بسم الله الرحمن الرحيم

د افغانستان د حقوقي مطالعاتو مجله
۱ ټوک
مجلهٔ مطالعات حقوقی افغانستان
جلد ۱

سردبیران

پروفسور دکتر محمدهاشم کمالی، دکتر تیلمن ج. رودر

و پوهنمل لطف‌الرحمن سعید

مؤسسه نشر واژه

کابل ۱۳۹۵ / ۲۰۱۶

Nashre Vazhah Publication

د افغانستان د حقوقي مطالعاتو مجله

مجلۀ مطالعات حقوقی افغانستان

جلد اول (۱۳۹۵/ ۲۰۱۶)

ناشر: مؤسسه نشر واژه

صفحه‌آرا: زهرا احمدی

چاپ اول: کابل، تابستان ۱۳۹۵/ ۲۰۱۶

شابک بین‌المللی: ۳۰۷۰-۲۵۲۲

تیراژ: ۵۰۰

فهرست مطالب

پیش‌درآمد (دری)..... ۱۳

پیش‌درآمد (پشتو)..... ۱۵

پیش‌گفتار سردبیران (دری)..... ۱۷

پیش‌گفتار سردبیران (پشتو)..... ۱۹

خلاصه مقاله‌ها (دری)..... ۲۱

خلاصه مقاله‌ها (پشتو)..... ۳۳

زندگی‌نامه نویسندگان (دری)..... ۴۵

زندگی‌نامه نویسندگان (پشتو)..... ۵۵

بخش اول: حقوق عمومی

گرایش به قانون اساسی در کشورهای اسلامی؛ دیدگاه امروزی به حقوق اسلامی (دری)..... ۶۷
محمدهاشم کمالی

چارچوب قانونی مدیریت انتخابات در افغانستان بعد از ۲۰۰۱/۱۳۸۰ (دری)..... ۹۱
محمد ایوب یوسفزی

تاخیر انتخابات و مشروعیت ولسی جرگه نظر به قانون اساسی (انگلیسی)..... ۱۴۰
راینر گروت و تیلمن ج. رودر

بخش دوم: حقوق جزاء و جرم شناسی

مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از جرائم تروریستی (دری)..... ۱۴۳
علی محمد میرزایی

جرم و جنگ در افغانستان (پشتو).....۱۷۵
جان برایت ویت و علی وردک
حبس و قوانین آن در افغانستان؛ با تمرکز روی سیر تاریخی محبس پلچرخی (دری).....۲۴۳
نجیب‌الله امین
مسئولیت جنایی حمله هوای ۲۰۰۹ بالای ولایت قندز؛ قانون جزایی آلمان در برابر حقوق بین‌الملل و حقوق‌بشردوستانه بین‌المللی (انگلیسی).....۲۹۴
جولیا جینیوس
سیزده سال بعد از عضویت افغانستان در محکمه بین‌المللی جزایی؛ افغانستان در کجایی کار آن محکمه قرار دارد؟ (دری).....۲۹۵
احسان قانع

بخش سوم: حقوق خصوصی

ازدواج و حقوق زنان در قانون مدنی افغانستان ۱۹۷۶؛ ارزیابی انتقادی (انگلیسی).....۳۴۲
محمدهاشم کمالی

بخش چهارم: حقوق بین الملل

موافقت‌نامه‌های ترانزیتی منطقه‌ای آپتا و چاه بهار؛ کدام یک از این موافقت‌نامه‌ها می‌تواند فرصت‌های حقوقی گسترده‌تری را برای افغانستان مهیا نماید؟ (دری).....۳۴۵
سهیلا اکبری
تعهدات بین‌المللی دولت افغانستان در برابر مکانیزم‌های بین‌المللی حقوق‌بشر بر اساس حقوق بین‌الملل (انگلیسی).....۳۹۲
محمد ملک ستیز

بخش پنجم: میان رشته یی و مطالعات اسلامی

قانون طبیعی و حقوق طبیعی در حقوق اسلامی (دری).....۳۹۵
انور ایمون
حق‌های بنیادی فرد: تحلیل حق در حقوق اسلامی (دری).....۴۴۳
محمدهاشم کمالی
تفسیر اقتصادی پشتونولی (دری).....۴۷۳
تام گینز بورگ

بخش ششم: حاکمیت قانون

تریاک افغانستان، توافقات جهانی و همکاری‌های منطقوی؛ علاقمندی‌های دولت و پاسخ‌های مؤسساتی (انگلیسی).....۵۵۴
ابراهیم افصه
تصورات کلاسیک و معاصر اسلامی در رابطه با حاکمیت قانون (انگلیسی).....۵۸۰
حمید خان

د مطالبو فهرست

د لومړۍ نسخې د پيل خبرې (دري) ۱۳

د لومړۍ نسخې د پيل خبرې (پښتو) ۱۵

د مسؤل مديرانو خبرې (دري)..... ۱۷

د مسؤل مديرانو خبرې (پښتو)..... ۱۹

د مقالو لنډيز (دري)..... ۲۱

د مقالو لنډيز (پښتو)..... ۳۳

د ليکوالو ژوند ليکونه (دري)..... ۴۵

د ليکوالو ژوند ليکونه (پښتو)..... ۵۵

لومړۍ برخه: عمومي حقوق

په اسلامي هېوادونو کې اساسي قانون؛ اسلامي حقوقو ته معاصره کتنه (دري)..... ۶۷

محمدهاشم کمالی

له هـ ش ۱۳۸۰/ ۲۰۰۱م وروسته په افغانستان کې د تاکنو د مديريت عمومي چوکاټ (دري)..... ۹۱

محمد ايوب يوسفزی

د اساسي قانون له مخې د تاکنو ځنډول او د ولسي جرګې مشروعيت (انکليسي)..... ۱۴۰

راينر گروت و تيلمن ج. رودر

دوهمه برخه: د جزاء حقوق او جرم پېژندنې

له ترهګريزو جرمونو څخه د راولاړو شويو زيانونو د خسارو په جبيره کولو کې د دولت مسؤوليت (دري) ..۱۴۳

علی محمد ميرزايی

په افغانستان کې جرم او جګړه (پښتو).....۱۷۵
جان برایت ویت و علی وردک
په افغانستان کې زندان او د هغه اړوند قوانین: د څرخي پله د زندان تاریخچې ته کتنه (دري).....۲۴۳
نجیب‌الله امین
په ۲۰۰۹ کې پر قندوز د هوایی برید جنایي مسؤولیت؛ د آلمان جزاء قانون او د نړیوالو حقوقو او نړیوالو بشردوستي د حقوقو پر وړاندې (انګلیسي).....۲۹۴
جولیا جینیوس
نړیوالې نړیوال جزایي محکمې کې د افغانستان تر دیارلس کاله غړیتوب وروسته: افغانستان په دې محکمه کې کوم پراو ته رسېدلی دی؟ (دري) ۲۹۵
احسان قانع

درېمه برخه: خصوصي حقوق

د افغانستان په مدني قانون (۱۹۷۶م) کې دواده او د مېرمنو حقنه؛ انتقادي ارزونه (انګلیسي).....۳۴۲
محمدهاشم کمالی

څلورمه برخه: نړیوال حقوق

د سیمیز ټرانزیټ هوکړه لیک (آپتا) او چاه بهار؛ په دې دوه هوکړه لیکونوکې افغانستان ته کوم هوکړه لیک لا دېر حقوقي فرصتونه برابرولی شي؟ (دري).....۳۴۵
سهیلا اکبری
د افغانستان د دولت نړیوالې ژمنې د د نړیوال بشري حقوقو میکانیزمونو په وړاندېد نړیوال حقوقو پر بنسټ (انګلیسي).....۳۹۲
محمد ملک ستیز

پنځمه برخه: د څو رشتو اړوند او اسلامي مطالعې

په اسلامي حقوق کې طبیعي قانون او طبیعي حقوق (دري).....۳۹۵
انور ایمون
د فرد بنسټیز حقونه؛ په اسلامي قانون کې د حق شننه (دري).....۴۴۳
محمدهاشم کمالی
د پښتونولۍ اقتصادي شننه (دري).....۴۷۳
تام ګینز بورګ

شپږمه برخه: د قانون حاکمیت

د افغانستان تریاک، نړیواله اجماع او سیمیزې مرستې؛ دولتي کټې او د سازمانونو ځوابو (انګلیسي).....۵۵۴
ابراهیم افصه

د قانون د حاکمیت په اړه کلاسیک او معاصر اسلامي تصورات (انګلیسي).....۵۸۰
حمید خان

پیش‌درآمد

نه تنها به عنوان یک سیاستمدار، بلکه به عنوان یک کارشناس حقوق، از نشر نخستین شماره مجلهٔ مطالعات حقوقی افغانستان به گرمی استقبال می‌کنم. مقالات در سطح علمی و پژوهشی قرار دارند؛ حوزه های متعددی از قبیل حقوق جزا، حقوق خصوصی، حقوق عمومی، حقوق بین‌الملل عمومی و مطالعات میان رشته‌ای را تحت پوشش خود قرار داده است. محققان و نویسندگان افغانی و خارجی، دراین شماره مقاله داده اند و مقالات با دقت به زبان‌های دری، پشتو و انگلیسی انتخاب شده است این کار به اهمیت مجله می افزاید به گونه‌ای که علاقه خوانندگان خارجی را نیز بر می‌انگیزاند.

آرزو دارم که انتشار چنین مجلاتی باعث ترویج روحیه تحقیق و پژوهش در زمینه‌های متنوع حقوقی، خلق ادبیات حقوقی نوین، ایجاد دکترین حقوقی و در نهایت تقویت حاکمیت قانون در کشور گردد و به این ترتیب بتوانیم جامعه‌ای قانون مدار داشته باشیم.

سردبیران این شماره آقایان دکتر محمدهاشم کمالی و دکتر تیلمن رودر؛ در صحبتی به من بیان داشتند، که آنان تنها متولیان مجلهٔ مطالعات حقوقی افغانستان اند، همچنین آنها علاوه نمودند که قصد دارند تا این کار را به گروهی از نویسندگان جوان افغانستان که در حال حاضر مصروف نوشتن پایان‌نامه‌های دکتری شان هستند، بسپارند؛ آنان عملا آقای لطف‌الرحمن سعید، استاد دانشگاه کابل را به عنوان همکار سردبیر برگزیده‌اند.

من از حمایت‌های سخاوتمندانه جمهوری فدرال آلمان درخصوص برنامه بورس دکتری برای محققان جوان، مجلهٔ مطالعات حقوقی افغانستان و در نهایت حمایت‌های حقوقی شان از نهادهای عدلی و قضایی کشور، صمیمانه سپاسگزاری می‌نمایم.

محمد سرور دانش

معاونت دوم ریاست جمهوری

جمهوری اسلامی افغانستان

د پيل خبرې

نه يوازې د يوه سياستمدار، بلکې د حقوقو د يوه کار پوه په توګه، د افغانستان د حقوقي مطالعاتو لومړنۍ مجلې د خپراوي ته تود هر کلی کوم. په دې مجله کې د حقوقو د بيلابيلو برخو په اړه لکه: د جزا حقوقو، خصوصي حقوقو، عمومي حقوقو، نړيوالو عمومي حقوقو او د بيلابيلا څانګو خپلمنځي اړيکو په اړه علمي او څېړنيزې مقالې ځای پر ځای شوې دي. دې ګڼې ته افغان او بهرنيو محققينو او ليکوالو خپلې مقالې ور کړې دي . يادې مقالې په بشپړ پاملرنې سره په دري، پښتو او انګليسي ژبو غوره شوې دي، چې دا کار د مجلې ارزښت نور هم زياتوي او د بهرنيو مينه والو پام هم ور اړوي.

هيله لرم د داسې مجلو خپرېدل د حقوقو په بيلابيلو برخو کې د تحقيق او څېړنې د روحيې د ترويج لامل شي. د نويو حقوقي ادبياتو په تخليق، د حقوقي دکترينو د ايجاد او په پای کې په هېواد کې د قانون د حاکميت پياوړي کولو لامل وګرځي او په دې ډول وکولی شو قانون مداره ټولنه ولرو.

د دې ګڼې مسوولانو ښاغليو ډاکتر محمدهاشم کمالي او ډاکتر تيلمن رودر ما سره په خبرو کې دا څرګنده کړه، چې دوی يواځې د افغانستان د حقوقي مطالعاتو د مجلې متوليان دي. هغوی زياته کړه هوډ لري چې دغه چاره هغو افغان ځوانانو ته وسپاري چې دمګړۍ د خپلې ډاکترۍ په پايليکونو بوخت دي. دوی لا له وړاندې د کابل پوهنتون استاد پوهنمل لطف الرحمن سعيد، د سمونګر په توګه غوره کړی دی.

زه د آلمان د فدرالي جمهوريت سخاوتمندانه ملاتړ څخه د زړه له کومې مننه کوم، چې ځوانو افغان محققانو ته يې د دوکتورا لپاره بورسونه چمتو کړي، د افغانستان د حقوقي مطالعاتو مجله چاپوي او په ټوله کې يې د هيواد له عدلي او قضايی بنسټونو سره تل حقوقي ملاتړ کړی دی.

محمد سرور دانش

د افغانستان د اسلامي جمهوريت

دوهم مرستيال

پیش‌گفتار سر دبیران

در افغانستان، پژوهش حقوقی به تدریج، اما به طور پیوسته در حال توسعه است. جامعه علمی در حال رشد، در بخش‌های مختلف حقوقی مقاله‌های را نوشته‌اند. اکثر محققان که دراین مجلد، مقاله‌های‌شان چاپ شده است، افغان هستند؛ اما شماری از محققان غیر افغانی نیز با توجه به علاقه ویژه‌ی که به این کشور دارند، مقاله‌های را در حوزه حقوق افغانستان نوشته‌اند.

به این ترتیب، به عنوان سردبیران اولین نسخه مجلهٔ مطالعات حقوقی افغانستان (۲۰۱۶/۱۳۹۵)؛ تلاش می‌کنیم که این دورهٔ جدید را، با توجه به نیازهای و خواسته مطالعه کنندگان برجسته، وفق دهیم .مهم‌تر از همه اینکه این مجله، نه تنها به زبان دری، بلکه به زبان‌های پشتو و انگلیسی نیزچاپ می‌شود. امیدواریم ازاین طریق بتوانیم به توسعه بیش‌تر زبان پشتو به عنوان زبان آکادمیک و جذاب‌ترشدن مجله، برای خوانندگان کمک کنیم. هدف ما پیداکردن جایگاه مجله در مهم‌ترین کتابخانه‌های حقوقی خارج از افغانستان، به منظور ارتباط بهتر و بیش‌تر افغانستان با جامعه علمی جهانی است. چکیده مقاله‌ها در سه زبان؛ همانا عبور از موانع زبان است.

افراد زیادی در تحقق چاپ این جلد کمک و همکاری نموده‌اند. در مرحله بسیار ابتدائی دکتر غزاله فریدزاده از بنیاد ماکس پلانک برای صلح جهانی و حاکمیت قانون (هایدلبرگ) چندین مقاله را با مهارت ویژه زبانی که دارند، اصلاح نمودند. شماری از همکاران جوان نیز ذریعه ارتباط با نویسندگان و مترجمان با ما همکاری نمودند؛ دراینجا مجال نام‌بردن همهٔ آن‌ها نیست. اما حداقل می‌خواهیم از دکتر الیزا نوویک، هماهنگ کننده پیشین برنامهٔ بورس تحصیلی دکترا حمیده برمکی برای استادان حقوق و حقوقدانان از بنیاد ماکس پلانک یاد کنیم، آقایان احمدشاه احمدیار و مالتی هاروالد که فعالانه در برگزاری همایش مطالعات حقوقی افغانستان همکاری نمودند؛ و محترمه عایشه محمود و خانم مریم اوستریچ که در مرحله نهائی، تهیه

این مجلد همکاری خیلی خوبی نموده‌اند. همچنان از مترجمان هریک خواجه احمد جاوید شهریار و احمد فاروق فضل‌یار و تیم مؤسسه نشر واژه برای همکاری عالی شان، اظهار سپاس می‌نماییم.

سردبیران با دقت تمام، کلیه مقاله‌ها را ملاحظه کرده‌اند- شماری اندک از مقاله‌ها قبلاً به زبان‌های دیگر به چاپ رسیده‌اند. از نویسندگان این مقالات بسیار سپاس‌گزاریم که اجازه ترجمه و چاپ این آثار علمی ارزشمند را به ما دادند. بسیاری از مقالات نیز در یکی ازهمایش‌های اخیر مطالعات حقوقی افغانستان که سالانه در کابل برگزارمی‌شود، ارائه شده است و مورد بحث و گفتگو قرار گرفته‌اند.

ما امیدواریم که این مجله، نه تنها در ترویج فرهنگ پژوهش‌های حقوقی که به طور ملموس در افغانستان در حال توسعه میباشد، کمک کند- بلکه موجب انگیزه برای کسانی شود که به دنبال راه حل، مشکلات این کشور زیبا هستند.

همچنین از وزارت امور خارجه جمهوری فدرال آلمان و سفارت آلمان در کابل، که از همایش مطالعات حقوقی افغانستان و تهیه مجلۀ مطالعات حقوقی افغانستان به عنوان بخشی از برنامۀ بورس تحصیلی حمیده برمکی حمایت مالی و پشتیبانی فعالانه داشتند، صمیمانه قدردانی نماییم. آنها مطمئن باشند که جامعۀ حقوقی افغانستان کمک و مساعدت آنها را فراموش نخواهند کرد.

سردبیران

پروفسور دکتر محمدهاشم کمالی، دکتر تیلمان ج. رودر و پوهنمل لطف‌الرحمن سعید

د مسوول مدیرانو خبرې

په افغانستان کې حقوقي څېړنې ورو خو د یوې لړۍ په بڼه د پراختیا په حال کې دي. مخ پر ودې علمي ټولنې په بیلابیلو حقوقي برخو کې مقالې لیکلي دي. دې هغه لیکوالان، چې په دې ټولګه کې یې مقالې چاپ شوي افغانان دي خو له افغانانو پرته یو شمیر هغو څېړونکو هم د افغانستان د حقوقي حوزې په اړه د خپلې ځانګړې لیوالتیا پر بنسټ، چې افغانستان سره یې لري مقالې لیکلي دي.

په دې ډول، مورږ د افغانستان د حقوقي مطالعاتو مجلې د لومړۍ ګڼې (۲۰۱۶/۱۳۹۵) د مسوول مدیرانو په توګه هڅه کوو، چې نوي پېر یې د لوستونکو اړتیاوو او غوښتنو ته په پام چمتو کړو. تر دې مهمه یې لا دا، چې دغه مجله نه یوائې په دري بلکې په پښتو او انګلیسي ژبو هم چاپ کیږي. هیله من یو له دې لارې څخه وکولای شو دغه مجله جذابه او په اکاډمیکه برخه کې د پښتو ژبې له ودې او نړیوالو لوستونکو سره مرسته وکړو. زمورږ موخه دا ده ،چې دغه مجله له افغانستان څخه د باندې په مهمو حقوقي کتابتونونو کې خپل ځای پیدا کړي او افغانستان له دې لارې څخه له نړیوالې علمي ټولنې سره ښې اړیکې ولري. د مقالو لنډیز په دري ژبو باندې؛ همغه د ژبو له خنډونو څخه تیرېدل دي.

دې‌رو خلکو د دې ټولګې په چاپ کېدو کې مرسته کړې ده. په لومړي سر کې د نړیوالې سولې او د قانون حاکمیت لپاره د ماکس پلانک بنسټ څخه آغلې ډاکتر غزاله فرید زاده څو مقالې د خپلې ځانګړې ژبنۍ وړتیا پر مټ اصلاح کړې. یو شمیر ځوانو همکارانو مو له لیکوالانو او ژباړونکو سره د اړیکو له لارې مورږ سره مرسته وکړه ،چې دلته یې د ټولو نومونو یادولو مجال نشته. خو غواړوم لږ تر لږه دلته د ماکس پلانک بنسټ د حقوقو د استاذانو او حقوق‌پوهانو لپاره د حمیده برمکۍ د

تحصیلي بورسونو د برنامې پخواني همغږي کوونکي ډاکتره الیزا نوویک ته اشاره وکړو. همدارنګه ښاغلي احمدشاه احمدیار او مالتي هاروالد څخه مننه، چې په فعالانه ډول یې د افغانستان د حقوقي مطالعاتو د غونډو او ناستو په جوړولو کې مرسته وکړه. آغلې عایشه محمود او میرمن مریم اوستریچ څخه مننه، چې د دې ټولګې په وروستي پړاو کې یې ښه مرسته وکړه. همدارنګه له ژباړونکو هر یو؛ خواجه احمد جاوید شهریار او احمد فاروق فضل یار او د واژه چاپ خونې له ټیم مننه، چې د ټولګې په چاپ کې یې هر ډول مرسته کړې ده.

مسوول مدیرانو په ډېر پاملرنې سره ټولې مقالې کتلې. لږ شمېر مقالې یې وړاندې په نورو ژبو چاپ شوې دي. د دغو مقالو له لیکوالانو څخه ډېره مننه، چې د دغو ارزښتمنو علمي آثار او د ژباړې او چاپ اجازه یې مورږ ته را کړه. د دې ټولګې ډېرې مقالې د افغانستان د حقوقي مطالعاتو په یوې وروستۍ غونډه کې، چې کابل کې په کلنۍ ښه جوړېږي لوستل شوې وې او بحثونه او خبرې اترې هم پرې شوې دي.

مورږ هیله من یو، چې دغه مجله په افغانستان کې نه یوازې د حقوقي څېړنو د کلتور په دود کولو کې، چې په ملموس ډول د ودې په حال کې ده مرسته وکړي بلکې د هغو خلکو لپاره هم د اغیز پیدا کولو لامل شي، چې د دغه ښکلي هېواد ستونزو ته د حل لارو په لته کې دي.

همدارنګه د آلمان د فدرالي جمهوریت له بهرنیو چارو وزارت او په کابل کې د آلمان سفارت څخه مننه، چې د افغانستان د حقوقي مطالعاتو له غونډې او د افغانستان د حقوقي مطالعاتو د مجلې له چاپ څخه یې د حمیده برمکۍ د تحصیلي بورسونو د برنامې د یوې برخې په توګه مالي ملاتړ وکړ. هغوی دې ډاډه وي، چې د افغانستان حقوقي ټولنه به د دوی مرستې او لاس نیوی هېر نه کړي.

مسوول مدیران

پروفسور ډاکتر محمدهاشم کمالي، ډاکتر تیلمان ج. رودر او پوهنمل لطف الرحمن سعید

چکیدهٔ مقاله‌ها به زبان دری

بخش نخست - حقوق عمومی

محمدهاشم کمالی

گرایش به قانون اساسی در کشورهای اسلامی- دیدگاه امروزی به حقوق اسلامی

این مقاله در چهار بخش ارائه شده‌است؛ بحث با توصیف مختصر صفات ویژه‌ای قانون اساسی اسلامی و حالات انکشاف نیافته آن در مقایسه با سایر بخش‌های حقوق اسلامی آغاز می‌شود. بحث همچنان ادامه می‌یابد تا تفاوت‌های چشمگیر میان روش‌های اسلامی و غربی قانون اساسی را برجسته سازد. به دنبال آن، بحث مختصری در مورد اسلام و سکولاریزم، گنجانیده شده‌است. در بخش دوم مقاله، چشم انداز وسیع کشورهای اسلامی به صورت عمومی و قوانین اساسی آنها با مأخذ وِیژه به نقش وجایگاه اسلام یا دین رسمی دولت در قانون اساسی بحث شده‌است. بخش سوم که از همه بخش‌ها وسیع‌تر است؛ متشکل از توصیف مشخصات حکمروایی نظام اسلامی، تحت عناوین فرعی متعدد می‌باشد. نخستین موارد این مشخصات، دولت را ازدیدگاه اسلام، منحیث امانت توصیف می‌کند؛ و همچنان در مخالفت با دولت مطلقه محدود شده است، که نمادی است از یک دموکراسی شایسته. علاوه برآن بیان می‌دارد که دولت اسلامی از نظر مشخصات، یک نظام ملکی است نه حکومت روحانیون. درین بخش همچنان گرایش‌ها و کلیات در تفکرسیاسی سنی و شیعه به بحث گرفته شده‌است؛ در اخیر مقاله جمع بندی صورت گرفته‌است.

محمد ایوب یوسفزی

چارچوب قانونی مدیریت انتخابات در افغانستان بعد از سال ۱۳۸۲ /۲۰۰۱

قانون اساسی سال۲۰۰۱/۱۳۸۲ وظیفه اداره و نظارت از انتخابات و مراجعه به آراء عمومی را به کمیسیون مستقل انتخابات سپرده است. در مورد طرز گزینش اعضای این کمیسیون، در قانون اساسی تذکری صورت نگرفته است. فرایند انتخاب اعضای کمیسیون مستقل انتخابات ناقص بوده و رئیس جمهور دراین زمینه اعمال نفوذ می‌کند. سوال اصلی که مقاله بدان پرداخته عبارت است از اینکه عمده‌ترین خلاهای قانونی مدیریت انتخابات در افغانستان کدام‌ها اند و افغانستان از دیگر کشورهای پس از منازعه دراین رابطه چه می‌تواند بیآموزد؟ استدلال ما دراین مقاله چنین است که علاوه برعوامل سیاسی، خلا موجود در قانون اساسی، قوانین و مقرارت انتخاباتی، استقلال کمیسیون مستقل انتخابات را محدود نموده و سبب ضعف نهاد مدیریت انتخاباتی گردیده است و یکی از عوامل تقلب در انتخابات بوده و روند انتخاباتی را در افغانستان ناقص ساخته است. قانونگذاری در زمینه مدیریت انتخابات در افغانستان بر اساس یک برنامه منظم و هدفمند نبوده و به نهاد مدیریت انتخابات منحیث نهاد تقویت کننده دموکراسی در کشور توجه نشده، بلکه حکومت با در نظر داشت منافع خود پروسه قانونگذاری این نهاد را سوق داده است.

راینر گروت و تیلمن ج. رودر

تاخیر انتخابات و مشروعیت ولسی جرگه نظر به قانون اساسی

قوانین اساسی شرایطی را که در آن انتخابات ممکن است به تعویق انداخته شود و اثراتی را که به تعویق انداختن انتخابات برای اعتبار قانونی تصامیم اتخاذ شده از طرف مراجع قانونگذار منتخب بعد از سپری شدن دوره قانونی کار آنها دارد؛ ندرتاً بیان می‌نماید. درین مقاله ارزیابی می‌گردد، که علاوه بر از اصل ضرورت، دیگر کدام اصول قانونی باید برای ارزیابی این پرسش‌ها مد نظر گرفته شود؛ دراین محتوا، به طور ویژه، ارتباط و معنی اصول دیموکراسی، حاکمیت قانون و تفکیک قوا مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. به همین گونه ارزیابی می‌گردد که و تا کدام اندازه، موجودیت شرایط مستدل به خاطر تعویق انداختن انتخابات و حوزه صلاحیت‌های مرجع انتخاب شده در جریان میعاد زمانی موقت ، به تحقیق مستقل به‌ویژه از طریق بررسی قضایی وابسته است. تأخیر در انتخابات ولسی جرگۀ جمهوری اسلامی افغانستان در سال ۲۰۱۵ می‌تواند یک مطالعه موردی

بخاطر تجزیه و تحلیل مفهوم و محدودیت‌های قانون اساسی در حالات بحرانی باشد.

بخش دوم - حقوق جزاء و جرم شناسی

جان برایت ویت و علی وردک
جرم و جنگ در افغانستان

این مقاله افغانستان را کم‌تر از نقطهٔ نظر جنگ، اما بیش‌تر ازمنظر رویا رویی سیستم‌های قضائی مجرمانه به بحث می‌گیرد. بخش اول "راه‌حل هابزی" مقاله نگاهی می‌اندازد درمورد به قدرت رسیدن گروه طالبان و توانایی شان در تأمین نظم در مناطقی که قبلا تحت تسلط گروه‌های مسلح و تنظیم‌های جهادی که در آن فضای ترس و بیم حکمفرما بود، قرار داشت.

بعد از شکست طالبان در سال ۲۰۰۱، ناکامی دولت در تأمین عدالت و نارسایی ادارات امنیتی، زمینه‌ساز طغیان مجدد گروه طالبان گردید. طالبان یک نوع سیستم محاکماتی را ایجاد نمودند که اکثر افغان‌ها آنرا مؤثرتر و منصفانه‌تر ازسیستم محاکماتی دولتی می‌پنداشتند. آراء و ارقام نشان می‌دهند که قضات از جملهٔ فاسدترین عناصر یک دولت فاسد محسوب می‌شدند؛ پلیس بصورت گسترده، منحیث سارقان مال و ملکیت‌های مردم شمرده می‌شدند، نه محافظان آنها.

تشخیص ایالات متحده از ناهنجاری‌ها در افغانستان تا سال ۲۰۰۹ بصورت مکمل دیدگاه "هابزی" بود، که راه‌حل آن صرف با حمایت از رئیس جمهور حامد کرزی، منحیث مهره اصلی کافی نبود. در سال ۲۰۰۱ ، غرب دراین امر ناکام شد تا خود را مخاطب این پرسش قراردهد که: "کدام موارد درین عرصه کارآمد است که می‌تواند برای مردم امنیت را مستقر سازد؟" یک پاسخ به این سوال ممکن تدویر جرگه/ شورا باشد. جمهوری خواهی محلی "جیفرسونی" که از عنعنات محلی حل و فصل منازعات آموخته شده؛ راه‌های اتخاذ نشده را نشان می‌دهد.

بخش دوم مقاله "بدیل جیفرسونی" این نظریه را مورد بحث قرار می‌دهد که مهندسی بیش‌تر جیفرسونی جمهوری خواهی محلی در میزان با عنعنات افغانی یک راه‌حلی است برای محدودیت‌های نظریه هابزی در افغانستان. ساحاتی نا هنجاری که در آن نیروی پلیس و سیستم قضائی بصورت درست فعالیت نمی‌کنند، خلاهای اند که شکل ستمگرانهٔ استقرار نظم و قانون همانند حاکمیت طالبان را بازتاب می‌دهد. قابل ذکر است که صلح و عدالت را نمی‌توان در قبال

یک آیندۀ موهوم و یک اشغال بدون اتکاء بر عدالت اجتماعی محلی وعدالت دولتی که مکمل همدیگراند، تامین نمود. حمایت از کنترل جهت عدم استفادۀ سؤ از قدرت از طریق متوازن ساختن مؤسسات محلی و ملی فراهم کننده عدالت، یک برنامۀ با ثبات تری برای ایجاد صلح درمقایسه با تغییر رژیم موجود و احیای مجدد رژیم‌های آینده با سبک از بالا به پائین می‌باشد.

نجیب‌الله امین

زندان و قوانین مربوطه به آن در افغانستان- تمرکز بر تاریخچۀ محبس پلچرخی

مقاله استدلال می‌نماید که با استرداد استقلال (۱۹۱۹ میلادی) افغانستان، بخصوص بعد از سقوط نظام‌های مستبد، تلاش‌های زیادی در جهت بهبود وضعیت زندان‌ها صورت گرفته است. احداث زندان پلچرخی در تاریخ معاصر افغانستان، یکی از گام‌های است که تداوام آن می‌توانست در معیاری سازی نظام زندان موثر واقع گردد؛ اما وضعیت نامساعد سیاسی، نیل به این اهداف و معیارها را به چالش گرفته و در بیش‌تر موارد، مانع تحقق آنها گردیده است. جهت وضاحت بعضی از عوامل و فاکتورهای محیطی که اسباب این ناکامی را مساعد نموده‌اند، مقاله به تاریخ تحولات محبس پلچرخی، در دوران چهار نظام سیاسی که این محبس تجربه نموده، پرداخته است. در اخیر، طی یک نتیجه‌گیری سعی بعمل آمده تا برخی از نیازمندی‌های نظام زندان به ویژه محبس پلچرخی را باز تاب دهد.

جولیا جینیوس

مسئولیت جنایی حمله هوایی ۲۰۰۹ بر ولایت قندوز- قانون جزای آلمان در برابر حقوق بین‌الملل و حقوق‌بشردوستانه بین‌المللی

در تاریخ ۴ سپتامبر ۲۰۰۹، دگروال "کلین جرمن" دستور حمله هوایی بالای دو تانکر مواد سوختی را که توسط طالبان درحوالی ولایت قندوز به سرقت برده شده بود و متعاقباً دربالای رود خانۀ بدون آب گیرمانده بود، صادر کرد. این حمله هوایی به تعداد ۱۴۲ نفرکشته به جا گذاشت که بیش‌تر آنها مردم ملکی بودند.

در قدم دوم، استدلال‌های حقوقی ثارنوال که بالاخره منتج به ختم تحقیقات جنایی گردید به طورمنتقدانه مورد بحث قرار خواهد گرفت. در خاتمۀ این مقاله، دلایلی مطروحه ازجانب بعضی از

مفسران، ارایه خواهد شد مبنی بر اینکه دگروال کلین نه به خاطر جرایم جنگی، بلکه باید به خاطر کشتارمردم در نتیجه سهل انگاری، مطابق به قانون جزای "عادی" آلمان مسوول شناخته می‌شد. قانون مذکور، در رابطه به تخطی از قواعد رفتاری تحت قانون بین‌المللی بشردوستانه جهت به حداقل رساندن تلفات ملکی وضع گردیده است.

احسان قانع

سیزده سال بعد از عضویت افغانستان در محکمه بین‌المللی جزایی- افغانستان در نظام محاکماتی به کدام مرحله رسیده است؟

محکمهٔ بین‌المللی جزایی در جولای ۲۰۰۲، به عنوان یگانه محکمهٔ دایمی بین‌المللی جزایی به منظور خاتمه بخشیدن به فرهنگ معافیت از مجازات، عملاً در سطح بین‌المللی به فعالیت آغاز نمود. افغانستان عضویت این محکمه را دراول می ۲۰۰۳ حاصل نمود. براساس مفاد اساسنامهٔ روم "سند تأسیس محکمه" جرایم مندرج ماده پنجم که عبارت اند از جرم نسل کشی، جرایم جنگی، جرایم علیه بشریت و جرم تعرض (ارتکاب جرم تعرض بعد از سال ۲۰۱۷)، که هرگاه در قلمرو کشور عضو، یا توسط اتباع آن ارتکاب یافته باشد، نباید بدون رسیدگی عدلی و قضایی، کنار گذاشته شود. این رسیدگی، حق اولیه نهادهای عدلی-قضایی ملی است؛ اما اگر این نهادها اراده یا توانایی رسیدگی را نداشته باشند، محکمه بین‌المللی جزایی باید وارد عمل شده و به آنها جرایم رسیدگی نماید.

محکمه بین‌المللی جزایی تحقیقات مقدماتی خویش را در مورد وضعیت افغانستان، از سال ۲۰۰۷ آغاز نموده و تا کنون به تعداد شش گزارش مقدماتی را به نشر رسانده است؛ براساس یافته‌های این گزارش، دو نوع جرایم مندرج ماده پنجم این اساسنامه، تحت صلاحیت محاکم در قلمرو افغانستان، بعد از تاریخ عضویت این کشور در محکمهٔ بین‌المللی جزایی، توسط اتباع افغانستان و غیر افغانستان ارتکاب یافته است. دفتر څارنوالی محکمه که مسوولیت انجام و نشر این تحقیق را برعهده دارد، هنوز در پی اثبات این امر است که آیا دولت افغانستان اراده و توانایی رسیدگی به این نوع جرایم را دارد یا خیر. در صورت پاسخ منفی، محکمه مکلفیت دارد تا خود برای رسیدگی به این نوع جرایم، اقدام نماید؛ حتی بدون ارجاع دوسیه توسط دولت افغانستان به این محکمه. دفتر څارنوالی ، در آخرین گزارش خود، اظهار داشته است که در آینده نزدیک، درخواست

آغاز تحقیقات در مورد افغانستان را به قضات آن محکمه محول خواهد نمود.

بخش سوم - حقوق خصوصی

محمدهاشم کمالی

ازدواج و حقوق زنان در قانون مدنی افغانستان ۱۹۷۶ - ارزیابی انتقادی

این مقاله در سه بخش و دو ضمیمه تهیه و ترتیب شده است؛ بخش اول دیباچه‌ای است، که توافق نامۀ بن ۲۰۰۱، CEDAW ۲۰۰۳ و سایر اسناد بین‌المللی را که افغانستان امضاء نموده و سپس قانون اساسی ۲۰۰۴ را احتوا می‌نماید. به دنبال آن، مرور بسیار کوتاه از قوانین مختلف ازدواج، که در جریان قرن بیستم در افغانستان وضع گردیده، صورت گرفته است.

بخش دوم، در برگیرندۀ یک تحلیل و ارزیابی منتقدانه‌ای است از احکام مربوط به ازدواج، درقانون مدنی ۱۳۵۵ به شمول مقدمات عروسی (خواستگاری و نامزدی)، موضوعات مربوط به سن قابل ازدواج، ازدواج اطفال، عقد نکاح، تعدد زوجین و طلاق.

در بخش سوم، معلومات اضافی درمورد تنفیذ قوانین درافغانستان وبررسی نظریات در بین طبقه روشنفکر افغانستان دررابطه به تساوی زنان که درپس زمینه قانون اساسی ۲۰۰۴ تسجیل گردیده، ارایه شده است. همچنان یک مرور کلی موضوعات درمورد قانون احوال شخصیۀ اهل تشیع ۲۰۰۹، و مصوبۀ ۲۰۱۲ شورای علمای افغانستان در مورد سفر طبقه اناث بیان گردیده است.

مقاله با ارائه یک چشم انداز در مورد انکشافات سیاسی و چالش‌های که افغانستان فعلاً با آن مواجه بوده و دورنمای اصلاح قانون خانواده در کشور را تحت بحث قرار نموده به جمع بندی می‌پردازد. ضمیمۀ نخست در اخیرمقاله، یادداشتی است از پس منظری در مورد قانون مدنی ۱۹۷۶، چگونگی ایجاد آن، زمینه اصلی آن، عواقب بعدی و تعدیلات آن. ضمیمه دوم متشکل از موارد گلچین شده از قانون خانواده در مراکش (المدونه) ۲۰۰۴، که به منظور مقایسه در نظر گرفته شده است. قانون مدنی ۱۹۷۶ با داشتن ۲۴۱۶ ماده از جمله طویل ترین قانونی است که در افغانستان شاهد آن بوده‌ایم.

این مقاله صرف به ارایۀ برخی ازموارد قانون ازدواج اکتفا نموده، و پیشنهادات اصلاحی را ارائه نموده است. مزید برآن، دراین مقاله سعی گردیده تا این قانون را در مسیر اهداف تسجیل شده در

رابطه به مساوات در قانون اساسی ۲۰۰۴ و سایر اسناد معتبری که افغانستان در دهه فعلی بعد از انفاذ قانون مدنی امضاء نموده است، قرار بدهد.

بخش چهارم - حقوق بین‌الملل

سهیلا اکبری

موافقت‌نامه‌های ترانزیتی منطقه‌ای آپتا و چابهار: کدام یک از این موافقت‌نامه‌ها می‌تواند فرصت‌های حقوقی گسترده‌تری را برای افغانستان مهیا نماید؟

افغانستان در سال‌های اخیر، درچهارچوب نظام ترانزیت تجارتی خارجی خویش، به انعقاد موافقت‌نامه‌های ترانزیت تجارتی باکشورهای همسایه خود پرداخته است. ازآن جمله می‌توان از موافقت‌نامهٔ تجارت ترانزیت افغانستان-پاکستان منقعده ۲۰۱۰/۱۳۸۹ (که در ادامهٔ این مقاله به نام «آپتا» یاد می‌شود) و موافقت‌نامه ترانزیت تجارتی چابهارمنعقده ۱۳۹۵/ ۲۰۱۶ (که در ادامهٔ این مقاله به نام «چها بهار» ذکر می‌شود) نام برد.

موافقت‌نامهٔ آپتا، حق برخورداری از ترانزیت آزاد را برای صادرات افغانستان به هند، ازطریق بنادر بحری و زمینی پاکستان مهیا می‌سازد؛ درمقابل، به پاکستان نیز حق صدور اموال آن از طریق قلمرو زمینی افغانستان، به کشورهای آسیای میانه درنظر گرفته شده است. از زمان انعقاد موافقت‌نامهٔ جدید، شکایات متعددی مبنی برنقض مفاد این موافقت‌نامه، توسط طرفین صورت گرفته است. بنابراین با انعقاد موافقت‌نامهٔ چابهار چنین پنداشته می‌شود که این موافقت‌نامه می‌تواند یک بدیلی برای موافقت‌نامهٔ آپتا باشد و برای افغانستان وهند امکانات ترانزیت اموال واشخاص را بین کشورهای همدیگر ازطریق بندربحری چابهارکشور ایران فراهم سازد.

هرچند از زمان انعقاد موافقت‌نامهٔ چابهار، گفتمان اقتصادی و سیاسی زیادی در رابطه با مزیت‌های این دو موافقت‌نامه برای افغانستان، صورت گرفته است؛ ولی کوچک‌ترین ارزیابی حقوقی، دررابطه به مزیت‌های حقوقی آنها صورت نگرفته است.

دراین مقاله، به ابعاد حقوقی هردو موافقت‌نامهٔ یادشده، توجه صورت گرفته است، تا مشخص شود که کدام یک ازاین موافقت‌نامه‌ها فرصت‌های حقوقی بیش‌تر و با ثبات‌تری را برای افغانستان به ارمغان می‌آورد. این پرسش مطرح می‌گردد که آیا موافقت‌نامه چابهار می‌تواند بدیل مناسبی برای

موافقت‌نامه آپتا درخصوص افغانستان باشد.

از نتیجه‌گیری مباحاث چنین استنباط می‌شود که این به نفع افغانستان خواهد بود که به جای رد یک موافقت‌نامه به عوض دیگری، هردو موافقت‌نامه را بپذیرد؛ زیرا هر کدام ازآنها مزایای حقوقی و اقتصادی وِیژه‌ای خود را دارند و دارای مزایای مشابه برای دولت پاکستان نیز خواهند بود؛ زیرا تحت موافقت‌نامۀ آپتا، پاکستان فرصت استفاده از قلمرو زمینی افغانستان را منحیث کوتاه‌ترین مسیر برای صادرات خود به آسیای میانه خواهد داشت.

علی محمد میرزایی

مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از جرائم تروریستی

بر اساس اصل کلی در حقوق جزا، زمانی که جرمی اتفاق می‌افتد هر گونه خسارتی که از جرم ناشی می‌گردد، فاعل جرم باید خسارات ناشی از آن را جبران کند؛ اما در بعضی از حالات، از جمله در جرایم تروریستی، امکان دارد که فاعل جرم مورد شناسایی قرار نگیرد؛ یا اینکه فرار کند ویا ادله کافی علیه او موجود نباشد؛ یا اینکه اموال کافی برای جبران خسارات در اختیار نداشته باشد.

سوالی که دراین خصوص مطرح می‌گردد این است که در جرایم تروریستی، خساراتی که از جرم ناشی می‌گردد ، معمولا حجم آن زیاد است و فاعلان آن کم‌تر مورد شناسایی قرارمی‌گیرند؛ بنابراین خسارات را چه کسی باید جبران کند؟ آیا درجرایم تروریستی، می‌توان دولت را مسئوول جبران خسارات دانست؟ اگر دولت، مسئول جبران خسارات دانسته شود، مبنای مسئولیت اش چه است؟ شرایط و نحوه جبران خسارات توسط دولت چگونه باید باشد؟ دراین نوشتار سعی می‌گردد به این پرسش‌ها پاسخ ارایه گردد.

محمد ملک ستیز

تعهدات بین‌المللی دولت افغانستان در برابر مکانیزم‌های بین‌المللی حقوق‌بشر بر اساس حقوق بین الملل

ترویج و حفاظت از حقوق‌بشر یکی از اساسی ترین مسئولیت‌های جامعه بین‌المللی است. بر اساس اعلامیه جهانی حقوق‌بشر، منشور ملل متحد و سایر اسناد حقوق‌بشری، جامعه بین‌المللی مکلف است به منظور حفاظت و ترویج حقوق‌بشر در سراسر جهان، با همدیگر همکاری و تشریک مساعی نمایند. اصول بین‌المللی حقوق‌بشر همچنان منحیث یکی ازمنابع با ارزش قانون

اساسی افغانستان است. براساس قانون اساسی دولت افغانستان مسئولیت دارد معیارهای بین‌المللی حقوق‌بشر را در نظام حقوقی ملی پیاده نماید؛ افغانستان امضاء کننده هفت کنوانسیون بین‌المللی حقوق‌بشر بوده و در چندین نهاد سازمان ملل متحد عضویت دارد که بر اساس ضرورت‌های اصول بین‌المللی حقوق‌بشر ایجاد شده‌اند.

دراین مقاله توضیحات مختصر در بارهٔ حقوق بین‌الملل و روابط موجود بین‌المللی صورت گرفته است؛ حقوق بین‌الملل منحیث منبع ارزشمند قانون اساسی افغانستان به ویژه اهمیت قانون بین‌المللی حقوق‌بشر در محتوای ملی ارائه شده است.

روی همین ملحوظ، دولت افغانستان در اجرات خود منحیث ممثل حقوق بین‌الملل و همچنان اقدامات انجام شده به منظور تطبیق معیارهای حقوق‌بشر و نظارت و گزارش دهی به مراجع مربوطه بین‌المللی حقوق‌بشر، مورد بازرسی قرار می‌گیرد. درین زمینه، مقاله به طور کلی، به جامعه مدنی و ادارات ملی حقوق‌بشر تمرکز می‌نماید که مساعی شان را به منظور حصول اطمینان از ترویج حقوق‌بشر به طور مثال: اجرای مکلفیت‌های گزارش‌دهی شان به دولت؛ انجام می‌دهند.

بخش پنجم - مطالعات میان رشته‌ای و مطالعات اسلامی

انور ایمون

قانون طبیعی و حقوق طبیعی در حقوق اسلامی

دراین مقاله به یک نکته‌ای اساسی پرداخته شده است؛ جهت مد نظر گرفتن گستره‌ای که در آن منابع تفکر حقوقی اسلامی (اصول الفقه) ، تفکراستدلالی مرتبط به صلاحیت هستی شناسی را تشویق نموده که می‌تواند در شرایط حقوق طبیعی تنظیم شود.

با پیگیری دو مکتب اساسی فکری، روش‌های سخت و نرم حقوق طبیعی، مقاله نشان می‌دهد که با وجود منشأ گیری از موقف‌های وابسته به علوم الهی در حال رقابت، پیروان هردو مکتب فکری روش قضائی را انکشاف داده‌اند که برای آنها، صلاحیت مرتبط به هستی شناسی را تفویض نموده تا استدلال‌های خویش را بر اساس قانون و مقررات حقوقی تنظیم نمایند. این صلاحیت، برمبنای دو مکتب تاریخی حقوق طبیعی، بر اساس فرضیهٔ ترکیب واقعیت و ارزش در جهان طبیعی استوار بوده که بدین وسیله در آن از هردو محتوای تجربی و اصولی استفاده شده است تا استدلال کننده بتواند به تخمین قوه اصولی بپردازد.

محمدهاشم کمالی

حقوق اساسی فرد - تحلیل حق در حقوق اسلامی

با وصف ذکرمکرر حق در قرآن و حدیث و همچنان فعالیت‌های حقوقدانان کلاسیک اسلامی، یک تعریف دقیق ازحق، تا هنوز ارایه نشده است. به نظر می‌رسد نخستین محققان شریعت، بیش‌تر برمعنانی لفظی حق اتکاء نموده، بدون اینکه به ارایۀ تعریف آن کوشش نمایند؛ با این فرضیه که مفهوم حق، حتی بدون تعریف هم به اندازه کافی واضح است. اما محققان معاصر کوشیده‌اند برای حق، یک تعریف جامع ارایه دهند. دراین مقاله به تعاریف معاصر "حق" پرداخته شده و بعضی از موضوعاتی را که در بحث‌ها، جنجال برانگیز شده، مشخص می‌سازد.

علاوه برآن، تمایل حقوق اسلامی را مبنی بر اینکه تأکید بیش‌تر آن روی مکلفیت‌ها بوده تا حق‌ها، مورد بحث قرار می‌دهد. همچنان سعی به عمل آمده تا دراین مورد یک طرز دید کلی ایجاد شود؛ درعین زمان، به منتقدان غربی مبنی بر اینکه حقوق اسلامی صرف مکلفیت‌ها را به رسمیت می‌شناسد، پاسخ ارایه شده است.

مزید برآن، دراین پژوهش، خطور فکری در مورد معنی و ارتباط "حکم و عدل" بخاطر درک "حق" انکشاف یافته است. بعضی از پاسخ‌های فراهم شده برای پرسش‌های مذکور درین مقاله، قسماً نتیجه بازتاب تجارب و اندوخته‌های نویسنده بوده که در نتیجه سال‌های متمادی پژوهش درمورد حقوق اساسی و آزادی‌های فرد در حقوق اسلامی، در پیوست با مباحثه‌ی در حال جریان در رابطه به حقوق‌بشر، صورت گرفته است.

تام گینزبورگ

تحلیل اقتصادی پشتونولی

دراین مقاله، نظام قبیلوی پشتون‌ها از نقطه نظر سیاسی–اقتصادی مورد تحلیل و مطالعه قرار گرفته است. پشتونولی یک نظام فرهنگی است که به تنظیم و کاهش خشونت‌های خصوصی بین افراد می‌پردازد. دراین مقاله استدلال شده است که بجای طرزدید منفی به پشتونولی، منطق حل و فصل منازعات توسط جرگه‌ها که یک نوع نظام نیا–قانونی را تشکیل می‌دهد، ارایه گردد.

نظام پشتونولی در بعضی از موارد، ممد نظام رسمی عدالت دولتی بوده و دربرخی از موارد با آن در تضاد قرار می‌گیرد. علاوه برآن، دراین مقاله دو مشکل اصولی که مرتبط به پشتونولی است،

مد نظر گرفته شده است که عبارت اند از: عدم تساوی جندر و میزان نسبتاً بالای خشونت‌ها. دراین مقاله، استراتیژی ساده‌ای برای معرفی وابستگی اصولی به پشتونولی، که ممکن است برای جوانب مشکل آفرین اخلاقی آن چاره ساز باشد؛ درنظرگرفته شده است. قابل ذکر است که گسترش سواد و سطح بالای تعلیم وتربیت می‌تواند منحیث عامل بالقوه برای ساده سازی اصول در ماهیت نظام پشتونولی وهمچنان زندگی با کیفیت بهتر برای زنان قرار گیرد.

بخش ششم - حاکمیت قانون

ابراهیم افصه

تریاک افغانستان، توافقات جهانی و همکاری‌های منطقوی-علاقمندی‌های دولت و پاسخ‌های مؤسسات

اجماع بین‌المللی مبارزه با مواد مخدر که در یک مجموعه جامع از معاهدات تنظیم شده است؛ تصریح می‌دارد که اتصال منافع در جلوگیری از تجارت غیر مشروع مواد مخدر میان دولت‌های مصرف کننده، ترانزیت و تولید کننده وجود دارد.

دراین مقاله نتایج اجزای حقوقی یکی از پروژه‌های عمده ارائه شده که در جستجوی تنظیم حمایت تخنیکی اروپایی با سه کشور منطقه‌ای بوده و بیش‌ترین تاثیرات مستقیم این تجارت بالای آنها است؛ افغانستان منحیث بزرگترین تولید کننده، همچنان پاکستان و ایران منحیث کشورهای اصلی ترانزیت.

این همکاری حقوقی بر اساس فرضیه‌ای که مبین دلایل میزان نسبتاً اندک همکاری میان ادارات منطقه‌ای، تنفیذ قانون و مبارزه با مواد مخدر، ازدیاد موانع حقوقی درقوانین ملی جزایی و اداری، و همچنان عدم موجودیت مبانی حقوقی کافی برای همکاری‌های منطقه‌ای بوده است. اما این فرضیه‌ها نادرست ثابت شده اند؛ زیرا تحلیل‌ها و مشاوره‌های گسترده مراجع ذی‌ربط آشکار می‌سازد که چارچوب حقوقی دراین سه کشورکافی و بسنده بوده و هیچ مانع حقوقی در برابر همکاری‌ها شناسایی نشده است. ترجیحاً تمام جوانب توافق کرده اند که سطح پایین اعتماد عمومی متقابل که ارتباطات میان بعضی از کشورهای عضو را شکل می‌دهد و همچنان فرهنگ‌های بستهٔ اداری که مانع تشریک معلومات و روش‌های عملیاتی است، ازدلایل اصلی اند که از اثر آن

همکاری‌ها در زمینه مبارزه با مواد مخدر در وضعیت ضعیف باقی مانده است.

حمید خان

تصورات کلاسیک و معاصر اسلامی در رابطه با حاکمیت قانون

از زمان ظهور اسلام منحیث یک جامعه مذهبی، حقوقدانان و زمامداران همیشه با موضوعات چگونگی برداشت از حاکمیت قانون دست و پنجه نرم کرده‌اند. با وجود تصورات نادرست عوام، محققان کلاسیک اسلامی، نظریۀ حاکمیت قانون مبنی بر واگذاری صلاحیت قانونی و تنوع حقوقی را با حفظ همبستگی اجتماعی تنظیم نموده‌اند.

با وصف آنکه حقوقدانان کلاسیک برارزش‌های دینی و انسجام اجتماعی آن تأکید نموده‌اند؛ اما کم‌تر به ارائه تفصیل دررابطه به محدود سازی صلاحیت‌های زمامدار پرداخته اند. در دوره معاصر، با ظهور پدیدۀ دولت- ملت منحیث منبع اصلی صلاحیت قانونی مشروع، تقاضاها برای تاسیس مجدد حقوق اسلامی منحیث سیستم حاکمیت قانون درچارچوب عدم تحمل برای جمع گرائی حقوقی، مسأله را مغلق و پیچیده ساخته است. باوجود اینکه تحرکات نو گرایانه بخاطر تلفیق این تغییرات ظهور نمود؛ اما آنها وجوه تشابه شان را طوری شرح دادند که در اتخاذ روش قضائی کلاسیک خود انتخابی اند. در نهایت، بدون یک روش تنظیم شده برای احیای مجدد محرک‌های کلاسیک حقوق اسلامی، جهت جدا سازی صلاحیت سیاسی، تقلاها برای احیای تفکر حقوقی- اسلامی کلاسیک حاکمیت قانون، بدون پاسخ‌های قوی فقهی اسلامی، شاید عاجز باقی بماند.

د مقالو لنډيز

لومړۍ برخه: عمومي حقوق

په اسلامي هيوادونو کې اساسي قوانين؛ اسلامي حقوقو ته معاصره کتنه

محمدهاشم کمالي

دا مقاله په ځلورو برخو کې وړاندې شوې. په پيل کې د اسلامي اساسي قانون ځانګړتياوې خلاصه شوي چې دا برخه د اسلامي حقوقو د نورو برخو په پرتله لږه پرمختللې ده. دا بحث د اساسي قانون د غربي او اسلامي تګلارو په مهمو توپيرونو وړاندې ځي. ورپسې د اسلام او سکولاريزم په اړه لنډ بحث شوې. په دوهمه برخه کې په عمومي ډول د اسلامي هيوادونو، د هغوی د اساسي قوانينو په ځانګړي ډول په هغې کې د اسلام نقش او ځای او په اساسي قانون کې د مذهب وضعيت ته پراخه کتنه شوې. په دريمه برخه – چې دا تر ټولو لوی ځپرکې هم ده – کې د اسلامي نظام عمومي ځانګړتياوو ته د څو فرعي عناوينو لاندې کتنه شوې. لمړی ځانګړتيا دا ده چې په اسلام کې حکومت يو امانت دی. بل دا چې دا د مطلق نظام په پرتله محدود نظام دی، دا چې دا په شرطونو ولاړه ډيموکراسي ده او دا چې اسلامي حکومت ملکي ځانګړتياوي لري، هغه د روحانيونو حکومت ندې. دا ځپرکې د سني او شيعه سياسي فکرونو مهمو ګرايشونو او د هغوی ترمنځ ورته والو ته هم کتنه کوي. او دمقالې په پايله کې د پورتنيو بحثونو لنډيز شوی دی.

له ۱۳۸۰هـ ش. (۲۰۰۱م) وروسته په افغانستان کې د ټاکنو د مدیریت چوکاټ

محمد ایوب یوسفزی

د کال ۱۳۸۲ هـ.ش (۲۰۰۴م) اساسي قانون د ټاکنو د اداري او نظارت او عمومي رایو ته د مراجعې دنده د ټاکنو خپلواک کمیسیون ته سپارلې. اساسي قانون د کمیسیون د غړو د ټاکنې په هکله څه ندې ویلي. د ټاکنو خپلواک کمیسیون د غړو د ټاکلو پروسه نیمګړې ده او ولسمشر ته پدې برخه کې د پام وړ نفوذ کارونې برابروي. دې مقالې کې پدې پوښتنې تمرکز شوی چې په افغانستان کې د ټاکنو په مدیریت کې عمده حقوقي نیمګړتیا وی کومې دي؟ او پدې برخه کې افغانستان له شخړو راوتلو هیوادونو څخه څه زده کولې شي؟ پدې مقاله کې استدلال شوې چې د سیاسي عواملو تر څنګ په اساسي قانون، د ټاکنو په قوانینو او مقرراتو کې نیمګړتیا وې د ټاکنو د خپلواک کمیسیون خپلکواکي محدود کړې، د ټاکنو د مدیریت بنسټ یې کمزوری کړی او د افغانستان د ټاکنو په بهیر کې د تقلب له عواملو څخه دي. په افغانستان کې د ټاکنو مدیریت د یو منظم او هدفمند پروګرام له لارې ندی شوي او د ټاکنو د مدیریت بنسټ ته د ډیموکراسۍ د غښتلي کونکي بنسټ په سترګه پام ندې شوی بلکه حکومت د خپلو ګټو په پام کې نیونې سره ددې بنسټ د قانون جوړونې پروسه پر مخ وړې ده.

د اساسي قانون له مخې د ټاکنو ځنډول او د ولسي جرګې مشروعیت

رینر ګروټ او تیلمن رودر

د نړۍ په اساسي قوانینو کې ډیر کم داسې دي چې په روښانه ډول یې د ټاکنو د ځنډولو شرایط او د ټاکنو د ځنډیدو اغیزې یې د هغو اقداماتو په قانوني اعتبار چې انتخاب شوي اداره یې د خپلې قانوني مودې تر پایه رسیدو وروسته ترسره کوي، تصریح کړې وي. دا مقاله د اړتیا له دوکتورینه پرته د اساسي قانون نور اصول ارزوي چې ددې پوښتنو د شننې پر مهال باید په پام کې ونیول شي. په ځانګړې ډول دا پدې شرایطو کې د ډیمکراسۍ د اصولو، د قانون د حاکمیت او د قواوو د تفکیک اړیکي او معناوي تحلیلوي. ددې تر څنګ دا هم څیړي چې آیا او تر کومې کچې د ټاکنو د ځنډیدو د توجیه د شرایطو شتون او په انتقالي دوره کې د انتخاب شوې اداري د صلاحیتونو کچه د خپلواکې ارزونې په ځانګړې ډول تر عدلي بیا کتنې لاندې راتلای شي؟ په کال ۲۰۱۵م کې د افغانستان په اسلامي جمهوریت کې د ولسي جرګې د ټاکنو د ځنډیدنه، د بحران په مهال د اساسي قانون د محدودیت او معنی د څیړلو لپاره د قضیې په ډول مطالعه شوې ده.

دوهمه برخه: جزايي حقوق او جرم پيژندنه

په افغانستان کې جرم او جګړه

جان برايټ ويټ او علي وردک

دا مقاله افغانستان ته د جګړې په سترګه کم او د جرمي عدلي نظامونو د سيالۍ په سترګه زياتره ګوري. د مقالې لومړۍ برخه د "هابزي حل لارې (The Hobbesian Solution)" تر سرليک لاندې د مسلحو ډلو او جهادي تنظيمونو د ډار په ولکه ګيرو سيمو کې، د نظم را منځ ته کولو او احياء د ورټيا په مټ د طالبانو قدرت ته رسيدنه آرزوي. په ۲۰۰۱م کال کې د طالبانو تر ماتې وروسته د دولتي عدالت او امنيتي ادارو ناکامي د طالبانو د بيا بغاوت زمينه برابرونکې وه. طالبان د موازي محاکماتي نظام په رامنځ ته کولو صحنې ته، راوګرځيدل چې د ډيرو افغانانو په نظر د هغوی نظام د دولتي نظام په پرتله اغيزمن او عادلانه وو. د خلکو د نظر پلټنې څرګندوي چې قاضيان د فاسد دولت تر ټولو فاسد غړي ګڼل کيږي. پوليس د ډيرو له نظره د خلکو د مالونو او ملکيتونو غله دي ، نه دا چې د هغوی ساتونکي. تر ۲۰۰۹م پورې د امريکې لخوا په افغانستان کې د موجودې بې نظمۍ تشخيص به بشپړ ډول "هابزي" وو، او ددې د حل لپاره د مهرې په ډول يواځې د ولسمشر حامد کرزي ملاتړ بسيا نه کوله. په کال ۲۰۰۱م کې غربيانو دا پوښتنه ونکړای شوه چې "پدې سيمه کې خلکو ته د امنيت په ټينګښت کې څه نتيجه ورکولې شی"؟ کيدای شي جرګې ددې پوښتنې يو ځواب وي. د جيفرسوني جمهوري غوښتنې په نوم مشهوره لار چې د شخړو د حل لپاره په محلي عنعنو او رواجونو تاکيد کوي يو بل ځواب دی چې ندې کارول شوی. د "جيفرسوني بديل؟" تر عنوان لاندې د مقالې دوهمه برخه دا ارزوي چې آيا د جيفرسوني جمهوري غوښتنې به طرز جوړښت چې په محلي افغاني عنعناتو ولاړ وي کولای شي هغه تشه ډکه کړي چې د "هابزي" د نظريې د محدوديت له امله رامنځ ته شوې. بې نظمه سيمې چې پکې د پوليسو او عدلي نظام سم کار نه کوي، هغه تشې دي چې د طالبانو په څير ستمګر نظم او قانون ځان ته راکاږي. د دې ډول اشغال وروسته تر هغه عدالت او سوله نشي ټينګيدای تر څو په ټولنيز او دولتي عدالت د يوه بل د تکميلونکو په بڼه تکيه ونشي.د رژيم د بدلون يا له پورته د ښکته په لور د رژيم د بيا جوړنې په پرتله د محلي او ملي مؤسسو تر منځ انډول رامنځ ته کول، د هغوی په کارونو ځار او ارزونه او د هغوی ملاتړ د سولې د رامنځ ته کولو لپاره زياته پايداره پروسه ده.

په افغانستان کې زندان د هغه اړوند قوانین؛ د څرخي پله د زندان تاریخچې ته کتنه

نجیب‌الله امین

دا مقاله په افغانستان کې د زندان د تاریخي تحولاتو او پر زندان د حاکمو قوانینونو په اړه ده. پدې کې په ځانګړي ډول د څرخي پله د محبس په تاریخ، او د هغه د رامنځ ته کولو په موخه تمرکز شوې دی. د موضوع څېړنې د زندان د عمومي تاریخ په انځورونې پیل شوی تر څو د څرخي پله د محبس دقیقې ارزونې ته لاره هواره شي.دا مقاله استدلال کوي چې په ۱۹۱۹م کې د خپلواکۍ له استرداد وروسته او په ځانګړي ډول د مستبدو نظامونو تر نسکوریدو وروسته د زندانونو د وضعیت د ښه کولو په موخه ډیرې هڅې شوې دي. د څرخي پله د زندان جوړونه د افغانستان په معاصر تاریخ کې هم داسې یو ګام دی چې دوام یې د زندانونو په معیاري کیدو کې اغیزمن ثابتیدای شو. خو نامساعده سیاسي وضعیت ددې هدف عملي کیدنه او معیاري کونه د ننګونې سره مخ کړه او ډیر ځلي یې مخه ورته ډب کړه. مقالې د څلورو سیاسي نظامونو په اوږدو کې د څرخي پله د تحولاتو د تاریخ د مطالعې له لارې په چاپیریال کې شته د ناکامۍ له املونه انځور کړي. د مقالې په آخر کې د پایلې په توګه هڅه شوې تر څو د زندان د نظام او په ځانګړي ډول د څرخي پله د زندان ځینې ارټیاوې منعکسې شي.

په ۲۰۰۹م کې پر قندوز د برید جنایي مسؤلیت؛ د آلمان د جزا قانون د نړیوالو حقوقو او د نړیوال بشر دوستۍ د حقوقو پر وړاندې

جولیا جینیوس

د ۲۰۰۹م د سپټمبر په څلورمه نیټه آلماني ډګروال کلین قندوز ته نږدې د تیلو په دوه ټانکرو چې د طالبانو لخوا برمته شوي وو د هوایي برید امر وکړ او بیا وروسته په ستره ستونزه کې ګیر شوو. پدې هوایي برید کې ۱۴۲ کسان چې زیاتره یې ملکیان وو، ووژل شول. دا مقاله د قندوز د هوایي برید حقوقي پایلې څېړي چې د آلمان د عمومي څارنوال لخوا د ادعا شوو جنګي جرمونو د جنایي څېړونو څخه ده. په لومړي ګام کې د څارنوال د څېړنو حقوقي بنسټ وړاندې شوی؛ پدې برخه کې د آلمان جزایي قانون په وړاندې نړیوال قانون ته کتنه شوې، پدې کې د نړیوالو جرمونو "هسته" د آلمان په حقوقي نظام کې منعکس شوي. دوهمه برخه کې د څارنوال په استدلال باندې چې د جنایي څېړنو د دریدو باعث شو تنقیدي بحث شوې دی. په پای کې دا مقاله د ځینو مبصرینو استدلال وړاندې کوي چې له مخې یې باید ډګروال کلین د جنګي جرم مسؤل نه وای ګڼل شوې

بلکه هغه بايد د بې غورۍ (سهل انګاري) په پايله کې د ملکي خلکو د وژلو له امله د آلمان د "عادي" جزايي قانون لاندې دستورالعمل څخه د سرغړونې په تور مسؤل نيول شوی وای. دا دستور العمل د نړيوال بشر دوستۍ د قانون په رڼا کې د ملکي تلفاتو تر ټولو ټيټې کچې ته د راوستو په موخه جوړ شوی.

نړيوالې جزايي محکمې کې د افغانستان له غړيتوب ديارلس کاله وروسته؛ افغانستان پدې محکمه کې کوم پرې او ته رسيدلې دی؟

احسان قانع

نړيوالې جزايي محکمې د ۲۰۰۲ م کال د جولای په مياشت کې يواځينۍ تل پاتې نړيوالې جزايي محکمې په توګه د جزا څخه د معافيت د کلتور ته ختمولو په موخه په نړيواله کچه عملا کار پيل کړ. افغانستان ددې محکمې غړيتوب په کال ۲۰۰۳م کې د مې په لومړۍ نيټه ترلاسه کړ. د رُم د اساس‌نامې د محکمې د تاسيس سند په پنځمه ماده کې مندرج جرمونه که د غړو هيوادونو په قلمرو کې يا د هغوی د اتباعو لخوا ترسره شي، له عدلي او قضايي رسيدنې پرته نشي پرېښول کيدای. په پنځمه ماده کې ذکر شوي جرمونه عبارت دي له نسل وژنې، جنګي جرمونه، د بشريت ضد جرمونه او د تعرض جرم (له کال ۲۰۱۷م وروسته د تعرض د جرم ترسره کونه). دې جرمونو ته د عدلي رسيدنې لومړۍ حق د ملي عدلي او قضايي بنسټونه دی. خو که چيرې دا بنسټونه هغوی ته د رسيدنې اراده يا وړتيا ونلري نو نړيواله جزايي محکمه بايد لاس په کار شي او دغو جرمونو ته رسيدګي وکړي. نړيوالې جزايي محکمې د افغانستان د وضعيت په اړه خپلې لومړنۍ څېړنې له ۲۰۰۷م کال څخه پيل کړې او تر اوسه يې شپږ لومړني راپورونه خپاره کړي دي. د دې راپورونو له مخې په پنځمه ماده کې د مندرجو او د محکمې تر صلاحيت لاندې جرمونو له ډلې يې دوه ډوله په افغانستان کې د افغان اتباعو او غير افغان اتباعو لخوا ترسره شوي دي، البته دا د محکمې د غړيتوب د ترلاسه کولو وروسته ترسره شوي دي. د محکمې د څارنوالۍ دفتر اوس مهال هڅه کوي تر څو دا ثابته کړي چې آيا د افغانستان دولت دې جرمونو ته د رسيدنې اراده او توان لري او که نه. که چيرې ځواب منفی وي نو محکمه مکلفه ده تر څو دغو جرمونو ته رسيدنه وکړي حتی که چيرې دا دوسيې د افغانستان د دولت لخوا دوی ته راجع هم نشي. د څارنوالۍ دفتر ويلي چې ژر به د افغانستان په اړه د تحقيق غوښتنليک محکمې ته وسپاري.

دریمه برخه: خصوصي حقوق

د افغانستان په مدني قانون (۱۹۷۶م) کې د واده او د میرمنو حقونه؛ انتقادي ارزونه

محمدهاشم کمالي

دا مقاله په دري برخو او دوه ضمیمو کې وړاندې شوې. **لومړی** برخه یې سریزه ده چې په کې د کال ۲۰۰۱م د بن هوکړه، CEDAW ۲۰۰۳، د افغانستان لخوا لاسلیک شوي نړیوال اسناد او د ۲۰۰۴م اساسي قانون انعکاس شوي دي. ورپسې د شلم میلادي پیړۍ په اوږدو کې د واده په اړه د افغانستان بیلابیل قوانین په لنډه توګه ارزول شوي دي. په دوهمه برخه کې د کال ۱۳۵۵ (۱۹۷۶م) مدني قانون ځینې برخې تر کره کتنې لاندې راوستل شوی. دا برخې د واده مقدمات (مرکه او کوژدن)، د واده سِن، د کوچنیانو واده، نکاح، د څو میرمنو لرل او طلاق څخه عبارت دي. په دریمه برخه کې په افغانستان کې د قانون د تنفیذ، او د ۲۰۰۴م کال د اساسي قانون په شالید کې د میرمنو د برابرۍ په اړه د افغانستان د ړون اندو پلټنې په اړه اضافي معلومات ورکړل شوي. ددې ترڅنګ د شیعه وګړو (اهل تشیع) د شخصیه احوالو قانون (۲۰۰۹م)، د میرمنو د سفر په اړه په کال ۲۰۱۲م کې د افغانستان د علماؤ د سرتاسري شورا مصوبې ته عمومي کتنه شوې. مقاله په هیواد کې د کورنۍ د قانون په لرلید باندې اغیز پریباسونکي روان سیاسي پراختیاوو او ننګونو د وړاندې کونې له لارې پای ته رسیږي. د مقالې په پای کې لومړۍ ضمیمه د ۱۹۷۶م د مدني قانون، د هغه رامنځ ته کیدو څرنګوالې، د هغه شالید، د هغه پایلې او پکې د شوو تعدیلاتو په اړه ده. په دوهمه ضمیمه کې د مراکش د کورنۍ د قانون (المدونه) څخه ځینې انتخاب شوې برخې د پرتلې په موخه راخیستل شوي. د ۱۹۷۶م مدني قانون د ۲۴۱۶ مادو په لرلو سره تر اوس مهاله د افغانستان تر ټول اوږد قانون دی. دې مقاله کې یواځې د واده د قانون اړوندو مسایلو ته کتنه شوې او د اصلاحي وړاندیزونو د بیانولو لارې پکې هڅه شوي تر څو هغه په اساسي قانون (۲۰۰۴م) کې د برابرۍ د تسجیل شوي هدف او د مدني قانون په تصویب پسې لسیزه کې د افغانستان لخوا د لاسلیک شوو اسنادو سره برابر کړي.

