توانند در بازنگری احتمالی قوانین اساسی مورد توجه قرار گیرند تا حیات سیاسی در اوضاع و احوال غیر عادی ناشی از غیاب یا مانعیت رییس جمهور با بحران مواجهه نگردد. با توجه به بیان ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان، به نظر می رسد که به محض تشخیص صعب العلاج بودن بیماری مانع از انجام وظیفه رییس جمهور از جانب هیأت پزشکی صالح باید در خلال مدت سه ماه به منظور تعیین رییس جمهور جدید انتخابات برگزار گردد. اما در صورت بهبودی رییس جمهور بیمار پیش از انتخاب رییس جمهور جدید در دوره ای که کفیل رییس جمهور انجام وظیفه می نماید، حکم قانون اساسی شفاف نیست. مثلاً اگر رییس جمهور در وضعیت پزشکی کما قرار گیرد و پیش از انتخاب رییس جمهور جدید از حالت کما خارج شود و بهبود یابد، تکلیف چیست؟ با توجه به بیان ماده ۶۷ قانون اساسی، ظاهراً صرف تشخیص بیماری صعب العلاج مانع اجرای وظیفه توسط هیأت پزشکی صالح، برای تحقق کفالت رییس جمهور و آغاز مهلت سه ماهه انتخاب رییس جمهور جدید کفایت می کند و بهبود رییس جمهور تأثیری در وضعیت حقوقی موجود ندارد. این برداشت به متن قانون اساسی نزدیک تر است ولی از روح قانون اساسی فاصله می گیرد.

ب) تصدی کفالت ریاست جمهوری

تصدی کفالت ریاست جمهوری افغانستان در سه حوزه مقام متصدی کفالت (۱)، طول دوره کفالت (۲) و ممنوعیت های کفیل ریاست جمهوری (۳) قابل بررسی است.

۱. مقام متصدی کفالت

مطابق ماده ۶۰ قانون اساسی افغانستان، رییس جمهور دارای دو معاون اول و دوم است که نام هر دو معاون را هم زمان با کاندیدا شدن خود به ملت اعلام کرده است. به این ترتیب، انتخاب کنندگان هم زمان با رأی دادن به کاندیدای ریاست جمهوری به معاونین وی نیز رأی می دهند.

کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان/ ۱۲۵

با توجه به بافت و ترکیب قومی افغانستان که اقوام مختلف در آن سکونت دارند و تصریح قانون اساسی به ذکر نام این اقوام، معمول چنان است که دو معاون اول و دوم از دو قوم بزرگ دیگر کشور به غیر از قوم کاندیدای ریاست جمهوری تعیین می‌شوند (رسولی، ۱۳۸۹: ۷۳). بند ۱۰ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان، قبول استعفای معاونین ریاست جمهوری را از صلاحیت‌های رئیس جمهور تعیین کرده است. بر اساس ماده شصت و هشتم قانون اساسی هرگاه یکی از معاونین رئیس جمهور استعفا یا وفات نماید، عوض وی شخص دیگری توسط رئیس جمهور به تأیید ولسی جرگه تعیین می‌گردد. به این ترتیب، امکان عزل معاونین رئیس جمهور افغانستان وجود ندارد و در صورت ابتلای معاونین رئیس جمهور به مریضی صعب‌العلاج نیز حکمی در قانون اساسی افغانستان تعیین نشده است. عدم تعیین حکم اساسی در صورت مریضی صعب‌العلاج معاونین رئیس جمهور در حالت عادی که برای آن‌ها وظایف اختصاصی در قانون اساسی مقرر نشده است، چالشی را در حیات سیاسی ایجاد نمی‌کند اما وضعیت در صورت تحقق کفالت ریاست جمهوری می‌تواند متفاوت باشد.

مناسب‌ترین مقام برای تصدی کفالت ریاست جمهوری، معاون وی است. در حقوق ایالات متحده آمریکا جانشینی یا کفالت رئیس جمهور به معاون وی واگذار می‌شود. مطابق اصل ۱۳۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز معاون اول رئیس جمهور با موافقت رهبری، وظایف ریاست جمهوری را در دوره کفالت وی عهده دار می‌گردد. با پیروی از همین منطق، قانونگذار اساسی افغانستان نیز معاونین رئیس جمهوری را کفیل ریاست جمهوری تعیین کرده است. به‌علاوه، قانون اساسی افغانستان در صورت غیاب رئیس جمهور نیز واگذاری وظایف ریاست جمهوری توسط رئیس جمهور به معاونان خویش را اجازه داده است.

بر اساس صدر ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان «در صورت استعفا، عزل یا وفات رئیس جمهور و یا مریضی صعب‌العلاج که مانع اجرای وظیفه شود، معاون اول رئیس جمهور صلاحیت‌ها و وظایف رئیس جمهور را برعهده می‌گیرد». ذیل ماده ۶۰ قانون اساسی افغانستان نیز مقرر می‌دارد: «در غیاب معاون اول رئیس جمهور، معاون دوم وی مطابق احکام مندرج این قانون اساسی عمل می‌کند». به این ترتیب معاون اول رئیس جمهوری افغانستان متصدی کفالت ریاست جمهوری است و در حالت غیاب وی، معاون دوم رئیس جمهوری، کفالت ریاست جمهوری را تصدی می‌کند. در این زمینه پاراگراف دوم ماده ۶۸ قانون اساسی افغانستان که مقرر می‌دارد: «در صورت وفات هم‌زمان رئیس جمهور و معاون اول وی، به ترتیب معاون

دوم، رییس مشرانو جرگه، رییس ولسی جرگه و وزیر خارجه یکی بعد دیگری مطابق به حکم مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی وظایف رییس جمهور را بر عهده می‌گیرد» جالب توجه است. حکم مقنن اساسی در ماده ۶۸ قانون اساسی به این دلیل که تکلیف تصدی وظایف ریاست جمهوری را در صورت وفات هم‌زمان رییس جمهور و معاون اول وی تعیین کرده است، قابل تحسین می‌باشد اما دارای این ایراد است که از جامعیت کافی به‌منظور پوشش تمامی موارد بلا تصدی شدن سمت ریاست جمهوری و معاونت‌های وی برخوردار نیست. شایسته است مقنن اساسی افغانستان هرگونه بلا تصدی شدن سمت یا مانعیت رییس جمهور و معاونان وی را مجوز تصدی کفالت ریاست جمهوری توسط سایر مقامات مندرج در ماده ۶۸ قانون اساسی تعیین نماید نه این که صرف به تصدی وظایف ریاست جمهوری به‌ترتیب مذکور در صورت وفات هم‌زمان رییس جمهور و معاون اول وی حکم کند. در وضعیت کنونی، نظام سیاسی با این خلاء قانونی مواجه است که در صورت استعفای هم‌زمان معاونان و عدم تعیین معاونان جدید یا مریضی صعب‌العلاج آنها و پیرو آن تحقق عوامل کفالت ریاست جمهوری، متصدی وظایف ریاست جمهوری تعیین نشده است. ضروری است ابهامات و ایراداتی که در این زمینه وجود دارند در مقام تعدیل قانون اساسی افغانستان رفع گردند.

۲. طول دوره کفالت

کفالت توأم با محدودیت‌هایی از جمله محدودیت زمانی و موقت است (انصاری، ۱۳۹۲: ۱۴۰). تعیین حداکثر طول دوره کفالت ریاست جمهوری از این جهت دارای اهمیت است که به‌وسیله‌ی آن از تعویق غیرموجه انتخاب رییس جمهور و سوء استفاده از قدرت در نتیجه‌ی طولانی شدن دوره کفالت جلوگیری می‌کند تا در کوتاه‌ترین زمان مناسب انتخاب ریاست جمهوری برگزار شود. به‌علاوه، عدم تعیین حداقل زمانی برای کفالت نیز قابل قبول به‌نظر نمی‌رسد، زیرا به‌خاطر تحقق اسباب کفالت، شرایط عادی برکشور حاکم نیست. تحقق بیماری، استعفا، عزل و خصوصاً وفات رییس جمهور، می‌توانند بر روند عادی حیات سیاسی جامعه تاثیر بگذارند و اقدامات، تفکرات و جریانات زودگذر ناشی از هیجان را در جامعه ایجاد کنند. تعیین حداقل مهلت زمانی برای دوره کفالت علاوه بر اینکه باعث عادی شدن نسبی این جریان‌های هیجان‌محور می‌شود و اوضاع را تا حدودی به‌سمت آرامش سابق می‌برد، مهلت کافی نیز برای تدارک و برگزاری بهتر و مطمئن‌تر انتخابات ریاست جمهوری است. در صورت عدم تعیین حداقل زمانی برای دوره کفالت، این

کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان/ ۱۲۷

امکان وجود دارد که در شرایط نامناسب و زمانی بسیار نزدیک به تحقق عوامل کفالت، به برگزاری انتخابات اقدام شود. طول دوره کفالت ریاست جمهوری در فرانسه مگر در صورت مانعیت موقت ریاست جمهوری، حداقل بیست روز و حداکثر سی و پنج روز است. طول دوره کفالت ریاست جمهوری در ایران حداکثر پنجاه روز است. مقنن اساسی ایران بر خلاف مقنن اساسی فرانسه و همانند مقنن اساسی افغانستان، به حداقل دوره زمانی کفالت رییس جمهور تصریح نکرده است. به نظر می‌رسد که واقع‌گرایی مقننان اساسی ایران و افغانستان آن‌ها را از تعیین حداقل دوره زمانی کفالت رییس جمهور منصرف کرده است زیرا رعایت حداکثر سقف زمانی تعیین شده برای دوره کفالت رییس جمهور نیز در دو کشور مشکل می‌باشد. ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان، پس از شمارش عوامل تحقق کفالت، حکم می‌نماید که در این حالات در خلال مدت سه ماه انتخابات به‌منظور تعیین رییس جمهور جدید برگزار می‌گردد. به این ترتیب، طول دوره کفالت ریاست جمهوری افغانستان حداکثر سه ماه است مگر در صورت انفصال موقت رییس جمهور که در این حالت همانند حالت مانعیت موقت رییس جمهور در فرانسه، سقف زمانی تعیین نشده است. مهلت سه ماهه مقرر در قانون اساسی افغانستان فرصت کافی را جهت اجرای مطلوب و مناسب انتخابات برای مجریان انتخابات فراهم می‌کند. به‌علاوه، سقف زمانی مقرر در قانون اساسی از طولانی شدن غیرمنطقی و غیرمتعارف دوره کفالت ریاست جمهوری ممانعت می‌نماید و زمینه انتخاب به‌هنگام رییس جمهور جدید را تسهیل می‌کند.

۳. ممنوعیت‌های کفیل

کفیل دارای تمام اختیارات مقامی است که عهده‌دار کفالت آن می‌باشد مگر اینکه در قوانین مربوطه و یا در حکم کفالت، محدودیت‌ها یا ممنوعیت‌هایی تعیین شود (رضایی زاده، ۱۳۹۵: ۱۳۴). این محدودیت‌ها بنا بر مصلحت و به‌خاطر شرایط غیرعادی و التهاب حاکم بر حیات سیاسی جامعه مقرر می‌گردد (ساعد وکیل و عسکری، ۱۳۹۱: ۴۸۴). کفیل ریاست جمهوری افغانستان به‌صراحت ماده ۶۷ قانون اساسی، عهده‌دار همه‌ی وظایف و صلاحیت‌های رییس جمهوری است. با وجود این، قانون اساسی افغانستان انجام برخی امور را برای کفیل ریاست جمهوری ممنوع کرده است. تعیین ممنوعیت برای دوره کفالت یا کفیل ریاست جمهوری در سایر نظام‌های سیاسی نیز رایج است. قانونگذار اساسی افغانستان با تأثیرپذیری از قوانین اساسی ایران و فرانسه و البته با تفاوت‌هایی، ممنوعیت‌هایی را برای کفیل ریاست جمهوری تعیین کرده است. مطابق ماده

۶۷ قانون اساسی افغانستان، معاون اول رییس جمهور در زمان تصدی به‌حیث رییس جمهور موقت امور ذیل را نمی‌تواند انجام دهد: ۱. تعدیل قانون اساسی، ۲. عزل وزیران و ۳. مراجعه به آرای عامه. نکته جالب توجه این است که مقنن اساسی افغانستان از کفیل ریاست جمهوری به‌عنوان رییس جمهور موقت و نه سرپرست موقت ریاست جمهوری نام برده است. ممنوعیت‌های مذکور برای کفیل ریاست جمهوری با تعیین وظایف معاون او توسط رییس جمهور در صورت غیاب وی ارتباطی ندارند. تردیدی نیست که تعیین ممنوعیت‌های کفیل ریاست جمهوری به جهت جایگاه والای رییس جمهوری در نظام سیاسی افغانستان است. مقنن اساسی اراده کرده است تا انجام برخی امور بسیار مهم از جمله مراجعه به آرای عمومی یا بازنگری قانون اساسی را از صلاحیت‌های کفیل ریاست جمهوری خارج نماید. مطابق قوانین اساسی ایران و فرانسه نیز در دوره کفالت ریاست جمهوری برای مراجعه به همه پرسى یا بازنگری قانون اساسی ممنوعیت‌هایی تعیین شده‌اند (نک. تقی زاده، ۱۳۸۷: ۱۳۱-۱۳۵). با وجود این، مواضع قانونگذار اساسی افغانستان با قانونگذاران اساسی ایران و فرانسه دارای تفاوت‌هایی می‌باشند. در مقام تبیین ممنوعیت‌های کفیل ریاست جمهوری افغانستان، نکات تکمیلی ذیل قابل ارایه است:

الف) اگرچه قانون اساسی جهت اجرا برای مدتی طولانی به تصویب می‌رسد، اما چه بسا با توجه به پیشرفت جامعه دچار تحلیل و فرسودگی شود که در این صورت باید تجدیدنظر و به‌روز رسانی گردد (عباسی، ۱۳۹۴: ۵۵). بازنگری قانون اساسی نیز همانند تصویب قانون اساسی توسط قوه مؤسس انجام می‌شود که در این زمینه، قوه مؤسس باید طبق فرایند مقرر در قانون اساسی عمل نماید (ویژه، ۱۳۹۵: ۹۵). در این راستا در افغانستان مجلس ویژه‌ای به‌نام لویه جرگه همواره هم قوه مؤسس و هم مقام تعدیل‌کننده قانون اساسی بوده است (شریفی، ۱۳۹۰: ۲۱). مطابق ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان «اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی‌شوند. تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف به‌منظور بهبود حقوق آنان مجاز می‌باشد. تعدیل دیگر محتویات این قانون اساسی نظر به تجارب و مقتضیات عصر، با رعایت احکام مندرج مواد شصت و هفتم و یک‌صد و چهل و ششم این قانون اساسی، با پیشنهاد رییس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی صورت می‌گیرد». ماده ۱۵۰ قانون اساسی افغانستان نیز مقرر می‌دارد: «به منظور اجرای پیشنهاد تعدیل، هیئتی از بین اعضای حکومت، شورای ملی و ستره محکمه به فرمان رییس جمهور تشکیل گردیده، طرح تعدیل را تهیه می‌کند. برای تصویب تعدیل، لویه جرگه بر اساس فرمان رییس جمهور و مطابق به احکام فصل لویه جرگه دایر می‌گردد. هرگاه

لویه جرگه با اکثریت دو ثلث کل اعضا طرح تعدیل را تصویب کند، بعد از توشیح رییس جمهور نافذ می‌گردد». لذا رییس جمهور افغانستان در فرایند بازنگری قانون اساسی دارای نقش سرنوشت ساز و تعیین کننده است. دلیل عمده منع از بازنگری در قانون اساسی در زمان کفالت ریاست جمهوری را می‌توان در گریز از شرایط غیرعادی حاکم بر جامعه سیاسی در این برهه زمانی به سمت استیلای آرامش بر جامعه دانست تا به جای تصمیم‌گیری‌های شتابزده، تصمیماتی همراه با اندیشه و تأمل اتخاذ شود و اصلاح قانون اساسی حاصل شود نه صرفاً انجام تغییراتی که شاید به بدتر شدن اوضاع منجر گردند. به منظور لحاظ اوضاع و احوال حاکم بر جامعه سیاسی در زمان تعدیل قانون اساسی، ماده ۱۴۷ قانون اساسی افغانستان نیز تعدیل قانون اساسی در حالت اضطرار را ممنوع اعلام کرده است.

ب) مراجعه به آرای عمومی و نظر خواهی مستقیم از مردم در خصوص وضع یا اصلاح قانون یا مسائل مهم هر کشور را همه‌پرسی گویند (ویژه، ۱۳۹۵: ۱۶۲). مطابق قوانین اساسی ایران و فرانسه، امکان مراجعه به همه‌پرسی در مواردی بدون دخالت رییس جمهور نیز فراهم است. همه‌پرسی اساسی مندرج در ماده ۸۹ قانون اساسی فرانسه و اصل ۱۷۷ قانون اساسی ایران در این راستا مثال زدنی است. به علاوه، مراجعه به همه‌پرسی تقنینی اصل ۵۹ قانون اساسی ایران نیز بدون دخالت رییس جمهور ممکن است. در قانون اساسی افغانستان موارد مراجعه به همه‌پرسی یا آرای عامه متعدد نیست. صرف ماده ۶۵ قانون اساسی افغانستان به رییس جمهور اجازه داده است تا در موضوعات مهم ملی، سیاسی، اجتماعی و یا اقتصادی بتواند به آرای عمومی مردم افغانستان مراجعه نماید. مراجعه به آرای عمومی نباید مناقض احکام این قانون اساسی و یا مستلزم تعدیل آن باشد. لذا مراجعه به آرای عامه به منظور تعدیل قانون اساسی و در واقع همه‌پرسی اساسی در افغانستان ممکن نیست زیرا به صراحت ماده مذکور، مراجعه به آرای عامه نباید احکام قانون اساسی را نقض نماید. به علاوه، مراجعه به آرای عامه نباید نیازمند تعدیل قانون اساسی باشد و یا به تعدیل قانون اساسی منجر شود. با وجود این، به نظر می‌رسد که برگزاری همه‌پرسی تقنینی مطابق ماده ۶۵ قانون اساسی افغانستان ممکن است زیرا مقنن اساسی افغانستان اصل قانونگذاری و هنجارسازی حقوقی از طریق مراجعه به آرای عامه را به صورت ضمنی پذیرفته است ولی تعدیل قانون اساسی از این طریق یا مغایرت محتوای همه‌پرسی با قانون اساسی را منع کرده است. همچنین، مطابق ماده ۲ قانون اساسی افغانستان اعمال حاکمیت ملی توسط مردم می‌تواند مستقیم انجام شود و بارزترین مصداق اعمال مستقیم حاکمیت، قانونگذاری است. با

نظر به اهمیت و نقش پررنگ ریاست جمهوری در امر همه پرسی، قانون اساسی افغانستان کفیل ریاست جمهوری را از مراجعه به آرای عمومی منع کرده است.

ج) بند ۱۱ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان تعیین وزیران و عزل و قبول استعفای آن‌ها را از وظایف و صلاحیت‌های رییس جمهور مقرر کرده است. لذا رییس جمهوری افغانستان می‌تواند در صورت عدم رضایت از کارکرد وزیران یا به هر دلیل دیگری و بدون هیچ محدودیت قانونی وزیران را عزل نماید. با نظر به اصل سلسله مراتب اداری و جایگاه رییس جمهوری در حکومت افغانستان، این صلاحیت موجه به نظر می‌رسد. با وجود این، مقنن اساسی کفیل ریاست جمهوری را از عزل وزیران ممنوع کرده است. این موضع مقنن اساسی قابل تأمل است. اگرچه در دوران کفالت شرایط عادی بر حیات سیاسی جامعه حاکم نیست اما چه بسا عزل وزیری که فاقد توانایی لازم و نیز هماهنگی کافی با کفیل است، کارساز باشد و راه را به سوی خروج از چالش‌ها هموار کند. اینکه کفیل ریاست جمهوری بتواند وزیری که فاقد توان لازم و هماهنگی کافی با وی است را عزل کند و شخص دیگری به جای وی در دوران کفالت منصوب نماید، کاملاً منطقی و موجه می‌باشد. با لحاظ همین منطق بوده است که مقنن اساسی ایران ممنوعیت عزل وزیران توسط کفیل ریاست جمهوری را تعیین نکرده اما استیضاح و دادن رأی عدم اعتماد به وزیران را در دوران کفالت ریاست جمهوری منع نموده است. ممنوعیت عزل وزیران توسط کفیل ریاست جمهوری در شورای بازنگری قانون اساسی ایران در سال ۱۳۶۸ مطرح گردید اما با استقبال اعضای شورا مواجه نشد (تقی زاده، ۱۳۸۷: ۱۳۱). مقنن اساسی فرانسه هم مجلس ملی را از طرح مسئولیت سیاسی دولت و هم دولت را از مواجه کردن خویش با ابزار نظارت سیاسی مجلس ملی در دوره کفالت ریاست جمهوری در اثر غیاب یا مانعیت قطعی رییس جمهور منع می‌کند. با وجود این، عزل وزیران توسط کفیل ریاست جمهوری به پیشنهاد نخست وزیر از ممنوعیت‌های دوره کفالت ریاست جمهوری در فرانسه نیست. یکی از ایرادات قانون اساسی افغانستان این است که عزل وزیران از ممنوعیت‌های دوره کفالت تعیین نشده است بلکه از ممنوعیت‌های کفیل ریاست جمهوری است. عزل وزیران در صورت عدم هماهنگی با کفیل ریاست جمهوری می‌تواند در مقایسه با عزل وزیران در اثر استیضاح و دادن رأی عدم اعتماد پارلمان در دوره کفالت ریاست جمهوری وجاهت بیشتری داشته باشد. در وضعیت کنونی قانون اساسی افغانستان، ولسی جرگه می‌تواند از طریق ابزار استیضاح و ابراز رأی عدم اعتماد وزیران را در دوره کفالت ریاست جمهوری عزل نماید اما کفیل ریاست جمهوری از عزل وزیران منع شده است. اگر عزل وزیران از

کفالت ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان/ ۱۳۱

ممنوعیت‌های دوره کفالت ریاست جمهوری تعیین می‌گردید، علاوه بر کفیل ریاست جمهوری که نمی‌توانست وزیران را عزل کند، ولسی جرگه نیز از طریق طرح استیضاح و دادن رأی عدم اعتماد نمی‌توانست وزیران را عزل نماید و در نتیجه حیات سیاسی غیرعادی دوره کفالت ریاست جمهوری را با چالش بیشتری مواجه کند.

د) ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد: «معاون اول رییس جمهور در زمان تصدی به‌حیث رییس جمهور موقت امور ذیل را انجام داده نمی‌تواند» و حال آنکه تصدی کفالت ریاست جمهوری به حکم قانون اساسی لزوماً توسط معاون اول رییس جمهور نیست و تحت شرایطی سایر مقامات مانند معاون دوم رییس جمهور نیز می‌توانند در مقام تصدی کفالت رییس جمهور قرار گیرند (نک. ماده ۶۸ قانون اساسی). به نظر می‌رسد که با قیاس اولویت می‌توان حکم مقرر برای معاون اول رییس جمهور را به سایر مقامات در صورت تصدی کفالت ریاست جمهوری تسری داد. با وجود این، اصلاح قانون اساسی و تصریح به کفیل ریاست جمهوری و نه صرف معاون اول رییس جمهور در مقام بازنگری قانون اساسی پیشنهاد می‌گردد.

نتیجه‌گیری

وفات، استعفا، انفصال، عزل و مریضی صعب‌العلاج مانع اجرای وظیفه عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری افغانستان می‌باشند. رییس جمهوری شخصاً استعفای خویش را به شورای ملی اعلام می‌نماید و کناره‌گیری وی از سمت ریاست جمهوری نیازمند پذیرش مقام یا نهاد دیگری نیست. انفصال رییس جمهور افغانستان با تایید اتهام وی به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت از طرف دو ثلث کل آرای ولسی جرگه و تصویب اکثریت دو ثلث آرای لویه جرگه محقق می‌شود. در صورت محکومیت رییس جمهور در محکمه خاص، انفصال قطعی و رییس جمهور از سمت خویش عزل می‌گردد. تثبیت مریضی صعب‌العلاج رئیس جمهور توسط هیات طبی با صلاحیت که از طرف ستره محکمه تعیین می‌گردد، صورت می‌گیرد. کفالت ریاست جمهوری افغانستان به‌عهده معاون اول وی است و در صورت غیاب معاون اول، معاون دوم مطابق به احکام قانون اساسی عمل می‌کند. در صورت وفات هم‌زمان رییس جمهور و معاون اول وی، به‌ترتیب معاون دوم، رییس مشرانو جرگه، رییس ولسی جرگه و وزیر خارجه وظایف رییس جمهور را به‌عهده می‌گیرند. طول دوره کفالت ریاست جمهوری افغانستان، مگر در صورت تحقق انفصال موقت، حداکثر سه ماه است. معاون اول رییس جمهوری به‌حیث ریاست جمهوری

موقت نمی‌تواند تعدیل قانون اساسی، عزل وزیران و مراجعه به آرای عامه را انجام دهد. به این ترتیب، احکام مربوط به کفالت ریاست جمهوری افغانستان به‌طور کلی در وضعیت مطلوب قرار دارند و از طریق بازنگری قانون اساسی می‌توان به برخی ابهامات و ایرادات موجود نیز پایان داد. اما ذکر نکته ذیل در مقام تکمیل نتیجه‌گیری مفید می‌باشد:

مطابق قانون اساسی ایران، پایان دوره ریاست جمهوری از عوامل تحقق کفالت ریاست جمهوری است. در حقوق فرانسه نیز پایان دوره ریاست جمهوری از مصادیق غیاب و در نتیجه تحقق کفالت ریاست جمهوری است. صرفاً در صورت پایان دوره ریاست جمهوری در اثر تمدید مهلت انتخابات توسط شورای قانون اساسی فرانسه، رئیس جمهور در حال فعالیت به وظایف خویش تا انتخاب رئیس جمهور جدید ادامه می‌دهد. با نظر به اینکه غیاب در قانون اساسی افغانستان به معنای غیبت ارادی رئیس جمهور است، مقنن اساسی افغانستان از موضوع مهم تصدی وظایف ریاست جمهوری در صورت پایان دوره رئیس جمهور غفلت کرده است. در اول جوزای (خرداد) سال پنجم پس از انتخابات، دوره ریاست جمهوری افغانستان به پایان می‌رسد و در صورت عدم انتخاب رئیس جمهور جدید، سمت ریاست جمهوری از نظر قانون اساسی بلا تصدی می‌گردد. هم‌زمان با پایان دوره رئیس جمهور، دوره معاونان وی نیز به پایان می‌رسد. لذا معاونان رئیس جمهور افغانستان نمی‌توانند وظایف و صلاحیت‌های رئیس جمهور را در صورت پایان دوره ریاست جمهوری تصدی نمایند. سایر مقامات مذکور در ماده ۶۸ قانون اساسی نیز صرف در صورت وفات رئیس جمهور و معاونان وی می‌توانند کفالت ریاست جمهوری را عهده دار شوند. به این ترتیب، قانون اساسی افغانستان باید در این زمینه تدبیری اندیشه کند. با عنایت به خلا قانونی مذکور، ستره محکمه افغانستان در سال ۱۳۸۸ و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در سال ۱۳۹۳ نظر مثبت خویش را در مورد دوام کار رئیس جمهور در حال فعالیت تا تعیین رئیس جمهور جدید ابراز کرده‌اند.

منابع و مأخذ

۱. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق اداری، تهران، میزان، ۱۳۹۲.
۲. تقی زاده، جواد، انتخاب ریاست جمهوری در قانون اساسی افغانستان، در سالنامه مطالعات حقوقی افغانستان، جلد اول، کابل، موسسه حمیده برمکی برای حاکمیت قانون، ۱۳۹۴، صص ۱۵۵-۱۹۱.
۳. تقی زاده، جواد، تحقق کفالت ریاست جمهوری در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، ش ۳، پاییز ۱۳۸۹، صص ۹۷-۱۱۵.
۴. تقی زاده، جواد، تصدی کفالت ریاست جمهوری در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه، نامه حقوقی مفید دانشگاه مفید قم، س ۱۴، ش ۶۷، شهریور ۱۳۸۷، صص ۱۱۱-۱۳۸.
۵. دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل، موسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ۱۳۸۹.
۶. رسولی، محمد اشرف، تحلیل و نقد قانون اساسی افغانستان، جلد دوم، کابل، سعید، ۱۳۸۹.
۷. رضایی زاده، محمد جواد، حقوق اداری، تهران، میزان، ۱۳۹۵.
۸. ساعد وکیل، امیر و عسکری، پوریا، قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی، تهران، مجد، ۱۳۹۱.
۹. شریفی، محمد نعیم، بازنگری و مبانی آن در قانون اساسی افغانستان، پژوهشنامه حقوق، دوره اول، ش ۱، تابستان ۱۳۹۰، صص ۵-۳۰.
۱۰. طباطبایی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، سمت، چاپ دهم، تابستان ۱۳۸۴.
۱۱. عباسی، بیژن، مبانی حقوق اساسی، تهران، جنگل - جاودانه، ۱۳۹۴.
۱۲. عبدالله، نظام الدین، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد دوم، کابل، سعید، ۱۳۹۴.
۱۳. مشتاقی، رامین، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، ترجمه حسین غلامی، کابل و هایدلبرگ، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، چاپ سوم با اصلاحات، ۱۳۸۸.
۱۴. ویژه، محمدرضا، کلیات حقوق اساسی، تهران، سمت، ۱۳۹۵.
۱۵. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران، میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۱.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان

نویسنده: دکتر علی محمد میرزایی^۱

چکیده:

مطابق اصول و قواعد حقوقی، تصرف در حقوق و اموال اشخاص در صورتی نافذ است که توسط صاحب حق و یا نماینده او صورت گیرد. در غیر این صورت هر گونه تصرفی در حقوق و اموال دیگران، معامله را در حالت عدم نفوذ و موقوف قرار می دهد. منتها در بعضی از وضعیت ها که به آن عنوان وضعیت ظاهری داده می شود، اشخاص با تصور اینکه با صاحب واقعی حق معامله می نمایند، معامله ای را انجام می دهند اما بعداً معلوم می گردد شخصی که با او معامله شده است تنها مالک ظاهری حق بوده است و مالک واقعی حق شخصی دیگر بوده است. در اینجا بین وضعیت ظاهری و وضعیت قانونی نزاع به وجود می آید. وضعیت ظاهری ایجاب می کند که از اعتماد ثالث زیان دیده حمایت شود اما وضعیت قانونی ایجاب می کند که از صاحب حق حمایت صورت گیرد. حقوق در اینجا بین دو نفع قرار می گیرد. یکی نفع صاحب حق که حقوق او باید مورد حمایت قرار گیرد و دیگری نفع شخص ثالث زیان دیده که بر اساس وضعیتی ظاهری معامله نموده است. اگر از نفع صاحب واقعی حق حمایت به عمل آید امنیت ایستا تأمین شده است اما در صورتی که از نفع ثالث متضرر حمایت کند به گردش ثروت در جامعه و نظم و ثبات معاملات مدد رسانیده شده است و امنیت پویا تحقق یافته است. نظریه ظاهر برای حمایت از اعتماد مشروع ثالثی است که به وضعیت ظاهری اعتماد کرده است و معامله ای را صورت داده است. این نظریه در قوانین ما به صراحت مورد قبول قرار نگرفته است اما با استقراء در قوانین می توان نمونه ها و مصادیقی از این نظریه را یافت. در این نوشتار سعی بر این است تا مفهوم، شرایط، ارکان، مبانی و آثار نظریه ظاهر را در حقوق مدنی افغانستان مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

واژگان کلیدی: ظاهر - نظریه ظاهر - امنیت ایستا - امنیت پویا - مبانی - شرایط - آثار - حقوق مدنی

۱. استاد دانشگاه ابن سینا - کابل افغانستان

مقدمه:

ظاهر و واقعیت سابقه‌ای بس کهن دارند، هر دو پا به پای همدیگر حرکت نموده‌اند. فلسفه ظاهر و واقعیت بحث‌های زیادی را به خود اختصاص داده‌اند. افلاطون برای فریبندگی ظاهر و لزوم فرا رفتن از آن، به مثال غار متوسل می‌شود. اشخاصی همواره در غار زندگی نموده‌اند و آتشی سایه آنان را بر دیوار غار نمایان می‌سازد؛ آنان بر وجود آتش و اثر آن، یعنی افتادن سایه خود بر دیوار جاهل‌اند و در نتیجه این جهل، ظاهر سایه‌ها را واقعی می‌پندارند. اگر یکی از آنان از درون غار به جهان خارج گام بگذارد، از این ظاهر دروغین آگاهی می‌یابد و به واقع پی می‌برد. فلسفه و فیلسوف، در نظر وی، شخصی است که به افراد کمک می‌کند، از غار محبوس خود بیرون بیایند و از واقعیت آگاه گردند. بنابراین باید از ظاهر فریبنده دست کشید و به واقعیت رسید.

علم حقوق نیز به عنوان یکی از علوم، هدفش را رسیدن به واقع می‌داند و قواعد خود را به گونه‌ای می‌چیند تا اینکه با این قواعد به واقع رسید. از جانبی دیگر دو کلمه حق و ظاهر نیز به نظر متناقض می‌آیند. حق زمانی که از آن تعریف صورت می‌گیرد، یکی از تعاریف آن واقع است. اما تحولات حقوق این را مورد پذیرش قرار داده است که ظاهر نیز مورد توجه قرار گیرد.

از سویی دیگر حقوق نمی‌تواند نسبت به گردش ثروت در جامعه، امنیت معاملاتی که اشخاص انجام می‌دهند و اعتمادی که آنان بر ظواهر امور دارند، بی تفاوت باشد و زمانی که خلاف وضعیت ظاهری اثبات گردید، اشخاصی که به این وضعیت ظاهری اتکاء نموده‌اند را تنها رها سازد و از آن‌ها هیچ حمایتی به عمل نیاورد. زیرا حقوق اعتماد به ظاهر را توصیه می‌کند و در عین حال نمی‌تواند زمانی که خلاف این ظاهر آشکار شد، بی تفاوت باشد.

در نظام‌های حقوقی کشورها، فرانسه در قرن ۱۹ نظریه ظاهر را در دو مورد وارث ظاهری و نیز وکالت ظاهری مورد پذیرش قرار داد. لیکن نظریه ظاهر به دو نهاد مذکور محصور نماند، بلکه کاربرد آن در حقوق مدنی به تدریج افزایش یافت. اکنون در نظام حقوقی فرانسه، از نظریه ظاهر به عنوان یک قاعده کلی و فراتر از آن به عنوان یکی از اصول کلی حقوق نام برده می‌شود. دلیل توسعه‌ی کاربرد نظریه ظاهر نیازهای جوامع صنعتی و مدرن در تبادل سریع ثروت و امنیت در معاملات حقوقی است. این الزامات ایجاب می‌کند که روابط حقوقی ساده‌تر و با امنیت بیشتری انجام شود و این هدف نه با اصول سنتی حقوق، بلکه با نظریه ظاهر به دست می‌آید. اکنون نظریه ظاهر در اغلب روابط حقوقی اجرا می‌شود از قبیل:

۱. حقوق اشخاص: اهلیت ظاهری، اقامتگاه ظاهری، نکاح ظاهری؛

۲. حقوق اموال: مالکیت ظاهری، تصرف ظاهری، ارتفاق ظاهری؛
۳. حقوق تعهدات: ظاهر به عنوان مبنای ایجاد تعهد، ظاهر مبنای ایجاد اختیار، متعامل ظاهری، طلبکار ظاهری، نهاد ظاهر سازی، مفاد ظاهری قرارداد؛
۴. وکالت: وکالت ظاهری.

هدف نظریه ظاهر، حفظ امنیت و ثبات در روابط حقوقی است و اجرای آن در معاملات و تسهیل در گردش ثروت را به همراه دارد. در بعضی از موارد آگاهی از وضعیت واقعی و قانونی بسیار دشوار است. شرایط اجرای نظریه ظاهر در روابط تجارتي بسیار ساده تر از سایر زمینه هاست این هم به این دلیل است که در روابط تجارتي، سرعت یک اصل است و از همین روی قواعد حقوق تجارت با در نظر داشت این اصل تدوین می گردند. مبنای بیش تر قواعد حاکم بر اسناد تجارتي از قبیل اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات، اصل پرداخت وجه سند به دارنده با حسن نیت، با نظریه ظاهر توجیه می گردند. در حقوق شرکت ها نیز بحث شرکت های فعلی نیز علی رغم اینکه بر اساس اصول حقوقی باطل اند بر اساس نظریه ظاهر توجیه می گردند. به گونه ای که نادرستی و رعایت نشدن تشریفات و شرایط قانونی در تشکیل شرکت در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست و نیز در انتصاب و حدود اختیارات و خاتمه سمت نماینده شرکت نظریه ظاهر مطرح می شود و اعمال مدیران به استناد نظریه نمایندگی ظاهری در صورت بطلان انتصاب آنان یا در اعمال خارج از حدود اختیار و موضوع شرکت معتبر باقی می ماند. فراتر از حقوق خصوصی نظریه ظاهر در حوزه حقوق اداری نیز دارای کاربرد است و بر اساس همین نظریه، مأمور بالفعل در حقوق اداری به رسمیت شناخته شده است. مأمور بالفعل نیز مأموری است که صلاحیت واقعی و قانونی برای انجام عمل اداری را ندارد ولی با این حال عملی اداری را انجام می دهد شورای دولت فرانسه بر اساس نظریه ظاهر عمل اداری چنین مأموری را صحیح تلقی نموده است.

نظریه ظاهر از جمله موضوعاتی است که در حقوق افغانستان به آن اصلاً پرداخته نشده است، هیچ کتاب و مقاله و نوشته ای را نمی توان یافت که به این موضوع پرداخته شده باشد. برای بسیاری از حقوق دانان نظریه ظاهر مفهومی بیگانه در حقوق ما به نظر می رسد، در حالی که قواعد متعددی از حقوق مدنی، حقوق تجارت و حقوق اداری را می توان سراغ گرفت که بر اساس نظریه ظاهر به وجود آمده اند.

در این تحقیق بر آنیم تا جایگاه نظریه ظاهر را در حقوق مدنی افغانستان مورد بحث و بررسی قرار دهیم. به این پیردازیم که آیا چنین نظریه ای در حقوق مدنی افغانستان مورد پذیرش قرار گرفته

است یا خیر؟ در صورتی که مورد پذیرش قرار گرفته است، مبنای این پذیرش چیست؟ برای اعمال نظریه ظاهر چه شرایطی مورد نیاز است؟ و در نهایت اینکه زمانی که نظریه ظاهر اعمال گردید آثار آن چه خواهد بود؟

۱. مفهوم و پیشینه نظریه ظاهر

نظریه ظاهر از موضوعات جدید در حوزه حقوق محسوب نمی‌گردد بلکه در حقوق قدیم روم و نیز در حقوق اسلام و حقوق انگلوساکسون می‌توان ردپایی از نظریه ظاهر را مورد ملاحظه قرار داد.

۱-۱. مفهوم ظاهر، کاربردهای ظاهر

ظاهر در مفاهیم و معانی ذیل به کار رفته است:

ظاهر از ماده ظهراست که به معنی خلاف بطن آمده است و جمع آن اظهر و ظهور و مانند فلس، أفلس و فلوس است. ظهور به معنای ظفر و دستیابی و اطلاع از چیزی آمده است.^۲ ظاهر در لغت به معنای واضح است. در اصطلاح اصول فقه عبارت از لفظی است که دلالت ظنی آن بر یکی از دو معنی که احتمال آن را دارد، راجح‌تر از دیگری است. امام محمد غزالی ظاهر را به "و ما یغلب علی الظن فهم معنی منه من غیر قطع." معنا نموده است.^۳ یکی دیگر از نویسندگان ظاهر را چنین تعریف می‌کند: «ظاهر هر چیزی است که به طور ظنی دلالت بر امری داشته باشد خواه آن ظن حجت باشد یا نباشد.»^۴

هم‌چنین در جایی دیگر از این نویسنده ظاهر چنین معنا شده است: «الظاهر ما یوجب بخلاف ما اقتضاء الاصل» یعنی ظاهر چیزی است که بتواند مستوجب ظن و گمانی بر خلاف یکی از اصول حقوقی باشد.^۵

ظاهر در حقوق در حوزه‌های ذیل دارای کاربرد می‌باشد:

۱. کاربرد ظاهر در حوزه الفاظ: در این کاربرد معنای ظاهری لفظ مدنظر قرار می‌گیرد یعنی اینکه از لفظی که دارای دو یا بیش از دو معنا باشد معنای ظاهری آن اتخاذ می‌گردد.
۲. کاربرد ظاهر در حوزه دلایل: در این کاربرد ظاهر معادل اوضاع و احوال، نشانه و قرینه می‌گردد. از جمله ادله اثبات دعوی نیز در قانون اصول محاکمات مدنی و نیز قانون مدنی

۲. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط در الجیل (بیروت، ج ۴، ۱۹۸۰) ۸۴.

۳. غزالی ابو حامد محمد، المستعفی من علم الاصول (جلد ۱، تهران، نشر احسان، ۱۳۸۲) ۳۸۴.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط (جلد ۳، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸) ۴۴۵.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف علوم اسلامی (قضایی) (جلد ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۱) ۸۷۶-۸۷۷.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۳۹

قرائن دانسته شده است. قرینه قاطعه مطابق فقره اول ماده ۳۳۸ قانون اصول محاکمات مدنی آن است که به دلالت آن وجود یک امر مجهول معلوم می‌گردد. این دلالت قرینه را به حد یقین رسانیده از ظاهر آن در اصل موضوع متنازع‌فیه استفاده به عمل می‌آید. هم‌چنین حسب فقره اول ماده ۳۳۹ قانون اصول محاکمات مدنی قرینه مستنبطه قرینه‌ای است که محکمه از حالات مربوط به دعوی و جریان محاکمه آن را استنباط و بعد به حیث دلیل در حکم خود به آن اتکا می‌نماید.

۳. یکی از حقوق دانان قرینه را چنین تعریف می‌کند: «هرگاه پدیده‌ای بنا بر ظاهر و سیر طبیعی امور نشانه وجود واقع‌ای باشد آن پدیده را در اصطلاح اماره وجود آن واقع گویند.»^۶
۴. کاربرد ظاهر در بحث اراده افراد: ظاهر در اراده افراد نیز مطرح می‌گردد و دو اراده باطنی و ظاهری در مقابل همدیگر قرار می‌گیرند. بر اساس اراده باطنی هر آنچه انسان قصد کند عقد را تشکیل می‌دهد در حالی که در اراده ظاهری هر آنچه از ظاهر اراده به وجود می‌آید عقد را تشکیل می‌دهد.
۵. کاربرد ظاهر در قاعده غرور: مطابق قاعده غرور اگر شخصی چنان ظاهری را ایجاد کند که این عمل او موجب فریب طرف مقابل وی گردد، ضامن عمل فریب کارانه خود خواهد بود. عنصر اساسی قاعده غرور همانا ظاهری است که موجب غرور و فریب شخصی دیگر گردد.
۶. کاربرد ظاهر در نظریه ظاهر: آنچه مدنظر ماست ظاهر در نظریه ظاهر است. طبق نظریه ظاهر چنانچه یک شخص در نتیجه رفتار یا گفتارش، ظاهری را ایجاد کند که نوعاً قابل اعتماد باشد و سپس شخص دیگری، با حسن نیت به این ظاهر اعتماد کند. شخصی که ظاهر منسوب به اوست، اعم از آنکه تقصیری کرده باشد باید از عهده خسارت شخص با حسن نیتی که زیان دیده برآید، به تعبیر دیگر شخص ثالث با حسن نیت نباید از اعتماد مشروعی که به ظاهر قابل اعتماد کرده زیان ببیند.^۷

۶. کاتوزیان ناصر، مقدمه علم حقوق (چاپ ۳۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲) ص ۹.

7. Chung – wu chen, Apparence et Representation en Droit Positif Francais, Danger le Photocollage Tue le Livre, 2000.

به نقل از: نادر پور ارشد، ربیعا اسکینی، نجاد علی الماسی، مرتضی شهبازی نیا، نظریه ظاهر مطالعه در حقوق خارجی و ایران (مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹) ۳.

پیشینه نظریه ظاهر

۱-۲-۱. پیشینه نظریه ظاهر در حقوق اسلام

حقوق اسلام با نظریه ظاهر بیگانه به نظر نمی‌رسد به طور خاص در علم اصول فقه، استفاده و عمل به ظاهر جایگاه ویژه‌ای برای خود دارد و مباحث سنگین این علم به تشریح ظاهر پرداخته است. به طور خاص می‌توان این قواعد را بر مبنای نظریه ظاهر می‌توان مورد بحث و بررسی قرار داد.

الف) نسب در ازدواج فاسد: در بحث نسب زمانی که فساد ازدواج ثابت گردد، علی‌رغم اینکه ازدواج به دلیل فقدان شروطی از شروط صحت صحیح نیست، مثلاً به لحاظ عدم حضور شاهد، به این شرط که زوجین در زمان عقد به ضرورت وجود این شرط علم نداشته‌اند از همین جهت در ازدواج فاسد در حقوق اسلامی به نسب حکم می‌گردد.^۸

ب) وارث ظاهری: هم‌چنین از دیگر حالات توجه به نظریه ظاهر در حقوق اسلام حالت وارث ظاهری است، درجایی که حکم موت فرضی شخص مفقودالاثری صادر می‌گردد و با این حکم اموال او بین ورثه تقسیم می‌گردد، حال اگر اشخاصی با حسن نیت این اموال را از ورثه کسب نموده‌اند در صورتی که غایب مفقودالاثر دوباره زنده برگردد اموالی که از ید ورثه او خارج شده‌اند دیگر به او مسترد نمی‌گردد. اما اموالی که هنوز در ید و تصرف ورثه است به غایب مفقودالاثر مسترد می‌گردند.^۹

ج) قاعده فراش: الولد للفراش، فرزند متعلق به رابطه زوجیت است نیز از جمله قواعدی است که بر اساس ظاهر بنا نهاده شده است، بر اساس ظاهر طفل متولد شده حاصل رابطه زناشویی زوجین است نه حاصل ارتباط نامشروع زوج، مگر اینکه خلاف آن به اثبات رسد.

د) قاعده ید: لو لا الید لما قام للمسلمین سوق؛ یا ید المسلم اماره لملکیت از جمله قواعدی است که بر اساس ظواهر امور بنا نهاده شده است یعنی اینکه باید شخصی که مالی را تحت تصرف خود دارد باید مالک شناخت، در غیر این صورت اقتصاد جامعه به هم می‌خورد.

ه) قاعده عدم تبرع در رد مال: دادن مال به دیگری ظهور در این دارد که مال به رایگان به او داده نشده است و شخص قصد تبرع نداشته است.

و) قاعده غلبه الظن یلحق الشیء بالاعم الاغلب: قاعده تغلیب باعث می‌گردد که فرد مشکوک

۸. عمر عبدالله، احکام الشریعه الاسلامیه فی الاحوال الشخصیه (۱۹۶۳) ۶۰۲. به نقل از: شوقی محمد صلاح، نظریه الظاهر فی القانون المدنی (ناشر دارالفکر العربی، ۲۰۰۲) ۳۱.

۹. ابو زهره محمد، احکام الترتکات و الموارث (قاهره، دارالفکر العربی، ۱۹۴۹) ۲۵۷.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۴۱

به حکم غالب ملحق گردد. از همین روی است که در قانون تجارت جمیع معاملات تاجر را تجارتی دانسته است مگر اینکه عکس آن ثابت گردد. پس ظهور معاملات تاجر در تجارتی بودن آن معاملات دارد. (ماخذ)

ز) قاعده صحت: از آن جایی که بیشترین معاملاتی که اشخاص در جامعه انجام می‌دهند از جمله معاملات صحیح است لذا هر معامله‌ای که واقع می‌گردد محمول بر صحت است مگر اینکه خلاف آن اثبات گردد.

۱-۲-۲. پیشینه نظریه ظاهر در حقوق رم

در حقوق رم نیز نظریه ظاهر مورد توجه بوده است، اولین حقوقدان رومی، اشاره به برده‌ای می‌نماید که از دست مالک خود فرار می‌کند و در رم اقامت می‌گزیند و به مظهر مردی آزاد ظاهر می‌گردد تا آنکه همین شخص قاضی می‌گردد، بعدها عبد بودن او ظاهر می‌گردد و دوباره به بردگی برگردانده می‌شود. در آن زمان سؤال این بود احکام قضایی که چنین برده‌ای صادر نموده است، چه وضعیتی پیدا می‌کنند. آیا باطل هستند، از این جهت که برده نمی‌توانست قاضی گردد یا خیر؟ منطق حقوقی اقتضاء می‌کرد که چنینی احکامی باطل باشند، زیرا از شخصی فاقد اهلیت صادر شده بودند. در نهایت حکم به صحت این احکام صادر گردید به این اعتبار که چنین شخصی در مقابل عموم به عنوان قاضی شناخته شده بود.^{۱۱} عمل قضاوتی که برده انجام داده است و در قانونی بودن وضعیت او هیچ شکی وجود نداشته است. این همان اعمال قاعده‌ی " اشتباه شایع حق به وجود می‌آورد." است.^{۱۲}

۱-۲-۳. نظریه ظاهر در حقوق آنگلوآمریکن

در حقوق آنگلوآمریکن نظریه ظاهر تقریباً به مفهوم استاپل در حقوق انگلیس نزدیک است، زیرا مفاد نظریه ظاهر، منع رفتار متناقض شخص است که یک وضع ظاهری را ایجاد کرده یا آگاهانه باعث ایجاد وضعی شده است تا طرف مقابل آن را بر باور قبلی خود ترجیح دهد.^{۱۳}

اما اینکه استاپل چیست، واژه استاپل از نظر لغوی به معنی «مانع» است و ریشه در زبان فرانسه دارد. در فرهنگ‌ها و نوشته‌های حقوقی نیز ترجمه‌ای کم و بیش یکسانی، مانند مأخوذ بودن

۱۰. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۳۲.

11. Error communis facit jus.

۱۲. افتخار جهرمی گودرز و شهبازی نیا مرتضی، بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا (مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۰، بهار ۱۳۸۳) ۲۲.

به اقرار، منع تناقض‌گویی به زیان دیگری، مانع طرح دعوی، منع انکار بعد از اقرار و... به عمل آمده است.^{۱۳}

در فرهنگ حقوقی بلک، استاپل چنین تعریف شده است: «استاپل عبارت از این است که یک طرف در نتیجه افعال خود از مطالبه حقی به ضرر دیگر که ذی حق در اعتماد به آن افعال بوده و مطابق آن عمل کرده است، منع می‌شود. استاپل هنگامی مطرح می‌شود که شخصی به موجب قانون از سخن گفتن بر خلاف سند یا فعل خودش ممنوع شود، زیرا وضعیت یا رفتاری متعارض را که موجب زیان دیگری شود، نمی‌توان پذیرفت. استاپل مانعی است که ادعا یا انکار واقعه معین یا وضعیت‌هایی را در نتیجه ادعا یا انکار عمل یا پذیرش یا قضاوت نهایی موضوع در یک دادگاه حقوقی، ممنوع می‌سازد».^{۱۴}

استاپل در حقوق انگلیس از قواعد متعلق به حقوق ادله است که کارکرد آن در غالب موارد اثباتی است، در عین حال می‌تواند همانند نظریه ظاهر اثر ثبوتی نیز داشته باشد و از جمله قواعد ماهوی به حساب آید.

در حقوق انگلیس استاپل به سه دسته تقسیم می‌گردد که عبارت‌اند از:

۱. استاپل ناشی از سند؛^{۱۵}

۲. استاپل ناشی از حکم دادگاه؛^{۱۶}

۳. استاپل ناشی از رفتار.^{۱۷}

از مجموع این سه استاپل در مورد اول و دوم اساس‌شان کامن‌لا است و مورد سوم اساسش انصاف و عدالت است. به عبارتی استاپل ناشی از سند و حکم دادگاه قواعد کامن‌لایی محسوب می‌گردند و استاپل ناشی از رفتار قاعده‌ای انصافی تلقی می‌گردد.

استاپل ناشی از رفتار مهم‌ترین و بخش حقوق استاپل را تشکیل می‌دهد، این استاپل بیش از آن‌که قاعده‌ای اخلاقی باشد رنگ اخلاق به خود می‌گیرد. استاپل مبتنی بر انصاف نیز چنین تعریف شده است: «دکترینی است که به موجب آن شخص ممکن است به وسیله عمل یا رفتار یا سکوت خود در جایی که وظیفه دارد از ادعای حقی که وی در غیر این صورت از آن برخوردار

۱۳. همان: ۸-۹.

۱۴. فرهنگ حقوقی بلک صص ۲۸۵-۲۸۶ به نقل از منبع قبلی، ۱۰.

15. Estoppel by deed.

16. Estoppel by judgment.

17. Estoppel by conduct.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۴۳

بود، ممنوع شود. نتیجه رفتار ارادی شخصی که به وسیله آن رفتار، وی از ادعای حقی علیه دیگری ممنوع می شود. شخصی که به طور موجه، بر چنین رفتاری اعتماد کرده و وضعیت خود را به گونه ای تغییر داده است که اگر شخص اول اجازه یابد رفتارش را انکار کند یا تغییر دهد وی متحمل زیان خواهد شد.^{۱۸}

از مجموع این سه استاپل که در نظام حقوقی انگلیس وجود دارد بیش ترین شباهت با نظریه ظاهر را استاپل مبتنی بر رفتار یا استاپل مبتنی بر انصاف پیدا می کند به گونه ای که حتی زمانی که تعریف استاپل مبتنی بر انصاف را مورد ملاحظه قرار دهیم تقریباً با تعریف نظریه ظاهر تشابه زیادی پیدا می کنند. بنابراین چنین می توان نتیجه گرفت که در نظام حقوقی انگلیس، نظریه ظاهر با استاپل مبتنی بر انصاف مورد شناسایی قرار گرفته است.

۲. شرایط اعمال نظریه ظاهر

برای اعمال نظریه ظاهر یکسری شرایط و ارکان لازم است تا فراهم گردد که عبارت اند از:

۱. رکن مادی

۲. رکن معنوی

۲-۱. رکن مادی

رکن مادی در نظریه ظاهر همانا شواهد خارجی است که دلالت بر اعتقاد عمومی به قانونی بودن وضعیت ظاهری مخالف قانون نماید. این شواهد خارجی ثالث را بر این امر رهنمون می سازد که مالک وضعیت ظاهری همانا صاحب اصلی حق است.

به عبارتی دیگر مقصود از رکن مادی آن دسته از شواهد خارجی است که کفایت می کند به اینکه مالک وضعیت ظاهری اقدامی را صورت دهد که از این وضعیت اعتقاد عمومی به وجود آید که وضعیت او قانونی است. بدین ترتیب وضعیت ظاهری موازی با وضعیت قانونی قرار می گیرد. لذا همان طوری که وضعیت قانونی برای مالک این امکان را می دهد که عقد بیع را به صورت صحیح به وجود آورد، وضعیت ظاهری نیز برای مالک وضعیت ظاهری عقد بیع را به صورت باطل یا موقوف به وجود می آورد.

شواهد و اوضاع و احوال خارجی به صورت های مختلف تبارز می یابد که آن ها را چنین می توان

۱۸. فرهنگ حقوقی بلک، ص ۸۰ به نقل از: افتخار جهرمی و شهبازی نیا، منبع پیشین، ۵۲-۵۳.

الف. تصرف حقوقي باطل يا موقوف؛

ب: حکم قضايی که بعداً فساد آن آشکار گردد خواه به جهت خطای در قانون يا در استناد آن به وقایع غير صحيح؛

پ. سندی که بعداً تزويری بودن آن ثابت گردد، مانند وصایت خطی که تزويری بودن آن مشخص گردد، غير از موصی در این سند دیگر اشخاص وارث ظاهري محسوب می گردند؛
حیازت بر یک شیء، این حیازت در مفهوم وسیعش در نظر گرفته می شود که شامل وضع يد بر شیء، استفاده نمودن از یک شیء.

سؤالی که در رکن مادی مطرح می گردد این است که آیا رکن مادی باید به صورت معاوضی صورت گیرد و یا اینکه تبرعی را نیز شامل می گردد؟

رویه قضایی مصر یکی از شرایط تطبیق نظریه ظاهر را تصرف در مقابل عوض با ثالث از جانب مالک وضعیت ظاهري می داند.^{۲۰} از این حکم چنین استنباط می گردد که تصرفات تبرعی نسبت به مالک وضعیت قانونی نافذ نیست. رویه قضایی فرانسه نیز چنین موضعی را اتخاذ نموده است. در حقوق اسلام هم می توان متوسل به قاعده درء المفاسد اولی من جلب المنافع شد و تصرفات تبرعی را از حوزه شمول نظریه ظاهر خارج ساخت. زیرا فلسفه اصلی نظریه ظاهر حمایت از انتظارات مشروع ثالثی است که معامله ای را انجام می دهد در حالی که موهوب له هیچ ضرری را از این جهت متقبل نمی گردد که لزومی به متوسل شدن به نظریه ظاهر باشیم. در نتیجه هبه ای که از مالک وضعیت ظاهري صادر شده است در حق مالک وضعیت قانونی نافذ نیست، مگر اینکه خود مالک وضعیت قانونی چنین معامله ای را تنفیذ کند. اما در صورتی که موهوب له در عین موهوبه تصرف در مقابل عوض نماید، متصرف الیه دوم می تواند در مقابل مالک وضعیت قانونی به نظریه ظاهر استناد نماید در صورتی که دارای حسن نیت باشد.

سؤالی دیگری که در خصوص رکن مادی مطرح می گردد این است که آیا در رکن مادی وجود خطا از جانب مالک وضعیت قانونی لازم است یا خیر؟ به عبارتی دیگر آیا در خلق وضعیت ظاهري یا حتی بعد از خلق وضعیت ظاهري در استمرار آن، مشارکت مالک وضعیت قانونی برای ایجاد وضعیت ظاهري لزوم دارد یا خیر؟

۱۹. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۵۴-۵۵.
۲۰. نقض مدنی، ۱۹۸۶/۲/۱۶؛ فی الطعن رقم ۸۲۶ لسنة ۵۴، مجموعه احکام النقض - السنة ۳۳ العدد الاول ص ۶۳۹. به نقل از: شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۵۶.

در جواب به این سؤال چنین می‌توان بیان داشت که به صورت یک قاعده کلی نمی‌توان بیان داشت که در ایجاد وضعیت ظاهری مالک وضعیت قانونی نقش ایجابی داشته باشد، اما در بعضی از حالات نیاز به این است که مالک وضعیت قانونی، خودش در ایجاد وضعیت ظاهری نقش داشته باشد. طور مثال در وکالت ظاهری، زمانی که اصیل یعنی مالک وضعیت قانونی حدود صلاحیت و اختیارات وکیل را به صورت واضح و روشن و صریح بیان نمی‌کند به گونه‌ای که شخص ثالث به این نتیجه می‌رسد که وکیل دارای اختیارات لازمه می‌باشد و معامله را با وکیل انجام می‌دهد، در چنین حالتی اصیل خود دچار تقصیر شده است و بعداً نمی‌تواند معامله انجام شده از سوی وکیل را زیر سؤال ببرد، به این استدلال که وکیل چنین اختیاراتی را نداشته است. لذا وکالت مطلق و عامی که اصیل به وکیل می‌دهد این مشکلات را می‌تواند به وجود آورد. ولی با اعمال نظریه ظاهر می‌توان بیان داشت که وکیل در چنین حالاتی دارای اختیار کامل است.

یا اینکه با پایان یافتن وکالت، وکیل هم‌چنان موضوع وکالت را انجام می‌دهد، اما مالک وضعیت قانونی در مطلع نمودن اشخاص ثالث یا وکیل خود، اهمال و مسامحه به خرج می‌دهد. در چنین حالتی مالک وضعیت قانونی خود وضعیت ظاهری را به وجود آورده است لذا باید با آثار آن نیز پایبند باشد. یا اینکه وکالت با عزل وکیل به پایان می‌رسد ولی موکل اطلاع دهی به مردم را جهت اجتناب از معامله‌ی آن‌ها با وکیل انجام نمی‌دهد، در این صورت افراد به تصور اینکه هنوز وکالت باقی است با وکیل عزل شده معامله می‌نمایند. در چنین حالتی نمی‌توان این معامله را زیر سؤال برد، با این استدلال که وکیل عزل شده است و لذا صلاحیت انجام معامله را ندارد. زیرا موکل خود سهل‌انگاری نموده است و مطابق قاعده اقدام باید به معامله صورت گرفته از سوی وکیل عزل شده پایبند باشد.

هم‌چنین زمانی که موکل فوت می‌کند وکالت به پایان می‌رسد (فقره سوم ماده ۱۶۰۶ قانون مدنی)، ولی ورثه خبر فوت موکل را منتشر نمی‌سازند، و وکیل و دیگر اشخاص از فوت وکیل بی‌اطلاع می‌مانند، در اینجا نیز ورثه مرتکب نوعی سهل‌انگاری شده‌اند و این وضعیت ظاهری را به وجود آورده‌اند که وکیل هم‌چنان دارای صلاحیت است.

در بعضی از حالات علی‌رغم اینکه نظریه ظاهر تطبیق می‌گردد ولی نمی‌توان خطایی را به مالک وضعیت قانونی منتسب ساخت در وارث ظاهری و موصی له ظاهری که شخصی مفقودالثر می‌گردد و حکم موت فرضی آن صادر می‌گردد، بعداً چنین شخصی زنده یافت می‌گردد. در این حالت نمی‌توان خطایی را به مالک وضعیت قانونی منسوب نمود وضعیت در چنین حالتی همانند

قوه قاهره است ولی باین حال رکن مادی در این دو حالت نیز وجود دارد.^{۲۱}

در مجموع چنین می‌توان برداشت نمود که مالک وضعیت قانونی در بعضی از حالات خود در به‌وجود آوردن یا آمدن یک وضعیت ظاهری نقش ایجابی یا سلبی دارد، به نوعی او در خلق رکن مادی سهیم می‌گردد قطع نظر از آنکه دچار خطا در مفهوم مسئولیت مدنی شده باشد یا خیر. به‌همین جهت است که حقوقدانان و رویه قضایی یکی از مبانی نظریه ظاهر را خطای مالک وضعیت قانونی می‌دانند و از باب مسئولیت مدنی موضوع را مورد بررسی قرار می‌دهند. ولی در بعضی از حالات مالک وضعیت قانونی هیچ نقش ایجابی یا سلبی در به‌وجود آمدن وضعیت ظاهری ندارد و از این رو نمی‌توان خطایی را نیز به او منتسب نمود. اشتباه عمومی، حقوق می‌سازد.

قاعده‌ای در حقوق فرانسه وجود دارد مبنی بر اینکه اشتباه عمومی حقوق می‌سازد. اشتباه عمومی همانا اعتقاد مخالف با حقیقت ظاهر است، این اعتقاد تنها به شخص ثالث منسوب نمی‌گردد، بلکه غالب اشخاصی را که بر وضعیت ظاهری احاطه دارند، دربر می‌گیرد.^{۲۲} در اشتباه عمومی لازم است که اغلب اشخاص، وضعیت ظاهری را قانونی تصور نمایند. در اشتباه عمومی لازم نیست که بحث میدانی صورت گیرد یا اینکه از عموم استفتاء صورت گیرد تا میزان شیوع و عمومیت این اشتباه را دریابیم، بلکه از اوضاع و احوال می‌توان به آن دست یافت. طور مثال حیازت طولانی یک شیء، استناد به یک سند رسمی یا دیگر موارد می‌تواند اشتباه را همگانی سازد.

مازو از حقوقدانان مدنی فرانسه بر این نظر است که مبنای قاعده اشتباه عمومی، ایجاد حقوق می‌کند، همانا نفع اجتماعی است؛ چون این قاعده قاعده‌ای است که از امنیت اجتماعی حمایت می‌کند.^{۲۳}

۲-۲. رکن معنوی

حسن نیت ثالث در معامله‌ای که با مالک وضعیت ظاهری انجام می‌دهد، رکن معنوی نظریه ظاهر را تشکیل می‌دهد. رکن معنوی نظریه ظاهر در کنار رکن مادی آن باید موجود باشد تا بتوان این نظریه را در قضیه‌ای اعمال نمود. حقوقدانان اذعان می‌نمایند که تعریف حسن نیت مشکل

۲۱. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۶۳.

۲۲. عبدالباسط جمیعی، نظریه الاوضاع الظاهره (رساله مقدمه لکلیه حقوق، القاوه، ۱۹۵۵) ۴۹۳.

۲۳. به نقل از: محمد شوقی صلاح، منبع پیشین، ۷۱.

است به دلایل ذیل:

الف. برای حسن نیت موارد کاربرد و آثار متنوعی است که بعضاً با یکدیگر در نسبت تباین قرار می‌گیرند به گونه‌ای که معنای حسن نیت را از یک حالت به حالت دیگر مختلف می‌گردانند.
ب. اندیشه حسن نیت باعث اختلاط آن با اخلاق می‌گردد که کار را در تعریف آن با مشکل مواجه می‌سازد.

پ. در بعضی از مواقع حسن نیت با دیگر مفاهیم مانند جهل، اشتباه، خطا مختلط می‌گردد و کار را دشوار می‌سازد زیرا این‌ها هم از مفاهیمی‌اند که ارتباط با نفس می‌گیرند.
با این وجود، حقوق‌دانان برای حسن سه مفهوم را بر شمرده‌اند که عبارت‌اند از:
۱. مفهوم شخصی حسن نیت:

حسن نیت در مفهوم شخصی‌اش به معنای جهل مبرر به واقعه معنی یا اوضاع واحوال مشخص است که قانون اثر معینی را نسبت به آن واقعه مترتب می‌سازد. در مقابل حسن نیت در این مفهوم سوء نیت قرار دارد که به معنای علم یا امکان علم یافتن به واقعه یا اوضاع واحوال معین است.^{۲۴}
در حسن نیت در مفهوم شخصی‌اش تنها نفی علم کافی نیست، بلکه این نفی علم همراه با عدم تقصیر در تلاش و کوشش برای به دست آوردن معلومات نیز باشد. نسبت به شق اول حسن نیت فرض بر این است که شخص علم ندارد یعنی اصل علم نداشتن است و چون اصل عدمی است اثبات آن ممکن نیست، در این حالت هر شخصی که مدعی علم داشتن است باید آن را به اثبات رساند. اما حسن نیت در شق دومش یعنی امکان علم داشتن، این شق فرض نمی‌گردد بلکه باید کسی که ادعا می‌کند امکان علم داشتن را نیز نداشته است باید آن را اثبات کند که سعی و تلاش کافی را برای به دست آوردن علم و آگاهی به خرج داده است، اما علی‌رغم این تلاش و کوشش به علم و آگاهی دست نیافته است. ملاک برای سعی و تلاش نیز انسان عادی و متعارف است.^{۲۵}

پس چنین می‌توان نتیجه گرفت که شخص جاهل به موضوع بوده است یا اینکه باید به موضوع یعنی وضعیت قانونی باید علم می‌داشت. آنجایی که شخص ثالث به وضعیت قانونی جاهل بوده است صرف ادعایش پذیرفته می‌شود، چون امری عدمی را ادعا می‌کند و امری عدمی نیز نیاز به اثبات ندارد؛ اما در جایی که شخص باید به موضوع علم می‌داشت دیگر ادعای علم نداشتن او

۲۴. السید بدوی، حول نظریه عامه لمبدأ حسن النیه فی المعاملات المدنیه (رساله دکتورا، کلیه الحقوق القاہرہ، ۱۹۸۹)؛ ۷۳؛ به نقل از: شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۹۰.
۲۵. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۹۱.

پذیرفته نمی‌شود در اینجا است که او باید اثبات کند که تمامی تلاش و کوشش خود را به خرج داده است تا اینکه وضعیت قانونی را دریابد، ولی با این حال وضعیت قانونی را کشف نکرده است. حسن نیت در این مفهوم را چنین می‌توان بیان داشت "شخص باید به موضوع آگاه می‌بود". قانون مدنی در مواد متعددی حسن نیت را در این مفهوم به کار برده است. این موارد عبارت‌اند از:

ماده ۵۶۳ "شخصی که در غلطی اساسی واقع گردیده، به شرطی می‌تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که طرف مقابل وی نیز در عین غلطی واقع شده یا از غلطی واقف بوده و یا اینکه به سهولت می‌توانست به آن واقف گردد".

ماده ۵۷۴ "در صورت وقوع فریب از طرف شخص ثالث در عقد، فریب خورده وقتی می‌تواند فسخ آن را مطالبه نماید که آگاهی طرف مقابل را به فریب شخص ثالث هنگام عقد یا قادر بودن او را به کسب چنین آگاهی ثابت نماید".

ماده ۸۳۵ "تصرف بالمعاوضه مدیون وقتی در حق دائن فاقد اعتبار شناخته می‌شود که تصرف مذکور مشتمل بر تقلب مدیون بوده، طرف مقابل به آن علم داشته باشد، تصرف مدیون وقتی مشتمل بر تقلب پنداشته می‌شود که مدیون در حال صدور تصرف به افلاس خود علم داشته باشد".

۲- مفهوم موضوعی حسن نیت:

حسن نیت در مفهوم موضوعی با اخلاق ارتباط برقرار می‌کند، در این مفهوم حسن نیت به شخصی گفته می‌شود که افعال و تصرفات او با اخلاق و ارزش‌های اخلاقی حاکم بر جامعه موافق و هماهنگ باشد. ارزش‌های چون اعتماد، پاکی و دیگر موارد. در این مفهوم حسن نیت، شباهت زیادی به قاعده‌ی «هر آنچه برای خود می‌پسندی برای دیگران نیز بپسند» پیدا می‌کند.

۳. مفهوم قانونی حسن نیت:

مفهوم قانونی حسن نیت یا سوء نیت از فرض قانونی گرفته شده است که متعامل باید آن را رعایت کند، در صورتی که آن فرض قانونی را رعایت کند دارای حسن نیت گفته می‌شود و در صورتی که فرض قانونی را رعایت نکند دارای سوء نیت گفته می‌شود. در اینجا به قصد واقعی شخص کدام اهمیتی داده نمی‌شود. چه بسا مبنای این اصل قانونی همانا «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» باشد. لذا قانون علم به احکام خود را فرض می‌داند، در صورتی که شخصی خلاف این فرض عمل نمود دارای سوء نیت است و شخصی که موافق آن فرض عمل نمود دارای حسن نیت است،

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۴۹

قطع نظر از اینکه قصد واقعی اش چه باشد. به عنوان مثال ماده ۱۸۳۸ قانون مدنی افغانستان چنین حکم می نماید: «هرگاه رهن از طرف مالک صادر شده باشد که سند ملکیت او باطل، فسخ، لغو، زایل به سبب دیگر بی اعتبار گردد، رهن به منفعت دائن رهن گیرنده باقی می ماند مشروط بر اینکه حین انعقاد عقد رهن، دائن دارای حسن نیت باشد.»

مطابق این ماده قانونی در صورتی که مشتری عقراری را خریداری نماید و آن را به دائن دارای حسن نیت خود به رهن دهد، در صورتی که بعداً عقد بیع او فسخ گردد، دائن مرتهن از این فسخ متأثر نمی گردد و رهن او در عقرار از بین نمی رود. در اینجا قانونگذار از حسن نیت دائن مرتهن حمایت نموده است زیرا موافق فرض قانونی اش عمل نموده است.

سه مفهوم از مفاهیم حسن نیت مورد بحث و بررسی قرار گرفت ولی آنچه به آن جواب داده نشد این است که در نظریه ظاهر کدام مفهوم مدنظر است. در پاسخ به این سؤال باید بیان داشت که در نظریه ظاهر مفهوم شخصی حسن نیت مدنظر است. یعنی عدم علم ثالث به وضعیت قانونی و درجایی که امکان کسب علم و آگاهی وجود داشته است ثالث باید اثبات کند که تمامی سعی و تلاش خود را نموده است ولی به علم و آگاهی راجع به وضعیت قانونی نرسیده است.

۳. مبانی

نظریه ظاهر باعث می گردد که یک سری تعهداتی بر ذمه افراد قرار گیرد، برای توجیه اینکه نظریه ظاهر براساس چه مبنایی یک سری تعهدات را بر ذمه اشخاص ایجاد می کند نظریات متفاوتی ابراز شده است. دسته ای از این نظریات را نظریات کلاسیک و دسته ای دیگر را نظریات معاصر تقسیم بندی نموده اند. هریک از این نظریات را جداگانه مورد بحث و بررسی قرار می دهیم.

۳-۱. نظریات کلاسیک

در مورد نظریات کلاسیک یک مقدمه مختصر تهیه گردد، بعداً به توضیح انواع آن پرداخته شود. منظور از نظریات کلاسیک آن دسته از نظریاتی اند که در قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته اند. این نظریات به عنوان مبانی نظریه ظاهر مورد اشاره قرار گرفته اند که در ذیل مورد بحث و بررسی قرار می گیرند.

۳-۱-۱. نظریه عقد صوری

حقوقدانان مصری برای مبنای نظریه ظاهر به عقد صوری استناد نموده اند. عقد صوری در ماده

۲۴۴ و ۲۴۵ قانون مدنی مصر بیان شده است. در ماده ۲۴۴ قانون مدنی مصر چنین می‌خوانیم: « ۱- هرگاه عقد صوری، تأیید شده باشد، طلبکاران متعاقدين و خلف خاص آن‌ها می‌توانند در صورتی که با حسن نیت باشند به عقد صوری، استناد و به هر وسیله‌ای، صوری بودن عقد را که به آنان زیان رسانده است، ثابت کنند. ۲- هرگاه تعارضی بین منافع طرف‌های ذی‌نفع پدید آید و عده‌ای به ظاهر عقد استناد کنند و عده‌ای دیگر به عقد مخفی، حق رجحان، از آن عده‌ی اول است.»

هم‌چنین در ماده ۲۴۵ همین قانون می‌خوانیم: «هرگاه متعاقدين عقد حقیقی را در پس عقد ظاهری مخفی کنند، عقد حقیقی، متعاقدين و خلف عام آن‌ها را ملتزم خواهد کرد». بین نظریه ظاهر و نظریه عقد صوری یک‌سری تشابهاتی دیده می‌شود. هدف اصلی هر دو نظریه در این است که از شخصی که بر اساس وضع ظاهری معامله نموده است و بعد از آن عدم مطابقت این وضع ظاهری با واقع آشکار شده است، حمایت به‌عمل آورند. اما این تشابه نمی‌تواند باعث گردد که نظریه عقد صوری مبنای برای نظریه ظاهر باشد به دلایل ذیل: الف. در عقد صوری این اراده افراد است که وضعی ظاهری را به‌وجود می‌آورد درحالی که در نظریه ظاهر در فرض‌های متعدد اراده افراد در به‌وجود آوردن وضعیت ظاهری دخالتی ندارد. برای اعمال نظریه ظاهر وجود دو رکن مادی و معنوی شرط است، رکن مادی شواهد و اوضاع و احوال خارجی و اشتباه عمومی و حسن نیت ثالث درحالی که در عقد صوری تنها حسن نیت شرط گذاشته شده است.^{۲۶}

۳-۱-۲. نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر

تعدادی از حقوق‌دانان فرانسوی و مصری برای مبنای نظریه ظاهر به نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر متوسل شده‌اند. در نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر مالک وضعیت ظاهری نقش مهمی در ایجاد وضعیت ظاهری دارد، زیرا او با سهل‌انگاری و خطایی که مرتکب شده است باعث شده است که یک وضعیت ظاهری به‌وجود آید. چون مالک وضعیت قانونی نقش بارزی در ایجاد وضعیت ظاهری داشته است لذا باید خسارت پرداخت کند و بهترین خسارت نیز همانا صحیح تلقی نمودن معامله‌ای است که به نفع غیر است.

پیروان این نظریه چنین استدلال می‌کنند که مالک وضعیت قانونی اقداماتی که برای حفظ

26. Dagot M. La Simulation en droit prive, (theses, Toulouse, 1965), Cited at:

شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۷۶.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۵۱

حقوقش لازم بوده است را انجام نداده است به گونه‌ای که نتیجه آن، ایجاد یا استقرار وضعیت ظاهری شده است و این وضعیت ظاهری ثالث دارای حسن نیت را به اشتباه انداخته است. خطای مالک وضعیت قانونی هم می‌تواند به صورت ایجابی و هم به صورت سلبی باشد. بعضی دیگر از حقوق‌دانان فرانسوی به «نظریه سوء استفاده از حق» متوسل شده‌اند. اینان بیان داشته‌اند مالک وضعیت قانونی که در محافظت از حقوقش اهمال به خرج می‌دهد تا حدی که دیگری می‌تواند در مقابل عموم خود را مالک حق وانمود سازد، پس او در استفاده از حقش سوء استفاده نموده است و چون در فریب خوردن غیر سهیم شده است، لذا مسئولیتش به این ترتیب است که به آثار تصرف ملزم گردد.^{۲۷}

در بعضی از احکامی که محاکم فرانسه در این خصوص صادر نموده‌اند به ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی که راجع به مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، استناد شده است.

مبتنی ساختن نظریه ظاهر بر مسئولیت مبتنی بر تقصیر در بعضی از فروض می‌تواند توجیه شود؛ مانند حالتی که موکل به وکیل خود صلاحیت می‌دهد و وکالت خط را به صورت مبهم و کلی تنظیم می‌کند، یا اینکه در ابتدا وکالت به صورت واضح و روشن تنظیم می‌گردد ولی بعداً موکل حدود وکالت وکیل را محدود می‌نماید بدون آنکه آن را به دیگران اطلاع دهد، در چنین حالاتی می‌توان خطا را به مالک وضعیت قانونی منسوب نمود. اما حالاتی در نظریه ظاهر وجود دارد که نمی‌توان آن‌ها را با مسئولیت مبتنی بر تقصیر توجیه نمود؛ مانند وارث حقیقی که میزان سهم الارث او بر اساس حکمی تعیین شده است، اما بعداً عدم صحت آن به موجب اسناد ترویری ثابت می‌گردد آید، در چنین حالتی می‌توان خطا را به وارث حقیقی منسوب نمود؟

با این حال این نظریه به عنوان مبنای نظریه ظاهر با ایرادات ذیل مواجه شده است:

الف. در مسئولیت مبتنی بر تقصیر در حالت سبب خارجی، سبب خارجی از جمله اسباب معاف کننده مسئولیت از مالک حق می‌باشد در حالی که این امر با نظریه ظاهر مطابقت ندارد.

ب. مسئولیت مبتنی بر تقصیر اقتضایش این است که خساراتی که به شخص متضرر رسیده است جبران گردد، اینکه معامله‌ای نافذ گردد را نمی‌توان از مسئولیت مبتنی بر تقصیر برداشت نمود.

27. Morin, La sécurité des tiers, les transactions immobilières et la maxime "error communis facit jus" annals des faculties des lettres d' Aix, 1906, t. 2. N. 1. Cited at:

شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۸۰.

۳-۱-۳. نظریه خطر

به جهت ایراداتی که به مسئولیت مبتنی بر تقصیر به عنوان مبانی نظریه ظاهر وارد گردید، بعضی از حقوق دانان به نظریه خطر در مسئولیت مدنی متوسل شده اند. براساس این نظریه بدون اینکه مالک وضعیت قانونی کدام تقصیری مرتکب شده باشد، با اجرای تعهدات قراردادی ملزم می شود. طرفداران این نظریه در خصوص مسئولیت مبتنی بر خطر اتفاق نظر دارند ولی در نحوه استدلال با هم اختلاف دارند.

بعضی از طرفداران این نظریه معتقدند که زندگی اجتماعی برای اشخاص مسئولیت ها و خطراتی را ایجاد می کند. این خطر در مواردی تحقق می یابد که شخص باید عواقب یک ضرری را که وی عامل آن نبوده است، تحمل کند. همان طور که حوادث غیر مترقبه و فورس مازور خطراتی را ایجاد می کنند، از زندگی اجتماعی نیز خطر نشأت می گیرد. نیازهای ایمنی و اعتبار اقتضاء می کند اشخاص ثالث که به وضع ظاهری اعتماد دارند، فریب نخورند، مالک واقعی باید آثار خطری را که منافع اجتماعی و عمومی اقتضاء می کند، تحمل نماید. حق مالکیتی که مخفی و پنهان است ارزش خود را از دست می دهد. برای درمان و علاج این حالت، ناچار باید وضع ظاهری حق را که بر اشخاص ثالث تأثیر می گذارد، واقعی تلقی کرد و ثالث با حسن نیت را مالک حق دانست.^{۲۸}

ایرادی که به نظر ظاهر وارد شده است این است که چرا باید مالک وضعیت قانونی باید این خطر را تحمل کند و نه دیگران؟

۳-۱-۴. نظریه مختلط

بعضی از حقوق دانان در فرانسه، تأسیس نظریه ظاهر را بر ماهیت دوگانه خطر - اشتباه بنا نموده اند، که از نظر آن ها بر تمامی حالات ظاهر قابلیت تطبیق را دارد. در این نظریه برای رابطه ظاهر دو جنبه است. جنبه اول آن ایجابی است که در آن ثالثی حقی را در نتیجه نفاذ تصرف مالک می گردد و دیگری سلبی است در تحمیل نمودن تعهداتی به مالک حق که از سوی مالک وضعیت ظاهری پذیرفته شده است، در تصرفی که مالک حق یکی از اطراف تصرف محسوب نمی گردد. پس تأسیس نظریه ظاهر باید مبتنی بر این دو جنبه باشد.

در جنبه خطر شخصی که سبب به وجود آوردن چنین خطرهایی شده است باید به آنچه از

28. Danis- Fatome , Anne, p. 365 cited at:

نعمه علیان نژادی، تئوری ظاهر در حقوق خصوصی ایران، (پایان نامه ماستری، ۱۳۹۱، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان) ۳۶.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۵۳

این خطر به وجود می‌آید، ملتزم باشد. اما در جنبه دیگر که نفاذ تصرف الزام‌آور بین ثالث و مالک وضعیت ظاهری را در برابر مالک وضعیت قانونی به دنبال دارد بر اساس اشتباه شایع توجیه می‌گردد. ثالثی که در قانونی بودن وضعیت ظاهر فریفته شده است، حمایت از او نیازمند نافذ تلقی شدن معامله است.

این نظریه نسبت به دیگر نظریات از جامعیت بیشتری برخوردار است. اما ایراد نظریه مختلط در این است که حالت وارث ظاهری را در بر نمی‌گیرد و تطبیق آن منحصر در معاملات که در حوزه تجارت صورت می‌گیرند، انجام می‌شود.

۲-۳. نظریات معاصر

دسته‌ای از حقوقدانان نظریات که برای مبنای نظریه ظاهر ارائه نموده‌اند، تحت عنوان نظریات معاصر نام‌گذاری شده است. این نظریات را چنین می‌توان نام برد:

۱-۲-۳. استقرار معاملات

به جهت انتقاداتی که در نظریه‌های کلاسیک وارد شد، حقوقدانان چاره را در آن دیدند تا به فلسفه حقوق متوسل شوند، از جمله این نظریات در فلسفه حقوق نظریه استقرار معاملات است. دموگ بر این نظر است که امنیت یکی از مهم‌ترین اهدافی است که حقوق به دنبال آن است تا اینکه تحقق یابد. استقرار امنیت همچنان که برای حقوق مکسبه اشخاص لازم و ضروری است برای معاملات اشخاص نیز ضروری است. از نظر دموگ امنیت بر دو نوع است، یکی امنیت ساکن یعنی استقرار اوضاع و احوالی که برای مالک حق، ثبات حق او را تضمین کند، حق او را از تجاوز مصون دارد.^{۲۹} دموگ بر این نظر است که امنیت پویا و ایستا دائم در حال رقابت با یکدیگرند.^{۳۰}

به‌طور خاص در حق مالکیت، در امنیت ایستا از حقوق مالک واقعی حتی اگر لازم باشد به‌ضرر ثالثین حمایت می‌گردد و در هر حال حقوق مالک واقعی را بر مالک ظاهری و منتقل‌الیه وی ترجیح می‌دهد. این امر مبتنی بر قواعدی چون فاقد شی نمی‌تواند معطی شی باشد و تقدم حقوق مقدم از لحاظ زمانی است. در واقع اصول امنیت ایستا به هر شکل به دنبال تأمین امنیت

۲۹. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۳.

۳۰. نسرین طباطبایی حصار، وصف تجریدی نظام ثبت املاک بر مبنای تئوری اعتماد عمومی (مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره

۲، خزان و زمستان ۱۳۹۳) ۴۸۸.

مالک واقعی صرف نظر از سایر نیازهای جامعه و مصلحت عمومی است. هرچند این موضوع به تخریب امنیت بازار معاملات و اعتماد نکردن خریداران به کسی که بر اساس اسناد موجود، خود را مالک معرفی می کند منجر شود.^{۳۱}

امنیت دوم، امنیت متحرک یا پویا است، هدف این نوع امنیت تحقق استقرار حرکتی برای معاملات است. یعنی اینکه معاملاتی که بین اشخاص صورت می گیرد از عدم صحت آن مصونیت حاصل آید. اقتضای امنیت متحرک یا پویا این است شخصی که بر اساس وضعیت ظاهری معامله می کند و در این وضع ظاهری شواهدی کافی بر این تصور وجود دارد که حکایت از وضعیت حقیقی می نماید، باید حمایت شود و معامله سلامت یابد. امنیت پویا این را می طلبد که در حوزه تصرفات الزام آور با ثالث دارای حسن نیت، برای ظاهر حق همان آثاری را باید قائل شد که برای خود حق قائل می شویم.

پس گاهی بین دو امنیت تراحم پیش می آید. امنیت ساکن اقتضای این را دارد که حق اصلی برای مالک اصلی حق مورد حمایت قرار گیرد، درحالی که امنیت پویا نیز این اقتضاء را دارد که معاملات و فعالیت ها استقرار یابند و در آن وقفه ای پیش نیاید. لذا بین این دو نوع تراحم بین امنیت پویا و امنیت ساکن، امنیت پویا ترجیح داده می شود، زیرا این امر متضمن نفع عمومی است درحالی که امنیت ساکن متضمن نفع فردی است. پس نفع شخصی که موقفی ایجابی را اتخاذ نموده است و تصرفی را انجام داده است باید بر نفع شخصی که تنها به حمایت قانون بسنده نموده است، ترجیح یابد.

رویه قضایی فرانسه نیز در زمان های دور نظریه ظاهر را مبتنی بر نفع عمومی استوار ساخته است.^{۳۲} محکمه نقض مصر نیز در حکم مهم صادره خود در ۱۹۸۶/۲/۱۶ چنین بیان داشته است:

«قاعده بر این است که قراردادهای تنها بر طرفین آن تسری می یابد، و مالک حق از تصرفی که از دیگری نسبت به حق او صادر شده است، ملتزم قرار نمی گیرد. اما در بعضی از نصوص قانون مدنی، قانون گذار برخی از قواعد خود را مبتنی بر وضعیت ظاهری نموده است جایی که عدالت و حمایت از پویای معاملات در اجتماع اقتضاء می کند...»^{۳۳}

۳۱. طباطبایی حصار، منبع پیشین، ۴۸۸.

32. Cass civ 26 Jan 1897, D.P 1900, I, 313, note L. strut, S. 1898, I, 313, Gas, Pall, 1892

به نقل از شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۶.

۳۳. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۶-۱۹۷.

ارزیابی نظریه:

۱. این نظریه بر اساس امور اقتصادی است که ارتباط با فلسفه حقوق می‌یابد، منتها از صیانت فنی که آنرا در مرتبه نظریات حقوقی قراردهد، خارج است.^{۳۴}
۲. این نظریه از توجیه بعضی از مصادیق نظریه ظاهر از قبیل تصرفات وارث ظاهری قاصر است؛ زیرا وارث ظاهری به حوزه حقوق مدنی تعلق دارد که ثروت‌های ثابت را تنظیم می‌کند که در آن نفع غیر بر نفع وارث حقیقی برتری نمی‌یابد مگر در حالات ضروری.
۳. این نظریه بیشتر در حوزه معاملات تجارتي دارای کاربرد است.^{۳۵}

۳-۲-۲. نظریه کفایت ذاتی نظریه ظاهر

بعضی از حقوقدانان فرانسوی و مصری بر این نظرند که نظریه ظاهر نیازی به مبنای حقوقی ندارد؛ زیرا ظاهر معقول به تنهایی برای مبنای نظریه ظاهر کافی است زمانی که مظهر خلاف حقیقت باشد، مادامی که این مظهر به آن اندازه باشد که بر تصور مطابقت آن با حقیقت در نزد ثالث دارای حسن نیت برسد، در این صورت همان آثاری که بر حقیقت مترتب می‌گردد، بر این ظاهر نیز مترتب می‌گردد.

بعضی از حقوقدانان فرانسوی و مصری بر این نظرند که نظریه ظاهر نیازی به مبنای حقوقی ندارد. بلکه ظاهر معقول به تنهایی برای مبنای نظریه ظاهر کافی است زمانی که ظاهر خلاف حقیقت باشد و بر آن همان آثاری که بر حقیقت مترتب می‌گردد. مادامی که این مظهر به آن اندازه باشد که برای تصور مطابقت آن با حقیقت در نزد ثالث متعامل دارای حسن نیت با مالک وضعیت ظاهری برسد.^{۳۶}

در این نظریه، نظریه ظاهر در کنار نظریات دیگری چون قرارداد، دارا شدن بدون سبب و مسئولیت قرار می‌گیرد. لذا همان‌طوری که در این نظریات از مبنا و اساس‌شان بحث نمی‌گردد، پس در نظریه ظاهر نیز نباید از مبنا و اساسش کدام بحثی صورت گیرد.

۳-۲-۳. اشتباه شایع، ایجاد حق می‌کند

قاعده‌ی اشتباه شایع ایجاد حق می‌کند از جمله قواعدی است که پیشینه‌ی آن به حقوق رم

۳۴. عبدالباسط جمیعی، الوکاله الظاهره (مجله العلوم القانونیه و الاقتصادیه، ۱۹۶۳، العدد الثاني، السنه الخامسه) ۳۳۵.

۳۵. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۵.

۳۶. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۱۹۸.

برمی گردد. در قوانین فرانسه و مصر صراحتاً یا ضمناً این قاعده در هیچ یک از نصوص قانونی مورد پیش بینی قرار نگرفته است.

اشتباه در مفهوم عام تصور نادرست نسبت به یک موضوع است و در حقوق، تصور نادرست در مورد یک واقعه یا عمل حقوقی را اشتباه گویند. اشتباه شایع با اشتباه ساده متفاوت است. اشتباه شایع به معنای اشتباه اشخاص در خصوص یک واقعه است. یعنی مجموعه افراد زیادی در یک اشتباه سهیم می شوند، و به عبارت دیگر همه افراد در خصوص آن موضوع اشتباه می کنند. البته اشتباه شایع به این معنا نیست که حتی اگر یک نفر در خصوص آن دچار اشتباه نشود، اشتباه مشترک تحقق پیدا نمی کند. در واقع برای ایجاد اشتباه شایع تمامی مردم لازم نمی باشد در واقع اشتباه شایع نه برون ذاتی بلکه درون ذاتی است.^{۳۷}

حفظ نظم عمومی و ثبات معاملات اشتباه شایع را موجه می سازد و در اثر آن قاعده حقوقی اجرا نمی گردد. هر چند در گذشته اشتباه مشترک سهم مهمی در ایجاد نظریه ظاهر داشته است ولی امروزه این نظریه کم رنگ شده است و جای خود را به مفاهیمی همانند نظم عمومی و مصالح اجتماعی داده است. همان طوری که قبلاً گفته شد در گذشته به این نظریه به این جهت استناد می گردید که نظم عمومی وارد مباحث حقوقی هنوز نشده بود. و چاره ای جز استناد به این قاعده نبود.

۳-۲-۴. نظریه حسن نیت

یکی از مبانی که برای نظریه ظاهر، مطرح شده است، نظریه حسن نیت است. در این نظریه به وضع ذینفع از نظریه ظاهر که همانا ثالث است توجه می شود. در این نظریه ثالث می تواند اعمال نظریه ظاهر را درخواست کند، به این دلیل که با حسن نیت رفتار نموده است. در استناد به حسن نیت دو نظریه وجود دارد، برخی حسن نیت را تصور اشتباه می دانند که سبب ایجاد حق به نفع شخص اشتباه کننده می شود و گروهی دیگر به اعتقاد اشخاص تمسک می جویند، با این توضیح که حقوق از اعتقاد نشأت می گیرد و هر شخص می تواند به درستی حقوق خود اعتقاد داشته باشد. هر کس از انجام عمل متوجه نادرستی تصور مشروع خود بشود، همچنان می تواند حقوق خود را اجرا کند.^{۳۸} در واقع این نوع حسن نیت حقوق به وجود می آورد.^{۳۹}

۳۷. نعیمه علیان نژادی، منبع پیشین، ۳۳.

38. Voin Robert, La bonne foi, L.G.D.J, 1939, p. 444.

به نقل از نعیمه علیان نژادی، منبع پیشین، ۴۱.

39. Ghestin Jacques, La Notion de l'erreur dans le droit positif actuel (L.G.D.J, 1971) p. 100.

به نقل از نعیمه علیان نژادی، منبع پیشین، ۴۱.

از شرایط اعمال نظریه ظاهر، حسن نیت شخصی است که اجرای آن را درخواست می‌کند. وی در هنگام اجرای عمل حقوقی باید با حسن نیت رفتار نماید. حسن نیت دارای دو جنبه مثبت و منفی دارد که قبلاً به آن‌ها پرداخته شد. هرچند حسن نیت یکی از ارکان اعمال نظریه ظاهر می‌باشد، با این حال حسن نیت نمی‌تواند مبنای این نظریه نیز باشد. زیرا یکی از آثار اصلی نظریه ظاهر، اعتبار بخشیدن به معامله‌ای است که یکی از شرایط اساسی معامله که همانا رضایت مالک وضعیت قانونی باشد را با خود ندارد و محکوم به بطلان است. این اثر اصلی نظریه ظاهر را حسن نیت نمی‌تواند برآورده سازد و عیب قراردادی که رضایت مالک وضعیت قانونی در آن نیست را مرتفع سازد. اگر در بعضی از حالات حسن نیت می‌تواند عیب یکی از شرایط معامله را برطرف سازد، کما اینکه در رکن معنوی نظریه ظاهر بیان شد این موارد استثنایی هستند و این موارد استثنایی را نمی‌توان به دیگر موارد تسری داد.

از مجموع نظریاتی که برای مبنای نظریه ظاهر بیان گردید، به نظر می‌رسد نظریه کفایت ذاتی بهتر با نظریه ظاهر سازگار باشد، باید این را پذیرفت که نظریه ظاهر خود از جمله قواعد ماهوی است که جایگاه مهمی را در حقوق برای خود به دست آورده است، در تحت قیومیت قرار دادن این نظریه از بالندگی آن خواهد کاست بنابراین به نظر می‌رسد نظریه ظاهر را به عنوان یک قاعده ماهوی در کنار دیگر اسباب ایجاد کننده حقوق و تعهدات مورد شناسایی قرار داد. کما اینکه یکی از آثاری که بعداً در نظریه ظاهر بیان می‌گردد اثر ایجاد کننده حق این نظریه است. نظریه ظاهر چهره اجتماعی حقوق را به نمایش می‌گذارد، به گونه‌ای که در آن منفعت عمومی بر منفعت شخصی ترجیح داده می‌شود.

۴. نظریه ظاهر در پرتو تحلیل اقتصادی حقوق

تحلیل اقتصادی حقوق از جمله نظریات جدید در حوزه حقوق محسوب می‌گردد. در تحلیل اقتصادی حقوق از نوع هنجاری آن گفته می‌شود که باید قاعده‌ای را وضع نمود که به لحاظ اقتصادی کم‌ترین هزینه را داشته باشد. بعضی از نویسندگان مصادیق نظریه ظاهر را در پرتو تحلیل اقتصادی حقوق بررسی نموده‌اند و نتیجه گرفته‌اند که اعمال نظریه ظاهر به لحاظ اقتصادی کارایی دارد.

استیون شاول یکی از نویسندگان حوزه تحلیل اقتصادی حقوق بیان می‌دارد برای هر دو طرف پیشگیری از وقوع خسارت امکان‌پذیر است، مسئولیت بر شخصی تحمیل شود که پیش‌گیری

از وقوع خسارات برای او متضمن کمترین هزینه باشد، مهم نیست که این شخص زیان‌دیده، زیان‌زننده و یا ثالث باشد. برای مثال اگر زیان‌زننده با ده دالر بتواند جلوی وقوع خسارتی را بگیرد و زیان‌دیده با پرداخت بیست دالر، مطابق اصل اجتناب با حداقل هزینه، زیان‌زننده مسئول باشد، چرا که او با پرداخت هزینه کمتری می‌تواند از وقوع این خسارت جلوگیری کند.^{۴۰}

یکی از نویسندگان^{۴۱} نمایندگی ظاهری را که یکی از مصادیق اعمال نظریه ظاهر است، چنین مورد تحلیل اقتصادی قرار می‌دهد. (پی) نماینده خود (الف) را برکنار می‌کند اما به دیگران اطلاع نمی‌دهد. (الف) به نمایندگی از (پی) قراردادهای جداگانه فروش کالا را با اشخاص (ایکس)، (وای) و (زد) منعقد می‌کند. (ایکس) از این امر آگاهی داشت که (الف) نماینده (پی) بوده است اما از برکناری او بی‌خبر است. (وای) نیز سند کتبی اعطای نمایندگی را می‌بیند، به (زد) شفاهاً گفته می‌شود نماینده (پی) است.

از دیدگاه نویسندگان این حوزه، قرارداد با (ایکس) و (وای) معتبر است. اما با (زد) این‌گونه نیست؛ زیرا در (ایکس) و (وای) بررسی و کنترل اختیار نماینده که سابقاً به عنوان نماینده معرفی شده، اما برکناری او یا تغییر حدود صلاحیت او به دیگران نرسیده، یا نماینده‌ای که دارای سند کتبی اعطای اختیار است، برای اشخاص ثالث پرهزینه‌تر است. از اینکه اصیل ظاهری (پی) برکناری نماینده را به اشخاصی که از وجود رابطه نمایندگی آگاهی داشته‌اند، اطلاع دهد و یا سند اعطای نمایندگی را از نماینده سابق پس بگیرد. در این زمینه مسئول دانستن اصیل ظاهری و تحمیل مسئولیت بر او هزینه کمتری در پی خواهد داشت.

اما در خصوص (زد) این‌گونه نیست (زد) دقت و توجه کافی را برای تشخیص اینکه (الف) نماینده (پی) است یا خیر به کار نبرده، صرفاً به اظهارات شفاهی (الف) بسنده کرده است. افزون بر آن این از مسئله نمایندگی خارج است، از مصادیق نمایندگی کاذب یا مفروض می‌باشد. به لحاظ اقتصادی هزینه بیش‌تری بر اصیل تحمیل می‌کند. به عبارت دیگر، هزینه‌ای که اصیل ظاهری برای آگاه کردن همه مشتریان بالقوه خود از نماینده نبودن (الف) باید پردازد، بسیار بیشتر از هزینه‌هایی خواهد بود که (زد) می‌توانست یا یک جستجوی ساده از اصیل، از حقیقت امر آگاهی یابد.^{۴۲}

40. Shavell Steven, Foundation of Economic Analysis of Law (Harvard University Press, 2004) p. 198.

۴۱. امینی منصور و عبدی مونا، بررسی تطبیقی - اقتصادی نظریه نمایندگی ظاهری (مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴) ۵۳ به بعد.

42. Rasmusen, Eric, (1991), the economics of agency law and contract formation (Indiana University of Business Press.)

به نقل از امینی و عبدی، منبع پیشین، ۵۳.

نظریه ظاهر در حقوق مدنی افغانستان/ ۱۵۹

هرچند این تحلیل اقتصادی راجع به نمایندگی ظاهری است اما می‌توان آن را به دیگر مصادیق نظریه ظاهر نیز تسری داد و چنین نتیجه‌ای را با تحلیل اقتصادی وارث ظاهری، مالکیت ظاهری، رهن ظاهری نیز به دست آورد. چرا که اگر قرار باشد اشخاص ثالث در قراردادها به ظاهر اعتماد نکنند و همواره به دنبال کشف حقیقت باشند حال هم معلوم نیست که به حقیقت دست یابند یا نیابند. صرف به دنبال حقیقت رفتن و جستجو کردن مستلزم وقت و نیز هزینه خواهد بود که با اصل سرعت عمل در تجارت نیز سازگاری ندارد.

بنابراین پذیرش نظریه ظاهر در سطح اقتصاد خرد موجب کاهش هزینه‌ها، افزایش کارایی اقتصادی و رفاه اجتماعی برای مالک وضعیت ظاهری و ثالث خواهد شد. در سطح اقتصاد کلان پذیرش نظریه ظاهر باعث تأمین منافع جامعه، تقویت بازار کسب و کار، سرعت بخشیدن به انجام معاملات و گردش سریع کالا و خدمات و ثروت در جامعه خواهد شد. هم چنین نظریه ظاهر باعث خواهد شد امنیت روانی برای اشخاص در معاملاتشان افزایش یابد، ثبات اقتصادی طولانی مدت نیز مستلزم امنیت معاملات و پرهیز از انحلال و گسستگی هاست. همان امنیت پویا که دموگ نظریه ظاهر را بر اساس آن مبتنی می‌ساخت.

حقوق باید اثرات اقتصادی قواعد خود را در نظر داشته باشد و قواعدی را وضع نماید که باعث رکود در معاملات نگردد. با تطبیق نظریه ظاهر به راحتی می‌توان بازاری پویا را فراهم ساخت.

۵. آثار:

آثار حقوقی نظریه ظاهر در پرتو رویه قضایی مصر و فرانسه چنین تبیین و تحلیل شده است.

۵-۱. رابطه ثالث با حسن نیت و مالک وضعیت قانونی

اصل نسبی بودن قراردادها را زمانی که در رابطه بین ثالث دارای حسن نیت و مالک وضعیت قانونی در نظر بگیریم، این اصل عدم نفاذ تصرف را نتیجه می‌دهد مگر آنکه مالک وضعیت قانونی که نسبت به قرارداد بین مالک وضعیت ظاهری و ثالث دارای حسن نیت تنفیذ قرارداد را اجازه دهد. در این صورت قرارداد نسبت به مالک وضعیت قانونی مؤثر واقع می‌گردد.

بنابراین با اصل نسبی بودن قراردادها نفاذ تصرف در حق مالک وضعیت قانونی حکم نخواهد شد ولی نظریه ظاهر این اثر نفوذ قرارداد و تصرف را در رابطه بین ثالث دارای حسن نیت و مالک وضعیت قانونی به وجود می‌آورد. لذا حق مستقیمی برای ثالث دارای حسن نیت بر اساس اعمال نظریه ظاهر به وجود می‌آید که می‌تواند ایفای تعهدات موجود در قرارداد را از او بخواهند هرچند

او یوکی از طرفین اصلی قرارداد محسوب نمی‌گردد.

با فراهم شدن اعمال نظریه ظاهر، مالک وضعیت قانونی نمی‌تواند با پرداخت خسارتی به ثالث، از اعمال نظریه ظاهر در قرارداد فرار کند و قرارداد در حق او نافذ نگردد، در چنین حالتی مالک وضعیت قانونی غیر از رجوع به مالک وضعیت ظاهری چاره‌ای دیگر ندارد.^{۴۳} بنابراین قراردادی که بر اساس ظاهر به وجود آمده است، بر اساس نظریه ظاهر نافذ می‌گردد و مالک وضعیت ظاهری از این رابطه قراردادی حذف می‌گردد و مالک وضعیت قانونی باید تعهدات قراردادی را ایفاء کند. این مهم‌ترین اثر نظریه ظاهر است که به موجب آن شخصی که در انعقاد قرارداد نقشی نداشته است با اجرای تعهداتی که از این قرارداد ناشی می‌گردد، ملزم می‌گردد. در صورتی که موضوع قرارداد انتقال مالکیت شیء باشد باید مالک وضعیت قانونی این انتقال مالکیت را محترم شمرده و آن را به نفع ثالث دارای حسن نیت اجرا کند. البته لازم به ذکر است تعهدات قبول شده در قرارداد از سوی مالک وضعیت ظاهری باید از جمله تعهدات شخصی نباشد. در صورتی که تعهدات قبول شده از جمله تعهدات شخصی باشد، شخص ثالث دارای حسن نیت می‌تواند اجرای این تعهدات را بر اساس قرارداد و نه نظریه ظاهر از مالک وضعیت ظاهری که طرف اصلی در قرارداد است مطالبه نماید.

۵/۲ رابطه شخص ثالث دارای حسن نیت با مالک وضعیت ظاهری

بررسی آثار نظریه ظاهر در رابطه شخص ثالث دارای حسن نیت با مالک وضعیت ظاهری در دو فرض قابل بحث و بررسی است.

فرض اول: قبل از کشف شدن حقیقت ظاهر و استناد به آن

در این مرحله شخص ثالث غیر از مالک وضعیت ظاهری که طرف اصلی قرارداد با اوست کسی دیگر را نمی‌شناسد. لذا هر آنچه از تعهدات که از قرارداد او با مالک وضعیت ظاهری ناشی می‌گردد را مطابق قاعده کلی، می‌تواند از مالک وضعیت ظاهری مطالبه کند. در صورتی که مالک وضعیت ظاهری تعهداتی که بر اساس قرارداد پذیرفته است را ایفاء نکند، ثالث می‌تواند علیه او اقامه دعوی ضمان، فسخ، یا تعویض نماید. بنابراین رابطه آن‌ها در پرتو قرارداد تجزیه و تحلیل می‌گردد.

43. Encyel, Dalloz, Rep, Dr. Civ, 2 Ed, 1986. V. Apparence, n. 122.

به نقل از: شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۲۱۶.

فرض دوم: کشف حقیقت ظاهر و استناد به آن

در صورتی حقیقت ظاهر کشف شود و شخص ثالث پی به این برد که ظاهر با حقیقت تطابق ندارد او دارای دو اختیار است. اختیار اول این است که می تواند ابطال قرارداد را به جهت وقوع اشتباه اساسی در قانونی بودن وضعیت طرف قرارداد مطالبه کند، این اشتباه می تواند متوجه طرف مقابل نیز باشد، زمانی که او حقیقت وضعیت خود را نمی داند. اما این بطلان، بطلان نسبی است که تنها به نفع شخص ثالث ایجاد شده است و او می تواند از آن استفاده کند. با ابطال قرارداد، وضعیت متعاقبین به قبل از انعقاد قرارداد برمی گردد، علاوه بر آن شخص ثالث می تواند تقاضای جبران خسارت را بر اساس قواعد مسئولیت مبتنی بر تقصیر داشته باشد.^{۴۴}

اختیار دوم این است در صورتی که شخص ثالث دارای حسن نیت، تطبیق نظریه ظاهر را مطالبه کند، با فراهم بودن شرایط اعمال نظریه ظاهر، قرارداد در برابر مالک وضعیت قانونی نافذ است. در برابر مالک وضعیت ظاهری نیز تعهدات قائم به شخص قرارداد نافذ است. به عبارتی دیگر، قرارداد نسبت به هر دو مالک وضعیت قانونی و مالک وضعیت ظاهری نافذ می گردد منتها مبنای نفوذ برای مالک وضعیت قانونی بر اساس نظریه ظاهر خواهد بود و برای مالک وضعیت ظاهری بر اساس قرارداد منعقد شده.^{۴۵}

۳/۵ رابطه مالک وضعیت قانونی با مالک وضعیت ظاهری

نظریه ظاهر در خصوص رابطه مالک وضعیت قانونی با مالک وضعیت ظاهری کدام حکمی ندارد، لذا باید احکام این رابطه را از قواعد عمومی به دست آورد.

در رابطه بین مالک وضعیت قانونی و مالک وضعیت ظاهری بین دو حالت برای به دست آوردن حکم تفکیک قائل می شویم. حالتی که مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت است و حالتی که مالک وضعیت ظاهری دارای سوءنیت است.

حالت اول: مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت است.

در صورتی که مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت باشد و جاهل به این است که او مالک وضعیت ظاهری است و به حقیقت وضعیت خود باور دارد. در چنین حالتی جایگاه او همانند مالک وضعیت قانونی خواهد بود. مثلاً زمانی که حکم موت فرضی غائب مفقودالاثر توسط محکمه صادر می گردد، او با صدور این حکم موت فرضی ارث می برد واقعاً هم نمی داند

۴۴. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۲۱۹-۲۲۰.

۴۵. شوقی محمد صلاح، منبع پیشین، ۲۲۰.

که مورث زنده است. اگر در چنین حالتی در سهم الارث خود تصرف نماید و بعد از تصرف مورث زنده ظاهر گردد، تصرفات او صحیح تلقی می‌گردد و کدام ضمانتی بر او نیست. یا اینکه وکیل ظاهری که موکل او را عزل نموده است ولی خبر عزل را به اطلاع او نرسانیده است، وکیل معامله نماید با این تصور که هنوز وکالت او پابرجاست و به پایان نرسیده است. معامله او صحیح است و کدام ضمانتی بر او نیست.

به‌طور خاص رابطه مالک وضعیت ظاهری با مالک وضعیت قانونی را حالتی که موضع قرارداد مالک وضعیت ظاهری با ثالث مال باشد چنین می‌توان مورد تجزیه و تحلیل قرار داد:

۱. رد ثمن: مطابق نظریه ظاهر، معامله مالک وضعیت ظاهری با ثالث نافذ است کلیه تعهدات قراردادی از جمله ثمن به مالک وضعیت قانونی تحمیل می‌گردد. در صورتی که مالک وضعیت ظاهری ثمن معامله را دریافت کرده باشد باید آن را به مالک وضعیت قانونی مسترد دارد. اگر مالک وضعیت ظاهری مال را به کم‌تر از ارزش واقعی اش فروخته باشد تعهد او تنها رد ثمن است. بیش از آن کدام ضمانتی بر او نیست مالک وضعیت قانونی حتی نمی‌تواند مابه‌التفاوت را از مالک وضعیت ظاهری مطالبه کند. ماده ۲۲۹۰ قانون مدنی افغانستان چنین حکم می‌کند: «هرگاه مال مسروقه یا گم‌شده در حیات شخص دست‌یاب شود و مال مذکور را با حسن نیت از بازار به مزایده علنی یا از تاجری که در امثال آن تجارت دارد، خریداری نموده باشد، ثمن تأدیه شده را در صورتی که مال مسروقه باشد، از فروشنده و در صورتی که مال گم شده باشد از شخصی که به استرداد آن می‌پردازد، مطالبه نماید.»

۲. ضمان عین: در خصوص عین نیز کدام ضمانتی بر مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت نیست. مالک وضعیت ظاهری باید عین را به مالک وضعیت قانونی مسترد دارای در صورتی که عین وجود داشته باشد، اما اگر تلف شده باشد یا اینکه ناقص شده باشد بر او کدام ضمانتی نیست. در این خصوص ماده ۲۲۹۷ قانون مدنی چنین بیان می‌دارد: «هرگاه حایز با حسن نیت در حدودی که حق خود پندارد، استفاده نماید، در مقابل شخصی که با رد شیء به او مکلف می‌شود از هر نوع تعویض به سبب این استفاده مسئول شناخته نمی‌شود، هم‌چنین از عواقب از بین رفتن و تلف شدن شیء مذکور مسئول پنداشته نمی‌شود، مگر در حدودی که از آن ناحیه به او مفادی تعلق گرفته باشد.»

۳. ضمان منافع: مالک وضعیت ظاهری با حسن نیت ضامن منافع استفاده شده یا فوت شده

در مقابل مالک وضعیت قانونی نیست، او ملزم نیست که بدل منافع را به مالک وضعیت قانونی رد نماید. ماده ۲۲۹۱ قانون مدنی در این خصوص چنین بیان می‌دارد: «حایز با حسن نیت مالک ثمر و آنچه در حیات اوست، شناخته می‌شود. ثمر طبیعی یا صنعتی از تاریخ جمع‌آوری آن قبض شده تلقی می‌گردد، مگر ثمر مدنی روز به روز قبض شده شمرده می‌شود.»

۴. استرداد مصارف: مالک وضعیت ظاهری دارای حسن نیت می‌تواند مصارفی را که برای اداره مال متحمل شده است از مالک وضعیت قانونی مطالبه کند. ماده ۲۲۹۳ قانون مدنی در این خصوص چنین بیان می‌دارد: «مالکی که ملکیت به او رد می‌شود، مکلف است تمام مصارف ضروری را که حایز به حسن نیت به مصرف رسانیده است به او پیردازد، و در مورد مصارف نافع احکام مواد (۲۲۰۵ و ۲۲۰۶) این قانون تطبیق می‌گردد.»

حالت دوم: مالک وضعیت ظاهری دارای سوء نیت.

در حالتی که مالک وضعیت ظاهری دارای سوء نیت باشد یعنی اینکه بداند در حقی که تصرف می‌کند متعلق به او نیست یا اینکه دارای اختیار قانونی برای تصرف نیست. اصل بر این است که حقوق از شخص دارای سوء نیت حمایت نمی‌کند و با شدت با چنین شخصی برخورد می‌کند. به طور خاص رابطه مالک وضعیت ظاهری دارای سوء نیت با مالک وضعیت قانونی در حالتی که موضوع قرارداد مالک وضعیت ظاهری دارای سوء نیت با شخص ثالث مال باشد، چنین قابل تجزیه و تحلیل است.

۱. رد ارزش واقعی مال: هر چند طوری که قبلاً بیان گردید از آثار نظریه ظاهر این است که مالک وضعیت قانونی به قراردادی که مالک وضعیت ظاهری با شخص ثالث منعقد نموده است ملتزم است اما این بدان معنا نیست که به ثمن معامله نیز ملتزم و حق رجوع به مالک وضعیت ظاهری را نداشته باشد. مالک وضعیت قانونی ثمن معامله را در صورتی که ثالث به مالک وضعیت ظاهری نپرداخته باشد از او دریافت می‌کند. در صورتی که شخص ثالث ثمن را به مالک وضعیت ظاهری پرداخت نموده باشد مالک وضعیت ظاهری باید آن را به مالک وضعیت قانونی مسترد دارد. در صورتی که ثمن از ارزش واقعی مال بیش‌تر باشد تمام آن متعلق به مالک وضعیت قانونی است، اما در صورتی که ثمن کمتر از ارزش واقعی مال باشد در این صورت مبلغ پیش‌بینی شده در قرارداد را بر اساس قرارداد دریافت می‌کند، مابقی را بر اساس مسئولیت مدنی از مالک وضعیت ظاهری دریافت می‌کند.

۲. ضمان تلف عین: مالک وضعیت ظاهری دارای سوءنیت ضامن تلف عین یا نقصان عین نیز می باشد. طوری که ماده ۲۲۹۸ قانون مدنی در این خصوص چنین بیان می دارد: «هرگاه حایز دارای سوءنیت باشد، از بین رفتن و تلف شدن شیء گرچه از اسباب غیر مترقبه نشأت کرده باشد، مسئول شناخته می شود. مگر اینکه ثابت کند که اگر شیء مذکور نزد مالک آن هم می بود، از بین می رفت یا تلف می گردید.»

۳. ضمان منافع: مالک وضعیت ظاهری نه تنها ضامن منافع استفاده شده است و باید بدل آن را به مالک وضعیت قانونی رد نماید بلکه باید بدل منافع را نیز باید به وی مسترد دارد. در این خصوص ماده ۲۲۹۲ قانون مدنی چنین بیان می دارد: «حایزی که دارای سوء نیت باشد، از تاریخ به میان آمدن نیت سوء از تمامی ثمری که قبض نموده و یا در قبض آن تقصیر به عمل آورده است، مسئول شناخته می شود.»

۶. مصادیق نظریه ظاهر در قانون مدنی

علی رغم اینکه نظریه ظاهر در قانون مدنی به طور صریح به رسمیت شناخته نشده است. اما با مراجعه به قانون مدنی می توان موارد متعددی را یافت که بر اساس نظریه ظاهر توجیه پذیر می گردند. این مواد را می توان چنین نام برد.

۱. ماده ۵۴۰ قانون مدنی: «هرگاه نائب و طرف مقابل عقد قبل از ختم میعاد نیابت در حین عقد واقف نباشد، آثار ناشی از آن به اصیل و یا قائم مقام وی تعلق می گیرد.»

۲. ماده ۹۰۹ قانون مدنی: «هرگاه دین به غیر دائن یا غیر وکیل او پرداخته شود، مدیون بری الذمه شناخته نمی شود مگر اینکه پرداخت دین را تأیید نماید و یا دین با حسن نیت به شخصی پرداخته شده باشد که در ظاهر حال مستحق آن شناخته شود.»

۳. فقره ۳ ماده ۸۳۵ قانون مدنی: «اگر خلفی که مال از طرف مدیون به وی انتقال نموده، آن را در مقابل عوض به خلف دیگری انتقال بدهد، دائن نمی تواند به عدم انفاذ تصرف تمسک نماید، مگر اینکه خلف دوم هنگام تصرف مدیون با خلف اول در عقد معاوضه به تقلب مدیون یا در عقد بدون عوض به افلاس او علم داشته باشد.»

۴. ماده ۲۲۸۸ قانون مدنی: «(۱) شخصی که مال منقول یا حق عینی را بر مال منقول یا سندی که به نام حامل آن اعتبار داشته باشند به استناد اسباب صحیح توأم با حسن نیت مالک شود، مالک آن شناخته می شود. (۲) سبب صحیح به سندی اطلاق می شود که از طرف غیر مالک

یا غیر صاحب حق، صادر شده باشد.»

۵. ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی: «احکام مواد سه گانه فوق به ضرر شخص ثالث که به مقابل عوض،

حق عینی را علیه عین مبیعه کسب نموده باشد، تطبیق نمی شود.»

۱. ماده ۱۸۳۸ قانون مدنی: «هرگاه رهن از طرف مالک صادر شده باشد که سند ملکیت او باطل،

فسخ، لغو، زایل یا به سبب دیگر بی اعتبار گردد، رهن به منفعت دائن رهن گیرنده باقی می ماند

مشروط بر اینکه حین انعقاد عقد رهن، دائن دارای حسن نیت باشد.» نتیجه گیری:

۱. در حقوق افغانستان در خصوص ظاهر به طور عام و نظریه ظاهر به طور خاص نظریه پردازی

نشده است. عموم قضات محاکم، حقوقدانان و وکلای مدافع با این نظریه آشنایی ندارند.

نظریه ظاهر می تواند در حوزه های وسیعی چون حقوق مدنی، حقوق تجارت، حقوق اداری

مورد نظریه پردازی قرار گیرد.

۲. ظاهر در حقوق می تواند دارای دو نقش اثباتی و ثبوتی باشد. در نقش اثباتی ظاهر چیزی را

به اثبات می رساند و در نقش ثبوتی حقی را ایجاد می کند و تعهدی را به وجود می آورد. به

تعبیری دیگر ظاهر در نقش اثباتی اش طریقت دارد و در نقش ثبوتی اش موضوعیت. ظاهر

در ابتدای ورودش به عالم حقوق نقشی اثباتی داشته است و هنوز هم همین نقش را بازی

می کند. اما نقش اثباتی ظاهر در قالب نظریه ظاهر بعدها مورد شناسایی قرار گرفته است.

نظریه ظاهر که نقش اثباتی ظاهر را ایفاء می کند توانسته است جایگاه بالاتری را برای خود

اختصاص دهد در کنار اسباب ایجاد حق و تکلیف قرار گیرد. یعنی همانند عقد که از جمله

اسباب ایجاد حق و تکلیف است و برای اشخاص حق و تکلیفی را به وجود می آورد. نظریه

ظاهر نیز این قابلیت را دارد که حقی یا تکلیفی را ایجاد کند.

۳. نظریه ظاهر نقشی تعادلی بین دو امنیت را ایجاد می کند. امنیت ایستا که در آن از حقوق

مالکیت وضعیت قانونی حمایت صورت می گیرد و دیگری امنیت پویا که در آن از تحرک

اقتصادی، ثبات معاملات و نظم عمومی اقتصادی و حقوق اشخاص ثالث حمایت به عمل

می آورد. به عبارتی در نظریه ظاهر دو نفع متعارض باید به تعادل برسد. نفع فردی و نفع

اجتماعی. نفع فردی همانا تضمین و حفظ حقوق مالکیت وضعیت قانونی و نفع اجتماعی

یعنی تضمین کارآمدی معاملات و حرکت اقتصادی جامعه.

۴. نظریه ظاهر دارای اثر بر روی رفتار مالکیت وضعیت قانونی نیز می گذارد به گونه ای که نظریه

ظاهر باعث می گردد این دسته از اشخاص برای حفظ حقوق خود سعی و تلاش بیشتری

- به خرج دهند و حمایت از حقوق خود را تنها به قواعد حقوقی و دولت نسپارند.
۵. در نظریه ظاهر، مطابقت ظاهر با واقع فرض می‌شود. ظاهر همانند واقع عمل می‌کند؛ یعنی هر آنچه از واقع به وجود می‌آید معادل آن از ظاهر نیز به وجود می‌آید. این همانا جنبه ثبوتی نظریه ظاهر را به نمایش می‌گذارد.
۶. با پذیرش نظریه ظاهر در نظام حقوقی، هست‌های خارجی بر بایدهای حقوقی غلبه پیدا می‌کنند، یا به عبارتی وقایع خارجی بر قواعد حقوقی حاکمیت پیدا می‌کنند. هم‌چنین نظریه ظاهر در بحث مالکیت نتیجه‌اش نیز این خواهد شد که نظریه ظاهر باعث می‌گردد که مالکیت چهره اجتماعی پیدا کند و با مقتضیات اجتماعی سازگار شود و این نتیجه امنیت پویا است.
۷. پذیرش نظریه ظاهر نتایجی را به بار می‌آورد که برخلاف برخی از قواعد مسلم حقوقی است. نظیر اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، امتناع اعطای شی و انتقال حق از شخص فاقد شی و حق، موقوف بودن عمل حقوقی که در آن رضایت مالک اصلی حق وجود ندارد. با این حال در تحقیق دیده شد که قانون‌گذار در برخی از مواد قاعده حقوقی خود را بر اساس نظریه ظاهر انشاء نموده است.
۸. نظریه ظاهر تحول و تطور ظاهر را به نمایش می‌گذارد به گونه‌ای که ظاهر در ابتدا و هم‌اکنون نقشی اثباتی در حقوق ادله داشته است. بعداً نظر به نیازهای جامعه، امنیت معاملات، حمایت از اشخاص ثالث دارای حسن نیت، سرعت در گردش ثروت نقش ثبوتی هم برای آن افزوده شده است و از جمله قواعد ماهوی نیز به شمار می‌آید.

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان

دکتر عبدالله شفايي

چکیده

اشاعه مالکیت شراکتی بوجود می آورد و احکام شراکت بر آن تطبیق می گردد. اداره مال مشاع را می توان منوط بر نظریه اکثریت شرکاء نمود. شرط تعلق سود به یکی از شرکاء با سود کمتر یا بیشتر علی رغم تساوی سرمایه امکان پذیر است. در اشاعه تمام شریکان بر مال حق عینی دارند. با این وصف در این تحقیق احکام دقیق و عمیق قانون مدنی برای اداره و پایان بخشیدن به اشاعه دارد. این احکام هرچند ریشه در چشمه سارهای فقه دارد، لیکن در مباحث قدیمی فقهی که صرفاً برای تنظیم زندگی ساده و بسیط مردم آن دوره تدوین یافته است، محصور نمانده و از حدود و چارچوب فقه سنتی فراتر رفته است و مطالب و صورت های جدیدی از زندگی نوین شهری را تنظیم و صورت بندی حقوقی نموده است. گسترش زندگی شهری و شهرنشینی گونه های دیگری از اموال و املاک مشاع را به وجود آورده است. صورت های جدید مال مشاع بدون تردید مباحث جدید حقوقی را نیز سبب شده است. از برخی نارسایی های عبارتی قانون مدنی و اشتباه در ترجمه از متن قانون مصر که بگذریم؛ قانون مدنی مقررات دقیق و روشنی برای اداره مال مشاع و مدیریت صورت های نوین آن پیش بینی نموده است. احکام تدوین یافته قانون مدنی پاسخگوی نیازهای جدید بوده و با فرهنگ شهرنشینی مدرن نیز سازگار است. مشکل اساسی در بحث مال مشاع در تطبیق کامل احکام قانون مدنی است که مشاوران حقوقی، وکلای مدافع و فروشندگان آپارتمان ها و دیگر اموال مشاع از تطبیق آن غافل مانده اند. همان طور محققان و محصلان علم حقوق از تجزیه و تحلیل آن و قضات از ایجاد رویه قضایی در این زمینه بازمانده اند.

واژگان کلیدی: مالکیت، مشاع، اداره مال مشاع، تقسیم منفعت، تقسیم عین، آپارتمان
این نوشته نسخه بازبینی شده بخشی از نوشته نگارنده است که پیشتر تحت عنوان حقوق اموال و ملکیت در افغانستان توسط بنیاد ماکس پلانک با نام مشترک چند نفر منتشر شده بود (نویسنده).

استاد دانشگاه ابن سینا در کابل: ab.shafaei@gmail.com

۱. مقدمه

ملکیت به مفروز و مشاع تقسیم می‌گردد. ملکیت مشاع بخش بزرگ و مهمی از ملکیت‌ها را تشکیل می‌دهد. نقش اشاعه در مالکیت، نحوه‌ی اداره‌ی مال مشاع، وضعیت حقوقی شریکان نحوه پایان یافتن اشاعه و آثار آن دارای بحث‌های علمی دقیق و کاربردی است. در این جا میزان سلطه مالک در مال مشاع و نیز روش تقسیم و آثار تقسیم و نیز صور خاص اشاعه از قبیل شیوع اجباری و بررسی خواهیم کرد.

۲. مفهوم مشاع

در اشاعه هر جزء مال متعلق به چند نفر است. حق مالکیت هر شریک، در مجموع مال منتشر است. تمام شریکان در مال مشاع حق عینی اصلی دارند، اما حق هر یک به تناسب سهمی است که در آن مال دارند (سعد، ۱۹۹۵: ۱۱۷). به این ترتیب سهم هر شریک از نظر مادی و جغرافیای تمام مال و از لحاظ حقوقی و اعتباری نسبت معینی از آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳۲).

در مالکیت مشاع، چهره فردی ملکیت هر فرد از شرکا حفظ می‌شود. در عین حال هیچ شریکی حق انحصاری بر تمام یا قسمتی از مال مشاع ندارد. حق هر شریک در عالم اعتبار فردی و مستقل است و به مالک آن سهم تعلق دارد و می‌تواند در آن تصرف حقوقی نماید مثلاً آن را بفروشد یا اجاره دهد (ماده ۱۰۵۹ ق.م). علی‌رغم این که سهم هر شریک در مال مشاع تمام اوصاف حق مالکیت را داراست، ولی تصرفات شریک در مال مشاع محدودیت‌هایی دارد. به عنوان مثال اگر شریکی سهم مشاع خود را اجاره دهد، این اجاره جایز است، اما تصرف دادن آن به مستأجر نیازمند اذن شریک است. همچنین در تصرفات خود نسبت به آن مال از آزادی مطلق برخوردار نیست و از آن جا که تصرفات او در هر جزء از مال مشاع مستلزم تصرف در سهم سایر شرکاء است، لذا این تصرفات منوط به اجازه سایر شرکاست. قانون مدنی در ماده ۱۹۳۵ می‌گوید: «هرگاه ملکیت عین، بین دو نفر یا زیاده از آن مشاع باشد، هر یک آن‌ها به اندازه حصه خویش از آن حق استفاده داشته و می‌تواند در آن طوری تصرف نماید که به شریک دیگر ضرر عاید نگردد. . .» چنانچه از این ماده و ماده ۸۲۶ قانون مدنی مصر استفاده می‌شود که مال مشاع ملک تام هر شریک است، اما به گونه‌ای در آن تصرف نماید که ضرر متوجه سایر شرکا نشود. بنابراین ملکیت مشاع ملک مجموع شرکا نیست، زیرا مجموع شرکا شخصیت حکمی مستقل از شرکا ندارد، تا مالک مال مشاع گردد؛ مال مشاع، ملک هر یک از شرکا به اندازه سهمشان است. برخی حقوق‌دانان گفته‌اند: ماهیت ملکیت

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۱۶۹

مشاع از ملکیت مفروز متفاوت است، سخن صحیحی نمی باشد (سعد، پیشین، ۱۲۲). بنابراین؛ اولاً حق شریک در مال مشاع حق ملکیت است، ثانیاً حق شریک مقید به حقوق دیگران است. از سوی دیگر اشاعه حالت استثنایی دارد و در موارد خاص اتفاق می افتد و زیادت در میراث محقق می شود. اشاعه به اعتبار اسباب آن دو قسم است: ۱. اشاعه اجباری مثل ارث، ۲. اشاعه اختیاری مثل اشاعه به سبب قرارداد.

۳. میزان تسلط شریک در مال مشاع

حق شریک در مال مشاع حق ملکیت است. حق مالکیت، حق هرنوع استعمال، بهره برداری و تصرف را به مالک می دهد. اما میزان این سلطه مالکانه محدود به حقوق شرکای دیگر است. دو مسأله در این جا مهم است یکی انتفاع از مال مشاع و دیگری تصرف و انتقال آن.

۳-۱. انتفاع از مال مشاع

در مورد انتفاع از مال مشاع بدیهی است که همه شرکا حق انتفاع و اداره مال مشاع را دارند. ماده ۱۹۳۷ قانون مدنی افغانستان تصریح دارد: اداره مال مشاع حق تمام شرکاء می باشد، مگر این که موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد. از جمله این توافقات توافق همه شرکاء بر نحوه انتفاع از مال مشاع است که نسبت به خود و جانشینان عام و خاص شان معتبرند. مهمترین توافق بر نحوه انتفاع روش تقسیم منافع است که به آن «مهایات» گفته می شود.

جزء اول: تقسیم منافع (مهایات)

تقسیم منافع، تقسیم موقتی منافع مال مشاع است که به اشاعه در ملک پایان نمی دهد و در فقه اسلامی به آن مهایات گفته می شود. مهایات مصدر باب مفاعله از هیئت گرفته شده است که به معنی حالت آشکارا فراهم آمده برای چیزی است. قانون مدنی مهایات را تعریف ننموده است؛ اما، در اصطلاح فقهی مهایات عبارت از تقسیم منافع است (مجله الاحکام، ماده ۱۱۷۴). پس، محل مهایات منافع اعیان مشترکی است که امکان انتفاع از آن با بقای عین آن وجود داشته باشد (وهبه زحیلی، ۱۹۸۵: ۸، ۴۷۷). هدف از مهایات تقسیم منافع میان شرکاء براساس سهم شان در شرکت است که می تواند مکانی باشد، یا زمانی (ماده ۱۹۷۴ ق.م).

مهایات مکانی آن است که تمام شرکا توافق می نمایند؛ بخش معینی از مال مشاع به هر شریک اختصاص یابد که تا زمان مشخصی از آن نفع ببرد. اگرچه این مدت بیش از ۵ سال نمی تواند

باشد، ولی قابل تمدید می باشد. اگر مدت تعیین نشده باشد، موافقه تا مدت يك سال دوام می کند و در صورتی که قبل از سه ماه از تاریخ ختم سال شريك عدم رضایت خود را به سایر شرکاء ابلاغ ننماید، موافقه برای سال آینده نیز تجدید شده تلقی می گردد. اگر این تقسیم به همین وضع تا مدت پانزده سال دوام کند، تقسیم نهائی و اشاعه پایان یافته تلقی می شود. (ماده ۱۹۷۵ ق.م.م.).

تقسیم منافع زمانی نیز آن است که هر يك از شرکا به نوبت، براساس سهم شان، مدت مشخصی از مال مشاع استفاده نمایند (ماده ۸۴۷ قانون مدنی مصر). ماده ۱۹۷۶ قانون مدنی می گوید: «تقسیم منافع زمانی، آن است که شرکاء موافقه نمایند بصورت متناوب از منافع تمام مال مشترك هر يك آن برای مدتی که متناسب حصه او باشد، استفاده نمایند. اگر یکی از شرکاء در مال غیر قابل قسمت، مطالبه تقسیم منافع نماید و شرکاء دیگر از آن امتناع آورند، تقسیم منافع بصورت جبری صورت می گیرد».

چند نکته در مورد تقسیم منافع قابل ذکر است:

۱. تقسیم منافع صرفاً تنظیم بهره برداری از منافع ملك مشاع است و به معنای پایان شراکت نیست، به همین خاطر تقسیم منافع از قواعد تقسیم مال مشاع تبعیت نمی کند، بلکه از قواعد عقد اجاره پیروی می نماید (ماده ۱۹۷۷ ق.م.م و ۸۴۸ ق.م.ص). براین اساس اهلیت در آن همانند اهلیت موجر و مستأجر در عقد اجاره خواهد بود.

۲. تصرف هر شريك محدود به حق شريك دیگر است، چرا که در عین مشاع شريك دیگر نیز حق دارد. بنابراین شريك در اعمالی که با حقوق دیگر شرکا تعارض ندارد آزاد است، مثل رفت و آمد در زمین مشاع یا کشیدن آب از چاه مشترك؛ شخص می تواند، خود از حق خود استفاده کند یا این حق را به دیگری واگذار کند. اما استعمال و بهره برداری که قابل مشارکت نبوده و نیازمند تسلط کامل بر عین باشد، مجاز نیست. مثلاً اگر شريك بخواهد در مال مشاع بنایی بسازد یا زراعت نماید یا اجاره دهد، این تصرفات با حقوق شرکای دیگر معارض است و جواز ندارد و آنها می توانند رفع این تصرفات را از محکمه بخواهد.

۳-۲. اداره مال مشاع

اداره مال مشاع از آن جهت مهم است که همه شرکا در اداره مال مشاع حق دارند. اگر همه شرکا براساس اصول همکاری بر اداره مال به توافق برسند، جای بحث نیست. مثلاً توافق کنند که اداره مال مشاع توسط یکی از شرکاء صورت پذیرد، اداره کننده از جانب شرکا وکیل در اداره مال تلقی

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۱۷۱

می‌گردد و اعمال مربوط به اداره وی نافذ تلقی می‌گردد. از سوی دیگر وی ضامن تلف مال مشاع نیز نخواهد بود، مگر که در اداره و حفاظت آن تقصیر نموده باشد (۱۹۴۱ق.م).

اما اگر هریک از شرکا نظر متفاوت از دیگران داشته باشد، چه بسا اداره مال مشاع را مختل می‌نماید، قانونگذار در این موارد اقدام به طراحی اصولی نموده است که اداره مال مشاع با نظم بهتری صورت گیرد. اداره مال مشاع به دو قسم تقسیم شده است: اداره عادی و اداره غیر عادی.

الف. اداره عادی: اداره عادی اعمالی است که متضمن تغییر اساسی در مال یا تعدیل در هدفی که مال مشاع برای قرارداد شده نباشد مثل اجاره دادن (سعد، پیشین: ۱۳۱). در این مورد براساس قانون نظر اکثریت شرکا برای اقلیت الزام آور است. اکثریت می‌تواند مدیر تعیین کنند و در مورد اداره مال تصمیم بگیرند. این تصمیم برای سایر شرکا و جانشینان نافذ خواهد بود. اگر اکثریت حاصل نشد، محکمه می‌تواند براساس درخواست یکی از شرکا یا وجود ضرورت، مدیر تعیین نماید (ماده ۱۹۳۸ ق.م و ماده ۸۲۸ ق.م.ص). لازم به ذکر است که منظور از اکثریت در این جا زیاده بر نصف حصص (سهام) است نه اکثریت تعداد شرکا.

به این ترتیب اگر اکثریت در اداره عادی مال تصمیم اتخاذ نمود، تصمیم نافذ است و اقلیتی که به تصمیم شرکا معترضند می‌توانند به استناد سوء استفاده از حق، شکایت کنند و علاوه بر درخواست حقوق‌شان خواهان تقسیم مال مشاع گردند.

ب. اداره غیر عادی: منظور از آن اعمالی است که متضمن تغییر اساسی در مال و یا تعدیل در هدفی باشد که مال مشاع برای آن اختصاص یافته باشد. تصرفاتی همانند تجدید بنای تعمیر منزل یا ساختن تعمیر در زمین مشاع تبدیل زمین زراعی به زمین صنعتی (سعد، پیشین: ۱۳۴). قانون مدنی بدون این که اشاره نماید که این تصمیم‌گیری در مورد اداره غیرعادی است مقرر می‌نماید: «شرکائی که حداقل مالک سه ربع مال مشاع باشند، می‌توانند با اعلان به سایر شرکا درخصوص تصرف بر مال مذکور تصمیم اتخاذ نمایند. مشروط براین که به اسباب موجب قدیمه (؟!) استناد نمایند، شریکی که بر اتخاذ چنین تصمیم اعتراضی داشته باشد، می‌تواند در خلال دو ماه از تاریخ اعلان به محکمه با صلاحیت رجوع نماید، محکمه می‌تواند بر ضرورت تصرف حکم و یا آن را رد نماید» (ماده ۱۹۴۹ ق.م).

چند نکته اساسی در مورد این ماده قابل ذکر است:

اول: مواد ۱۹۳۸ و ۱۹۴۹ قانون مدنی هر دو به تصمیم‌گیری در مورد اداره مال مشاع می‌باشد. تفاوت این دو ماده و مورد اعمال شان به هیچ وجه از خود ماده فهمیده نمی‌شود که چرا در اول

اکثریت نصف به علاوه يك حصص کافی است؛ اما در دوم اکثریت سه چهارم لازم است. قانون مدنی مصر در مواد ۸۲۸ و ۸۲۹ براین تفاوت اشاره نموده است که ماده اول در اداره عادی و ماده دوم در مورد اداره غیر عادی است. به نظر می رسد که قانونگذار افغانستان مرتکب اشتباه غیر قابل اغماض شده است؛ ماده ۸۲۸ قانون مصر را ترجمه می کند، اما قید «اداره عادی» را اضافی دانسته و در ترجمه حذف می کند و ماده ۸۲۹ را اصلاً ترجمه نمی کند که در مورد اداره غیر عادی است. ماده ۸۳۲ قانون مدنی مصر را ترجمه می کند (ماده ۱۹۴۹ ق.م)؛ در حالی که ماده ۸۳۲ درکنار ماده ۸۲۹ قابل فهم است، معلوم نیست، هدف قانونگذار افغانستان از این گزینش ناقص چی بوده است؟!

دوم: در ماده ۱۹۴۹ قانون مدنی برای اکثریت سه چهارم وجود «اسباب قدیمه» لازم شمرده شده است. تعبیر «اسباب قدیمه» در این ماده بی معنا و غلط است. این اشتباه هم در متن دری و هم پشتورخ داده است. صحیح آن «اسباب قویه» می باشد. همانطور که گفتیم ماده مذکور ترجمه ماده ۸۳۲ قانون مدنی مصر است. در اصل آن ماده نیز تعبیر «اسباب قویه» آمده است. سوم: منظور از سبب قوی سببی است که تصرف سه چهارم شرکا را توجیه کند و از نظر عرف و عقلاً موجه و منطقی باشد. مثلاً مال مشاع را به قیمتی افزون بر قیمت واقعی اش بفروشد، یا مال مشاع نیازمند تعمیرات اساسی باشد، تأخیر در ترمیم تعمیر موجب انهدام کلی یا جزئی تعمیر باشد.

۳-۳. حفاظت از مال مشاع

حفاظت از مال مشاع حق هر شریک است. حفاظت شامل کلیه اعمال مادی مثل ترمیم ضروری و اعمال حقوقی مثل پرداخت عوارض و مالیه واجبه و پرداخت دین طلبکار مرتهن و قطع مرور زمان مکسب ملک مشاع نیز می گردد.

ماده ۱۹۳۹ قانون مدنی می گوید: «هر يك از شركاء مال مشاع می تواند وسایل لازمی را جهت حفاظت مال مذکور اتخاذ نماید، گرچه سایر شركاء به آن موافقت نداشته باشند.» این ماده اعم است از اعمال مادی و حقوقی.

اگر یکی از شرکا هزینه ها و مخارجی از این بابت متحمل شده باشد، می تواند از دیگر شرکا به اندازه حصه شان مطالبه کند (ماده ۱۹۴۲ و ۱۹۴۳ ق.م). چنانکه طبق ماده ۱۹۴۲ ق.م. حق هر شریک در ملکیت مشترک متناسب به حصه وی می باشد، مسؤولیت وی نیز اصولاً باید متناسب

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۱۷۳

به حصه وی باشد. بنابراین، در صورتی که ملک مشترک ضرورت به اصلاح و ترمیم مجدد داشته باشد هریک از شرکاء متناسب به حصص خود مکلف اند ملک مشاع را ترمیم نمایند. مثلاً بام تعمیر مشترک به اثر طوفان تخریب می شود همه به اندازه سهم وی مکلف به ترمیم می باشد. یکی از شرکاء می تواند به اجازه سایر شرکا و در صورت غیبت شرکا به اجازه محکمه ذی صلاح، به اصلاح و ترمیم ملک مشترک مبادرت ورزد و بعد از اصلاح و ترمیم مصارف عاید شده را از سایر شرکاء متناسب به حصص آنها مطالبه نماید (فقره ۱ ماده ۱۹۴۴ ق.م). براساس فقره دوم ماده ۱۳۴۴ ق.م. ملک مشاع، حق مشترک چندین شخص می باشد و تصرف در آن منوط به اجازه سایر شرکاء است. بنابراین اگر یک شریک بدون اجازه شریک دیگر یا اجازه محکمه در ملک مشاع تصرف نماید، مستحق دریافت مصارف نمی گردد.

۴. تصرف در مال مشاع

تصرف شامل تصرف مادی مثل استهلاك و از بین بردن یا تغییر و اصلاح مال و تصرف حقوقی می گردد. تصرف در مال مشاع یا توسط جمعی از شرکا صورت می گیرد و یا توسط يك شريك.

۴-۱. تصرف جمعی شرکا

اگر توسط جمعی از شرکا باشد دو صورت دارد: تمام شرکا در تصرف در مال مشاع مشارکت دارد، یا اکثریت شرکا مشارکت دارد.

۱. اگر تمام شرکا تصمیم به فروش تمام مال مشاع بگیرد این به معنای پایان شراکت در تمام مال است. اما اگر بخشی از مال را بفروشد در همان بخش شراکت خاتمه می یابد.
۲. اگر تصرف توسط اکثریت شرکا صورت گیرد باید اکثریت نسبی در تصرفات عادی و اکثریت سه چهارم را در تصرفات غیر عادی موجود باشد. تصرفات اکثریت مذکور زمانی در حق اقلیت نافذ است که: اولاً تصمیم به شرکای اقلیت ابلاغ شده باشد و آنها تا دو ماه به آن تصمیم اعتراض نکرده باشند. اقلیت معترض تا دو ماه می تواند به محکمه مراجعه و از تصمیم اکثریت شکایت کنند. اگر محکمه دلیل آنها را موجه ندانست و تصمیم اکثریت را تایید نمود باز نظر اکثریت در حق ایشان نافذ خواهد بود (ماده ۱۹۴۹ ق.م). به این ترتیب قانون به رغم احترام به نظر اکثریت، حقوق اقلیت را نیز مورد حمایت قرار داده است. در صورت اعتراض شرکای اقلیت، محکمه اسباب تصرف بر مال مشاع را مورد بررسی قرار می دهد. اگر محکمه ذی صلاح این اسباب را موجه نداند، قرار خویش را مبنی بر لغو

بودن تصرف اعلان می‌دارد. اما اگر اسباب را موجه بدانند، بررسی و ملاحظه می‌نماید که آیا مال قابل تقسیم است یا خیر؟ اگر مال قابل تقسیم باشد، مال را تقسیم و قسمت هریک از شرکاء را به آنها تسلیم می‌نماید و به این ترتیب از تصرف اکثریت شرکاء بر مال مشاع جلوگیری به عمل می‌آورد. در صورتی که محکمه تشخیص دهد که تقسیم مال مشاع موجب ضرر شرکاء می‌گردد، تصرف اکثریت شرکاء را نافذ اعلام می‌دارد.

۴-۲. تصرف يك شريك

اما اگر تصرف از ناحیه يك شريك در حصه مشاع خودش صادر شده باشد؛ مثلاً سهم خود را در مال مشاع به دیگری هبه نماید، این تصرف به حکم قانون بدون اشکال است، متصرف الیه جانشین متصرف در تمامی حقوق نسبت به مال مشاع می‌گردد. اگر مال مشاع منقول باشد تصرف انجام یافته کامل و تمام است و نیاز مند تشریفات خاصی نیست؛ اما اگر تصرف در مال مشاع عقاری صورت گرفته نیازمند ثبت می‌باشد.

اما اگر تصرف در سهم مشاع دیگر شرکا صورت گرفته باشد بدون شك این تصرفات غیرنافذ خواهد بود. اگر شريك صاحب سهم اجازه داد تصرف نافذ و صحیح می‌گردد و اگر اجازه نداد باطل می‌گردد. ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی يك قاعده کلی را بیان می‌کند: «شخصی که ملک غیر را بدون اجازه وی به شخص دیگری بفروشد بیع منعقد و نفاذ آن با اجازه مالک موقوف می‌باشد در صورت اجازه بیع نافذ و در غیر آن مالک می‌تواند فسخ آن را مطالبه نماید».

۴-۳. ضمان شريك در صورت تصرف بدون اذن و اتلاف

چنانچه گفتیم يك شريك بدون اذن شريك دیگر نمی‌تواند در ملك مشاع طوری نماید که موجب ضرر شريك دیگر گردد، زیرا حصه يك شريك نزد شريك دیگر امانت است، در صورتی که مال مشاع در اثر تعدی و تقصیر وی هلاک گردد مکلف به پرداخت ضمان می‌گردد (ماده ۱۹۴۱ ق.م).

۵. رفع مشاع با تقسیم

ملك مشاع برای همیشه به صورت مشاع باقی نمی‌ماند. شرکاء می‌توانند ملك مشاع را از طریق بیع، مانند فروش حصه از مال مشاع توسط یکی از شرکاء به شريك دیگر یا اشخاص اجنبی و یا فروش مال مشاع به شخص یا اشخاص متعدد توسط همه شرکاء و یا میراث مانند این که یکی از مالکین و یا شخص دیگری، حصه ملك مشاع دیگر را به ارث ببرد. همچنین توسط وصیت

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۱۷۵

مانند این که یکی از شرکاء حصه خویش را به شریک دیگر وصیت نماید و به ملک مفروز تبدیل نمایند. هرچند این اسباب، ملکیت مشاع را خاتمه می دهد، اما سبب اصلی و اساسی همان تقسیم است (سنهوری، ۲۰۰۲: ۸، ۸۰۳).

۵-۱. مفهوم تقسیم

تقسیم که در فقه آن را قسمت می گویند، به معنی افراز نصیب، جدا کردن و جداسازی نصیب است. مالی که تقسیم می شود، «مقسم» اشخاص یا شرکائی که مال به نفع آن ها تقسیم می شود. «مقسم لهم» یا «مقسام» نامیده می شوند. قانون مدنی در تعریف تقسیم می گوید: تقسیم عبارت است از تعیین حصه مشاع و اداء آن که برضائیت شرکاء یا حکم محکمه صورت می گیرد (ماده ۱۹۵۱ ق.م.ا). این تعریف با تعریف ماده ۱۱۱۴ مجله الاحکام هماهنگ است: «قسمت عبارت از تعیین نصیب هر یک از شرکا در ملک مشاع است». منظور از تعیین نصیب یا حصه که در تعریف آمده است به معنای افراز و جدا نمودن حصه است. و گرنه، تعیین به معنای مشخص نمودن نسبت حصه هر شریک، به شراکت خاتمه نمی دهد. حقوقدانان گفته اند: تقسیم؛ اختصاص هر شریک به جزء مفروزی از مال مشاع است که با حصه مشاع هر شریک تناسب دارد (سعد، پیشین: ۱۷۰). تقسیم بر دو قسم است: تقسیم نهایی و تقسیم موقت (مهایات). تقسیم موقت را بیشتر بحث نمودیم.

براساس ماده ۱۹۵۱ قانون مدنی تقسیم، به اعتبار منشاء آن به دو نوع تقسیم رضایی و تقسیم قضایی دسته بندی می شود (زحیلی، پیشین: ۴۷۳۶).

۵-۲. حق مطالبه تقسیم

هر یک از شرکا تا زمانی که به موجب توافق یا به نص قانون ملزم به حفظ اشتراك نشده باشد می تواند خواهان تقسیم مال مشاع گردد. هیچ شریکی مجبور به ادامه مشارکت نیست. واقعیت این است که ملکیت شایع چیزی نیست جز اجتماع حقوق شرکا که محدودیت هایی برای آن ها در انتفاع بهتر از مال ایجاد می کند. بنابراین اشاعه و اشتراك حالت استثنایی دارد، لذا شریک حق دارد، هرگاه بخواهد به حالت اشاعه پایان دهد (فرج صده، بی تا: ۲۰۱). براین اساس ماده ۱۹۵۳ قانون مدنی تصریح می نماید: «اگر شرکاء به ابقای مال مشاع به اساس حکم قانون یا موافقه، مکلف نشده باشند، هر یک از شرکاء می تواند از محکمه تقسیم مال مشاع را مطالبه نماید. منع تقسیم مال مشاع با اساس موافقه در مدتی که از پنج سال تجاوز نماید جواز ندارد. و در صورتی که مدت موافقه بیش از پنج سال نباشد، در مورد شریک و خلف او نافذ شمرده می شود». این ماده

ترجمه ماده ۸۳۴ قانون مدنی مصر است. براین اساس اصل اولیه آن است که هر شریک حق دارد تقسیم مال مشاع را مطالبه نماید؛ مگر که این حق به حکم قانون یا با توافق از وی سلب شده باشد. سلب حق خروج از شرکت صرفاً برای پنج سال مجاز است. حکمت توافق بر خارج نشدن از شرکت این است که افراد هنگام تشکیل اشاعه اطمینان ببابند که شراکت پایدار خواهد ماند و از ناحیه خروج نابه هنگام یک یا چند شریک و تقسیم مال مشاع ضرری متوجه آن‌ها نخواهد شد.

۵-۳. اقسام تقسیم

هرچند قانون مدنی از دو نوع تقسیم رضایی و تقسیم قضایی نام می‌برد، اما نباید از تقسیم با وصیت غفلت نمود.

۵-۳-۱. تقسیم رضایی

الف: تعریف و ماهیت تقسیم رضایی: تقسیم رضائی تقسیمی است که با توافق همه شرکا صورت می‌گیرد. در شناخت ماهیت تقسیم رضایی در میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد، برخی فقیهان تقسیم را تمیز (جدانمودن) حق و برخی دیگر عقد بیع دانسته‌اند.

عمده فقیهان اهل سنت براین باورند: تقسیم، بیع است (قرافی، بی تا: ۷، ۶۳). به نظر آن‌ها عمل تقسیم به این منظور انجام می‌شود که یک شریک با انصراف از سهم مشاع منتشر خود در مجموع، بخش (مفروز) معینی از آن به وی داده شود، تا در آن حصه اختصاصی مالکیت مستقل پیدا کند و همین مال مبادله سهم مشاع با بخش معینی از آن تقسیم را به بیع شبیه می‌نماید که در آن دو مال باهم مبادله می‌شود. نمونه آن در تقسیم به ردّ در اموال قیمی که در آن تعدیل حصص مطرح است و کلیه قسمت‌های مال مشاع به هریک از شرکا داده نمی‌شود، این نظر تاکید شده است؛ یعنی در جایی که حصص تعدیل نمی‌شود و مقدار سرانه به یکی از صاحبان سهام می‌پردازند، این نظر تقویت شده است. زیرا در برابر تمام یا بخشی از سهم مشاع به شریک مال دیگری که بطور معمول پول است پرداخته می‌شود. به همین استدلال اگر مال مشاع مشترک بین ملک و وقف باشد و سرانه از طرف شریک مالک پرداخت شود تقسیم را جایز نمی‌دانند. زیرا بخشی از موقوفه خریداری شده است، ولی اگر سرانه از طرف متولی موقوفه پرداخت شود تقسیم جایز است، چون بخشی از ملک به نفع موقوفه خریداری شده و چیزی به سهم موقوفه اضافه گردیده است. به این دلیل تقسیم به ردّ را متضمن مفهوم بیع دانسته‌اند. به عنوان نمونه سرخسی

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۱۷۷

از فقیهان بزرگ حنفی می‌گوید: مہایات عبارت است از مبادلہ منفعت بہ جنس همان منفعت و ہریک از دو شریک در نوبت خود از ملک شریک (در عوض انتفاع شریک از حصہ وی) بہرہ‌مند می‌شود (سرخی، ۲۰۰۰: ۲۰، ۳۱۱). ہرچند کہ او در خصوص تقسیم منافع سخن گفتہ است لکن روشن است کہ او در افراز عین و دین ہمین نظر را دارد. چرا کہ او مہایات را نوعی معاوضہ می‌داند (سرخی، ۱۳۸۴: ۵۱).

از فقیهان شیعہ «شہید ثانی» نیز تقسیم را نوعی معاوضہ می‌داند بہ این استدلال کہ قبل از افراز ہر شریک در ہر ذرہ ملک مشاع ذی‌حق بودہ، ولی بعد از افراز ہریک این حق را در حصہ مفروز طرف دیگر از دست می‌دہد و این معنی بدون مبادلہ حقوق و بدون معاوضہ، محقق نمی‌شود (زین‌الدین العاملی، بی‌تا: ۳، ۱۱۴). اما اکثر فقہاء امامیہ حتی در تقسیم بہ ردّ، تمیز حق را پذیرفتہ‌اند. مال شرکا کہ قبل از تقسیم مشاعی و متعلق بہ ہمہ شرکاست بر اثر تقسیم حصہ‌ها از یکدیگر جدا می‌شود و جدا شدن حصہ‌ها مستلزم هیچگونہ مبادلہ و معاوضہ‌ای بین طرفین نخواہد بود (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۶، ۳۰۹). قانون مدنی در این مورد بہ صراحت اعلام نظر نکرده‌است. اما از مواد ۱۹۵۷ و ۱۹۶۱ کہ بر حفظ تعادل حصص در تقسیم و جریان خیار شرط، خیار رؤیت و خیار عیب در تقسیم تصریح می‌نماید، می‌توان استنباط نمود کہ قانون مدنی تقسیم را نوعی عقد بیع می‌دانستہ‌است.

ہمہ شرکا باید در موقع تقسیم حضور داشتہ باشند و حایز اہلیت حقوقی ادا یا اجرا باشند. اگر یکی از شرکا صغیر باشد، ولی یا وصی وی با موافقہ محکمہ، قایم مقام او شناختہ می‌شود (مادہ ۱۹۵۲ ق.م). شرط استیذان ولی و وصی از محکمہ بخاطر آن است کہ اطمینان حاصل شود، در انجام تقسیم مصلحت صغیر رعایت می‌شود. موانعی مثل سلب حق تقسیم با توافق و یا حکم قانون موجود نباشد (مادہ ۱۹۵۳ ق.م). اگر چنین موانعی وجود داشتہ باشد، تقسیم صحیح نخواہد بود.

براین اساس کہ تقسیم رضایی نوعی توافق و قرارداد است، رعایت قواعد عمومی عقود در انعقاد و صحت آن الزامی است. بہ ہمین خاطر ممکن است درخواست بطلان تقسیم رضایی بہ دلایل نقص اہلیت یکی از شرکا، وقوع غبن در تقسیم، وجود موانع تقسیم و مانند آن از محکمہ خواستہ شود. فقرہ ۱ مادہ ۱۹۷۳ قانون مدنی در مورد تقسیم غبنی می‌گوید: «نقص تقسیم رضائی بشرطی جواز دارد کہ یکی از متقاسمان ثابت نماید کہ از تقسیم باثر غبن باندازہ بیش از خمس قیمت بہ او ضرر عاید شدہ‌است. در تعیین اندازہ غبن قیمت روز تقسیم

مال اعتبار داده می‌شود». البته مطابق فقره ۲ همین ماده مرور زمان استماع دعوی ابطال تقسیم یکسال بعد از انجام تقسیم است؛ بعد از انقضای يك سال از تقسیم، دعوی شنیده نمی‌شود. براساس فقره فوق، مدعی علیه نیز در زمان جریان دعوی بطلان تقسیم به دلیل غبن، می‌تواند با پرداخت نقد یا عین که کمبود حصه مدعی را پوره کند، دعوی را متوقف نماید. آنچه در این تقسیم مهم است برقراری برابری میان شرکا در تقسیم رضایی است، هرگاه تقسیم با نابرابری همراه باشد، مغبون حق دارد که دعوی ابطال تقسیم را از محکمه بخواهد، اگر در جریان دعوی، مدعی علیه با پرداخت مابه التفاوت مجدداً تعادل را به تقسیم برگرداند، دیگر دلیل ندارد که مدعی با اتلاف وقت محکمه به دعوی ادامه دهد. البته از لحن فقره ۲ ماده ۱۹۷۳ قانون مدنی فهمیده نمی‌شود که مدعی مجبور به قبول مابه‌التفاوت و ختم دعوی می‌باشد. این حق مدعی است که با پذیرش نقد یا عین به دعوی خاتمه دهد، یا به دعوی ادامه داده و خواهان ابطال تقسیم گردد.

اگر متقاسم مغبون بعد از علم به غبن در تقسیم، به تصرف در مال مفروز پردازد، این تصرف رضایت ضمنی به تقسیم تلقی می‌گردد و نمی‌تواند خواهان ابطال تقسیم به دلیل غبن گردد. همچنانکه بعد از گذشت یکسال از تاریخ تقسیم نمی‌تواند دعوی ابطال تقسیم را از محکمه بخواهد (سعد، پیشین: ۱۷۹).

ب: تقسیم عملی: نکته مهم در تقسیم رضایی آن است که لازم نیست تقسیم رضایی همراه توافق کتبی یا شفاهی باشد، بلکه می‌تواند عملی باشد. مثلاً بدون توافق قبلی هر شریک دقیقاً بخشی از مال مشاع را تصرف کند که معادل حصه او می‌باشد و هیچ يك اعتراضی نسبت به این عمل دیگری نداشته باشد، در رویه قضایی مصر این عمل شرکا يك نوع تقسیم رضایی محسوب می‌شود (سعد، پیشین: ۱۸۰).

گاهی هم تقسیم منافع (مهایات) به تقسیم نهایی تبدیل می‌گردد؛ تقسیم منافع مکانی و زمانی، اگر به مدت پانزده سال ادامه یابد، تبدیل به تقسیم نهایی می‌گردد و به حکم قانون این اشاعه برای همیشه پایان می‌پذیرد. قسمت آخر ماده ۱۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌نماید: «اگر این تقسیم بهمین وضع تا مدت پانزده سال دوام کند، تقسیم نهایی شمرده می‌شود». این نوع تقسیم را نیز شاید بتوان نوعی تقسیم رضایی عملی محسوب نمود.

۵-۳-۲. تقسیم با وصیت

استفاده از وصیت برای تقسیم میراث، بهترین وسیله برای مورث است تا از بروز نزاع و مرافعه در

میان ورثه‌اش جلوگیری کند و به بقای عواطف و محبت میان اعضای خانواده اش منجر می‌شود. این گونه مورث که از توانایی و استعداد و مهارت هریک از ورثتش آگاه است و بر مبنای آن ترکه‌اش را بر مبنای مصالح هریک تقسیم می‌کند. این نوع تقسیم برعکس تقسیم نوع قبلی که ماهیت عقدی داشت این نوع تقسیم براساس اراده انفرادی مورث صورت می‌گیرد. همین خصوصیت این نوع تقسیم را از تقسیم رضایی و قضایی متمایز می‌سازد. این نوع تقسیم دارای شروط و آثار متفاوت از دو نوع دیگر است. «وصیت به تقسیم اعیان متروکه برای ورثه وصیت کننده به ترتیبی که برای تمام ورثه باندازه حصه آنها تعیین نماید جواز دارد» (م ۲۰۹۶ ق.م). برای وصیت کننده این امکان وجود دارد که وصیتش را در زمان حیاتش اصلاح کند، اما بعد از مرگ، تقسیم لازم شمرده می‌شود (م ۲۰۹۷ ق.م). از ماده ۲۱۰۱ قانون مدنی استنباط می‌شود: تقسیم بر اساس وصیت در حق داینین مورث تأثیری ندارد، چرا که حق آن‌ها به ترکه تعلق می‌گیرد بنا براین اگر ترکه براساس وصیت تقسیم شده باشد، داینین مورث می‌تواند به آن‌ها مراجعه نماید.

نکته مهم دیگر این که مطابق حکم ماده ۲۱۰۰ قانون مدنی: در مورد تقسیم منسوب به بعد از مرگ تمام احکام مربوط به تقسیم عمومی با استثنای احکام غبن تطبیق می‌شود. احکام غبن در این جا شامل نمی‌گردد زیرا در وصیت، وصیت کننده حق دارد به ثلث مال خود هرگونه که می‌خواهد برای بعد از مرگش وصیت کند، لذا از همین محل می‌تواند، حصه بعضی از وارثان را بیش از سایرین قرار دهد.

۵-۳-۳. تقسیم قضایی

در حالت عدم توافق در تقسیم مشاع، هرکدام از شرکا می‌تواند از محکمه خواهان تقسیم شود، در این دعوی شریک خواهان تقسیم، مدعی و سایر شرکا مدعی علیه قلمداد می‌شود. در دعوی تقسیم محکمه ابتدائیه ای که اموال مشاع موضوع تقسیم، در حوزه قضایی آن قرار دارد، ذی صلاح پنداشته می‌شود (م ۱۹۶۳ ق.م). زمانی که دعوی تقسیم در محکمه ابتدائیه توسط یکی از شرکا و یا شرکا اقامه شود، محکمه باید ارزیابی نماید که آیا مال مشاع بدون ضرر قابل تقسیم است یا خیر؟ و آیا در اثر تقسیم مال مشاع قیمت آن بی نهایت تنزیل می‌نماید یا خیر؟ قانون مدنی در مورد قابل تقسیم نبودن مشاع، و قابل تقسیم بودن آن با تنزیل قیمت احکام جداگانه را وضع نموده است.

الف. تقسیم عینی

منظور از این تقسیم آن است که به هر شریک عین جزء مفروز از مال مشاع داده شود. اصل

این است که محکمه خود به انجام تقسیم مبادرت می‌نماید، لیکن اغلب محاکم، افراد خبره و کارشناس نیز استمداد می‌جویند. این نوع تقسیم در مال مشاعی اجرا می‌شود که بدون نقص فاحش در قیمت قابل تقسیم باشد.

اگر مال قابل تقسیم باشد، قاضی محکمه ذی صلاح باید آن را میان شرکاء تقسیم نماید. در چنین حالتی قانون مدنی به قاضی صلاحیت داده‌است تا اشخاصی را که در تقسیم اهل خبره هستند، نایب خویش تعیین و به این ترتیب مال مشترک قابل تقسیم را تقسیم نمایند (م ۱۹۵۵ ق.م). منظور از اهل خبره؛ اشخاص مسلکی است که در رشته‌های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی هستند (فقره ۱۲ ماده ۴ ق.ا.م.ص). مساح، کارمند کدستر، متخصص اصلاحات ارضی، مهندس، انجینیر ساختمانی، همجوار اهل خبره‌اند. اهل خبره مکلف هستند مال مشاع را به کوچک‌ترین حصه‌ها تقسیم نمایند (م ۱۹۵۶ ق.م). در صورت عدم امکان می‌توانند حصه هر یک از شرکاء را تعیین و مجزا نمایند. اما، اگر تقسیم مال مشاع به حصص کوچک و مساوی امکان پذیر نباشد، اهل خبره معادل کمبود به پرداخت مال اضافی توسط کسی که حصه وی بیشتر است را، تکمیل نمایند (م ۱۹۶۰ ق.م).

محکمه در ضمن انجام تقسیم به دعاوی مربوط به آن نیز رسیدگی خواهد نمود (م ۱۹۶۴ ق.م). تقسیم حصه‌ها بین شرکاء به اساس قرعه صورت گرفته و در محضر محکمه درج گردیده و به اعطای حصه مفروضه هر شریک حکم صادر می‌گردد (م ۱۹۶۶ ق.م). پس حصص را براساس قرعه میان شرکاء تقسیم و حصص هر کدام را به آن‌ها اعطاء می‌نماید (سنه‌وری، پیشین: ۹۳۳).

تقسیم عینی نیز دو گونه است: تقسیم به جمع و تقسیم به تفریق. ماده ۱۹۵۹ قانون مدنی مقرر می‌نماید: «تقسیم به دو شکل صورت می‌گیرد، یکی به جمع حصه مشاع در هر فرد از افراد مال اعیان مشترک که تقسیم جمع یاد می‌شود و دیگری به تعیین حصص مشاع در یک عین مشترک که تقسیم تفریق نامیده می‌شود». از این تقسیم‌ها در قانون مدنی مصر نام برده نشده‌است، قانونگذار ما آن را از فقه اقتباس کرده‌است (خفیف، ۱۹۹۰: ۲۳۲).

۱. **تقسیم به جمع:** تقسیم به جمع آن است که از مجموع مال مشاع به هر یک از متقاسمان مالی از آن مجموعه داده شود، مثلاً اگر زمین زراعتی و خانه مسکونی مال مشاع میان دو برادر باشد، براساس تقسیم جمع خانه را به یکی و زمین را به دیگری می‌دهیم البته در صورتی که میان قیمت آن‌ها تعادل وجود داشته باشد. تقسیم در اموال منقول بیشتر از طریق جمع خواهد بود.

۲. **تقسیم به تفریق:** تقسیم به تفریق آن ست که از مجموع اموال مشاع به هریک از متقاسمان بخشی از مال به اندازه سهمشان داده شود، مثلاً در صورتی که ۱۰ جریب زمین و ۱۰۰ مَن گندم به دو برادر به ارث رسد، براساس تقسیم تفریق به هریک از آن‌ها ۵ جریب زمین و ۵۰ مَن گندم می‌دهیم.

ب. تقسیم به روش تصفیه

اگر محکمه ابتدائیه دریابد که مال مشاع اصلاً قابل تقسیم نیست، به عنوان مثال، مال مشاع اسب، انگشتر و موتر است و یا تقسیم آن ممکن است، اما با تنزیل فاحش قیمت، به عنوان مثال مال مشاع زمین یا خانه‌ی با مساحت بسیار کم باشد، تقسیم این چنین خانه و زمین باعث کاهش چشمگیر قیمت آن می‌گردد. محکمه می‌تواند مال مشاع را از طریق مزایده به فروش رساند و سپس پول آن را میان شرکاء به تناسب حصص آن‌ها تقسیم نماید (م ۱۹۶۷ ق.م). به این تقسیم، روش تصفیه‌ی گفته می‌شود، چنانچه در تصفیه شرکت‌های ورشکسته تجاری به کار گرفته می‌شود.

۶. آثار تقسیم مال مشاع

دو اثر برای تقسیم مال مشاع بر شمرده‌اند، یکی افراز و دومی ضمان؛

۱-۶. افراز

تقسیم وسیله انحلال اشاعه است. بنابراین، در اثر تقسیم، سهم یا حصه هر شریک از حصه سایر شرکاء جدا و معلوم و معین می‌گردد و پس از قسمت هر کدام از شرکاء مالک مستقل و منفرد حصه خویش می‌گردند و مالکان نسبت به حصه همدیگر سهم نمی‌داشته باشند. در نتیجه، مالکیت هر شریک پس از قسمت مطلق می‌شود و قید شراکت از آن برداشته می‌شود و مالک می‌تواند به صورت مستقل در آن تصرف مالکانه، مانند: خرید و فروش، اجاره، هبه، وصیت به عمل آورد (زحیلی، پیشین: ۴۷۲۵).

اثر تقسیم رضایی و قضایی از تقسیم با وصیت قدری متفاوت است. در تقسیم با وصیت به مرگ مورث، مال به صورت مفروز به ورثه منتقل می‌گردد نه مشاع. اما در تقسیم‌های رضایی و قضایی اولین اثر تقسیم افراز است. تقسیم در این موارد اثر ناقل دارد، زیرا در تقسیم رضایی هر شریک حصص پراکنده خود در مال مشاع را با بخش مفروز آن مال معامله می‌نمایند، با تقسیم، مالکیت خود را بر حصه‌های پراکنده از دست داده و مال جدیدی به وی منتقل گشته است. این

نقل وانتقال در سهم هر شريك اتفاق می افتد. در مقابل از پوتيه نقل شده است: تقسيم سند ميراث را تحديد می کند، نه اين كه سند تملك باشد. اثر اساسی تقسيم تعيين حدود حصه هريك از وارثان است و مشخص می كند اموالی را كه در حصه او قرار دارد، گویا تقسيم سبب می شود كه وارث مال را مستقيماً از مورث دريافت كرده است و چیزی از وراثت ديگر دريافت نكرده است (سعد، پيشين: ۱۹۹). از اين سخن فهميده می شود كه اثر تقسيم نقل ملكيت نيست بلكه كاشف آن است و دارای اثر رجعی به ماقبل از زمان تقسيم می باشد. اين نظر در ماده ۸۸۳ قانون مدنی فرانسه و ماده ۸۴۳ قانون مدنی مصر انعكاس يافته است. ماده ۱۹۷۰ قانون مدنی می گوید: «متقاسم از ملكيت مال مشاع، مالك حصه شناخته می شود كه با تقسيم باو تعلق گرفته و در حصص باقيمانده مالك چیزی نمی باشد». از اين ماده فهميده می شود كه قانون مدنی افغانستان اثر نقل را برای تقسيم می پذيرد.

به نظر برخی محققان اثر نقل تقسيم ديده گاه پسنديده ای است. اين واقعاً غير منطقی است كه اثر تقسيم را به گذشته سرايت بدهيم و بگويم متقاسم قبل از تقسيم مالك اين حصه بوده است و در حصه شركانش از اول حق نداشته است (سعد، پيشين: ۲۰۰).

۶-۲. ضمان

هريك از متقاسمان از ناحیه استفاده از حصص شركای ديگر قبل از تقسيم ضامن است. چنانچه ماده ۱۹۷۱ قانون مدنی تصريح می كند: «متقاسمان در برابر يكديگر از تعرض يا استحقاق كه بنا به سبب قبل از تقسيم واقع شود، ضامن می باشند. هريك آن ها به تناسب حصه خود باعتبار قيمت روز تقسيم مال به تاديه تعويض به مستحق ضمان مكلف می باشد. اگر یکی از متقاسمان نادار باشد، مقدار ضمان بر او لازم است، بر تمام متقاسمان دارنده و مستحق ضمان، توزيع می گردد». چند نکته در خصوص ضمان قابل توجه است:

۱. ضمان در فرضی مطرح است كه ما تقسيم را ناقل بدانيم كه براساس نظر فقهای حنفی و برخی فقهای شيعه و نیز قانون مدنی تقسيم ناقل است، چرا كه بيع مقايضه می باشد.

۲. ضمان با شرايط به وجود می آيد:

- اول: تعرض به حق غير پيش از وقوع تقسيم رخ داده باشد. بنابراین اگر به سببی لاحق بر تقسيم باشد ضمانی بر عهده متقاسمان ديگر بوجود نمی آيد.
- دوم: تعرض به خطای خود متقاسم متضرر برنگردد، اگر خود وی در ايجاد ضرر بر حصه

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۱۸۳

خود مقصر باشد مثل این که دیگری مدعی حق سابق بر تقسیم در حصه متقاسم باشد و متقاسم وی را به ناحق تصدیق کند یا در دفاع از خود اهمال نماید، شریک استفاده کننده ضامن نخواهد بود.

- سوم: توافق صریح برگذشت از ضمان توسط متقاسمان در شرایط خاص، موجود نباشد. این شرایط از ماده ۱۹۷۲ قانون مدنی افغانستان استنباط می شود.

۷. مشاع اجباری

هرگاه از منظور تهیه مال مشاع چنین معلوم گردد که مال مذکور باید به صورت دایم باقی بماند، شرکاء نمی توانند تقسیم آن را مطالبه نمایند (م ۱۹۷۸ ق.م). براین اساس مشاع اجباری آن است که به صورت دائمی قابل تقسیم میان شرکا نباشد. به دلیل اهمیت و وسعت مشاع دائمی که در زندگی امروز ما است که قانونگذار به تنظیم روابط میان شرکا به صورت مفصل پرداخته است. همه مصادیق مشاع اجباری قابل بحث نیست، لذا احکام کلی مشاع اجباری و مهمترین مصادیق آن را جداگانه بررسی خواهیم نمود.

۷-۱. احکام عمومی مشاع اجباری

الف: اقسام مشاع اجباری: مشاع اجباری بر دو قسم است؛ مشاع اجباری اصلی و تبعی (فرج صده، پیشین: ۲۵۳).

۱. مشاع اجباری اصلی: آن مال مشاعی است که مال طبعیاً برای خدمت و استعمال جمعی افراد قرارداد شده است، مثل تعمیراتی که برای گورستان های خانوادگی احداث شده اند.

۲. مشاع اجباری تبعی: آن مال مشاع میان چند نفر است که در خدمت عقارات مفرزه متعلق به آنها قرار دارد. این نوع مشاع اهمیت زیادی در زندگی روزمره ما دارد. مشاع اجباری تبعی مثل دیوار حویلی مشترک، قسمت های مشترک در بلند منزلها.

برخلاف مشاع عادی که حالت استثنایی داشت، مشاع اجباری اصلی و تبعی در زندگی امروز به امر عادی تبدیل شده است. به دلیل همین اختلاف است که قوانین آن دو تفاوت می کند.

ب: ماهیت حق شریک در مشاع اجباری: حق شریک در مشاع اجباری همانند حق شریک در مشاع عادی، حق ملکیت است که در مجموع مال مشاع پراکنده است. چنانچه که بعضی محققان گفته اند هدف عملی مشاع اجباری و حق ارتفاق یکی است، در هر دو مالکان دارای عقارات مجزای دیگری است که ملک مشاع و حق ارتفاق به منظور بهره برداری کامل از آن عقارات

می باشد. اما این به معنای اتحاد و یگانگی دو نظام حقوقی مشاع اجباری تبعی و حقوق ارتفاق نمی باشد، بلکه میان آنها تفاوت های آشکاری وجود دارد که به برخی از آنها اشاره می کنیم:

۱. حق شریک در مال مشاع تا هر زمانی که استفاده نشود ساقط نمی گردد، اما حق ارتفاق اگر مدت طولانی استفاده نشود ساقط می گردد (م ۲۳۶۳ ق.م).

۲. مالک عمار مرتفق می تواند با قرارداد شرط ارتفاق در عمار را از مکان اصلی اش به مکان دیگری منتقل کند (م ۲۳۵۹ ق.م). این حکم در مورد مشاع اجباری قابل تطبیق نیست.

۳. شریک در مشاع اجباری می تواند از مال مشاع هرگونه و هراندازه که بخواهد استعمال نماید، بشرطی که به حق دیگر شرکا ضرر نزند. اما استفاده در حق ارتفاق محدود به همان موردی است که برای آن قرارداد شده باشد.

۴. مالک مشاع می تواند در ملک هرگونه تعدیل و تغییر ایجاد کند که منفعت شخصی او اقتضای آن را دارد، به شرطی که با ممانعت شرکای دیگر مواجه نشود. در حق ارتفاق شخص حق هیچگونه تغییر و تعدیل در جهت افزایش حق از اندازه مقررش ندارد.

۵. شریک در ملک مشاع می تواند نسبت به دفع متجاوز از ملک اقدام نماید ولی صاحب حق ارتفاق تازمانی که نسبت به خود حق آسیب وارد نیاید، نسبت به دفع تعدی از خود ملک چنین وظیفه ای ندارد.

ج: حقوق و تعهدات شرکا: شریک در مال مشاع اجباری حق دارد که از مال همانند ملک خالص خود استفاده نماید لیکن این استعمال محدود به دو شرط است:

۱. این استفاده با هدفی که مال به آن اختصاص یافته است معارض نباشد؛ به عنوان مثال شریک حق ندارد مال مشاع تبعی را در خدمت عقارات دیگر، غیر از عقاری که به آن اختصاص یافته است استعمال نماید.

۲. استفاده مذکور به حقوق به شرکای دیگر آسیب نرساند، شریک نمی تواند زمین خود را از چشمه مشترک به گونه ای آبیاری کند که بین چشمه و زمین مالکان دیگر مانع ایجاد کند.

شریک همچنین می تواند در مال مشاع اجباری در حدود فوق الذکر و با هزینه خود و بدون اجازه سایر شرکا، به منظور دستیابی به نفع شخصی بیشتر، تعدیلات و اصلاحاتی صورت دهد که در مشاع عادی چنین حقی برای وی نبود. شریک در مال مشاع اجباری حق مطالبه تقسیم را ندارد، نه از آن جهت که قابل تقسیم نیست، بلکه به این خاطر که با هدفی که مال برای آن اختصاص یافته است معارض است. همچنان که حق تصرف معارض با آن هدف نیز برای شریک وجود

ندارد. پس در مشاع اجباری اصلی شریک نمی‌تواند در حصه‌اش درگورستان خانوادگی، مرده بیگانه‌ای را دفن کند، طلبکارانش نیز نمی‌تواند آنرا توقیف نماید. در مشاع اجباری تبعی نیز به تنهایی قابل توقیف و تصرف طلبکاران نیست بلکه به تبع عقار وابسته به آن توقیف می‌شود (سعد، پیشین: ۲۳۳). هریک از شرکا وظیفه دارد که مخارج و هزینه‌های اداره، نگهداری و سایر عوارض مال مشاع را بپردازد.

۷-۲. ملکیت مشاع اجباری طبقات منازل و آپارتمان

منظور از ملکیت طبقات، ملکیت خانه‌هایی است که به صورت چند طبقه و یا چند واحدی ساخته می‌شود و هریک از آن طبقات و یا واحدها مال یک نفر است. این نوع مالکیت به اسباب مختلف ممکن است حاصل شود؛ پدری برای هریک از اولادش یک طبقه از مجموعه آپارتمان وصیت می‌کند؛ چند نفر باهم مجتمع مسکونی را می‌سازند یا مالک، هر طبقه را به یک نفر می‌فروشد. این گونه خانه‌ها ابتدا در غرب به وجود آمد، امروزه تقریباً در همه کشورها و شهرهای بزرگ دیده می‌شود.

در مصر مقررات ملکیت طبقات را به دو دسته تقسیم و برای هریک مقررات جداگانه وضع نموده‌است:

۱. نظام ملکیت طبقه پایین و طبقه بالا: این نظام برگرفته از فقه اسلامی است. در این نظام ساختمان به طبقات مختلف تقسیم و هریک ملک مفروز یک مالک محسوب می‌شود. طبقه پایین مالک تمام اجزاء آن اعم از دیوار، کلکین، دروازه، سقف و زمینی که خانه در آن بنا شده، می‌باشد. طبقه بالا هم به تمام اجزایش ملک مالک آن محسوب می‌شود و نسبت به سقف طبقه اول فقط حق قرار دارد (خفیف، پیشین: ۲۶۰).

۲. نظام ملکیت مفروز و مشاع اجباری: این نظام از قانون فرانسه گرفته شده‌است. در این نظام عمارت‌های بلند منزل دارای مالکان متعدد، به دو بخش تقسیم شده‌است: بخش ملکیت مفروز هر مالک و بخش ملکیت مشاع اجباری میان همه مالکان. در این تقسیم بندی اجزای ساختمان در هر طبقه ملک اختصاصی مالک آن طبقه محسوب می‌شود، اما اجزای از ساختمان که برای استفاده مشترک بین همه مالکان قرار داده شده‌است مثل دیوارهای اصلی، ستونها، درهای ورودی اصلی و زمین ساختمان ملک مشاع اجباری قرار داده شده‌است.

در نظام حقوقی مصر به دلیل گسترش زیاد نظام نوع دوم، در همه شهرها اصل را بر آن

نهاده‌است. اگر به موجب سند مشخص شود که نظام اول مورد نظر مالکان بوده‌است، در آن صورت تابع مقررات نظام اول قرار می‌دهد (فرج صده، پیشین: ۲۶۴). قانون مدنی ما در این بحث از قانون مدنی عراق متأثر است، به گونه‌ای که مواد ۱۹۷۹-۱۹۸۴ قانون مدنی، ترجمه مواد ۱۰۸۲-۱۰۸۶ قانون مدنی عراق است. این مواد نشان می‌دهد که قانون ما برعکس قانون مصر، نظام ملکیت طبقات بالا و پایین را مبنا قرار داده‌است. این مقررات جوابگوی زندگی نیازهای آپارتمان نشینی در عمارت‌های بلند منزل که در شهرهای بزرگ افغانستان در حال گسترش است، نمی‌باشد. براین اساس ملکیت طبقات منازل را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف: ملکیت طبقات منازل

همچنان‌که پیشتر گفتیم عمارت دارای طبقات مختلف بوده و هریک ملک مفروز يك مالك محسوب می‌باشد. طبقه پایین با تمام اجزاء اعم از دیوار، کلکین، دروازه، سقف و زمینی که خانه در آن بنا شده، ملك يك شخص می‌باشد. طبقه بالا هم با تمام اجزانش ملك مالك آن محسوب می‌شود و نسبت به سقف طبقه اول فقط حق قرار دارد. قانون مدنی تصریح می‌نماید: «هرگاه یکی مالك طبقه بالا و دیگری مالك طبقه پائین عمارت باشد، مالك طبقه بالا حق قرار را بر سقف داشته و سقف ملکیت مالك طبقه پائین شناخته می‌شود. مالك طبقه بالا از سطح آن بصورت معتاد حق استفاده را دارد مالك طبقه پائین عمارت در طبقه بالا در حدود صیانت حق خود حق دارد.» (م ۱۹۷۹ ق.م).

ماده ۱۹۸۰ قانون مدنی ما می‌گوید: «هرگاه دروازه مدخل طبقه بالا و پائین عمارت یکی باشد، مالکین هر دو طبقه حق استعمال آن را بصورت مشترك داشته هیچ يك دیگری را از استفاده از آن منع کرده نمی‌تواند». منظور قانونگذار از این ماده روشن نیست، آیا منظور این است که مالکان دو طبقه نسبت به دروازه ورودی اصلی ملکیت مشاع دارند یا آن هم ملك مفروز طبقه پایین محسوب می‌شود که مالك طبقه بالا نسبت به آن حق ارتفاق دارد؟ در ماده کلمه استعمال به کار رفته است استعمال اعم از ملکیت و حق ارتفاق است چرا که در هر دو استعمال وجود دارد. بنابراین باید به تحلیل های حقوقی اتکا نماییم. نظر به این که قانونگذار نظام ملکیت طبقات را برگزیده است و این نظام نیز از فقه اسلامی گرفته شده است، می‌توان استنباط نمود که سخن از ملکیت مشاع نیست، مالك طبق بالا همچنان که نسبت به زمین عمارت حق مالکیت ندارد، نسبت به مدخل ورودی مشترك که در طبقه پایین است نیز حق مالکیت ندارد اما از این نظر که

استفاده از ملکش متوقف استفاده از مدخل نیز هست، نسبت به آن حق مرور دارد. همچنانکه ماده مذکور تصریح می‌کند: هیچ يك حق ندارد دیگری را از استفاده از آن منع کند. در تأیید این برداشت، ملاحظه می‌کنیم قانون مدنی عراق تعبیر «دخول و خروج» را به کار برده است که همان «حق مرور» می‌باشد و حق مرور هم مصداق حق ارتفاق است.

ب. تعهدات مالکان طبقات منازل

اکنون به تکالیف و تعهدات مالکان هریک از طبقات می‌پردازیم:

۱. **تعهدات مالك طبقه پایین:** دو تکلیف اساسی برای مالك طبقه پایین در قانون مشخص شده است:

اول: باید به ترمیم و کارهای لازم برای جلوگیری از سقوط طبقه بالا بپردازد. نه تنها خود مالك حق ندارد در طبقه پایین کاری انجام دهد که به استحکام و سلامت طبقه بالا آسیب برساند، بلکه اگر خود به خود نیز در ملك پایین خرابی به وجود آید که استحکام طبقه بالا را متزلزل می‌سازد، مالك طبقه پایین ملزم است، آنرا ترمیم و اصلاح نماید.

دوم: تجدید بنای تعمیر منهدم شده: مالك طبقه پایین موظف است طبقه پایین را در صورت تخریب و انهدام تجدید بنا کند. مهم نیست که خود او سبب انهدام بوده یا بر اثر بلایای طبیعی مثل زلزله تخریب شده باشد. تفاوتی نمی‌کند که از روی تجاوز به حقوق مالك طبقه بالا تخریب نموده باشد یا از روی غیر عمد بنا را منهدم نموده باشد (ماده ۱۹۸۲ ق.م). در هر صورت قانون وی را ملزم به تجدید بنا می‌نماید، اگر از انجام آن خودداری نمود، محکمه به مالك طبقه بالا اجازه تجدید بنا را خواهد داد. اگر مالك منزل پائین از اعمار مجدد آن امتناع آورد و مالك طبقه بالا به اجازه مالك طبقه پائین یا اجازه محکمه باعمار آن بپردازد، می‌تواند مصارف اعمار را از مالك طبقه پائین حاصل نماید. اگر مالك طبقه بالا بدون اجازه مالك طبقه پائین یا بدون اجازه محکمه باعمار اقدام کند، حق مراجعه او بر مالك طبقه پائین منحصر به قیمت بنا می‌باشد و قیمت به اساس نرخ گذاری اهل خبره به قیمت روز اعمار تعیین می‌شود، نه قیمت روز مراجعه.» (فقره ۲ ماده ۱۹۸۲ ق.م). مالك طبقه بالا می‌تواند مالك طبقه پائین را از سکونت و استفاده طبقه مذکور تا زمانی منع نماید که حق او را تأدیه کند. همچنان می‌تواند به اجازه محکمه آنرا به اجاره داده و از اجرت آن حق خود را بگیرد (م ۱۹۸۳ ق.م).

قانون مدنی مصر در صورت خودداری مالك طبقه پایین از تجدید بنا به محکمه اجازه

داده‌است که نسبت به فروش آن اقدام کند، تا از قیمت آن، هزینه تجدید بنا و یا ترمیم طبقه پایین فراهم شود (ماده ۸۵۹ قانون مدنی مصر). اما قانون ما و قانون عراق (م ۱۰۸۵ ق.م) چنین حقی به محکمه نداده‌است، بلکه محکمه می‌تواند به تجدید بنا توسط مالک طبقه بالا تصمیم بگیرد.

۲. تعهدات مالک طبقه بالا: مالک طبقه بالا نمی‌تواند بدون اجازه مالک طبقه پائین در بالای منزل بنای جدید اعمار یا به ارتفاع منزل خود اقدام کند، مگر این که ثابت شود عمل مذکور به طبقه پائین ضرر نمی‌زند. در این صورت می‌تواند بدون اجازه مالک طبقه پائین به اعمار یا ارتفاع آن اقدام کند (م ۱۹۸۴ ق.م. و ۱۰۸۶ ق.م.ع. و ۸۶۱ ق.م.ص). این محدودیت برای صیانت از حقوق مالک طبقه پایین است. چرا که افزودن بنا و بلند بردن ارتفاع موجب ثقل سقف و افزایش بار ستون‌ها و دیوارهای طبقه پایین می‌گردد، فقط در صورتی مجاز است که براساس نظر اهل خبره ثابت شود که آسیبی به سقف، ستون، دیوار و استحکام ملک طبقه پایین نمی‌زند، یا اجازه و رضایت مالک طبقه زیرین را برافزایش بنا گرفته باشد.

۸. نتیجه‌گیری

گسترش زندگی شهری و شهرنشینی گونه‌های دیگری از اموال و املاک مشاع را به وجود آورده است. صورت‌های جدید مال مشاع بدون تردید مباحث جدید حقوقی را نیز سبب شده است. در این تحقیق با هدف گسترش مرزهای دانش حقوق، احکام قانون مدنی و فقه در خصوص مال مشاع، نحوه اداره و روش‌های ختم اشاعه مورد بررسی قرار گرفت. از برخی نارسایی‌های عبارتی و اشتباهاتی که در ترجمه قانون از عربی به فارسی صورت گرفته است که بگذریم؛ قانون مدنی مقررات دقیق و روشنی برای اداره مال مشاع و مدیریت صورت‌های نوین مال مشاع پیش‌بینی نموده است. تا حد زیادی این احکام پاسخگوی نیازهای جدید بوده و با فرهنگ شهرنشینی مدرن نیز به اندازه کافی سازگار است. مشکل اساسی در بحث مال مشاع در تطبیق کامل احکام قانون مدنی است که مشاوران حقوقی، وکلای مدافع و فروشندگان آپارتمان‌ها و دیگر اموال مشاع از تطبیق آن غافل مانده‌اند. به همین اندازه محققان و محصلان علم حقوق از تجزیه و تحلیل آن و قضات از ایجاد رویه قضایی در این زمینه بازمانده‌اند. براساس این تحقیق ثابت شد: مواد ۱۹۳۸ و ۱۹۴۹ در مورد اداره عادی و غیرعادی مال مشاع قانونگذار مرتکب اشتباه گشته است. لذا پیشنهاد می‌گردد: در متن ماده ۱۹۳۸ قید گردد: «حکم این ماده به اداره عادی مال مشاع اختصاص دارد»؛ همچنان که قید اداره غیرعادی در ماده ۱۹۴۹ قانون مدنی لازم است. در ضمن؛ تعبیر «اسباب قدیمه» در متن ماده ۱۹۴۹ نیز باید به «اسباب قویه» اصلاح گردد.

همچنین در بحث نظام مالکیت آپارتمان‌ها قانون مدنی افغانستان (مواد ۱۹۷۹-۱۹۸۴)، تحت تاثیر قانون مدنی عراق بوده و بیشتر نظام مالکیت طبقات بالا و پایین را در نظر گرفته است. لیکن نظر به پیشرفت و گسترش شهرنشینی و تراکم جمعیت در شهرها، نظام ملکیت مشاع و مفروز که در قانون مدنی مصر آمده است، بهتر می‌تواند جوابگوی پیچیدگی مسایل آپارتمان‌نشینی در شرایط کنونی شود؛ لذا پیشنهاد می‌شود که مواد مذکور اصلاح و تعدیل گردد.

٨. فهرست منابع

١. اتاسی، محمد خالده، شرح مجلة الاحكام، ترجمه امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، انتشارات ستره محكمه، ١٣٧٠.
٢. سرخی، علی، تقسیم اموال مشترک، فکر سازان، تهران، ١٣٨٤.
٣. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، نشریلدا، تهران، ١٣٧٤.
٤. احمد السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی، ٢٠٠٢.
٥. شهاب الدین أحمد بن إدريس المالکی (القرافی)، أنوار البروق فی أنواع الفروق، بی تا، بی جا.
٦. شمس الدین أبو بکر محمد بن أبی سهل السرخسی، دارالفکر، بیروت، ط. الأولى، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
٧. نبیل ابراهیم سعد، الحقوق العینیة الاصلیة فی القانون المصری و اللبنانی، دارالنهضة العربیة، بیروت، ١٩٩٥.
٨. عبدالمنعم فرج صده، الحقوق العینیة الاصلیة، دارالنهضة العربیة، بیروت، بی تا.
٩. وهبه الزحیللی، الفقه الاسلامی و ادلته، دارالفکر، دمشق، ١٤٠٤هـ/ق. ١٩٨٥م.
١٠. علی الخفیف، المملکیة فی الشریعة الاسلامیة، دارالنهضة العربیة، بیروت، ١٩٩٠.
١١. عاملی، زین الدین، اللمعة الدمشقیة، بیروت، جامعة النجف الدینیة، بی تا.
١٢. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ١٩٨١.
١٣. قانون مدنی افغانستان ١٣٥٥، ه. ش.
١٤. قانون مدنی مصر، شماره ١٣١، سال ١٩٤٨م.
١٥. قانون مدنی عراق، سال ١٩٥١م.

ضرورت جایگزین‌های حبس و سازوکارهای آن

در حقوق جزای افغانستان

دکتر عید محمد احمدی، محقق و استاد پوهنتون

چکیده

عصر روشنگری در دنیای غرب، بخصوص از اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن ۱۹ به اندیشه و طرح جدید در باره استفاده از زندان منجر شد. در این نگرش، حبس کانون توجه برای مجازات مجرمان قرار گرفت، اما مجازات زندان در فرایند کارکرد خود در دستیابی به اهداف با چالش‌های جدی انسانی، خانوادگی، اقتصادی و اجتماعی مواجه شد. دانشمندان علوم جنایی در اندیشه جایگزین‌های سیستم مجازات زندان شدند. در این میان مجازات زندان در افغانستان بیش از خیلی کشورهای دیگر با چالش‌ها و مشکلات فراوانی روبرو است. دلایل و پیش‌زمینه‌های این نارسایی‌ها تا جایی روشن است، زیرا افغانستان میراث دار نظام کهنه و غیرمسلمکی عدلی و قضایی است که اعمال مجازات را با پیچیدگی‌های متعدد روبرو نموده و دستیابی به اهداف اعمال مجازات را مشکل و یا ناممکن ساخته است. از طرفی استفاده از جایگزین‌ها که راهکار عبور از مشکلات حبس تلقی می‌شود در صورتی مفید و کارآمد است که در کاربرد و استفاده از آن، ساختار معقول و متناسبی وجود داشته باشد تا نهادهای عدلی و قضایی به گونه‌ای شایسته آن را اعمال نمایند؛ بنابراین سیاست‌گذاری و اجرای مجازات جایگزین باید بسترسازی‌های لازم و متناسب که مبتنی بر کارشناسی و فرهنگ ملی باشد در دست اقدام قرار گیرد. واژگان کلید: زندان، چالش‌ها، سیاست جایگزین‌ها، بسترسازی و آموزش.

مقدمه

جرم، مجرم، زندان و زندانی از موضوعاتی است که همراه با زندگی بشری زاده شده و همچنان زنده و بشر را همراهی می‌کند. این موضوعات، دولت و نهادهای اجتماعی را به خود مشغول نموده و دست‌اندرکاران مسایل حقوقی، اجتماعی، تربیتی و انضباطی جامعه همیشه برای بهبودی وضعیت و مقابله با ناهنجاری‌های قانونی اقداماتی را انجام داده‌اند. پذیرش این واقعیت تلخ که جامعه بدون مجرم قابل تصور نیست، مسئولان را از سیاست‌ها و اجرای برنامه‌ها به امید کاهش جرم باز نداشته است. بحث و گفتگو در باره این موضوع است که کدام سیاست جزایی به کاهش جرم و مجرم منجر خواهد شد و کدام واکنش جمعیت خانواده زندان را کم خواهد کرد.

در کشورهای مختلف با وجود پدیده تنوع در جرایم و پیچیده شدن جرم ارتكابی، همراه با ریشه یابی علل جرم، نگاهی نو به نوع واکنش به رفتار مجرمانه دارند و در سیاست جنایی خویش تغییرات بنیادین را اعمال نموده‌اند. از باب مثال در کشورهای فرانسه، انگلستان و ... از جزایهای بدیل و جایگزین (خدمات عام المنفعه، حبس در خانه و جزای نقدی و ...) استفاده می‌کنند.

مجازات حبس به منزله یک مجازات اصلی، از نیمه دوم قرن هجدهم به عنوان یک واقعیت گریزناپذیر در نظام‌های حقوق جزای خیلی از کشورها به عنوان بیش‌ترین و مناسب‌ترین مجازات رسمیت یافت. زندان هر چند در سیر تحول خود، شاهد تحولاتی چشم‌گیری در رویکرد فلسفه مجازات حبس و چگونگی اجرای آن هست. اما پس از جنگ جهانی دوم، تحول بیش‌تری را تجربه کرد. جنبش دفاع اجتماعی بیش‌ترین تأثیر را بر رویکرد حبس زدایی داشته و با مطرح شدن حق آزادی که یکی از بنیادترین حقوق اساسی به حساب می‌آید، سیاست حبس زدایی جایگاه خود را پیدا کرد و حتی بر روابط نهاد حاکم، یعنی حکومت بر شهروندان اثر گذاشته و منجر به بازنگری آن شد. گسترش و رواج یافتن حقوق شهروندی سبب افزایش مسؤولیت‌های حکمرانان گردید. مردم در پی زمامداران پاسخ‌گو بودند و از حاکمان تقاضای رعایت حقوق اولیه از جمله حق آزادی را داشتند که از آن هم در برابر متجاوز و هم حاکمیت حفظ و پاسداری نماید، لذا سلب آزادی افراد را فقط در موارد استثنایی و به عنوان آخرین گزینه و راه چاره پذیرفتند.

به این ترتیب تأثیر گزاری حبس و حتی مشروعیت آن مورد پرسش قرار گرفت. مورد پرسش قرار گرفتن اثر حبس و پیامدهای ناگواری که حبس به لحاظ اقتصادی، خانوادگی و تربیتی داشت اندیشمندان علوم جنایی را واداشت که به دنبال مجازاتی جایگزین باشند. قابل ذکر است که در این مقاله تاریخچه و مبانی نظری این اندیشه مورد مطالعه و بازکاوی قرار گیرد.