څلورمه برخه: نړیوال قانون

د سیمیز ترانزیت هوکړه لیک (اپتا) او چاه بهار: پدې دوه هوکړه لیکونو کې افغانستان ته کوم هوکړه لیک لا ډیر حقوقی فرصتونه برابرولی شي؟

سهیلا اکبري

د خپل بهرني ترانزیتي تجارت د نظام په چوکاټ کې افغانستان په ورستیو کلنو کې د خپلو ګاونډیو هیوادونو سره ترانزیتي هوکړه لیکونه رامنځ ته کړي. له هغې ډلې کولو شوو د دوو هوکړه لیکونو یادونه وکړو؛ د افغانستان او پاکستان د ترانزیتی تجارت هوکړه لیک (آپتا) چې ۱۳۸۹ هـ ش (۲۰۱۰م) کې وترل شوو (لدې وروسته د آپتا په نوم یاد شوې) او د چاه بهار ترانزیتی تجارت هوکړه لیک چې ۱۳۹۵ هـ ش (۲۰۱۶م) وترل شوو (لدې وروسته د چاه بهار په نوم یاد شوې).

په آپتا کې افغانستان هند سره د پاکستاني ځمکني او بحري بندرونو له لارې د آزاد ترانزیت حق لري. په بدل کې پاکستان کولې شي د افغانستان له قلمرو څخه د ځمکې له لارې خپل مالونه د منځنۍ آسیا هیوادونو ته صادر کړي. د هوکړه لیک د لاسلیک له وخته دوارو خواوو د هغې د ماتیدنې شکایتونه کړي دي. له همدې مخې د (چاه بهار) تر لاسلیک ورسته ویل کیږي چې هغه د آپتا لپاره یو ښه بدیل کیدای شي. د (چاه بهار) هوکړه لیک افغانستان او هند ته د (چاه بهار) بندر له لارې یو بل سره د مالونو او اشخاصو د ترانزیت اجازه ورکوي.

د (چاه بهار) د هوکړه لیک څخه وروسته د یادو شوو دوارو هوکړه لیکونو افغانستان ته د ګټو په اړه ډیر بحثونه ترسره شوي خو؛ د هغوی د حقوقي ګټو په اړه هیڅ یا کم بحث شوې دی. پدې مقاله کې د دوارو هوکړه لیکونو حقوقي ابعادو ته پاملرنه شوې او هڅه شوې تر څو وکتل شي چې کوم هوکړه لیک افغانستان ته زیاتره او پایداره حقوقي فرصتونه برابروي او دا چې آیا د (چاه بهار) هوکړه لیک د افغانستان لپاره د آپتا ښه ځای ناستې کیدای شي. د بحث پایله دا ده چې د افغانستان ګټه پدې کې ده چې دواړه هوکړه لیکونه وساتي، په ځای ددې چې د یوه هوکړه لیک لپاره بل رد کړي. دا ځکه چې هر هوکړه لیک خپل ځانګړي حقوقي او اقتصادي ګټې لري. د پاکستان دولت هم پکې ورته ګټې لري، هغه داسې چې پاکستان کولې شي د افغانستان له قلمرو څخه د ترټولې لنډې لارې په توګه د منځنۍ اسیا هیوادونو ته خپل مالونه صادر کړي.

د تروريستي جرمونو له امله د رامنځ ته شوي تاوان په وړاندې د دولت د خسارې د جبران مسئوليت

علي محمد ميرزايي

په جزايي حقوقو کې عمومي قاعده ده چې د يو جرم په پايله کې پيښ شوې تاوان بايد د جرم د کونکي لخوا جبران شي. د تروريستي جرمونو په کډون ځينې مواردو کې کيدای شي د جرم فاعل و نه پيژندل شي، يا تيښته وکړي، يا يې پر وړاندې کافي شواهد نه، وي يا د پيښ شوي تاوان د جبران لپاره کافي مال او دارايي ونلري. پدې اړه پوښتنه دا ده چې په تروريستي جرمونو کې د پيښ شوې تاوان چې معمولا د زياتې کچې وي او فاعل يې هم کم په ګوته کيږي، جبران به څوک کوي. که د تاوان د جبران مسؤليت د دولت په غاړه واچول شي نو د دولت د مسؤليت مبنی به څه وي؟ د دولت لخوا د تاوان د جبران شرايط او طريقه به څه وي؟ پدې ليکنه کې دې پوښتنو ته د ځواب ويلو هڅه شوې.

د نړيوالو حقوقو پر بنسټ د بشر د حقونو د نړيوالو ساختمانونه/ډانچې په وړاندې د افغانستان نړيوالې ژمنې

محمد ملک ستيز

د بشري حقونو ترويج او ساتنه د نړيوالې ټولنې له بنسټيزو مسؤليتونو څخه يو دی. د بشري حقونو د نړيوالې اعلاميې، د ملګرو ملتونو د منشور او د بشر د حقونو د نورو اسنادو پر بنسټ نړيواله ټولنه مکلفه ده چې په ټوله نړۍ کې د بشري حقونو د ساتنې او ترويج په موخه د يوه بل سره مرسته وکړي او يو بل ته لاس ورکړي. د افغانستان د اساسي قانون د ارزښتونو سرچينه د بشر د حقونو نړيوال اصول دي. اساسي قانون له مخې د افغانستان دولت مکلف دی د بشر د حقونو نړيوال معيارونه د حقوقو په ملي سيستم کې پلي کړي. افغانستان اوو(V) نړيوال ميثاقونو لاسليک کړي. په پايله کې دا هيواد د ملګرو ملتونو د بشري حقونو د اصولو په رڼا کې د رامنځ ته شوو څو جورښتونو غړې دی. پدې مقاله کې نړيوالو حقوقو او نړيوالو اړيکو، د افغانستان د اساسي قانون د سرچينې په توګه نړيوال حقوق او په ځانګړې ډول په ملي محتوا کې بشري حقونو د نړيوال قانون اهميت بيان شوې. همدا ډول مقاله د نړيوالو بشري حقونو د ممثل په ډول د افغانستان د دولت اجراءات، د بشري حقونو د معيارونو د تطبيق په موخه اخيستل شوي ګامونه، نظارت او د بشري حقونو اړوندو نړيوالو مراجعو ته د هغوی راپور ورکونه ارزوي. په همدې محتوا کې مقاله مدني ټولنې او د بشري حقونو ملي ادارو

ته پام راګرځوي چې د بشري حقونو د ترويج په موخه هڅې کوي، د بيلګې په ډول دولت ته د راپور ورکونې د مکلفيت په ځای کونه.

پنځمه برخه: د څو رشتو اړوند او اسلامي مطالعې

په اسلامي حقوقو کې طبيعي قانون (Natural Law) او طبيعی حقوق (Natural Rights)

انور ايمون

پدې مقاله کې په ابتدايي ډول د اسلامي حقوقو په سرچينو (اصول الفقه) کې د هستي پيژندې له نظره د منطق اعتبار ارزول شوې ترڅو وکتل شي چه هغه تر کومې کچې د طبيعي حقوقو په اصطلاح کې تشريح کيدای شي.پدې مقاله کې د فکر دوه ډلې د طبيعي حقوقو د مطالعې سخت او نرم مکتبونه مطالعه شوي. مقاله څرګندوي چې که څه هم دې دواړو ډلو استدلال له سيالو دريځونو پيل شوې، دواړو ډلو د فقهي احکامو په استنباط او تشريح کې منطق کارولې دی. دواړو ډلو په طبيعي نړۍ کې د موجودو واقعتونو او ارزښتونو په ترکيب باندې خپل استدلال درولې او د تجربي (empirical) او اصولي معلوماتو په رڼا کې يې نتيجه ګيري کړې ده.

د فرد بنسټيز حقونه؛ په اسلامي قانون کې د حق شننه

محمدهاشم کمالي

د "حق" ټکې قرآن کريم، حديثو او فقهاوو له خوا بيا بيا کارول شوې خو ددې سره سره د حق دقيق تعريف ندې شوې. داسې بريښې ګوندې پخوانيو علماؤ د حق کلمه په لغوي معنی کې کارولې وې، بې لدې چه هغه په اصطلاح کې تعريف کړي. کيدای شي هغوی پدې باور وو چې دا کلمه بې له تعريفه په خپل لغوي معنی کې روښانه وه. د دې رشتې معاصرو علماؤ هڅه کړې دا کلمه په جامع توګه تعريف کړي. پدې مقاله کې د حق دغو بيلابيلو تعريفونو ته کتنه شوې او ځينې هغه مسايل پکې تثبيت شوي چې په بحث کې يې اختلاف رامنځ ته کړی. دا مقاله دې ته هم ګوري چې په اسلامي قانون کې د حق په پرتله پر واجباتو (مسؤليتونو) ډير تاکيد شوی. هڅه شوې تر څو دې ليد ته پراختيا ورکړ شي او ددې ترڅنګ د ځينو غربي مبصرينو نظر ته چې وايي ګواکې اسلامي قانون يواځې واجبات پيژني او حقونه نه پيژني، ته ځواب هم ويل شوی. ددې تر څنګ په "حق" لا نښه پوهيدو کې د "حکم" (قانون او ارزښت) او "عدل" د معنی او اړيکه هم تشريح شوې. دې پوښتنو ته د ځوابونو يوه برخه په بشري حقونو د روان بحث په تړاو په اسلامي قانون کې د بنسټيزو حقونو او آزاديو باندې د ليکوال له خپلې څو کلنې څيړنې څخه لاسته راغلې. په

اسلامي قانون کې د حق کافی پیژندنه مرسته کوي ترڅو زمونږ په وړاندې د پرتو مسئولو ریښې پیدا کړو. اول پدې پوه شو چې د اسلامي قانون په اړه شته مداوم ناسم پوهاوي "څنګه" او "ولې" رامنځ ته شو او بیا هغه تشریح کړای شو.

د پښتونولۍ اقتصادي شننه

تام کنسبرک

پدې مقاله کې د پښتونولۍ د پښتنو قومي اصولو شننه د سیاسي اقصاد له نظره شوې ده. پښتونولي یو کلتوري نظام دې چې خصوصي تاوتریخوالې تنظیموي او په پایله کې هغه محدودوي. ددې په ځای چې پښتونولۍ ته د یو ظالم نظام په سترګه وکتل شي، دا مقاله استدلال کوي چې د بدل اخیستنې منطق او د جرګو د لارې د شخړو هواري یو ډول لومړنې حقوقي نظام جوړ کړي. دا حقوقي نظام ځینې وخت د دولت د رسمي حقوقي نظام مکمِل شي او ځینې وخت ورسره په ټکر کې راشي. دا مقاله په پښتونولۍ پورې تړلو دوه اصولي ستونزو ته کتنه هم کوي؛ جنسیتي نه برابروالې او په نسبي ډول د تاوتریخوالي لورې کچه. په پښتونولۍ کې د اصولي انسجام د رامنځ ته کولو په موخه پدې مقاله کې یوې ساده تک/کړن لاره ته هم پام شوې چې کیدای شي له اخلاقي نظره نا ارامه کونکي اړخونه اصلاح کړي. دا تک/کړن د لیک لوست پراختیا ده. د زده کړو لورې کچه کولې شي د پښتونولۍ معنی لرونکي اصول رامنځ ته کړي او د میرمنو د ژوند ځرنګوالی ښه کړي.

شپږمه برخه: د قانون حاکمیت

د افغانستان تریاک، نړیواله اجماع او سیمیزې مرستې. دولتي ګټې او د سازمانونو ځواب

ابراهیم افصه

د مخدره موادو ضد نړیواله اجماع چې په جامع ډول په نړیوالو تړونونو کې ثبت شوې تصریح کوي چې د مستهلک، ترانزیتي او تولیدونکو دولتونو تر منځ د ناقانونه سوداګرۍ په مخنیوي کې د ټولو ګټې خوندي کیږي. پدې مقاله کې د هغې سترې پروژې د حقوقي برخې پایلې وړاندې شوي چې له لارې یې هڅه کیږي اروپایي تخنیکي مرستې دریې تر ټولو زیات اغیزمن شوو سیمیزو هیوادونو ته ورسول شي. دا دریې هیوادونه عبارت دي له؛ افغانستان د نړۍ تر ټولو ستر تولیدونکي هیواد همدارنګه پاکستان او ایران د عمده ترانزیتي هیوادونو په توګه. دا تخنیکي مرستې پدې فرضیه طرح شوې وي چې د سیمې د قانون د تنفیذ او مخدره موادو ضد سازمانونو ترمنځ د کمې کچې

د همکاریو له امل د اړوندو هیوادونو په جزایي قوانینو او اداري مقرراتو کې بې شمیره خنډونه او د سیمیزو هیوادونو تر منځ د همکاریو د حقوقي بنسټ نه شتون وو. دا فرضیه ناسمه وه. شننې او د اړوندو خواوو سره پراخه مشورې څرګنده کړه چې ددې درې هیوادونو حقوقي چوکاټ کافي دي او د همکاریو په وړاندې هیڅ ډول حقوقي خنډ ونه لیدل شو. ټولو برخه والو منل چې په عمومي ډول د غړو هیوادونو په اړیکو کې موجوده ناباوري او په ادارو کې د معلوماتو او عملیاتو د نه شریکونې ژور کلتور په سیمه کې د مخدره موادو ضد همکاریو د ضعیف والي اصلي لاملوڅخه دي.

د حاکمیت په اړه کلاسیکې او معاصرې اسلامي مفکورې

حمیدخان

د اسلام له ظهوره دینې طبقې، حقوق پوهانو/فقهاؤ او حاکمانو د قانون د تنفیذ د څرنګوالي د ټاکلو په تکل کې زیاتې هڅې کړي. د عامه ناسمو انګیرونو باوجود کلاسیکو اسلامي څیړونکو د قانون د حاکمیت غښتلې نظریه تنظیم کړې چې د ټولنیز انسجام د ساتنې سره د حقوقي صلاحیت په تفویض او حقوقي تنوع باندې ولاړه وه. په ټولنیز انسجام او دینی ارزښتونو د تاکید سره سره حقوق پوهانو/فقهاؤ د حاکم د صلاحیت محدودیت په تفصیل ندې بیان کړې. په معاصره دوره کې د یوه دولت د قانوني صلاحیت د مشروعیت سرچینه ملت دی، د قانون د حاکمیت د نظام په توګه د اسلامي حقوقو د بیا جوړنې مکرر غوښتنې د حقوقي پلورلیزم په وړاندې د زغم د نه شتون له امله پیچلې شوي. ددې ننګونو د تلقیق په موخه د نوښت طلبه خوزښتونو د رامنځ ته کیدو سره سره، یو شمیر حقوق پوهان د فقهي لارو په اړه په خپله خوښه انتخابي عمل کوي. په پای کې، د سیاسي تفکیک د کلاسیک اسلامي خوزښت د بیا راژوندي کولو په موخه د یوه تنظیم شوي حرکت پرته به د قانون د حاکمیت د مفکوري بیا ژوندي کول امکان ونلري.

زندگی‌نامه نویسندگان

ابراهیم افصه

معاون پروفسور دکتر ابراهیم افصه، تحصیلات خویش را دردانشکده مطالعات شرقی و آفریقایی لندن (۱۹۹۲-۹۶)، کالج ترینیتی دوبلین (۹۸-۱۹۹۷ و ۰۸-۲۰۰۲)، دانشکده دولت کیندی در دانشگاه هاروارد (۲۰۰۱-۱۹۹۹) وانستیتوت ماکس پلانک برای حقوق عمومی و حقوق بین‌الملل مقایسوی (MPIL) واقع در هایدلبرگ، تکمیل نموده است.

موصوف از سال ۲۰۱۲ بدینسو، منحیث معاون پروفسور در دانشگاه کوپنهاگن مصروف می‌باشد. دکتر افصه، قبل از پیوستن به دانشکده در کوپنهاگن، متخصص ارشد حکومت‌داری با کمپنی مشورتی دیلویت در ارلینگن ورجینیا بود. ایشان دارای تجارب گسترده مشورتی خارجی بوده که آغاز آن سال ۲۰۰۳ بوده، زمانیکه برنامه‌های در حال جریان آموزش‌های حقوقی انستیتوت ماکس پلانک در افغانستان و اردن را تنظیم می‌کردند؛ به تعقیب آن مشغولیت‌های مسلکی دراز مدت درعرصه‌های اصلاحات طبق قانون اساسی و حقوق عمومی، نظارت و ارزیابی، آموزش حقوقی و اصلاحات اداری برای بانک جهانی، UNDP, UNODC, GTZ و وزارت خارجه آلمان، وزارت داخله ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا داشته اند.

سهیلا اکبری

سهیلا اکبری متولد سال ۱۳۶۹/ ۱۹۹۰ ولایت تخار افغانستان می‌باشد. خانم اکبری مدرک لیسانس خویش را در سال ۲۰۱۰ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه کابل اخذ نموده است؛ با استفاده از بورس فولبرایت، ماستری خود را در رشته حقوق؛ از دانشگاه واشنگتن ایالات

متحده آمریکا در سال ۲۰۱۴ حاصل نموده است.

موصوف از اواسط سال ۲۰۱۵ به این طرف، نامزد برنامه دکترا در دانشگاه «پساو» در کشور آلمان می‌باشد. موضوع رسالۀ دکترای ایشان در مورد «تاثیرات حقوقی عضویت افغانستان در سازمان تجارت جهانی روی موافقت‌نامه‌های ترانزیت تجارت منطقوی افغانستان» بوده که تحت نظر پروفسور آقای کرستف هرمن، آمر دپارتمنت حقوق بین‌الملل و حقوق بین‌الملل اروپایی تحقیق خود را به پیش می‌برند. ضمنا، خانم اکبری، از سال ۲۰۱۲ به اینسو به حیث استاد رشته حقوق در دانشکده حقوق دانشگاه تخار مشغول تدریس می‌باشد. وی هم‌زمان با مسلک استادی، با موسسات داخلی و خارجی در بخش‌های اداره، رهبری و مدیریت و ارایه آموزش‌های حقوقی و ارتقای ظرفیت، تجارب کاری داشته و در بخش‌های متذکره برای شان تصدیق نامه‌ها اعطا گردیده است.

نجیب‌الله امین

نجیب‌الله امین عضو کادر علمی و استاد فاکولته حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل می‌باشد. موصوف از دوازده سال بدین‌سو، منحیث استاد، مصروف تدریس مضامین حقوق جزا، تحقیقات جنایی و جرم شناسی نظری می‌باشد. آقای امین تحصیلات لیسانس خود را در فاکولته حقوق وعلوم سیاسی پوهنتون کابل به پایه اکمال رسانیده، ماستری خود را در رشته حقوق و اقتصاد از پوهنتون بلونیا کشور ایتالیا بدست آورده است و فعلاً منحیث کاندیدای بورس تحصیلی حمیده برمکی در مقطع دکترا در دانشکدۀ حقوق پوهنتون لایدن، روی مطالعه زندان پلچرخی کار تحقیقی خود را انجام می‌دهد.

آقای امین از تجارب کاری در ادارات مختلف ملی و بین‌المللی برخوردار است که می‌توان از نقش ایشان بحیث معاون ریاست عمومی اداره امور و دارالانشای شورای وزیران، مسوول و هماهنگ کننده امور کابینه جمهوری اسلامی افغانستان، نام‌برد. ایشان دراین سمت منحیث مدیر و مسوول تمام امور کابینه، ناظر و مسوول تطبیق احکام، فرامین و مصوبات شورای وزیران، ایفای وظیفه می‌نمودند. برعلاوه، ایشان منحیث مسوول پالیسی و مدیریت برنامه‌های کاری لویه‌جرگه‌های افغانستان در ده سال اخیر، بوده که از جانب مقام عالی ریاست جمهوری بخاطر رهبری مؤثر و خدمات ارزنده ایشان، بارها مورد تقدیر قرار گرفته‌اند.

آقای امین همچنان عضو فعال انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان می‌باشد. موصوف با

کسب تجارب و شهرت خوب در سطح افغانستان منحیث وکیل ورزیده و آشنا با قضایای پیچیده از جمله عدالت غیر رسمی، معروف اند.

انور ایمون

پروفسور دکتر انور م. ایمون، در سمت استاد حقوق در دانشگاه تورنتو ایفای وظیفه می‌نماید. موصوف محقق شناخته شده بین‌المللی، در عرصهٔ حقوق اسلامی می‌باشد که روی عنعنات متعدد حقوقی هم در پژوهش‌ها و هم در تدریس خویش، به کار مشغول اند؛ مطالعات تحقیقاتی ایشان روی تاریخ و مفکوره حقوق اسلامی مدرن و پیشامدرن، نحوه‌های پیشامدرن حکومتداری و قضاوت و نقش شریعت هم در داخل جهان اسلام و هم در خارج از آن تمرکز دارد.

موضوعات مورد علاقه‌ی‌شان بطور عام در مورد حقوق و مذهب، تاریخ حقوق و فلسفهٔ حقوق می‌باشد؛ بر علاوهٔ نگارش مقاله‌های متعدد، موصوف، نویسندهٔ "مفکوره‌های اسلامی قانون طبیعی" (مطبعهٔ دانشگاه اکسفورد، ۲۰۱۰) "جمع گرایی مذهبی و حقوق اسلامی- اهل ذمه و سایرین در امپراتوری قانون" (مطبعه دانشگاه آکسفورد، ۲۰۱۲)، و همچنان معاون ویرایشگر " حقوق اسلامی و قانون بین‌المللی حقوق‌بشر- جستجو برای دلایل مشترک" (مطبعه دانشگاه آکسفورد، ۲۰۱۲) بوده وهمچنان ویرایشگر و مؤسس "قانون و حکومت داری شرق میانه - یک ژورنال میان رشته‌ای"، و ویرایشگر "سلسله مطالعات حقوقی اسلامی اکسفورد" می‌باشد.

جان برایت ویت

پروفسور دکتر جان برایت ویت، بحیث استاد برجسته دردانشگاه ملی آسترالیا (ANU) ایفای وظیفه می‌نماید. ایشان در دانشکدهٔ قواعد حکومت داری جهانی (RegNet) تدریس می‌نمایند، که مؤسس آن نیز می‌باشد.

ساحات پژوهشی دکتر برایت دربرگیرندهٔ موضوعات جنگ، جرم و قواعد می‌باشد. موصوف بخاطر کار در مورد عدالت ترمیمی و قواعد پاسخگو، بیش‌تر معروف اند. کتاب ایشان تحت عنوان "جنایت، خجالت و ادغام مجدد" (۱۹۸۹) خاطرنشان ساخت که روش‌های موجود عدالت جنایی، به لکه‌دارنمودن متخلفان تمایل داشته، که در نتیجه، مشکل جرم و جنایت را وخیم‌تر می‌سازد. از سال ۲۰۰۴ بدینسو، دکتربرایت ویت پروژه‌ای را تحت نام "مقایسهٔ ایجاد صلح" رهبری می‌کند.

بخاطر قدردانی از فعالیت‌های ایشان، جوایزوتحایف متعدد بین‌المللی برای موصوف اعطا

گردیده است؛ به شمول دکترای افتخاری در (KU Leuven 2008)، دانشگاه لویس ویلی جایزه Grawemeyer همراه با Peter Drahos بخاطر نظریات جهت بهبود نظم جهانی [۳] (۲۰۰۴) و Prix Emile Durkheim، جامعه بین‌المللی جرم شناسی برای همکاری های متداوم شان با علم جرم شناسی (۲۰۰۵).

جولیا جینیوس

دکتر جولیا جینیوس، ماستر حقوق از دانشگاه نیویارک (NYU) ،پژوهشگر ارشد و استاد حقوق جزاء در دانشگاه هامبورگ (آلمان) می‌باشد. ایشان از Freiburg فارغ شده و دارای مدرک دکترا از دانشگاه همبولت برلین و مدرک ماستری حقوق از دانشکده حقوق دانشگاه نیویارک آمریکا می‌باشد. موصوف جایزه فاکولته حقوق دانشگاه همبولت برای بهترین پایان‌نامه در حقوق جزائی، وهمچنان جایزه دومی Deutscher Studienpreis 2014 را از طرف بنیاد KÖrber برای پایان‌نامه عالی بخاطر پایان‌نامه‌ی دکترای‌شان در مورد محاکمه جرایم بین‌المللی در آلمان، به ویژه تحت اصل حوزه قضائی جهانی، دریافت کردند.

ایشان عضو هیئت تحریر ژورنال عدالت جزائی بین‌المللی OUP بوده و ویرایشگر فارغ التحصیلان ژورنال حقوق و سیاست بین‌المللی دانشگاه نیویارک نیز بوده‌اند.

حمیدخان

حمیدخان، معاون رئیس مجمع حاکمیت قانون و پروفسور همکار در دانشگاه جنوب کارولاینا، همکار امنیت ملی در پروژه امنیت ملی Truman، و همکار ارشد غیر مقیم، در مرکز شاه فیصل برای تحقیقات و مطالعات اسلامی می‌باشد. ایشان قبلاً بحیث مسئول ارشد برنامه حاکمیت قانون در انستیتوت صلح ایالات متحده آمریکا و منحیث مدرس مسلکی حقوق اسلامی در دانشکده حقوق جورج واشنگتن، ایفای وظیفه نموده‌اند. آقای خان همچنان منحیث همکار فوق دکترا برای پروژه تعلیمات حقوقی دانشکده حقوق ستنفورد در افغانستان کار نموده، و در مورد مسایل حاکمیت قانون با تعداد کثیری از مؤسسات بین‌المللی، مؤسسات غیر دولتی و ادارات دولتی امریکا مشاورت های را انجام داده اند.

ایشان در حال حاضر، به حیث عضو مقیم کنسورشیم حاکمیت قانون در مورد حقوق اسلامی پروژه عدالت جهانی ایفای وظیفه می‌نماید. قبلاً بحیث پروفسور همکار حقوق اسلامی در دانشگاه

کولورادو دانشکده حقوق و قبل ازآن، در سمت پروفسور مهمان مطالعات اسلامی در دانشگاه Wyoming مشغول وظیفه بوده‌اند. موصوف مدرک لیسانس خویش را با درجه ممتاز از دانشگاه Wyoming و مدرک دکترا حقوق خویش را از دانشگاه میشیگان دانشکده حقوق، دریافت نموده‌اند.

تیلمن ج. رودر

دکتر تیلمن رودر، رشتۀهای حقوق و تاریخ را در GÖttingen و برلین (دانشگاه همبولت) بین سال‌های ۱۹۹۴ و ۲۰۰۰ فرا گرفته‌اند. در سال ۲۰۰۰، نخستین امتحان دولتی و در سال ۲۰۰۵، دومین امتحان دولتی را سپری نموده‌اند. همچنان در سال ۲۰۰۵، مدرک دکترای خویش را درحقوق از دانشگاه Johann Wolfgang von Goethe در فرانکفورت Main am با درجه ممتاز (summa" cum laude" و نگارش پایان‌نامه در مورد تکامل قانون تجارت فراملی، دریافت کردند. از سال ۲۰۱۳ بدینسو، به حیث رئیس در بنیاد ماکس پلانک برای صلح جهانی و حاکمیت قانون ایفای وظیفه می‌نمایند. در کنار آن، به حیث رئیس اجرائی افتخاری در مؤسسه حمیده برمکی برای حاکمیت قانون مقیم کابل از ۲۰۱۳ الی ۲۰۱۶ مصروف کار و فعالیت بودند. بین سال‌های ۲۰۰۹ و ۲۰۱۲، به حیث رئیس پروژه‌های شرق میانه و آسیای مرکزی انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق عمومی و حقوق بین‌الملل مقایسوی وظیفه اجرا نموده‌اند. موصوف اخیراً، تیمی را تشکیل دادند که پروسه صلح در کولمبیا را حمایت می‌نماید.

تازه ترین نگارشات دکتر رودر شامل "حکومت مشروطه، حقوق‌بشر، اسلام بعد از بهار عرب" (مشترکا با راینر گروت eds., OUP 2016) و "مؤسسات عدلی غیر دولتی و قانون- تصمیم گیری در تقاطع عنعنات، مذهب و دولت" (مشترکا با Matthias KÖtter et al., Palgrave Macmillan ۲۰۱۵) می‌باشد. وی مؤسس و سردبیر "مجلۀ مطالعات حقوقی افغانستان" و یکی از سردبیران سالنامۀ ماکس پلانک برای حقوق ملل متحد (UNYB) می‌باشد.

محمد ملک ستیز

محمد ملک ستیز، مدرک ماستری حقوق خویش را در حقوق بین‌الملل از انستیتوت دولتی مسکو برای روابط بین‌الملل دریافت نمودند. در حال حاضر بحیث شریک و مشاور در گروپ مشورتی ناردیک (NCG) اجرای وظیفه می‌نماید. موصوف قبل از شامل شدن در گروه مشورتی ناردیک در سال ۲۰۱۵، در پست‌های ذیل در انستیتوت دانمارکی برای حقوق‌بشر بین‌المللی، برای مدت

بیش‌تر از ۱۶ سال، مشغول وظیفه بوده‌اند:هماهنگ کننده پروژه، رئیس پروژه، رئیس برنامه‌ها و مشاور ارشد. وظایف ایشان شامل کار در ساحات ارتقای ظرفیت جامعه مدنی و مؤسسات دولتی، دفاع از ارزش‌های حقوق‌بشری، هماهنگ سازی مدافعان حقوق‌بشر، رسانه ها و حقوق‌بشر، اصلاحات قانون بر اساس اصول حقوق‌بشری، ترویج قانون حقوق‌بشر درچارچوب قوانین ملی، گزارشدهی و نظارت حقوق‌بشر و هماهنگ سازی حقوق بین‌الملل در قوانین ملی با تمرکز بر حقوق‌بشر، نیز می‌گردد.

محمد احسان قانع

محمد احسان قانع، دارای مدرک تحصیلی ماستری از دانشگاه کاتب در رشته حقوق بین‌الملل عمومی بوده و در شبکه تحلیلگران افغانستان به عنوان پژوهشگر امورحقوقی وسیاسی مشغول می‌باشد. موضوعات چون حقوق‌بشر، عدالت انتقالی، محکمه بین‌المللی جزایی، نظارت از کارکرد شورای ملی افغانستان ورسانه‌ها را پی‌گیری نموده و در مورد آن به نگارش می‌پردازد. علاوه بر این، رساله‌ای را در مورد "صلاحیت تکمیلی محکمه بین‌المللی جزایی در افغانستان" برای آکادمی اصول بین‌المللی نورمبرگ تحت نگارش دارند. مدت شش ماه در محکمه بین‌المللی جزایی به عنوان کارمندِ مهمان ایفای وظیفه نموده‌اند. قبل از وظایف فوق، در سمت مدیر برنامه‌های افغانستان در مرکز بین‌المللی عدالت انتقالی، پژوهشگر در پروژه گزارش ترسیم منازعه در کمیسیون مستقل حقوق‌بشر افغانستان و آموزگار ارشد حقوق‌بشر و عدالت انتقالی در شبکه جامعه مدنی و حقوق‌بشر مشغول وظیفه بوده‌اند.

محمدهاشم کمالی

پروفسوردکتر محمدهاشم کمالی، مدرک لیسانس خویش را در حقوق و علوم سیاسی از دانشگاه کابل در سال ۱۹۶۵ دریافت نمودند، بعد از آن عازم کشور انگلستان شده ومدرک ماستری حقوق (۱۹۷۲) و دکترا (۱۹۷۶) خویش را ازدانشگاه لندن بدست آوردند.

دکتر کمالی رئیس اجرائی، موسس و همکار ارشد در انستیتوت بین‌المللی مطالعات پیشرفته اسلامی (IAIS) در مالیزیا، رئیس کمیتۀ شریعت CIMB (از ۲۰۰۷ بدینسو)، و هیئت شریعت کارپوریشن Stanlib آفریقای جنوبی (از ۲۰۰۷ بدینسو)؛ همکار ارشد انستیتوت مطالعات ستراتیژیک و بین‌المللی (ISIS) در مالیزیا (از ۲۰۰۷ بدینسو)؛ انستیتوت سلطنتی تفکر اسلامی

آل‌البیت (از ۲۰۰۵ بدینسو)، و اکادمی علوم افغانستان (از ۲۰۰۸ بدینسو)؛ سردبیر در اسلام و تجدید مدنیت IAIS مالیزیا (از ۲۰۰۸ بدینسو)؛ و همچنان رئیس غیر اجرایی برای CIMB بانک اسلامی Bhd (از ۲۰۰۸ بدینسو)؛ می‌باشند. ایشان در چندین کشور جهان تدریس می‌نماید و بصورت گسترده در مورد حقوق اسلامی و ارتباطات آن با حقوق دولتی به نگارش می‌پردازد.

راینر گروت

پروفسوردکتر راینرگروت، ماستر حقوق (ایدنبرگ)، دارای تجارب وسیع در تحقیق و مشاورهٔ حقوقی می‌باشد. وی تحصیلات حقوقی خویش را در دانشگاه های (83-1981) Bielefeld ، ژینوا (1983/84) و GÖttingen (87-1984) تکمیل نموده‌اند. بعدازنخستین امتحان دولتی، مدرک ماستری حقوق شان را در دانشگاه ایدنبرگ تکمیل نمودند. در سال ۱۹۹۳، سند تحصیلی دکترای شان را در حقوق به درجهٔ ممتاز از دانشگاه GÖttingen، بخاطر کار روی مفکوره قانون اساسی و تطبیق سیستم فرانسوی حکومت، دریافت کردند؛ که برنده "جایزه پایان‌نامهٔ اروپایی" از طرف گروپ اروپایی حقوق عمومی نیز گردیده‌اند.

از سال ۱۹۹۴ بدینسو، بحیث همکار ارشد تحقیق در انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق عمومی و حقوق بین‌الملل مقایسوی و استاد حقوق در دانشگاه هایدلبرگ ایفای وظیفه می‌نماید. در کنار آن، به حیث پروفسور حقوق در دانشگاه GÖttingen مشغول وظیفه اند. موصوف درسمت متخصص و مشاور در پروژه‌های متعدد اصلاحات حقوقی و اداری در افغانستان، شرق میانه و افریقای شمالی و آمریکای لاتین ایفای وظیفه نموده‌اند.

تام گینزبورگ

آقای تام گینزبورگ، پروفسور Leo Spitz حقوق بین‌الملل در دانشگاه شیکاگو بوده، در دپارتمان علوم سیاسی آن دانشگاه نیز دارای یک پست می‌باشد. موصوف دارای مدارک تحصیلی , J.D لیسانس و دکترا از دانشگاه کلیفورنیا در بیرکلی می‌باشد. در حال حاضر، معاونت پروژهٔ مقایسوی قوانین اساسی را به عهده دارند، که پروژه تمویل شده NSF برای کتالوگ قوانین اساسی جهان از سال ۱۷۸۹ بدینسو می‌باشد. کتب موصوف شامل "شهرت قضائی- یک تیوری مقایسوی (۲۰۱۵) (همراه با Nuno Garoupa)؛ ثبات قوانین اساسی ملی (۲۰۰۹) (همراه با Zachary Elkins و James Melton) که جایزه بهترین کتاب را از بخش دموکراسی‌سازی مقایسوی انجمن

علوم سیاسی امریکا برنده شد و همچنان شامل "مرور قضایی در دیموکراسی‌های جدید (۲۰۰۳)" می‌باشد. ایشان عضو اکادمی علوم و هنرهای آمریکا می‌باشد. قبل از آغاز تدریس حقوق، به حیث مشاور حقوقی در محکمه دعاوی امریکا- ایران و محکمه هاگ هالند، ایفای وظیفه نموده و با ادارات انکشافی بین‌المللی و دول متعدد در مورد اصلاحات حقوقی و قانون اساسی به مشاورت پرداخته اند. درحال حاضر منحیث مشاور ارشد در ایجاد قانون اساسی، برای IDEA بین‌المللی ایفای وظیفه می‌نمایند.

علی محمد میرزائی

دکترمیرزائی از جنوری سال ۲۰۰۹ بدینسو در انستیتوت تحصیلات عالی ابن سینا در کابل، در رشتۀ حقوق به تدریس اشتغال دارند. دکتر میرزائی یک متخصص برجسته در رشته حقوق تجارت افغانستان است. وی موضوعات حقوق عمومی وحقوق بین‌الملل مقایسوی را که از سوی بنیاد ماکس پلانک برای صلح جهانی و حاکمیت قانون برای کارمندان دولتی برگزار شده بود؛ تدریس نموده است.

دکتر میرزائی مدرک دکترای خویش را از دانشگاه شهید بهشتی (تهران) درسال ۲۰۱۳ با نگارش پایان‌نامه‌ای در مورد "عمل مستقیم" ، مدرک ماستری حقوق خود را از دانشگاه تربیت مدرس (تهران) با نگارش پایان‌نامه در مورد "قانون حق نشر" و مدرک لیسانس حقوق خویش را از دانشگاه امام خمینی (قزوین، ایران) دریافت نموده‌اند. در کنار فعالیت های اکادمیک، بحیث وکیل در انجمن مستقل وکلای مدافع نیز ثبت می‌باشد.

علی وردک

دکترعلی وردک، مدرک دکترای خویش را ازدانشگاه ایدنبرگ درسکاتلند به دست آورده، رشتۀ جرم شناسی را در دانشگاه جنوب ویلز در کشور انگلستان فراگرفته‌اند. ساحات اصلی تدریس وتحقیقات موصوف بر جرایم و عدالت مقایسوی و فراملی، حاکمیت قانون و ارتباطات میان سیستم های قضایی دولتی و غیر دولتی، تمرکز دارد. از سال ۲۰۰۶ الی ۲۰۰۸، برای برنامۀ انکشافی ملل متحد (UNDP) در کابل وظیفه اجرا می‌نموده‌است، و یکی از نگارنده‌های گزارش انکشاف بشری افغانستان در ۲۰۰۷ بوده اند که در آن یک "مودل ترکیبی" برای نظام قضایی بعد ازطالبان، برای افغانستان پیشنهاد شده است. دکتر وردک، همکاری نزدیک با پروفسور "جان برایت ویت" در پروژۀ

تحقیقات مقایسه‌ای ایجاد صلح داشته، و به حیث معاون رئیس جامعه جنوب آسیایی برای جرم شناسی و قربانی شناسی ایفای وظیفه می‌نمایند.

موصوف به حیث سخنگوی مهمان در همایش‌ها واجتماع‌های بزرگ در آفریقا، آسیا، آسترالیا، اروپا و ایالات متحده امریکا فعالیت نموده‌اند. ایشان به نگارشات گسترده‌ای پرداخته وهمراه با "جان برایت ویت"برندۀ جایزۀ مشترک Radzinowicz ژورنال انگلیسی جرم شناسی ۲۰۱۳ اند(مقاله ای است که در همین جلد به نشر رسیده است). با برنده شدن این جایزه، دکتر وردک یک تقدیر نامۀ رسمی از جانب جلالتمأب محمد اشرف غنی رئیس جمهوری افغانستان، دریافت نمودند.

محمد ایوب یوسفزی

محمد ایوب یوسفزی در سال ۱۹۶۹/۱۳۴۸ در افغانستان متولد گردیده است. با فراغت از مکتب در لیسه عالی حبیبیه، شامل فاکولته حقوق و علوم سیاسی دانشگاه بلخ گردیده و بعد از فراغت در سال ۱۳۷۷ بحیث همکار علمی در فاکولته حقوق وعلوم سیاسی بلخ شامل گردیدند و تا اکنون منحیث معاون استاد ایفای وظیفه می‌نماید. نامبرده دراین جریان، ماستری خویش را درسال ۱۳۸۹ دردانشگاه واشنگتن تکمیل نموده‌اند. وی در سال ۲۰۱۳ از طریق بورس تحصیلی حمیده برمکی که ازطریق بنیاد ماکس پلانک برای صلح جهانی و حاکمیت قانون حمایت می‌گردد، در دانشگاه هامبورگ آلمان مصروف ادامه تحصیل دوره دکترای خویش می‌باشد. پایان‌نامۀ دکترای نامبرده، در مورد انتخابات پارلمانی در افغانستان است.

حقوق اساسی، مضمون مورد علاقۀ ایشان بوده و آنرا بصورت دوامدار تدریس نموده‌اند و دراین زمینه رساله‌ها و مقالاتی تحت عناوین انتخابات، پارلمان و پس منظرآن، اثرات سیستم حقوقی بر توسعه اقتصادی افغانستان، جامعه مدنی و تفاوت حقوق اساسی مقایسوی و سیاست مقایسوی به رشتۀ تحریر درآورده اند که از طریق مجله علمی دانشگاه بلخ به نشر رسیده است. موصوف در نظر دارد تا در آینده از طریق تدریس با کیفیت عالی، مصدر خدماتی شایانی برای نسل جوان کشور گردد.

د لیکوالانو ژوندی‌لیک

افصه ابراهیم

ډاکټر پوهنوال ابراهیم افصه خپلې لوړې زده کړې په لندن کې د شرقی او افریقایي مطالعو په پوهنځي کې (۱۹۹۲ - ۱۹۹۶م)، د دوبلین په ترینیتي کالج (۱۱۹۷ - ۱۹۹۸ او ۲۰۰۲ - ۲۰۰۸)، د هاروارډ په پوهنتون کې د کینډي د دولت د مطالعو په پوهنځي (۱۹۹۹ - ۲۰۰۱) او ماکس پلانک د عمومي حقوقو او نړیوالو پرتلیزه حقوقو په انستیتوت (MPIL) کې ترسره کړي.

هغه له کال ۲۰۱۲ رادیخوا د کوپنهاګن په پوهنتون کې د پوهنوال په توګه بوخته ده. کوپنهاګن پوهنتون ته له راتګه وړاندې هغه په ارلینګټن کې د ډیلویټ د مشورتي شرکت سره د حکومتوالۍ په برخه کې مشره مشاوره وه. هغه بهرنیو مشورو کې پراخه تجربه لري چې پیل یې ۲۰۰۳م کې په افغانستان او اردن کې د ماکس پلانک انستیوت حقوقي زده کړو پروګرام تنظیمول وو. له هغې وروسته هغې زیات مسلکي کارونه د اساسي قانون او عمومي حقوقو په اصلاحاتو، څارو او ارزونې، حقوقي زده کړو او اداري اصلاحاتو په برخه کې تر سره کړي. هغې دا کارونه د نړیوال بانک، GTZ, UNODC,UNDP، د آلمان د بهرنیو چارو د وزارت، د امریکا د کورنیو چارو د وزارت او اروپایي اتحادیې سره ترسره کړي.

سهیلا اکبری

میرمن سهیلا اکبري په کال ۱۳۶۹ ه ش چې ۱۹۹۰م سره سمون لري چې د افغانستان په تخار ولایت کې زیږیدلې ده میرمن اکبري په کال ۲۰۱۰م کې د کابل پوهنتون د حقوقو او سیاسي علومو

له پوهنځي ليسانس ترلاسه کړ، او په ۲۰۱۴ م کې يې د فولبرايټ بورس له لارې په حقوقو کې د امريکا متحده ايالتو د واشنګټن له پوهنتونه ماسټري ترلاسه کړه. د ۲۰۱۵م کال له نيمايی رادېخوا د آلمان په هيواد کې د (پساو) په پوهنتون کې دوکتورا ته کانديده ده. د هغې د دوکتورا رسالې موضوع «د ترانزيټي تجارت له نظره د افغانستان په تجارتي هوکړه ليکونو باندې په نړيوال تجارتي سازمان کې د افغانستان د عضويت حقوقي اغيزې» ده. ميرمن اکبري پدې رساله د «پساو» په پوهنتون کې د اروپايي او نړيوالو حقوق د ديپارټمنټ د شف پروفسور کرستف هرمن تر نظر لاندې کار کوي. ددې تر څنګ ميرمن اکبري د کال ۲۰۱۲م را دېخوا د تخار په پوهنتون کې د حقوقو په پوهنځي کې په ښوونه بوخته ده

د ښوونې د مسلک تر څنګ هغه د کورنيو او بهرنيو مؤسساتو سره د اداري، لارښونې او مديريت، او په حقوقي زده کړو او ظرفيت جوړونه کې تجربه لري او په يادو برخو کې تصديق ليکونه لري.

نجيب‌الله امين

ښاغلې نجيب‌الله امين د کابل پوهنتون د حقوقو او سياسي علومو د پوهنځي د علمي کادر غړې او استاذ دی. هغه له دولسو کلونو را دېخوا د جزايي حقوقو، جنايي څېړونو او جرم پېژندنې په ښوونه بوخت دی. ښاغلي امين د کابل پوهنتون د حقوقو له پوهنځي ليسانس ترلاسه کړې او د حقوقو او اقتصاد په رشته کې يې ماسټري د ايټاليې د هيواد د (بلونيا) له پوهنتونه ترلاسه کړې. دا مهال هغه د (لايدن) د پوهنتون د حقوقو په پوهنځي کې دوکتورا ته کانديدا/ منتخب دی او د څرخي پله زندان په څېړنه کار کوي. ښاغلې امين په بيلابيلو ملي او نړيوالو ادارو کې د کار تجربه لري او کولې شو د چارو په اداره او د وزيرانو د شورا د دار الإنشاء په عمومي رياست کې د هغه د معاونت او اسلامي جمهوري افغانستان د کابينې لپاره د چارو د مسؤليت او همغګۍ يادونه وکړو. هغه پدې دنده کې کابينې د ټولو چارو د مدير او مسؤل په نقش کې د وزيرانو د شورا د حکمونو، فرمانونو او مصوبو د نظارت و تطبيق مسؤليت لرلو. ددې تر څنګ هغه د افغانستان د لويې جرګې د پاليسيو او پروګرامونو د مسؤل په توګه تيرو لسو کالو کې خدمت کړې او د خپل ارزښتمن خدمت او مشرتابه له برکته څو ځلې د جمهوري رياست د لوړ مقام لخوا ستايل شوی.

ښاغلې امين د افغانستان د مستقلو وکيلانو د ټولنې فعال غړې هم دی. هغه د شخړو د رسمي او غير رسمي هواري سره د يو بلد مدافع وکيل په توګه د ملي شهرت څښتن دی.

انور ایمون

پروفسور ډاکټر انور م. ایمون د (ټورنټو) په پوهنتون کې د حقوقو استاذ دی. هغه په اسلامي حقوقو کې په نړۍ کې پیژندل شوې څېړونکې دی چې د حقوقو په بیلابیلو سنتونو کې یې هم څېړنه او هم ښونه کړې ده. د هغه څېړنې هم د اسلامي نړۍ دننه او هم د اسلامي نړۍ بهر په تاریخ، مُدرنو او پیشامدرن اسلامي حقوقي مفکورو، پیشامدرن د حکومتوالۍ او قضاوت طریقې او دشریعت په نقش متمرکزې دي. د هغه د خوښې عمومي علمي ساحې عبارت دي له حقوق او مذهب، د حقوقو تاریخ، او حقوقو فلسفه. د یو شمیر مقالو د لیکلو تر څنګ هغه "په اسلام کې د طبیعی قانون تیورۍ ګانې" (د اکسفورډ پوهنتون مطبعه، ۲۰۱۰م)؛ "مذهبي پلورلیزم او اسلامي حقوق: ذِمیان او نور د قانون په امپراطورۍ کې" (د اکسفورډ پوهنتون مطبعه، ۲۰۱۲م)؛ لیکونکې دی. ددې تر څنګ هغه د "اسلامي حقوق او د بشري حقونو نړیوال قانون: د شریکو دلایلو لټون" (د اکسفورډ پوهنتون مطبعه، ۲۰۱۲م)؛ لپاره د مسؤل مدیر معاون وو. هغه د څو رشتو د شریک ژورنال "په منځنۍ ختیځ کې قانون او حکومتوالي" مؤسس مسؤل مدیر دی او د "د اکسفورډ د اسلامي حقوقو د مطالعو د لړۍ" مسؤل مدیر هم دی.

جان برایټ ویټ

پروفسور ډاکټر جان برایټ ویټ د آسټرلیا په ملي پوهنتون کې یو وتلې استاذ دی. هغه د نړیوالې مقرراتو او حکومتوالۍ په پوهنځي (RegNet) کې تدریس کوي چې د هغې مؤسس هم دی. د ډاکټر ویټ د څېړنې ساحې عبارت دي له؛ جګړه، جرم او مقررات. هغه په ترمیمي عدالت او ځواب ویونکو مقرراتو باندې د خپل کار له امله پیژندل کیږي. د هغه کتاب "جنایت، پښیمانتیا او بیا ادغام" (۱۹۸۹م) وښودل چې د جنایي عدالت اوسنۍ نظام په متخلف باندې د داغ لګولو طرف ته میلان لري چې د جرم او جنایت مشکل بدتره کوي. له کال ۲۰۰۴م رادیخوا ډاکټر ویټ د "د سولې د رامنځ ته کونې پرتله" پروژه رهبري کوي. هغه د خپل کار په پایله کې څو نړیوالې جایزې تر لاسه کړې چې په هغې کې له KU Leuven افتخاري دوکتورا (۲۰۰۸م)، د لویس ویلي له پوهنتونه د Peter Drahos سره شریکه د Grawemeyer جایزه چې د نړیوال نظم د ښه والي په موخه د نظریاتو لپاره ورکړل شوه، او د نړیوالې جرم پیژندنې د ټولنې لخوا د جرم پیژندنې سره د عمري مرستې لپاره د Prix Emile Durkheim جایزه (۲۰۰۵م) شاملې دي.

جولیا، جینیوس

ډاکټر جولیا جینیوس د نیویارک پوهنتون څخه په حقوقو کې ماسټري لري او د (هامبورګ) په پوهنتون (آلمان) کې د جزایي حقوقو مشره څېړونکې او استاذه ده. هغې په Freiburg کې د برلین د (همبولټ) له پوهنتونه دکترا ترلاسه کړې. د هغې د دوکتورا رساله په آلمان کې د نړیوالو جرمونو د محاکمو، په ځانګړي ډول د نړیوالې عدلي حوضې تر اصل لاندې لیکلې ده. هغې د دوکتورا د رسالې لپاره د (همبولټ) د پوهنتون د حقوقو د څانګې څخه په جزایي حقوقو کې د ترټولو غوره رسالې جایزه ترلاسه کړې او ددې ترڅنګ یې په کال ۲۰۱۴ کې د Körber له بنسټه د Deutscher Studienpreis دوهمه جایزه ترلاسه کړې. هغه د Oxford University Press نړیوال جزایي عدالت ژورنال د لیکنې د هیئت غړې ده. هغه د نیویارک د پوهنتون د نړیوالو حقوقو او سیاست فارغ التحصلیه مسؤل مدیره هم وه.

حمید خان

حامد م خان د قانون د حاکمیت د مجمعې د رئیس معاون او د سویلي کارولاینا کې همکار پروفسور، د Truman ملي امنیت د پروژې همکار، د شاه فیصل د څېړونو او اسلامي مطالعو د مرکز غیر مقیم مشر همکار دی. لدې وړاندې هغه متحده ایالتونو د سولې په انسټیټوت کې د قانون د حاکمیت مسؤل او د جورج واشنګټن په پوهنتون کې د اسلامي حقوقو د استاذ دندې ترسره کړې. ښاغلي خان په افغانستان کې د ستنفورډ د حقوقو د پوهنځي د فوق دوکتورا د حقوقي زده کړو په پروژه کې همکار هم وو. هغه دې قانون د حاکمیت په برخه کې د زیات شمیر نړیوالو مؤسسو، غیر دولتي مؤسسو او د امریکا د دولتي اداري سره د مشاور په توګه کار کړې.

اوس مهال هغه د قانون د حاکمیت د سره د اسلامي حقوقو په پروژه کې د مقیم غړي په توګه کار کوي. هغه لدې وړاندې د (کلوریډا) په پوهنتون کې د حقوقو همکار پروفسور او د Wyoming په پوهنتون کې د میلمه پروفیسور په توګه کار کړې. هغه له Wyoming پوهنتون څخه په ممتازه درجه کې لیسانس او د (میشیګان) د پوهنتون د حقوقو له څانګې دوکتورا ترلاسه کړې.

تیلمن ج. رودر

ډکټر تیلمن رودر د Göttingen په پوهنتون او د برلین په (همبولټ) پوهنتون کې حقوق او تاریخ له ۱۹۹۴ تر ۲۰۰۰م لوستي. هغه په کال ۲۰۰۰م کې لومړې دولتي امتحان او په کال ۲۰۰۵م

کې یې دوهم دولتي امتحان په بریالیتوب تیر کړي. ددې تر څنګ هغه په فرانکفورټ کې د Johann Wolfgang Goethe له پوهنتونه د تجارت قانون د تکامل په اړه د رسالې په لیکلو په ممتازه درجه دوکتورا ترلاسه کړه. له کال ۲۰۱۳م رادیخوا ډاکټر رودِر د ماکس پلانک په بنسټ کې د نړیواله سولې او د قانون د حاکمیت لپاره د رئیس په توګه کار کوي. ددې ترڅنګ هغه د افتخاري اجرائیوی رئیس په توګه له کال ۲۰۱۳ تر ۲۰۱۶م پورې په کابل کې د قانون د حاکمیت لپاره د حمیده برمکي په مؤسسه کې کار وکړ. له ۲۰۰۹ تر ۲۰۱۲م هغه په ماکس پلانک بنسټ کې د عمومي او نړیوالو پرتلیز حقوقو لپاره د منځني ختیځ د پروژو رئیس وو. په ورستیو کې هغه د کولمبیا د سولې د ملاتړ لپاره ټیم رامنځ ته کړ.

د ډاکټر رودِر تازه لیکنې عبارت دي له؛ د راینر ګروت سره "د عربو له سپرلي وروسته مشروطه حکومت، د بشر حقونه او اسلام" (د اکسفورد پوهنتون مطبعه، ۲۰۱۶م) او د Matthias Kötter et al, Palgrave Macmillan سره "غیر دولتي عدلي مؤسسې او قانون: د رواجونو، مذهب او دولت وصل په نقطه کې پریکړې کونه" (Palgrave Macmillan 2015). هغه د افغانستان د حقوقي مطالعو مجله مؤسس مسؤل مدیر او د ماکس پلانک د ملګرو ملتونو د کلنی (UNYB) له مسؤل مدیرانو څخه یو دی.

محمد ملک ستیز

محمد ملک ستیز په نړیوالو اړیکو کې د (مسکو) د دولتي انستیتوت څخه په نړیوالو حقوقو کې ماسټري لري. اوس مهال هغه د (ناردیک) مشورتي ګروپ سره د شریک او مشاور په توګه کار کوي. په کال ۲۰۱۵ کې (ناردیک) مشورتي ګروپ ته له راتګه وړاندې هغه د بشري حقونو لپاره د ډنمارک په انستیتوت کې په بیلابیلو بستونو کې له ۱۶ زیات کلونه کار کړی؛ د پروژې منتظم، د پروژې رئیس، د پروګرام رئیس او مشر مشاور. ددې تر څنګ د هغه کارونو عبارت دي له؛ د مدني ټولنې او دولتي مؤسسو سره د ظرفیت لوړونه، د بشري حقونو د ارزښتونو څخه ساتنه، د بشري حقونو د مدافعینو همغږي کونه، رسنۍ او بشري حقونه، د بشري حقونو پر اساس د قوانینو اصلاحات، په ملي قوانینو کې د بشري حقونو ترویج، له بشري حقونو نظارت او د هغه راپور جوړونه او د ملي قوانینو د بشري حقونو په تمرکز سره د نړیوالو حقوقو سره همغږی کونه.

احسان قانع

محمد احسان قانع د (کاتب) له پوهنتونه په نړیوالو عمومي حقوقو کې ماسټري لري. هغه د افغانستان د شنونکو په شبکه کې د حقوقي او سیاسي څېړن په توګه کار کوي. هغه بیلابیلې موضوعات لکه بشري حقونه، انتقالي عدالت، نړیواله جزایي محکمه، د ملي شورا له اجراءاتو څارنه او رسنۍ تعقیبوي او په اړه یې لیکي. ددې تر څنګ هغه د (نورمبرګ) د نړیوالو اصولو څېړنتون ته د "په افغانستان کې د نړیوالې محکمې تکمیلي نقش" تر عنوان لاندې رساله لیکي. هغه په نړیواله جزایي محکمه کې د میلمه کارکونکي په توګه شپږ میاشتې دنده ترسره کړې ده. لدې وړاندې ښاغلي قانع په نړیوال انتقالي عدالت په مرکز کې د پروګرام د مدیر، د افغانستان د بشري حقونو خپلواک جرګې د منازعې ترسیم د راپور په پروژه کې د څېړونکي، او د مدنې ټولنې او بشري حقونو په شبکه کې د بشري حقونو او انتقالي عدالت د مشر ښونکي په توګه کار کړې دی.

محمدهاشم کمالي

پروفسور ډاکټر محمدهاشم کمالي په ۱۹۶۵م کې له کابل پوهنتونه په حقوقو او سیاسي علومو کې لیسانس ترلاسه کړ. له هغې ورسته هغه انګلستان ته ولاړ او هلته یې په حقوقو کې ماسټري (۱۹۷۲) او دوکتورا (۱۹۷۶) د لندن له پوهنتونه ترلاسه کړې. ډاکټر کمالي په مالیزیا کې د پرمختللو اسلامي مطالعو نړیوال انستیتوت (IAIS) اجرائوي ریس او مشر همکار، له ۲۰۰۷م کال رادیخوا د شریعت د کمیټې رئیس (CIMB)، او له ۲۰۰۷م رادیخوا په سویلي افریقې کې د (Stanlib Corporation) شریعت بورډ رئیس، په مالیزیا کې له ۲۰۰۷م رادیخوا د کرنلارو/ تکلارو او نړیوالو مطالعو د مؤسسې (ISIS) مشر همکار، له ۲۰۰۵م رادیخوا د آل البیت اسلامي او د سلطنتي مؤسسې، له ۲۰۰۸م وروسته د افغانستان د علومو د څېړنتون، له ۲۰۰۸م رادیخوا په مالیزیا کې د اسلام او مدنیت د تجدید مدیر مسؤل (IAIS)، او همداسې له ۲۰۰۸م رادیخوا د CIMB د اسلامي بانک د مدیر هیئت غیر اجرایوي غړې دی. هغه د نړې په څو هیوادونو کې ښونه کوي او د اسلامي حقوقو او د دولتي حقوقو سره د هغې د اړیکو په اړه پراخه لیکنې کوي.

راینر ګروت

پروفسور ډاکټر راینر ګروت په حقوقو کې له (ایډنبرګ) څخه ماسټري لري او د حقوقو په برخه کې د څېړنو او مشورې پراخه تجربه لري. هغه په حقوقو کې خپلې زده کړې د Bielefeld (۱۹۸۱ - ۱۹۸۴)

او (جینوا) (۱۹۸۳ او ۱۹۸۴م)، او Göttingen (۱۹۸۴ –۱۹۸۷م) پوهنتونونو څخه بشپړې کړې. د لومړي دولتي امتحان په تعقیب هغه د څخه په پوهنتون کې د ماسټرۍ زده کړې ترسره کړې. هغه په ۱۹۹۳م کې د GÖttingen څخه د دوکتورا سند د اساسي قانون په تیورۍ او د فرانسې په حکومتي نظام د کار له امله په ممتازه درجه ترلاسه کړ. هغه په همدې کار د اروپا د عمومي قانون د ګروپ لخوا" د رسالې په برخه کې د اروپا جایزه" هم ترلاسه کړه.

د ۱۹۹۴م رادیخوا د ماکس پلانک په مؤسسه کې څېړنې په برخه کې د مشر همکار په توګه د عمومي او نړیوالو حقوقو په برخه کې کار کوي. ددې تر څنګ هغه د GÖttingen په پوهنتون کې د حقوقو پروفسور هم دې. هغه د حقوقي او اداري اصلاحاتو په بیلابیلو پروژو کې په افغانستان، منځني ختیځ، شمالي افریقا او لاتیني امریکا کې کار کړې.

ګینزبورګ، ټام

ټام ګینزبورګ د (شیکاګو) په پوهنتون کې د نړیوالو حقوق پروفسور دی چې هلته دې سیاسي علومو په کې دنده هم لري. هغه په (بیرکلې) کې د (کلیفورنیا) له پوهنتونه د لیسانس، J.D، او دوکتورا تحصیلي درجې هم لري. اوس مهال هغه د اساسي قوانینونو د پرتله کونې د پروژې مسؤلیت په غاړه لري. دا پروژه د NSF لخوا تمویلیږي او له ۱۷۸۹م څخه رادیخوا د نړۍ اساسي قوانین کتلاګ/ فهرست کوي. د هغه کتابونه عبارت دي له؛ د Nuno Garoupa سره شریک لیکل شوې "قضایي شهرت: یوه پرتلیزه تیوري (۲۰۱۵م)"، د اساسي قوانینو تل پاتې والې (۲۰۰۹م)، او د James Melton او Zachary Elkins سره شریک لیکلې "په نوو ډیمکراسیو کې قضایي بیاکتنه (۲۰۰۳م)" چې د امریکا د سیاسي علومو د ټولنې د پرتلیزې د ملي حکومت د اصولو طرفدار کونې د برخه غوره جایزه یې ترلاسه کړې. هغه د امریکا علومو او هنرونو د اکادمۍ غړې دی. د حقوقو له ښوونې وړاندې هغه د امریکا - ایران په دعاوا او د (هاګ هالند) په محاکمه کې د حقوقي مشاور دنده ترسره کړې. هغه د نړیوالو پراختیایي ادارو او د هیوادونو سره څو ځلې د حقوقي اصلاحاتو او اساسي قانون په اړه د مشورې په برخه کې کار کړې. هغه اوس مهال د نړیوال IDEA سره په د اساسي قانون جوړنې په برخه کې دنده ترسره کوي.

علي محمد میرزائی

ډاکټر میرزایي د ۲۰۰۹م د جنوري له میاشتې رادیخوا په کابل کې ابن سینا د لوړو زده کړو په مؤسسه

کې په ښونه بوخت دی. لدې وړاندې هغه د (کاتب) په پوهنتون کې خدمت کولو. ډاکټر میرزایي د افغانستان د تجارتي حقوقو یو وتلې متخصص دی. هغه د ماکس پلانک د عمومي او نړیوالو پرتلیزو حقوقو د مؤسسی لخوا د افغانستان په بیلا بیلو ولایتونو کې مسیرونه تدریس کړي. ډاکټر میرزایي په ۲۰۱۳م کې د شهید بهشتي له پوهنتونه (تهران) دکترا د "مستقیم عمل" په موضوع د رسالې په لیکلو ترلاسه کړه. ددې ترڅنګ هغه د (تهران) د تربیه معلم له پوهنتونه د خپراوي د حق د قانون په اړه د رسالې په لیکلو ماسټري ترلاسه کړه. هغه د امام خميني له پوهنتونه (قزوین، ایران) څخه په حقوقو کې لیسانس ترلاسه کړې. د تعلیمي/ تحصیلي کار تر څنګ هغه د مدافع حقوق پوهانو په خپلواکه ټولنه کې د حقوقي مشاور په صفت هم ثبت او دی.

علي وردک

ډاکټر علي وردک په (سکاټلنډ) کې د (ایډنبرګ) څخه دوکتورا ترلاسه کړې او په انګلستان کې د (سویلي ویلز) په پوهنتون کې جرم پیژندنه لوستې ده. د هغه د تدریس او څېړنې اصلی علاقه په جرمونو، پرتلیز او (فراملي) عدالت، د قانون حاکمیت او د دولتي او غیر دولتي قضایي نظامونو اړیکو باندې متمرکزه ده. هغه له ۲۰۰۶ تر ۲۰۰۸م په کابل کې د ملګرو ملتونو د پراختیائی پروګرام (UNDP) سره کار کړې او د افغانستان د بشري پراختیا د راپور (۲۰۰۷) له لیکوالانو څخه وو. پدې راپور کې له طالبانو وروسته د افغانستان د قضایي نظام لپاره یو "ترکیبي مثال/ سرمشق" وړاندیز شوې وو. ډاکټر وردک د پروفیسور (جان برایټ) سره د سولې رامنځ ته کونې په اړه په څېړنیزې کړنلاره کې کار کړې او د جرم پیژندنې او قرباني پیژندنې لپاره سویلي آسیا د ټولنې معاون رئیس دی.

هغه په افریقا، آسیا، آسټرلیا، اروپا او متحده ایالتونو کې بلل شوې وینا وال دی. ډاکټر وردک پراخه لیکنې لري او د (جان برایټ) سره یې په ګډه د برتانیا د جرم پیژندنې په صحافت کې د انګلیسي د برخې لیکنو لپاره د Radzinowicz جایزه ګټلې ده، چې جلالت‌مآب محمد اشرف غني د افغانستان ولسمشر وربانديې هغه ته مبارکي اوویله او هغه یې په رسمي ستاینلیک ونازولو.

ایوب یوسفزې

محمد ایوب یوسفزې په ۱۳۴۸ (۱۹۶۹م) کې په افغانستان کې زیږیدلې دی. د (حبیبي) د عالي لیسې څخه تر فارغیدو وروسته هغه د (بلخ) په پوهنتون کې د حقوقو او سیاسي علومو پوهنځي ولوستلو او تر اوس مهال هلته د پوهندوی په نقش کې دنده ترسره کوي. هغه پدې موده کې په کال

۱۳۸۹ هـ.ش کې د واشنګټن په پوهنتون کې ماسټري ترسره کړه. هغه له ۲۰۱۳م را دیخوا د آلمان د هامبورګ په پوهنتون کې نړیوالې سولې او د قانون د حاکمیت لپاره د ماکس پلانک د ټولنې په ملاتړ د دوکتورا په دوره کې بوخت دی. د هغه د دوکتورا رساله په افغانستان کې پارلماني ټاکنو په اړه ده. بنسټیز حقونه د هغه د خوښې موضوع ده او هغه یې په دوامداره ډول تدریس کړی او پدې برخه کې یې رسالې او مقالې لیکلي دي؛ په افغانستان کې د پارلمان پراختیا، د افغانستان په اقتصادي پراختیا د ټاکنو او حقوقي نظام اغیزې، مدني ټولنه او د پرتلیزو اساسي حقونو او پرتلیز سیاست توپیر تر عنوانو لاندې لیکلي چې د (بلخ) پوهنتون په علمي مجله کې چاپ شوي. هغه غواړي په راتلونکي وخت کې د لوړ کیفیت د درس د وړاندې کولو له لارې د هیواد د ځوان نسل روښانه راتلونکي خدمت وکړي.

بخش اول

حقوق عمومی

عمومي حقوق

Public Law

گرایش به قانون اساسی در کشورهای اسلامی
دیدگاه امروزی به حقوق اسلامی

محمدهاشم کمالی

امیرحسین جلالی فراهانی[1]*

۱. نگاه کلی

این نوشتار، در سه بخش ارائه گردیده و با چکیده‌ای از ویژگی‌های حقوق اساسی اسلامی و وضعیت رشد نیافته‌ی آن در مقایسه با سایر شاخه‌های حقوق اسلامی آغاز می‌شود؛ این بحث، با بیان تفاوت‌های برجسته میان رویکردهای اسلامی وغربی درباره حقوق اساسی ادامه می‌یابد و به گفتار کوتاهی درباره اسلام و سکولاریسم می‌پردازد.

بخش دوم، دررابطه به ویژگی‌های عمومی نظام حکمرانی، از چهارعنوان فرعی تشکیل شده است. عنوان نخستین، حکومت را در اسلام یک امانت می‌داند؛ دومین، آن‌را یک حکومت محدود و غیراستبدادی توصیف می‌کند؛ سومین آن، نظام حاکمیت اسلامی را به مثابه یک مردم‌سالاری شایسته به معرفی می‌گیرد؛ و آخرین آن، برای آن ویژگی یک نظام حکومتی مدنی اما نه دینی را به تصویر می‌کشاند. بخش پایانی نیز، دستاوردهای اصلی تحلیل پیش گفته را چکیده وار بر می‌شمرد و برخی یافته‌های احتمالی را درباره‌ای پیوند میان دولت اسلامی و حقوق اساسی مردم سالارانه به طور پیشنهاد ارایه می‌دهد.

---

1. Jalalyfarahany1979@gmail.com

۲. موضوعات‌نظری

حقوق اساسی (اصول الحکم)، یکی از حوزه‌های خیلی کم رشد یافته در حقوق و اندیشه‌های فقه اسلامی است و از این لحاظ با حقوق خانواده (مناکحات) و موضوعات عبادی (عبادات) مقایسه می‌شود که فقه مربوط به آنها خیلی پیشرفت کرده است. آنچه در گذشته نگاشته شده، بیش‌تر اضافه گویی درباره خلافت نخستین بوده و توجه کم‌تری به پیشرفت‌های پس از آن صورت گرفته است. دراین چارچوب، اشاره به این نکته می‌آموزاند که دیدگاه مفتی پیشین مصر "شیخ احمد هورایدی" ، شخصی که نظم سیاسی برپا شده در سرزمین‌های اسلامی درگستره بزرگی از تاریخ، از امویان تا پایان عثمانی‌ها را بررسی کرد؛ بطور کلی از اصول اسلامی پیروی نکرده است. آنهایی که درباره حکومت و دولت اسلامی نگاشته اند، نگاه شان را به امور پادشاهی دوخته اند که اصول هنجاری اسلام را بازتاب نمی‌دهد؛ بلکه تنها پیشینه‌ای از حکومت‌های آن ازمنه را بازتاب می‌دهد که میان این دو، تفاوت‌های بزرگی وجود دارد.[۲] مفهوم اسلامی حقوق اساسی نیزامکان پیشرفت و باز نگری را دارد؛ بی‌آنکه به نادیده انگاشتن میراث دینی و بینشی آن نیازی باشد.

آثار فقهی درباره خلافت، بطور کلی به شیوه‌های گزینش خلیفه، حق‌ها و مسؤولیت‌های وی، و نمایی از نهادهای ویژه‌ی آن، یعنی دادگستری، وزارت‌ها و ساختارهای اداری ارتش، مالیات، وظایف پلیس و مانند آن پرداخته اند. این ادبیات، به ندرت، پیشرفت‌های نوین و پدیده‌های مانند ملت ـ دولت، مردم سالاری، حقوق بنیادین، تفکیک قوا و امثال آن را نشان می‌دهند.

ابوالحسن المعاوردی (۱۰۵۸هـ.ش. /۴۵۰م.) که با نگارش کتاب "الأحکام السیاسیه" مشهور شد، بیش‌تر به واقعیت‌های حکومت عباسی در دوران خویش پرداخته تا رهنمودهای بنیادین قرآن کریم و سنت. نامبرده به هم اندیشی، توجه ناچیزی داشته و حتی یک بخش یا گفتاری را هم به حقوق بنیادین مردم اختصاص نداده است.

دیدگاه قوانین اساسی رسمی، درآن دسته از کشورهای اسلامی که به طور سنتی به شریعت پابندی دارند، پیشینۀ کوتاهی دارد وچون احساس ستایش آمیزی نسبت به آن نداشته اند، دیدگاه قانون اساسی رسمی را نه پذیرفته اند؛ حال آنکه اشاره به این نکته تا اندازه‌ای قابل شگرف است که قانون اساسی مدینه (صحیفه المدینه که دستور المدینه نیز گفته می‌شود؛ ۶۲۲ م./ سال یکم هـ.ق.) به حیث نخستین سند اساسی معتبر به ثبت رسیده است. این سند، اساسات یک اجتماع نوین را

۲. مجموعه سخنرانی‌های شیخ احمد هورایدی که در دانشگاه قاهره برگزار شد، به نقل از: فؤاد أ. احمد، اصول نظام الحکم فی الإسلام (Alexandria 1991) 16-15.

بر پایه رهبری پیامبر(ص) در شهر مدینه برشمرده است. دراین سند، توجه بیش‌تر به بنیان گذاری همکاری و یکپارچگی میان مسلمانان، یهودیان و کفار صورت گرفته بود. موضوعات چون: رهبری و به زانو درآوردن قبیله‌های توانمند در برابر حکومت جدید، اصول برابری و عدالت، آزادی مذهب، حق مالکیت، آزادی جابجایی و مسافرت و برخورد با بزه کاری، از جمله دغدغه‌های اصلی این سند بودند؛ لذا چنین برمی‌آید که قانون اساسی مدینه، از ویژگی‌های مدنی برخوردار بوده است.[۳]

تجربه‌های که درست به موازات یکدیگر در دنیای اسلام و غرب در بنیان گذاری قانون اساسی بدست آمدند، ممکن است کم‌تر توجیه پذیر باشند؛ هرچند ممکن است چنین توضیح گردد که بسیاری از ویژگی‌های برجستهٔ گرایش به قانون اساسی غربی، برای شریعت شناخته شده‌اند. این موضوع شامل پابندی به حاکمیت قانون، دولت هم اندیش بر خوردار از ویژگی‌های مدنی، تفکیک ماهوی قوا، و دولت محدود می‌شود. چیستی یک حکومت برگزیده از قانون اساسی که در برابر مردم پاسخگو می‌باشد ، با اسلام نیز همخوانی دارد؛ همچنین، ممکن است این واقعیت را توجیه نماید که در دورهٔ پس از استعمار این امر مشاهده شده که بسیاری از کشورهای اسلامی، به قانون اساسی گرویده اند و با گام‌های پرشتابی به آن رسمیت بخشیدند. عربستان سعودی، قانون اساسی رسمی نداشت و تا دوره‌ای طولانی، قرآن کریم را به حیث قانون اساسی خود قبول کرده بود. اما حتی همین کشور، در ۱۹۹۰ م. (۱۴۱۲ هـ.ق.)، قانون مجمع مشورتی [Law of Consultative Assembly] مشتمل بر ۳۰ ماده را وضع کرد و برای نخستین بار مجمع مشورتی (مجلس الشورا) را بنیان نهاد و همچنان برخی از ویژگی‌های حکمرانی پاسخگو و مشارکتی را دراین نظام سیاسی گنجانید.

با این حال، میان دو سنت درحال بازنگری، تفاوت‌های وجود دارد. درحالی که گرایش به قانون اساسی در غرب، در میراث سکولار روشنگری‌ای استحکام یافته که دین را از سیاست جدا می‌داند؛ بسیاری از کشورهای اسلامی، قوانین اساسی ملی شان را بر اسلام بنیان نهاده اند. اسلام، مجموعه‌ای از اصول عمومی را درباره عدالت، حکمرانی، پاسخگویی و حاکمیت قانون ارائه می‌دهد که در الگوی ملت ـ دولت غربی پذیرفتی نمی‌باشند. گرایش به قانون اساسی در سنت

---

۳. بسنجید با:

Ahmad S. Moussalli, "Islamic Democracy and Pluralism"(.مردم‌سالاری اسلامی و کثرت گرایی، م) In Omid Safi (ed), "Progressive Muslims: On Justice, Gender and Pluralism" (.مسلمانان پیشرو: در عدالت، جنسیت و کثرت‌گرایی، م) (One World Publications, Oxford 2003) 292.

غرب، بر این دیدگاه بنیان یافته که قوه قاهره [Coercive Power] حکومت، بطور بالقوه تهدیدی برای حقوق و آزادی‌های فردی انگاشته می‌شود که باید با قانون اساسی از آن صیانت کرد؛ لذا میان افراد و حکومت دوگانگی منافع رخ می‌دهد. از سوی دیگر، اسلام، نظم برآمده از یگانگی را می‌پذیرد که بر مفهوم توحید پابرجاست (یگانگی پرورد گار)؛ لذا مجموعه‌ای از اصول را ارائه می‌دهد که منافع بنیادی افراد و حکومت، از همان یگانگی ذاتی برگرفته می‌شود. در حوزه حکمرانی، چنین گفته شده که کشورهای مسلمان، اندیشه ها و نهادهای غربی را به عنوان بخشی از میراث استعمار پذیرفته اند. لذا پیوند نداشتن گروه‌های مسلمان با میراث اسلامی شان، به بی محتوا شدن دوران پس از استعمار انجامیده است. یکی از پیامدهای آن، در بازگشت جنبش‌های اسلامی در بخش پایانی سده بیستم نمایان گشت که گروه‌های مسلمان آشکارا اعلام کردند که قوانین و دولت‌های شان باید از اعتقادات شان برخاسته باشند. یکی از چالش‌های اصلی در تجربۀ بنیانگذاری قانون اساسی مسلمانان، نقش و رسمیت بخشی به اسلام و شریعت آن در قانون اساسی ملی بوده است.

چالش دیگر، از مناقشه سکولاریسم با اسلام برمی‌خیزد؛ سکولاریسم، در واژه شناسی عربی (ألأمینیه یا دنیویه) به دنیایی و گذرا بودن اشاره دارد و معمولاً از آن، مفهوم جدایی سیاست از مذهب برداشت می‌شود. این تعبیر، همراه با مفاهیم مرتبطی مانند نوگرایی [Modernity] و غربی شدن در چارچوب استعمار گرایی، به جهان اسلام پا گذاشت. از دیدگاه مسلمانان، در دوره‌های استعمار و پس از آن، سکولاریسم، تا اندازه بسیاری به معنای به حاشیه راندن اسلام و انفکاک آن از قانون و حکومت، یا از نگاه دیگر، محدودکردن آن به حیطه حقوق شخصی بوده است. سکولاریسم، دستاورد جامعه مسیحی است که از جنبش مخالفان برتری تاریخی کلیسا بر حکومت و در پی وارونه شدن ناگهانی نظم آن پس از اصلاحات پدید آمده است. سکولاریسم و انگاره‌های آن را نمی‌توان در بیرون از تکامل اروپایی و جنبش‌های اصلاحی مسیحیت دریافت.[۴]

با نگاهی به قانون و حکومت در جهان اسلام، باید این امر را پذیرفت که کوشش‌ها برای سکولارکردن دنیای مسلمانان سده بیست ویکم، دستاوردی جز دیکتاتوری، تحمیل مذهب از سوی حکومت‌ها، نقض حقوق‌بشری و مدنی و سست کردن یا از بین بردن ساختارهای جامعه مدنی، نداشته است. جان کین، دیدگاه مسلمانان را چکیده وار چنین می‌نگرد: «سخن آنکه،

4. Azzam Tamimi, "The Origins of Arab Secularism" (ریشه‌های سکولاریسم عربی، م.) in Azzam Tamimi and John Esposito (ed), "*Islam and Secularism in the Middle East*" (اسلام و سکولاریسم در خاورمیانه، م.) (Hurst & Company, London 2001) 14.

سکولاریته به سرافکندگی مسلمانان انجامیده است ـ سرافکندگی برخاسته از معیارهای مضاعف غربی اجراشده در کویت، الجزایر و فلسطین، که با خودکامگی حکومت های فاسد دست نشانده و تهدید همیشگی به فروپاشی از سوی اقتصاد و نیروی نظامی غربی به رهبری امریکا همراه بوده است».[۵]

یکی از انگاره‌های اصلی سکولاریسم بر پایه شرایط فراگیر جوامع صنعتی دانش بنیاد، این است که حکم فرمایی مذهب بر جامعه و مردم در گذر زمان، آن را به سوی فروپاشی می‌کشاند؛ اما حکم فرمایی اسلام بر مسلمانان، ظاهراً نه تنها آنها را به فروپاشی نکشانده، بلکه در یک‌صد سال گذشته، به پیشرفت آنها نیزانجامیده است. پیش‌انگاره سکولاریسم، رهایی درستکاری شخص «سکولار» از دیدگاه درستکاری فرافیزیکی است. دیدگاه اسلامی، درستکاری دانش بنیاد را می‌پذیرد، اما باور اخلاقی و فراتجربی را هم به رسمیت می‌شناسد. این باور را مسلمانان، نه به عنوان محدودیتی بر منطق گرایی و دانش‌پذیری، بلکه چشم‌انداز توانمندی و تکامل شان می‌انگارند.[۶]

محمد عبده (۱۹۰۵ م./۱۳۲۳ هـ‍ـق) بر این نکته پافشاری می‌کند که از لحاظ تاریخی، دیدگاه جدایی دین از حکومت، در رویدادهای ویژه اروپای مسیحی ریشه دارد؛ اما در اسلام، چنین پیشینه‌ای وجود ندارد و با بسیاری از بینش‌های آن نا سازگاری دارد. اسلام، هرگز کلیسایی به آنگونه نداشته و در نظم سیاسی آن نمی‌توان حکومت مذهبی [Theocracy] این چنینی را یافت. دولت در اسلام، بنیاد مدنی، انتخابی و هم‌اندیشی دارد و مذهب نیز در برابر راه پیشرفت، دانش و تمدن نمی‌ایستد.[۷]

یک دیدگاه کهنتر، از سوی شیخ رفعت التهتاوی (۱۸۷۳ م./۱۲۹۰ هـ‍ـق.)، رئیس آن وقت دانشگاه الأزهر قاهره، بنیان نهاده شده که به سکولاریسم، به عنوان دستاورد دیدگاه فرانسوی لائیسیته نگریسته که راه درازی را برای نادیده انگاشتن معنویت و مذهب پیموده و بنابراین، نمی‌توان به آسانی آن را با اسلام سازگار کرد. همچنین، اندیشمند سیاسی امروز، "محمد عبید الجبیری" سکولاریسم را یک ایدئولوژی منطقی می‌داند که به پیشرفت گرایش دارد، اما درک بسیار نادرستی از جهان، بشر

---

5. John Keane, "The Limits of Secularism" in Tamimi and Esposito 36 (۳ پانوشت).(محدودیتهای سکولاریسم، م.)

۶. برای خواندن بیش‌تر، ر.ک.:

Roger Garudy, "The Balance Sheet of Western Philosophy in this Century" in *Towards Islamisation of Disciplines* (ترازنامه (International Institute of Islamic Thought, Herndon 1993) 399f. (فلسفه غربی دراین سده: در به سوی اسلامی‌شدن نظم‌ها)

۷. محمد عبده، الإسلام و النصرانیه مع العلم و المدنیه (مطبعه المنار، قاهره، ۲۰۰۲).

و جامعه دارد و به همین دلیل، هیچگاه نمی‌تواند با اسلام سازگاری داشته باشد.[۸]

سکولاریسم، به راستی با اسلام بیگانه است؛ اما اشاره به این نکته هم مهم است که چالش میان آنها همه‌جانبه نیست؛ زیرا اصول حکمرانی در اسلام، با برخی جنبه‌های سکولاریسم سازگاری دارد. بنابراین، یک پژوهش دقیق درباره ویژگی‌های مدنی و مردم سالارانه حکمرانی که بتواند نیازمندی‌های جدایی ماهوی دین از حکومت را در سیاست اسلام بر شمرد، کار ارزشمندی خواهد بود.

۳. نظام حکومتی در اسلام

نگارش‌های تحقیقاتی امروزی درباره حکومت و دولت در اسلام، از نبود یک الگو یا پیش‌نمونه برای نظام حکومت اسلامی آگاهی می‌دهد و بر سازگاری آن با برخی اصول تأکید دارند. سرانجام، ممکن است دولت به شکل‌های گوناگونی عرض وجود نماید؛ اما به دلیل رعایت این اصول، باید شایسته وصف «اسلامی» هم باشد.

از جملۀ این اصول برجسته، شورا (هم‌اندیشی)، بیعت (پیمان وفاداری)، همگرایی (اجماع)، منفعت عمومی (مصلحت) و عدالت اند که دولت اسلامی به تمامی آنها پابندی دارد. هر نظام حکومتی که این اصول را به اجرا در آورد، آشوب (فتنه) را برمی‌چیند و نظم و آشتی را برقرار می‌سازد؛ و بدون توجه به نام‌ها و نشانه‌هایش، شایسته وصف اسلامی می‌گردد. ممکن است این نظام حکومتی، مشابه خلافت‌های تاریخی باشد یا متفاوت از آنها و ویژگی‌های نوین را در پاسخ به پیشرفت‌های واقعی درهم آمیزد.

ممکن است حکومت اسلامی ویژگی مدنی (مدنیه) داشته باشد که دراین صورت، نه یک حکومت دینی است ونه سکولار تمام‌عیار، بلکه ویژگی‌های خودش را دارد. این حکومت، در برابر نمونه‌های خودکامه، محدود انگاشته می‌شود؛ گونه ای از یک دولت برخوردار از اختیاراتی که با فرامین قطعی و رهنمودهای قرآن کریم و سنت معتبر، محدود شده است. هم چنین، این حکومت، در بینش‌های «امانت» و «خلافت» ریشه دارد و وظیفه اصلی آن، اجرای عدالت و تأمین آسایش مردم است. حکومت، ویژگی انتخابی دارد و نمایندگی اجتماعی را به عهده می‌گیرد که در برابرش پاسخگواست. همچنین، ممکن است از نظام حاکمیت اسلامی، به عنوان مردم سالاری شایسته

۸. محمد عبید الجبیری، ألدین و الدوله و تطبیق الشریعه (مرکز دراسات الوحده، رباط، ۱۹۹۶)، ۱۰۸ - ۱۱۴. چکیده دیدگاه‌های الجبیری را می‌توان دراینجا یافت: رضوان، ألسید، ألامانیه فی العالم الإسلامی، ۵۷۲f.

یادآوری شود؛ زیرا مشارکتی است و باید امورش را با هم‌اندیشی پیش ببرد. برخی از این ویژگی‌ها در بند های زیر مفصل‌تر آمده است.

الف) حکومت به عنوان امانت (أمانت الحکم)

در آیه‌ای از قرآن کریم که به آیـة الأمراء یا آیهٔ حکمرانان مسما شده، چنین آمده است: «پروردگار به شما فرمان می‌دهد تا امانت ها را به اهل آن بسپارید و هنگامی که در میان مردم به داوری می‌پردازید، عادلانه داوری کنید» (سوره مبارکهٔ نساء، آیه ۵۸).

آیه بعدی نیز به همین موضوع می‌پردازد و مسلمانان را چنین خطاب می‌کند: «از پروردگار و پیامبرش و آنهایی که امور شما را به عهده دارند، پیروی کنید.» (سوره النساء، آیه ۵۹).

بنابراین، مسلمانان گردهم می‌آیند تا در پیروی از امنای خود وفادار بمانند، عدالت بی طرفانه را در میان مردم بر پا و از فرمانروایان قانونمند شان پیروی نمایند. برپایه یک دیدگاه، فرمان پیروی از امنا دراین آیه، به رهبران اجتماع و آنهایی که اجتماع به کارهایشان اعتماد دارد، بر می‌گردد؛ دیگران نیز این دیدگاه را دارند که آیه یاد شده به همه اقشار مردم، فرمانروایان و همچنین فرمانبران دلالت دارد. از آنجا که این خطاب، گروه ویژه‌ای از مردم را جدا نمی‌کند، شاید بتوان چنین انگاشت که فرمانروا و فرمانبرداران و همچنین عموم مسلمانان را دربرمی‌گیرد.

بیان گسترده و نامتمایز «الأمانات» دراین متن، ویژگی نظام حکومت اسلامی را نمایان می‌کند. حکومت، یک امانت است و رهبران و کارگزاران آن،عهده داران آن امانت. امین به نوبه خود و برپایه نگرش پاسخگویی در برابر پروردگار و اجتماع، برگزیده می‌شود. این شناخت، از پشتوانه این حدیث برخوردارست که می‌فرماید:

> ترجمه: "همه شما هدایت کننده (راع) هستید و دربرابر جماعت پاسخگویید. (برای صیانت از خود تان) امام، هدایت گر مردان است و مسؤولیت جماعت خویش را به عهده دارد؛ مردی که هدایت گر اعضای خانواده‌اش است و مسؤولیت جماعت اش را هم به عهده دارد؛ زنی که هدایت گر اعضای خانوادهٔ همسرش و فرزندانش است و دربرابر آن پاسخگو است ."[۹]

این حدیث، بر دیدگاه سرپرستی تمرکز دارد که واژه دیگری برای امانتداری به شمار می‌آید و در

۹. گزارش‌شده از سوی ألبخاری، شماره ۸۵۳ و مسلم، شماره ۱۸۲۹.

عمل، هرکس مسؤولیتی داشته باشد، اعلام می‌شود که این امانت را به عهده دارد. بر همین پایه بود که خلیفه‌های درستکار، جایگاه خویش را به عنوان سرپرستان و وصی اموال یتیمان شناختند. آنها به این جایگاه به منزله وظیفه شان نگریستند تا خود بر امور اجتماع نظارت داشته باشند و از منافع و حقوق آنها صیانت کنند.

کتاب مشهور ابن تیمیه، السیاسه الشرعیه، یا سیاست شریعت محور، که برپایه باورهایش درباره آیه أمراست، در پی تفسیر خود از ألأمانات، دو نکته را برجسته می‌سازد: گزینش و گماردن کارگزاران که باید با دقت برپایه شایستگی و سزاواری باشد و توزیع منصفانه ثروت در اجتماع؛ اما واقعیت اینست که اشاره پیوسته به عدالت، آن هم درست پس از ألأمانات دراین متن، نشان می‌دهد که عدالت بی طرفانه، ویژگی بسیار مهم امانتداری حکومت است.[۱۰]

تیمیه با اشاره به توزیع منصفانه ثروت در اجتماع، به گفتاری از خلیفه دوم، عمر ابن عبدالخطاب می‌پردازد (۶۴۴ م.، ۲۳ هـ.ق.) که درباره دارایی‌های بیت‌المال (خزانه عمومی) فرمود: «هیچ کس در درخواست این دارایی‌ها بر دیگری برتری ندارد و سزاواری شخص برپایه پیشینه خدمت به اسلام، وضعیت مالی، تعهدات و نیازهای شخصی‌اش سنجیده می‌شود».[۱۱]

امانت در حکومت، بخش جدایی‌ناپذیر نمایندگی است. رهبر حکومت، نماینده (وکیل) اجتماع و برپایه وکالت حضور دارد که یک قرارداد امانت است و این وکیل، هم زمان امین هم هست. وکیل اختیار خود را از اصیل (موکل) می‌گیرد و به جای او اجراات می‌کند. این، گونه‌ای از یک وکالت محدود است که در چارچوب شرایطی نمایان می‌شود که رهبر برپایه آنها شریعت را به اجرا می‌گذارد و با اجتماع، در پیشبرد امور حکومتی هم‌اندیشی می‌کند.

ب) حکومت محدود

اسلام، از حکومت محدودی پشتیبانی می‌کند که در آن افراد از آزادی قابل توجهی برخوردارند. برای نمونه، بر اختیارات قانونگذاری حکومت، محدودیت‌های وضع می‌شود تا نتواند قوانین مغایر با اصول اسلامی را وضع کند. ضمن اینکه قانونگذار باید شرایط هم اندیشی و هم گرایی را هم رعایت کند؛ قدرت حکومت، به فرمان‌های روشن قرآن کریم و سنت محدود می‌شود، فرمان‌هایی

۱۰. تقی الدین أحمد إبن تیمیه، السیاست الشریعه فی إصلاح الرأی و الرعیه (ویراست دوم، دارالکتاب العربی، قاهره، ۱۹۵۱) ۱۸.
۱۱. همان، ص ۴۳.

که آفریده بشر نیستند و حتی با همه قدرت‌های جهان هم نمی‌توان آنها را اصلاح یا نسخ کرد.[۱۲]

اسلام، از حکومت تمامیت خواه پشتیبانی نمی‌کند؛ زیرا بسیاری از جنبه‌های زندگی مدنی، بیرون از گسترهٔ قانون و حکومت قرار می‌گیرند. بر این اساس، فقه‌های مسلمان، الزامات مذهبی (دینی) و دادرسی (قضایی) را از یکدیگر جدا کرده‌اند و تأکید دارند که تنها دومی نزد دادگاه‌ها لازم‌الاجرا است. بیش‌تر جنبه‌های مذهبی زندگی فردی در جامعه، خصوصی انگاشته می‌شوند و دادرس‌پذیر نیستند. حتی برخی وظایف مذهبی، مانند ادای نماز، روزه داری، حج و تقریباً هر آنچه سفارش، نکوهش و مجاز دانسته شده (مندوب، مکروه، مباح)، الزام قانونی ندارند.

معمولا دولت، در امور عبادی (عبادات) نقش اداری و مقررات گذاری خویش را ایفا می‌کند و بدون دلیل الزام آوری حق ندارد آزادی مردم را در امور مستحب، مکروه و مباح مخدوش کند. حقوق خصوصی ومدنی افراد، در برابر تعرض دیگران، از جمله حاکمیت، به موجب فرمان‌های روشن شریعت، مصون انگاشته شده‌اند. هیچ نمایندهٔ حکومت و حتی دادگاه‌های شرعی، اختیار اعمال صلاحدید برای دگرگونی حقوق خصوصی و مالکیت افراد را بدون رضایت خودشان ندارند. تصمیم‌های قضایی باید برپایه ادله قانونی اتخاذ گردیده و عاری از روش‌های اجبار و جاسوسی باشد؛ و موضوعاتی که برای آنها تصمیم گیری می‌شود، باید به روشنی تبیین گردد. در پیشگاه دادگاه و دادرسی، با همه طرف‌های دعوا باید برخورد یکسانی صورت گیرد؛ صرف نظر از تفاوت‌ها در زبان، جایگاه، نژاد و مذهب آنها. عدالت، همان حقوق‌بشر در اسلام است و هیچ کس در برابر دیگران ادعای برتری ندارد و همگان، در برابر حاکمیت قانون و شریعت برابراند. آیین رسیدگی در دادگاه‌های شرعی، مفاد قوانین، ادله و مدارک شرعی، از همان ویژگی‌های تجربی و مدنی برخوردارند و تفاوت آشکاری را با رویه‌های مشابه در دادگاه‌های مدنی نشان نمی‌دهند. دادگاه شرعی باید با همه طرف‌های دعوا برخورد یکسانی داشته باشند، صرف نظر از تفاوت‌ها در جایگاه، نژاد، زبان و مذهب آنها.

رهبر حکومت، از اختیارات محدودی برای عفو محکومان برخوردار است و نمی‌تواند به صلاحدید خود، برای تخلفات تصریح نا شده در قوانین، کیفر تعیین کند. کیفر بازدارنده (تعزیر)،

---

۱۲. برای خواندن بیش‌تر درباره جنبه‌های آزادی فردی، ر.ک.:

Mohammad Hashim Kamali, Freedom, Equality and Justice in Islam (The Islamic Texts Society, Cambridge, U.K. 2002) 1-47. (آزادی، برابری و عدالت در اسلام، م.)

در اختیار و صلاحدید دادگاه است که میزان آن را تنها برای رفتاری که در شریعت ذکر گردیده، معین می‌کند. دادرسان، هیچ اختیار و صلاحیتی در جرم‌انگاری ندارند؛ مگر اینکه ادله معتبری در منابع باشد. همچنین، در شریعت هیچ امتیاز ویژه‌ای برای فرد یا گروهی، حتی رهبر حکومت، برای مصون ماندن یا برخورداری از جایگاه ویژه در برابر دادگاه‌ها پیش‌بینی نشده است.

پاسخگویی حکومت در برابر جامعه، در جهان امروزی کشورهای مسلمان، در قوانین اساسی مدون شان بازتاب یافته که به یک ویژگی پذیرفته شده مشترک و عمومی دولت تبدیل شده است. این قوانین، اساساً سازوکارهای محدود کننده‌ای هستند که به پابندی حکومت در پذیرش و پشتیبانی از حقوق بنیادین شهروندان تصریح می‌کنند و البته با اصول اسلامی نیز سازگار اند. شاید بتوان آنها را در رده بندی کلی اندیشه حقوق عمومی اسلامی (سیاست شریعت‌محور) قرار داد که به حکومت اجازه می‌دهد فرمان هایی را صادر و تصمیم هایی را اتخاذ کند که همسویی با حکمرانی خوب دارد اما در چارچوب و فراتر از شرع وضع شده‌اند.[۱۳]

حکومت، دروضع مالیات‌ها هم اختیارات محدودی دارد. شریعت، معیارهایی را برای دولت پیش‌بینی کرده که باید هنگام وضع مالیات مورد توجه قرار دهد:

۱. مالیات باید عادلانه و متناسب با توانایی پرداخت کننده باشد؛
۲. مالیات باید به طور یکسان و بدون تبعیض و برپایه توانمندی پرداخت کنندگان وضع گردد؛
۳. مالیات باید کم‌ترین میزان ضروری حکومت را دربر گیرد؛
۴. به هنگام تعیین میزان مالیات و شیوه‌های گردآوری، آسودگی پرداخت کنندگان مورد توجه قرار گیرد؛
۵. مالیات باید در معیاد یک سال یا دوره‌های مشابه آن و نسبت به سود یا محصول قابل حصول به اجرا درآید.[۱۴] "ابویوسف المعاوردی" و سایر دانشمندان اسلامی، تأکید داشته‌اند که مالیات باید متناسب باشد و پرداخت کننده را در فراهم‌آوردن نیازهای اصلی زندگی اش

---

۱۳. برای خواندن بیش‌تر درباره سیاست شرعی، ر.ک.:
M.H. Kamali, "Siyasa Shar'iyya or the Policies of Islamic Government" 6 (1989) (سیاسه شریعیه یا سیاست‌های حکومت اسلامی، م.) The American J. of Islamic Social Sciences 59-81.

۱۴. بسنجید با: عبدالوهاب خلاف، السیاسه الشریعیه (ألمطبعه السلفیه، قاهره، ۱۹۷۰) ۵۹؛
Umar Chapra, The Economic System of Islam (University of Karachi Press, Karachi 1971) 63; M.H. Kamali, Characteristics of the Islamic State (1993). Islamic Studies 33. (ویژگی‌های حکومت اسلامی. م.) 32

ناتوان نسازد.[۱۵]

پ) حکومت مدنی

ابهامات مفهومی در اندیشه سیاسی اسلام، به دلیل این واقعیت که خلافت و امامت را در خود گنجانیده است؛ در نوشته‌های پژوهشگران نخستین و برپایه رهنمودهای خدا شناسی و کلامی و نه فقه که تا حد مطلوبی به آن وابسته است؛ مورد تأکید قرار گرفته است. بخشی از این ابهامات، از ویژگی مذهبی مناقشه آن زمان درباره موضوعات رهبری برخاسته است؛ به ویژه اندیشه امامت شیعه که بخشی از خداشناسی را تشکیل می‌دهد و همچنین از این دیدگاه که برپایی نظام حاکمیتی برای اداره جنبه‌های مهم اسلام، مانند جمع آوری و توزیع زکات، اجرای عدالت و مانند آن ضروری بوده است.

خلافتی که به درستی هدایت شد (۶۶۱-۶۳۲ م./۱۰ تا ۴۰ هـ.ق.)، پس از درگذشت پیامبر اسلام (ص)، برای مسلمانان قاعده‌ای را بنیان نهاد که دستاوردی ماندگاری را در نگرش تقریباً همه آنها برجا گذاشت؛ واساساً از ویژگی‌های جمهوریت برخوردار بود. بیش‌تر اندیشمندان، فقها و فلاسفهٔ مسلمان، به این رویداد استناد می‌کنند تا تفسیرهای شان را درباره ویژگی‌های حکومت اسلامی توجیه نمایند. پس از درگذشت پیامبر (ص) در ژوئن سال ۶۳۲ م. ، سازوکار هم اندیشی و بیعت برای گزینش و گماردن بر مسند نخستین خلیفه، ابوبکر(رض)، بکار گرفته شد. با پذیرش سازوکار بیعت از سوی مردم مدینه، ابوبکر(رض) در سخنرانی تعارفی‌اش، پروردگار را ستود و در سخنان خود برای جماعتی که در برابر وی قرار داشت، چنین خطاب نمود:

> "من این اختیار را از شما یافته‌ام، اما بهترین شما نیستم. اگر درست کار کردم، یاری‌ام رسانید؛ و اگر کار نادرستی کردم، مرا به درستی هدایت کنید. راستگویی وفاداری است و نادیده انگاشتن درستی، خیانت‌است. ناتوان در میان شما، تا هنگامی که من حقوق‌اش را تضمین کرده‌ام، توانمند خواهد بود، إن شاء الله؛ و توانمند در میان شما، آن هنگام که حقوق دیگران را از وی می‌ستانم، ناتوان خواهد بود ."[۱۶]

---

۱۵. أبویوسف یعقوب ب. إبراهیم، کتاب الخراج (ویراست دوم، ألسلفیه، قاهره، ۱۳۵۲ هجری قمری) ۱۵۲؛ أبوالحسن المعاوردی، کتاب الحکم السلطانیه (ویراست دوم، ألباب الحلبی، قاهره: ۱۳۸۶ هجری قمری) ۱۹۴. همچنین ر.ک.:
M.H. Kamali, *The Limits of Power in an Islamic State* (1989) 28. (محدودیت‌های قدرت در حکومت اسلامی، م.) Islamic Studies 323-353.

۱۶. عبدالمالک إبن هشام، السیره النبویه (مصطفی ألبابی، الحلبی، قاهره، ۱۹۳۶، چهارم، ۲۶۲؛ همچنین به نقل از:

ابوبکر(رض) قبل از درگذشت، جانشین خود را برگزید که همانا عمرابن عبدالخطاب (رض) بود و اجتماع نیز وفاداری‌اش را به وی اعلام کردند. بنابراین، بیعت به منزله تأیید اجتماع در گزینش و گماردن خلیفه نقش ایفا کرد. عمر ابن عبدالخطاب نیز در اجتماع تعارفی‌اش به حیث خلیفه، مردم را فرا خواند و از آنها تقاضا نمود تا: «هرگونه کژروی را که از وی دیدند، اصلاح کنند».با شنیدن این سخن، مردی از میان مخاطبان برخاست و گفت: «اگر ما کژروی از تو ببینیم، با شمشیر آن را اصلاح می‌کنیم». دراین هنگام، خلیفه، با وقار تمام، پروردگار را ستود که در راه درستکاری، این چنین اشخاصی تا این اندازه پایمردی می‌کنند.[۱۷]

پس از آنکه امیه، خود را به عنوان خاندان پادشاهی بنیان نهادند، اجتماع مسلمانان وادار به اعلام وفاداری با حکمرانانی شد که نه آنها را دوست داشتند و نه تأییدشان می‌کردند. امام مالک (۷۹۵-۷۱۳ م./۱۷۹-۹۳ هـ‍ـق) فتوایی صادر کرد مبنی بر اینکه اگر بیعت از اکراه باشد، اعتباری ندارد. فتوای بازدارنده وی، بیانیه معتبری را در پشتیبانی از حکمرانی نیابتی نمایان می‌سازد.[۱۸]

محمد عبده نوشت که اسلام هیچ‌گونه اختیار مذهبی را، آنگونه که در مسیحیت شناخته شده، به رسمیت نشناخته است. در پاسخ به پرسش بنیان مشروعیت حکومت در اسلام و جانشینان برحق برای حکمرانی، عبده تنها بر دیدگاه شیعه درباره امامت تکیه می‌کند که حق بر حکمرانی را بر گماردن پروردگار برپا می‌کند، درحالی‌که اهل سنت، اصل انتخاب را پذیرفته که طبق آن اجتماع، رهبرانش را برمی‌گزینند. همچنین، حکمرانی در اسلام نیز بر منافع عمومی (مصلحت) پابرجاست. به همین ترتیب، عبده شورا را با مردم سالاری برابر می‌داند و اجماع را با همگرایی، و بر این باورست که اعتبار رهبر (حاکم)، دادرس (قاضی) یا مفتی، همه ویژگی مدنی دارند. او در پی بهبود امر اجتهاد بود تا به اولویت‌ها و چالش‌های نوین بپردازد و از کثرت گرایی [Pluralism] دفاع می‌کرد؛ در حالی که این ادعا را که ممکن این امر رویکرد یکپارچگی امت را از بین ببرد، رد کرد. همچنین، اگر حکومت مشروعیت خویش را از دست بدهد، مردم باید با رأی عدم اعتماد خود، درباره آن تصمیم بگیرند و به تصدی آن پایان داده و جایگزینی را برگزینند؛[۱۹] بنابراین، طوری

Martin Lings, *Muhammad: His Life Based on the Earliest Sources* (محمد (ص): زندگی ایشان بر پایه منابع نخستین، م) (Inner Traditions International, New York 1983) 344.

۱۷. به نقل از: محمد أبوزهران، ألجریمه و العقوبه فی الفقه الإسلام (دارالفکر العربی، قاهره، بی‌تا) ۱۶۰.

۱۸. بسنجید با: فرحه زیاده (مترجم)، صبحی محمصانی، فلسفه التشریع فی الإسلام:

"*The Philosophy of Jurisprudence in Islam*" (E.J.Brill, Leiden 1961) 25.

۱۹. محمد عبده، الإسلام و النصرانیه مع العلم و المدنیه (ویراست هشتم، مطبعه النهضه، قاهره، ۱۹۵۶) ۵۷-۵۸؛ همان، رسالات التوحید (ویراست ششم،

استنباط می‌شود که بنیان‌های مشروعیت در نظام حکمرانی اسلام، برپایه دیدگاه عبده، تقریباً ویژگی مدنی تمام عیار دارد.

شیخ محمود شلتوت (۱۹۶۳ م./۱۳۸۳ هـ‌ق)، رئیس پیشین الأزهر، نیز بطور مشابه نوشت که اسلام مردم را تشویق می‌کند تا به ادله اصلی، دسترسی مستقیم داشته باشند. وی افزود که هیچ‌کس از این اختیار انحصاری بهره‌مند نشده تا قرآن را تفسیر یا دیدگاه‌های الزام آوری رابه نام مذهب منتشر کند. وی همچنان ادامه داد که هر شخص صلاحیتداری می‌تواند دیدگاه یا فتوای خود را ارائه دهد که البته برای هیچ کس الزام‌آور نیست و تنها برپایه اعتبار و شایستگی آن ممکن است پذیرفته یا رد شود.[۲۰]

درحالی‌که بیش‌تر علمای سنی بر این باورند که بنیانگذاری یک نظام حکومتی، پیش‌نیاز شریعت بود، مکتب خدا شناسی معتزله بر این باورست که این امر پیش نیاز یک استدلال بوده و نه پیش‌نیاز مذهبی یا شرعی و مانند آن. بااین‌حال، معتزله دیدگاه‌های خود را آن اندازه گسترش نداده تا جایگزینی را برای نظریه حکومت ارائه دهد. در گامی فراتر، خوارج تنها در پی پیاده سازی شریعت بودند و حتی برای خود حکومت نیز، اهمیتی قائل نشده بودند و به این عقیده بودند که جامعه میی‌تواند برپایه شریعت و بدون رهبری بالاتر، عدالت را برپا کند و ممکن است نیازی به حکومت نباشد.

حتی اگر این پرسش پر مناقشه که حکومت، بخش یکپارچه‌ای از اسلام است یا خیر، با پاسخ مثبت همراه باشد؛ روشن‌ست که حکومت نه بخشی از باورهای اسلامی است و نه از امور عبادی آن. از نگاه فردی، می‌توان مسلمان بود، بی‌آنکه به حکومت باور داشت یا در هر نظام حکومتی زندگی کرد. همچنین، شخص می‌تواند تقریباً همه عبادات‌اش را دست کم به شکل فردی انجام دهد، بی آنکه به حکومت یا رهبری سیاسی مراجعه کند؛ بنابر این باید اظهار داشت که بر خور داری از حکومت، بخشی از فقه است و فراتر از آن شاید به جنبه حقوق مدنی اسلام (فقه المعاملات) مربوط باشد و نه به بخش اساسی این مذهب. از این نگاه چنین بر می‌آید که موضوعات حکومت و دولت، به ملاحظات منطقی، مصلحتی و اجتهادی برمی‌گردند که همواره، منفعت عمومی را دنبال می‌کنند.

دارالمنار، قاهره، ۱۹۷۳) 5ff؛ محمد عبده و محمد رشیدرضا، تفسیر المنار (دارالمعرفه، بیروت، ۱۳۲۸) HV/191f.

۲۰. محمد شلتوت، القضاء و الشریعه (دارالقلم، کویت، c.۱۹۶۵) ۴۷۶.

اگر حکومت دینی، به معنای دولت برخوردار از رهبران دینی است که اختیارات معنوی را به اجرا می‌گذارند، مانند آنچه پاپ در دوران میانه برخوردار بود و اختیار بخشش گناهان را داشت، پس حکومت اسلامی چنین ویژگی را ندارد. حکومتی که اسلام از آن پشتیبانی می‌کند، یک حکومت مدنی است (دولت مدنیه)، به این دلیل ساده که از گزینش و هم‌اندیشی بر می‌آید و رهبر حکومت در برابر مردم پاسخگوست؛ شهروندان نیز حق دارند به رهبران شان سفارش کنند و به آنها درباره کارهای نادرستی که به زعم خود آگاهی می‌یابند، هشدار دهند.[۲۱]

دولت در اسلام، امتیاز انحصاری «علماء» نیست و نه حکومت تنها مختص به مردان است که در چنین وضعیت زنان در حاشیه قرار خواهند گرفت. زنان در دوران پیامبر (ص) نقش قابل توجهی را در زندگی عمومی ایفا می‌کردند و در گزینش خلیفه سوم، عثمان (رض)، نیز شرکت داشتند.

حکومت در اسلام به شکل یا الگوی ویژه‌ای محدود نمی‌شود، بلکه به اجرای شریعت پابند است. با این حال، این ویژگی‌ها، حکومت اسلامی را به یک حکومت دینی تغییر نمی‌دهد، زیرا خود شریعت، حکمرانی دینی را نمی‌پذیرد.

شریعت، تنها دغدغه موضوعات مذهبی وعبادی را در بر ندارد و باید اذعان کرد که اینها یک جنبه آن است؛ شریعت به موضوعات مورد توجه حکمرانی نیز می‌پردازد، مانند عدالت و در چشم اندازی گسترده‌تر، حقوق و آزادی‌های مردم. برپایه این موضوعات، پیکره فقهی شریعت، سطح بالایی از واقع‌گرایی را دنبال می‌کند. پرهیزگاری (تقوا) یک مزیت مطلوب برای مسلمان به شمار می‌آید؛ اما مرد پرهیزگار در برابر مردی که پرهیزگاریش نزد دادگاه شرعی با تردید روبرو شده، هیچ ادعایی برای برتری‌جویی ندارد و در دادگاه باید با هر دو مرد یکسان رفتار شود.

حکومت دینی، به پیروی بی چون وچرای شهروندانش نیاز دارد که بطور طبیعی، بازدارندۀ آزادی فردی است. اما اسلام، حق فرد را بر آزادی اش به رسمیت شناخته، تا آنجا که به وی اجازه می‌دهد تا به فرمان غیرقانونی اطاعت نکند.، تا به این ترتیب، دولت را از صدور فرامین محدود کننده آزادی افراد بازدارد. طبق این حدیث مشهور «در گناه، جای هیچگونه اطاعت نیست؛ اطاعت تنها در درستکاری پذیرفتی است».[۲۲] همچنین، در حدیث دیگری، پیامبر (ص) فرمودند: «بهترین

۲۱. بسنجید با: یوسف القرضاوی، من فقه الدوله فی الإسلام (دارالشروق، قاهره، ۱۹۹۷) ۵۷ - ۵۸.

۲۲. عبدالله الکاتب التبریزی، فی محمد ناصرالدین الألبانی (ویراستار) مشکات المصابیح (ویراست دوم، المکتب الإسلامی، بیروت، ۱۹۷۹) جلد دوم، حدیث شماره ۳۶۶۵.

جهادها، گفتن سخن درست در برابر فرمانروای ستمگراست».[۲۳]

از تحلیل‌های پیش گفته چنین بر می‌آید که حکومت اسلامی، نه دینی و نه کاملاً سکولار است؛ زیرا یک مذهب منزوی را دنبال نمی‌کند؛ در مقابل، این وظیفه را به عهده دارد تا از این مذهب صیانت کند و مردم را توانمند سازد تا آن را اجرا نمایند. قانونی و غیرقانونی (حلال و حرام) که شرح آنها در شریعت آمده، باید از سوی حکومت هم رعایت شود. این حکومت، ارزش‌های مذهبی را رعایت می‌دارد، در حالی که یک حکومت دینی نمی‌باشد.

با این حال، ویژگی مدنی حکومت در اسلام، در سالیان گذشته با تردید روبرو شده که بخشی از آن به انقلاب اسلامی ایران (۱۹۷۹م. /۱۳۹۹هـ.ق.) برمی‌گردد که حکومتی تحت رهبری علماء را به به پایهٔ قدرت رساند و دولت ایران، تمام اهداف و مقاصد خود را برپایه یک حکومت دینی اساس گذاشت. نظریهٔ آیت‌الله خمینی درباره رهبری فقیه (ولایت فقیه) و شخصیت مذهبی ایشان، به طور صریح، پشتیبانی از نمای دینی جمهوری اسلامی را، به ویژه در سال‌های نخستین انقلاب افزایش داد. اما دولت ایران، در دورهٔ ریاست جمهوری خاتمی، به پشتیبان سرسخت جامعه مدنی تبدیل شد که همین موضوع، آن را به کانون مناقشه‌های پیوسته عمومی در ایران تبدیل کرده است.

نهادهای پیشرو دردولت ایران، شامل ریاست جمهوری، رهبری عالی، و مجلس (پارلمان)، همه برآمده از انتخابات اند. وزرا و کارگزاران دولتی، برپایه وظایف تعیین شده از سوی مجلس فعالیت می‌کنند و جمهوری اسلامی، خود هیچ ادعایی مبنی بر اینکه یک حکومت اسلامی است، ندارد؛ برای نمونه، در یک رویداد، مجلس در سال(۱۹۸۴م.)، برپایه قانون اساسی به هفت تن از وزرا رأی اعتماد نداد.

اهل سنت که جمعیت بزرگی را تشکیل می‌دهد، بر این باورست که خلیفه و حکومت انتخابی اند، نه دینی؛ و تا هنگامی که اجتماع برپایه حاکمیت قانون (شریعت)، اداره شود، نیازی به رهبری به حیث جانشین پیامبر ندارد. از سوی دیگر، شیعیان، امامت را به عنوان بخشی از خداشناسی شیعی مورد توجه قرار می‌دهند و امام به باور آنان، برگزیده خداست و جانشین پیامبر که حق خویش را از وارثان‌اش برگرفته است؛ لذا امام شیعه، ویژگی دینی و معصومیت دارد. از لحاظ نظری، امام ازجانب خداوند (ج) اختیار مستقیم دارد تا امور دنیوی و اخروی اجتماع مسلمانان را اداره کند؛ اما آخرین امام شیعه امامیه که در قید حیات است، در سال ۸۷۳ م. (۲۶۰ هـ.ش.) غیابت گزیده و

۲۳. جلال الدین سیوطی، الجامع الصغیر (ویراست چهارم، مصطفی البابی الحلبی، قاهره، ۱۹۵۴) جلد یکم، ۱۱۱.

امر ایشان به وسیله جانشینشان (نایب امام) دنبال می‌شود، کسی که اجتماع شیعه را رهبری می‌کند، اما معصوم نیست.

دراین راستا، آیت‌الله خمینی یک گام فراتر نهاد و نظریۀ ولایت فقیه (حکمرانی بوسیله فقیه) را بنیان نهاد که برپایه آن، فقیه به عنوان جانشین امام، شریعت را به اجرا می‌گذارد. در حالی که شریعت، از لحاظ نظری به حکومت مشروعیت و ولایت فقیه به آن عینیت می‌بخشد. این جایگاه، در دیدگاه رئیس مجمع عالی شیعیان لبنان "آیت الله محم دمهدی شمس‌الدین" ارتقاء یافت؛ به ویژه در پرتو مفهوم ولایت الأمه. بر این مبنا، نامبرده توضیح می‌دهد که پس از رحلت پیامبر (ص)، برپایه دیدگاه اشعری‌ها و سنی ها، امت به مکانی برای اعمال اختیار سیاسی تبدیل شد، اما برپایه اندیشه شیعیان، تنها امام حق اعمال قدرت و رهبری را دارد. علی ابن ابیطالب (ع)، نخستین امامی بود که چنین اختیاری را به ارث برد و امامان پس از ایشان، این حق را از ایشان برگرفتند. امام دوازدهم (ع)، از یک دوران طولانی بدینسو در غیبت به سر می‌برد و تنها پروردگار می‌داند که چه هنگام بازمی‌گردد و دراین دوران، امت اختیار ایشان را پذیرفته است. دراینجا، اجتماع نیز به نوبه خود اختیارش را در پرتو شیوه‌های گزینش و هم‌اندیشی به اجرا می‌گذارد.[۲۴]

این در حقیقت یک بازآفرینی نوین از مفهوم حاکمیت سیاسی است که زمینه مشترک و مهمی با دیدگاه‌های اهل سنت درباره رهبری دارد؛ زیرا هر دو نظریه‌ها امت را به عنوان مکان اجرای اختیارات سیاسی می‌شناسند. جنبه مشترک دیگر میان آنها این است که اندیشه‌های شیعیان و اهل سنت درباره حکمرانی، از مشروعیت برآمده از شریعت، سرچشمه می‌گیرند.

ت) حکومت مردم‌سالار

مردم سالاری، بر مجموعه‌ای از اصول برپاشده که از مهم ترین آنها به رسمیت شناختن ارزش ذاتی همه ابنای بشر، حکومت نماینده، حاکمیت قانون، برابری شهروندان در پیشگاه قانون و سطح بالای تحمل پذیری در برابر دیدگاه‌ها و باورهای نامرسوم است. اسلام، مجموعه‌ای از اصولی را در بر دارد که آن را در برابر بسیاری از پیش شرط‌های قانونی و اخلاقی مردم سالاری پذیرا می‌گرداند. اگر مردم سالاری به معنای یک نظام حکومتی است که در برابر دیکتاتوری می‌ایستد، اسلام با آن

---

۲۴. دیدگاه‌های مهدی شمس‌الدین در دو اثر بازتاب یافته‌اند: نظام الحکم و الإداره فی الأسلام (المؤسسات، دولیه، للدراسات و النشر، بیروت، ۱۹۹۷) و الإجتماع السیاسی الإسلامی (المؤسسات الدولی للدراسات و النشر، بیروت، ۱۹۹۹) ـ به نقل از محمد سلیم العواء، الفقه الإسلامی فی طریق التجدید (المکتب الإسلامی، بیروت، ۱۹۹۸) ۷۱. همچنین، ر.ک.: مصلی، ۲۹۱ در پانوشت ۲.

هماهنگ است، زیرا در هیچ جای آن، حکمی نیامده که یک مرد یا گروهی از مردان استبداد نمایند.

از میان این تفاوت‌ها، اندیشمندان در سنجش میان حکومت‌های مردم سالار و اسلامی، یکی از نکاتی که بر شمرده اند، امکان واگذاری اختیارحکمرانی به مردم است. در مردم سالاری، مردم می‌توانند هر نظم یا نظام قانونی را که خود شان می‌خواهند، بنیان نهند، درحالی که در اسلام، حکومت با اجرای شریعت، به عنوان نمادی از اراده یک حکومت قانونگذار، پابندی‌اش را نشان می‌دهد و اختیارات‌اش در همین چارچوب محدود می‌شود. پابندی به شریعت، به طور بنیادی به معنای پابندی به فرمان‌های روشن و بدون ابهام قرآن کریم و سنت است. به علاوه، مردم سالاری، مجموعه‌ای از اهداف مادی را بر می‌شمرد، درحالی که اسلام، هم در پی ارزش‌های مادی و هم معنوی است. مردم سالاری نمی‌تواند اخلاق فردی را قاعده مند سازد، درحالی که این عرصه نیز مورد توجه نظام اسلامی بوده است.

نخستین نظام سیاسی اسلام، نه مردم سالارانه بود ونه آنگونه که نزد یونانیان و رومیان شناخته شده بود، خودکامه بود؛ بلکه یک نوع نظام حکومتی عربی بود که اسلام شرایط خود را به آن افزود. در حالی که شورا نزد عرب‌ها تجربه‌ای نهادینه شده و اساساً مردم سالارانه بود، اما ویژگی الزام آور نداشت. در پیشینه حکومت اسلامی نیز شورا، اختیارات خلیفه را ارزیابی نکرد. از طرف دیگر، قرآن کریم از جایگاه ستودنی شورا سخن گفته، تا آنجا که به الزامی بودن آن نزدیک شده است. حکومت مدینه، شورا را تجربه کرد و پایندی‌اش را به عدالت، برابری و حقوق مردم نشان داد، آن هم با پشتوانه قبیله محوری فرهنگ عربی خود. این ویژگی‌ها و سایر موارد حکمرانی در اسلام، هماهنگی با مردم سالاری را فراهم می‌آورد. باید اذعان کرد که خلفای میانه، از شورا (هم‌اندیشی)، بیعت (پیمان وفاداری)، اجماع (همگرایی) و آموزه‌های برابری جویی اسلامی، پیشینه نامطلوبی به جا گذاشتند؛ دولت در برابر مردم، پاسخگو نبود و آنگونه به هم‌اندیشی روی نیاورد. به سختی بتوان در پشتیبانی از این شیوه‌ها سخن گفت و اجتماع علماء، عموماً به آنها به عنوان کسانی که بطور ناروا از هنجارهای معتبر دور شدند، یاد آوری می‌کند.

یکی از پیشرفت‌های چشمگیر دهه‌های گذشته در جهان اسلام و عرب، این است که حکومت‌های تک‌حزبی خودکامه را نه پذیرفته اند و به گفتمان مردم سالاری پرداخته اند. این امر با مشارکت و پیروزی گستردهٔ جناح‌ها و جنبش‌های اسلامی در انتخابات عمومی در دهه ۱۹۹۰م. ،

در کشورهای دارای اکثریت مسلمان خاورمیانه، شمال آفریقا و آسیای جنوب شرقی، یک بار دیگر تحقق یافت.

گستره گفتمان درباره مردم سالاری و حقوق‌بشر، تا حدی پرشتاب پیش می‌رود که قرائت نوینی از اسلام، در حال چیره شدن بر افق‌های سیاسی و فلسفی جهان مسلمانان است. اصول اسلامی شورا، اجماع، بیعت، مصلحت (منفعت عمومی)، اجتهاد (تفسیر فقهی)، کثرت‌گرایی (تعددیه) و پابندی به عدالت و حقوق بنیادین، بنیان‌های اندیشه برای گفتمان پیش رو د رارابطه به مردم سالاری در جهان مسلمانان را فراهم می‌آورد.[۲۵]

حکومت اسلامی، پابند به اجرای شریعت است، هرچند از لحاظ ماهوی، حکومتی مردم پسند است؛ زیرا خود شریعت، مشارکت مردم در حکمرانی و اعمال اراده مستقیم آنها را می‌پذیرد. قرآن کریم، شورا را پذیرفته است؛ بنابراین، پیامبر اسلام نیز آن را به عنوان یک امر مرسوم، در رهبری شان پیاده کرده‌اند؛ الگویی که از سوی خلفای پرهیزگار پس از ایشان نیز دنبال شده است. همین امر، شورا را به بخشی از یک رویۀ هنجاری تبدیل می‌کند.

از نگاه میانه روها و تقریباً همه جنبش‌های اسلامی، شورا به منبع مشروعیت بخشی برای هر قدرتی تبدیل شده است؛ درحالی‌که پایداری مشروعیت، به اجرای شریعت و پذیرش مردم بستگی دارد. خودکامگی و استبداد، نه ویژگی فرهنگی دارد و نه اسلامی، آنگونه که هم در دنیای غرب و هم در جهان اسلام بوده‌اند. با این حال، آنچه تا کنون بیان نشده این است که غرب باید از گرایش‌های مردم سالارانه و کثرت گرایی درمیان مسلمانان به جای رژیم‌های غیرمردم‌سالاری که مخالفت را تحمل ندارند و بطور نظام مند از حقوق‌بشر سوءاستفاده می‌کنند، پشتیبانی کند.

ممکن‌است میان دیدگاه پابندی به حقوق مقدس ودیدگاه مردم سالارانه حاکمیت قانونگذار، چالشی رخ دهد. هرچند شاید حکومت اسلامی با ویژگی مردم سالارانه توصیف شود، آن هم به این دلیل که اجتماع، به عنوان مکانی برای اعمال اختیار حکومت، می‌تواند آن را پاسخگو نگهدارد و سرانجام برکنار کند. همچنین شریعت، به نمایندگان مردم اختیار داده تا برپایه اجماع قانونگذاری

---

۲۵. بسنجید با:

Ilya Harik, "Democratic Thought in the Arab World: an Alternative to the Patron State" (اندیشه مردم سالار در جهان عرب: جایگزینی برای حکومت ارباب (رعیتی)، م.) in Charles Butterworth and William Zartman (eds), *Between the State and Islam* (Cambridge University Press, Cambridge 2001) 135; Moussalli (پانوشت ۲); See also M.H. Kamali, *An Introduction to Shariah* (درآمدی بر شریعت، م.)(Ilmiah Publishers, Kuala Lampur 2006) 194-221.

کنند که برای حکومت الزام آور است. برخی پژوهشگران مسلمان بر این باورند که حکمرانی در حکومت اسلامی به امت تعلق دارد. دیگران این ویژگی را بر شمرده اند تا بیان نمایند که امت امور اجرایی را به حکومت واگذار کرده است (السلطان التفویضی). برخی نیز بر این باورند که حکومت، حاکمیتی آمیخته از امت و شریعت را اجرا می‌کند (السیاسه المزدویجه)، زیرا آنها بهم پیوسته اند و نمی‌توان آنها را به شکل معنا داری از یکدیگر جدا کرد.

علاوه برآن، حکومت اسلامی باید در فراهم آوردن آسایش مردم توجه جدی نماید؛ بر اساس این امر شرعی که می‌فرماید: «امر امام به اندازه رسیدگی وی به آسایش مردم داوری می‌شود ـ أمر الإمام منوط بالمصلحه» ؛ بنابراین، آسایش عمومی، معیار پیروزی یا شکست حکومت اسلامی است. حکومتی که مستقل از مصلحت مردم تصمیم می‌گیرد، از کارویژه بنیادی اش منحرف می‌شود و ممکن است به برکناری محکوم شود. حکومت اسلامی، به پاسداری و پابندی به حقوق بنیادین مردم، به شمول حق زندگی، امنیت فردی، مالکیت، آسایش و برخورد شرافتمندانه متعهد است. همه این موارد از سوی نظم مردم‌سالارانه حکومت نیز پذیرفته شده است.

هماهنگی بنیادی اسلام و مردم سالاری در رد قاطع حکمرانان ستمگر و خود خواه، یعنی فرعون و کورا "Kora" نمایان گشت که در پی بندگی و بردگی مردمان شان بودند. پیامبر(ص) به روشنی در حدیثی فرمودند: «هرگاه دیدید اجتماع من از فرمانروای ستمگر می‌هراسد، آن را رها کنید (زیرا ارزش تعلق به آن را ندارد)».[۲۶]

فرمانروا در اسلام، یک نماینده است و به عنوان یک کارگزار در برابر مردم پاسخگواست. همین اشاره‌ها را می‌توان در سخنرانی‌ها و پندهای خلیفه‌های یکم و دوم، ابوبکر و عمر نیز دریافت. قابل یادآوری است که مردم سالاری، ثمرهٔ نبردهای دامنه داری است که مردم، پیروزمندانه خود کامگان را دربرابر توده ها به زانو در آوردند. دکتر قرضاوی در بیان این سخن که مردم‌سالاری، پیروزی مشترک بشریت است و «ما حق داریم از دیدگاه‌ها و شیوه‌های دیگران که به سود ما است، بهره برداری کنیم، مشروط بر اینکه با نص روشن و بدون ابهام تعارضی نداشته باشد»، به این نکته نیز اشاره کرده است. انتخابات، طبق دیدگاه قرضاوی، گونه‌ای از گواهی (شهادت) است که انتخاب کنندگان، بر شایستگی نامزد، چه زن و چه مرد، با رأی شان گواهی می‌دهند. این یک عمل شایسته

۲۶. جلال الدین سیوطی، فی: محمد ناصرالدین الألبانی (ویراستار)، ألجامع الصغیر من أحادیث البشیر و النذیر (ویراست چهارم، مطبعه البابی الحلبی، قاهره، ۱۹۵۴) جلد یکم، ۱۴۱.

از سوی مردم است که در انتخابات شرکت می‌نمایند و روند گزینش سزاوارترین افراد را برای رهبری، ساده می‌سازند.[۲۷]

تفکیک قوا، برابری در پیشگاه قانون و آزادی بیان، از پیش نیازهای مردم سالاری است که در اصول اسلامی نیز پذیرفته شده است. تفکیک ماهوی قوا را می‌توان در سمت‌های اسلامی دید که اختیار قانونگذاری در اجتماع (امت) جانمایی و همگرایی عمومی (اجماع) میان پژوهشگران دانش آموخته و مجتهدان پذیرفته شده است. تفسیر قضایی (اجتهاد)، تنها از قوانین الزام‌آوری که طبق نیاز اجماع به تصویب رسیده‌اند، به عمل می‌آید. پژوهشگران پیشرو (یعنی مجتهدان)، این وظیفه را بر پایه شایستگی شان به عنوان نمایندگان امت و مستقل از حکومت انجام می‌دهند. رئیس حکومت، شخصی که قوه اجرایی را رهبری می‌کند، خود به اجماع معتبر پابند است. دادگستری نیز به این مفهوم مستقل است که داد رسان بر پایه قواعد قطعی شریعت که از قرآن کریم و سنت، اجماع، یا اجتهاد، برآمده‌اند، عمل می‌کنند و هیچ مقام دیگری حق ندارد بر دادرسان فرمان براند. آزادی داد رسان در اجتهاد، تنها باید بخاطر دادرسی درست آنها باشد؛ به این معنا که تعرض‌آمیز نباشد و حتی از رویه‌های الزام آور نیز تأثیر نه پذیرد. نگرش اسلامی به دادرسی، پذیرش اندیشه رویه‌های الزام‌آور(تصامیم دادرسی) را نمی‌پذیرد؛ از بیم آنکه مبادا به آزادی کامل دادرس در اجتهاد خدشه وارد نماید. رئیس حکومت، از لحاظ نظری، دادرس عالی رتبه محسوب می‌شود که می‌تواند برای رسیدگی به داد خواهی‌های سوء استفاده از قدرت در سایر ارکان حکومت، تشکیل جلسه دهد. اما این اختیارات، اساساً اداری و شکلی هستند و به استقلال دادگستری خدشه‌ای وارد نمی‌کنند.[۲۸]

جناح‌های سیاسی یکی از ویژگی‌های مهم مردم سالاری امروزی اند. در برابر آنهایی که استدلال می‌کنند اسلام جناح‌های سیاسی را نمی‌پذیرد، می‌توان چنین استدلال نمود که اصول شرعی حسبه (رشد نیکی‌ها و پیشگیری از بدی‌ها) و نصیحه (سفارش نیک اندیشانه) و همچنین، حق مردم در انتقاد از رهبران شان، همه نقش معنا دار یک نظام چند حزبی را بازتاب می‌نماید. برچیدن خود کامگی و فرمانروایی ستمگران، معمولاً خارج از توان یک فرد است؛ اما هنگامی که مردم در

۲۷. یوسف القرضاوی، من فقه الدوله فی الإسلام: مکاناتها، معالیمها، أبیاتها، موقفها من الدیمقراطیه و التعددیه و المرأه و غیرالمسلمی (دارالشروق، قاهره، ۱۹۹۷) 138f.

۲۸. بسنجید با: ضیاءالدین الرئیس، السیاسه الإسلامیه (ویراست هفتم، مکتبه الثوره، قاهره، ۱۹۷۶) ۳۸۰، ۲۱۷. برای خواندن بیش‌تر درباره استقلال دادگستری، ر.ک:

M.h. Kamali, "Appellate Review and Judicial Independence in Islamic Law" (مروری بر تجدیدنظرخواهی و استقلال دادرس در حقوق اسلامی، م.) in Chibli Mallat (ed), "*Islam and Public Law*" (اسلام و حقوق عمومی، م.)(Graham & Trotman, London 1993) 49-85.

گروه‌های بزرگتر گردهم می‌آیند، می‌توانند بر سیاست حکومت تأثیر بگذارند؛ آن هم به گونه‌ای که دیگر نیازی به شورش و نافرمانی در برابر حکومت نخواهد بود. از آنجا که سازوکارهای رسمیت یافته‌ای برای مخالفت مشروع گروه‌ها وجود نداشت، جنبش‌های چریکی مخالف حکومت، عمدتاً دست به شورش می‌زدند که بارها به دیکتاتوری‌های مستحکمی انجامیدند. دربرابر، جناح‌های سیاسی می‌توانند دیکتاتوری را از بین ببرند و همانند ابزاری برای بیان و اعمال اراده مردم بکار روند و به این ترتیب، ابزار درستی برای ارتباط میان فرمانروایان و فرمانبران فراهم می‌شود.[۲۹]

شریعت، در گستره وسیع خود، نسبت به حکومت‌های تمامیت‌خواه، بیش‌تر مردم سالارتراست؛ شاید دلیل آن پشتیبانی جدی از حق مردم باشد که رژیم‌های تمامیت خواه گذشته در اجرای کلی شریعت با مشکلاتی مواجه بودند. اجتماع علماء نیز خیلی بیش‌تر از گذشته به پشتیبانی از حقوق مردم برخاسته اند و به نمایندگی از آنها در برابر حکومت‌ها ایستادگی می‌نمایند.

شریعت، به مردم قواعدی را اعطا کرده که در رابطه به اصول رهبری، اختصاص یافته است؛ در برابر قانون، مردان را برابر انگاشته و حکومت را پیرو قانون قرارداده است. در آن دوره‌ای از تاریخ که درهر کجا گروه‌های مردم با نا امیدی به فرمانبرداری از حکومت‌های ستمگر، تن داده بودند؛ اسلام، نظامی سیاسی را گسترش داد که بر پایهٔ جمهوری استوار بود و بر وظایف فرمانروایان در برابر مردم پافشاری می‌کرد وهمچنان پرچم دار برابری و آزادی مردم بود. در آن هنگام که اندیشه اسلامی، حقوق اقلیت‌ها (مسیحیت و یهودیت) را به عنوان مذاهب رسمی پذیرفت، غرب مسلمانان را به عنوان کافر می‌شناخت که در آنجا اسلام نه تنها رسمیت نیافت، بلکه اجازه‌ای فعالیت را نیز نداشت. مسلمانان (و در بیش‌تر موارد یهودیان) نیز اذیت و شکنجه می‌شدند».[۳۰]

محمد اقبال (۱۹۳۸ م./۱۳۵۷ هـ.ق)، در تأیید گرایش مردم سالارانه اسلام سخن گفته است، اما این نکته را هم بر شمرده که مسلمانان هرگز این اصل انتخابات را اساس قرار نداده‌اند. برخی از

---

۲۹. برای خواندن بیش‌تر درباره حسبه و نصیحه و حق بر گردهمایی، ر.ک:

M.H. Kamali, "Freedom of Expression in Islam" (The Islamic Texts Society, Cambridge, U.K. 1997)(آزادی بیان در اسلام، م.) 28-40, 87-106 respectively.

درباره پیوندهای شهروندان و حکومت در سیاست اسلامی، ر.ک:

M.H. Kamali, "The Ruler and Ruled in Islam: A Legal and Historical Perspective" (فرمانروا و فرمانبردار در اسلام: چشم‌انداز حقوقی و تاریخی، م.) in Abdul Monir Yaacob and Suzalie Mahamad (eds), *Konsep di Peranan Ulil Amri di Malaysia* (Dewan Bahasa, Kula Lumpure 2004) XXII-XXXVIII.

۳۰. مصلی، ۲۹۵ (پانوشت ۲).

دلیل آن به فارس‌ها و مغول‌ها بازمی‌گردد؛ دو گروه بزرگ از مردم که آغوش خود را به سوی اسلام باز نمودند و حکومت های را تشکیل دادند؛ آنها نه تنها با اصل انتخابات بیگانه بودند؛ بلکه به طور جدی با آن مخالفت می‌کردند. فارس‌ها، شاهان خود را به عنوان جلوه‌های قدرت مقدس می‌پرستیدند و مغول‌ها نیز شیوه‌های قبیله گرایی را دنبال می‌کردند. اقبال به این نظر بود که: «شکل جمهوری خواه حکومت، به تنهایی از سازگاری تمام عیار با روح اسلام برخوردار نیست؛ بلکه از نگاه نیروهای نوینی که در جهان اسلام آزاد گذاشته شده‌اند، به یک ضرورت تبدیل شده است». جایگاه فرمانروا در بینش شریعت، همانند یک مسلمان عادی است. در اسلام، بنیاد قانونگذاری، در پرتو فرامین روشن شریعت و پذیرش اجتماع مسلمانان است.[۳۱]

محمد اسد، حکومت اسلامی را مردم‌سالار می داند و می‌افزاید که نگرش مردم‌سالاری غربی، خیلی به انگاره اسلامی نزدیک است تا گزینه یونانی آن. از دیدگاه اسلام، همه مردم برابرند و باید برای پیشرفت و تبارز خود، از فرصت‌های برابر بهره مند شوند. اسلام به طور بنیادی شکل انتخابی حکومت را پیش‌بینی کرده است؛ حکومتی که با «سازوکارهای بدون انتخابات به قدرت برسد، خودبخود غیر قانونی است».[۳۲]

"اسپوزیتو" و "وول" این نکته را به ثبت رسانده اند که «اسلام در برابر مردم سالاری نیست»؛ همچنین، از دید اندیشمندان پاکستانی (محمد اقبال، فضلور رحمان و خورشید احمد) خاطر نشان می‌سازند که چگونه اصول هم‌اندیشی (شورا)، همگرایی (اجماع) و دادرسی تفسیری (اجتهاد)، خیلی از مفاهیم مردم‌سالاری را دربر می‌گیرند. تفاوت در دیدگاه (اختلاف) در تفسیر و در سیاست گذاری، کاملاً پذیرفته شده است.[۳۳]

---

31. Muhammad Iqbal, *The Reconstruction of Religious Thought in Islam* (بازسازی اندیشه مذهبی در اسلام، م.)(Ashraf Press, Lahore, Reprint of 1982) 157.

32. Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam* (اصول حکومت و دولت در اسلام، م.) (University of California Press, Berkeley 1961) 36.

۳۳. به نقل از:

Charles Butterworth, "The Paradigm of the State and Islam" (پارادایم حکومت و اسلام، م.)in Butterworth and Zartmann (پانوشت 28 24).

۴. نتیجه‌گیری

تحلیل و بازنگری درباره ادله ارائه شده دراین پژوهش، نشان می‌دهد که میان نظام حکمرانی اسلامی و مفهوم غربی مردم‌سالاری سیاسی و حکمرانی مردم سالار تفاوت‌های وجود دارد. هرچند به اندازه کافی انگاره‌های ماهوی در هر دو سنت یافت می‌شود تا ویژگی بنیادی نظام حکمرانی اسلام را به عنوان یک نظام مردم سالاری شایسته مشروعیت بخشد؛ آنگونه که از مردم پدید آمده و در برابر آنها پاسخگو باشد. رهبر حکومت، باهم‌اندیشی و گزینش گمارده می‌شود؛ تنها مردم از این اختیار برخوردارند که فرمانروا یا حکومتی را که از تعهدات‌اش در برابر پاسخگویی و اعتماد سرپیچی کرده، برکنار نمایند. همچنین، ارزیابی اندیشه‌های اسلامی نشان می‌دهد که حکومت در اسلام، از ویژگی‌های مدنی بنیادی برخوردارست، علاوه از اینکه به پاسداری از اسلام، باورها و ارزش‌های‌اش وفادار است. سرانجام، این نظام، یک حکومت برآمده از حاکمیت قانونی مانند شریعت است. به علاوه، دلایل مشخصی وجود دارد که برخلاف پافشاری‌های عمومی که ادعا دارند شریعت، یک حقوق مذهبی است، بسیاری از جنبه‌های مادی نظام حقوقی سکولار را هم در بردارد.

فقه‌های مسلمان از کشورهای مختلف، بر ضرورت رهبری و نظام حکمرانی برای اداره امور اجتماع، برپایه اصول بنیادین اسلام اتفاق نظر دارند؛ اما ادله‌ای که نشان دهد چه شکل و ساختاری از حکومت اسلامی باید برگرفته شود، تعیین کننده نمی‌باشند. این تحلیل، به این دستاورد رهنمون شد که نظام حکومت اسلامی، به طور بنیادی به مجموعه‌ای از اصول و نه مطلوبیت‌های جدی نهادهای ویژه پابند است. بنابر این، حکومت اسلامی، در فرمان سیاسی و مشروعیت مردم ریشه دارد؛ این حکومت، انتخابی، هم‌اندیش گرا و بر حاکمیت قانون استوار است؛ حکومت محدودی که به حقوق و آسایش مردم پابند است و اعتماد آنها را به عهده دارد. همچنین، حکومت اسلامی به فرامین اسلام درباره برابری و عدالت، استقلال و آزادی اخلاقی افراد پابندی دارد و دین اسلام را به رسمیت می‌شناسد و از آن پاسداری می‌کند. تفاوت دیدگاه‌ها و مذاهب و کثرت فرهنگ‌ها، در سیاست اسلامی پذیرفته شده و ادیان دیگر حق دارند مذهب خویش را اجرا نمایند، بی آنکه برایشان مزاحمتی فراهم شود؛ همچنین، آنها اجازه دارند از آیین و قوانین خودشان درباره مسایل عرفی و احوال شخصیه پیروی کنند. هر حکومتی که به این اصول پابند باشد، می‌تواند وصف

اسلامی داشته باشد، بدون آنکه از کدام شکل و الگوی سازمانی پیروی کند.[۳۴]

۳۴. ضمن ارج نهادن به این نوشتار ارزشمند و گرچه مجال نقد مفصل آن فراهم نیست، به حکم آیه‌های شریفه ۱۷ و ۱۸ سوره مبارکه زمر، به چند نکته بسنده و پیشاپیش از ناشر گرامی که با پاسداشت و پابندی به آزادی بیان، زمینه نشر این دیدگاه را فراهم می‌آورد، سپاسگزاری می‌شود: این نوشتار در پی تبیین دیدگاه دو گروه برجسته دینی، یعنی اهل سنت و شیعیان درباره گرایش حقوق اساسی نوین بوده است. لذا سزاوار بود تعابیر سازگارتر و روشنتری برای سرفصلها و زیرفصلها برگزیده می‌شد. به نظر می‌رسد این محتوا در دو بخش اصلی زیر گنجاندنی باشد: ۱. پایبندی به قانون اساسی در اندیشه اهل سنت؛ و ۲. پایبندی به قانون اساسی در اندیشه شیعیان. سپس، در هریک از این بخشها، دو گفتار همگون با چنین عناوینی می‌آیند: ۱. پایبندی به قانون اساسی در اندیشه اهل سنت/ شیعیان صدر اسلام؛ و ۲. پایبندی به قانون اساسی در اندیشه حکومتهای سنی/ شیعی معاصر. گزینش چنین پلانی، به نویسنده امکان می‌دهد تا مباحث را به شکل متوازن و متعادل بیان کند و از داوری نادرست مخاطبان در امان بماند. زیرا درباره هریک از این دیدگاه‌های مذهبی، دلایل نقلی و عقلیشان را بطور جداگانه و روشن بررسی و داوری را به مخاطب خویش واگذار می‌کند. برای مثال، در بخش مربوط به شیعیان، آیات شریفه ۳، ۵۵، ۵۶ و ۶۷ سوره مبارکه مانده درباره اثبات حکمرانی «امامان» می‌آید و حتی فراتر از آن، چرا در قرآن کریم به جای «خلافت»، تنها از «امامت» و آن هم ۱۲ بار سخن آمده و این مقام به پیامبران برگزیده الهی نیز اعطاء شده است. ضمن اینکه شأن نزول آیات نیز از منابع مختلف عامه و خاصه برای اهل پژوهش در دسترس است. درباره سیره حکمرانی شیعیان، برپایه دیدگاه‌های آنان از صدر اسلام تاکنون نیز کافی‌ست رویه علی ابن ابیطالب (ع) با سایر خلفای راشدین مقایسه گردد که ایشان با رأی مستقیم و بدون واسطه مردم برگزیده شدند، اما دست‌کم این رویه درباره خلیفه‌های دوم و سوم رعایت نشد و این مسأله جدای از طرح مسأله غدیر خم است که روایات عامه و خاصه بر رویه پیامبر اکرم در انتصاب جانشین خویش به امر پروردگار تأکید داشته‌اند و هنوز اهل سنت پاسخ روشنی برای رد این رویداد بزرگ تاریخی ارائه نکرده‌اند. ضمن اینکه از میان خطبه‌ها و نامه‌های ایشان که در مجموعه نهج‌البلاغه گردهم آمده، کافی‌ست مخاطبان، نامه ایشان به والی شهید مصر، مالک اشتر نخعی را بخوانند تا بتوانند ارزیابی شایسته‌تری از سیره عملی فقهای راشدین در اجرای عدالت و صیانت از حقوق و آزادیهای مشروع مردم داشته باشند. به علاوه، فراوانی پیروان یک دیدگاه، لزوماً به معنای حقانیت و مشروعیت آنها نیست، آنگونه که قرآن کریم نیز در آیات بسیاری تکلیف «و أکثرهم» را روشن کرده و این نوشتار نیز علی‌رغم تأیید و تبیین مردم‌سالاری، از آن به عنوان یک شاخص ولو ضمنی هم نام نبرده و به جای آن، بارها بر شاخص‌هایی مانند هم‌اندیشی بزرگان و دانشمندان و بیعت جماعت برای نمایان‌کردن وجهه مردم‌سالارانه حاکمیت تأکید کرده است. در دوران معاصر نیز، خوشبختانه هم حکومت‌های داعیه‌دار اسلامی پیرو اهل سنت و هم شیعیان، در حال حکمرانیند که شایسته است هر دو آنها بررسی منصفانه شوند. از یک سو، حکومت پادشاهی عربستان سعودی و از دیگر سو جمهوری اسلامی ایران و دراین میانه کشورهایی مانند پاکستان، خود را الگوهایی از حکمرانی اسلامی می‌دانند که باید دید کدامیک از آنها و تا چه اندازه به آنچه باور دارند در کتاب آسمانیشان آمده و پیشوایان راستینشان در صدر اسلام برگزیده بودند، پایبند مانده‌اند. تأثیرگذاری روا و ناروای قومیت‌های غیر مسلمان بر این دین آسمانی نیز باید به شکل عادلانه و منصفانه بررسی و تبیین و پیش از همه از قوم عرب آغاز شود تا این نوشتار دانش مدار اینگونه حساسیت برانگیز نمایان نگردد. پایان سخن آنکه، علیرغم همه نقدهای برشمرده، نوشتار پیش رو با دقت و امانت فراوان برگردان شده تا ثابت شود همزمان با داشتن باورها و دیدگاه‌های متفاوت، می توان در شناساندن اسلام واقعی به جهانیان، به عنوان یک وظیفه دینی و انسانی، به شیوه‌ای منطقی و دانش بنیاد عمل کرد. والعاقبة للمتقین. مترجم.