گفتار اول: پیشنهادی اندیشه جایگزین‌های زندان

گذشته تاریخی این بحث را می‌توان در اندیشه‌های فری و آگارونالو جستجو کرد. اینان با تکیه بر «شخصیت مجرم» به جای «جرم» «دفاع اجتماعی»^۱ را مطرح کردند و اولین تدبیر در دفاع اجتماعی، بر اقدامات پیش‌گیرانه در محیط اجتماعی توجه نمودند و بعدها فری این تدبیر را «جانشین‌های جزا» نامید و آن‌را به «پادزهرهای، عالی‌ای برای عوامل اجتماعی جرم» تلقی نمود.^۲

اندیشمندان مکتب تحقیقی^۳ با نگرش به «جبری دانستن» جرم، و بادسته بندی مجرمین کاربرد «مجازات‌ها و زندان» را خوش نداشتند ضمن بیمار گونه تلقی کردن «مجرم» شیوه و ماهیت واکنش در برابر «جرم» را تغییر اساسی داد و «اقدامات تأمینی» را جایگزین «مجازات سزا دهنده» نمودند.^۴ مفهوم «جانشین کیفری»^۵ در فرآیند تحول خود، توسعه و گسترش پیدا کرد و در راستایی نادیده انگاشتن «جرم» و عنایت بیشتر به «مجرم» مسیر اصلاح و باز اجتماعی را طی کرد. به هر صورت روزگار مجازات سالب آزادی جانشین «مجازات وحشتناک بدنی» گردید، در مدت زمانی کوتاه به مجازات اصلی تبدیل شد. نمونه‌ای آن‌را در قانون جزای ۱۸۱۰ ناپلئون فرانسه می‌توان یافت و سلسله مراتب از انواع مختلف زندان همانند حبس با اعمال شاقه، حبس باکار و حبس تأدیبی را برای مجازات مجرمین در نظر گرفت. پیرو این چرخش، در مرکز هر شهرداری یک توقیف‌گاه و در مرکز هر ولسوالی یک زندان تأدیبی و در هر ولایت زندان بزرگ‌تری برای محکومان بیش از یک‌سال آماده کرد. اندیشمندان مکتب تحقیقی آزادی اراده در ارتکاب جرم را به چالش کشاند و گفتند که برخی انسان‌ها یا «فطرتاً» مجرم آفریده شده یا در اثر عوامل ساختار بدنی و عوامل اجتماعی مجبور به ارتکاب جرم می‌شوند.^۶ خاستگاه و مبنای مجازات

۱. این اصطلاح را نخستین بار «فری» به کار برد. (فری جامعه‌شناسی جنایی، ص ۳۴۸)

۲. ژان پرادل، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ص ۹۶. تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۳، چاپ اول.

۳. بنیانگذاران مکتب تحقیقی آقایان لمبرزو، انریکوفری و گاروفالو هستند. با پدید آمدن این مکتب، مجازات زندان شدیداً مورد نقد قرار گرفت و مفید بودنش را به نقد کشید. ویژگی‌های بارز این مکتب چند چیز است: یکی رد اراده و اختیار در ارتکاب جرم و می‌گویند مجرمین آگاهانه و با قصد مرتکب جرم نمی‌شوند، بلکه در اثر عوامل متعدد فردی، خانوادگی و اجتماعی مجبوراً به سمت رفتار مجرمانه سوق داده می‌شوند، ویژگی دوم، دسته‌بندی مجرمین به پنج دسته: مجرمین مادرزادی، دیوانه، به عادت و حرفه‌ای، هیجانی و اتفاقی، ویژگی سوم، انتقادات تحول ساز بر سیاست استفاده حد اکثری از مجازات زندان است.

۴. ژان پرادل، همان، ص ۹۹.

5. Alternatives to imprisonment.

۶. محمدعلی اردبیلی؛ حقوق جزای عمومی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۶، چاپ ۵۳، ص ۱۲۹.

و کاربرد ضمانت اجرای اجتماعی را بر خلاف مکاتب کلاسیک،^۷ در میزان «خطرناکی» افراد دانستند. این نگرش بر نوع، شیوه اجرا و انعطاف پذیر شدن تعیین و اجرای مجازات اثر گذاشت. با ارائه طرح طبقه بندی مجرمین، مجازات ثابت را مورد نقد قرارداد و «اقدامات تأمینی» را بجای مجازات ثابت سنتی، پیش نهاد کردند.

مکتب تحقیقی در اصل مجازات زندان، تغییر ایجاد نکرد، بلکه استفاده از حبس و گسترش آن را با توجیهات علمی که ارائه دادند، استحکام بخشید. منتها با رویکرد بیمارگونه به مجرم، اختیارات قاضی را افزایش داد و مانند پزشک تعیین نوع و اندازه مجازات را به او سپردند که با توجه به اوضاع و احوال مجرم، مدت و زمان درمان و اصلاح را تشخیص داده، مجازات متناسب را تعیین نماید. بنابراین، دست آورد این نگرش آن شد که مجازات نامعین و غیر ثابتی^۸ را جایگزین مجازات های ثابت نمود.^۹ یکی از نتایج مهم و کارآمد سیاست غیر ثابت مجازات ها، ایجاد تعلیق مراقبتی و آزادی مشروط در دهه ای آخر سده ای نوزدهم می باشد.

سیاست «زندان گرایی» در راهکار عبور از «مجازات بدنی» آن قدر خوشایند اندیشمندان حقوق جزا و جرم شناسی قرار گرفت که یکی از نویسندگان، استفاده از زندان را نشانه ای از تلطیف افکار عمومی در طرد مجازات بدنی دانسته و می نویسد:

«این ترقی اندیشه ها و ملایم شدن خلق و خواهاست که زندانی کردن را به پایه و بنای تقریباً کامل مقیاس جزای کنونی ما بدل کرده است نه اتفاق و هوا و هوس قانونگذار»^{۱۰}

این دسته از اندیشمندان حقوق جزا، نگرش به مجازات زندان را تحول بزرگ در سیاست جنایی تلقی می کنند و آن را در ردیف دست آوردهای عصر روشنفکری قرار می دهند. با وجود تأیید دیدگاه بشر دوستانه، در عمل، زندان هرگز «حذف محرومیت از آزادی» نبوده است. انواع و مراتب مختلف زندان، بیانگر این مسأله می توانند باشند. زندان که رسالت پاسداری از جامعه را

۷. این اصطلاح شامل مکتب های کلاسیک، مکتب عدالت مطلق و مکتب نوکلاسیک می شود، بنابراین مکاتب کلاسیک از این مکتب ها تشکیل یافته است. وجه انتخاب این مکاتب به این نام آن است تمام این ها در دو چیز وجه اشتراک دارند: اول اصل آزادی اراده و انتخاب را در ارتکاب جرم می پذیرند و مبنای مسؤولیت جزایی را اراده و انتخاب می دانند. دوم به دلیل سوء استفاده از آزادی اراده هر مجرم باید مجازات و تنبیه شوند.

8. Indeterminate sentences

۹. علی صفاری؛ کیفر شناسی ص ۸۴، تهران، انتشارات جنگل، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۰

۱۰. محمد آشوری؛ جایگزین های زندان یا مجازات های بینابین، ص ۲۶، تهران، نشر گرایش، ۱۳۸۲؛ متفکران غربی میان «تنبیه بدنی» و «تنبیه بدن» فرق می گذارند. زندان، تبعید و سایر کیفری مدرن به طور غیر مستقیم بر بدن محکوم اثر گذار است، اما پیش از نهادینه شدن زندان اصل «تنبیه بدن» مدنظر بوده است و امروزه حداقل، رنج و درد بدن هدف اصلی نیست. (محمود آشوری، همان، ص ۲۳).

ضرورت جایگزین‌های حبس و سازوکارهای آن در حقوق جزای افغانستان/ ۱۹۵

دارد، باید جنبه‌ی «ارعابی خود را حفظ کند تا بتواند هم مجرمان و هم آدم‌های آماده ارتکاب جرم را از ارتکاب آن باز دارد؛ بنابراین، «تنبيه بدن» و «تعذيب» از بین رفت، ولی تنبيه بدنی مجرمان به اشکال مختلف ادامه دارد. تعیین مجازات زندان در آغاز سده‌ی نوزدهم افزایش چشم‌گیری یافت. مکتب‌های کلاسیک به زندان به مثابه‌ای اصلی‌ترین مجازات نگریسته و کاملاً نهادینه شده بود و بیشتر در فکر چگونگی اجرای آن بودند.

اما مجازات زندان در فرایند کارکرد و کارایی خود در دستیابی به اهداف مورد نظر با چالش‌های جدی انسانی، خانوادگی، اقتصادی و اجتماعی مواجه شد.^{۱۱} بنابراین دانشمندان علوم جنایی در اندیشه جایگزین‌های سیستم مجازات زندان شدند. در این ارتباط کار انجمن بین‌المللی حقوق جزا نیز قابل توجه است که در قدم آغازین، جزاهای کوتاه مدت زندان را مورد نقد و اشکال قرار داد. در دهه آخر قرن ۱۹ و آغاز قرن ۲۰، کارشناسان مسایل زندان، تمام همت خود را بر این گذاشتند که امکانات توسل به جزاهای دیگری را به جای زندان افزایش دهند. در این راستا عملی ساختن مجازات آزمایشی توصیه شد. مقصود از مجازات آزمایشی صادر نکردن حکم مجازات کوتاه مدت و یا حداقل، اجتناب از اجرای آن است.

این نگاه و اندیشه‌ها منشأ مجموعه‌ای گسترده از بدیل‌های حبس است که هم در سطح جامعه و هم در سطح نهاد قانونگذاری و در تشکیلات قضایی مدنظر قرار گرفت و از زمره اقدامات پیش‌گیرانه و دفاع اجتماعی تلقی گردید. باید گفت که نظریات اندیشمندان مکتب تحقیقی و دفاع اجتماعی تأثیر ژرف بر نظام جزایی اکثر کشورها داشته که امروزه بازتاب عینی و عملی آن را در حقوق جزای بیشتر کشورها شاهد هستیم.

به این ترتیب می‌توان گفت که آغازین جلوه‌های بدیل حبس را باید در افکار مکتب تحقیقی قرن ۱۹ و دفاع اجتماعی سده‌ی ۲۰ جستجو کرد و این سیاست همچنان در حال گسترش و مورد توجه نظام‌های دنیا می‌باشد.

گفتار دوم مبانی و دلایل طرح بدیل حبس ۱۲ از منظر علوم جنایی

عصر روشنگری در دنیای غرب، بخصوص از اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن ۱۹ به اندیشه و طرح

۱۱. در باره چالش‌ها و مشکلات مجازات زندان نگارنده تحقیق مفصل انجام داده است که در آینده نزدیک در مجلات کشور منتشر خواهد شد.

۱۲. برای اطلاع بیشتر از مبانی نظری جایگزین‌های حبس ر.ک. حسن حاجی تبار فیروز جایی، جایگزین‌های حبس؛ صص ۵۷-

۷۲ و Cavadin M.&Dignan.j. 2002 the penal system: An introduction third edition sage publication London pp. 121-167.

جدید در باره استفاده از زندان منجر شد. در این نگرش، حبس کانون توجه برای مجازات مجرمین قرار گرفت و در پی آن زندان‌های زیاد و بزرگی ساخته شد. در این برهه حقوق جزا شاهد چرخش ۱۸۰ درجه به سمت کاربرد زندان به عنوان بهترین راهکار مقابله با بزه ارزیابی گردید. در مقابل در قرن نوزدهم و قرن بیستم در واکنش به اندیشه‌ای زندان‌گرایی، تفکر اصلاح جزاها از سوی متفکرین علوم جنایی، جرم‌شناسان و جامعه‌شناسان مطرح گردید. در نیمه دوم قرن بیستم نهضت اصلاح سیستم جزا به اوج خود رسید و در دفاع از حقوق و آزادی‌های انسانها به مقابله با آن پرداختند. این متفکران خود دو مسیر جداگانه‌ای را رفتند. برخی ایده حذف و از بین بردن سیستم جزا را پیش نهاد کردند و تعدادی دیگر به تعدیل و راهکار جایگزین نظر دادند.

این جنبش با استفاده از تجربیات و دست‌آوردهای پیشینیان خود و همچنین از یافته‌های جرم‌شناسان و جامعه‌شناسان تلاش نمود که با ترکیبی از آموزه‌های مکتب تحقیقی و دفاع اجتماعی بین حقوق جامعه و حقوق فرد (یعنی متهم) تعادل ایجاد کنند و حقوق فرد و جامعه در مقابل هم به خوبی حفظ شود.^{۱۳}

در ادامه، انتشار کتاب «اصول دفاع اجتماعی» گراماتیکا، تعریف تازه‌ای از دفاع اجتماعی ارائه کرده است. مطابق آن، هدف اصلی دفاعی اجتماعی، دیگر مانند گذشته حفظ اجتماع در مقابل مجرم نیست، بلکه هدف اصلی، حفظ و دفاع از حقوق افراد جامعه است، در مقابل جامعه‌ای که مجرمین را بخوبی نمی‌شناسد و با بهانه «جرم» آنان را مجازات می‌کند.

منظور این است که باید به مجرم نگاهی اصلاحی داشت و شخصیت او مورد توجه قرار گیرد. دفاع اجتماعی با اصلاح افراد یکی است، چون با اصلاح فرد، در حقیقت دفاع از جامعه صورت گرفته است. این رویکرد که «اصلاح فرد مجرم، همان دفاع از جامعه» است، تغییرات بنیادین را در سیستم مجازات‌ها موجب گردید و در سیستم مجازات‌ها نرمش چشم‌گیری را سامان داد. گراماتیکای ایتالیایی سیستم تعیین مجازات، مطابق با شدت و ضعف جرایم را نقد نموده و می‌گوید: «حقوق جزا باید جای خود را به حقوق دفاع اجتماعی» بدهد.^{۱۴} وی مفاهیم چون «جرم» در تقصیر «خطا»، «مسئولیت» و مانند اینها را برتنایده و موجب محدودیت و ایجاد مانع در تعیین و اجرای برنامه‌های اصلاحی می‌گردد و نمی‌گذارد که برای از بین بردن جرایم و پیش‌گیری از جرم اقدامات مؤثری انجام داد. براساس این اصل، باورمند است که: «یک تغییر

۱۳. جاوید صلاحی؛ کیفر شناسی، صص ۷۴-۷۵، نشر میزان، ۱۳۸۹، چاپ دوم.

۱۴. جاوید صلاحی، همان، ص ۸۰.

ضرورت جایگزین‌های حبس و سازوکارهای آن در حقوق جزای افغانستان/ ۱۹۷

اساسی در سیستم قدیمی کیفری لازم و ضروری است و باید به جای آن مجموعه‌ای از مقررات قانونی و اجتماعی را مستقر ساخت که به منظور پیش‌گیری از اعمال ضداجتماعی، و معالجه مرتکبین این گونه اعمال با روش‌های تربیتی، درمانی و اصلاحی که منطبق با روحیات هر یک از این افراد باشد، وضع می‌گردد».^{۱۵}

برآیند این تفکر، به لغو سیستم مجازات‌ها منجر می‌گردد و نظریه دفاع اجتماعی گراماتیکا، در چارچوب قوانین جزایی قرار نمی‌گیرد. و تنها بر مبنای «دفاع اجتماعی» می‌تواند علیه فرد «ضداجتماع» اقدامات اصلاحی و درمانی را که خاصیت سزادهنده نداشته باشد، انجام داد. یکی از تحولات قرن بیستم، به دنبال طرح حفظ کرامت و آزادی‌های انسان پدیدار شدن جنبش الغای نظام کیفری و بویژه مجازات زندان است که بخاطر تطابق نداشتن با واقعیت‌ها تعدیل شد و به جای الغای کلی تطبیق مجازات بر مجرم، مداخله جزایی تلطیف شده را همت خود قرار داد. با این وجود این تفکر، نتایج و آثار خوبی را در مورد تعدیل جزاها و طرح جایگزین‌های حبس به ارمغان آورد.

در برابر این تعریف از «دفاع اجتماعی» در اوایل نیمه دوم سده بیستم، با انتقاد از نظریه گراماتیکا، با محوریت مارک آنسل فرانسوی مفهوم جدیدی از دفاع اجتماعی در چارچوب قانون کیفری ارائه دادند که نام «دفاع اجتماعی نوین» به خود گرفت.^{۱۶} ویژگی و خصوصیت بارز این مکتب، حرکت در قالب حقوق جزا است و تلاش بر این دارد که بدون الغای «حقوق جزا» با رویکرد جدید، آن را با پالایش و تعدیل، کارآمد و روزآمد کند. ویژگی دیگر این مکتب آن است که برخلاف اثباتیون جبرگرا و حتی مکتب تلفیقی پرنس که جبر و اختیار باید خارج از واکنش جامعه در قبال مجرم بررسی شود، با زیربنا قرار دادن فلسفه اختیار و اراده مجرم باید واکنش‌ها باز تعریف و باز تدوین شود به گونه‌ای که در فرآیند بازپروری و اصلاح مجرمان اختیار و اراده مدنظر قرار گرفته و برای تقویت اراده و تسلط آنان بر رفتارها برنامه ریزی شود. در این برنامه، تک تک مجرمان مورد توجه قرار گرفته و شخصیت هر یک از آن‌ها شناسایی و علت رفتار مجرمانه یا ضداجتماعی آنان را درک کنیم تا بتوانیم به اصلاح و مداوای آن‌ها همت گماریم.

به این طریق، ملاحظه می‌شود که در این تفکر و طرح، به جای توجه به «مسئولیت مجرم» به شخصیت و منش او توجه می‌شود، تا بتوان از روش‌های علمی جدید، برای باز اجتماعی کردن

۱۵. جاوید اصلاحی، همان، ص ۸۰.

۱۶. مارک آنسل، دفاع اجتماعی، مترجم: محمدآشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، ص ۱۰.

او بهره جست، این کار نیازمند تشکیل پرونده شخصیت است که روان شناسان، جرم شناسان و روان پزشکان دیدگاه خود را درباره مجرم و ریشه‌های ارتکاب آن و همچنین بهترین شیوه درمان و اصلاح آن به صورت روشن بیان نمایند.

ظهور مکاتب جزایی یکی پس از دیگری هم بر انعطاف پذیری و عدم یک نواختی مجازات تأکید دارند که تمام این‌ها در نتیجه تبادل اندیشه‌ها در کنگره‌ها و تولید کتب و مقالات بدست آمده است. از نیمه سده‌ی نوزدهم همایش‌های متعدد به منظور اصلاح و مؤثریت سیستم جزا برگزار گردید و این همایش‌ها موجب تبادل اندیشه‌ها و تجربه‌ها می‌گردید که برآیند و نتیجه آن، تولید و بروز افکار جدید بود. به‌ویژه، در اواخر سده‌ی نوزدهم کنگره‌های رسمی‌تر با تأثیر پذیری و مدیریت «انجمن‌های بزرگ بین‌المللی» تشکیل گردید و افکار جدیدی را در راستایی اصلاح سیستم حقوق جزا ارائه کردند. در این‌جا پس از نگاهی کوتاه به پدیدار شدن مکاتب جزایی و بیان اصول هر کدام، به مبانی و دلایل حبس زدایی و ضرورت جایگزین‌های آن به صورت کلی می‌پردازیم. در این دلایل رویکردهای حقوق بشری، جرم‌شناسی، اقتصادی و قضایی مطرح مد نظر قرار گرفته است:

۱. ناکارآمدی حقوق جزا: تمرکز بیشتر روی جرم ارتكابی و سزا دادن مجرم، نتایج قابل پذیرش در پی نداشت و هر روز جرم و مجرم به نحو نگران‌کننده رو به افزایش است. مجازات زندان نه تنها جامعه را به اهداف مجازات نزدیک نساخته، بلکه خود باعث آموزش جرم و جرم‌خواهی گردیده است.
۲. رعایت حقوق بشر: در سده‌ی نوزدهم به بعد که مسأله حقوق بشر و احترام به کرامت انسانی مطرح گردید، تأثیر عمیق روی تمام اندیشه‌ها بخصوص در موضوع جزایی داشت. حقوق بشر، تجدید نظر و تغییر بنیادین در بخش حقوق جزا، آیین دادرسی کیفری و حقوق زندان‌ها و زندانی را می‌طلبید و اندیشه حقوق بشر گاهی تبدیل شد به اسناد الزامی بین‌المللی که کشورها را ملزم به تجدید نظر در سیاست جنایی خود می‌کرد.^{۱۷}

به این ترتیب یکی از مهم‌ترین مسأله که متأثر از مکاتب جدید گردید، حبس‌زدایی بود و به جای آن تعریف و شناسایی مجازات‌های جایگزین، قانونگذاری و تعیین مجازات‌های بدیل حبس مورد اهتمام قرار گرفت که باید براساس شناخت از مجرم، سیاست جنایی طوری سنجیده

ضرورت جایگزین‌های حبس و سازوکارهای آن در حقوق جزای افغانستان/ ۱۹۹

شود که با ردّ پیامدها و تبعات مجازات زندان، به اصلاح، ارباب مجرم و کاهش جرم و مجرم در جامعه منجر گردد.

۳. نظریه اقتصادی: آقای آندرو اسکال^{۱۸} در سال ۱۹۷۷ گفت: در زمان فعلی، نظریه غالب به نظام کیفری در انگلیس و آمریکا بر سیاست‌گزار از زندان گرایی به زندان زدایی است. حکومت در صدد بستن انواع زندان و مؤسساتی است که به نوعی به کنترل اجتماعی مربوط می‌شوند؛ بنابراین یکی از دلایل گرایش به زندان زدایی، مشکلات و کسر بودجه دولت‌ها است.^{۱۹}

۴. نظریه توسعه قضایی: این رویکرد از طرف تونی باتمز^{۲۰} در سال ۱۹۸۳ مطرح شد. وی جنبش استفاده از جایگزین‌های زندان را، توسعه یا کاهش کنترل اجتماعی دولت نمی‌داند، بلکه نوعی افزایش قلمرو قضایی است که با قانونمند نمودن آن، جزا افزایش پیدا می‌کند و قدرت انتخاب دستگاه قضا در نوعی مجازات تقویت می‌شود.^{۲۱} در توجیه و آثار مثبت سیاست بدیل حبس، می‌گویند، جایگزین‌ها نه تنها باعث کاهش کنترل دولت نمی‌شود، بلکه باعث افزایش و تقویت کنترل دولت و جامعه می‌شود.

حال با توجه به این رهیافت علمی در مورد چالش‌های پرکاربرد و استفاده حد اکثری از مجازات زندان، اگر نگاه کوتاهی به سیاست جزایی و چالش‌های مجازات زندان در افغانستان، اندوخته شود، ضرورت گرایش به جایگزین‌ها و استفاده از دانش‌های تازه علوم جنایی و تجربیات کشورهای مختلف در باره تعدیل، اصلاح و تغییر بنیادین سیاست جزایی در افغانستان تردید باقی نخواهد ماند.^{۲۲}

چنانکه اشاره شد، زندان به عنوان مهم‌ترین و پرکاربردترین مجازات بازدارنده با چالش‌ها و انتقادات فراوانی روبرو است؛ از این‌رو امروزه نظام عدالت جزایی می‌باید تدابیر ویژه‌ای را برای دستیابی به کاهش آمار جرایم، تأمین امنیت اجتماعی و حفظ اهداف مجازات، مد نظر قرار داده و در خصوص جایگزین‌های حبس تدابیر لازم را اندیشه نماید.

18. Andrew Scull

۱۹. علی صفاری؛ تقریرات کیفرشناسی دوره دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، نیم سال اول ۱۳۸۶-۱۳۸۵.

20. Tony Bottoms

۲۱. علی صفاری؛ تقریرات کیفرشناسی دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، نیم سال اول ۱۳۸۶-۱۳۸۵.

۲۲. قابل یادآوری است که برای آگاهی از چالش‌های خاصی سیستم مجازات زندان در افغانستان به مقاله: «چالش‌های خاصی مجازات زندان در افغانستان، ضرورت گرایش به جایگزین‌ها» از نگارنده در مجله عدالت مراجعه نمایید.

در این میان محابس و مجازات زندان در افغانستان بیش از خیلی کشورهای دیگر با چالش‌ها و مشکلات فراوانی دست و پنجه می‌زند، برای مثال چالش‌های چون نبود جای مناسب برای زندان‌ها، نبود تفکیک سن و سال و نوعیت جرم در بین مجرمین، نبود برنامه‌های مناسب آموزشی برای اصلاح و تربیه مجدد و غیره.

دلایل و پیش زمینه‌های این نارسایی‌ها تا جایی روشن است، زیرا افغانستان کنونی میراث دارد نظام کهنه، ناکارآمد و غیر مسلکی عدلی و قضایی است که با ساختار قدیمی هم به لحاظ نرم افزاری و هم سخت افزاری، سیاست تعیین و اعمال مجازات را با پیچیدگی‌های متعدد روبرو نموده است؛ به گونه‌ای که دست‌یابی به اهداف سیستم جزایی کارآمد و مفید را مشکل و یا ناممکن می‌نماید.

به همین دلیل در توافق نامه «بن» در دسامبر ۲۰۰۱ که سر آغاز تحول و چرخش فصل جدید در کشور افغانستان تلقی می‌شود؛ یکی از موضوعاتی که مورد توجه و تأکید قرار گرفته، اصلاح نظام عدلی و قضایی و اجرایی آن است. در نظام جزایی تقنینی فعلی افغانستان، مجازات زندان جایگاه نخستین را از آن خود نموده است. پیرو آن، تفکر و رویه غالب در محاکم نیز این مجازات را مناسب‌ترین جزا برای تنبیه و اصلاح مجرمین می‌داند. در کنار این دورویکرد تقنینی و قضایی، نارسایی‌های سخت افزاری را نیز بیافزایم از قبیل نبود تعمیر کافی و مناسب برای نگهداری محکومین و همچنین چالش‌های نرم افزاری مانند نبود قاضی کافی و کم بود قضات تحصیل کرده؛ با این مؤلفه‌ها سیستم مجازات محابس را با پرسش‌ها و تأمل‌های جدی روبرو می‌سازد. روشن است، ایجاد یک جامعه متکی بر اصل دموکراسی، قانونیت و امنیت در افغانستان در گرو وجود یک نظام موثر سیاست جنایی، عدلی و اجرایی است.

اصلاحات در سیستم عدلی و سیاست جنایی یک امر مهم برای تأمین حقوق بشر در افغانستان به شمار می‌رود. تأمین عدالت که تنها از طریق موجودیت یک سیستم قوی عدلی و قضایی میسر است، مهم‌ترین وسیله برای تأمین صلح دوامدار می‌باشد. بنابراین، ضرورت تحول بنیادین در سیستم جزایی نظام عدلی افغانستان، آشکار است.

گفتار سوم بستر سازی لازم برای استفاده از تدابیر جایگزین‌ها

امروزه مجازات زندان با چالش‌های فراوانی روبرو است، اما سیاست استفاده از جایگزین‌ها که راهکار عبور از مشکلات حبس تلقی می‌شود در صورتی پیامدهای منفی زندان را نخواهد داشت

ضرورت جایگزین‌های حبس و سازوکارهای آن در حقوق جزای افغانستان/ ۲۰۱

و یا پیامدهای منفی را به حداقل خواهد رساند که در کاربرد و استفاده از آن، ساختار معقول و متناسبی وجود داشته باشد تا نهادهای عدلی، قضایی و مأمورین ضبط قضایی به گونه‌ای شایسته آن را اعمال نمایند. سیاست گذاری و اجرای مجازات جایگزین باید بسترسازی‌های لازم و متناسب که مبتنی بر کارشناسی دقیق باشد انجام گیرد. بیان این بخش از آن جهت ضرورت دارد که تدبیر جایگزین‌های حبس در سیاست تقنینی کشور دنبال می‌شود. شاهد آن، قانون اجرائات جزایی ۱۳۹۳ و کد جزایی ۱۳۹۶ است که حرکت عملی قانونگذاری و قانون مندی جایگزین‌های زندان را به صورت وسیع و گسترده آغاز کرده است.^{۲۳} بنابراین بستر سازی قانونی، قضایی و اجتماعی برای کاربرد این سیاست امر ضرور و لازم است تا نتایج مطلوب به دست آید.

اجرای مجازات اجتماع مدار نیازمند تصویب قانون متناسب، تاسیس نهادهای جدید، کارگاه آموزشی و روی هم رفته تغییر در مبانی نظری و سیاست گذاری می‌باشد. در غیر این صورت اجرای این کیفرها با چالش‌های اجتماعی و ناکارآمدی مواجه خواهد شد. از این رو باید به طور خاص در بخش قضایی و سطح جامعه آموزش‌های لازم مبنی بر زیان‌های ناشی از حبس محوری ارائه شود و به صورت روشن بیان شود که هر چند اقتضای دفاع اجتماعی آن است که در مقابل جرم و مجرم واکنش نشان داده شود؛ لیکن باید اذهان جامعه و دست اندرکاران امر قضایی آگاه شود که واکنش لزوماً حبس نیست.

آموزش‌ها باید به گونه‌ای جهت داده شود که باور و نگرش عمومی جامعه به اهداف و کارکردهای مجازات جامعه مدار به وجود آید. ناباوری‌ها نسبت به کارایی تنبیهی و اصلاحی جزایهای جامعه محور به بقا دیدگاه سنتی بر سزا دادن مرتکب جرم، نبود آموزش کافی و تمهید ساز و کارهای لازم برای اجرا و نبود منابع مالی مورد نیاز و سایر مسائل لازم، باعث می‌شود در میزان کاربرد مجازات حبس تأثیر چندانی پدید نیاید. در نخستین اقدام با رعایت اصل قانونی بودن جرم و جزا و اصل تفسیر مضیق به نفع متهم، نیازمند قانون هستیم.

الف) بستر سازی قانونی

بدون وجود نص قانونی، جزایهای اجتماع محور را نمی‌توان موضوع احکام کیفری قرار داد. حکم ندادن به این جزاها ناشی از سکوت قانون است. باید از مجرای قانونی با روشنی مشخص شود که کدام جرایم و کدام مجازات موضوع جزایهای جامعه محور قرار گیرند و در چه موارد قضایی مکلف

۲۳. ماده ۱۲۵ قانون اجرائات جزایی و ماده ۱۴۸ کود جزا.

یا مختار به صدور حکم نسبت به این جزاهاست. حقوق جزایی ضامن حقوق و آزادی های فردی است و اصل قانونی بودن جرم و جزا مانع اعمال مجازاتی بر مجرم است که در قانون پیش بینی نشده است، لذا برای تشخیص این که چه جرایم و چه مجرمانی موضوع مجازات های اجتماع محور هستند، نیازمند تقنین هستیم تا به تنوع سازی پاسخ ها و واکنش های جزایی در مقابل پدیده مجرمانه برسیم. در سیاست جزای بسیاری از کشورها این سیاست عملی و تدبیر جایگزین های مجازات حبس قانون گذاری شده است. در افغانستان این ضرورت تا کنون عملی نگردیده اما رویکرد و سیاست تقنینی و عدلی کشور به سمت جایگزین مجازات زندان می باشند.

در کشور مانند افغانستان بیشتر جرایمی که حداکثر مجازات آن ها شش ماه حبس هست مربوط به جرایم سبک است و مناسب ترین جزا برای اینگونه جرایم مجازات اجتماع محور می تواند باشد، زیرا جزا تا حد امکان با طبیعت و شدت جرم هماهنگ باشد؛ در این صورت است که مجازات اثر بازدارندگی خود را بهتر ایفا می کند. از طرف دیگر این مجازات قاضی را در جهت شناخت ویژگی های شخصیتی مجرم، احتمال تکرار جرم، پیشینه ای مجرمیت، جایگاه اجتماعی مرتکب میزان اخلال در نظم عمومی و سلب آسایش جامعه و وضعیت متضرر از جرم را کمک می کند. در اینگونه موارد با اعمال مجازات حبس بر مجرمین اتفاقی و مجرم بار نخست و اطفال، از آنان مجرمان حرفه ای ساخته و وارد جامعه می کنیم که قانون گریزی خُلق و خوی آنان شده و احساس دشمنی و خصومت شان تقویت می شود. بدون شک در کنار وجود قانون روشن، به کارگیری سیاست جدید، نیروی انسانی، امکانات و ساختار ویژه خود را می طلبد که باید مورد توجه قرار گیرد.

به این ترتیب، در دستیابی به اهداف و مؤثریت روش های جایگزین، اضافه بر فرهنگ سازی عمومی و خصوصی، نیازمند قانون روشن و صریح هستیم. قانون گذاران باید قانون روشن وضع نموده و در چگونگی انتخاب جایگزین ها، معیار و نحوه اجرای آن را که توسط کدام نهاد و سازمان اجرا می گردد به صورت گویا تعیین کنند. در غیر این صورت صحبت از کاربرد جایگزین حبس، جایگاه، کارکرد و فرهنگ سازی آن در جامعه و در بین متصدیان امر قضایی بی اثر و بی فایده است و شاید بر نابسامانی ها بیش از پیش بیافزاید.

ب) نیروی انسانی لازم

در محابس معمولاً از نیروی پولیس برای اداره آن‌ها استفاده می‌شود که قهراً شیوه رفتار و برخورد‌ها غیر ملایم و گاهی خشن می‌تواند باشد. اما در شیوه جدید که بیشتر رویکرد غیر کیفری است، نیروی انسانی متناسب خود را می‌طلبد و ماموران اجرای جایگزین‌ها دارای توان مندی‌های آموزشی و مهارتی لازم باشند تا نتایج قابل قبول بدست آید. باید نیروهای لازم و کافی تحت آموزش قرار گیرند تا در رفتارها و مدیریت، مسایل اخلاقی، روان شناختی و مدیریتی جامعه مدارانه را آگاه باشند و آن‌ها را مراعات نمایند. در غیر این صورت این خطر وجود دارد که تدبیر جایگزین مجازات زندان با ناکامی روبرو شود و در این مورد از باب نمونه به تجربه کشور چک اشاره می‌کنیم:

در کشور جمهوری چک خدمات عام‌المنفعه در خارج از محاکم از سال ۱۹۹۶ اجرایی گردید و حتی برای محکومین تا پنج‌سال زندان در قانون پیش‌بینی شده بود و به قاضی اختیارات وسیعی اعطا شده بود، لکن آثار و نتایج حاصله ناامید کننده بوده است. مؤسسه جرم‌شناسی «پراگ» در مورد علل این ناکامی تحقیقاتی انجام داده و به این برآیند دست یافت که یکی از علل مهم ناکامی، نبود ماموران و مددکاران آموزش یافته‌ای کافی بوده است.^{۲۴} بنابراین، نیروی انسانی کافی و لازم شرط اساسی موفقیت تدبیر جایگزین‌ها می‌باشد. پرسش دیگری که مطرح است این است که این نیروها زیر مجموعه کدام وزارت یا سازمانی باشند؟

ج) وزارت یا سازمان متصدی اجرای جایگزین‌ها

در مورد مدیریت جایگزین‌های حبس و کارمندان آن که تحت مدیریت کدام وزارت باشند اختلاف دیدگاه و تنوع بیش‌تری مطرح است. اصل نیروی انسانی و امکانات مورد نیاز برای تدبیر جایگزین‌ها از مسائل بنیادین در موفقیت آن است؛ بنابراین، چگونگی مدیریت خدمات عام‌المنفعه، دریافت جریمه‌های روزانه، سازوکار فعالیت میانجی‌گری و مصالحه مؤلفه‌های تأثیر گزار هستند. چنین اقداماتی نیازمند مأمورانی هستند که آموزش دیده و با تجربه باشند تا بتوانند مسیر دست‌یابی به اهداف مورد نظر را کوتاه‌تر نمایند. اینجاست که این سؤال پدیدار می‌گردد که کدام وزارت خانه یا سازمان برای پذیرش این مسئولیت و مدیریت و هدایت کارمندان، مناسب‌ترین است؟

تجربه شورای اروپا بر این است که زندان‌ها باید با نظارت مقام قضایی کشورهای عضو مدیریت شوند و نباید زیر سلطه قوه مجریه باشند.^{۲۵} در گذشته افغانستان اداره محابس و توقیف‌خانه‌ها از وظایف وزارت عدلیه بوده است اما بدلیل فرار زندانیان از زندان قندهار و مورد نقد و اشکال قرار گرفتن توانایی این وزارت در اداره زندان‌ها در سال ۱۳۹۰ بر اساس مصوبه شمار ۶، مورخ ۱۳۹۰/۲/۲۹ هیئت وزیران، اداره محابس و توقیف‌خانه‌ها به وزارت امور داخله انتقال یافت. این انتقال مسئولیت با رویکرد امنیتی انجام گرفت که با توجه به شرایط ناامنی در کشور و تأثیر پذیری اداره محابس از اوضاع کلی کشور توجیه پذیر می‌باشد. در هر صورت اجرای سیاست مجازات‌های اجتماعی در آغاز ممکن است، هزینه‌های برای ایجاد زیر ساخت‌ها، استخدام افراد متخصص، تأسیس سازمان‌ها و سایر امور داشته باشد. اما این هزینه‌ها در مدت زمان کوتاهی برخواهند گشت، از این رو دولت‌ها نباید از هزینه کردن در این عرصه به بهانه نبود بودجه خود داری نمایند. توجه نکردن به سازکارهای متناسب در اجرای مجازات اجتماعی، ممکن است این تدبیر را با عدم موفقیت روبرو کند که نمونه‌های آن در کشورهای جمهوری چک و کنیا اشاره شد. ج) پذیرش تدبیر جایگزین‌ها از سوی جامعه: نسخه برداری صرف از دیگران نقص این نظام در هر کشور است. مجازات اجتماعی بیش‌تر با رویکرد جامعه محور و از طرف اجتماع عمل می نمایند از این رو همچون مجازات نیستند که فقط با زور و قوه قهریه حکومت اعمال شوند و چه بسا تقلید از کشورهای دیگر متناسب با وضعیت جامعه نباشند. در رویه زندان‌ها، سربازان مسلح و دیوارهای بلند محافظت می‌کنند، اما حصار مجازات اجتماعی کنترل اجتماع و پذیرش و اقناع افکار عمومی است، لذا این مسأله از جامعه به جامعه‌ای دیگر و از شهری به شهر دیگر متفاوت است. به همین دلیل نمی‌توان قوانین مربوط به مجازات اجتماعی را با شیوه ترجمه متون خارجی به‌دست‌آورد و تدوین اینگونه مقررات نیاز به پژوهش و تدقیق در اوضاع و احوال هر جامعه دارد و باید متناسب با فرهنگ ملی هر جامعه باشد. به بیان دیگر این مقررات و سیاست باید بومی، مردمی و قابل تطبیق با نگرش‌ها و ارزش‌های جامعه باشد. نگاهی جامعه به توانایی قوه قضاییه و شیوه برخورد با بزه‌کار از موفقیت نظام عدلی می‌تواند باشد. در ارتباط به جایگزین‌ها؛ نگاه شهروندان بسیار مهم است. اگر باور عمومی جامعه به این باشد که جایگزین کارایی لازم را ندارد و باعث بازدارندگی نمی‌شود، موفقیت این سیاست با چالش جدی مواجه است، لذا برای بسترسازی باور عمومی نیازمند اطلاع رسانی درست است و باید آثار و فواید این سیاست به مردم درست

ضرورت جایگزین‌های حبس و سازوکارهای آن در حقوق جزای افغانستان/ ۲۰۵

تبیین گردد که این شیوه تربیتی و اصلاحی برای بهبود وضعیت و اصلاح مجرمین بهتر و مفیدتر از زندان است. بنا براین باید جامعه مدنی و نهادهای مانند انجمن ها، شفاخانه ها، مؤسسات نگهداری بزرگسالان و ... را از اهمیت نقشی که در ایفای جزایهای اجتماع محور بر عهده دارند آگاه ساخت. در این صورت است که جامعه بیشتر در مقابل مجرمان احساس مسئولیت می‌کند. اگر اطلاع رسانی عمومی و تعامل مفید با نهادهای اجتماعی در کار نباشد، دستیابی به اهداف جایگزین‌های زندان و مجازات اجتماعی با چالش‌های روبرو خواهد شد. روش و ماهیت اطلاع رسانی به گونه‌ای باشد که ذهنیتی نسبت به ارفاق قایل شدن برای مرتکب ایجاد نشود، بلکه نگاهی جامعه به این نوع واکنش نگاهی تنبیهی و شیوه دیگری محرومیت و محدودیت آزادی مرتکب باشد. فرهنگ‌سازی این تدبیر باعث جلب کمک و حمایت مردمی می‌شود و در صورت توجیه نشدن افکار عمومی و آگاهی رسانی درست، دولت در اجرای این برنامه ناکام خواهد ماند. از طرف دیگر اوضاع حاکم در جوامع و فرهنگ و آداب و رسوم در واکنش به تدابیر جایگزین متفاوت است. در جوامع که از بحران‌های داخلی و منطقه‌ای و یا بین‌المللی رنج می‌برند، ممکن است این سیاست را نپذیرند، لذا کارآیی و موفقیت آن در افغانستان کنونی ممکن است با مقاومت افکار عمومی و توده مردم روبرو شود. این وضعیت، دشواری مسئولیت متصدیان امور را چند برابر و مشکل‌تر می‌نماید که در کنار اتخاذ سیاست سنجیده و تربیت نیروی انسانی لازم، از طریق رسانه‌ها افکار عمومی جامعه را برای پذیرش آن آماده نمایند.^{۲۶}

د) آمادگی قضات:

از موارد دیگر ضروری در موفقیت سیاست جایگزین‌های حبس، آن است که به صورت خاص در نهاد قضایی فرهنگ سازی گردد تا مورد پذیرش قضات واقع شود. امروزه قضات به‌ویژه در افغانستان به صدور حکم محکومیت و تعیین مجازات حبس مصروف اند. از دید قاضی ممکن است، بهترین و آسان‌ترین شیوه ختم پرونده اصدار حکم محکومیت به حبس باشد که بخشی از این نگرش معلول شیوه قانونگذاری است که باید از طریق آموزش و برنامه‌ای مشخص این نگرش در قضات تعدیل و تلطیف شود. قضات باید بستر ساز، تغییر قوانین به نفع اجتماع باشند. در نزد قاضی باید فردی که تمام امکانات رفاهی برای او فراهم است و در عین حال مرتکب جرم می‌شود

۲۶. نظر سنجی که از چندین کشور در مورد کارآیی جایگزین زندان انجام شده، آمار متفاوت را از بابت رضایت و عدم رضایت مردمی نشان می‌دهد. ر.ک. محمدرضا گودرزی بروجردی و لیلا مقدادی؛ کیفرشناسی نوین، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۴، ص ۳۰.

با شخصی که با فقر در گیر هست تفاوت داشته باشد. این تغییر نگرش سبب می شود که نهاد قضایی خود شرایط قانونی و اجتماعی جایگزین های زندان را فراهم نمایند و در نهادهای این سیاست نقش اصلاحی را ایفا نمایند.

به این ترتیب برآیند و نتیجه سخن آن است که سیستم مجازات زندان با مشکلات بسیاری روبرو است. برای برون رفت از این مشکلات باید در اندیشه سیاست جدید در مقابله با مجرمان بود که امروزه بنام «سیاست جایگزین های حبس» معروف است. افغانستانی که در همه ابعاد کشوری و ملی در حال گذار از یک وضعیت ثابت و ناقص به سمت حالت بهتر است، بایسته و شایسته است که در بخش سیاست جزایی «استفاده از جایگزین ها» را همت خود قرارداده و با سازوکار و شرایط مناسب آن، در همین آغاز راه، تحول و تغییر بنیادین را پیگیری نماید که این امر در مرحله قانونگذاری به خوبی انجام شده است و الان نوبت عمل و تطبیق است که نهادهای عدلی و قضایی به تناسب جرم و مجرم و مطابق با معیارهای که قانون مشخص کرده است، از مجازات جایگزین استفاده کرده و حکم مقتضی را صادر نماید.

چارچوب اختیارات نیروهای مسلح در قانون اساسی^۱

غلام حسن گران

چکیده

نیروهای مسلح در درازای تاریخ در واقعیت امر حافظ ارزش‌ها و اقتدارگرایی نظام سیاسی حاکم در کشورها می‌باشد اما در سده بیست و یکم به‌ویژه در زمان جنگ سرد بنابر کثرت وقوع کودتاهای نظامی و به‌دنبال آن در سیر روند مردم‌سالاری، کثرت‌گرایی سیاسی و تجربه نظام‌های تمامیت‌خواه یک‌باب گفتمان گسترده را پیرامون مبنای قانون اساسی نیروهای مسلح و اختیارات آن‌ها در علوم سیاسی و حقوقی باز نموده است به‌همین گونه یک‌تعداد کشورهای پسا بحران خواسته اند با عطف توجه به مشروعیت اقدام نیروی‌های مسلح و تحدید فعالیت آن‌ها در گستره سیاست‌های ملی در قوانین اساسی شان حوزه اختیارات نیروهای مسلح شان را با توجه به اصل سیطره حکومت ملکی تعریف نموده و آن‌را مهار بسازند. قانون اساسی افریقای جنوبی یک الگوی خوب این مدعا می‌باشد.

نویسنده این مقاله سعی بر آن داشته است تا در جنب بازتاب نظریات چند دانشمند شاخص، ابعاد گوناگون این مسایل را چون قیادت نیروهای مسلح، اصل قانون اساسی نظارت و توازن در عرصه نیروهای مسلح و تعامل سیاسی آن، مشروعیت حقوقی نیروهای مسلح، مسئولیت نیروهای مسلح در برابر قوانین بین‌المللی، نیروهای مسلح در متون قوانین اساسی کشورهای دارای الگوهای متفاوت سیاسی را به بحث بگیرد. در راستای این مباحث نویسنده مسئله دیگر را که در سال‌های اخیر تحت عنوان مناسبات ملکی - نظامی داغ گردیده است نیز در محراق توجه خویش قرار بدهد. در محور این عنوان قدر مسلم اینست که در برخی از کشورهای کودتا خیز چون ترکیه و پاکستان تعمیق و گسترده‌گی این مناسبت چه‌گونه می‌تواند بحیث یک عنصر بازدارنده اجتماعی و سیاسی؛ پویایی نظم مردم‌سالاری را از گزند مداخله نظامی در امان داشته باشد.

1. Constitutional Framework of Armed Forces and their powers

مقدمه

درهرنظام نیروهای مسلح صرف نظر از ماهیت آن که از نظام سیاسی حاکم منشا می‌گیرد، در واقعیت حافظ ارزش‌ها و تداوم نظام سیاسی می‌باشد. سیرروند مردم سالاری و کثرت‌گرایی سیاسی، تجربه نظام‌های استبدادی و تمامیت‌خواه در درازنای تاریخ و کثرت کودتاهای نظامی به‌ویژه پس از جنگ دوم جهانی گفتمان‌های جامع را پیرامون مبنای قانونی نیروهای مسلح و اختیارات آن‌ها در علوم سیاسی و حقوقی پدید آورده است. در این مبحث مبنای قانون اساسی نیروهای مسلح به‌گونه مختصر در نظام‌های گوناگون سیاسی تحت مطالعه قرار داده شده است.

اول: مبنای قانون اساسی نیروهای مسلح

قیادت نیروهای مسلح

نظر به نظام قوانین اساسی کشورهای جهان، دراکثر نظام‌های ریاستی و صدارتی مبتنی بر کثرت‌گرایی سیاسی و لیبرال دموکراسی، شاهی مطلقه و نظام‌های تمامیت‌خواه شاهان و روسای جمهور قیادت نمادین نیروهای مسلح کشور را به‌عهده دارند که قدیم‌ترین تجویز در این مورد ماده دوم قانون اساسی آمریکا می‌باشد که رئیس‌جمهور سرقوماندان نیروهای مسلح است. مگر درچند کشور محدود برخی استثنائات موجود بوده، به‌گونه مثال در اسرائیل و جاپان سرقوماندانی به‌عهده صدراعظم و در آلمان به‌عهده وزیر دفاع ملی می‌باشد.

صلاحیت اجرایی و تکتیکی نیروهای مسلح حسب احکام قانون اساسی در زنجیره فرمان‌دهی (سوق - اداره) ^۲ به‌عهده وزیر دفاع و لوی درستیز تفویض شده است. در کشورهای کثرت‌گرای سیاسی وزیر دفاع شخص ملکی و منسوب به حزب حاکم می‌باشد اما سوق و اداره تکتیکی نیروهای مسلح در حیطه صلاحیت لوی درستیز است.

نظارت بر نیروهای مسلح

پارلمان‌ها مطابق نظام قانون اساسی کشور بر نیروهای مسلح نظارت دارند این نظارت شامل تصویب ساختارهای نیروهای دفاعی، بودجه، تهیه تسلیحات، سوق نیروهای مسلح به سفربری و جنگ و سایر امور مربوط بر وفق مندرجات قانون اساسی کشورهای مختلف می‌باشد. این عملیه نظارتی مطابق اصول پارلمانی کشورها توسط ساختارهای پارلمانی مانند کمیسیون ویژه نیروهای

مسلح صورت می‌گیرد.

نظارت و توازن قانون اساسی

در قوانین اساسی نظام‌های مبتنی بر تفکیک قوا و کثرت‌گرایی سیاسی؛ زنجیره نظارت و توازن بخاطر حفظ مبنای قانون اساسی نیروهای مسلح رعایت شده‌است. به این ترتیب که اگر در یک طرف اداره ساختارهای دفاعی و امنیتی با رعایت سلسله مراتب از رئیس‌جمهور به پائین به رعایت زنجیره فرماندهی مرتب شده است، در سوی دیگر به منظور نظارت و توازن، معادله‌های قانون اساسی به ترتیب تنظیم شده که حوزه صلاحیت و اختیارات هر اقدام نیروهای مسلح در حیطه چند مرجع می‌باشد و صلاحیت اداره و استعمال نیروهای مسلح در بین چند مرجع توزیع گردیده است. به همین گونه تعینات و مقرری‌های مقامات ارشد نیروهای مسلح که از جانب رهبران سیاسی صورت می‌گیرد مطابق تجویز قانون اساسی برخی از کشورها بایست به تائید پارلمان نیز برسد.

رئیس‌جمهور اعلان جنگ و یا سوق و سفربری را می‌نماید، اما این سفربری و اعلان جنگ مشروط به تائید پارلمان می‌باشد. حکومت ساختارها و بودجه نیروهای مسلح را تنظیم می‌نماید مگر این انتظام بایست به تصویب پارلمان برسد.

به همین گونه نظارت بر نیروهای مسلح از جانب کمیسیون‌های مختلف پارلمانی صورت می‌گیرد، اعمال چنین نظارت متضمن معادله نظارت و توازن در قانون اساسی کشورها می‌باشد.

پی‌گرد عدلی و قضایی منسوبین نیروهای مسلح

تخلفات و وظیفوی منسوبین نیروهای مسلح در کشورهای گوناگون تحت نظام واحد عدلی و قضایی توسط خارنوالی و محاکم نظامی تحت رسیدگی قرار می‌گیرد.

دوم: مشروعیت حقوقی نیروهای مسلح

کشورهای جهان به منظور قانونی ساختن نیروهای مسلح و به منظور تفویض مشروعیت به این نیروها تحت قانون اساسی به وضع قوانین ارگانیکی و عادی در این عرصه پرداخته‌اند. این مشروعیت شامل تعیین حدود و اختیارات عملیاتی و اجرائیوی این نیروها می‌باشد. برخی کشورها مانند آفریقای جنوبی قانونمندی و مشروعیت نیروهای مسلح را به تفصیل در متن قانون اساسی در فصل یازدهم در مواد (۲۰۰ تا ۲۱۰)^۳ با فروعات آن تصریح نموده‌است. بر مبنای این

3. The Constitution of the Republic of South Africa, 1996- Ministry of Justice.

قوانين اصل استخدام نیروهای مسلح در زمان صلح و جنگ (حضر - سفر) در زنجیره فرماندهی سازمانی توسط مقامات سیاسی و نظامی تصریح می‌گردد.

قوانين اساسی و قوانين ارگانیک به منظور تأمین مشروعیت اقدامات اجرایی نیروهای مسلح حدود اختیارات و شرایط استخدام این نیروهای را در وظایف مختلف مانند: روابط ملکی - نظامی، مشارکت نیروهای مسلح در حالات صلح آمیز مانند امور عمرانی، اشتراک در وظایف امداد رسانی و نجات در واقعات غیر مترقبه و آفات طبیعی، وظایف امنیت داخلی و امن عامه، شورش‌های داخلی و در نهایت وظایف دفاع ملی تنظیم نموده است.

بی طرفی سیاسی نیروهای مسلح یک اصل دیگر کسب مشروعیت ملی این نیروها محسوب می‌شود. قوانين اساسی و قوانين ارگانیک اصل بی طرفی سیاسی نیروهای مسلح را به گونه‌ای مرتب ساخته است تا نیروهای مسلح تحت مدیریت کلان رهبران ملکی تنها به نظام سیاسی و قانون اساسی کشور که متضمن دفاع و حراست از حاکمیت ملی و تمامیت ارضی کشورشان می‌باشد متعهد بوده و در جریانات سیاسی مداخله نمی‌نمایند.

سوم: موقف نیروهای مسلح در پرتو قوانین بین‌المللی

نیروهای مسلح قانونمند بر علاوه اینکه مشروعیت خویش را از قوانین ملی کسب می‌نمایند، پابند به تعهدات منعقد بین‌المللی نیز می‌باشند که حکومت‌شان طی عقد موافقتنامه‌های دوجانبه، چند جانبه و با الحاق به میثاق‌های بین‌المللی رعایت آن را به عهده گرفته‌اند.

یکی از این قوانین بین‌المللی بشر دوستانه که در حقیقت امر اصول جنگ را در منازعات مسلحانه تصریح می‌نماید چهار قرار داد بین‌المللی منعقد ۱۲ اگست ۱۹۴۹ ژنوا^۴ می‌باشد. مخاطب این چهار قرار داد بصورت کل، نیروهای مسلح کشورهای عقد کننده هستند. در واقعیت چهار سند مذکور تعهد نیروهای مسلح را در چارچوب قوانین بین‌المللی نشان می‌دهد.

چهار قرار داد فوق و ضمائم آن قرار ذیل می‌باشد:

۱. قانون اول: پیرامون مجروحین، بیماران
۲. قانون دوم: پیرامون وضعیت مجروحین، بیماران، غریقان کشتی شکسته‌گان قوای مسلح
۳. قانون سوم: وضعیت اسیران و رفتار با آنها
۴. قانون چهارم: حمایت از مردم غیر نظامی در زمان جنگ

4. Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement, Law of Geneva (Convention), International Committee of the Red Cross, Thirteenth Edition 1994.

چارچوب اختیارات نیروهای مسلح در قانون اساسی/ ۲۱۱

۵. پروتوکول منضمه اول: در مورد حمایت قربانیان جنگ (افراد ملکی)
۶. پروتوکول منضمه دوم: در مورد حمایت قربانیان جنگ (افراد غیر ملکی) در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی

چهارم: مناسبات ملکی - نظامی

پس از جنگ دوم جهانی و به ویژه در دوران جنگ سرد طی وقوع کودتاها بالخاصه در جهان سوم، مناسبات ملکی - نظامی فزونی یافت از این پس بحث روابط ملکی - نظامی وارد بحث‌های اکادمیک شد. گرچه تاریخچه این مباحث به سن سیزده و فون کلازویتز^۵ بر می‌گردد. اما در زمان معاصر ساموئل هانتینگتون^۶ به‌ویژه با الهام از ماهیت و تبعات این کودتاها نظریات نوینی را در آثار گوناگون خویش ابراز داشت.

هانتینگتون در یکی از نظریات معروف خویش درقبال کودتاها که موج آن در دهه‌های پنجاه الی هفتادم سده بیستم در یک بخش گسترده جهان سوم از آمریکای لاتین گرفته تا آفریقا و آسیا، کشورهای گوناگون را آماج قرار داده بود؛ موضوع بنیادی گزار از پراتوریانیسم^۷ الیگارشیک به پراتوریانیسم افراطی و یابه عباره خودش «کودتاها بنیادی و سرباز به‌گونه‌ای خاص به عنوان اصلاح گر» پرداخته و در نخست پراتوریانیسم را به مثابه «تباهی سیاسی» معرفی نمود ولی از طریق ارایه این نظریات او تلاش به خرچ داده تا سفارشی را برای چارچوب قانونی و سیاسی برای آن نظامیانی تجویز نماید که چنین جوامع را از نظر سیاسی در معرض تغییر قرار داده‌اند.^۸

هیچنین هانتینگتون در فرجام تمرکز به این داشته تا در جوامع مدنی روابط ملکی - نظامی

5. Sun Tzu, the Art of War, Translated by Thomas Cleary, Published by SHAMHALA Boston & London 2005. One of the doctrine of Sun Tzu about the Civil Leadership P. 49 of said book.

6. Carl von Clausewitz, (ON WAR) Princeton University Press 1989 – Princeton, New Jersey United State of America.

(War is not an Isolated act - p.78, War does not consist of a single short blow - p.79) (تمام پاورقی‌ها مطابق رهنمود ماکس پلانک معیاری گردد)

7. The Soldier and State, Harvard University Press 1957- Subject: Civilian Control of Military - United State of America, p. viii- p. 57- p.155

Political Order in Changing Societies, Samuel Huntington, Persian Translation:

سامان سیاسی در جوامع دستخوش دگرگونی: سمونل هانتینگتون، ترجمه محسن ثلاثی چاپ سوم: ۱۳۸۲ چاپ حیدری تهران - ایران

۸. Praetorianism این روش سیاسی از پراتور، یک مقام نظامی در زمان روم باستان گرفته شده که بحیث یک مقام نظامی در امور قضایی و اجرایی وقت مداخله می‌نمود.

۹. Political Order in Changing Societies. « ترجمه فارسی این کتاب: سامان سیاسی در جوامع دستخوش دگرگونی، ترجمه محسن ثلاثی - چاپ سوم، چاپ حیدری سال ۱۳۸۲ - ایران»

چگونه برقرار گردد؛ در کتاب معروفش «سرباز و دولت»^{۱۰} به نظر او؛ در این گونه نظام‌ها دو دنیای متضاد وجود داشته که یکی از آن جامعه نظامی دارای عادات و ارزش‌های محافظه‌کارانه و دنیای دیگر ملکی‌ها با طبیعت لیبرال هستند. این دو دنیا دارای نهادهای جداگانه و اصول و نورم‌های ویژه‌شان می‌باشد پس باید ملکی‌ها بایست بالای نظامیان به یک نوعی تسلط خویش را برقرار سازند؛ ضمن ارایه راهکارهای گوناگون او در این راستا بالای «مسلکی‌سازی نظامی»^{۱۱} تاکید نموده‌است.

هم‌زمان با ارایه نظریات هانتینگتون که مبتنی بر جدایی اداره سیاسی نیروهای مسلح توسط ملکی‌ها بود در آن‌سوی دیوار آهنین نظریه پردازان مارکسیست-لنینیست، شماری از حکومتی را که در موج نظام‌های سیاسی کودتا زای دوران سرد بوجود آمده بودند از نظر مفکوره و در باطن امر در ستراتیژی درازمدت‌شان متحدین نیرومند اردوگاه سوسیالیسم و انمود ساخته و آن‌ها را تحت عنوان کشورهای «سوسیالیسم واقعاً موجود و دموکراسی» در زمره متحدین شان حساب می‌نمودند. بوریس پونوماریف نظریه‌پرداز مهم و معروف زمان جنگ سرد که عضو مشاوریت پلیت بیرو و دبیر کمیته مرکزی حزب کمونیست شوروی بود؛ ده هفتاد را بخاطر مواجهه نظام سرمایه‌داری با بحران‌های اقتصادی و سیاسی عصر برتری اتحاد شوروی و کشورهای عضو پیمان وارسا دانسته و کشورهای لائوس، آنگولا، ایتوپیا، موزامبیک، افغانستان و یمن جنوبی را که از طریق کودتاهای نظامیان بوجود آمده و سمت‌گیری سوسیالیستی خویش را اعلام نموده بودند در تر خویش سرمشقی خوبی به راه اندازی چنین کودتاهای نظامی توسط سایر کشورهای جهان سوم برای به میان آوردن نظام‌های دارای سمت‌گیری سوسیالیستی می‌پندارد.^{۱۲}

پس از فروپاشی اتحاد شوروی سابق که نظریه پردازی‌ها و گام‌های نوین عملی برای دگرگونی نظام‌های تمامیت‌خواه به نظام‌های مردم‌سالار در گیتی پدید آمد روابط ملکی-نظامی یک باردیگر در معرض توجه قرار گرفت. با ترکیب مستقیم و غیر مستقیم در چگونگی این روابط، نظریات تازه به‌منظور روی آوردن بسوی نظام‌های مردم‌سالار در محراق گفتمان‌ها قرار گرفت. سه

10. Soldier and State, Publisher: Harvard University 1957 – United State of America . The Military Mind: Conservative Realism of the Professional Military Ethic p.59

Power, Professionalism, and Ideology : civil Military Relation in Theory p.80 (تمام ماخذ و پاورقی‌ها مطابق رهنمود معیاری گردد).

11. Military Professionalism

۱۲. سوسیالیسم واقعاً موجود و نقش و اهمیت بین المللی آن، سخنرانی بوریس پونوماریف عضو پلیت بیرو و دبیر کل کمیته مرکزی حزب کمونیست اتحاد شوروی در کنفرانس تیوریک بین المللی در صوفیه ۱۲-۱۵ دسامبر سال ۱۹۷۸ - برگردان فارسی توسط: م. پور هرمان - انتشارات حزب توده ایران ۱۳۵۷.

عنوان به‌خاطر گذار از نظام‌های خشونت سیاسی، تمامیت خواهی مفکوروی، و جلوگیری از انجام کودتاها و نظامی‌گری موردگفتمان قرار گرفت که در برابر آن روابط ملکی- نظامی از طریق اداره سیاسیون بالای نظامی‌ها، دموکراتیزه ساختن جوامع با خیزش مردم و یا تعمیم ارزش‌های مدنی در محراق توجه قرار داده شد. فرانسیس فوکویاما پیش‌تاز این عرصه شد و با باز کردن یک گفتمان نوین هم‌زمان با ارایه نظریات ساموئل هانتینگتون پیرامون مسیر سیاسی قرن بیست و یکم^{۱۳} زمینه جدال سیاسی را پدید آورد.

فوکویاما معتقد است؛ در صورتی که تاریخ بشری از یک راه و راه‌های گوناگون دیگری به سمت دموکراسی هدایت می‌شود، این پرسش در این صورت به نقطه قوت لیبرال دموکراسی مبدل خواهد شد.^{۱۴}

در پرتو این همه نظریات روابط ملکی- نظامی از نظر سیاسی در یک جمله بازتاب مناسبات رهبری سیاسی با قوماندانان نیروهای مسلح می‌باشد، به همین‌گونه روابط ملکی- نظامی از نگاه اجتماعی برقراری مناسبات در حوزه صلاحیت نظامی و حوزه کار نهادهای مدنی تلقی می‌گردد. در جهان امروز مناسبات ملکی- نظامی در چارچوب قانونی نیروهای مسلح متمرکز بالای موضوعات ذیل می‌باشد:

۱. فرماندهی نظامیان توسط سیاسیون بر مبنای قانون اساسی در نظام سیاسی یک کشور؛
۲. کودتازایی در نیروهای مسلح و حفظ بی‌طرفی سیاسی نیروهای مسلح؛
۳. تأمین ثبات نظام سیاسی؛
۴. مساعدت نیروهای نظامی به مردم در زمان صلح و جنگ (حضر- سفر)؛
۵. رعایت قوانین بشر دوستانه جنگ (قراردادهای ژنیو)؛
۶. سرمایه‌گذاری بالای مناسبات ملکی- نظامی در راستای تعامل متقابل ملکی- نظامی؛

پنجم- سهم‌گیری نیروهای مسلح در وظایف زمان صلح (حضر)

مطابق تجویز برخی از قوانین اساسی کشورها و قوانین و مقررات داخلی آن‌ها، نیروهای مسلح بعضی از کشورها موظف‌اند تا در زمان صلح در برخی کارهای عمرانی و همچنین وقوع آفات

13. Huntington, Samuel و Clash of Civilization, Publisher: Simon & Schuster 1997- United State of America

(مطابق رهنمود معیاری گردد. فرضاً ص ملأخذ ذکر نشده است)

14. Fukuyama, Francis, The end of History and the last man, 2006 (New York: The Free Press, 1992).

ترجمه فارسی پایان تاریخ و انسان واپسین، فوکویاما، فرانسیس - مترجمین عباس عربی، زهره عربی - ناشر: سخن‌کنده سال ۱۳۹۳، تهران - ایران، ص - ۴۱۴

طبیعی از قبیل: زلزله‌ها، سیلاب‌ها، طوفان‌ها و حالات مشابه به افراد ملکی متضرر و یا معروض به خطر خدمات و عملیات مدد رسانی و نجات را با استفاده از نیروی بشری و بکار اندازی ماشین‌ری و امکانات لوژستیکی‌شان انجام دهند.

ششم: مبنای نیروهای مسلح در قوانین اساسی کشورهای مختلف

۱- کشورهای کثرت‌گرای سیاسی

ایالات متحده آمریکا

قانون اساسی ایالات متحده آمریکا اولین قانون اساسی می‌باشد که مناسبات ملکی- نظامی و مبنای قانون اساسی نیروهای دفاعی ایالات متحده آمریکا را تصریح نموده است، در صلاحیت‌های اختصاصی کانگرس در فقره ۸ ماده اول قانون مذکور از ۱۷ صلاحیت اختصاصی که به کانگرس تفویض شده^{۱۵} آنها مربوط به دفاع ملی، اعلان جنگ، تشکیل و حمایت نیروهای دفاعی تشکیل نیروهای بحری، وضع مقررات برای عملیات نیروهای دفاعی، تنظیم تسلیحات و نیروهای شبه نظامی ایالات، و ایجاد شرایط قانونی جهت مبدل شدن نیروهای شبه نظامی به نیروهای خدمات ملی می‌باشد.

در ماده دوم قانون اساسی آمریکا به رئیس جمهور صلاحیت قومانده نیروهای مسلح کشور تفویض شده و در عین زمان سر قوماندان نیروهای مسلح می‌باشد. بموجب فقره ۱۰ ماده اول کشور بدون کسب موافقه کانگرس در زمان حضر و سفر به هیچ کشور نیرو فرستاده نمی‌تواند و نه داخل جنگ و پیمان شده می‌تواند.

فرانسه

مطابق ماده (۱۵)^{۱۶} قانون اساسی فرانسه رئیس جمهور در عین زمان قوماندان اعلی قوای مسلح می‌باشد و در این راستا نیروهای مسلح کشور را در زمان صلح و جنگ (حضر- سفر) تحت اداره شورای عالی ملی دفاعی کشور و سایر کمیسیون‌ها به پیش می‌برد.

در ماده (۳۴) قانون اساسی برای مصونیت وظیفوی افراد نیروهای مسلح و همچنین تشکیل سازی این نیروها وضع قوانین عادی پیش‌بینی شده است.

15. U.S. The Constitution of the U.S.A – House Rules and Manual Government Printing Office, Washington 2009

16. Constitution of the Republic of France, Oct 4, 1958- National Assembly of France, 2008.

ایتالیا

مطابق ماده (۸۷) ^{۱۷} قانون اساسی ایتالیا رئیس جمهور کشور سر قوماندان نیروهای مسلح کشور می باشد و وظیفه ریاست شورای عالی دفاعی را نیز به عهده دارد.

هند

سیستم قانون اساسی هند یکی از پیچیده ترین نظام قانون اساسی در جهان می باشد که طی مرور زمان استقلال هند به یک سیستم حقوقی ملی مبدل شده است. مطابق ماده (۳۰۹) ^{۱۸} قانون اساسی هند نیروهای مسلح هند نیز تحت عنوان خدمات عامه آمده و صبغه تفسیری قانون اساسی آن کشور منسوبین نیروهای مسلح را بحیث مامور خدمات عامه می پذیرد. مطابق فقره ۲ ماده ۵۲ قانون اساسی این کشور رئیس جمهور سر قوماندان نیروهای مسلح کشور می باشد.

۲. کشورهای که مبنای قانونی اساسی نیروهای مسلح مقید به تعهدات بین المللی می باشد:

آلمان

آلمان یکی از استثنایی ترین کشورهای می باشد که مبنای قانون اساسی نیروهای دفاعی آن تحت یک رژیم خاص قرار داشته. این استثنا ناشی از پیش زمینه تاریخی و تجارب تلخ دوران آلمان نازی می باشد. از این لحاظ سعی بر آن شده تا در قانون اساسی کشور اداره و طرز استفاده از نیروهای دفاعی کشور در یک نظم دقیق قانونی و تحت اداره حکومت ملکی تنظیم گردد.

آلمان پس از جنگ جهانی اول (۱۹۱۴) براساس قرارداد ورسای محکوم به ایفای تعهدات بسیار کمرشکن در برابر کشورهای متفقین محکوم شد. از آن جمله آلمان می بایست نیروهای مسلح خویش را به یک صد هزار نفر کاهش می داد و نیروهای مسلح اجازه داشتن تانک، سلاح سنگین، زیر دریایی و وسایط موتوریزه را نداشت، از سربازگیری محروم بود. همچنین اجازه نداشت تا نیروی هوایی و نیروی بحری داشته باشد. به همین ترتیب پس از جنگ جهانی دوم بین سال های ۱۹۴۵ و ۱۹۴۶ اردوی آلمان توسط کشورهای فاتح متفقین دوباره منحل و آلمان در یک محدودیت نظامی قرار گرفت اما در اواسط دهه پنجاهم آلمان نیروهای مسلح خویش را افزایش داد و عضویت پیمان نظامی ناتو را نیز حاصل نمود.

پس از اتحاد هر دو آلمان و پایان جنگ سرد؛ آلمان نظر به قانون اساسی جدید (اصول اساسی)

17. The Constitution of the Italian Republic, Camera Dei Deputati , 27 June 2003.

18. The Constitution of India, Published by Lok Sabha Secretariat 2006.

نیروهای مسلح خویش را به گونه یک اردوی مجهز و متعارف دوباره تجدید سازمان نمود. نظر به قانون اساسی منتشره سال ۲۰۱۰^{۱۹}؛ اعلام حالت دفاعی کشور در وضعیت خطر قریب الوقوع در ماده ۱۱۵ اصول اساسی آلمان در حیطه تصویب هر دو مجلس پارلمان می باشد. هر شهروند ۱۸ ساله آلمانی مکلف به سپری نمودن خدمت عسکری می باشد مگر اینکه به حکم وجدان خویش حاضر به انجام خدمت نظامی نباشد؛ در این صورت مطابق قانون عادی شهروند مجلوب مکلف به خدمت بدیل نظامی است.

یکی از استثنائات که در سیستم پارلمانی آلمان در مورد نیروهای دفاعی و مسلح کشور به چشم می خورد اینست که بر علاوه کمیته پارلمانی امور دفاعی مطابق ماده ۴۵ اصول اساسی یک کمیشنر پارلمانی جهت نظارت و تامین حقوق اساسی نیروهای دفاعی تعیین می گردد تا بوندستاک را غرض نظارت پارلمانی در این عرصه همکاری نماید. برخلاف سایر کشورها سرقوماندانی قوای مسلح کشور مطابق ماده ۶۵ اصول اساسی در حیطه وزیر دفاع فدرال می باشد. بر وفق ماده ۸۷ اصول اساسی در حالت اضطرار و تشنج نیروهای دفاعی از حقوق و دارایی مردم پاسداری نموده و از نیروی های پولیس، ترافیک و پولیس سرحدی حمایت می نماید.

جاپان

جاپان پس از جنگ دوم جهانی که به اثر پرتاپ دو بم اتمی بالای شهرهای هیروشما و نگاساکی در برابر متفقین به زانو درآمد و به عین سرنوشت آلمان دچار شد و در سال های ۱۹۴۵-۱۹۴۶ نیروهای مسلح آن منحل گردید، در سال ۱۹۴۷ قانون اساسی جدید در ماده نهم^{۲۰} خویش با توجه به تبعات ناگوار رژیم ملیتاریستی گذشته جاپان را از تشکیل نیروهای که کشور را در حالت جنگ یا تجاوز نگهدارد، ممانعت نموده است. در عمل صدراعظم قوماندان اعلاى قوای مسلح می باشد و نیروهای مسلح جاپان حیثیت نیروهای دفاع خودی^{۲۱} را دارد.

نظر به این خصوصیات نیروهای مسلح جاپان وظایف شبه نظامی را انجام داده و در خدمات ملکی و وظایف فرامرزی امور لوجستکی را انجام می دهد و در برخی موارد دیگر از پایگاه های نظامی ایالات متحده آمریکا حمایت می نماید. یکی از وظایف فرا مرزی وظیفه سوخت رسانی به نیروهای ایالات متحده آمریکا در افغانستان و عراق بود.

19. The Basic Law for the Federal Republic of Germany - Deutscher Bundestag Oct 2010. (Available at link)

20. Constitution of Japan, National Deit of Japan 2002.

21. Self Defense Forces (SDF)

چارچوب اختیارات نیروهای مسلح در قانون اساسی/ ۲۱۷

مع الوصف خصوصیات و شرایط فوق نیروهای مسلح جاپان در سال‌های اخیر با توجه به شرایط که در منطقه و جهان بوجود آمده بصورت محدود انکشاف تکنیکی و بشری نموده است از آنجمله تهدیدهای که از ناحیه تهدید فزاینده نیروی اتمی کوریا در منطقه بوجود آمده جاپان را واداشته است تا در این آواخربه انکشاف نیروهای مسلح خویش توجه نماید.

۳- کشورهای کودتا خیز

پاکستان

قانون اساسی پاکستان به منظور تسجیل مبنای قانون اساسی نیروهای مسلح کشور در یک فصل مستقل تحت عنوان نیروهای مسلح ساختار، اختیارات و مکلفیت‌های نیروهای مسلح را پیش‌بینی نموده است.

مطابق ماده ۲۴۳ قانون اساسی آن کشور، حکومت فدرالی صلاحیت سوق و اداره نیروهای مسلح را دارد. قوماندانی اعلاى نیروهای مسلح در حیطه رئیس‌جمهور بوده و رئیس‌جمهور در متابعت به قانون دارای صلاحیت‌های ذیل می‌باشد:

۱. ایجاد و حراست نیروهای نظامی، بحری و هوایی و نیروی احتیاط آن‌ها؛
۲. اعطای امتیازات به نیروهای مسلح؛
۳. تعیین رئیس لوی درستیزهای مشترک، لوی درستیز، لوی درستیز بحری، لوی درستیز هوایی، و تعیین معاشات و امتیازات آن‌ها؛
- وظایف نیروهای مسلح مطابق ماده ۲۴۵ قانون اساسی تحت هدایت حکومت فدرال قرار ذیل می‌باشد:

۱. دفاع پاکستان در برابر تجاوز خارجی؛
۲. در متابعت به قانون اجرای وظایف ملکی عندالمطالبه؛
۳. حکومت فدرال بخاطر اعمال این صلاحیت تحت مؤاخذة محکمه قرار گرفته نمی‌تواند.
۴. محکمه عالی در حوزه صلاحیت قضایی خویش پیرامون اعمال صلاحیت ملکی نیروهای مسلح رسیدگی کرده نمی‌تواند.

مطابق ماده ۲۲۷۰ قانون اساسی رئیس‌جمهور صلاحیت اجرا و وضع مقررہ حکومت نظامی

این ظواهر و شکلیات قانون اساسی پاکستان در مورد نیروهای مسلح پاکستان یا اردوی پاکستان است، اما ارتش شناسی پاکستان در سیاست‌های امروز به یک بخش از مطالعات سیاسی و نظامی در جهان و به‌ویژه در نهادهای اکادمیک، اندیشه‌گاه‌ها و سایر مراجع سیاسی و علمی مبدل شده است. قبل از بحث پیرامون نیروهای مسلح پاکستان همان مقوله معروف در ذهن تداعی می‌گردد که می‌گوید «کشورها برای خود ارتش دارند، اما در پاکستان ارتش برای خود کشور دارد». گرچی پاکستان در سال ۱۹۴۷ در نتیجه انقسام شبه قاره هند به دو کشور هند و پاکستان بوجود آمد و مانند کشور هند مردم و نخبه‌های سیاسی پاکستان نیز از بدو پیدایش این کشور به حاکمیت دموکراتیک و فرهنگ مردم سالاری آشنایی و رغبت دارند، ولی با توجه به شرایط گسستنی و ناپایدار اجتماعی و جغرافیوی پاکستان این اردو است که بحیث یک نهاد توانا، هدفمند و ناگسستنی در هسته اردوی برتانوی متشکل شده و هر آن توانایی سرنگون ساختن حکومت ملکی را از طریق مداخله نظامی و سیاسی دارند.

مبنای اردوی پاکستان با تابعیت از الگوی انگلیسی اقتدار نژادی پنجاب بر مبنای ایدیالوژی اسلام است. دورهر نظامی پاکستان مارشال محمد ایوب خان و جنرال ضیاء الحق بیش از دیگران کوشیدند تا به منظور نیل به ستراتیژی‌های نظامی این کشور اندیشه‌های بنیادگرایانه را به مثابه یک ابزار ستراتیژیک در اردو نهادینه بسازند.

اردوی پاکستان برای هر دو همسایه خویش، هند و افغانستان دارای ستراتیژی ویژه می‌باشد و به منظور ادامه این ستراتیژی نیروهای نیابتی را به شمول طالبان و سایر گروپ‌های نظامی در افغانستان و کشمیر دارند.

اردوی پاکستان بخاطر اداره کلان کشور در کلیه سیاست سازی‌های اقتصادی، اجتماعی و اداره روابط خارجی کشور و حتی نصاب سازی معارف نقش و نظارت مستقیم دارد. سازمان استخبارات نظامی «خدمات داخلی استخباراتی»^{۲۳} از طرف اردو کلیه این فعالیت‌ها را اداره و نظارت می‌نماید.

تجربه سیاسی پاکستان از سال ۱۹۴۷ تا کنون همواره مبنی بر مداخله نظامیان در حیات ملکی و سیاسی کشور بوده. اردو هروقتی که خواسته بنام حفظ ثبات و سلامت سیاسی و ارضی پاکستان دست به کودتاها زده و حکومت ملکی را ساقط و پارلمان را با صدور فرمان تقنینی

چارچوب اختیارات نیروهای مسلح در قانون اساسی/ ۲۱۹

منحل ساخته و سپس از محکمه عالی خواسته‌اند تا قرار توجیه کودتا را با استفاده از «دکترین ضرورت»^{۲۴} صادر نمایند. دکترین ضرورت که تازه وارد قاموس سیاسی شده؛ ساخته و پرداخته نظامیان پاکستانی بوده که فعالیت‌های فرا قانونی را توجیه می‌کند.

ترکیه:

مطابق ماده (۱۱۷) قانون اساسی ترکیه ۲۵ شورای وزیران کشور پیرامون امنیت ملی کشور واحضارات نیروهای مسلح در برابر اسامبله کبیر ترکیه مسئول است. لوی درستیز در زمان صلح/ جنگ (حضر- سفر) صلاحیت‌های خویش را بحیث قوماندان نیروهای مسلح به نمایندگی از رئیس جمهور اعمال می‌نماید. لوی درستیز به پیشنهاد شورای وزیران از جانب رئیس جمهور تعیین می‌گردد. لوی درستیز در برابر صدراعظم مسئولیت دارد.

مطابق ماده ۱۱۸ قانون اساسی شورای امنیت ملی وظایف اساسی نیروهای مسلح را تعیین می‌نماید، بر وفق ماده ۱۲۱ قبله قانون اساسی ترکیه؛ شورای وزیران پس از مشوره با شورای امنیت ملی تحت ریاست رئیس جمهور در بخشی یا بخش‌های از ترکیه می‌توانند حکومت نظامی را اعلام نموده و برای این بخش‌ها قوماندان حکومت نظامی را مقرر نمایند. مگر این ماده در نتیجه اصلاحات سیاسی رجب طیب اردوغان رئیس جمهور ترکیه و تعدیلات در احکام قانون اساسی ترکیه در مارچ ۲۰۱۷ با شماری دیگری از مواد قانون اساسی ملغی قرار داده شد.

مطابق احکام قانون اساسی رسالت اصلی نیروهای مسلح ترکیه حراست از نظام آزاد دموکراتیک، حقوق اساسی مردم مندرج در قانون اساسی، آزادی بیان و سایر آزادی‌های می‌باشد که در قانون اساسی تجویز شده است.

اگر چه تجویز قسمی یا کلی حکومت نظامی در قانون اساسی ترکیه یکی از استثنائات منحصر بفرد قانون اساسی ترکیه می‌باشد، اما درگُل اردوی ترکیه خود را وارث ارزش‌های می‌داند که بانی جمهوریت معاصر ترکیه مصطفی کمال اتاترک اساس آنرا گذاشته است. لذا نیروهای مسلح (اردو) ترکیه در طی تقریباً پنجاه سال گذشته پنج بار علیه حکومت ملکی انتخابی دست به کودتا زده و حکومت‌های ملکی را با همان روش معمول (دکترین ضرورت) اردوی پاکستان ساقط نموده‌اند.

24. Doctrine of Necessity

25. https://en.wikipedia.org/wiki/Turkish_constitutional_referendum,_2017

۴- کشورهای تمامیت خواه

کوریا شمالی

مطابق ماده ۵۹ قانون اساسی^{۲۶} جمهوری دموکراتیک کوریا نیروهای مسلح پاسدار منافع مردم کارگر و مدافع سیستم سوسیالیستی و دست‌آوردهای انقلاب بوده و در مقابل تعرض خارجی بخاطر آزادی، استقلال و وطن دفاع می‌نمایند.

اردوی مردمی کوریا توسط کمیسیون امور دولتی که توسط کیم جونگ اون رئیس دولت کوریا رهبری می‌گردد قرار دارد. در راس این اردو وزارت مردمی نیروهای مسلح و ستر درستیز قرار دارد. زنجیره سوق و اداره در کلیه سطوح نیروهای دفاعی از سلسله همین کمیسیون جریان می‌یابد. سوق و اداره سیاسی نیروهای دفاعی توسط حزب کارگران کوریا و کمیسیون مرکزی حزب کارگران صورت می‌گیرد.

ایران

مبنای قانون اساسی نیروهای دفاعی و امنیتی ایران بر مبنای وجود یک ارتش مکتبی است که در باب تمهیدی قانون اساسی ایران تصریح شده که ویژگی‌های آن عبارت اند از: ایمان و مکتب اساس و ضابطه بوده- ارتش و سپاه پاسداران انقلاب در انطباق به این هدف شکل داده می‌شوند و نه تنها حفظ و حراست از مرزها، بلکه رسالت مکتبی یعنی جهاد در راه خدا و مبارزه در راه گسترش حاکمیت قانون خدا در جهان را نیز عهده‌دار خواهند بود.

مطابق اصل ۷۹^{۲۷} قانون اساسی برقراری حکومت نظامی در ایران ممنوع می‌باشد و در حالت جنگ و شرایط اضطراری و نظیر آن دولت محدودیت‌های را پس از تصویب مجلس شورای ملی وضع می‌نماید.

با عطف توجه به جنبه مکتبی و مذهبی نیروهای دفاعی و امنیتی ایران صلاحیت‌های عمده اداره و طرز استفاده از این نیروها بدست رهبر مذهبی ایران می‌باشد، چنانچه بروفق اصل ۱۱۰ قانون اساسی رهبر مذهبی دارای صلاحیت‌های ذیل منحصر به فرد می‌باشد:

فرماندهی کل نیروهای مسلح، اعلان جنگ و بسیج نیروها، تعیین رئیس ستاد مشترک، فرمانده کل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، فرماندهان عالی نیروهای انتظامی و نظامی قانون اساسی ایران

26. [https://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_North_Korea_\(1972_rev_1998\)](https://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_North_Korea_(1972_rev_1998))

۲۷. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات بین المللی الهدی ۱۳۸۸. ماخذ معیاری گردد و بعد از ماده قانون نمی‌آید

چارچوب اختیارات نیروهای مسلح در قانون اساسی / ۲۲۱

کلیه ویژگی‌ها و مبنای اصلی قانون اساسی ارتش را در اصل ۱۴۳ محدود و تصریح ساخته است که مطابق آن ارتش بحیث یک ارتش اسلامی، مکتبی و مردمی و مومن به انقلاب اسلامی پاسداری از استقلال و تمامیت ارضی را بدوش دارد.

در پهلوی آنچه گفته آمدیم در قانون اساسی ایران به روابط ملکی - نظامی و عرضه خدمات اجتماعی نیز توجه شده است - چنانچه اصل ۱۴۷ قانون اساسی تجویز نموده تا دولت در زمان صلح از افراد و تجهیزات فنی ارتش در کارهای امدادی، آموزشی، تولیدی، جهاد سازندگی، درحدی که به آمادگی رزمی ارتش آسیب نرسد استفاده کند.

۵- افغانستان

قانون اساسی افغانستان (۱۳۸۳) درمورد ساختارهای نیروهای مسلح و صلاحیت و اختیارات آن‌ها فاقد صراحت و تجویز می‌باشد. در فقره دوم ماده (۵۵) قانون اساسی شرایط تنظیم اجرای دوره مکلفیت عسکری را به قانون عادی محول نموده است. همچنین در فقره سوم ماده ۶۴ قانون اساسی سرقوماندانی نیروهای مسلح کشور به عهده رئیس جمهور کشور گذاشته شده است. ماده (۱۳۴) قانون اساسی تنظیم کشف و تحقیق جرایم وظیفوی منسوبین قوای مسلح، پولیس و مؤظفین امنیت ملی را به قانون عادی محول ساخته است.

در افغانستان پیرامون تعیین اختیارات عملیاتی و اجرایی نیروهای مسلح کدام قانون وجود ندارد و از این ناحیه خلای درامور ناشی از اجرای وظایف نیروهای مسلح وجود دارد، تنها قوای پولیس افغانستان که مشتمل بر ساختارهای مخصوص برخی واحدهای نیروی مسلح بخاطر وظایف امن عامه، نظم عامه، و حفاظت از سرحدات ملی می‌باشد دارای قانون ویژه تحت نام قانون پولیس است. قانون پولیس کلیه وظایف اصلی (۲۵) گانه پولیس و نیروهای مسلح مربوط را در راستای امن و نظم عامه در ماده پنجم خویش به تفصیل تصریح نموده است. همچنان قانون مذکور حاوی کلیه موارد مربوط به صلاحیت‌ها و حدود و اختیارات قوای پولیس می‌باشد.

مع الوصف تجاویز قانون پولیس؛ در وزارت امور داخله نیروی مسلح دیگری بنام پولیس محلی در سال‌های اخیر تشکیل گردیده است؛ وظایف این پولیس خارج از چارچوب قانون پولیس و فاقد مبنای قانونی بوده که در اکثر ولایات افغانستان توسط قوماندانان گذشته و اعضای پارلمان تشکیل و در بسا موارد تصرفات و اعمال این پولیس مسبب بروز نارضایتی مردم گردیده و مزید بر تشدید جنگ و موارد قانون شکنی و تخلفات ضد بشری و قانون شده است.

با توجه به شرایط کنونی و پیش زمینه‌های تاریخی و سیاسی کشور ایجاب می‌نمود تا پیرامون مبنای قانون اساسی نیروهای مسلح کشور بایست احکامی تجویز می‌شد تا نظام نهادی و اختیارات نیروهای مسلح کشور را تسجیل می‌نمود. در این راستا اصل معضله اینست که وزارت دفاع ملی مانند قوای پولیس کشور قانون عادی یا ارگانیک ندارد تا مطابق یک تعریف ساختاری کلیه اجزای متشکله وزارت دفاع ملی یا در قانون اساسی بصورت جامع تعریف و یا در قانون عادی تنظیم می‌شد. از همین رو موقعیت تشکیلاتی یک تعداد نیروهای مسلح کشور از نظر طبیعت‌شان همواره در تغییر و تحول می‌باشد. به همین گونه نیروهای مسلح افغانستان هیچ‌نوع مبنای حقوقی و قانونی را بخاطر اجرای وظایف در راستای مبارزه با شورش، مداخله در جنگ داخلی، ماموریت‌های سرحدی، دفاع از تمامیت ارضی و حفاظت افراد ملکی ندارد.^{۲۸}

نتیجه‌گیری:

آنچه گفته آمدیم سیر تاریخی نیروهای مسلح در طول تاریخ بحیث یک دستگاه سرکوب‌گر در اختیار شاهان و رهبران خودکامه کشورها قرار گرفته‌است. مگر پس از ظهور نهضت قوانین اساسی و نظام‌های مردم‌سالار در حدود دونیم سده گذشته، فعالیت نیروهای مسلح مقید به تجویز قوانین اساسی شده‌است ولی کماکان کشورهای هستند که نیروهای مسلح‌شان صرف نظر از مشروعیت و یا عدم مشروعیت فعالیت آن‌ها در یک مجرای قانونی قرار ندارند.

شرایط نوین سده حاضر و برخی تجارب تلخ تاریخی مصداق این مدعا می‌باشند که شکلیات حقوقی نیروهای مسلح در کشورها بایست به گونه آراسته و قید گردد که این نیروها در جغرافیای حاکمیت ملی‌شان حافظ ارزش‌های دموکراتیک مبتنی بر تفکیک قوای دولتی، کثرت‌گرایی سیاسی، مردم‌سالاری و ارزش‌های والای حقوق بشری باشد. گذشته از این تجاوز قوانین اساسی کشورها پیرامون چارچوب قانونی نیروهای مسلح به مثابه یک اصل بازدارنده نگذارند تا نیروهای مسلح در حدود قلمروهای ملی و فراملی مرتکب تخلفاتی شوند که قوانین ملی و بین‌المللی نهی آن‌ها را تجویز نموده‌است.

۲۸. پیرامون این مسئله من یک بحث حقوقی و مسلکی را بخاطر فقدان چنین یک اساس حقوقی اردوی افغانستان با یک مقام ارشد رهبری وزارت دفاع ملی افغانستان داشتم که سمش مرتبط به همین مسئله بود؛ ولی او بدون پی بردن فهم این مسئله به سادگی برایم گفت که ما در این باره در اردو (اصولنامه خدمات داخله) داریم؛ درحالی‌که اصولنامه خدمات داخله اردو به مقصد خاصش، وظایف داخل قشله (گارانیزون) نظامی را تنظیم می‌نماید.

چارچوب اختیارات نیروهای مسلح در قانون اساسی / ۲۲۳

قوانین اساسی جمهوری فدرال آلمان و آفریقای جنوبی الگوی خوبی برای کشورهای می باشد که منازعات مسلحانه و یا نظام‌های تمامیت خواه را به آزمایش گرفته اند .

افغانستان یکی از کشورهای می باشد که بصورت متمادی تا اکنون در حال منازعه مسلحانه قرار دارد که بدون شک این منازعه مسلحانه مزمن و دوام دار محصول چندین کودتای بافرجام و نافرجام هست که در طی چندین دهه گذشته روی داده و این منازعات درسایه آن‌ها شکل گرفته است. بدون شک با استقرار صلح و ثبات در افغانستان قانون اساسی کشور ایجاب یک بازنگری را می نماید که یک بخش از این بازنگری بایست معطوف به چارچوب قانونی نیروهای مسلح گردد؛ به گونه ای که ایجاب تسجیل شرایط خاصی را بهر مهار ساختن نیروهای مسلح می نماید تا بصورت یک نیروی ملی متعهد و غیرجانبدار تحت اداره نظام ملکی وفادار به ارزش های ملی کشورشان باشند.

قضاوت زن از منظر قوانین نافذه افغانستان و فقه حنفی

پوهنمل لطف الرحمن سعید

چکیده

موضوع قضاوت زن در میان فقه‌های اسلامی از دیر زمانی یک بحث مطرح بوده و دانشمندان اسلامی نظریاتی متفاوت پیرامون این مسئله بیان نموده‌اند. بعضی از فقه‌های اسلامی شرط مرد بودن را در قضاوت مطرح نموده و قضاوت زنان را جایز نمی‌دانند. اما فقه‌های احناف به این امر یک دید متفاوت داشته و با شرایط معین حکم به جواز قضاوت زن داده‌اند. در کشور ما که اکثریت شهروندان پیرو مذهب حنفی بوده نظریات فقه احناف از جایگاه خاصی برخوردار می‌باشند. همچنان احکام فقه حنفی در قوانین نافذه کشور تجلی یافته است. با وصفی که مطابق نظریات فقه‌های احناف و قوانین نافذه کشور هیچگاه شرط مرد بودن در امر قضاوت مطرح نگردیده است، اما با معرفی یک خانم به عضویت شورای عالی ستره محکمه، جواز عضویت یک زن در شورای عالی ستره محکمه مورد سوال قرار گرفته، گویا چنین امری خلاف شرع می‌باشد. در این مقاله با استفاده از منابع معتبر فقه حنفی و قوانین نافذه کشور، موضوع قضاوت زن مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته و شرایط قضاوت و معیارهای قضا از نظر مذهب حنفی و قوانین نافذه کشور به بحث گرفته شده که یافته‌های این نوشته نشان می‌دهد، آنچه در امر قضاوت مطرح است جنسیت نه، بلکه شرایط دیگری است که با موجودیت آن شرایط عدالت به بهترین وجه ممکن تضمین گردد. در نتیجه یافته‌های این نوشته نشان می‌دهد که مطابق احکام فقه حنفی و قوانین نافذه کشور قضاوت زن یک امر جایز بوده و هیچ ممانعت شرعی و قانونی ندارد. بناً معرفی یک خانم به عضویت شورای عالی ستره محکمه یک امر قانونی و شرعی بوده و در تضاد با هیچ یک از اصول مذهب حنفی و قوانین نافذه کشور، به‌ویژه قانون اساسی نمی‌باشد.

کلید واژه‌ها: قوانین نافذه، قضاوت زن، فقه حنفی، عضویت زن در شورای عالی ستره محکمه

طرح مساله

قضاوت زن یکی از موضوعات بحث برانگیز در جوامع اسلامی به‌ویژه در کشور ما می‌باشد. این موضوع با معرفی یک خانم برای عضویت شورای عالی ستره محکمه و با ابراز نظر بعضی اشخاص در رابطه به عدم جواز قضاوت زن و نقض احکام شریعت در صورت انتخاب یک خانم به‌حیث عضو شورای عالی ستره محکمه، یک‌بار دیگر در اذهان تداعی شده و سوالاتی را در این زمینه برانگیخته است. از جمله سوالاتی که باید به آن‌ها پرداخته شود اینست که آیا واقعاً قضاوت زن یک امر ممنوع در اسلام می‌باشد؟ در کدام موارد زن می‌تواند قاضی باشد و در کدام موارد قضاوت زن ممنوع می‌باشد؟ اگر زن در مواردی که قضاوت اش ممنوع است، اصدار حکم نماید، چه پیامدی خواهد داشت؟ و بالاخره آیا از نظر فقه اسلامی و قوانین نافذه معرفی یک خانم به‌عضویت شورای عالی ستره محکمه جایز است؟ بنده خواستم تا این موضوع را در روشنایی احکام قوانین نافذه کشور و اصول فقه حنفی به بررسی گرفته تا روشن شود که آیا معرفی یک خانم برای عضویت شورای عالی ستره محکمه واقعاً شرعاً یک امر ممنوع بوده و یا برعکس این موضوع از نظر قانونی و شرعی کدام ممانعتی ندارد. در نخست به بررسی این موضوع در پرتو احکام قانون اساسی و دیگر قوانین نافذه کشور پرداخته و متعاقباً این موضوع را در روشنایی احکام فقهی به بررسی خواهم گرفت.

۱. قضاوت زن از منظر قوانین نافذه افغانستان

۱/۱ قانون اساسی

در قانون اساسی قوه قضائیه رکن مستقل دولت پنداشته شده که از یک ستره محکمه، محاکم استیناف، و محاکم ابتدائیه تشکیل شده است. ستره محکمه به‌حیث عالی‌ترین ارگان قضایی در رأس قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد.^۱ مطابق قانون اساسی ستره محکمه مرکب است از نه عضو که از طرف رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه انتخاب می‌گردند.^۲ اما در رابطه به اشخاص واجد شرایط برای عضویت ستره محکمه قانون اساسی چنین صراحت دارد، "عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می‌باشد: ۱- سن رئیس و اعضا در حین تعیین از چهل سال کم‌تر نباشد؛ ۲- تبعه افغانستان باشد؛ ۳- در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد؛ ۴- دارای حسن سیرت و شهرت نیک باشد؛

۱. قانون اساسی ۱۳۸۲، ماده ۱۱۶

۲. قانون اساسی ۱۳۸۲، ماده ۱۱۷

۵- از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد، ۶- در حال تصدی وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.^۳ با دقت در متن مواد فوق معلوم می‌گردد که در شرایط عضویت شورای عالی ستره محکمه موضوع جنسیت مطرح نبوده و مرد بودن هیچ‌گاه شرط گذاشته نشده است. اگر یک شخص، چه مرد چه زن، شرایط مندرج ماده فوق را تکمیل نماید، مطابق احکام قانون، می‌تواند به عضویت ستره محکمه تعیین گردد.

۱/۲ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم

هم‌چنان قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه در ماده چهارم در زمینه چنین حکم می‌نماید، "قاضی: شخصی است که با داشتن انسلاک قضایی، قضایا را طبق احکام قانون رسیدگی و اصدار حکم می‌نماید."^۴ دیده می‌شود که در متن ماده عبارت "شخصی" به کار رفته که هم شامل مرد می‌شود و هم شامل زن، و واضح است که بالای تمام اعضای ستره محکمه اطلاق قاضی شده و عضو ستره محکمه نمی‌تواند که قاضی نباشد. مطابق به احکام قانون یگانه شرطی که برای قضا تعیین گردیده، داشتن انسلاک قضایی است که در قانون چنین تعریف گردیده است، "انسلاک قضایی: عبارت است از تفویض صلاحیت قضائی از جانب رئیس جمهور به شخص واجد شرایط این قانون که طی حکمی اعطا می‌گردد."^۵ مطابق حکم ماده فوق رئیس جمهور صلاحیت دارد که به هر شخصی که واجد شرایط باشد، تفویض صلاحیت قضایی نماید. بنا بر احکام فوق در قوانین نافذه کشور، عضویت زن در شورای عالی ستره محکمه هیچ ممانعتی قانونی ندارد.

۲. قضاوت زن از منظر احکام فقه حنفی

اما در بررسی عضویت زن در شورای عالی ستره محکمه در پرتو احکام فقه حنفی باید چنین گفت؛ که مذاهب مختلف فقهی و علمای اسلامی نظریاتی متفاوتی در رابطه به قضاوت زن ابراز نموده‌اند، به‌طور مثال شماری زیادی زن را صالح به قضا ندانسته و بعضی مانند محمد بن جریر طبری معتقد است که زن مانند مرد می‌تواند در همه امور قضاوت نماید و هیچ برای قضاوت زن

۳. قانون اساسی ۱۳۸۲، ماده ۱۱۸

۴. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه سال ۱۳۹۲، منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹، ماده ۴، جز ۱۶

۵. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه سال ۱۳۹۲، منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹، ماده ۴، جز ۲۴

وضع ننموده است،^۶ و فقهای حنفی نظریات خویش را در این زمینه دارند که بحث همه مذاهب فقهی از حوصله این نوشته بیرون است، اما تنها نظر فقه حنفی را در این مورد به بررسی می گیریم؛ زیرا از یک طرف اکثریت مردم افغانستان پیرو این مذهب هستند، و از طرف دیگر اساس اکثریت قوانین نافذ کشور را فقه حنفی تشکیل می دهد. بر علاوه قانون اساسی محاکم را مکلف نموده است که اگر حکمی در مورد قضیه ای در قوانین نافذ موجود نبود، قضیه به اساس احکام فقه حنفی حل گردد، "محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای 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، قضیه را به نحوی حل و فصل می نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید."^۷ روی این دلایل نقش فقه حنفی در سیستم عدلی - قضایی افغانستان بسیار برانده و اساسی می باشد. به این جهت مسئله عضویت زن را در شورای عالی ستره محکمه در روشنایی احکام فقه حنفی به بررسی می گیرم.