چارچوب قانونی مدیریت انتخابات در افغانستان پس از ۱۳۸۰ [۲۰۰۱]

محمد ایوب یوسفزی

چکیده

قانون اساسی سال ۱۳۸۲ [۲۰۰۴] وظیفه اداره و نظارت از انتخابات و مراجعه به آراء عمومی را به کمیسیون مستقل انتخابات سپرده است. در مورد نحوه گزینش اعضای این کمیسیون، قانون اساسی چیزی بیان ننموده است. فرایند انتخاب اعضای کمیسیون مستقل انتخابات ناقص بوده و رئیس جمهور دراین زمینه اعمال نفوذ می‌کند. سوال اصلی که مقاله بدان پرداخته عبارت است از اینکه عمده‌ترین خلاهای قانونی مدیریت انتخابات در افغانستان کدام‌ها اند و افغانستان از کشورهای پس از منازعه دراین رابطه چه می‌تواند بیآموزد؟ استدلال ما دراین مقاله چنین است که برعلاوه عوامل سیاسی، خلا موجود در قانون اساسی، قوانین و مقرارت انتخاباتی، استقلال کمیسیون مستقل انتخابات را محدود نموده و سبب ضعف نهاد مدیریت انتخاباتی گردیده است و یکی از عوامل تقلب در انتخابات و روند ناقص انتخاباتی در افغانستان است. قانونگذاری در زمینه مدیریت انتخابات در افغانستان بر اساس یک برنامه منظم و هدفمند نبوده و به نهاد مدیریت انتخابات منحیث نهاد تقویت کننده دموکراسی در کشور توجه نشده بلکه حکومت با در نظر داشت منافع خود پروسه قانونگذاری این نهاد را سوق داده است.

واژگان کلیدی :افغانستان، انتخابات، نهاد مدیریت انتخاباتی، کمیسیون مستقل انتخابات، قانون انتخابات

مقدمه

با وجودیکه انتخابات مترادف دموکراسی نیست اما یکی از ارکان مهم برای یک دموکراسی با ثبات محسوب می‌گردد. زیرا انتخابات بدون حکومت دموکراتیک ممکن‌است اما دموکراسی بدون انتخابات ممکن نیست. انتخابات در جوامع پسا منازعه منحیث وسیله برای برقراری صلح مورد استفاده قرار می‌گرد. اما باید گفت که دراین جوامع بسیار مهم است تا انتخابات بر مبنای قواعد شفاف و عادلانه مدیریت شود.[۱] موجودیت قوانین و به رسمیت شناختن حقوق انتخاباتی برای برگزاری انتخابات آزاد، شفاف و عادلانه کافی نیست زیرا همان‌گونه که انتخابات در جوامع پسا منازعه و دموکراسی‌های نوپا از اهمیت بسزا برخوردار است، موجودیت یک نهاد انتخاباتی مستقل ، بیطرف و کارا نیز یک امر ضروری دیگر در روند دموکراسی‌سازی دراین جوامع محسوب می‌گردد.[۲]

شرایط مورد نیاز نهادی برای برگزاری انتخابات آزاد، عادلانه و قابل اعتبار عبارتند از: قوه قضائیه مستقل، سیستم توسعه یافته‌ای احزاب سیاسی و نهادهای انتخاباتی بیطرف. باوجودیکه نظام حزبی توسعه یافته یکی از اجزای ضروری برای انتخابات رقابتی بوده و موجودیت قوه قضائیه مستقل، یک امر لازمی برای حل منازعات انتخاباتی می‌باشد. اما نهاد مدیریت انتخاباتی مستقل و بیطرف در روند انتخابات از همه نهادها مهم‌تر است زیرا در حقیقت کیفیت و اعتبار انتخابات مستقیماً به شایستگی نهاد سازمان دهنده و اجرا کننده انتخابات مرتبط است.[۳] از آنجاییکه اداره انتخابات در جوامع پسا منازعه کاری آسان نیست، پس خوب است تا روند انتخابات با مدیریت فرایند سیاسی مدغم گردیده و نهادهای اداره کننده انتخابات به انتخابات منحیث یک جزء از مکانیزم حل منازعات نگریسته و احزاب سیاسی را در پروسه انتخابات کاملاً دخیل نمایند.[۴] اما در کنار تمام این مطالب در جوامع پس از منازعه صرفاً موجودیت قوانین، نهادهای انتخاباتی و برگزاری انتخابات نمی‌تواند، منتج به صلح پایدار گردد در صورتیکه امنیت قبل از برگزاری انتخابات تأمین

1. Muna Ndulo and Sara Lulo, “Free and Fair Elections, Violence and Conflict” (2010) 51 Harvard ILJ]Online[157 http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ-Online_51_Ndulo_Lulo.pdf [accessed 25November 2015].

2. Kwado Afari- Gyan, The Role of Elections in Stabilizing Post-Conflict Countries, at Elections in Post-Conflict Countries-Lessons Learned from Liberia, Sierra Leone, DR Congo, and Kosovo, Report of a ZIF/ KAIPTC Seminar, 2008, Ghana, p 23. Available from http://www.zif-berlin.org/fileadmin/uploads/analyse/dokumente/veroeffentlichungen/ZIF_Report_Elections_in_Post-Conflict_Countries_2009.pdf [accessed 4 November 2015]

3. Woleola J. Edundayo, “A Critical Evaluation of Electoral Management Bodies in Nigeria and the Perennial Problem of Electoral Management since Independence in 1960” (2015) 2 IJPAMR 49

4. Kwado Afari- Gyan, id, p 25.

نشده باشد.[۵]

در گذشته تحقیقات در مورد مسایل انتخاباتی به طور سنتی در مورد چگونگی طراحی نظام انتخاباتی، قوانین مالی انتخابات و اصلاحات اداره انتخابات معطوف بود. امروز در کنار سایر موضوعات توجه به تأثیر نهادهای مدیریت انتخاباتی نیز مورد توجه قرار گرفته است. مدیریت انتخابات شامل روابط درون و بیرون سازمانی، استفاده از پالیسی‌ها و منابع توسط برگزار کنندگان انتخابات می‌باشد. [۶] باید گفت گرچه تحقیقات تجربی (empirical research) بطور گسترده در رابطه به مدیریت انتخاباتی صورت نگرفته است.[۷] اما تحقیقات انجام شده نشان داده است که وجود نهادهای ضعیف مدیریت انتخاباتی، اعتماد مردم به روند انتخابات را تضعیف نموده[۸] و تهدیدی برای تحکیم دموکراسی و عاملی برای ایجاد منازعات انتخاباتی در دموکراسی‌های نو پا است. تأثیر نهادهای مدیریت انتخاباتی به روند انتخابات و اهمیت تحقیق دراین زمینه تایید شده است.[۹]

امروزه تحقیقات نشان داده است که نهادهای مدیریت انتخاباتی از جمله مهم‌ترین نهادها در روند دموکراسی‌سازی در جوامع پسا منازعه اند زیرا فعالیت و کارکرد آنها مستقیماً با انتخابات و نظام حزبی و بصورت غیر مستقیم با حکومتداری و حاکمیت قانون ارتباط دارد.[۱۰] انتخابات در جوامع پسا منازعه منحیث یک وسیله برای تحقق صلح و دموکراسی پایدارکاربرد دارد. دراین روند نقش نهادهای که اداره و مدیریت امور انتخاباتی را در کشور بدوش دارند از اهمیت بسزایی برخورداراست. چون کشور پسا منازعه اکثراً یک جامعه چند پارچه است و اعتماد و اعتبار بین

---

5. Muna Ndulo and Sara Lulo, id, p 156.

6. Toby S. James, Centralizing Electoral Management and Electoral Integrity: Lessons from Britain, Paper for Annual Political studies Association International Conference, Manchester, 2014, p 2. https://www.psa.ac.uk/sites/default/files/conference/papers/2014/Centralising%20electoral%20management%20PSA%201.0.pdf [Accessed 22November 2015]

7. Anne Van Aaken, Independent Electoral Management Bodies and International Election Observer missions: Any Impact on the Observed Level of Democracy? A Conceptual Framework, (2009) 20 Const. Polit. Econ 299 available from: http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10602-008-9070-4#page-1 [Accessed 21November 2015]

8. Toby S. James, "Fixing Failures of U.K. Electoral Management" (2013) 32 Electoral Studies 597 available from: http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0261379413001133 [Accessed 15November 2015]

9. Jorgen Elkklit and Andrew Reynolds, The Impact of Election Administration on the Legitimacy of Rmerging Democracies: A New Research Agenda, The HELEN KELLOGG Institute For International Studies Working paper No 281, 2000, p 2. Available from https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/281.pdf [accessed 10 October 2015]

10. Rafael Lopez -Pintor, Electoral Management Bodies as Institutions of Governance) UNDP publication, 2011(13

گروه‌های درگیر نهایت محدود بوده و به هر موضوعی می‌تواند جنبه سیاسی داده شود. در چنین یک وضع که دلهره، ترس و بی‌اعتمادی حاکم است نهادهای مدیریت انتخاباتی باید دارای کارایی، استقلال و بیطرفی کامل بوده و با جدیت، هوشیاری و درک واقعیت‌های عینی جامعه در تطابق به قوانین و مقررات توافق شده بین طرفین در گیر عمل نمایند.

با درک اهمیت تحقیق دراین رابطه دراین تحقیق چهارچوب قانونی مدیریت انتخاباتی در افغانستان بعد از سال ۱۳۸۰ مورد بررسی قرار گرفته است. با نگاهی مختصر به شکل گیری نظام سیاسی افغانستان بعد از موافقتنامه بن دیده می‌شود که در موافقت‌نامه بن بخاطر اساس گذاری نظام دموکراتیک در افغانستان به تصویب قانون اساسی و انتخابات تاکید صورت گرفته و به دولت موقت و انتقالی وظیفه داده شده بود تا زمینه تصویب قانون اساسی و برگزاری انتخابات را در افغانستان با همکاری جامعه جهانی مساعد سازند. این روند طبق موافقتنامه با کاستی‌ها و تأخیر زمانی جامعه عمل پوشید.

قابل تذکر است که در رابطه به چارچوب قانونی مدیریت انتخابات در افغانستان تحقیقات علمی مشخصی توسط دانشمندان افغانی صورت نگرفته است. درجریان تحقیق بجز با تحقیقی که توسط اندی کامپبل صورت گرفته به کدام منبع دیگری که مشخصاً به این موضوع از نظر حقوق پرداخته باشد، برنخوردم. دراین تحقیق موردی (Case Study) نویسنده در صدد است تا شکل گیری نهاد مدیریت انتخاباتی را تا سال ۱۳۸۸[۲۰۰۹] و عوامل سیاسی و مدیریتی را که مانع از کارایی این نهادها در افغانستان می‌گردند مورد بررسی قرار دهد. [11]

اگر به نهادهای انتخاباتی در افغانستان از زمان تشکیل شان تا حال دقت کنیم دیده می‌شود که در اجرای امور محوله شان موفقیت لازم را در انتخابات‌های گذشته نداشته و انتخابات با مشکلات و اختلافات همراه بوده است. در کنار مشکلات امنیتی، عوامل متعددی دیگر سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و حقوقی سبب می‌گردند که کمیسیون مستقل انتخابات نتواند انتخابات را بصورت آزاد، شفاف و عادلانه برگزار نماید. دراینجا تلاش ما بر آن است تا ضعف‌های موجود حقوقی در رابطه به مدیریت انتخاباتی را در چارچوب قانونی انتخابات افغانستان مورد بررسی و مطالعه قرار دهیم.

---

11. Andy Campbell, Afghanistan: An Electoral Management Body Struggles to Deal with Executive Interference, available from http://aceproject.org/ace-en/topics/em/electoral-management-case-studies/afghanistan-an-electoral-management-body-evolves [accessed 25 October 2015]

سوالات اصلی که دراین مقاله در پی پاسخگویی به آن هستیم عبارت است از اینکه: عمده‌ترین ضعف‌های قانونی نهاد مدیریت انتخاباتی در افغانستان کدام ها اند؟ و آیا چهارچوب قانونی انتخابات در افغانستان مشخصات لازم نهاد مدیریت انتخاباتی برای جامعه در حال منازعه و چند پارچه را داراست و یاخیر؟ برای نیل به این هدف و وضاحت تحلیل این مسأله در روشنایی قوانین و مقررات کشور و مراجعه به تحقیقات علمی انجام شده در زمینه مدیریت انتخاباتی ناگزیریم تا به این سوالات فرعی نیز بپردازیم: کدام مودل مدیریت انتخاباتی برای کشورهای در حال منازعه مناسب تر است؟ نهاد مدیریت انتخاباتی در افغانستان بعد از سال ۱۳۸۰ چگونه تکامل نموده است؟ افغانستان در زمینه مدیریت انتخابات از کشورهای پسا منازعه چی میآموزد؟ و بالاخره اصلاحات لازم قانونی دراین زمینه که باید صورت گیرند کدام‌ها اند؟

دانشمندان بیان می‌دارند که جهت تحلیل کارآیی و نقش نهادهای انتخاباتی باید به پنج عامل عمده ذیل: تشکیلات سازمانی، استقلال نهادی، انگیزه درونی نهاد مدیریت انتخاباتی، انگیزه کارمندان نهاد مدیریت انتخاباتی و شفافیت نهاد مدیریت انتخاباتی باید توجه گردد.[۱۲] چون ما به نهادهای مدیریت انتخابات از دید حقوقی نگاه می‌کنیم پس دراین مقاله با در نظر داشت سه عامل (تشکیلات سازمانی، استقلال نهادی و شفافیت نهاد مدیریت انتخاباتی) نهاد مدیریت انتخابات در چارچوب قوانین انتخابات کشور مورد بررسی قرار می‌دهیم. این تحقیق یک تحقیق کیفی با روش توصیفی تحلیلی است که با مراجعه به قوانین گذشته و قوانین نافذه فعلی افغانستان، کتب، مقالات و گزارش‌های موجود دراین رابطه مورد بررسی قرار گرفته است.

استدلال ما دراین مقاله این است که خلا موجود در قانون اساسی، قوانین و مقررات انتخاباتی، استقلال کمیسیون مستقل انتخابات را محدود نموده و سبب ضعف نهاد مدیریت انتخاباتی گردیده و یکی از عوامل تقلب در انتخابات و روند ناقص انتخاباتی در افغانستان است. قانونگذاری در زمینه مدیریت انتخابات در افغانستان بر اساس یک برنامه منظم و هدفمند نبوده است. به نهاد مدیریت انتخابات منحیث نهادهای تقویت کننده دموکراسی در کشور توجه نشده بلکه حکومت با نظر داشت منافع خود پروسه قانونگذاری این نهادها را سقوط داده است و بالاخره قواعد موجود در عرصه مدیریت انتخابات در افغانستان شفافیت را تضمین نموده نمی‌تواند.

این مقاله در ابتدا نهادهای مدیریت انتخاباتی را تعریف و مودل‌های موجود آن را در جهان

12. Jorgen Elkklit and Andrew Reynolds, id, pp 6-8.

مخصوصاً در جوامع پس از منازعه توضیح می‌دارد. بعداً تکامل ناقض مدیریت انتخاباتی در افغانستان را در طی انتخابات سال‌های قبل در روشنایی قوانین کشور بررسی نموده و با مراجعه به کشورهای بعد از منازعه تلاش شده تا درس‌های را که افغانستان بخاطر اصلاح نهادهای مدیریت انتخاباتی می‌تواند از آنها بیاموزد بیان گردیده است. این مقاله با نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهادات غرض اصلاح چارچوب قانونی خاتمه میابد.

در خاتمه باید بگویم که کارهای مقدماتی عاری از خلا و اشتباه نمی‌باشند بناء از متخصصان و دانشمندانی که این مقاله را مطالعه می‌نمایند احترامانه آرزومندم تا مرا از نظرات علمی و اصلاحی شان محروم نسازند، زیرا اندوخته های علمی ایشان سبب غنامندی این مقاله خواهد گردید.

۲. مختصرنگاهی به نهادهای مدیریت انتخاباتی در جوامع پسا منازعه

دراین بخش ابتدا نهادهای مدیریت انتخاباتی را تعریف نموده، مودل‌های موجود را بررسی و مودل مناسب برای جوامع پس از منازعه را معرفی می‌داریم.

برای پیشبرد و اجرأی انتخابات به مهارت مسلکی و نهاد یا نهادهای اختصاصی ضرورت است. با نگاهی به کشورهای مختلف درمیابیم که نهادهای مدیریت انتخابات به اشکال مختلف و نام‌های متفاوت تشکیل گردیده‌اند مثلا کمیسیون مستقل انتخابات، بخش انتخابات، شورای انتخابات و غیره. نهاد مدیریت انتخاباتی به نهاد و یا نهادهای اطلاق می‌گردد که آنها مسوولیت پیشبرد انتخابات در یک کشور را بعهده دارند. یعنی نهادی که بر اساس قانون مسوولیت بخشی یا تمام انتخابات در یک کشور را بدوش دارد.[۱۳] نهاد مدیریت انتخاباتی باید در اجرای وظایف تصریح شده از سوی قانون، بصورت واقعی مستقل، شفاف و بیطرف باشد. تمام بازیگران روند انتخابات، باید بیطرفی و برتری این نهاد را در رابطه به مسایل انتخاباتی درک نمایند.[۱۴] نهاد مدیریت انتخاباتی نه تنها مسوولیت برگزاری انتخابات را بدوش دارد بلکه حافظ و نگهبان شفافیت و مشروعیت یک

13. Helena Catt and others, Electoral Management Design: The International IDEA Handbook (International IDEA publication, Stockholm, 2014) 5.

14. Woleola J. Edundayo, "A Critical Evaluation of Electoral Management Bodies in Nigeria and the Perennial Problem of Electoral Management since Independence in 1960" (2015) 2 IJPAMR 50 available from http://rcmss.com/2015/ijpamr/march/A%20CRITICAL%20EVALUATION%20OF%20ELECTORAL%20MANAGEMENT%20BODIES%20IN%20NIGERIA%20AND%20THE%20PERENNIAL%20PROBLEM%20OF%20ELECTORAL%20MANAGEMENT%20SINCE%20INDEPENDENCE%20IN%201960%20by%20Woleola%20J%20Ekundayo.pdf [accessed 15 November 2015]

مرحله کلیدی روند دموکراسی‌سازی در یک کشور است. [۱۵]

وظایف نهادهای مدیریت انتخاباتی از کشوری تا کشوری فرق می‌کند اما بصورت عموم وظایف عمده یک نهاد مدیریت انتخاباتی در بر گیرنده همه مسایل مربوط به روند انتخابات است بشمول ثبت کاندیدان، تنظیم مقررات مالی برای مبارزات انتخاباتی، نظارت و کنترل فعالیت‌های احزاب سیاسی در جریان انتخابات، ثبت و ترتیب فهرست های رأی دهندگان، انجام رآی گیری، شمارش آرأ، اعلام نتایج انتخابات و حل بعضی از انواع اختلافات انتخاباتی.[۱۶] یعنی نهادهای مدیریت انتخاباتی، انتخابات را در مطابقت به قانون اساسی و سایر قوانین کشور اداره نموده، تضمین می‌نمایند که تماماً کارمندان شان به شمول اعضای اصلی، کارمندان دایمی و مؤقت امور محوله را مطابق به قوانین پیش ببرند. ضمناً بخاطر اجرای بهتر وظایف قواعد، طرزالعمل‌ها و رهنمودها را ترتیب می‌کند.[۱۷]

باید تذکر داد که اگر این وظایف بین چند نهاد تقسیم شده باشد همه شان در دایرۀ نهادهای مدیریت انتخاباتی شامل می‌گردند. قابل یاد آوریست که نهادهای مدیریت انتخاباتی شاید به وظایف دیگر مانند رهنمایی رأی دهندگان و تنظیم اطلاعات انتخاباتی بپردازند. البته آن نهادهای که وظیفه شان صرف تعلیم رأی دهندگان، مشخص نمودن سرحد حوزه‌های انتخاباتی، نظارت از رسانه‌ها و حل و فصل دعاوی انتخابات باشد مثلا یک محکمه انتخاباتی جز نهادهای مدیریت انتخابات نیستند. زیرا نهادهای مدیریت انتخابات به آن نهادهای اطلاق می‌شود که قانوناً مسوولیت پیشبرد انتخابات را بدوش دارند. [۱۸]

در رابطه به کشورهای پس از منازعه باید گفت که انتخابات دراین کشورها با چالش‌های جدی رو برو است، زیرا انتخابات منحیث بخشی از روند اصلاحات دموکراتیک مورد استفاده قرار می‌گیرد و از اهمیت زیادی برخوردار است. زیرا مدیریت ضعیف انتخاباتی در کنار عوامل دیگری چون طرح زمان انتخابات بدون دقت و نظام انتخاباتی می‌تواند آسیب‌های جدی را به روند صلح

---

15. Pippa Norris, Richard W. Frank, and Ferran Martinez I Coma, *Advancing Electoral Integrity* (Oxford University, UK 2014) 108.

16. Yann Kerevel, *Election Management Bodies and Public Confidence in Elections: Lessons from Latin America,* (International Foundation for Electoral Systems publication, USA 2009) 2.

17. Woleola J. Edundayo, id, p 50.

18. Helena Catt and others, id, p 6.

و اصلاحات دموکراتیک وارد نماید. [۱۹] چنانچه وینریچ کونه (Winrich Kuhne) بیان می‌دارد که جامعه جهانی مخصوصاً کشورهای غربی نباید هر انتخاباتی را در جوامع پسا منازعه مورد حمایت قرار دهند. بگونه مثال او به ضعف نهادهای انتخاباتی در انتخابات سال ۱۳۸۸ افغانستان اشاره نموده تاکید می‌دارد که باید انتخاباتی مورد حمایت قرار گیرد که در آن اجزا و عناصر عمده برگزاری انتخابات آزاد، عادلانه و شفاف بصورت کاملاً مستقل و با کارایی لازم وجود داشته باشد.[۲۰] او ثبت نام رأی دهندگان، انتخاب نظام انتخاباتی، کمیسیون ملی انتخابات، مکانیزم عدالت انتخاباتی و اقدامات لازم برای اعتماد سازی را منحیث مولفه‌های اساسی برگزاری موفقانه انتخابات در جوامع پس از منازعه معرفی می‌کند. [۲۱]

در رابطه به اهمیت کمیسیون انتخابات، کونه بیان می‌دارد با وجودیکه تحقیقات علمی گسترده در زمینه نقش نهادهای مدیریت انتخاباتی در جوامع بعد از جنگ موجود نیست ولی دو قضیه یکی مثبت و دیگر منفی تا حدی زیاد اهمیت نهادهای انتخاباتی مستقل را در جوامع پسا منازعه در برگزاری انتخابات آزاد و عادلانه بر ملا می‌سازد. او از نقش کمیسیون ملی انتخابات غنا در انتخابات سال۱۳۸۷[۲۰۰۸] منحیث یک نمونه کمیسیون واقعاً مستقل و با کارایی خوب و از ضعف کمیسیون مستقل انتخابات افغانستان در انتخابات سال ۱۳۸۸ [۲۰۰۹] منحیث یک الگو نا کارا و ضعیف نهادهای انتخاباتی یاد می‌نماید. [۲۲] پس کمیسیون انتخابات دراین جوامع اولًا، به معنی واقعا مستقل بوده ثانیا، مجزا از نهادهای فرمانروا چون (پارلمان، مجریه، قضا) باشد. ثالثاً، اعضا رهبری این کمیسیون نباید از طرف حکومت انتصاب گردد و بالاخره این نهاد باید دارای بودجه مناسب، با کارمندان و امکانات تخنیکی لازم مجهز گردد.[۲۳]

علی دیاباکت (Ali Diabacte) این شش مشخصه را برای استقلال نهادهای مدیریت انتخاباتی در جوامع پسا منازعه لازمی می‌داند: اولاً، نحوه گزینش اعضای نهاد مدیریت انتخابات مبین استقلال آنست. اگر اعضای آن بشکل انتصابی باشد پس این نهاد از استقلال لازم برخوردار

19. Muna Ndulo and Sara Lulo, id, p 159.

20. Winrich Kuhne, The Role of Election in Emerging Democracies and Post-conflict Countries, : Key issues, Lessons Learned and Dilemmas, Friedrich Ebert Foundation, 2010, p 2. available from http://library.fes.de/pdf-files/iez/07416.pdf [accessed 10 October 2015].

21. id, p 4.

22. id, p 6.

23. id, p 7

نخواهد بود. بلکه بهتر است تا اعضای آن بصورت مشورتی توسط احزاب و نهادهای اجتماعی و مدنی تعیین گردد. بطور مثال اعضای کمیسیون انتخابات در کنیا و افغانستان از طرف رئیس جمهور انتصاب می‌گردد که سبب مشکلات زیادی در روند انتخابات گردیده است.

ثانیاً، شیوه برکناری اعضای نهاد انتخاباتی نهایت مهم است. یعنی آنها باید از مصئونیت شغلی برخوردار بوده صرف در مواردیکه قانون پیش‌بینی نموده قابل عزل باشند. درصورتیکه آنها هراسی از برکناری داشته باشند وظایف خود را بصورت مستقل انجام داده نمی‌توانند. بطور مثال رئیس کمسیون انتخابات غنا بصورت دایم العمر تعیین می‌گردد و بر همین ملحوظ اعضای نهاد انتخاباتی در پانامه، برای ده سال تعیین می‌گردند و آنها صرفاً در مقابل محکمه عالی از اجراات جرمی شان در جریان وظیفه مسوول می‌باشند.

ثالثاً طبعیت و زمانبندی گزارش‌دهی به مقامات دیگر نیز می‌تواند استقلال نهاد مدیریت انتخاباتی را در جوامع پس از متأثر سازد. نهاد مدیریت مستقل بجز از گزارش نهایی و آنهم که به پارلمان ارائه می‌دارد نباید تحت فشار حکومت قرار داشته باشد و از اجراات خود گزارش بدهد. قانون اساسی کشورهای کاستاریکا و پانامه بخاطر تضمین استقلال نهاد مدیریت انتخاباتی این نهاد را منحیث قوه چهارم دولت شناسایی نموده است. بالاخره استقلال مالی، عدم مداخله در امور کاری و توانمندی تصمیم گیری مستقلانه در رابطه به مسایل انتخاباتی می‌تواند ضمانت خوبی برای استقلال نهاد مدیریت انتخاباتی در جوامع پس از منازعه باشد.[۲۴]

نهادهای مدیریت انتخاباتی در کشورهای به اشکال گوناگون با در نظر داشت شرایط سیاسی، فرهنگی و تجربه آن در زمینه دموکراسی تشکیل می‌گردد. این نهادها را با در نظر داشت معیارهای متفاوت می‌توان طبقه بندی نمود. اما با نگاهی به کشورهای مختلف، بصورت کلی نهادهای مدیریت انتخاباتی به سه دسته قابل تقیسم اند: مودل مستقل، مودل حکومتی و مودل مختلط.[۲۵] قابل تذکر است که امروز کشورها بیش‌تر به تشکیل کمیسیون‌های مستقل انتخاباتی متمایل اند و بخاطر تضمین ثابت آن، این موضوع را در قوانین اساسی شان درج می‌نمایند.[۲۶] اینک اشکال

24. Ali Diabacte, What's in a name: does calling an EMB independent make it so? Conference paper: presented in ACEEEO Conference, 2011, pp 3-4, available from: http://www.aceeeo.org/sites/default/files/PDF/presentation_of_conference/2011/ACEEO_EAD_20110613_for_distribution_rev_Diabacte_UN.pdf [accessed 15 November 2015]

25. Moveh David Omeiza, Analysis of the Structure of Nigeria's Independent National Electoral Commission 1999-2011, (2012) 8 ESJ 171 available from http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/64/67 [accessed 18 November 2015]..

26. Id.

سه گانه نامبرده را بصورت مختصر معرفی نموده مزایا و ضعف هر یک از این مودل‌ها را بررسی می‌نماییم:

۱-۲. مودل مستقل نهادهای مدیریت انتخاباتی

مودل مستقل در کشورهای موجود است که انتخابات بصورت مستقلانه توسط یک نهاد مدیریت انتخاباتی مستقل به پیش‌برده می‌شود. این نهاد بصورت کامل از قوه اجرائیه، قوه مقننه و قضائیه مجاز می‌باشد. نهاد مستقل انتخاباتی دارای بودجه مستقل بوده و این نهاد به هیچ وزارت‌خانه‌ای جوابگو نیست. شاید این نهاد به پارلمان، قوه قضائیه و رئیس جمهور جوابگو باشد. در کشورهای مختلف، نهاد مدیریت انتخاباتی مستقل به اندازه‌های متفاوت از استقلال مالی و پاسخگویی برخوردارند.[۲۷] استقلال نهاد مدیریت انتخاباتی در کشورهای در حال گذار بسوی دموکراسی بسیار ضروری است زیرا آنها فاقد مهارت‌های فنی برای پیچیدگی‌های مدیریت انتخاباتی اند.[۲۸]

امروز مودل مستقل نهاد مدیریت انتخاباتی مورد استقبال زیاد کشورهای قرار گرفته است. زیرا در مودل حکومتی، اداره حکومتی با داشتن امکانات به سهولت می‌تواند در روند انتخابات مداخله نموده و مرتکب تذویر و تقلب گردد. اما مودل مستقل تا حد زیادی می‌تواند سلامت پروسه انتخابات را ضمانت نماید. زیرا ادارۀ مستقل برگزار کننده انتخابات با بیطرفی کامل و به دور از انگیزه‌های قدرت، منافع شخصی و گروهی انتخابات را بطور آزاد، شفاف و عادلانه تدویرکند.[۲۹]

تحقیقات انجام شده در زمینه‌ای نهادهای مدیریت انتخاباتی معیارهای ذیل را برای تثبیت استقلال نهادهای مدیریت انتخاباتی مد نظر گرفته‌اند : استقلال سازمانی، فردی، مالی و کارکردی. استقلال سازمانی به معنی استقلال حقوقی نهاد مدیریت انتخاباتی از حکومت است. یعنی نهاد مدیریت انتخاباتی بصورت یک شخصیت حقوقی مستقل تأسیس می‌گردد. تفاوت نهاد مدیریت انتخاباتی مستقل با مودل حکومتی بر دو شاخصه ای استقلال حقوقی و عدم مسوولیت به قوه اجرائیه استوار است. یعنی در مودل مستقل نهاد مدیریت انتخاباتی منحیث یک شخصیت حقوقی مستقل و دوم غیرمسوول بودن در برابر قوه اجرائیه است. باید گفت که استقلال حقوقی نهاد

---

27. Helena Catt and others, id, p 7.

28. Andrew James Klassen, Electoral Management Autonomy: A Cross-National Analysis from Latin America, Australian National University, APSA Conference paper 2012, p 1. available from .http://www.auspsa.org.au/sites/default/files/electoral_management_andrew_klassen.pdf [accessed 1 October 2015].

۲۹. سرور دانش ، حقوق اساسی افغانستان (کابل: انتشارات موسسه تحصیلات عالی ابن سینا ،۱۳۸۹)، ص ۲۶۵.

مدیریت انتخاباتی سبب می‌گردد تا از نهاد انتخاباتی مستقل شکایت صورت گیرد و هم شکایت کند.[۳۰] استقلال فردی نهاد مدیریت انتخاباتی به معنی اینست که اعضای عالی رتبه نهاد مدیریت انتخاباتی چگونه تعیین و عزل می‌گردند. این اعضا می‌توانند از بین متخصصان بیطرف و یا افراد وابسته به احزاب منصوب گردند. قابل تذکر است که در جوامع در حال گذار به دموکراسی معمولاً متخصصان غیر وابسته منحیث اعضای نهاد انتخاباتی مستقل انتخاب می‌گردند. استقلال مالی نهاد مدیریت انتخاباتی به معنی داشتن بودجه مستقل و استقلال کارکردی یا عملکرد نهاد مدیریت انتخاباتی مبین اینست که ظرفیت نهاد برای رسیدن به اهداف تعیین شده تا چه حد است و این نهاد تا چه اندازه تصامیم مستقل اتخاذ نموده و عمل می‌کند.[۳۱]

نهاد مدیریت انتخاباتی مستقل متشکل از افرادی است که خارج از قواه اجرائیه و جزء نهاد انتخاباتی می‌باشند. در کنار دموکراسی‌های با ثبات، بسیاری از دموکراسی‌های جدید و یا نو ظهور از این شیوه استفاده نموده‌اند. نمونه‌های از کشورهای که مودل مدیریت مستقل انتخاباتی استفاده می‌کنند عبارت اند از ارمنیا، آسترلیا، کانادا، کاستریکا، جورجیا، هند، اندونیزیا، لیبریا، نایجریا، پولند، افریقای جنوبی، تایلند و یوراگوای.[۳۲] تحقیقات نشان داده است که هم در دموکراسی‌های با ثبات و هم در دموکراسی‌های در حال ظهور برگزاری انتخابات توسط نهادهای مدیریت انتخاباتی مستقل سبب می‌شود تا انتخابات تا حد زیاد به شکل آزاد و عادلانه برگزار گردد.[۳۳]

در بعضی کشورها دو نهاد برای اداره انتخابات تشکیل شده‌اند که هر دو نهاد از قوه اجرائیه مستقل بوده‌اند که معمولاً یکی وظیفه ترتیب پالیسی‌های انتخاباتی را دارد و دیگری وظیفه اجرا و اداره پروسه انتخابات را بدوش می‌داشته باشد. شاید نهاد پالیسی ساز در بعضی موارد با نهاد دوم همکاری نماید. نمونه مدیریت مستقل دوگانه انتخاباتی را می‌توان در کشورهای مانند رومانیا، جامیکا، سورینام و واناتو یافت.[۳۴]

مزایا مودل مستقل نهاد مدیریت انتخابات عبارت از اینکه :

"ایجاد هماهنگی در برگزاری انتخابات، تأمین کارمندان و امکانات مورد نیاز، آزادی عمل در

30. Anne Van Aaken, id, p 306.

31. Id, pp 307-308.

32. Helena Catt and others, id, p7.

33. Rafael Lopez -Pintor, id, p 140.

34. Helena Catt and others, id, p7.

استفاده از ظرفیت‌های بیرون سازمانی و متخصصان در برگزاری انتخابات، استقلال در اجرای انتخابات، مسایل مالی و اداری، دوربودن از اعمال نفوذ سیاسی و جناحی. "[۳۵]

معایب مودل مستقل عبارتند از:

"فاصله از چارچوب نظام تصمیم گیری عمده سیاسی و انتخاباتی مقامات ذی‌صلاح به دلیل مستقل بودن، فقدان نفوذ سیاسی کافی لازم برای دریافت بودجه مورد نیاز، از بین رفتن هماهنگی بین اعضاء، به علت دوره‌ای بودن و عدم انتقال تجربیات، فقدان مهارت‌های مدیریتی و اداری و پرهزینه بودن بدلیل ساختار و کارمندان مجزا از دولت. "[۳۶]

۲-۲. مودل حکومتی مدیریت انتخاباتی

نمونه مدیریت انتخاباتی حکومتی در کشورهای وجود دارد که در آنجا انتخابات از طریق قوه اجرائیه برگزار و اداره می‌شود. معمولاً این مسوولیت به یک وزارت‌خانه مثلاً وزارت داخله (وزارت کشور) و یا مقامات محلی تفویض می‌گردد. در کشوری که نهاد انتخاباتی حکومتی وجود دارد انتخابات در سطح ملی توسط یک وزارت یا اداره حکومتی بر گزارشده و به وزارت پاسخگو است. معمولاً کدام عضو جدا از ارگان دولتی ندارند و کدام بودجه خاص و مستقل ندارند. بودجه انتخابات شامل بودجه دولت یا همان وزارتخانه می‌گردد. کشورهای که شامل این مودل می‌شوند عبارت اند از: دنمارک، نیوزلند، سنگاپور، سویس، سویدن، تانزانیا، انگلیس و آمریکا. در کشورهای انگلیس، سویدن و آمریکا انتخابات توسط مقامات محلی اداره و برگزار می‌شود. در سویدن و سویس نهاد مدیریت انتخاباتی مرکزی نقش پالیسی ساز را دارد.[۳۷]

مزایا این سیستم عبارتند از :

"دایمی بودن، بهره مندی از نیروی انسانی با تجربه، تمهید امکانات با هماهنگی و مشارکت سریع با سایر بخش‌های دولت، هزینه کم‌تر به لحاظ قرار گرفتن در لایه دولت، داشتن نفوذ سیاسی و اداری در داخل دولت و امکان تصمیم گیری قاطع و با نفوذ. "[۳۸]

معایب این مودل عبارتند از :

---

۳۵. فرج الله رهنورد ونعمت الله مهدوی راد، مدیریت انتخابات (تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۹)، ص ۳۷.
۳۶. همان اثر، ص ۳۷.
۳۷. حسن خسروی، حقوق انتخابات دموکراتیک ، (تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۷) ص ۲۶۸.
۳۸. رهنور و مهدوی راد، همان اثر، ص ۳۸.

"اصل بیطرفی در انتخابات بدلیل اعمال نفوذ سیاسی و حزبی از بین می‌رود، بودجه و خط مشی‌های انتخاباتی تحت تبعیت تصمیمات بخش‌های دولتی و مقامات محلی است و پراگندگی مدیریت انتخابات میان بخش‌های مختلف قوه اجرائیه مانند وزارتخانه‌ها، ولایت و ولسوالی‌های دیگر." [۳۹]

۳-۲. مودل مختلط مدیریت انتخاباتی

در مودل مختلط معمولاً دو نهاد وجود دارد: یکی نهاد پالیسی ساز و نظارت کننده. این نهاد بصورت کامل مستقل می‌باشد مانند مودل مستقل مدیریت انتخاباتی و دوم نهادیکه وظیفه برگزاری انتخابات را دارد و شامل یک وزارت و یا یک نهاد محلی حکومتی می‌گردد مانند مودل دوم. دراین مودل انتخابات توسط نهاد حکومتی برگزار می‌گردد و نهاد مستقل از روند برگزاری انتخابات نظارت می‌کند. کشورهای فرانسه، جاپان، اسپانیا، مالی و سنگال نمونه‌های از مدیریت مختلط انتخاباتی اند.

در ارتباط به رابطه دو نهاد دراین مودل باید گفت که معمولا ارتباط آنها در اسناد تقنینی بصورت واضح توضیح نمی‌شود. صلاحیت، اختیارات و قدرت عملکرد نهاد انتخاباتی مستقل دراین مودل از یک کشور تا کشور دیگر فرق می‌کند. به همین خاطر بعضاً قرار دادن یک کشور دراین مودل مشکل است زیرا در بعضی کشورها نهاد دوم صرفا منحیث نهاد تشریفاتی از روند انتخابات نظارت می‌کند بطور مثال در سنگال. اما در برخی کشورهای دیگر نقش عمده‌ای را در نظارت از پروسه انتخابات بدوش دارد مثلا در کانگو.[۴۰]

مزایا این مودل عبارتند از:

"تدوام این نهاد باعث استحکام برگزاری انتخابات می‌شود، در اختیار داشتن امکانات و کارمندان لازم، هماهنگی ساختار اجرایی با سایر دستگاه‌های دولتی برای برگزاری هر چه بهتر انتخابات، استقلال ساختار مستقل در سیاست‌ها و امور مالی، کم هزینه بودن ساختار اجرایی و نظارت دوگانه انتخابات از طریق ساختار مستقل و قوه اجرائیه."[۴۱]

معایب مودل مختلط عبارتند از:

---

۳۹. همان اثر، ص ۳۸.

۴۰. خسروی ، همان اثر، ص ۲۶۸.

۴۱. رهنور و مهدوی راد، همان اثر، ص ۳۹.

"تداخل وظایف و اختیارات دو ساختار و به تبع آن تعارض در اجرا، تداخل وظایف در برخی حوزه‌ها، عدم تفکیک وظایف نظارتی و اجرایی، عدم هماهنگی و انتقال تجربیات در ساختار مستقل، پیروی ساختار اجرایی از مقامات عالی قوه اجرائیه در امور مالی و سیاست‌های انتخاباتی، فقدان تجربه و مهارت ساختار مستقل در مدیریت انتخابات، پراگندگی مدیریت انتخابات میان بخش‌های مختلف قوه اجرائیه."[۴۲]

با در نظر داشت مطالب که در مورد محتوا، اهمیت و مودل های نهاد های انتخاباتی بیان گردید در نتیجه گفته می‌توانیم که در جوامع بعد از منازعه کارایی و استقلال نهادهای انتخاباتی (کمیسیون مستقل انتخابات) یک امر حیاتی و ضروری است. اینک ما در مباحث بعدی به تکامل کمیسیون انتخابات در افغانستان خواهیم پرداخت.

۳. تکامل ناقص نهاد مدیریت انتخاباتی در افغانستان بعد از ۱۳۸۰[۲۰۰۱]

دراین بخش شکل گیری و تعدیلات وارده در قوانین انتخاباتی در رابطه به نهادهای مدیریت انتخاباتی در افغانستان را در طی انتخابات سال‌های گذشته مورد بررسی قرار می‌دهیم. هدف ما دراینجا اینست تا ارزیابی نماییم که تا چه حد قانونگذاری برای نهاد مدیریت انتخاباتی در افغانستان بصورت منظم و پلان شده و با هدف مشخص بوده است. و آیا اصلاحات قانونی سبب تقویت و کارایی بهتر نهادهای انتخاباتی گردیده است و یا خیر؟

۱-۳. مدیریت انتخاباتی در انتخابات سال‌های ۱۳۸۳ [۲۰۰۴] و ۱۳۸۴ [۲۰۰۵]

از لحاظ تاریخی اساس نظام سیاسی و نهادهای فعلی در افغانستان بعد از سال ۱۳۸۰ [۲۰۰۱] گذاشته شد.[۴۳] برنامه دولت سازی در افغانستان بعد از سقوط طالبان با اهداف متضاد، بعد از امضا موافقتنامۀ بن آغاز شد.[۴۴] البته موافقت‌نامۀ بن یک موافقت‌نامه صلح بین طرفین در گیر جنگ و حل مسایل بنیادی نبود بلکه صرفا گامی برای آغاز دولت سازی و نهادهای سیاسی دایمی در افغانستان بود.[۴۵] بر مبنای موافقتنامه بن یک اداره موقت تشکیل و این اداره باید زمینه تدویر لویه

۴۲. همان اثر، ص ۳۹.

43. J. Alexander Thier, "The Making of a Constitution in Afghanistan" 51 (2006-2007) 566. available from http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/51-3.Thier_.pdf [accessed 14 November 2015].

44. Umar Raiz, "State-building in Afghanistan Are Reforms Sustainable" (April-June 2011) 4 (2) Conflict and Peace Studies 1 available from file:///C:/Users/M.%20Ayub/Documents/168.pdf [accessed 10 November 2015].

45. Thomas H. Johnson", The Prospects for Post-conflict Afghanistan: A Call of the Sirens to the Country's Troubled Past"

جرگه اضطراری را فراهم می‌نمود تا حکومت انتقالی انتخاب گردد و این حکومت انتقالی زمینه تدویر لویه جرگه قانون اساسی و زمینه انتخابات را برای تعیین حکومت منتخب فراهم می‌ساخت.[۴۶] قابل تذکر است که این روند با کمی تأخیر قسمیکه در موافقتنامه تذکر یافته، عملی گردید.

چون توجه اصلی ما دراین بخش به بررسی شکل گیری قواعد حاکم بر نهاد مدیریت انتخاباتی افغانستان (کمیسیون مستقل انتخابات) است پس با در نظر داشت این موضوع باید گفت در حقیقت توافقنامه بن اساس (نطفه) تشکیل نهادهای انتخاباتی را با تشکیل یک کمیسیون خاص "کمیسیون مستقل خاص برای تدویر لویه جرگه"[۴۷] برای تدویر لویه جرگه اضطراری گذاشت.[۴۸] این کمیسیون به همکاری سازمان ملل متحد بتاریخ ۱۸ جدی ۱۳۸۰[۷ جنوری ۲۰۰۱] تأسیس گردید.[۴۹] کمیسیون زمینه انتخابات لویه جرگه اضطراری را مساعد ساخت، این انتخابات با وجودی‌که نمایندگان مردم در لویه جرگه اضطراری بصورت غیر مستقیم انتخاب شدند، در تاریخ افغانستان بعد از سه دهه جنگ اولین انتخابات به شمار می‌رود.[۵۰] دراین لویه جرگه حکومت مؤقت منحل و جای آنرا حکومت انتقالی گرفت که یکی از وظایف عمده حکومت انتقالی تدویر لویه جرگه قانون اساسی بخاطر تصویب قانون اساسی و آماده نمودن شرایط برای انتخابات حکومت منتخب بود.[۵۱]

حکومت انتقالی بعد از اینکه مسوده قانون اساسی آماده گردید طی فرمانی لویه جرگه را غرض تصویب قانون اساسی دعوت نمود. مطابق این فرمان "وظیفه تنظیم، تدویر و اجرای انتخابات" اعضای انتخابی، لویه جرگه قانون اساسی بدوش دارالانشاء قانون اساسی گذاشته شد.[۵۲] بخاطر نظارت از انتخابات کمیته اجرائیوی با ترکیب ذیل تشکیل گردید: وزیر امور داخله، وزیر عدلیه،

(2006) Strategic Insights, 5, no. 2, available from file:///C:/Users/M.%20Ayub/Documents/johnsonFeb06.pdf [accessed 25 October 2015].

46. Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan Pending the Re-Establishment of Permanent Government Institutions, 2001 , available from http://www.un.org/News/dh/latest/afghan/afghan-agree.htm [accessed September 2015]

۴۷. عباس بصیر و دیگران، روند انتخابات لویه جرگه (کابل : انتشارات کمیسیون مستقل حقوق‌بشر افغانستان، ۱۳۸۳)، ص. ۱۳۶.

48. Id.

۴۹. عباس بصیر و دیگران، همان اثر ، ص. ۱۳۶.

۵۰. حیات الله یوسفی، "افغانستان نظام سیاسی و دموکراسی" معرفت ، سال شانزدهم، شماره ۱۱۵ (تیر ۱۳۸۶)، ص ۱۳۵.

۵۱. محمد اشرف رسولی، مروری بر قوانین اساسی افغانستان (کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۲)، صص. ۱۳۳- ۱۳۴.

۵۲. وزارت عدلیه ، فرمان شماره (۳۴) رئیس دولت انتقالی افغانستان درباره تدویر لویه جرگه تصویب قانون اساسی، جریده رسمی شماره ۸۱۱، مورخ ۲۴/ ۰۴/ ۱۳۸۲، ماده هفتم.

لوی حارانوال، رئیس کمیسیون مستقل حقوق‌بشر و نماینده خاص سرمنشی ملل متحد.[۵۳]

بعد از تصویب قانون اساسی اولین گام دولت اسلامی انتقالی در سال ۱۳۸۳ تصویب قانون انتخابات در روشنایی این قانون اساسی بود. مطابق قانون اساسی اداره و نظارت بر هر نوع انتخابات عمومی در افغانستان از جمله وظایف کمیسیون مستقل انتخابات شناخته شده است.[۵۴] چون افغانستان بعد از سه دهه جنگ توانمندی برگزاری انتخابات را بصورت مستقلانه نداشت بناء خواستار همکاری سازمان ملل متحد دراین زمینه شد. بخاطر پیش‌برد انتخابات دفتر مشترک تنظیم انتخابات تشکیل و کمیسیون انتخابات منحیث یک کمیسیون موقت در چهارچوب این دفتر به فعالیت های خویش آغاز نمود.[۵۵]

کمیسیون موقت تنظیم انتخابات را دولت انتقالی اسلامی افغانستان بخاطرایجاد یک نهاد مستقل ملی و مؤثر در مسایل انتخاباتی تشکیل نمود، این کمیسیون وظیفه داشت در مسایل انتخاباتی و تسوید قانون انتخابات به حکومت مشوره داده، رای دهندگان را ثبت و با دفتر همکاری‌های سازمان ملل متحد در افغانستان یا یوناما[۵۶] در رابطه به مسایل انتخاباتی همکاری نمایید.[۵۷]

طوریکه بیان گردید رئیس دولت انتقالی طی فرمانی دفتر مشترک تنظیم انتخابات را بخاطر نظارت از جریان ثبت نام رأی دهندگان در انتخابات ریاست جمهوری ۱۳۸۳ و بررسی مطابقت جریان انتخابات با اسناد تقنینی و فرامین ریاست دولت ایجاد نمود.[۵۸] فرمان رئیس دولت ترکیب این دفتر را ۱۰ عضو بیان می‌دارد که ۵ عضو آن اعضای کمیسون مؤقت انتخابات و ۵ عضو دیگر آن توسط نماینده خاص سر منشی ملل متحد معرفی می‌شد.[۵۹] این ترکیب بعداً در سال ۱۳۸۴ با صدور فرمان شماره ۲۴ رئیس جمهور منتخب به چهارده نفر تغییر نمود که نه نفر آن (اعضای کمیسیون انتخابات) توسط رئیس جمهور و ۴ تن شان از طرف نماینده خاص سازمان ملل متحد انتصاب می‌شد.[۶۰] عضو چهاردهم آن رئیس دارالانشاء دفتر تنظیم انتخابات بود که حق رأی نداشت. باید

---

۵۳. همان منبع، ماده ۹.

۵۴. وزارت عدلیه ، قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان ، جریده رسمی شماره ۸۱۸، کابل : انتشارات وزارت عدلیه، سال ۱۳۸۲، ماده ۱۵۶.

۵۵. سرور دانش، همان اثر، ص. ۲۶۸.

56. United Nation Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA)

۵۷. وزارت عدلیه ، فرمان شماره (۳۹) رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان، درباره تأسیس کمیسیون مؤقت تنظیم انتخابات، جریده رسمی شماره ۸۱۱، مورخ ۱۳۸۲. ماده ۱ و ۹.

۵۸. وزارت عدلیه، فرمان شماره (۴۰) رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان درباره تأسیس دفتر مشترک تنظیم انتخابات، جریده رسمی شماره ۸۱۱، ۱۳۸۲. ماده ۱.

۵۹. همان منبع ، ماده ۲.

۶۰. وزارت عدلیه، فرمان شماره (۲۴) رئیس جمهوری اسلامی افغانستان درباره برگزاری انتخابات شورای ملی و شورا های ولایتی و ولسوالی، جریده رسمی شماره

گفت که قبل از این تغییرات دفتر مشترک تنظیم انتخابات دارای سه نماینده بدون حق رأی که عبارت بودند از: رئیس دارالانشاء دفتر مشترک تنظیم انتخابات، رئیس دارالانشاء کمیسیون موقت انتخابات و مشاور یوناما در مسایل انتخابات داشت. در کنار دفتر تنظیم مشترک انتخابات، یک کمیته فرعی حقوقی برای بررسی به شکایات رأی دهندگان و مشوره به دفتر مشترک تنظیم انتخابات ایجاد گردید. این کمیته مرکب از دو عضو دفتر مشترک تنظیم انتخابات، یک عضو کمیسیون مؤقت و یک عضو دفتر یوناما بود.[۶۱] قابل تذکر است که مبنای تشکیل این نهاد نیز موافقت‌نامهٔ بن بود.[۶۲]

فرمان رئیس دولت انتقالی اسلامی برای دفتر مشترک تنظیم انتخابات وظایف تقنینی، مشورتی، انتقال فهرست رأی‌دهندگان به کمیسیون دایمی[۶۳] و بررسی شکایات طبق توصیه کمیته فرعی حقوقی[۶۴] را پیش‌بینی نموده بود. همچنان فرمان شماره ۱۱۰ در رابطه به وظایف دفتر مشترک تنظیم انتخابات بیان می‌دارد که "علاوه بر صلاحیت و وظایف مندرج فرمان شماره ۴۰ مورخ ۴ اسد ۱۳۸۲ [۲۶ جون ۲۰۰۳] مسئوولیت کلی آمادگی، تنظیم، برگزاری و نظارت از جریان انتخابات را دارد.[۶۵]

قابل یاد آوریست دولت انتقالی برای اداره انتخابات قانون انتخابات را در سال ۱۳۸۳ تصویب نمود که دراین قانون اداره انتخابات به کمیسیون مستقل انتخابات سپرده شده است[۶۶] اما این قانون در مورد تعیین اعضای کمیسیون چیزی بیان ننموده است. قابل تذکر اینکه اولین انتخابات ریاست جمهوری در سال ۱۳۸۳ و اولین انتخابات شورای ملی در سال ۱۳۸۴ توسط دفتر مشترک تنظیم انتخابات اداره و تدویر گردید. قانون انتخابات از لحاظ حقوقی و روش قانونگذاری دارای خلاهای زیاد در تمام عرصه‌ها مخصوصا اداره و مدیریت انتخابات بود زیرا این قانون در حالات گزار و بدون موجودیت پارلمان از طرف حکومت انتقالی تدوین یافته بود.[۶۷]

---

۸۵۳ ، مورخ ۲۱/ ۰۴/ ۱۳۸۴. ماده ۸.

۶۱. فرمان شماره (۴۰) ماده ۳.

62. Mathew J. Morgan, *A Democracy Is Born: An Insider's Account of the Battle against Terrorism in Afghanistan* (PRAEGER Security International, USA 2007) p 15.

۶۳. فرمان شماره (۴۰) مواد ۴ - ۶.

۶۴. همان منبع، ماده ۷.

۶۵. وزارت عدلیه، فرمان رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان در باره اساسات برگزاری انتخابات در دوره انتقالی، شماره ۱۱۰ جریده جریده رسمی شماره ۸۱۹، دلو ۱۳۸۳. ماده ۱.

۶۶. ۲۴ وزارت عدلیه، قانون انتخابات، جریده رسمی شماره ۸۲۹ ، کابل : انتشارات وزارت عدلیه ، سال ۱۳۸۳.

۶۷. محمد ثنا متین نیکپی، شرح زمانی رویدادهای مهم سیاسی افغانستان: از اجلاس روم تا انتخابات پارلمانی (۲۰۰۰-۲۰۰۵) نشرات سایت انترنتی آریایی، ص ۵۸. قابل دسترس از http://www.ariaye.com/ketab/naikpai/book.pdf تاریخ مشاهده ۲۳ عقرب ۱۳۹۴.

بعد از انتخابات ۱۳۸۳، رئیس جمهور منتخب وظیفه تدویر انتخابات شورای ملی را نیز به دفتر مشترک تنظیم انتخابات تفویض نمود چنانچه فرمان شماره ۲۴ ریاست جمهوری بیان می‌دارد که:

"دفتر مشترک تنظیم انتخابات بر علاوه وظایف و صلاحیت‌های مندرج فرمان شماره ۴۰ مسئولیت آمادگی، تنظیم، برگزاری و نظارت از جریان انتخابات شورای ملی، شورای‌های ولایتی و ولسوالی را بر عهده دارد."[۶۸]

ضمناً به این دفتر صلاحیت تصویب دستورالعمل اجرای انتخابات، نظارت بر اجراآت دارالانشای انتخابات، ثبت نام کاندیدان، رسیدگی به مشکلات ناشی از انتخابات، تصدیق و اعلام نتایج انتخابات نیز سپرده شد.[۶۹] بخاطر سهولت در امور انتخابات دارالانشا انتخابات در چوکات دفتر مشترک تنظیم انتخابات بوجود آمد که رئیس اجرائیوی انتخابات در عین حال رئیس دارالانشاء نیز بود.[۷۰] همچنان صلاحیت ثبت نام رأی دهندگان نیز مربوط دارالانشاء شد[۷۱]قابل تذکر اینکه ثبت نام در دوره انتخابات ریاست جمهوری ۱۳۸۳ توسط دفتر یوناما انجام شده بود.[۷۲] باید گفت که دفتر مشترک انتخابات در انتخابات پارلمانی ۱۳۸۴ در مقایسه با انتخابات ریاست جمهوری سال ۱۳۸۳ بشکل بهتر آماده شده بود.[۷۳] با کسب تجارب از انتخابات گذشته دفتر مشترک تنظیم انتخابات، کمیسیون شکایات را ایجاد نمود که موجودیت آن در عدم حضور یک قوه قضائیه مستقل و کارا یک امر لازمی و ضروری برای تأمین عدالت انتخاباتی بود.[۷۴]

بعد از ختم انتخابات شورای ملی در سال ۱۳۸۴ ریاست جمهوری طی فرمانی وظیفه کمیسیون مشترک تنظیم انتخابات را ختم اعلام نموده و تمام اختیارات آن به کمیسیون مستقل انتخابات منتقل گردید.[۷۵] باید گفت مطابق ماده ۱۵۹ قانون اساسی دولت انتقالی اسلامی باید کمیسیون مستقل انتخابات را ایجاد می‌نمود[۷۶] چون در شرایط انتقالی کمیسیون به تنهایی نمی‌توانست از عهده امور

۶۸. فرمان شماره ۲۴ مورخ ۱۳۸۴ ماده ۱.
۶۹. همان منبع، ماده ۲.
۷۰. همان منبع ، ماده ۳.
۷۱. همان منبع، ماده ۵.
۷۲. فرمان شماره ۸۶ مورخ ۱۳۸۲ ماده ۳.
73. Peter Dimitroff, "The September 2005 Parliamentary and Provincial Elections in Afghanistan" (2006) The National Democratic Institute For International Affairs (NDI) Report, p 9. available at https://www.ndi.org/files/2004_af_report_041006.pdf [accessed 20 October 2015].
74. Peter Dimitroff, id p 10.
۷۵. فرمان شماره ۱۱۰، ماده ۱.
۷۶. قانون اساسی ۱۳۸۲ ماده ۱۵۹ فقره سوم .

بدر آید بناء در چوکات آن متخصصان خارجی نیز حضور داشت که تحت نام دفتر مشترک تنظیم انتخابات، اولین انتخابات ریاستی جمهوری و پارلمانی را راه اندازی و اداره نمود. باید گفت که بعد از کسب تجاربی در زمینه انتخابات بر وفق قانون اساسی و قانون انتخابات، کمیسیون مستقل انتخابات، مستقلانه تشکیل و انتخابات بعدی را اداره و نظارت نمود. ناگفته نماند که مطابق ماده ۱۶۰ قانون اساسی باید تلاش صورت می‌گرفت تا اولین انتخابات ریاست جمهوری و شورای ملی بصورت هم‌زمان دایر گردد[۷۷] که نسبت مشکلات تخنیکی و امنیتی دولت انتقالی اسلامی افغانستان موفق به اجرای هم‌زمان آن نگردید.[۷۸]

۲-۳. مدیریت انتخابات در انتخابات سال‌های ۱۳۸۸ [۲۰۰۹] و ۱۳۸۹ [۲۰۱۰]

انتخابات ریاست جمهوری و شوراهای ولایتی سال ۱۳۸۸ اولین انتخاباتی بود که کمیسیون مستقل انتخابات بصورت مستقلانه بعد از تأسیس این نهاد در سال ۱۳۸۴ [۷۹]مدیریت نمود. درحقیقت این اولین انتخاباتی در تاریخ افغانستان بود که توسط نهادهای افغانی برگزار و مدیریت می‌شد.[۸۰] چارچوب قانونی این انتخابات شامل قوانین و مقررات تصویب شده دوره انتقالی و بعد از آن بود که شامل قانون اساسی، قانون انتخابات ۱۳۸۴، قانون احزاب سیاسی ، مقررات و طرزالعمل‌های تصویب شده توسط کمیسیون مستقل انتخابات می‌شد، صورت گرفت.[۸۱] دراین وقت کمیسیون مستقل انتخابات نه از لحاظ مالی و نه از لحاظ ظرفیت آمادگی لازم برای تدویر انتخابات را نداشت. اما با همکاری جامعه جهانی اقدام به تدویر انتخابات ۱۳۸۸ نمود.[۸۲]

طوریکه بیان گردید، انتخابات ریاست جمهوری ۱۳۸۸ در مطابقت به قانون اساسی، قانون انتخابات و مقررات نافذه آن وقت مدیریت گردید اگر به قانون انتخابات سال ۱۳۸۴ مراجعه کنیم، درمیابیم که اداره انتخابات و نهاد مدیریت انتخاباتی را در فصل دوم خویش مطرح نموده است.

---

۷۷. همان منبع، ماده ۱۶۰.

78. Peter Dimitroff. Id, p 3.

۷۹. فرمان شماره ۲۱ رئیس جمهور جمهوری اسلامی افغانستان در مورد تشکیل کمیسیون مستقل انتخابات، مورخ ۱۰/۳۰/ ۱۳۸۳. قابل دسترس از سایت دفتر مشترک تنظیم انتخابات http://www.iec.org.af/jemb.org/eng/Legal%20Framework/Decree%20on%20the%20Establishment%20of%20the%20IAEC%20(Dari)2005.pdf تاریخ مشاهده ۲۵ قوس ۱۳۹۴.

80. European Union Election Observation Mission, Presidential and Provincial Council Elections 20 August 2009, EU Election Observation Mission Report 2009, p10, available from .http://www.eods.eu/library/FR%20AFGHANISTAN%202009_en.pdf [accessed 22 November 2015].

81. Id, p 14.

82. Andy Campbell, id.

در مطابقت با ماده ۱۵۶ قانون اساسی ۱۳۸۲ قانون انتخابات اداره انتخابات را مربوط به کمیسیون دانسته و حتی صلاحیت ایجاد کمیسیون‌های ما تحت را نیز بخاطر پیشبرد امور محوله به کمیسیون مستقل انتخابات تفویض می‌نماید. [۸۳] این قانون انتخابات بیش‌تر به خطوط سازمانی پرداخته و مسایل مربوط به اداره و مدیریت انتخابات را کم‌تر مورد توجه قرار داده است که این خلا قانونی یکی از عوامل منازعات انتخاباتی بوده است.[۸۴]

ماده نهم این قانون در مورد استقلال کاری و بیطرفی کارکنان کمیسیون مستقل انتخابات است و بیان می‌دارد که کارمندان انتخابات وظایف خویش را بصورت بیطرفانه انجام داده و از هیچ مقام دولتی و غیر دولتی به غیر از رئیس دارالانشای کمیسیون هدایت نمی‌گیرند و تعهد می‌دارند که وظایف محوله را با حسن نیت و امانتداری انجام می‌دهند.[۸۵] قانون انتخابات ۱۳۸۴ در مورد نحوه گزینش اعضای کمیسیون انتخابات چیزی بیان ننموده است. اما عملاً آنها توسط رئیس جمهور انتصاب شدند. چالش‌های بوجود آمده در انتخابات ریاست جمهوری سال ۱۳۸۸ سبب شد تا جامعه جهانی و شورای ملی افغانستان دراین زمینه پیشنهاد اصلاح قانون انتخابات را نمایند تا در مورد شیوه گزینش اعضای کمیسیون مستقل انتخابات تجدید نظر صورت گرفته و در مطابقت با شیوه‌های قبول شده بین‌المللی انتخاب گردند.[۸۶]

نظر به فشارهای جامعه جهانی و نهادهای مدنی حکومت افغانستان تصمیم گرفت تا قانون انتخابات اصلاح گردد.[۸۷] قابل تذکر اینکه درسال ۱۳۸۷[۲۰۰۸] مسوده قانون انتخابات برای تصویب به ولسی جرگه سپرده شده بود اما نسبت اختلافات نمایندگان بر سر بعضی از موضوعات مطرح در مسوده تصویب نشد[۸۸] و درسال بعد پارلمان نمی‌توانست این قانون را تصویب کند زیرا مطابق قانون اساسی افغانستان پارلمان در سال آخر تقنینی، تعدیل قانون انتخابات را نمی‌تواند در

۸۳. وزارت عدلیه، قانون انتخابات، جریده رسمی شماره ۸۵۰، کابل: انتشارات وزارت عدلیه، ۱۳۸۴. ماده ۷.

84. International Crisis Group, Afghanistan: The Long, Hard Road to the 2014 Transition, Asia Report No. 236, October 2012, p3. available from http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/236-afghanistan-the-long-hard-road-to-the-2014-transition [accessed 23 November 2015].

۸۵. قانون انتخابات ۱۳۸۴ ماده نهم.

86. The International Republican Institute (IRI), Afghanistan Presidential and Provincial Council Elections, IRI Observation Mission Report, 2009, p 8. available from http://www.iri.org/sites/default/files/fields/field_eo_report/afghanistans_2009_presidential_and_provincial_council_elections.pdf [accessed 12 October 2015].

87. Shaharazad Akbar and Zubaida Akbar, Election and Conflict in Afghanistan, Friedrich Ebert Foundation, 2011, p 5. Available from http://library.fes.de/pdf-files/iez/08587.pdf [accessed April 2015].

۸۸. سرور دانش، همان اثر، ص. ۲۸۳.

برنامه کاری خود شامل سازد.[۸۹] بناءً رئیس جمهور با استفاده از صلاحیت قانونی خود[۹۰] قانون انتخابات را در ۱۴ فصل و ۶۷ ماده طی فرمان تقنینی در سال ۱۳۸۸ تصویب نمود.[۹۱] قانون انتخابات سال ۱۳۸۸ کدام بخش مشخص در رابطه به مدیریت انتخابات ندارد، حتی وظایف کمیسیون انتخابات نیز بصورت منجسم بیان نگردیده و شیوه تعیین اعضای آن نیز مشخص نیست. وظایف کمیسیون در مواد مختلف بصورت پراگنده بیان شده است.

نکتهٔ دیگری که دراینجا باید بدان اشاره گردد اینست که کمیسیون مستقل انتخابات برای پر نمودن خلاهای قانون انتخابات در سال ۱۳۸۶[۲۰۰۷] مسوده قانون تشکیل و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل انتخابات را ترتیب نموده و برای تصویب به شورای ملی ارسال نمود که شورای ملی بعد از مباحث زیاد بالاخره از طریق کمیسیون مشترک دو مجلس آن را تصویب و غرض توشیح به رئیس جمهور فرستاده شد اما رئیس جمهور بدلیل اینکه این قانون با قانون اساسی در تناقض قرار دارد از توشیح آن امتناع نموده بیان نمود که اخذ رأی اعتماد برای اعضای کمیسیون انتخابات برخلاف قانون اساسی بوده و تعیین آنها ار جمله صلاحیت‌های رئیس جمهور است. رئیس جمهور چنین استدلال می‌کرد که مقاماتی که باید رأی اعتماد بگیرند در قانون اساسی مشخص شده‌اند و اعضای کمیسیون مستقل انتخابات شامل این مقامات نیست.[۹۲]

قانون انتخابات ۱۳۸۸ نیز دارای خلاهای زیاد بود و سبب می‌شد که انتخابات از شفافیت لازم برخوردار نباشد. اکثر تحقیقات انجام شده بر اصلاحات قانونی تاکید می‌نمودند مثلاً انالارسن یکی از محققان واحد تحقیق و ارزیابی افغانستان در تحقیقات خویش در رابطه به اصلاح قانون انتخابات مخصوصاً در رابطه به مدیریت انتخاباتی تاکید می‌کند.[۹۳] زیرا تغییراتی که در قانون انتخابات در سال ۱۳۸۸ بوجود آمده بود بیش‌تر جنبه اداری داشت، به مسایل بنیادی نپرداخته و نمی‌توانست سبب استحکام حاکمیت قانون در نهادهای انتخاباتی گردد، بناء از موثریت لازم بر

---

۸۹. قانون اساسی ، ماده ۱۰۹.

۹۰. همان منبع، ماده ۶۴ فقره ۱۶ و ماده ۷۹.

۹۱. فرمان شماره (۴۳) رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد توشیح قانون انتخابات، جریده رسمی شماره (۱۰۱۱) سال ۱۳۸۸.

92. International Crisis Group, p10.

93. Anna Larson, Democratization and Elections, Afghanistan Research and Evaluation Unit Policy Note Series, March 2010. available from http://www.areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/1007E-Democratisation%20and%20Elections%20PN%20April%202010.pdf [10 June 2015].

خور دار نبوده و نتوانست تغییرات لازم را شکل بدهد.[۹۴]

۳-۳. مدیریت انتخابات در انتخابات سال۱۳۹۳ [۲۰۱۴]

طوریکه بیان شد در یک دهه گذشته (۱۳۸۲ - ۱۳۹۲) [۲۰۰۳- ۲۰۱۳] بعد از تصویب قانون اساسی شش انتخابات عمومی در کشور بر اساس قوانین مصوب قوه اجرائیه برگزار گردید. ضمناً نهادهای انتخاباتی بر مبنای همین قوانین شکل یافته بودند. بالاخره طرح قوانین دو گانه انتخاباتی بر اساس فشارهای نهادهای ملی و بین‌المللی از طریق شورای ملی درسال ۱۳۹۲ [۲۰۱۳] به تصویب رسید. انتخابات پرچالش ریاست جمهوری در تحت همین قوانین تدویر یافت که اینک مدیریت انتخاباتی این دوره را دراین مبحث مورد بررسی قرار می‌دهیم.

ماده ۱۵۶ قانون اساسی وظیفه اداره و نظارت از انتخابات را به کمیسیون مستقل انتخابات تفویض نموده است. این قانون سایر مسایل مربوط به مدیریت انتخابات را به قانون عادی موکول می‌دارد. قانون انتخابات ۱۳۹۲ صرفاً مکلفیت‌های این کمیسیون را بیان نموده است.[۹۵] سایر مسایل مربوط به این کمیسیون به قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون مستقل شکایات انتخاباتی گذاشته شده است.

فصل دوم قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون مستقل شکایات انتخاباتی در مورد تشکیل و طرز فعالیت کمیسیون مستقل انتخابات است. به اساس این قانون این کمیسیون متشکل از یک دفترمرکزی، دارالانشا و دفاتر ولایتی می‌باشد. دفتر مرکزی دارای رئیس، معاون و منشی اند که آنها از بین اعضای آن انتخاب می‌گردد.[۹۶]

ماده هفتم این قانون شرایط کسانیکه که عضویت کمیسیون مستقل انتخابات را بدست آورده می‌توانند چینن بیان می‌دارد: داشتن تنها تابعیت افغانستان، تحصیلات عالی، اهلیت، شهرت نیک و تجربه کاری برای لسانس ۵ سال و بالاتر از آن سه سال، تکمیل سن سی سالگی، عدم محکومیت به جرایم ضد بشری و جنایت و بالاخره عدم عضویت در احزاب سیاسی.

برای اینکه نهاد مدیریت انتخابات کارایی لازم را داشته و انتخابات را بصورت آزاد، عادلانه

---

94. Andy Campbell, id.

۹۵. وزارت عدلیه، قانون انتخابات، جریده رسمی شماره ۱۱۱۲، کابل: انتشارات وزارت عدلیه، سال ۱۳۹۲. ماده ۷.

۹۶. وزارت عدلیه، قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون مستقل شکایات انتخاباتی، جریده رسمی شماره ۱۱۱۲، کابل : انتشارات وزارت عدلیه ،سال ۱۳۹۲، ماده ۵.

و شفاف برگزار نماید این مرجع برعلاوه تشکیلات مستقل به استقلال نهادی نیز ضرورت دارد. اینکه چارچوب حقوقی انتخابات افغانستان تا چه حد در تأمین استقلال نهادی کمیسیون مستقل انتخابات موفق بوده و یاخیر سوالی است که دراین قسمت به آن می‌پردازیم.

قانون انتخابات به نهادهای دولتی و غیر دولتی، احزاب و ائتلاف‌های سیاسی و سازمان‌های اجتماعی وظیفه می‌دهد تا کمیسیون مستقل انتخابات را در پروسه انتخابات همکاری نموده و تصامیم اتخاذ شده این کمیسیون را که متکی بر قانون انتخابات باشد، رعایت و تعمیل نمایند.[۹۷] ضمناً قانون، اشخاص حقیقی و حکمی را از مداخله ای مستقیم و غیر مستقیم در انتخابات منع می‌نماید.[۹۸] این مواد قانون اگر بدرستی تطبیق گردند ضمانت خوبی برای استقلال نهادی کمیسیون مستقل انتخابات خواهند بود.

موضوع نهایت مهم دیگر که به استقلال، بیطرفی و شفافیت کمیسیون مستقل انتخابات مرتبط است و تضمین خوبی برای استقلال نهادی آن بوده می‌تواند عبارت از شیوه گزینش اعضای آنست. طوریکه بیان گردید در قانون اساسی و قوانین انتخاباتی سال های ۱۳۸۳، ۱۳۸۴ و ۱۳۸۸ در مورد شیوه انتخاب اعضای کمیسیون مستقل انتخابات چیزی بیان نشده بود و آنها از طریق رئیس جمهور انتخاب می‌شدند. اما با تصویب قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون‌ها این موضوع چنین تعدیل گردیده است که کمیته گزینش از بین داواطلبان ۲۷ تن را غرض انتخاب به عضویت کمیسیون مستقل انتخابات به ریاست جمهوری معرفی می‌کنند و رئیس جمهور ۹ تن را که حداقل شامل دو زن باشد به عضویت کمیسیون انتصاب می‌کند. نا گفته نماند که کمیته گزینش اعضای کمیسیون مرکب است از رئیس مجلس نمایندگان (ولسی جرگه)، رئیس مجلس سنا (مشرانوجرگه)، رئیس دیوان عالی (سترەمحکمه)، رئیس کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، رئیس کمیسیون مستقل حقوق‌بشر و یک نفر از نهادهای جامعه مدنی.[۹۹] سوالی‌که دراینجا مطرح می‌گردد اینست که آیا این شیوه گزینش تا چه حد می‌تواند در تضمین استقلال نهادی کمیسیون مستقل انتخابات مؤثر باشد؟

دراین رابطه باید گفت تغییرات بوجود آمده دراین رابطه یک گام مثبت است اما در نهایت بازهم

---

۹۷. قانون انتخابات ۱۳۹۲ ماده ۸.

۹۸. همان منبع، ماده ۹ فقره ۱.

۹۹. قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون مستقل شکایات انتخاباتی، ماده ۸.

رئیس جمهور صلاحیت دارد اعضای کمیسیون را از میان یک تعداد افراد معرفی شده از طرف کمیته گزینش انتصاب کند. کدام تضمین قانونی مشخص وجود ندارد که مانع روسای نهادهای فوق الذکر مخصوصاً رئیس مشرانوجرگه، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و رئیس کمیسیون حقوق‌بشر گردد. آنهای که از طرف رئیس جمهور انتصاب می‌شوند در نهایت تحت تأثیر رئیس جمهور عمل خواهند نمود. در رابطه باید دقت شود تا راهکارهای استفاده گردد تا موضوع عدم اطمینان و مکانیزم عدم همه شمول بودن انتخاب اعضای کمیسیون مستقل انتخابات را مرفوع نماید.

ضمناً قانون مصئونیت از تعقیب عدلی اعضای کمیسیون مستقل انتخابات را به رسمیت شناخته و تضمین می‌دارد.[۱۰۰] بخاطر تضمین شفافیت اجراات و استقلال نهادی کمیسیون مستقل انتخابات قوانین انتخاباتی اعضای این کمیسیون را مکلف می‌سازد تا تصامیم خویش را بر منبای "منافع علیای کشور" و احکام قانون اساسی و سایر قوانین اتخاذ نموده و از هر نوع تبعیض، تعصب اجنتناب نمایند.[۱۰۱] اما قانون کدام مکانیزم پاسخگویی مشخص را برای کمیسیون مستقل انتخابات مدنظر نگرفته است. استقلال نهادی کمیسیون مستقل انتخابات به معنی عدم پاسخگویی نیست. عدم پاسخگو بودن کمیسیون مستقل انتخابات یکی از عوامل منازعات و چالش‌های انتخاباتی در کشور بوده است.

چنانچه بحران انتخاباتی در انتخابات ریاست جمهوری سال ۱۳۹۳ سبب گردید تا انتخابات به نتیجه نرسد و دولت وحدت ملی بر منبای توافق دو کاندیدای برتر تشکیل گردد.[۱۰۲] اصلاح نظام انتخاباتی (قوانین و نهادها) از جمله شروط مطرح در تفاهم نامه دولت وحدت ملی بود.[۱۰۳] برای اجرای این اصلاحات رئیس دولت وحدت ملی طی فرمان شماره (۴۰) مورخ ۱۳۹۴/ ۰۴/۲۵ [۱۵ جون ۲۰۱۵] هفت تن را منجیث اعضای کمیسیون ویژه اصلاحات انتخاباتی تعیین نمود و این کمیسیون باید در ظرف سه ماه چارچوب قانونی انتخابات را در افغانستان مورد بررسی قرار داده و

---

۱۰۰. همان منبع ، ماده ۱۱.

۱۰۱. قانون انتخابات سال ۱۳۹۲ ماده

102. International Crisis Group, Afghanistan's Political Transition, Asia Report No 260, 16 Oct 2014, p 20 accessible at http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/260-afghanistan-s-political-transition.pdf [accessed 10 June 2015]

۱۰۳. متن موافقتنامه تشکیل دولت وحدت ملی در افغانستان، ۳۰ سنبله۱۳۹۳ قابل دسترس از http://www.bbc.com/persian/afghanistan/۲۰۱۴/۰۹/۱۴۰۹۲۱_k۰۴_afghan_election تاریخ مشاهده ۲۰ قوس ۱۳۹۴.

پیشنهادات خویش را به دولت وحدت ملی تقدیم می‌نمودند. این کمیسیون بعد از گذشت یک ماه بسته اول خویش تقدیم نمود که کابینه دولت وحدت ملی از جمله یازده پیشنهاد کمیسیون هفت مورد آن را پذیرفت.[۱۰۴]

بالاخره در آخر قوس ۱۳۹۴ بسته نهایی خویش را نیز تقدیم دولت وحدت ملی نمودند. بر مبنای پیشنهادات کمیسیون اصلاحات انتخاباتی، حکومت طی فرامین تقنینی قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون مستقل شکایات انتخابات و قانون انتخابات را تعدیل و غرض تصویب به پارلمان کشور ارسال گردید. ارسال قانون انتخابات به پارلمان در مغایرت با ماده ۱۰۹ قانون اساسی صورت گرفت زیرا مطابق این ماده " پیشنهاد تعدیل قانون انتخابات، در یک سال اخیر دوره تقنینیه در فهرست کار شورای ملی داخل شده نمی‌تواند." حکومت میبایست این قانون را مطابق ماده ۷۹ قانون اساسی از طریق فرمان تقنینی تعدیل می‌نمود. شورای ملی نیز با متکی بر ماده ۱۰۹ فرامین تقنینی در مورد اصلاحات انتخاباتی را رد نمودند.[۱۰۵]حکومت برای بار دوم با وارد نمودن اصلاحات طرح قوانین انتخاباتی را برای شورای ملی ارسال نمود که این بار نیز طرح قوانین مورد تائید ولسی جرگه (مجلس نمایندگان) قرار نگرفته و رد گردید.

بالاخره در ایام تعطیلی شورای ملی حکومت طی مکتوب شماره (۵۳۵۰) مورخ ۱۳۹۵/۴/۳۱ [۲۱ جولای ۲۰۱۶] در زمینه اصلاحات انتخاباتی و وضعیت فرامین تقنینی متذکره از کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی خواهان نظر مشورتی گردید. این کمیسیون طی جلسه مورخ ۱۳۹۵/۵/۳ [۲۴ جولای ۲۰۱۶] چنین ابراز نظر نموده است: چون فرامین از سوی ولسی جرگه رد گردیده و کمیسیون مختلط دو مجلس نیز نتوانستند به نتیجه‌ای برسند پس بر اساس ماده ۱۰۰ قانون اساسی طرح قوانین رد شده محسوب می‌گردد. اما چون انتخابات یکی از حقوق بنیادین مردم بوده و براساس مواد ۴، ۳۳و ۸۳ قانون اساسی ضرورت حفظ و تداوام آن منحیث منبع مشروعیت نظام و یک حق سیاسی اتباع ضروری است. برای جلوگیری از تلف شدن حقوق شهروندان، حکومت

---

۱۰۴. اسدالله سعادتی، اصلاحات انتخاباتی: گزارشی از مطالعات، کارکردها، توصیه ها و پیشنهاد های کمیسون خاص اصلاحات انتخاباتی،کابل: انتشارات سعید، زمستان ۱۳۹۴، صص ۱۲-۱۳.

۱۰۵. گزارش بنیاد انتخابات شفاف افغانستان در مورد پیشرفت ها و چالش ها در روند اصلاحات انتخاباتی، ۵ سرطان ۱۳۹۵ قابل دسترس از .http://www.tefa org.af/images/Extratefafiles/Developments-and-Challenges-of-Electoral-Reforms-Process-۲-۱-۱.pdf [تاریخ مشاهده ۳۰ قوس ۱۳۹۵]

می‌تواند در مطابق به ماده ۷۹ قانون اساسی قانون انتخابات را از طریق فرمان تقنینی اصلاح و تصویب نمایید و این قانون بدون ارائه به شورای ملی قابل تطبیق است.[۱۰۶]

حکومت در روشنایی این نظریه مشورتی قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون‌ها و قانون انتخابات را باهم مدغم نموده و طی فرمان شماره (۱۰۵) مورخ ۱۱ / ۶ / ۱۳۹۵ [۱ آگست ۲۰۱۶] از طریق فرمان تقنینی تصویب نمود.[۱۰۷] بر مبنای این قانون اصلاحات انتخاباتی دوباره ادامه یافته و اعضای جدید برای کمیسیون مستقل انتخابات تعیین گردیدند. اینک در ادامه این بحث اصلاحات بوجود آمده در رابطه به مدیریت انتخابات بصورت مختصر نظر اندازی می‌گردد.

قانون انتخابات جدید استقلالیت و بیطرفی اعضای کمیسیون مستقل انتخابات تاکید نموده بیان می‌دارد که در فعالیت‌های خویش از استقلال کامل برخوردار بوده و حین اتخاذ تصامیم، منافع علیای کشور و قانون اساسی را ملاک عمل خویش قرار داده از اعمال هر تبعیض و تعصب نژادی، قومی، منطقوی، حزبی، لسانی، مذهبی و جنسیتی اباء ورزیده وظایف خویش را با بی طرفی کامل در مطابقت به قانون انتخابات و سایر اسناد تقنینی ایفا نمایند.[۱۰۸]

در قانون جدید، رئیس کمیسیون مستقل انتخابات را اعضای کمیسیون برای مدت دو سال و شش ماه به اساس رأی آزاد، سری و مستقیم انتخاب می‌نمایند. معاونان و سخنگو کمیسیون برای مدت یکسال انتخاب می‌گردند.[۱۰۹] در شرایط عضویت اعضای کمیسیون تغییر مثبت قید حداقل تحصیلات عالی لیسانس در رشته‌های حقوق، شرعیات، علوم سیاسی، اقتصاد و سایر رشته‌های مرتبط آن مدنظر گرفته شده است[۱۱۰] اما قانون انتخابات در رابطه به داشتن تجربه عملی در امور انتخابات را مدنظر نگرفته است.

همچنان باید گفت که ترکیب کمیته‌ای گزینش اعضای کمیسیون مستقل تغییر نموده و قانون ترکیب آن را طور ذیل بیان می‌دارد: یک نماینده با صلاحیت ستره محکمه به حیث رئیس، یک عضو کمیسیون مستقل انتخابات به حیث عضو، یک عضو کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون

---

۱۰۶. نظریه حقوقی کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد احاله رئیس جمهور در باره وضعیت حقوقی فرمان تقنینی شماره ۱۵۹ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۹ در مورد قانون تشکیلف وظایف و صلاحیت های کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون شکایات انتخاباتی، شماره (۵) مورخ ۱۰ / ۵/ ۱۳۹۵ قابل دسترس از ://:http icoic.gov.af/Content/files/نظریه-حقوقی-شماره-۵(۱).pdf [تاریخ مشاهده ۳۰ قوس ۱۳۹۵]

۱۰۷. وزارت عدلیه، قانون انتخابات، جریده رسمی ، شماره ۱۲۲۶ مورخ ۴ میزان ۱۳۹۵.

۱۰۸. همان منبع، ماده ۱۷- ۱۸

۱۰۹. همان منبع ،ماده ۱۱

۱۱۰. همان منبع، ماده ۱۲

اساسی به حیث عضو، نماینده منتخب نهادهای جامعه مدنی مرتبط به انتخابات به حیث عضو و نماینده منتخب نهادهای جامعه مدنی حمایت از حقوق زنان به حیث عضو.[۱۱۱] ترکیب کمیته گزینش یکی از موضوعات بحث بر انگیز در دوره‌های گذشته بوده اگر تغییر موجود در ترکیب آن نظر اندازی گردد یک توازن خوب بین نمایندگان نهادهای حکومتی و جامعه مدنی موجود نیست. ضمناً مسلکی بودن اعضای کمیتهٔ گزینش و آشنایی شان با مسایل انتخاباتی یک امر مهم و ضروری است. زیرا آنها وظیفه‌ای مهم و اساسی را بدوش دارند. در کمیته گزینش که بر اساس این قانون تعیین گردیدند بجز از نمانیده نهادهای مدنی مرتبط به انتخابات دیگران آشنایی لازم با مسایل مربوط به انتخابات را نداشتند. این موضوع بر پروسه گزینش و کیفیت کاری اعضای کمیسیون مستقل انتخابات تأثیر مستقیم دارد. چنانچه موسسه دیده‌بان انتخابات و شفافیت افغانستان در گزارش خویش دراین رابطه چنین بیان می‌دارد: "درجریان مصاحبه‌ها هیچ گونه تجسس صورت نمی‌گرفت تا توانایی‌ها و قدرت خلاقیت و ابتکار کاندیدان مورد ارزیابی قرار گیرد. چنانچه تمرکز بیش از حد اعضای کمیته بر سوالات غیر مسلکی و عدم توجه آنها به تجربه و خلاقیت کاندیدان سبب تا کمیته در شناسایی واجدان شرایط مسلکی به دشواری مواجه گردد."[۱۱۲]

در مورد نحوه تعیین اعضای کمیسیون انتخابات باید گفت که کمیته گزینش از بین کاندیدان بیست و یک تن را به رئیس جمهور معرفی می‌نماید که رئیس جمهور با در نظر داشت ترکیب قومی و جنسیتی از جمله هفت که دوتن آن زن باشد برای دور اول چهار تن را برای پنج سال و سه تن را برای سه سال تعیین می‌نماید. قابل تذکر اینکه اعضای کمیسیون در دوره‌های بعدی برای مدت پنج سال تعیین می‌گردند.[۱۱۳] در عمل کمیته گزینش نسبت عدم نشر معیارهای واضح و مناسب که کمیته را در شناسایی و تفکیک توانایی‌های مسلکی و تجربه کاری کاندیدان کمک کند، مورد انتقاد قرار گرفته است.[۱۱۴]

قانون انتخابات جدید تعدیل لوایح، طرزالعمل‌ها و دستورالعمل‌ها را در جریان انتخابات ممنوع قرار داده است.[۱۱۵] که این موضوع می‌تواند سبب تقویت شفافیت انتخابات گردد. موضوع دیگری

۱۱۱. همان منبع، ماده ۱۳

۱۱۲. موسسه دیده بان انتخابات و شفافیت افغانستان، راپو نظارت از عملکرد کمیته گزینش کمیشنران کمیسیون های انتخاباتی، عقرب ۱۳۹۵، ص ۴ قابل دسترس از http://ewa.org.af/Dari/uploads/team/۱۶۱۴۷۹۲۸۸۶۴۸۲۸۲۴۶۶۷i.pdf-۱۱-۲۰۱۶ [تاریخ مشاهده ۳۰ قوس ۱۳۹۵]

۱۱۳. همان منبع، ماده ۱۴

۱۱۴. موسسه دیده بان انتخابات و شفافیت افغانستان، همان منبع ص ۳

۱۱۵. قانون انتخابات ۱۳۹۵، ماده ۱۹ فقره ۲

که قابل توجه است قانون تذکر می‌دهد "نتایج نهایی انتخابات که بعد از رسیدگی به اعتراضات و شکایات واصله مطابق احکام این قانون اعلام می‌گردد، قابل تغییر نمی‌باشد."[۱۱۶]

یک تغییر مثبت دیگر که در شفافیت انتخابات و مدیریت آن موثریت داشته باشد ، استخدام کارکنان موقت انتخابات در مرکز و محلات انتخاباتی از میان معلمان مکاتب، استادان مؤسسات تحصیلات عالی دولتی و کارکنان ادارات دولتی است.[۱۱۷] سهیم شدن قشر جوان و آگاه در روند انتخابات می‌تواند مانع بعضی از تخطی‌های و خلاف رفتارها گردد. و بالاخره نکته مثبتی که می‌تواند شفافیت انتخابات را افزایش دهد ثبت فهرست رأی دهندگان در مرکز ملی معلومات کمیسیون است که این موضوع در ماده هفتادم و دوم قانون انتخابات بیان گردیده است.

در خاتمه باید گفت با وجود تمام تغییرات مثبت در رابطه به مدیریت انتخابات در قانون جدید، این قانون مانند قوانین انتخاباتی گذشته کدام مکانیزم خاص را که کمیسیون را پاسخگو بسازد مدنظر نگرفته است. گرچه ماده هشتادو نهم قانون کمیسیون را مکلف می‌سازد تا از تمام روند انتخابات قبل و بعد از برگزاری از طریق رسانه‌های همگانی به مردم گزارش ارایه نماید. با آنکه این ماده پاسخگو بودن کمیسیون به مردم را بازگو می‌کند اما مکانیزم و نهاد مشخصی که کمیسیون به آن پاسخگو باشد، مشخص نشده است. در یک تعداد از کشورها کمیسیون های مستقل انتخابات به پارلمان پاسخگواند.[۱۱۸] با وجودیکه در بعضی مواد دیگر قانون نیز از مسوولیت اعضای کمیسیون نامبرده شده مثلاً ماده شانزدهم قانون انتخابات موارد عزل اعضای کمیسیون را بیان می‌دارد و یکی از موارد نقض احکام قانون اساسی و سایر قوانین نافذه بیان گردیده است. اما معلوم نیست که موارد نقض از طرف کدام نهاد مورد بررسی قرار خواهد گرفت. و بر همین منوال ماده هفدهم اعضای کمیسیون را از ارتکاب اعمال تبعیض آمیز و تعصب ممنوع می‌کند. اما کدام مکانیزم مشخص برای جلوگیری از آن و جلوگیر از فساد اعضای کمیسیون مدنظر گرفته نشده است. اینها از جمله مواردی اند که می‌تواند بر کارآیی و اعتبار کمیسیون مستقل انتخابات در آینده اثرگزار باشند.

۴. ضعف‌های قانونی مدیریت انتخابات در افغانستان

شکل گیری و تعدیلات پی‌هم قوانین انتخاباتی طوریکه ملاحظه شد، نشان دهنده کاستی‌ها و

۱۱۶. همان منبع ماده ۸۷ فقره ۵
۱۱۷. همان منبع ماده ۲۳ فقره ۲

118. Helena Catt and other, id at supra Note 13, p 287

ضعف‌های عمده در روند قانونگذاری مدیریت انتخاباتی در کشور است. دراین بخش به این سوال می‌پردازیم که عمده‌ترین ضعف‌های قوانین در عرصه مدیریت انتخابات کدام‌ها اند؟

اساس مشروعیت نهادهای سیاسی و قوانین یک کشور بر قانون اساسی آن متکی است. یکی از وظایف بنیادی قانون اساسی منحیث قانون برتر در جامعه اینست که قانون اساسی با ارائه قواعد و نهادها تلاش می‌کند تا از تناقض میان سایر قوانین جلوگیری نماید. دلیل اینکه قانون اساسی از لحاظ ماهیت، شیوه تصویب و تعدیل با سایر قوانین متفاوت است نیز بر همین موضوع مرتبط است. همچنان قانون اساسی قدرت سیاسی را مشروعیت بخشیده و از طریق تفکیک قوا مکانیزمی را پی ریزی می‌کند تا میان نهادهای فرمانروا تعادل و توازن بر قرار گردیده و مانع مداخله قدرت حاکمه در حقوق و آزادی‌های شهروندان گردد. تفکیک قوا و حاکمیت قانون در جوامع امروزی دو عنصر عمده‌ای قانون اساسی گرایی (constitutionalism) تشکیل می‌دهند. اما قانون اساسی افغانستان منحیث مبنای مشروعیت دهنده قوانین عمل ننموده و تناقض در مواد قانون اساسی و سایر قوانین سبب شده تا قانون اساسی منحیث قانون بنیادی نتواند، مبنای حل این تعارضات قرار گیرد. ضمناً هدف تیوری تفکیک قوا در قانون اساسی افغانستان مدنظر گرفته نشده است که این خود سبب ضعف حاکمیت قانون می‌گردد. تا جایی مشکلات بوجود آمده در انتخابات گذشته نیز مرتبط به همین کاستی‌های قانون اساسی کشور است. ایجاد موسسات سیاسی با در نظرداشت ظرفیت منافع عمومی صورت می‌گیرد اما در افغانستان بر خلاف تحفظ و برتری منافع خصوصی منانع تشکیل نهادهای موثر گردیده است مثلاً تفویض بیش از حد قدرت به رئیس جمهور در قانون اساسی یکی از مثال‌های آنست. در حقیقت تفکیک قوا در قانون اساسی افغانستان بر منبای رقابت میان کارگزاران قدرت استوار است و شرایط بازی قدرت از طریق قدرت غیررسمی تعیین شده تا قواعد حقوق اساسی. انتخابات تجویز شده در قانون اساسی نیز نقش یک مکانیزم تنظیم و تعدیل کننده قدرت بین این بازی گران قدرت را داشته تا منحیث وسیله مشارکت سیاسی مردم در امور سیاسی شان.[۱۱۹]

اگر این موضوع را از دید مقایسوی نظر اندازی کنیم در می‌یابیم نهاد مدیریت انتخاباتی در کشورهای پیشرفته دنیا بیش‌تر در جای از اعتبار زیاد برخوردار است که قانون گذاری به هدف تأمین

---

119. Scott S. Smith," Future of Afghan Democracy," (2014) 3 Intl J of Sec & Development 3-4 available from http://www.stabilityjournal.org/articles/10.5334/sta.dk/ [accessed 14 October 2015].

منافع عمومی بوده بطور مثال نهادهای مدیریت انتخاباتی آسترالیا از اعتبار بالای بین مردم برخور دار اند و از آن در جهان بنام شفاف‌ترین و با اعتبارترین نهاد انتخاباتی نامبرده می‌شود.[۱۲۰] دلیل آن اینست که ساختار نهادی انتخابات در آسترالیا، چه در عرصه قانون گذاری و چه در زمینه مدیریت و اداره انتخابات قویاً به فعالیت‌های پارلمانی استوار است. تاکید حکومت و پارلمان آسترالیا در قسمت قانونگذاری در زمینه انتخابات بیش‌تر بخاطر کنترل مؤثر نظام انتخاباتی، مدیریت و اداره انتخابات دراین کشور است.[۱۲۱]

یک دلیل ضعف دیگر قوانین انتخاباتی در کشور عدم توجه دقیق بر روند قانونگذاری در کشور است. جامعه جهانی و دولت افغانستان نیز به این مسأله بصورت دقیق توجه ننموده‌اند. یعنی توجه بر کیفیت قوانین و جنبه‌های تطبیقی آن کم‌تر صورت گرفته است که خود یکی از مانع روند دموکراسی‌سازی نیز در افغانستان است. در جوامع پسا منازعه مانند افغانستان دقت و تعمق به روند قانونگذاری و کیفیت قوانین بر تطبیق حاکمیت قانون اثر گذار خواهد بود.[۱۲۲] مثال خوب آن عدم توجه و دقت لازم در روند قانونگذاری بر مدیریت انتخاباتی و استقلال سازمانی و حاکمیت قانون دراین نهاد بوده است که کمیسیون مستقل انتخابات نتوانسته منحیث یک نهاد موثر در روند دموکراسی‌سازی در افغانستان فعالیت نموده و اعتماد مردم را جلب نماید و سبب افرایش مشروعیت نظام دموکراتیک گردد. ضمناً قانون یک مکانیزم خوب را بخاطر حمایت از استقلال این نهاد مطرح ننموده است.

با در نظر داشت مطالبی که بیان گردید خلاهای عمده در چهارچوب قانونی انتخابات در افغانستان از ۱۳۸۲ بدینطرف بیش‌تر دراین بخش‌ها وجود داشته است:

- زمان تدویر انتخابات
- نقش، مسوولیت و ساختار نهادهای انتخاباتی
- سکوت قانون اساسی در مورد شیوه تعیین اعضای کمیسیون انتخابات استقلال سازمانی این نهاد را متأثر می‌سازد.[۱۲۳] رئیس جمهور از این خلا و صلاحیت‌های خود بصورت اعظمی

120. Norm Kelly, *Directions in Australian Electoral Reform: Professionalism and Partisanship in Electoral Management* (Australian National University Press, Australia 2012) 9.

121. id, P 23.

122. Zafar Gondal, "Drafting for a Post-Conflict and Collapsed State- The Case of Afghanistan" (2009) 11 Eur. J.L. Reform 369-371, available from http://www.elevenjournals.com/tijdschrift/ejlr/2009/3 [accessed 13 October 2015].

123. European Union Election Observation Mission, Report 2009, id , p16.

مستفید شده و سبب ضعف نهاد مدیریت انتخاباتی گردیده است.

- ثبت نام رأی‌دهندگان
- کوتاهی نهاد مدیریت انتخاباتی در تنظیم بعضی از دستورالعمل‌ها و طرزالعمل‌ها در وقت مناسب.[۱۲۴]
- روش حل و فصل شکایات و اختلافات انتخاباتی [۱۲۵]
- فرمول یا نظام انتخاباتی تک رأی غیر قابل انتقال [۱۲۶]
- عدم موجودیت مکانیزم جوابگویی برای نهادهای انتخاباتی
- عدم توجه قوانین به مسلکی بودن اعضای نهادهای انتخاباتی در افغانستان
- ضعف در تفکیک قوای ارائه شده در قانون اساسی، تفویض قدرت بیش حد به ریاست جمهوری[۱۲۷]

زمان تدویر انتخابات ریاست جمهوری و شورای ملی بصورت منظم زمان بندی نشده است. قانون اساسی بیان می‌دارد که:

"وظیفه رئیس جمهور در جوزای سال پنجم بعد از انتخابات پایان می‌یابد. انتخابات به منظور تعیین رئیس جمهور جدید در خلال مدت سی الی شصت روز قبل از پایان کار رئیس جمهور برگزار می‌گردد."[۱۲۸]

با توجه به ماده فوق انتخابات ریاست جمهوری باید در ماه حمل یا ثور برگزار شود. با در نظر داشت شرایط اقلیمی افغانستان تدویر انتخابات در ماه حمل و ثور با مشکلات زیادی مواجه خواهد بود.

به همین ترتیب باید گفت موجودیت یک مکانیزم عدالت با کارآیی خوب در انتخابات یک امر لازمی است. چنانچه کمیسیاری عالی حقوق‌بشر در نظر تفسیری خویش برموجودیت نهاد

---

124. NDI, Report 2006, Id, p5.

125. International Crisis Group, Afghanistan, Asia Report No. 236, id, p 3.

126. Andrew Reynolds and Andrew Wilder," Free, Fair or Flawed: Challenges for Legislative Elections in Afghanistan" (2004) AERU Briefing Paper 12 available from http://www.areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/433E-Free,%20Fair%20or%20Flawed-BP-print.pdf [accessed 5 November 2015]

127. Office for democratic Institutions and Human Rights, Presidential and Provincial Council Elections, 5 April and 14 June 2014, p 8, available form http://www.osce.org/odihr/elections/afghanistan/129761?download=true [accessed 12 July 2015]

۱۲۸. قانون اساسی ، ماده ۶۱.

رسیدگی به شکایات و اعتراضات انتخاباتی تاکید می‌دارد.[۱۲۹] اما قانونگذار اساسی در افغانستان به اهمیت مکانیزم رسیدگی به شکایات و اعتراضات انتخاباتی توجه ننموده است. زیرا طوریکه بیان شد ماده ۱۵۶ قانون اساسی صلاحیت اداره و نظارت انتخابات و مراجعه به آرای عمومی را به کمیسیون مستقل انتخابات تفویض می‌کند ولی در مورد کمیسیون شکایات انتخاباتی ساکت است. قانون اساسی به یک رکن مهمی که سبب تقویت اعتبار و شفافیت مدیریت انتخاباتی می گردد توجه نکرده‌است. یعنی کمیسیون شکایت مبنای در قانون اساسی ندارد و متکی قانون انتخابات تشکیل گردیده است.

یک تعداد موضوعات مربوط به انتخابات و مدیریت انتخاباتی که باید در جریان تدوین قانون اساسی با مردم شریک ساخته می‌شد و دیدگاه مردم در رابطه به آنها خواسته می‌شد، صورت نگرفت که خود می‌تواند دلیلی برای بروز بعضی ضعف‌ها در عرصه انتخابات در کشور باشد.[۱۳۰]

۵. درس‌های که افغانستان ازکشورهای پس از منازعه میآموزد

دراین بخش به پاسخ این سوال می‌پردازیم که افغانستان از تجارب کشورهای پسا منازعه در ارتباط به مدیریت انتخاباتی چی میآموزد؟

در جوامع پس از منازعه اکثر مسایل مربوط به اداره و مدیریت انتخابات می‌تواند جنبه سیاسی داده شود. بناء برای نهادهای مدیریت انتخاباتی لازم است تا امور محوله را با احتیاط و شفافیت کامل در مطابقت به قوانین و مقررات اجرأ نمایند. بطور مثال شرایط کاندیدان و ثبت رأی‌دهندگان از جمله موضوعاتی اند که دراین جوامع می‌تواند زیاد جنبۀ سیاسی بخود بگیرد. دلیل آن بیش‌تر عدم اعتماد گروه‌های قومی مختلف است و شاید بعضی از ملیت‌ها تصامیم نهاد مدیریت انتخاباتی را به نفع یک گروه قومی خاص تلقی کنند. بدین ملحوظ نهاد مدیریت انتخاباتی نه تنها باید با موضوعات اساس سیاسی برخورد مناسب نمایند بلکه رفتار کارمندان این نهاد دراین جوامع از اهمیت بسزایی برخوردار است و می‌تواند تنش‌های قومی بر انگیزد. ضمناً جوامع مملو از فضای ترس، دلهره و بی‌اعتمادی است پس اندک‌ترین قصور و کوتاهی در مسایل اداری انتخابات می‌تواند

129. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, General Comment No. 25, para 25 available at http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 [visited on 20 December 2016].

130. NDI , Repost, 2006, id, p 3.

منازعات انتخاباتی را دامن زده و مشکلات فراوانی را بوجود آورد. پس در صورت کدام وقوع اشتباه نهاد مدیریت انتخاباتی باید موضوع را به زود ترین فرصت با گروه‌های شامل در انتخابات در میان بگذارد. در چنین جوامع نهاد مدیریت انتخاباتی باید در بدست آوردن اعتماد مردم زیاد تلاش نماید و بیطرفی، شفافیت در امور، توانمندی مسلکی با موجودیت امکانات لازم می‌تواند نهاد مدیریت انتخاباتی را در بدست آوردن اعتماد مردم نهایت کمک کند. [۱۳۱]

اگر این موضوع را در افغانستان ملاحظه کنیم درمیابیم که نواقص زیادی در چهارچوب قانونی انتخابات درافغانستان موجود است اما بیش‌تر ضعف در انتخابات به دلیل عدم تطبیق قوانین و ضعف مدیریت انتخاباتی بوده است تا خلا در قوانین. [۱۳۲]

چهارچوب قانونی انتخابات در جوامع پس از منازعه باید با دقت متناسب با شرایط جامعه مورد نظر طرح و دیزاین گردیده حاوی خصوصیات ذیل باشد:

- چهارچوب قانونی انتخابات باید بصورت نوشته باشد زیرا قوانین نوشته سبب تامین مساوات، شفافیت گردیده و تفسیر و بررسی قضایی آن ممکن بوده و به شهروندان به سهولت بدان دسترسی داشته می‌توانند. [۱۳۳]
- چهارچوب حقوقی باید بصورت واضح روابط نهادها حکومتی را با نهادهای مدیریت انتخاباتی بیان نموده صلاحیت‌ها نهاد مدیریت انتخابات باید بصورت آشکار توضیح گردد زیرا این موضوع تا حد زیاد می‌تواند مانع منازعه گردد. [۱۳۴]
- قوانین و مقررات مربوط به انتخابات باید قبل از برگزاری انتخابات تدوین و تصویب گردند در غیر آن می‌تواند سبب بوجود آمدن تنش‌ها گردیده و پروسه انتخابات را برهم زند. [۱۳۵]
- قوانین، مقررات و لوایح انتخاباتی باید هم در مطابقت با قانون اساسی وضع گردد. مطابقت قوانین انتخاباتی از قانون اساسی یک امر لازمی است. [۱۳۶] بالاخره برای برگزاری انتخابات

---

131. Sofie Dreef and Wolfgang Wagner, "Designing Elections in Conflict- Prone Divided Societies: the Case of South Sudan", Peace Research Institute Frankfurt Report No 112, 2013, p 19. available from http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/prif122.pdf [accessed 10 July 2015].

132. European Union Election Observation Mission, report 2009, id, p15.

133. OSCE/ ODIHR, "Guidelines for Reviewing a Legal Framework for Elections" (the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw 2013) 10.

134. id, p 11.

135. Id, p 11.

136. Jutta Limbach, "The Concept of the Supremacy of the Constitution" (2001) 64 The Modern Law review 1. available

شفاف لازم است تا قوانین و مقررات انتخاباتی با نورم‌های بین‌المللی انتخابات مطابقت داشته باشد. [۱۳۷]

باید افزود که بر مبنای تجارب بدست آمده در کشورهای بعد از جنگ انجمن مدیریت و اداره عامه و ضمناً آژانس بین‌المللی انکشاف کانادا در گزارش شان توصیه می‌کنند که نهادهای انتخاباتی جنبه دایمی داشته و صلاحیت آنها در قانون اساسی درج گردد. اصلاحات دهه سوم دموکراسی دراین عرصه بیش‌تر بر کمیسیون‌های انتخاباتی مستقل برای تدویر انتخابات آزاد، شفاف و عادلانه تاکید نموده و اعضای آن معمولا متشکل از حقوق‌دانان متخصص ، قضات، اعضای احزاب سیاسی، افراد مستقل و نمایندگان سایر بخش‌ها جامعه. عضویت اعضای این کمیسیون ها اکثراً از طریق پارلمان مورد تایید قرار می‌گیرد. در بعضی موارد از طریق نهادهای قضایی و بعضاً توسط نهادهای جامعه مدنی و احزاب که در پارلمان نماینده دارند انتخاب می‌گردند.[۱۳۸]

در موارد زیاد در جوامع در حال‌گذار بسوی دموکراسی اعضای نهاد انتخاباتی از طریق پارلمان انتخاب می‌گردند.[۱۳۹]

تجارب کشورهای پسا منازعه نشان می‌دهد که ترکیب و شیوه تعیین اعضای نهاد مدیریت انتخاباتی دراین جوامع می‌تواند مشکل آفرین گردد بنابراین مساعی جمعی حکومت، احزاب سیاسی و جامعه مدنی می‌تواند دراین زمینه نهایت مثمر واقع گردد. نکته دیگری که دراین جوامع همه شمول بودن تمام روند انتخابات ، بیطرفی ، شفافیت و مسلکی بودن کمیسیون‌های انتخاباتی در تحقق انتخابات آزاد و عادلانه نهایت موثراست.[۱۴۰]

۵. نتیجه‌گیری

نتیجه که از مباحث انجام شده بدست می‌آید اینست که با وجود تصویب چندین قانون انتخابات و تعدیلات وارده در آن، هنوزهم خلاهای در عرصه مدیریت انتخابات در چارچوب قانونی انتخابات

---

from http://www.jstor.org/stable/1097135?seq=1#page_scan_tab_contents [accessed 10 November 2015].

137. OSCE/ ODIHR, id, p 11.

138. Rafael Lopez –Pintor, id pp 32-33.

۱۳۹. سیعد پدرام، "قانون انتخابات و روند اصلاح آن: نگاهی به تجربه جهان و ایران"، مجلس و راهبرد، شماره ۳۶،(زمستان۱۳۸۱)، ص ۱۳۳.

140. Tobias Von Gienanth and others, Elections in Post-conflict Countries- Lessons Learned from Liberia, Sierra Leon, DR Congo, and Kosovo, Report of ZIF/ KAIPTC Seminar, June 12-14, 2008, p 52, available from http://www.zif-berlin.org/fileadmin/uploads/analyse/dokumente/veroeffentlichungen/ZIF_Report_Elections_in_Post-Conflict_Countries_2009.pdf [accessed 5 November 2015].

افغانستان موجود است. نهادهای مدیریت انتخابات در افغانستان بر اساس یک برنامه و هدف مشخص شکل نگرفته است. مداخله قوه اجرائیه و مشخصاً رئیس جمهور در تعیینات اعضای آن و مداخله در امور این نهاد سبب محدود شدن استقلال این نهاد گردیده است. عدم مسلکی بودن و کارایی ضعیف این نهاد سبب شده تا اعتبار خویش را در میان مردم از دست داده و وظیفه و نقشی را که در روند دموکراسی‌سازی در افغانستان باید ایفا می‌کرد، انجام داده نتوانسته است.

به همین منوال قانون اساسی افغانستان از دید مدیریت انتخاباتی، یک سند ناقص است. زیرا این قانون اساسی در تحت تأثیر یک تعداد معدود مشاوران بین‌المللی برای آقای کرزی طرح و تصویب شد. در روند طرح و تصویب قانون اساسی به آن منحیث یک سند بنیادی برای آینده سیاسی افغانستان و گزار به دموکراسی نگاه نشده است.[۱۴۱] بطور مثال قانون اساسی صرفا بیان می‌دارد که " کمیسیون مستقل انتخابات برای اداره و نظارت بر هر نوع انتخابات و مراجعه به آرای عمومی مردم در کشور مطابق به احکام قانون تشکیل می‌گردد."[۱۴۲] اینکه این کمیسیون چگونه تشکیل گردد، مشخص نشده است. قانون اساسی نباید وارد جزئیات شود اما در کشور چند پارچه مانند افغانستان تعیین بعضی از موضوعات برای جلوگیری از سوء تفاهمات و جلوگیری از سوء استفاده گام خوبی خواهد بود. سکوت قانون اساسی دراین مورد، زمینه نفوذ رئیس جمهور در تعیین اعضای کمیسیون را مساعد ساخته بود. ضمناً سکوت قانون اساسی در مورد مکانیزم رسیدگی به اعتراضات و شکایات انتخاباتی به مشروعیت، اعتبار و استقلال این نهاد ضربه زده و این خود می‌تواند بر شفافیت و کارآیی مدیریت انتخاباتی اثرگزار باشد.

خلاصه تکامل نهادهای مدیریت انتخاباتی در افغانستان پلان شده و بر مبنای اهداف مشخص نبوده است زیرا هدف جامعه جهانی و سیاستمداران افغان کاهش گروه‌های مسلح غیر قانونی بوده بناء به این نهاد منحیث یکی از ارگان‌های مؤثر در روند دموکراسی‌سازی مخصوصاً در یک جامعه در حال جنگ توجه نگردیده است. ضمناً تکامل نهادهای مدیریت انتخابات در افغانستان بصورت متداوم با مشکلات مواجه بوده است. مثلا فشار و مداخله قوه اجرائیه در امور داخلی کمیسیون مستقل انتخابات و هم موجودیت شخصیت‌های با نفوذ در مراکز ولایتی آن از جمله عواملی اند

---

141. Martin Hess and others, Preparing for Elections in Afghanistan: Prospect and Challenges, Summary Report ANU College of Asia and the Pacific, 2012, p3, available from file:///C:/Users/M.%20Ayub/Documents/01%20Elections%20and%20Afghanistan%20Report%20May2_2012%20(1).pdf [accessed October 2015].

۱۴۲. قانون اساسی ، ماده ۱۵۶.

که مانع تکامل نورمال نهادهای انتخاباتی در کشور گردیده است. پس تکامل نهادهای انتخاباتی بعد از ۱۳۸۰ در افغانستان بسیار پیچیده بوده است. تاریخ تکامل نهادهای مدیریت انتخاباتی در افغانستان مبین رشد بی ثبات و پیچیده‌ای این نهاد در کشور است. نهادهای موقت اداره و نظارت از انتخابات در کشور را به پیش‌برده اند، پس کمیسیون مستقل انتخابات نتوانسته تجربه لازم را بصورت دوامدار کسب کند. ضمنا در قوانین انتخاباتی گذشته توجه لازم به این نهاد نشده و مداخله تسلط مستقیم رئیس جمهور در تعیین اعضا و مداخله قوه اجرائیه و سایر قدرتمندان در روند کاری آن اعتبار مردم به این نهاد را کاملا زایل نموده است.

۷. پیشنهادات

جهت کاهش کاستی‌ها و ضعف‌های قانونی در عرصه مدیریت انتخاباتی، اگر این موارد مدنظر گرفته شود، مؤثر واقع خواهد:

- قانونگذاری در عرصه مدیریت انتخابات بر اساس یک برنامه و پالیسی آینده نگر.
- اصلاحات در عرصه‌های انتخاباتی و مخصوصا در رابطه مدیریت انتخابات باید با هماهنگی دولت، احزاب سیاسی و جامعه مدنی صورت گیرد.
- حکومت اصلاحات مدنظر را با مردم شریک ساخته و حتی در بعضی موارد نظر مردم خواسته شود.
- مسلکی بودن و تجربه کاری اعضای کمیسیون در کارآیی آن مؤثراست این مورد باید در اصلاحات انتخاباتی مدنظر گرفته شود.
- عمده‌ترین موضوع مهم در رابطه به مدیریت انتخابات استقلال سازمانی این نهاد است. باید یک مکانیزم شفاف و همه شمول مطابق با شرایط عینی کشور، جهت استخدام اعضای کمیسیون مستقل انتخابات بوجود آورده شود.
- در قانون باید مکانیزم‌های شفافی را غرض تضمین استقلال سازمانی کمیسیون مستقل انتخابات باید پیش‌بینی گردد.
- در جریان اصلاحات قانون اساسی مکانیزم حل مسایل مربوط به قانون اساسی و مخصوصاً تعادل و تقابل بین قوا دولت بصورت علمی و مطابق به شرایط عینی کشور مدنظر گرفته شود.

- چون افغانستان یک کشور چند پارچه و دارای اقتصاد ضعیف است. با مراجعه به تجارب بعضی کشورها، جهت شفافیت و سهولت مدیریت انتخاباتی پیشنهاد می‌گردد که در مرحله تعدیل قانون اساسی نظام سیاسی نیمه ریاستی مانند فرانسه درنظر گرفته شود. البته با این تفاوت که رئیس جمهور از طریق شورای‌های ولایتی و شورای ملی بصورت غیر مستقیم انتخاب گردد. برای اینکه تعادل بین نهادها حفظ گردد و مقام ریاست جمهوری و صدارت در اختیار یک حزب قرار نگیرد. باید رئیس جمهور شخص غیر حزبی و نخست وزیر رهبر حزب یا ائتلاف اکثریت در ولسی جرگه باشد. این موضوع هم سبب سهولت در مدیریت انتخاباتی خواهد شد و هم سبب تقویت احزاب سیاسی می‌گردد.
- در تعدیلات قانون انتخابات بعدی یک مکانیزم پاسخگویی مشخص برای نهادهای انتخاباتی مدنظر گرفته شود.

conflicts between different state organs. This problem could only be solved through an amendment of the Constitution. This, however, requires the election of a new Wolesi Jirga.[22] Finally, the deep rift between the Government and Parliament is worrying. In a country that is so tired of conflict and desperate for peace, elected officials should be the first to overcome old divisions and effectively collaborate for the common good.

22. The Members of the Wolesi Jirga are members of the Constitutional Loya Jirga, which is exclusively entitled to change the Constitution (Arts. 110 (1), 111 (2) of the Constitution).

Of course, newly arising external factors may lead to the renewed prognosis that the realization of elections would implicate a high probability of serious violations of provisions or general principles of the Constitution, and force the IEC to further postpone the parliamentary elections and by this justify a further extension of the mandate of the acting Wolesi Jirga. For example, during the colder half of the year - roughly, between the months of Mizan (September/October) and Hamal (March/April) - it can be impossible to travel to some parts of the country due to geographic and climatic conditions such as landslides or mountain passes closed by snow, and thus impossible to realise general elections.

6. Limitations of the powers of an acting Wolesi Jirga

It is important to note that the powers of an acting assembly are significantly limited compared with those of a Wolesi Jirga whose legislative term has not yet lapsed. It is a well-established principle in democracies that elected officials may continue to execute their constitutional functions if it has not been possible to elect their successors in time. However, in such a case they must limit themselves to the most urgent activities and decisions that may not wait until the inauguration of their successors without risking serious damage to the state and its citizens. For instance, they would be allowed to adopt a provisional budget to ensure the maintenance of basic public services without major disruption. By contrast, they would have no mandate to decide on fundamental reforms of the state, the economy or the political system. Such decisions must be left to the new parliament elected in free, general, secret, direct and fair elections and thus enjoying full democratic legitimacy.

7. Conclusions and outlook

This case study allows drawing a number of conclusions. First of all, there is an urgent need to create the necessary preconditions for Wolesi Jirga elections. It might be wise to refrain from attempting to completely alter the electoral system, which might take even more time, and instead to carefully improve the existing system and hold elections as soon as possible. Afghanistan needs a parliament that enjoys full democratic legitimacy. Secondly, the case study has shown that the construction of the National Unity Government, which once served to avoid a further escalation of the struggle between the camps of the competing presidential candidates Ashraf Ghani and Abdullah Abdullah, rather hampers reforms. Thirdly, it demonstrates how the conflicting mandates of the Supreme Court and the ICOIC contribute complicate than facilitate the solution of

Art. 83 (1) the Constitution in its decision to postpone the Wolesi Jirga elections (Art. 9 (2) ICOIC Law). It could also be asked to provide its legal opinion in the form of legal advice to the President or the National Assembly (Art. 9 (3) ICOIC Law), or report to the President upon its own initiative (Art. 9 (6) ICOIC Law). It must be noted, however, that the constitutional basis for the Commission is extremely thin, as its competencies are not at all defined in the Constitution.[20] Moreover, it is still unclear if opinions provided by the ICOIC are advisory or binding.[21]

In contrast, there is a more effective option to independently review at least some of the decisions of the acting Wolesi Jirga. Art. 121 of the Constitution clearly gives the Supreme Court the mandate to review the constitutionality of laws, which includes the question whether the assembly that passed a law had the competency to do so.

5. The IEC's continued responsibility to schedule elections

After the IEC has taken a decision to postpone elections, it must continuously monitor the situation and assess if the external factors that justified the postponement have changed. As soon as the external circumstances allow for the realisation of elections, the IEC must decide on the date, inform the relevant state organs and the public, and start with its preparations.

Elections must be held no later than two months. This time limit is not mentioned in the constitution for this specific situation, but for the case of emergency, which is similar enough to allow for an analogy. Art. 147 sent. 3 of the Constitution provides that "Within two months after the termination of the state of emergency, elections shall be held." Very clearly, the Constitution expects that the IEC will be able to organize elections within two months after exceptional circumstances - here: the state of emergency - have disappeared.

After the elections, the IEC must count the votes, determine the result and announce it, and the newly elected Wolesi Jirga must prepare for its first session. This whole process may not take longer than 60 days, as can be concluded from Art. 83 sent. 3 of the Constitution.

---

20. See Farid Hamidi and Aruni Jayakody, "Separation of Powers under the Afghan Constitution: A Case Study", in AREU Case Study, available at http://www.areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/1507E%20Saperation%20of%20Powers%20Under%20the%20Afghan%20Constitution%20A%20Case%20Study.pdf, accessed on 28th December 2016.

21. Mohammad Hashim Kamali, "Afghanistan's Constitution Ten Years On: What Are the Issues"?, "in AREU Issues Paper", August 2014, p. 11, available at http://www.areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/Afghanistan's%20Constitution%20Ten%20Years%20On%20What%20Are%20the%20Issues.pdf, accessed on 29th December 2016.

to the Supreme Court, asking to clarify the meaning of Art. 83 (1) with a view to the justification of the postponement of the Wolesi Jirga elections.

Another institution that could bring light into the matter is the Independent Commission Overseeing the Implementation of the Constitution (ICOIC), which is mentioned in Art. 157 without any specification of its mandate. The Commission was created as late as in 1389 (2010) after two years of power struggle between the Wolesi Jirga and the Government. Its mandate is rather broad. Art. 8 of the ICOIC Law provides as follows:

For the purpose of a better supervision of the application of the provisions of the Constitution, the Commission shall have the following duties and authorities: (…)

(2) Supervision of the observance and application of the provisions of the Constitution by the President, Government, National Assembly, Judiciary, the administrations, institutions and state and non state organizations;

(3) Providing legal advice relating to issues arising from the Constitution to the President and National Assembly; (…)

(6) Reporting to the President of the Republic any observation of a violation of and deviance from the provisions of the Constitution; (…)."

Art. 9 of the ICOIC Law defines which institutions may submit requests to the Commission:

"Competence to Request

The following higher authorities are competent to refer the issues arising from the provisions of the Constitution to the Commission for the purpose of requesting legal advice:

(1) The President of the Republic;

(2) The two houses of the National Assembly;

(3) The Supreme Court;

(4) The Independent Human Rights Commission, the Independent Elections Commission and the Administrative Reform and Civil Service Commission."

The Commission could thus on the request of the IEC itself or other state organs mentioned in the cited article assess if the IEC has properly applied the provisions of

---

Constitution%20Ten%20Years%20On%20What%20Are%20the%20Issues.pdf, accessed on 26th December 2016. As to the constitutional mandate of the Supreme Court, see also Mohammad Qasim Hashimzai, "The Separation of Powers and the Problem of Constitutional Interpretation in Afghanistan", in: Tilmann J. Röder and Rainer Grote (eds.), Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheavel and Continuity , p. 665 foll., particularly 675-676. For a Dari translation of the article see Journal of Afghan Legal Studies 1 (1394/2015), p. 87 foll.

system of checks and balances between the different state powers and could be tempted to misuse the power to postpone elections for their own interests. Representatives of the Government and of the Wolesi Jirga would be well advised not even to comment on the respective assessments and decisions of the IEC.

It should be noted at this point that an extension of the term of the Wolesi Jirga through presidential decree can hardly be reconciled with the principle of the separation of powers.

4. Possibilities of independent review of the IEC's postponement decisions

Here the question arises as to whether the decisions of the IEC to postpone the elections are subject to independent review. The Constitution does not expressly allocate this task to any state organ. To begin with, the establishment of a special tribunal would violate Art. 122 of the Constitution[18] and the formation of a special commission by the Government or the Wolesi Jirga would be highly problematic with a view to the separation of powers.

The Supreme Court (SC) has a limited mandate in constitutional matters. Art. 121 of the Constitution stipulates:

"At the request of the Government or courts, the Supreme Court shall review the laws, legislative decrees, international treaties and international covenants for their compliance with the Constitution and provide their interpretation in accordance with the law".

The scrutiny of the constitutionality of a decision of the IEC to postpone elections is certainly not included in the first part of the mandate, i.e. the review of constitutionality of specific legal documents. It could though be part of the second, more general mandate of the Supreme Court if this includes the interpretation of the constitution. This is not clearly expressed in the wording of Art. 121, and a matter of controversy since many years. Mohammad Hashim Kamali, however, has convincingly argued that that "if one looks beyond grammar and assumes the overall meaning and purpose of the article, it would make sense to say that constitutional interpretation is included within the SC jurisdiction."[19] The Government could thus submit a carefully formulated request

18. Art. 122 reads: "No law shall, under any circumstances, exclude any case or area from the jurisdiction of the judicial organ as defined in this chapter and submit it to another authority. This provision shall not prevent formation of special courts stipulated in Articles Sixty-Nine, Seventy-Eight and One Hundred Twenty-Seven of this Constitution, as well as cases related to military courts. The organization and authority of these courts shall be regulated by law."

19. Mohammad Hashim Kamali, "Afghanistan's Constitution Ten Years On: What Are the Issues"? in AREU Issues Paper, August 2014, p. 11, available at http://www.areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/Afghanistan's%20

election fraud or irregularities, one can even less speak of external factors.

Finally, and importantly, lack of funding provided by the Government for the elections - which could result in the IEC being unable to realize the polls - is not an external factor and thus cannot justify a decision to postpone the elections. From a constitutional law perspective, the state is unconditionally obliged to provide the funding and all other necessary support for the elections. Similarly, predictable technical or logistical difficulties and the need for electoral reforms cannot justify the postponement of elections. The responsible state organs must take care of these matters in time, including the enactment of the necessary legislation at least one year before the election (Art. 109 AC).

In 1394 (2015), Afghan state officials including IEC representatives mainly explained the postponement of the elections with the delay of the promised reforms and the decision of the international donor community not to provide the necessary funding.[16] However, as explained above, both arguments do cannot serve as justification from a constitutional law perspective. The Afghan Government was obliged to undertake the reforms in time and to provide the funding, no matter from which sources. Accepting the argument that there was not enough money to hold elections would be particularly precarious, as it would invite future governments to delay elections at any time they please with the same excuse.

c) Only IEC mandated to decide on justification of postponement

Answering the question if external factors lead to a high probability that free, general, secret, direct and fair elections for a new assembly cannot be conducted within the constitutionally prescribed timeframe, and if elections therefore need to be postponed, is the exclusive task of the IEC, which has been given the comprehensive mandate and which has the necessary expertise to prepare, conduct and supervise all elections.[17] The necessary assessments, which form the basis of its decisions to schedule and postpone elections, are an integral part of the tasks of the Commission. Neither the Government nor the Wolesi Jirga may take such decisions or influence them, as they are actors in the

16. Statement of Yusuf Nuristani, Chairman of the IEC, in the plenary session of the Wolesi Jirga on 18 May 2015; statement of Sarir Ahmad Barmak, IEC Commissioner in an interview with Tolo News on 20 May 2015; both cited in: Ehsan Qaane and Martine van Bijlert, "Elections in Hibernation: Afghanistan's stalled electoral reform in Afghan Analysts Network", 17 June 2015, available at www.afghanistan-analysts.org/elections-in-hibernation-afghanistans-stalled-electoral-reform, accessed on 28th December 2016.

17. Art. 156 of the Constitution reads: "The Independent Elections Commission shall be established to administer and supervise every kind of elections as well as refer to general public opinion of the people in accordance with the provisions of the law."

system adopted by the constitutional assembly or the legislator: while in most of the voting systems, the votes for the runners-up in the constituency are lost, proportional voting systems try to ensure that all votes are taken into account in the final distribution of parliament seats. But even proportional voting systems cannot achieve absolute equality of votes in the determination of the composition of a parliamentary assembly. Due to different numbers of voters in different constituencies and other factors the impact of individual votes will usually not have exactly the same impact on the election results. It is the duty of the legislator and the IEC to reduce, with their respective means, the inequalities to a minimum.

The criteria of an election being "fair" and "free" further require that undue influence on voters as well as all forms of electoral fraud be eliminated. The Government and National Assembly, when designing the electoral system, and the IEC, when organising elections, must take all the necessary measures within their powers to prevent influence on voters, electoral fraud and other forms of manipulation that could impact the outcome of elections.

As a general rule, the prognosis of a probability of serious violations of provisions or general principles of the constitution that is high enough to justify a decision of the IEC to postpone elections, may only be based on factors that lie outside of the scope of influence of the state. For example, an earthquake that has significantly damaged the infrastructure across the country could prevent the IEC from opening polling stations in some districts.

Afghanistan's volatile security situation, which can definitely impact the IEC's ability to organise elections in certain areas, is only partly an external factor. On the one hand, the risk is real: Voters and polling stations were attacked in past elections by actors that are opposed to the state.[14] On the other hand, the Government has, and must deploy, effective means to reduce their influence on the elections to a minimum.

Likewise, election fraud and similar kinds of irregularities[15] cannot be considered as purely external factors, because the state has and must use its means to prevent them and reduce their effects. If representatives or employees of state institutions are involved in

14. Less security incidents than expected occurred during the 2014 presidential election. See Yaroslav Trofimov, Margherita Stancati and Nathan Hodge, Afghans Turn Out to Vote Despite Taliban Violence inWall Streets Journal, June 16, 2014, available at www.wsj.com/articles/afghans-turn-out-to-vote-despite-taliban-attacks-which-killed-68-people-1402833350, accessed on 29th December 2016.

15. Fraud was a significant problem in the 2014 presidential election. See Carlotta Gall, In Afghan Election, Signs of Systemic Fraud Cast Doubt on Many Votes in The New York Times, 23 August 2014, available at www.nytimes.com/2014/08/24/world/asia/in-afghan-election-signs-of-systemic-fraud-cast-doubt-on-many-votes.html, accessed on 29th December 2016.

1384 (19th of December 2005). Thus, in exceptional circumstances resulting from factors outside the control of the Wolesi Jirga, the Government, and the Independent Election Commission, the continued existence of the Wolesi Jirga as an acting organ is constitutionally justified.

b) Factors justifying the postponement of elections and the acting of a Wolesi Jirga

The continuation of the term of the existing Wolesi Jirga may be justified if free, general, secret, direct (Art. 83 para. 1) and fair (Art. 83 para. 2) elections for a new assembly cannot be conducted within the constitutionally prescribed timeframe for reasons that lie beyond the control of the state organs, and therefore a new assembly cannot convene in time. In the concrete case, the postponement of the 1394 (2015) elections and the continuation of the existing Wolesi Jirga as an acting organ might have been justified, had it been impossible to conduct "general", "fair" and "free" elections. The other constitutional requirements (i.e. secret, direct) seem less relevant in the present context.

"General" elections are elections in which representatives are chosen in all constituencies of the state, with all persons who are entitled to vote having the actual possibility to effectively vote. A fixed number or percentage of constituencies or voters, the exclusion of which would lead to the conclusion that the elections were not "general", cannot be defined. Certainly, not every violation of the right to elect, which is protected in Art. 33 of the Constitution, leads to an election not being "general". To take this effect, the exclusion of citizens or groups of citizens must potentially have an impact on the result of the elections. On the other hand, the possibility of a defective result in just one constituency could be considered sufficient. However, before drawing the conclusion that there is a high probability that an election will not be "general", the IEC, which is in charge of organising the elections, must take all possibilities to reduce the effect of expected deficiencies in consideration. For example, it can plan by-elections in constituencies where external circumstances lead to the substantiated expectation that elections meeting the constitutional requirements cannot be held on the day of the nation-wide vote.

According to Art. 83 para. 2 of the Constitution, "The elections law shall adopt measures to attain, through the electorate system, general and fair representation for all the people of the country (…)."

Elections are "fair" when all votes have the same numerical weight ("one voter, one vote") and have the same chance of influencing the outcome of the election. The actual weight of the vote in determining the outcome of the election depends on the voting

which case the Wolesi Jirga would even be obliged to continue its work. However, its mandate may be extended only for a limited time period. Moreover, being an acting organ, the competencies of such an assembly are limited.

a) Constitution demanding permanent existence of a Wolesi Jirga

The fact alone that Art. 83 does not mention the possibility of a postponement of the election of a new Wolesi Jirga does not imply that such postponement is inadmissible in all circumstances. Such a rigid interpretation of Art. 83 would be contrary to the purpose of the provision and the principle of separation of powers, which it helps to implement. Art. 83 para. 1 sent. 2 rather presupposes that a Wolesi Jirga must exist at any time, without any time gap: "The work period of the House of People shall terminate, after the disclosure of the results of the elections, on the 1st of Saratan of the fifth year and the new parliament shall commence work."

The constitutional principle of democracy (Preamble and Art. 6 of the Constitution) and that of the separation of powers, which forms an essential element of the rule of law (Preamble of the Constitution), also presuppose the permanent existence of a Wolesi Jirga.[12] They do not only entitle the existing Wolesi Jirga to continue to exercise its functions after the 1st of Saratan of the fifth year of its legislative term; they even oblige it to do so, due to its indispensable functions in the state. According to the principle of the separation of powers, the legislative, executive and judicial tasks are assigned to the different state organs in such a way that each of them can control and balance the power of the others. Clearly, the Wolesi Jirga is the most important organ of the legislature and performs two main functions that are essential for the functioning of the state: it passes laws and it exercises control over the executive. Besides it has a number of other important tasks, such as ratifying international treaties and approving the appointment of ministers, Supreme Court justices and members of independent commissions. If the mandate of the Wolesi Jirga ended without the present assembly being replaced by a new one, the Afghan state would fall back into a situation similar to that in which it was during the so-called transitional period when President Hamid Karzai ruled the Islamic Republic of Afghanistan without a parliament.[13] However, the Constitution does not allow such unchecked presidential rule after the end of the transitional period, which terminated with the inauguration of the National Assembly on 28th of Qaws

12. As to the state principles see Ramin Moschtaghi, " Constitutionalism in an Islamic Republic: The Principles of the Afghan Constitution and the Conflicts between them" in Tilmann J. Röder and Rainer Grote (eds.), Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheavel and Continuity, p. 683 foll. For a Dari translation of the article see Journal of Afghan Legal Studies 1 (1394/2015), p. 9 foll.

13. Articles 159-160 of the Constitution.

A few weeks later, President Ghani appointed a Special Electoral Reform Commission (SERC), which presented its proposals in Sunbula 1394 (August 2015). Not surprisingly, the outcome was discussed in a highly controversial manner. While the NUG approved most of the SERC's recommendations, both houses of parliament - the Wolesi Jirga and the Meshrano Jirga - rejected the respective presidential decree. In Jaddi 1394 (December 2015), the SERC issued a new set of proposals.[9]

In the same month, the IEC scheduled Wolesi Jirga elections for the 24th of Mizan 1395 (15th of October 2016)[10]. This decision came as a surprise to most observers, since the electoral reform process was still very unclear. After a heated controversy, the Head of the IEC, Ahmad Yusuf Nuristani, stepped down and the election date was again postponed. An early observation by Martine van Bijlert and Ehsan Qaane proved to be very true:

"The irony of the inclusion of electoral reform in the NUG agreement is that the stipulations that were meant to ensure that electoral reform would be taken seriously, now seem to have had the opposite effect. Substantive electoral planning is deadlocked in the absence of clarity on what kinds of reforms the government might be able to agree upon."[11]

3. Constitutional legality of the extension of the mandate of the Wolesi Jirga

Already in early 1394 (2015), politicians, observers and ordinary citizens raised the critical question of the constitutional legality of the Wolesi Jirga from the 1st of Saratan 1394 (22nd of June 2015) on. Were the Members of Parliament, who had been elected in 1389 (2010) for a period of five years, entitled to continue to convene, vote on legislative bills and take other decisions? Or would all of their decisions taken after the 1st of Saratan 1394have to be considered unconstitutional? The authors of this article have come to the conclusion that the mandate of an elected Wolesi Jirga may be extended beyond the constitutionally defined time limit only in exceptional circumstances, in

9. Shahmahmood Miakhel, "In Afghanistan, No Leadership Means No Elections", in Foreign Policy, 29 January 2016, available at http://foreignpolicy.com/2016/01/29/in-afghanistan-no-leadership-means-no-elections/, accessed on 29th December 2016.

10. Martine van Bijlert, "The IEC Announces 2016 Election Date – but what about Electoral Reform"? ", in Afghan Analysts Network, available at https://www.afghanistan-analysts.org/the-iec-announces-an-election-date, accessed on 29th December 2016.

11. Martine van Bijlert and Ehsan Qaane, Elections in Hibernation: Afghanistan's stalled electoral reform, in Afghan Analysts Network, 17 June 215, https://www.afghanistan-analysts.org/elections-in-hibernation-afghanistans-stalled-electoral-reform, accessed on 29th December 2016. For the text of the NUG agreement see https://www.afghanistan-analysts.org/miscellaneous/aan-resources/the-government-of-national-unity-deal-full-text, accessed on 26th December 2016.

reform the electoral system prompted important donors, including the United Nations Development Programme (UNDP), to freeze funds for related assistance projects.[6]

When it became clear that elections would not be held in time, some jurists and politicians argued that the term of the existing Wolesi Jirga would automatically continue until the Independent Election Commission (IEC) would announce the names of the newly elected Members of Parliament, pointing at Art. 83 para. 1 of the Constitution, which stipulates that the present assembly's term ends "after the disclosure of the results of the elections".[7] However, the cited provision contains further conditions:

Art. 83 para. 1 sentence 2 and 3

"The work period of the Wolesi Jirga shall terminate, after the disclosure of the results of the elections, on the 1st of Saratan of the fifth year and the new parliament shall commence work. The elections for members of the Wolesi Jirga shall be held 30–60 days prior to the expiration of the term of the Wolesi Jirga."

The flexible condition ("after the disclosure of the results of the elections") and the fixed condition ("1st of Saratan of the fifth year") must be fulfilled cumulatively. The wording of this provision does not indicate any hierarchy between these two conditions. Such hierarchy can also not be derived from any systematic or teleological argument. It is important to note that the results of elections can only be disclosed if these have been held, as the constitutional provision specifies, "30–60 days prior to the expiration of the term of the Wolesi Jirga". Holding the elections in time is thus a necessary precondition of the termination of the term of the existing Wolesi Jirga. All three conditions - elections duly held, results disclosed, and the fixed date arrived - had to be fulfilled on the 1st of Saratan of 1394. However, the responsible Afghan state organs irreversibly missed this date. Shortly before the decisive day, President Ghani extended the Wolesi Jirga's term by decree.8

---

without Reform"?, in Afghan Analysts Network, 10 June 2016, available at https://www.afghanistan-analysts.org/pushing-the-parliament-to-accept-a-decree-another-election-without-reform/, accessed on 29th December 2016; and Ali Yawar Adili, Kate Clark, Lenny Linke and Salima Ahmadi, "Another hurdle for elections in 2016: MPs reject presidential decree on electoral commissions"., in Afghan Analysts Network, 17 June 2016, available at https://www.afghanistan-analysts.org/another-hurdle-for-elections-in-2016-mps-reject-presidential-decree-on-electoral-commissions/, accessed on 29th December 2016.

6. Jessica Donatl, "Frustrated donors end funding for Afghan parliamentary elections". Reuters World News, 12 June 2015, available at http://www.reuters.com/article/us-afghanistan-election-idUSKBN0OS18S20150612, accessed on 29th December 2016.

7. Argument presented to the authors of this article in talks at the Wolesi Jirga of Afghanistan, June 2015.

8. Mujib Mashal, "Afghan Parliament's Term Is Extended After Squabbles Delay Elections", in New York Times, 19 June 2015, available at http://www.nytimes.com/2015/06/20/world/asia/afghan-parliaments-term-is-extended-after-squabbles-delay-elections.html?_r=0, accessed on 29th December 2016.

existence of the circumstances justifying the postponement of elections and the scope of the powers of the acting assembly during the interim period are subject to independent review. The example of the postponement of the Wolesi Jirga elections helps to better understand the meaning and the limits of constitutional law in times of crisis.

2. The postponement of the 1394 (2015) Wolesi Jirga elections

According to Article 83 paragraph 1 of the Afghan Constitution, regular Wolesi Jirga elections were due to be held between the 3rd of Sawr and the 2nd of Jawza of the Solar Hijri calendar[1] year 1394 (i.e. between scope of the powers of the acting assembly during the interim period the 23rd of April and 23rd of May of the Gregorian calendar year 2015). However, the elections were not held as the overhaul of the Afghan electoral system, which constituted a central element of the power-sharing agreement between President Mohammad Ashraf Ghani and the so-called Chief Executive Abdullah Abdullah, had not even begun due to disagreement between the two politicians. While both agreed that no election should be held before having introduced a new system of voter registration[2], having allocated a quota of seats to political parties[3] and having taken measures to reduce election fraud[4], they disagreed on the process and the contents of the promised reform. Efforts of the President to introduce a new Elections Law and a Law on the Structure, Duties and Authorities of the Independent Election Commission (IEC) and Independent Electoral Complaints Commission (IECC) through decree failed, as the Wolesi Jirga struck down such decrees in Jaddi 1394 (December 2015) and Jawza 1395 (June 2016).[5] The incapability of the National Unity Government (NUG) to

---

1. The Solar Hijri calendar is the official calendar of Iran and Afghanistan. The year begins on the 20th or 21st March of the Gregorian calendar.