از منظر فقه حنفی معیار جواز قضا، همان معیارهایی است که در قبول شهادت مطرح می باشد. یعنی شرایط جواز قضاوت، عیناً شرایط جواز شهادت می باشد. به این توضیح که هر شرطی که در شهادت دادن مطرح است، عین همان شرایط در قضاوت کردن نیز مطرح می باشد. در کتاب البحر الرائق شرح کنز الدقائق یکی از کتب معتبر فقه حنفی در مورد شرایط قاضی چنین گفته شده، «أهل الشَّهادَةِ (أی أهل القضاء)»^۸ یعنی شرایط اهل قضا، همان شرایط اهل شهادت می باشد. به این معنی کسانی که اهلیت شهادت را دارند، همان اشخاص اهلیت قضا را نیز دارند.

هم چنان صاحب کتاب عمدة الرعاية بتحشية شرح الوقایة در زمینه چنین می فرماید، "الأهل للشَّهادَةِ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ" یعنی کسانی که اهل شهادت اند، ایشان اهل قضا هم می باشند. بنابراین هیچ فرقی بین شرایط شهادت و شرایط قضاوت وجود ندارد.

اما این که شرایط قضا کدام هاست صاحب کتاب بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع یکایک آن ها را چنین بر می شمارد، « وَأَمَّا بَيَانُ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ فَنَقُولُ: الصَّلَاحِيَّةُ لِلْقَضَاءِ لَهَا شَرَايِطُ (مِنْهَا): الْعَقْلُ، (وَمِنْهَا) الْبُلُوغُ، (وَمِنْهَا): الْإِسْلَامُ، (وَمِنْهَا): الْحُرِّيَّةُ، (وَمِنْهَا): الْبَصَرُ (وَمِنْهَا):

۶. موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامه (ب.ت) المغنی لابن قدامه، قاهره: مکتبه القاهرة، جلد ۱۰، صفحه ۳۶

۷. قانون اساسی ۱۳۸۲، ماده ۱۳۰

۸. زین الدین بن ابراهیم بن محمد، معروف به ابن نجیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوری، دارالکتب الاسلامیه، جلد ۶، صفحه ۲۸۳

النُّطْقُ، (وَمِنْهَا) : السَّلَامَةُ عَنْ حَدِّ الْقَذْفِ؛ لِمَا قُلْنَا فِي الشَّهَادَةِ، فَلَا يَجُوزُ تَقْلِيدُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ، وَالْكَافِرِ وَالْعَبْدِ، وَالْأَعْمَى وَالْأَخْرَسِ، وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ...»^۹ ترجمه: در رابطه به اینکه کدام شخص صلاحیت قضاء را دارا می باشد چنین می گوئیم. که برای قاضی شدن شرایطی است از جمله عاقل بودن، بالغ بودن، مسلمان بودن، آزاد بودن (برده نبودن)، نابینا نبودن، گنگ و لال نبودن، و محکوم به حد قذف نبودن. این صفاتی است که مطابق مذهب حنفی برای یک قاضی حتمی می باشد.

اما از شرط مرد بودن در هیچ کتاب مذهب حنفی ذکری نگردیده و مطابق مذهب حنفی جنسیت، به جز در قضایای حدود و قصاص، هیچ اعتباری در شرایط قاضی شدن ندارد. صاحب کتاب بدائع الصنائع برای توضیح بیش تر در زمینه چنین می فرماید، «وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ مِنْ سَرَطِ جَوَازِ التَّقْلِيدِ فِي الْجُمْلَةِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَاتِ فِي الْجُمْلَةِ، إِلَّا أَنَّهَا لَا تَقْضِي بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ؛ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لَهَا فِي ذَلِكَ، وَأَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ تَدُورُ مَعَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ.»^{۱۰} اما مرد بودن در قضاء به هیچ وجه شرط جواز قضا نیست، به خاطر این که زن اهل شهادت در تمام قضایا، به استثنای قضایایی چون حدود و قصاص می باشد. بنابراین زن صلاحیت قضاوت را در تمام موارد دارد، به استثنای قضایای حدود و قصاص، به دلیل که زنان از نظر فقه حنفی صلاحیت شهادت در این امور را ندارند.

هم چنان، در لسان الحکام در زمینه جواز قضاوت زن چنین آمده است، «وَصَحَّ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ فِي غَيْرِ حَدِّ وَقُودِ اعْتِبَارًا بِشَهَادَتِهَا»^{۱۱} قضاوت زن صحیح است در تمام قضایا به جز از حدود و قصاص به خاطر این که شهادت شان در آن ها جواز ندارد. هم چنان سلیم رستم باز در شرح مجله الاحکام ذیل توضیح ماده ۱۷۹۴ تصریح می نماید که مرد بودن برای قاضی شرط نیست.^{۱۲} بر اساس تمام منابع فوق الذکر در مذهب حنفی، قضاوت زن در تمام قضایای که مجازات آن بر اساس تعزیر است کدام ممانعت شرعی ندارد. اما قضاوت زن در قضایای حدود و قصاص یک سلسله پرسش هایی بر می انگیزد که در ذیل به آن پرداخته می شود.

سوال اساسی این است که اگر یک قاضی زن عضویت شورای عالی ستره محکمه را داشته باشد، آیا صلاحیت امضای حکم اعدام یک شخص را دارد و یا خیر؟ در این زمینه جواب مثبت

۹. علاء الدین ابوبکر ابن مسعود الکاسانی (۱۹۸۶) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دار الکتب العلمیه، جز ۷ صفحه ۳

۱۰. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، جز ۷ صفحه ۳

۱۱. أحمد بن محمد بن محمد، (۱۹۷۳م) لسان الحکام فی معرفه الأحکام، قاهره: البابي الحلبي، صفحه ۲۲۴

۱۲. سلیم رستم باز، شرح مجله الاحکام العدلیه، ماده ۱۷۹۴، صفحه ۱۱۶۴

است، زیرا حکم اعدام مطابق قوانین جزایی، از جمله مجازات تعزیری بوده و قضاوت زن در تمام احکام تعزیری به شمول اعدام، ممانعت ندارد. کد جزا در زمینه چنین صراحت دارد: "(۱) این قانون جرایم و جزایهای تعزیری را تنظیم می نماید. (۲) مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می گردد." بناً اگر یکی یا بیش تر از اعضای شورای عالی ستره محکمه زن باشد، بدون کدام ممانعت می تواند در مورد اعدام اشخاص حکم صادر نماید و یا مطابق رویه موجود در ستره محکمه^{۱۴} در جلسه شورای عالی ستره محکمه در مورد قضیه اعدام تصمیم اتخاذ نموده و آنرا امضاء نماید، چون قضاوت زن در قضایای تعزیری به هیچ وجه ممانعت شرعی و قانونی ندارد.

سوال دیگر این است که اگر یک زن در مسایل مربوط به حدود و قصاص قضاوت نموده و حکم صادر نماید، آیا قضاوت وی مورد اعتبار است و یا خیر؟ در این زمینه صاحب کتاب عمده الرعایه بتحشیه شرح الوقایه چنین می نویسد، «ولو قضت بالحدود والقصاص، وأمضاء قاضٍ آخری جوازاً نفذ بالإجماع»^{۱۵} یعنی اگر یک زن در قضیه حدود و یا قصاص حکم صادر نمود، و قاضی مرد دیگری آنرا امضاء نمود، در این حالت حکم قاضی زن در رابطه به حدود و قصاص به اجماع علما جایز بوده و در آن اختلافی نیست. از این حکم معلوم می گردد که حتی قاضی زن در قضایای حدود و قصاص هم قضاوت کرده می تواند، در صورتی که قاضی های مرد حکم وی را امضاء نمایند.

با توجه به بحث های بالا چنین نتیجه می گیریم که مطابق به احکام مذهب حنفی و قوانین نافذ کشور معرفی یک خانم به عضویت شورای عالی ستره محکمه افغانستان یک امر قانونی و شرعی بوده و کدام مخالفت با قوانین و اصول فقه حنفی ندارد. اما آنچه که در مسلک قضا

۱۳. کد جزاء ۱۳۹۶، ماده ۲

۱۴. رویه موجود در ستره محکمه بر این است که احکام اعدام باید به اتفاق آرا اعضای شورای عالی ستره محکمه امضاء گردد، و این رویه ظاهراً ناشی شده از ماده ۳۰۱ قانون اجراء جزایی که چنین حکم می نماید، "(۱) فیصله های قطعی محاکم واجب التعمیل است، به استثنای حکم به مرگ شخص که بعد از منظوری رئیس جمهور تعمیل می گردد. (۲) در صدور حکم به مرگ شخص، اتفاق آراء هیئت قضائی ستره محکمه حتمی می باشد و در صورت عدم اتفاق آراء متهم به حد اکثر حبس دوام محکوم پنداشته می شود." با توجه به متن ماده مذکور، اصطلاح "هیئت قضائی ستره محکمه" ذکر شده است نه شورای عالی ستره محکمه. و معمولاً اطلاق هیأت قضایی بالای سه نفر قاضی که عبارتند از رئیس جلسه قضایی و دو تن از قضات دیگر در هر سه مرحله مطابق به حکم ماده دهم قانون تشکیل و صالحیت قوه قضائیه می باشد. ماده دهم قانون مذکور رسیدگی قضیه را در مرحله نظارت توسط یک نفر قاضی ستره محکمه و یا بیشتر حکم می نماید، با وصفی که در فقره دوم همین ماده حکم اعدام، حدود و قصاص را مستثنی نموده اما هیچگاه بیان ننموده که همه اعضای شورای عالی ستره محکمه باید حکم اعدام، حدود و یا قصاص را امضاء نمایند. اما رویه فعلی ستره محکمه چنین است که تمام اعضای شورای عالی ستره محکمه حکم اعدام را امضاء می نمایند.

۱۵. محمد عبد الحی اللکنوی (۱۳۰۴ هجری) عمده الرعایه بتحشیه شرح الوقایه، تحقیق الدكتور صلاح محمد أبو الحاج، مرکز العلما العالمی للدراسات و تقنیة المعلومات، طبع اولی، جلد ۷، صفحه ۲۳۸

باید به آن توجه صورت گیرد، تأکید بیش تر بر شیوه های تأمین عدالت است که در اسناد حقوقی بین المللی، قوانین نافذه کشور و شریعت اسلامی به آن تأکید صورت گرفته است. بجاست در این رابطه حکایتی را که شمس الأئمه السرخسی (المتوفی: ۴۸۳هـ) در کتاب معروف خود "المبسوط" از امام ابویوسف نوشته است، بیان نمایم. حکایت شده که امام ابویوسف که منصب قضا را در زمان خلفای عباسی هادی، مهدی، و هارون الرشید به عهده داشت در مناجات زمان وفاتش چنین می گفت. بارخدایا! تو می دانی که هیچ گاه بین طرفین دعوا عدل و مساوات را نقض نکرده ام، مگر در یک قضیه که یک عیسوی مذهب بالای خلیفه ادعایی کرد، با وصفی که من شخص عیسوی را تا حد ممکن بالاتر نشاندم، اما من نتوانستم که خلیفه را در یک موقف با شخص عیسوی بنشانم. من دعوی آن ها را در حالی شنیدم که طرفین دعوا در مجلس قضا در یک موقف مساوی قرار نداشتند، و این بی عدالتی بوده که من در تمام عمرم نمودم و می فهمم که تساوی در بین طرفین دعوا برای تأمین عدالت امر حتمی می باشد؛ زیرا حضرت پیامبر (ص) فرموده که قاضی باید طوری عمل نماید که شخص قدرتمند توقع توجیه ظلمش را از قاضی ننماید، و شخص ضعیف از ظلم قاضی ترسی نداشته باشد. به این معنی که رویه قاضی در مجلس قضا نباید با شخص قدرتمند امید بدهد که قاضی به نفع او فیصله خواهد نمود، و شخص ضعیف به عدل قاضی مطمئن بوده و در دل شخص ضعیف ترس ایجاد نشود که قاضی تصمیم ظالمانه ای را خواهد گرفت.^{۱۶} گویند که امام ابویوسف از این حادثه ناراحت بوده و بسیار عذاب وجدان می کشید. دیده می شود که اصل اساسی در قضا جنسیت نبوده بلکه تأمین عدالت و جلوگیری از ظلم ظالم می باشد، که باید قاضی چه زن و چه مرد توجه بیش تر به این اصل نماید.

۱۶. شمس الدین ابوبکر محمد بن ابی سهل السرخسی (۲۰۰۰م) المبسوط للسرخسی، تحقیق: خلیل محی الدین المیس، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع، جلد ۱۶، صفحه ۶۱

جایگاه لویه جرگه عنعنوی در حقوق اساسی افغانستان

دکتر امین احمدی

چکیده

در این مقاله انواع لویه جرگه‌ها و جایگاه آن‌ها در افغانستان بررسی می‌شود. در یک تقسیم‌بندی می‌توان لویه جرگه را به دو نوع کلی تقسیم کرد: لویه جرگه‌های غیر دموکراتیک و لویه جرگه‌های دموکراتیک. سپس لویه جرگه‌های دموکراتیک به لویه جرگه مبتنی بر قانون اساسی و لویه جرگه‌های عرفی و توافقی قابل تقسیم‌اند. ابتدا به بررسی لویه جرگه مبتنی بر قانون اساسی خواهیم پرداخت. در این بخش کوشش می‌شود این نوع لویه جرگه تعریف، نحوه تشکیل و حدود صلاحیت و نقاط قوت و ضعف آن نیز بررسی گردد. سپس لویه جرگه‌های عرفی اما دموکراتیک مورد بررسی قرار می‌گیرند. برای این امر کوشش می‌شود در قدم نخست تعریفی از این نوع لویه جرگه و نحوه تشکیل آن به‌دست داده شود و سپس نمونه‌های تاریخی آن معرفی گردد و نشان داده شود که چگونه این نوع لویه جرگه را می‌توان بر مبنای بازسازی جرگه‌های محلی لویه جرگه عرفی به حساب آورد و نقاط قوت و ضعف آن و این‌که چگونه در حالات اضطرار این نوع لویه جرگه را به کار برد، بررسی می‌گردد. در آخر نگاهی خواهیم انداخت به لویه جرگه‌های غیر دموکراتیک. این نوع لویه جرگه که توسط مقامات عالی و با گزینش آنها تشکیل می‌گردد، معرفی خواهد شد و نمونه‌های تاریخی آن نشان داده می‌شود. سپس مبانی مشروعیت آن خصوصاً این ادعا که این نوع لویه جرگه مشروعیت بخش بوده، ریشه در عرف کشور داشته و وصف عنوانی رویه حقوقی را کسب کرده است به دقت نقد خواهد شد.

طرح مسئله

آيا لويه جرگه عنعنوی/ سنتی یک نهاد مشروعیت سازاست و از اعتبار یک سان و هم طراز با قانون اساسی برخوردار بوده و لذا اگر روند قانونی فروپاشید و یا به بن بست کشیده شد، می توان مشکل مشروعیت را از این طریق حل کرد؟ آیا در حالتی که قانون اساسی و مکانیزم پیش بینی شده در آن با بن بست سیاسی و حالت اضطرار که مانع از تطبیق آن باشد، روبه رو نباشد، می توان برای اتخاذ تصمیم راجع به مسایل کلان ملی ولو در حد اخذ مشوره به این نوع از لویه جرگه روی آورد؟ باید گفت دست کم هستند سیاستمدارانی که جواب شان به این پرسش ها مثبت است. برای این که این مسئله را بتوانیم تحلیل کنیم و از رهگذر تحلیل آن پاسخ مسئله را نیز به دست دهیم، ناچاریم میان سه گونه لویه جرگه تفکیک قائل شویم تا هم محل نزاع و هم معنا و مفهوم جرگه سنتی و عنعنوی، روشن گردد. در واقع ما در حقوق اساسی افغانستان با سه گونه لویه جرگه رو برو هستیم: ۱. لویه جرگه مبتنی بر قانون اساسی، ۲. لویه جرگه عرفی مردمی، ۳. لویه جرگه سنتی غیر مردمی و غیر دموکراتیک.

۱. لویه جرگه مبتنی بر قانون اساسی

در این بخش کوشش می شود این نوع لویه جرگه تعریف، نحوه تشکیل و حدود صلاحیت و نقاط قوت و ضعف آن نیز بررسی گردد. لویه جرگه مبتنی بر قانون اساسی در ماده ۱۱۰ این قانون عالی ترین مظهر اراده مردم افغانستان محسوب شده است. معنا و مفهوم آن این است که میزان مشروعیت دموکراتیک آن افزون تر از نهادهای دیگر است که در قانون اساسی پیش بینی گردیده اند، چون قانون اساسی به موجب ماده چهارم خویش اساس مشروعیت را در حاکمیت دموکراتیک به نمایندگی از مردم که از طریق انتخابات به دست می آید، قرار داده است. بنابراین لویه جرگه اصولاً باید در عمیق ترین حد ممکن و در وسیع ترین شکل از مردم نمایندگی کند، تا عالی ترین مظهر اراده مردم به حساب آید و این در صورتی حاصل می شود که از مشروعیت دموکراتیک بیش تر برخوردار باشد، کم ترین شرط مشروعیت دموکراتیک این است که فقط متشکل از نمایندگان منتخب مردم باشد که در یک روند دموکراتیک، آزاد و منصفانه انتخاب شده باشند و در سطح وسیع تر از گروه های گوناگون و مناطق مختلف نمایندگی کند، و در واقع نمایندگی همه شمول تر و فراگیر تر را تأمین کند.

جایگاه لویه جرگه عنعنوی در حقوق اساسی افغانستان/ ۲۳۵

به همین دلیل در ماده ۱۱۰ قانون اساسی لویه جرگه متشکل از اعضای مجلسین شورای ملی، رؤسای شوراهای ولایتی و رؤسای شوراهای ولسوالی است. پس در سه لایه ملی، ولایتی و محلی از مردم نمایندگی می کنند و عمدتاً به جز ۳۳ نفر عضو انتصابی مشرانو جرگه بقیه همه نمایندگان منتخب اند که در یک انتخابات آزاد و منصفانه توسط مردم انتخاب می شوند. پس میزان نمایندگی در لویه جرگه نسبت به شورای ملی و نهاد ریاست جمهوری بیش تر است. به همین دلیل از مشروعیت دموکراتیک بیش تر برخوردار است و اصولاً همان گونه که توضیح دادم لویه جرگه باید مظهر اجماع و وفاق ملی و همه شمول باشد، این ویژگی ایجاب می کند که نظام انتخاباتی همان گونه که در ماده ۸۳ قانون اساسی پیش بینی شده است، باید به گونه ای تنظیم شود که نمایندگی همه شمول، منصفانه و عادلانه از تمام مردم کشور را تأمین کند، تا لویه جرگه بتواند توافق و اجماع همه شمول را در مسایل مهم ملی که مهم ترین آن تعدیل قانون اساسی است، به عنوان عالی ترین مظهر اراده ملی، تأمین کند.

دقیقاً به همین دلیل است که تنها این نهاد از صلاحیت های بسیار مهمی چون تعدیل قانون اساسی، عزل و محاکمه رئیس جمهور برخوردار است.

۲. لویه جرگه های عرفی مردمی:

در این بخش، در قدم نخست تعریفی از این نوع لویه جرگه و نحوه تشکیل آن به دست داده می شود و سپس نمونه های تاریخی آن معرفی می گردد و نشان داده می شود که چگونه این نوع لویه جرگه را می توان بر مبنای بازسازی جرگه های محلی لویه جرگه عرفی به حساب آورد و هم چنین نقاط قوت و ضعف آن و این که چگونه می توان در حالات اضطرار، فروپاشی و به بن بست رسیدن قانون اساسی این نوع از لویه جرگه را به کاربرد، بررسی می گردد.

لویه جرگه عرفی اما مردمی را می توان بر جرگه ای اطلاق کرد که در سطح ملی براساس و پایه جرگه های محلی که مردم در محلات و قریه ها با شرکت آزاد اعضای قریه و محله تشکیل می شود، به وجود آید. چون این نوع از جرگه ها همان گونه که می دانیم که از آن تحت عنوان مارکه = مرکه (که یک واژه پشتو است) نیز یاد می شود، جزو عرف مردم کشور است که در قریه ها برای حل منازعات و اخذ تصمیم در مورد تأمین امنیت، تقسیم آب و مسایل مهم دیگر تشکیل می دهند و شرکت در آن داوطلبانه و آزاد است و هر کسی که از قدرت نفوذ و اقناع برخوردار باشد در آن شرکت می کند و نماینده افرادی که از او حرف شنوی دارند به حساب می آید. گاهی این نوع جرگه

در سطح وسیع تر از قریه تشکیل می‌شود. که در آن افرادی که از سوی جرگه‌های قریه تعیین می‌شوند، شرکت می‌کنند. به این ترتیب یکی از تفاوت‌های اساسی این نوع از جرگه با جرگه مبتنی بر قانون اساسی در این است که نوع اول بر منابع قانونی و عقلانی مشروعیت است که هسته اساسی آن تصمیم‌گیری شهروندانی است که خودمختار، برابر و آزاد محسوب می‌شوند، اما نوع دوم تا حدودی بر منابع سنتی مشروعیت که از سنخ پدرسالاری، شیخوخیت و ارزش‌های قبیله‌ای است، استوار است.

اما جرگه بزرگ در سطح ملی بر اساس مدل جرگه‌های محلی در صورتی می‌تواند به وجود آید و در نتیجه تا حدودی از مردم نمایندگی کند که به صورت حرکت از قاعده به سمت هرم - بر بنیاد جرگه‌های محلی که از قریه‌های کوچک شروع شود و در آن اهالی قریه آزادانه حق شرکت و اظهار نظر را دارند، و نمایندگان این جرگه در سطح ولسوالی اجتماع کرده و نمایندگان خود را برای لویه جرگه ملی تعیین کنند- تشکیل گردد. در واقع آنچه در باب جرگه به لحاظ تاریخی و فرهنگی واقعیت دارد، جرگه‌های محلی است که از اشتراک آزادانه و وسیع مردم قریه تشکیل می‌گردد. این جرگه‌ها جزو عرف و سنت مردم کشور اند. مردم نواحی گوناگون کشور در سطح وسیع تر از قریه‌های خود گاهگاهی به تشکیل چنین جرگه‌هایی می‌پردازند. اما مبنای تشکیل جرگه‌های وسیع‌تر، جرگه‌های قریه است که در آن نمایندگان قریه برای شرکت در جرگه بزرگ تر تعیین می‌شوند. جرگه‌ای بزرگ در سطح ملی نیز به ترتیبی که توضیح دادم می‌تواند تشکیل گردد. در صورت تشکیل می‌تواند تا حدودی از مردم و افکار آن‌ها نمایندگی کند.

لکن در تاریخ سیاسی افغانستان جرگه‌ای در سطح ملی با این خصوصیات و اوصافی که بر شمردم جزو لویه جرگه اضطراری و لویه جرگه قانون اساسی تشکیل نشده است. این دو جرگه که توسط ملل متحد سازماندهی و مدیریت شد و در موافقت نامه بن نیز پیش‌بینی شده بودند، نوعی بازسازی جرگه‌های محلی بود که اساس قوی در عرف و عنعنه مردم کشور دارد. در این جرگه‌ها مردم با اجتماع و مشارکت آزادانه در قریه و نواحی شهری نمایندگان خود را برای اجتماع بزرگ‌تر در ولسوالی انتخاب کردند و سپس نمایندگان آن‌ها نمایندگان خود را برای ولایت انتخاب کردند و نمایندگان آن‌ها نمایندگان خود را از میان خویش برای لویه جرگه در کابل تعیین کردند.^۱ به این ترتیب، جرگه کلان/لوی در سطح ملی شکل گرفت. لویه جرگه اضطراری اولین نمونه تاریخی لویه جرگه است که بر اساس عرف عمومی مردم افغانستان که همان آزاد بودن و مردمی بودن آن است به وجود آمد. جرگه‌های محلی از دو خصوصیت مهم و بارز برخوردار اند که جرگه‌های از

نوع سوم چنان که توضیح خواهم داد از آن برخوردار نیستند: اولاً مشارکت در آن آزاد است، در سطح قریه و محل هرکسی که خواسته باشد می‌تواند در آن شرکت کند، تنها شرط آن برخورداری از قدرت اقناع و تحلیل و یا نفوذ و اعتبار است و مقامی وجود ندارد که اعضای جرگه را تعیین کند و ثانیاً اظهار نظر در آن آزاد است و حقیقتاً تصمیم گیرنده است، یعنی این جرگه است که در نتیجه بحث آزاد که عمدتاً مبتنی بر توافق و اجماع همه اعضای جرگه حاصل می‌شود، به نتیجه می‌رسد و تصمیم می‌گیرد.

لکن نباید از یاد برد الگوی تشکیل لویه جرگه‌ای از نوع لویه جرگه اضطراری و قانون اساسی در شرایط فروپاشی و خلای قدرت و آنهم تحت نظارت دقیق نهادهای بین‌المللی، مفید خواهد بود. اما در شرایطی که حکومت مستقر وجود دارد، به‌هیچ وجه جای یک نظام انتخاباتی مدرن را نمی‌گیرد. چون این‌گونه جرگه‌ها سه نقص مهم دارند که یک نظام انتخاباتی دقیق و منصفانه می‌تواند آن نواقص را نداشته باشد. نخست این‌که در تشکیل لویه جرگه امکان اعمال نفوذ حکومت زیاد است. چون نمایندگان آن بر اساس رأی سری، مستقیم و عمومی همگانی و به موجب یک قانون مدون، بر بنیاد رقابت احزاب و گروه‌ها تشکیل نمی‌شوند. بنابراین حکومت مستقر می‌تواند مطابق خواست و اراده خود تشکیل آن را سازماندهی کند. دوم این‌که اعمال نفوذ زورمندان و قدرتمندان محلی نیز در این‌گونه مجالس زیاد است و مکانیزمی برای جلوگیری از آن در این الگو وجود ندارد. سوم این‌که در این الگو اصل عمومی بودن انتخابات از جمله حق رأی برای زنان تأمین نمی‌گردد.

۳. لویه جرگه‌های سنتی غیر مردمی و غیر دموکراتیک

نخست این نوع لویه جرگه که توسط مقامات عالی و با گزینش آن‌ها تشکیل می‌گردد، معرفی می‌شود و نمونه‌های تاریخی آن نشان داده می‌شود، و سپس مبانی مشروعیت آن خصوصاً این ادعا که این نوع لویه جرگه مشروعیت بخش بوده، ریشه در عرف کشور داشته و وصف عنوانی رویه حقوقی را کسب کرده است به دقت نقد خواهد شد.

این نوع از لویه جرگه عمدتاً توسط حکومت‌های بر سر اقتدار تشکیل شده‌اند. حکومت بر اساس شناخت و تشخیص خود افرادی را با نفوذ و دارای اقتدار سنتی می‌شمارند از مشایخ و سادات بزرگ و خوانین و صاحب منصبان و اعضای دولت و حکومت از سراسر کشور به مرکز فرا می‌خوانند راجع به مسایلی که از طرف رئیس دولت پیشنهاد می‌شود، بحث می‌کنند که عمدتاً

آنها را مطابق خواسته رئیس دولت تصویب و تأیید می‌کنند.^۲ در این نوع از لویه جرگه فرض بر این است که جرگه متشکل از بزرگان و افراد بسیار صاحب نفوذ و اقتدار است که رضایت و خواست آن‌ها رضایت و خواست واقعی مردم را در پی دارد. و می‌تواند به شکل موثر مشکل مشروعیت را حل کند و به منازعات خاتمه بخشد. و چون این جرگه گویا از افراد صاحب نفوذ که از مشروعیت سنتی در میان قوم و قبیله و محل زیست خود برخوردارند، در سطح ملی تشکیل می‌شود، برخلاف جرگه‌های محلی و قومی، جرگه بزرگ (لویه جرگه) نامیده شده است. ادعای وجه مشابهت آن با جرگه‌های محلی برای پیش فرض استوار است که هردو از افراد با نفوذ و دارای مشروعیت سنتی تشکیل می‌شوند، با این تفاوت که یکی متشکل از مشایخ محلی است و دیگری متشکل از مشایخ پر نفوذتر که می‌توانند در سطح ملی تصمیم بگیرند. همان گونه که اشاره کردم این رهبران از مشروعیت و اقتدار سنتی در میان جوامع محلی و یا فراتر از آن برخوردارند، لذا می‌تواند مشروعیت را به تصامیمی که اتخاذ می‌کنند، منتقل کنند.

در واقع مهم‌ترین استدلالی که به سود این مجلس و صلاحیت‌های آن به کار گرفته می‌شود این است که لویه جرگه یک نهاد سنتی مشروعیت‌ساز در عرف سیاسی کشور بوده و از مردم افغانستان نسبت به هر نهاد منتخب دیگر به صورت واقعی‌تر نمایندگی می‌کند. بنابراین، این نهاد، مشروعیت خود را نه از قانون اساسی بلکه از منابع هم‌عرض و هم طراز با قانون اساسی کسب می‌کند که عرف سیاسی کشور و نظر عمومی مردم است. این استدلال را خود شفاهاً از رئیس جمهور سابق جناب کرزی در زمان عضویت در کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (در جریان تشکیل لویه جرگه مشورتی برای بحث در مورد پیمان امنیتی میان افغانستان و ایالات متحده) شنیدم و بر همین اساس است که ایشان و جریان‌های سیاسی نزدیک به ایشان هر از چند گاهی برای حل مشکل مشروعیت و معضلات ملی خواهان تشکیل لویه جرگه می‌شود. این استدلال بر چند نکته تکیه می‌کند:

- یک نهاد سنتی و از سابقه تاریخی طولانی برخوردار است.
- تشکیل لویه جرگه برای اتخاذ تصامیم کلان جزو عرف حقوقی افغانستان شده است و از اعتبار عرفی برخوردار است.^۳
- در تأمین نمایندگی از مردم و خواست آنان نسبت به نهادهای مدرن که از طریق انتخابات آزاد و دموکراتیک در شرایطی کشوری چون افغانستان بهتر فراهم می‌کند، از جمله رئیس جمهور کرزی استدلال می‌کرد که لویه جرگه زمینه حضور چهره‌های ملی تأثیر گذار را

فراهم می‌کند در حالی که ولسی جرگه با نظام انتخاباتی موجود زمینه حضور افراد غیر مشهور را فراهم می‌کند و شخصیت‌های بزرگ را حذف می‌کند، چون آنان در این گونه انتخابات خود را نامزد نمی‌کنند. و به همین دلایل از مشروعیت فراقانونی هم طراز با قانون اساسی برخوردار است. در واقع نوعی قانون اساسی نا نوشته است.

لکن این استدلال به دلایلی چند قابل استناد نیست:

اول: در نظام مبتنی بر قانون اساسی برای حکومت از جمله رئیس جمهور مرجعی فراتر از قانون و قانون اساسی وجود ندارد. استدلال یاد شده این اصل را به کلی مخدوش ساخته و نظام مبتنی بر قانون اساسی را که در افغانستان و نظم حقوقی آن یک سند مکتوب است از بنیاد ویران می‌کند. چون به رئیس جمهور این فرصت را می‌دهد که فراتر از قانون اساسی حرکت کند و کشور را به سمت وسوی استبداد سوق دهد. این نکته در نظریه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی که در همان زمان ارایه شد، به صراحت آمده است. این نظریه را در پی نوشت تماماً می‌آورم.^۴

در نهایت در همان زمان که بحث تشکیل لویه جرگه عنعنوی برای بحث در مورد پیمان در جریان بود، پذیرفته شد، که این جرگه فقط می‌تواند مشوره دهد و تصمیم آن جایگزین صلاحیت قانونی نهادهای قانونی نمی‌گردد. لکن این پرسش مطرح نشد، آیا حکومت می‌تواند چنین مجالسی را حتی برای اخذ مشوره تشکیل دهد؟ کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نیز به صراحت تشکیل این جرگه را برای اخذ مشوره مخالف قانون اساسی به شمار نیاورد. لکن می‌توان گفت که به موجب قانون اساسی، که اداره کشور و تعیین پالیسی‌ها را که در تعیین سرنوشت شهروندان و نفع و ضرر آن‌ها تأثیرگذار است، بر اساس نظم دموکراتیک و مشروعیت قانونی و مشارکت عمومی شهروندان پیش‌بینی کرده است، هرگونه فرآیند عرفی و فراقانونی‌ای که قدرت تأثیرگذاری بر سیاست‌گذاری‌های عمومی را از اختیار عموم شهروندان خارج ساخته و در اختیار عده‌ای خاص قرار دهد، یک روند غیرمشارکتی و غیر دموکراتیک و مخالف با برابری شهروندی دانست و در نتیجه مخالف با قانون اساسی محسوب کرد. این نکته‌ای بود که در زمان عضویت در کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نظر واقعی من را تشکیل می‌داد، اما نتوانستم آن را در متن نظریه کمیسیون به صراحت بگنجانم، چون سایر اعضا با آن موافقت نمی‌کردند و لذا به شکل غیر مستقیم در متن نظریه کمیسیون گنجانیده شد که دلیلی واضح از قانون اساسی بر عدم مشروعیت تشکیل این گونه لویه جرگه صرفاً برای اخذ مشوره، وجود ندارد، در حالی که

مشوره‌های این چنینی خود نیز نوعی تأثیرگذاری در پالیسی‌های عمومی است. روش دموکراتیک برای اخذ این گونه مشوره‌ها نظرسنجی، مشاوره با احزاب و جامعه مدنی و در نهایت رفتارندوم است که زمینه تأثیرگذاری منصفانه را برای همه شهروندان فراهم می‌کنند. نه لویه جرگه انتصابی که به تعدادی خاص این امتیاز را می‌دهد که در تعیین پالیسی عمومی دولت تأثیرگذار باشند.

دوم: این دیدگاه که لویه جرگه عنعنوی یک عرف سیاسی مشروعیت‌ساز است، دیدگاه سیاسی رئیس جمهور سابق و همفکران اوست و در مورد آن اتفاق نظر کلی و فراگیر وجود ندارد. هم چنین این دیدگاه که لویه جرگه عنعنوی بهتر می‌تواند از مردم نمایندگی کند نیز یک دیدگاه سیاسی خاص است، و در مورد آن نیز اتفاق نظر کلی و فراگیر وجود ندارد. به این ترتیب روندی که اصل و بنیاد آن مورد توافق عمومی نیست، نمی‌تواند، مشروعیت و توافق عمومی را به وجود آورد.

سوم: در واقع جرگه بزرگ در سطح ملی همان‌گونه که پیش از این توضیح دادم بر اساس مدل جرگه‌های محلی در صورتی می‌تواند به وجود آید و در نتیجه تا حدودی از مردم نمایندگی کند که به صورت حرکت از قاعده به سمت هرم بر بنیاد جرگه‌های محلی که از قریه‌های کوچک شروع شود و در آن اهالی قریه آزادانه حق شرکت و اظهار نظر را دارند، و نمایندگان این جرگه در سطح ولسوالی اجتماع کرده و نمایندگان خود را برای لویه جرگه ملی تعیین کنند، تشکیل گردد. در واقع آن‌چه در باب جرگه به لحاظ تاریخی و فرهنگی واقعیت دارد، جرگه‌های محلی است که از اشتراک آزادانه و وسیع مردم قریه تشکیل می‌گردد. این جرگه‌ها جزو عرف و سنت مردم کشوراند. مردم نواحی گوناگون کشور در سطح وسیع‌تر از قریه‌های خود گاهگاهی به تشکیل چنین جرگه‌هایی می‌پردازند. اما مبنای تشکیل جرگه‌های وسیع‌تر، جرگه‌های قریه است که در آن نمایندگان قریه برای شرکت در جرگه بزرگتر تعیین می‌شوند. جرگه‌ای بزرگ در سطح ملی نیز به ترتیبی که توضیح دادم می‌تواند تشکیل گردد. در صورت تشکیل می‌تواند تا حدودی از مردم و افکار آن‌ها نمایندگی کند.

لکن در تاریخ سیاسی افغانستان جرگه‌ای در سطح ملی با این خصوصیات و اوصافی که برشمردم جز لویه جرگه اضطراری و لویه جرگه قانون اساسی تشکیل نشده است. این نوع از جرگه، جرگه مردمی است که در قسمت قبل توضیح دادم. اما جرگه نوع سوم از سابقه تاریخی طولانی برخوردار نیست، چون لویه جرگه اساساً یک مفهوم جدید است که در دوره امانی به وجود آمده است و پیش از آن سابقه نداشته است. منتهی تاریخ‌نگاری رسمی که کوشش می‌کند، برای مسائل اساساً جدید ریشه‌های کهن و باستانی بیابد، مجالسی را که مطابق معمول جنگاوران پیروز،

در آغاز تأسیس یک سلسله، از مریدان و بزرگان قوم و قبیله و سران لشکر خویش تشکیل می‌دهند و معمولاً خود وی را به امارت و قدرت منصوب می‌کنند، لویه جرگه نامیده است.^۵ در حالی که آنان چنین مفهوم و تصویری از این مجالس در ذهن خود نداشته‌اند. برای مثال فیض محمد کاتب به قدرت رسیدن احمدشاه ابدالی را چنین روایت می‌کند: «و به استصواب [صوابدید] آرای بزرگان طوایف ابدالی خصوصاً حاجی جمال خان بارکزایی که به قوت و مکت، از همه برتری داشت، کلاه سروری بر سر نهاد و در این حال صابرشاه نام فقیری، گیاه سبزی را به عمامه‌اش نصب کرد.^۶ چنانکه ملاحظه می‌کنید در این روایت، بر خلاف روایت رسمی، هیچ نشانی از تشکیل جرگه ملی و سرتاسری که احمدشاه ابدالی را به عنوان پادشاه تعیین کرده باشد، دیده نمی‌شود. اما در روایت رسمی ناسیونالیسم افغانی افسانه‌سرایی‌های بی‌شمار در این زمینه صورت می‌گیرد تا تأسیس دولت ابدالی و به قدرت رسیدن احمدشاه را در نتیجه یک مجلس ملی قلمداد کند و لویه جرگه را یک نهاد سنتی مشروعیت ساز.

بنابراین در واقع اولین جرگه‌هایی که از این نوع (نوع سوم) در سطح ملی و وسیع تشکیل شده‌اند، لویه جرگه‌های امانی‌اند. بعد از وی توسط حکومت‌های وقت هر از چند گاهی لویه جرگه‌ای به سبک و سیاق امانی (به جز جرگه ۱۳۴۳) بر اساس فرمان و دعوت افرادی خاص دایر گردیده است. این لویه جرگه‌ها هیچ‌کدام بر بنیاد جرگه‌های قریه و سپس ولسوالی و... دایر نگردیده‌اند، بلکه توسط حاکم وقت، وزرا، کارمندان و مأمورین دولت، تعدادی علما، مشایخ، سادات و خوانین بر اساس گزینش خود دستگاه حکومتی از مرکز و ولایات دعوت شده و با جمع آوری آن‌ها در مرکز مجلسی را به نام لویه جرگه و یا تحت عنوان مجلس «اهل حل و عقد» برگزار کرده‌اند. همان‌گونه که می‌دانید این نوع لویه جرگه بیش از آن‌که از مردم نمایندگی کند، نمایندگان حکومت و یا اجتماعی از هواداران آن خواهند بود که برای اعلان وفاداری و تصویب برنامه‌های از پیش تعیین شده، برگزار می‌گردند. به همین دلیل است که این لویه جرگه‌ها خصوصاً لویه جرگه محمد داود، ببرک کارمل و داکتر نجیب، مجلس اهل حل و عقد دولت مجاهدین و طالبان هر کدام در وقت و زمان خود مشروعیت و اجماع ملی به وجود نیامورد و بحران مشروعیت قدرت را حل نتوانستند.

در واقع همان‌گونه که یاد آوری کردم در تاریخ سیاسی افغانستان لویه جرگه سازگار با عرف مردم لویه جرگه‌های اضطراری و قانون اساسی بوده است. این مدل دقیقاً بر مبنای مدل و الگوی جرگه‌های محلی توسط کارشناسان ملل متحد طراحی شده بود نه بر اساس مدل و الگوی

حکومت‌های افغانستان.

در نتیجه این تحلیل می‌توان گفت که لویه جرگه اولاً از سابقه تاریخی مشروعیت ساز و متحد کننده برخوردار نبوده است، پس نمی‌توان آن را از مصادیق سنت تاریخی این کشور دانست، ثانیاً به همین ترتیب در حدعرف حقوقی نیست، چون عناصر عرف حقوقی در آن (از جمله رضایت و پذیرش وجدان عمومی و لازم الاجرا دانستن آن) وجود ندارد اگر می‌داشت، حکومت‌های افغانستان با بی ثباتی و مشکل مشروعیت روبه رو نمی‌شدند، بلکه جرگه عرفی، جرگه‌های محلی است و ثالثاً به دلیل مکانیزم آن که مبتنی بر تعیین از سوی دولت است، بیشتر از قدرت مستقر نمایندگی می‌کند، تا مردم. در واقع قدرت و اعتبار افرادی که برای لویه جرگه‌ها دعوت می‌شدند، عمدتاً ناشی از منزلت آنان در نزد حکومت بوده است. در واقع در کشور ما منزلت اجتماعی تا هنوز ناشی از داشتن موقعیت و منزلت دولتی است، نه مستقل از آن.

ممکن است استدلال شود که رهبران قومی و قبیله‌ای در ساختار قومی و قبیله‌ای عدتا و عرفاً نمایندگان مردم است لکن مشکل این استدلال علاوه بر این که همان گونه که اشاره کردم اعتبار افراد مهم ناشی از اعتباری است که در نزد دولت دارند، نه صرفاً ریاست یک قبیله (در حقیقت یک شخص وقتی به ریاست یک قبیله می‌رسد که از اعتبار و نفوذ در نزد دولت برخوردار باشد) این است که ساختار قومی در افغانستان به گونه‌ای منسجم و مسلط نیست که هر قومی از خود تعریف و حد و حدود خاصی داشته باشد، و رهبر بلامنازع آن نیز مشخص باشد و در لویه جرگه این رهبران بلامنازع دعوت شوند و با اجتماع آنها لویه جرگه به وجود آید. در واقع حد و حدود اقوام، افراد صاحب نفوذ در میان یک قوم، و این که تشخیص این بزرگان تا چه حدودی از رضایت و دیدگاه افراد آن قوم نمایندگی می‌کند، در افغانستان امروز معین و مشخص نیستند. بنابر این، افرادی که به عنوان رهبر قومی تعیین و دعوت می‌شوند، اولاً معلوم نیست از چه تعداد افراد نمایندگی می‌کند، چون مرز و حد حدود اقوام مشخص نیست. ثانیاً معلوم نیست فرد تعیین شده رهبر بلامنازع باشد؛ چون غالباً هر یک از افراد تعیین شده در میان قوم خود بدیل‌های فراوان دارند. پس بر اساس چه مکانیزمی و بر اساس چه معیاری یک فرد خاص از میان مجموعه افراد هم‌طراز و بدیل تعیین می‌گردد. ثالثاً برای این که ساختار قومی و قبیله‌ای در کشور ما یک ساختار مسلط نیست، افراد (مثلاً جوانان تحصیل کرده) در عرض دیدگاه و نظر یزرگان قومی صاحب دیدگاه و نظراند. چگونه رأی و نظر بزرگان قومی می‌توانند رأی و نظر این طیف وسیع محسوب شوند؟

ممکن است گفته شود که نمایندگان جامعه مدنی که در لویه جرگه دعوت می‌شوند، می‌توانند

از گروه‌های گوناگون مردم از جمله جوانان و تحصیل‌کردگان نمایندگی کنند. لکن در پاسخ باید گفت اولاً نهادهای مدنی که معمولاً هر کدام توسط گروهی محدود تشکیل شده‌اند، نمی‌توانند از طیف‌های وسیع جوانان به‌درستی نمایندگی کنند. ثانیاً افرادی که به عنوان نمایندگان جامعه مدنی، علما، و دیگر گروه‌های اجتماعی دعوت می‌شوند، از میان انبوه گزینه‌های بدیل توسط نمایندگان حاکمیت تعیین می‌شوند. بنابر این همیشه این پرسش باقی می‌ماند چرا این تعداد برای تعیین سرنوشت همگان تعیین شدند و مجموعه‌های بدیل تعیین نگردیدند.

نتیجه:

۱. نظام مبتنی قانونی که اساس مشروعیت را در رأی و تصمیم شهروندان که از حقوق برابر برخوردارند، در نقطه مخالف بنیادهای سنتی مشروعیت که مبتنی بر ارزش‌های قبیله‌ای و ارزش‌های پدرسالارانه‌اند، لویه جرگه ای کاملاً انتخابی را به‌عنوان مظهر عالی اراده مردم افغانستان مقرر داشته است که از صلاحیت‌های بسیار مهمی چون تعدیل قانون اساسی، عزل رئیس جمهور منتخب و اخذ تصمیم در حالات اضطرار، برخوردار است. این جرگه در صورتی می‌تواند مظهر عالی ملت باشد که از مشروعیت دموکراتیک بیش‌تر برخوردار بوده و نمایندگی عمومی و همه شمول را برای تمام شهروندان کشور تأمین کند، لذا نظام انتخاباتی باید به گونه‌ای تنظیم شود که این هدف را برآورده سازد.

۲. لویه جرگه عرفی مردمی، جرگه‌ای است که از نمایندگان جرگه‌های محلی تشکیل شود که نمونه تاریخی آن لویه جرگه اضطراری و لویه جرگه قانون اساسی است. این نوع از لویه جرگه فقط در حالت فروپاشی نهادهای قانونی و یا به بن بست کشیده شدن قانون اساسی از مشروعیت حقوقی و سیاسی می‌تواند برخوردار باشد و مشکل مشروعیت را حل کند.

۳. دلیلی روشن مبتنی بر حقوق اساسی وجود ندارد که با استناد به آن بتوانیم نوع سوم از لویه جرگه، لویه جرگه سنتی غیر دموکراتیک و غیر مردمی را که اصطلاحاً لویه جرگه عنعنوی نامیده می‌شود، به‌صورت مطلق، از جمله در اوضاع و شرایطی کنونی، که با گذشته بسیار فرق کرده است، مشروعیت ساز به‌شمار آوریم. این نوع از لویه جرگه در آغاز که به ابتکار امان‌الله خان به وجود آمد، نظر به شرایط آن زمان می‌توانست یک ابتکار مهم و اقدامی مشروعیت ساز به حساب آید، لکن اهمیت و نقش تاریخی آن در حدی نیست که آن را به یک نهاد مشروعیت‌ساز برای همه شرایط از جمله شرایط کنونی تبدیل کرده باشد، در واقع

به لحاظ حقوقي وصف عنوانی عرف حقوقي کشور برآن صادق نیست و به لحاظ سیاسی هم به وجود آورنده اجماع و توافق سیاسی و اجتماعی میان مردم کشور نیست، تا بتواند مشروعیت سیاسی را تأمین کند.

پی نوشت‌ها:

۱. در مورد نحوه تشکیل لویه جرگه قانون اساسی و اضطراری رجوع شود به:
سرور دانش، حقوق اساسی افغانستان، کابل، دانشگاه ابن سینا، ۲۹۷، ۱۳۹۴ - ۳۰۰ در این کتاب متن فرمان تقنینی رئیس دولت انتقالی عیناً نقل شده است. ماتن این فرمان نحوه تشکیل هردو لویه جرگه (اضطراری و جرگه تصویب قانون اساسی را تا حدودی روشن می‌کند و هم‌چنین رجوع شود به:
۲. محمد علم فیضی زاد در جرگه‌های بزرگ ملی افغانستان به تفصیل از طرز تشکیل و مصوبات لویه جرگه‌های امانی به بعد گزارش داده است. مشخصات کتابشناختی آن را در پی نوشت شماره ۵ ذکر کرده‌ام.
۳. استناد به سابقه تاریخی لویه جرگه و این که جزو عرف حقوقي کشور است، توسط جناب استاد سرور دانش نیز به کار رفته است. رجوع شود به: همو، حقوق اساسی افغانستان، ۹۱ - ۹۴.
۴. متن نظریه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد لویه جرگه عنعنوی:
«۱. در قانون اساسی لویه جرگه به رسمیت شناخته شده است و طبعاً طرز تشکیل و صلاحیت آن نیز مشخص شده است. در واقع با تعریف لویه جرگه و طرز تشکیل آن در ماده (۱۱۰) و تعیین صلاحیت‌های آن در ماده (۱۱۱) قانون اساسی لویه جرگه از حالت عنعنوی بر آمده به یک نهاد منتخب تبدیل شده است که اصل قانونی بودن نظام نیز چنین اقتضایی دارد.
۲. از نگاه قانون اساسی رئیس جمهور می‌تواند در مسائل مهم ملی به آرای عمومی مراجعه کند، لیکن مراجعه به آرای عمومی (رفراندوم) مطابق حکم ماده (۱۵۶) قانون اساسی توسط کمیسیون مستقل انتخابات مطابق به احکام قانون صورت می‌گیرد.
۳. از نگاه قانون اساسی دلیل واضحی بر غیر قانونی دانستن تدویر جرگه بزرگ و وسیع از بزرگان و متنفذین کشور صرفاً به منظور اخذ مشوره، وجود ندارد. بدیهی است که تصامیم آن نمی‌تواند جایگزین صلاحیت‌های نهادهای قانونی گردد.
به موجب احکام جزء ۱۷ ماده (۶۴) ماده (۷۵)، جزء ۵ ماده (۹۰) و بند ۶ ماده (۹۷)

جایگاه لویه جرگه عنعنوی در حقوق اساسی افغانستان/ ۲۴۵

قانون اساسی اخذ تصمیم در مورد معاهدات بین الدول از وظایف و صلاحیت‌های مشترک رئیس جمهور، حکومت و شورای ملی است.» (ر.ک: سالنامه ۱۳۹۰ کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، ص ۲۳ - ۲۴)

۵. روایت رسمی از لویه جرگه‌ها به صورت مفصل در منبع ذل که بسیار محبوب رئیس جمهور کرزی بود، انعکاس یافته است:

جرگه‌های بزرگ ملی افغانستان (لویه جرگه‌ها)، نوشته محمد علم فیض زاد، مهمتم: ببرک لودی، لاهور، میزان ۱۳۶۸.

۶. فیض محمد کاتب هزاره، سراج التواریخ، ج ۱-۲، تهران، موسسه انتشاراتی عرفان، ۱۳۹۱، ص ۷۰ - ۷۱

تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان

نویسنده: قانونپوه دکتر محمد قاسم هاشمزی

چکیده

تفکیک قوا یکی از مهم‌ترین عناصر نظام‌های دموکراتیک و قانون محور است، که هدف آن شریک ساختن قدرت و جلوگیری از شکل‌گیری حاکمیت استبدادی می‌باشد، این موضوع در قانون اساسی افغانستان به گونه دقیق مورد توجه قرار گرفته و نظام سیاسی کشور بر مبنای اصل تفکیک قوا، متشکل از سه قوه (مقننه، اجرائیه و قضائیه) است، که هرکدام دارای وظایف و صلاحیت‌های مشخص بوده و هر سه قوه زیر نظر رئیس جمهور فعالیت‌های شان را به پیش می‌برند. چون رئیس جمهور هم در رأس حکومت قرار داشته و هم مسئول دولت است.

تفسیر قانون اساسی از زمان شکل‌گیری اولین قانون اساسی ۱۹۲۳ تا کنون در افغانستان به نهادهای مختلف داده شده است، چنانچه در قانون اساسی عصر امان الله خان تفسیر قانون اساسی به یک نهاد مرکب از اعضای انتخابی و انتصابی داده شده بود، در حالی که در قانون اساسی ۱۳۴۳ [۱۹۶۴] این مساله به گونه مستقیم به هیچ یکی از نهادها تفویض نگردیده بود. در عصر جمهوری داوود خان صلاحیت تفسیر قانون اساسی به ستره محکمه سپرده شد، در حالی که در زمان حکومت ببرک کارمل شورای انقلابی مسئول تفسیر قانون اساسی شد، اما در عصر حکومتداری دکتر نجیب‌الله شورای قانون اساسی تشکیل و صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دارا شد. در قانون اساسی ۲۰۰۴ صلاحیت تفسیر قانون اساسی به گونه واضح به هیچ یکی از نهادهای قضایی و حقوقی سپرده نشده است، چنانچه ستره محکمه بر مبنای ماده ۱۲۱ قانون اساسی، خویش را واجد صلاحیت تفسیر قانون اساسی دانسته و از جانب دیگر بر اساس حکم ماده ۱۵۷ قانون اساسی، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی بر خود می‌داند که نظارت از تطبیق قانون اساسی بدون داشتن صلاحیت تفسیر غیر ممکن است. این مسئله میان کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و ستره محکمه به عنوان یک چالش مطرح است.

واژه‌های کلیدی: تفکیک قوا، تفسیر قانون اساسی، ستره محکمه، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی

۱: مقدمه تاریخی

۱/۱ تاریخچه قوانین اساسی افغانستان ۱۳۰۲-۱۳۸۲ [۱۹۲۳-۲۰۰۱]

مفکوره مشروطه خواهی در افغانستان، برای بار اول در دهه اول قرن بیستم در میان روشنفکرانی بنام «جوانان افغان»، مطرح شد. حامی برجسته این جنبش شاه امان الله خان بود که در سال ۱۹۱۹ به سلطنت رسید. امان الله خان خود را پادشاه انقلابی می دانست و مفکوره ایجاد جامعه مدرن، متمدن و متمدن را به تمام معنا برای افغانستان در نظر داشت. او در سال ۱۹۲۳ نخستین قانون اساسی (نظامنامه) افغانستان که برخی از حقوق اساسی را برای اتباع کشور اعطا می کرد و در عین حال جایگاه پادشاه مطلقه را نیز تقویت می بخشید، تصویب نمود.^۱ با این حال، امان الله خان به موجی از اعتراضات در کشور مواجه شد که به شورش قوم شینواری در سال ۱۹۲۸ انجامید که یک سال بعد او را مجبور به فرار از کشور ساخت.

قانون اساسی بعدی در سال ۱۹۳۱ توسط محمد نادر پادشاه افغانستان تصویب شد که از برخی جهات نسبت به قانون اساسی سال ۱۹۲۳ لیبرال تر بود، حتی یک مجلس دو اتاقه را ب داشتن صلاحیت قانون گذاری به وجود آورد، اما در واقعیت، حکومت وی از آنچه روی کاغذ آمده بود، به مراتب قدرت گرا بود.^۲

در سال ۱۹۶۴ در عصر محمد ظاهر شاه که به دوره دموکراسی معروف است، قانون اساسی دیگری تصویب و نافذ گردید. به موجب این قانون اساسی، افغانستان دولت شاهی مشروطه دانسته شد. خصوصیت نظام شاهی مشروطه این است که اختیارات وسیع نظام پادشاهی را به حاکمیت قانون تعدیل می نماید. طراحان قانون اساسی در صدد بودند که با ترکیبی از سنت افغانی - اسلامیا اسلوب غربی نظام شاهی مشروطه را طوری تنظیم نمایند که قوای اجرائیه، مقننه و قضائیه از یکدیگر تفکیک گردند. این قانون اساسی با مشورت یک مستشار فرانسوی تدوین شد که نمادی از همکاری میان فرانسه و افغانستان در امور حقوقی بود.^۳ همین سند، در ایجاد قانون اساسی فعلی که در سال ۲۰۰۴ به تصویب رسید، به حد کافی لازم مورد استناد قرار گرفت. متأسفانه، در عمل تفکیک قوا آن گونه که در قانون اساسی ۱۹۶۴ پیش بینی شده بود، تحقق پیدا

1. H.Kakar, Constitutional History of Afghanistan in 6 Encyclopedia Iranica Mazda Publishers (Costa Mesa 1992) 158,158-159.

2. S.A. Arjmand, Constitutional Developments in Afghanistan: A Comparative and Historical Perspective (2005, 53 Drake Law Review) p.943, 949-950.

3. R. Grote, "Separation of Powers in New Afghan Constitution" (2004) 64 ZaöRV 897, 897.

نکرد و روند دموکراتیک به سبب جمعیت پایین رأی‌دهنده، آمار بالای بی‌سوادی و فقدان احزاب سیاسی اصلاح طلب، با مانع روبرو شد.^۴

در قانون اساسی تدوین شده پس از ۱۹۷۳، ساختار حکومت پارلمانی به شکل کنونی آن کم‌تر مطرح بود. در ۱۹۷۳، دهمین پادشاه، محمد ظاهر شاه به وسیله کودتای که توسط یک گروه نظامی صورت گرفت خلع قدرت شد و حکومتش از بین رفت. لوی جرگه یا شورای بزرگان، یعنی گردهمایی عنعنوی افغان‌ها برای مسائل مهم سیاسی که وظیفه تصمیم‌گیری‌های مهم دولتی را در مواردی مانند تصویب یا تجدید نظر قانون اساسی از طریق توافق و اجماع برعهده دارد، در سال ۱۳۵۶ [۱۹۷۷] تشکیل شد. لویه جرگه، قانون اساسی جدیدی را تحت تأثیر تفکرات سوسیالیستی به وجود آورد که یک سال بعد توسط شورای انقلابی افغانستان کنار گذاشته شد. پس از یک دوره ناآرامی و وقوع سومین کودتا در سال ۱۹۷۹، اردوی اتحاد جماهیر شوروی، افغانستان را اشغال کرد. در سال ۱۹۸۷، در طول دوره اشغال توسط شوروی، با انتشار قانون اساسی دیگری، کشور نام جمهوری دموکراتیک افغانستان را به خود گرفت. این قانون اساسی، احتمالاً متأثر از مفکوره‌های اصلاح‌گرایانه رهبر شوروی، میخائیل گورباچف بود.^۵ این قانون به جنگ‌های داخلی خاتمه بخشید و سرانجام در سال ۱۹۸۹ مجاهدین، اردوی سرخ شوروی را از کشور بیرون راندند و حکومت کمونیستی سرنگون شد، در سال ۱۹۹۰ یک دولت اسلامی که حامی یک نظام چندحزبی بود، به وجود آمد. در سال ۱۹۹۲، دولت اسلامی افغانستان تحت رهبری رئیس‌جمهور برهان‌الدین ربانی به طور رسمی به وجود آمد که در سال ۱۹۹۶ توسط طالبان سرنگون شد.^۶ از آن زمان تا ۲۰۰۱، طالبان یک نظام سخت‌گیرانه مذهبی را با اجرای علنی حکم اعدام به منصفه ظهور رساندند تا مردم را مرعوب خویش سازند. آنان هیچ‌گاه برای طرح و تدوین قانون اساسی خود اقدام نکردند. رژیم طالبان سرانجام با عملیات آزادی‌پایدار به رهبری آمریکا که از ۷ اکتبر ۲۰۰۱ آغاز شده بود، سرنگون شد.^۷

موضوع طرح، تصویب و انفاذ قانون اساسی کنونی افغانستان که با کنفرانس صلح بُن در ۵ دسامبر ۲۰۰۱ آغاز گردیده بود، در سال ۲۰۰۴ تکمیل و پس از طی مراحل قانونی به منصفه عمل

4. Grote (n 3) 899.

5. B. Rubin, The Fragmentation of Afghanistan (2nd ed, Yale University Press, New Haven 2002) 147.

۶. در اکتبر ۱۹۹۳، ربانی طرحی که قانون اساسی اسلامی را امضا کرد که البته هیچ‌گاه متن آن رسماً منتشر نشد. (۲ Arjmand (n

7. E. Afsah, Afghanistan Conflict in Rüdiger Wolfrum (ed), Encyclopedia of Public International Law (Oxford University Press, Oxford 2009), p. ?available at: <http://www.mpepil.org>, accessed October 10, 2009.

قرارداده شد. توافقنامه بن به عنوان نتیجه این کنفرانس،^۸ یک دولت مؤقت را به ریاست حامد کرزی ایجاد کرد. این حکومت در انتخابات پارلمانی بهار ۲۰۰۵، مورد تأیید قرار گرفت. توافقنامه بن، به طور مؤقت قانون اساسی سال ۱۹۶۴ را که زمانی به عنوان «بهترین قانون اساسی جهان اسلام» وصف شده بود،^۹ دوباره برقرار کرد و شرایط مشخصی را برای قانون اساسی بعدی کشور بیان نمود. در این توافقنامه تصریح شد که از قانون اساسی سال ۱۹۶۴ به طور کامل، جز در احکامی راجع به سلطنت و تفکیک قوای سابق، تبعیت شود.^{۱۰}

۱/۲ شکل گیری قانون اساسی جدید

پس از فروپاشی رژیم طالبان، روند شکل گیری قانون اساسی جدید به صورت رسمی از ۵ اکتبر ۲۰۰۵ که کمیسیون تدوین قانون اساسی برای ارائه طرح قانون اساسی جدید تعیین شد، آغاز گردید. قانون اساسی متعاقباً توسط لوی جرگه به تصویب رسید. کمیسیون مأمور تدوین طرح قانون اساسی برای این کار چندین ماه وقت صرف کرد که حاصل این تلاش ها، پس از آن توسط کمیسیون بازنگری با حضور تعداد زیادی از حقوق دانان و متخصصان مورد بازبینی قرار گرفت. لوی جرگه قانون اساسی - که متعاقباً تشکیل شده بود - پس از اعمال برخی تغییرات در طرح اصلی، آنرا تأیید کرد. ۵۰۲ نماینده در ۱۴ دسامبر ۲۰۰۳ در کابل گردهم آمدند و نهایتاً قانون اساسی جدید را در ۴ جنوری ۲۰۰۴ تصویب کردند. قانون اساسی در ۲۶ جنوری ۲۰۰۴ توسط رئیس جمهور حامد کرزی امضا شد. نسخه رسمی این قانون، به دوزبان رسمی افغانستان، یعنی دری و پشتو موجود است.^{۱۱} موافقتنامه بن، فهرستی را از اصول راهنمای تدوین قانون اساسی جدید ارائه کرده بود. این چوکات، قانون اساسی ۱۹۶۴، به ویژه مواد ناظر به حقوق و تکالیف مردم و لویه جرگه را در بر می گرفت. موافقتنامه همچنین، معیارهایی را برای یک نظام ریاستی قوی به انضمام یک پارلمان دومجلسی و قوه قضائیه مستقل ارائه می داد و منابع حقوقی را که باید در بازسازی نظام عدلی و قضایی مورد استفاده قرار بگیرد، پایه گذاری کرد.^{۱۲} مطابق آن تأکید شد که افغانستان به صورت متمرکز و غیرفدرال باقی بماند.

8. Agreement on Provisional arrangements in Afghanistan Pending the Re-establishment of Permanent Government Institutions ("Bonn Agreement"), December 5, 2001 (UN/SC 7234, December 6, 2001).

9. L. Dupree, Afghanistan (Princeton University Press, Princeton 1980) 565.

10. Afsah (n 7).

11. B. R. Rubin, "Crafting a Constitutional for Afghanistan" (2004) 14 J. Democracy 5-19.

12. Grote (n 3) 902.

بعضی از ناظران، مسئولیت برخی از ابهام‌ها و ناسازگاری‌هایی را که در طول اجرای قانون اساسی نمایان شد، برعهده اعضای لوی جرگه می‌گذارند که با عجله برخی کلمات را به این قانون اضافه و برخی دیگر را از آن حذف کردند که حل مشکلات ناشی از آن، منوط به اصلاح و بازنگری برخی احکام قانون اساسی و نهایتاً تصویب لویه جرگه است، که صلاحیت تصمیم‌گیری نهایی را در مورد چنین اصلاحات حایزاست. مطابق ماده ۱۱۰ قانون اساسی ۲۰۰۴، لویه جرگه متشکل است از اعضای شورای ملی و رؤسای شورای ولایات و ولسوالی‌ها. وزراء، رئیس و اعضای ستره محکمه و لوی‌خارنوال می‌توانند بدون حق رأی در جلسات لوی جرگه شرکت کنند. لوی جرگه می‌تواند در مورد مصالح علیای ملی مانند استقلال، حاکمیت و تمامیت ارضی، اصلاح قانون اساسی و محاکمه رئیس جمهور تصمیم‌گیری کند. به پیروی از حکم ماده یک‌صد و پنجاهم قانون اساسی، طرح تعدیل در قانون اساسی توسط کمیسیون متشکل از اعضای حکومت، شورای ملی و ستره محکمه تهیه می‌شود و پس از آن لوی جرگه که اکثریت اعضای آن را اعضای شورای ملی تشکیل می‌دهد، به فرمان رئیس جمهور تشکیل می‌یابد. هرگاه لوی جرگه با اکثریت دوثلث کل اعضا طرح تعدیل را تصویب کند، بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ می‌گردد. با توجه به ناهماهنگی و اصطکاک موجود میان شورای ملی و دولت، بعید است که در آینده نزدیک چنین همکاری میان این دو نهاد برای اصلاح قانون اساسی به وجود آید. تنها در صورتی که دو طرف، جدل‌های متعصبانه را کنار بگذارند و به خواسته‌های یکدیگر توجه کنند، آنگاه می‌توان امید داشت که در قانون اساسی تغییرات ضروری به وجود بیاید و بسیاری از ابهامات و تناقض‌های آن حذف شوند.

۲. تفکیک قوا در قانون اساسی افغانستان

۱/ ۲ حکومت ریاستی

تفکیک قوا در افغانستان موجب تشکیل یک نظام ریاستی قوی می‌گردد. قانون اساسی جدید، هم صلاحیت پادشاه و هم صلاحیت نخست وزیر مندرج در قانون اساسی ۱۹۶۴ را به رئیس جمهور تفویض کرده است.^{۱۳} همچنین سه قوه متمایز از هم وجود دارد، که رئیس جمهور به عنوان رئیس دولت و رئیس حکومت، اداره و هدایت همه قوا را برعهده داشته، صلاحیت‌های خود را در عرصه‌های متذکره طبق قانون اساسی اعمال می‌نماید (ماده ۶۰). رئیس جمهور از جمله، این صلاحیت و وظیفه را دارد که خطوط اساسی سیاست کشور را تعیین نماید، وزراء، قضات و

مقامات عالی رسمی را تعیین و منصوب کند، تصمیمات قانون‌گذار را به‌عنوان بخشی از جریان توشیح و امضا مورد بازنگری قرار دهد و نیز تصمیم بگیرد که آیا موضوعات راجع به قانون اساسی را به ستره محکمه ارجاع بدهد یا خیر.^{۱۴}

برگزیده شدن به‌عنوان رئیس جمهور، منوط به کسب بیش از ۵۰ درصد آرای رأی‌دهندگان «از طریق رأی‌گیری آزاد، عمومی، سری و مستقیم» است (ماده ۶۱). دوره ریاست جمهوری پنج‌سال است، با حق انتخاب مجدد تنها برای یک دوره دیگر (ماده ۶۲)، رئیس جمهور به همراه دو معاون وی که او را در اجرای امور همراهی می‌کنند، انتخاب می‌شود. وظیفه این دو فرد این است که در موارد اضطراری قائم مقام رئیس جمهور باشند، ولی منعی هم برای انتخاب آن‌ها به‌عنوان وزیر وجود ندارد. انتخاب دو معاون به رئیس جمهور اجازه می‌دهد که بتواند موافقت سایر گروه‌های سیاسی و متحدان را جلب کند. رئیس جمهور ممکن است به‌خاطر جرائم علیه بشریت و خیانت ملی توسط لویه جرگه متهم شود، ولی رأی محکومیت توسط محکمه خاص صادر می‌شود. قانون اساسی سال ۱۹۸۷ در ماده ۹۷ به رئیس جمهور صلاحیت انحلال پارلمان را بر اساس دلایل موجه اعطا نموده بود. «رئیس جمهور در مشوره با رؤسای مجلسین شورای ملی، صدراعظم، قاضی‌القضات و رئیس شورای قانون اساسی، پارلمان را با ذکر دلایل آن منحل کرده می‌تواند.

قانون اساسی که در سال ۲۰۰۴ نافذ و مرعی‌الاجرا شد، به رئیس جمهور این صلاحیت را داده است که در حالت اضطرار به مشوره رؤسای شورای ملی و ستره محکمه بعضی از صلاحیت‌های شورای ملی را به حکومت انتقال دهد و تنفیذ عده‌ای از احکام آن را معطل بسازد و یا قیودی بر آن‌ها وضع نماید. اما صلاحیت انحلال پارلمان را حایز نمی‌باشد. دیدگاه‌های مختلفی در مورد صلاحیت رئیس جمهور برای انحلال پارلمان به‌موجب قانون خاص با شرایط از قبل تعیین‌شده وجود دارد. قانون اساسی برخی از کشورها، رئیس دولت را با این استدلال که چنین قدرتی موجب سوءاستفاده خودسرانه از آن می‌شود، از داشتن چنین حقی محروم می‌کنند. با توجه به ناپایداری موقعیت سیاسی در شورای ملی که به دلیل خلاهای موجود در قانون اساسی و قانون انتخابات، موجودیت عده‌ای از اعضای بی‌سواد پارلمان، آسیب‌پذیری پارلمان تحت تأثیر نیروهای خارج و داخل پارلمان، رقابت میان رهبران فراکسیون‌ها، نفوذ مافیای مواد مخدر و فقدان قواعد سلوکی همراه با تدابیر انضباطی مؤثر، نامساعدتر شده است، قدرت مؤثر رئیس دولت برای انحلال پارلمان در چوکات قانون تعریف شده می‌تواند و این امر به‌عنوان عاملی بازدارنده به ارتقای

تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان/ ۲۵۳

انضباط و پابندی به قانون در پارلمان یاری می‌رساند. ازین روی یکی از موارد تعدیل را این موضوع می‌تواند دربر گیرد.

از آن جا که یک پارچگی و اقتدار، شرایط لازم به منظور تبدیل افغانستان به کشوری باثبات است، قانون اساسی ۲۰۰۴ در راستای روش آغاز شده از ۱۹۶۴، یک حکومت مرکزی قدرتمند را به وجود آورد تا قادر باشد اقوام مختلف با زبان‌های گوناگون و مناطق مختلف را یک پارچه نماید. قانون اساسی، تبعیض میان اتباع افغان توسط حکومت را منع می‌کند. هم‌زمان، تأسیس حزب بر مبنای قومیت و وابستگی‌های مذهبی نیز ممنوع شده است.^{۱۵}

صلاحیت رئیس‌جمهور برای بازنگری و رد قوانین مصوب شورای ملی و نیز ارجاع مسایل مربوط به مطابقت قوانین، فرامین و اسناد بین‌المللی با قانون اساسی به ستره محکمه و تعیین اعضای ستره محکمه و سایر قضات، به طور آشکاره وی نفوذ و سیطره سیاسی قابل ملاحظه‌ای بر تمام قوای دولت داده است.^{۱۶} این صلاحیت‌های وسیع نگرانی‌هایی را به وجود آورده است که صلاحیت‌های چندگانه رئیس‌جمهور می‌تواند تهدیدی خاصاً علیه استقلال قوه قضائیه باشد.

۲/۲ حکومت پارلمانی

به موجب اولین قانون اساسی افغانستان، یعنی نظامنامه اساسی مصوب دوره امانیه در ۱۳۰۱ [۱۹۲۳]، اعضای پارلمان توسط پادشاه منصوب می‌شدند و در امور دولت نقش مشورتی برعهده داشتند. بودجه هم به پارلمانی تقدیم می‌شد که حق بحث و بررسی را در مورد معاهدات و موافقتنامه‌ها نیز داشت. در سال ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ شمسی)، پارلمان برای اولین بار در تاریخ افغانستان، شعبه‌ی مستقل دولت شد. پارلمان دارای صلاحیت‌های وسیعی از جمله دادن رأی اعتماد به حکومت بود. ماده ۴۶ قانون اساسی، داشتن سواد را یکی از شرایط داوطلب شدن برای عضویت در پارلمان محسوب کرد. افزون بر آن، این قانون اساسی تحت شرایط خاصی، به پادشاه اختیار انحلال پارلمان را داده بود.

شورای ملی کنونی، مطابق با الگوی پارلمان مندرج در قانون اساسی ۱۹۶۴ پایه‌گذاری شده است. این شورا، مرکب از دو مجلس است: مجلس سنا که مشرانو جرگه یا مجلس بزرگان نامیده می‌شود و مجلس نمایندگان که ولسی جرگه یا خانه ملت خوانده می‌شود. اعضای ولسی جرگه به طور مستقیم با رأی مردم انتخاب می‌شوند و مشرانو جرگه مرکب از نمایندگان انتخابی و انتصابی

۱۵. ماده (۳۵) قانون اساسی ۱۳۸۲ ش.

است. رئیس جمهور یک سوم اعضای مشرانو جرگه را منصوب می کند که این امتیاز را دارند که طول دوره خدمت آن ها نسبت به دیگر اعضا بیشتر است. رئیس جمهور مکلف شده است که بیش از ۵۰ درصد اعضای انتصابی مشرانو جرگه را از زمره زنان انتخاب کند. ولسی جرگه، که اعضای آن به صورت دموکراتیک انتخاب می شوند، در مقایسه با مشرانو جرگه، که بعضاً اعضای آن انتصاب می شوند، اولویت بیشتری دارد^{۱۷}

دو صلاحیت عمده شورای ملی، قانون گذاری و نظارت بر قوه مجریه (رئیس جمهور و حکومت) است. این شورا در درجه نخست، قوانین جدید را تصویب و قوانین سابق را عندالایجاب لغو و یا تعدیل می کند. اسناد تقنینی باید به تأیید هر دو مجلس و رئیس جمهور برسد. با این حال، اگر مشرانو جرگه سندی را رد کند، ولسی جرگه می تواند با دوئل آراء، تصمیم نهایی را در مورد اتخاذ نماید و مصوبه تقنینی مربوط را بدون ارائه به مشرانو جرگه جهت توشیح به رئیس جمهور ارائه کند. در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد می تواند آن را در ظرف پانزده روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد کند. با سپری شدن این مدت و یا در صورتی که ولسی جرگه آنرا مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می گردد. ولسی جرگه، مسئولیت حل اختلافات مناقشه برانگیز را به خصوص در رابطه با مسائل مالی بر عهده دارد. به عنوان مسئول در قبال همه جریان های غیر از قانون گذاری در شورای ملی، می تواند وزرا و برخی مقامات عالی دولت را که از جانب رئیس جمهور تعیین می گردند تأیید کند، و یا از طریق رأی عدم اعتماد رد نماید.^{۱۸}

حکومت، نظارت اندکی بر اعمال صلاحیت های تقنینی شورای ملی دارد. دولت صرفاً سیاست گذار است و می تواند مقرراتی را در انطباق با قانون برای حمایت از آن سیاست ها تصویب کند. اولویت پارلمان عبارت است از بحث و بررسی درباره اسناد تقنینی و سیاست هایی که توسط حکومت ارائه می شود. اگر مصوبه شورای ملی توسط رئیس جمهور رد گردد، در صورت کسب آراء اکثریت دوسوم نمایندگان ولسی جرگه، قابل ابطال است. یک نمونه از این موضوع، زمانی به وقوع پیوست که رئیس جمهور، مسوده شورای ملی به تاریخ ۱۴ اپریل ۲۰۰۷ مبنی بر تشکیل کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را در سال ۲۰۰۹ رد کرد. با وجود این، شورای ملی آنرا، در ۱۸ آگست ۲۰۰۸ بار دیگر تصویب نمود.

17. Grote (n 3) 908.

18. Grote (n 3) 909-910.

تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان/ ۲۵۵

زمانی که ولسی جرگه در تعطیل قانونی قرارداد شده باشد، حکومت مسئول قانون گذاری است و می تواند فرامین تقنینی را که از طرف حکومت در صورت ضرورت عاجل تصویب می گردد، توشیح نماید.^{۱۹} این فرامین باید در خلال مدت ۳۰ روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود و در صورتی که از طرف شورای ملی رد شود، از اعتبار ساقط می گردد.

۳. قوه قضائیه

به موجب قانون اساسی ۲۰۰۴ قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان بوده و مرکب است از ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آن ها توسط قانون تنظیم می گردد. ستره محکمه بحیث عالی ترین ارگان قضایی در رأس قوه قضائیه قرار دارد.^{۲۰} ستره محکمه مرکب از نه عضو است که توسط رئیس جمهور و با تأیید ولسی جرگه انتخاب می شوند. مدت خدمت آنان ده سال است. عضو ستره محکمه باید دارای تابعیت افغانستان، حداقل چهل سال سن داشته باشد، با حسن سیرت و شهرت، بدون سابقه جنایی، تحصیل کرده در علوم حقوقی یا فقهی و باید «دارای تخصص و تجربه کافی در نظام قضائی افغانستان» باشد.^{۲۱} جالب توجه آنکه به موجب احکام قانون اساسی مبنی بر تساوی اتباع در برابر قانون، زنان نیز می توانند عضو ستره محکمه شوند.^{۲۲} قاضی را نمی توان از سمتش عزل کرد، مگر این که متهم به ارتکاب جرم شود (ماده ۱۲۷). یکی از وظایف ستره محکمه، پیشنهاد قضات به رئیس جمهور است که با نظر او تعیین می شوند (بخش ۲، ماده ۱۳۲).^{۲۳} ستره محکمه در رأس قوه قضائیه و عالی ترین رکن آن است. هر یک از اعضای ستره محکمه هم زمان ریاست یکی از دیوان های آن را مانند دیوان جزای عمومی، دیوان امنیت عامه، دیوان جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، دیوان حقوق عامه و دیوان تجارتی نیز بر عهده دارد. در صورت نیاز، ستره محکمه می تواند محاکم خاص و تخصصی ایجاد کند. ستره محکمه همچنین مسئول اداره قوه قضائیه است.^{۲۴}

استقلال قوه قضائیه و پاسخ گویی آن، مبنای ضروری برای بی طرفی در صدور حکم است که

۱۹. وزارت عدلیه. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲، ماده ۷۹.

۲۰. همان منبع، ماده ۱۱۶.

۲۱. همان منبع، ماده ۱۱۸.

22. A. Schwarz, Justizerform und Islam in Afghanistan (2005, 65 ZaöRV) 257, 267.

23. M. Lau, "The Independence of Judges under Islam Law, International Law and the New Afghan Constitution" (2004) 64 ZaöRV 917, 924.

24. Schwarz (n 18) 264.

از اصول مندرج قانون اساسی حفاظت می‌کند. به گفتهٔ مارتین لو، "کمتر شکی وجود دارد که در بیشتر کشورها فاصلهٔ میان نظریهٔ قانون اساسی و واقعیت سیاسی، یک واقعیت است".^{۲۵} اجرای عملی اصول قانون اساسی آن را از یک سند تشریفاتی محض بیرون می‌کشد و به صورت یک راهنمای دقیق برای عملکرد دولت و حمایت از مردمش تبدیل می‌کند. قانون اساسی نیازمند یک ساختار حکومت با ثبات است که بتواند از آن حمایت کند. افغانستان، تجربهٔ اندکی در استقلال قوهٔ قضائیه دارد، به گونه‌ای که مقررات و مقتضیات نوین قانون اساسی ۱۹۶۴ در مدت کوتاه حیات خویش، به نحو مطلوب تحقق پیدا نکرد.^{۲۶}

استقلال قوهٔ قضائیه یک اصل محوری در حقوق بین‌الملل است؛ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر چنین بیان می‌کند: "هر شخصی حق دارد که به دعوایش در محکمه مستقل و بی طرف به صورت منصفانه و علنی رسیدگی شود". همچنین، اصول بنیادین قوهٔ قضائیهٔ مستقل که توسط سازمان ملل متحد در سال ۱۹۸۵ به وجود آمد، مقرر می‌دارد که قضات "باید مصونیت کاری داشته باشند و در جریان اجرای وظایف‌شان هیچ گونه فشار مستقیم و غیرمستقیمی بر آنان وارد نشود".

قانون اساسی و قوانین دیگر، به ستره محکمه صلاحیت رسیدگی قضایا را براساس حق و عدالت داده است و آن چنانی که در حین ادای حلف زمان تصدی بیان شده است، وظیفه دارد که "حق و عدالت را طبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تأمین نموده و وظیفهٔ قضا را با کمال امانت، صداقت و بی طرفی اجرا نماید" (مادهٔ ۱۱۹). شخصیت و دانش قاضی نمونه‌ی،^{۲۷} به طور ایده‌آل برای طرفین قضیه، حمایتی را به وجود می‌آورد که در یک دولت مدرن به وسیله مقررات دقیق دادرسی تضمین می‌شود.^{۲۸} ستره محکمه، مفسر رسمی قانون اساسی است اما مؤلفه‌های دقیق و پیامدهای این قدرت تفسیرگر هنوز محل اختلاف است.

۴. سایر ویژگی‌های قانون اساسی ۲۰۰۴

۱/۴ منابع حقوق در قانون اساسی افغانستان

در زمان موافقتنامهٔ بُن در دسامبر ۲۰۰۱، افغانستان یک نظام عدلی و قضائی ملی مستقل نداشت. به جای آن، ولایات و مناطق هر یک نظام حقوقی خود را عمدتاً مبتنی بر حقوق اسلامی و

25. Lau (n 19) 917.

26. Lau (n 19) 925.

27. Model Judge

28. S. Tellenbach, "Fair Trial Guarantees in Criminal Proceedings under Islamic, Afghan Constitutional and International Law" (2004) 64 Za  RV 929, 939.

سنت‌های قبیله‌ای اعمال می‌کردند. در موافقتنامه بُن قید شد که قانون اساسی جدید، نظام قضائی را با ملاحظه موازین و اصول اسلامی، معیارهای بین‌المللی، اصول حاکمیت قانون و سنت‌های افغانستان بازسازی می‌کند. با توجه به موافقتنامه، «قوة قضائیه افغانستان مستقل بوده و متشکل است از سترة محکمه و محاکم دیگری که توسط اداره موقت ایجاد می‌شود».^{۲۹} سترة محکمه کنونی به‌عنوان مفسر نهایی قانون اساسی و سایر قوانین و ناظر محاکم، «صلاحیت قابل توجهی در طراحی و شکل‌دهی به نظام حقوقی دارد» و این وظیفه «حد اعلای استقلال و مسئولیت را برای اجرای این نقش می‌طلبد».^{۳۰}

تلاش قانون اساسی برای ترکیب کردن باورها و اصول اسلامی، کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین داخلی افغانستان باهم، تنها در میان کشورهای اسلامی جریان دارد. ماده ۳ قانون اساسی تصریح می‌کند که «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». این اصول و مقررات مشتمل بر اصول اعتقادی (معتقدات) و قواعد حقوقی (احکام قانون) هستند. بی‌تردید، ارکان پنج‌گانه ایمان مشمول این حکم‌اند، از آن‌جا که بیش از ۹۹ درصد مردم افغانستان مسلمان‌اند، این موضوع هرگز مورد اختلاف نخواهد بود. محمدهاشم کمالی به امور اجرایی حقوق مدنی^{۳۱} توجه نشان داده است که در دایره وظایف حکومت به‌عنوان قلمرو اصلی اعمال این ماده قرار می‌گیرد. از دیدگاه او، ماده قانونی به قواعد «صریح و مشخص» اسلام و قرآن و حدیث ارجاع می‌دهد و کمتر به قواعدی مربوط می‌شود که قابل تفسیر هستند. بنابراین، مفهوم ماده ۲ قانون اساسی ممکن است «به‌عنوان مبنایی برای تعدیل و اصلاح کارآمد» مورد استفاده قرار گیرد.^{۳۲} اما به دلیل کلمات مبهم آن امکان دارد توسط نیروهای محافظه‌کار به جهت مخالف آن نیز هدایت شود. اصطلاح «معتقدات و احکام» باید صراحت پیدا کند یا تعریف و تدوین شود تا معیارهایی در اختیار محاکم قرار دهد و از طرح دعاوی غیرضروری جلوگیری نماید.^{۳۳} افزون بر این، ماده ۷، حقوق بین‌الملل را به‌عنوان منبع دیگر قانون به رسمیت می‌شناسد: «دولت، منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند». آنچه باقی می‌ماند این است که آیا این

۲۹. موافقتنامه بُن، ۵ دسامبر ۲۰۰۱، ماده ۲ (۲).

30. Lau (n 19) 917-918.

31. Civil Transactions

32. M.H. Kamali, "Afghanistan's Constitution 2004: An Islamic Perspective on Interpretation" "USIP paper (2008)

5.

33. Kamali (n 27) 9.

منابع متنوع حقوق، قانون اساسی را با تعارض مواجه می‌کند و آیا ستره محکمه قادر خواهد بود که اختلاف‌ها و تعارض‌ها را به نحو مؤثری حل کند.^{۳۴}

با توجه به نظام قضائی، ماده ۱۳۰ مقرر می‌دارد: «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، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.»، این استناد به حقوق اسلام نسبت به قانون اساسی ۱۹۶۴ حیطه وسیع‌تری را در بر می‌گیرد که تنها رعایت «اصول و موازین اساسی» فقه حنفی را شرط کرده بود. قانون اساسی ۲۰۰۴، روش مقرر در قانون اساسی ۱۹۶۴ را با تقدم قوانین موضوعه استمرار داده است، اما باید توجه داشت که بیشتر قوانین مدنی و جزائی افغانستان مبتنی بر شریعت اند. تنها قوانین مرتبط به موضوعات جدید مانند سازمان شاروالی، روابط کار، صنعت و بازرگانی توسط قوانین موضوعه تدوین و تصویب می‌شوند.^{۳۵}

۲/۴ حقوق بشر و نقش کنوانسیون‌های بین‌المللی

احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر، اصل محوری در قانون اساسی ۲۰۰۴ است. به این دلیل که در قانون اساسی به معاهدات بین‌المللی از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر به عنوان منبع قانون استناد شده است.^{۳۶} با توجه به سوءاستفاده و نقض حقوق بشر در سال‌های ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱ در رژیم طالبان، این اشاره صریح یکی از دغدغه‌های طراحان قانون اساسی موجود بود.^{۳۷} اشاره به اعلامیه جهانی حقوق بشر در مقدمه و ماده ۷ قانون اساسی که منحصر به قانون اساسی افغانستان است، این کشور را در مسیر پیشرفت نشان می‌دهد، مشروط به این که در واقع احکام مندرج قانون اساسی در عمل تطبیق شوند. مضافاً، ماده ۵۸ کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را ایجاد کرده است که شکایات اشخاصی را که احساس می‌کنند حقوقشان مورد سؤاستفاده و نقض قرار گرفته است، استماع می‌کند. تنها مسئله‌ای که میان منتقدان مایه نگرانی محسوب می‌شود، عبارت است از پذیرش همزمان معیارهای حقوق بشر بین‌المللی و تفوق بیان‌شده برای حقوق شرعی.

34. Lau (n19) 918.

35. M.H. Kamali, "References to Islam and Women in Afghan Constitution" (2006) 22 Arab Law Quarterly 270, 293.

۳۶. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲ ش، ماده ۵۸.

37. William Maley, *The Afghanistan Wars* (Palgrave Macmillan, London 2002) 236.

چگونگی حل تعارض میان این دو، سنگ محکی برای شایستگی دولت و قوه قضائیه است.^{۳۸}

فصل دوم قانون اساسی، حقوق اساسی و وجایب اتباع را بیان می‌کند. افغانستان بیشتر حقوق مصرّح در اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را اعمال کرده است. به عنوان نمونه، ماده ۲۲ در تناسب کامل با ماده ۲ اعلامیه جهانی حاکی از آن است که: "هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی هستند." این حکم، مشابه احکام مقرر در قانون اساسی ایران است؛ گرچه در آن جا عبارت گذر انطباق با موازین اسلامی افزوده شده است.^{۳۹}

۱/۲/۴. حقوق زنان

حقوق زنان در حقوق اسلام، مسئله‌ای قابل توجه است، عمدتاً هم به دلیل تفاوت‌های که میان این حقوق با فرهنگ و اصول غربی در خصوص نقش جنسیت و حقوق فردی وجود دارد. همانند بیشتر جوامع غربی، حداقل از جهت نظری، در اسلام به دلیل رعایت مصلحت‌های هریک، حقوق یک‌سان برای زنان و مردان پیش‌بینی نشده است؛ بلکه، جایگاه زنان و مردان "برابر است ولی نه یک‌سان". تفاوت میان دو جنس را در حقوق خانواده، قواعد و مقررات اقتصادی و اصول محاکمات نشان می‌دهد. اخیراً، به خاطر غور بر این تفاوت‌ها، اعضای مجمع جهان اسلام گردهم آمدند تا اعلامیه خاص خود را درباره حقوق بشر بنویسند. اعلامیه قاهره راجع به حقوق بشر در اسلام، تلاش دارد تا مجموعه‌ای از اصول و ارزش‌های اسلامی را در این ساحه بنا کند. گرچه این اعلامیه، یک معاهده الزام‌آور بین‌المللی نیست. اعلامیه قاهره تصریح می‌کند که "از منظر حیثیت انسانی، زن با مرد برابر است و به همان اندازه که زن وظایفی دارد، از حقوقی نیز برخوردار است و دارای شخصیت مدنی و ذمه مالی مستقل بوده و حق حفظ نام و نسب خویش را دارد".^{۴۰}

قانون اساسی افغانستان در زمینه مسائل مربوط به تبعیض و نقش زنان در حکومت بسیار مترقی است. زیرا حقوق مشروعه زنان را توأم با مشارکت شان در کلیه امور جامعه همانند مردان تضمین می‌کند. مطابق ماده ۲۲ قانون اساسی کشور زنان و مردان در برابر قانون مساوی‌اند و حقوق

38. S. Mahmoudi, The Shari'a in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment, (2004) 46 ZaöRV 867, 873-874.

39. Mahmoudi (n 32) 874-875.

۴۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ماده (۲۲)، به متن ذیل: "هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند."

و وجایب یکسان دارند. بناءً بر رعایت حکم صریح ماده بیست و دوم قانون اساسی که به موجب آن اتباع افغانستان اعم از زن و مرد، در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می باشند. شرایط انتخاب پذیری برای انتخابات ریاست جمهوری مشخص می سازد، رئیس جمهور می تواند مرد یا زن باشد که برای یک کشور اسلامی دستاوردی بی سابقه است.

واقعیت، حداقل در ارتباط با مشارکت زنان در حکومت، همپای نظریه قانون اساسی پیش رفته است. زنان در همه مراحل تدوین قانون اساسی از جمله نگارش آن حضور داشتند. زنان با داشتن هشت عضو در میان سی و پنج عضو کمیسیون بازنگری قانون اساسی و صد عضو در لویه جرگه، به نحو موفقیت آمیزی در اغلب موارد با زنانی قوی حافظ حقوق زنان بودند.^{۴۱} پس از انتخابات ۲۰۰۵، زنان موفق شدند با توجه به سهمیه ها ۶۸ کرسی از ۲۴۹ کرسی ولسی جرگه را تصاحب کنند، گرچه ۱۷ نفر هم می توانستند حتی بدون سهمیه، با انتخابات در حوزه خود پیروز شوند. ۱۲۱ نفر از ۴۲۰ عضو شوراهای ولایات، و ۴۱.۶ درصد از رأی دهندگان به ثبت رسیده، هم زن بودند.^{۴۲} دستورالعمل ها راجع به انتصاب ثلث اعضای مشرانو جرگه که از سوی رئیس جمهور انجام می شود، متضمن این است که حداقل یک ششم اعضای مجلس سنا باید از زنان باشند.^{۴۳} با وجود این، برخی از موانع پیشرفت بیشتر که به سرعت و به سادگی هم قابل تغییر نیستند - به ویژه آوارگی بسیاری از افغان های تحصیل کرده و نیز فقدان فرصت های تحصیلی برای زنانی که در داخل کشور زندگی می کنند - مشکلاتی را در دسترسی زنان توانمندتر برای مناصب و موقعیت هایی که باید اشغال شوند، به وجود می آورد.^{۴۴} در حالی که مقررات، تبعیض مبتنی بر جنسیت را منع می کند و زنان را در برابر قانون و سازمان های حکومتی برابر می داند، حقوق مدنی و حقوق خانواده در افغانستان چنین معنایی را از برابری بازتاب نمی دهد. به سبب انزوا در سال های اشغال توسط شوروی، افغانستان متعاقباً از حوزه نفوذ غرب خارج شد و بنابراین اصلاحات انجام شده در حقوق خانواده در نیمه قرن بیستم در خاور میانه، شمال آفریقا و پاکستان در افغانستان روی نداد.^{۴۵}

قبیله گرایی بیشترین تأثیر منفی را بر حقوق زنان می گذارد. احیای قبیله گرایی به معنای بازگشت

41. Arjomand (n2) 956.

42. For details, see: The Website of the Joint Electoral Monitoring Body, <http://jemb.org>.

43. Kamali (n 30) 301.

44. Kamali (n 30) 302.

45. Kamali (n 30) 274.

به جریانی است که مبتنی بر روش اسلامی نیست و برای زنان نتایج زیان‌بار در بردارد. عنعنات قبیله‌ای در زمینه ارث، ازدواج کودکان، ازدواج اجباری، و قیمومت با شریعت ناسازگار است. ماده ۵۴ قانون اساسی تا حدودی به این موضوع اشاره دارد: «دولت باید به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم را اتخاذ کند».^{۴۶}

قانون اساسی باید منظور خود را در رابطه با نمونه‌های نابرابری جنسیتی دقیق‌تر بیان کند و تدابیر و اقداماتی را برای اعمال آنها به کار ببندد. در طول دهه‌های گذشته، هیچ تلاش مؤثری برای اعمال اصول و قواعد علیه تبعیض وجود نداشته است. بنابراین، کمالی پیشنهاد می‌کند که در هر بخشی از حکومت کمپانی به راه افتد که علیه تبعیض در همان حوزه نفوذ مقابله کند. افزون بر آن، به دلیل فقدان فرصت‌های تحصیلی، فقر و مشکلات امنیتی، پیشرفت در حوزه‌های عدالت و برابری با مانع مواجه شده است. بنابراین، بازسازی اقتصادی و کاهش فقر، گام‌های ضروری برای دستیابی به برابری جنسیتی بیشتر محسوب می‌شود.^{۴۷} علاوه‌آ، مجموعه قوانین مدنی دهه‌های قبل باید بازبینی شوند تا تعهدات قانونی جدید را در خصوص مسائل زنان مطرح‌ه در قانون اساسی منعکس سازد.^{۴۸}

۲/۲/۴ حقوق اقلیت‌های مذهبی

گرچه دین رسمی افغانستان اسلام است، اما ماده ۲ قانون اساسی به پیروان سایر مذاهب، آزادی عمل بر اساس مذهب خود اعطا کرده است: "دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است. پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی‌شان در حدود احکام قانون، آزاد می‌باشند". تفاوتی میان فرق مختلف اسلامی نیست؛ از نظر به رسمیت شناخته شدن توسط حقوق بشر جهانی، هیچ گروهی بر گروه دیگر برتری ندارد.^{۴۹} با این اوصاف، آزادی مذهب محدود است به سایر قوانینی که هر نوع نقض اصول اسلامی را ابطال می‌کند. موضوع حل‌نشده دیگر این است که آیا کودکان خانواده‌های غیرمسلمان باید در مدارس اسلامی شرکت کنند یا این که گروه‌های اقلیت می‌توانند مدارس خاص خود را تأسیس نمایند.^{۵۰} اهل تشیع در این قانون

46. Kamali (n 30) 299-300.

47. Kamali (n 30) 302-303.

48. Kamali (n 30) 306.

49. Mahmoudi (n 32) 870.

50. Kamali (n 30) 285.

اساسی مورد فراموشی قرار نگرته‌اند. قانون اساسی ۲۰۰۴، نخستین قانونی است که به فقه شیعه توجه کرده است.^{۵۱} خصوصاً در قضایای احوال شخصیه که هر دو طرف قضیه اهل تشیع هستند، قاضی باید احکام این مذهب را مطابق با احکام قانون تطبیق نماید (ماده ۱۳۱).^{۵۲} قانون احوال شخصیه اهل تشیع، در مارچ ۲۰۰۹ توسط رئیس جمهور توشیح شد که مناقشه و انتقادهای بین‌المللی را برانگیخت، زیرا برخی از مواد آن اصول حقوق بشر را نقض می‌کرد. براساس دستور رئیس جمهور مبنی بر بازنگری این قانون، بیشتر مقررات مناقشه‌برانگیز آن حذف و اصلاح شد. با این حال، هنوز مقررات دیگری نیز وجود دارد که با اصول حقوق بشر در تعارض بوده و مستلزم بازنگری می‌باشند.

۵. مسئله تفسیر قانون اساسی

۱/۵ صلاحیت تفسیر قانون اساسی

۱/۱/۵ نقش تاریخی ستره محکمه و سایر نهادهای تفسیرکننده

در نظامنامه اساسی دوره پادشاهی امان‌الله (۱۹۲۳-۱۹۲۹)، تفسیر قانون اساسی به شورای دولتی، مرکب از اعضای انتخابی و انتصابی واگذار شده بود. مطابق ماده ۷۱ قانون اساسی، هر سؤالی در مورد تفسیر قانون اساسی و سایر قوانین باید به شورای دولتی که دارای نقش حاکمیت بود، ارجاع می‌شد. در مقابل، قانون اساسی مصوب در دوره ظاهرشاه در ۱۹۶۴ هیچ مقررۀ مستقیمی در این مورد نداشت. در آن زمان بحث این بود که آیا تفسیر قانون اساسی یک موضوع قضائی است یا خیر؟ در صورت قضائی بودن، با استناد به مرجعیت ستره محکمه در "مسائل قضائی حکومت" مندرج ماده ۱۰۷، صلاحیت این محکمه برای تفسیر قانون اساسی قابل فهم بود، آن هم وقتی که مسئله مورد بحث بر اصول قانون اساسی بنا شده بود. بارعایت این مراتب، قانون صلاحیت و تشکیلات قضایی دولت شاهی افغانستان مصوب سال ۱۳۴۶ ش [۱۹۶۷] منتشره جریده رسمی شماره (۸۹) مورخ ۱۵ میزان ۱۳۴۶ (۱۹۶۷)، در فقره دوم بند الف ماده سیزدهم استتکاف از تطبیق قوانین مغایر با احکام قانون اساسی و نیز در فقره سوم همین ماده تفسیر قوانین را از نقطه نظر تطبیق و رفع مشکلات تطبیقی آن از صلاحیت ستره محکمه دانست.^{۵۴}

51. Kamali (n 30) 291.

52. Mahmoudi (n 32) 871.

53. Official Gazette of 27 July 2009 (Gazette 988).

۵۴. قانون صلاحیت و تشکیلات قضایی دولت شاهی افغانستان، منتشره جریده رسمی شماره (۸۹) مورخ ۱۵ میزان ۱۳۴۶ ش برابر با ۱۹۶۷ م، ماده سیزدهم.

تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان/ ۲۶۳

قانون اساسی ۱۹۷۶ (۱۳۵۵)، که در دوره ریاست جمهوری محمد داوود تصویب شد وظیفه تفسیر قانون اساسی را به ستره محکمه تفویض نمود، در حالی که قانون اساسی ۱۹۷۷ (۱۳۵۹) دوره حکومت کمونیستی ببرک کارمل، تفسیر «قانون» را به هیئت رئیسه شورای انقلابی داد. اصطلاح «قانون» نیز به اندازه کافی وسیع بود که قانون اساسی را هم در برداشت. سرانجام قانون اساسی مصوب دوره نجیب الله در ۱۳۶۷ [۱۹۸۶]، زمینه را برای تأسیس یک شورای قانون اساسی فراهم کرد که صلاحیت بازبینی و انطباق قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین المللی با قانون اساسی را داشت؛ نهادی که در قانون اساسی بعدی ۱۹۸۷ هم باقی ماند. با این حال، ماده ۱۲۴ قانون اساسی ۱۹۸۷ روشن ساخت که شورا، حاکمیت الزام آوری بر موضوعات و مسائل مربوط به قانون اساسی ندارد؛ کارکرد آن صرفاً ارائه توصیه و مشورت به رئیس جمهور بود و اتخاذ تصمیم نهایی نیز به رئیس دولت محول شده بود.

۲/۱/۵ نقش ستره محکمه به موجب قانون اساسی ۲۰۰۴

قانون اساسی ۲۰۰۴ در ماده ۱۲۱ مقرر می دارد که بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول، و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آن ها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق با احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.

پیش نویس قانون اساسی در اصل، متضمن احکامی در باره محکمه قانون اساسی بود که صلاحیت بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین الدول با قانون اساسی و نیز تفسیر قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی را برعهده داشت.^{۵۵} اما در نهایت از طرحی که برای لوی جرگه فرستاده شد، جملات ناظر به بررسی مطابقت با قانون اساسی و تفسیر قوانین با هم در یک بخش گنجانده شد؛ بدون توجه به اینکه ممکن است ابهام بالقوه‌ی در این زمینه ایجاد کند.

در سال های گذشته مناقشه شدیدی در این مورد آغاز شد که آیا ستره محکمه می تواند قانون اساسی را تفسیر کند، بدون این که قانون، فرمان تقنینی یا معاهده بین الدول یا میثاق بین المللی موضوع بحث باشد یا خیر؟ این مسئله زمانی روی می دهد که از ستره محکمه خواسته شود که هر یک از اقدامات قوه تقنینی یا اجرایی را غیر از آن چه در ماده ۱۲۱ مقرر شده است، با قانون اساسی انطباق دهد. ستره محکمه بر این عقیده است که به طور ذاتی صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دارد و تدوین کنندگان قانون اساسی نیز چنین چیزی را مد نظر داشتند. در ۲۰۰۸، ستره محکمه

پیشنهاد کرد که وضعیت حقوقی موضوع با اصلاح ماده ۲۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ۲۰۰۵ به شرح زیر روشن شود:

ستره محکمه در ساحه تفسیر قوانین و امور قضائی دارای وظایف و صلاحیت های ذیل می باشد:

۱. بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آن ها بر اساس تقاضای حکومت یا محاکم طبق قانون.
 ۲. پیشنهاد طرح قانون در ساحه تنظیم امور قضائی به شورای ملی از طریق حکومت.
 ۳. تجدیدنظر بر فیصله های محاکم به سبب ظهور دلایل جدید بر اساس اعتراض لوی خارنوال یا طرف دعوی طبق احوال پیش بینی شده در قوانین مربوط.
 ۴. حل تنازع صلاحیت محاکم و تفویض صلاحیت رسیدگی قضیه از یک محکمه به محکمه دیگر بر اساس تقاضای لوی خارنوال یا طرف دعوی در حال موجودیت دلایل موجه.
- با وجود این، شورای ملی این طرح را رد کرد. اعضای پارلمان مدعی بودند که عبارات ماده ۱۲۱ محدود و مشخص است و صلاحیت های اضافی را نمی توان از قانون اساسی برداشت کرد. به جای آن، تلاش کردند که برخی از صلاحیت های بررسی انطباق با قانون اساسی را به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی که در اصل ۱۵۷ قانون اساسی پیش بینی شده است، واگذار نمایند. دیدگاه اکثریت پارلمان که ستره محکمه حق تفسیر خود قانون اساسی را ندارد، توسط حکومت و یک عده حقوقدانان پذیرفته نشده در واقع دشوار است که بپذیریم تدوین کنندگان قانون اساسی که حدود دو سال برای تسوید یک قانون اساسی مدرن وقت صرف کردند و هم موضوعات را مورد رسیدگی قرار دهند، چنین موضوع مهمی را نادیده گرفته و یک خلای عظیم در قانون اساسی را بوجود آوردند.

عبارت "بنا به درخواست حکومت یا محاکم" هم در ماده ۱۲۱ قانون اساسی و هم در طرح قانون تشکیلات محاکم نیز به شدت محل اختلاف اند. این طرح به طور مشخص تصریح نمی کرد که کدام نهادهای حکومتی و محاکم قضایی قانون اساسی به این مرجع محول کند. به احتمال زیاد اصطلاح "محاکم" تنها به محاکم پایین اشاره دارد و نه به حق قانونی ستره محکمه که به دل خواه خود مسائل راجع به قانون اساسی را طرح نماید. اگر ستره محکمه قادر به طرح موضوعات به واسطه موقعیت و جایگاه خود باشد، می تواند قبل از بروز اختلاف در نقش مشورتی ظاهر شود که این امر به نحو مؤثری اختیار قوه اجرائیه را در ارجاع قضایا کاهش می دهد.

به نظر می‌رسد پارلمان هیچ موردی را تحت عنوان "حکومت" که آشکارا به قوه اجرائیه اشاره دارد، به ستره محکمه ارجاع نداده باشد. افزون بر آن، روشن نیست که آیا نظریه‌های مشورتی ستره محکمه الزام‌آور است یا نه. تصمیم غیرالزام‌آور فراموش می‌شود؛ چنین چیزی صرفاً در مورد مسائل مربوط به تفسیر اسلام قابل پذیرش است، مشروط بر اینکه مرجعی که نظر می‌دهد به‌طور کامل مورد قبول و احترام باشد. مشخص نیست که اگر قانونی به موجب حکم الزام‌آور ستره محکمه مغایر قانون اساسی تشخیص داده شود، آیا بلا اجرا می‌ماند، به حال تعلیق در می‌آید و یا نسخ می‌شود.^{۵۶} با همه این‌ها، مسئله واضح این است که فقدان یک مسیر پذیرفته‌شده توسط همگان جهت حل و فصل اختلافات راجع به قانون اساسی، نظام مشروطه افغانستان را به یک بُن‌بست خطرناک کشانده است. چنانچه نظر شورای ملی و عواقب آن را به‌طور جدی بپذیریم، بیشتر تصمیمات ستره محکمه باطل و بلا اثر خواهد بود. بدین معنا، سه‌ویزی که بر اساس تفسیر ستره محکمه در مقام وزارت شان باقی ماندند، باید از کار برکنار شوند. احتمالاً، تصمیمات گرفته شده توسط ایشان در طول دو سال گذشته نیز باید غیرقانونی تلقی شوند. این موضوع مخصوصاً در مورد وزیر امور خارجه که از طرف دولت در امور بین‌المللی اجراءات می‌نماید به مشکل مواجه می‌شود. حتی عده‌ای از اعضای مجلس سنای شورای ملی که در مرحله آخر بر اساس تفسیر ستره محکمه تکمیل گردید، احتمالاً مشروعیت آن به سوال مواجه می‌شود. این عواقب احتمالی نشان می‌دهد که اگر اختلافات فراوان بر سر صلاحیت ستره محکمه در درون نظام یا از طریق اصلاحات حل و فصل نشوند، دولت به‌طور کلی به خطر می‌افتد.

۳/۱/۵ نقش احتمالی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مطابق ماده ۱۵۷

در کنار ستره محکمه، قانون اساسی افغانستان در ماده ۱۵۷ کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را پیش‌بینی کرده است که اعضای آن از طرف رئیس‌جمهور و با تأیید ولسی جرگه تعیین می‌شوند. پیشنهاد قانون خاصی در این مورد در ۱۴ آپریل ۲۰۰۷ به تصویب شورای ملی رسید. رئیس‌جمهور در آغاز با این اعتقاد که فقره اول ماده ۸ این مسوده، مغایر مواد ۱۲۱، ۱۲۲ و ۱۵۷ قانون اساسی است، از توشیح آن خودداری کرد. ماده ۸ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، از جمله، مقرر می‌کرد که کمیسیون صلاحیت دارد قانون اساسی را بنا بر درخواست رئیس‌جمهور، شورای ملی، ستره محکمه و حکومت تفسیر کند. وزیر دولت در امور

پارلماني در نامه ای خطاب به ریاست ولسی جرگه از طرف حکومت استدلال کرد که به استناد ماده ۱۲۱ قانون اساسی، تنها مرجع تفسیر قانون اساسی ستره محکمه است. او سپس خاطر نشان کرد که مطابق ماده ۱۲۲، هیچ قانونی نمی تواند قضیه یا ساحه ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه خارج سازد و به مقام دیگر تفویض کند. همچنین، طبق ماده ۱۵۷ قانون اساسی، کمیسیون، صرفاً نقش نظارتی بر تطبیق قانون اساسی دارد. در اخیر نتیجه گرفت که هدف ماده ۱۵۷ از ایجاد نهاد مزبور، به هیچ وجه تفسیر یا توضیح قانون اساسی یا قوانین دیگر نبوده است.^{۵۷}

متعاقب احواله قانون کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی از طرف رئیس جمهور به ستره محکمه، شورای عالی ستره محکمه در مورد تفویض صلاحیت تفسیر و غیره مواد قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در قرار قضائی خویش مطالب ذیل رادرج نمود که مفاد آن چنین است:

۱: جزء ۱ ماده هشتم قانون مذکور که تفسیر قانون اساسی را جزو وظایف و صلاحیت های کمیسیون حکم می کند، این جزء به دلایل ذیل مخالف حکم صریح ماده (۱۲۲) قانون اساسی می باشد:

الف - نظر به سیر تاریخی تسجیل این ماده در قانون اساسی و اراده قانون گذار.

به ملاحظه سوابق و اسناد مربوط در آرشیف کمیسیون قانون اساسی ماده ۱۲۲ الی تاریخ ۱۹ سنبله ۱۳۸۲ (۲۰۰۹) در فصل قضا اصلاً وجود نداشت زیرا قبل از تاریخ مذکور در مسوده فصل قانون اساسی فصل دیگری بنام دیوان عالی قانون اساسی وجود داشت، این فصل که فصل هشتم بود، ماده ۱۴۶ آن به نحو ذیل تسوید گردیده بود: ماده ۱۴۶: دیوان عالی قانون اساسی افغانستان دارای صلاحیت های ذیل می باشد:

۱- بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، قراردادهای بین المللی با قانون اساسی.

۲- تفسیر قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی.

از این ماده به وضاحت فهمیده می شود که اراده قانون گذار بر علاوه تفسیر قانون اساسی و تفسیر قوانین و فرامین نیز بوده است.

در این مرحله تدوین قانون اساسی طوری که قبلاً گفته شده، ماده ۱۲۱ که فعلاً در فصل قضا درج می باشد، در این فصل وجود نداشت. ۵۸. اما بعد بنابر عواملی این فصل به کلی از بدنه قانون

۵۷. وزارت عدلیه. قانون کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی، منتشره جریده رسمی شماره ۹۸۶ سال ۱۳۸۸ ش (۲۰۰۹)، ماده هشتم.

۵۸. وزارت عدلیه، جریده رسمی، متن قرار قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، شماره ۹۸۶ سال ۱۳۸۸، .

اساسی حذف گردید و از ماه میزان ۱۳۸۲ (۲۰۰۳) به بعد صلاحیت‌های مندرج ماده فوق‌الذکر و مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ همه در یک ماده مدغم گردیده در نسخه‌های بعدی بحیث ماده ۱۲۱ به ترتیب ذیل درج گردید.

"سترومحکمه مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی را با قانون اساسی، صرف بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم بررسی و قرار لازم را در مورد صادر می‌کند. سترومحکمه صلاحیت دارد قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی را تفسیر نماید". این ماده بعداً در نسخه ۷ جدی لویه جرگه بحیث ماده ۱۲۱ با این شکل خلاصه گردید: "بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آن‌ها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت سترومحکمه می‌باشد". از نگاه سترومحکمه با استعمال کلمه "آن‌ها" نه تنها مطلبی را که در متون گذشته در مورد ضرورت تفسیر قانون اساسی و تفسیر قوانین و فرامین وجود داشت، تأیید نموده علاوئاً تفسیر معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی را نیز ضروری دانسته و عبارت "و تفسیر آن‌ها" یعنی تفسیر تمام ماسبق که شامل قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌المللی همه می‌باشد ادای مطلب کرده است و با این ترتیب وانمود ساخته که همان‌طوری که قوانین، فرامین تقنینی و قانون اساسی به تفسیر ضرورت دارند، معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی نیز به تفسیر ضرورت دارند، لذا استعمال عبارت "آن‌ها" یگانه عبارتی بود که باید استعمال می‌شد.

لویه جرگه، تشکیل کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را در ماده ۱۵۷ و در متن قانون اساسی، بدون آن‌که در ماده ۱۲۱ تعدیلی را وارد نمایند، علاوه نمود، ماده ۱۲۱ با صراحت و روند تاریخی که دارد در فصل قضا به حالت خود باقی مانده است، متن ماده ۱۵۷ قرار ذیل است: "کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مطابق به احکام قانون تشکیل می‌گردد". ۵۹. به‌گونه واضح مشاهده می‌شود که این ماده به این متن خود هیچ دست‌آوردی را در مورد این‌که صلاحیت تفسیر قانون اساسی و یا تفسیر سایر قوانین و فرامین تقنینی، میثاق‌ها و معاهدات بین‌المللی را از آن این کمیسیون بسازد با خود نیاورده است.

سترومحکمه با ارزیابی مسوده قانون کمیسیون و مصوبه پارلمان، دلائل ذیل را مبنی بر اینکه تفسیر قانون اساسی از صلاحیت آن‌ها می‌باشد تذکر می‌دهد. مزید بر سیر تاریخی موضوع، دلایل علمی ذیل نیز وجود دارد که تفسیر قانون اساسی را از صلاحیت سترومحکمه به اثبات می‌رساند:

الف - تفسیر قانون اساسی و سایر قوانین و فرامین ایجاب اصدار قرار قضائی را می‌نمایند که به غیر محکمه هیچ نهادی صلاحیت اصدار چنین قرار را که صیغه الزامی داشته باشد، ندارد.

ب - تغییر نام این کمیسیون، از کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مندرج ماده ۱۵۷ قانون اساسی و ایزاد کلمه تفسیر بر آن بدون تردید مغایر قانون اساسی و تعدیل آن محسوب می‌گردد که از صلاحیت لویه جرگه کشور می‌باشد، نه از صلاحیت نمایندگان محترم پارلمان. فلهمذا جز (۱) ماده هشتم قانون مذکور را در این مورد مغایر و در تضاد با قانون اساسی حکم می‌کند. علاوه بر آن در مورد مواد دیگر قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، ستره محکمه چنین قرار قضائی صادر نموده است^{۶۰}:

مکانیزم مندرج ماده هفتم قانون در مورد سلب عضویت اعضای کمیسیون

نخست توسط خود اعضای کمیسیون مطرح و بعداً توسط اکثریت اعضای ولسی جرگه منظور می‌گردد خلاف قانون است زیرا: کمیسیون یک شرکت و یا مؤسسه تجارتی نیست که سلب عضویت یک عضو توسط اکثریت اعضای آن صورت بگیرد. و علاوه می‌دارد که ولسی جرگه هم نمی‌تواند سلب عضویت اعضای کمیسیون را منظور کند. ولسی جرگه قوه اجرائیه نیست که سلب عضویت اعضای کمیسیون را که جزء قوه اجرائیه می‌باشد، منظور نماید. در همین مورد باز هم تذکر می‌دهد: روش قانون اساسی حتی در عزل وزرا واضح است با وصفی که تقرر ایشان به تأیید ولسی جرگه مقید گردیده، ولی عزل ایشان مستقیماً در صلاحیت رئیس جمهور می‌باشد^{۶۱}.

این موضوع به ارتباط صلاحیت‌های رئیس جمهور، در فقره (۱۱) ماده (۶۴) قانون اساسی صراحت داشته و چنین مشعر است: "تعیین وزرا، لوی خاړنوال، رئیس بانک مرکزی، رئیس امنیت ملی و رئیس سره میاشت به تأیید ولسی جرگه و عزل و قبول استعفای آن‌ها". یعنی با آنکه در تعیین این مامورین عالی‌رتبه تأیید ولسی جرگه شرط گردیده ولی عزل و استعفای آن‌ها، تنها به صلاحیت رئیس جمهور می‌باشد^{۶۲}.

این مکانیزم که اعضای کمیسیون سلب عضویت یک عضو خود را پیشنهاد و ولسی جرگه منظور نماید، ضربه شدیدی به استقلالیت کمیسیون می‌باشد و بیم آن می‌رود که کمیسیون تحت تاثیر شدید ولسی جرگه قرار بگیرد. در مورد جزء ۴ ماده هشتم مصوبه پارلمان که چنین حکم

۶۰. جریده رسمی، شماره (۹۸۶) مورخ ۱۵ سرطان ۱۳۸۸ ش، متن قرار قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان.

۶۱. منبع قبل الذکر، همان مطلب.

۶۲. جریده رسمی، قانون اساسی سال ۱۳۸۲، ماده ۶۴، فقره ۱۱.

تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان/ ۲۶۹

می‌کند: "مطالعه قوانین نافذه غرض دریافت تناقضات با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر جهت رفع آن‌ها". این جز نیز با ماده ۱۲۱ قانون اساسی صریحاً مناقض است؛ زیرا در ماده متذکره نه تنها اینکه تفسیر قانون اساسی و قوانین دیگر و هم چنان تفسیر فرامین، معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی از وظیفه ستره محکمه حکم شده، تطابق این‌ها همه با قانون اساسی نیز به وضاحت از صلاحیت‌های ستره محکمه تسجیل گردیده است. در حالی که در قانون جدید مصوبه پارلمان بر اساس جرم ۴ ماده هشتم، این صلاحیت به کمیسیون داده شده است.^{۶۳}

جزء دیگر قانون فوق که صرف تابعیت افغانی را شرط دانسته، از سطح قوانین فرعی بالا می‌باشد، زیرا موضوع تابعیت از جمله حقوق اساسی اتباع است که اشتراط آن در برخی از وظایف باید توسط قانون اساسی تسجیل گردد.

عضو کمیسیون بدون اخذ موافقه رئیس جمهور گرفتار، توقیف و مورد تعقیب عدلی قرار گرفته نمی‌تواند. حالات جرم مشهود از این امر مستثنی است.

این فقره نیز مخالف احکام قانون اساسی می‌باشد زیرا حصانت قضائی امتیازی است که صرف به نص صریح قانون اساسی برای رئیس جمهور، وکلای پارلمان و قضات تسجیل گردیده، هیچ فرد دیگر نمی‌تواند از این امتیازات توسط قوانین فرعی مستفید گردد.^{۶۴}

ستره محکمه در قرار قضایی خود علاوه می‌کند: از آن جائیکه جز (۱) ماده هشتم این قانون در مورد تفسیر در مغایرت و تضاد با قانون اساسی بوده ماده پانزدهم آن نیز قابل تطبیق نمی‌باشد. بنابراین شورای عالی ستره محکمه تمام موارد فوق را که تذکر دادیم مغایر و متضاد با احکام و نصوص صریح قانون اساسی دانسته غیر قابل تنفیذ حکم می‌کند.^{۶۵}

۴/۱/۵ ساحه تفسیر قانون اساسی

با در نظر گرفتن قرار قضائی ستره محکمه من حیث آخرین مرجع تصمیم‌گیری و الزامیت تطبیق آن از یک جانب و موضوع نظارت از تطبیق قانون اساسی و برآوردن وظیفه نظارت از جانب دیگر که اکثراً ایجاب تفسیر قانون اساسی را می‌نماید و به تداخل وظیفوی منتهی می‌گردد، ضرور دانسته

۶۳. قانون تشکیل و صلاحیت کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، منتشره جریده رسمی (۹۸۶) مورخ ۱۵ سرطان ۱۳۸۸ ش، ماده هشتم.

۶۴. منبع فوق‌الذکر، قرار قضایی ستره محکمه.

۶۵. منبع فوق‌الذکر.

می‌شد تا حداقل بین وظیفه ستره محکمه در مورد تفسیر قانون اساسی و وظیفه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد نظارت از تطبیق قانون اساسی حد فاصل تشخیص و عملی گردد.

کنفرانس حاکمیت قانون به میزبانی بنیاد ماکس پلانک که در شهر هایدلبرگ کشور آلمان برگزار گردیده بود موضوع همکاری بین ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی بین افراد درجه اول دو مرجع فوق به زعامت معاون دوم ریاست جمهوری افغانستان از این که صلاحیت هر دو نهاد با ابهام مواجه است، مورد بحث قرار گرفت. فرد اول ستره محکمه تذکر داد که عدم صراحت واضح قانون اساسی در مورد مرجع تفسیر، عدم موجودیت قانون خاص در مورد نحوه تفسیر و محدود بودن مطالبه تفسیر قانون اساسی به حکومت و محاکم از مشکلات در پیوند به تفسیر قانون اساسی است که در برابر قوه قضائیه قرار دارد.^{۶۶} از جانب دیگر با اشاره به چالش‌های موجود در زمینه تطبیق قانون اساسی در خصوص خला‌های موجود در سیستم نظارت بر تطبیق قانون اساسی خاصاً ضعف قانون فعلی کمیسیون و عدم قدرت و توان لازم آن، الزامی نبودن مصوبات کمیسیون، کمبود کارکنان مسلکی کمیسیون، عدم تشخیص معیارهای نظارتی و مکانیزم نظارت از مشکلات موجود در سیستم نظارت بر تطبیق قانون اساسی شمرده شد.^{۶۷} کنفرانس نتیجه‌گیری ذیل را که از طرف معاون رئیس جمهور ارائه گردید موافقت نمود:

۱. بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی از صلاحیت‌های اختصاصی ستره محکمه بوده و هیچ مشکلی در آن نیست؛
۲. تفسیر قوانین عادی نیز جز صلاحیت‌های ستره محکمه بوده و هیچ اختلاف نظر در آن نیست؛

۳. قرارهای صادره ستره محکمه در هر دو مورد یاد شده قانونی و دارای اعتبار می‌باشد؛
۴. نظارت از تطبیق قانون اساسی و گزارش در مورد نقض آن جز صلاحیت‌های اختصاصی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی است.
۵. دامنه نظارت بر تطبیق قانون اساسی هم تا آنجا وسیع و پر دامنه است که کمیسیون می‌تواند بدون دخالت در امور مسلکی قضاء و صدور فیصله ستره محکمه، در صورت نقض قانون اساسی توسط محاکم از آن گزارش دهد و عمل قضا را نقد کنند.^{۶۸}

۶۶. بنیاد ماکس پلانک؛ نشریه چارچوب نهادی نظارت بر قانون اساسی افغانستان در آلمان، ۱۳۹۴ ش.

۶۷. منبع قبل الذکر، ص (۲) پراگراف (۱).

۶۸. بنیاد ماکس پلانک، نشریه چارچوب نهادی نظارت بر قانون اساسی افغانستان، صفحه (۳) پراگراف (۱).

۶. هرنوع نظارت بر تطبیق قانون اساسی نیز مستلزم یک نوع تفسیر از قانون است که کمیسیون می‌تواند در صورت استنباط و استنتاج و برداشت خود از قانون اساسی آن را مطرح کند؛
۷. کمیسیون در زمینه تشریح قانون اساسی و تبیین اهمیت آن در سطح ملی کشور مکلفیت دارد و باید در این زمینه تلاش‌های جدی انجام دهد. در این کنفرانس هم چنین موافقه صورت گرفت تا ستره محکمه در زمینه تهیه قانون مربوط به مطابقت قوانین با قانون اساسی که در ماده ۱۲۱ قانون اساسی ذکر شده عملاً اقدام نماید.

توافقات فوق در کوتاه مدت به طوری که تذکر داده شده عملی گردد و اما در دراز مدت راه حل، آن است که قانون اساسی تعدیل شود و مطابق به رویه‌ای که در اکثر کشورهای دنیا مروج است و نتایج مثبت به بار آورده، محکمه قانون اساسی ایجاد گردد و دو ماده ۱۲۱ و ۱۵۷ قانون اساسی لغو گردد. بدین طریق معضل بزرگ حقوقی که از سالیان دراز مشکل آفرین بود، حل گردید.^{۶۹}

۲/۵ تصمیم‌های اخیر در خصوص قانون اساسی

۱/۲/۵ توسط ستره محکمه

۱/۱/۲/۵ انتصاب اعضای نخستین مشرانو جرگه

زمانی که انتخابات پارلمانی در ۲۰۰۵ در حال برگزاری بود، عدم تشکیل شوراهای ولسوالی‌ها، به عنوان یک مشکل بروز کرد. مطابق ماده ۸۴ قانون اساسی، این مسئله مهمی بود که یک سوم اعضای مشرانو جرگه یا مجلس بزرگان باید از شوراهای ولسوالی‌های ولایات انتخاب می‌شدند. از ستره محکمه در خصوص بخش ۲ ماده ۸۴ سؤال شد. ستره محکمه مقرر کرد که با توجه به اینکه شوراهای ولسوالی‌های ولایات هنوز تشکیل نشده‌اند، دو نفر از شوراهای هر ولایت باید به انتخاب شورای مربوط تعیین شوند و به این وسیله در زمره اعضای مشرانو جرگه انتخاب می‌شوند. ستره محکمه همچنین اعلام نمود که اعضای شوراهای ولایات همانند کسانی که در زمان انتخابات مجلس توسط رأی‌دهندگان هر منطقه انتخاب شدند، به صورت دموکراتیک مشروعیت دارند. بر مبنای این تفسیر ستره محکمه از قانون اساسی، مشرانو جرگه تشکیل شد که متعاقباً توسط ولسی جرگه به تصویب رسید.^{۷۰}

۶۹. مبع قبل الذکر، ص ۹.

۷۰. مصوبه سال ۲۰۰۵ شورای عالی ستره محکمه در مورد انتصاب اعضای نخستین مشرانو جرگه مطابق به حکم ماده (۸۴) قانون

اساسی ج. ۱.۱.

۲/۱/۲ رأی اعتماد وزرا مطابق ماده ۱۰۶

موضوع دیگر مربوط به رأی اعتماد وزرا توسط ولسی جرگه مطابق ماده ۱۰۶ قانون اساسی بود که مقرر می‌داشت اعتبار تصامیم متخذه توسط هر یک از دو مجلس منوط به تحقق حد نصاب هر یک از دو مجلس شورای ملی، هنگام رأی‌گیری باحضور اکثریت اعضا است و تصامیم آن با شرکت اکثریت آرای اعضای حاضر اتخاذ می‌شود، در یک جلسه ولسی جرگه برای اخذ رأی اعتماد برای سه وزیر، دوازده نماینده رأی ممتنع ریختند. با عدم احتساب آرای ممتنع، وزرا می‌توانستند رأی لازم را برای تأیید اخذ کنند. با احتساب دوازده رأی، نتیجه عکس بدست می‌آمد. بحث‌های طولانی به نتیجه روشنی نیانجامید و رئیس ولسی جرگه تصمیم گرفت از رئیس جمهور درخواست نماید که موضوع را به استناد ماده ۱۲۱ قانون اساسی جهت بررسی و اعلام نظر به ستره محکمه ارجاع دهد. ستره محکمه، ماده ۱۰۶ را تفسیر کرد و تصمیم گرفت که تنها آرای «بله» یا «نه» را به حساب بیاورد. تصمیم متخذه از طرف دفتر رئیس جمهور به شورای ملی فرستاده شد که مورد قبول قرار گرفت. در نتیجه تفسیر ستره محکمه، سه وزیر مورد تأیید قرار گرفتند.^{۷۱}

از این قضیه می‌توان سه نتیجه گرفت: نخست، شورای ملی، ستره محکمه را به عنوان تنها مرجع تفسیر قانون اساسی پذیرفت و ابهام معنایی ماده ۱۲۱ قانون اساسی برطرف شد؛ دوم، هنگام تعیین نتیجه بر مبنای آرای پارلمان، این رویه به میان آمد که آرای ممتنع به حساب آورده نمی‌شود. همچنین نشان داده شد که با توجه به اینکه شورای ملی می‌تواند تجربه فوق را در موارد مشابه دیگر به کار ببندد، متأسفانه در عمل چنین رویه تعقیب نگردید و ولسی جرگه با انحراف از تفسیر ستره محکمه به رویه دیگر، معروف به پنجاه جمع یک گردید و مشکلات عدیده را در محاسبه رأی ممتنع بوجود آورد.^{۷۲}

۳/۵ قضیه وزیر خارجه، سپتا

ماده ۹۲ قانون اساسی به ولسی جرگه صلاحیت داده که می‌تواند از هر یک از وزرا استیضاح به عمل آورد و هرگاه توضیح ارائه شده قانع کننده نباشد، موضوع رأی عدم اعتماد بررسی شده می‌تواند اما رأی عدم اعتماد از وزیر باید صریح، مستقیم و بر اساس دلایل موجه باشد و این رأی

۷۱. مصوبه شورای عالی ستره محکمه در ارتباط ماده (۱۰۶) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲ ش که رسماً به حکومت اخبار شده است.

۷۲. در رأی‌گیری در قضیه (هاشمی) که از طرف رئیس جمهور به عضویت ستره محکمه کاندیدای شده بود وی جایز (۱۶) رأی ممتنع (۸۹) رأی مثبت و (۶۵) رأی منفی شده بود و وی از عضویت ستره محکمه محروم گردید و گفته شد که رویه پنجاه جمع یک باید معیار قرارگیرد و تفسیر ستره محکمه بدین ترتیب رد گردید.

با توجه به اکثریت آرای کل اعضای ولسی جرگه صادر می‌گردد.

قضیه اخیر بر استیضاح وزیر امور خارجه سپنتا، توسط ولسی جرگه مطرح و اتهام وارد شد که وی اقدامات لازم را جهت جلوگیری از اخراج افغان‌ها از ایران به عمل نیاورده است. ولسی جرگه رأی‌گیری عدم اعتماد براه انداخت. در شمارش دو ورق رأی سفید در صندوق آرا پیداشد. این دو ورق رأی مباحث طولانی به راه انداخت، به گونه‌ای که اتخاذ تصمیم را با دشواری مواجه ساخت با این شکل که اگر این دو ورقه سفید رأی در شمار آرا به حساب آورده نمی‌شد، نتیجه به سود سپنتا تمام می‌گردید. مجلس تصمیم گرفت برای بار دوم رأی‌گیری نماید، که نتیجه آن به ضرر وزیر خارجه تمام شد.

مسئله این که آیا توضیحات و دلایل مطابق ماده ۹۲ قانون اساسی "قانع کننده" است، باز هم مورد اختلاف واقع شد. نهایتاً، اکثریت ولسی جرگه نظر دادند که ناتوانی سیاسی مطروحه در باره وزیر خارجه به اندازه کافی جواب کلمات "قانع کننده" فوق‌رامی دهد.^{۷۳} حکومت نتیجه دور اول رأی‌گیری را پذیرفت، اما تصمیم ولسی جرگه را برای رأی‌گیری بار دوم نپذیرفت و نتیجه مرحله دوم را خلاف قانون اساسی دانست. رئیس‌جمهور کرسی موضوع را جهت اتخاذ تصمیم در مورد رأی‌گیری دور دوم ولسی جرگه به ستره محکمه محول کرد.

ستره محکمه در تصمیم خود متمرکز به کلمات "قناعت بخش" مندرج ماده ۹۲ قانون اساسی گردید و تذکر داد که اقدامات اتخاذ شده از جانب وزیر خارجه قبل از اخراج مهاجرین از ایران اقدامات کافی بوده و به نحوی نمی‌باشد که دلیل بر عزل وی به مفهوم ماده ۹۲ شود. پالیسی ایران در مقابل مهاجرین افغانستان با العموم خارج از کنترل وزیر خارجه بوده از این رو رأی عدم اعتماد علیه وزیر خارجه (سپنتا) مخالف قانون اساسی می‌باشد.

باید تذکر داد که با وجود آن‌که ماده (۹۲) و ماده (۹۳) قانون اساسی از رأی عدم اعتماد حرف می‌زند اما از نتایج حاصله رأی اعتماد کدام پیش‌بینی نمی‌کند که آیا شخص سلب شده رأی اعتماد به وظیفه خود باقی می‌ماند یا استعفا بدهد و یا خلع می‌شود و همچنین در این مورد از صلاحیت رئیس‌جمهور هم حرف زده شود، سوال شود که آیا تصمیم ولسی جرگه یک اقدام تقنینی است و اگر چنین باشد پس رئیس‌جمهور می‌تواند که از صلاحیت خود و رأی ویتوی Vito خود استفاده و موضوع رأی عدم اعتماد را به ستره محکمه غرض بازبینی ارسال کند.

۷۳. مصوبه شورای عالی ستره محکمه در ارتباط تفسیر ماده (۹۲) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲ که به تقاضای حکومت صورت گرفته و رسماً ابلاغ شده است.

کمالی با اتکا به تیوری حقوق اساسی اسلام می‌گوید که: رئیس جمهور در رأس سه قوه می‌تواند از این صلاحیت خود استفاده نماید اما با در نظر گرفتن وضعیت فعلی کشور، عدم اعتماد به عمال حکومتی اتهامات فساد، وضعیت نابه سامان امنیتی، فقر و بیکاری، همه موضوعاتی اند که تهدید به اتحاد و حکومتداری مؤثر می‌باشد. به عقیده کمالی تقابل بین قوه اجرائیه و ولسی جرگه غیر ضروری و مخرب استقرار و تمامیت حکومت و قانون اساسی می‌باشد.

۳/۵ توسط کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی

۱/۳/۵ احاله فرمان تقنینی انتخابات

انتخابات ولسی جرگه از اینکه مطابق ماده ۸۳ قانون اساسی به مؤعد معین آن بر پا نگردید موضوع عدم تطبیق قانون اساسی در ساحه انتخابات مطرح گردید و فشارهای جامعه مدنی و بین‌المللی به‌طور روز افزون قوی گردید^{۷۴}.

با در نظر گرفتن متن ماده ۸۳ قانون اساسی دو نکته قابل مکت است:

ماده ۸۳ قانون اساسی با وجود این که تاریخ اول سرطان سال پنجم را برای برگزاری انتخابات قید می‌کند، قید مهم دیگر اینکه دوره کار ولسی جرگه به تاریخ اول سرطان سال پنجم، بعد از اعلان نتایج انتخابات پایان می‌یابد اغماض شده نمی‌تواند. این قید فوق‌العاده با اهمیت است این قید تضمین موجودیت و یا استمرار قوه مقننه را کرده و به خلا و یا از نبود قوه مقننه در دولت که دارای سه قوه یعنی قوه اجرائیه، مقننه و قوه قضائیه متشکل است، جلوگیری می‌نماید و باید در نظر داشت که قوه مقننه بدون ولسی جرگه تکمیل بوده نمی‌تواند.

بعد از ختم دوره پنج ساله ولسی جرگه شرایط کشور به نحوی حکمفرما شد که حکومت قادر نگردید تا ترتیبات لازمه را برای انتخابات قبل از ختم دوره پنج ساله ولسی جرگه سازماندهی نماید. زعامت دولتی مجبور گردید به تمدید دوره کاری ولسی جرگه تصمیم اتخاذ کند تا نگذارد قطع عضوی از بدنه دولت صورت گیرد. متعاقباً تنظیم امور، زعامت حکومت وحدت ملی برای برگزاری انتخابات ولسی جرگه تصمیم اتخاذ نمود و فرمان تقنینی مربوط به انتخابات را به ولسی جرگه ارجاع نمود و ولسی جرگه در سال ۱۳۹۳ [۲۰۱۴] تعدیلات را در مواد ۱۴، ۵۷ و ۶۳ قانون انتخابات تصویب نموده و غرض طی مراحل به مشرانو جرگه ارسال نمود. از این که دوره

۷۴. نظریه حقوقی شماره (۵) مورخ ۱۳۹۵/۵/۱۰ کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به پاسخ نامه رسمی شماره (۵۳۵۰) ریاست عمومی اداره امور ریاست جمهوری اخبار شده است. مرجع نشر و صفحه ماخذ ذکر گردد. ۱۳۹۵/۴/۳۱

تفکیک قوا و مسئله تفسیر قانون اساسی در افغانستان/ ۲۷۵

کاری ولسی جرگه به تاریخ اول سرطان سال ۱۳۹۴ [۲۰۱۵] ختم می‌گردید و دوره کاری دو ثلث اعضای مشرانو جرگه رو به اختتام بود، کمیته رؤسای مشرانو جرگه موضوع متذکره را به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی راجع نمود.

از جانب دیگر فرمان تقنینی ۱۵۹ در مورد قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون مستقل شکایات انتخاباتی که قبلاً دو بار از طرف ولسی جرگه رد گردیده بود، به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی جهت ابراز نظریه حقوقی از جانب حکومت احواله گردید.^{۷۵}

باید تذکر داده شود که کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، قبلاً ضمن یک مصوبه خود نظر حقوقی ارائه نمود و در آن تذکر داده شده بود که قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون شکایات انتخاباتی جز غیر متجزای قانون انتخابات و من حیث قانون تشکیلاتی انتخابات در پهلوی متنی تحت عنوان قانون انتخابات داخل و شامل ماده ۱۰۹ قانون اساسی می‌باشد.

فلهذا نتیجه آن است که قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون شکایات انتخاباتی در یک‌سال اخیر دوره تقنینیه در فهرست کار شورای ملی داخل شده نمی‌تواند.^{۷۶}

کمیسیون در مشوره حقوقی خود که در اوایل سال ۱۳۹۴ [۲۰۱۵] صادر گردیده هم‌چنین تذکر داد که مراد از فهرست کار شورای ملی در ماده ۱۰۹ قانون اساسی فهرست کار مشترک و پیوسته هر دو مجلس شورای ملی است: بنابر این، حکم ماده ۱۰۹ فوق مبنی بر اینکه پیشنهاد تعدیل قانون انتخابات در آخرین سال دوره تقنینیه وارد فهرست کاری شورای ملی نمی‌گردد.^{۷۷} ایجاب می‌کند که طرح تعدیل قانون انتخابات، توسط ولسی جرگه حد اقل ۱۵ روز پیش از فرار رسیدن سال اخیر که مهلت تعیین شده در بند پنجم ماده ۹۷ قانون اساسی برای بررسی مصوبه ولسی جرگه توسط مشرانو جرگه است، به تصویب برسد تا مشرانو جرگه بتواند در مهلت تعیین شده در قانون اساسی پیش از رسیدن سال اخیر در مورد آن تصمیم اتخاذ کند لیکن تعدیل مواد ۱۴، ۵۷ و ۶۳ قانون انتخابات یک روز قبل از اول ماه سرطان توسط ولسی جرگه سبب شده است

۷۵. فرمان تقنینی شماره (۱۵۹) مؤرخ ۱۳۹۴/۱۲/۹.

۷۶. بموجب حکم ماده (۱۰۹) قانون اساسی پیشنهاد تعدیل قانون انتخابات، در یک سال اخیر دوره تقنینیه در فهرست کار شورای ملی داخل شده نی‌تواند..

۷۷. مجموعه تفسیرها، نظریه‌ها و مشوره‌های حقوقی کمیسیون، ۱۳۹۳، ص (۲۳۴).

که مشرانو جرگه فرصت بررسی آنرا پیش از شروع سال اخیر دوره تقنینیه نداشته و بررسی آن بعد از اول سرطان توسط این مجلس، مصداق داخل فهرست شدن پیشنهاد تعدیل قانون انتخابات در سال اخیر فعالیت شورای ملی به حساب می آید.^{۷۸} که ماده ۱۰۹ قانون اساسی آنرا منع نموده. از این رو، این مصوبه توسط مشرانو جرگه قابل بررسی نبوده و ولسی جرگه نیز نمی تواند در مورد تصمیم اتخاذ کند.^{۷۹}

۲/۳/۵ احاله قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون شکایات انتخاباتی به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی متعاقب رد فرمان تقنینی شماره ۱۵۹ مورخ ؟ در مورد قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون شکایات انتخاباتی از طرف ولسی جرگه رئیس جمهور افغانستان در اخیر سال ۱۳۹۴ [۲۰۱۶] در هنگامی که شورای ملی در حالت تعطیلات زمستانی خود قرار داشت، موضوع رد فرمان فوق را به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی محول و طالب مشوره حقوقی در مورد دو سوال عمده ذیل گردید:

۱- فرمان تقنینی مذکور از نگاه حقوقی و قانونی در چه وضعیتی قرار دارد؟

۲- در صورت صدور فرمان تقنینی جدید در مورد انتخابات بر اساس ماده ۱۷۹ قانون اساسی، آیا این فرمان قابل احاله به شورای ملی می باشد و یا خیر؟^{۸۰}

کمیسیون در جلسات عادی خود مواد ۷۹ و ۱۰۰ قانون اساسی را ملاک مشوره حقوقی خود قرار داده و مشوره حقوقی خود را به اتفاق آرا صادر نمود.

ماده هفتادونهم قانون اساسی که به حکومت اجازه صدور فرامین تقنینی را می دهد و استثنای آن امور مالی و بودجه در حالت تعطیل ولسی جرگه می باشد و اما گفته شده " ضرورت عاجل " و آیا موضوع انتخابات ضرورت عاجل است سوال مطرح می گردد؟

باید تذکر داده شود که تطبیق قانون اساسی متعاقب انفاذ آن یک مکلفیت حتمی و ضروری بوده که تعطیل را نمی پذیرد. تدویر انتخابات مطابق بند دوم ماده هشتاد و سوم قانون اساسی بعد از

۷۸. ازاینکه سال هشتم ولسی جرگه بازهم سال اخیر مطابق ماده (۸۳) قانون اساسی دانسته می شود نظر حاکم چنان است که به هر سال دیگر خارج چوکات ماده فوق قانون اساسی سال اخیر اطلاق شده می تواند.

۷۹. مجموعه تفسیرها، نظریه ها و مشوره های حقوقی: نشریه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی از (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، صفحه (۲۲۵).

۸۰. مکتوب رسمی شماره (۵۳۵۰) مورخ ۱۳۹۵/۴/۳۱ ریاست عمومی اداره امور ریاست جمهوری اسلامی افغانستان عنوانی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.

تاریخ اول سرطان سال پنجم "ضرورت عاجل" بوده و باید به تعطیل آن اجازه داده نشود.^{۸۱} در اصدار مشاوره حقوقی اکثریت اعضای کمیسیون ماده صدم قانون اساسی رابه نحو ذیل تفسیر و مشوره خود را صادر نمودند:^{۸۲}

در مشوره حقوقی ماده ۱۰۰ ام قانون اساسی^{۸۳} محور اصلی اصدار مشوره شناخته شد. فرمان تقنینی فوق الذکر که نباید در فهرست کاری شورای ملی شامل می شد. از طرف ولسی جرگه رد و متعاقب آن از طرف مشرانو جرگه تأیید گردید. مطابق به ماده فوق قانون اساسی، هیئت مختلط تعیین و این هیئت نتوانست اختلاف نظر را رفع کند.

موضوع به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی محول گردید و درخواست گردید تا سرنوشت فرمان تقنینی با اصدار مشوره حقوقی تعیین گردد. کمیسیون به کلمات ماده ۱۰۰ ام قانون اساسی و تفسیر آن ها جملات ذیل را ملاک مشوره خود قرار داد: "در صورتی که هیئت مختلط نتواند اختلاف نظر را رفع کند، مصوبه رد شده به حساب می رود". با در نظر داشت کلمات "مصوبه رد شده به حساب می رود" هویدا می گردد که حکم قانون اساسی قاطعانه می باشد که در عین حال باید تذکر داده شود که نزد مقنن منظور و یا هدف ولسی جرگه در رد و یا تأیید یک مصوبه با اهمیت بوده که باید به آن دقت لازم به عمل آید و ازاینکه مقنن کلمات مشخص را در قانون اساسی داخل نموده است، از همین لحاظ کلمه "می تواند" لفظ اختیاری بوده رعایت وعدم رعایت آن موکول به اقتضای امر و مصلحت است، چنان که در جمله بعدی تذکر داده شده است: "در این حالت ولسی جرگه می تواند در جلسه بعدی با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید."

در احاله فوق، منظور ولسی جرگه رد فرمان تقنینی از طرف هیئت مختلط بود که متعاقب رد دوباره آن اصلاً ولسی جرگه به منظور خود رسید و دیگر ضرورت نبود تا رد دیگر ضمیمه آن شود. با تحلیل فوق باید حالت عکس مسئله را هم مد نظر بگیریم و آن اینست که اگر یک مصوبه از طرف ولسی جرگه تأیید و تصویب گردد و از طرف مشرانو جرگه رد گردد و هیئت مختلط هم به نتیجه

۸۱. بموجب حکم فقره دوم ماده هشتاد و سوم قانون اساسی، انتخابات اعضای ولسی جرگه در خلال مدت سی الی شصت روز قبل از پایان دوره ولسی جرگه برگزار می گردد.

۸۲. پاراگراف دوم ماده هشتاد و نهم قانون اساسی: دوره کاری ولسی جرگه به تاریخ اول سرطان سال پنجم بعد از اعلان نتایج انتخابات به پایان می رسد و ولسی جدید به کار آغاز می نماید.

۸۳. مطابق ماده (۱۰۰) قانون اساسی: هرگاه مصوبه یک مجلس از طرف مجلس دیگر رد شود، برای حل اختلافات هیئت مختلط به تعداد مساوی از اعضای هر دو مجلس تشکیل می گردد. فیصله هیأت مختلط بعد از توشیح رئیس جمهور، نافذ شمرده می شود. در صورتی که هیأت مختلط نتواند اختلاف نظر را رفع کند مصوبه رد شده به حساب می رود. درین حالت ولسی جرگه می تواند در جلسه بعدی آن را به دو ثلث آرای کل اعضا تصویب کند. این تصویب بدون ارانه به مشرانو جرگه بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ شمرده می شود.

نرسد دراین صورت ولسی جرگه نتوانسته به منظور خود که عبارت از تأیید مصوبه باشد برسد، پس می تواند (اگر خواسته باشد) در جلسه بعدی آن را با دو ثلث کل اعضا تصویب نماید و به منظور خود نائل آید. در این جا لازم است به کلمات "جلسه بعدی" هم دقت گردد. مطلب قانون اشاره مستقیم به یک جلسه است که متعاقب عمل هیئت مختلط دائر می گردد و اگر چنین جلسه به هر دلیلی که باشد دائر نگردد، سرنوشت مصوبه همان خواهد بود که بند اول قانون اساسی پیش بینی می کند. ولسی جرگه در قضیه فوق (اختیاری) نتوانست جلسه بعدی را با دو ثلث کل اعضا دائر کند. کلمات دیگر قابل غور در بند دوم ماده صدم قانون اساسی همانا کلمات "با دو ثلث کل اعضا" می باشد. قانون اساسی ندرتاً کلمات "کل اعضا" را استعمال کرده، نکته قابل تفسیر آن است که آیا مطلب مقنن آن بود که کل اعضا حضوراً در رای گیری اشتراک نمایند؟ و یا هم هدف محاسبه از مجموع عدد وکلا در لیست وکلای مشمول در ولسی جرگه می باشد؟ اگر چه در عمل از روش دومی استفاده بعمل می آید اما کلمات فوق قانون اساسی را به تفسیر روش اولی هم باز مانده است.

در احاله موضوع فوق فرمان تقنینی اقلیت اعضا در کمیسیون به این نظر بودند که ورق مصوبه که ضمیمه متن فرمان تقنینی بوده، از طرف ولسی جرگه رد گردیده بدان معنی که ورق مصوبه رد گردیده و ضمیمه آن که فرمان تقنینی است نافذ باقی مانده که تابع دو ثلث مطابق بند اخیر ماده صدم می گردد. باید تذکر داده شود که هر متن قانون و یا فرمان تقنینی یک ورق توضیحی ضمیمه می داشته باشد که از عنوان، تعداد فصول و تعداد مواد مسوده احاله شده قانون و یا فرمان تقنینی منضمه حکایه می کند که بنام ورق مصوبه و یا منضمه هم یاد می گردد. اما نظر اکثریت به آن بود که ورق مصوبه بدون متن بی مفهوم است اگر به تنهایی و یا مجزا از متن ملحقه جهت تأیید و یا رد به ولسی جرگه احاله گرد، فاقد اثر قانونی می باشد. در نتیجه نظریه اکثریت، ترتیبات جهت برگزاری انتخابات براه افتاد.^{۸۴}

۵/۳/۳ احاله موضوع لوی خازنوال که آیا مورد استیضاح در شورای ملی قرار گرفته می تواند یا خیر؟

دفتر ریاست جمهوری در اوایل سال ۱۳۹۶ ش [۲۰۱۷] نظریه حقوقی را در مورد ماده ۹۲ ام قانون اساسی از کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مطالبه نمود و تذکر داد که با در

۸۴. نظریه حقوقی شماره (۵) موخ ۱۳۹۵/۵/۱۰ کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی، که بالاخر نامه رسمی شماره (۵۳۵۰) مورخ ۱۳۹۵/۴/۳۱ ریاست عمومی اداره امور ریاست جمهوری اسلامی افغانستان صادر شده است.

نظر گرفتن ماده فوق ولسی جرگه شورای ملی صلاحیت استیضاح کدام مقامات را برعهده دارد. با در نظر گرفتن مواد دیگر قانون اساسی ریاست جمهوری سوال وسیع تر را به شرح ذیل محول نمود: به اساس اصل کنترل قوه مجریه توسط مقننه و ماده ۷۵ ام و ۱۰۳ قانون اساسی در مورد وظایف دولت^{۸۵} در قبال شورای ملی و با استناد به رویه های پارلمانی آیا مشرانو جرگه به عنوان یکی از مجلسین شورای ملی، صلاحیت استجواب و نظارت بر اعمال ادارات دولتی و ریاست های مندرج آن به طور خاص اداره لوی خارنوالی که یکی از ادارات دولتی می باشد، را دارد یا خیر؟^{۸۶} مشرانو جرگه قبلاً از طریق وزارت دولت در امور پارلمانی رسماً از کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی خواهان تفسیر حقوقی در مورد چگونگی پاسخ گویی خارنوالان به شورای ملی را نموده بود.

کمیسیون در مورد نظریه حقوقی ذیل را صادر نمود:

اول) در خصوص نظارت و پاسخ گویی اعضای حکومت که مشمول وزرا می گردد، با این که ماده (۹۳) قانون اساسی امکان طرح سوال از وزیران را به کمیسیون های هر دو مجلس شورای ملی داده است و ماده ۱۰۳ قانون اساسی مقرر نموده است که هر مجلس شورای ملی می تواند حضور وزرا را در جلسه خود مطالبه کند، صراحت کامل دارد. از سوی دیگر ماده ۷۱ قانون اساسی حکومت را متشکل از وزرا دانسته که تحت ریاست رئیس جمهور انجام وظیفه می نماید و ماده ۱۳۴ قانون اساسی، خارنوالی را جز قوه اجرائیه می داند؛ با این همه مجلسین شورای ملی صلاحیت استیضاح لوی خارنوال را ندارد؛ چرا که ماده ۹۲ قانون اساسی صلاحیت استیضاح و عدم رأی اعتماد از وزرا را تنها به ولسی جرگه تفویض نموده؛ تعمیم حکم مذکور و یا قیاس بر مبنای این دو حکم صریح قانون اساسی از وزرا به سایر مقامات قوه اجرائیه که زیر مجموعه وزارت خانه ها نمی باشند، مبنایی در قانون اساسی ندارد. چون استیضاح و رأی عدم اعتماد حکم شدید است و موجب افزایش شدید قدرت و صلاحیت قوه مقننه در مقابل حکومت می گردد؛ بناءً سایر مقامات قوه اجرائیه از آن مستثنا گردیده است.

دوم) فقره دوم ماده (۱۳۴) قانون اساسی چنین مشعر است: "خارنوالی جز قوه اجرائیه و در اجراءات خود مستقل می باشد." چون نص صریح قانون اساسی تأکید بر استقلالیت خارنوالی در اجراءاتش می نماید، تحت شعاع قرارداد این اجراءات این اداره خلاف روح قانون اساسی و اصل استقلالیت آن

۸۵. ماده نود و دوم قانون اساسی: ولسی جرگه به پیشنهاد بیست فیصد کل اعضاء می تواند ازهریک وزرا استیضاح بعمل آورد.

۸۶. نامه شماره (۵) مورخ ۳ حمل ۱۳۹۶ ریاست عمومی اداره امور مقام ریاست جمهوری عنوان کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.

اداره می‌باشد. بناءً استقلال در اجراءات خارنوالی باید تأمین گردد^{۸۷}.

از سوی دیگر؛ با وصف این‌که خارنوالی جز قوه اجرائیه بوده، اما ماهیت کاری آن بیشتر به قوه قضائیه نزدیک می‌باشد. زیرا نظر به حکم فقره اول ماده (۱۳۴) قانون اساسی "تحقیق جرایم و اقامه دعوا علیه متهم در محکمه از طرف خارنوالی مطابق به احکام قانون صورت می‌گیرد". به منظور تأمین عدالت و جلوگیری از اعمال نفوذ در اجراءات خارنوالی، ایجاب می‌نماید تا اجراءات این اداره از مداخلات اشخاص حکمی و حقیقی کاملاً مصئون بوده و اجراءات شان را با استقلال کامل انجام دهند.

همچنان براساس حکم ماده (۱۰۲) قانون اساسی صلاحیت تعقیب عدلی عضو شورای ملی که مرتکب جرم گردیده باشد را، مأمور مسئول دارد که مطابق ماده (۱۳۴) کشف جرایم توسط پلیس، تحقیق جرایم و اقامه دعوا علیه متهم از طرف خارنوالی صورت می‌گیرد. این صلاحیت اداره لوی خارنوالی با اصل نظارت و استجواب شورای ملی منافات دارد. از این رو، استجواب و طرح سؤال که در ماده (۹۳) قانون اساسی به آن اشاره شده، شامل اجراءات خارنوالی نمی‌گردد. با استناد به احکام مواد فوق‌الذکر، چنین استنباط می‌گردد: استجواب و نظارت مشرانو جرگه از اداره لوی خارنوالی فاقد مبنای حقوقی در قانون اساسی است. اما مراودات کاری شورای ملی با لوی خارنوالی با حسن نیت و حفظ استقلال امور کاری آن‌ها با در نظر داشت فقره ۱۲ ماده ۱۱ قانون تشکیل و صلاحیت خارنوالی و ماده ۶ قانون تنظیم روابط سلوکی مقامات قوای ثلاثه دولت، تنظیم می‌گردد^{۸۸}.

۴/۵/۳ احاله موضوع احضار مشاور امنیت ملی از طرف ولسی جرگه

در اوایل سال ۱۳۹۶ ش [۲۰۱۷] حکومت در خصوص این که شورای ملی مطابق قانون اساسی صلاحیت استیضاح کدام مقامات را دارد، از کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی رسماً طالب مشوره حقوقی گردید^{۸۹}. کمیسیون با در نظر داشت ماده ۹۱ قانون اساسی که صلاحیت‌های ولسی جرگه را به صورت اختصاصی توضیح می‌کند در فقره ۱ خود تذکر می‌دهد: "اتخاذ تصمیم

۸۷. مشوره حقوقی شمناره (۶) مورخ ۱۳۹۶/۷/۶ کمیسیون در مورد دعوت ولسی جرگه از اعضای کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به جلسه استجوابیه سوم میزان ۱۳۹۵.

۸۸. منبع فوق‌الذکر، فقره اخیر.

۸۹. ریاست عمومی اداره امور مقام ریاست جمهوری، مکتوب شماره (۵) مورخ ۱۳۹۶/۱/۳. عنوان کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.

در مورد استیضاح از هر یک از وزراء مطابق حکم ماده ۹۲ این قانون اساسی^{۹۰} که به موجب قاعده قیاس کمیسیون‌ها و ارگان‌هائی که نقش اجرایی و شرایط مشابه به وزارت‌ها داشته باشند. از حیث پاسخگو بودن در برابر شورای ملی در محدوده استجواب و مطالعه اعمال آن‌ها از طریق تشکیل کمیسیون خاص، در حکم وزارت‌ها قرار می‌گیرند و اما در فقره ۵ همین نظریه حقوقی توضیح ذیل داده شده از تعمیم احکام فقره اول و مواد ۹۱ و ۹۲ قانون اساسی در مورد استیضاح و عدم رأی اعتماد از وزرا به سایر موارد، مبنای الزام‌آور در قانون اساسی ندارد. چون استیضاح و رأی عدم اعتماد حکم شدید است و موجب افزایش شدید قدرت و صلاحیت ولسی جرگه نسبت به قوه مجریه به ترتیبی که در قانون اساسی به آن تصریح نشده، می‌شود. این حکم شدید را صرفاً بر مبنای قاعده قیاس اولویت و قیاس حقوقی نمی‌تواند از موارد منصوص به موارد غیر منصوص تعمیم داد. بنابر این مسؤولان اداری که در قانون اساسی به استیضاح آن‌ها توسط ولسی جرگه تصریح نشده است، مورد استیضاح قرار گرفته نمی‌تواند. مطابق به این نظر حقوقی ولسی جرگه نمی‌تواند که مشاور امنیت ملی رئیس جمهور را تابع پروسه استیضاح بسازد.^{۹۱}

۵/۳/۵ درمورد دعوت ولسی جرگه از اعضای کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به جلسه استجوابیه مورخ سوم میزان ۱۳۹۵

در تاریخ ۱۳۹۵/۶/۳۱ [۲۰۱۶] کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مکتوبی از وزارت محترم دولت در امور پارلمانی دریافت نمود که براساس آن ولسی جرگه اعضای کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را، برای استجواب در مورد نظر کمیسیون در رابطه به فرمان تقنینی انتخابات به جلسه مورخ سوم میزان ۱۳۹۵ (۲۰۱۶) خویش فراخوانده بود. کمیسیون در پاسخ مورخ ۱۳۹۵/۶/۳۱ (۲۰۱۶) به نامه مذکور ضمن اعلام آمادگی جهت شرکت در جلسات هماهنگی و مشورتی با رئیس و اعضای ولسی جرگه به استناد مواد ۹۳ و ۱۰۳ قانون اساسی، حضور خود را در جلسه استجواب مخالف قانون اساسی دانست. متعاقباً نمایندگان محترم پارلمان در جلسه مورخ ۳ میزان ولسی جرگه، پاسخ کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی راقانع کننده ندانسته و بر حضور اعضای کمیسیون در مجلس مجدداً اصرار ورزیدند و در صورت عدم حضور اعضای

۹۰. بموجب ماده (۹۲) قانون اساسی «ولسی جرگه به پیشنهاد بیست فیصد کل اعضاء میتواند ازهریکی از وزراء استیضاح بعمل آورد. هرگاه توضیح ارائه شده قناعت بخش نباشد، ولسی جرگه موضوع رأی عدم اعتماد را بررسی می‌کند.

رأی عدم اعتماد از وزیر باید صریح، مستقیم و براساس دلایل موجه باشد. این رأی به اکثریت آرای کل اعضای ولسی جرگه صادر می‌گردد».

۹۱. مصوبه شماره (۱/۲) مورخ ۵ حمل ۱۳۹۶ کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.

کمیسیون خواهان سلب صلاحیت و رأی عدم اعتماد به اعضای مذکور شدند. بدین اساس رئیس و تعدادی از اعضای کمیسیون در جلسه‌ی بامحترم رئیس و معاون دوم ولسی جرگه ملاقات نموده و دلایل عدم حضور خویش را در جلسه استجواب به طور مستدل تشریح نمودند.

اینک کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی دلایل عدم حضور در جلسه استجوابیه مذکور را کتباً به استناد مواد ۹۱، ۹۴ و ۱۰۴ قانون اساسی، قانون کمیسیون، اصول و قواعد حقوقی و نظریه حقوقی و تفسیری شماره ۲۰ مورخ ۱۳۹۰/۲/۲۵ (۲۰۱۱)، شماره ۳۰ (۱۳۹۰/۸/۲۲) و شماره ۷۲ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۷ (۲۰۱۴) کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی موضوع را مطابق جز سوم ماده هشتم قانون خود در جلسه عادی مورخ ۱۳۹۵/۷/۶ (۲۰۱۶) خویش مطرح و به اکثریت اعضا مشوره حقوقی به شرح زیر ابراز می نماید:

۱: اصل حاکمیت ملی: به اساس حکم ماده چهارم قانون اساسی، حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آنرا اعمال می کنند. حاکمیت ملی توسط نمایندگان از طریق رأی اعتماد وزرا، رؤسا و اعضای نهادهای که رأی اعتماد ولسی جرگه را حاصل می کنند، انتقال می یابد. هم چنین اعمال درست این حاکمیت مستلزم داشتن صلاحیت نظارت و بررسی از اجراءات حکومت از طریق استجواب و تشکیل کمیسیون خاص مطابق ماده ۸۷۹ قانون اساسی است امادر اعمال این صلاحیت شرایط و محدودیت های قانونی نیز وجود دارد که کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی این مطلب را در موارد متعدد از جمله در نظریه حقوقی شماره ۲۰ در مورد حدود صلاحیت شورای ملی در استجواب اعضای حکومت به تاریخ ۱۳۹۰/۲/۲۵ و نظریه حقوقی شماره ۳۰ در باره صلاحیت نظارت و استجواب شورای ملی از اجراءات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری به تاریخ ۱۳۹۰/۸/۲۲ (۲۰۱۱) و نظریه تفسیری شماره ۷۲ کمیسیون از فقره یازده ماده ۶۴ قانون اساسی در خصوص استیضاح و سلب اعتماد رؤسای مندرج در این فقره، به تاریخ ۱۳۹۳/۲/۱۷ (۲۰۱۴) در پاسخ به احاله ولسی جرگه به تکرار تصریح کرده است.

۲: خارج بودن کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی از چارچوب تشکیلاتی حکومت

مبنای قانونی برای تشکیل کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به عنوان نهاد صیانت کننده از احکام و اصول قانون اساسی در ماده ۱۵۷ قانون اساسی تسجیل یافته است. به اساس

این ماده کمیسیون صلاحیت دارد تا از تطبیق احکام قانون اساسی توسط مقام‌ها و نهادهای دولتی نظارت نماید. به اساس ماده هشتم این قانون بحث نظارت عام بوده که در برگیرنده نظارت از رئیس جمهور، حکومت، شورای ملی، قضا و سایر نهادهای دولتی و غیردولتی می‌شود. این صلاحیت خطیر کمیسیون مستلزم استقلال کامل آن در ارائه نظریات و مشورت‌های حقوقی می‌باشد. چون کمیسیون صلاحیت نظارت از هر سه قوه دولت را دارد، بناءً نباید زیرمجموعه هیچ یک از آن‌ها باشد، تا بتواند به‌عنوان یک نهاد مستقل عمل نماید. به‌همین دلیل ماده ۱۵۷ قانون اساسی در فصل یازدهم تحت عنوان احکام متفرقه ذکر شده است و در هیچ یک از مواد فصل‌های چهارم (حکومت) و هشتم (اداره) نیامده است. به این ملاحظه اگر کمیسیون جزو قوه اجراییه یا حکومت باشد، استقلال وظیفوی نداشته و بر اساس اصل تفکیک قوا یک جز قوه اجراییه نمی‌تواند سایر قوا را نظارت نماید. نهادهای ناظر مطلقاً باید بی‌طرفی و استقلال شان را نسبت به نهادهای نظارت شونده حفظ نمایند لذا نظر بعضی نمایندگان ولسی جرگه که کمیسیون جزو قوه اجرائی و حکومتی می‌باشد، مبنای حقوقی ندارد.

۳: استقلال کمیسیون

به دلیل اهمیت قانون اساسی، منطقی است که نهاد نظارت کننده از تطبیق آن نیز باید از اقتدار و مصونیت در ارائه نظریات بر تطبیق قانون اساسی در چوکات دولت جمهوری اسلامی افغانستان تشکیل و در فعالیت‌های خویش از استقلال کامل برخوردار است.

پاسخگوبودن اعضای کمیسیون از نظریه‌ها و تصامیم شان به هر نهاد دیگر اصل استقلال را که لازمه انجام درست وظایف شان می‌باشد، مخدوش می‌سازد. براین اساس است که در سایر کشورها نیز اعضای نهادهای نظارت و صیانت کننده از قانون اساسی بخاطر ارائه نظر، به نهاد دیگر از جمله شورای ملی و حکومت پاسخگو نمی‌باشند.

پاسخگوبودن این نهادها از تصامیم شان استقلال شان را تضعیف نموده و مانع اتخاذ تصمیم بی‌طرفانه و ابراز نظر مستقلانه می‌شود. به‌همین اساس با مراجعه به اسناد و سوابق موجود در کمیسیون، از بدو تأسیس این نهاد تا به حال، هیچ‌گاه اعضای کمیسیون در جلسات استجوابیه ولسی جرگه حاضر نشده‌اند. به‌همین دلیل اعضای شورای عالی ستره محکمه نیز در تصامیم قضایی خود به نهاد دیگر پاسخگو نمی‌باشند، شورای ملی و حکومت نمی‌توانند آن‌ها را بابت فیصله‌های قضایی شان مورد استجواب قرار دهند.

۴: عدم وجود ملازمه بين اعطای صلاحیت و سلب آن

همان طوری که پیشتر اشاره شد، اساس مشروعیت نهادهای دولتی مانند ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی رأی مستقیم مردم نمی باشد، این نهادها مشروعیت شان را از مجلس شورا به عنوان نهاد تمثیل کننده حاکمیت ملی و مظهر اراده مردم کسب می نمایند. نهادها و اشخاص حقوقی که مشروعیت خود را از رأی مستقیم مردم یا با واسطه اخذ می کنند جز در موردی که در قانون اساسی تصریح یافته (مانند سلب اعتماد وزیران) قابل سلب اعتماد نمی باشند. چرا که سلب اعتماد خلاف قاعده بوده و در خلاف قاعده به قدر متیقن اکتفا شده و جز در حالاتی که در قانون تصریح یافته است به مورد مشابه دیگر سرایت نمی کند و سلب اعتماد از مقامات مذکور به هیچ وجه صورت نمی گیرد. این بیشتر در نظریات حقوقی و تفسیری شماره (۳۰، ۲۰ و ۷۲) کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در موارد متعدد تسجیل یافته است. نظریه اینکه ملازمه بین صلاحیت دادن رأی اعتماد و سلب آن وجود ندارد، نمایندگان ولسی جرگه و رئیس جمهور که بارأی مستقیم مردم انتخاب شده اند، در جریان دوره کاری شان بنابر عدم رضایت مردم از کار کرد شان، از وکالت شورا و ریاست جمهوری سلب صلاحیت و عزل نمی گردند، براین اساس این نظر که چون اعضای کمیسیون از ولسی جرگه رأی اعتماد گرفته اند، پس مجلس صلاحیت دارد که اعتماد خویش را از ایشان سلب نماید، فاقد اساس حقوقی لازم است.

۵: عدم امکان استفاده از قاعده قیاس

استفاده از قاعده قیاس حقوقی در در پاسخ گو دانستن اعضای کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، وزیران و نهادهای اجرایی دیگر، نیز قیاس مع الفارق بوده و فاقد وجه مشترکی است که لازمه تسری حکم از اصل به فرع بر اساس قیاس می باشد. دلیل این مفارقت نیز اجرایی نبودن و مسند عالی نظارتی از تطبیق قانون اساسی است که کمیسیون را در جایگاه متفاوت از سایر نهادها و کمیسیون اجرایی نظیر کمیسیون مستقل انتخابات و اصلاحات اداری قرار می دهند. مطابق شأن وظیفوی اعضای کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی میان وظایف این کمیسیون و وظایف اعضای شورای عالی ستره محکمه مشابهت وجود دارد تانهاها و کمیسیون های اجرایی دیگر.

بر اساس دلایل و مستندات حقوقی فوق کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی حضور خویش را در جلسه استجواب ولسی جرگه فاقد وجاهت قانونی، مخالف قواعد حقوقی و

نص و روح قانون اساسی دانسته و از حضور در جلسه مذکور معذرت می‌خواهد. (۹۲)

۶. نتیجه‌گیری

قانون اساسی مصوب سال ۲۰۰۴، یکی از پیشرفته‌ترین و مدرن‌ترین قوانین اساسی جهان اسلام است. در این قانون، حقوق اسلام به‌عنوان یک منبع حقوقی به رسمیت شناخته شده است، اما نه در تعارض با مقررات قانون اساسی، قوانین و نیز میثاق‌های بین‌المللی که حقوق افغانستان را تشکیل می‌دهد. قانون اساسی به حقوق اسلام نسبت به سایر منابع حقوقی برتری و تفوق داده است. با این حال، دولت افغانستان در سال‌های اخیر به صورت قابل ملاحظه‌ای تحت تأثیر ملل غربی که به پیشرفت این دولت علاقمند است، قرار داشته و به‌عنوان نمونه، اعلامیه جهانی حقوق بشر را پذیرفته است.

حقوق اسلامی و حقوق سکولار، در خصوص حقوق زنان و حقوق اقلیت‌های مذهبی با هم اختلاف دارند. محاکم هنگام استفاده از حقوق اسلامی برای تفسیر قوانین، می‌توانند موضع لیبرال یا بنیادگرایانه داشته باشند. لذا همه تصمیم‌های محاکم رانمی‌توان گفت، مطابق قانون اساسی باشد. استمرار اعتماد بسیاری از اتباع روستایی به جرگه‌های محلی که قوانین عرفی قبیله‌ای را آن هم اغلب به زیان حقوق زنان می‌باشد، مورد حمایت قرار می‌دهد، مانع تطبیق عملی اصول قانون اساسی شده است.

در عمل، تفسیر قانون اساسی با مشکلات قابل ملاحظه‌ای مواجه شده است. علاوه بر این که تقابل میان حقوق اسلامی و حقوق موضوعه باید حل و فصل شود، تفکیک قوا میان حکومت، شورای ملی و ستره محکمه نیز باید شفاف شود. متأسفانه، اقتدار و صلاحیت ستره محکمه برای اتخاذ تصمیم‌های الزام‌آور در مورد مسائل قانون اساسی مورد اختلاف قرار دارد. اینکه آیا ستره محکمه می‌تواند اقدامات حکومت را بررسی نماید، هنوز مورد توافق قرار نگرفته است.

قانون طرز بررسی مطابقت قانون با قانون اساسی که در کنفرانس آلمان میان نمایندگان باصلاحیت قوه قضائیه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به ریاست معاونت دوم ریاست جمهوری اسلامی افغانستان، توافق شد هنوز تدوین و تصویب نشده است.

روال اقدامات، تا کنون اصول راهنمای مورد توافق را به وجود نیاورده است. اگر شورای ملی و حکومت نتوانند با هم کار کنند و اختلافات خود را در این زمینه حل و فصل نکنند، حکومت

مرکزی قدرت تطبیق اصول قانون اساسی و حاکمیت قانون را نخواهد داشت. قوای اجرائیه، قضائیه و حکومت باید تنفیذات و شکایات خود را کنار بگذارند و برای ایجاد توافق درباره ملاحظات مختلف راجع به قانون اساسی همکاری به عمل آورند و در راستای اصلاح قانون اساسی کار کنند. وضعیت کنونی در افغانستان نشان می دهد که یک قوه قضائیه مستقل و بی طرف تا چه حد برای تفسیر عادلانه قانون اساسی اهمیت دارد و چگونه تمایلات سیاسی و اجراءات متعصبانه می تواند به شکل نامناسبی جریان قضائی بی طرفانه را با مشکل مواجه کند.

تأسیس محکمه خاص قانون اساسی، (البته باقضات رسیده ولیاقت براننده و تجربه قضایی طی سال های متواتر) گام اصلی به سوی امنیت، ثبات و حقوق مدنی مناسب تر در افغانستان است.

مسأله طلاق و حقوق زنان

تفاسیر برخی فقهای مسلمان از آیه ۲۲۸ سوره بقره

محمد هاشم کمالی

ترجمه: مرجان پایان طبری

۱. کلیات

۲. تفاسیر قدما در باب آیه ۲۲۸ سوره بقره

۳. تفاسیر متأخرین در باب آیه ۲۲۸ سوره بقره

۴. خلط میان حق و تکلیف در تفسیر قدما

۵. تفسیر جایگزین

۶. تحولات در قوانین برخی کشورهای مسلمان

۷. نتیجه‌گیری

چکیده

این مقاله به شکل‌گیری فقهی قوانین طلاق از دیدگاه قرآن (آیه ۲۲۸ سوره بقره) می‌پردازد. در حالی که نظام تعریف شده قانون طلاق در مکاتب پیشرو فقه، کاملاً یک‌جانبه است و موجی از ناامنی را در خانواده‌های مسلمان ایجاد می‌کند، دیدگاه قرآن درباره قانون طلاق و حقوق زوجین، متعادل و متوازن می‌باشد. به نظر می‌رسد برخی از مفسران قدیمی قرآن نیز تحت تأثیر ارزش‌های جامعه قرون وسطایی، تفسیر یک طرفه‌ای را از قرآن ارائه داده‌اند. این مقاله به شرح این حکایت/ موضوع می‌پردازد.

۱. کلیات

در طول قرن بیستم، تقریباً در همه کشورهای مسلمان تحولات چشمگیری در حقوق اسلامی سنتی در رابطه با مسأله طلاق صورت گرفته است. این تحولات عمدتاً دو هدف را دنبال میکنند: نخست اینکه، از سوء استفاده مرد در اعمال حق طلاق به صورت یک جانبه جلوگیری کنند، و دوم، حقوق زن را به ویژه در مواردی که از طلاق یک جانبه متضرر می شود، تقویت نمایند. طبق قوانین سنتی شریعت اسلامی، مرد اختیار دارد همسرش را بدون نیاز به دلیلی طلاق دهد و حتی برای رسمیت بخشیدن به طلاق، نیاز به انجام تشریفات حقوقی خاصی ندارد. از جانب دیگر، زن حق هیچ گونه اعتراضی را نسبت به تصمیم همسرش و سوء استفاده وی از این حق ندارد، و حتی نمی تواند خسارت مالی مطالبه کند. تنها حق زن این است که در طول دوره عده، از مرد نفقه دریافت کند. دوره عده معمولاً سه ماه طول می کشد، مگر اینکه زن باردار باشد که در آن صورت عده وی تا هنگام زایمان به طول می انجامد.

در حقوق سنتی فقه مالکی، که نسبت به سایر مکاتب شریعت با تسامح بیشتری به این موضوع پرداخته است، به زن اجازه داده شده است در مواردی خاص و محدود، از طریق دادگاه تقاضای تفریق نماید. این موارد عبارتند از: ابتلای مرد به مرض بسیار سخت، عدم پرداخت نفقه به زن، رفتار خشونت آمیز با زن (تفریق به سبب ضرر) و اینکه مرد برای مدت طولانی همسرش را ترک کند.^۱ اما فقه حنفی، که بیشترین تعداد پیروان را در میان مکاتب شریعت دارد، تنها در صورتی به زن چنین حقی را می دهد که همسرش دچار ناتوانی جنسی باشد. به هر جهت، در شرایط عادی هیچ کدام از مکاتب اسلامی به زن این حق را نمی دهد که منصفانه یا به جا بودن تصمیم مرد مبنی بر طلاق را زیر سوال ببرد. این عدم تناسب حقوق زوجین در طلاق، در مدار توجه اصلاحات حقوقی مدرن قرار گرفته است. در واقع مسأله اصلی این است که آیا فقهای سنتی مسلمان توجه کافی به اصل برابری و عدالت که زیربنای منابع اصلی شریعت به ویژه قرآن است، مبذول داشته اند یا خیر.

۱. دکتر محمد هاشم کمالی استاد برجسته حقوق و مطالعات اسلامی در دانشگاه بین المللی اسلامی مالزی و مدیر ارشد مؤسسه بین المللی مطالعات عالی اسلامی هستند. ایشان بدی وسیله از British Council بابت حمایت مالی ای که در طول تحقیقات دکترای ایشان در دانشگاه لندن (۱۹۷۱-۱۹۷۵) به عمل آوردند و این زمینه را فراهم کردند که بیش تر اطلاعات مندرج در این مقاله را به دست آورند، و نیز از خانم مرجان پایان طبری برای ترجمه مقاله حاضر بسیار سپاس گزارند. در فقه مالکی، به روایتی، حداقل مدتی ترک همسر توسط شوهر برای اینکه سببی از اسباب تفریق باشد، یک سال و به روایتی دیگر، سه سال است.

۲. تفاسیر قدما در باب آیه ۲۲۸ سورة بقره

قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳،^۲ اولین قانون از نوع خود در خاورمیانه بود که نوآوری‌های مهم و جدیدی را وارد قانون شریعت نمود. این قانون در مقدمه خود در بخش مربوط به طلاق عنوان کرده است که: «متأسفانه فقهای قدیم تفسیر و برداشت درستی از هدف اصلی طلاق در احکام اسلامی ارائه نکرده‌اند، و همین امر موجب شده است تا نظریات‌شان منجر به نوعی تزلزل و عدم امنیت در بنیان خانواده‌ها گردد.» همچنین وسواسی که آنان در پیش‌گیری از تخلف از قوانین اسلام به خرج داده‌اند، گاه نتیجه‌ای کاملاً معکوس به بار آورده است. در چنین شرایطی، سیاست درست آن است که «درهای رحمت و شفقت» اسلامی را بگشاییم و با این رویکرد «به منابع اولیه و اصلی اسلام در رابطه با طلاق بنگریم و از میان چهار مکتب فقهی موجود [۴ مکتب سنی]، آن شرایط و مقرراتی را که منجر به بیشترین رفاه اجتماعی می‌شود برگزینیم.»^۳

بازنگری و دوباره‌نویسی قوانین طلاق در اسلام، همان‌طور که توسط قانونگذار سوریه نیز مورد توجه قرار گرفته است، رویکردی جدید را در تفسیر آیه‌های مربوط به طلاق در قرآن می‌طلبد. در مجموع، هیچ یک از قوانین سنتی شریعت، به آن دسته از آیات و اصول قرآنی که مبنای تغییرات سازنده‌ای را در خصوص حقوق و تعهدات زن و مرد فراهم می‌کند، توجه درخوری نشان نمی‌دهد. از جمله این آیات که باید از نو تفسیر شود، آیه ۲۲۸ سورة بقره است: "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ" (همانند مردان که حقوقی بر عهده زن دارند، برای زنان نیز حقوق شایسته‌ای، یا حقوقی مطابق با عرف بر عهده مردان است).

این اصل قرآنی هرگز در متون کلاسیک فقهی چنان که باید و شاید، مورد استفاده قرار نگرفته است. سوالی که ذهن فقه‌ها و شارحین را در خصوص این آیه بسیار مشغول داشته، این است که آیا تشابه حقوق مطرح شده در این آیه، تنها به موارد بخصوصی محدود می‌شود یا می‌توان آن را به عنوان یک اصل کلی در تمام امور مربوط به زناشویی اعمال کرد. تمام فقها و مفسرین قدیمی سعی بر این داشته‌اند که علی‌رغم سرشت عام این آیه، آن را به موضوعات به خصوص محدود نمایند. در واقع، این مفسران به پیروی از ابن عباس^۴ به چنین تفاسیر تنگ‌دامنه‌ای دست زده‌اند.

۲. قانون حقوق العائله، مصوب ۱۹۵۳ شماره ۵۹.

۳. همان. برای اطلاعات بیشتر پیرامون قانون سوریه درباره طلاق نگاه کنید به: جیمز نورمن اندرسون، «قانون احوال شخصیه سوریه»، (انتشارات BSOAS، شماره ۱۷) ۱۹۵۵، صص ۴۶ به بعد.

۴. عبدالله بن عباس (وفات ۶۸ هجری، ۶۸۷ میلادی) از علما و مراجع بزرگ در تفسیر قرآن است و از او به عنوان «ترجمان القرآن»

این گفته از ابن عباس نقل شده است که: «من دوست میدارم ظاهر همان طور آراسته و دلنشین باشد که از همسر انتظار دارم، چرا که خداوند برای زوجین حقوق و تکالیف یکسانی مقرر کرده است (با ارجاع به آیه ۲۲۸ سوره بقره)».^۵ به تأسی از این نظر، اکثر مفسرین معتقدند که مراد اصلی از تساوی حقوق زوجین، ظاهر و پوشش آراسته است. یکی از معدود نظرات مخالف، متعلق به الجصاص (وفات ۳۷۰ هجری/ ۹۸۰ میلادی) است که مصداق آیه ۲۲۸ سوره بقره در مورد تساوی حقوق و تکالیف را مهرالمثل می‌داند، و در نتیجه چنین تفسیر می‌نماید که: «هرگاه در عقد نکاح مهرالمثلی معین نشده باشد، مرد مکلف است مهرالمثلی مناسب پرداخت نماید. در واقع مراد از تساوی حقوق زوجین این است که، چون در نتیجه نکاح، مرد حق زناشویی نسبت به زن پیدا می‌کند، زن نیز در عوض آن، مستحق دریافت مهرالمثل است.»^۶ اما مفسرین و فقهای مدرن، با این تفاسیر تنگدانه مخالفند و معتقدند این آیه قاعده‌ای عام را وضع میکند که تمام روابط میان زن و شوهر در طول ازدواج، و نیز خاتمه زوجیت به واسطه طلاق را در بر میگیرد. ابن جریر طبری (وفات ۳۱۰ هجری/ ۹۲۲ میلادی)،^۷ چهره شاخص فقه‌های سنتی، و رشید رضا، چهره سرشناس فقه‌های مدرن است. طبری، کل آیه ۲۲۸ را مورد بررسی قرار داده است. آیه ۲۲۸ سوره بقره می‌فرماید:

«و زنان طلاق داده شده باید مدت سه پاکی انتظار کشند (بند ۱ | بندهند کردن آیه فقط به جهت

سهولت در بررسی است) |

و اگر به خدا و روز بازپسین ایمان دارند، برای آنان روا نیست که آنچه را خداوند در رحم آنان آفریده پوشیده دارند (بند ۲)

و شوهرانشان اگر سرآشتی دارند، به بازآوردن آنان دراین مدت سزاوارترند (بند ۳)

و همانند مردان که حقوقی بر عهده زن دارند، برای زنان نیز حقوقی شایسته‌ای، یا حقوقی مطابق با

(تفسیر کننده قرآن) و «پدر علم تفسیر» یاد می‌شود. برای اطلاعات بیش‌تر رجوع کنید به: مجاهد م الصواف، «تفسیر در دوران قدیم: نگاهی به تفاسیر قرآن تا سال ۱۵۰ پس از هجرت»، در: خورشید احمد و ظفر اسحاق انصاری (ویراستار)، «چشم اندازهای اسلامی: تحقیقی در بزرگداشت سید ابوالاعلی مودودی (لستر، بریتانیا: موسسه اسلامی و جی. ام. دنت و پسران، ۱۹۷۹)، صص ۱۳۹ به بعد. ۵. عمادالدین ابوالفداء اسماعیل بن کثیر (وفات ۷۴۴ هجری/ ۱۳۷۲ میلادی)، تفسیرالقرآن العظیم، نشر سوم. (المطبعة الاستقامه، ۱۹۵۶)، جلد ۱، ص ۲۷۱؛ ابوعبدالله محمد بن احمد الانصاری القرطبی، تفسیر القرطبی، (قاهره: دارالکتب، ۱۹۶۷)، جلد ۳، ص ۱۲۳؛ فخرالدین، التفسیر الکبیر، (قاهره، المطبعة البهیة) جلد ۵، ص ۱۰۱.

۶. ابوبکر احمد بن. علی الجصاص، احکام القرآن (بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۳۳۵ هجری) جلد ۱، ص ۳۷۵.

۷. محمد البهی معتقد است «تفسیر طبری، موثق‌ترین تفسیر است زیرا بر پایه سوابق معتبر نوشته شده است و قرآن را با استناد به خود قرآن، سنت معتبر و نقل قول از صحابه و تابعون تفسیر کرده است.» (نگاه کنید به: مقدمه وی بر کتاب محمد شلتوت، تفسیر القرآن الکریم: العجز الاول، نشر دوم، (قاهره: دارالمعارف، ۱۳۷۴ هجری)، جلد ۶، ص ۵۳۲.

عرف، برعهده مردان است (بند ۴)

و مردان بر آنان درجه برتری دارند (بند ۵)

و خداوند توانا و حکیم است (بند ۶)». طبری نیز، با استناد به قولی از الضحاک می‌گوید که زن می‌بایست رفتار و گفتار شایسته و دلنشینی برای همسرش داشته باشد، و مرد نیز می‌بایست به همسرش ظلم روا نداشته و نفقه وی را ادا کند. مطابق با قول دیگری که به ابن زیاد نسبت داده شده است، هم زن و هم شوهر می‌بایست از خدا پروا داشته باشند و مراعات حقوق یک‌دیگر را بکنند. سایر مفسرین نیز بر این اعتقادند که زوجین می‌بایست برای یکدیگر ظاهر خوشایندی داشته، و همراه شایسته‌ای باشند. در ادامه طبری تفسیر زیر را که از نظر او سزاوارتر است، اضافه می‌کند:

حق زن مطلقه‌ای که یک یا دو بار طلاق داده شده است، این است که مرد اجازه رجوع به وی را تا پیش از گذشت سه پاکی نداشته باشد، مگر اینکه قصد مرد خیر و نفعی برای هر دو طرف باشد، و در هر حال نباید ظلمی را به زن روا دارد. به همین ترتیب، حق مرد است که هرگاه تصمیم به رجوع گرفت، زن نباید با کتمان حاملگی خود، ظلمی را به مرد روا دارد، چرا که خداوند زن را از چنین عملی نهی کرده است، و چنان چه زن به خدا و روز قیامت ایمان دارد می‌بایست از این دستور تبعیت نماید. بنابراین خداوند برای زن و مرد حقوقی را نسبت به یکدیگر مقرر کرده است.^۸ تنها در قسمت‌های پایانی تفسیر است که طبری اشاره‌ای گذرا به نحوه درست تفسیر بند چهار آیه ۲۲۸ می‌کند، و چنین می‌گوید:

علی‌رغم آنچه در تفسیر این آیه گفته شد، محتمل است این قسمت از آیه شامل تمام حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر باشد، چرا که خداوند برای هر یک از زوجین حقوق مشابهی در نظر گرفته است. اگر چنین برداشتی اتخاذ شود، آنگاه تمام تفاسیری که توسط ابن عباس و ضحاک و دیگران ارائه شده است نیز تحت شمول همین آیه قرار می‌گیرد.^۹

سایر مفسرین در این خصوص مطلب چندانی به گفته‌های طبری اضافه نکرده‌اند، که البته این مسأله در فقه سنتی امری طبیعی است. با وجود این، الزمخشری (وفات ۵۲۸ هجری/ ۱۱۳۳ میلادی) نیز اشاره‌ای گذرا به این موضوع کرده و گفته است «تا آنجا که تعارضی با شریعت یا عرف حاکم نباشد، به زن و مرد حقوق و تکالیف مشابهی نسبت به یکدیگر اعطا شده است.» الزمخشری سپس اضافه می‌کند که امور روزمره زندگی از حوزه شمول این آیه خارج است، و

۸. ابوجعفر محمد بن جریر طبری، تفسیر الطبری: جامع البیان عن تاویل آیه.

۹. همان، ص ۵۳۳.

«تشابه حقوقی ای که در این آیه ذکر شده است، تنها شامل تکالیف اصلی و ایجابی می‌شود، نه اینکه تمام جزئیات زندگی را در برگیرد. به عنوان مثال وقتی که زن لباس‌های مرد را می‌شوید یا برایش غذا می‌پزد به این معنی نیست که مرد نیز دقیقاً همین وظایف را نسبت به زن خود دارد.»^{۱۰} القرطبی نیز دربارهٔ بند چهار از این آیه مطالب طبری را تکرار می‌کند، اما در هر حال هر دوی آن‌ها تفسیر ارجح را همان می‌دانند که از ابن عباس نقل شده است، یعنی تشابه حقوق زن و مرد را تنها مرتبط با ظاهر آراسته طرفین می‌دانند. البته القرطبی (وفات ۶۷۱ هجری/۱۲۷۲ میلادی) در این خصوص توضیحات دقیق‌تری داده است. به عقیده القرطبی ظاهر آراسته شامل اموری مانند پاکیزگی، شستن دهان و دندان، کوتاه کردن ناخن‌ها و به انگشت کردن حلقه است، و همچنین مردان مسن‌تر می‌توانند موهای خود را رنگ کنند و:

شایسته است افراد مسن سبیل خود را اصلاح کنند اما چنین کاری به جوانان جلوه نازیبایی میدهد. از رسول خدا نقل شده است که فرمودند «پرودگارم به من امر کرده است محاسنم را بلند و سبیل را اصلاح کنم.» همچنین در مورد پوشش ظاهری که از جمله موضوعات اصلی این حقوق است، مرد باید متناسب با شرایط و شأن خود رفتار نماید تا ظاهری مورد پسند همسرش داشته باشد، تا زن از مردان دیگر چشم‌پوشد.^{۱۱}

همان‌طوریکه طبری در تفسیر این آیه توضیحات مختصری در باب سرشت عام بند چهارم آیه ۲۲۸ داده است، القرطبی نیز اجمالاً پذیرفته است که تفسیر وی از این بند، یک تفسیر تقریبی است (معنای متقارب)، «با آن که لسان آیه به اندازه‌ای عام است که می‌تواند تمام حقوق و تکالیف ناشی از ازدواج را در برگیرد».^{۱۲} شک و شبهاتی که در خصوص این موضوع همچنان ادامه پیدا کرده است، به تفسیر فخرالدین رازی (وفات ۶۰۶ هجری، ۱۲۱۰ میلادی) نیز راه یافته است. هرچند خود وی متمایل به نظر اکثریت، یعنی محدود کردن معانی ضمنی بند چهارم به مواردی خاص است، و این نکته را هم متذکر گردیده است که:

هریک از زوجین دارای حقوقی نسبت به دیگری است. باید بدانیم که هدف غایی از ازدواج هرگز میسر نخواهد شد، مگر آنکه زوجین حقوق یکدیگر را به‌جا آورند، و این حقوق، طیف گسترده‌ای از امور را شامل می‌شود که ما فقط برخی از آن‌ها را ذکر میکنیم. از جمله اینکه همسر، نقش رهبر

۱۰. جارالله محمد بن عمر الزمخشري، عن حقایق التنزیل و عیون الاقوال فی وجوه التاویل (بیروت: دارالکتاب، ۱۹۶۷) جلد ۳، ص ۱۲۴.

۱۱. تفسیر القرطبی، جلد ۳، ص ۱۲۴.
۱۲. همان.

و نگاهیان خانواده را برعهده دارد (کالامیر و الراعی)^{۱۳}

سپس، رازی از ابن عباس و سایر مفسرین، در باب شرایط و آداب ظاهر پسندیده نقل قول می‌آورد، در مجموع می‌توان گفت از مباحث حقوقی به دور میافتد و مباحث وی ماهیتی غیرفقهی پیدا میکند.

در رابطه با بند پنجم نیز، اکثریت فقها و مفسرین سنتی، برتری‌ای را که قرآن برای مرد نسبت به زن قائل شده است، حاکی از این می‌دانند که مرد از لحاظ «قدرت بدنی، خرد، توانایی مالی، دیه، ارث و جهاد» بر زن تفوق دارد.^{۱۴} رازی موارد زیر را نیز به این فهرست اضافه می‌کند:

صلاحیت مرد برای رهبری (امامت) و نیز اجرای امر قضا و داشتن حق طلاق و رجوع. این از آن جهت است که زن، حق طلاق همسرش یا حق رجوع به وی یا حق جلوگیری همسرش از رجوع را ندارد. همچنین مرد سهم بیش‌تری از غنایم جنگی می‌برد. با توجه به تفوق مرد در کلیه این امور، آشکار است که زن همچون برده‌ای بی دفاع و عاجز تحت اختیار مرد است.^{۱۵}

در تلاش برای تفسیر بند پنجم این آیه، طبری اقوال مختلفی را در مورد لزوم تبعیت زن از همسرش، و نیز لزوم پرداخت مهرالمثل به زن نقل می‌کند. از جمله اینکه: «مرد جایگاهی برتر نسبت به زن دارد چرا که ریشی دارد که زن از آن محروم است [به نظر می‌رسد «ریش» استعاره از «خرد» باشد - م.].»^{۱۶} سپس طبری تفسیر متفاوتی را ارائه می‌کند که خود وی آن را ترجیح می‌دهد. وی به نقل از ابن عباس می‌گوید که «مقامی که خداوند به مرد بخشیده است بدان معنی است که مرد می‌بایست بر زن خود آسان بگیرد و او را از انجام برخی وظایف معاف نماید.» به عبارت دیگر، مرد می‌بایست در اعمال قدرت خود جوانمردانه و با مناعت طبع عمل کند.

۳. تفاسیر متأخرین در باب آیه ۲۲۸ سوره بقره

رشید رضا (وفات ۱۳۵۳ هجری، ۱۹۳۵ میلادی)، در بین تمام مفسرینی که پیش‌تر عنوان شد غیر متعارف‌ترین نظر را در تفسیر آیه ۲۲۸ سوره بقره دارد، و برای نخستین بار ایده برابری حقوق زوجین به طور عام را مطرح می‌نماید. وی با اشاره به بند چهارم آیه، چنین می‌گوید:

۱۳. فخرالدین رازی، التفسیر الکبیر، جلد ۵، ص ۱۰۱.

۱۴. تفسیر القرطبی، جلد ۳، ص ۱۲۵. فقط مردها واجد شرایط برای شرکت در جهاد هستند. مردان دو برابر زنان ارث می‌برند و دیه آنها هم دو برابر زن است.

۱۵. فخرالدین رازی، التفسیر الکبیر، جلد ۵، ص ۱۰۱.

۱۶. تفسیر الطبری، جلد ۴، ص ۵۳۵.

به راستی که این بند از آیه بسیار مهم است و تفسیر کامل آن، خود بحثی مطول نیاز دارد. این بند شامل قاعده‌ای کلی است که به موجب آن زنان در تمام امور، به استثناء آنچه که در بند بعدی آمده، با مردان برابر هستند. این استثناء این است که «مردان بر زنان درجه برتری دارند» و برتری‌ای که این بند از آیه به آن اشاره دارد، خود در ارتباط با جایگاهی است که در آیه دیگری از قرآن، یعنی آیه ۳۴ سوره نساء، برای مرد در نظر گرفته شده و آن عبارت است از اینکه مرد مسئول پرداخت نفقه به زن می‌باشد. چنان که واژه بالمعروف در این آیه دلالت می‌کند، حقوق متقابل زن و مرد، هم در معاملات و هم در ازدواج، تابع عرف جامعه می‌باشد، عرفی که خود می‌بایست هماهنگ با قوانین حاکم و اصول اخلاقی جامعه باشد. این قاعده، معیاری را برای ارزیابی چگونگی رفتار مرد با همسرش به دست می‌دهد.^{۱۷}

تفسیر رضا به ویژه از این جهت جالب است که برای تعیین نحوه رفتار زوجین با یکدیگر، قاعده‌های کلی را ترسیم می‌کند. علی‌رغم اینکه تفسیر رضا از آیه ۲۲۸ سوره بقره در مجموع با تفاسیر سایر فقه‌های سنتی هماهنگ و هم‌سو است، دیدگاه مساوات‌طلبانه او تاثیر شگرفی بر طرز فکر محققین بعد از وی گذاشته است. حداقل سه تن از برجسته‌ترین مفسرین قرآن مصری، مصطفی المراغی، سید قطب و محمود شلتوت، نظر رضا در تفسیر بند چهارم آیه ۲۲۸ را تایید کرده‌اند. پاراگراف زیر که در کتاب رضا آمده، تقریباً بدون هیچ تغییری، به کتاب المراغی هم راه پیدا کرده است:

تشابه مطرح در این آیه حاکی از این است که حقوق و تعهدات زوجین، متقابل و برابر است. به هر نحو که زن با همسرش رفتار می‌کند، رفتار مرد با زنش نیز باید به همان شکل باشد. هر چند جنسیت زن و مرد متفاوت است، اما هر دو از یک نوع هستند و در سلوک و حقوق همان قدر با یکدیگر تشابه دارند، که در هویت انسانی، ادراک، احساسات و عقل. بنابراین نه منصفانه است و نه به مصلحت، که یکی از آن دو بخواهد دیگری را تحت امر خود درآورد یا تحقیر نماید. پیمان زناشویی، و اتحاد زن و مرد، هرگز اتحادی خجسته و شاد نخواهد بود؛ مگر در سایه احترام متقابل و رعایت حقوق یکدیگر.^{۱۸}

با وجود این، رضا به دیدگاه سنتی در این خصوص احترام می‌گذارد، و ضمن آوردن نقل از ابن عباس در مورد ظاهر و پوشش شایسته، گفته است: «اکثریت فقها از مکاتب مختلف و مشهور،

۱۷. محمد رشید رضا، تفسیر القرآن الحکیم، نشر چهارم، (قاهره: دارالمنار، ۱۳۷۳ هجری)، جلد ۲، ص ۳۷۵.
۱۸. همان، ص ۳۷۵؛ احمد مصطفی المراغی، تفسیر المراغی، نشر دوم، (قاهره: المطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۹۵۳) جلد ۲، ص ۳۷۸.

بر این موضوع توافق دارند که این حق مرد است که همواره همسرش از وی تمکین نماید، و زن نباید از تمکین خودداری ورزد مگر اینکه دلیلی قانونی وجود داشته باشد. و در مقابل، زن حق برخورداری از نفقه را دارد.^{۱۹}

رضا و المراغی (وفات ۱۳۶۴ هجری، ۱۹۴۵ میلادی)، هر دو در تفسیر بندهای این آیه معتقدند که جایگاه برتری که قرآن به مرد اعطا کرده است، بر رهبری خانواده دلالت دارد، و نفع عمومی خانواده و جامعه را به منظور ایجاد نظم و ترتیب در نظر میگیرد. هر دو بر این باورند که این رهبری متعلق به مرد است. بنابراین وظیفه مرد است که از همسر خود حمایت کند، و زن نیز باید از همسرش اطاعت نماید. «اگر زن از اطاعت شوهر سرباز بزند مرد می تواند با نصیحت و تذکر وی را تأدیب کند، یا برای مدتی تفریق جسمانی اختیار نماید، یا به نحوی که منجر به آزار و جرح نشود زن را کتک بزند.»^{۲۰} المراغی اضافه می کند که در هر حال، اطاعت کردن زن از مرد، به این معنی نیست که به اجبار مرد هر آنچه مجاز است تبدیل به غیر مجاز گردد، و یا برعکس.^{۲۱} از طرف دیگر، سید قطب (وفات ۱۹۶۶ میلادی) معتقد است که با توجه به اینکه موضوع اصلی آیه طلاق است، بندهای چهارم و پنجم نیز هر دو در ارتباط با امر طلاق هستند، و هیچ کدام هیچ اشاره ای به بحث رهبری یا اداره خانواده ندارند. قطب ادامه می دهد:

به اعتقاد من این آیه (بند پنجم)، صرفاً به حق شوهر مبنی بر رجوع در طلاق اشاره دارد. برتری که قرآن به مرد بخشیده است، فقط در همین رابطه است. برخلاف آنچه که بسیاری از فقها گفته اند این آیه برتری و قدرت مطلق برای مرد قائل نشده است.^{۲۲}

البته تفاسیری از این دست در فقه سنتی بسیار کمیاب هستند. حتی فقهای مدرن تری مانند رضا و المراغی از مخالفت با سایر فقها خودداری می کنند. با این حال، محمود شلتوت آشکارا آنهایی را که از این آیه برداشت حاکی از تبعیض جنسیتی دارند به باد انتقاد می گیرد و می گوید: آشکار است که برتری ای که در این آیه به مرد داده شده است، پس از تاکید آیه بر برابری حقوق و تعهدات زن و مرد است. این آیه به هیچ عنوان به قدرت نظارتی و حمایتی مرد، چه به واسطه قدرت بدنی وی، و چه به خاطر کارکردن و تامین معاش خانواده، اشاره ای نمی کند. همچنین، این آیه به هیچ عنوان حاکی از برتری ای که برخی افراد دغل و غرض ورز از آن استنتاج کرده اند، نیست. به

۱۹. رضا، تفسیر، جلد ۲، ص ۳۷۸.