2. Afghan voters hold voting cards that were issued in 2001, which are not limited to particular areas and can thus be used in any polling station. Moreover, voters have been registered three more times since 2001, resulting in a total of 20 million election cards – much more than the estimated 12 million voters. See David Loyn, "Afghanistan's attempts to reform voting face failure", BBC News, 14 February 2015, available at www.bbc.com/news/world-asia-31445182 , accessed on 29th December 2016.

3. Political parties can register officially as organizations but the electoral system does not provide them with any function. See Anna Larson, "Political Parties in Afghanistan, United States Institute for Peace Special Report no". 32, March 2013, available at http://www.usip.org/sites/default/files/SR362-Political-Parties-in-Afghanistan.pdf, accessed on 29 th December 2016.

4. See Scott Smith, *Afghanistan's Troubled Transition: Politics, Peacekeeping and the 2004 Presidential Election*(Boulder, Colorado: Lynne Rienner, 2011); Noah Coburn and Anna Larson, *Derailing Democracy in Afghanistan: Elections in an Unstable Political Landscape* (Columbia, 2014); and Noah Coburn, "Afghanistan: The 2014 Vote and the Troubled Future of Elections", Chatham House, (March 2015), available at www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20150319Afghanistan2014VoteCoburn.pdf, accessed on 29th December 2016.

5. Ali Yawar Adili and Martine van Bijlert, "Pushing the Parliament to Accept a Decree: Another Election

Delays of Elections and the Constitutional Legitimacy of the Jirga

Tilmann J. Röder
and Rainer Grote

Table of Contents

1. Introduction
2. The postponement of the 1394 (2015) Wolesi Jirga elections
3. Constitutional legality of the extension of the mandate of the Wolesi Jirga
4. Possibilities of independent review of the IEC's postponement decisions
5. The IEC's continued responsibility to schedule elections
6. Limitations of the powers of an acting Wolesi Jirga
7. Conclusions and outlook

1. Introduction

The repeated postponement of the elections to the Wolesi Jirga, which were supposed to be held in the Persian calendar year 1394 (2015), has raised a number of difficult questions of constitutional law. Like most constitutions, the "Basic Law" of the Islamic Republic of Afghanistan neither defines or lists the circumstances in which elections may be postponed, nor does it clarify the implications a postponement has for the legal validity of acts taken by elected state organs once their constitutional term has expired. This article examines which constitutional principles, apart from the doctrine of necessity, have to be taken into account in assessing these questions. In particular it analyses the relevance and the meaning of the principles of democracy, rule of law and separation of powers in this context. It also discusses if, and to which extent, the

بخش دوم

حقوق جزاء و جرم شناسی

جزاء حقوق اوجرم پیژندنه

Criminal Law and Criminology

مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از جرائم تروریستی

نویسنده: دکتر علی‌محمد میرزایی[1]

چکیده

بر اساس اصل کلی در حقوق جزا زمانی که جرمی اتفاق افتد هرگونه خسارتی که از جرم ناشی می‌گردد فاعل جرم باید خسارات ناشی از آن را جبران کند. اما در بعضی از حالات از جمله در جرایم تروریستی امکان دارد که فاعل جرم مورد شناسایی قرار نگیرد، یا اینکه فرار کند، یا اینکه ادله کافی علیه او موجود نباشد، یا اینکه اموال کافی برای جبران خسارات در اختیار نداشته باشد. سوالی که دراین خصوص مطرح می‌گردد این است که در جرایم تروریستی خساراتی که از جرم ناشی می‌گردد و معمولا حجم این خسارات زیاد است و فاعلین آنها کم‌تر مورد شناسایی قرار می‌گیرند خسارات را چه کسی باید جبران کند. آیا در جرایم تروریستی می‌توان دولت را مسئول جبران خسارات دانست. اگر دولت را مسئول جبران خسارات دانست مبنای مسئولیت او چیست. شرایط و نحوه جبران خسارات توسط دولت چگونه باید باشد. دراین نوشتار سعی می گردد به این سوالات پاسخ داده شود.

کلمات کلیدی: مسئولیت حقوقی- مسئولیت اجتماعی- خسارات- مجنی‌علیه- دولت

---

۱. استاد حقوق دانشگاه ابن سینا.

مقدمه

تروریسم روزبه روز در حال گسترش است و به گونه خطری جدی کل بشریت را تهدید می‌کند. تروریسم تمامی دولت‌ها، ملت‌ها، افراد را مورد هدف قرار می‌دهد. چون جنگی است که دارای قیود و قوانین نیست. تروریسم جنگی است که برای آن میدانی برای جنگ وجود ندارد. نظامیان و اشخاص ملکی، پیر و جوان، مرد و زن در آتش شعله‌های آن می‌سوزند. تروریسم جنگی است که می‌تواند در داخل طیاره، در سطح کشتی یا داخل قطار یا جاهای عمومی رخ دهد. حوادث تروریستی می‌تواند در داخل قلمرو جغرافیایی یک کشور محدود گردد همچنین می‌تواند در قلمرو چند کشور رخ دهد. تروریستان می‌توانند از ملیت‌های مختلف باشند یا اینکه اعمال تروریستی را در قلمرو یک کشور مرتکب گردند و به قلمرو کشور دیگری فرار نمایند. اهداف تروریستان نیز می‌تواند متفاوت باشد در بعضی از موارد اشخاص عادی مورد هدف قرار می‌گیرند و در بعضی از موارد افراد دولتی و در بعضی از موارد نیز آنانی که مصونیت بین‌المللی دارند مانند نمایندگان سیاسی کشورها. از همین جهت بسیاری از کشورها معاهدات و پیمان‌های بین‌المللی را امضاء نموده‌اند تا اینکه با یکدیگر تبادل اطلاعات داشته باشند، گروه‌های تروریستی را تسلیم نمایند و آن‌ها را محاکمه نمایند.

گزارش شاخص جهانی تروریسم در سال ۲۰۱۳ نشان می‌دهد که ده هزار حمله تروریستی در سال ۲۰۱۳ انجام شده است که نسبت به سال قبل رشد ۴۴ درصدی را نشان می‌دهد. این گزارش توسط «موسسه اقتصاد و صلح» تهیه شده می‌گوید که در سال ۲۰۱۳ حدود ۱۸۰۰۰ نفر در اثر حملات تروریستی جان خود را ازدست داده‌اند که هشتاد درصد آن‌ها در کشورهای عراق، سوریه، افغانستان، پاکستان و نیجریه قربانی شده‌اند؛ بنابراین گزارش، عراق با ۶۳۶۲ یعنی بیش از یک‌سوم کشته ها، بزرگ‌ترین قربانی حملات تروریستی بوده است.

در قسمت جرائم تروریستی آنچه در وهله اول مدنظر قرار می‌گیرد، مجازات فاعلین این گونه از جرایم است. پرداخت خسارات به قربانیان این گونه از جرایم که موضوع نوشتار حاضر است در درجه دوم اهمیت است. جبران خسارات قربانیان جرائم تروریستی از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. هیچ شکی وجود ندارد، ضررهای که قربانیان جرائم تروریستی متحمل می‌گردند، باید دولت‌ها بخش بزرگی از این خسارات را بر عهده گیرند. این‌گونه نباشد که تمامی این ضررها بر دوش قربانیان این‌گونه از جرائم قرار گیرد و آنان حق هیچ‌گونه مطالبه خسارات را نداشته باشند.

بعد از جنگ جهانی دوم، علم بزه دیده شناسی به وجود آمد که اهتمام خاصی به حقوق مجنی‌علیه نمود. به این اعتبار که او طرف ضعیف در یک رفتار مجرمانه است که نمی‌تواند ضرر را از خود دفع نماید. البته این امری بدیهی است که فاعل جرم باید خسارتی که از او به دیگری وارد شده است را جبران نماید.

سیاست جنایی بیش‌تر کشورها امروزه به یک رابطه جرمی، یعنی متهم تکیه می‌کند. اینکه دادرسی او عادلانه باشد، در محکمه ای عادلانه محاکمه شود؛ اما معمولاً جانب دیگر قضیه یعنی مجنی‌علیه به فراموشی سپرده می‌شود.

سیاست جنایی که تنها اکتفا به مجازات مجرم داشته باشد و به مجنی‌علیه اجازه دهد که برای جبران خسارت علیه مجرم از طریق اقامه دعوی مدنی در محکمه جزایی یا دعوی جبران خسارت در محکمه مدنی اقدام کند، وافی به مقصود نیست؛ زیرا در بعضی از جرائم، فاعل جرم مجهول است یا اینکه فاعل جرم معلوم است اما معسر است. در چنین حالاتی دولت به عنوان تأمین کننده نظم و امنیت در جامعه باید مسئولیت جبران خسارات چنین اشخاصی را بر عهده گیرد.

سابقه جبران دولتی خسارات به قانون حمورابی بر می‌گردد، دراین قانون در دو جرم سرقت و قتل حاکم ملزم شده بود جبران خسارت کند. در جرم سرقت در ماده ۲۳ این قانون حاکم ملزم شده بود تا از طریق پرداخت خسارت، مساعدتی را صورت دهد و در جرم قتل هم حاکم ملزم شده بود تا به ورثه مجنی‌علیه قیمت مشخصی از فضه را پرداخت کند زمانی که قاتل شناسایی نگردد.

در نظام حقوق اسلام هم قواعد به گونه‌ای تنظیم شده اند تا به مجنی‌علیه دیه پرداخت گردد خواه از طرف خود شخص جانی، خواه از طرف عاقله او و خواه از طرف بیت‌المال مسلمین در جایی که جانی مجهول باشد یا معسر باشد یا زمانی که عاقله نتواند دیه را پرداخت کند. زیرا قاعده‌ای در حقوق اسلام وجود دارد مبنی بر اینکه « خون هدر نمی‌رود.»[۲] قولی است که به حضرت علی منسوب شده است. هم چنین پیامبر اسلام فرموده است. « من وارث کسی هستم که وارث ندارد، عاقله او هستم و از او ارث می‌برم»[۳]

در روایتی آمده است اگر مسلمان محقون‌الدمی کشته شود و قاتل وی به هر علت قصاص نشود

---

۲. لا یطل دم فی الاسلام. رک: علاءالدین بن مسعود الکاسانی، بدائع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ط۲، ج۷، (بیروت، دارالکتاب العربی)، ص. ۲۰۶؛ محمد بن ادریس الشافعی، الام، ج ۶، (مصر، دارالشعب)، ص ۱۱۷؛ محمد ابوزهره، العقوبه فی الفقه الاسلامی، (القاهره، دارالفکر العربی)، ص. ۶۳۳.

۳ . انا وارث من لا وراث له اعقل منه و ارثه.

حال یا بدان علت که قتل صورت گرفته عمدی نبوده و یا اگر هم عمدی بوده به علت موانع ثبوتی یا اجرایی قصاص، نوبت به قصاص نرسد، در هر صورت خون وی هدر نمی رود و باید دیه نفس در ازای آن پرداخت شود.[۴]

هم چنین کنفرانس فقه اسلامی در تونس منعقده بین ۱۴ تا ۱۹ دسامبر ۱۹۷۴ موضوع جبران دولتی خسارات برای مجنی‌علیه را مورد مباحثه قرار داد و به اصل شناخته شده « خون در اسلام هدر نمی‌رود.» استناد نمود. یکی از توصیه‌های این کنفرانس این بود: "از اصول شریعت اسلامی این است که فرد در اجتماع حق دارد مورد حمایت و رعایت قرار گیرد. زمانی که دولت اسلامی پیشگیری از جرم را بر عهده می‌گیرد در صورتی که به این هدف دست نیافت بر دولت است که توازنی که با وقوع جرایم به هم خورده است را اعاده کند. اصل بر این است که اعاده توازن را بر عهده جانی گذارد اما در صورتی که جانی شناخته نشد و یا اینکه شناخته شد ولی خود او یا عاقله اش از پرداخت دیه عاجز بودند؛ دراین صورت لازم است که دیه از بیت المال پرداخت گردد."[۵]

جرمی بنتام در نیمه دوم قرن ۱۹ ضرورت ایجاد نظام برای جبران دولتی خسارات را مورد اشاره قرار داد. او استدلال کرد زمانی که جانی معسر است، دولت باید خسارات مجنی‌علیه را پرداخت کند؛ زیرا این امر امکان پذیر نیست که مجنی‌علیه ضرری که به جسم یا اموال او وارد شده است را به تنهایی تحمل کند. بلکه لازم است اجتماعی که وظیفه حمایت و محافظت از او را رها نموده است چنین ضرری را جبران کند، این نتیجه طبیعی ناتوانی اش در پیش‌گیری از وقوع جرم است.[۶]

انریکو فری نیز در کتاب جامعه شناسی جنایی تصریح می‌کند که وظیفه دولت است که حقوق مجنی‌علیه را از طریق پرداخت فوری خسارت در زمان وقوع جرایم رعایت کند. هم چنین گارو فالو ضرورت ایجاد صندوق جبران خسارات را پیشنهاد می‌کند زمانی که برای مجنی‌علیه که از جرم متضرر می‌گردد امکان گرفتن خسارت از فاعل جرم وجود ندارد.[۷]

---

۴. احمد عابدینی، "قاعده ارزش خون"، مجله فقه، سال یازدهم، چهلم.

۵. محمود محمود مصطفی، "حقوق المجنی‌علیه فی الاجراآت الجنائیه فی الشریعه و القانون"، مجله البحوث القانونیه و الاقتصادیه، جامعه المنصوره، العدد الثانی، (سنه ۱۹۸۷)، ص. ۳.

۶. عادل محمد الفقی، حقوق المجنی علیه فی القانون الوضعی مقارنا بالشریعه الاسلامیه، رساله الدکتوراه فی الحقوق، مناقشه فی جامعه عین الشمس بکلیه الحقوق، سنه ۱۹۸۴، ص. ۲۴۲؛ به نقل از: عبدالرحمان خلفی، "مدی مسئولیه الدوله عن تعویض ضحایا الجریمه، دراسه فی الفقه و التشریع المقارن"، مجله الشریعه و القانون، العدد السابع و الاربعون، (یولیو، ۲۰۱۱)، ص. ۳۱۳.

۷. زکی زکی حسین زیدان، حقوق المجنی علیه فی التعویض عن ضرر النفس، دارالفکر الجامعی، السکندریه، (مصر، دون ذکر الطبعه و السنه)، ص. ۱۹۰، به نقل از: الدکتور عبدالرحمان الفقی، منبع قبلی، ص. ۳۱۴.

در سطح بین‌المللی اعلامیه مجمع عمومی سازمان ملل متحد راجع به عدالت برای قربانیان جرم و سوء استفاده از قدرت به موجب قطعنامه شماره ۴۰/۳۴ در ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ به تصویب رسید. در مواد هشتم تا سیزدهم اعلامیه، به یک شیوه مهم جبران خسارت قربانیان جرایم پرداخته شده است. بر این اساس در ماده ۸ آمده؛ « مجرمان یا اشخاص ثالث که به جهت رفتار شان مسئول شناخته شده اند، باید به گونه‌ای عادلانه ضررهای قربانیان، خانواده و اقارب شان را جبران نمایند. چنین جبران خسارتی شامل استرداد اموال یا پرداخت وجوهی برای آسیب یا ضرر وارده، پرداخت هزینه های متحمل شده در نتیجه قربانی کردن دیگران و اعاده حقوق آن‌ها می‌شود». ماده ۹ نیز به این امر پرداخته که دولت‌ها باید قوانین، مقررات و رویه‌های خود را ارزیابی نمایند تا جبران خسارت به عنوان حکمی مفید و قابل اعمال در کنار سایر ضمانت های اجرای کیفری باقی بماند.

اگر موظفین خدمات عامه یا دیگر عواملی که با صلاحیت رسمی یا شبه رسمی فعالیت می‌نمایند، قوانین جزایی ملی را نقض نمایند، قربانیان باید غرامت و خسارات خود را از دولتی که مأموران یا عوامل او مسئول ضررها و آسیب‌های وارده اند، دریافت نمایند. همچنین در مواردی که به جهت اعمال قدرت اجرایی دولت، فعل یا ترک فعلی که منجر به ورود ضرر و آسیب به دیگران شده باشد نیز دولت باید غرامت قربانیان را پرداخت نماید.

آنچه دراین اعلامیه مهم است و با بحث ما ارتباط می‌گیرد ماده ۱۲ اعلامیه است که در آن بیان شده است زمانی که جبران خسارت توسط مجرم یا دیگر منابع به طور کامل امکان پذیر نباشد دراین موارد دولت تلاش نماید تا خسارات مالی این افراد را جبران نماید:

الف) قربانیانی که در اثر جرایم مهم دچار آسیب‌های بدنی قابل توجه یا اختلال روحی یا جسمی شده‌اند؛

ب) خانواده و بستگان اشخاص متوفی یا آن‌های که در اثر اقدامات مجرمانه توانایی جسمی یا روحی خود را از دست داده‌اند.

جامعه جهانی بزه دیده شناسی به منزله مهم‌ترین سازمان غیر دولتی بین‌المللی در زمینه بزه دیدگان، با همکاری موسسه بین‌المللی بزه دیده شناسی دانشگاه تیلبرگ هولند پیش نویس کنوانسیونی را برای سازمان ملل تنظیم می‌کنند که در صورت تصویب تحول شگرفی در ملاک‌های جهانی حمایت از بزه دیده ایجاد خواهد کرد. پیش نویس کنوانسیون ۲۰۰۶ که از یک دیباچه و ۲۵ ماده در چهار بخش تشکیل شده، در بردارنده ملاک‌های گوناگونی در زمینه حقوق بزه دیدگان

و حمایت از آنهاست که نسبت به اعلامیه ۱۹۸۵ نوآورانه اند. ماده ۱۰ پیش نویس زیر عنوان جبران خسارت از جمله ترمیم، ضمن پذیرفتن رکن‌های جبران خسارت در اعلامیه، ترمیم را در معنایی ناهمسان با دیگر سندهای که این اصطلاح را به کار برده اند، به منزله رکن اصلی جبران خسارت در نظر گرفته است. بند های ت-ث-ج (۱) ماده ۱۰ ضمن اشاره به اهمیت اجرای حکم جبران خسارت، تقدم آن بر دیگر ضمانت اجراها (مانند جزای نقدی، ضبط و مصادره.) و نیز آسان کردن آن از رهگذر حقوق مدنی را پیش‌بینی کرده و بدین سان، بر اصالت جبران خسارت به منزله یکی از دو ضلع حق جبران تأکید کرده‌اند.[۸]

۱. مفاهیم

در خصوص مفاهیم و تعاریف به کار رفته دراین نوشتار، باید مفهوم جرایم تروریستی، مفهوم قربانی را موردبحث و مطالعه قرار داد.

۱-۱. مفهوم تروریسم و جرائم تروریستی

در زبان انگلیسی کلمه Terreur به فعل لاتینی Ters بر می گردد که به معنای ترساندن یا ترس و وحشت است که بیش‌تر مشتقات آن حول همین معانی مشخص می‌چرخند. مرحوم علی اکبر دهخدا در لغت نامه‌ی خود آورده است: «ترور مأخوذ از فرانسه و به معنی قتل سیاسی به وسیله ی اسلحه در فارسی متداول شده است. تازیان معاصر، اهراق را به جای ترور به کار برند و این کلمه در فارسی به معنی وحشت و خوف آمده است.»[۹]

در حقوق بین‌الملل تعریف جامع و شناخته شده‌ای از تروریسم وجود ندارد. بارزترین اختلافات در خصوص مبارزات آزادی بخش ملی است که برخی آن‌ها را مبارزان راه آزادی و برخی دیگر آن را تروریسم به حساب می‌آورند. البته در سال ۱۹۳۷ با نظارت جامعه ملل کنوانسیون مربوط به جلوگیری و مبارزه با تروریسم تهیه شد اما هرگز به تصویب دولت‌ها نرسید. دراین کنوانسیون تروریسم چنین تعریف شده بود:

«اعمال جنایی علیه یک دولت به‌طوری‌که ماهیت یا هدف آن ایجاد وحشت در بین

---

۸. مهرداد رایجیان اصلی، "تحول حقوق جهانی بزه دیدگان بر پایه اصل هم ترازوی حقوق بزه دیده و متهم در بستر دادرسی عادلانه"، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷، (پاییز و زمستان ۱۳۵۸)، ص. ۱۵۵.

۹. علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، ذیل واژه ترور و تروریسم.

اشخاص معین، گروهی از اشخاص یا مردم عادی است.»[۱۰]

در معاهدات بین‌المللی درباره تروریسم عمدتاً به مصادیق تروریسم و اقدامات غیرقانونی خاص مانند طیاره ربایی، سوء قصدهای تروریستی با استفاده از مواد منفجره و. پرداخته شده است. در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری سال ۱۹۹۸ نیز به دلیل اختلاف نظر کشورها در تعریف تروریسم، این پدیده تحت شمول جرائم تحت صلاحیت دیوان آورده نشد.

نهایتاً در سندی که سازمان ملل متحد درباره تجدید ساختار خود در سال ۲۰۰۴ منتشر نمود، بخشی به تعریف تروریسم اختصاص یافت و سر منشی سازمان ملل متحد در گزارش سال ۲۰۰۵ خود از این تعریف حمایت کرده است: «علاوه بر مواردی که قبلاً در کنوانسیون های موجود ممنوع شده است هر عملی که با نیت مرگ یا ایجاد زخم های شدید بدنی به افراد عادی یا غیرنظامی با هدف ایجاد خوف و ترس در بین مردم یا جماعتی و یا اجبار یک دولت یا یک سازمان بین‌المللی به انجام یا ترک فعلی باشد، تروریسم نام دارد.»[۱۱]

در حقوق داخلی «قانون مبارزه با جرائم تروریستی» در بند اول ماده سوم جرایم تروریستی را چنین تعریف می‌کند: «جرائم تروریستی، ارتکاب اعمال جرمی مندرج این قانون است، به منظور تحت تأثیر قرار دادن سیاست دولت افغانستان یا دولت خارجی و یا مؤسسات و سازمان های ملی یا بین‌المللی یا بی ثبات ساختن نظام دولت افغانستان و یا دولت خارجی.»

فصل دوم قانون به جرائم تروریستی و مجازات آن‌ها اختصاص داده شده است. مطابق این فصل، جرائم ذیل، جرائم تروریستی محسوب می‌گردند:

تصرف یا تحت کنترل قرار دادن طیاره، کشتی و یا محل هدایت (سکو) ثابت.

- جرائم علیه مصونیت هوایی.
- جرائم علیه میدان‌های هوایی.
- جرائم علیه راکب کشتی‌ها و تأسیسات ثابت.
- جرائم علیه اشخاص.
- جرائم علیه اشخاص دارای مصونیت بین‌المللی.

---

10. Guillaume, 1989, pp. 302-303.

به نقل از: حبیب حبیب زاده، "حقوق بین‌الملل بشردوستانه و مبارزه با تروریسم"، معارف اسلامی و حقوق، سال هشتم، شماره اول(، بهار و تابستان ۱۳۸۶) ص. ۶۴.

۱۱. اردشیر امیر ارجمند، "تروریسم و تحولات حقوق‌بشردوستانه بین‌المللی"، مجله پژوهش حقوق و سیاست، (۱۳۸۴)، ص. ۲۵.

- جرائم استفاده از مواد منفجره و وسایل کشنده.
- جرائم مواد هسته‌ای.
- تخریب تأسیسات زیربنایی.

چنین به نظر می‌رسد که قانونگذار مجموعه‌ای از اعمال را از جمله جرایم تروریستی می‌داند که در فصل دوم قانون احصاء شده اند. این اعمال زمانی وصف جرایم تروریستی را می‌گیرند که عنصر معنوی آنها مطابق بند اول ماده سوم تحت تأثیر قرار دادن سیاست دولت افغانستان یا دولت خارجی و یا مؤسسات و سازمان‌های ملی یا بین‌المللی یا بی ثبات ساختن نظام دولت افغانستان و یا دولت خارجی باشد.

هم چنین در بند دوم ماده سوم این قانون تروریست و سازمان تروریستی را عبارت از شخصی حقیقی یا حکمی می‌داند که یکی از جرائم مندرج این قانون را مرتکب گردیده باشد یا مطابق قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل تروریست یا سازمان تروریستی شناخته شود، مشروط براینکه قطعنامه از طرف شورای ملی تصدیق گردیده باشد.

۲. مفهوم قربانیان جرائم تروریستی

در اسناد بین‌المللی، اعلامیه اصول بنیادی عدالت برای بزه دیدگان جرم و قربانیان سوء استفاده از قدرت که توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به موجب قطعنامه شماره ۴۰/۳۴ در سال ۱۹۸۵ تصویب شد در ماده اول بخش الف، بزه دیده را چنین تعریف می‌کند:

«بزه دیدگان اشخاصی اند که در پی فعل‌ها یا ترک فعل های ناقض قوانین کیفری دولت‌های عضو از جمله قوانینی که سوءاستفاده مجرمانه از قدرت را ممنوع کرده‌اند به صورت فردی یا گروهی به آسیب از جمله، آسیب بدنی و روانی درد و رنج عاطفی، زیان اقتصادی یا آسیب اساسی به حقوق بنیادین خود دچار شده اند.»

در حقوق داخلی «قانون اجراآت جزایی»[۱۲] به جای اصطلاح بزه دیده از اصطلاح مجنی‌علیه استفاده نموده است و در بند ۱۶ ماده ۴ آن را چنین تعریف نموده است: «مجنی علیه شخصی است که از اثر ارتکاب جرم به وی ضرر جسمی، مادی یا معنوی عاید گردیده باشد.»

۱۲. وزارت عدلیه، قانون اجراآت جزایی، جریده رسمی، تاریخ نشر ۱۵ ثور ۱۳۹۳، نمبر مسلسل (۱۱۳۲).

۲. مبانی مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از جرائم تروریستی

در بحث اینکه آیا دولت مسئولیتی در قبال خسارات ناشی از جرائم و به طور خاص جرائم تروریستی دارد یا خیر، دو نظریه مختلف ابرازشده است. دسته‌ای از حقوق دانان مسئولیت دولت را منتفی می‌دانند. آنان به دلایل ذیل برای اثبات نظریه خود استناد می‌نمایند.

۱. اگر مسئولیت دولت را بپذیریم این به معنای از بین رفتن مسئولیت فردی و شخصی در مجازات است.

۲. مسئولیت دولت برای جبران خسارات حرص افراد را برای ارتکاب جرم، مانع نمی‌گردد بدین منظور است که افراد خودزنی می‌کنند تا اینکه بتوانند خسارات از دولت دریافت نمایند.

۳. تعهد دولت برای جبران خسارات در نهایت به ملت تحمیل می گردد درحالی‌که ملت مرتکب جرم نشده اند.

۴. مسئولیت دولت در جبران خسارات باعث هدر رفتن اموال و فشار مالی سنگین بر دولت می‌گردد.

در پاسخ به انتقاداتی که از جانب مخالفان مسئولیت دولت وارد شده است، موافقین مسئولیت دولت به این انتقادات چنین پاسخ داده اند.

۱. در پاسخ به اینکه مسئولیت دولت، باعث از بین رفتن مسئولیت فردی و شخصی در مجازات می‌گردد گفته شده است که نظام مسئولیت دولت در جبران خسارات یک نظام مسئولیت احتیاطی است و زمانی به آن متوسل می گردیم که امکان دریافت خسارات از مجرم نباشد. همچنین این حق برای دولت باقی است که برای آنچه پرداخته است به مجرم مراجعه نماید.

۲. در پاسخ به اینکه مسئولیت دولت باعث فشار سنگین بر دولت می‌گردد این‌چنین پاسخ داده شده است که دولت برای اصلاح مجرمین، مصارف سنگین را متحمل می‌گردد پس از باب اولویت رعایت حال مجنی‌علیه لازم و ضروری است.

۳. در پاسخ به اینکه در نهایت مسئولیت بر ملت تحمیل می‌گردد درحالی‌که ملت در ارتکاب جرم نقش نداشته اند، گفته شده است که از باب تضامن اجتماعی بین افراد اجتماع و نیز جزای نقدی که دولت حاصل می‌کند و به آن اختصاص می‌دهد.

علاوه بر آن اگر مجرم تنها مسئول جبران خسارات شخص مجنی‌علیه باشد، در غالب موارد این امر امکان پذیر نیست که خسارات جبران گردد، زیرا در غالب موارد ممکن است که مجرم فرار

نماید، یا اینکه مجرم مورد شناسایی قرار نگیرد، یا اینکه معسر باشد. دراینجاست که عدالت اقتضاء می‌کند، دولت در جبران خسارات مجنی‌علیه سهم بگیرد.

با این‌حال امروزه این امری پذیرفته شده است که دولت‌ها در قبال خسارات ناشی از جرائم تروریستی دارای مسئولیت هستند؛ اما آنچه باید دراین خصوص مورد بررسی قرار گیرد مبانی مسئولیت دولت هاست. در خصوص مبنای مسئولیت دولت در جبران خسارات دو مبنا ارائه شده است. اول مبنای حقوقی و دوم مبنای اجتماعی.

۲-۱. مبنای حقوقی مسئولیت دولت

به لحاظ تاریخی، مارگری فرای از اولین دسته اشخاصی بود که بیان داشت دولت در قبال زیان دیدگان جرائم دارای مسئولیت حقوقی است. دولت مکلف است تا خساراتی که به آنان وارد شده است جبران کند، زیرا به مسئولیت خود در حفظ امنیت و حمایت از شهروندان و اشخاص مقیم در قلمروش عمل ننموده است. مارگری فرای در سال ۱۹۵۱ کتابی تحت عنوان «سلاح قانون» منتشر ساخت و در آن بیان داشت که جبران خسارات فردی توسط شخصی دیگر در تمامی حالات، تمامی ضررهای که از جرم به وجود آمده است را تحت پوشش قرار نمی‌دهد، در بعضی از حالات خسارات ناشی از جرم آن قدر سنگین است که از عهده فرد جانی بر نمی آید تا تمامی آن ها را جبران کند. بعد از گذشت شش سال از انتشار کتاب سلاح قانون مارگری فرای مقاله ی «عدالت برای قربانیان» را منتشر ساخت و درآن بیان داشت که دولت از اموال عمومی خسارات قربانیان جرائم را جبران کند. او دراین مقاله مثال عملی از قضای انگلستان را بیان داشت که بر اساس آن در سال ۱۹۵۱ محکمه جنایی انگلستان، حکم حبس دو شخص را صادر نمود که باعث کور شدن شخصی دیگر شده بودند. محکمه مدنی هم حکم به پرداخت خسارات به مجنی‌علیه به مقدار ۱۱۵۰۰ پوند داد که هر هفته ۵ شیلینگ پرداخت شود. برای پرداخت این مقدار خسارت ۴۴۲ سال لازم بود که تمامی آن‌ها پرداخت شود.[۱۳]

دراینجا بود که او پیشنهاد نمود تا یک نظام عمومی به وجود آید که در آن دولت خسارات مجنی‌علیه در جرائم خشونت بار را جبران کند. تا اینکه آحاد مردم از خطرهای جرائم ایمن گردند. نویسنده مقاله بهترین روش را برای تمویل نظام جبران خسارات، اخذ مالیات می‌داند.

۱۳. هشام محمد علی سلیمان، مدی التزام الدوله بتعویض ضحایا الجرایم الارهابیه بین الشریعه الاسلامیه و القانون الوضعی، جامعه نایف العربیه للعلوم الامنیه، کلیه الدراسات العلیا، (الریاض ۲۰۰۵ م- ۱۴۲۶ ه)، ص. ۲۲۸-۲۲۹.

آنانی که مسئولیت حقوقی را توجیه می‌کنند به دلایل ذیل استناد می‌کنند:

۱. دولت در زمان کنونی متعهد به حمایت از نظام، گسترش امنیت عمومی و نظارت بر اشخاص را دارد. افراد را از داشتن سلاح منع می‌کند تا اینکه خود وظیفه حمایت از مال و جان آن‌ها را بر عهده گیرد، پس دولت به این راضی می‌گردد که تعهد جبران خسارت از جرائمی که به شهروندان او وارد می‌گردد را بپذیرد در مواردی که دسترسی به مجرمان نیست تا بتوان آن‌ها را به چنگ قانون سپرد.[۱۴]

۲. دولت در عصر حاضر آیینه صداقت برای شهروندان خود باشد به گونه‌ای آنچه را آن‌ها خواسته اند در قوانین خود پیاده نماید. در نظر خواهی که یکی از مؤسسات آمریکایی در سال ۱۹۶۵ نموده است این سؤال طرح شده بود در فرضی که شخصی، دیگری را به قتل رساند آیا بر دولت لازم است که خسارات مجنی‌علیه را پرداخت کند؟ در پاسخ به این سؤال ۶۲ درصد نظر مثبت داده اند؛ ۲۹ درصد نظر منفی و ۹ درصد نظری نداشته اند. بدین ترتیب بود که در بسیاری از ایالات قوانینی به تصویب رسیدند که امکان جبران خسارات مجنی‌علیه از اموال دولت را فراهم می‌ساخت.

۳. دولتی که سیاست جنایی سزا دهنده دارد و افراد را به حبس‌های طویل و دائم محکوم می‌کند به گونه‌ای که فاعل جرم نمی‌تواند خسارات را پرداخت کند، لذا دولت باید دراین خصوص اقدام نموده و خسارات مجنی‌علیه را بپردازد.

۴. نباید از این بیم داشت که خزانه دولت تهی گردد یا کاهش یابد به جهت خساراتی که به مجنی‌علیه دولت می‌پردازد؛ زیرا دولت می‌تواند به جانی مراجعه کند و خساراتی را که پرداخت نموده است از او دریافت دارد و یا اینکه به مسئول حق العبدی رجوع نماید.[۱۵]

۵. اصل تساوی بین تمامی افراد جامعه که در قانون اساسی کشورها ذکر گردیده است، این امر را برای دولت الزام آور می‌سازد تا زمانی که به مجنی‌علیه ضرری وارد گردد آن را جبران نماید. اصل تساوی این مفهوم را می‌رساند که بین جانی دارا و معسر، جانی که مورد شناسایی قدرت عمومی قرار می‌گیرد و جانی که مورد شناسایی قدرت عمومی قرار نمی‌گیرد. در

---

۱۴. حیاتی، یعقوب محمد، تعویض الدوله للمجنی علیهم فی جرایم الاشخاص دراسه مقارنه فی علم مجنی علیه، مطابع صوت الخلیج، (الشارقه، ۱۹۷۸) ط ۱، ص ۱۴۰-۱۴۲؛ به نقل از هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۳۲.

۱۵. هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۳۴.

تمامی این حالات خسارات مجنی‌علیه جبران گردد. اگر در حالت دارا بودن جانی خسارت جبران گردد و در حالت اعسار او خسارت جبران نگردد، این خلاف اصل تساوی است؛ زیرا اصل تساوی اقتضاء دارد که در هر حالتی خسارات مجنی‌علیه جبران گردد. زمانی که دولت جبران خسارات ناشی از جرائم را بر عهده می‌گیرد، همانا تطبیق اصل قانون اساسی و اصل تساوی افراد در جامعه هست.

۶. بعضی از قوانین قدیم مانند قانون حمورابی التزام و تعهد دولت را برای جبران خسارات قربانیان جرم مورد شناسایی قرار داده بود خصوصاً در دو جرم قتل و سرقت. پس دولت‌های کنونی نیز باید خسارات قربانیان جرائم تروریستی را جبران نمایند.

۷. کنگره بین‌المللی حقوق جزا در بوداپست (۹-۱۴ سپتامبر ۱۹۷۴) توصیه نمود که پرداخت خسارت به مجنی‌علیه حق اوست نه منت و اعطاء به او. بدین معنا که دولت متعهد است تا بدون قید و شرط مانند نیاز مجنی‌علیه یا رابطه قرابت بین قربانی و جانی، یا حصول تقصیر از جانب او در پیشگیری از جرم، خسارات او را جبران نمایند.[۱۶]

نتایجی که از مبنای حقوقی مسئولیت دولت ناشی می گردند به قرار ذیل است:

تعهد دولت به جبران خسارت مجنی‌علیه، حق قانونی اوست. مجرد هبه یا اعطاء برای او نیست. منبع چنین تعهدی همان جرمی است که قدرت عمومی نتوانسته است مانع وقوع آن گردد. پس پرداخت خسارت نباید به نیاز مجنی‌علیه یا ورثه او موکول گردد. تعدادی از کنگره‌های بین‌المللی حقوق جزا این موضوع را مورد تائید قرار داده اند؛ مانند کنگره بین‌المللی اول برای مجنی‌علیه که در سال ۱۹۶۸ در لس‌آنجلس ایالت کالیفرنیا منعقد گردید. این کنگره توصیه نمود خساراتی که دولت به قربانیان جرم پرداخت می‌کند، حق تمامی شهروندان است. لذا نیاز یا عدم نیاز مجنی‌علیه نباید مورد اعتنا قرار گیرد. تعهد دولت به جبران خسارت شامل تمامی ضررها می‌گردد از هر نوع که باشد مثل ضرر مالی (مانند سرقت یا اتلاف عمومی) ضرر جسمی (مانند کوری دائمی و...) و یا ضرر معنوی (دشنام و قذف). اقدام دولت باید از ارگان قضایی دارای صلاحیت حکم گردد؛ زیرا حکم به خسارت از افعال مضر، از صلاحیت محاکم مدنی یا جزایی است.[۱۷] طرفداران مبنای

---

۱۶. مصطفی محمود محمود، حقوق المجنی علیه فی القانون المقارن، ط ۱، (مطبعه جامعه القاهره، ۱۹۷۵)، فقره ۸۵، ص. ۱۳۱؛ به نقل از هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۳۵.

۱۷. حیاتی یعقوب محمد، منبع قبلی، ص. ۱۷۷-۱۸۰؛ به نقل از: هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۳۶.

مسئولیت حقوقی دولت برای مسئولیت دولت مبانی زیر را مطرح می‌نمایند.۲-۱-۱- مسئولیت قراردادی دولت

برخی از نویسندگان به مسئولیت مدنی دولت در جبران خسارات مجنی علیهم به نظریه قرارداد اشاره نموده‌اند. به عنوان مثال دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی دراین زمینه بیان می دارد:

«{دلیل} سوم مسئولیت دولت در قالب قرارداد اجتماعی نسبت به شهروندان است که مهم ترین آن تأمین امنیت است و حال که در اثر قصور عمدی یا نا آگاهانه دولت، بخشی از شهروندان متضرر شده اند، دولت باید جایگزین شهروند متخلف شود و خسارت را بپردازد؛ چون تأمین امنیت از وظایف دولت و خصایص حاکمیت ملی است.»[۱۸]

برخی دیگر از نویسندگان مسئولیت قراردادی دولت را نه بر اساس قرارداد اجتماعی بلکه بر اساس قرارداد ضمنی میان افراد و دولت می‌دانند. دکتر آشوری دراین زمینه بیان می دارد: «درواقع امر، وظیفه دولت در ازای اخذ مالیات از شهروندان، پیشگیری از ارتکاب جرم و تأمین آسایش و آرامش آنان است. لذا در مواردی که قدرت عمومی به این وظیفه خود عمل نکند و یا تحت شرایط خاصی به پیشگیری از وقوع جرم متعذر باشد، جبران خسارت بزه دیده باید بر مبنای اصول حقوق عمومی و با رعایت نصفت از سوی دولت صورت پذیرد.»[۱۹]

ایرادی که بر نظریه مسئولیت قراردادی دولت وارد شده است چنین است:

"برخلاف قرارداد اجتماعی که جامعه را زائیده قرارداد و نه یک ضرورت انسانی می داند، باید با اندیشمندانی که جامعه را یک ضرورت انسانی و ناشی از مدنی الطبع بودن انسان می‌دانند، هم عقیده بود. به عبارت دیگر پیش فرض قرارداد اجتماعی این است که انسان‌ها آزاد به دنیا آمدند و آزاد زندگی کرده و می کنند؛ لکن چون هیچ کس نمی‌تواند به تنهایی حوایج خویش را بر آورده سازد، از باب ضرورت و ناچاری به تشکیل جامعه دست یازیدند؛ بنابراین اگر انسان‌ها بتوانند به تنهایی حوایج و نیازهای خویش را برآورده سازند، به تشکیل جامعه دست نمی‌زنند؛ زیرا تشکیل اجتماع مستلزم گذشتن و صرف نظر کردن از بخشی از آزادی‌های فردی است که مخالف سرشت آدمی است. در مقابل این نظریه، نظریه مدنی الطبع بودن انسان مطرح است. مطابق این نظریه، آدمیان از تنهایی گریزان اند. انسان‌ها در درون ذات خود، تمایل و گرایش و بلکه بالاتر از آن نیاز به دیگران

۱۸. علی حسین نجفی ابرندآبادی، تقریرات درس سیاست جنایی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۷۸-۷۹، به کوشش فاطمه نقاد، دانشگاه شهید بهشتی، ص. ۴۱.
۱۹. محمد آشوری، عدالت کیفری، ص ۱۹۹.

را احساس می‌کنند و لذا به فرض که انسان همه نوع امکانات برایش فراهم باشد و خود بتواند همه نیازهایش را مرتفع سازد، باز به دیگران احتیاج دارد. به‌عبارت دیگر برخی نیازهای انسانی آن گونه است که جز با تشکیل جامعه، حال در مقیاس کوچک مثل خانواده یا درمقیاس بزرگ‌تر مثل ملت و دولت، تأمین نمی‌شود."[۲۰]

۲-۱-۲. نظریه ضمان قهری

یکی دیگر از نظریاتی که در توجیه مسئولیت حقوقی دولت ازآن استفاده شده است، نظریه ضمان قهری یا مسئولیت مدنی دولت است. دراین نظریه سه مبنا برای مسئولیت حقوقی دولت ارائه شده است: تقصیر، خطر و تضمین حق. هریک از این مبانی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

الف- تقصیر

مهم‌ترین مبنای مسئولیت مدنی، نظریه تقصیر است. مطابق این مبنا هر شخصی که در ورود ضرر به دیگری مقصر باشد، مسئولیت دارد و هر شخصی که در انجام فعل زیان‌بار مقصر نباشد، مسئولیت ندارد. این نظریه با ایرادات جدی روبرو شده است.

ایراد اول: دولت‌ها همواره سعی می‌کنند که اقدام‌های خود را بر اساس حاکمیت توجیه نمایند. زمانی که اقدام دولت از جمله اعمال حاکمیتی تلقی گردید، دولت مسئولیت خود را در خصوص چنین اعمالی نمی‌پذیرد.

ایراد دوم: در بسیاری از موارد واقعاً نمی‌توان دولت را مقصر دانست. چرا که وقوع جرم امری گریزناپذیر بوده است و هیچ‌کس حتی دولت جایگزین فرضی هم نمی‌توانستند از وقوع آن جلوگیری کند. بااین‌وجود چگونه می‌توان گفت دولت تقصیر کرده است؟ جرم لازمه زندگی بشر است: لازمه زندگی بشری برخورد و اصطکاک است. بله! می‌توان میزان جرائم را با اتخاذ سیاست‌های مناسب کاهش داد، ولی هیچ‌گاه نمی‌توان آن را به طور کامل از بین برد. در نتیجه همه موارد وقوع جرم را نمی‌توان به پای دولت نوشت.[۲۱]

ب- نظریه خطر

مطابق این نظریه، همین که شخصی زیانی به بار آورد، باید آن را جبران کند، خواه کاری که سبب ایجاد ضرر شده است، صواب باشد یا خطا. آنچه دراین زمینه شایان توجه است، انتساب ضرر به

۲۰. احمد حاجی ده آبادی، جبران خسارت بزه دیده به هزینه دولت و نهادهای عمومی، چ اول (انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸) ص. ۲۱۶.
۲۱. احمد حاجی ده آبادی، منبع قبلی، ص. ۲۳۱.

بار آمده و فعالیت مسئول است نه تقصیر او. زیان دیده کافی است ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر ناشی از فعل خوانده دعوی (مدعی علیه) است. پس به جای اثبات تقصیر، دادرس باید به احراز این رابطه بیندیشد.[۲۲]

خانم دلماس مارتی دراین زمینه چنین بیان می‌دارد «مسئولیت جامعه که دولت نماینده آن است، در حقوق. بر نظریه خطر (جامعه به موسسه‌ای می ماند که اعضای بهره مند از آن یعنی شهروندان، خطرات مرتبط با آن را نیز متحمل می‌شوند) مبتنی است.»[۲۳]

نظریه خطر یا نظریه منافع را در مسئولیت دولت چنین می‌توان به کار برد که تشکیل جامعه یک‌سری منافعی را برای اعضای تشکیل‌دهنده آن دارد در کنار این منافع یک‌سری ضررهای هم به وجود می‌آید از جمله این ضررها وقوع جرایم است. لذا همانگونه که اعضای تشکیل دهنده یک جامعه، از منافع تشکیل دولت مستفید می‌گردند باید خساراتی که از جرائم دراین جامعه ناشی می‌گردد را نیز متقبل گردند و آن را جبران نمایند. این همان قاعده من له الغنم فعلیه بالغرم در قواعد فقهی است.

مهم‌ترین ایرادی که بر این نظریه وارد شده است این است که مسئولیت شخص فاعل جرم چگونه توجیه می‌گردد؟ یعنی حال که مردمان با تشکیل جامعه از منافع آن بهره جسته اند، باید به جبران خسارات بزه دیدگان جرائم که در واقع ناشی از تشکیل اجتماع است بپردازند. خوب! پرسش اصلی این‌است که چگونه می‌خواهیم بزهکار را دراین میان نه تنها مسئول، بلکه تنها مسئول واقعی جبران خسارت بدانیم؟ چگونه می‌توان او را بر دولت در جبران خسارت بزه دیده مقدم دانست؟ و چگونه می توان دولت را در رجوع به بزهکار جانشین بزه دیده دانست؟[۲۴]

ج- نظریهٔ تضمین حق

به موجب این نظریه که به وسیله استارک در فرانسه مطرح شده است. در تبیین نظریه گفته شده است:

«هرکس در جامعه حق دارد که سالم و ایمن زندگی کند و از اموال خود سود برد. این حق به وسیله‌ی قوانین حمایت شده است و ضمانت اجرای این حمایت مسئولیت مدنی متجاوز

---

۲۲. ریپر، قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، ش ۱۱۶؛ استارک، تعهدات، ش ۴۳ به بعد؛ به نقل از: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: الزام های خارج از قرارداد، ضمان قهری، چ هشتم، (تهران، انتشارات دانشگاه تهران،۱۳۸۶)، ص. ۱۹۶-۱۹۷.

۲۳. مری دلماس مارتی، نظام های بزرگ سیاست جنایی، ص. ۴۱.

۲۴. احمد حاجی ده آبادی، منبع قبلی، ص. ۲۳۴.

است. همه وظیفه دارند که به حقوق دیگران احترام گذارند و ایمنی سایرین را به خطر نیندازند. همین که حقی از بین برود باید به وسیله ی تلف کننده‌ی آن جبران شود و ما الزام به جبران این خسارت را مسئولیت مدنی می‌نامیم. به بیان دیگر: صدمه به حق حمایت شده دلیل کافی برای تعیین ضمانت اجرای آن است. این ضمانت نامه چیزی جز الزام به جبران آنچه رخ داده نیست؛ یعنی مسئولیت مدنی کسی که سبب آن شده است.»[۲۵]

اما چطور می‌توان از این نظریه در مسئولیت مدنی در قبال جرائم تروریستی بهره برد. در پاسخ می‌توان گفت ازآنجایی‌که یکی از حقوق اساسی هر شهروندی در یک جامعه سیاسی، حق امنیت است که در پرتو این حق دیگر حقوق معنا و مفهوم می‌یابند. لذا دولت‌ها مکلف به تضمین حق امنیت برای شهروندان خود هستند. حال اگر این حق شهروندی سلب شد دولت‌ها مکلف هستند آن را جبران نمایند.

اما ایراد اساسی که این نظریه برای مسئولیت مدنی دولت دارد دراین است که حتی در نظریه تضمین حق باید رابطه سببیت بین عمل زیان بار و ایراد ضرر وجود داشته باشد و این مشخص است که در یک جرم رابطه سببیت بین عمل مجرم و زیان وارده به مجنی‌علیه دارد. درحالی‌که بین این رابطه سببیت بین فعل یا ترک فعل دولت و فعل زیان بار وجود ندارد. پس چطور می‌توان بر مبنای نظریه تضمین حق، مسئولیت مدنی دولت را نتیجه گرفت. نظریه تضمین حق درصدد نفی رابطه‌ی سببیت بین فعل زیان بار و ایراد ضرر نیست حتی در همین نظریه باید رابطه سببیت را همچون نظریه تقصیر و نظریه خطر اثبات نمود.

۲-۲. مبنای اجتماعی مسئولیت دولت

مبنای اجتماعی مسئولیت دولت زمانی مطرح می‌گردد که نظریه‌های راجع به مسئولیت حقوقی نتوانند یک تعهد حقوقی بر عهده دولت برای جبران خسارات ناشی از جرائم به طور کلی و جرائم تروریستی به طور خاص نهند. پس اگر نظریه‌های راجع به مسئولیت حقوقی می‌توانستند، مسئولیت دولت را اثبات نمایند دیگر نیازی به متوسل شدن به مبنای اجتماعی برای مسئولیت دولت نبود.

دیگر اینکه بحث مبنای اجتماعی مسئولیت دیگر صبغه‌ی حقوقی نخواهد داشت. این بحث شبیه متضرر شناسی ثانویه یا حمایتی است که از مباحث سیاسی و انسان‌دوستی بیش‌تر سیراب

۲۵. بوریس استارک، حقوق مدنی، تعهدات، ش ۵۸-۵۹ به بعد؛ به نقل از: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، منبع قبلی، ص. ۲۰۸-۲۰۹.

می‌شود تا از مباحث علمی. بزه دیده شناسی اولیه بیش‌تر حول نقش بزه دیده در فرایند ارتکاب جرم است، بحثی علمی است و بزه دیده شناسی ثانویه که حول محور حمایت از بزه دیده است، بحثی شعاری و سیاسی است.[۲۶]

طرفداران این نظریه براین عقیده اند که مسئولیت دولت در جبران خسارات مبتنی بر مبنای اجتماعی است؛ یعنی جبران خسارت از انواع کمک‌های بشردوستانه و اجتماعی است، خیر، احسان و سرپرستی اجتماعی است که دولت آن را به اندازه‌ای که وسع مالی اش اجازه می‌دهد، تقدیم می‌کند. از همین جهت است که دولت این مساعدت را از طریق ایجاد صندوقی برای جبران خسارات انجام می‌دهد نه بر مبنای مسئولیت حقوقی‌اش. به چنین مسئولیتی، مسئولیت اجتماعی نیز گفته می‌شود. مستند این مبنا این است که دولت ملزم است تا از وقوع جرم جلوگیری کند در صورتی که نتوانست از وقوع جرم جلوگیری کند، وظیفه دارد تا مجرم را مورد شناسایی قرار دهد تا اینکه خسارت را از او بگیرد در صورتی که این امر میسر نشد مسئولیت اجتماعی اوست که به متضررین مساعدت نماید.[۲۷]

در مبانی اجتماعی مسئولیت دولت جبران خسارت نه حق مجنی‌علیه بلکه حمایتی است که دولت از او می‌کند. طرفداران نظریه مسئولیت اجتماعی دولت نسبت به مسئولیت حقوقی دولت بیش‌تر می‌باشند.

پذیرش مبنای اجتماعی مسئولیت نتایج ذیل را لاجرم به دنبال خواهد داشت:

۱. خسارتی که از طرف دولت به مجنی‌علیهم یا ورثه شان پرداخت می‌گردد، از جمله اعانه و مساعدت اجتماعی است یا شکلی از اشکال کمک‌های انسانی که انگیزه‌ی آن نیکی و احسان به نیازمندان است که این جبران خسارت به مثابه تبرع و هبه به آن‌ها تلقی می‌گردد. به تعبیری دیگر این جبران خسارت حق مجنی‌علیه تلقی نمی‌گردد بلکه تنها شفقت و احسانی است که با در نظر داشت نیازمندی شان صورت می‌گیرد.

این مفهوم از مسئولیت دولت را نظام جبران خسارات حقوق انگلیس موردپذیرش قرار داده است و بیان داشته است که جبران خسارات دولتی، اعانه و تبرعی است که برای مجنی‌علیه صورت می‌گیرد.

---

۲۶. احمد حاجی ده آبادی، منبع قبلی، ص. ۲۴۳.

۲۷. احمد الفقی، منبع قبلی، ص ۸۷؛ به نقل از: هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۲۵.

۲. به وجود آوردن نظام خاص برای جبران خسارات مجنی‌علیه از اموال عمومی در پاسخ به یک وضعیت اجتماعی است که در آن مجنی‌علیه یافت می‌گردد. به گونه‌ای که این نظام خاص، جرایمی که با تمامیت جسمانی اشخاص ارتباط می‌گیرد مانند قتل، ضرب و جرح، هتک عرض و هم چنین جرائم تروریستی و نه همه جرائم را در بر می‌گیرد. پس این نظام تمامی جرائم را تحت پوشش خود قرار نمی‌دهد در قوانین آنگلوساکسون پیش‌بینی شده است که جبران دولتی خسارت تنها جرائمی که با تمامیت جسمانی ارتباط می‌گیرند را تحت پوشش خود قرار می‌دهد و جرائم علیه اموال را از شمول جبران دولتی خسارات خارج می‌سازد.[۲۸]

۳. ملاک و معیار برای جبران دولتی خسارات به مجنی‌علیه، همانا مسئولیت اجتماعی دولت است که مبتنی بر نیازمندی مجنی‌علیه به این جبران خسارات است. درصورتی‌که مجنی‌علیه به چنین مساعده‌ای نیاز داشته باشد دولت باید برای رفع نیازش، خسارات او را جبران کند اما اگر مجنی‌علیه به چنین مساعدتی نیاز نداشته باشد دراین صورت نیازی نیست که خسارات او جبران گردد. در قانون ایالت کالیفرنیا نیز از معیار نیازمندی استفاده شده است.[۲۹]

۴. جبران دولتی خسارات به مجنی‌علیه نوعی مساعدت مالی است لذا همان‌گونه که دولت‌ها در اعطای مساعدت مالی به اتباع خود از طریق دستگاه‌های اجرایی عمل می‌کنند دراینجا نیز بدون مداخله دستگاه های قضایی دولت ها، مساعدت های مالی را به مجنی علیهم انجام می دهند.

اما مبنای مسئولیت اجتماعی دولت، مطابق معیار نیازمندی مجنی‌علیه به دلایل ذیل مورد انتقاد واقع شده است:

i. قیاس ضررهایی که از جرائم تروریستی به وجود می‌آید با ضررهایی که از حوادث طبیعی مانند سیل، زلزله به وجود می‌آیند قیاس مع‌الفارق است بین طبیعت این دو نوع از ضررها، خواه از جهت منبع، مستمر بودن یا سنگینی آن‌ها. ضررهای که از جرائم تروریستی به وجود می‌آیند در حقیقت امر مصالح عموم مردم را مورد هدف خود قرار می‌دهد. طور مثال جرم سرقت، خیانت در امانت، تزویر اموال اشخاص را مورد هدف قرار می‌دهد. بعضی از جرائم حیثیت و آبروی انسان را مورد هدف قرار می‌دهند. درحالی‌که جرائم تروریستی قربانیان

۲۸. هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۴۵.
۲۹. هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۴۵.

بی‌گناه را هدف قرار می‌دهد و امنیت اجتماعی را سلب می‌کند. پس اگر از رعایت حال قربانیان چنین جرائمی غفلت ورزیم، حیات اجتماعی در خطر دائمی قرار می‌گیرد، اشخاص در جامعه همیشه در معرض تشویش و اضطراب قرار می‌گیرند؛ اما ضررهای ناشی از حوادث عمومی مانند حوادث طبیعی، موقتی و استثنایی در حیات اجتماعی است، تعداد آن‌ها کم است. زمانی که چنین حوادثی به وقوع پیوست، دولت هر آنچه از امکانات که در اختیار دارد برای همکاری و مساعدت متضررین به کار می‌گیرد. کما اینکه همکاری دولت برای چنین قربانیان چنین حوادثی بیش از قربانیان حوادث جرمی است. در حالی که قربانیان چنین حوادثی می‌تواند بیش از حوادث تروریستی باشند.

ii. این گفته که با وجود نظام تأمینات اجتماعی برای تحت پوشش قرار دادن ضررها ما را از ایجاد نظام خاص برای جبران چنین خساراتی بی‌نیاز می‌سازد، نیز استدلال صحیحی نیست؛ زیرا بهترین دولت‌های که بیش‌ترین خدمات اجتماعی را به شهروندان خود ارائه می‌نمایند، مانند کشورهای اسکاندیناوی، بعضی از دولت‌های اروپایی مثل بریتانیا و آلمان و دولت‌های مشترک‌المنافع مثل کانادا، نیوزلند و آسترالیا، به نظام تأمینات اجتماعی خود جهت جبران چنین خساراتی بسنده نکرده اند. بلکه آن‌ها هم نظام‌های خاص را برای جبران خسارات مجنی‌علیه به وجود آورده‌اند. چرا؟ به این خاطر که نظام تأمینات اجتماعی را کافی ندانسته اند و نظام خاصی را در کنار تأمینات اجتماعی به وجود آورده اند تا خسارات مجنی‌علیه را در جرائم تروریستی جبران نمایند. طوری که هولسمان در رد گفته بلومبیرجن که مسوده وزارت عدلیه هالند در خصوص ایجاد صندوق خاص برای حمایت از مساعدت مجنی‌علیه را مورد انتقاد قرار داده بود، اظهار می‌نماید که فایده صندوق تنها به عمل مادی جبران خسارات مجنی‌علیه منحصر نمی‌گردد. بلکه این صندوق می‌تواند رابطه جانی و مجنی‌علیه را به وجود آورد به گونه‌ای که به محکوم‌علیه اجازه دهد که آنچه بر ذمه‌اش است را به صورت اقساط به این صندوق بپردازد.[۳۰]

علی‌رغم آنکه مبنای اجتماعی مسئولیت دولت بر اساس معیار نیازمندی مجنی‌علیه مورد انتقاد واقع شده است بااین حال این مبنا براساس یک سری نظریه‌ها استوار است و طرفداران خاص خود را دارد. این نظریه‌ها عبارت‌اند از:

۳۰. هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۴۶-۲۵۷.

۲-۲-۱. نظریۀ همبستگی اجتماعی

یکی از نظریه هایی که در توجیه مسئولیت اجتماعی دولت از آن استفاده شده است، نظریۀ همبستگی اجتماعی است. خانم دلماس مارتی دراین زمینه می‌نویسد: «توجیه نظام جبران خسارات بزه دیدگان با کمک امکانات عمومی که یازدهمین کنگره‌ی بین‌المللی حقوق کیفری در ۱۹۷۴ آن را پیشنهاد کرد، این است که تحقق واقعی امر خسارت زدایی از بزه دیدگان، یک وظیفه‌ی مربوط به نظم عمومی است که بر اصول آمرانه ی مدرن همبستگی اجتماعی- به ویژه در مواردی که مرتکب جرم ناشناخته یا تعقیب نشده است یا در عین محکومیت، معسر و ناتوان از پرداخت خسارت می‌باشد مبتنی است.»[۳۱]

کنوانسیون اروپایی پرداخت غرامت به بزه دیدگان جرم‌های خشونت بار نیز بر همین مبنا در مقدمه تأکید می‌کند:

> «با توجه به اینکه دلیل انصاف و همبستگی اجتماعی، پرداختن به وضعیت بزه دیدگان جرم‌های عمدی خشونت بار که به آسیب بدنی یا آسیب به سلامتی دچار شده اند و بستگان کسانی که در پی چنین جرم هایی مرده اند، ضروری است.»[۳۲]

هم‌چنین کشور انگلستان مبنای جبران خسارات بزه دیده را به نوعی مبنای همبستگی اجتماعی می‌داند. پیش نویس اول قانون در سال ۱۹۶۴ که مبنای طرح جبران صدمات کیفری است، اشعار می‌داشت: «دولت نمی‌پذیرد که در قبال صدماتی که در اثر اعمال سایرین به افراد وارد می‌شود، مسئول هست. باوجوداین، عموم مردم نسبت به بزه دیده‌ی بی گناه احساس مسئولیت و هم دردی می‌کنند و صحیح است که این احساس باید در مقررات جبران خسارت از طرف جامعه به صورت عملی متجلی شود.»[۳۳]

۲-۲-۲. نظریۀ رفاه اجتماعی

یکی از نظریۀهای مبنای اجتماعی مسئولیت دولت، نظریۀ رفاه اجتماعی است. دراین نظریه دولت ملزم به تأمین رفاه برای اشخاص نیازمند همچون بزه دیدگان است. رفاه اجتماعی دو مفهوم عام و خاص دارد. از رفاه اجتماعی در مفهوم عام با عناوینی نظیر «خدمات عمومی»، «حقوق ملت»

---

۳۱. مری دلماس مارتی، منبع قبلی، صص ۴۰-۴۱.
۳۲. احمد حاجی ده آبادی، منبع قبلی، ص. ۲۴۴.
۳۳. احمد حاجی ده آبادی، منبع قبلی، ص. ۲۴۵.

و «حقوق اساسی مردم» یاد می‌شود و مراد از آن کلیه افراد جامعه، صرف نظر از ویژگی های جسمانی و روانی، اجتماعی- اقتصادی و فرهنگی آن هاست.[۳۴]

۲-۲-۳. نظریهٔ تمایلات بشردوستانه

نظریهٔ تمایلات بشردوستانه یکی دیگر از نظریاتی است که مبنای اجتماعی مسئولیت دولت را نشان می‌دهد. دراین نظریه، فارغ از همبستگی اجتماعی، بزه دیده انسانی است که از رهگذر ارتکاب جرم، دچار خسارت شده است. حس نوع دوستی اقتضاء می‌کند که در صورت جبران نشدن خسارات وی، خسارات او توسط دولت جبران گردد. اصولاً تمایلات بشردوستانه و حس نوع دوستی نه تنها مبنای بسیاری از هنجارهای بین‌المللی شده است، بلکه مبنای بزه دیده شناسی ثانویه یا حمایتی نیز می‌باشد.[۳۵]

۲-۲-۴. نظریهٔ کاهش هزینه‌ها

این نظریه از سوی دانشمندی به نام آگس ارائه شده است. این نظریه که نظریهٔ مبتنی بر واقع‌گرایی سیاسی شمرده شده است، در واقع نگاهی اقتصادی به جبران دولتی خسارت دارد. آگس به هزینه‌های اشاره می‌کند که دولت باید در اثر جبران نشدن خسارت بزه دیدگان و بروز احساس بی عدالتی و عدم امنیت در میان آنان متحمل شود. او آن‌ها را «هزینه‌های یأس یا نا امیدی» می‌نامد. منشأ بروز این هزینه‌ها، فعالیت گروه‌های فشار برای حمایت از بزه دیده می‌باشد. براین اساس ازآنجاکه احتمال دارد هزینه‌های ناامیدی بسیار بیش‌تر از هزینه‌های باشد که جبران خسارت بزه دیدگان برای دولت ایجاد می‌کند، سیاست‌گذاری واقع بینانه، آن است که دولت در مقایسه‌ی این دو به جبران خسارت بزه‌دیدگان تمایل پیدا کند.[۳۶]

۲-۲-۵. نظریهٔ ارزش

بر اساس نظریه ارزش، حمایت از نیازمندان و به‌ویژه بزه‌دیدگان یکی از ارزش‌های جامعه است که دولت و جامعه نمی‌توانند نسبت به این ارزش بی‌تفاوت باشند. دکتر عزت عبدالفتاح دراین باره می‌نویسد:

---

۳۴. محمد زاهدی اصل، مبانی رفاه اجتماعی، مجموعه مقالات سمینار جامعه شناسی و توسعه، جلد دوم، ص ۱۹؛ به نقل از: احمد حاجی ده آبادی، منبع قبلی، ص. ۲۴۶.

۳۵. احمد حاجی ده آبادی، منبع قبلی، ص. ۲۴۷.

۳۶. به نقل از: حاجی ده آبادی احمد، منبع قبلی، ص. ۲۴۸-۲۴۹.

«حمایت از قربانیان بزهکاری و کمک به آنان باید بخشی از ارزش‌های اساسی جامعه محسوب شود. تعهدات هر جامعه نسبت به بزه دیدگان باید از نظر اعتقادی، در اعماق نظام کلی آن جامعه ریشه بگستراند. از این رو، ایجاد منابع قانونی‌ای که حقوق بزه دیدگان از آن سیراب شود، اهمیتی به سزا دارد. اگر بخواهیم که اقدامات و سیاست‌های موردنظر، علاوه بر ملاحظات بشردوستانه در مورد بزه دیدگان و وضعیت آنان، بر معیارهای دیگری نیز مبتنی باشد، پس لازم است پایه های حقوقی و اجتماعی تعهدات جامعه و نیز مسئولیت بزهکار را نسبت به بزه دیده تعیین کنیم.»[۳۷]

۳. جبران خسارات ناشی از جرایم تروریستی در حقوق فرانسه و افغانستان

۳-۱. فرانسه

قانون ترمیم خسارات قربانیان جرایم خشونت بار در سال ۱۹۷۷ با ایجاد کمیسیون جبران خسارات، امکان جبران خسارات ناشی از جرایم را فراهم نموده است. این کمیسیون در مرکز هر ولایت تشکیل می‌گردد و از ویژگی محکمه مدنی برخوردار است. طبق قانون مذکور مجنی‌علیه می‌تواند بلافاصله پس از ارتکاب جرم مبلغی را به عنوان علی الحساب از کمیسیون درخواست کند. تمام موارد خواه عامل جرم شناسایی شود یا خیر حق مراجعه به کمیسیون را خواهد داشت. البته کمیسیون نیز پس از شناسایی عامل جرم بابت مطالبه مبالغی که به عنوان خسارت به مجنی‌علیه پرداخت نموده است می‌تواند علیه فاعل جرم اقامه دعوی نماید. کمیسیون از دو قاضی و یک شهروند فرانسوی که به مسائل مربوط به قربانیان جرایم علاقه‌مند است تشکیل می‌شود. این اعضا و علی‌البدل‌های آن به مدت سه سال توسط مجمع عمومی قضات حوزه قضایی مربوطه انتخاب می‌شوند. ریاست کمیسیون به عهده یکی از قضات است، تصمیمات کمیسیون قطعی است.

«شرایط لازم برای مراجعه به این کمیسیون بدین شرح است.[۳۸]

۱. خسارات بدنی: سلب قدرت کار به طور موقت برای یک ماه یا بیش‌تر یا سلب توانایی دایم کار، فوت، جرایم جنسی تا هر مدتی پس از وقوع حادثه. بزه دیده فرانسوی یا عضو جامعه اقتصادی اروپا باشد. بزه دیده خارجی ولی قانونا مقیم فرانسه باشد.

۲. خسارات مادی: جرایم سرقت، کلاهبرداری(فریبکاری) خیانت در امانت. کسی که

۳۷. عزت عبدالفتاح، از سیاست مبارزه یا بزهکاری تا سیاست دفاع از بزه دیده، مقاله، ص ۸۹؛ به نقل از: احمد حاجی ده آبادی، منبع قبلی، ص. ۲۴۹.
۳۸ . مباحثی از علوم جنایی، تقریرات نجفی ابرندآبادی، ص. ۲۴۴.

نمی‌تواند خسارات خود را از بزهکار بگیرد و به این جهت وضعیت مادی وخیمی دارد و درآمد وی ۷۰۰۰ فرانک در ماه و ۵۰۰ فرانک برای هر فرد تحت تکفل می‌باشد. خسارت بزه دیده در چارچوب مرجع خسارت زدایی از قبیل بیمه، صندوق تضمین و قابل ترمیم نباشد. خسارت‌ها تا مبلغ ۲۰۰۰۰ فرانک قابل جبران است.

۳. از نظر اداری بزه دیده باید تقاضای خود را به صورت سفارشی به کمیسیون ترمیم خسارات بزه دیدگان دادگاه بدایت محل اقامت خود ارسال کند و کلیه مدارک و اطلاعات لازم را نیز بدان ضمیمه نماید. این اطلاعات مشتمل بر موارد زیرند: مشخصات خود و مجرم، نوع رابطه (خویشی، دوستی و...) تاریخ محل و اوضاع و اموال ارتکاب جرم رسید اقامه شکایت، توصیف جراحات وارده، مبلغ درخواستی، مبلغ درآمد قبل و بعد از وقوع جرم، حکم دادگاه (چنانچه حکمی صادر شده باشد). در عین حال قاضی می‌تواند مدارک تکمیلی دیگری همچون نظرات کارشناسی پزشکی یا روان پزشکی مطالبه نماید. دستور پرداخت‌ها توسط رئیس کمیسیون صادر می‌شود. که باید از حسابدار صندوق تضمین بزه دیدگان اعمال تروریستی و سایر جرایم مطالبه کرد.»

صلاحیت کمیسیون در مواد ۳-۷۰۶ تا ۱۶-۷۰۶ قانون آئین دادرسی کیفری احضاء شده است. این کمیسیون همچون یک دادگاه مدنی تلقی می‌شود. متن این قانون که صندوق تضمین بزه‌دیدگان منابع مالی آنها را تأمین می‌کند به شرح زیر می‌باشد: «هر شخصی که متحمل خسارت ناشی از اعمال عمدی یا غیر عمدی مجرمانه سایرین شود، می‌تواند ترمیم کامل خساراتی را که مربوط به لطمات علیه اشخاص است به دست آورد.» این تقاضاها باید ظرف ۳ سال از تاریخ ارتکاب جرم و ایراد صدمات شخصی تقدیم کمیسیون شود. لیکن هرگاه تعقیب کیفری به جریان افتاده باشد، این مدت یکسال پس از صدور حکم به وسیله دادگاه در مورد حیثیت عمومی جرم خواهد بود. بزه دیده می‌تواند بلافاصله پس از ارتکاب جرم مبلغی را به عنوان علی الحساب از کمیسیون درخواست کند و در تمام موارد حق مراجعه به کمیسیون را خواهد داشت. چه مباشر عمل شناسایی شده و چه شناسایی نشده باشد. البته در مورد اول، کمیسیون پس از پرداخت خسارت بزه دیده می‌تواند برای بازپرداخت مبالغی که به عنوان خسارت پرداخته است علیه مجرم اقامه دعوی نماید. هدف از این خسارت زدایی ترمیم خسارات عمل ارتکابی است و مجنی‌علیه بدین‌وسیله می‌تواند خسارات ناشی از بیکاری، هزینه‌های پزشکی مختلف و خسارات روانی و ... را به دست

آورد. ترمیم کامل خسارات امری مشکل است.[۳۹]

برای جبران خسارات قربانیان ناشی از جرایم تروریستی نیز صندوقی به نام «صندوق خسارت‌های قربانیان جرایم تروریستی و سایر جرایم» ایجاد شده است. این صندوق دارای شخصیت حکمی بوده و قایم مقام مجنی‌علیه در مطالبه خسارت از مسئولان ورود خسارت محسوب می‌گردد. اعتبار این صندوق از طریق مشارکت‌های مردمی نظیر جوایز یا دریافتی‌های بیمه دارای در نزد موسسات بیمه تأمین می‌شود. قانون نهم سپتامبر ۱۹۸۶ جبران خسارات جسمانی را به طور کامل می‌پذیرد ولی خسارات مادی و معنوی از شمول قانون خارج است. هم چنین ملیت مجنی‌علیه ملاک نیست کافی‌است که قربانی اقدام تروریستی در سرزمین فرانسه باشد.[۴۰]

۳-۲. افغانستان

در حقوق افغانستان برای مسئولیت دولت در خصوص مجنی‌علیه جرایم تروریستی باید به ماده ۵۳ قانون اساسی تمسک جست دراین ماده آمده است: «دولت به منظور تنظیم خدمات طبی و مساعدت مالی برای بازماندگان شهدا و مفقودین و برای بازتوانی معلولین و معیوبین و سهم گیری فعال آنان در جامعه مطابق به احکام قانون، تدابیر لازم اتخاذ می‌نماید. دولت حقوق متقاعدین را تضمین نموده برای کهنسالان، زنان بی سرپرست، معیوبین و معلولین و ایتام بی بضاعت مطابق به احکام قانون کمک لازم به عمل می آورد.» برای اساس این ماده قانون اساسی دو «قانون حقوق و امتیازات معلولین»[۴۱] و «قانون حقوق و امتیازات بازماندگان شهدا و مفقودین»[۴۲] به تصویب رسیده است.