۲۰. همان، ص ۳۸۰.

۲۱. تفسیر المراغی، جلد ۲، ص ۱۶۷.

۲۲. سید قطب، فی ظلال القرآن، نشر دوم، (قاهره: دارالقلم، ۱۹۶۰)، ص ۱۸۲.

کلمات پروردگار متعال نگاه کنید و بیاندیشید (با ارجاع به بند چهارم آیه، که معمولاً به همراه آیه

۳۴ از سورة نساء در باب نفقه نقل می‌شود).^{۲۳}

به نظر شلتوت برتری‌ای که به مرد داده شده است، تنها در رابطه با مسأله نفقه و تامین مخارج منزل است. او اشاره میکند که قرآن بر برابری حقوق زن و مرد در مهم‌ترین امور انسانی تاکید می‌کند.^{۲۴} شاهد مثال این امر، به گفته شلتوت، آیه ۳۲ سورة نساء است که هم به مرد و هم به زن حق کار کردن و کسب مال می‌دهد، و نیز آیه ۱۲۴ سورة نساء که هر یک از زن و مرد را مستقلاً مسئول اعمال و رفتار خود می‌داند. شلتوت سپس در باب دو مسأله مطرح شده دیگر در آیه ۲۲۸ سورة بقره صحبت می‌کند، که عبارتند از حق شوهر مبنی بر تأدیب همسرش، و وظیفه شوهر مبنی بر دادن مهریه. هر دو مسأله در قرآن بیان شده‌اند، و از هر دو به منظور گذاشتن تبعیض جنسیتی در حقوق قرآنی مربوط به ازدواج، استفاده می‌شود.

آیه ۳۴ سورة نساء در کنار قدرت تأدیبی که به مردان داده است، میان دو دسته از زنان تفکیک قائل شده است. یک دسته زنان صالح و دسته دیگر «زنانی که از نافرمانی آنان بیم دارید. نخست پندشان دهید و بعد در خوابگاه‌ها از ایشان دوری کنید و [اگر تاثیر نکرد] آنان را ترک کنید.» به عقیده شلتوت تنها زنان دسته دوم «بر حسب شرایط و اوضاع و احوال ممکن است مورد یک یا چند نوع از این اقدامات تأدیبی قرار گیرند.»^{۲۵} اما زنان صالحی که خود به تعهدات‌شان آگاه هستند، خودشان هم در امر مدیریت خانواده شریک هستند و در عین حال اجازه می‌دهند که همسرشان در اموری که صلاحیت بیش‌تری دارد صاحب اختیار باشد. به عقیده شلتوت «این دسته از بانوان، به هیچ وجه تحت سلطه همسرشان نیستند.»^{۲۶}

شلتوت در موضوع مهریه هم، از اینکه چون رویه غالب، ازدواج را با عقد بیع مقایسه نماید خودداری می‌کند و تاکید دارد که «بر خلاف آنچه بسیاری از فقها گفته‌اند، مهریه در اسلام، عَوْضی در ازای معَوْض نیست و اساساً عَوْضی در ازای چیزی از وجود یک زن نیست که تصور کنیم به مالکیت مرد در بیاید.»^{۲۷} به نظر شلتوت، این فتوا آشکارا از نص آیه ۴ سورة نساء که در آن از مهریه به عنوان «نحله» یاد شده است دریافت می‌گردد. نحله، آن چیزی است که نه در ازای

۲۳. محمود شلتوت، تفسیر القرآن الکریم: الاجزاء العشرة الاولى، نشر دوم، (قاهره: دارالقلم، ۱۹۶۰)، ص ۱۸۲.

۲۴. همان. ص ۱۷۸.

۲۵. همان. ص ۱۸۳.

۲۶. همان.

۲۷. همان. ص ۱۸۱.

چیزی، بلکه به میل شخص، هدیه داده می‌شود.

۴. خلط میان حق و تکلیف در تفسیر قدما

شاهد بودهایم که عمدتاً فقهای سنتی، هدف و نکته اصلی بند چهارم آیه ۲۲۸ سوره بقره را نادیده گرفته‌اند، و به بحث تشابه حقوق و تعهدات زوجین تنها به صورت گذرا و بسیار مختصر پرداخته‌اند. و هرگاه هم که خواسته‌اند دفاعی از برابری حقوق زوجین کنند تنها به مسائلی از قبیل پوشش شایسته و همراهی و مصاحبت دلپذیر عنایت داشته‌اند که اساساً آنقدر جزئی و مبهم هستند که به راحتی نمی‌توان آن‌را به عنوان برابری حقوقی در نظر گرفت. علاوه بر این باید یادآوری کرد که آیه ۲۲۸ سوره بقره، ماهیتی کاملاً حقوقی دارد، و در متون فقهی و حقوقی و قوانین مربوط به ازدواج راه یافته است. در واقع از جمله موضوعاتی است که هم بسیار مورد توجه خود قرآن و هم قوانین مرفعی مکاتب اصلی شریعت قرار گرفته است.

واضح است که طبری در تفسیری که از بند چهارم ارائه کرده، سعی داشته است حوزه معنایی آن را به دو بند قبلی همان آیه محدود کند. اصولاً تفسیر مورد علاقه طبری، تفسیری است که قرآن را با رجوع به خود قرآن تفسیر کند. در متنی که در ذیل از وی نقل می‌شود، طبری تفسیر مورد پسند خود از آیه ۲۲۸ سوره بقره را به طور خلاصه شرح داده، و مجدداً بر وجود حقوق متقابل میان زوجین تاکید کرده است:

خداوند قادر امر می‌کند که مرد در اعمال حق خود برای رجوع از طلاق، در طول سه دوره پاک‌ی زن، از سوء استفاده از حق و ضرر رساندن به زن خودداری نماید، و همین پرهیز و مراعات را در رابطه با سایر حقوق و امورات زن داشته باشد. هم‌چنین مرد حق دارد حقیقت را درباره جنینی که به قدرت پروردگار در رحم زن آفریده شده بداند، پس زن باید همه حقوق همسرش را رعایت نماید و از ضرر رساندن به وی پرهیزد.^{۲۸}

گرچه با نگاهی دقیق‌تر به تفسیر طبری می‌توان دریافت که وی هیچ شرط و شروطی برای تشابه حقوق زن و شوهر و حقوق متقابل میان آن دو قائل نشده است. مبنای چنین استدلالی ساختار دستوری و دلالت منطقی این آیه است. در اینجا باید به جایگاه بند چهارم آیه هم توجه داشته باشیم؛ مضمون و معنای این بند و ارتباطش با سایر بندهای آیه ۲۲۸ سوره بقره.

در وهله اول می‌توان گفت که بند چهارم از لحاظ دستوری، جمله کاملی است، و لذا از لحاظ ساختاری به سایر بندها وابسته نیست، چنانچه حتی اگر از متن اصلی جدا شود نیز معنای کامل خود را حفظ میکند. همچنین، نقش مکمل را برای بند قبلی و بعدی خود نیز ندارد، چرا که خودش مضمون و درون مایه‌ای مستقل دارد. دو بند قبلی، یعنی بند دوم و سوم نسبت به بند اول نقش مکمل را دارند، زیرا هر دو درباره عده هستند که در بند اول طرح شده است.^{۲۹} در حالی که بند چهارم موضوع جدیدی را مطرح می‌کند (تشابه حقوق)، و بند پنجم، مکمل بند چهارم است و در واقع استثنائی را بر قاعده عام مندرج در بند چهارم وارد می‌کند. به علاوه بند چهارم حاوی قاعده‌ای عام است و نه خاص. این بدان معناست که می‌توان آن را مورد تفسیر قرار داد. لذا به نظر می‌رسد تفاوت آراء محققین و مفسرین درباره حوزه شمول بند چهارم مانع از این می‌شود که اجماعی در این خصوص صورت گیرد.

این انتقاد به ادعای طبری وارد است که ضرورتی ندارد حقوق زوجین را که در بند چهارم به آن اشاره شده است، وابسته و محدود به موضوع مندرج در دو بند قبلی کنیم. طبری فرض می‌گیرد که ضمیر مونث «لهنَّ» در این بند (حقوق زنان) به بند سوم، و «علیَّهنَّ» (حق مرد بر زن) به بند دوم ارجاع دارد، و به این ترتیب، از نظر طبری، حق زن بر مرد این است که مرد در اعمال حق رجوع از طلاق نباید به زن ظلم کند و لذا نباید رجوع کند مگر اینکه واقعاً قصد آشتی داشته باشد و حق مرد بر زن نیز این است که زن باید به همسرش حقیقت را درباره باردار بودنش بگوید.

چند اشتباه مشخص در تفسیر طبری وجود دارد. طبری به گونه‌ای این آیه را تفسیر می‌کند که گویی بند دوم و سوم آن حاکی از حقوق متقابل زوجین است. در حالی که نگاهی دوباره به آیه ۲۲۸ سوره بقره روشن می‌کند که هیچ‌کدام از حقوقی که طبری از آن یاد کرده است واقعاً حق نیستند، بلکه وظیفه‌اند. این اشتباه و خلط مبحث، زمانی بیشتر می‌شود که طبری این حقوق را متقابل فرض می‌کند. او بر آن است که حق یکی از زوجین، همزمان تعهد زوج دیگر را در بر دارد. به علاوه می‌توان استدلال کرد که وظایف مندرج در بندهای دوم و سوم واقعاً به گونه‌ای با هم مرتبط نیستند که متقابل محسوب شوند. بنابراین اشتباه اصلی طبری این است که سعی می‌کند حوزه شمول بند چهارم را صرفاً محدود به دو بند قبلی خود کند. در نتیجه، به جای اینکه بند چهارم

۲۹. بندهای دوم و سوم، هدف بند اول را توضیح می‌دهد. بند سوم زن را موظف به عده نگاه داشتن می‌کند، به این دلیل که اگر باردار باشد احتمال آن بیشتر است که این مساله در طول این دوره مشخص شود (بند دوم). دلیل دیگر آن است که امکان سازش و آشتی در طول عده همچنان وجود داشته باشد (بند سوم). در حالی که بند چهارم، موضوع کاملاً جدیدی را مطرح می‌کند که نه مستقیماً ارتباطی با موضوع عده دارد و نه ارتباط منطقی‌ای میانشان وجود دارد.

بنانهنده یک قاعده و راهنمای عام در حقوق مربوط به نکاح باشد، در حد اشاره‌ای به تعدادی موضوع معین تقلیل داده شده است.

بند چهارم با عبارت «لَهْنٌ» و در نتیجه با اشاره به حق زنان مطلقه شروع می‌شود. در ادامه نیز واژه «عَلَيْهِنَّ» اشاره به حق مرد دارد. بنابراین واضح است که در صورت فهم درست این آیه، باید قائل به وجود حق و حقوق، هم برای زن و هم برای مرد باشیم. در حالی که طبری در تفسیر این آیه هیچ حقی برای زن قائل نشده است. اگر این تفسیر را تصدیق کنیم به این معنی خواهد بود که مرد حق و حقوقی دارد، اما زن فقط وظیفه دارد، که این برداشت با معنای آشکار و بدیهی آیه هماهنگ نیست. از بررسی آیه ۲۲۸ سوره بقره نکات زیر بدست می‌آید:

بند اول وظیفه عده نگاه داشتن به مدت سه پاکی را برای زن مقرر می‌کند. بند دوم، وظیفه دیگری را برای زن بیان می‌کند که به موجب آن، زن نباید حقیقت را درباره بارداری خود از مرد کتمان کند. بند سوم، به مرد این حق را می‌دهد که در صورتی که واقعاً قصد آشتی دارد از طلاق رجوع کند. بند چهارم، اعلام قاعده‌ای عام است مبنی بر اینکه زوجین حقوقی مشابه دارند. بند پنجم، به مرد جایگاهی بالاتر از زن اعطا می‌کند.

از آنچه گفته شد روشن است که سه بند نخست، حاوی تعهدات زن مطلقه و همچنین حقی برای مرد است. تفسیری که طبری ارائه می‌دهد مبنی بر اینکه سه بند اول دربردارنده حقوق متقابل زوجین است و اینکه این سه بند، در ارتباط با بند چهارم هستند، تفسیر درستی نیست و در واقع این آیه به چنین تفسیری راه نمیدهد. به عبارت دیگر، اگر برداشت طبری را تصدیق کنیم که «حقوق» زنان مطلقه [مندرج در بند چهارم]، مستفاد از واژه «لَهْنٌ»، به بند دوم از آیه ارجاع دارد، گویی کل آیه بی معنا و مفهوم می‌شود، زیرا در این صورت باید آیه را این گونه بخوانیم که، حق زنان آن است که «اجازه ندارند حقیقت را درباره بارداری خود پنهان نمایند». بدیهی است که وظیفه زن نمی‌تواند هم‌زمان حق او نیز باشد، و به طریق اولی معنی درست واژه «لَهْنٌ» این نمی‌تواند باشد.

همچنین باید در نظر داشت که معنای این بند [بند چهارم] دو جنبه دارد و تنها یکی از آن دو جنبه، واجد حق و حقوقی برای زوجین است. و همان‌طور که شاهد بودیم در تفسیر طبری این جنبه به نحوی مطرح شده است که گویی زن هیچ حقی ندارد. جنبه دیگر بند چهارم، که مورد توجه طبری نیز قرار گرفته است، مبنی بر متقابل بودن حقوق است. نگاهی دیگر به آیه ۲۲۸ نشان می‌دهد که هیچ دلیل و نشانه‌ای حاکی از متقابل بودن این حقوق وجود ندارد.

بند دوم که زن را از پنهان کردن بارداریاش در دوره عده منع می‌کند، در واقع بیان وظیفه زن مبنی بر اظهار حقیقت است. ادامه آیه نیز مؤید همین نکته است «اگر به خدا و روز قیامت اعتقاد دارند». یعنی این وظیفه زن در مقابل پروردگارش است که حقیقت را بیان کند، نه اینکه این حقیقت‌گویی، حقی از حقوق مرد باشد. این وظیفه برعهده زن است، صرف نظر از اینکه مرد به قصد آشتی، اقدام به رجوع از طلاق می‌کند یا خیر. همچنین حق مرد در رجوع از طلاق به قصد آشتی، که در بند سوم آمده است، در ازای وظیفه زن مبنی بر بیان حقیقت نیست، یعنی رابطه متقابلی میان این دو مساله وجود ندارد. اگر زن حقیقت را بگوید، این مساله وظیفه‌ای برای مرد ایجاد نمی‌کند که از طلاق رجوع کند و بر عکس، اگر زن بارداریاش را مخفی کند هیچ خدشه‌ای به حق مرد برای رجوع از طلاق وارد نمی‌شود.^{۳۰}

۵. تفسیر جایگزین

تنها تفسیر جایگزین برای شرح عبارت «حقوق زنان مطلقه» در آیه ۲۲۸ سوره بقره، این است که بگوییم منظور آن حقوقی است که در بند سوم آمده است. در این صورت باید گفت بند سوم، حقی را برای زن بیان میکند، به این معنا که همسر آن زن فقط در صورتی باید اقدام به رجوع از طلاق نماید که واقعاً قصد آشتی و سازش داشته باشد. اما با نگاهی دوباره به آیه ۲۲۸ سوره بقره، مشکل چنین تفسیری نیز روشن می‌شود. واژه «لهنَّ» نمی‌تواند به عبارت «ان أرادوا إصلاحاً» (اگر قصد سازش داشته باشند) بازگردد؛ زیرا این عبارت، شرطی است که در جمله قبل آن، یعنی بخش آغازین بند سوم، آمده است. این شرط اگر از گزاره‌اش جدا شود به‌طور مستقل هیچ معنایی ندارد، و در نتیجه نمی‌تواند به تنهایی موجب هیچ‌گونه حقی باشد. علاوه بر این، قصد و نیت شخص یک امر کاملاً انتزاعی است و نمی‌تواند موضوع حق برای شخص دیگری باشد.^{۳۱} همچنین نمی‌توان گفت که «لهنَّ» به کل بند سوم برمی‌گردد، زیرا کل بند سوم در اصل در مقام بیان حق انحصاری مرد در رجوع از طلاق است؛ نه اعطای حقی برای زن. بنابراین در کل، واژه «لهنَّ» در آیه ۲۲۸ به حق خاصی برای زن اشاره ندارد. و نمی‌توان بند چهارم آیه را که آشکارا می‌گوید زوجین دارای حقوق مشابه هستند، به چنین تفسیری محدود کرد. استفاده از عبارت «بالمعروف» (به معنی

۳۰. به گفته القرطبی: «اگر مرد به قصد اضرار بخواهد عده زن طولانی‌تر شود یا به قصد اضرار از رها کردن زن از قید زناشویی خودداری کند، همچنان حق رجوع وی معتبر است اگر چه مرتکب گناه شده است.» (تفسیر، جلد ۳، ص ۱۲۳)

۳۱. فخرالدین رازی اشاره می‌کند: «قصد و نیت، امری درونی است که بر ما آشکار نیست. لذا در شریعت، اعتبار رجوع موکول به قصد و نیت مرد نیست. اما هر انسانی در پیشگاه خدا، مسئول قصد و نیت خود است.» (التفسیر، جلد ۵، ص ۱۰۰)

منصفانه، یا مطابق با عرف حاکم) در انتهای بند چهارم نیز این برداشت را تأیید می‌کند که بند چهارم گویای قاعده‌ای عام است و نه تنها ارجاعی به بندهای قبلی آن. این موضوع همچنین مبنی بر این واقعیت است که بندهای دوم و سوم حاوی موضوعاتی هستند که دلالت‌های عرف و انصاف در آنها راه ندارد و نمی‌تواند تغییری در ماهیت آن‌ها ایجاد کند. طبری در مورد عبارت «بالمعروف» در این آیه سکوت کرده است. اما اگر تفسیر وی را مبنی بر آنکه بند چهارم به دو بند پیش از خود باز می‌گردد، بپذیریم، آنگاه عبارت «بالمعروف» نیز باید قابل تسری به بندهای مذکور باشد. این بدان معناست که وظیفه زن مبنی بر بیان حقیقت و [همچنین] وظیفه مرد مبنی بر رجوع با حسن نیت، تابع انصاف و عرف حاکم است. پُر واضح است که وظیفه اظهار حقیقت موکول به چنین شرطی نیست و حق مرد برای رجوع از طلاق هم، ارتباطی با عرف حاکم ندارد.^{۳۲} از طرف دیگر، اگر بپذیریم که بند چهارم گویای یک قاعده کلی است، آن گاه عبارت «بالمعروف» معنای ایجابی پیدا می‌کند. به این معنی که هر یک از دو معنای این عبارت هم که مراد شود، باعث می‌شود که بند چهارم دارای خصوصیات یک قاعده عام گردد. به عبارت دیگر، بند چهارم قاعده‌ای را بنا می‌نهد که جزئیات آن را می‌توان در پرتو عرف حاکم یا رفتار منصفانه یا هر دو تعبیر، شرح داد.

بند پنجم نیز مؤید این است که بند چهارم گویای قاعده‌ای عام است، چرا که بر محتوای عام بند چهارم استثنا وارد میکند: [از این قرار که] به مردان به‌عنوان تأمین‌کنندگان معاش خانواده و پرداخت‌کنندگان نفقه، نسبت به زنان جایگاه بالاتری می‌دهد. صرف نظر از اهمیت امر طلاق و آثار عمیقی که بر زندگی زوجین، فرزندانشان و کل جامعه به جا می‌گذارد، قوانین شریعت مستقر درباره این موضوع کاملاً یک طرفه و نابرابر است. اما این نابرابری را می‌توان با توسل به منابع اصلی شریعت و بازبینی اصول آن در پرتو عبارت قرآنی «بالمعروف» اصلاح نمود، به این معنی که نابرابری‌های موجود را می‌بایست با معیار انصاف و ارزش‌های حاکم بر جامعه سنجید و تعدیل کرد.

۳۲. یحیی بن علی الشوکانی در تفسیر آیه ۲۲۸ سوره بقره معتقد است که مرد باید با در نظر گرفتن عرف رایج در میان سایر مردان و نحوه برخورد آن‌ها با همسرانشان، برای رفاه و سعادت همسرش بکوشد. به همین ترتیب نیز زن باید با در نظر گرفتن رفتار زنان دیگر با شوهرانشان اعم از اطاعت کردن، آراسته بودن، همراهی و ... با همسرانشان رفتار نمایند. (فتح الغدیر إقاهره: مصطفى البابی الحلبي، ۱۳۵۰ هجری)، جلد ۱، ص ۲۱۰. به گفته اکثریت فقها، زن را نمی‌توان مجبور به انجام کارهای منزل مثل تمیز کردن و پخت و پز کرد، این تیمیه می‌گوید در این موارد نیز باید بر طبق عرف و رویه مرسوم حکم کرد. اما رشید رضا، ضمن نقل قول از ابن تیمیه، بر آن است که به دلالت بند چهارم، «عرف تنها زمانی باید در روابط میان زوجین حاکم گردد که با قانون تعارضی نداشته باشد.» (تفسیر، جلد ۲، ص ۳۷۹)

۶. تحولات در قوانین برخی کشورهای مسلمان

علی‌رغم اعلام قانون ۱۹۵۳ سوریه مبنی بر لزوم بازبینی اصول حاکم بر امر طلاق در اسلام، اصلاحات وارده چنان‌هم که انتظار می‌رفت، بلندپروازانه نبوده است. این قانون اساساً در دو جنبه از قانون شریعت در باب طلاق نوآوری کرده است: یکی اینکه، سه طلاقه کردن دیگر به قطع فوری و همیشگی رشته ازدواج منجر نمی‌شود، بلکه مانند یک‌بار طلاق دادن است که مرد در آن حق رجوع دارد. تحول دیگر، آن است که اگر مرد غرض ورزانه و ظالمانه اقدام به طلاق همسرش کند، باید به وی غرامت بپردازد. طبق ماده ۱۱۷ این قانون، اگر دادگاه به این نتیجه برسد که مرد همسرش را بدون دلیل منطقی طلاق داده است و لذا زن از این موضوع متحمل خسارت بزرگی شده است، می‌تواند حکم دهد که مرد، مبلغی را که مقدارش از نفقه یک‌سال زن بیش‌تر نباشد به‌عنوان غرامت به زن بپردازد. این قانون در واقع، عمل به روح آن دسته از قوانین قرآنی است که به مردان امر میکند به زنان مطلقه‌شان به نحوی رسیدگی نمایند (آیه ۲۳۶ سوره بقره) و «یا همسران‌شان را به مهربانی نگاه دارند و یا به نیکی و درستی طلاق دهند» (آیه ۲۲۹ سوره بقره). این آیات، چنان که نوئل کولسون گفته است، «در فقه سنتی صرفاً در حد یک ارزش اخلاقی در نظر گرفته شده است و نه یک اصل قابل اجرای حقوقی».^{۳۳} اما قانونگذار سوریه قدم بسیار بزرگ و چشم‌گیری در این زمینه برداشته است، چراکه «برای نخستین بار با ارائه تفسیری مستقل از اصول قرآنی توانست از تفاسیر سنتی‌ای که سیزده قرن بر رویه حقوقی و قضایی حاکم بودند فاصله بگیرد».^{۳۴}

مقامات حقوقی پاکستان نیز سعی کرده‌اند برداشت جدیدی را از اصول قرآنی حاکم بر امر طلاق ارائه دهند. در پرونده بلقیس فاطیما علیه نجیم الاکرام قرشی^{۳۵}، دادگاه عالی لاهور تفسیر نوینی را از آیه ۳۵ سوره نساء ارائه داد. این آیه درباره نوعی طلاق به نام طلاق خلع است که در آن زن قبول می‌کند با دادن برخی امتیازات مالی به همسرش از قید زوجیت وی رها شود. در قوانین شریعت، خلع قراردادی است که زن هرگز نمی‌تواند آن را یک‌جانبه به اجرا در بیاورد. اما دادگاه لاهور در تفسیرش از این آیه عنوان کرد که طلاق خلع، حق زن است و می‌توان آن را حتی بدون رضایت زوج اجرا کرد.

مبنای تفسیر دادگاه این بود که چون قرآن اجازه داده است باب داوری در این نزاع زناشویی باز شود، در نتیجه، این طلاق از ماهیتی صرفاً شرعی فاصله گرفته است و ماهیتی حقوقی پیدا کرده

۳۳. نوئل جیمز کولسون، تاریخ قانون اسلامی، (ادینبورگ: انتشارات دانشگاه ادینبورگ، ۱۹۶۴)، ص ۲۰۹.

۳۴. همان، ص ۲۱۰.

۳۵. مجموعه کامل تصمیمات حقوقی پاکستان ((۱۹۵۹ P.L.D)، لاهور، ۵۶۶.

است. آیه ۳۵ سورة نساء مقرر می‌کند که «اگر از جدایی و ناسازگاری میان زن و مرد بیم داشتید، پس حکمی از خانواده مرد و حکمی از خانواده زن انتخاب نمایید.» دادگاه، پس از بررسی تفاسیر مختلف این آیه، اعلام کرد که «تنها استنتاج منطقی‌ای که می‌توان از کاربرد واژه حکم در این آیه داشت این است که حکم حق دارد طلاق را میان زوجین جاری نماید».^{۳۶} هم‌چنین دادگاه اعلام کرد که چون مرد دارای اختیار مطلق برای طلاق زنش است غیر منطقی است که به زن حقی مشابه داده نشود، هرچند که این حق منوط به صدور حکم دادگاه است و دادگاه ممکن است از زن بخواهد تا تمام مزایای مالی را که از شوهر دریافت کرده است، بازگرداند.^{۳۷}

با وجود تصویب قانون خانواده در پاکستان در سال ۱۹۶۱، وضعیت طلاق خلع هم‌چنان مبهم باقی ماند. قدم بعدی برای رفع ابهام [در این زمینه] در سال ۱۹۶۷ توسط دیوان عظمی کشور پاکستان برداشته شد، آن هم در پرونده خورشید بی‌بی علیه محمد امین؛^{۳۸} در این پرونده دیوان عظمی پاکستان، نظر دادگاه عالی لاهور را تایید و با ارجاع به آیه‌ای دیگر از قرآن، آن را بیشتر تشریح کرد. با تکیه بر این آیه، دادگاه «در موارد عدم سازگاری، ترک همسر، یا عدم امکان ادامه زندگی مشترک» دخالت کرده و طلاق خلع را اجرا می‌نماید.^{۳۹} طبق این آیه (آیه ۲۲۹ سورة بقره)، «اگر بیم آن را دارید که آن دو [زوجین]، حدود خدا را برپای نمی‌دارند، در آنچه که زن برای آزاد کردن خود فدیة می‌دهد گناهی بر ایشان نیست». دادگاه به استناد این آیه و با بیان اینکه مرجع ضمیر در عبارت «اگر بیم آن دارید» قضات دادگاه هستند، چنین نتیجه گرفت که خداوند به دادگاه این اختیار را داده است که حتی بر خلاف میل مرد، طلاق خلع را اجرا کند و رسمیت بخشد. در واقع این وظیفه قاضی است که تشخیص دهد آیا زوجین می‌توانند حدود الهی را رعایت نمایند یا خیر و آیا «امکان ادامه زندگی مسالمت‌آمیز، چنان که مورد پسند اسلام است، وجود دارد یا خیر».^{۴۰} همین آیات (آیه ۲۲۹ سورة بقره و آیه ۳۵ سورة نساء)، مبنای تغییرات بسیار بنیادینی در قوانین مربوط به طلاق در قانون احوال شخصیه تونس (۱۹۵۷) بوده است. ماده ۳۰ این قانون هر طلاق را که به صورت غیررسمی و غیرقضایی انجام بگیرد، فاقد اعتبار دانسته است؛ خواه طلاق با

۳۶. نقل قول از: آصف بن علی اصغر فیضی، خلاصه قوانین محمدی، نشر چهارم، (دهلی نو، انتشارات آکسفورد، ۱۹۷۴)، ص ۱۷۷.

فیضی به این نکته توجه کرده است که نظر دادگاه بر پایه نظریات فقه مالکی در خصوص اختیار عمل داوران بوده است.

۳۷. جیمز نورمن اندرسون، تحولات حقوقی جهان اسلام (لندن، انتشارات آتلون، ۱۹۷۶)، ص ۸۰.

۳۸. P.L.D. ۱۹۶۷، دیوان عالی، رای شماره ۹۷.

۳۹. اندرسون، تحولات حقوقی، ص ۸۱.

۴۰. دورین هینچلیف، «حقوق اسلامی در ازدواج و طلاق در هند و پاکستان» (پایان نامه دکترا، دانشگاه لندن، دانشکده مطالعات آفریقا و آسیا، ۱۹۷۱) ص ۳۸۷.

رضایت زوجین بوده باشد یا خیر. طبق این ماده «هر طلاق که خارج از دادگاه‌های ذیصلاح انجام گیرد فاقد اعتبار قانونی است.» در حمایت از این نوآوری، فقه‌های تونس و چین استدلال کرده‌اند که هر طلاق به‌طور طبیعی در پی پاره‌ای از اختلافات میان زوجین به وقوع می‌پیوندد، در حالی که در بیش‌تر موارد امکان اینکه یک داور با حل اختلافات باعث تداوم زندگی مشترک آن‌ها گردد، وجود ندارد. بنابراین بدیهی‌ترین راه‌حل برای رفع این معضل، این بود که مقرر شود هیچ طلاق بدون اجازه دادگاه معتبر نیست.^{۴۱} در واقع فقه‌های تونس و چین نتیجه گرفتند که دادگاه، مناسب‌ترین نهاد برای انجام وظیفه داور است و لذا قرآن، دخالت قضایی را در تمام موارد طلاق، اجازه داده است.^{۴۲}

نوآوری‌هایی که متعاقب قانون ۱۹۵۳ سوریه، در کشورهای اسلامی مختلف صورت گرفته است، نیز همگی ضرورت بازنگری در قوانین طلاق در اسلام را به رسمیت شناخته‌اند. در عین حال، فقهای مدرن نشان داده‌اند که [علیرغم اعتقادشان مبنی بر لزوم چنین نوآوری‌هایی،] تمایل دارند برای حفظ میراث اسلامی خود [تا حد امکان] از اصول بنیادین شریعت فاصله نگیرند. به همین دلیل سعی می‌کنند استدلال‌های خود را از دل اصول حقوقی شریعت استخراج نمایند و به‌ویژه به مستندات قرآنی توسل جویند.

گرچه، این نوآوری‌ها جنبه موردی و پراکنده دارند، و هیچ اجماع و اتفاق نظری هم درباره آن‌ها وجود ندارد. دلیل تفاوت اقدامات کشورهای اسلامی در این خصوص، تفاوت در اهدافشان است. مساله این است که آیا مراد از این نوآوری‌ها، دستیابی به حقوقی برابر، برای زن و مرد است یا صرفاً هدف، تعدیل نابرابری‌های بسیاری است که در این موضوع خودنمایی می‌کند. علاوه بر نتایج مورد تردیدی که از رویکرد دوم حاصل می‌شود، ایراد دیگری که می‌توان بر آن وارد کرد این است که [این رویکرد] تا حد زیادی موجب عدم هماهنگی در رویه قضایی و تصمیمات دادگاه‌ها می‌گردد.

با این حال، تحولاتی که اخیراً در قوانین مربوط به طلاق رخ داده است، نشان می‌دهد که قانونگذاران در اقدامات اصلاحی خود سعی دارند واقعیت‌های اجتماعی روز را به نحوی در

۴۱. در واقع این آیه توسط اصلاح طلبان مصری مورد استفاده قرار گرفته بود (قانون شماره ۲۵ از ۱۹۲۹). در این قانون به زن این حق داده شده بود زمانی که مورد خشونت همسرش قرار می‌گیرد و نمی‌تواند آن را اثبات کند، از دادگاه تقاضای جدایی نماید. اما سوالی که در این خصوص مطرح شد این بود که آیا داور یا دادگاه این اختیار را دارد که در صورت به نتیجه نرسیدن روند صلح و سازش، طلاق را جاری کند؟ در مجموع، قانون مصر تنها در مواردی خاص و مصرح دخالت دادگاه را اجازه داده بود. (نگاه کنید به: اندرسون، تحولات حقوقی، ص ۶۰)

۴۲. برای اطلاعات بیش‌تر نگاه کنید به: کولسون، تاریخ قانون اسلامی، صص ۲۱۰ به بعد.

قوانین مربوطه منعکس کنند که با نص یا روح قرآن سازگار باشد. اگر به تفاسیر بسیار متفاوتی که مفسرین دوره‌های مختلف تاریخی از قرآن ارائه داده‌اند توجه کنیم، می‌بینیم که در شکل‌گیری این تفاسیر، نیازهای جامعه با توجه به زمینه‌های اجتماعی و تاریخی متنوع آن در نظر گرفته شده‌اند. تفسیر، به عنوان شاخه‌ای متمایز از علوم اسلامی، باید همزمان دو ویژگی را داشته باشد: لزوم استمرار و تداوم فهم ما از قرآن و ضرورت انعطاف‌پذیری فهم ما از آن. اصولاً یکی از اجزاء جدایی‌ناپذیر اعتقادات هر مسلمانی این است که آموزه‌های قرآن، فرازمانی هستند و برای تمام دوره و زمان‌ها نازل شده‌اند. با این حال، جمع میان دو ویژگی جاودانگی و انعطاف پذیر بودن تفسیر، باید با حدود و ثغوری همراه باشد. در مواجهه با ارزش‌هایی که تعارض میان آن‌ها، آشکارا به ناهماهنگی و عدم تعادل منجر می‌شود، چه بسا نیاز به تغییر [و انعطاف‌پذیری]، از اولویت بالاتری برخوردار باشد. اختلافی که میان فقهای سنتی و مدرن، درباره تفسیر آیه ۲۲۸ سوره بقره وجود دارد، صرفاً به خاطر نگاه تساوی‌گرایانه‌تر و آزاد اندیشانه‌تر فقهای مدرن نیست؛ بلکه [حاکمی از] تلاش آنهاست در راستای جبران اشتباه آشکاری که در تفسیرهای قدیمی از این آیه صورت گرفته است.

مفسرین قدیمی، اصولاً جنبه تساوی‌گرایانه قرآن را در رابطه با مقوله طلاق نادیده گرفته‌اند. دلیل غفلت آنان، این است که آموزه‌های قرآن را در این زمینه صرفاً بیان ارزش‌های اخلاقی تلقی کرده‌اند؛ [و نه بیشتر]. لذا منطق حاکم بر این آموزه‌ها را در وضع احکام دینی از نظر انداخته‌اند. در نقد نواب بر علمای سنتی، چنین آمده است: «محققین و اندیشمندان اسلامی، غالباً از حق خود برای نقد و مورد سوال قرار دادن نظر فقهای متقدم استفاده نکرده‌اند و به تکرار آنچه از قدیم گفته شده است، بسنده نموده‌اند.»^{۴۳} امروزه، چالشی که جوامع مسلمان با آن روبرو هستند، این است که میان رویه‌های سنتی با مشکلات و مسائل جامعه امروز، پیوند بزنند. در این امر خطیر، جامعه باید آماده باشد که رویه‌ها و سنت‌های قدیمی را رها کند، و به دنبال راه‌حل‌های جدیدی که اسلام می‌تواند برای مسائل روز ارائه دهد، باشد.

۴۳. اسماعیل نواب، «تفکرات، اندیشه‌هایی در باب نقش اسلامیت‌ها و مطالبات آموزشی-فرهنگی آنها» در: خورشید احمد و ظفر اسحاق انصاری، ویراستارها، چشم‌اندازهای اسلامی، ص ۵۰.

۷. نتیجه‌گیری

در ارتباط با حق زوجین در طلاق، هیچ دلیل و مدرک قانع کننده‌ای برای تفاسیر سنتی‌ای که تاکنون از قرآن صورت گرفته است، و از گذشتگان به دست ما رسیده است، وجود ندارد. به نظر می‌رسد علما تا حد بسیار زیادی به بیان مجدد عقاید رایج در زمانه خود و سنت‌های قدیمی اکتفا کرده‌اند. در حالی که در سال‌های اخیر، نئو اجتهاد^{۴۴} [قرائت‌های اجتهادی نوین] صورت گرفته توسط برخی فقه‌های مسلمان و قانونگذاران، نشان داده است که ظرفیت بالقوه قابل توجهی برای تحولات بنیادین در قوانین مربوط به زناشویی در شریعت وجود دارد. تمام این تحولات به یمن رجوع فقه‌ها به منابع اصلی قانون در اسلام میسر شده است. از این رو می‌توان امیدوار بود که تحولاتی در میراث حقوقی اسلام در حال شکل‌گیری است که ثمره آن، حقوق برابر زن و مرد در امر طلاق خواهد بود. حقوق خانواده در اسلام، همیشه هسته اصلی شریعت و ستون روابط اجتماعی بوده است. بنابراین اقداماتی که در قرن حاضر برای تحول در شریعت صورت گرفته است نیز عمدتاً بر موضوع حقوق خانواده متمرکز شده‌اند، که خود می‌تواند آزمونی باشد برای محک زدن ظرفیت شریعت اسلامی در هماهنگ شدن با تغییرات و تحولات اجتماعی. حقوق اسلامی باید هم‌پای نیازهای جامعه اسلامی پیش برود تا بتواند پاسخگوی مشکلات جامعه باشد و رسیدن به این هدف، بسیار با ارزش‌تر و پرمعناتر از این است که صرفاً در پی تبعیت مطلق و بی چون و چرا از فقها و علمای پیشین باشیم.

۴۴. این اصطلاح توسط نونل جیمز کولسون در کتاب "تاریخ قانون اسلامی" به کار گرفته شده. عنوان بخش ۱۴ کتاب "نئو اجتهاد" است.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان

نویسنده محمد یحیی بلاغت

چکیده:

فساد اداری در پهلوی ناامنی و بیکاری، یکی از سه مشکل اساسی در افغانستان شمرده شده است. بر اساس ارزیابی نهادهای بین‌المللی و داخلی، دولت افغانستان یکی از فاسدترین دولت‌های جهان شمرده شده است. معطوف به این واقعیت و در راستای مبارزه با فساد اداری و پیش‌گیری از آن در افغانستان، اقدامات متعدد تقنینی، قضایی و اجرایی اتخاذ شده و در دست اجرا است. با توجه به اینکه پیش‌گیری از فساد اداری نسبت به اقدامات واکنشی اولویت دارد، برنامه‌های متعدد پیش‌گیرانه از فساد اداری نیز صورت گرفته است. از جمله اقدامات که نقش پیش‌گیرانه از فساد اداری دارد، شفافیت می‌باشد، و شفافیت با دسترسی به اطلاعات و فعالیت رسانه‌های آزاد، مستقل و حرفه‌ای محقق می‌شود. اقدامات دولت افغانستان در عرصه‌های دسترسی به اطلاعات و گسترش آزادی بیان و فعالیت رسانه‌های آزاد، مستقل و حرفه‌ای و ایجاد شفافیت و در نتیجه جلوگیری از فساد اداری در این تحقیق بررسی شده است.

با وجود اقدامات تقنینی و اجرایی که در افغانستان معطوف به دسترسی شهروندان به اطلاعات از نهادهای عمومی و هم‌چنین گسترش و نهادینه شدن آزادی بیان به منظور پیش‌گیری از فساد اداری انجام شده است، اما این اقدامات نتیجه ملموسی در جهت کاهش فساد اداری نداشته است و می‌توان گفت که ناکام بوده است. علت این ناکامی اولاً ریشه در عوامل عام‌تر، اساسی‌تر و فراتر از بحث شفافیت و پیش‌گیری از فساد اداری دارد و ثانیاً مقررات قانونی و سیستم اجرایی دسترسی به اطلاعات و فعالیت رسانه‌ها در افغانستان نیز نواقص و آسیب‌هایی دارد که این ناکامی را تشدید نموده است. برای رفع این نواقص راهکارهایی وجود دارد و پیشنهاد شده است که می‌تواند در جهت موفقیت دولت افغانستان در مبارزه با فساد اداری و پیش‌گیری از آن مفید باشد.

مقدمه

فساد اداری و مبارزه با آن در فراز و نشیب تاریخ افغانستان، همانند سایر کشورها کم و بیش وجود داشته، اما پس از سقوط طالبان و تشکیل حکومت مردم سالار، فساد اداری موازی با رشد ساختارهای حکومتی و سرازیر شدن کمک کشورهای خارجی به افغانستان، به پیمانه ای بی سابقه گسترش یافته است. بر اساس سروی و گزارش نهادهای بین المللی و داخلی، دولت افغانستان یکی از فاسدترین دولت های جهان شمرده می شود. سازمان شفافیت بین الملل^۱ در گزارش سال های ۱۳۹۱-۱۳۹۴ {۲۰۱۲-۲۰۱۵} خود از شاخص ادراک فساد اداری در جهان، افغانستان را جزء فاسدترین کشورهای جهان شمرده و با رتبه های دو و سه افغانستان را در کنار سومالیا و کوریای شمالی جزء یکی از سه کشور فاسد دنیا اعلام نموده است. بر اساس گزارش شفافیت بین الملل، دولت افغانستان در سال های ۱۳۹۱-۱۳۹۴ {۲۰۱۲-۲۰۱۵} به ترتیب ۸، ۸، ۱۲، و ۱۱ نمره از ۱۰۰ نمره اخذ نموده است. هرچند در گزارش سال ۱۳۹۵ {۲۰۱۶} رتبه افغانستان بهبود یافته است و با نمره ۱۵ در رتبه ۱۶۹ از مجموع ۱۷۶ کشور مورد ارزیابی قرار گرفته است^۲، اما افغانستان هنوز هم بر اساس ارزیابی این نهاد از فاسدترین کشورهای جهان بشمار می رود.^۳ همچنین موسسه آسیا فونديشن^۴ و اداره سیگار^۵ که در زمینه فساد اداری در افغانستان

۱. سازمان شفافیت بین الملل (Transparency International) از سال ۱۳۸۶ {۲۰۰۷} در گزارش سالانه خود از شاخص ادراک فساد اداری در جهان رتبه افغانستان را نیز درج نموده است. در این گزارشها افغانستان همیشه جزء فاسدترین دولت های جهان شمرده شده است.

۲. به نظر می رسد که معیار رتبه بندی افغانستان در سال ۱۳۹۵ {۲۰۱۶}، براساس چارچوبهای قانونی، نهادهای رسیدگی کننده و در کل اقدامات اغلب ساختاری ضد فساد در افغانستان بوده است، نه کاهش عملی و واقعی فساد اداری در افغانستان در این سال. الهام محمد هماهنگ کننده سازمان شفافیت بین المللی در امور آسیای جنوبی، دلیل بهبود نمره و رتبه افغانستان در سال ۱۳۹۵ {۲۰۱۶} را اقدامات مهم دولت افغانستان در مبارزه با فساد دانست. به گفته ایشان این اقدامات عبارت است از ایجاد مرکز عدلی و قضایی مبارزه با فساد اداری، تاسیس شورای عالی حاکمیت قانون و مبارزه با فساد اداری، تقویت و گسترش روند ثبت و نشر داراییهای مقامات ارشد، صرفه جویی حدود ۲۵۰ میلیون دلار در نتیجه نظارت بر قراردادهای بزرگ از سوی کمیسیون تدارکات ملی و اخذ عضویت در سازمان مشارکت حاکمیت باز. هرچند سرویها و گزارشهایی از افزایش رشوت پرداخت شده توسط مردم افغانستان در سال ۱۳۹۵ {۲۰۱۶} نیز وجود دارد. (بی بی سی فارسی، صفحه افغانستان، ۱۸ قوس ۱۳۹۵ {۸ دسامبر ۲۰۱۶}، دسترسی شده در ۱۳ دلو ۱۳۹۵. ۱) (فبروری ۲۰۱۷). بنابر این هنوز شاید خیلی زود باشد که از تاثیر عملی اقدامات ضد فساد در افغانستان ارزیابی واقع بینانه ای داشت و در عمل شاهد کاهش فساد بود.

بر اساس گزارش سال ۱۳۹۶ {۲۰۱۷} شفافیت بین الملل، افغانستان مجددا در رتبه چهارم شاخص ادراک فساد در جهان سقوط نموده است. این گزارش بیانگر غیر واقعی بودن گزارش سال قبل این سازمان می باشد.

3. www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016.

۴. آسیا فونديشن (Asia Foundation) یک نهاد غیر انتفاعی بین المللی است که در کشورهای در حال رشد آسیا به منظور ارتقای سطح زندگی آنها فعالیت دارد. برای اطلاعات بیشتر به وب سایت آن مراجعه شود www.siafoundation.org

۵. اداره سیگار (SIGAR) مخفف Special Inspector General for Afghanistan Reconstruction است. کنگره ایالات متحده آمریکا در ۲۰۰۸، این اداره را برای نظارت بر نحوه مصرف کمکهای آمریکا به افغانستان که در مجموع بالغ بر ۱۱۳ میلیارد دالری می شود، تاسیس نمود. این اداره در گزارشهای که بصورت مرتب چند ماهه به کنگره آمریکا ارائه نموده است، از حیث و میل گسترده این کمکها

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۰۹

ارزیابی و فعالیت دارند نیز از گسترده و فراگیر بودن فساد اداری در افغانستان گزارش داده‌اند.^۶ بنیاد آسیا (آسیا فوندیشن) در گزارش ۱۳۹۵ {۲۰۱۶} خود از افغانستان، بر خلاف ارزیابی سازمان شفافیت بین‌الملل، از افزایش فساد اداری در افغانستان در سال ۱۳۹۵ نسبت به سال ۱۳۹۴ {۲۰۱۶-۲۰۱۵} از نظر مردم افغانستان گزارش داده است.^۷

در بعد داخلی نیز سروی و ارزیابی‌های که توسط دیدبان شفافیت افغانستان^۸ صورت گرفته است؛ حاکی از فساد گسترده در کشور می‌باشد.^۹

مقامات بلند رتبه دولتی مانند رئیس‌جمهور،^{۱۰} وزراء، نمایندگان پارلمان و سایر مقامات نیز به گسترده و سیستماتیک بودن فساد در حکومت افغانستان اعتراف نموده‌اند. به گفته رئیس‌جمهور افغانستان محمد اشرف غنی «با هر معیاری که سنجش شود، افغانستان یکی از فاسدترین دولت‌های روی زمین است. پنجاه سال جنگ تقریباً مستمر، کنترل اجتماعی و نهادی را از بین برده است. سرازیر شدن پول هنگفت به کشور بعد از سقوط طالبان در ۱۳۸۰ {۲۰۰۱} که به منظور بازسازی کشور بود، سیستم حسابداری کشور را بیشتر از پیش متلاشی نمود و کاهش داد.»^{۱۱}

عامه مردم نیز از شیوع فساد اداری شکایت داشته و آن در زندگی روزمره خود لمس نموده‌اند. جنگ و نا امنی، تولید و قاچاق مواد مخدر، ضعف ساختاری، فقدان ظرفیت نیروی انسانی، قومی شدن سیاست و در عین حال سرازیر شدن کمک‌های هنگفت بین‌المللی نه تنها سبب افزایش و نهادینه شدن فساد اداری سیستماتیک و کلان در افغانستان در دوره پسا طالبان شده است، بلکه فرهنگ فساد را نیز در افغانستان حاکم نموده است.

نه تنها گسترده بودن فساد در افغانستان معضل اساسی است، بلکه فساد از نوع کلان و در

در نتیجه فساد را گزارش داده‌اند. برای اطلاعات بیشتر به وب سایت آن مراجعه شود. www.sigar.mil

۶. به گزارشهای متعددی که در وب سایت رسمی این اداره قرار گرفته است مراجعه شود.

7. Asia Foundation, A survey of the Afghan people, Afghanistan in 2016, p 6 .

۸. دیدبان شفافیت افغانستان (Integrity Watch Afghanistan)

۹. دیدبان شفافیت افغانستان چهار گزارش ملی ۱۳۸۸، ۱۳۹۰، ۱۳۹۲ و ۱۳۹۴ {۲۰۱۰-۲۰۱۲-۲۰۱۴ و ۲۰۱۶}؛ و چندین تحقیق سکتوری تاکنون منتشر نموده است. در این گزارشها و تحقیقات فساد اداری فراگیر و گسترده مشاهده می‌شود.

۱۰. در تاریخ ۱۶ ثور ۱۳۹۵ در کنفرانس مشترک افغانستان و اتحادیه اروپا در مورد فساد اداری، گسترده بودن فساد اداری در افغانستان را مایه شرم ملی دانست. بنگرید به www.khama.com/persian/archive/36718

۱۱. غنی، محمد اشرف، بیرون راندن فساد از تدارکات ملی، (نشریه پالیسی دولت بریتانیا علیه فساد، مجموعه مقالات، ۲۳ ثور ۱۳۹۵ {۱۲ می ۲۰۱۶})، <<https://www.gov.uk/government/publications/against-corruption-a-collection-of-essays#president-ashraf-ghani-driving-corruption-out-of-procurement>>.

دسترسی شده در تاریخ ۱۳۹۶/۴/۱.

سطوح بالای مدیریتی و با دخالت و مشارکت نیروها و مقامات خارجی مشکل را پیچیده تر نموده است. فساد در قراردادهای بزرگ و با مبالغ هنگفت، معضل اساسی دولت افغانستان است. همچنین در بخش خدماتی امروزه فساد سبب بوجود آمدن اصطلاحاتی مانند مدارس خیالی، متعلم خیالی و سرباز خیالی شده است. در سال ۱۳۹۳ { ۲۰۱۴ } فساد در برگزاری انتخابات، کشور را به بحرانی سوق داد که اگر با مداخله آمریکا به مصالحه و تشکیل حکومت وحدت ملی نمی انجامید، عواقب غیر قابل پیش بینی داشت.

معطوف به چنین معضل ملی است که پیش گیری از فساد و مبارزه با آن اولویت اساسی دولت افغانستان و مورد تاکید دولت های خارجی و نهادهای بین المللی کمک کننده به افغانستان است. رئیس جمهور افغانستان مبارزه با فساد اداری را یکی از اولویت های مهم دولت افغانستان اعلام نموده و سال ۱۳۹۵ { ۲۰۱۶ } را سال جهاد با فساد اداری اعلام نموده است. بنابر این مبارزه با فساد اداری و کاهش آن نه یک انتخاب، که ضرورت حتمی افغانستان می باشد و دولت های کمک کننده به افغانستان و هم چنین نهادهای بین المللی نیز مبارزه با فساد اداری و کاهش آن را از دولت افغانستان درخواست نموده و شرط دوام همکاری و کمک را نیز مبارزه با فساد اداری و کاهش آن در افغانستان اعلام نموده اند.

در راستای این ضرورت و الزام، در افغانستان اقداماتی صورت گرفته و در دست انجام است که هدف آن مبارزه با فساد اداری و پیش گیری از آن است. از جمله مهم ترین این اقدامات افزایش شفافیت از طریق دسترسی شهروندان به اطلاعات و فعالیت رسانه های آزاد و مستقل و روزنامه نگاری تحقیقی است. موثریت اقدام دولت افغانستان در ایجاد شفافیت و پیش گیری از فساد اداری و چالش ها و نواقصی که سبب کاهش اثر اقدامات دولت افغانستان در مبارزه با فساد اداری شده است، موضوع این نوشته می باشد.

فساد اداری، بخصوص فساد سیستماتیک و مقامات بلند رتبه «فساد کلان» عوارض و آثار متعدد و زیان بار، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی دارد. فساد اداری، ضمن کاهش اعتبار دولت در خارج از مرزها، عدالت اجتماعی را در جامعه تضعیف نموده و سبب توزیع نابرابر ثروت، امکانات و فرصت ها می شود، و در نتیجه مشروعیت دولت را نزد شهروندان کاهش داده و حمایت و پشتیبانی مردمی از دولت و پلان های آن را سست می سازد.

« از آنجا که اعتماد مردم به حاکمان از اصلی ترین سرمایه های سیاسی حکومت هاست، چنانچه حاکمان نتوانند سلامت خود را نزد مردم اثبات کنند و از سوی آن ها اشخاص فاسدی

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۱۱

به‌شمار آیند، نمی‌توانند قدرت سیاسی خود را برای مدت طولانی حفظ کنند.»^{۱۲}

بنابر این خوره فساد اداری، پایه‌های ثبات سیاسی را خورده و متزلزل می‌سازد.

«فساد هرچی باشد، انحراف از مسیر سلامت و جریان طبیعی امور است. در واقع انحراف از روال طبیعی و سالم جریان توسعه است. فساد تیشه بر ریشه صنعت و تجارت است. زیرا باعث فلج شدن رقابت و سرمایه‌گذاری در بازار شده و منابع را به سمت گروه و هدف خاص سوق می‌دهد. فساد موجب افزایش فقر و تبعیض و از بین رفتن عدالت اجتماعی در جامعه می‌شود؛ زیرا تنها این ثروتمندان هستند که به راحتی از عهده پرداخت رشوه‌های کلان و پی در پی، بر می‌آیند. فساد در عرصه سیاست نیز انحراف از ارزش‌های عقلانی - قانونی و اصول حکومت‌رانی خوب است. انحصارگرایی که از خصایص بازار نظام‌های دیکتاتوری است، غالباً با فساد همراه است. زیرا در این گونه نظام‌ها علاوه بر آن که از قدرت و موقعیت شغلی در راستای منافع شخصی استفاده می‌شود و آن را در واقع ملک خود می‌داند، مسئولیت و تعهد جدی نیز در مقابل عملکرد خود، احساس نمی‌شود.»^{۱۳}

فساد اداری در افغانستان در کنار ناامنی و بیکاری، یکی از سه معضل کلان و عمده ملی شمره شده است^{۱۴} که هریک باعث پایداری و تقویت یکدیگر شده است. بیکاری و فساد اداری از مهم‌ترین عوامل گسترش و دوام ناامنی در افغانستان شمرده شده است و ناامنی نیز بیکاری را افزایش داده و سبب شیوع و گسترش فساد اداری شده است. ناامنی و فساد اداری در افغانستان نه تنها عمده‌ترین مانع سرمایه‌گذاری خارجی به شمار می‌رود، بلکه سبب فرار سرمایه از داخل افغانستان نیز شده است^{۱۵}. پیامد عدم سرمایه‌گذاری خارجی و فرار سرمایه‌های ملی بصورت طبیعی موجب کاهش فرصت‌های کاری و کار آفرینی شده است. «فساد موثریت سیاست‌های صنعتی و تولیدی را کاهش داده، اقتصاد غیر رسمی و زیر زمینی را تشویق نموده و سبب سرپیچی از مقررات مالی و نظامات مربوطه می‌شود»^{۱۶} فساد با کاهش انگیزه در تولیدکنندگان رقابت در بازار را متزلزل نموده مانع سرمایه‌گذاری و خلاقیت می‌شود.

۱۲. بهره‌مند بگ نظر، حمید، سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال فساد و مطالعه تطبیقی آن با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، (رساله دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۸۹)، ص ۲.

۱۳. داد خدایی، لیلا، فساد مالی - اداری و سیاست جنایی مقابله با آن، (تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰)، ص ۱۳.

۱۴. گزارشهای ۱۳۸۸، ۱۳۹۰ و ۱۳۹۲ { ۲۰۱۰ - ۲۰۱۲ و ۲۰۱۴ } دیدبان شفافیت افغانستان.

۱۵. به گزارش بی بی سی، اداره عمومی ثبت ملکیت ترکیه گزارش می‌دهد که در ماه قوس ۱۳۹۵ { جنوری سال ۲۰۱۷ } درخزید ملکیت در ترکیه توسط اتباع خارجی در جایگاه چهارم قرار دارد و بر اساس گزارشهای رسمی در سال‌های اخیر سالانه بیش از سه میلیارد دلار از افغانستان خارج شده است. www.bbc.com/persian/afghanistan.39220266.

16. Ackerman, Susan Rose, Corruption and Government, Cambridge University press, 1999, (P2).

« فساد مالی و فعالیت‌های مجرمانه یکی از موانع اصلی بر سر راه امنیت اقتصادی، ایجاد شفافیت مالی و حاکمیت قانون است که زمینه فعالیت‌های تبهکارانه را گسترش و فعالیت‌های سازنده اقتصادی را کاهش می‌دهد.»^{۱۷}

۱ - اهمیت پیش‌گیری از فساد اداری

سیاست جنایی مجموعه اقدامات و شیوه‌هایی است که هیات اجتماع با توسل به آن‌ها پاسخ‌های به پدیده مجرمانه را سازمان می‌بخشد و شامل اقدامات پیش‌گیرانه و واکنشی است.^{۱۸} پیش‌گیری در ادبیات جرم‌شناختی دارای دو کاربرد موسع و مضیق است. پیش‌گیری از جرم به معنای موسع آن عبارت از مجموعه اقدامات کنشی - غیر سرکوبگر و واکنشی - سرکوبگر در برابر جرم به منظور پیش‌گیری از وقوع آن می‌باشد و پیش‌گیری به معنای مضیق آن تنها شامل تدابیر کنشی و غیر جزایی می‌باشد.^{۱۹} در این تحقیق پیش‌گیری به مفهوم مضیق آن است و عبارت از «اقدام‌هایی است که جنبه کنشی داشته و با ماهیت غیر قهر آمیز یا در مقام سالم سازی جامعه یا برای رفع بحران‌های جرم‌زا و یا برای به هم زدن اوضاع و احوال ماقبل بزهکاری {جرم} اتخاذ می‌شوند.»^{۲۰} تدابیر پیش‌گیرانه در سیاست جنایی یک اصل است و ضمن اهمیت و موثریت بیشتری که نسبت به اقدامات واکنشی و سرکوبگر دارد، کم هزینه‌تر و آسان‌تر نیز می‌باشد.

«ایده» پیش‌گیری بهتر از سرکوب است»، با الهام از اصل راهبردی و جرم‌شناختی «پیش‌گیری بهتر از درمان و اصلاح است» به عنوان یک اصل راهبردی در مبارزه با جرم و کنترل بزهکاری {جرم} در دهه‌های اخیر مورد توجه متولیان سیاست جنایی قرار گرفته است. اقدام‌های غیر قهر آمیزی که دارای ماهیت اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، وضعی^{۲۱} و . بوده و به منظور جامعه‌پذیر و قانون‌گرا کردن افراد و یا حفاظت از آماج‌های جرم اعمال می‌شوند، در نهایت به اجتناب از مداخله نظام عدالت کیفری منجر شده و توسل به اقدام‌های سرکوبگر را که هزینه‌های

۱۷. احمدی، علی اکبر و همایونی، غلامحسین و عسگری ده آبادی، حمید رضا، فساد اداری و مالی در سازمانهای امروزی، (تهران، نشر فوران، ۱۳۹۴)، ص ۳۳.

۱۸. مرتی، دلماس، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی (تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی) ص ۵۹.

۱۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، پیشگیری عادلانه از جرم، (علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری، نشر سمت، ۱۳۸۳)، ص ۵۶۰.

۲۰. همان، ص ۵۶۰.

۲۱. پیشگیری وضعی به اقداماتی گفته می‌شود که در آن توان انجام جرم از فردی که انگیزه کافی برای ارتکاب جرم را دارد سلب می‌شود. و اغلب با استفاده از تکنولوژی اماج جرم مورد حمایت قرار می‌گیرد. در کنار آن پیشگیری اجتماعی از جرم است که با برنامه‌های فرهنگی و اجتماعی سعی در انصراف فرد از ارتکاب جرم می‌شود و انگیزه شخص را برای انجام جرم از بین می‌برد.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۱۳

مالی و انسانی قابل توجهی برای دولت، بزه‌کاران { مجرمین } و خانواده‌های آنان دارند، منتفی خواهند کرد.^{۲۲}

بخصوص در مقوله فساد اداری پیش‌گیری اهمیت بیش‌تری نسبت به اقدامات واکنشی دارد و پیامدهای اقدامات واکنشی برای نظام اداری کشور هزینه‌های بیش‌تری دارد. پیش‌گیری از فساد اداری مورد توجه جامعه جهانی در تنظیم کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب ۱۳۸۱ { ۲۰۰۳ } نیز بوده و بر همین اساس بر پیش‌گیری از فساد اداری توجه شده و با تأکید بر اقدامات و تدابیر پیش‌گیرانه یک فصل این کنوانسیون به پیش‌گیری از فساد اختصاص داده شده است و دولت‌های عضو نیز باید تدابیر پیش‌گیرانه را در اولویت برنامه‌های مبارزه با فساد قرار دهند.^{۲۳}

۲- شفافیت و پیش‌گیری از فساد اداری در افغانستان

« فساد، همانند سایر جرایم، در فضایی رشد می‌کند که فرصت‌هایی برای مداخله در رفتارهای نامشروع، انگیزه‌هایی برای سود بردن از این فرصت‌ها و نظارت اجتماعی ضعیفی را ایجاد می‌کند. پیش‌گیری از فساد در فضاهایی مؤثرتر است که این فرصت‌ها را به حد اقل می‌رساند، سلامت را تشویق می‌کند، شفاف‌سازی را ممکن می‌سازد، از رهنمودهای هنجاری مشروع بهره‌مند است و تلاش‌های بخش عمومی، خصوصی و جامعه مدنی را بایکدیگر تجمیع { هماهنگ } می‌کند.^{۲۴} »

سیستم سیاسی - اداری غیر شفاف که در آن تصمیم‌گیری و عمل در محافل حفاظت شده و دور از آگاهی و اطلاع مردم صورت می‌گیرد، زمینه مناسب و آماده ای برای شکل‌گیری و رشد فساد اداری است. ایجاد شفافیت در نظام سیاسی - اداری کشورها یکی از مهم‌ترین عوامل کاهش فساد اداری و پیش‌گیری از تکوین این جرم بوده است. موفقیت در شفاف‌سازی بستر مناسبی را برای موفقیت برنامه ضد فساد در کشورها مهیا می‌سازد. در افغانستان پس از ۱۱ سپتامبر، و بخصوص بعد از گسترش فساد و درک ضرورت مبارزه با آن، اقدامات خاص و ویژه ای برای ایجاد و گسترش شفافیت صورت گرفته است. تأثیر این اقدامات، کاستی‌ها و نواقص که در شفاف‌سازی در افغانستان وجود دارد نیازمند واکاوی و بررسی است تا با رفع خلاءها و ترمیم

۲۲. همان، ص ۵۶۹.

۲۳. فصل دوم کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد اداری (U.N.C.A.C.).

۲۴. دفتر مبارزه با مواد مخدر سازمان ملل متحد، رهنمودهای تقنینی جهت اجرای کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، (ترجمه حمید بهره‌مند نظر، تهران: مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۷)، ص ۲۷.

آسیب‌ها و کاستی‌های شفاف‌سازی در افغانستان، پیشگیری از فساد اداری موفقیت برنامه‌های مبارزه با فساد در افغانستان افزایش یابد.

شفافیت^{۲۵}

شفافیت به معنای آشکار بودن و در معرض دید بودن است. یعنی افشا و در دسترس قرار دادن اطلاعات اداره عامه در خصوص تصمیمات، اجرا و چگونگی اجرای تصمیمات مربوط به عموم است. یعنی حکومت و ادارات عامه باید اطلاعات را در خصوص اینکه چی تصمیماتی، بر اساس کدام معیارها و چگونه اتخاذ شده و در اجرا به چی شکلی اجرا می‌شود را در اختیار و دسترس عموم مردم قرار دهد.

شفافیت در اداره عامه و امور اداری نقش و اهمیت اساسی در پیشگیری از فساد اداری دارد. «نظام‌هایی که شفافیت کارآمدی دارند کم‌تر از نظام‌هایی که در نهان فعالیت می‌کنند، در معرض فساد قرار می‌گیرند. شفافیت زاینده عناصری چون سیاست‌های دسترسی به اطلاعات و فعالیت رسانه‌ای سالم مستقل است. رسانه {های} آزاد، نه فقط برای افشای فساد و پاسخ‌گو کردن کسانی که به لحاظ حقوقی و سیاسی مسئولیت دارند، بلکه برای آموزش عموم و القای تدریجی انتظار بالای سلامت ابزار قدرتمندی است.»^{۲۶}

شفافیت به عنوان یک ابزار در راستای سلامت نظام اداری و پاسخگو نمودن مقامات و مدیران نقش برجسته‌ای در مبارزه با فساد اداری و پیش‌گیری از آن دارد. اطلاع شهروندان از پالیسی‌ها و روند پالیسی‌سازی و اجرای آن، قدرت مردم را در ارزیابی اعمال حکومت و حاکمان افزایش داده و زمینه را برای سوء استفاده از صلاحیت‌های وظیفوی مقامات می‌کاهد.

در افغانستان، برای ایجاد و گسترش شفافیت هم در عرصه دسترسی شهروندان به اطلاعات توجه شده و هم در عرصه فعالیت‌های رسانه‌ای قانونگذار توجه نموده است. در همین راستا نیز قانون دسترسی به اطلاعات و قانون رسانه‌های همگانی تصویب شده است. موفقیت این قوانین در ایجاد نظام شفاف اداری، کاستی‌ها و نواقص آن و در نتیجه نقش آن در پیش‌گیری از فساد در ذیل بررسی می‌شود.

25. Transparency.

۲۶. لانگست، پیتر، و دیگران، برنامه‌های جهانی مبارزه با فساد، (ترجمه امیرحسین جلالی فر و حمید بهرمند بگ نظر، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۷)، ص ۲۷.

۱- ۲ حق دسترسی به اطلاعات در افغانستان

در حکومت دموکراتیک و مردم سالار، دسترسی به اطلاعات مربوط به امور عامه جزء حقوق شهروندی شمرده می‌شود. بر اساس این اصل که دولت خدمت‌گزار مردم است و مشروعیت خود را از رأی و نظر مردم کسب می‌کند، نیازمند ساز و کار لازم و مفید برای تشخیص خدمت از خیانت و گزینش درست توسط مردم می‌باشد. از این جهت ابزاری تحت عنوان حق دسترسی به اطلاعات در نظام‌های مردم سالار ایجاد گردیده است و دولت‌ها تمام سعی و کوشش خود را باید به خرج دهند تا پالیسی‌ها و اجراءات خود را به سمع و نظر مردم برسانند. حق بر انتخاب شدن و انتخاب نمودن و اصل دولت خدمت‌گذار که یکی از بنیادهای دموکراسی است، بدون به رسمیت شناختن و در عمل تطبیق و اجرای حق دسترسی به اطلاعات مفهوم واقعی خود را از دست می‌دهد. بنابراین دسترسی به اطلاعات نقش اساسی در شفافیت سازی دارد و نقش نظارتی مردم را در جلوگیری از فساد غنامند می‌سازد. حق دسترسی به اطلاعات در افغانستان متأثر از بی ثباتی سیاسی بوده و یک مقوله کاملاً جدید می‌باشد.

« برخلاف بسیاری از کشورها، افغانستان برای تقریباً ۴۰ سال به‌طور پیوسته در وضعیت جنگی قرار داشته و از نظر سیاسی زیاد باثبات نمی‌باشد. در این کشور فساد و خشونت گسترده وجود دارد و در حال حاضر دارای سیستم سیاسی و قضایی ضعیفی می‌باشد،»^{۲۷}

به دلیل همین شرایط است که حق دسترسی به اطلاعات در افغانستان و تصویب قانون مربوط به آن یک مسئله جدید و متأخر می‌باشد.

سابقه افغانستان در دسترسی به اطلاعات و شناسایی آن به عنوان یک حق به تشکیل دولت بعد از سقوط طالبان برمی‌گردد و قبل از آن حق دسترسی به اطلاعات مورد توجه نبوده است. باوجود این در افغانستان پسا طالبان مبنای قانونی مناسبی برای دسترسی به اطلاعات و ایجاد شفافیت امور عمومی وجود دارد. در بند ۳ ماده پنجاه قانون اساسی افغانستان بیان شده است که « اتباع افغانستان حق دسترسی به اطلاعات از ادارات دولتی را در حدود احکام قانون دارا می‌باشند. این حق جز صدمه به حقوق دیگران و امنیت عامه، محدودی ندارد» این فقره از ماده ۵۰ در ادامه تعهد و وظیفه دولت در جهت ایجاد اداره سالم و اصلاحات در سیستم اداری کشور بیان شده است که خود بیانگر نقش آن در اصلاحات اداری می‌باشد.

باوجود تأکیدی که قانون اساسی افغانستان بر دسترسی شهروندان به اطلاعات از ادارات

دولتی دارد و آن را به عنوان یک حق شهروندی به رسمیت شناخته است، اما با تأخیر چند ساله، قانون دسترسی به اطلاعات در نیمه دوم سال ۱۳۹۳ به تصویب رسید و این حق از نظر قانونی حالت عملی و اجرایی به خود گرفت. تصویب این قانون که چارچوبه حقوقی و قانونی لازم را برای دسترسی شهروندان به اطلاعات از ادارات عامه مهیا نموده است، اقدام مهم در راستای ایجاد شفافیت می باشد. در صورتی که در عمل نیز سازوکار مناسب برای تطبیق آن ایجاد شود می توان امیدوار بود که یکی از زمینه ها و شرایط موفقیت برنامه های ضد فساد در افغانستان به وجود بیاید. در ماده ۲ این قانون اهداف آن ذکر شده که عبارت است از، «۱- تأمین حق دسترسی اتباع کشور به اطلاعات از ادارات دولتی. ۲- رعایت ماده نهم میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی با در نظر داشت ماده سوم قانون اساسی.^{۲۸} ۳- حصول اطمینان از شفافیت و حسابداری از اجراءات ادارات دولتی. ۴- تنظیم طرز تقاضا و ارائه اطلاعات.»

بر اساس این قانون، اطلاعات عبارت از «هر نوع سند و معلومات ضبط شده یا ثبت شده، نمونه و مودل می باشد.»^{۲۹} و ارائه این اطلاعات باید به گونه در دسترس متقاضی و عموم قرار بگیرد که برای آن ها قابل استفاده باشد و بخصوص یکی از وظایف مرجع مسئول اطلاع رسانی، نشر اطلاعات در صفحه اینترنتی اداره و سایر رسانه های همگانی می باشد.^{۳۰} تقاضای کسب اطلاعات از طریق تکمیل فرم درخواست اطلاعات صورت می گیرد که مدت پاسخ به درخواست به صورت کتبی در مدت ۱۰ روز کاری پس از دریافت درخواست می باشد. این مدت در صورت موجودیت دلایل موجه، قابل تمدید به مدت سه روز دیگر می باشد. در صورتی که متقاضی اطلاعات رسانه ها باشد، مهلت ارائه اطلاعات درخواست شده سه روز کاری می باشد که این مدت قابل تمدید نمی باشد. اگر درخواست اطلاعات به منظور مصئونیت اشخاص و یا مسایل امنیتی صورت گرفته باشد، باید در مدت ۲۴ ساعت، که غیر قابل تمدید است، پاسخ داده شود. در صورت که ارائه اطلاعات دارای هزینه باشد، هزینه مربوطه از متقاضی دریافت می شود و چگونگی دریافت این هزینه توسط کمیسیون نظارت بر دسترسی به اطلاعات تنظیم و تصویب می شود.

هر نهاد دولتی موظف به ایجاد دیپارتمنت و بخش اطلاع رسانی و تعیین مسئول اطلاع رسانی می باشد. هم چنین بر اساس این قانون کمیسیون نظارت بر دسترسی به اطلاعات، که متشکل از ۱۳ عضو می باشد، تاسیس شده است. این کمیسیون از جمله صلاحیت رسیدگی به شکایات

۲۸. ماده سوم قانون اساسی افغانستان «در افغانستان هیچ قانون نمیتواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.»

۲۹. جریده رسمی شماره ۱۱۵۶، قانون دسترسی به اطلاعات ۱۳۹۳، ماده ۳.

۳۰. جریده رسمی شماره ۱۱۵۶، قانون دسترسی به اطلاعات ۱۳۹۳، ماده ۳ و ۱۱.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۱۷

واصله راجع به عدم شفافیت ارائه اطلاعات و تخلفات در زمینه را دارا می‌باشد. باوجود تاخیر در تصویب این قانون و با قبول کاستی‌هایی که در این قانون مشاهده می‌شود که بعداً به تفصیل این کاستی‌ها بررسی خواهد شد، و با وجود اینکه هنوز به‌صورت کامل این قانون تطبیق و عملی نشده است، اما تصویب آن در ذات خود یک پیش‌رفت و موفقیت می‌باشد.

۲-۱-۱ آسیب شناسی قانون دسترسی به اطلاعات

قانون دسترسی به اطلاعات افغانستان اولین قانون راجع به دسترسی به اطلاعات در افغانستان است. بنابراین افغانستان فاقد تجربه ملی هم‌درتدوین چنین قانونی و هم در اجرای آن می‌باشد. هرچند تجربیات کشورهای دیگر در دسترس بوده است، اما با توجه به فقدان تجربه ملی و در نظر داشتن ویژگی‌ها و خصوصیات خاص جامعه افغانستان بصورت طبیعی قانون دسترسی به اطلاعات دارای نواقص و اشکالاتی نیز می‌باشد، اما این قانون و نیز بصورت جزئی سایر قوانین، مبنا و چارچوبه قانونی قابل قبولی برای دسترسی به اطلاعات و در نتیجه شفافیت ایجاد نموده است. نواقص و آسیب‌های این قانون و در کل در زمینه دسترسی به اطلاعات در دو بخش نواقص خود قانون و اشکالات که در عرصه اجرا و تطبیق پیش می‌آید، بررسی می‌شود.

در عرصه قانونی و بررسی متن این قانون، نواقصی مشاهده می‌شود که موثریت آن در دسترسی به اطلاعات و ایجاد شفافیت را کاهش داده است و آسیب رسانده است.

یکی از اشکالات و نواقصی که در این قانون مشاهده می‌شود و سبب شده است که زمینه سوء استفاده و بهانه‌ای برای جلوگیری از دسترسی به اطلاعات شود، ابهام در آن و عدم شفافیت خود این قانون می‌باشد. حق دسترسی به اطلاعات عام نبوده و بر اساس قانون، موارد و اطلاعاتی می‌تواند از شمولیت این حق مستثنی شود. زیرا دسترسی به اطلاعات خاص مانند اطلاعات مربوط به امنیت ملی و یا اطلاعات مربوط امور شخصی آثار زیان‌بار دارد و بنابراین در قوانین دسترسی به اطلاعات، مجموعه اطلاعات غیر قابل ارائه وجود دارد و منطقی است. بنابراین یکی از مواردی که در این قوانین باید به‌صورت صریح و شفاف بیان شود و با مرزهای مشخص ترسیم گردد، مجموعه اطلاعات قابل ارائه از غیر آن می‌باشد. در صورتی که بطور صریح و شفاف این دو مجموعه اطلاعات تفکیک نگردد، زمینه برای گریز از مسئولیت ارائه اطلاعات به بهانه اینکه اطلاعات مورد درخواست از جمله دسته اطلاعات غیر قابل ارائه است، می‌شود. اما مجموعه اطلاعات غیر قابل ارائه، مانند اطلاعات مربوط به امور شخصی و نیز امنیت و منافع ملی مهم‌ترین محدودیت

دسترسی به اطلاعات مبتنی بر قانون اساسی است که در این قانون تعریف نشده است. در ماده ۱۵ قانون دسترسی به اطلاعات بیان شده است که «ارائه اطلاعات در حالات ذیل ممنوع می‌باشد:

- ۱- در صورتی که استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی، امنیت ملی و منافع و مصالح ملی را به خطر مواجه گرداند.
- ۲- در صورتی که سبب قطع روابط سیاسی، اقتصادی و فرهنگی افغانستان با سایر کشورها گردد.
- ۳- در صورتی که جان، مال یا آبرو و حیثیت شخص به خطر مواجه گردد.
- ۴- در صورتی که مانع کشف جرم یا مانع جلوگیری از ارتکاب جرم گردد.
- ۵- در صورتی که روند کشف، تحقیق و تعقیب متهم یا اتخاذ تدابیر احتیاطی در این زمینه را مختل سازد.
- ۶- در صورتی که روند محاکمه عادلانه و یا تنفیذ حکم را اخلال نماید.
- ۷- در صورتی که حریم خصوصی شخص را نقض نماید.
- ۸- در صورتی که اطلاعات، مربوط موضوعات تجارتي، ملکیت‌های شخصی و حساب بانکی بوده، مگر اینکه در قوانین طور دیگری تشخیص شده باشد.»^{۳۱}

ماده ۱۵ این قانون که از مهم‌ترین و اساسی‌ترین ماده‌های آن می‌باشد و در اصل دسته‌بندی و تعیین اطلاعات مجاز برای ارائه از غیر آن می‌باشد، در ذات خود قابل قبول و درست می‌باشد. محدودیت‌های مذکور در ماده ۱۵ این قانون واجد دلیل معقول می‌باشد، اما در صورتی که تعریف درست و مضیق از موارد ممنوعه نشود، منجر به تحدید حق دسترسی به اطلاعات و همچنین طفره رفتن ادارات از ارائه اطلاعات به همین بهانه می‌شود. محدودیت دسترسی به اطلاعات بر مبنای حفظ اسرار و اطلاعات شخصی و ضرورت‌های حفظ امنیت ملی از ارکان حق دسترسی به اطلاعات می‌باشد که باید در همین قانون تعریف و ضابطه مند می‌شد و نهاد ذی صلاح برای تعیین و بررسی آن مشخص می‌شد. متأسفانه این خلاء اساسی و مهم در این قانون باقی مانده است و ارجاع به مقرر نه تنها مخالف با اصول قانون گذاری می‌باشد، بلکه در پیچ و خم بروکراسی نادیده گرفته خواهد شد. دسته بندی و اطلاعات قابل دسترسی از غیر آن وابسته به تعریفی است از مجموعه اطلاعات غیر قابل دسترس می‌باشد و جای منطقی و درست تعریف این دسته از اطلاعات نیز در همین قانون می‌باشد. اتکا به ذکر اصطلاحات مبهم و کلی مانند امنیت ملی، منافع ملی و... بدون تعریف دقیق و مشخص از آن زمینه بسیار مناسبی برای سوء استفاده از آن و در نتیجه عدم ارائه اطلاعات می‌باشد. فربه بودن و کاربرد فراوان اصطلاحات مانند امنیت ملی، منافع ملی و در یک نظام سیاسی بیانگر گرایشات توتالیتری حکومت می‌باشد و در قالب و در پناه این اصطلاحات اغلب تعریف نشده، گریز از حسابدهی و تمامیت خواهی نهفته است. این نقص

۳۱. جریده رسمی شماره ۱۱۵۶، قانون دسترسی به اطلاعات ۱۳۹۳، ماده ۱۵.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۱۹

می‌تواند در جلوگیری از اطلاعات مهم و مفید خلل ایجاد نماید و دسترسی به اطلاعات را از حق شهروندی به یک صلاحیت مدیریتی تبدیل نماید.

در افغانستان به دلیل فقدان اطلاعات کامل، دقیق و شفاف از میزان درخواست اطلاعات توسط شهروندان، موارد رد این درخواست‌ها و دلایل آن، نمی‌توان در پرتو آمار پیامدهای عدم تعیین دقیق موارد ممنوعه در قانون دسترسی به اطلاعات را نشان داد و اثر این ابهام را در عمل سنجید.

رفع این نقیصه جزء اولویت‌ها و الزامات دسترسی کامل به اطلاعات در افغانستان می‌باشد. بنابراین ضروریست در ابتدا قانون دسترسی به اطلاعات تعدیل شده و در آن اطلاعات غیر قابل ارائه به صورت شفاف و صریح تعریف شود. علاوه بر این کمیته ملی برای تعیین مصادیق اطلاعات غیر قابل دسترس نیز ایجاد شود و عملاً این اطلاعات تفکیک شود. در چنین صورتی است که اداره و مقامات مسئول برای ارائه اطلاعات از صلاحیت اعمال نظر و سلیقه شخصی منع می‌شوند. آنچه به راحتی می‌توان پیش‌بینی نمود این است که اطلاعاتی که ممکن است افشا کننده سوءاستفاده و سوءمدیریت باشد، در فقدان یک تعریف شفاف و صریح و تفکیک اطلاعات قابل دسترس از غیر آن، به بهانه امنیت ملی، منافع و مصالح ملی و در دسته غیر قابل ارائه دسته بندی گردد، در حالیکه از نظر ماهیت ربط خاصی به امنیت ملی و منافع ملی و سایر جنبه های محدود ساز ندارد.^{۳۲}

دومین نقص این قانون فقدان ضمانت اجرایی آن برای ادارات و نهادها می‌باشد. اگرچه در ماده ۲۶ این قانون مویدات تادیبی برای مسئول متخلفی که از ارائه اطلاعات خود داری نموده یا اطلاعات نادرست ارائه نموده است، در نظر گرفته شده است، اما برای نهاد و اداره مربوط که موفق به ایجاد مرجع مسئول اطلاع رسانی نشده است. در این قانون ضمانت اجرایی خاصی پیش‌بینی نشده است. قانون دسترسی به اطلاعات نیازمند ضمانت اجرای قوی و جدی است، تازمینه برای تطبیق سراسری این قانون مهیا شود. چنانچه در گزارش کمیسیون نظارت بر دسترسی به اطلاعات از عدم تطبیق قانون دسترسی به اطلاعات در نهادهای متعدد دولت افغانستان گزارش شده است.

۳۲. در اواخر سال ۱۳۹۶ { ۲۰۱۷ } قانون جدید دسترسی به اطلاعات به‌عنوان فرمان تقنینی تصویب گردید که با انفاذ این قانون در اوایل سال ۱۳۹۷ { ۲۰۱۸ } قانون قبلی دسترسی به اطلاعات نسخ شد. اگرچه عمده اشکالات قانون قبلی در قانون جدید دسترسی به اطلاعات رفع گردیده است، اما مشکل عدم تعریف اطلاعات غیر قابل دسترس همچنان در این قانون باقی مانده و توازن بین حق دسترسی به اطلاعات و رعایت امنیت و منافع ملی و حریم خصوصی برقرار نگردیده است. جریده رسمی شماره ۱۲۹۷، قانون دسترسی به اطلاعات ۱۳۹۷، ماده ۱۷.

«هیئت نظارتی کمیسیون که متشکل از سه عضو و چند تن از کارمندان کمیسیون می باشد جهت نظارت از کارکرد ادارات در مورد تطبیق قانون دسترسی به اطلاعات به خصوص بررسی ایجاد و چگونگی فعالیت مراجع مسئول اطلاع رسانی، ملاقات های دوره ای و پی گیرانه را روی دست گرفته، با هیئت رهبری چهار اداره ملاقات نموده، قرار ذیل است. ۱- وزارت اطلاعات و فرهنگ. ۲- وزارت معارف. ۳- وزارت کار، امور شهدا و معلولین. ۴- وزارت معادن و پترولیم. وزیر و یا سرپرست وزیر ادارات چهارگانه تعهد سپردند که مرجع مسئول اطلاع رسانی را هرچه زودتر ایجاد و امکانات لازم در اختیار آن ها قرار داده خواهد شد و با انتشار شماره تماس و آدرس این مرجع در صفحه اینترنتی زمینه دسترسی به این اداره را تسهیل و فراهم می سازیم، گرچند نتیجه محسوس مثبت در این چهار اداره دیده نشد، ...»^{۳۳}

در کنار این لازم است که مقرر، رهنمود، طرز العمل و طرز سلوک در موضوع دسترسی به اطلاعات نیز تصویب شود. فقدان این مقرره ها و طرز العمل ها اجرا و تطبیق قانون دسترسی به اطلاعات را با موانع متعدد مواجه می سازد.

از این جهت نیز ضروریست که ضمانت اجرای موثرتری بخصوص راجع به ادارات و ارگان ها به منظور تأسیس مرجع موظف اطلاع رسانی و تعیین شخص مسئول و نظارت و مراقبت از اجرای درست در این زمینه می باشد. بویژه بارگذاری و آپلود اطلاعات و تجدید آن در صفحات وب سایت اداره و مراقبت از درست، دقیق و به روز بودن اطلاعات نشر شده، اهمیت اساسی دارد. علاوه بر این، مهم ترین نقص و اساسی ترین اشکال که موثریت چنین قوانین را کاهش داده است، عملی نشدن و اجرایی نشدن چنین قوانین است.

«قانون دسترسی به اطلاعات افغانستان در اواخر ۲۰۱۴ نافذ شد. کما بیش مانند تمام قوانین دیگر که از سال ۲۰۰۱ بدین سو به تصویب رسیده اند، محتوای این قانون به صورت کافی مفاد قوانین مشابه کشورهای دیگر در قسمت دسترسی به اطلاعات یا حقوق متعاقبه آنرا شامل می شود. اینکه افغانستان در قسمت محتوای قانون دسترسی به اطلاعات با سویس مقایسه می شود، گویای همین حقیقت است. مشکل عمده فراروی انواع قوانین در افغانستان و هم چنین در مورد قانون حاضر، این است که بدون منابع لازم جهت تطبیق آن، این قانون دارای ارزش اندکی در کوتاه مدت خواهد بود. با وجود اقدامات کمیکی مانند تاسیس کمیته رسیدگی به شکایات که این قانون آنرا از نیازهایش برمی شمرد، ارجاع به دیگر قوانین مرتبط، گذشت زمان و ثبات سیاسی، احتمال

۳۳. کمیسیون نظارت بر دسترسی به اطلاعات، گزارش سالانه، (حمل - حوت ۱۳۹۵)، ص ۴.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۲۱

کارکرد عملی قانون دسترسی به اطلاعات افزایش خواهد یافت.^{۳۴}

به دلیل ضعف دولت در حاکمیت قانون و سنت قانون‌گریزی که در چند دهه اخیر در افغانستان رایج و تبدیل به نورم شده است، قوانین اغلب در لابلای صفحات باقی مانده از تطبیق عملی آن خبری نیست. موثریت قانون در اجرای آن نهفته است و متأسفانه در افغانستان اغلب قوانین بگونه‌ای به فراموشی سپرده می‌شود. قانون دسترسی به اطلاعات با وجود کاستی‌هایی که دارد، از جمله قوانین خوب در سطح منطقه شمرده می‌شود، اما به دلیل عدم اجرای دقیق و درست آن و به فراموشی سپردن آن در عمل، تاثیر واضحی بر ایجاد شفافیت نداشته و در نتیجه اقدامات دولت در مبارزه با فساد بدون دسترسی به اطلاعات و بدون آگاهی عامه و بدون شفافیت نتیجه مورد انتظار را نخواهد داشت.

علاوه بر این نواقص، فرهنگ عمومی در افغانستان بگونه‌ای است که مردم دسترسی به اطلاعات را جزء حقوقشان ندانسته و برای دولت نیز مکلفیتی در این جهت قایل نمی‌باشند.^{۳۵}

۲- ۱- ۲ سایر قوانین

در کنار این قانون، به صورت جزئی و موردی قوانین دیگری هم وجود دارد، که به صورت خاص و جزئی و به گونه معطوف به ارئه اطلاعات و دسترسی به اطلاعات در حوزه‌های مهم و خاص می‌باشد و هدف آن‌ها ایجاد شفافیت در همان مورد می‌باشد. از جمله قانون تدارکات ملی که یکی از حوزه‌های بزرگ و مهم فساد در افغانستان می‌باشد، انتشار اطلاعات در زمینه قراردادهای تدارکات و هم چنین فرآیند بررسی و انعقاد قراردادهای و آفرگشایی می‌باشد. فقره ۲ ماده ۲ قانون تدارکات، یکی از اهداف اساسی این قانون را تأمین شفافیت دانسته است. در ماده نهم این قانون نیز اعلان و نشر اطلاعات مربوط به تدارکات از الزامات اداره شمرده شده است.

« (۱) اعلان تدارکات حاوی مطالب ذیل می‌باشد: ۱ - موضوع تدارکات. ۲ - طرز حصول شرط‌نامه. ۳ - تعیین مدت تسلیمی آفرها و زمان و محل تدویر جلسه آفرگشایی. ... (۲) اداره مکلف است، اعلان دعوت ارزیابی قبلی اهلیت و اعلان تدارکات را به مصرف خود در یکی از رسانه‌های همگانی کثیرالانتشار نشر نماید. (۴) اداره مکلف است، اعلانات خود را از طریق

۳۴. شفافیت افغانستان، همان، ص ۱۷

۳۵. عدم استقلال کمیسیون نظارت بر دسترسی به اطلاعات که بر اساس قانون منسوخ دسترسی به اطلاعات یکی از نواقص این قانون بود، در قانون دسترسی به اطلاعات ۱۳۹۷ رفع شده است و کمیسیون پیش‌بینی شده در قانون جدید دسترسی به اطلاعات واجد شاخصه‌های استقلال است.

ویب سایت اداره تدارکات ملی، ویب سایت اداره خویش و سایر ویب سایت‌هایی که از طرف اداره تدارکات ملی معرفی می‌گردد، نیز به نشر برسانند.»^{۳۶}

در این قانون برای تضمین شفافیت، دسترسی به اطلاعات و نشر آن مورد تاکید و توجه قرار گرفته است. چنانچه در ماده ۴۲ این قانون تحت عنوان قواعد شفافیت، نشر اطلاعات از الزامات اداره دانسته شده است.

« (۱) اداره مکلف است، به منظور ارایه معلومات موثق در مورد مراحل تدارکات و دسترسی داوطلبان و عامه مردم به آن، اجراءات ذیل را عملی نماید: ۱ - نشر اعلانات تدارکات از طریق رسانه‌های همگانی و سایر روش‌های اطلاع رسانی که در طرزالعمل تدارکات پیش‌بینی شده است. ۲ - نشر شرطنامه، دعوت‌نامه، درخواست و رهنمودهای لازم جهت آماده ساختن آفرها در ویب سایت اداره و سایر ویب سایت‌هایی که اداره تدارکات ملی تجویز می‌نماید. ۳ - نشر لیست قراردادهای منعقد شده طبق طرزالعمل تدارکات در ویب سایت اداره و سایر ویب سایت‌هایی که اداره تدارکات ملی تجویز می‌نماید.»^{۳۷}

هم‌چنین قانون نظارت بر تطبیق استراتیژی مبارزه علیه فساد اداری^{۳۸}، به عنوان مثال در فقره ۱۸ و ۱۹ ماده ۹ این قانون، یکی از وظایف اداره عالی نظارت بر تطبیق استراتیژی مبارزه علیه فساد اداری «نشر فعالیت‌های سالانه اداره عالی نظارت جهت عامه.» و هم‌چنین «ارائه گزارش منظم در مورد اجراءات و دست‌آوردهای اداره عالی نظارت به مقام ریاست جمهوری.» می‌باشد. هم‌چنان قانون تدارکات ملی نیز نشر اطلاعات از طرف اداره تدارکات ملی لازم و ضروری دانسته است. اداره تدارکات ملی مکلف به نشر اعلانات تدارکات و اطلاعیه تصمیم اعطای قرارداد را با داوطلب برنده با ذکر اسم و آدرس آن، قیمت مجموعی آفر برنده و میعاد پیش‌بینی شده جهت اعتراض را از طریق رسانه‌های همگانی و سایر روش‌های اطلاع رسانی و نشر شرطنامه، دعوت‌نامه و لیست قراردادهای منعقد شده، در ویب سایت اداره و سایر ویب سایت‌ها می‌باشد.^{۳۹}

اما در مجموع، قانون دسترسی به اطلاعات و قوانین دیگری که دسترسی به اطلاعات در آن‌ها به‌صورت جزئی مقرر شده است، در عمل موجب شکل‌گیری شفافیت در افغانستان نشده است و از این جهت نتوانسته است در راستای پیش‌گیری از فساد اداری سهم و نقش فعال داشته باشد.

۳۶. جریده رسمی شماره ۱۲۲۳، قانون تدارکات ۱۳۹۵، ماده ۱۹.

۳۷. جریده رسمی شماره ۱۲۲۳، قانون تدارکات ۱۳۹۵، ماده ۴۲.

۳۸. این قانون بر اساس فرمان رئیس‌جمهور در سال ۱۳۹۷ نسخ شده است.

۳۹. جریده رسمی شماره ۱۲۲۳، قانون تدارکات ۱۳۹۵، ماده های ۴۲ و ۴۳.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۲۳

با اینکه در قانون دسترسی به اطلاعات سال ۱۳۹۷ عمده اشکالات و نواقص قانونی دسترسی به اطلاعات رفع شده است، اما در عرصه عملی و اجرایی، دسترسی به اطلاعات مانند سایر موارد، قوانین در لابلای صفحات قانون باقی مانده و در عمل تطبیق نشده است. بنابراین لازم است که دولت بر عملی نمودن آنچه در قوانین است تمرکز نماید، تا با دسترسی سریع و مؤثر شهروندان به اطلاعات شاهد شکل‌گیری شفافیت در کشور بوده و بدین طریق از فساد اداری پیش‌گیری صورت گیرد.

۲-۲ رسانه‌های همگانی و شفافیت

در کنار دسترسی به اطلاعات، عنصر اساسی دیگری که سبب شفافیت در کشور می‌شود و به نوبه خود در پیش‌گیری از فساد اداری مؤثر است، فعالیت رسانه‌های همگانی آزاد، مستقل و حرفه‌ای می‌باشد.

نقش رسانه‌های همگانی در ایجاد شفافیت و در نتیجه جلوگیری از فساد بسیار برجسته و اساسی می‌باشد.

«رسانه به‌عنوان یکی از عوامل تأثیرگذار مهم اجتماعی بر رفتارهای درست و تسویه شده سازمان‌های دولتی معرفی می‌شوند. در آغاز انقلاب سوم صنعتی که از دهه ۱۹۸۰ شروع و تا به امروز ادامه دارد این تحول را به نام موج سوم نام می‌برند. بوخولز تأثیر گذاری رسانه‌ای جمعی بر سازمان‌ها، خصوصاً سازمان‌های بخش عمومی را با استعاره «تنگ ماهی» مصداق‌سازی می‌کند. مراد از تنگ ماهی؛ شفاف‌سازی، مرئی کردن و نمایش صحیح و مناسب رفتارهای سازمانی است. اغلب مردم از سازمان‌های بخش دولتی و عمومی تصویری دقیق و شفاف در اختیار ندارند. رسانه‌های جمعی به‌دلیل تخصص و ابزارهایی که در اختیار دارند، می‌توانند رصد مناسبی از رفتارهای خرد و کلان سازمان‌های دولتی ایجاد نمایند و در تنظیم مشی‌های سازمانی تعدیل‌گری عادل باشند. حال هر قدر جامعه دموکراتیک‌تر باشد این نقش می‌تواند پر رنگ تر خودنمایی کند.»^{۴۰}

رسانه‌ی آزاد، مستقل و حرفه‌ای هم در توانمندی و موثریت سیاست جنایی مشارکتی و نقش جامعه مدنی و فرهنگ سازی و هم در شفاف‌سازی تأثیر شگرف دارد. فعالیت رسانه آزاد، مستقل و حرفه‌ای عامل مهمی در موفقیت برنامه‌های دولت در مبارزه با فساد اداری می‌باشد. مطبوعات و

۴۰. گیوریان، حسن، بررسی تأثیر رسانه بر مسئولیت اجتماعی سازمانهای دولتی ایران، (مطالعات رسانهای، سال ششم، شماره دوازدهم، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۳۳-۱۳۴). صص ۱۳۳-۱۴۹.

رسانه‌های توانمند و حرفه‌ای با گزارشات تحقیقی و روشنگری شان، اولاً فساد را آشکار می‌سازد و ثانیاً صبر و تحمل مردم و شهروندان را در قبال فساد اداری کاهش داده و مقامات عالی‌رتبه دولت را تحت فشار فزاینده افکار عمومی جهت مقابله با فساد قرار می‌دهد. تأثیر رسانه بر غنամندی سیاست جنایی مشارکتی و موثریت نقش جامعه مدنی در مواجهه با فساد، عامل مهمی در مبارزه با فساد می‌باشد، اما در این مقاله صرفاً نقش رسانه در ایجاد شفافیت و در نتیجه تأثیر آن بر پیش‌گیری از فساد و آسیب‌ها و کاستی‌های که در این مورد وجود دارد بررسی می‌شود. رسانه‌های همگانی آزاد، مستقل و حرفه‌ای سهم ارزشمندی در ایجاد شفافیت و کنترل فساد اداری می‌تواند داشته باشد. عملکرد مناسب و آزادانه رسانه‌های همگانی می‌تواند به عنوان یکی از اهرم‌های کلیدی در کنترل فساد اداری نهادها و سازمان‌های عمومی عمل نماید و مرئی نمودن حال و احوال کسب و کار، رفتار مدیران و عملکرد سازمان‌ها توسط رسانه‌های جمعی می‌تواند به عنوان یکی از مولفه‌های مهم در کنترل فساد اداری عمل نماید.^{۴۱}

قانون اساسی افغانستان در ماده ۳۴ آزادی بیان را به رسمیت شناخته و سانسور را ممنوع اعلام نموده است. «آزادی بیان از تعرض مصون است. هر افغان حق دارد فکر خود را به وسیله گفتار، نوشته، تصویر و یا وسایل دیگر، با رعایت احکام مندرج این قانون اساسی اظهار نماید. هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون به طبع و نشر مطالب، بدون ارائه قبلی آن به مقامات دولتی، بپردازد» مطابق با قانون اساسی افغانستان، در افغانستان پسا طالبان، آزادی رسانه به رسمیت شناخته شده و ایجاد محدودیت بر فعالیت رسانه‌ها غیر قانونی دانسته شده و هرگونه سانسور نفی شده است. در همین چارچوب است که تاسیس و فعالیت رسانه‌های خصوصی اجازه داده شده و از نظر کمیت رسانه‌های صوتی، تصویری و چاپی رشد بی سابقه‌ای نموده است. در چارچوب قانون اساسی افغانستان، قانون رسانه‌های همگانی به تصویب رسیده که این قانون چهارمین قانون رسانه‌های همگانی است که در یک دهه اخیر در کشور تصویب شده است. بر اساس این قانون، فعالیت رسانه‌های همگانی، اعم دولتی و غیر دولتی تنظیم شده و مطابق به قانون اساسی و در راستای حمایت و تضمین حق آزادی بیان، تأسیس و فعالیت مستقل و آزادانه رسانه‌ها به رسمیت شناخته شده است. چنانچه بر اساس ماده‌های دهم و دوازدهم این قانون مجوز تأسیس رسانه‌ها اعم از چاپی و برقی به دولت، نهادهای دولتی و اشخاص حقیقی و حکمی غیر دولتی داده شده

۴۱. گیوریان، حسن، نقش رسانه‌های جمعی در کنترل فساد اداری، (مطالعات رسانه ای، سال هفتم، شماره هفدهم، تابستان ۱۳۹۱)، صص ۱۳۹، ۱۳۳ - ۱۴۰.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۲۵

است.^{۴۲} اهداف این قانون در ماده دوم این قانون بیان شده است که عبارت است از حمایت و تضمین حق آزادی فکر و بیان... ترویج و انکشاف رسانه‌های همگانی، آزاد، مستقل و کثرت‌گرا... رعایت اصل آزادی بیان و رسانه‌های همگانی مسجل در اعلامیه جهانی حقوق بشر با رعایت اصول و احکام دین مقدس اسلام...