قانون حقوق و امتیازات معلولین

بر اساس فقره ۴ ماده ۷ قانون حقوق و امتیازات معلولین یک دسته از اشخاصی که از این قانون مستفید می گردد، اشخاصی اند که به اثر اعمال تروریستی و ضد دولتی از قبیل فیر سلاح‌های ثقیله و خفیفه و یا فیر سلاح نیروهای دولتی معلول شده باشند. از لحاظ مالی برای افراد معلول دراین قانون که شامل مجنی‌علیه در جرایم تروریستی نیز می‌گردد، مساعدت مالی و معاش پیش‌بینی شده

۳۹. مباحثی از علوم جنایی، ص. ۲۴۳.
۴۰. مباحثی از علوم جنایی، ص. ۲۴۳.
۴۱. وزارت عدلیه، قانون حقوق و امتیازات معلولین، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۰۳۷، تاریخ نشر ۱۳۸۹/۶/۱۵
۴۲. وزارت عدلیه، قانون حقوق و امتیازات بازماندگان شهدا و مفقودین، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۰۳۷، تاریخ نشر ۱۳۸۹/۶/۱۵

است. در خصوص مساعدت مالی ماده ۴ (تعدیل شده)[۴۳] قانون چنین بیان می‌دارد:

«اشخاص مندرج ماده ۷ این قانون که از طرف مراجع مربوط معلول تثبیت گردند، از تاریخ تثبیت معلولیت صرف برای یک مرتبه به ترتیب ذیل مستحق مساعدت مالی شناخته می‌شوند:

۱. افسران نظامی که حین اجرای وظیفه و یا به علت ناشی از آن معلول گردند، ۱۰ ماهه آخرین معاش ماهوار با اجزاء و ضمایم آن.

۲. بریدملان، ساتنمنان و سربازان که حین اجرای وظیفه و یا به علت ناشی از آن معلول می‌گردند (۱۵) ماهه آخرین معاش ماهوار با اجزا و ضمایم آن.

۳. مقامات عالی دولتی (اعضای شورای ملی، اعضای کابینه، اعضای ستره محکمه، روسای ادارات مستقل) کارکنان خدمات ملکی، اعضای شوراهای ولایتی، ولسوالی و قریه و شاروالی‌ها که هنگام اجرای وظیفه یا عوامل ناشی از آن معلول گردند، (۶) ماهه آخرین معاش ماهوار با اجزا و ضمایم آن.

۴. اشخاصی که معاش ثابت نداشته و یا بدون معاش باشند و اشخاص مندرج این ماده که در غیر از احوال مصرحه مذکور معلول گردیده باشند، (۵) ماهه معاش قدم اول بست هشتم قانون کارکنان خدمات ملکی با اجزا و ضمایم آن.»

هم چنین در خصوص معاش معلول ماده هشتم (تعدیل شده)[۴۴] قانون چنین بیان می‌دارد:

«(۱) اشخاص مندرج ماده ۴ این قانون که معلول کلی تثبیت گردند از تاریخ تثبیت معلولیت به ترتیب ذیل مستحق حقوق تقاعد یا معلولیت طور ماهوار شناخته می‌شوند:

۱. اشخاص مندرج اجزای (۱و۲) ماده مذکور (۱۰۰) فیصد آخرین معاش ماهوار با اجزا و ضمایم آن بدون درنظر داشت مدت خدمت.

۲. اشخاص مندرج جزء (۳) ماده مذکور (۱۰۰) فیصد آخرین معاش ماهوار با اجزاء و ضمایم آن و یا حقوق تقاعد هریک بیش‌تر باشد.

۳. اشخاص مندرج جزء (۴) ماده مذکور (۱۰۰) فیصد معاش قدم اول بست هشتم قانون کارکنان خدمات ملکی.

---

۴۳. وزارت عدلیه، تعدیل و حذف برخی از مواد قانون حقوق و امتیازات معلولین، شماره مسلسل ۱۰۹۹، تاریخ نشر ۲۸ حوت ۱۳۹۱.

۴۴. وزارت عدلیه، تعدیل و حذف برخی از مواد قانون حقوق و امتیازات معلولین، شماره مسلسل ۱۰۹۹، تاریخ نشر ۲۸ حوت ۱۳۹۱.

(۲) اشخاصی که توسط کمیسیون صحی تثبیت معلولیت قسمی تثبیت گردیده‌اند حسب احوال مستحق نصف معاش مندرج فقره (۱) این ماده شناخته می‌شوند.»

مراجع پرداخت مساعدت مالی هم در ماده ۳۵ قانون حقوق و امتیازات معلولین چنین مورد پیش‌بینی واقع شده است:

«مساعدت مالی مندرج ماده ۴ این قانون برای منسوبین نظامی و کارکنان ادارات دولتی، مختلط و خصوصی از آخرین محل کار و خدمت و برای اشخاص بدون رتبه یا درجه و اشخاصی که معاش ثابت نداشته باشند توسط کمیسیون یا هیئت موظف از طرف رئیس جمهور پرداخت می‌شود.»

هم چنین مرجع پرداخت معاش برای معلولین در ماده ۳۶ قانون متذکره وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین تعیین شده است.

قانون حقوق و امتیازات بازماندگان شهدا و مفقودین

قانون حقوق و امتیازات بازماندگان شهدا و معلولین بر اساس ماده ۵۳ قانون اساسی وضع شده است. بر اساس فقره ۴ ماده دوم این قانون یکی از ساحه‌های تطبیق قانون، بازماندگان اشخاصی اند که به اثر اعمال تروریستی و اعمال ضد دولتی از قبیل فیر سلاح‌های ثقیله و خفیفه، انفجار ماین‌ها، مسمومیت‌ها و یا فیر سلاح نیروهای دولتی شهید شده باشند.

از لحاظ مالی این قانون مساعدت مالی و حقوق تقاعد را برای بازماندگان شهدا و معلولین پیش‌بینی می‌کند. در تعدیل ماده سوم[۴۵] این قانون در خصوص مساعدت مالی چنین حکم شده است:

«بازماندگان اشخاص مندرج ماده دوم این قانون که شهادت یا مفقودیت شان از طرف مراجع مربوط تثبیت گردیده باشد، صرف برای یک مرتبه به ترتیب ذیل مستحق مساعدت مالی شناخته می‌شوند.

۱. بازماندگان شهدا و مفقودین منسوبین نظامی و کارکنان ادارات دولتی، مختلط و خصوصی، مقامات عالی دولتی، اعضای شورای ملی، شورای ولایتی، ولسوالی و قریه‌ها و اعضای شاروالی‌ها معادل ۱۲ ماهه آخرین معاش به شمول اجزا و ضمایم آن.

۲. بازماندگان شهدا و مفقودین خارج از اشخاص مندرج فقره (۱) این ماده شش ماهه معاش

۴۵. وزارت عدلیه، تعدیل مواد سوم، چهارم، دهم و یازدهم قانون حقوق و امتیازات بازماندگان شهدا و مفقودین، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۰۹۹، تاریخ نشر ۲۸ حوت ۱۳۹۱.

قدم اول بست هشتم قانون کارکنان خدمات ملکی با اجزا و ضمایم آن.»

در خصوص حقوق تقاعد بازماندگان شهدا و مفقودین هم تعدیل ماده ۴۶ چنین اشعار می‌دارد:

«(۱) بازماندگان اشخاص مندرج اجزا (۱و۳) ماده دوم این قانون به ترتیب ذیل طور ماهوار مستحق حقوق تقاعد شناخته می‌شوند.

۱. بازماندگان منسوبین نظامی و کارکنان ادارات دولتی و مختلط و مقامات عالی دولتی که تابع قانون کارکنان خدمات ملکی قرار نگیرند، اعضای شورای ملی، شوراهای ولایتی، ولسوالی، قریه و شاروالی‌ها در حالی که حین اجرای وظیفه یا عوامل ناشی از آن شهید و یا مفقود گردیده باشند (۱۰۰) فیصد آخرین معاش ماهوار شهید و یا مفقود با اجزا و ضمایم آن بدون در نظر داشت مدت خدمت.

۲. اشخاص مندرج اجزای (۲و۴) ماده دوم این قانون و اشخاصی که معاش ثابت نداشته یا بدون معاش باشند، (۱۰۰) فیصد معاش قدم اول بست هشتم قانون کارکنان خدمات ملکی و یا حقوق تقاعد هریک بیش‌تر باشد در صورتی که معاش ثابت داشته باشند.

(۲) بازماندگان اشخاص مندرج جزء ۱ فقره (۱) این ماده که در غیر از احوال مندرج جزء مذکور شهید یا مفقود شده باشند (۱۰۰) فیصد معاش و ضمایم آن بدون در نظرداشت ایام خدمت یا حقوق تقاعد هریک بیش‌تر باشد مستحق می‌شوند.»

مراجع پرداخت کننده مساعدت مالی و حقوق شهادت و مفقودیت هم در ماده ۱۵ قانون حقوق و امتیازات بازماندگان شهدا و مفقودین چنین مورد اشاره قرار گرفته است:

«(۱) مساعدت مالی، حقوق تقاعد و سایر امتیازات شهادت و مفقودیت از طریق مراجع ذیل پرداخته می‌شود:

۱. مساعدت مالی برای بازماندگان اشخاص مندرج جزء (۱) ماده ۳ از طرف ادارات آخرین محل کار و خدمت آنها و برای بازماندگان اشخاص مندرج جزء (۲) ماده سوم این قانون توسط کمیسیون یا هیئت موظف از طرف رئیس جمهور.

۲. حقوق تقاعد و سایر امتیازات شهادت و مفقودیت اشخاص مندرج ماده ۴ این قانون از طرف وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین.

---

۴۶. وزارت عدلیه، تعدیل مواد سوم، چهارم، دهم و یازدهم قانون حقوق و امتیازات بازماندگان شهدا و مفقودین، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۰۹۹، تاریخ نشر ۲۸ حوت ۱۳۹۱.

(۳) بازماندگان شهید و مفقود صرف یک نوع مساعدت مالی مندرج این قانون یا قانون کار به انتخاب خود آنها مستفید می‌گردند.»

نتیجه‌ای که از حقوق افغانستان می‌توان گرفت این است که نظام حقوقی افغانستان، برای کمک به بازماندگان جرایم تروریستی و اشخاصی که از جرایم تروریستی معلول می‌گردند، نظام حمایتی تأمین اجتماعی را مورد استفاده قرار می‌دهد دراین نظام حمایتی برای معلولین جرایم تروریستی و بازماندگان جرایم تروریستی به لحاظ مالی دو نوع همکاری صورت می‌گیرد. یکی پرداخت مساعدت مالی برای شخص معلول و بازماندگان جرایم تروریستی است که مقدار آن در دو قانون متذکره بیان شده است و دیگری پرداخت معاش برای معلولین و بازماندگان جرایم تروریستی است. در هر دو مورد میزان مساعدت مالی و معاش برای اشخاص متفاوت است. از آنجایی که مبنای حمایتی از اشخاص معلول و بازماندگان جرایم تروریستی، نظام تأمین اجتماعی است لذا قانونگذار مرجع پرداخت مساعدت مالی و معاش را اداره ای دانسته است که شخص معلول یا شهید در آنجا کار می‌کرده است. مگر اینکه شخص معلول و شهید رابطه کاری با کدام اداره دولتی و خصوصی نداشته باشد که دراین خصوص دولت، مساعدت مالی را از طریق هیئت موظف از طرف رئیس جمهور و معاش را از طریق وزارت کار و امور اجتماعی انجام می‌دهد.

سوالی که دراین خصوص مطرح می‌گردد این است آیا نظام تأمین اجتماعی برای حمایت از معلولین و بازماندگان جرایم تروریستی، نظام مناسبی است یا خیر؟

در پاسخ به این سوال لازم است به این نکته بپردازیم که نظام جبران خسارات دولتی در جلسه مقدماتی کنگره بوداپست سال ۱۹۷۴ از طرف نماینده دولت چکسلواکی مورد انتقاد واقع شد. نماینده چکسلواکی بیان داشت که دولت به عنوان نماینده جامعه تضمین‌های کافی را برای افراد زمانی که مریض می‌گردند به وجود آورده است. پس نیازی به وضع مقررات خاص زمانی که به دلیل جرم در صحت شان مشکلی به وجود می‌آید ندارد. کافی است که به زیان دیده حق تحریک دعوی در محکمه جزایی از مسئول جبران خسارت داده شود. هم چنین در خصوص اموال میسور آن است که مجنی‌علیه اموال خود را در برابر اینگونه جرایم بیمه کند. خساراتی که به موظفین خدمات عامه در اثنای ایفای وظایف شان وارد می‌گردد، دولت بر اساس قانون خسارات آنها را جبران می‌کند.[۴۷]

۴۷. مصطفی محمود محمود، حقوق المجنی‌علیه فی القانون المقارن، ط ۱، (مطبعه جامعه القاهره، ۱۹۷۵)، الفقره، ۸۳، ص. ۱۲۷؛ به نقل از: هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۴۲.

نماینده چکسلواکی از این گفته خود چنین نتیجه می‌گیرد پس ضرورتی به تأسیس نظام خاص برای جبران خسارات ناشی از جرایم وجود ندارد. هم چنین ضرورتی نیست که دولت صندوق عمومی برای جبران خسارات قربانیان جرم ایجاد کند. هم چنین حقوق دان هولندی "بلومبیرجین" نیز به اقدام دولت به پرداخت خسارات مجنی‌علیه انتقاد نمود. زمانی که وزارت عدلیه هولند مسوده قانونی را در ۲۴ نوامبر ۱۹۷۲ تقدیم نمود که به موجب آن صندوقی برای جبران خسارات قربانیان جرم ایجاد می‌گردید. به این استدلال که نیازی به چنین صندوقی نیست؛ زیرا نظام تأمین اجتماعی در هولند به طور کامل و جامع تطبیق می‌گردد که از تصویب چنین قانونی ما را بی‌نیاز می‌سازد.[۴۸]

در پاسخ به اینکه نظام تأمین اجتماعی می‌تواند پاسخگوی جبران چنین خساراتی باشد و نیازی به ایجاد نظام خاص نیست. گفته شده است که بهترین دولت‌های که بیش‌ترین خدمات اجتماعی را به شهروندان خود ارائه می‌کند مانند کشورهای اسکاندیناوی، بعضی از دولت‌های اروپایی مثل بریتانیا و آلمان و دولت‌های مشترک‌المنافع مثل کانادا، نیوزلند و آسترالیا به نظام تأمین اجتماعی خود جهت جبران چنین خساراتی بسنده نکرده اند بلکه آنها هم نظام‌های خاص را برای جبران خسارات مجنی‌علیه به وجود آورده اند. تا بدین ترتیب خسارات مجنی‌علیه در جرایم تروریستی را بتوانند جبران نمایند. هولسمان به انتقاد بلومبیرجین برای ایجاد صندوق بیان می‌دارد فایده صندوق تنها به عمل مادی جبران خسارت مجنی‌علیهم منحصر نمی‌گردد. بلکه این صندوق می‌تواند رابطه بین فاعل جرم و مجنی‌علیه را به وجود آورد، به گونه‌ای که به محکوم‌علیه اجازه دهد آنچه برذمه‌اش است را به صورت اقساط به این صندوق بپردازد.[۴۹]

به نظر می‌رسد که جبران خسارات بر اساس نظام تأمین اجتماعی در نظام حقوقی افغانستان با نظر داشت تجربه دیگر کشورها وافی به مقصود نیست. کما اینکه اگر نظام تأمین اجتماعی به خوبی می‌توانست خسارت مجنی‌علیه را در جرایم به طور کل و در جرایم تروریستی به طور خاص جبران نماید. کشورها به ایجاد نظام خاص برای جبران خسارات روی نمی‌آوردند و با همان نظام تأمین اجتماعی شان خسارات ناشی از جرم را جبران می‌کردند. علاوه بر آن افغانستان نظام تأمین اجتماعی قوی ندارد تا بتوانیم به نظام تأمین اجتماعی اش اتکا کنیم و خود را از ایجاد نظام خاص برای جبران خسارات ناشی از جرایم بی‌نیاز بدانیم.

---

۴۸. هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۴۲.

۴۹. هشام محمد علی سلیمان، منبع قبلی، ص. ۲۴۶.

نتیجه‌گیری

۱. سابقه جبران دولتی خسارت به قانون حمورابی بر می‌گردد که در دو جرم قتل و سرقت دولت وظیفه داشت که خسارات ناشی از این دو جرم را جبران کند. در حقوق اسلام جبران خسارات مجنی‌علیه به هزینه دولت دارای مبانی فقهی تکلیف آور و قوی است. بر مبنای قاعده «خون در اسلام هدر نمی‌رود» حاکم اسلامی وظیفه دارد در جایی که امکان دریافت دیه از فاعل جرم بنا به هر دلیلی وجود ندارد از بیت المال خون بهای شخص مقتول را پرداخت کند.

۲. در حقوق موضوعه امروزی دراینکه آیا دولت مسئولیتی در قبال جبران خسارات ناشی از جرایم به طور کلی و جرایم تروریستی به طور خاص دارد یا نه، اختلاف نظر است. عده‌ای براین عقیده اند که دولت وظیفه در جبران خسارات ناشی از جرایم ندارد و مطابق قاعده کلی باید به فاعل جرم رجوع شود. در مقابل عده‌ای بر این عقیده اند که اگر تنها قاعده و اصل کلی را بگیریم و بخواهیم فاعل جرم خسارات ناشی از جرم خود را جبران کند. ممکن است بنا به دلایلی چون شناخته نشدن فاعل جرم، فرار مجرم، اعسار مجرم خسارات جبران نگردد. دراین صورت دولت وظیفه دارد تا دراین‌گونه از موارد خسارات را جبران کند. اما دراینکه مبنای مسئولیت دولت برای جبران خسارت چیست. دو نظریه وجود دارد عده‌ای مسئولیت دولت برای جبران خسارات را مسئولیت حقوقی اش می‌دانند و عده‌ای دیگر مسئولیت دولت برای جبران خسارات را اجتماعی می‌دانند.

۳. در نظام حقوقی افغانستان مسئولیت دولت در ماده ۵۳ قانون اساسی مورد شناسایی قرار گرفته است. دراین ماده برای بازماندگان شهدا و مفقودین و هم چنین معلولین صحبت از مساعدت مالی و کمک شده است. در زمره این دو دسته از اشخاص می‌توان معلولین و شهدای ناشی از جرایم تروریستی را قرار داد. بر اساس همین ماده قانون اساسی «قانون حقوق و امتیازات معلولین» و «قانون حقوق و امتیازات بازماندگان شهدا و مفقودین» به تصویب رسیده است.

۴. از محتوای این دو مواد چنین استنباط می‌گردد که قانونگذار نظام تأمین اجتماعی را برای مساعدت و کمک به معلولین و بازماندگان شهدا و مفقودین برگزیده است. در جنبه مالی کمک خود دو نوع کمک را مورد پیش‌بینی قرار داده است یکی مساعدت مالی است که باید به فرد معلول یا بازمانده شهید یا مفقود از طرف اداره‌ای که در آن معلول یا شهید کار می‌کرده است پرداخت گردد در صورتی که معلول و شهید رابطه استخدامی با اداره دولتی یا

خصوصی نداشت دراین صورت این مساعدت مالی از طرف هیئت موظف از طرف رئیس جمهور صورت می‌گیرد. دوم کمک مالی به معلول و شهید پرداخت معاش معلولیت یا شهادت است که از طرف وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین صورت می‌گیرد.

۵. اشخاصی که از جرایم تروریستی معلول یا شهید می‌شوند، تحت شمول دو قانون متذکره می‌گردد. و حمایتی که از آنان صورت می‌گیرد بر مبنای نظام تأمین اجتماعی خواهد بود. اما چنین به نظر می‌رسد که حمایت از طریق نظام تأمین اجتماعی حداقل برای قربانیان جرایم تروریستی مناسب به نظر نمی‌رسد. بلکه لازم است نظامی خاص طراحی گردد تا از طریق آن نظام خاص از قربانیان جرایم تروریستی حمایت صورت گیرد. کما اینکه دیگر کشورها نیز همین راه را پیموده اند و حمایت از قربانیان جرایم را به نظامی خاص صورت می‌دهند علی رغم اینکه به مراتب از افغانستان دارای نظام تأمین اجتماعی قوی تری هستند.

۶. پیشنهاد می‌گردد برای جبران خسارات ناشی از جرایم تروریستی همانند نظام حقوقی فرانسه، صندوقی به نام صندوق جبران خسارات قربانیان جرایم تروریستی ایجاد گردد. بودجه این صندوق را می‌توان از منابع مختلفی تمویل نمود. جزای نقدی، اختصاص دادن بخشی از مالیات‌ها و محصولات دولتی، اختصاص دادن جزئی از بودجه دولت، بخشی از بیمه‌ای که شرکت‌های بیمه دریافت می‌کنند، اموالی که از جرایم تروریستی مصادره می‌گردند، هبه‌ها و تبرعاتی که از جانب اشخاص به صندوق صورت می‌گیرد را می‌توان از جمله منابع تمویلی صندوق نام‌برد.

په افغانستان کې جرم او جګړه

لیکوالان: پروفسور جان برېټ وېټ او ډاکټر علي وردګ

ژباړن: پوهنیار وحیدالله امیري

د موضوعاتو لړلیک

لومړۍ برخه: د (هابز) حل لاره

۱. مذهبي استبداد د نظم د تحمیل د معاصرې لارې په توګه

۲. افغانستان: جګړه، دولت او ټولنه

۳. له ۲۰۰۱ ز کال څخه وروسته د عدلي نظام مجرم کیدل

۴. مخدره مواد او د عدلي سیستم جرمي کول

۵. د جګړې مجرمول

دویمه برخه: د (جفرسون) بدیله لار؟

۶. په افغانستان کې دولت، ټولنه او ټولنیز نظم

۷. جرګه او د شخړو حل

۸. د دویز عدالت سیاسي شوې سیالۍ

۹. په افغانستان کې د عدم تشدد او عدالت لپاره نوې لارې پیداکول

۱۰. د ټولنې له لارې د ژغورونکي (لیوایتان) ولسواکه کول

په افغانستان کې جرم او جګړه

لومړۍ برخه: د (هابز)[1] حل لاره

لنډیز

دا مقاله تر ډېره بریده افغانستان ته (د جګړې د ډګر) پر ځای د عدالت د جرمي شوو نظامونو (Criminal Justice Systems) ترمنځ د سیالۍ د ډګر په سترګه ګوري. (په ۱۹۹۶ز کال کې) د طالبانو واک ته رسیدو لوی لامل په هغو سیمو کې د نظم راوستل وو چې د نا مسئوله وسله والو او جهادي ډلو د جګړو له امله په کې وېره او ډار خپور شوی وو. په ۲۰۰۱ ز کال کې د طالبانو له ماتې ځخه وروسته (کله چې نوی دولت رامنځته شو) د دولت د عدلي او امنیتي غړو/ تنظیمونو د ناکامۍ له امله (د طالبانو) وسله وال پاڅونونه بیرته پیل شول. طالبان بیرته راپورته شول او د دولت له محکمو سره یې سمې موازي محکمې رامنځ ته کړې. ډېر ولسي خلک د دولت د محکمو په پرتله د طالبانو محکمې اغیزناکې او عادلانه ګڼي. نظر په پوښتنې ښیي چې خلک قاضیان د (افغانستان) د فاسد دولت تر ټولو فاسد غړي ګڼي. پولیسو ته د خلکو د ملکیتونو د ساتونکو نه؛ بلکې د هغو د لوټونکو په سترګه کتل کیږي. که ځه هم د امریکا متحده ایالات توانیدلي وو چې تر ۲۰۰۹ ز کال پورې د افغانستان د ستونزې د حل لاره د (هابز) د سیاسي فرضیه/ نظریه مطابق په مناسبه توګه تشخیص کړي، خو د حامد کرزي ملاتړ د Leviathan[2] (ژغورونکي) په توګه د ستونزې د حل غوره لار نه وه. لویدیزه نړۍ په ۲۰۰۱ ز کال کې ونه توانیده چې له ځانه وپوښتي چې: خلکو ته د امنیت د برابرولو په موخه په افغانستان کې کومې لارې چارې عملي دي؟ د دې پوښتنې یو ځواب هم جرګه / شورىٰ وه چې د (توماس جفرسن) د ولسي جمهوریت[3] له فرضیه/ نظریه سره سر خوري؛ د شخړو د هوارۍ لپاره د خلکو عنعنوي او ولسي لارې چارې کار کوي؛ خو دوی دا لار تعقیب نه کړه.

---

۱. Hobbesian اصطلاح د توماس هابز د تفکر او فلسفې پلویانو (لارویانو) ته کارول کیږي، نوموړی د لویدیځ د سیاستپوهنې او ټولنپوهنې سرلاری مفکر او فیلسوف دی.

۲. لیویاتان Leviathan د توماس هابز دکتاب نوم دی . د کتاب اصلي موضوع د ټولنې د جوړښت او حکومت د مشروعیت دی. د لوستونکو د اسانتیا په خاطر د لیکنې په پاتې برخه کې د لیویاتان د اصطلاح پر ځای یې ژباړه یا ژغورونکی اصطلاح به وکارول شي (د ژباړن یادښت).

۳. توماس جفرسون (Thomas Jefforson) د امریکا د ځپلواکی د اعلامیې لیکونکی، د بهرنی چارو لمړنی وزیر او دریم ولسمشر وو.د جفرسون د ولسي جمهوریت (Rural Republicanism) د نظریې په اساس د جمهوریت او دموکراسی د تمثیل اساس باید په ټیټه کچه په محلي ټولنو کې شتون لري ؛ د نوموړو ټولنو د ورځنیو چارو د کنترول یا هم په چارو کې د مداخلې په موخه د مرکزي حکومت واک هرو مرو محدود وي (د ژباړن یادښت).

سریزه

(توماس هابز) (Thomas Hobbes) د انګلستان د کورنیو جګړو پر مهال ژوند کاوه. دا مهال انګلستان له ګډو امنیتي ستونزو او ګواښونو سره لاس په ګرېوان و. نوموړي (د خپل چاپیریال د ستونزمنو شرایطو د حلولو په اړه) دې پایلې ته رسیدلی وو چې: ژوند به تر هغه غوندي، وحشي او د مرګ په خوله کې ولاړ وي تر څو پورې چې Leviathan یا ژغورونکی را څرګند نه شي. دغه ژغورونکی به د سیمې پر ټولو وسله والو ډلو برلاسي کوي او د خپلې واکمنۍ په ټینګولو او سیمې ته د نظم راوستلو له لارې به مشروعیت تر لاسه کړي. شونې ده چې دا ژغورنکی پاچا اوسي یا هم بل هر وګړی چې د دولت مرکزي کنټرول په لاس کې واخلي. افغانستان د ۱۹۷۸ز کال را په دېخوا، د انګلستان د هغه وخت په پرتله، د مختلفو جګړه مارو ډلو له خوا (حتی د هغو ډلو پر ګډون چې د دولت د تشکیل برخې وې) ډېر تاوتریخوالی لیدلی او زیات زیانمن شوی. د (هابز) له فرضیه/ نظریې سره سم ولسمشر حامد کرزی له ۲۰۰۱ز کال څخه وروسته د ژغورونکي په توګه، د (ناټو) په چوکاټ کې د نړیوالو سوله ساتو ځواکونو (ایساف) په ملاتړ، په لومړیو کلونو کې پر دې وتوانیده چې افغانستان ته امنیت راولي.

خو په دې وروستیو کې بیا د افغانانو ژوند د پخوا په پرتله ډېر بدغوني، تریخ او لنډ دی، کټ مټ هماغسې لکه د لرغوني (روم) مورخ (تاسیتوس) (Tacitus) ویلي دي: "پخوا مونږ له جرمونو (د مجرمینو له اعمالو) څخه زیان لیده او ځورېدو؛ خو اوس له قانون (د قانون پلي کوونکو له اعمالو او رویې) څخه زیان ګورو او ځورېږو". د دې لیکنې په اوږدو کې استدلال شوی چې د (تاسیتوس) نظر د طالبانو په اړه هم صدق کوي ځکه طالبان په ۱۹۹۶ز کال کې د ژغورونکو په توګه را څرګند شول او د چپاولګرو جرمي ډلو او نا مسئوله وسله والو ملیشو څخه یې افغانان وژغورل او ډېر ښه امنیت یې راوست. طالبانو په ورته توګه د جهادي تنظیمونو (چې طالبانو د شر او فساد ځواکونو په نوم یادول) خپلمنځي جګړو ته هم د پای ټکي کیښود؛ خو دوی هم پر خپل وار د استبدادي نظام او قوانینو په رامنځته کولو سره ولسي وګړي، په ځانګړي ډول ښځې، په وېره او وحشت کې واچول. د ژغورونکو په توګه (ناټو) او کرزی دویمه ستونزه چې په دې مقاله کې تر بحث لاندې نیول شوې ده. دغو ژغورونکو ـ دولت او (ناټو) ـ د الیکسن(Ellickson) د نظر مطابق په ټولنه کې "له قانون پرته د نظم موجود سیستم یا (Order Without Law)[4] " له منځه وړو. د کرزي او ناټو دولت دا کار

۴. د قانون پرته د نظم موجودیت order without law مفهوم دادی چې اړینه نده چې یوازې د قانون په شتون کې دی په ټولنه کې نظم وي ؛ بلکه شونی ده چی د قانون په نه شتون یا په کمزوری شتون کی هم په ټولنه کې نظم موجود وي (دژباړن یادښت)

هماغسې وکړ لکه څرنګه چې طالبانو، مجاهدینو او کمونیستانو نظامونو- له اوسني نظام څخه دمخه د ژغورونکو نظامونو په توګه راڅرګند شوي وو- له قانون څخه پرته په ټولنه کې شته نظم له منځه وړی وو.

د (الیکسن) له نظره شونې ده چې ټولنه دې داسې یو دولت ولري چې په کې ټولې سیالې وسله والې ډلې بې وسلې شي او د عدالت ټول نارسمي او دودیز نظامونه د قانون په نه شتون کې هم امن رامنځته کړي او هم ټولنیز نظم ټینګ کړای شي.له بده مرغه باید ووایو چې د (ناټو) له مداخلې څخه نیولې ان د (اوباما) د حکومت تر دویم کال پورې د دغسې لارو چارو او ظرفیتونو څخه د ګټې اخیستلو هڅه ونه شوه. مونږ (لیکوالان) استدلال کوو چې له یوې لسیزې څخه وروسته د امریکا په تګلاره کې بدلون یوه پر ځای پرېکړه وه خو پوښتنه دا ده چې د بدلون دغه پرېکړه ډېره ناوخته ونه شوه؟

په لومړۍ لیکنې (همدغه لیکنه) کې یوازې د (هابز) د نظریاتو په رڼا کې مونږ خپلې شننې وړاندې کوو. په دویمه لیکنې کې د (جفرسون) پر نظریاتو بحث کوو چې پر بنسټ یې د عدالت سیمه ایز او دودیز نظامونو په تقویه او اصلاح تمرکز کوي. د لومړۍ لیکنې په لومړۍ برخه کې به د (هابز) د نظریاتو په نظر کې نیولو سره د مذهبي او یا نورو استبدادي نظامونو د منځته راتګ په اړه بحث او تحلیل وړاندې کوو. وروسته بیا دی استدلال ته بیلابیلو پراوونو کې ټوټه کیدنې (ماتیدنې) له سرچینو (عواملو) سره اړیکه ورکوو. مونږ د لومړۍ برخې تحلیل ته د دولت له جرمي کیدنې (criminalization of state)، د عدلي نظام له جرمي کیدنې (criminal-ization of the Justice cystem) او د جګړې له جرمي کیدنې (criminalization of war) سره هم اړیکه ورکړې ده. د دې ټولو ستونزو چې (هابز) یې د(ټولنیز رنځ) په نوم یادوي ،په لومړۍ برخه کې ځای ورکړل شوی دی. په دویمه برخه کې د (جفرسون) د نظریاتو په رڼا کې نومورو ستونزو ته د حل پر لارو چارو غور او بحث شوی دی.

مذهبي استبداد د نظم د تحمیل د معاصرې لارې په توګه

په ۱۹۹۸ز کال کې د اندونیزیا د (امبن) او (پوسو) (Amban and Poso) په ایالتونو کې، چې د مذهبي او سیاسي سیالیو سیمې وې، د مسلمانانو او عیسویانو ترمنځ شخړې او تاوتریخوالی پیل شوې (Braithwaite et al 2010). دا تاوتریخوالی په ډېرې چټکۍ سره د اندونیزیا د ملیوکو (Ma-luku) او مرکزي سیلاوسی (Central Sulawesi) سیمو ته هم خپرې شوې او په پایله کې یې له

لس زرو (۱۰۰۰۰) ځخه ډېرو کسانو خپل ژوند له لاسه ورکړه. په دواړه لانجمنو سیمو کې جګړه له لاندې دوو حالتونو ځخه پر یو حالت واوښته او لا نوره هم توده او کړکیچنه شوه. د جګړې لومړی حالت دا وو چې د مسلمانانو د مرستې لپاره په جکارتا کې د مذهبي توند لارو د لاریونونو او غوښتنو په ځواب کې په زرګونه مسلمان ځوانان له توند لارو اسلامي ډلو لکه لشکر جهاد سره یو ځای شول او د (امبن) او (پوسو) په لور یې حرکت وکړ. دغو ځوانان چې په ټوله معنی پر وسلو سمبال وو کلیو ته له ننوتو سره سم یې کورونه وسوځول او هغه عیسویان یې له منځه یوړل چې په تښته بریالي شوي نه وو. د جګړې دویم لوری دا و چې امنیتي ځواکونه هم د جګړې اړخ وګرځېدل. د ښلکې په ډول په (آمبن) ایالت کې د پولیسو د ځواکونو ډېره برخه له عیسویانو سره یو ځای شول او بله خوا د اردو سرتېرې له مسلمانانو سره. د ملي اردو ځینو مسلکي ننښه وېشتونکو د پیسو په بدل کې د جګړې دواړه خواوو ته خپل وژونکي خدمتونه خرڅول.

په نومورو دوه وو ایالتونو کې په هغه ډول چې (هابز) عقیده لرله، ولسي وګړي د ولسي وګړو سره په جګړه[۵] کې ښکېل شول. دغه جګړه که څه هم د لنډې مودې لپاره وه خو مذهبي توند لارې ډلې په دې لنډه موده کې وتوانېدې چې په نومورو سیمو کې د ترهګرو روزنځایونه رامنځ ته کړي چې په پایله کې یې اندونیزیا تر ۲۰۰۲ز کاله پورې په نړۍ کې د ترهګریزو چاودونو له امله تر ټولو نوم بدی هیواد و چې وروسته په ترتیب سره عراق، افغانستان او پاکستان دا ځای ونیوه. د بالي (Bali) د ۲۰۰۲ ز کال چاودنې، چې په کې دوه سوه ۲۰۰ کسان وژل شوي وو، د (ملیوکو) او مرکزي (سیلاویسي) په ترهګریزو مرکزونو کې د روزل شوو ترهګرو له خوا طرحه شوې . دغه مرکزونه اوس تړل شوي دي. که څه هم اوس کله ناکله د مسلمانانو او عیسویانو تر منځ د تاوتریخوالي خبرونه اوربدل کیږي خو دا ننښتې او تاوتریخوالي هغومره نه دي څومره چې په ۱۹۹۸ز کال وو. په تاوتریخوالو ددې سترې بریا اصلي لاملونه درې وو: لومړی لامل یې دا و چې مذهبي مشرانو له جنګیالو څخه غوښتنه وکړه تر څو خپلو کورونو ته راستانه شي او سوله ایز ژوند غوره کړي. د دې مشرانو له ډلې څخه یوه ډله هغو مذهبي مشرانو چې په سعودي عربستان کې مېشت وو د اوربند او د جګړې د درولو په هکله فتوی صادره کړه. بله ډله د (جاوانیز) او (سلاویسي) (Javanese and Sulawesi)د کلیو مذهبي مشران وو چې د هغوی له کلو څخه ځوانان د جګړې لپاره ګمارل شوي وو، دریمه ډله مشران د (آمبن) او (پوسو) د کلیو مذهبي مشران وو چیرې چې جګړه روانه وه او

۵. د هابز په آند دولس په وړاندې د ولس جګړه (War of all against all / war of each against all) هغه جګړې ته ویل کیږي چې په هغې کې ولسي خلک یو د بل په وړاندې جنګیږي او د حالت حاکم وي (د ژباړن یادښت)

جنګیالي د دې کلیو د ساتنې او دفاع په موخه راغلي وو. د بریا دویم لامل د مسلمانانو او عیسویانو دمذهبي مشرانو تر منځ د پخلاینې او روغې جوړې د خبرو اترو (مذاکراتو) پیل وو. د خبرو اترو په پایله کې مشران پر دې وتوانیدل چې په ټیټه (کلیواله) کچه د پخلاینې له دودیزو لارو (هغه لارې چې له عیسویت او اسلام څخه دمخه په خلکو کې دود وې) څخه په ګټنې د مسلمانانو او عیسویانو ترمنځ روغه جوړه رامنځ ته کړي. د بریا دریم لامل د امنیتي ځواکونو په جګړه کې د مختلفو ښکیلو خواو له ملاتړ څخه لاس اخیستل او د سولې د په وړاندې جدي اقدامات وو. د ۲۰۰۰مې ز کال په اوږدو کې په دواړو ولایتونو کې نیمګړی خو نسبتاً ټینګ امنیت را منځ ته شوه.

بنګله دیش هم په ۱۹۹۸م کال کې له همداسې حالت سره وروسته له هغې مخ شو چې د جماعت المجاهدین بنګله دیش (JMB) سلفي ډله د پخوا په پرتله پیاوړې شوه. نوموړې ډلې د بنګله دېش په مختلفو سیمو کې په سلګونو ترهګریز چاودنې تر سره کړې چې تر ټول ډېرې چاودنې یې د ۲۰۰۴- ۲۰۰۵م کلونو په اوږدو کې ترسره کړې (ICG 2010; South Asian Terrorism Portal 2010) نوموړې ډلې د فرقه یې شخړو، په چارو کې د پولیسو ناکامیو، خپلسریو، کمزورې حکومتولۍ او په مختلفو کلیوالي سیمو (په ځانګړې توګه په راج شاهي) کې د امنیت په اړه د خلکو له بې اعتمادۍ او وېرې څخه د یو فرصت په توګه د خپل خوځښت د سمولو لپاره ګټه واخیسته. نوموړې ډلې د شرعي نظام په جاري کولو سره په نوموړو سیمو کې لومړۍ امنیت ټینګ کړ ، خو بیا یې له دې سیمو څخه د ترهګریزو روزنځایونو او مرکزونو په توګه ګټه پورته کړه چې د بنګله دېش په مختلفو سیمو کې تر سره شوي ترهګریز بریدونه به له همدې ځایه رهبري او اداره کیدل.

د ۲۰۰۰ مې ز پیړۍ د لومړي لسیزې په منځني کلونو کې په بنګله دېش کې (د اندونیزیا د ۱۹۹۰ز لسیزې د وروستیو او ۲۰۰۰ مې ز پیړۍ د لومړیو کلونو د حالت په څیر) د حکومت او مدني ټولنو د کډو هڅو په پایله کې جماعت المجاهدین بنګله دېش ترهګرې ډلې ځالې په مؤثره توګه له منځه یورل شوې (Fink and El-Said 2011: 5-7) خو لا هم د نوموړې ډلې د بیرته راګرځیدلو ګواښ په بشپړه توګه له منځه نه دی تللی. په حقیقت کې نن ورځ بنګله دېش او اندونیزیا چې د نفوس په لحاظ د اسلامي نړۍ تر ټول لوی او د مسلمانانو اکثریت وګړي لرونکي هیوادونه دي او د نورو اسلامي هیوادونو لکه افغانستان، پاکستان، یمن او سومالیې په شان د ترهګریزو فعالیتونو مرکزونه نه دي. د بنګله دېش د امنیتي چارو یو کارپوه جان بریټ ویټ (John Braithwaite) ته د مرکې په مهال ویلي چې جماعت المجاهدین - بنګله دېش او طالبان د فعالیتونه په سرته رسولو کې یو له بل سره ډېر ورته والی لري: دواړه ډلې په هغو کلیوالو سیمو کې مرکزونه جوړوي کومو سیمو کې

چې د غیر مسئولو وسله واله ډلو د موجودیت له کبله د قانون د حاکمیت خلا رامنځ ته شوې وي.[۶]

له پورته شننې څخه وروسته د دې لیکنې اصلي برخې ته ګرځو چې د (هابز) د نظریاتو په رڼا کې د طالبانو د خوځښت د منځ ته راتلو د څرنګوالي ارزونه ده. په دې اړه مورږ خپله ارزونه داسې وړاندې کوو چې د طالبانو پر وړاندې د نړیوالې ټولنې غبرګون هم هابزي غبرګون و: یعنې د طالبانو تر امارت لاندې ستونزمن ژوند ددې لامل شو چې په مقابل کې یې د ژغورونکي په توګه حامد کرزی واک ته ورسول شو.

په داسې حال کې چې په ۲۰۰۱ز کال کې نړیواله ټولنه تر ډېره بریده د (یوګوسلاویا) د تجزیې د صحنې/ منظری د تکرار څخه په افغانستان کې وېرېده، د افغانستان په هکله ورته تاریخي مثال موجوده نه وه. نړیوالو مرستندویه دولتونو په همدې خاطر د یو قوي مرکزي دولت پر جوړېدو ډېر ټینګار کاوه چې پر آند یې د قوي مرکزي دولت په نه شتون کې به هېواد له تجزیې سره مخ شي (Barfield 2010: 8). باب وډوارډ (Bob Woodward: 2011) په خپل کتاب د (اوباما) جګړه (Obama's War) کې، خپل امنیتي ټیم (ډلې) ته د وینا پر مهال د ولسمشر (اوباما) هغه خبرې رانقل کړې چې وایي په افغانستان کې زمونږ د مداخلې موخه دا نه ده چې هلته (جفرسون) ډوله ډیموکراسي پلې کړو. په دې بنسټ زمونږ ارزونه، چې د دې لیکنې د دویمې برخې په پای کې به هم وړاندې شي، دا ده چې د افغانستان د اوسنۍ غمبزې اصلي لامل هغه ناسمې تکلارې دي چې تر ډېره بریده د (هابز) د نظریاتو په رڼا کې ترتیب شوي خو د (جفرسون) د وګړواکۍ نظریاتو ته په کې ډېر کم ځای ورکړل شوی. د (جفرسون) د جمهوریت د لیدلوري پر بنسټ د واکمنۍ د ټینګښت او د تاوتریخوالو او د استبداد د مخنیوي په موخه اړینه ده چې غیر مرکزي، سیمه ایز او د قواو د تفکیک قوتونه د څارګر نقش ولوبوي.

د استبدادي نظم هغه بدیل چې مونږ یې وړاندې کوو دا دې چې په سیمه ایزه کچه د وګړواکۍ نظام مثال/ سرمشق چې بنسټ یې محلي ټولنه وي اما د وګړیز دولت له ملاتړ څخه برخمن وي: لکه د (پنچایت) نظام چې د (مهاتما ګاندي) په سیاسي نظریاتو کې هم لیدل کېږي (وګورئ Braithwaite et al. 2010). د دې تحلیل پر بنسټ، د عدالت د رسمي نظام په پرتله د عدالت سیمه

۶. ددې څېړنې لپاره ۱۱۴ مرکې ترسره شوې چې ډېره برخه یې د لیکوالانو له خوا په کډه توګه د ۲۰۱۱ز کال د جولای او اګست په میاشتو کې په افغانستان کې تر سره شوې. د ساحوي څېړنې د پای څخه وروسته ،نوري پاتې مرکې د بهرنیو نظامي او نورو دنده کونکو سره (هغه چې په افغانستان کې یې دنده درلوده) په مختلفو هیوادونو کې سرته رسیدلې. ډاکټر علي وردک په افغانستان کې زېږیدلی او د ژوند ډېره برخه یې هم په افغانستان کې تېر کړې، نوموړی همدارنګه د ۲۰۱۱ز کال راهیسې د نورو څېړنیزو پروژو د سرته رسولو په موخه ډېر ځلې افغانستان ته کاري سفرونه هم کړي. د څېړنیز اخلاقو او اصولو د مراعتولو په موخه مرکې پرته له نوم څخه نشرېږي مګر په هغه صورت کې چې سرچینه (مرکه ورکونکی) د نوم او شهرت د نشرغوښتونکی وي.

ایز نظامونه خورا زیات اهمیت لري، خو دا هم باید په یاد ولرو چې د آزادیو د تامین او د تاوتریخوالي او ترهګرۍ څخه خالي ټولنې لپاره د عدالت د دوارو نظامونو مرسته په برابره ډول اړینه دی.

افغانستان: جګړه، دولت او ټولنه

که څه هم افغانستان د ۱۹۷۸ز کال له کمونستي کودتا څخه دمخه ډېرې ستونزې لرلې خو بیا هم په عمومي توګه د (محمد ظاهر شاه) د پاچاهۍ او د ولسمشر (محمد داود خان) د واکمنۍ پر مهال د څه له پاسه پینځو لسیزو لپاره سوله ایز هیواد و. په نوموړې موده کې (په ځانګړې توګه له ۱۹۷۳ز څخه تر ۱۹۷۸ز کلونو پورې) د افغانستان دولت ورو ورو تدریجي ډول سره د ملي بنسټونو د پیاوړتیا لرۍ پیل کړه. په ورته توګه د ټولنې ټولو وګړو، په ځانګړې ډول ښځو، په تدریجي ډول آزادي تر لاسه کړه. د هغو مخ پر ودې هیوادونو په پرتله چې له افغانستان سره په یوه کچه د پرمختګ په حال کې وو، د افغانستان د تعلیمي بنسټونو حالت د راتلونکي پرمختګ لپاره ډېر هیله ښونکی و؛ خو همدغه تعلیمي بنسټونه د افغانستان د بد مرغیو او ناخوالو لامل هم وګرځیدل. د ۱۹۶۰مې ز لسیزې په وروستیو او د ۱۹۷۰مې ز لسیزې په لومړیو کې، د نړۍ د نورو پوهنتونو په څېر کابل پوهنتون هم د زده کړیالانو د افراط مرکز وګرځید؛ خو د کابل پوهنتون د افراطیانو او د سربان (Sorbonne) او برکلي (Berkeley) پوهنتونونو د افراطیانو ترمنځ دا توپیر وو چې د کابل پوهنتون کښې ارخي افراطیانو د شوروي اتحاد (یا هم د چین د ماو Mao) له پراخه ملاتړ څخه برخمن وو او مذهبي افراطیانو یې د پاکستان، ایران او یا هم نورو اسلامي هیوادونو ملاتړ له ځانه سره درلود. په ځانګړې توګه د شوروي له یرغل څخه وروسته، د افغانستان اسلامي افراطیانو د پاکستان د ځارګړې ادارې (ISI) او د امریکا متحده ایالاتو د ځارګړې ادارې (CIA) له ملاتړ څخه هم ډېر برخمن شول. سعودي عربستان او ځینو نورو عربي هیوادونو د جنګیالو، پیسو او وسلو په برخه کې له دغو مذهبي افراطیانو سره مرسته کوله.

د نوموړو هیوادونو په ملاتړ او مرسته، په ترتیب سره لومړی کمونستان او بیا اسلامي ډلې وتوانیدې چې دولتي واک ترلاسه کړي. واک ته د رسیدو په موخه د نوموړو ډلو د سیالیو په ترڅ کې د دولت جوړونې هڅې (که څه هم کمزورې وې) هم له منځه یوړل شوې. د کمونستانو او مجاهدینو د پرله پسې جګړو په پایله کې په اټکلي توګه د ۱.۲ میلونو څخه ډېر افغانان ووژل شول. د نوموړو جګړو په پایله کې د افغانستان اقتصادي، سیاسي، تعلیمي او کلتوري بنسټونه او تاسیسات تر ډېره بریده له منځه لاړل. په داسې حال کې چې د دولت د ویجاړ شوو بنسټونو کنټرول د بریالو جګړه

مارو ډلو په لاس کې ولوېد، مليشې ، وړې جګړې مارې ډلې پر دې و توانيدې چې د کليوالي سيمو کنټرول تر لاسه کړي.بالاخره د جګړو په پايله کې تعليمي بنسټونه ويجاړ او ډېرو افغانانو ته د تعليم حاصلولو يوازينۍ لار په ديني مدرسو کې زده کړه وه. د دې ديني مدرسو ډېره شمير د افغانستان او پاکستان د سرحدي کربنې په اوږدو او د پاکستان په ځينو ښارونو کې وې چې د (اسامه بن لادن) په ځير وګړو له خوا تمويليدې.

کله چې شوروي اتحاد پر دې پوه شوه چې يوازې د وسلو او سلاکارانو له لارې نه شي کولی چې خپل لاسپوڅی کمونستي نظام په واک کې وساتي نو د ۱۹۷۹ز کال د ډيسمبر مياشت کې يې نيغ په نيغه پر افغانستان نظامي يرغل وکړ. مجاهدين پر دې وتوانېدل چې له روسي يرغل سره د مقابلې په موخه د امريکا متحده ايالتونو، غربي اروپا هېوادونو، پاکستان، سعودي عربستان او اسامه بن لادن ملاتړ ترلاسه وکړي د. د شوروي اتحاد د ماتولو لپاره له مجاهدينو سره د نومورو هېوادونو مرستو بسنه وکړه او په دې توګه مجاهدين وتوانېدل چې د نړيوال اشتراکي/ ګډ اصول په راپرځولو کې لويه ونډه واخلي. په افغانستان کې د کمونستي رژيم آخرنی واکمن ډاکټر نجيب‌الله د شوروي په شان له کمونستي نظام څخه لاس واخيسته او پر ځای يې له اسلام او ولسواکۍ څخه خپل ملاتړ اعلان کړ. له دې سره سره بيا هم نظام د شوروي لاس پوڅی و او د هغې د نظامي مرستو پر مټ په واک کې پاتې وو. که څه هم د ګورباچوف (Gorbachev) او يلتسن (Yeltsin) د مشرۍ په وخت کې نور نو شوروي له امريکا سره په سړه جګړه کې ښکېل نه وه، خو بيا هم امريکا له دې فرصت څخه د واک د ليږد په موخه ګټه وانخيسته تر څو له شوروي سره په ګډه له اشتراکي/ ګډ اصول څخه وګړوالي ته واک وليږدوي. د ګډ کار پر ځای د امريکا متحده ايالات د سړې جګړې د بريا په خوښۍ کې بوخت، له سړې جګړې څخه د راولاړو شوو غميزو او ورانيو له مسوليت څخه يې انکار وکړ او خپلو د مالي ګټو د ساتنې په خاطر يې پر افغانستان ټولې مالي مرستې ودرولې. امريکا په افغانستان کې د سولې په موخه د سيمه ايزې سولې مسوولیت پاکستان ته وسپاره. په دې کار سره د دې احتمال رامنځ ته شو، چې افغانستان چې يو وخت د نړۍ د زبر ځواکونو (روسيې او امريکا) د سيالۍ ميدان و، اوس د سيمه ايزو ځواکمنو او سيالو هېوادونو (په ځانګړي ډول د پاکستان او هندوستان) د سيالۍ پر ميدان بدل شوې. د افغانستان په غرب کې د ګاونډي هېواد ايران له خوا په افغانستان کې شيعه ملېشو ته د وسلو ورکول هغه څه و چې د امنيت او ثبات موضوع يې نوره هم کړکيچنه کړه.

د امريکا متحده ايالات يوازينی هيواد نه و چې د شوروي اتحاد له وتلو څخه وروسته يې د غلطې پرېکړې له مخې افغانستان يوازې پرېښوده او د ترهګرۍ ښکار شو (Wardak 2002). پاکستان او

هندوستان هم په ورته ډول له ترهګرۍ څخه زیانمن شو. د نومورو هیوادونو په شان روسیه هم له هغو مخدره توکو څخه چې له افغانستان څخه راځي زیان ګوري او له همدې امله هر کال ۱۴۰۰۰ زره روسي ځوانان خپل ژوند له لاسه ورکوي دغه شمیره د روسیې د هغو ځوانو پوځیان له شمیرې سره نږدې ده چې د افغانستان د جګړې په اوږدو کې وژل شوي وو. په همدې ډول ایران هم له هغو مخدره توکو څخه زیان وینې چې د افغانستان څخه قاچاق کیږي، دغه مخدره توکي د ټولې نړۍ د هیروئینو د قاچاق څه له پاسه درېیمه برخه جوړوي (Paoli et al. 2009: 238). د روسیې له وتلو څخه د ۲۰۰۰ ز کال تر لومړیو پورې د ایران کابو ۳۷۰۰ پولیس د مخدره توکو له قاچاقبرانو سره د جګړې پر مهال وژل شوي (Ashouri and Rahmdel 2003; Paoli et al. 2009: 238). د افغانستان د ژغورلو چانس د شوروي اتحاد سره د جګړې په پای کې د ۲۰۰۱ ز کال په پرتله کله چې غربي نړۍ د افغانستان د ژغورنې په موخه بیا په افغانستان کې ښکېل شوه، ډېر وو.

د (هابز) د نظریو په یو نواخت تطبیق کې د افغانستان ستونزو ته د حل لارو د لټولو لاره ده. که د دولت په نه شتون کې ګاونډیان د خپلو لنډ مهاله ګټو لپاره د ولس پر وړاندې د ولس جګړې ته لمن وهي نو دا په حقیقت کې وحشي جګړه مارو ډلو ته په ټولنه کې د ژورو ریښو ځغلولو او منګولو ټینګولو د برابرول په معنی دي. دا ډول لنډ مهاله ګټې له ځان سره اوږد مهاله خطرونه لري حتی کېدای شي په پښتون میشته قبایلي سیمو کې چې ډېری وختونه یې د افغانستان او پاکستان امنیت ګواښلی دی اتومي ګواښ هم رامنځ ته کړي؛ نړیواله ټولنه دا اندیښنه هم لري چې کیدای شي د پاکستان اتومي وسلې د ترهګرو لاس ته ورشي. په ورته ډول کولای شو چې د سومالیې، یمن او د پاکستان د نورو برخو له وضعیت څخه یو څه زده کړای شو. که څه هم د ګډوډیو د تشخیص لپاره د (هابز) لیدلوری منطقي او پرمعنی ده، خو په دې لیکنه کې مونږ استدلال کوو چې ولې د (هابز) د (لیویاتان) وړاندیز چې په ځواکمن پولیس او نظامي ځواک متمرکز دی د تطبیق په پایله کې د افغانستان حالت د پاکستان په شان نور هم د ګډوډۍ او خرابۍ لور ته یورې.

د دولت ټوټه کیدل

د مجاهدینو مختلفو سیالو ډلو لومړی د شوروي په وړاندې او بیا په ۱۹۹۲ز کال کې د روسیې په ملاتړ د ډاکټر نجیب‌الله د نظام په وړاندې په جګړه کې بریا تر لاسه کړه.له بده مرغه کله چې د امریکا متحده ایالاتو د سیمه ایزې سولې د تامینوونکي په توګه پاکستان غوره کړه نو پاکستان د خپلو ګټو د ساتنې په موخه په افغانستان کې د خپل لاسپوڅي حکومت درلودلو په هیله کله د مجاهدینو د

یوې ډلې او کله هم د بلې ډلې ملاتړ پیل کړ. له یوې مذهبي ډلې څخه بلې مذهبي ډلې ته د پاکستان د ملاتړ بدلیدل رابدلیدل په افغانستان کې د یو خپلواکه او ملي مشرتابه د رامنځ ته کیدو لوی خنډ وګرځید (Rubin 2002: x). پاکستان افغانستان ته د خپل نفوذ د ساحې او بالقوه متحد (ملګري) په سترګه کتل تر څو په دې توګه د هندوستان پر ضد" وارد مخه طرحه شوې دفاعي تګلاره[۷]" یا " کړنلاره عمق[۸]" پلان کړي. تر ټولو مهمه خبره دا چې د پاکستان دا لویه هیله ده چې افغانستان مرکزي آسیا ته د نښلوونکې لارې په توګه وکاروي چې وکولای شي خپل سوداګریز مالونه مرکزي آسیا ته ولیږدوي او له هغه ځایه تر ټولو ډېر اړین توکي (لکه ګاز او تیل) را دننه کړي. ښایې پاکستان د افغانستان بې ثباتي دومره ډېره بده نه وي ګڼلې او ګومان یې کړی وي چې کولای شي دا حالت خپله مهار کړي. په ځانګړي ډول پاکستان داسې یو باثباته افغانستان نه غوښته چې د پاکستان د دښمن (هندوستان) نړدی ملګری وي؛ هغه هندوستان چې په پرله پسې توګه په افغانستان کې اقتصادي او سیاسي پانګونې کوي. پاکستان د افغانستان او هندوستان ترمنځ په دې وروستیو کې لاسلیک شوي کړنلاری تړون او د هندوستان هغه وړاندیز ته، چې له مخې به یې افغان امنیتي ځواکونه د هندوستان له خوا روزل کېږي، د شک او توطئې په سترګه ګوري.

پاکستان په ۱۹۹۴ز کال کې هغه وخت له طالبانو څخه ملاتړ پیل کړ چې د مجاهدینو دلاس پوڅو ډلو له لارې د افغانستان تر خپل واک لاندې راوستلو هڅې یې ناکامه شوې؛ د دې ناکامۍ لوی لامل د سیمه ایزو ځواکمنو هېوادونو لکه هندوستان، ایران، روسیې او د پخوانې شوروي اتحاد د مرکزي آسیا وګړواکونو له خوا د هغوی د نفوذ لاندې جهادي ډلو ملاتړ و. که څه هم د کابل د نیولو په موخه د مجاهدینو خپلمنځي جګړو کې هغومره خلک ونه وژل شول کوم چې د کمونستي نظام خلاف جګړې په وخت کې وژل شوي وو؛ خو بیا هم د مجاهدینو خپلمنځي جګړو د دولت تشکیلات او په کابل کې دولتي بنسټونه په پراخه توګه ویجاړ کړل. په همدې توګه د کابل د ښار ډېری ودانۍ په کنډوالو بدلې شوې، د دې ودانیو په منځ کې هغه ودانۍ هم ویجاړې شوې چې یو وخت یې د یو افغان ځواکمن دولت ښکارندویي کوله: د بیلګې په ډول د کابل د تخنیک ساحوي پوهنځی او د کابل پوهنتون ځینې نور خورا مهم مرکزونه چې د هېواد په کچه مشهور ښوونیز بنسټونه وو.

خو (کندهار) تر بل هر ځای ډېر په ګډوډۍ کې ښکیل وو. وسله والو ډلو د کندهار له ښاره بهر

---

۷. مخکې طرحه شوی دفاعي تګلاره forward defence اصطلاح په نظامي برخه کې هغه تګلاری لپاره کارول چې د هغې په اساس د هیواد د کټو او امنیت د ساتلو لپاره خپل هیواد پر خای په بل هیواد کې جګړه ترسره کېږي تر څو ددښمن د خطر مخه ونیول شي.

۸. ژوره کړنلاره strategic depth اصطلاح په نظامی برخه کی په لاندی معنی کارول کیږي: دجګړې د لومړۍ کرښو څخه د دجګړه کونکو هیوادونو دمرکزي او صنعتي ښارونو، نظامي مرکزونو، ملکي ځایونو او نورو اهدافو ترمنځ فاصله او لرې والی.

برخې تر خپل واک لاندې راوستل او د ځوانو هلکانو او نجونو اختطاف په پراخه کچه شتون درلود. د وسلو والو د جګړو له امله ولسي وګړي یا به د ړندو ډزو قرباني وو او یا به دښمن ته د پناه ورکولو په تور د وژل کېدو له ګواښ سره مخامخ و. دهقانانو نه شول کولای چې خپل کرنیز توکي د خرڅلاو لپاره بازار ته یوسي. مسافرینو نه شول کولای چې وسله والو ډلو ته له باج ورکولو پرته خپل ملګري یا هم کورنیو سره وویني. له دې بدمرغیو سره د مبارزې په موخه د دیني مدرسو د ښوونکو او زده کونکو یوه خپلسری غبرګون د (ملا محمد عمر) په مشرۍ رامنځ ته شو تر څو وسله والې ډلې تر لاس لاندې او د ولس لوټونکې تالاشۍ بندې کړي؛ دغه خوځښت وروسته په ملي کچه د طالبانو د تحریک په نامه وپېژندل شو. د ۱۹۹۴ز کال د نومبر په میاشت کې طالبانو وکولای شو چې کندهار ولایت تر خپل سلطې لاندې راولي او د شریعت د احکامو په نافذولو سره یې قاطع نظم رامنځته کړ. د واک په لومړیو ورځو کې طالبانو د نظم او قانونیت د راوړلو د داعیې پر بنسټ وتوانېدلی شو چې د نظم په راوړلو سره د خپل واک سیمه نوره هم پراخه کړي؛ د واک له ټینګولو وروسته د نظام د مخته وړلو لپاره یې خپل مذهبي (دیوبندي مفکوره) په پوره ډول عملي کړه (Barfield 2010:257).

د طالبانو چټک پرمختګ د دې سبب شو چې وروسته د پاکستان ملاتړ ترلاسه کړي؛ پاکستان د مرکزي آسیا د هېوادونو په ځانګړې توګه د ترکمنستان او ازبکستان سره د ژورو اقتصادي اړیکو د رامنځته کولو لپاره ډېر هیله من وو تر څو له یو باثباته او ملګري افغانستان سره نږدې اړیکې ولري. د پاکستان ځارګړې ادارې (ISI) او یا هم په نومورې ادراه کې ځینو کړیو وروسته د (طالبانو) او (القاعدې) په منځ کې د "رویبار" رول ولوباوه. طالبان، چې هغه وخت په افغانستان کې د خلکو له پراخه ملاتړ څخه برخمن و، له (القاعدې) څخه د پیسو (او یو څو سوو جنګیالیو) له لاس ته راوړلو څخه وروسته وکولای شول چې د ۱۹۹۸ ز کال د اګست تر میاشتې پورې د افغانستان ډېره زیاته برخه تر خپل واک لاندې راولي. (آمبن)، (پوسو) او (بنګله دیش) ته په ورته ډول، مذهبي توند لارو وکولای شو چې د ګډوډیو له منځه وړلو څخه وروسته په کندهار کې خپل واک ټینګ کړي. د (کندهار) او د (آمبن)، (پوسو) او (بنګله دیش) د حالاتو یوازینی توپیر دا وه چې طالبانو د نظامي واک تر ترلاسه کولو وروسته هم له بهرنیو مرستو څخه برخمن وو. حتی د امریکا متحده ایالاتو هم طالبانو ته د ژغورونکو په سترګه کتل او دا یې انګېرله چې طالبان به وکولای شي په افغانستان کې امن تامین کړي او په دې توګه به امریکایي شرکتونه (په ځانګړې توګه یونوکال UNOCAL) وکولای شي چې له مرکزي آسیا څخه د ګازو او تېلو لېږد پیل کړي (Rubin 2002: vix).

که څه هم د مختلفو ګاونډیانو او سیمه ایزو ځواکونو په ملاتړ د مجاهدینو خپلمنځي جګړو

په معاصر تاریخ کې افغان دولت ته پریکنده ویجاړونکي ګوزارونه ورکړل خو په حقیقت کې د دغو جګړو سرچینه تاریخي عوامل دي چې له امله یې د افغانستان دولت ټوټې شوی. دا سرچینې عبارت دي له: کورنۍ جګړې، د پردیو ځواکونو لاسپوڅي حکومتونه او د افغانستان موقعیت چې د سیالو امپراتوریو (روسیې او برېتانیې) او د سیالو ایتلافونو (روسیې او امریکا) ترمنځ حایل حیثیت درلودلی دی (Rubin 2001)؛ همدارنګه یوه بله سرچینه هم د واک لاس ته راوړلو لپاره د حکمران د ځایناستو ترمنځ اختلاف او بې ثباتۍ څخه عبارت دی چې د افغان دولت جوړونې کړنلاره یې تکامل او بشپړتیا ته نه ده پرېښې (Saikal 2001) او ځینې نور مختلفې سرچینې له مختلفو عواملو سره هم ښایي موجودې وي. د تیر تاریخي نظامي جګړو پر بنسټ د دولت بنسټونه د معاصرو جګړو په پرتله په ژوره توګه تخریب شوي وو د بیلګې په ډول په ۱۳ مه پیړۍ کې (چنګیز خان) خان ډېر ښارونه ویجاړ او د اوبو لګولو نظامونه یې له منځه یووړل چې په دې توګه ډېر خلک ناچاره بېرته د کوچي والی ژوند ته ستانه شول (Rubin 2002:22). په دې لړ کې د شمالي ایتلاف جګړه ماران/ مشران او حامد کرزي ددولت تحمیل د ژغورونکي په توګه (پرته له دې چې په اغیزناکه توګه د قواوو د تفکیک اصل مراعات شي) دافغان دولت قانوني مشروعیت نور هم تر پوښتنې لاندې راوست. دا کار د دې لامل شو چې افغاني ټولنه (د کمزوري دولت او غښتلې ټولنې) بېلګه غوره کړي (Migdal 1988). د افغانستان مدني ټولنې او عامه وګړي د امنیت ، عدالت او اقتصادي فرصتونو لپاره په خپلو کلیوالو او تېر ډیره متکي او باوري ده. دوی په دولت باور نه لري. جرګه د نادولتي مدني ټولنو له ډلې څخه تر ټولو ډېر باارزښته بنسټ دې .

د ښځو او سرغړونکو پر وړاندې د طالبانو دولتي جرایم

طالبانو د واک پر مهال د (القاعده) د جنګیالیو په ملاتړ په (مزار شریف)، (یکاولنګ) او (شمالي) کې په وحشیانه ډول د جنګي جرمونو او د بشریت پرضد جرمونو د ارتکاب مظنون شول(Afghanistan Justice Project 2005; Grossman 2006). وروسته له دې چې طالبانو خپل افراطي ډوله مذهبي قضایې نظام په بشپړه توګه پلی کړ، نو ددولتي جرائمو ارتکاب ته یې هم برابره کړه، په داسې حال کې چې د دغې څېړنې ډېرو کډون کونکو ویلي دي چې د طالبانو په وخت کې دوی په کوڅو کې ځانونه ډېر خوندي احساسول: "تر هغې وخته پورې چې یو کس دیني احکام مراعتول نو هغه کس کولای شول چې په خوندیتوب سره هر چیرته لاړ شي. دغه کار نه د طالبانو له وخت څخه مخکې ممکن و او نه اوس امکان لري" (interview, Kabul civil servant 2011). خو ستونزه دا وه چې کله به چا له

دیني احکامو څخه سرغړونه کوله نو د طالبانو له دولتي ترهې سره به مخامخ کېدل. بې ضرره هنري کارونه لکه د هنري فلمونو جوړول یا کتل او یا هم ښځینه سندرغاړو ته غوږ نیول د جزا وړ جرمونه وو. طالبانو په دې نوم چې په ټولنه کې اصیل دیني عقاید پلی کوي د کلتوري میراث پر ضد د جرمونو مرتکب شول، په (بامیانو) کې د (بودا) د لرغونې مجسمې ویجاړول یې ښه بیلګه ده.

د نظم د ټینګښت یو لامل هم له شرعي احکامو څخه د طالبانو ځانګړی شخصي تفسیر و د بېلګې په ډول د قتل په تور به د قاتل مجازات (قصاص) او یا هم په غلا د تورنو اشخاصو لاسونو پریکول (حد) به د خلکو په عام محضر کې، د فوټبال په لوبغالي کې، تطبیق کیده. په ورته ډول که چیرته به د چا ږیره نه وه نو په قوي احتمال سره به د جزا وړ و، اما ښځې د دې استبدادي نظام تر ټولو ډېره قرباني ډله وه. که څه هم د طالبانو د نظام هر غړي د دې حق درلود چې د دولت په استازیتوب سرغړونکوو ته جزا ورکړي خو د امر باالمعروف او نهي عن المنکر پولیس د دولت تر ټولو مهم ارګان او استازي ګڼل کیدل. د خاوند له اجازې پرته په عامه ځایونو کې د ښځو ګرځیدل هم د مجازاتو وړ جرم وو. همدارنګه د دې لپاره چې ښځې وکولای شي له کوره دباندې ووځي نو باید لږ تر لږه بورقه پر سر کړي.

له ۲۰۰۱ ز کال څخه وروسته د دولت جوړونې کړنلاره

د امریکا متحده ایالاتو د اردو پر مټ او د شمالي ټلوالې د جګړه مارو په مرسته د طالبانو د نظام له نسکورېدو څخه وروسته، د غربي هیوادونو له خوا په افغانستان کې د دولت جوړونې لومړنۍ پراخه هڅې تر سترګو نه شوې. کله چې په ۲۰۰۱ ز کال کې د طالبانو حکومت په بشپړ ډول له منځه تلل تر سره شو، نو غربي ځواکونو خپله ټوله توجه د افغانستان پر ځای عراق ته ځانګړې کړه ځکه د دوی په آند عراق د افغانستان په پرتله لویه ستونزه او ننګونه وو. د ولسمشر جورج بش (George Bush) د اداري تګلاره په حقیقت کې د دولت جوړونې پر بنسټ نه وه ولاړه؛ په افغانستان کې د نومورې اداري لومړیتوب دولت جوړونه نه وه بلکې د (القاعده) او (طالبانو) د پاتې غړو نیول او یا هم له منځه وړل وو. د ملګرو ملتونو لوړ رتبه مامور فرانسس ویندریل (Frances Vendrell:2011) په دې هکله داسې وایي:

> "زمونږ له ډلې ډېرو کسانو پر دې خبره ډېر ټینګار وکړ چې مونږ هرومرو په جدي ډول سره د (کمبوډیا)، ختیځ (تیمور)، (بوسنیا) او (کوسوو) له تجربې څخه په افغانستان کې هم ګټه واخلو، ځکه افغان ولس چې کلونو جګړو او بې قانونیو ځپلی له مونږه (نړیوالې ټولنې) غواړي

چې د جګړه مارو او طالبانو څخه پرته، د هیواد په بیارغوونه او د قانون د حاکمیت د بنسټونو په جوړولو کې غښتلی رول ولوبوو. خو زمونږ وړاندیز د اکثریت له لورې په دې دلیل رد شو چې نړیواله ټولنه باید له نرمښت څخه کار واخلي او د دې سیاسي کړنلارې مشري باید د افغانانو په کې وي؛ که څه هم دا تګلاره تر ډېره بریده سمه وه خو په عمل کې د دې کړنلارې مشري د افغانانو د ریښتنو استازو پر ځای تر ټولو لویو ورانکارو ډلو په لاسو کې پرېوته. افغانان د دې ګواه وچې نړیوالې ټولنې د هېواد تر ټولو وحشي او ظالمو وګړو ته د واک د لېږد د کړنلارې ملاتړ وکړ او په دې ډول هغه پایله په لاس راغله د کومې چې اټکل کېده " (Vendrell 2011: 54-5).