مطابق با اهداف مسجل در ماده فوق، رشد و گسترش رسانه‌های مستقل، آزاد و حرفه‌ای و نهادینه نمودن آزادی بیان از جمله اهداف اساسی این قانون و بیانگر رویکرد حکومت افغانستان در قبال آزادی بیان می‌باشد. مبتنی بر پالیسی تکثر رسانه در افغانستان پروسه و شرایط سهلی برای اخذ مجوز و اجازه فعالیت رسانه‌ها در افغانستان مهیا می‌باشد. اگرچه در قانون محدودیت زمانی برای صدور مجوز در نظر گرفته نشده است و می‌تواند این مسئله فرایند صدور مجوز را طولانی سازد. در صورتی که برای فعالیت یک رسانه مجوز صادر نشود، سازوکار اعتراض به تصمیم مراجع ذیصلاح در ابتدا به کمیسیون مربوطه وزارت اطلاعات و فرهنگ و سپس در صورت عدم قناعت امکان مراجعه به محکمه در این قانون پیش‌بینی شده است.^{۴۳}

در چارچوب شرایط فوق است که شاهد تنوع مناسب و مفید رسانه‌ها در افغانستان می‌باشیم. هرچند آمار دقیق از تعداد رسانه‌ها اعم از چاپی و برقی موجود نمی‌باشد، اما بر اساس آمار که موسسه نی به‌عنوان نهاد حمایت‌کننده رسانه‌ها در افغانستان منتشر نموده است، در حدود ۷۰ شبکه تلویزیونی، ۱۵۰ رادیو و صدها مجله و روزنامه در سراسر افغانستان و عمدتاً در کابل فعالیت دارند.^{۴۴}

همراه با رشد رسانه‌ها اعم از چاپی، صوتی و تصویری در افغانستان در دوره بعد از طالبان، شاهد رشد کمی خبرنگاران و ژورنالیستان نیز بوده‌ایم. در این زمینه نیز همانند رسانه‌های فعال آمار دقیق در دسترس نمی‌باشد، اما مجموع ژورنالیستان فعال در کشور حدود ۱۰۰۰۰ نفر تخمین شده است.^{۴۵} از نظر کیفی نیز فعالیت رسانه‌ها در کشور رشد خوبی داشته است و برنامه‌های متعدد ارتقای ظرفیت مانند ورکشاپ‌ها و کورس‌های خبرنگاری و امثال آن نیز دایر گردیده است

۴۲. ماده دهم: ۱ اتباع کشور، احزاب سیاسی، سازمانهای اجتماعی، مؤسسات غیر دولتی داخلی و پناه‌گزیان کشورهای خارجی و ادارات دولتی می‌توانند مطابق احکام این قانون رسانه‌های چاپی را تأسیس نمایند...

ماده دوازدهم: اتباع کشور، احزاب سیاسی، سازمانهای اجتماعی، مؤسسات غیر دولتی و شرکتهای خصوصی داخلی و ادارات دولتی می‌توانند طبق احکام این قانون رسانه‌های برقی را تأسیس نمایند.

۴۳. جریده رسمی شماره ۹۸۶، قانون رسانه‌های همگانی، ۱۳۸۸، ماده ۳۵.

۴۴. نی، معلومات رسانه‌ها، <http://nai.org.af/media-directory> تاریخ مراجعه ۱۰ سرطان ۱۳۹۴.

۴۵. دیدبان شفافیت افغانستان، ارزیابی سیستم شفافیت ملی افغانستان. (کابل، ۲۰۱۵) ص ۱۵۳.

و سهم خوبی در بهبود برنامه‌ها و فعالیت‌های رسانه‌ها داشته است.

اما با وجود فضا و چارچوب قانونی و حقوقی مناسب برای فعالیت مستقلانه رسانه‌ها در افغانستان و با پذیرش رشد کمی رسانه‌ها و تا حدودی بهبود کیفیت برنامه‌ها، هنوز از وضعیت مطلوب آزادی بیان و رسانه مستقل، آزاد و حرفه‌ای، فاصله زیادی وجود دارد و آنچه به ژورنالیسم یا روزنامه نگاری تحقیقی مشهور شده است، در حقیقت وجود خارجی در کشور ندارد. به تعبیر دیگر به دلیل کاستی‌ها و ضعف‌های که مفصل بیان خواهد شد، رسانه‌ها در افغانستان در انجام رسالت خود موفقیت چندانی نداشته است. معطوف به موضوع این نوشتار، دو هدف عمده و اساسی رسانه عبارت است از شفافیت و فرهنگ‌سازی با آموزش عمومی. رسانه‌ها در افغانستان بخصوص تلویزیون و رادیو که از پر مخاطب‌ترین و تأثیرگذارترین رسانه‌ها شمرده می‌شود، دچار فقر محتوایی و تحقیقی است و به همین دلیل اغلب به ارائه برنامه‌های سرگرم‌کننده مصروف اند. به استثنای محدود گزارشات تحقیقی و برنامه‌های با بعد فرهنگ‌سازی و شفافیت‌بخشی، حجم بزرگ از برنامه‌های رادیو و تلویزیون که تأثیرگذارترین رسانه است، فاقد محتوای با هدف فرهنگ‌سازی و ایجاد شفافیت می‌باشد. بنابراین رسانه‌های همگانی در شکل‌گیری شفافیت در کشور و مبتنی بر آن پیش‌گیری از فساد اداری در انجام رسالت خود ناکام بوده است.

عوامل اساسی که سبب شده است رسانه‌ها در انجام رسالت خود در افغانستان ناتوان باشند و تأثیر رسانه‌ها در ایجاد و تقویت شفافیت و در نتیجه پیش‌گیری از فساد اداری ضعیف باشد، کمبود نیروی انسانی متخصص، ضعف بنیه مالی، ناامنی و خشونت علیه رسانه‌ها و روزنامه نگاران و عدم استقلال برخی از رسانه‌ها و وابستگی آن‌ها به اشخاص و حتی کشورهای خارجی می‌باشد.^{۴۶} جنگ و ناامنی دوامدار در افغانستان، اولاً سبب فرار اغلب افراد تحصیل کرده و متخصص کشور شده و ثانیاً از تربیت نیروی متخصص جدید جلوگیری نموده است. عرصه رسانه‌ها و فعالیت رسانه‌ای همانند سایر عرصه‌های تخصصی از فقدان کدر متخصص رنج می‌برد. بنابراین با وجود زمینه مناسب حقوقی و سیاسی برای فعالیت رسانه‌ها، توان و ظرفیت تولید برنامه‌های محتوایی و حرفه‌ای در کشور و دست اندرکاران رسانه‌ها اغلب وجود ندارد. پالیسی‌سازی و اجرای حرفه‌ای و معطوف به هدف به دلیل ظرفیت پایین نیروی انسانی در کشور ضعیف است و اغلب برنامه‌ها فاقد دقت و عاری از محتوای معطوف به رسالت رسانه می‌باشد. کمبود ظرفیت و توان

46. Khalvatgar, Abdul Mojeeb, Freedom of expression under threat in Afghanistan, Stability:) International Journal of Security & Development, 3(1): 38,(p. 1-4.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۲۷

نیروی بشری فعال در عرصه رسانه، یکی از مهم‌ترین نقطه‌های ضعف فعالیت رسانه‌ای در کشور می‌باشد و سبب کمبود جدی در تولید برنامه‌ها شده است.

به منظور رفع این نقیصه و زمینه‌سازی جهت تربیت کادر متخصص و توانمند، به نظر می‌رسد که دولت افغانستان در قبال رسانه نظاره‌گر بوده و به صرف اینکه دولت محدودیت خاصی برای فعالیت رسانه ایجاد نکرده است اکتفا نموده است. لازم است دولت در این عرصه از وضعیت نظارت فراتر رفته و به حق آزادی بیان بصورت حق مثبت توجه نموده و با بالابردن ظرفیت رسانه و با ارائه برنامه‌های تشویقی و حمایتی خاص، موجب رشد کیفی رسانه‌ها گردد. زیرا هزینه نمودن در راستای تقویت آزادی بیان و رسانه‌های مستقل، در حقیقت موجب این می‌شود که رسانه‌ها با فرهنگ‌سازی و گزارشات تحقیقی و ایجاد شفافیت، دولت را در جهت موفقیت برنامه‌های ملی همانند مبارزه با فساد اداری همکاری و مساعدت نماید. به‌ویژه دولت باید از رسانه‌ها و ژورنالیستان که به مسایل مهم جامعه توجه نموده و گزارشات و برنامه‌های تحقیقی تهیه نموده به نشر می‌سپارند، در قالب برنامه حمایتی و تشویقی مورد حمایت قرار دهد. در خصوص مبارزه با فساد اداری حمایت از برنامه‌ها و گزارشات تحقیقی ضمن کاستن از هزینه‌های گزاف که دولت در این زمینه متقبل می‌شود، رسانه‌ها با کم‌ترین هزینه می‌توانند دولت را در پیش‌برد مبارزه با فساد نهایت کمک و همکاری نماید و بخشی از هزینه مبارزه با فساد اداری در قالب حمایت از چنین رسانه‌ها و خبرنگاران تخصیص داده شود.

علاوه بر کمبود نیروی متخصص، ضعف مالی و فشارهای بودجه‌ای نیز کارکرد رسانه را در افغانستان متأثر ساخته و به‌عنوان مانعی در مسیر تولید برنامه‌های تحقیقی عمل می‌نماید. کمبود منابع مالی و فشار بودجه‌ای اغلب فعالیت‌های رسانه‌ها را متأثر نموده است. بیشتر شبکه‌های تلویزیونی و رادیویی برای جذب مخاطب و به‌منظور جبران و رفع تنگناهای مالی خود، به سمت برنامه‌های تفریحی و عامه‌پسند رو آورده‌اند. بر اساس گفته یکی از ژورنالیستان، «رسانه‌های عمده برای جذب و حفظ مخاطبان خود ناچارند به نشر برنامه‌های عامه‌پسند، مثل فیلم، سریال، برنامه‌هایی مثل مسابقات آواز خوانی و موسیقی، برنامه‌های طنز و غیره بپردازند. با توجه به کمبودات جدی در تولید برنامه، این رسانه‌ها سریال‌های تولید شده در کشورهایی مثل ترکیه و هند نشر می‌کنند و معمولاً شاخص انتخاب این سریال‌ها، نه کیفیت و آموزندگی آنها، بلکه قیمت پایین و تاثیر بالا در جذب مخاطب است.»^{۴۷}

کمبود منابع مالی لازم مانع مهمی در مسیر توسعه زیربناها، تهیه تجهیزات مدرن و کارآمد و استخدام نیروی انسانی متخصص و توانمند می باشد و حتا می تواند سبب به خطر افتادن استقلال رسانه ها شود. متأسفانه بر اساس پیش بینی دست اندرکاران و باتوجه به کاهش کمک ها و حضور نیروهای بین المللی و در نتیجه پیامدهای اقتصادی بد آن و کاهش کسب و کار، چشم انداز نسبت به بهبود شرایط مالی رسانه ها در آینده نزدیک نیز تیره و تار است.^{۴۸}

در کنار عوامل متذکره و بلکه مهم تر از آن ها، که تأثیر زیادی بر فعالیت مستقلانه و آزادانه رسانه ها داشته است، ناامنی فراگیر در کشور و هم چنین اعمال خشونت علیه رسانه ها و روزنامه نگاران می باشد. افزایش ناامنی سرتاسری در افغانستان، بخصوص در دوره حکومت وحدت ملی، همه جنبه های زندگی جامعه افغانی را متأثر ساخته است. از جمله فعالیت رسانه در ولایات تحت تأثیر این ناامنی ها قرار گرفته است. تسلط طالبان و گروه های شورشی بر شهر کندز و برخی از ولسوالی ها فعالیت رسانه ها را در آن ساحات برای مدتی متوقف ساخته و بصورت دوامدار متأثر نموده است. بصورت خاص اعمال خشونت علیه روزنامه نگاران و کارکنان رسانه ها، و ناتوانی دولت برای حفاظت از آنها فعالیت رسانه ها را متأثر ساخته و موجب خود سانسوری ژورنالیستان شده است.

عدم استقلال بعضی از رسانه ها و وابستگی آن ها به اشخاص و حتی کشورهای خارجی، سبب عدول آن ها از رسالت رسانه و اصول حرفه ای شده و در نتیجه تأثیر آنها را بر موفقیت آزادی بیان و رسانه ها و ایجاد شفافیت از بین برده است.

این عوامل اساسی موجب شده است که آزادی و استقلال رسانه ها به خطر افتاده و از شکل گیری رسانه های حرفه ای و تولید و پخش برنامه های با معیارهای رسانه های آزاد و بی طرف فاصله گرفته شود. در نتیجه انتظاری که از کارکرد رسانه ها در افغانستان میرفت و نتیجه ای که آزادی بیان در پی دارد، اثر چندانی دیده نمی شود.

ضروریست که دولت اقدامات لازم را به منظور تثبیت آزادی بیان و حمایت از رسانه مستقل، در برنامه های آینده خود داشته باشد. حمایت از رسانه ها در برابر خشونت و ناامنی و اتخاذ اقدامات حفاظتی از رسانه ها و کارکنان آن ها، تعقیب، محاکمه و مجازات مرتکبان خشونت علیه ژورنالیستان و کارکنان رسانه ها، حداقل اقدامات مثبتی است به منظور تثبیت و گسترش آزادی

(۱۳۹۴/۳/۲۳. تاریخ مراجعه afghanistan/2013/06/130615_zs_afghan_media_freedom_raheen)

48. Khalvatgar, Abdul Mujeeb, Freedom of Expression Under Threat in Afghanistan Stability:)International journal of Security & Development, 20 Nov, 2014.(p 5.

شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری در سیاست جنایی افغانستان پسا طالبان/ ۳۲۹

بیان در افغانستان. بنابراین تقویت رسانه‌های مستقل و حرفه علاوه بر فرهنگ‌سازی ضد فساد و پاسخگو نمودن دولت در برابر شهروندان، نقش ارزشمندی در ایجاد شفافیت داشته و شفافیت خود باعث پیشگیری از فساد اداری می‌شود.

نتیجه‌گیری:

دولت افغانستان پسا طالبان، یکی از فاسدترین دولت‌ها در جهان شناخته شده است. عوامل گوناگونی چون جنگ و نا امنی دوامدارچندین ساله، فروپاشی ساختارهای اداری و سیاسی و نوتاسیس بودن این ساختارها در دوره بعد از سقوط طالبان، فقدان ظرفیت نیروی بشری دولت، قوانین پیچیده، سرازیرشدن حجم بزرگ از کمک‌های جامعه جهانی، فقدان نظارت کافی و سهمی شدن قدرت از عوامل عمده آن شمرده می‌شود. دولت افغانستان به‌منظور مقابله با این معضل و کاهش فساد اداری، سیاست‌ها و اقدامات خاصی را در مرحله تطبیق و اجرا گذاشته است و در دست اجرا دارد. به‌ویژه حکومت وحدت ملی اولویت اساسی خود را مبارزه با فساد اعلام نموده است. جامعه جهانی نیز مبارزه با فساد را بصورت جدی از دولت افغانستان در خواست نموده است. اما با همه این اقدامات، به نظر می‌رسد که دست‌آورد چندانی حاصل نشده، بویژه در عرصه پیش‌گیری از فساد در افغانستان موفقیت چندانی دیده نمی‌شود. تمرکز این مقاله بر شفافیت و نقش آن در پیش‌گیری از فساد اداری می‌باشد. شفافیت یکی از پیش شرط‌های مهم در پیش‌گیری از فساد اداری به شمار می‌رود و جایگاه آن در سیاست جنایی در قبال فساد اداری نمایانگر اهمیت این برنامه‌ها می‌باشد. به منظور ایجاد و تقویت شفافیت، دسترسی به اطلاعات و وجود رسانه‌های مستقل، آزاد و حرفه‌ای شرط اساسی شمرده می‌شود. در افغانستان با وجود قانون دسترسی به اطلاعات و قانون رسانه‌های همگانی که نسبتاً از قوانین خوب شمرده می‌شود، اما بازهم شفافیت لازم وجود ندارد و در نتیجه برنامه‌های پیش‌گیری از فساد اداری نیز موفقیت لازم را نداشته است. علت اصلی این ناکامی در کنار اشکالاتی که در چارچوبه قانونی، ناامنی، ظرفیت پایین نیروی بشری و مشکلات مالی وجود دارد؛ عدم تطبیق قانون، ساختار سیاسی فساد خیز و حاکمیت فرهنگ فساد در افغانستان می‌باشد.

قومی و فرقه‌ای شدن سیاست در افغانستان، عدم تطبیق مساویانه قانون و قانون‌گریزی نهادینه شده در کشور سبب شده است که آزادی بیان و فعالیت رسانه‌های متکثر و حق دسترسی به اطلاعات در افغانستان در هیاهوی سیاست گم‌شده و نقش بایسته‌ای در کارزار مبارزه با فساد

۳۳۰ / مجله مطالعات حقوقی افغانستان

۳۳۰ / د افغانستان د حقوقي مطالعاتو مجله

و پيش‌گيري از آن ايفا ن‌تواند و در نتيجه طرح‌ها و برنامه‌هاي ضد فساد بر روي کاغذ باقي بماند و فساد اداري در کشور خود تبديل به يک فرهنگ شود.

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان

مهری رضایی

چکیده^۱

قاچاق انسان و قاچاق مهاجران هردو از مصادیق جرایم سازمان یافته بین المللی هستند که در دو پروتکل جداگانه به کنوانسیون ممنوعیت جرایم سازمان یافته فراملی (پالرمو ۲۰۰۰)^۲ الحاق شده اند. پدیده مهاجرت نیز که از نتایج جهانی سازی است به صورت بی رویه ای در جهان افزایش یافته و به دلیل بسته بودن مرزهای کشورها، غالباً به صورت غیرقانونی انجام می شود.

مهاجرت غیرقانونی ارتباط مستقیمی با قاچاق انسان دارد زیرا در اکثر موارد مهاجرت غیرقانونی که توسط شبکه های قاچاق انجام می شود منجر به قاچاق و بهره کشی از انسان ها می شود. در افغانستان به دلیل جنگ و ناامنی و بی ثباتی اقتصادی و سیاسی، مهاجرت غیرقانونی و قاچاق انسان، افزایش بی سابقه ای، یافته و پیامدهای زیان بار آن موجب نگرانی هایی برای دولت و جامعه جهانی شده است. با توجه به اقدامات تقنینی و اجرایی دولت در خصوص مقابله با جرایم قاچاق انسان، متأسفانه هنوز موفقیت چشم گیری در این مورد حاصل نشده است و افغانستان هنوز در رده دومین کشور از نظر قاچاق انسان در میان کشورهای جهان قرار دارد. لذا نیاز به اقدامات اساسی از سوی دولت و همکاری های همه جانبه از سوی کشورهای جهان بخصوص کشورهای همسایه در مقابله با قاچاق انسان می باشد.

واژگان کلیدی: قاچاق انسان، قاچاق مهاجران، مهاجرت غیرقانونی، شبکه های قاچاق انسان، دولت افغانستان

۱. نویسنده: مهری رضایی، دکتری حقوق بین الملل.

۲. کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با جرائم سازمان یافته فراملی موسوم به کنوانسیون پالرمو در دسامبر ۲۰۰۰ به تصویب رسیده و لازم الاجرا می باشد. این کنوانسیون دارای دو پروتکل الحاقی تحت عنوانین پروتکل پیش گیری، توقف و مجازات قاچاق انسان بخصوص زنان و کودکان که در مورد پیش گیری و توقف تجارت و بهره کشی از انسان بخصوص زنان و کودکان می باشد و پروتکل مقابله با قاچاق مهاجران از زمین، هوا و دریا که در مورد مقابله با قاچاق مهاجرین و مهاجرت غیرقانونی می باشد.

مقدمه

قاچاق انسان که از مصادیق جرائم سازمان‌یافته فراملی است، به‌صورت یک معضل بزرگ ملی و بین‌المللی در آمده و یکی از اشکال معاصر بردگی به‌شمار می‌رود و به علت منافع اقتصادی زیادی که دارد به‌صورت گسترده و با سرعت رو به رشد و در حال افزایش می‌باشد. به طوری که آمارها نشان می‌دهد، قاچاق انسان بعد از قاچاق مواد مخدر و اسلحه به عنوان سودآورترین تجارت نامشروع جهان شناخته شده است.

افغانستان نیز به‌عنوان کشوری که سال‌ها درگیر جنگ و ناآرامی است و با فقر و بی‌ثباتی سیاسی و اقتصادی شدید مواجه است از نظر قاچاق انسان و قاچاق مهاجران وضعیت وخیمی دارد و بخصوص در سال‌های اخیر قاچاق انسان در سطح ملی و بین‌المللی افزایش بی‌سابقه‌ای یافته است.

همچنین، افغانستان به‌عنوان کشور مبدا، ترانزیت و مقصد قاچاق انسان مورد استفاده قرار می‌گیرد و چهارسال متوالی به‌عنوان دومین کشور جهان از نظر قاچاق انسان در لیست دید بان حقوق بشر قرار گرفته است.

بنابراینچه بیان شد هدف ما در این نوشتار بررسی و آسیب‌شناسی معضل قاچاق مهاجران از افغانستان به‌سایر کشورها و همچنین برشماری علل و عوامل افزایش این معضل شوم و راه‌های جلوگیری از آن و اقدامات دولت در این زمینه می‌باشد. روش مورد استفاده در این مقاله روش توصیفی و استفاده از کتاب‌ها و اسناد، مقالات و گزارش‌های تحقیقی سازمان‌های ملی و بین‌المللی و همچنین مصاحبه با برخی از قربانیان قاچاق انسان و برخی قاچاقبران می‌باشد.

بیان مسئله:

مسئله قابل طرح در پژوهش حاضر این است که: علل و عوامل افزایش قاچاق مهاجران در افغانستان چیست؟ و اقدامات دولت در جلوگیری و مقابله با قاچاق انسان و بخصوص قاچاق مهاجران چه بوده و تا چه حدی موثر واقع شده است؟

فرضیه‌ای که برای پاسخ به این پرسش می‌توان مطرح کرد این است که مهم‌ترین علل افزایش قاچاق مهاجران نا امنی و بی‌ثباتی سیاسی و اقتصادی در کشور می‌باشد و با توجه به این که اقدامات تقنینی و اجرایی در سال‌های اخیر از سوی دولت صورت گرفته، اما این اقدامات چندان موثر نبوده و قاچاق مهاجران همچنان جریان داشته و در حال افزایش است.

۱. تعریف و مفهوم قاچاق انسان

از قاچاق انسان تعریف‌های زیادی به عمل آمده است، اما بهترین و کامل‌ترین تعریف را «پروتکل پی‌گیری، توقف و مجازات قاچاق انسان بخصوص زنان و کودکان» الحاقی به کنوانسیون جرایم سازمان‌یافته فراملی موسوم به کنوانسیون (پالرمو ۲۰۰۰) ارائه داده است.

این پروتکل در ماده ۳ خود قاچاق انسان را چنین تعریف می‌نماید:

الف) «قاچاق انسان به معنی استخدام کردن، اعزام، انتقال، پناه دادن یا پذیرفتن اشخاص است به وسیله تهدید یا توسل به زور یا اشکال دیگر اجبار، ربودن، تقلب یا فریب، اغفال، سوء استفاده از قدرت یا سوء استفاده از وضعیت آسی پذیر یا با دادن یا گرفتن مبالغ یا منافع برای تحصیل رضایت شخصی که روی دیگری کنترل دارد؛ که این اقدامات به منظور بهره‌برداری صورت می‌گیرند. بهره‌برداری شامل بهره‌برداری از فحشای دیگران یا اشکال دیگر بهره‌برداری جنسی، کار یا خدمات اجباری، به بردگی گرفتن یا اعمال مشابه بردگی، استثمار یا استخراج اعضاء است؛ ب) رضایت مجنی علیه قاچاق انسان در مورد بهره‌برداری مورد نظر مقرر در بند «الف» این ماده وقتی که وسایل مزبور در آن بند به کار رفته باشند، ارزشی نخواهند داشت؛

ج) استخدام، اعزام، انتقال، پناه دادن یا تحویل گرفتن یک کودک به منظور بهره‌برداری «قاچاق انسان» تلقی خواهد شد، حتی اگر متضمن هیچ یک از طرق مندرج در بند الف نباشد. د) کودک به معنی شخص زیر ۱۸ سال خواهد بود.»^۳

۱/۱. عناصر اصلی قاچاق انسان

بر اساس تعریف بالا قاچاق انسان، شامل سه عنصر اصلی است که به کمک همدیگر می‌توانند مساله قاچاق انسان را مشخص کنند:

۱- عمل: مشتمل است بر استخدام، جابه جایی، انتقال، پنهان سازی یا پذیرش انسان، بر اساس این شرط لازم نیست که قربانی فقط به صورت فیزیکی از جایی به جای دیگر انتقال داده شده باشد تا قربانی قاچاق انسان شمرده شود، بلکه اگر هر کدام از اعمال نامبرده شده در این بند انجام شود قاچاق انسان صورت گرفته است.^۴

۲- وسیله و شیوه عمل: که شامل به کارگیری تهدید یا استفاده از زور و قدرت یا اشکال دیگر اجبار

۳. پروتکل پیش‌گیری، توقف و مجازات قاچاق انسان بخصوص زنان و کودکان، الحاقی به (کنوانسیون پالرمو ۲۰۰۰)، ماده ۳.

۴. سرآمد محمد حسین و احمدی سید جعفر، بررسی علل و عوامل قاچاق زنان و اطفال در افغانستان،

(کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان ۱۳۹۰)، ص ۲۲.

و یا آدم ربایی، فریب، نیرنگ، سوء استفاده از آسیب پذیری های افراد، پرداخت پول یا هر امتیاز یا اجبار مالی دیگر به قصد گرفتن توافق شخص و کنترل بر او می باشد^۵

۳- بهره برداری یا استثمار: که مشتمل است بر حداقل سوء استفاده جنسی در روسپی گری یا اشکال دیگر استثمار جنسی، کار اجباری، بردگی یا اعمال شبیه به آن، خدمت اجباری و بندگی و یا قطع و برداشتن اعضای بدن. ۶. بنابراین در صورت فقدان هریک از این شروط پدیده مورد نظر قاچاق انسان تلقی نمی شود.

همان گونه که ملاحظه می شود بند الف ماده مذکور ضمن اشاره به قاچاق اشخاص بخصوص زنان و کودکان و قاچاق اعضاء بدن انسان، انجام دو شرط « عبور از م » و « توسل به » اجبار یا اکراه و خدعه یا سوء استفاده از قدرت و موقیت خود یا وضعیت قربانی « را برای تحقق جرم لازم دانسته است. برپایه همین دو عامل است که وضعیت آسیب پذیری و ضرورت جرم انگاری قاچاق انسان و حمایت از قربانی و متضرر توجیه می گردد. منظور تدوین کنندگان پروتکل از سوء استفاده از وضعیت آسیب پذیری، بیان وضعیتی بوده است که شخص مربوطه هیچ جایگزین واقعی و قابل قبول به جز تسلیم به سوء استفاده مربوطه نداشته باشد. همچنین براساس بند (ب) ماده ۳ اگر یکی از روش های برشمرده در تعریف به کار برده شود، اینکه شخص قربانی به استثمار خود رضایت داده در ماهیت جرم تاثیری نخواهد داشت. در این حالت رضایت قربانی نمی تواند به عنوان دفاع به کار رود و بار اثبات برعهده مجرم است نه قربانی.^۶ بدین معنا که ممکن است قربانی در ابتدا به دلیل اجبار یا فریب به قاچاق خود رضایت داده باشد و این رضایت در جرم تاثیری نخواهد داشت، زیرا ممکن است قربانی از عواقب و نتایج سوء که در آینده متوجه او خواهد بود اطلاعی نداشته باشد و رضایت در یک بخش از فرایند قاچاق دلیل بر رضایت بر تمام بخش های آن نیست. زیرا هیچ فردی رضایت نمی دهد که تمام عمر مورد استثمار و بهره کشی توسط اشخاص دیگر قرار بگیرد همچنین مطابق ماده ۴ این پروتکل، قاچاق اشخاص نیز زمانی مشمول تمهیدات مقرر در این پروتکل خواهد بود که ماهیتا فراملی بوده و توسط گروه سازمان یافته جنایت کار ارتکاب یابد.

۵. همان.

۶. همان.

۷. مجد، محمد علی، مقابله با قاچاق انسان از طریق دریا، (پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه تهران ۱۳۸۸)

۲. قاچاق مهاجران

علاوه بر قاچاق اشخاص، پدیده دیگری در جهان شایع است که با وجود مشابهت‌های زیاد با قاچاق انسان، متفاوت و مستقل از آن است که پدیده «مهاجرت غیرقانونی» یا «قاچاق مهاجران» نام گرفته است و به علت شباهت زیاد آن با قاچاق انسان گاهی به جای هم به کار گرفته می‌شوند. اما تصویب پروتکل قاچاق مهاجران الحاقی به کنوانسیون جرایم سازمان یافته فراملی، خود بیانگر تفاوت کلی پدیده قاچاق مهاجران با قاچاق انسان می‌باشد.

۱/ ۲. تعریف و مفهوم قاچاق مهاجران

از آن‌جای که هردو شکل این جرایم بین‌المللی در افغانستان به‌طور چشم‌گیری دیده می‌شود، لذا در این نوشتار به تعریف و معرفی قاچاق مهاجران نیز می‌پردازیم. پروتکل دوم کنوانسیون پالمو تحت عنوان مقابله با قاچاق مهاجران از زمین هوا و دریا، در بندهای شماره ۲، ۱، ۳ قسمت الف، ب، ج ماده ۳، قاچاق مهاجران را چنین بیان می‌دارد:

«الف- قاچاق مهاجران فرایندی است که طی آن فرد برای اینکه سود مالی مستقیم و یا غیر مستقیمی را بدست آورد، اقدام به قاچاق مهاجر و وارد کردن غیرقانونی وی به کشوری می‌کند که شخص یاد شده دارای ملیت آن کشور نیست و اقامت دائمی هم در آن سرزمین ندارد.

ب- منظور از ورود غیرقانونی عبور از مرزهاست بدون اینکه مدارک لازم اثبات‌کننده برای ورود را دارا باشد.

ج- استفاده از اسنادی که صحت قانونی ندارند نیز سفر را غیرقانونی می‌سازد. سندی که اساساً جعلی ساخته شده یعنی از سوی مقام صلاحیت دار صادر نشده و صرفاً دارای شباهت صوری با سند اصلی و قانونی باشد، یا سندی که به درستی و از سوی مقام صلاحیت دار صادر شده ولی بوسیله فردی غیر از صاحب قانونی آن ارائه شود، مثلاً سند سرقت شده یا با اعمال فشار، اکراه، تدلیس و... بدست فرد رسیده باشد.» عبارت «ورود غیرقانونی» حسب بند ب این ماده به معنی عبور از مرزهای یک دولت است بدون آنکه شرایط ضروری برای ورود قانونی به دولت محل ورود رعایت شده باشد.

بنابراین چنین ورودی وقتی شکل می‌گیرد که اولاً شخص وارد شونده تابعیت یا اقامت دایم کشور مقصد را نداشته باشد. لازم به توضیح است که منظور از اقامت دایم در اسناد بین‌المللی اقامت طولانی مدت می‌باشد و اقامت نامحدود و مادام‌العمر نیست و تعیین حدود چنین اقامتی

به مقررات داخلی کشورها ارتباط خواهد داشت. ثانيا ملزوماتی که برای ورود افراد غیرتبعه و غیر مقيم لازم است رعایت نگردد که این هم شامل مواردی است که روادید یا دیگر مجوزهای لازم اخذ نگردد و هم مواردی که این اسناد به طرق غیرقانونی مورد استفاده قرار گیرد. مورد اخیر می تواند شامل حالات متفاوتی از قبیل جعل اسناد مسافرتی، کسب اسناد قانونی با استفاده از اطلاعات نادرست و یا استفاده از اسناد معتبر و صحیح توسط افرادی غیر از شخصی که سند برای او صادر شده است باشد به طور کلی می توان گفت پروتکل قاچاق مهاجران دو شرط را برای تحقق این جرم ضروری می داند: اول آنکه باید قصد قبلی مبنی بر تسهیل ورود غیرقانونی مهاجران را داشته باشند و دوم اینکه قصد ثانویه مبنی بر بدست آوردن وجه یا نفع مالی نیز وجود داشته باشد.^۸

۲/۲. تفاوت های قاچاق انسان و قاچاق مهاجران

اصطلاحات قاچاق انسان trafficking of human beings و قاچاق مهاجران smuggling of migrants که در فارسی هر دو به معنای قاچاق انسان ترجمه می شوند که باعث ابهام و سردرگمی می شود، از نظر معنا و مفهوم و ماهیت نیز با یکدیگر تفاوت دارند. در يك نگاه کلی مهم ترین تفاوت های بین قاچاق انسان و قاچاق مهاجران از این قرار است:

۱. مهاجران معمولاً به قاچاق خود رضایت داده اند در حالی که در مورد قربانیان قاچاق انسان یا از ابتدا رضایتی در کار نبوده یا این رضایت در اثر اعمال بعدی قاچاقچیان بی معنی شده است. در قاچاق انسان معمولاً جذب، انتقال یا تحویل افراد با فریب یا اعمال زور با هدف بهره برداری و سوء استفاده انجام می شود.

۲. قاچاق مهاجران مستلزم عبور غیرقانونی از مرزها و ورود به کشور دیگر است، درحالی که قاچاق انسان اولاً لزوماً به معنای عبور از مرز نیست و ممکن است داخلی باشد و ثانياً اگر عبور از مرز صورت گیرد ممکن است به صورت کاملاً قانونی انجام شود.

۳. رابطه مهاجر و قاچاقچی يك رابطه تجاری است که معمولاً با اتمام سفر پایان می پذیرد؛ اما رابطه قربانی قاچاق با قاچاقچی يك بهره کشی ادامه دار بوده و تازه بعد از سفر است که سود مورد انتظار مجرمین به دست خواهد آمد. در واقع در قاچاق انسان هدف اصلی بهره کشی و استثمار دائمی از افراد است نه فقط عبور دادن از مرز.

۴. شاخص دیگر منبع درآمد است. در قاچاق مهاجران سود از محل انتقال افراد به دست می آید

۸. مقابله با انسان از طریق دریا، همان.

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان/ ۳۳۷

و فرد مهاجر خود با رضایت خود مبالغی را به قاچاقچی پرداخت می‌نماید و رابطه مهاجر و قاچاقچی یک رابطه تجاری دو طرفه است اما در قاچاق انسان، قاچاقچیان سود اصلی را از محل استثمار قربانیان خود به دست می‌آورند.^۹

۲/۳. شباهت‌های قاچاق انسان و قاچاق مهاجران

می‌توان گفت در عمل، نظر به دلایل مختلف، تمایز دو جرم متفاوت قاچاق انسان و قاچاق مهاجران از یکدیگر دشوار است، به دلایلی مانند:

۱. مهاجران قاچاق شده ممکن است در طول سفر به قربانیان قاچاق انسان تبدیل شوند؛ به طوری که ممکن است مهاجر برای انتقال به کشور دیگر به قاچاقچی پول پرداخت نماید و قاچاقچی بعد از انتقال به کشور مقصد وی را برای استثمار و کار اجباری نزد خود نگهدارد یا به فروش برساند.

۲. قاچاقچیان ممکن است هر دو عمل را یک جا و همزمان انجام دهند و مسیرهای مشابهی را برای قاچاق مهاجران و قاچاق انسان در نظر بگیرند.

۳. گاهی شرایط مهاجران قاچاق شده آنقدر دشوار و ناگوار است که به سختی می‌توان باور کرد که خود به آن رضایت داده باشند. (به عنوان مثال در جریان مهاجرت مجبور شوند که برای پرداخت کرایه انتقال شان با دستمزد خیلی کم کار کنند و یا قاچاقبر عملاً تلاش کند او را در اختیار خود نگهدارد و وادار به کار اجباری سازد. (همان طوری که ذکر شد این دو عمل در بسیاری از موارد باهم همپوشانی دارند و یکی دلیل بروز دیگری می‌شود. به طور مثال بسیاری از افغان‌ها برای پیدا کردن کار یا مهاجرت به کشورهای ایران، پاکستان، هند، اروپا و شمال آمریکا به قاچاقبران و افراد سودجو پول پرداخت می‌کنند و با رضایت خود درخواست انتقال به این کشورها را دارند. برخی از این قاچاقبران این افراد را مجبور به کار اجباری و فحشا می‌کنند، به این ترتیب عمل مهاجرت غیرقانونی که با رضایت شخص بوده است به قاچاق انسان تبدیل شده است.^{۱۰}

هم چنین موارد بیشتری ذکر شده که مهاجران در طول راه، در شرایط بسیار سختی قرار گرفته و مورد بهره برداری جنسی و کار اجباری، گروگان‌گیری و اخاذی قرار گرفته اند و در عمل تبدیل به قربانی قاچاق انسان شده و تا پایان عمر مورد بهره کشی و استثمار توسط گروه‌های سازمان یافته

۹. بررسی علل و عوامل قاچاق زنان و اطفال در افغانستان، ۱۳۹۰، همان، ص ۳۲.

10. Trafficking In Persons Report, June 2016, Department Of State, United States Of America, p66.

جنایت کار قرار گرفته اند.

به طور کلی می توان گفت، مهاجرت غیرقانونی در جهان به دلایل مختلف گسترش زیادی یافته و یکی از عمده ترین راه های قاچاق انسان مهاجرت غیرقانونی است. در واقع هر جا که مهاجرت غیرقانونی بیشتر باشد زمینه قاچاق انسان بیشتر فراهم خواهد بود. در کشور ما متأسفانه هر دو شکل قاچاق انسان و قاچاق مهاجران به صورت فراوان جریان دارد از آن جای که موضوع مورد بحث ما در رابطه با مهاجرت است در این نوشتار به قاچاق مهاجران می پردازیم.

۳. قاچاق مهاجران چالشی فراروی کشورها

در مباحث پیشین به تعریف و مفهوم قاچاق مهاجران و شباهت ها و تفاوت های آن با قاچاق انسان پرداخته شده است. از آنجایی که ایجاد موج مهاجرت غیرقانونی در جهان بر افزایش قاچاق مهاجران در افغانستان نیز تاثیرگذار می باشد، لذا در این مبحث به بررسی چگونگی و مصادیق قاچاق مهاجران ابتدا در جهان و سپس در افغانستان می پردازیم.

۱/ ۳. قاچاق مهاجران در جهان

قاچاق مهاجران نیز همانند قاچاق انسان، از مصادیق جرایم سازمان یافته فراملی است که در سند بین المللی جداگانه ای تحت عنوان پروتکل ممنوعیت قاچاق مهاجران از زمین، هوا و دریا، جرم انگاری شده است. به طور کلی سفر به شیوه قاچاق به دلیل مخفیانه و غیرقانونی بودن آن همیشه با خطرات زیادی همراه است. خطراتی از قبیل غرق شدن در دریا، دستگیری از سوی پلیس، عدم تعهد قاچاق چیان بعد از دریافت پول و حتی طعمه شدن در دام قاچاق چیان انسان و سوءاستفاده های جنسی و فروش اعضای بدن. مهاجرت غیرقانونی که هر سال رو به افزایش است فرایند پیچیده، پرخطر و با اهمیتی است که در بسیاری از موارد ممکن است به قاچاق انسان و پیامدهای تاسف بار آن بینجامد که موجب نگرانی دولت ها و لزوم اقداماتی از سوی آنها شده است.

۲/ ۳. عوامل ایجاد کننده مهاجرت در جهان

جهانی سازی و بازنمودن مرزهای ملی منجر به تبادل بین المللی بیشتر کالا و خدمات شده و افزایش مهاجرت نیروی کار را نیز در پی دارد. اختلاف طبقاتی که محصول اقتصاد ناشی از جهانی سازی می باشد، باعث مهاجرت نیروی کار در بُعد بین المللی در جوامع و کشورهای در

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان/ ۳۳۹

حال توسعه شده است. مهاجرت غالباً برای بقا، فرار از نا امنی، فشارهای اقتصادی، اجتماعی یا سیاسی و یافتن فرصت‌های شغلی بهتر صورت می‌گیرد. براساس آمار بخش دولتی آمریکا زنان بخش بزرگی از این مهاجران را تشکیل می‌دهند (حدود هشتاد درصد).^{۱۱}

زنان مهاجر در واکنش به ساختارهای اقتصادی ناهمگون جامعه و فرار از سرکوب‌های جنسیتی مهاجرت را می‌پذیرند. آن‌ها برای این که از پیامدهای اجتماعی و اقتصادی نا عادلانه مانند شرایط نابرابر استخدامی، خشونت‌های جنسی و فقدان دسترسی به امکانات زندگی بگریزند، تن به این شرایط سخت می‌دهند لذا، زنجیر مهاجرت در ابعاد وسیع‌تر منجر به قاچاق افراد می‌شود. علاوه بر زنان، کارگران مهاجر دومین گروه از افرادی هستند که در این گروه (مهاجران غیر قانونی) قرار می‌گیرند. بسیاری از افراد که شغل خود را در کشور خود به دلایل مختلف از دست داده اند و برای بقا به دنبال فرصت‌های شغلی در خارج از کشور خود می‌باشند، راه مهاجرت به کشورهای دیگر را در پیش می‌گیرند.^{۱۲}

در مقابل کشورهای مقصد نیز کنترل زیادی بر مرزهای خود دارند لذا کارگران مهاجر تنها راه نجات خود را در عبور از مرزها به صورت غیرقانونی و در قالب قاچاق می‌بینند. علاوه بر آن، در کشورهای توسعه یافته کم‌بود نیروی کار در بخش غیر رسمی اغلب بوسیله کارگران مهاجر که متقاضی مشاغل پست، سخت و خطرناک می‌باشند جبران می‌شود. مطالعات نشان داده است که کارگران مهاجر به علت فقر اقتصادی و کمبود منافع مالی نسبت کارگران محلی تمایل بیش‌تری برای اشتغال در کارهای سخت و طاقت فرسا دارند که این امر سبب سوء استفاده کارفرمایان شده و باعث می‌شود که این کارگران را در کارهای شاقه با دست‌مزد بسیار پایین همراه با سوء استفاده و رفتارهای خشن و غیر انسانی به کار بگمارند.^{۱۳}

مهاجرت‌های غیرقانونی با خطرات زیادی مواجه هستند و در بسیاری از موارد منجر به مرگ افراد می‌شوند. قربانی شدن مهاجران غیرقانونی اصولاً به دو علت زیر است:

۱. سفرها اغلب با شرایط دشوار، خطرناک و غیرانسانی انجام می‌شود به طوری که مسافران را در کامیون‌ها یا قایق‌هایی که معمولاً در مسیر با تصادفات نیز مواجه می‌شوند انباشته می‌کنند.
۲. پس از رسیدن به مقصد، مهاجر غیرقانونی برای پرداخت هزینه‌های سفر خود مجبور به ورود

۱۱. چانگ جانی، ترجمه محمد رحمتی، پیش‌گیری از قاچاق انسان در اقتصاد جهانی، (مجله تعالی

حقوق، سال چهارم، شماره‌های ۱۳ و ۱۴، ۱۳۹۰)، ص. ۲۲۱.

۱۲. همان منبع.

۱۳. همان.

به فعاليت‌های غيرقانونی سازمانی که ترتيب سفر وی را داده است می‌شود و ممکن است تا آخر عمر مورد استثمار و بهره‌کشی سازمان مربوطه قرار گیرد.^{۱۴}

همان‌طور که بیان شد، حرکت‌های مهاجرت غيرقانونی که از طريق زمینی یا دریایی صورت می‌گیرند، اغلباً در شرایط غير انسانی انجام می‌شوند. مهاجران باید انواع محرومیت، توهین و اعمال خشونت بدنی را تحمل کنند. اصولاً مخفی کاری برای عدم پرداخت عوارض گمرکی و لزوم پنهان شدن، اغلب حوادث ناگواری را که منجر به از دست دادن جان مهاجران می‌شود را به بار می‌آورد. طبق برخی آمارها حدود ۲۵۰۰ مهاجر در سال ۲۰۰۵ قبل از رسیدن به اروپای شرقی جان باختند.^{۱۵}

مقوله قاچاق انسان و مهاجرت غيرقانونی از کشورهای در حال توسعه، پرجمعیت و درگیر جنگ به کشورهای پیشرفته اروپایی و آمریکایی به صورت معضلی درآمده است که همه کشورها را متأثر ساخته است. این مهاجرت‌ها و قاچاق‌های نشأت گرفته از آن می‌تواند در حوزه‌های مختلف نظامی، سیاسی، اقتصادی، زیست محیطی و اجتماعی بر کشورهای مبدا و مقصد تاثیر بگذارد و حتی می‌تواند کل جامعه جهانی را نیز متأثر سازد.^{۱۶}

می‌توان گفت که قاچاق مهاجران در واقع نتیجه ضرورت‌های اقتصادی و امنیتی و انگیزه‌ای سیاسی برای مهاجرت می‌باشد و قاچاق به عنوان معضلی ناشی از فشارهای اجتماعی و اقتصادی و سیاسی افراد را مجبور به مهاجرت خطرناک برای دستیابی به آمال و آرزوهای خود در ماورای مرزهای کشور خود می‌کند. گفته می‌شود امروزه سیل مهاجرت‌های آوارگان سوری، عراقی و افغانی تبار در پی جنگ، قاچاق انسان (بویژه زنان و کودکان) نه تنها در کشورهای ثروتمند صنعتی بلکه کشورهای اروپای مرکزی و شرقی نیز شاهد رواج و گسترش پیش از پیش قاچاق انسان گردیده است.^{۱۷}

۳/۳. قاچاق مهاجران در افغانستان

مسأله قاچاق انسان در افغانستان بسیار پیچیده است؛ زیرا این کشور با شش کشور مرز مشترک

۱۴. حسینی اکرم‌السادات، بررسی تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در ارتباط با حقوق بیگانگان (با تاکید بر حقوق قربانیان)، قاچاق انسان و مهاجران غيرقانونی، (پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی دامغان)، ۱۳۹۲، ص ۸۴.

۱۵. همان.

۱۶. فروغ عبدالمحمد و زارعی مصطفی، بررسی پدیده قاچاق انسان در قوانین ایران و حقوق بین‌الملل و تاثیر متقابل مهاجرت بر آن، (علوم اجتماعی، مطاعات بین‌المللی پلیس، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۹۴)، ص ۳۱.

۱۷. همان منبع.

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان/ ۳۴۱

دارد و بسیاری از نقاط این مرزها برای کنترل دشوار است. فقدان مدیریت مرزی مناسب و ضعف در اجرای قوانین، بیشتر مانع از کنترل گذرگاه‌های غیرقانونی مرزی می‌شود. تاریخچه طولانی تولید خشکاش در افغانستان و تجربه مرتبط با آن از قاچاق مواد مخدر در مرز به همین ترتیب، به موجودیت شبکه‌های مهاجرت بین مرزی که برای قاچاق انسان هم استفاده می‌شود کمک کرده است.

۳/۴. سیر تاریخی مهاجرت در افغانستان

به نظر می‌رسد که پدیده مهاجرت و بخصوص مهاجرت غیرقانونی به شکل و شمایل کنونی در افغانستان قدمت زیادی ندارد و پدیده‌ای نسبتاً جدیدی می‌باشد. اگر به تاریخ بنگریم اولین موج‌های مهاجرت مدرن در افغانستان به دوره تهاجم روس‌ها و کمونیسم بر افغانستان در سال ۱۹۷۹ برمی‌گردد که بیشتر به کشورهای ایران و پاکستان انجام می‌شد که این کشورها هم با علاقمندی میزبان این موج‌های بزرگ مهاجرتی در آن زمان بودند. بنابر گزارش‌ها^{۱۸} در سال ۱۹۹۰ حدود شش میلیون از افغان‌ها در این دو کشور مهاجر شدند. در سال‌های بعد از شکست شوروی این مهاجران دوباره به کشور بازگشتند اما در دوران جنگ‌های داخلی و دوران طالبان بازهم گروه زیادی از مردم به کشورهای دیگر مهاجرت کردند. در سال ۲۰۰۲ UNHCR (دفتر کمیساری سازمان ملل متحد در امور پناهندگان) زمینه بازگشت داوطلبانه مهاجران را به کشور فراهم نمود و در این سال حدود ۵/۷ از افغان‌های مهاجر به کشورشان بازگشتند.^{۱۹}

در شرایط فعلی نیز که افغانستان به عنوان کشوری که سال‌هاست گرفتار جنگ و درگیری و چالش‌های عمیق سیاسی و اجتماعی و ضعف و نابسامانی‌های شدید اقتصادی می‌باشد، آوارگی و مهاجرت غیرقانونی و قاچاق مهاجران به صورت گسترده جریان داشته و شبکه‌های پیچیده مافیایی به صورت فعال برای قاچاق مهاجران و قاچاق انسان در داخل و خارج از کشور دام گسترانیده و قربانیان خود را گرفتار می‌سازند.

از سوی دیگر به دلیل ناامنی و بیکاری و وضعیت بد اقتصادی، تقاضا برای مهاجرت‌های غیرقانونی از سوی مردم بخصوص جوانان برای یافتن زندگی امن‌تر و بهتر، زمینه گسترش قاچاق مهاجران را در این کشور بیش از پیش افزایش داده است. بر اساس گزارش‌ها فقط ۱۴ درصد از مهاجران کنونی با اسناد قانونی سفر می‌کنند و این نشان می‌دهد که اکثر مهاجران افغان بدون

18. Afghanistan Migrant Profile, 2014, p2.

19. Afghanistan Migrant Profile, 2014, p2.

اسناد مناسب سفر کرده و به احتمال زیاد به صورت غیر قانونی در کشورهای دیگر اقامت دارند.^{۲۰} همان طوری که بیان شد، یکی از تبعات سوء قاچاق مهاجران این است که در بسیاری از موارد، منجر به قاچاق انسان می شود. به عنوان مثال در سال های اخیر، برخی از پسران افغان که قصد مهاجرت غیرقانونی به کشورهای اروپایی را داشتند در یونان برای پرداخت هزینه های بالایی که باید به قاچاقبران پرداخت نمایند در معرض قاچاق جنسی قرار گرفتند. همچنین گزارش هایی وجود دارد که برخی از آژانس های استخدام به بهانه فرصت های شغلی با درآمد بالا کارگران خارجی را فریب داده و به افغانستان می آورند این افراد بیشتر از کشورهای سریلانکا، چین، نیپال، هند، ایران، پاکستان و تاجیکستان می باشند. این مهاجرانی که برای کار استخدام شده اند (بخصوص زنان چینی) پس از ورود به بازار کار، در معرض استثمار جنسی و کار اجباری قرار می گیرند.^{۲۱} و به این منوال قاچاق مهاجران به قاچاق و بهره کشی از انسان منتج می شود.

۵/۳. مهاجرت و بی جایی و قاچاق انسان

قربانیان قاچاق انسان اغلب کسانی هستند که در گذشته تجربه مهاجرت یا بی جا شدن را داشته اند. مهاجرت و بی جایی بعضی اوقات ارتباط مستقیمی با قاچاق انسان دارد. براساس یک تحقیق انجام شده توسط سازمان بین المللی مهاجرت در افغانستان، از میان کل جمعیت ۷۶ درصد به نحوی سابقه بی جایی را داشتند و ۵۱ درصد از قربانیان قاچاق انسان تجربه بی جایی را در داخل یا خارج از مرزها داشته اند که اغلب به دلیل جنگ و حوادث طبیعی و فقر بوده است.^{۲۲} مهاجرت و بی جایی استراتژی های معیشتی و شبکه های اجتماعی را دچار آسیب نموده و افراد را در مقابل قاچاق انسان و سایر بهره برداری ها آسیب پذیر می سازد. همچنین مهاجرت و بی جایی ارتباط شبکه های حمایتی قومی و خانواده ها را با یکدیگر قطع می کند و آنها نمی توانند از یکدیگر درخواست کمک نمایند و همچنین در جریان مهاجرت افراد اموال و سرمایه خود را از دست می دهند و به لحاظ اقتصادی نیازمند و وابسته به دیگران می شوند که این امر خود زمینه ساز افتادن به دام قاچاقچیان می باشد.

20. Ibid.

21. Department of State, Trafficking in Persons Report, June 2016, Ibid.

22. Samuel Hall, Old Practice, New Chains, Modern Slavery in Afghanistan, 2013. p30.

۳/۶. مهاجرت اطفال بدون همراه

همچنین افزایش مهاجرت افراد زیر سن قانونی بدون همراه توجه محققان را به خود جلب کرده است. این افراد در مقابل قاچاق بسیار آسیب‌پذیر هستند و در جریان مهاجرت توسط قاچاقبران هم مورد سوء استفاده‌های جنسی و هم کار اجباری قرار می‌گیرند. تنها در نیمه اول سال ۲۰۱۳ حدود ۲۱۲۰ نفر از افراد زیر سن قانونی اخراج شده از ایران (مرز اسلام قلعه) توسط سازمان بین‌المللی مهاجرت ثبت شده است.^{۲۳} به‌ویژه در سال‌های اخیر بر تعداد اطفالی که به تنهایی سفر می‌کنند و از روش‌های غیرقانونی خود را به ایران، ترکیه، یونان، مالزی، اندونزی و در نهایت به اروپا و کشورهای دیگر می‌رسانند افزوده شده است. این اطفال بیشتر از طبقه ذکور بوده و در سنین بین ۱۳ الی ۱۷ سال می‌باشند. از آنجایی که سفر این اطفال اغلب به صورت غیرقانونی و توسط شبکه‌های قاچاق انجام می‌شود؛ لذا خطرات و صدماتی که این اطفال در طول راه و حتی در کشور مقصد متحمل می‌شوند بسیار نگران‌کننده است.^{۲۴}

در اکثر موارد مهاجرت غیرقانونی اطفال به خارج از مرزهای کشور، خانواده‌ها و والدین اطفال از این موضوع مطلع هستند و از خطرات و آسیب‌هایی که در طول سفر اطفال را تهدید می‌کنند آگاه هستند، اما به امید داشتن آینده‌ای بهتر این خطر را پذیرفته و با تهیه مخارج سفر از طریق قرض گرفتن و فروش و یا گرو گذاشتن املاک خود با رضایت خود فرزندانشان را راهی چنین سفری می‌کنند.^{۲۵}

البته در بعضی موارد هم خانواده‌ها از چنین سفری بی‌اطلاع هستند و اطفال به تنهایی تصمیم گرفته و اقدام به مهاجرت غیر قانونی می‌کنند. عمده‌ترین دلایل مهاجرت اطفال به تنهایی را می‌توان فقر، نا امنی، نبود فرصت‌های تحصیلی و شغلی و انتظارات خانواده از آن‌ها نام برد. برای اطفال و خانواده‌هایشان کشور مقصد و دلخواه در درجه اول کشورهای اروپایی می‌باشد اما برخی از این اطفال ایران را به دلیل داشتن آشنایان و بستگان که در پیدا کردن کار به آن‌ها کمک می‌کنند به طور موقت و برای بدست آوردن هزینه سفر به اروپا انتخاب می‌کنند. انتقال این کودکان اغلب از طریق شبکه‌های قاچاق و از مسیر هرات، اسلام قلعه و نیمروز انجام می‌شود.^{۲۶}

23. Ibid.

24. Chona R. Echavez & ather, AREU & UNHCR, Why Do Children Under Take the Unaccompanied Journey? (2014) p1.

25. Ibid, p18-24.

26. Ibid.

قاچاق‌برانی که این اطفال را به خارج از کشور می‌برند، معمولاً در هر ولایت از همان قوم هستند، به‌عنوان مثال در ننگرهار پشتون‌ها و در بامیان هزاره‌ها هستند و در کابل اغلب هزاره و تاجیک می‌باشند. این افراد به‌صورت شبکه‌های پیچیده در حال فعالیت هستند آن‌ها از طریق واسطه‌های خود که در بین مردم کار و زندگی می‌کنند با کسانی که می‌خواهند به خارج از کشور بروند ارتباط برقرار کرده و شرایط سفرشان را مهیا می‌سازند. این قاچاق‌بران اطفال را تا ایران یا پاکستان می‌رسانند و بعد از آن‌جا به قاچاق‌بران دیگر می‌سپارند.^{۲۷} مهاجرت غیرقانونی اطفال به کشورهای دیگر بیش‌ترین سود را در درجه اول برای قاچاقچیان و بعد برای کشور مقصد دارد، چون این اطفال در راه یا بعد از ورود به کشور مقصد مورد انواع بهره‌برداری‌ها قرار می‌گیرند. یکی از مهم‌ترین دلایل مهاجرت غیرقانونی کودکان، فقر گسترده‌ای است که موجب افزایش کار کودک می‌شود تا خانواده خود را تامین کند. در یک گزارش تحقیقی که توسط HRRAC تهیه شده آمده است، اکثر پاسخ‌دهندگان بر این نظر بودند که چالش اصلی در پیش‌گیری از قاچاق کودکان، فقر و وضعیت اقتصادی ضعیف خانواده‌ها می‌باشد. این خانواده‌ها نمی‌توانند هزینه‌های روزانه فرزندان خود را تامین کنند و در نهایت آن‌ها را به مدرسه مذهبی برای دریافت غذا و آموزش مذهبی رایگان می‌فرستند.^{۲۸} علاوه بر آن عدم بلوغ و آسیب‌پذیری کودکان از جمله عواملی است که آن‌ها را به راحتی به دام شبکه‌های قاچاق می‌اندازد. همچنین عدم مراقبت صحیح از کودکان و خشونت خانگی، رفتار بد و غفلت والدین چالش بزرگی است که موجب گرفتار شدن اطفال به دام قاچاقچیان می‌شود. همچنین ویژگی‌های خاص جغرافیایی افغانستان روند قاچاق را تسهیل می‌بخشد. به‌طوری‌که مرزهای مشترک با شش کشور، عدم مدیریت موثر مرزها، ضعف حاکمیت قانون، عواملی هستند که مرزها را به ترافیک و قاچاق آزادانه انسان تبدیل می‌کنند. همچنین کشت بیشتر تریاک، فشار بیشتری را بر قاچاق انسان برای قاچاق مواد مخدر افزایش می‌دهد.^{۲۹}

۴. علل و عوامل قاچاق مهاجران

عوامل زیادی وجود دارد که مردم افغانستان را نسبت به قاچاق انسان آسیب‌پذیر می‌سازد. جنگ و درگیری طولانی مدت و پس از آن از دست دادن معیشت و زندگی، بی‌ثباتی سیاسی و اقتصادی، ناامنی ناگهانی، وقوع خشونت علیه زنان، انواع تبعیض قومی و مذهبی و جنسیتی و فقر گسترده

27. Ibid.

28. USAID, Factor of Human Trafficking and Illegal Migration in Afghanistan (2016) p30.

29. Ibid.

و...از جمله مهم‌ترین عوامل هستند.

در ذیل بخشی از این علل و عوامل مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱/۴. فقر، بی‌کاری و جستجو برای فرصت‌ها

وضعیت ضعیف اقتصادی و اجتماعی خانواده‌ها و فرصت‌های متزلزل کاری در افغانستان یکی از مهم‌ترین عوامل مهاجرت غیرقانونی و افزایش قاچاق انسان می‌باشد. فقر مزمن و بدهی، از عوامل کلیدی هستند که افراد را در مقابل قاچاق انسان آسیب پذیر می‌سازد. براساس اظهارات وزیر مهاجرین، در کشوری که ۴۰ درصد از شهروندان آن بیکارند فیصدی قاچاق انسان بلند است.^{۳۰} و افراد برای دست یافتن به ثبات اقتصادی و فرصت‌های کاری و تحصیلی و برای زندگی بهتر اقدام به مهاجرت به خارج از کشور می‌کنند.

۲/۴. جنگ و ناامنی

جنگ و ناامنی و تهدیدات از سوی طالبان و دیگر گروه‌های شورشی و زورمندان نیز یکی از دلایل سفر افراد به کشورهای دیگر می‌باشد. همچنین در جامعه‌ای که جنگ و ناامنی و فساد در سطح وسیع وجود دارد زمینه را برای فعالیت قاچاق‌چیان مساعد می‌سازد، قاچاق‌چیان قربانیان خود را از مناطق نا امن یا کشورهای که حکومت فاسد دارند به دام می‌اندازد زیرا در بسیاری از موارد مقامات دولتی در روند قاچاق دست دارند.^{۳۱} براساس گزارش‌ها به طور کلی کشورهای فقیر و درگیر جنگ نا امن و فاسد و از لحاظ مدنی و انسانی توسعه نیافته بیشترین تعداد قربانیان قاچاق انسان را دارند.^{۳۲}

۳/۴. کشت و قاچاق مواد مخدر

با افزایش کشت و قاچاق مواد مخدر در کشور و با توجه به این که کشت مواد مخدر کارسخت و طاقت‌فرسایی است و نیاز به نیروی کار زیاد دارد، در بسیاری از موارد از افراد قربانی قاچاق انسان جهت کار در مزارع کشت کوکنار و همچنین حمل و قاچاق مواد مخدر به کشورهای دیگر استفاده می‌شود که این امر خود باعث افزایش قاچاق انسان در افغانستان شده است.^{۳۳}

30. Ibid, p19,

۳۱. بررسی علل و عوامل قاچاق زنان و کودکان در افغانستان، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، همان، ص ۴۲.

۳۲. همان.

۳۳. براساس مطالعات و یافته‌های نگارنده.

۴/۴. نقش جامعه

جامعه می‌تواند در امر مهاجرت نقش ترغیب کننده داشته باشد. به‌طوری مثال زمانیکه در بین مردم از وضعیت بهتر خانواده‌هایی که فرزندان‌شان به کشورهای خارجی مهاجرت کرده اند تعریف می‌شود سایر خانواده‌ها نیز با توجه به این معلومات جهت فرستادن عضوی از خانواده به کشورهای دیگر انگیزه می‌گیرد. اشاعه مهاجرت غیرقانونی در جامعه خود می‌تواند دلیل افزایش قاچاق مهاجران باشد.

۴/۵. نقش همسالان

همچنین در مواردی که اطفال و نوجوانان تصمیم به مهاجرت می‌گیرند تاثیر هم‌سن و سالان به‌عنوان عامل تشویق کننده برجسته است. هم‌سن و سالان تاثیر مستقیم و غیر مستقیم در تصمیم‌گیری‌های یک‌دیگر در ارتباط با ترک کشور دارند. به‌عنوان مثال هم‌سن و سالانی که در خارج زندگی می‌کنند، تبدیل به منبع معلومات و اغلب ارائه دهنده تصویر مثبت از وضعیت زندگی خود برای همسالانش می‌شود و یا دوستان و همسالان با تاثیر در یک‌دیگر تصمیم به مهاجرت به کشورهای دیگر را می‌گیرند.^{۳۴}

۴/۶. سود آور بودن قاچاق انسان

با افزایش مهاجرت از کشورهای فقیر و جنگ زده به کشورهای توسعه یافته به‌خصوص به اتحادیه اروپا، قاچاق مهاجران کسب و کار جذاب و پرسود برای شبکه‌های قاچاق شده است. براساس گزارش‌ها شبکه‌های جنایی قاچاق انسان، درآمد قابل توجهی از قاچاق مهاجران بدست می‌آورند. به‌طوری که تنها در سال ۲۰۱۵ درآمد این شبکه‌ها بین ۳ تا ۶ میلیارد یورو بوده است و چنانچه حجم مقیاس بحران مهاجرت‌ها در سال‌های آینده به‌همین صورت ادامه یابد این گزارش مالی دو برابر یا سه برابر خواهد شد.^{۳۵}

به‌طور کلی مهم‌ترین عوامل رشد قاچاق انسان در افغانستان را به‌صورت زیر می‌توان برشمرد: فقر و بی‌کاری، جنگ و نا امنی، گسترش کشت و قاچاق مواد مخدر، فساد اداری و مالی، فساد در دستگاه امنیتی و پلیس، ضعف در حاکمیت قانون، ناتوانی نیروهای امنیتی، خشونت‌های خانوادگی، رسوم و سنت‌های اجتماعی ضد انسانی از قبیل خرید و فروش دختران

34. Why Do Children Under Take the Unaccompanied Journey? Ibid.

35. Europol Public Information, Migrant Smuggling in The EU (February 2016) p6.

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان/ ۳۴۷

و یا وجه المصلحه قراردادن آن‌ها، تبعیضات جنسیتی و قومی و مذهبی، گسترش مهاجرت‌های غیرقانونی، سودآور بودن انواع مختلف قاچاق انسان از قبیل تجارت سکس و فروش نیروی کار قربانیان.^{۳۶}

۵. اقدامات دولت در مقابله با قاچاق انسان

با وجود گستردگی انواع قاچاق انسان در افغانستان، این کشور از جمله کشورهایی است که از کم‌ترین معیارهای مبارزه با قاچاق انسان برخوردار است. هرچند در سال‌های اخیر تلاش‌های قابل توجهی از سوی حکومت افغانستان در مبارزه با قاچاق انسان صورت گرفته اما متأسفانه این زمینه نتایج چشم‌گیری حاصل نشده است و افغانستان هنوز در رده دوم کشورها از نظر قاچاق انسان قرار دارد.^{۳۷}

دولت برای مقابله با قاچاق انسان، در زمینه قانون‌گذاری اقدامات موثری انجام داده است به‌طوری که در ژانویه ۲۰۱۷ با اصلاح قانون مقابله با اختطاف و قاچاق انسان ۱۳۸۷ و تبدیل این قانون به قانون مقابله با جرائم قاچاق انسان و قاچاق مهاجران به تعریف و جرم‌انگاری قاچاق انسان و قاچاق مهاجران مطابق با پروتکل‌های بین‌المللی و همچنین پدیده بچه بازی به‌عنوان یک جرم کیفری و اجرایی کردن آن‌ها، اراده جدی خود را در امر مبارزه با قاچاق انسان نشان داده است.^{۳۸}

قانون جدید مقابله با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، تمام اشکال قاچاق انسان را ممنوع کرده و در ماده دوم اهداف خود را چنین بیان می‌دارد:

- ۱- مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران
 - ۲- حمایت از مجنی‌علیه جرم قاچاق انسان بخصوص زنان و اطفال و مهاجران قاچاق شده.
 - ۳- تعیین مجازات مرتکبین جرائم قاچاق انسان و قاچاق مهاجران
 - ۴- تأمین هماهنگی و همکاری بین‌المللی در امر مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران^{۳۹}
- با توجه به اهداف ذکر شده در صورتی که این قانون در کشور اجرایی شود تا حد زیادی در برخورد و مبارزه با عوامل قاچاق انسان و کاهش میزان آن موثر خواهد بود.

۳۶. بررسی علل وعوامل قاچاق زنان و کودکان در افغانستان، همان

37. Department of State, Trafficking in Persons Report, (June 2016) p56.

38. Ibid..

۳۹. قانون مقابله با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران اصلاحیه قانون ۱۳۸۷، ماده ۲.

براساس قانون فوق الذکر، استفاده از زور یا تهدید و انواع دیگر اجبار یا فریب به هدف بهره‌برداری از شخص جرم است و شامل اشکال مختلف استعمار می‌باشد که فراتر از آن‌هایی است که در پروتکل قاچاق انسان ۲۰۰۰، آمده است؛ مانند ممنوعیت آزمایش‌های پزشکی و مجبور کردن فرد به انجام دیگر فعالیت‌های غیرقانونی و همچنین شامل مبارزه با عمل بچه بازی نیز می‌باشد و خوشبختانه این اولین بار است که به طور قانونی و رسمی با این جنایت مقابله شده و عاملین آن مجازات می‌شود.^{۴۰}

همچنین دولت در یک سال گذشته به طور جدی اقدام به تحقیق، پیگرد و محاکمه قاچاق چیان انسان نموده و هم‌چنین برای نخستین بار مقاماتی را در ارتباط با بچه‌بازی بازداشت و مجازات کرده است.^{۴۱}

براساس گزارش‌ها، از مارچ ۲۰۱۵ تا فوریه ۲۰۱۶ دولت گزارش ۷۰ محاکمه قاچاق انسان را داده است که منجر به ۴۶ فیصله با احکام حبس از سه ماه تا ۱۵ سال بوده که نسبت به رسیدگی‌های گزارش شده در سال ۲۰۱۴ دو برابر شده است.^{۴۲}

هم‌چنین در جریان سال ۲۰۱۷ دولت دستگیری ۱۰۳ تن قاچاق‌چیان و محاکمه ۶۳ نفر را گزارش داده است. در ۳۳ مورد از محکومیت‌ها احکام از سه ماه تا ده سال حبس صادر شده است و برای ۳۰ مورد دیگر حکم یک سال حبس یا بیشتر داده شده است.^{۴۳}

علاوه بر آن دولت در وزارت داخله یک مرکز ضد قاچاق انسان و قاچاق مهاجران ایجاد کرده است. هم‌چنین دولت با حمایت مالی یک نهاد بین‌المللی یک خانه امن را برای قربانیان قاچاق انسان در کابل ایجاد کرده است. علاوه بر آن دولت ۱۵ واحد حفاظت از کودکان در ولایات مختلف گشوده است که از سربازگیری ۳۰۰ کودک در نیروهای امنیتی افغانستان در سال ۲۰۱۶ جلوگیری کرده است.^{۴۴} اما متأسفانه به علت دست داشتن بعضی از مقامات دولتی در سوء استفاده جنسی از کودکان و سربازگیری آن‌ها در نیروهای امنیتی هم‌چنان به عنوان یک مشکل بزرگ باقی مانده است.^{۴۵} با وجود همه این تلاش‌ها دولت هنوز نتوانسته در بسیاری از بخش‌های کلیدی مبارزه با قاچاق انسان حداقل اقدامات را انجام دهد.

40. Trafficking in Persons Report, (June 2017) Ibid.

41. Ibid.

42. Department of State, Trafficking in Persons Report, June 2016, Ibid.

43. Ibid.

44. Ibid.

45. Ibid.

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان/ ۳۴۹

در کل تلاش‌های دولت برای حفاظت از قربانیان کافی نبوده و از چندین مرکز حفاظت از قربانیان تنها یکی از آن‌ها فعال می‌باشد و به دلیل نبود مراکز حمایتی، پلیس قربانیان را پس از کشف و شناسایی به بازداشت‌گاه‌ها و کودکان را به مراکز بازپروری و یتیم‌خانه‌ها می‌فرستند که این کار احتمال قاچاق مجدد آن‌ها را افزایش می‌دهد. هم‌چنین دولت معیارهای مشخصی برای تشخیص قربانیان و ارجاع آن‌ها به مراکز درمانی ایجاد نکرده است و در بسیاری از موارد قربانیان قاچاق به‌عنوان مجرم دستگیر شده و به زندان می‌افتند.^{۴۶}

۶. اشخاصی که در افغانستان در قاچاق انسان و قاچاق مهاجران نقش دارند

با افزایش تقاضا از سوی مردم برای مهاجرت غیرقانونی به کشورهای دیگر، زمینه فعالیت قاچاق‌چیان و افراد سودجو در جامعه چند برابر شده است. براساس برخی گزارش‌ها، جنگ سالاران و گروه‌های مافیایی داخلی دارای نقش فعال در قاچاق انسان می‌باشند. شبکه‌های سازمان‌یافته قاچاق انسان در خارج از کشور و واسطه‌های آن‌ها در داخل نیز، قاچاق انسان را سازماندهی می‌کنند. همچنین برخی آژانس‌های مسافرتی نیز نقش و فعالیت عمده‌ای در قاچاق انسان دارند. عده زیادی از مردم بر این نظر هستند که برخی مقامات دولتی و افراد پلیس نیز در مهاجرت غیرقانونی مشارکت دارند و روند قاچاق انسان را تسهیل می‌کنند.^{۴۷}

۷. راه‌های مهاجرت و کشورهای مقصد برای مهاجرین و قربانیان قاچاق انسان

تحقیق سازمان بین‌المللی مهاجرت درباره قاچاق انسان در افغانستان، نشان داده است که اکثر مهاجران ۷۵ درصد به ایران و پاکستان و از طریق نقاط مرزی غیررسمی و بدون اسناد سفر معتبر قاچاق شده بودند. اکثر آن‌ها به صورت پیاپی از مرز عبور داده شده و تعداد کمی از آن‌ها با وسایل حمل و نقل انتقال داده شده‌اند. اکثر قربانیانی که به ایران قاچاق شده بودند اشاره کردند که قبایل بلوچ در هر دو سوی مرز ایران و افغانستان در این روند انتقال غیرقانونی دخیل بودند.^{۴۸}

در تحقیقی دیگر که در مورد حرکت‌های بین مرزی افغانستان و پاکستان صورت گرفته، مشاهده شده است که هر روز صدها قاچاقچی با موترها یا موتورسیکلت‌های خود در نقطه مرزی spin boldak منتظر بودند تا مسافران را از شهرک اسپین بولدک به نقطه مرزی اصلی حمل کنند

46. Ibid..

47. Factor of Human Trafficking and Illegal Migration in Afghanistan (2016) p19.

48. Afghanistan Migrant Profile (2014) p109.

البته در این منطقه با توجه به فقدان کنترل مرزی و فاصله کوتاه آن، اکثر مهاجران بدون استفاده از قاچاقبران و خود به تنهایی از این مرز عبور می‌کردند.^{۴۹} اما برای مهاجرت به کشورهای دورتر، مهاجران مجبورند به قاچاقبران وابسته باشند و سفر خود را با آنها تنظیم کنند. براساس گزارش‌ها پلیس اندونزی در مارس ۲۰۱۱، ۴۳ افغان را که سعی داشتند به طور غیرقانونی به استرالیا برسند دستگیر کرد.^{۵۰}

همچنین گروهی از مهاجران افغان از افغانستان به جاکارتا از طریق هوایی سفر کرده و با اتوبوس به جزیره مادورا رفته اند تا ادامه سفر را با قایق بروند. این مسیر پیچیده و خطرناک است.^{۵۱} همچنین صدها افغان که از مالزی به استرالیا برده شده بودند و درخواست پناهندگی آنها رد شد، به جزایر نائورو و مانوس در اقیانوس آرام منتقل شدند.

مهاجران اغلب از مرز افغانستان و پاکستان عبور می‌کنند و از طریق نقاط مرزی عراق، ایران و یونان با کشتی به ایتالیا برده می‌شوند. اتحادیه اروپا نیز به عنوان مقاصد مطلوب برای قاچاق مهاجران غیرقانونی عملایی حد و مرز به جز برخی از کشورها که به لحاظ فیزیکی منزوی می‌باشد مانند یونان، انگلستان و ایرلند دیگر کشورهای اتحادیه اروپا به هم مرتبط می‌باشند^{۵۲} و از طریق یکی از آنها می‌توان به راحتی به دیگر کشورهای اتحادیه اروپا سفر کرد. کشورهای مقصد نهایی در اروپا شامل بلژیک آلمان، سوئد، فرانسه و اتریش می‌باشد.^{۵۳} مهاجران افغان گزارش دادند که آنها برای قاچاق از افغانستان به ایتالیا ۳۰۰۰ تا ۳۵۰۰ یورو پرداخت می‌کنند.^{۵۴}

علاوه بر آن، در حال حاضر مسیرهایی که از دریای اژه و دریای مدیترانه عبور می‌کنند، بیشترین تعداد مهاجران غیر قانونی را به اتحادیه اروپا می‌رسانند. تعداد قابل توجهی از شبکه های قاچاق، انتقال مهاجران را از ترکیه و شمال آفریقا به یونان و ایتالیا تسهیل می‌کنند. مهاجرت به اروپا از طریق مسیرهای دریایی نیز صورت می‌گیرد.

۱/۷. مسیر ورود دریای مدیترانه شرقی

در حال حاضر بیشترین تعداد مهاجران غیرقانونی به یونان وارد می‌شوند و از یونان به مقصدهای

49. Ibid, p110.

50. Ibid.

51. (Jakarta Global 2011).

52. E.R. kleemans GH.G. vandebunt The Social Organization of Human Trafficking, p6.

53. Afghanistan Migrant Profile (2014) p110.

54. Ibid.

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان/ ۳۵۱

مورد نظر خود، در یکی از سه مسیر مختلف سفر می کنند. عبور از طریق بالکان غربی برای ورود مجدد به اروپا در کرواسی و به میزان کمتر از طریق مجارستان، بلغارستان، رومانی و یا دریای ایتالیا می باشد.^{۵۵}

۷/۲. مسیر ورودی مدیترانه مرکزی

مسیر دوم دریایی ایتالیا است که دومین کشور از نظر مسیر ورود مهاجران غیر مجاز به اتحادیه اروپا می باشد. پس از رسیدن به جنوب ایتالیا، مهاجران معمولاً از میلان خارج می شوند تا از طریق سوئیس، اتریش و آلمان به مقصد اروپا سفر کنند. برای رسیدن به مقاصد در اروپای غربی، مهاجران از طریق فرانسه سفر می کنند. هم چنین مهاجران در امتداد ورودی دریای مدیترانه به اروپا، وارد اسپانیا می شوند با این حال این مسیر کمتر از مسیرهای ورودی دریای مدیترانه شرقی و جنوبی^{۵۶} می باشد.

۷/۳. مسیرهای زمینی و هوایی

برای مهاجران غیرقانونی، مسیر شمال به اتحادیه اروپا از طریق روسیه و سپس نروژ می باشد. استفاده از این مسیر توسط مهاجران از اواخر سال ۲۰۱۵ افزایش یافته است.^{۵۷} تعداد کمی از مهاجران نیز در مسیر ورود به شرق، بعد از طی مسیر طولانی در دریای بالتیک، قبل از سفر به کشورهای مقصد از طریق لهستان، وارد یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا در دریای بالتیک می شوند.

قاچاق مهاجران از طریق هوایی نیز در حال حاضر روشی است که کمتر استفاده می شود، اما در آینده به دلیل افزایش کنترل در مسیرهای زمینی و دریایی احتمالاً جذاب تر خواهد شد. به طور کلی سفر هوایی به عنوان یک روش امن تر اما گران تر از سفرهای دیگر است که شانس موفقیت را افزایش می دهد. پروازها را می توان به عنوان بخشی از یک سفر کامل به طور مستقیم از کشور مبدا به اتحادیه اروپا یا از طریق چند کشور قبل از رسیدن به مقصد رزرو کرد. قاچاق مهاجران از طریق هوا معمولاً با جعل مدارک همراه است.^{۵۸}

55. Migrant Smuggling in The EU (February 2016) p6.

56. Ibid.

57. Ibid.

58. Ibid, p7.

به عنوان مثالی از قاچاق مهاجران از مسیر هوایی می توان کشور هلند را نام برد که به عنوان یک کشور چند قومیتی و با سیاست های پناهندگی سهل گیرانه خود یک کشور ترانزیت مهم است برای قاچاق مهاجران غیر قانونی از طریق مسیر هوایی به کشورهای انگلستان، اسکاندیناوی، کانادا و ایالت متحده آمریکا.^{۵۹}

نتیجه گیری

همان طوری که بیان شد، افغانستان به عنوان کشوری که سال ها درگیر جنگ و نا امنی است و بی ثباتی سیاسی و اقتصادی جامعه را دست خوش فقر و بحران کرده است، لذا از نظر رشد و افزایش قاچاق انسان وضعیت وخیمی دارد و اشکال مختلف قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و قاچاق داخلی و بین المللی به طور بی رویه ای در این کشور جریان دارد. همان طور که در متن این نوشتار ذکر شد نا امنی و بی ثباتی اقتصادی و سیاسی، فساد در دستگاه پلیس و مقامات حکومتی، عدم حاکمیت قانون و عدم کنترل مرزها از مهم ترین عواملی هستند که باعث قاچاق مهاجران به کشورهای ایران، پاکستان و کشورهای اروپایی و آمریکایی شده است. با توجه به این که دولت در سال های اخیر اقدامات جدی و موثری در خصوص قانون گذاری و اجرایی، برای مقابله با قاچاق انسان انجام داده است اما هنوز موفقیت چشم گیری در مقابله با این معضل بدست نیاورده و براساس گزارش ها افغانستان هنوز از کم ترین مکانیزم های مقابله با قاچاق انسان برخوردار است. هم چنین این کشور هنوز در رده دوم کشورهای جهان از نظر قاچاق انسان قرار دارد. لذا برای مقابله با این چالش بزرگ و معضل شوم نیاز به همکاری جدی و موثر دولت و ملت به صورت طولانی مدت و دوامدار و هم چنین همکاری کشورهای دیگر ضروری می باشد.

پیشنهاداتی برای دولت و سازمان های بین المللی برای پیش گیری و مقابله با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران

- تطبیق و اجرای کامل قانون مقابله با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران توسط دولت
- فراهم نمودن شرایط مهاجرت قانونی شهروندان با انعقاد معاهدات و توافقات بین المللی با کشورهای مهاجر پذیر در جهت همکاری کشورها در مقابله با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران
- فراهم نمودن شرایط کار و تحصیل و همچنین برقراری نظم و امنیت در کشور

بررسی رابطه مهاجرت و قاچاق انسان با تاکید بر افغانستان/ ۳۵۳

- دستگیری و محاکمه عاملین قاچاق انسان و قاچاق مهاجران که در قاچاق انسان و بچه‌بازی دست داشتند. بخصوص مقامات دولتی که در این امر دخیل می‌باشند.
- ممنوعیت استخدام و استفاده از کودکان توسط پلیس و نیروهای امنیتی .
- توقف مجازات قربانیان برای جرایم ارتكابی که نتیجه مستقیم قاچاق بوده است.
- تقویت ظرفیت کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و تقویت ظرفیت واحد مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران وزارت داخله از جمله افزایش تعداد کارمندان در هر منطقه.
- دادن آگاهی و آموزش‌های لازم به جامعه به خصوص مناطق روستایی در مورد قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و تهدیدات و خطرات ناشی از آن، از طریق رادیو، تلویزیون و دیگر شبکه‌های اجتماعی .
- ارایه آموزش‌های لازم به وکلای مدافع، خازن‌الان و قضات جهت تشخیص قضایای قاچاق انسان و مطابقت آن با قانون مقابله با قاچاق انسان با تاکید بر جلوگیری از مجازات قربانیان.
- فراهم نمودن شرایط حمایت و حفاظت از قربانیان قاچاق انسان و قاچاق مهاجران به خصوص خدمات صحتی، ارایه مشاوره‌های روانشناسی و حقوقی به قربانیان قاچاق بر مبنای قانون مبارزه با قاچاق انسان و مهاجران.
- ایجاد پالیسی‌ها و برنامه‌ها جهت کاهش آسیب پذیری خانواده‌ها در مقابل قاچاق انسان، خصوصاً فقر، آوارگی و مهاجرت.
- ایجاد طرزالعمل‌های موثر برای پلیس و بخصوص پلیس سرحدی در زمینه شناسایی، تحقیق و ثبت قضایای قاچاق
- فراهم نمودن ارتباط و توافق با کشورهای دیگر برای همکاری و رسیدگی به جرایم قاچاق انسان و قاچاق مهاجران در سطح بین‌المللی از طریق همکاری بین پلیس دو کشور و شریک ساختن معلومات میان دستگاه‌های قضایی

منابع و ماخذ

۱. سرآمد محمد حسین واحمدی سید جعفر «بررسی علل و عوامل قاچاق زنان و اطفال در افغانستان»، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان ۱۳۹۰ ص ۸.
۲. مجد، محمد علی، «مقابله با قاچاق انسان از طریق دریا»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه تهران ۱۳۸۸، ص ۱۷.
۳. پروتکل مقابله با قاچاق مهاجران از طریق زمین، هوا و دریا، ماده ۳، الحاقی به کنواسیون پالمو ۲۰۰۰.
۴. گزارش وزارت خارجه آمریکا از وضعیت قاچاق انسان در جهان، ۲۰۱۶.
- ۵- چانگ جانی، ترجمه محمد رحمتی، «پیش گیری از قاچاق انسان در اقتصاد جهانی»، مجله تعالی حقوق، سال چهارم، شماره های ۱۳ و ۱۴، ۱۳۹۰، ص ۲۲۱.
- ۶- افروغ عبدالمحمد و زارعی مصطفی، «بررسی پدیده قاچاق انسان در قوانین ایران و حقوق بین الملل و تاثیر متقابل مهاجرت بر آن»، «علوم اجتماعی، مطاعات بین المللی پلیس، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۹۴ ص ۳۱.
- ۷- حسینی، اکرم السادات، «بررسی تعهدات بین المللی دولت ها در ارتباط با حقوق بیگانگان (با تاکید بر حقوق قربانیان) قاچاق انسان و مهاجران غیر قانونی»، «پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، ۱۳۹۲، ص ۸۴.
- ۸- گزارش وزارت خارجه آمریکا از قاچاق انسان در جهان ۲۰۱۷.
- ۹- قانون مقابله با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران اصلاحیه قانون، ۱۳۸۷.
- ۱ Afghanistan migrant profile, ۲۰۱۴
- ۲ trafficking in person's report, June ۲۰۱۶, department of state, United States of America, p۳۷
- ۳ Old practice, new chains, modern slavery in Afghanistan.
- ۴ Why do children under take the unaccompanied journey? By Chona R. Echavez & ather, AREU & UNHCR, ۲۰۱۴.
- ۵ Factor of human trafficking and illegal migration in Afghanistan ۲۰۱۶, by USAID
- ۶ Migrant smuggling in the EU February ۲۰۱۶.p۶
- ۷ Trafficking in person's report, June ۲۰۱۷, department of state, United States of America.
- ۸ The social organization of human trafficking, by E.R. kleemans GH.G. Vandebunt

فهرست منابع:

الف- کتب و پایان نامه‌ها

۱. ابو زهره محمد، احکام التركات و الموارث (قاهره، دارالفکر العربی، ۱۹۴۹).
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف علوم اسلامی (جلد ۲، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۱).
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط (جلد ۳، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸).
۴. شوقی محمد صلاح، نظریه الظاهر فی القانون المدنی (القاهره، ناشر دارالفکر العربی، ۲۰۰۲).
۵. عبدالباسط جمیع، نظریه الاوضاع الظاهره (رساله مقدمه لکلیه حقوق، القاهره، ۱۹۵۵).
۶. غزالی ابو حامد محمد، المستعفی من علم الاصول (جلد اول، تهران، نشر احسان، ۱۳۸۲).
۷. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط (جلد ۴، درالجبل، بیروت، ۱۹۸۰).
۸. کاتوزیان ناصر، مقدمه علم حقوق (چاپ ۳۶، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲).
۹. نعیمه علیان نژادی، تئوری ظاهر در حقوق خصوصی ایران (پایان نامه ماستری، ۱۳۹۱، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان).

10. Shavell Steven, Foundation of Economic Analysis of Law, (Harvard University Press, 2004).

ب- مقالات

۱. افتخار جهرمی گودرز و شهبازی نیا مرتضی، بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا، (مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۰، بهار ۱۳۸۳).
۲. امینی منصور و عبدی مونا، بررسی تطبیقی- اقتصادی نظریه نمایندگی ظاهری، مطالعات حقوق تطبیقی، (دوره ۶، شماره ۱، تهران، بهار و تابستان ۱۳۹۴).
۳. عبدالباسط جمیع، الوكالة الظاهره، مجله العلوم القانونیه و الاقتصادیه، (العدد الثانی، السنه الخامسه، القاهره، ۱۹۶۳).
۴. نادر پورارشاد، ربیعا اسکینی، نجاد علی الماسی، مرتضی شهبازی نیا، نظریه ظاهر مطالعه در حقوق خارجی و ایران، مدرس علوم انسانی، پژوهش های حقوق تطبیقی، (دوره ۱۴، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹).
۵. نسرین طباطبایی حصاری، وصف تجریدی نظام ثبت املاک بر مبنای تئوری اعتماد عمومی، مطالعات حقوق تطبیقی، (دوره ۵، شماره ۲، تهران، خزان و زمستان ۱۳۹۳).

مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان

نظام‌الدین عبدالله^۱

چکیده

موضوع مورد بحث این مقاله مسئولیت مدنی دولت است. در مورد مسئولیت مدنی دولت ماده ۵۱ ق. تصریح می‌نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند [...]». در خصوص این ماده سؤال‌های ذیل مطرح است:

(۱) مسئولیت مدنی دولت چیست؟

(۲) اسباب مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان چیست؟

(۳) آیا اعمال دولت در نظام حقوقی افغانستان تعریف و دسته‌بندی شده است؟

(۴) دولت افغانستان در کدام اعمال مسئولیت مدنی دارد؟

مسئولیت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست و مواخذه است. مسئولیت مدنی دولت عبارت از پاسخگو بودن دولت در برابر ضرر‌هایی است که به اشخاص حقیقی و حکمی خصوصی وارد نموده است.

در رابطه به مبنای مسئولیت مدنی دولت دو نظریه وجود دارد: نظریه تقصیر و خطر. طرفداران نظریه تقصیر بر این باور اند که: دلیل مسئولیت عامل زیان این است که او مرتکب تقصیر شده و فعل و یا ترک فعل عمدی وی سبب ورود خسارت به غیر گردیده است و براساس قواعد مسلم اخلاقی زیان رساننده از روی عمد، مورد نکوهش و مذمت است و در برابر زیان دیده مسئول است و باید جبران خسارت را بپردازد. در این نظریه، وجود رابطه سببیت میان خسارت و تقصیر ضرور است. مفهوم مخالف این نظریه این است که کسی که از روی عمد و مقصرانه زیان وارد نکند، ملزم به جبران خسارت نیست. طرفداران نظریه خطر بر این عقیده اند که هر کس به فعالیتی می‌پردازد، پیرامون خود محیط خطرناکی ایجاد می‌کند. او از محیط خطرناکی که ایجاد کرده است سود می‌برد. بنابراین، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز متحمل شود. چون مقتضای عدالت و انصاف این است که هر کس خطرات

۱. استادیار حقوق (Assistant professor of law) در دانشگاه آمریکایی افغانستان.

زیان‌های ناشی از آن را نیز متحمل شود و منصفانه نیست که زیان دیده خسارت ناشی از عمل غیر را تحمل نماید.

اعمال دولت هنوز در قوانین افغانستان تعریف و دسته‌بندی نشده است. حقوق‌دانان در تعریف اعمال دولت می‌گویند: اعمال دولت مجموعه فعالیت‌ها و تصمیماتی است که دولت برای تأمین منفعت، نظم و امنیت و ارایه خدمات عمومی براساس قوانین و مقررات انجام می‌دهد، مانند: قانون‌گذاری، انعقاد قرارداد، اتخاذ تصمیم اداری، قضاوت و امثال اینها. حقوق‌دانان اعمال دولت را به اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری، اعمال سیاسی، اداری و قضایی و اعمال ملی و محلی تقسیم می‌نمایند. چون اعمال دولت در قوانین افغانستان دسته‌بندی نشده است، هنوز به طور قطع نمی‌توان گفت که دولت در کدام اعمال مسئولیت مدنی دارد و در کدام اعمال ندارد.

از زمان انفاذ ق. ۱۳۴۳ (۱۹۶۴) مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان پذیرفته شده است، اما مبنای دسته‌بندی اعمال دولت، نوع ضرر اعم از مادی، معنوی، مختلط و عدم النفع، جبران خسارت اعم از خسارت مادی، معنوی، مختلط و عدم النفع، بار اثبات مسئولیت مدنی دولت، مسئولیت مدنی قراردادی و مسئولیت مدنی غیرقراردادی (قهری) دولت و سایر مسایل مربوط به مسئولیت مدنی دولت هنوز جایگاه روشن در نظام حقوقی افغانستان ندارد. برای فراهم کردن زمینه‌های تطبیق ماده ۵۱ ق. ۱ تدوین قانون مسئولیت مدنی دولت مانند ایالات متحده آمریکا و جمهوری اسلامی ایران قابل توصیه به نظر می‌رسد.

لغات کلیدی: مسئولیت مدنی، دولت، اعمال دولت، ضرر، جبران خسارت

مقدمه

موضوع مورد بحث این مقاله مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان است. در خصوص مسئولیت مدنی دولت ماده ۵۱ ق. ۱ تصریح می‌نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند. به استثنای حالاتی که در قانون تصریح گردیده است، دولت نمی‌تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند». نص این ماده ناظر بر مسئولیت مدنی دولت است. تحلیل این ماده به دلیل عدم موجودیت قانون عادی و یا قانون خاص که قواعد مربوط به مسئولیت مدنی دولت را در نظام حقوقی افغانستان تنظیم نماید، مشکل به نظر می‌رسد. باوجوداین، در این نوشتار سعی بر این است تا در چهارچوب حقوق مقایسوی و نظریه‌های عمومی مسئولیت مدنی

این ماده تحلیل شود. در خصوص این ماده هفت سؤال مطرح است:

اول این که مسئولیت مدنی دولت چیست؟

دوم این که این مفهوم در کدام زمان وارد نظم حقوقی افغانستان شده است؟

سوم این که اسباب مسئولیت مدنی دولت چیست؟

چهارم این که در کدام اعمال دولت مسئولیت مدنی دارد؟

پنجم این که اتباع می توانند از طریق کدام دعوی علیه دولت اقامه دعوی نمایند؟

ششم این که مراجع رسیدگی و صدور حکم در مورد مسئولیت مدنی دولت کدام است؟ و

هفتم این که بار اثبات مسئولیت مدنی دولت بر عهده کیست و اثر مسئولیت مدنی دولت

چیست؟

در نظام حقوقی افغانستان تا اکنون در باره موضوع تحقیق، پژوهش دقیق صورت نگرفته است. در برخی کتاب ها که به صورت فرعی به بحث پیرامون مسئولیت مدنی دولت پرداخته شده است، عبارت اند از: کتاب حقوق اداری اثر آقای سرور دانش، حقوق اداری افغانستان اثر دکتر عبدالعلی محمدی و پایان نامه ماستری اثر آقای سیف الرحمن ستانکزی. تفاوت این مقاله با کتاب های مذکور این است که در این مقاله مسئولیت مدنی دولت در روشنایی ماده ۵۱ ق. ۱ از نظر حقوق عامه نه مدنی مورد بحث قرار گرفته است.

از نظر روش تحقیق، از روش توصیفی - تحلیلی در این مقاله استفاده به عمل آمده است. از نظر الگوی تحقیق، از الگوی کیفی استفاده صورت گرفته است. از نظر جمع آوری اطلاعات، از روش جمع آوری اطلاعات کتاب خانه ای استفاده صورت گرفته است.

مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان را در هفت مبحث مورد بحث قرار می دهیم: ابتدا به صورت عام مسئولیت و انواع مسئولیت را مورد بحث قرار می دهیم زیرا مسئولیت مدنی دولت یکی از انواع مسئولیت است که دانستن آن مستلزم دانستن مسئولیت است (۱). به تعقیب آن پیشینه مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان را مورد بحث قرار می دهیم (۲). سپس اسباب مسئولیت مدنی دولت را مورد مطالعه قرار می دهیم (۳). در ادامه به پاسخ این سؤال می پردازیم که دولت در کدام عمل مسئولیت مدنی دارد (۴). سپس دعوی اداری و انواع آن را مورد بحث قرار می دهیم (۵). متعاقب دعوی اداری مراجع رسیدگی به دعوی اداری را مورد بحث قرار می دهیم (۶) و بعد از آن بار اثبات و اثر مسئولیت مدنی دولت را مورد بحث قرار خواهیم داد (۷). در اخیر هم نتیجه گیری پیرامون پرسش های مطرحه و پیشنهاد در این مقاله خواهیم داشت.

۱. تعريف و انواع مسؤوليت

مسؤوليت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست، مواخذه، ضمانت و ضمان است.^۲ به طور عموم کسی که سؤال می‌کند را سائل (سوال کننده) و شخصی که از او سؤال می‌شود را مسؤول می‌گویند. به وضعیت شخص مسؤول، مسؤولیت می‌گویند. در اصطلاح حقوقی مسؤول کسی است که از وی بازخواست و سؤال کنند و در مقابل دیگران پاسخگوی فعل و یا ترک فعل خویش باشد. امروزه مسؤولیت به دلیل اهلیت، شخصیت و عقل مختص انسان‌ها است. بنابراین، حیوانات، نبات و جمادات موجودات مسؤول نیستند زیرا حیوانات، نباتات و جمادات موجودیت‌های تکلیف پذیر نیستند. صرف انسان‌ها موجودیت‌های مسؤولیت پذیر اند. باوجوداین، با در نظر داشت «اصل برائت» اصل این است که ذمه اشخاص از هر نوع مسؤولیت مدنی، جزایی، اداری، اساسی، اخلاقی و دینی بری است. استثنای این اصل مسؤولیت است که در اثر نقض قواعد متوجه اشخاص می‌شود. قواعدی را که اشخاص ممکن است نقض نمایند، قواعد دینی، اخلاقی، عرفی، سیاسی، اداری، جزایی و مدنی است. نتیجه نقض این قواعد مسؤولیت دینی، مسؤولیت اخلاقی، مسؤولیت عرفی، مسؤولیت سیاسی، مسؤولیت اداری، مسؤولیت جزایی و مسؤولیت مدنی است. برخی از این مسؤولیت‌ها حقوقی اند مانند مسؤولیت سیاسی، جزایی، اداری و مدنی و برخی مسؤولیت‌های غیر حقوقی اند. مسؤولیت غیر حقوقی، مسؤولیتی است که نمی‌توان تطبیق ضمانت اجرای آن را از محکمه مطالبه کرد. مسؤولیت غیر حقوقی به مسؤولیت دینی، اخلاقی و عرفی تقسیم می‌شود.

مسؤولیت دینی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر خداوند است.^۳ در صورت نقض احکام دینی دو نوع مسؤولیت متوجه نقض کننده احکام می‌شود: مسؤولیت دنیوی که مجازات دنیوی است و مسؤولیت اخروی که شخص مسؤول در قیامت مواخذه و مجازات خواهد شد. البته، این امر بستگی به سکولار و دینی بودن نظام دارد. در نظام‌های سکولار فرد مسؤول صرف مسؤولیت اخروی دارد، اما در نظام‌های دینی فرد مسؤول امکان دارد هم مسؤولیت دنیوی و هم مسؤولیت اخروی داشته باشد. به حیث مثال، در صورت ارتکاب قتل و یا زنا در نظام‌های دینی اسلامی فرد هم مسؤولیت جزایی و هم مسؤولیت اخروی دارد.

۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۳، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴) ص ۱۸۳۹.

۳. حسن بادینی، فلسفه مسؤولیت مدنی، (چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) ص ۲۵.

مسئولیت اخلاقی مسئولیتی است که قانونگذار متعرض آن نشده باشد، مانند: مسؤول بودن انسان نسبت به خود یا خدای خویش.^۴ به عبارت دیگر: مسئولیت اخلاقی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر وجدانش است.^۵ مسئولیت اخلاقی در اثر نقض قواعد اخلاقی متوجه انسان می‌شود. برخی مصداق‌های نقض قواعد اخلاقی دروغ گفتن، عدم اطاعت از پدر و مادر، داشتن سلوک زشت با مردم و نظیر این‌ها است. ضمانت اجرای مسئولیت اخلاقی، ضمانت اجراهای اخلاقی است مانند پشیمانی، ندامت و شرم‌سار بودن انسان در برابر وجدانش. مسئولیت عرفی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر عرف و عادات و جامعه است. این مسئولیت در اثر نقض قواعد عرفی متوجه شخص می‌شود. برخی مثال‌های قواعد عرفی داشتن حسن سلوک با مهمان، پذیرایی مهمان، دعوت دوستان نزدیک به محفل عقد ازدواج و نظیر این‌ها است. جزای نقض قواعد عرفی، قطع روابط مردم با شخصی است که قواعد عرفی را نقض نموده است، گله کردن از وی و در نتیجه انزوای ناقض قواعد عرفی است. مسئولیت حقوقی «تکلیف وارد کننده زیان نسبت به پاسخگویی به زیان در برابر محکمه و بر عهده گرفتن آثار مدنی، جزایی و... آن است اعم از این که چنین تکلیفی در مقابل زیان دیده باشد و یا جامعه.» طبق این تعریف مسئولیت به مسئولیت مدنی، جزایی و... تقسیم می‌شود.^۶ بنابراین، در عالم حقوق مسئولیت حقوقی به انواع ذیل تقسیم می‌شود:

۱) **مسئولیت مدنی:** ظاهراً مسئولیت مدنی قدیمی ترین نوع مسئولیت بوده است. مسئولیت مدنی عبارت است از: «وظیفه حقوقی است که شخص در برابر دیگری به انجام یا ترك عملی دارد اعم از این که منشأ آن عمل حقوقی و یا احکام قانونی باشد.»^۷ به عبارت دیگر: مسئولیت مدنی عبارت است از تعهد به جبران خسارت توسط ضرر زننده به زیان دیده (متضرر) در اثر عدم اجرای عقد، اجرای با تأخیر عقد و حوادث حقوقی. هدف از مسئولیت مدنی جبران خسارت زیان‌دیده و تسلی ظاهری وی، مجازات خطاکار و بازداشتن وی و دیگران از ارتکاب مجدد فعل زیانبار و ایجاد صلح و ثبات و برقراری اخلاق خاص در جامعه است. برخی از این اهداف متوجه زیان‌دیده، برخی دیگر متوجه جامعه و برخی نیز متوجه سایر وارد کنندگان زیان بالقوه و جامعه

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲) ص ۶۴۲.

۵. حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی (چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) ص ۲۵.

۶. همان، صص ۲۷ و ۲۸.

۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴)، صص ۱۸۳۹ و ۱۸۴۰؛ و عباس خواجه پیری، حقوق مدنی (۴) موجبات مسئولیت مدنی و آثار آن (چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۵) صص ۳ و ۴.

به طور کلی است.^۸ از آنچه گفته شد به خوبی واضح می گردد که مسئولیت مدنی دو نوع است: مسئولیت مدنی عقدی و مسئولیت مدنی غیر عقدی. مسئولیت مدنی قراردادی که ناشی از عدم اجراء یا سوء اجرای عقد است، و مسئولیت مدنی غیر قراردادی که ناشی از عدم اجرای تعهدات قانونی و زیان زدن به دیگران است^۹ مانند: غضب و اتلاف مال دیگران و قتل نفس که موجب تضمر دیگران گردیده و بر ضار (ضرر زننده) پرداخت ضمان لازم می گردد.

۱- **مسئولیت مدنی قراردادی (ضمان عقدی):** مسئولیت مدنی قراردادی عبارت از مسئولیتی است که برای متعهد به دلیل عدم اجراء و یا اجرای با تأخیر عقد در برابر متعهد له ایجاد می شود. چون این مسئولیت برای فرد در برابر فرد دیگر ایجاد می شود به آن مسئولیت مدنی می گویند. همچنین، چون این مسئولیت ناشی از عدم اجراء و یا اجرای با تأخیر قرارداد است، به آن مسئولیت مدنی قراردادی می گویند.^{۱۰} مطابق ق. م ریشه مسئولیت مدنی قراردادی، قرارداد است.

۲- **مسئولیت مدنی غیر قراردادی (ضمان قهری):** مسئولیت مدنی غیر قراردادی که «ضمان قهری» نیز گفته می شود ویژه حالتی است که شخص از تعهدهای قانونی و عمومی سرپیچی کند و در نتیجه به دیگری ضرر بزند. به عنوان مثال، قانون حکم می نماید که در رفتار و گفتار خود محتاط باشید، بی مبالائی نکنید، تهمت نزنید، آدم نکشید، مال دیگری را غضب و تلف ننمایید. اکنون اگر کسی به این تکالیف عمومی که حقوق برای همه مقرر داشته است عمل نکند و در نتیجه این تخلف خسارتی به دیگری برساند، باید آن را جبران کند. ریشه این مسئولیت، عقد بین او و متضرر نیست، تخلف از تکالیف قانونی است که برای همه وجود دارد. مطابق ق. م. ا مسئولیت مدنی غیر قراردادی از حادثه حقوقی ناشی می شود. منبع حادثه حقوقی مطابق ق. م. ا فعل مضر بر مال مانند اتلاف و غضب، فعل مضر بر نفس مانند قتل، ضرب و جرح، فعل مفید مانند استیفای ناروا و عمل فضولی است. هم چنین، فعل با تقصیر شخص که منجر به ورود ضرر به شخص دیگر گردد و رابطه سببیت میان عمل و ضرر وجود داشته باشد منبع حادثه حقوقی و مسئولیت مدنی غیر قراردادی است.^{۱۱} در خصوص مسئولیت مدنی غیر قراردادی تعاریف مختلف وجود دارد:

۸. حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی (چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) صص ۳۲۰ و ۳۲۱.
۹. عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (ج ۲، دار احیاء التراث العربی، ۲۰۰۲) ص ۸.
۱۰. جهت مطالعه مفصل در مورد ارکان، شرایط و آثار مسئولیت مدنی قراردادی نک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان، حقوق و جایب (جلد ۱، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) صص ۲۳۹-۲۴۷.
۱۱. جهت مطالعه مفصل در مورد ارکان، شرایط و آثار مسئولیت مدنی غیر قراردادی نک: همان اثر، ج ۱، بخش حوادث حقوقی.

مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان/ ۳۶۳

- مسئولیت مدنی غیرقراردادی «تعهد به جبران خسارت ناشی از فعل زیانبار عمدی یا غیرعمدی خویش یا فعل دیگری و نیز زیان ناشی از اشیای تحت مالکیت یا حفاظت که در هر صورت ناشی از نقض قرارداد نیست». ^{۱۲}

- کربونیه مسئولیت مدنی غیرقراردادی را «تعهد به جبران خسارت وارد شده به دیگران» تعریف کرده است.

- در واژه نامه حقوقی مؤسسه هنری کاپیتان مسئولیت مدنی غیرقراردادی این گونه تعریف شده است: «هر نوع تعهدی است که برای عامل فعل زیانبار به وجود می آید تا ضرر وارد شده به زیاننده را که ناشی از عمل نامشروع مدنی است غالباً به شکل پرداخت مبلغی پول به عنوان خسارت جبران نماید». ^{۱۳}

(۲) **مسئولیت جزایی:** مسئولیت جزایی، مسئولیت مرتکب جرم از جرایم مصرحه در قانون را گویند و شخص مسؤول به یکی از مجازات‌های مقرر در قانون خواهد رسید. به عبارت دیگر: مسئولیت جزایی مسئولیتی است که در اثر نقض قواعد جزایی متوجه شخص می‌شود. در مسئولیت جزایی، متضرر از جرم، اجتماع است بر خلاف مسئولیت مدنی که متضرر آن فرد است. ^{۱۴} ضمانت اجرای مسئولیت جزایی، حبس، اعدام، پرداخت جریمه و ... است.

(۳) **مسئولیت اداری:** مسئولیت اداری عبارت از پاسخگو بودن کارکن در برابر اداره به دلیل نقض قواعد اداری است. به عبارت دیگر: مسئولیت اداری عبارت از مسئولیتی است که در اثر نقض قواعد اداری متوجه فرد مسؤول می‌شود. مجازات اداری، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قوانین اداری مرتب می‌شود. این مجازات عبارت اند از: توصیه، اخطار، کسر معاش، تبدیلی و غیره است.

(۴) **مسئولیت سیاسی:** مسئولیت سیاسی عبارت از پاسخگویی وزرا در برابر پارلمان و تطبیق مجازات سیاسی بر فرد مسؤول است. مجازات سیاسی، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قواعد حقوق اساسی که مربوط به وزراء می‌شود است. این مجازات توسط شورای ملی در قالب استیضاح و در نتیجه رأی عدم اعتماد اعمال می‌شود.

۱۲. حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی (چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) ص ۳۹.

۱۳. همان، ص ۳۹.

۱۴. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: وقایع حقوقی (چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) ص ۶۴۲.

۲. پېښنه مسؤولیت مدنی دولت در افغانستان

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت در رابطه به مسؤولیت مدنی دولت با توجه به موقعیت استثنایی دولت به عنوان بزرگ ترین شخصیت حقوق عمومی دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول معتقد به نفی مسؤولیت مدنی دولت است به دلیل این که اراده دولت مبتنی بر اراده عام مردم و اقتدار عمومی است و مصلحت عامه بر منفعت فرد رجحان دارد و در نتیجه جایگاه دولت از افراد بالاتر است. پس، نمی توان دولت را در مقابل اقداماتی که به نمایندگی از سوی جامعه انجام می دهد مسؤول دانست چرا که اعمال اقتدار عامه با تحمل مسؤولیت منافات دارد. اما، تحولات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی در قرن ۱۹ میلادی و ایجاد حکومت های دموکراتیک به جای مونوکراسی کم کم این تفکر را ایجاد کرد که تفاوت منشأ و ماهیت قدرت دولت و حدود اختیارات آن نمی تواند رافع مسؤولیت مدنی دولت باشد چرا که تمام تصمیمات دولت مبتنی بر اراده اکثریت نیست و همه اعمال دولت حاکمیتی نیست، بلکه بخشی از آن تصدی گری است.^{۱۵} به نظر می رسد پایه گذار مسؤولیت مدنی دولت فرانسه است، زیرا در این کشور با ایجاد شورای دولت در قرن ۱۹ میلادی مسؤولیت مدنی دولت صرف در اعمال تصدی گری و در قرن بیستم در اعمال حاکمیتی پذیرفته شد. در حقوق آلمان نیز همین سیر طی شده است. آمریکا در سال ۱۹۴۸ میلادی با تصویب قانون مسؤولیت مدنی دولت نسبت به خطای کارکنان مسؤولیت مدنی دولت را پذیرفت.^{۱۶}

به نظر می رسد در افغانستان قبل از سال ۱۳۴۳ هجری شمسی (۱۹۶۴) دولت ها دارای مسؤولیت مدنی نبودند چه در اعمال حاکمیتی چه در اعمال تصدی گری و چه در اعمال قضایی. اما، مسؤولیت مدنی دولت برای اولین بار در قانون اساسی ۱۳۴۳ هجری شمسی (۱۹۶۴) پذیرفته شد. ماده ۳۳ این قانون تصریح می نمود که: «هر شخص از اداره بدون موجب متضرر شود مستحق جبران خساره می باشد و می تواند برای حصول آن به محکمه اقامه دعوی نماید». نویسندگان قانون اساسی ۱۳۸۲ هجری شمسی (۲۰۰۴)، مسؤولیت مدنی دولت را از ماده ۳۳ قانون اساسی ۱۳۴۳ (۱۹۶۴) اقتباس و در ماده ۵۱ قانون اساسی با عین محتوا پیش بینی نمودند. ق. م که در سال ۱۳۵۵ (۱۹۷۶) نافذ گردید مواد ۷۹۱ و ۷۹۲ آن به صورت عموم مسأله مسؤولیت مدنی را تنظیم نموده است.

به موجب ماده ۷۹۱ فقره دوم ق. م. ا: «استخدام کننده از ضرری که از طرف شخص تحت

۱۵. خدیجه کبری اصفهانی، مسؤولیت مدنی دولت، صص ۲ و ۳، صفحه انترنتی:

Onlinepdfversion: www.haqqastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فبروری ۲۰۱۵)

۱۶. محمد امامی و کورش استوار سنگری، حقوق اداری (۱) (چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷) ص ۳۵۰.

مراقبت وی به سبب عمل غیر مجاز حین اجرای وظیفه و یا به سبب آن واقع می‌گردد، مسئول پنداشته می‌شود، مگر اینکه قانون یا موافقه طور دیگری تصریح نماید». از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که برای تحقق مسئولیت مدنی غیر قراردادی استخدام کننده پنج شرط وجود دارد: رابطه استخدامی، انجام عمل غیر مجاز توسط استخدام شونده، ورود ضرر توسط استخدام شونده، انجام عمل در حین اجرای وظیفه و انجام عمل غیر مجاز به سبب وظیفه که هر یک ذیلاً مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱) **رابطه استخدامی:** قانونگذار مدنی در این ماده از استخدام سخن گفته است. پرسش این است که استخدام چیست و منظور از استخدام، استخدام فرد در اداره دولتی است و یا اداره خصوصی؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت که استخدام در لغت به معنی به خدمت گرفتن، خدمت خواستن، به کار گماشتن، گماشتن به شغل در برابر مزد معین، کار گماری و به کار گیری است.^{۱۷} در خصوص سؤال دوم باید گفت که مطابق قانون کار و قانون کارکنان خدمات ملکی استخدام در ادارات اعم از دولتی و خصوصی به دو طریق صورت می‌گیرد. از طریق قانون و مقررات در ادارات دولتی که به چنین استخدام شونده کارکن و مأمور دایمی می‌گویند. از طریق قرارداد در ادارات دولتی و خصوصی که به چنین کارکن، کارکن قراردادی می‌گویند. بنابراین، نص ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م ناظر بر کارکنان استخدام شونده در بخش دولتی و خصوصی و ناظر بر مسئولیت مدنی ادارات دولتی و اشخاص حکمی خصوصی به نظر می‌رسد.

در صورت عدم وجود رابطه استخدامی، اداره اعم از دولتی و خصوصی مسئولیت مدنی غیر قراردادی ندارد. به حیث مثال، اگر شخصی در کابل زندگی نماید و دکان مواد غذایی داشته باشد و در اثر رانندگی شخصی دیگری را زخمی نماید، هیچ اداره دولتی و خصوصی مسئولیت مدنی غیر قراردادی در قبال عمل مضر این شخص ندارد. در چنین حالات، شخص مسئول اعمال خویش است. رابطه استخدامی میان تابع (استخدام شونده) و متبوع (استخدام کننده) بر مبنای دو عنصر استوار است: عنصر قدرت بالفعل و عنصر نظارت:

۱- **عنصر قدرت بالفعل:** رابطه استخدامی مبتنی بر قدرت بالفعل است. بنابراین، کارگر، خادم، آشپز، راننده، مستخدم و کارمند همه مصادیقی از تابع اند و کارفرما، صاحب تجارتخانه، رئیس اداره و امثال اینها همه متبوع اند.^{۱۸}

۱۷. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲/۲۳/۲۰۱۶).

۱۸. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسيط (ج ۲، دار احیاء التراث العربی، ۲۰۰۲) صص ۲۱۵ و ۲۱۷.

۲ - **عنصر نظارت:** متبوع (استخدام كننده) لازم است قدرت بالفعل بر نظارت تابع را داشته باشد؛ یعنی: متبوع باید قدرت صدور دساتیر را برای رهنمایی تابع هرچند به صورت کلی، دارا باشد. همچنین، متبوع باید قدرت نظارت بر وی، برای اجرای صحیح دساتیر صادره را داشته باشد. باوجود این، باید دانست که صرف وجود نظارت کافی نیست. به عنوان مثال، پدر نظارت بر فرزند خویش را دارد و استاد کار نیز شاگرد خویش را رهنمایی می‌کند. ولی، رهنمایی شدن فرزند توسط پدر و از شاگرد توسط استاد، مستلزم آن نیست که فرزند تابع پدر و شاگرد تابع استاد باشد، بلکه ضروری است که نظارت و رهنمایی ناظر بر عمل معینی باشد که تابع به نفع متبوع آن را انجام می‌دهد. البته، همین نکته وجه تمیز میان پدر، استادکار و سرکارگر است. زیرا، پدر علی‌الرغم آنکه حق نظارت بر فرزند خویش را دارد. ولی، این نظارت در رابطه به عمل معینی نیست. استاد کار و سرکارگر نیز با وصف آنکه در عمل معین حق نظارت و رهنمایی شاگرد و کارگر را دارند. ولی، شاگرد و کارگر به نفع استاد کار اقدام به انجام عمل نمی‌کند، بلکه آن را جهت آموزش و فراگیری انجام می‌دهد. کارگران نیز برای سرکارگر نه، بلکه همه برای متبوع؛ یعنی: کارفرما کار می‌کنند.^{۱۹}

همچنین ضرورتی ندارد که متبوع توانایی نظارت و رهنمایی تخصصی تابع را داشته باشد، بلکه ضروری است از نظر اداری، این حق را داشته باشد. بنابراین، مالک موتر حتی اگر رانندگی نداند، متبوع راننده خود است؛ رئیس شفاخانه حتی اگر خود داکتر نباشد، متبوع دکتورانی است که برای شفاخانه کار می‌نمایند. در بعضی حالات، متبوع حتی از نظر اداری نیز توانایی نظارت و رهنمایی را ندارد، مانند موردی که متبوع صغیر غیر ممیز است که در چنین حالات به جای وی، ولی، وصی و یا قیم مبادرت به اجرای صدور فرمان و نظارت می‌ورزند.^{۲۰} چنانچه ملاحظه می‌شود، این تفسیر، تفسیر وسیع ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م به نظر می‌رسد. با پذیرش این تفسیر، این نتیجه به دست می‌آید که این ماده ناظر بر مسؤولیت مدنی دولت نیز است، زیرا قانونگذار در این ماده از استخدام سخن گفته است و استخدام معمولاً براساس قوانین و مقررات توسط ادارات دولتی صورت می‌گیرد.

۲) **انجام عمل غیر مجاز توسط استخدام شونده:** قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م عبارت «عمل غیر مجاز» را استعمال نموده است. به نظر می‌رسد مصادیق عمل غیر مجاز،

۱۹. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر. ک: همان، صص ۲۱۹ و ۲۲۰.
۲۰. همان، صص ۲۲۰ و ۲۲۱.

قتل، ضرب، جرح، اتلاف، سرقت و نظیر این‌ها است.

۳) ورود ضرر توسط استخدام شونده: ضرری که استخدام کننده امکان دارد بر غیر وارد نماید ضرر مالی، جانی، معنوی، مختلط و یا عدم النفع باشد. به موجب مفاد ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م جهت تحقق مسئولیت تابع ضروری است ارکان سه گانه مسئولیت نسبت به تابع محقق گردد که عبارتند از: تقصیر، ضرر و رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر.

۴) انجام عمل غیر مجاز در حین وظیفه: لازم است تابع در حین اجرای وظیفه مرتکب تقصیر شده باشد. این همان ضابطه‌ای است که مسئولیت متبوع را به عمل تابع پیوند می‌دهد و آن را توجیه می‌کند. زیرا، جایز نیست متبوع مسئول تمام تقاصیر تابع باشد. زیرا، در چنین صورت، مسئولیت مذکور بی‌مورد و غیر معقول خواهد بود. مسئولیت متبوع در برابر تقصیر تابع، زمانی به حق و معقول است که در محدوده اعمالی صورت پذیرد که در حال انجام وظیفه مرتکب آن شده باشد. بنابراین، تنها در این محدوده است که رکن مسئولیت متبوع ایجاد می‌شود. برخی مثال‌های انجام عمل غیر مجاز در حین اجرای وظیفه توسط استخدام شونده قرار ذیل اند:

۱- اگر داکتر طب که در شفاخانه اعم از خصوصی و دولتی کار می‌نماید، حین اجرای وظیفه و تداوی مریض مرتکب تقصیر و مرگ مریض شود، شفاخانه اعم از خصوصی و دولتی مسئولیت مدنی غیر قراردادی دارند.

۲- راننده موتر که در اداره دولتی و یا خصوصی کار می‌نماید اگر حین اجرای وظیفه شخصی را به تقصیر با موتر بزند و مصدوم نماید، اداره دولتی و یا خصوصی مسئولیت مدنی غیر قراردادی دارند.

۵) انجام عمل غیر مجاز به سبب وظیفه: لازم است تابع به سبب وظیفه و وظیفه مرتکب تقصیر شده باشد. این همان ضابطه‌ای است که مسئولیت متبوع را به عمل تابع پیوند می‌دهد و آن را توجیه می‌کند. زیرا، جایز نیست متبوع مسئول تمام تقاصیر تابع باشد. زیرا، در چنین صورت، مسئولیت مذکور بی‌مورد و غیر معقول خواهد بود. مسئولیت متبوع در برابر تقصیر تابع، زمانی به حق و معقول است که در محدوده اعمالی صورت پذیرد که به سبب آن مرتکب آن شده باشد. بنابراین، تنها در این محدوده است که رکن مسئولیت متبوع ایجاد می‌شود.^{۲۱} به حیث مثال، پلیس برای اجرای رسمی وظیفه به طور مسلح حرکت می‌کند و در راه به دیدار یکی از خویشاوندان خود می‌رود و در حین دیدار به علت بازی با سلاح، گلوله‌ای از آن خارج می‌شود و طفلی را می‌کشد. در این مثال، هرچند

پلیس در حین اجرای وظیفه نبوده است اما وظیفه او سبب ورود این خسارت شده است.

پرسش این است که هرگاه فرد هرچند استخدام شونده باشد و عمل نامشروعی را در خارج از ساعات رسمی و بدون سبب وظیفه انجام دهد تکلیف چیست؟ به حیث مثال، اگر شخصی منحیث داکتر از ساعت هشت الی چهار در یک شفاخانه دولتی و یا خصوصی کار نماید و از ساعت پنج الی هشت شام در معاینه خانه خصوصی کار نماید و حین معاینه یکی از مریضان در ساعت شش شام مرتکب تقصیر و قتل مریض گردد، آیا شفاخانه خصوصی و یا دولتی مسؤول عمل داکتر مذکور اند. پاسخ این پرسش منفی است زیرا داکتر مذکور در ساعت غیر رسمی و خارج از وظیفه و بدون سبب وظیفه مرتکب تقصیر شده است.

مبنای مسؤولیت استخدام کننده تقصیر مفروض است. برای رفع مسؤولیت استخدام کننده می تواند مطابق قواعد عمومی به حادثه غیر ناگهانی، قوه قاهره (اسباب معبره) تقصیر شخص ثالث و تقصیر متضرر استناد نماید. همچنین، این مسؤولیت به موجب موافقه و یا حکم قانون می تواند از استخدام کننده منتفی گردد، زیرا قانونگذار مدنی در بخش اخیر این ماده، تصریح می نماید: «[...] مگر اینکه قانون یا موافقه طور دیگری تصریح نماید». لذا، در صورتی که استخدام کننده با استخدام شونده شرط گذاشته باشد، که در صورت بروز عمل غیر مجاز استخدام کننده مسؤولیتی ندارد، چنین توافقی مدار اعتبار است. همچنین است هرگاه قوانین خاص حکم نموده باشند که استخدام کننده از عمل غیر مجاز استخدام شونده مسؤولیت مدنی غیر قراردادی ندارد. همچنین، استخدام کننده می تواند با اثبات این که عمل غیر مجاز خارج از ساعات رسمی و یا بدون سبب وظیفه به وقوع پیوسته است، مسؤولیت مدنی غیر قراردادی را از خویش رفع نماید.

طبق طبق ماده ۷۹۲ ق. م: «مسئول از عمل غیر، می تواند جبران خساره ای را که پرداخته است، از عامل مطالبه نماید». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که مسؤول از عمل غیر مانند استخدام کننده به گونه ای که تفصیل آن گذشت، می تواند جبران خساره ای را که به متضرر پرداخته است، از عامل ضرر مانند فرد استخدام شونده مطالبه نماید. برخی از حقوقدانان در توجیه این ماده می گویند: اگر زیان دیده برای اخذ خسارت از استخدام شونده به وی رجوع نماید، متضرر به حق خویش می رسد و موضوع مختومه می گردد. اما، اگر به استخدام کننده مراجعه نماید، استخدام کننده می تواند به استخدام شونده مراجعه نماید، زیرا وی از جانب او مسؤول است نه با او.^{۲۲} این توجیه و ماده ۷۹۲ ق. م به دلایل ذیل محل ایراد به نظر می رسد:

۲۲. عبدالرزاق احمد السنهوری، دوره حقوق تعهدات ۳، ترجمه سید مهدی دادمهرزی و محمد حسین دانش کیا (چاپ اول، سپهر،

نخست این که: در این صورت نص ماده ۷۹۲ ق.م موجب نفی حکم ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق.م و در نتیجه موجب نفی مسئولیت مدنی غیرقراردادی استخدام کننده می گردد؛
دوم این که: از نظر منطقی نمی توان ادعا کرد که بر استخدام کننده مجازات مدنی (جبران خسارت) تطبیق شده است، زیرا در این صورت استخدام کننده نه بلکه استخدام شونده مجازات می شود؛

سوم این که: هدف از مسئولیت مدنی تطبیق جزای مدنی بر فرد مسؤول است. در صورتی که استخدام کننده که مسؤول است بر استخدام کننده مراجعه نماید، هدف مسئولیت مدنی متحقق نمی گردد، زیرا در این صورت در نهایت جزا بر استخدام شونده تطبیق می شود؛
چهارم این که: تطبیق جزا بر استخدام شونده مخالف عدالت بر نظر می رسد، زیرا وی به سبب وظیفه و یا در جریان وظیفه مرتکب تقصیر گردیده است و عادلانه این است که جزا بر استخدام کننده تطبیق گردد.

۳. اسباب مسئولیت مدنی دولت

مسئولیت مدنی دولت مهم از مسئولیت مدنی افراد حقوق خصوصی در حقوق خصوصی است. بنابراین، به طور کلی، همان نظریه هایی که در مورد مسئولیت مدنی افراد حقوق خصوصی وجود دارد کمی و بیش در مورد مسئولیت مدنی دولت نیز قابل تطبیق است.^{۲۳} در حقوق عامه به ویژه حقوق اداری مسئولیت مدنی دولت ناشی از وارد کردن ضرر به افراد حقوق خصوصی است، منتها در رابطه به سبب ضرری که به افراد توسط دولت وارد می شود، دو دیدگاه وجود دارد: دیدگاه اول مبتنی بر تقصیر و دیدگاه دوم مبتنی بر خطر است. طرفداران نظریه تقصیر بر این باور اند که: دلیل مسئولیت عامل زیان این است که او مرتکب تقصیر شده و فعل و یا ترک فعل عمدی وی سبب ورود خسارت به غیر گردیده است و براساس قواعد مسلم اخلاقی زیان رساننده از روی عمد، مورد نکوهش و مذمت است و در برابر زیان دیده مسؤول است و باید جبران خسارت را بپردازد. در این نظریه، وجود رابطه سببیت میان خسارت و تقصیر ضرور است. مفهوم مخالف این نظریه این است که کسی که از روی عمد و مقصرا نه زیان وارد نکند، ملزم به جبران خسارت نیست. این نظریه که پیشینه آن به قرن ۱۳ میلادی بر می گردد، در قرن ۱۸ در اروپا رواج یافته و

۱۳۸۲) صص ۲۴۴ و ۲۴۵.

۲۳. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان، حقوق و جایب (جلد ۱)، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) صص ۲۳۹-۲۴۷-۱.

مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه براساس آن تدوین گردیده است.^{۲۴} در صورت انعدام رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر و عدم اثبات ضرر توسط مدعی، مسؤولیت مدنی دولت متحقق نمی گردد. بنابراین، شرط تحقق مسؤولیت مدنی دولت، تحقق تقصیر، ورود زیان به فرد و تحقق رابطه علیت بین فعل با تقصیر انجام شده و ضرر وارده است.^{۲۵} در ذیل برخی مثال های ناشی از تقصیر مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و قراردادی دولت ارایه می گردد:

۱- هرگاه داکتر طب دولتی حین اجرای وظیفه و یا به سبب وظیفه شخصی را عملیات نماید و در اثر تقصیر شخص مریض وفات نماید، مسؤولیت مدنی دولت متحقق است. در این مثال، قراردادی میان داکتر طب دولتی و تبعه وجود ندارد و مسؤولیت مدنی دولت غیرقراردادی (ضمان قهری) است.

۲- هرگاه دولت برای اجرای وظایف و ارایه خدمات عامه قرطاسیه خریداری نماید و پول آن را به بایع نپردازد و یا پول را به تأخیر بپردازد به گونه ای که بایع متضرر شود، دولت مسؤولیت مدنی قراردادی ناشی از عدم اجرای تعهد و یا تأخیر در اجرای تعهد دارد و باید جبران خسارت را بپردازد (مسؤولیت مدنی قراردادی دولت).

نظریه دوم مبتنی بر خطراست. طرفداران نظریه خطر بر این عقیده اند که هرکس به فعالیتی می پردازد، پیرامون خود محیط خطرناکی ایجاد می کند. او از محیط خطرناکی که ایجاد کرده است سود می برد. بنابراین، باید زیان های ناشی از آن را نیز متحمل شود چون مقتضای عدالت و انصاف این است که هرکس خطرات زیان های ناشی از آن را نیز متحمل شود و منصفانه نیست که زیان دیده خسارت ناشی از عمل غیر را تحمل نماید. نظریه خطر در اواخر قرن ۱۹ میلادی هم زمان با انقلاب صنعتی در اروپا به وجود آمد، زیرا در اثر صنعتی شدن جامعه و افزایش حوادث ناشی از آن، مسایل حقوقی جدیدی در روابط خصوصی افراد خصوصاً کارگر و کارفرما ایجاد شد که نظریه تقصیر نمی توانست پاسخگوی آن باشد. براساس این نظریه، برای تحقق مسؤولیت مدنی وجود تقصیر لازم نیست، بلکه هرکس کاری انجام دهد که در اثر آن به دیگری خسارت وارد نماید، مسؤول جبران خسارت خواهد بود ولو تقصیر هم نداشته باشد، بلکه در این گونه موارد صرف رابطه علیت میان عمل زیان بار و خسارت وارده برای تحقق مسؤولیت مدنی کافی است.^{۲۶}

۲۴. عبدالخالق قاسمی، مسؤولیت مدنی (چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ۱۳۹۲) ص ۸۸.

۲۵. خدیجه کبری اصفهانی، مسؤولیت مدنی دولت، ص ۲، صفحه انترنتی:

Onlinepdfversion: www.haqqastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فیروری ۲۰۱۵)

۲۶. عبدالخالق قاسمی، مسؤولیت مدنی (چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ۱۳۹۲) صص ۹۴ و ۹۵.

به حیث مثال، هرگاه دولت در یک محل تمرینات نظامی انجام دهد که در نتیجه آن به اهالی آن منطقه ضرر برسد، دولت مسئولیت غیرقراردادی دارد و باید جبران خسارت را بپردازد.

نظریه تقصیر و خطر، چنانچه گفته، در فرانسه مطرح شده است. علاوه براین، به نظر می‌رسد سه سبب دیگر نیز وجود دارد که به موجب آنها مسئولیت مدنی دولت می‌تواند متحقق گردد که عبارت اند از:

(۱) فعل مضر بر نفس که شامل قتل، ضرب، جرح و اذیت می‌شود.^{۲۷} قتل از نظر لغوی به سلب حیات افراد گفته می‌شود. در اصطلاح قتل عبارت از کشتن غیرقانونی افراد است.

جرح در حقوق جزاء از جرایم علیه جسم و جان آدمی است که در لغت به معنی زخم زدن به عضوی از اعضای بدن انسان اعم از سر و صورت به حالات جارحه مثلاً: چاقو، داس، ناخن و دندان و امثال این‌ها است.^{۲۸} به شخصی که به دیگر جرح وارد می‌نماید، جارج و به شخصی که زخم بر وی وارد شده است مجروح می‌گویند.

ضرب در لغت به معنی زدن است. به شخصی که دیگری را می‌زند ضارب و به شخصی که زده شده است مضروب می‌گویند. همچنین ضرب در لغت به معنی لت و کوب است. فرق ضرب با جرح این است که عضو جرح شده غالباً با خون یا چرک شدن، ظاهر می‌گردد، در حالی که ضرب بدن منتهی به کوفتگی یا شکستگی استخوان و یا سیاه شدگی و تورم پوست می‌گردد بدون آنکه عضو ضرب خورده خراشیده شود و یا از آن خون بر آید.^{۲۹}

قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۷۴ ق. م از «سایر انواع اذیت» سخن می‌گوید و اذیت بر نفس را از جمله اعمال مضر بر نفس به رسمیت می‌شناسد. پرسش این است که اذیت به چه معنی است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که اذیت در لغت به معنی آزار، رنج، زحمت، شکنجه و عذاب است.^{۳۰} با توجه به این که قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۷۴ ق. م کلمه «اذیت» را به صورت مطلق ذکر نموده است، به نظر می‌رسد اذیت شامل هر نوع شکنجه، عذاب و آزار جسمی، روحی و جنسی می‌شود. طبق این اسباب، هرگاه یک راننده یکی از ادارات دولت، حین رانندگی حین اجرای وظیفه و یا به سبب وظیفه موجب قتل، ضرب، جرح و اذیت دیگران شود،

۲۷. در خصوص فعل مضر بر نفس ر. ک: نظام‌الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (جلد ۱، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) صص ۳۱۳-۳۱۵.

۲۸. عباس ایمانی، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری (چاپ سی ام، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳) ص ۱۴۹.

۲۹. همان، ص ۱۵۰.

۳۰. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید (چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳) ص ۱۰۷۰؛ و محمد معین، فرهنگ فارسی محمد معین (چاپ هفتم، نشرات سرایش، ۱۳۸۲) ص ۹۴۶.

دولت مسؤولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت را به متضرر در صورت اثبات بپردازد. (۲) فعل مضر بر مال که شامل غصب و اتلاف می‌گردد.^{۳۱} غصب در لغت به فتح غین و سکون صاد به معنای به زور گرفتن از دیگری،^{۳۲} گرفتن شی به ظلم،^{۳۳} به قهر آشکار گرفتن، و بر ذمه گرفتن است.^{۳۴} فقهاء تعاریف متعددی برای غصب ارایه کرده اند: فقه‌های حنفیه در تعریف غصب گفته اند: غصب عبارت از اخذ مال متقوم و محترم بدون اذن مالک آن است، به نحوی که از مالک رفع ید بشود. فقه‌های حنفیه در توجیه این تعریف گفته اند که صرف اخذ مال شامل مغضوب و غیر مغضوب می‌شود. ولی، با قید متقوم، اموالی مانند: خمر و گوشت خوک که غیر متقوم هستند، از تعریف بیرون می‌شوند و با قید محترم، مال کافر حربی که محترم نیست، مشمول تعریف نمی‌شود و مراد از اذن مالک اخراج مأذون فیه از قبیل موهوب و. است.^{۳۵} ماده ۸۸۱ مجله الاحکام در تعریف غصب می‌گوید: «غصب عبارت است از گرفتن مال کسی و ضبط آن بدون اینکه صاحبش اجازه دهد. گیرنده این مال را غاصب و مال گرفته شده را مغضوب و کسی را که این مال از او گرفته شده است، مغضوب منه می‌گویند.»^{۳۶}

اتلاف از ریشه «تلف» گرفته شده است که در لغت به معنای نابودن کردن، هلاک کردن، از بین بردن، نیست کردن و تباه کردن است. تلف در لغت به معنی نیست شدن، تباه شدن و نابودن شدن است.^{۳۷} به نظر می‌رسد فرقی که میان اتلاف و تلف وجود دارد این است که اتلاف فعل متعدی است و در اثر عمل متلف باید صورت بگیرد و تلف فعل لازم است که به صورت طبیعی صورت می‌گیرد. لذا، در اتلاف مال توسط متلف از بین می‌رود اما در صورت مال به صورت

۳۱. در خصوص فعل مضر بر مال ر. ک: نظام‌الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جاییب (جلد ۱، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) صص ۳۸۳-۳۱۱.

۳۲. اسعد محمد سعید الصاغرجی، الفقه الحنفی و ادلته (جلد ۳، چاپ کتاب‌خانه رشیدی، [بدون تاریخ]) ص ۱۰۶.

۳۳. ابن عابدین، رد المختار علی الدرالمختار (جلد ۹، انتشارات مکتب رشیدی، [بدون تاریخ]) ص ۲۹۸؛ و وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته (جلد ۶، انتشارات مکتب رشیدی، [بدون تاریخ]) ص ۴۷۸۷؛ و وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۳۱.

۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۴۳۱.

۳۵. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، صص ۴۷۸۷-۴۷۹۰؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی، الفقه الحنفی و ادلته، ج ۳، ص ۱۰۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴) ص ۱۴۳۲.

۳۶. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته (جلد ۶، انتشارات مکتب رشیدی، [بدون تاریخ]) صص ۴۷۸۷-۴۷۹۰؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی، الفقه الحنفی و ادلته (جلد ۳، چاپ کتاب‌خانه رشیدی، [بدون تاریخ]) ص ۱۰۶؛ و وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۲۲۸.

۳۷. وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۲۱۶.

طبیعی و خودکار از میان می‌رود. شخصی که مالی را تلف می‌نماید، مُتلف، مالی که موضوع تلف قرار می‌گیرد، متلوفه نامیده می‌شود. در اصطلاح حقوقی و فقهی عبارت است از: اخراج چیزی از اینکه از آن انتفاع گرفته شود به نحوی که منفعت مطلوب معمول از آن از بین برود.^{۳۸} هم‌چنین، فقهاء اتلاف را به معنای تباه کردن (افساد) و استهلاك (از بین بردن) [مال] هم به کار برده‌اند.^{۳۹} به حیث مثال، هرگاه دولت مال اتباع را غصب و یا تلف نماید، مسئولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت را به متضرر بپردازد.

۳) فعل مفید که شامل پرداخت بدون سبب و عمل فضولی (اداره فضولی مال غیر) می‌شود. پرداخت بدون حق در فقه به نام «دفع غیر مستحق» یاد می‌شود. گاه پرداخت بدون حق را استیفای ناروا و دارا شدن غیر عادلانه هم یاد می‌کنند. پرداخت بدون سبب به گونه‌ای که مثال‌های آن خواهد آمد بیشتر بر پرداخت کننده صدق می‌کند و استیفای ناروا و دارا شدن غیر عادلانه نسبت به دریافت کننده. راجع به پرداخت بدون سبب تعاریف مختلف به قرار ذیل وجود دارد:

- پرداخت بدون سبب عبارت از پرداخت مبلغ و یا مالی به کسی است که شرعاً و قانوناً استحقاق دریافت آن را ندارد؛

- پرداخت بدون حق عبارت از تأدیه‌ای است که در مقابل دینی قرار ندارد.^{۴۰}

- پرداخت بدون سبب عبارت از هر پرداخت مال و یا پولی به شخصی دیگر است در حالی که سبب نداشته باشد. به حیث مثال، هرگاه شخصی، به عوض چهارصد افغانی به قصاب پنج‌صد افغانی برای خرید یک کیلو گوشت گاو بپردازد در حالی که قیمت یک کیلو گوشت گاو چهار صد افغانی باشد، پرداخت صد افغانی نسبت به خریدار پرداخت بدون سبب و نسبت به قصاب استیفای ناروا و پرداخت غیر عادلانه است.

عمل فضولی، عمل مفید است که شخص فضولی آن را برای صاحب عمل بعد از وقوع حادثه به دلیل حالت اضطرار، براساس وکالت و یا اقتضای امر انجام می‌دهد. طبق این تعریف عمل فضولی عمل مفید است. شخصی که عمل را انجام می‌دهد شخص فضولی و شخصی که به وی عمل انجام داده می‌شود را صاحب عمل می‌نامند. عمل فضولی (unrequested)

۳۸. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته (جلد ۶، انتشارات مکتب رشیدیه [بدون تاریخ]) ص ۴۸۲۵؛ و وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۲۱۶.

۳۹. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته (جلد ۶، انتشارات مکتب رشیدیه [بدون تاریخ]) ص ۴۸۲۵؛ و وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۲۱۶.

۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴) ص ۹۶۶.

intervention) در حقوق فرانسه قبل از انجام شبه عقد (quasi-contract) و بعد از انجام در صورت توافق شخصی که عمل برای او انجام شده است، عقد تلقی می‌گردد.^{۴۱} به حیث مثال، هرگاه مالیه دهنده به عوض ۵۰۰۰۰ افغانی پول مالیه که مکلف به پرداخت آن است به دولت باشد ۱۰۰۰۰ افغانی پردازد، ۵۰۰۰۰ افغانی پولی است که دولت آن را بدون سبب دریافت نموده است و در برابر مالیه دهنده مسؤولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت (۵۰۰۰۰ افغانی را دوباره) بپردازد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که اسباب مسؤولیت مدنی دولت مطابق قواعد عمومی عبارت اند از فعل با تقصیر، خطر، فعل مضر بر نفس که طبق ق. م شامل قتل، ضرب، جرح و اذیت می‌شود، فعل مضر بر مال که شامل غصب و اتلاف می‌شود و فعل مفید که شامل عمل فضولی و پرداخت بدون سبب می‌شود اند.

باوجوداین، در ماده ۵۱ ق. ا تصریح نشده است که سبب مسؤولیت مدنی چیست. ماده ۵۱ ق. ا که می‌گوید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد [...]». برخی حقوقدانان بدون موجب را «بدون تقصیر» تفسیر نموده اند.^{۴۲} با پذیرش این استنباط، این نتیجه به دست می‌آید که در صورت تقصیر، دولت مسؤولیت مدنی دارد و در صورت عدم داشتن تقصیر دولت مسؤولیت مدنی ندارد. لذا، طبق این نظر، از میان اسباب پنج‌گانه فوق، دولت صرف در صورت تقصیر مسؤولیت مدنی دارد. به عبارت دیگر: در ماده ۵۱ ق. ا صرف نظریه تقصیر پذیرفته شده است. این نظر از نقطه نظر تفسیر لفظی متن ماده ۵۱ ق. ا محل ایراد به نظر می‌رسد، زیرا موجب در لغت به معنی سبب، باعث و انگیزه است^{۴۳} نه تقصیر. بنابراین، به نظر می‌رسد هیچ یک از اسباب پنج‌گانه مسؤولیت مدنی در ق. ا پذیرفته نشده است و عبارت «بدون موجب» مبهم است.

در نگاه اول به نظر می‌رسد می‌تواند کلمه ضرر در ماده ۵۱ ق. ا را دو گونه تفسیر کرد: تفسیر محدود و تفسیر وسیع. هرگاه عبارات ضرر و جبران خسارت را تفسیر محدود نماییم، نتیجه این می‌شود که منظور قانونگذار اساسی از ضرر و جبران خسارت صرف ضرر و جبران خسارت

41. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, Principles of French law (First edition, Dadqaster publication, 1380) pp. 403- 404.

۴۲. نک: طارق عزیزی، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اداری افغانستان، ترجمه مسعود مخلص (چاپ اول، انستیتوت حقوق مقایسه‌ای عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰) صص ۱۲۲ و ۱۲۳.

۴۳. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید (چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۳) ص ۱۱۳۱.

مادی است. اما، هرگاه عبارت ضرر و جبران خسارت را در این ماده تفسیر وسیع نماییم، نتیجه این می‌شود که ضرر و جبران خسارت در این ماده شامل ضرر مادی، معنوی، مختلط و عدم‌النفع می‌شود.

ضرر در لغت به معنای زیان و تاوان است که جمع آن اضرار است. همچنین، ضرر به معنی خسارت و یا خساره است. خسارت از ریشه «خسر» گرفته شده که در لغت به معنی ضرر و زیان، غرامت، ضد نفع و سود است.^{۴۴} شخصی که ضرر می‌بیند را متضرر و یا زیان‌دیده و شخص ضرر رساننده را ضار می‌گویند. فعل و یا حادثه ضرر رساننده را فعل و یا حادثه مضر می‌گویند. در اصطلاح حقوقی و فقهی ضرر عبارت است از آزار و یا نقصان ناخوشایندی که در یکی از ضروریات پنج‌گانه جان، دین، عقل، آبرو و مال حاصل می‌شود که عامل آن (ضار/ ضرر رساننده) ممکن است خود شخص و یا غیر باشد.^{۴۵} به حیث مثال، در فعل مضر ضرر رساننده قاتل، ضارب، جارح، غاصب و تالف و در فعل مفید پرداخت کننده و شخص فضولی است. به صورت عامتر ضرر در معانی ذیل به کار می‌رود:

۱- صدمه جانی زدن به خود و دیگری، خواه به صورت ضرب و جرح باشد خواه به صورت قتل.

۲- تجاوز به حیثیت دیگران و لطمه زدن به حیثیت خود.

۳- تعرض به ناموس دیگران.

۴- اتلاف و ناقص کردن اموال خود و دیگران و تجاوز به مال غیر مانند غصب و خیانت در امانت و اختلاس.

۵- ممانعت از وجود نفعی که امکان داشت به وجود بی‌یابد (عدم‌النفع) مانند قطع درختان میوه‌ای که شگوفه دارند که همین داشتن شگوفه امکان دادن میوه را فراهم می‌نمود و میوه منفعت درخت را تشکیل می‌دهد.^{۴۶} در حقوق فرانسه خسارت گزندگی است که به منافع مالی یا غیرمالی زیان دیده رسیده است.^{۴۷} ضرر به پنج نوع است:

(۱) **ضرر جانی:** ضرر جانی عبارت از ضرری است که بر جسم متضرر وارد می‌گردد، مانند قتل،

۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی همان (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴) ص ۸۹۷.

۴۵. همان، ج ۲، ص ۱۲۶۴.

۴۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (چاپ کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱) ص ۴۱۵، اصطلاح شماره ۳۳۱۹.

۴۷. پاتریس ژوردن، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب (چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۸۵) ص ۱۸۳.

زخم، ضرب و نظیر این‌ها.

(۲) ضرر عدم النفع (کسر عواید): خسارت عدم النفع عبارت است از: ممانعت از وجود پیدا کردن منفعتی که امکان داشت حاصل شود، مانند توقیف غیر قانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد می‌شود.^{۴۸} به عبارت دیگر: حرمان از نفعی که بر حسب جریان عادی امور، به احتمال قریب به یقین قابل وصول است را، خسارت عدم النفع می‌گویند. به عبارت دیگر: خسارت عدم النفع زمانی محقق می‌شود که شخص از به دست آوردن منفعتی که طبق روند عادی امور می‌توانست به دست آورد، محروم شود. برخی مثال‌های خسارت عدم النفع قرار ذیل است:

۱- هرگاه شخص زمین، خانه و یا دکان دیگری را غصب نماید، بعد از رد زمین، خانه و یا دکان به مغضوب منه، مغضوب منه می‌تواند خسارت عدم النفع زمین، خانه و یا دکان را از غاصب به این دلیل که می‌توانست زمین را کشت، خانه و یا دکان را به کرایه می‌داد، مطالبه نماید؛

۲- هرگاه شخص مال دیگری را تلف نماید، صاحب مال متلوفه می‌تواند علاوه بر مال متلوفه خسارت عدم النفع مال را در صورتی که پرداخت جبران خسارت بعد از زمان طولانی صورت پذیرد مطالبه نماید؛

۳- هرگاه شخص دیگری را به قتل برساند، ورثه مقتول می‌تواند به دلیل از دست دادن نافع (منفق/ نفقه دهنده) خسارت عدم النفع را از قاتل مطالبه نمایند؛

۴- هرگاه شخص به دیگری ضرب و یا جرح وارد نماید و در اثر این ضرب و جرح، مضروب و مجروح نمی‌تواند مدتی کار نمایند، می‌تواند خسارت عدم النفع را از ضارب و جراح مطالبه نمایند.

(۳) ضرر مالی: ضرر مالی عبارت از اخلال در نفع مالی زیان دیده است. به عبارت دیگر: ضرر مالی عبارت از ضرری است که بر مال وارد می‌گردد مانند اتلاف و غصب مال دیگران.

(۵) ضرر معنوی: ضرر معنوی در برابر ضرر مادی قرار دارد، و ضرری است که متوجه مال زیان داده نمی‌شود. ولی، به نفع غیر مالی زیان دیده آسیب می‌رساند.^{۴۹} به عبارت دیگر، ضرر معنوی عبارت از ضرری است که به اعتبار، آبرو و شرف شخص وارد می‌شود که ممکن است در روند معمول و درست زندگی او مؤثر واقع شود، چنانچه مواردی از قبیل تشییع شخص، عدم وفا به وعده ازدواج، از بین بردن زیبایی و ... از مصادیق ضرر معنوی محسوب گردد.^{۵۰} به عبارت

۴۸- محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲) ص ۱۴۲.

۴۹- همان، ص ۱۰۱.

۵۰- مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴)، ص

دیگر: خسارت معنوی، خسارتی است غیر مالی که چهره اقتصادی نداشته و به دارایی و حقوق مالی افراد آسیبی نمی‌رساند، بلکه موجب رنج اخلاقی و صدمات روحی وی می‌شود. نقص بدنی، لطمه به شرافت و آبروی شخصی و خانوادگی، برملا کردن اسرار خصوصی، شکست‌های عاطفی، لطمه به اعتقادات و ارزش‌های دینی و اخلاقی، تجاوز به اقامتگاه، رنج ناشی از فقدان نزدیکان و لطمه به شهرت تجاری از مصادیق خسارت معنوی محسوب می‌شوند.^{۵۱} به صورت عموم موارد آتی را می‌توان ضرر معنوی محسوب نمود:

۱- ضرر معنوی وارد بر جسم، جراحت وارد بر جسم و درد ناشی از آن و اضطرابات بعدی آن در چهره، اعضاء و به طور کلی در جسم نمودار می‌گردد. در صورتی که برای تداوی آنها ضرورت به پرداخت هزینه احساس گردد، و یا باعث کاهش توان کسب درآمد مادی متضرر گردد، همه از مصادیق ضرر معنوی محسوب می‌گردد، مشروط بر اینکه نتایج مادی را در پی نداشته باشد؛

۲- ضرر معنوی وارد بر شرف، اعتبار، آبرو، قذف، ناسزا گفتن، هتک آبرو، زیان رساندن به شهرت شخص از طریق بیان مطالب و ذکر احتمالات و تجاوز به کرامت و ... همه از جمله کارهایی اند که ضرر معنوی را به دنبال دارند. زیرا، چنین اعمال به شهرت طرف خدشه وارد کرده و شرف و اعتبار او را در میان مردم لکه دار می‌نماید؛

۳- ضرر معنوی وارد بر احساسات و عواطف: جدا کردن کودک از دامان مادر و ربودن او، تعدی نسبت به فرزندان و یا والدین و یا زن و شوهر و ... همه موجب تضییع می‌شود. همچنین، هر عملی که به اعتقادات دینی و احساسات معنوی شخص لطمه وارد نماید، ضرر معنوی محسوب می‌گردد؛ و

۴- ضرر معنوی ناشی از تعدی بر حق ثابت فرد، مانند اینکه: شخصی با وجود مخالفت صاحب‌خانه، وارد زمین او شود. در چنین موارد، مالک خانه می‌تواند جبران معنوی ناشی از تعدی به حق خود را از متعدی مطالبه نماید هرچند از این رهگذر هیچ ضرر مادی متوجه او نگردیده باشد.^{۵۲}

(۵) ضرر مختلط: ضرر مختلط عبارت از ضرری است که از یک طرف متوجه مال و جسم و از طرف دیگر متوجه آبرو و حیثیت شخص شود که مانند ضرب و جرح که شامل ضرر مالی، جانی، معنوی و در برخی موارد کسر عواید می‌شود.

اما، اگر دقت نماییم این نتیجه به دست می‌آید که ضرر را باید مطلق گذاشت، زیرا در این زمینه قاعده فقهی - حقوقی وجود دارد که تصریح می‌نماید: «مطلق تا وقتی که دلیل تغییر آن طور صریح یا ضمنی موجود نگردد، به اطلاق خود باقی می‌ماند.» (ماده ۷۱۳ ق.م.ا و ماده ۶۴ مجله الاحکام). علاوه بر این، اصل در تفسیر در حقوق عامه به دلیل دخیل بودن منافع عامه و آزادی‌های عمومی شهروندان بر تفسیر محدود نه وسیع است.

۴. اعمالی که در آن‌ها دولت مسؤولیت مدنی دارد

در پاسخ به سؤال چهارم باید گفت که امروزه دولت در همه اعمال مسؤولیت مدنی ندارد، زیرا متخصصین حقوق اداری و نظام‌های حقوقی قایل به تفصیل شده و در برخی از اعمال، مسؤولیت مدنی دولت را پذیرفته اند. پرسش این است که اعمال دولت چیست و در کدام اعمال دولت مسؤولیت مدنی دارد و در کدام اعمال ندارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که امروزه به اعمال دولت، در حقوق عامه نوین اعمال عمومی می‌گویند. اعمال عمومی مجموعه فعالیت‌ها و تصمیماتی است که دولت برای تأمین منفعت، نظم و امنیت و ادایه خدمات عمومی براساس قوانین و مقررات انجام می‌دهد. مانند قانونگذاری، انعقاد قرارداد، اتخاذ تصمیم اداری، قضاوت و امثال این‌ها. چون این اعمال توسط دولت انجام می‌شود، این اعمال را اعمال عمومی می‌گویند. به طور کلی، اعمال عمومی به اعتبار موضوع و محتوی به اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری، به اعتبار ماهیت به اعمال سیاسی، اداری و قضایی و اعمال و به اعتبار جغرافیا به اعمال ملی و محلی تقسیم می‌شود:

۱) **اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری:** اعمال حاکمیتی اعمالی اند که به نام قدرت و حاکمیت انجام می‌شود، مانند: صلح، جنگ، حفظ نظم عمومی، تصمیمات و اقدامات پلیس و امثال این‌ها. شرط اساسی عمل حاکمیتی این است که این اعمال انحصاراً باید توسط دولت انجام شود و به بخش خصوصی واگذار نشود. معمولاً قوانین پیش‌بینی می‌نمایند که کدام اعمال حاکمیتی است. اعمال تصدی‌گری اعمالی است که حکومت اجرای این اعمال را برای اشخاص حقیقی و حکمی حقوق خصوصی واگذار می‌نماید همچنانی می‌تواند خود آن را انجام دهد، مانند: توزیع برق و آب، احداث مکتب، سرک، شفاخانه، حمل و نقل زمینی و هوایی و امثال این‌ها. در اعمال تصدی‌گری نشانی از قدرت سیاسی و حاکمیت وجود ندارد و دولت این اعمال را شبیه اشخاص حقوق خصوصی انجام می‌دهد و همان‌گونه که افراد در روابط فی‌مابین خویش در حقوق برابر

هستند و می‌توانند قرارداد ببندند، دولت نیز در رابطه به اطراف قرارداد خود، با وی مساوی است.

(۲) عمل قضایی: عمل قضایی عبارت از قضاوت است که توسط قضات در روشنایی قوانین ماهوی و شکلی انجام می‌شود.

(۳) عمل سیاسی: عمل سیاسی تصمیم‌گیری توسط شورای ملی در قالب قوانین است. به حیث مثال، تصمیم‌گیری در مورد تعلیم و تربیه، مالیات و امثال این‌ها که توسط شورای ملی در قالب قوانین اتخاذ می‌شود. اجرای این تصمیمات که در قالب قوانین اتخاذ شده‌اند، باید توسط قوه مجریه (مثلاً وزارت مالیه و وزارت تحصیلات عالی) انجام شود. عمل سیاسی قابل نظارت قضایی نیست اما عمل اداری قابل نظارت قضایی است. لذا، اگر رئیس جمهور به اعتبار شأن سیاسی تصمیم بگیرد و یا شورای ملی وزیر را سلب اعتماد نماید، رئیس جمهور و وزیر نمی‌توانند به قضا شکایت نمایند. اما، مردم می‌توانند از طریق نظارت بیرونی بر اعمال عمومی، بر اعمال رئیس جمهور نظارت نمایند.

(۴) اعمال اداری و تقسیمات آن: اعمال اداری اعمالی اند که مقامات و کارکنان در قوه مجریه انجام می‌دهند. اعمال اداری به اعتبار طرفین به عمل اداری دو جانبه و عمل اداری یک‌جانبه تقسیم می‌شود که عمل اداری دو جانبه را قراردادی اداری^{۵۳} و عمل اداری یک‌جانبه را تصمیم اداری^{۵۴} (ایقاع اداری) می‌گویند:

۱ - قرارداد اداری: قرارداد اداری عمل اداری دو جانبه است که میان اداره و اشخاص حقیقی و حکمی خصوصی به هدف انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی طبق قواعد حقوق عامه بسته می‌شود و دارای اثر حقوقی است.^{۵۵} از تعریف فوق به خوبی استنباط می‌گردد که ارکان قرارداد اداری عبارت اند از:

موجودیت شخص حقوقی عامه: منظور از شخص حکمی عامه دولت است، زیرا در حقوق عامه، دولت شخصیت حکمی عامه تلقی می‌شود. چون شخصیت حکمی حکومت در نظام اداری متمرکز غیرقابل تجزیه است، بنابراین ادارات مرکزی مانند: وزارت‌ها، ادارات مستقل، کمیسیون‌های مستقل و غیرمستقل و ادارات غیر مرکزی مانند: ولایت و ولسوالی شخص حقوقی

53. Administrative contract.

54. Administrative decision.

۵۵. در مورد عقد اداری ر. ک: ولی‌الله انصاری، کلیات حقوق قراردادهای اداری (چاپ پنجم، نشر حقوقدان، ۱۳۹۰) ص ۶۰؛ و منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری (چاپ پانزدهم، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۷) صص ۳۱۲ و ۳۱۳.

عامه اند. نمایندگان این اشخاص (= اشخاص حقیقی) که اراده این اشخاص را تمثیل می نمایند، قرارداد اداری را به نمایندگی از اداره با شخص حقوق خصوصی اعم از حقیقی و حکمی منعقد می نمایند.

ارایه خدمات عمومی: هدف از قرارداد اداری مداخله دولت در امور اجتماع و مردم و ارایه خدمات عمومی برای مردم است. بنابراین، موضوع قرارداد اداری ارایه خدمات به مردم است، مانند: خدمات مربوط به راه سازی، حمل نقل عمومی، تأمین آب، برق و امثال این ها. پیروی قرارداد اداری از احکام خاص حقوق عامه: برای تأمین هدف عمومی لازم است قرارداد اداری از احکام خاص پیروی نماید تا آن را از قراردادهای کار، مدنی و تجارتی متمایز نماید. این احکام مربوط به قواعد اقتداری و ترجیحی و حمایتی می شود. این احکام مربوط به منافع عمومی، حاکمیت دولت و نظم جامعه است. این احکام جنبه آمره دارند مانند: احکام مربوط به فسخ قرارداد به طور یک جانبه از طرف دولت، حق تعلیق یک جانبه قرارداد توسط اداره و حق گسترش اثر قرارداد نسبت به غیر متعاقدین. البته، قواعد ترجیحی در کشورهای پیرو حقوق رومن ژرمنیک مانند فرانسه، مصر، ایران، افغانستان و ... وجود دارد. در کشورهای پیرو کامن لا مانند: انگلستان و آمریکا قواعد ترجیحی وجود ندارد و قراردادهای اداری تابع نظام حقوق مدنی است.

رسیدگی به اختلاف ناشی از قرارداد اداری توسط محاکم اداری: در نظام حقوقی رومن ژرمنیک رسیدگی به دعوی ناشی از تفسیر و اجرای قواعد مربوط به قراردادهای اداری در صلاحیت محاکم اداری است. بنابراین، محاکم مدنی، تجارتی و جزایی صلاحیت رسیدگی قرارداد اداری را ندارد. در نظام حقوقی جمهور اسلامی ایران رسیدگی به گونه دعوی در صلاحیت دیوان عدالت اداری، در فرانسه شورای دولت^{۵۶} و در افغانستان محاکم حقوق عامه است.

۲- عمل اداری یک جانبه: اعمال اداری یک جانبه یا تصمیمات اداری مانند هر عمل حقوقی، اعمال اداری است که اداره انجام می دهد و موجب ایقاع اثر حقوقی نسبت به اشخاص خارج از اداره می شود. رکن ایقاع اداری اراده اداره دولتی است، زیرا ایقاع چیزی جز تصمیم یک جانبه اداره دولتی که اثر حقوقی نسبت به اشخاص خارج از اداره دولتی دارد نیست.

ایقاع اداری به صورت یک جانبه واقع می شود. بنابراین، اراده شخصی اعم از حقیقی و حقوقی که خارج از اداره دولتی است در انعقاد آن نقشی ندارد، مانند: بستن سلمانی، دکان، اعلان

۵۶. در مورد عقد اداری ر. ک: ولی الله انصاری، کلیات حقوق قرارداد های اداری (چاپ پنجم، نشر حقوقدان، ۱۳۹۰) صص ۳۱، ۳۴، ۵۴، ۵۷، ۶۰ و ۶۳.

بی کیفیت بودن برخی دواها، اعلان سمی بودن برخی غذاها، اعلان منع عبور و مرور موترهای باربری در شهر از طرف روز، اعلان یک طرفه شدن برخی سرک های عمومی، تصمیم شورای وزیران مبنی بر منع ورود موترهای که مودل آن ده سال از مدل روز پایین تر است، تصمیم ادارات امنیتی مانند وزارت داخله و امنیت ملی مبنی منع عبور و مرور موترها از سرک های معین برای مدت معین و امثال این ها که همه به صورت یک جانبه واقع می شود.

۵) **اعمال ملی و محلی:** تقسیم بندی های قبلی خیلی کلی اند و مربوط به کل نظام می شوند و صلاحیت های هر کدام از ارکان دولت را نشان می دهند. اما تقسیم اعمال عمومی به ملی و محلی بر می گردد به شکل دولت ها. اگر عناصر متشکله دولت را که عبارت اند از: سرزمین، جمعیت و قدرت سیاسی (حاکمیت) در نظر بگیریم، چنین دولتی، دولت ساده، بسیط و یا یک پارچه است. اما، اگر روابط این ها را به صورت پیچیده در نظر بگیریم، چنین دولتی، دولت مرکب، پیچیده و چند پارچه است. روابط دولت بسیط ساده است. اما، روابط دولت های مرکب پیچیده است و هر یک از عناصر متشکله دولت برای خود قدرت دارد که نمونه بازر آن دولت فدرال است، مانند ایالات متحده آمریکا و هند. مسایل ملی و کلان در دولت های فدرال، در سطح فدرال تنظیم می شود و مسایل کوچک در ایالات. بنابراین، دولت های فدرال معمولاً غیر متمرکز اند.

در دولت های ساده اعمالی که مربوط به همه می شود در سطح مرکز ایجاد و اجراء می شود و اعمالی که مربوط به محل های خاص می شوند، در محلات تولید و اجراء می شوند. دولت های ساده معمولاً متمرکز اند و دارای یک مرکز قانون گذاری و قضایی اند.

در هر حال، اعمال ملی اموری اند که همه افراد از منافع و فواید آن سود می برند، مانند: دفاع از کشور، برقراری نظم در جامعه، اجرای عدالت، توسعه فرهنگ و نگهداری آثار ملی، ایجاد راه بین ولایات و ولسوالی ها و امثال این ها. اعمال محلی اعمالی اند که مربوط به منطقه و یا محل خاص مانند قریه و یا شهر خاص می شود، مانند: ایجاد شبکه آب و برق، تلفون و گاز، احداث سرک، تأسیس مکتب و شفاخانه و امثال این ها که برای تأمین نیا های محلی ساکنین قری ها انجام می شود.

در ماده ۵۱ ق. ۱ اعمال دولت تعریف و دسته بندی نشده است. این ماده حکم می نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می باشد و می تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند [...]». طبق این ماده شخص می تواند در صورتی که از اداره متضرر شود برای دریافت جبران خسارت در محکمه ذی صلاح اقامه دعوی نماید. پرسش این

است که اداره چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفته که اداره کلمه عربی است و در لغت به معنی دور دادن، گرداندن، چرخاندن، به گردش در آوردن، روبراه کردن، گرداندن کار، کار گردانی کردن است.^{۵۷} در اصطلاح حقوقی استادان حقوق از دو لحاظ اداره را تعریف نموده اند:

(۱) **از لحاظ شکلی:** از لحاظ شکلی اداره شامل تمام واحدهای اداری قوه مجریه مانند وزارت خانه‌ها، کمیسیون‌ها، ادارات مستقل مانند اداره ملی محیط زیست، اداره احصائیه مرکزی و امثال این‌ها، ادارات محلی مانند ولایت و ولسوالی می‌شود. همچنین، ادارات غیرقضایی و تقنینی که در چهارچوب قوه قضائیه و مقننه وجود دارند شامل اداره از نظر شکلی می‌شوند، مانند: اداره عمومی قوه قضائیه، دارالانشاهای ولسی جرگه و مشرانو جرگه. به مجموعه این ادارات (در عمل) ادارات خدمات ملکی می‌گویند. باوجوداین، پلیس، امنیت ملی و اردوی ملی شامل اداره خدمات ملکی نمی‌شود. در علم اداره عامه، به این ادارات، ادارات عامه می‌گویند. لذا، ادارات خدمات ملکی و یا اداره عامه شامل ادارات ملکی در قوه مجریه، اداراتی که در چهارچوب قوه مقننه و مجریه کارهای اداری، مالی و تدارکاتی را انجام می‌دهند شامل ادارات خدمات ملکی می‌شوند و در حقوق اداری مورد مطالعه قرار می‌گیرند. به افرادی که در این ادارات کار می‌نمایند، مأمورین و یا کارکنان خدمات ملکی می‌گویند.

(۲) **از لحاظ ماهوی:** مجموعه اعمال و فعالیت‌هایی است که توسط دولت و یا زیر نظر دولت برای تأمین نیازهای همگانی (خدمات عامه) و تأمین امنیت، بهداشت و آسایش همگان (نظم عامه) انجام می‌شود و تحت رژیم حقوق عامه قرار دارد.^{۵۸} تعریف اداره از لحاظ ماهوی محل ایراد به نظر می‌رسد، زیرا مجموعه اعمال و فعالیت‌های اداری را اعمال اداری می‌گویند، نه اداره. به نظر می‌رسد از لحاظ ماهوی به عمل اداره کردن، اداره می‌گویند.

از آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد منظور از اداره، اداره دولتی است زیرا احکام مربوط به مسؤولیت مدنی اشخاص حقوق خصوصی در ق.م تنظیم شده است. بنابراین، باید کلمه اداره را در این ماده تفسیر مضیق (محدود) نمود. با توجه به مفهوم اداره در ماده ۵۱ به نظر می‌رسد صرف دولت در اعمال اداری مسؤولیت مدنی دارد نه در اعمال قضایی و سیاسی و حاکمیتی. در فرانسه دولت در همه اعمال به جز عمل سیاسی مسؤولیت مدنی دارد و هر تبعه فرانسه می‌تواند علیه

۵۷. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید (چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۳) ص ۹۲.

۵۸. طارق عزیزی، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اداری افغانستان، ترجمه مسعود مخلص (چاپ اول، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰) ص ۱۹.

۵. دعاوی ای که اتباع می‌توانند از طریق آن علیه دولت اقامه دعوی نمایند

در پاسخ به سؤال پنجم باید گفت که اشخاص می‌توانند از طریق دعوی اداری علیه دولت اقامه نمایند. طبق ماده ۵۱ ق. اشخاص می‌توانند در اثر ضرری که به آن‌ها از اداره متضرر شده است در قضا اقامه دعوی نمایند. اگر کلمه «شخص» را تفسیر محدود (مضیق) نماییم این نتیجه به دست می‌آید که صرف اشخاص حقیقی (انسان‌ها/ اتباع) را در بر می‌گیرد. اما، اگر کلمه «شخص» را تفسیر موسع (وسیع) نماییم این نتیجه به دست می‌آید که اشخاص حکمی خصوصی مانند شرکت‌ها، انجمن‌ها، شوراها، بنیادها، احزاب سیاسی و نظیر این‌ها نیز شامل شخص در ماده ۵۱ ق. ۱ می‌شوند.

دعای اداری دعوی است که یک طرف آن شهروند و طرف دیگر آن اداره است و به اختلافات این دو طرف از طریق غیر قضائی و از طریق قضاء رسیدگی صورت گیرد. هدف از این گونه دعوی تضمین حقوق و آزادی‌های اتباع و حفظ منافع آن‌ها در مقابل تعدی‌های اداره است. این گونه دعوی می‌تواند منجر به ابطال تصمیم اداره یا جبران خساره افراد در مقابل اداره شود. ارکان دعوی اداری عبارت اند از: مدعی که معمولاً تبعه است، مدعی علیه که معمولاً دولت است (عکس این قضیه نیز صادق است)، مدعی به، قاضی، محکمه ذی صلاح و یا مراجع شبه قضایی و حکم. دعوی اداری برحسب نظام‌های حقوقی متفاوت است:

۱ - **دعای ابطال:** دعوی ابطال که آن را دعوی تخطی از صلاحیت نیز یاد می‌نمایند عبارت از دعوی است که در آن شاکی ادعا دارد که یک عمل حقوقی اداری ناشی از مقرر یا تصمیم اداری انفرادی مغایر با قانون است و از محکمه درخواست می‌کند که آن را ابطال کند. در این دعوی، موضوع تشخیص قانونی بودن یک تصمیم اداری است که مؤجد حق و یا تکلیف حقوقی است. از این رو، گفته می‌شود که دعوی تخطی از صلاحیت، دعوی فرد علیه فرد نیست، بلکه دعوی فرد علیه یک تصمیم اداری اداره است. در این دعوی، وظیفه محکمه این است که اعلام کند که تصمیم و عمل اداری مورد دعوی برخلاف قانون است و یا نه؛ اگر است تصمیم خلاف قانون را لغو کند و اگر نیست شکایت متقاضی را رد نماید.

چنانچه ملاحظه می‌شود، دعوی تخطی از صلاحیت، تصمیمات اداری را از لحاظ انطباق

۵۹. خدیجه کبری اصفهانی، مسئولیت مدنی دولت، ص ۱۹، صفحه انترنتی:

Onlinepdfversion: www.haqqastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فبروری ۲۰۱۵)

آن‌ها با قانون مطمح نظر قرار می‌دهد. بنابراین، هدف از این دعوی این است که افراد بتوانند به آسانی به وسیله آن از تصمیمات خلاف قانون مقامات اداری و اجرایی جلوگیری کنند.^{۶۰}

۲- دعوی جبران خسارت: دعوی جبران خساره دعویایی است که در فرض غیر قانونی بودن عمل اداره شخص متضرر جبران خساره می‌خواهد. این دعوی به صورت مستقل به راه انداخته نمی‌شود بلکه باید مرتب بر غیر قانونی بودن عمل اداری باشد. در افغانستان دعوی اداری به سه دسته ذیل تقسیم می‌شود:

- **دعوی راجع به ملکیت‌های عامه:** ملکیت‌های عامه طبق قانون قضایای دولت ملکیت‌های منقول و غیر منقول دولت است. در صورتی که دعوی در مورد این ملکیت‌ها میان فرد و دولت و یا ادارات دولتی بروز نماید، قانون قضایای دولت دو حالت را پیش‌بینی نموده است: در صورتی که دعوی میاد اداره دولت و فرد باشد نماینده قضایای دولت در محاکم حقوق عامه منحصراً مدعی و یا مدعی‌علیه از حقوق دولت دفاع می‌نماید. در صورتی که دعوی میان ادارات دولتی باشد، اداره قضایای دولت در این زمینه میان ادارات دولتی حکمیت می‌نماید.

- **دعوی مأمور با اداره:** در صورتی دعوی میان مأمور و اداره باشد، مأمورین اول به مراجع شبه قضایی مراجعه می‌نمایند که عبارت اند از کمیته‌های حل اختلاف و بورد رسیدگی به شکایات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی است.

- **دعوی جبران خسارت:** ماده ۵۱ قانون اساسی در این مورد تصریح می‌نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند. به استثنای حالاتی که در قانون تصریح گردیده است، دولت نمی‌تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند.»

در نگاه اول به نظر می‌رسد دعوی ابطال در نظام حقوقی افغانستان به رسمیت شناخته نشده است، اما اگر اندکی دقت نماییم به نظر می‌رسد دعوی ابطال را می‌توان از ماده ۵۱ ق. ا استنباط کرد، زیرا هرچند ظاهر این ماده راجع به جبران خسارت است، اما این امکان فراهم است که جبران خسارت زمانی مطرح شود که تصمیم اداری خلاف قانون توسط مراجع شبه قضایی و قضایی باطل گردد و در اثر این تصمیم به شهروند ضرر رسیده باشد.

۶۰. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری تطبیقی (چاپ اول، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۵) صص ۸۴-۸۶.

۶. مراجع رسیدگی به دعاوی اداری

در پاسخ به سؤال ششم باید گفت که به صورت عموم سه نوع مرجع رسیدگی دعاوی اداری در جهان وجود دارد:

۱- **نظام انگلیسی:** در نظام انگلیسی اصول محاکمات اداری مرجع ای مشخصی جهت رسیدگی به دعاوی اداری که یک طرف آن تبعه و طرف دیگر آن دولت است وجود ندارد. از همین جهت، نظام قضایی انگلستان را قضای واحد می‌نامند. در نظام قضای واحد انگلیسی، قضای عمومی که عبارت از قضای اولیه است شامل دعاوی مدنی، تجارتی، جزایی و اداری می‌شود. در نتیجه، در انگلستان محاکم اداری وجود ندارد و دعاوی اداری نیز توسط محاکم عمومی رسیدگی می‌شوند. حسن این نظام این است که ساده است. اما، عیبی که این نظام دارد عدم تخصصی بودن محاکم اداری است؛

۲- **نظام فرانسوی:** در فرانسه برخلاف انگلستان قضای واحد وجود ندارد، بلکه قضای دوگانه وجود دارد: قضای عمومی که دعاوی مدنی، تجارتی و جزایی را رسیدگی می‌کند و قضای اداری که دعاوی اداری را حل و فصل می‌نماید. دعاوی اداری در فرانسه توسط شورای دولت مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. دعاوی اداری نیز در نظام حقوقی فرانسه به دعاوی ابطال و دعاوی جبران خسارت تقسیم می‌شود. در دعاوی ابطال مدعی خواستار ابطال یک تصمیم غیرقانونی صادر شده توسط اداره می‌شود. به عنوان مثال، اداره تصمیمی در مورد استملاک ملک شخصی اتخاذ نموده است، در حالی که این تصمیم خارج از صلاحیت آن است. نوع دوم دعاوی، دعاوی پرداخت جبران خسارت است که از طرف دولت به تبعه وارد شده است. دعاوی اداری در این نظام در سه مرحله مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. قضات اداری در این نظام باید از مکتب ملی اداره فارغ و در ضمن در ادارات خدمات ملکی ایفای وظیفه نموده باشند.

۳- **نظام مختلط:** برخی ممالک، مانند: آلمان نظام قضای مختلط را پذیرفته اند که محاکم اداری به دعوی ابطال رسیدگی می‌کنند و دعاوی جبران خسارت را به محاکم عمومی ارجاع می‌دهند.^{۶۱} محاکم اداری در آلمان تابع قضای مختلط است. در این کشور در هر ایالت محاکم ابتدائیه و استیناف اداری وجود دارد. در مرحله تمیز دعاوی اداری در محکمه اداری فدرال مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. دعاوی اداری در این کشور در سه مرحله ابتدائیه، استیناف و تمیز مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.

دعاوی اداری در این کشور به دعوی ابطال، دعوی جبران خسارت و دعوی الزام اداره به اجرای تصمیم اداری تقسیم می‌شود. در این کشور برای رسیدگی به دعاوی اداری قانون اصول محاکمات اداری وجود دارد. قضات اداری در این نظام آموزش‌های خاص دریافت نمی‌نمایند بلکه تابع آموزش‌های عمومی برای همه قضات اند. دعوی ابطال تصمیم اداری در این کشور توسط محاکم اداری و دعوی پرداخت جبران خسارت توسط محاکم مدنی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.

از نظر مراجع رسیدگی به دعاوی اداری افغانستان از نظام اصول محاکمات اداری انگلستان که قضای واحد است، پیروی نموده است. زیرا، در افغانستان محاکم اداری وجود ندارد و دعاوی اداری را نیز دیوان‌های حقوق عامه در سطح ابتدائیه، مرافعه و تمیز رسیدگی می‌نمایند. ماده ۱۲۰ ق. ۱ مقرر می‌نماید که محاکم صلاحیت رسیدگی کلیه دعاوی که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت به حیث مدعی یا مدعی علیه مطرح می‌شود را مطابق به احکام قانون دارند. قضایای مربوط به حقوق اداری در نظام حقوقی افغانستان به طور کلی به نام قضایای حقوق عامه یاد می‌شوند.

ادارات قضایای دولت به نمایندگی از دولت منحیث وکیل دولت، قضایای را پیگیری می‌نماید که یک طرف دعوی فرد و طرف دیگر آن دولت باشد. محاکم حقوق عامه در تشکیل قوه قضائیه مراجع ذیصلاح برای بررسی قضایای حقوق عامه است. قضایای حقوق عامه به آن نوع قضایا اطلاق می‌شود که یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دولت باشد. قانون تشکیل و صلاحیت محاکم رسیدگی به قضایای حقوق عامه متنازع‌فیه بین اشخاص حقیقی و حکمی یا بین اشخاص حکمی را از صلاحیت دیوان‌های حقوق عامه دانسته است.

بدون شک قضایای مسؤولیت مدنی قضایای هستند که یک طرف قضیه دولت منحیث شخص حکمی منحیث مدعی علیه قرار می‌گیرد.^{۶۲} همچنین در ماده ۹ قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان تصریح گردیده است که نماینده قانونی دولت در قضایای مدنی که حقوق و وجایب نفع و ضرر کل یا قسمی دولت مطرح باشد به حیث مدعی و مدعی علیه قرار می‌گیرد. نماینده دولت اداره قضایای دولت است.

دیوان‌های حقوق عامه در رسیدگی به دعاوی اداری از قانون اصول محاکمات مدنی پیروی می‌نمایند. زیرا، در نظام حقوقی افغانستان برخلاف حقوق آلمان قانون اصول محاکمات اداری

۶۲. رامین مشتاقی، تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان، ترجمه حسین غلامی (چاپ سوم)، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰ ص ۴۰.

وجود ندارد. بنابراین، از نظر شکلی قضات رسیدگی به دعاوی اداری را طبق قانون اصول محاکمات مدنی مورد رسیدگی قرار می‌دهند. در دعاوی اداری دولت می‌تواند مدعی و مدعی علیه قرار گیرد. اما، چون دولت در نظام‌های اداری متمرکز از جمله نظام اداری افغانستان شخصیت حکمی تجزیه ناپذیر دارد، لازم است تا یک اداره به نمایندگی دولت در محاکم به اقامه دعوی و یا دفع دعوی پردازد.

به این منظور، ریاست قضایای دولت وزارت عدلیه این وظیفه را به عهده دارد. ماده ۹ ق. ا. م. م در این باره حکم می‌نماید که: «۱- نماینده قانونی دولت در قضایای مدنی که حقوق و وجایب نفع و ضرر کل یا قسمی دولت مطرح باشد به حیث مدعی یا مدعی علیه قرار می‌گیرد؛ و ۲- نماینده دولت به منظور حکم مندرج فقره (۱) این ماده اداره قضایای دولت می‌باشد.» چون اداره شخصیت حکمی است و اراده آن توسط شخص حقیقی تشکیل می‌شود، خارنوالانی که در ریاست قضایای دولت ایفای وظیفه می‌نمایند، عملاً از دولت به حیث مدعی و یا مدعی علیه در محاکم اقامه و دفع دعوی می‌نمایند.

عرایض مربوط به دعاوی اداری توسط اتباع مستقیماً به محکمه شهری کابل، محاکم ولایات و یا لوی ولسوالی تقدیم می‌شود. در این صورت، محکمه شهری کابل، محاکم ولایات و یا لوی ولسوالی مکلف است محتویات عریضه را به ریاست قضایای دولت وزارت عدلیه ابلاغ نماید و از نماینده قضایای دولت تقاضای اشتراک در جلسه قضایی را به‌روز معین نماید. سپس، نماینده ریاست قضایای دولت وزارت عدلیه طبق قواعد اصول محاکمات مدنی باید به دفع دعوی پردازد. ماده ۱۲۱ ق. ا. م. م در این مورد تصریح می‌نماید که: «عرایض مربوط به دعاوی حقوق عامه مستقیماً به محکمه شهری کابل محاکم ولایات یا لوی ولسوالی تقدیم و در موضوع به ترتیب ذیل اجراءات می‌گردد: ۱- ابلاغ کتبی محتویات عریضه به اداره قضایای دولت. ۲- مطالبه سوابق قضیه، حضور نماینده قضایای دولت و ممثل قانونی شخصیت‌های حکمی با تعیین تأریخ. ۳- استماع اظهارات و دفاع طرفین قضیه در جلسه مقدماتی.»

در صورتی که محکمه ذی‌صلاح بعد از استماع اظهارات و دفاع طرفین دعوی به این نتیجه برسد که حل منازعه ایجاب رسیدگی را می‌نماید، قرار خویش را مبنی بر دوران دعوی صادر می‌نماید. اما، در صورتی که نتیجه منفی باشد، قرار خویش را مبنی بر عدم دوران دعوی صادر می‌نماید. ماده ۱۲۲ ق. ا. م. م در این باره حکم می‌نماید که: «هرگاه بعد از استماع اظهارات و دفاع، محکمه در نتیجه ارزیابی دلایل طرفین دریابد که حل منازعه ایجاب رسیدگی را می‌کند قرار

خود را مبنی بر دوران دعوی صادر می نماید.» همچنین، ماده ۱۲۳ ق. ا. م. در این باره حکم می نماید: «در صورتی که محکمه در جلسه مقدماتی به این نتیجه برسد که نزاع اصلاً ایجاب رسیدگی محکمه را نمی نماید قرار خود را مبنی بر عدم دوران دعوی صادر می کند.» در صورت صدور قرار توسط محکمه ذی صلاح مبنی بر عدم دوران دعوی، این قرار قطعی نیست و طرف دعوی و یا نماینده قضایای دولت می توانند علیه آن شکایت نمایند. ماده ۱۲۴ ق. ا. م. در این باره می گوید: «قرار قضائی مندرج ماده (۱۲۲) این قانون قطعی نبوده به اثر شکایت طرف قضیه یا اعتراض نماینده قضایای دولت قابل رسیدگی مجدد در دیوان مربوط ستره محکمه می باشد.» در صورت رسیدگی به دعوی اداری محاکم ذی صلاح مکلف اند قواعد اصول محاکمات مدنی در مورد رسیدگی به قضیه و صدور حکم را رعایت نمایند. همچنین، رسیدگی در مرحله استینافی، فرجامی و تجدیدنظر توسط مراجع قضایی تابع قواعد اصول محاکمات مدنی است.

۷. بار اثبات مسئولیت مدنی دولت و اثر آن

در پاسخ به سؤال هفتم باید گفت که با توجه قاعده حقوقی - فقهی: «ارایه بینه بر مدعی است.»^{۶۳} شخصی که ادعای علیه دولت دارد، با ارایه وسایل اثبات^{۶۴} باید این ادعا را ثابت نماید. بنابراین، بار اثبات در صورتی که دولت مدعی علیه باشد، بر عهده مدعی است. در صورت اثبات مسئولیت مدنی دولت، دولت نیز مانند فرد حقوق خصوصی مکلف به پرداخت جبران خسارت است. جبران خسارت با تناسب ضرر به پنج دسته تقسیم می شود: خسارت مالی، خسارت جانی، خسارت معنوی، خسارت عدم النفع و خسارت مختلط.^{۶۵}

جبران به ضم جیم از ریشه «جبر» گرفته شده است که در لغت به معنی تلافی کردن و دادن عوض است. در ادبیات عامیانه به جبران خسارت تاوان نیز می گویند. همچنین به جبران خسارت غرامت نیز می گویند. همچنین، کلمه عوض و تعویض در ق. م در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است. در ق. م تعریف در خصوص جبران خسارت وجود ندارد. در اصطلاح حقوقی تعاریف مختلف برای جبران خسارت وجود دارد:

۱- جبران خسارت عبارت از تلافی کردن و عوض دادن خسارت و صدمه ای است که توسط ضرر

۶۳. «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر» (ارایه بینه بر مدعی و قسم بر منکر است).

۶۴. در مورد تعریف و وسایل اثبات ر. ک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب حقوق وجایب (جلد ۱، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) بخش اخیر.

۶۵. در مورد تعریف و انواع خسارت ر. ک: همان، فصل اثر مسئولیت مدنی غیر قراردادی.

رساننده به متضرر رسیده است.

۲- جبران خسارت چیزی است که شاکی و مدعی امیدوار است آن را از محکمه دریافت کند. تعریف اخیر به نظر می‌رسد که بیانگر کنه و ماهیت جبران خسارت نیست و بنابراین مورد پذیرش به نظر نمی‌رسد.

جبران خسارت با توجه به خسارت به پنج نوع خسارت جانی، مالی، معنوی، عدم‌النفع و مختلط تقسیم می‌شود:

۱) جبران خسارت مالی: در ق. م تعریفی در خصوص جبران خسارت مادی وجود ندارد. به نظر می‌رسد جبران خسارت مالی عبارت از پرداخت خسارتی است که وارد کننده ضرر آن را بر مال متضرر وارد نموده است مانند جبران خسارت ناشی از غصب و اتلاف مال.

۳) جبران خسارت عدم‌النفع: به نظر می‌رسد جبران خسارت عدم‌النفع (کسر عواید) عبارت از پرداخت جبران خسارت نفعی است که آن را متضرر از دست داده است. برخی مثال‌های خسارت ناشی از کسر عواید قرار ذیل است:

۱- اگر «الف»، «ب» تاجر را با موتر بزند و زخمی نماید و در نتیجه آن «ب» برای مدت شش ماه در شفاخانه بستر گردد، «ب» می‌تواند علاوه بر جبران خسارت جانی، جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۲- اگر «الف»، دکان، دواخانه و یا خانه «ب» را برای مدت یک سال غصب نماید و بعد از یک سال آن را به «الف» مسترد نماید، «ب» می‌تواند جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۳- اگر «الف»، «ب» تاجر را اختطاف نماید و بعد از یک سال زندانی کردن در زندان خصوصی رها نماید، «ب» می‌تواند جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۴) جبران خسارت معنوی: به نظر می‌رسد جبران خسارت معنوی عبارت از جبران ضرر معنوی است که بر روح و حیثیت متضرر وارد گردیده است. ضرر معنوی نیز مانند ضرر مادی قابل جبران است. ولی تمام سخن در نحوه جبران خسارت معنوی است، زیرا خسارت معنوی و آسیب‌های عاطفی را نمی‌توان با پول ارزیابی کرد و به همین جهت گروهی آن را جبران‌ناپذیر دانسته می‌گویند: چگونه ممکن است درد جانکاه همسر و فرزندان کارگری که در اثر تخلف مهندس ناظر از تعهد خود مبنی بر نظارت و رعایت دقیق نکات ایمنی، جان خود را از دست داده است را، با دادن مبلغی پول جبران کرد و یا چگونه می‌شود رنج روحی زوج جوانی که فلم عروسی‌شان در

نتیجه تخلف فیلم بردار از تعهد خود مبنی بر عدم سوء استفاده از آن، در اختیار عموم قرار گرفته و لطمه شدید به آبرو و حیثیت خانوادگی شان وارد شده است را، با پرداخت پول جبران کرد. بسیاری حقوقدانان در عصر حاضر قایل به جواز جبران ضرر معنوی اند. حقوقدانان استدلال می نمایند که اینکه گفته شد، طبیعت ضرر معنوی، جبران ناپذیر و سنجش خسارت آن ناممکن است، ناشی از درک نادرست مفهوم جبران خسارت است. زیرا، مقصد از جبران خسارت، محو و از بین بردن کامل ضرر نیست که تعلل شود که ضرر معنوی با پرداخت خسارت مادی از بین نمی رود، بلکه مقصد از پرداخت خسارت این است که متضرر جایگزینی را برای ضرر معنوی وارد به خود در اختیار داشته باشد. بنابراین، نظر صحیح این است که خسارت معنوی از بین نمی رود، ولی در کنار آن مالی به دست می آید که می تواند جایگزین آن شود. اگر چنین برداشتی از «جبران خسارت» وجود داشته باشد، جبران ضرر معنوی به خوبی امکان پذیر می شود. بنابراین، درست است که با پرداخت خسارت، ضرر معنوی از بین نمی رود، همان طور که در خسارت مادی نیز، گاه خسارت کاملاً بر طرف نمی شود، ولی در کنار آن مالی به دست می آید که می تواند جایگزین آن گردیده و ضمن کاستن از آلام روحی و رنج عاطفی زیان دیده، آن را تحمّل پذیرتر سازد. گرچه رایج ترین وسیله جبران خسارت پرداخت پول است، ولی در مورد جبران ضرر معنوی قاضی می تواند راه حل های مناسب تری را در نظر بگیرد، مثلاً انتشار رأی محکومیت کسی که شرف و حیثیت دیگری را لکه دار کرده است، بهتر می تواند موجب اعاده حیثیت زیان دیده شده و ضرر معنوی وی را جبران نماید.

در نتیجه، به کسی که ضرر به حوادث و احساسات او وارد گردیده است، چنانچه خسارت مالی دریافت نماید، خسارت مذکور می تواند موجب تسکین آلام او گردد. هر چند تعیین خسارت معنوی دشوارتر از تعیین خسارت مادی است. ولی، قاضی آنچه را باید در تعیین خسارت معنوی رعایت نماید، این است که مبلغی که به عنوان جبران ضرر معنوی تعیین می شود، باید دور از غلو و اسراف باشد. حقوق، رویه قضایی و ق. م. ج. م، جبران خسارت معنوی را مسلم و قطعی می دانند.

۵) جبران خسارت مختلط: خسارت مختلط زمانی رخ می دهد که فعل یا ترک فعل در عین زمان باعث عامل خسارت مادی و معنوی شود و زیان دیده بتواند علاوه بر جبران خسارت مادی، جبران خسارت معنوی را نیز، مطالبه کند. مثلاً خسارات وارد بر صاحب اثر علمی که در نتیجه تخلف ناشری که طبق قرارداد متعهد بوده است بدون دست بردن به محتوای اثر، تا زمان دایر شدن

نمایشگاه آن را به چاپ برساند، و وی بر خلاف تعهد قراردادی خویش، نه تنها در زمان مقرر کتاب مذکور را به چاپ نرسانده که محتوای آن را نیز، تغییر داده است، خسارت مختلط بوده و صاحب اثر می تواند علاوه بر جبران خسارت مادی، جبران خسارت معنوی خویش را نیز، از متخلف عهدشکن، مطالبه نماید.

نتیجه گیری

از آنچه گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

۱) مسئولیت مدنی دولت عبارت از پاسخگویی دولت و پرداخت جبران خسارت است به شهروندان به دلیل ضرری که دولت بر شهروندان وارد نموده است.

۲) مسئولیت مدنی دولت برای اولین بار در ق. ۱۳۴۳ (۱۹۶۴) پذیرفته شده است. قبل از آن دولت در نظام حقوقی افغانستان ظاهراً مسئولیت مدنی نداشته است.

۳) به طور کلی اسباب مسئولیت مدنی دولت فعل با تقصیر، خطر، فعل مضر بر نفس مانند قتل، ضرب، جرح و اذیت، فعل مضر بر مال مانند غصب و اتلاف و فعل مفید مانند پرداخت بدون سبب و عمل فضولی است. اما، اسباب مسئولیت مدنی دولت در ماده ۵۱ ق. ا به صورت واضح پیش بینی نشده است.

۴) امروزه تقریباً دولت ها در همه اعمال مسئولیت مدنی دارند. اما، از یک طرف اعمال دولت در قوانین افغانستان تعریف و دسته بندی نشده است و از طرف دیگر روشن نیست که مطابق ماده ۵۱ ق. ا دولت در کدام اعمال مسئولیت مدنی دارد.

۵) دعوی جبران خسارت در ماده ۵۱ ق. ا پیش بینی شده است. اما، دعوی ابطال و سایر انواع دعاوی اداری که در برخی نظام های حقوقی مانند آلمان وجود دارد پیش بینی نشده است.

۶) ضرر و جبران خسارت در ماده ۵۱ ق. ا مطلق استعمال شده اند. به نظر نمی رسد ضرر و جبران خسارت طبق ماده ۵۱ ق. ا شامل همه انواع ضرر و جبران خسارت اعم از مادی، معنوی، مختلط و عدم النفع گردد.

۷) طبق بند دوم ماده ۵۱ ق. ا که در مقام تأیید بند اول نیست دولت نمی تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند. بنابراین، همانطور که فرد می تواند علیه دولت برای حصول جبران خسارت در محکمه ذی صلاح اقامه دعوی نماید، هرگاه حقی میان دولت و فرد حقوق خصوصی متنازع فیه باشد، دولت نیز باید علیه فرد مطابق قواعدی که در قانون قضایای

دولت و قانون اصول محاکمات مدنی پیش‌بینی شده است اقامه دعوی نماید و بعد از صدور حکم محکمه ذیصلاح به نفع دولت، دولت حق خویش را حاصل نماید. به حیث مثال، هرگاه راننده در اثر بی احتیاطی تصادم نماید و به سرک، درخت، پایه برق و نظیر اینها ضرر وارد نماید، اداره باید جبران خسارت را از راننده بگیرد. در صورتی که راننده جبران خسارت را ندهد اداره باید به نمایندگی از دولت علیه فرد اقامه دعوی نماید و بعد از صدور حکم محکمه جبران خسارت را از فرد بگیرد. حقوق در این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. به نظر می‌رسد می‌توان کلمه حقوق را در این ماده تفسیر موسع نمود و نتیجه گرفت که منظور از حق‌ها در این ماده حق‌های مالی، حق‌های عینی، حق‌های دینی و نظیر این‌ها است.

۸ پذیرش مسئولیت مدنی دولت از مصادیق بارز دموکراسی و آثار حاکمیت قانون بر همگان به شمول دولت و از مظاهر کنترل قدرت زمامداران تلقی می‌شود.^{۶۶}

با توجه به آنچه گفته شد و با توجه به این که خلاء در نظام حقوقی افغانستان قابل توصیه است قانون مسئولیت مدنی دولت در افغانستان مانند جمهوری اسلامی ایران و آمریکا وضع و نافذ گردد.

۶۶. خدیجه کبری اصفهانی، مسئولیت مدنی دولت، ص ۲، صفحه انترنتی:
Onlinepdfversion: www.haqqastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فروری ۲۰۱۵)

فهرست منابع

فارسی:

اول) در حقوق:

۱. احمدالسنهوری، عبدالرزاق، دوره حقوق تعهدات ۳، ترجمه سید مهدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، نشر سپهر، ۱۳۸۲ ه. ش.
۲. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۹۰ ه. ش.
۳. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷ ه. ش.
۴. بادینی، حسن فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ه. ش.
۵. حسینی نژاد، حسین قلی، مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۷۷ ه. ش.
۶. خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی (۴) موجبات مسئولیت مدنی و آثار آن، چاپ میزان، تهران: ۱۳۸۵ ه. ش.
۷. خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی (۴) موجبات مسئولیت مدنی و آثار آن، تهران: چاپ میزان، ۱۳۸۵ ه. ش.
۸. ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵ ه. ش.
۹. صفایی، سید حسین، قاسمزاده، سید مرتضی، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر، ۱۳۸۱ ه. ش.
۱۰. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، ۱۳۸۷ ه. ش.
۱۱. طباطبایی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، ۱۳۸۵ ه. ش.
۱۲. عبدالله، نظام الدین، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱)، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳ ه. ش.
۱۳. عزیزی، طارق، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اداری افغانستان، ترجمه مسعود مخلص، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰ ه. ش.
۱۴. قاسمی، عبدالخالق، مسئولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ۱۳۹۲ ه. ش.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ه. ش.
۱۶. مشتاقی، رامین، رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک برای تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان، ترجمه حسین غلامی، چاپ سوم، کابل: نشر انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰ ه. ش.

۳۹۴ / مجله مطالعات حقوقی افغانستان

۳۹۴ / د افغانستان د حقوقي مطالعاتو مجله

۱۷. وحدتی شبیری، سید حسن، مبانی مسؤولیت مدنی قراردادی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵ هـ.ش.

۱۸. دوم) فرهنگ‌ها:

۱۹. انصاری مسعود و طاهری محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، ۳ ج، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴ هـ.ش.

۲۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ هـ.ش.

۲۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۵ ج، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ هـ.ش.

۲۲. عباس ایمانی، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: ۱۳۸۲ هـ.ش.

۲۳. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳ هـ.ش.

۲۴. معین، محمد، فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ۱۳۸۲ هـ.ش.

۲۵. سوم) مقاله:

۲۶. خدیجه کبری اصفهانی، مسؤولیت مدنی دولت، صفحه انترنتی:

۲۷. Onlinepdfversion: www.haqgastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فبروری ۲۰۱۵)

۲۸. چهارم) قوانین:

۲۹. وزارت عدلیه، قانون اساسی، منتشره جریده رسمی شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ.ش.

۳۰. _____، قانون مدنی، منتشره جریده رسمی ۳۵۳، ۱۵/۱۰/۱۳۵۵ هـ.ش.

۳۱. _____، قانون اصول محاکمات مدنی منتشره جریده رسمی شماره ۷۲۲ مورخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹ هـ.ش.

۳۲. ب) عربی:

۳۳. الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی وادلتہ، ۱۲ ج، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ [بدون تاریخ]

۳۴. ابن عابدین، محمد امین، ردالمختار علی الدرالمختار، ۱۲ ج، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، [بی تا].

۳۵. احمد السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ۱۴ ج، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی، ۲۰۰۲ م.

۳۶. سعیدالصاغر جی، اسعد محمد، الفقه الحنفی وادلتہ، ۳ ج، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ، [بی تا].

۳۷. وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة، ۴۵ ج، الطبعة الثانیة، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق (۱۹۸۳ هـ.ش).

ج) انگلیسی:

1. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker. Principles of French law, 1st ed. Tehran.

Dadqaster publication: 1380.