له ۲۰۰۱ز کال څخه وروسته یو کلونو کې دا واقعیت په راڅرګندېدو شو چې د شمالي ټلوالې جګړه مارو/ مشرانو او د ولسمشر حامد کرزي خپلوانو او ملګرو په دولت کې لوټ او تالان کړ. د دولت واک یوازې تر کابل پورې محدوده دی. له کابل څخه د باندې د دولت د حاکمیت او واک ادعا یوازې د شعار په ډول شتون درلود، حتی په کابل کې د دولت مشروعیت مخ په کمېدو و. د ملګرو ملتونو پراختیایي پروګرام (UNDP) یوې سرچینې مونږ ته دا په ډاګه کړه چې (ناټو) په لومړیو کې "د سولې د تامین په موخه د رشوت ورکول" تګلاره خپله کړې وه تر څو په دې توګه" جګړه مار خوښ وساتي ":

" ځینو کسانو د سولې د تامین لپاره د رشوت ورکولو د تګلارې پلوي کوله ځکه دوی په آند د افغانستان د لنډ مهاله مودې تر ټولو لوی اړین اړتیا امنیت دی او له ادراي فساد سره د مبارزې لپاره به وروسته یو نظام رامنځ ته شي. د افغانستان لپاره د (کوفي عنان) ځانګړي استازي براهیمي، ویلي وو چې یوه ورځ پرته له جګړې په دې معنی ده چې مونږ تلپاتې سولې ته د یوې ورځې په اندازه نږدې کیږو.و دا تګلاره د زورزیاتې او معافیت کلتور ته ګټور و. په افغانستان کې له اداري فساد سره مبارزه یوه سمه لاره وه خو دا یې د "ښې حکومتولۍ په صندوق[۹] "کې په دې اند خوندي کړه چې دا ستونزه به وروسته حل شي. خو په حقیقت کې دا تګلاره هم ستونزې ته په مناسب وخت کې د مناسبې حل لارې د نه پیدا کولو په معنی ده " (interview, 2007 UNDP).

وروسته غربي هیوادونو د افغان دولت جوړونې برخه کې په پرله پسې توګه او پراخه کچه مرستې وکړې. دا مرستې په داسې لوبنې کې ورتوی شوې چې ډېر سوري یې درلودل او له دې سوریو څخه

۹. د ښه حکومتولی صندوق Good governance box اصلاح په دې معنی دی چی ډېر وختونه حکومتونه ددی پر ځای چی خپلې ستونزی حل کړې هغه ددی لپاره له پامه غورځوی چی په راتلونکی کی به یی حل کړي خو دا ستونزی چی په اوله کی عادي ستونزی وي دوخت په تیریدو سره حکومت له لویو ننګونو سره مخامخ کوي او کله نا کله ددی ستونزو حل د حکومت له وسی پورته خبره وي.

توییدونکې مرستې ټولې د ژغورنکي (لیوایتان) په لاس/ مراقبت کې وې؛ او یوازې هغه دا ټولې مرستې ټولولې. د دغه ژغورنکي (لیوایتان) د لاس لاندې کیدو/ مراقبت لپاره د قواو د تفکیک کوم اغیزناک نظام موجود نه وو. د کار په اولو وختونو کې حکومت هغه وخت د سترو سهوو مرتکب شو چې د ټولنې واکمني یې مجرمینو ته وسپارله او په دې توګه یې د معافیت کلتور رامنځ ته کړ؛ په همدې ډول داسې انتخاباتي نظام یې رامنځته کړه چې هر څه یوازې او یوازې د ګټونکي په برخه رسیږي، په دې ډول د سیاسي ګوندنو د پرمختګ مخه ونیول شوه. تر ټولو بده خبره لا دا ده چې غاصبو ځواکونو د اساسي قانون په ذریعه ټول واک یوازې او یوازې د یو کس، ولسمشر، په لاسونو کې انحصار کړ. ولسمشر په خپل نوبت د دې لپاره چې د فاسدو زورواکانو ملاتړ تر لاسه کړي دوی ته یې د دولتي چوکیو او رتبو په ویش پیل وکړه. په ۲۰۰۱ ز کال کې د (بن) هوکړه لیک هم د قانونیت د شرایطو د رامنځته کولو لپاره ګټور نه وو (Afsah 2011: 157) ځکه د هوکړه لیک په پایله کې د جګړې د پاتې شونو په انفرادي ویش تمامه شوه نه د قدرت په بنسټیز ویش. د طالبانو له راپرځېدو څخه وروسته د نوي دولت په دوه لومړیو اساسي دورو کې کلیدي وزارتونه او د دولت مهمې ځوکۍ هغو جګړه مارو ته ورکړل شوې چې د طالبانو پر ضد وو او د کابل په ورانولو، د سلګونو کسانو په وژلو، جنسي تیریو، او پراخه کچه د شتمنیو په لوټ او تالان کې ښکیل وو (Afghanistan Justice Project 2005; Grossman 2006; Nordland 2012). وروسته په دې وزارتونو کې - په ځانګړې توګه د کورنیو چارو وزارت، دفاع وزارت، بهرنیو چارو وزارت او د ملي امنیت ریاست کې ـ په جګړه مارو ډلو ټپلو پورې تړلي وګړی پر دندو وګومارل شول چې په دې توګه نومورو ډلو نه یوازې له واک څخه ناوړه ګټه اخیسته بلکې په دولتي ادارو کې یې د اداري فساد او خپلوۍ پالنې شبکې په بسټیز ډول سره رامنځته کړې (Grossman 2009). تر ټولو مهمه لا دا ده چې له طالبانو څخه وروسته نومورو شبکو هم د ژغورونکي نظام (لیوایتان) او هم د نړیوالې ټولنې مشروعیت، چې د بشري حقونو د پرمختګ او وګړوالۍ لپاره هڅې کولې، ډېر زیانمن کړ.

افغان دولت پر دې ونه توانید چې د امنیت او عدالت په تامین، د فساد پر وړاندې مبارزه، جنګي جرایمو او بشریت ضد جرایمو ته رسیدګي او د مخدره توکو د قاچاق د مخنیوي لپاره په بشپړې خپلواکۍ سره خپل ځواک وکاروي. هغه طالب جنګیالی چې په ۲۰۰۱ ز کال کې یا تښتیدلی او یا هم تسلیم شوی و، د روغې جوړې او د کرزي واکمنۍ منلو ته چمتو و؛ په دې ډله کې د طالبانو له عادي جنګیالو څخه نیولې تر لوړ پورې نظامي قومندانو او د طالبانو د وخت د دفاع وزیر هم شامل و (Afghan 2011: 308-9; ICG 2011: 6; Ruttig 2011: 6). که څه هم کرزي په ورته ډول په

۲۰۰۱ز او ۲۰۰۲ز کلونو کې غوښتل چې له طالبانو سره د روغې جوړې کړنلاره پیل کړي خو امریکایي مشرانو د کرزي د دې لومړیتوب پر وړاندې په بشپړ ډول بې پروا پاتې شول. تر ټولو بده لا دا وه چې د امریکا متحده ایالات د شمالي ټلوالې له هغو غړو سره ډېره خواخوږي/ ملګرتیا لرله چا چې د طالبانو د هغو غړو پر وژلو ، بندي کولو او ځوروولو کې لاس درلود چې د ولسمشر کرزي او یا هم ولایتي شورىٰ د مشرانو په هڅه د سولې له کړنلارې سره د یوځای کیدو لپاره چمتو شوي وو (ICG 2011:11). مایکل سمپل (Michael Semple 2011:2) په ورته توګه وایي چې په ۲۰۰۲ ز کال کې ډېر طالب مشرانو له نوې ادارې سره د وفاداریٰ کولو د ژمنې هڅه وکړه خو په غبرګون کې یې هغوی تعقیب او مجازات شول. ډېر هغه کسان چې د سولې په کړنلاره کې اغیزناک ثابتیدلای شوای د امریکا له خوا د (ګوانتانامو) زندان ته ولیږل شول. طالبان له دې ترخې تجربې څخه دې نتیجې ته ورسیدل چې د پخلاینې له پروسې سره یو ځای کیدل مجازات دي نه پخلاینه. نو هماغه وو چې د طالبانو پاتې جنګیالي بیرته سره یو ځای شول تر څو له کرزي او بهرنیو ځواکونو سره د جګړې لپاره خپل وسله وال مخالفت بیا جوړ کړي (Strick van Linschoten and Kuehn 2012).

له ۲۰۰۱ زکال څخه وروسته د عدلي نظام جرمي کیدنه (Criminalization)

" افغان حکومت یو وحشي او جنایتکاره بنسټ دی چې د څو کسانو له خوا اداره کیږي "(د پارلمان پخواني غړي وینا چې په Nixon 2011:11 کې رانقل شوې)

> " د افغانستان زندانونه له هغو خلکو څخه ډک دي چې جرم یې نه دی ترسره کړی؛ خو د ا چې د رشوت ورکولو توان نه لري نو په زندان کې پاتې دي؛ دا په داسې حال کې ده چې خطرناکه مجرمین زندان ته نه لیږل کیږي ځکه ډېر رشوت ورکوي. د افغانانو له نیمایي څخه ډېره برخه په خپلو سیمو کې ځان خوندي نه احساسوي (Asia Foundation 2009) ، خو د طالبانو تر واک لاندې سیمو کې د اوسېدونکو خلکو ډېره برخه ځانونه خوندي احساسوي او د عدالت د تامین په اړه هیله مند دي" (Mason 2011:1)

په افغانستان کې د قانون حاکمیت: له لاسه وتلی حالت (The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction) نومي کتاب کې (چې د ماسن Mason پورتنی نقل قول هم ترې اخیستل شوی) راغلي چې طالبان د دولت په پرتله په ګټوره توګه خلکو ته د قانون د حاکمیت خدمتونه برابروي. د کتاب د پرانیستې په غونډه کې ډیوډ کیلکلن (David Kilcullen) طالبان "د قانون د حاکمیت وسله وال خوځښت" په نوم یاده کړل. نومورې د کتاب په هغه څپرکي کې چې ده لیکلی

(Kilcullen 2011) د طالبانو شرعي محکمې د دولت د فاسدو محکمو په پرتله غوره ګڼلي ځکه د نوموړي په اند د طالبانو شرعي محکمې شخړې په اغیزناکه توګه په په قاطع پربکړو سره هواروي او تطبیقوي (که څه هم کله ناکله ظالمانه وي). د هغوی پربکړې د سیمې خلکو لپاره د اهمیت ور وي د بیلګې په ډول د ځمکې پر سر شخړې او یا هم نورې شخړې. دغه شرعي محکمې له یو قاضي او دوو عالمانو څخه جوړې شوي دي او د طالبانو د اداري نظام یوه برخه ده (Ruttig 2010:17). کیلکلن په همدې توګه دا تشریح کوي چې طالبان څرنګه د شکایتونو د څېړنې لپاره محتسب ټاکي (همدا ډول وګورئ Peters 2011: 108-9) تر څو خلک وکولای شي هغوی ته د طالبانو ځای ناستی(نارسمي[۱۰]) دولتي خدماتو په اړه، د محکمې په ګډون، خپل شکایتونو وړاندې کړي. د پیترز (Peters 2011:108-9) موندنې ښیي چې که چېرې د طالبانو کوم غړی په ناڅاپي ډول ډېره شتمني تر لاسه کړي نو پلټنه ترې پیل کیږي او که چیرې په رشوت او یا اختطاف تورن شي نو په اغلب ګومان یا به خپله دنده له لاسه ورکړي او یا هم جسمي مجازات شي. د طالبانو د عدلي سیستم په هکله وروستۍ ساحوي څېړنه ـ ځای ناستی عدالت: طالبان څرنګه خپل قضایي نظام پرمخ وړي؟- هم دا موندنې تاییدوي (Giustozzi et al. 2012). د طالبانو په اړه د آیساف د ۲۰۱۲ز کال د جنورۍ میاشتې د ۶مې نیټې راپور د نیویارک ټایمز (www.nytimes.com/inter-active/world/asia/23atwar-taliban-report-docviewer:html?emc=etal) له خوا افشاء شو. د دغه راپور، چې قسماً له ۴۰۰۰ طالبانو څخه د پوښتنو ګروپږنو (پلټنو) پر بنسټ ترتیب شوی، موندنې ښیي چې د طالبانو د شکایتونو د څېړنې مامور(محتسب) په خپلو چارو او د طالبانو د قوانینو د تطبیق په برخه کې له خپلواکۍ څخه برخمن دی او خلک هم د نوموړي خپلواکۍ ته احترام لري (۳ څخه تر ۶ پانې پورې).

کیلکلن (Kilcullen 2011) د طالبانو د قضایي خدمتونو او په عراق کې د القاعده د ډارونکې او غیر عادلانه قضایي خدمتونو له پرتله کولو څخه وروسته یې د طالبانو قضایي خدمتونه هغوی څخه متفاوت ګڼلي: په عراق کې خلک د القاعدې له قضایي خدمتونو څخه تر هغې کچې ناراضه و چې پر وړاندې یې پاڅون وکړه او له منځه یې یوړل. له بله پلوه د کیلکلن موندنې ښیي چې په لبنان کې د حزب الله ډلې د خیر ښېګڼې کارونه او د ترمیمي (رغنیز) عدالت خدمتونه[۱۱] په هر اړخیزه توګه

۱۰. د نارسمي دولت shadow state څخه مراد هغه دولت دی چې خپلې چارې په پټه توګه سرته رسوي یا هم کولای شو چې تش په نامه دولت یې وبولو خکه په حقیقت کې دا دولت په رسمي ډول واکمن نه وي.

۱۱. په اصلي لیکنه کې د ترمیمي (رغنیز) عدالت Restorative justice اصطلاح نده کارول شوی بلکه د reintegrative justice اصطلاح کارول شوی چې په حقیقت کې د رغنیز عدالت یوه تیوری (نظریه) یا یوه نوعه ده او موخه یې داده چې د جرم څخه وروسته باید ټولنیز اړیکی بیرته ورغول شی او مجرم

د طالبانو د خدمتونو په پرتله ډېر غوره او اغیزناک دي. په پای کې کیلکلن لوستونکو ته د مختلفو وختونو او سیمو حالات بیانوي او د لرغوني یونان د لیکوال هیرودیټس (Herodotus 1945) له لیکنو څخه دا په ډاګه کوي چې د د انارشۍ (ګډوډۍ) په وخت کې نظامي قومندانانو وکولای شو چې د با کیفیته قضایيي او امنیتي خدماتو په وړاندې کولو سره خپل واړه نظامي مرکزونه هغه سیمو ته پراخه کړي چیرته چې ډار او بې امنیتي خپره وه.

د پورته تجربوي څېړنو له وړاندې کولو څخه موخه دا نه ده چې ګوندې د طالبانو محکمې او یا محتسبین د طالبانو د بې ساري عدالت بیلګې دي، بلکې موخه دا ده چې د افغانستان د دولت د قضایيي خدمتونو په پرتله د طالبانو خدمتونه لږ څه قانع (بسیا) کونکې دي. په دویمه لیکنه کې به مور (لیکوالان) دا په ډاګه کړو چې د طالبانو او د دولت د عدلي نظامونو اصلي سیال جرګه/ شورىٰ ده، خو طالبانو او دولتي چارواکو (او د دوی تر مخه د امریکا متحده ایالاتو) د ګډې انګیزې پر بنسټ د جرګې/ شورىٰ د ځپلو هڅه وشوه. خو اوس لپاره خپل پخواني بحث ته دوام ورکوو.

ډېرو افغانانو له مونږ سره د مرکو پر مهال د پولیسو له خوا د خلکو د شتمنیو د غلا او شوکو په اړه خپل شکایتونه وړاندې کړي: "طالبان یوې خوا ته پرېږدئ، زمونږ تر ټولو لویه ستونزه پولیس دي " (د موټر چلونکي وینا چې په Wilder 2007 کې نقل شوې). بهرنیو امنیتي سلاکارانو هم په مکرر ډول ورته نظر وړاندې کړی د بیلګې په ډول کاناډایی ډګرمن ګیری او براین (Gary O'Brien) د افغان پولیسو په هکله وایي چې " افغان پولیس په خپله د ستونزې یوه برخه ده. دوی خلکو ته امنیت نه برابروي ـ دوی د خلکو د مالونو او شتمنیو غله دي " (Cotter 2007). د امریکا له تېروتنو څخه یو هم دا وه چې د ۲۰۰۲ز او ۲۰۰۳ز کلونو په اوږدو کې یې د پولیسو ملاتړ ته ډېره کمه پاملرنه لرله، که څه هم تر ۲۰۰۷ ز کال پورې دا مرستې تر سل برابره ډېره شوه (Wilder 2007:20). دا چې د پولیسو او دولت لپاره بنسټ مفسد و؛ نو د یو لوړپوری سیمه ایز پولیس د موقف تر لاسه کولو لپاره دې یو څوک باید ډېرې غټې پیسې وشیندي؛ ځکه چې (سالم) رقابت او سیالي خو د مفسدو مشرانو د مداخلې له امله له منځه تللې ده. په دې کار سره ډېره شتمني د پولیسو هغه اجرائیوي مشرانو لاسو ته ورغله چې د عامه خلکو د خدمت پر ځای د هغوی د لاس لاندې/ مراقبت او استثمار په هڅه کې وو:

" منځنیو او لوړ پوړو مامورینو په امنیتي ادارو کې د لوړ پوړو څوکیو اخیستلو په موخه په لسګونو یا هم کله کله په سلګونو زره ډالره مصرفوي چې وروسته بیا د رشوت، له مجرمینو او

بیرته خپل عادي ژوند او حالت ته را وګرځي (د ژباړن یادښت)

جنیګیالو سره د مرستې، غیر قانوني کارونو او یا هم د پیسو په بدل کې د اختطاف (برمتې) له لارې بیرته پیسې لاس ته راوړي "(ICG 2011:23).

که څه هم د پولیسو په ښه چلند او ګټورو کارونو سترګې نه شي پټیدلی، خو مبصرین پر دې خبره همغږي دي چې د امریکا او د اروپا په میلیونونو دالرو مرستې د پولیسو په نظام کې د عمودي زوراکۍ کلتور رامنځته کړ چې په هغې کې د ټولنیزو پولیسو[۱۲] ظرفیتونه ډېر کمزوري دي (Bayley and Perito 2010; ICG 2007; 2008; Murrary 2007; Wilder 2007).

د پولیسو په اداره کې د مشرانو د فساد او د ملیشه سازۍ له امله ټولنیز پولیس له ناکامۍ سره مخ شو. په ۲۰۰۶ز کال کې د نړیوالو په مرسته دافغانستان د کورنیو چارو وزارت د ملي پولیسو په چوکات کې د کومکي پولیسو ادراه رامنځته کړه تر څو د ټولنیز پولیسو توانایي لوړه شي. خو د دې پر ځای چې د نومورې پې موخې لاس ته راوړلو لپاره کار وشي، دکومکي پولیسو له کړنلارې څخه د شخصي ملېشو (اربکېانو) د منظم کولو او د هغوی د رسمي کولو لپار کار واخیستل شو (Lefê vre 2010:1). د دې پروسې د ناکامۍ بل لامل دا و چې د جذب شوو سرتیرو د ډېرې برخې تعلق له هغو سیمو سره نه وو چې دوی یې د نظم او ساتنې لپاره موظف شوي و (Lefê vre 2010:6). د کومکي پولیسو څانګه په ۲۰۰۸ز کې منحل شوه خو پر ځای یې دوه نورې څانګې، د افغانستان د عامه ساتنې مرامنامه او د ټولنې د ساتنې / محلي دفاع نوښت اداري تاسیس شوې چې دې ادارو هم د کومکي پولیسو په شان ورته ستونزې درلودې. په حقیقت کې دا دول مرامنامې نه یوازې د افغانستان ملي پوځ په جلب او جذب منفي اغیزه وکړه بلکې له ملي پولیسو سره موازي اداري یې رامنځ ته کړې چې له پولیسو سره د همکارو ادارو پر ځای د هغوی سیالي اداري وګرځیدې. د ملي پولیسو په پرتله کومکي پولیس ډېره کمه روزنه تر لاسه کوي؛ کومکي پولیسو یوازې له ۱۰ ورځو روزنې څخه وروسته د ملي پولیسو په شان (ځانګړی) یونیفورم او له هغوی سره په برابره اندازه معاش اخیست (ICG 2007:13). د افغان کومکي پولیسو پر ځای دوه نوې تاسیس شوې اداري د امریکا د متحده ایالاتو د نظامي ځواکونو له خوا د عراق د تجربې پر بنسټ رامنځته شوې؛ دغه ځواکونو په ۲۰۰۶ز کال کې په عراق کې د (القاعدی) پر ضد جګړه کې (د عراق ریښتیني ځامن) په نوم د سلو زرو ۱۰۰،۰۰۰ جنګیالیو محلي ځواک جوړ کړ. امریکایي ځواکونو په افغانستان کې د اربکیانو دود هم بیرته راژوندی کړ. د اربکیانو اصطلاح هغو رضا کاره ځواکونو لپاره کارېده چې د قبایلي جرګې

۱۲. د ټولنیز پولیس Community policing or Community-oriented policing اصطلاح موخه داده چې پولیس د جرایمو د مخنیوي او د ټولنې د همکاری د راجلبولو په موخه باید د ټولنې سره نږدې او حسنه اړیکي ولري.

له خوا په ځانګړو شرایطو او قبایلي سیمو کې جوړېدل، دا ځواکونه د پیړیو لپاره په قبایلي سیمو کې موجود وو. د امریکا د متحده ایالاتو له خوا جوړې شوې ملیشې له اربکیانو سره توپیر لري ځکه چې دا ملیشې نه د قبایلي جرګې تر اغیز لاندې دي او نه هم رضاکاره دي. د دې خبرې معنی دا ده چې د معاشونو د ودرېدو په صورت کې به دا ملیشې د دولت له مراقبت/ له اغیزې ځخه دباندې ووځي او خپلسري به خپله کړي (Ruttig 2010:10). دا ملیشې د دې پر ځای چې د ټولنې د ساتنې په موخه رامنځ ته شي د جګړې له یو ارخ سره د نظامي مرستې په موخه رامنځ ته شوې؛ ځکه نو د دې ځواکونو په ایجاد کې د جرګې دا اړین اصل له پامه غورځول شوی چې "شخړې ته د شدت ورکولو پر ځای د هغه د کمښت لپاره هڅه وشي" (Ruttig 2010:10).

که څه هم په ځینو سوله غوښتونکو سیمو کې ملیشو خپلې وسلې د دې لپاره دولت ته وسپارلې تر څو ولسواکه پولیس جوړ شي، خو بیا هم دا سیمې له مرستو بې برخې پاتې شوې. د دې سیمو د مشرانو یوه ګیله دا وه چې د امریکا مرستې د هغو جرمي ډلو مشرانو ته رسیږي چې تل یې دولت ته د وسلو له سپارلو ډډه کړې. دا کار په حقیقت کې نیغ په نیغه د دولت جرمي کولو ته د لارې هوارالو په معنی دی:

> "دولت د سوله غوښتونکو قومي مشرانو پر ځای مجرمو جهادي مشرانو ته د امتیازاتو په ورکولو مصروفه دی. د دولت دې کار ځینو ته دا انګیزه ورکړې چې د پیسو او دندې لاس ته راوړلو اسانه لاره دا ده چې د دولت پر ضد وسله پورته کړي" (Lefèvre 2010:22).

د افغانستان په عدلي نظام او د دولت په نورو استازو کې د بنسټیز شوې اداري فساد شتون د دې لامل ګرځېدلی چې دولتي کارکونکي په اسانۍ سره د دولت بودیجې ته په نامشروع ډول لاسرسی ولري او تر ې ناوړه ګټه واخلي. اداري فساد کومه نوې ستونزه نه ده. د ډاکټر نجیب‌الله د واکمنۍ په وخت کې (چې په ۱۹۹۲ ز کال د مجاهدینو په لاسونو یې سقوط وکړ) د افغانستان لپاره د شوروي اتحاد له ۸۵ ځخه تر ۹۲ سلنه مرستې د حکومتي بېروکراتانو (کارکونکو) په لاسونو کې ولوېدې (Barfield 2010:248). د شفافیت د نړیوال سازمان له خوا د اداري فساد دانډېکس جدول کې د افغانستان ځای په ډېرې چټکۍ ښکته شو. افغانستان چې د ۲۰۰۵ز کال په جدول کې ۱۱۷ ځای درلود د ۲۰۱۱ز کال په جدول کې په ۱۸۰ مه شمېره کې راغی، چې په دې جدول کې یوازې شمالي کوریا او سومالیه له افغانستان ځخه وروسته وو (همدا ډول وګورئ Hartmann 2011:75). د ټولو شنونکو په آند اداري فساد د افغانستان لویه ستونزه ده (Gardizi et al.2010; Maley 2010:14–15)؛ د ملګرو ملتونو د یوې نظر پوښتنې د موندنو پر بنسټ افغانانو په ۲۰۰۹ ز کال کې د کورنیو

تولیداتو له ۲۳ سلنې سره برابره اندازه رشوت ورکړی (UNODC 2010:25). د طالبانو د محکمو د بریا یو لامل دا دی چې د دولتي محکمو پر خلاف د طالبانو په محکمو کې رشوت (که څه هم ډېر وي) د محکمې پر پرېکړه کوم اغیز نه لري (Ledwidege 2009:7). کلاوډ (Claude 2010) د نظر پوښتنې د سندونو له مطالعې څخه وروسته هم ورته پایلې ته رسیدلی. لیډویج (Ledwidege) د هغه کس کیسه کوي چې د قتل (وژنې) په تور تورن شوی و خو د رشوت په ورکولو سره یې وکړای شول چې دوسیه تر پرانیستل کیدو سمدستي وروسته بیرته وترې او یوازې د ۶ میاشتو په بند محکوم شو. له نوموړې مودې څخه وروسته کله چې نوموړی له بنده راووت نو طالبانو د دې لپاره چې نور هم د خلکو ملاتړ خپل او زړونه لاس ته راوړي نوموړې دوسیه یې خپلې محکمې ته حواله کړه. محکمې د تورن ته د جزا ورکولو یا بښولو واک د مقتول کورنۍ ته ورکړ او قاتل یې هغوی ته ورسپاره چې بیا د مقتول د کورنۍ له خوا ووژل شو. خلک په دې اند دي چې د ملکیت په سر شخړو کې د طالبانو محکمې (د دولت د محکمو په پرتله) په ښه توګه د خلکو د حقوقو ساتنه کوي ځکه په هغه صورت کې چې د محکمې پرېکړه د کمزوري اړخ په ګټه او د ځواکمن اړخ په تاوان وي نو نوموړې محکمې په سمه او اغېزناکه توګه د پرېکړې د تطبیق توان لري. د لدبري او کپاو (Ladbury and CPAU 2009) د موندنو پر بنسټ:

> "د طالبانو په اړه د خلکو عمومي نظر دا و چې په حقیقت کې طالبان پر دې توانیدلي چې د عدلي/قضایي خدمتونو په وړاندې کولو سره د خلکو زړونه وګټي، ځکه د خلکو په باور د طالبانو عدلي/ قضایي خدمتونه په مناسبه توګه عادلانه او اغېزناک دي - د طالبانو د عدلي نظام مناسب والی او اغېزمنتیا لږ تر لږه د دولت د عدلي نظام په پرتله ډېره ده ځکه د دولت عدلي نظام پورته یوه ځانګړتیا هم نه لري. د طالبانو په عدلي/ قضایي نظام کې د نامناسبه او غیر عادلانه جزاګانو د شتون په هکله خلکو کوم منفي نظر وړاندې نکړ. په کندهار کې ښځینه ګډون کونکو د طالبانو او د عدالت په هکله د نورو نظر تایید کړ او ورته نظر یې درلود: ولسي وګړي ځکه د طالبانو ملاتړ کوي چې طالبان د دولت د رسمي عدلي سیستم او محکمو په پرتله ښه عدالت تامینوي" (Ladbury and CPAU 2009:25).

د اوسني وخت لویه ستونزه میراثي دولې حکومتي سیستم دی چې حامد کرزي شکل ورکړې دې. دا خبره په دې معنی نه ده چې ګنې شخصاً حامد کرزی د افغانستان یو له ډېرو فاسدو وګړو څخه دی. نوموړی په حقیقت کې نرم طبیعته انسان دی او داسې ښکاري چې هغه د یو خپلواک، ولسواک او نیکمرغه افغانستان لپاره ډېرې هیلې لري. په ورته توګه موخه مو دا هم نه ده چې ووایو

چې هغه فاسد یا ظالم واکمن دی، بلکې اصلي خبره دا ده چې هغه یو کمزوری مشر دی چې په یو غښتلي مرکزي ریاستي نظام کې د ډېر واک خاوند دي. کرزی له واک ځخه د شخصي ملاتړ په موخه هغه وخت ګټه اخلي کله چې د کوم ځواکمن کس له خوا تهدید او یا هم تړې د نغدي امتیازاتو غوښتنه وشي. په ولسي وګړو کې د هغه حکومت د" مصلحتي حکومت " په نامه یادېږي - حکومت چې بنسټ یې په مصلحت او سازش ایښودل شوی دي او په کې سیالې ډلې او وګړي د شخصي او ګوندي ګټو د خوندیتوب لپاره کار کوي. ښکاري چې حامد کرزي د دولت په سیاسي مرکز کې د فاسدو وګړو یوې ورې کړۍ ته د دې فرصت ورکړی و چې د شتمنۍ د لاس ته راوړلو او د واک د ټینګښت په موخه د ګوندي او سیاسي امتیازاتو نظام نور هم بنسټیز او ټینګ کړي. د تعجب ځای خو لا دا ده چې د دې کړیو ځینې کسان هغه شیک پوشه، سیکولار او غربي تعلیم یافته سلاکاران دي چې د ولسواکۍ او بشري حقونو دفاع لپاره نارې وهي؛ خو په حقیقت کې همدا کسان د ګوندي ګټو په ساتنه، خپلوي پالنه او اداري فساد کې ډېر زیات ښکیل دي.

په قضائیه قوه کې اداري فساد یو ستره ننګونه ده. افغانستان شاید د نړۍ یوازینی هیواد وي چې قاضي ته له رشوت ورکولو پرته په ښاري سیمو کې ځمکه نه شي پیرودل کیدای. که څه هم افغانستان به د نړۍ یوازینی هیواد نه وي خو په یقني ډول په نړۍ کې یو له هغو څو هیوادونو څخه دی چیرته چې ملي نظر پوښتنې دا ښیي چې ډېره شونې ده چې ولسي وګړي د ورځنیو چارو د سرته رسولو لپاره رشوت ورکړي. دپولیسو ، اردو او ګمرک مامورینو په پرتله د قضایه قوی په ادارو کې مامورین تر ډېره بریده په رشوت کې ښکیل دی وګورئ (Asia Foundation Survey: 2008, 2009 and 2011)، که څه هم د ۲۰۰۶ز او ۲۰۱۰ز کلونو نظر پوښتنو ګډوډې موندنې لرلې. وګورئ (Asia Foundation 2011:102) په ورته ډول، ولسي وګړي پر دې آند دي چې د اجرائیه او مقننه قوې د غړو په پرتله د قضائیه قوې غړي د ولس د ګټو پر ځای خپلو ګټو لپاره کار کوي (Asia Foundation 2010:101; 2011:102). خو د نظر پوښتنې د موندنو مثبت اړخ دا دی چې د قضایه قوې په اړه د خلکو په نظر کې لږه اندازه مثبت بدلون راغلی دی. تر دې هم مثبته خبره دا ده چې له ۲۰۰۹ز کال څخه وروسته افغانستان د نړۍ یوازینی هیواد و چې د فساد په تور یې سلګونه قاضیان مجازات او یا هم له دندې ګوښه کړل. په ۲۰۰۹ز کال کې په یو اړخیزه توګه دا کار لومړی د سترې محکمې په نوښت په خپله اداره کې پیل شو:

"[په ۲۰۰۹ ز کال کې] ۹۲ قاضیان وروسته له هغې ونیول شول چې د قضایې پلټونکو د

غولونکو عملیاتو[۱۳] په پایله کې د پټو کمرو له لارې په رشوت اخیستنه ولیدل شول. دا کار په قضایي برخه کې د نړیوالو کارکونکو له ملاتړ او د هغوی له خبرولو پرته تر سره شو. په حقیقت کې د نړیوالو کارکونکو یوه برخه په دې کار ناراضه وو ځکه د دوی په آند قاضیان تیر ایستل شوي او د مرافعه غوښتنې حق نه دی ورکړل شوی. که څه هم داسې ښکاربده چې د قاضیانو نیول، له دندې ګوښه کول او توقیفول د قاضیانو په چال چلند یو څه اغیزناک و، خو په پای کې دا پروسه وروسته له هغه چې عملیاتي کارکونکو ته د مرګ ګواښونه وشول، لومړی یو څه کمزورې او بیا په بشپړ ډول په ټپه ودرېده. "

د امریکا له نظامي مامورینو سره (چې د آیساف د اداري فساد پر وړاندې د مبارزې د پروګرام مسولین وو) د مرکو پر بنسټ زمونږ موندنې د کارتر او کلارک (Carter and Clark) له موندنو سره ډېر ورته والی لري. کارتر او کلارک (Carter and Clark) په ۲۰۰۹ ز او ۲۰۱۰ز کلونو کې د امریکا د فدرال د تحقیقاتو اداري (FBI) د مامورینو او له خورا وخیم جرایمو سره د مبارزې د ځانګړو ځواکونو (Serious Crimes Task Force) د لوړرتبه مامورینو په فني مرستو سره پر دې وتوانیدل چې د اداري فساد پر وړاندې د مبارزې ستر خنډونه په نښه کړي. له دې ابتدایي لاسته راوړنو څخه وروسته د خورا وخیم جرایمو پر ضد د مبارزې ځانګړو ځواکونو د غربي هیوادونو په شان، په افغانستان کې د اسانو اهدافو (ټیټ رتبه قاضیانو) د نښه کولو پر ځای د سختو اهدافو (لوړ پورو چارواکو) د موندلو په تکل کې شول. د دې پروسې لومړی قضیه (چې په هغه کې نسبتًا ډېر لوړ رتبه چارواکي ښکیل وو) وروسته له هغه د ولسمشر کرزي په امر وټرل شوه چې نومورو چارواکو له ولسمشر کرزي سره ټیلفوني اړیکه ټینګه کړه. په پای کې، په سیاسي ډول:

" د خورا وخیم جرایمو پر ضد د مبارزې ځواکونه بې واکه، بې اعتباره او بې زوره ځواکونه دي د داسې یو لوړ رتبه چارواکي د محکوم کیدو کومه بیلګه نه لیدل کیږي چې له سیاسي کورنۍ سره اړیکه و لري. د دا ډول (فساد) قضیې په لویه څارنوالۍ کې په بریالیتوب سره نه څیړل کیږي. لوی څارنوال او د اداري فساد ضد جرګه مشر له ولمسشر کرزي سره نږدې اړیکي لري. هر هغه کس چې د لوړ رتبه چارواکو پر ضد د فساد د دوسیو د څیړلو هڅه وکړي خپل ځان او خپلې کورنۍ ته ستونزه پیدا کوي " (August 2011 interview, US military, Kabul).

د فیلکنس او روبن (Filkins and Rubin2010) د، راپور له مخې د لویې څارنوالۍ پخوانی

۱۳. غولونکی عملیات Sting operation هغه عملیاتو ته ویل کیږي چی د قانون تطبیق کونکی کی د قانون ماتونکو او مجرمینو د نیولو په موخه په پټ ډول په لاره اچول کیږي (د ژباړن یادښت).

مرستیال، فضل احمد فقیریار، وروسته له هغه له دندې ګوښه شو چې د مکررو غوښتنو پر بنسټ د حکومت د لوړ رتبه چارواکو د فساد دوسیو د ترلو څخه یې انکار وکړ. د فیلکنس او روبن (Filkins and Rubin) د راپور پر بنسټ، په دغه لست کې د کرزي د حکومت ۲۵ لوړرتبه چارواکو نومونه هم شامل وو؛ د دې چارواکو له ډلې څخه یو هم د حج او او قافو پخوانی وزیر محمد صدیق چکري او بل د ملي امنیت برحاله سلاکار رنګین سپنتا وو.

د لویې څارنوالی ګوښه شوی (یا د افغان حکومت په وینا متقاعد) پخوانی مرستیال وروسته د کابل د محکمې له خوا په دې تور محکوم شو چې نه یوازې په دولت یې دا تور لګولی چې نومورې یې له وخت څخه دمخه تقاعد کېدو ته مجبور کړی، بلکې په درواغو سره یې په رنګین سپنتا د فساد تور لګولی وو (Rubin 2010). د افغانستان د قضایي سیستم د بې عدالتۍ پر خلاف د اعتراض پر مهال فقیر یار وویل چې دی به د دی محکمې (چې فوق العاده تبلیغاتی اړخ یې درلود) د پرېکړې پر خلاف لوړې محمکې نه د مرافعې غوښتنه وکړي. خو د افغانستان د محکمو اوسني حالت ته په کتو سره ډېر کم خلک دا هیله لري چې کمزوری به له پیاوړي څخه په محکمه کې دعوه وګټي. په حقیقت کې بي بي سي فارسي/ پښتو ته "د افغانستان د اسلامي وګړواکي وګړواک رئیس ته سرخلاصي لیک" په نوم لیږل شوي لیک کې ډاکټر سپنتا په خپله د افغانستان عدلي نظام د "عدالت ضد نظام" ګڼلی او لیکلی یې و چې" ما نه غوښته چې د دولت د دې تنظیم (قضایي سیستم) څخه شکایت وکړم، خو هره ورځ د دې هیواد په سلګونو ولسي وګړي د دې تنظیم له خوا تورو تیارو ته لیږل کیږي او له ازآدۍ څخه محرومیږي " (www.bbc.co.uk/pashto/ news/ story/2009/12/091219_spant-letter-2-karzai.shtml). ډیره شونې ده چې ښاغلی فقیر یار هم له دې عدلي نظام څخه زیانمن وي ځکه دا نظام د سیاسي او اقتصادي ځواکمنو وګړو د ګټو د خوندیتوب لپاره کار کوي.

کله چې ولسمشر په کال کې له ۸۰۰ څخه تر ۱۰۰۰ پورې د بښنې فرمانونو صادروي ـ او د دې فرمانونو ډېره برخه د با نفوذه کورنیو د وګړو لپاره کارول کیږي (Carter and Clark 2010:33) - نو د قضایي چارو مامورین نه یوازې د ځان د خوندیتوب په اړه اندیښمن کیږي بلکې په دې هم باوري کیږي چې د فساد پر وړاندې د دوی هڅې کومه ګټه نه لري، ځکه د دوی هڅې د ولسمشر د بښنې د فرمان پر بنسټ بې له کومې لاسته راوړنې څخه ختمیږي. په دې توګه په اداري فساد تورنو کسانو د خوندیتوب او د بشریت ضد جرایمو تورنو کسانو (هغه کسان چې له پیاوړو کورنیو څخه وي او د پخوانیو جګړه مارو خو اوسني سیاستوالو سره ټینګې اړیکې لري) خوندیتوب سره یو برابر دی. د

کمونستي نظام د امنیتي اداري (اکسا) پخوانی مشر د محکمې له خوا په اعدام محکومیدای شي خو همدا محکمه بیا نه شي کولای چې د اوسني نظام د نخبه (واکمنې) ډلې غړي محاکمه کړي (Hartmann 2011:186). د آیساف هغه مامورین چې مخکې تري یادونه وشوه د خپلې مرکې پر مهال وویل چې په ۲۰۰۹ز او ۲۰۱۰ز کلونو کې د تېټ رتبه قضایي مامورینو پر خلاف د فساد ضد هڅې اغېزناکې وې. د آیساف د مامورینو په وینا، د ۱۰،۰۰۰ لسو زره افغانانو څخه د QSAR درې میاشتنۍ نظر پوښتنې موندنې ښیي چې دولتي محکمو ته د شخړو د هوارولو په موخه د هغو خلکو مراجعه کې تدریجي زیاتوالی راغلی چې پخوا یې د طالبانو محکمې د دولت د محکمو په پرتله غوره ګڼلې. د آیساف مامورینو هڅه وکړه تر څو دغه معلومات مونږ (لیکوالانو) سره شریک کړي خو پر دې کار بریالي نه شول.

مخدره مواد او د عدلي نظام جرمي کول[۱۴]

له طالبانو څخه وروسته په افغانستان کې د غیرقانوني مخدره توکو تولید او قاچاق د عدلي نظام له جرمي کولو سره ډېر تړلی او په دې توګه د اداري فساد یو اړین لامل ګڼل کیږي. په روانه جګړه کې د افغانستان د ملي اردو د نه بریالیتوب یو دلیل اداري فساد اوعدلي نظام جرمي کیدل دی. ځینې کسان په ملي اردو کې دنده یوازې په مخدره موادو د اعتیاد له کبله اخلي، ځکه په دې توګه دوی په اسانه او وړیا ډول مخدره توکي تر لاسه کوي. افغانستان څو پرله پسې کلونه د نړۍ د تریاکو کابو ۹۰ سلنه برخه تولیدوله، په وروستیو کې افغانستان په نړۍ کې د چرسو تر ټولو لوی تولیدونکي هیواد په توګه وپیژندل شو (UNODC 2010:7). له شوروي اتحاد سره د مجاهدینو د اقتصادي جګړې پر مهال د ISI او CIA په محاسبه اي/ استدلالي مرسته په افغانستان کې د تریاکو سوداګري، د مخدره توکو د پیسو وینځل او د وسلو او مخدره توکو قاچاق پیل شو (Maass 2011:7). په قوي احتمال سره د ISI ځینې غړي هم د مخدره توکو په قاچاق کې ښکیل وو (Coll 1991; Rubin 2002:196–9).

طالبانو د غربي نړۍ د فشارونو د کمولو په موخه پر دې وتواندل چې په ۲۰۰۰ز کال کې د مخدره توکو تولید په ډېره لویه کچه را تېټه کړي: په ۲۰۰۱ز کال کې د مخدره توکو تولید کابو ۹۰ سلنه راکم شو. په ورته توګه د ۲۰۰۸ز کال څخه تر ۲۰۱۰ز کال پورې دمخدره توکو تولید په مناسبه کچه را تېټ شوی و، خو په ۲۰۱۱ز کال کې تولید بیرته لوړ شو او شونې ده چې په ۲۰۱۲ ز کال کې

۱۴. د جرمی کول یا criminalization اصطلاح په کریمنولوجی کی هغه کړنلاری ته ویل کیږي چی په هغی کی عادي چاری په جرمی چارو او عادي وګړي په مجرمینو بدلیږي د بیلګی په ډول یو شمیر هغه کارونه چی پخوا جرم نه وو د نوی قانون په اساس جرم وګڼل شي په دې توګه د عدلي او قضایی نظام مامورین هر څه ته د جرم او هر کس ته د مجرم په نظر ګوري (د ژباړن یادښت)

(د رسمي احصایې تر خپرېدو پورې) د تولید کچه نوره هم لوړه شي. نوموړې دوه بېلګې په تیرو درېو لسیزو کې د مخدره توکو د تولید د موقتي کمیدو یوازینۍ دوه بېلګې دي. د اوسنۍ جګړې دواړه خواوې ـ له یوې خوا طالبان او له بلې خوا د شمال ټلوالې ځینې جګړه مار او د کرزي ځینې نړدې ملګري او د کورنۍ غړي ـ د مخدره توکو له قاچاق څخه په پرله پسې ډول ګټه اخلي. دا سمه ده چې طالبان د جګړې د پرله پسې ساتنې لپاره د مخدره توکو په کښت او تولید مالیه راټولوي خو د طالبانو جګړې ته د مخدره توکو د جګړې[۱۵] نوم ورکول به لږه مبالغه وي (Peters 2009; 2011:101)؛ ځکه دا خبره لا هم د اختلاف وړ خبره ده چې طالبان د جګړې ډېره بودیجه له کومه ځایه او څنګه لاس ته راوړي (Hafvenstein 2011). دا به هم لږه مبالغه وي ، خو ډېره لږه مبالغه، چې افغانستان د مخدره توکو دولت وګڼو. جانتن ګوډهنډ (Jonathan Goodhand 2009) د موندنو پایله داسې بیانوي چې د افغانستان د کورنیو چارو وزارت په حقیقت کې "د تریاکو وزارت " دی ځکه دا وزارت د مخدره توکو د تولید او قاچاق په سیمو کې کلیدي پوستونه لري (Goodhand 2009:20). د کورنیو چارو وزارت په ورته توګه د افغانستان عدلي نظام خورا پیاوړې تنظیم (پولیس) هم تر لاس لاندې نیسي. د افغانستان د عدلي نظام په نادره توګه د یو نظام په توګه کار کوي (Johnson et al. 2003; Wardak 2004). د یوه مرکه ورکونکي له آنده د افغانستان عدلي نظام مشخصًا د فساد د پاره د نظام په توګه کار کوي.

د نورو بیوزلو هیوادونو د جګړې په شان، په افغانستان کې هم د جګړې ټینګښت سوداګري ګرځیدلې (July 2011 interview, Provincial Peace Council leader). د جګړې د دوام یو لامل هم د مخدره توکو سوداګري ده ځکه د جګړې د ټینګښت په صورت کې هغه کسان چې له مخدره توګو څخه ګټه پورته ،کوي کولای شي خپله سوداګري پرمخ یوسي. دا خبره تر لوړې کچې پورې آن د ISI په لوړ پوړو کارکوونکو پورې هم صدق کوي چې د پیسو اصلي ګټه همدوی اخلي؛ دا پیسې همدا ډول د مختلفو او ډېرو مختلفو سرچینو څخه راځي لکه (د تر هګرۍ د ځپلو په موخه) د امریکا له نظامي مرستو څخه نیولې د جهاد د ملاتړ لپاره د سعودي عربستان، عربي متحده اماراتو او غربي هیوادونو د شتمنو تر مرستو پورې رسېږي. بې له شکه د نړیوالو مجرمینو منظمه شبکه له افغانستان څخه اروپا ته د مخدره توکو په قاچاق کې ډېر زیاته ښکېل ده ځکه د مخدره توکو د سوداګرۍ کابو ۸۰ سلنه ګټه یوازې همدغه بهرنۍ شبکې اخلي. د ښکیلو خواوو د نوموړو ګټو او د

۱۵. د مخدره توکو جګړه narco-insurgency هغه جګړې ته ویل کیږي چې د مخدره توکو د تولید، قاچاق او دهغې د پایښت لپاره ترسره کیږي.

اوږدې جګړې له امله د سولې هڅې له ستونزو او ننګونو سره مخ دي ـ دا موضوع په راتلونکې مبحث کې څېړل کېږي.

د جګړې جرمي کول

په ۲۰۰۱ز کال کې د بریتانیې لومړي وزیر ټوني بلئیر (Tony Blair) په افغانستان کې خپله مداخله داسې توجیه کړه چې له افغانستان څخه بهرنیو هیوادونو ته د مخدره توکو د قاچاق د مخنیوي لپاره په افغانستان کې مداخله اړینه ده. یوه لسیزه وروسته، نن (ناټو) پر دې خبره اعتراف کوي چې په افغانستان کې د سولې راوستو لپاره دوی" د رشوت په بدل کې سوله" او "د مخدره توکو په بدل کې سوله " تګلاره خپله کړې وه چې له مخې یې له افغانستان څخه نورې نړۍ ته د مخدره توکو قاچاق ته اجازه ورکول شوې وه. د (ناټو) دا تګلاره وروسته نور هم بدتره شوه ځکه په اوله کې یې یوازې په اداري فساد، مخدره توکو قاچاق او د جګړه مارانو پر جنګي جرایمو سترګې پټې کړې وې؛ خو وروسته ، د (بش) د ادارې پر مهال، د "ترهګرۍ پر ضد جګړه" کې "د شکنجې په بدل کې سوله" تګلاره هم خپله کړه. د (ګوانتانامو) په زندان او د (بګرام) په بدنامه زندان کې د شکمنو جنګیالو توقیفول او شکنجه، د توقیفیانو ناقانونه بهر ته لیږدول، شپنې عملیات او د CIA د بې پیلوټه الوتکو په بریدونو کې په پرله پسې ډول د ولسي وګړو وژنې په مستند ډول موجودې دي (BBC 2009; Centre for Constitutional Rights 2006; Human Rights Council 2011; The Guardian 2011; UNAMA 2011). د (ناټو) له خوا له محکمې پرته وژنې دومره ډېرې شوې چې د شکمنو کسانو د نیولو او محاکمه کولو ضرورت نه پیښیده. د آیساف هغو مامورینو چې مونږ ورسره مرکه کړې، د دې کار یو لامل د قاضیانو ډار او د رشوت موجودیت ښیي یعنې له یوې خوا قاضیان له دې ډارېدل چې طالبان د اوږدې مودې په حبس محکوم کړي او له بلې خوا قاضیانو له تورنو طالبانو څخه رشوت اخیسته نو په دې بنسټ آیا د طالب جنګیالیو نیول او محکمې ته سپارل به منطقي وای؟

د (ناټو) له خوا "د جګړې جرمي کولو" طالبانو ته هم "د جهاد د جرمي کولو" توجیه په لاس ورکړه. تر ۲۰۰۲ ز کاله پورې طالبانو په ملکي خلکو ځان وژونکي بریدونه نه دي تر سره کړي او یا لږ تر لږه د دې ډول بریدونو مسولیت یې په غاړه نه دی اخیستی. له ټیټ پورې طالبانو څخه نیولې د هغوی تر لوړ پورې چارواکو او ددوی پخوانې د بهرنیو چارو وزیر چې له مونږ سره یې مرکه کړې، تر ملا محمد عمر پورې ټولو په نیویارک د ۲۰۰۱ز کال د سپټامبر د ۱۱ نیټې ځانوژونکي بریدونه وغندل (همدارنګه وګورئ Strick van Linschoten and Kuehn 2020) . له ۲۰۰۲ز کال څخه

را پدېخوا طالبانو د (ناټو) د جنایاتو په غبرګون کې د (القاعده) د تګلارې په پیروۍ د سعودي په تخنیکي مرسته او په پاکستان کې د ISI تر حمایې لاندې د ځانوژنې مرکزونو پر مټ وحشت او ترور ته مخه کړه. له پورته شننو څخه دا فرضیه په لاس راځي " څومره چې جګړه اوږدېدې په هماغه اندازه جګړه نوره هم جرمي کېږي، په ځانګړې ډول هغه وخت چې له پیل نه د جزاګانو څخه د خوندیتوب ګټ شمېر ښکلې موجودې وي ". په حقیقت کې دا کومه نوې نظریه نه ده، دا نظریه د (هابز) نظریه ده. ډورک هایم (Durkheim) هم پر همدې آند دی چې په کومو ټولنو کې بې نظمي حاکمه شي، نور نو هلته د قوانینونو او اصولو د وضع کولو لپاره د خلکو خوښې او موافقې ته اهمیت نه ورکول کېږي؛ داسی ټولنې بیا نه یوازې د جګړې د اصلي طراحانو او منظمو وحشي جګړه مارو ډلو ځای وي، بلکې هلته بیا د هر ډول منحوسه او ناوړه ځواکونو د ځرګندېدو لپاره زمینه برابره وي. د ښکلې په ډول، په افغانستان کې شخصي غچ ته اوس د جګړییزو وژنو نوم ورکول کېږي او یا هم د وسله والو ډلو د روغې جوړې لپاره کارول کېږي (von Biljert 2009). مونږ خپلې فرضیې ته په دې ډول ادامه ورکوو چې " تروریزم سره مبارزې په هکله د "جنګي مثال/ سرمشق" پر ځای د " عدالت د تطبیق مثال/ سرمشق" کارول حل لار نه ده"؛ د دې پر ځای باید د حل اړین لاره ولټول شي او زمونږ په آند هغه د ترمیمي عدالت لاره او له مجازاتو څخه د خوندیتوب کلتور له منځه وړل دي. دا کار په سوله ایز ډول د جرګې او شورى له لارې تر سره کیدای شي چې په افغاني ټولنه او کلتور کې ژورې ریښې لري او د ټولنیز عدالت د بنسټ او جوړښت په توګه په ټولنه کې موجود دی. د عدالت دا دودیزې اداري او د پرېکړه کولو بنسټونه د دې لیکنې په دویمه برخه کې څېړل شوي دي.

مأخذونه

1. Afghan, S. (2011), `Kandahar after the Fall of the Taliban`, in W. Mason, ed., The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction. New York: Cambridge University Press.

2. Afghanistan Justice Project (2005), Casting Shadows: War Crimes and Crimes against Humanity 1978-2001, available online at www.afghanistanjusticeproject.org/index.htm.

3. Afsah, E. (2011), `Is Constitutionalism Possible without Governance? International Standards and the Afghan Legal System`, in A. Nollkaemper, ed., International Law in Domestic Courts. Oxford: Oxford University Press.

4. Ashouri, M. and Rahmdel, M. (2003), Final Report—Iran, report submitted for the pro-ject Modelling the World Heroin Market: Assessing the Consequences of Change in Afghanistan Production, Tehran, Mimeo.

5. Asia Foundation (2009), Afghanistan in 2009: A Survey of the Afghan People. Kabul: The Asia Foundation.

6. (2010), Afghanistan in 2010: A Survey of the Afghan People. Kabul: The Asia Foundation.

7. (2011), Afghanistan in 2011: A Survey of the Afghan People. Kabul: The Asia Foundation.

8. Barfield, T. (2010), Afghanistan: A Cultural and Political History. Princeton, NJ: Princeton University Press.

9. Bayley, D. H. and Perito, R. M. (2010), The Police in War: Fighting Insurgency, Terrorism, and Violent Crime. Boulder, CO: Lynne Rienner.

10. BBC (2009) `Ex-Detainees Allege Bagram Abuse`, available online at http://news.bbc.co.uk/1/ hi/world/south_asia/8116046.stm.

11. Braithwaite, J., Charlesworth, H. and Soares, A. (2012), Networked Governance of Freedom and Tyranny: Peace in Timor-Leste. Canberra: ANU E Press.

12. Braithwaite, J., Cookson, M., Braithwaite, V. and Dunn, L. (2010), Anomie and Violence: Non-Truth and Reconciliation in Indonesian Peacebuilding. Canberra: ANU E Press.

13. Carter, S. and Clark, K. (2010), No Shortcut to Stability: Justice, Politics and Insurgency in Afghanistan. London: Chatham House.

14. Centre for Constitutional Rights (2006) Report on Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment of Prisoners at Guantanamo Bay, Cuba, available online at http://ccrjustice.org/ files/Report_ReportOnTorture.pdf.

15. Claude, A. C. (2010), Afghanistan: Justice and Reconciliation: The Informal Justice System in Afghanistan. Kabul: Civil Military Fusion Center.

16. Coll, S. (1991), `Pakistan's Illicit Economies Affect BCCI: Bank Shaped by Environment of Corruption and Illegal Trade in Weapons, Drugs', The Washington Post, 1 September: A39.

17. Cotter, J. (2007), `Corrupt Cops Slow Afghan Reform', Edmonton Sun, 4 March. Ellickson, R. (1991), Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes. Cambridge, MA:Harvard University Press.

18. Filkins, D. and Rubin, A. (2010), `Graft-Fighting Prosecutor Fired in Afghanistan', The New York Times, 29 August, available online at www.nytimes.com/2010/08/29/world/ asia/29afghan.html.

19. Fink, N. C. and El-Said, H. (2011), Transforming Terrorists: Examining International Efforts to Address Violent Extremism. New York: International Peace Institute.

20. Gardizi, M., Hussmann, K. and Torabi, Y. (2010), Corrupting the State? Or State-Crafted Corruption. Kabul: Afghanistan Research and Evaluation Unit.

21. Giustozzi, A., Franco, C. and Baczko, A. (2012), Shadow Justice: How Taliban Run Their Judiciary. Kabul: Integrity Watch Afghanistan (IWA).

22. Goodhand, J. (2009), `Bandits, Borderlands, and Opium Wars: Afghan State-Building Viewed from the Margins', Working Paper, Danish Institute for International Studies.

23. Grossman, P. (2006), `Truth, Justice and Stability in Afghanistan', in N. Roht-Arriaza and J. Mariezcurrena, eds, Transitional Justice in the Twenty-First Century, Beyond Truth Versus Justice, 255-77. Cambridge, NY: Cambridge University Press, available online at www. restorativejustice.org/articlesdb/articles/7724.

24. (2009), Transitional Justice and DDR: The Case of Afghanistan. New York: Interna-

tional Center for Transitional Justice, available online at http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-DDR-Afghanistan-CaseStudy-2009-English.pdf.

25. Guardian, The (2011) `Afghan Civilians Killed by RAF Drone', available online at www. guardian.co.uk/uk/2011/jul/05/afghanistan-raf-drone-civilian-deaths.

26. Hafvenstein, J. (2011), `Afghanistan's Opium Strategy Alternatives: A Moment for Masterful Inactivity?`, in W. Mason, ed., The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction. New York: Cambridge University Press.

27. Hartmann, M. E. (2011), `Casualties of Myopia', in W. Mason, ed., The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction. New York: Cambridge University Press.

28. Herodotus (1954), The Histories, translated by A. de Selincourt. Harmondsworth: Penguin Books.

29. Hobbes, T. (1651), Leviathan, available online at Project Gutenberg, www.gutenberg.org/ ebooks/3207.

30. Human Rights Council (2011) Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Situation of Human Rights in Afghanistan and on the Achievements of Technical Assistance in the Field of Human Rights, UN General Assembly, A/HRC/16/67, available online at http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/103/31/PDF/G1110331. pdf?OpenElement.

31. International Crisis Group (ICG) (2007), Reforming Afghanistan's Police. Kabul and Brussels: International Crisis Group.

32. (2008), Policing in Afghanistan: Still Searching for a Strategy. Kabul and Brussels: International Crisis Group.

33. (2010), The Threat from Jamaat-ul Mujahideen Bangladesh. Dhaka and Brussels: International Crisis Group.

34. (2011), The Insurgency in Afghanistan's Heartland. Kabul and Brussels: International Crisis Group.

35. Johnson, C. W., Maley, W., Thier, A. and Wardak, A. (2003), Afghanistan's Political and Constitutional Development. London: Overseas Development Institute.

36. Kilcullen, D. J. (2011), `Deiokes and the Taliban: Local Governance, Bottom-Up

State Formation and the Rule of Law in Counter-Insurgency`, in W. Mason, ed., The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction. New York: Cambridge University Press.

37. Ladbury, S. and Cooperation for Peace and Unity (Afghanistan) (CPAU) (2009), Testing Hypotheses on Radicalisation in Afghanistan: 38. Why Do Men Join the Taliban and Hizb-i Islami? Kabul: Department for International Development.

39. Ledwidge, L. (2009), `Justice and Counter Insurgency in Afghanistan: A Missing Link', RUSI Journal, 154: 6-9.

40. Lefèvre, M. (2010), Local Defence in Afghanistan: A Review of Government-Backed Initiatives. Kabul: Afghanistan Analysts Network.

41. Maass, C. D. (2011), Afghanistan's Drug Career: Evolution from a War Economy to a Drug Economy. Kabul: Afghanistan Analysts Network.

42. Maley, W. (2010), `Afghanistan: An Historical and Geographical Appraisal, International Review of the Red Cross, 92: 1-18.

43. Mason, W. (2011), `Introduction', in W. Mason, ed., The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction. New York: Cambridge University Press.

44. Migdal, J. S. (1988), Strong Societies and Weak States: State-Society Relations and State Capabilities in the Third World. Princeton, NJ: Princeton University Press.

45. Murray, T. (2007), `Police-Building in Afghanistan: A Case Study of Civil Security Reform',International Peacekeeping, 14: 108-26.

46. Nixon, H. (2011), Achieving Durable Peace: Afghan Perspectives on a Peace Process. Oslo: Peace Research Institute Oslo (PRIO).

47. Nordland, N. (2012), `Top Afghans Tied to `90s Carnage, Researchers Say, New York Times, 23 July, available online at www.nytimes.com/2012/07/23/world/asia/key-afghans-tied-to-mass-killings-in-90s-civil-war.html.

48. Paoli, L., Greenfield, V. and Reuter, P. (2009), The World Heroin Market: Can Supply Be Reduced? New York: Oxford University Press.

49. Peters, G. (2009), Seeds of Terror: How Heroin Is Bankrolling the Taliban and Al Qaeda. New York: Thomas Dunne Books.

50. (2011), `The Afghan Insurgency and Organized Crime, in W. Mason, ed., The Rule of

Law in Afghanistan: Missing in Inaction. New York: Cambridge University Press.

51. Rubin, A. (2012), `Top Afghan Security Official Wins Case Challenging Corruption Accusation, The New York Times, 25 September, available online at www.nytimes.com/2012/09/25/world/ asia/rangin-spanta-wins-case-challenging-corruption-charges.html.

52. Rubin, B. R. (2002), The Fragmentation of Afghanistan: State Formation and Collapse in the International System, 2nd edn. Karachi: Oxford University Press.

53. Ruttig, T. (2010), How Tribal Are the Taleban? Kabul: Afghanistan Analysts Network. (2011), The Battle for Afghanistan: Negotiations with the Taliban: History and Prospects for theFuture. Washington, DC: New America Foundation, available online at www.counterter- rorism.newamerica.net.

54. Saikal, A. (2004), Modern Afghanistan: A History of Struggle and Survival. London: IB Taurus & Co.

55. Semple, M. (2011), `Afghanistan: Fault Lines in the Sand, New Statesman, 7 July.

56. South Asian Terrorism Portal (2012), Jamà atul Mujahideen Bangladesh (JMB), available online at www.satp.org/satporgtp/countries/bangladesh/terroristoutfits/JMB.htm.

57. Strick van Linschoten, A. and Kuehn, F. (2012), An Enemy We Created: The Myth of the Taliban/Al-Qaeda Merger in Afghanistan, 1970-2010. London: C. Hurst and Co.

58. UNAMA (2011) Treatment of Conflict Related Detainees in Afghan Custody, Report by UN Office of the High Commissioner for Human Rights, available online at http://unama.unmis- sions.org/Portals/UNAMA/Documents/October10_%202011_UNAMA_Detention_ Full-Report_ENG.pdf.

59. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2010), Corruption in Afghanistan: Bribery as Reported by the Victims. Vienna: UNODC.

60. Vendrell, F. (2011), `The International Community`s Failures in Afghanistan', in W. Mason, ed., The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction. New York: Cambridge University Press.

61. von Biljert, M. (2009), `Unruly Commanders and Violent Power Struggles: Taliban

Networks in Uruzgan, in A. Giustozzi, ed., Decoding the Taliban: Insights from the Afghan Field. New York: Columbia University Press.

62. Wardak, A. (2002), `Jirga: Power and Traditional Conflict Resolution in Afghanistan`, in J. Strawson, ed., Law after Ground Zero. London: Cavendish.

63. (2004), `Building a Post-War Justice System in Afghanistan, Crime, Law & Social Change, 41: 319-41.

64. Wilder, A. (2007), Cops or Robbers? The Struggle to Reform the Afghan National Police. Kabul: Afghanistan Research and Evaluation Unit.

65. Woodward, R. (2011), Obama`s Wars. New York: Simon & Shuster.

په افغانستان کې جرم او جګړه

دویمه برخه: د (جفرسون) بدیله لار؟

لنډیز:

د دې مقالې په لومړۍ برخه کې د امریکې د متحده ایالتونو د ولسمشر (بارک اوباما) هغه خبرې را نقل شوې چې نوموړي خپلې نړۍ سیاسي کړۍ ته ویلې وې چې د امریکا موخه په افغانستان کې د (جفرسون) د ولسواکۍ پلي کول نه دي. د مقالې د دویمې برخې (د بحث) اړین موضوع دا ده چې د ولسواکۍ په اړه د (جفرسون) د کلیوالي وګړواکې په هکله نظریات چې له افغاني دود سره همغږي دي او په دې توګه د افغانستان په شان ټولنو کې د (جفرسون) وړاندیز د (هابز)ش د تحلیل (چې په لومړۍ برخه کې وړاندې شو) کموالی پوره کوي. په هغو سیمو کې چې ټولنیزه ګډوډي لري د (اغیزناکو) پولیسو او عدالت نه شتون یوه ټولنیزه تشه ده چې استبدادي دولې نظم او قانون، لکه د طالبانو قانون، ځان ته جلبوي چې دا تشه ډک کړي. د داسې حالت له رامنځ ته کیدلو څخه وروسته سوله او عدالت تر هغې پورې پلی او واکمنېدای نه شي تر څو پورې چې د عدالت په غیررسمي او سیمه ییزو نظامونو او د دولت په عدلي نظام، چې یو د بل بشپړونکې او جوړونکې دي، تکیه ونه شي. د عدالت د سیمه ایزو او ملي بنسټونو ترمنځ توازن او د هغوی له واک څخه د ناوړه ګټې اخیستنې د مخنیوي لپاره د ګډې څارنې تقویت کول د سولې د راوستلو او د عدالت د تامین لپاره یوه ثابته او پرله پسې لاره ده د هغه په پرتله چې نظام بدل شي یا د راتلونکي ځاینناستي نظام د اصلاح لپاره د "ټولنیزي انجنیرئ" نزولي تګلاره[۱۶] پلې شي.

۱۶. که چیرته یوه اداره یا حکومت د نزولي تګلاری (top-down approach) څخه کټه اخلي دا په دی معنی چی د حکومت ټول پلانونه او تګلاری د لوړپوړو اداري یا حکومتي چارواکو لخوا جوړ او پلی کیږي ، په دی توګه د پلان او تګلاری په جوړولو کی کومه خانګړی رول نه لري. برعکس که چیرته اداره

سریزه

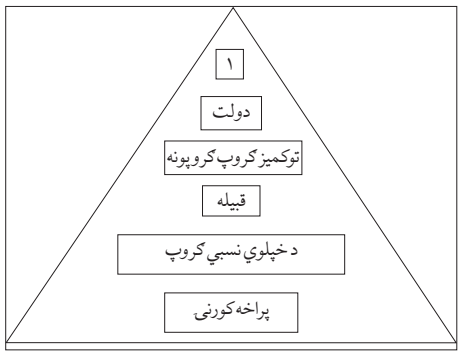
"په افغانستان کې جګړه او جرم: لومړۍ برخې، د (هابز) حل لاره، (Braithwaite and Wardak 2012) کې مونږ (لیکوالانو) استدلال وکړ چې ځینې وختونه د دولت مخالفین په خطرناکه او بې نظمه کلیوالي ټولنو کې د نظم په راوستلو سره مشروعت لاس ته راوړي او واک تر لاسه کوي. دا د مشروعیت د ترلاسه کولو بدیله لار ده چې د (هابز) له سره توپیر لري. واک ته د رسېدو دا لار په حقیقت کې د هابز د حل لارې په شان محدودیتونو او ستونزې نه لري. دویمه لیکنه (همدغه لیکنه) د افغاني حل لارې په اړه ده چې ددولت جوړولو په کړنلاره کې په پام کې نه وو نیول شوی - دا لیکنه چې د (جفرسون) (د نظر پر بنسټ) د (هابز) د حل لار بشپړوي : په داسې دول سره چې د دولت جوړونې د هڅې او هغو عنعنوي کلیوالي نظامونو غښتلي کول چې امنیت منځته راوړي په ګډه یو د بل بشپړونکې وګرځي.

په افغانستان کې دولت، ټولنه او ټولنیز نظم

که څه هم په لوړه جوړونکي کچه او په تاریخي لحاظ دولتي رسمي لاس لاندی راوړل د ټولنیز نظم په راوړلو کې کمزوری (Saikal 2005) او ستونزمن وو (Shahrani 1996)، خو په افغاني ټولنه کې په ټیټه او منځنۍ کچه ټولنیز نظم تر دېره د نارسمي ټولنیز لاس لاندي/ برلاسي/ اغیزه له لارو ساتل شوی (Barfield and Nojumi 2010; Glatzer 1998; Wardak 2002; 2006). د دې کار یوه مهمه پایله دا وه چې د شوروي اتحاد له وتلو وروسته کله چې افغان دولت راوپرځید نو په لرې پرتو کلیوالي سیمو کې، چیرته چې د هیواد مطلقه اکثریت اوسیږي، بیا هم ټولنیز نظم موجود و. حتی نن ورځ هم د لویو ښاري سیمو په پرتله په کلیوالي سیمو کې نسبتاً غښتلی ټولنیز نظم موجود دی په داسې حال کې چې (په لویو ښاري سیمو کې) په لسګونو زره افغان او د (ناټو) په مشرۍ د شاوخوا ۵۰ هېوادونو څخه جوړ نړیوال امنیتي ځواکونه (آیساف) میشت دي. د تعجب ور خبر خو لا دا ده چې په کلیوالي سیمو کې د تاو تریخوالي او بې نظمۍ اصلي سرچینه همدغه ځواکونه- طالبان، آیساف او افغان امنیتي ځواکونه – دي چې د نظم د تحمیل هڅې کوي. خو دا تحمیلي هڅې کمزورې، مصنوعي او بې دوامه ثابتې شوي دي.

یا حکومت د صعودي تکلاری (bottom-up approach) څخه کټه اخلي نو دا په دی معنی چی حکومت د پلان یا تکلاری په جوړولو کی دخلکو رایه او نظریه په پام کی نیسي او د خلکو د غوښتنو او د ټولنی د شرایطو په پام کی نیولو سره پلانونه پلي کوي.

په تیرو ۱۲ کلونو کې افغان او نړیوال پالیسي جوړونکي پاتې راغلي چې په افغانستان کې پرله پسې نظم او ثبات رامنځته کړي ځکه دوی پر دې نه دي توانیدلي چې په مختلفو کچو د افغان دولت او د ټولنې په پېچلیو اړیکو پوه شي. دوی په ورته توګه په دې کې هم پاتې راغلي چې په افغانستان کې په مختلفو ټولنیزو کچو او د ژوند په مختلفو برخو کې دولتي او مختلف نادولتي بنسټونه د ټولنیز نظم په جوړښت او ټینګولو که برخه اخلي. تر دې هم مهمه خبره دا ده چې په افغان دولت او نړیواله ټولنه کې دا سیاسي اراده شتون نه لري چې په بشپړ ډول په دې اړیکو پوه شي او بیا یې په خپله تګلاره کې ځای پر ځای کړي. په افغاني ټولنه کې د ټولنیز نظم د جوړښت او ساتلو په اړه د وردک (Wardak 2006) د کار په استناد، مونږ (لیکوالان) د ټولنیز کنټرول لاندې اړین بنسټونه پیژندلی شو: پراخه نسبي کورنۍ ، د خپلوۍ نسبي ګروپونه، قبیله، توکمیز (نژادي) ګروپ او دولت (وګورئ ۱ شکل).



شکل: په افغاني ټولنه کې د ټولنیز لاس لاندې/ برلاسي/ اغیزه د لوړې، منځنۍ او ټیټې کچې بنسټونه (سرچینه) (Wardak 2006)

۱ شکل ځرګندوي چې دولت د هرم په سر کې ځای لري او د ټولنیز کنټرول (ځارنې) تر ټولو لوړ بنسټ او مرجع ده. توکمیز یا نژادي ګروپونه او قبیلې د ټولنیز لاس لاندې/ برلاسي/ اغیزه د منځنۍ کچې بنسټونه دي (که څه هم لوی ژبني- توکمیز ګروپونه چې نسبتًا په خپلواکه سیمو کې ژوند کوي هم د لوړې کچې د بنسټونو ځانګړتیاوې لري). د خپلوۍ کوچني ګروپونه او لویې کورنۍ د ټولنیز کنټرول تر ټولو ټیټ بنسټونه دي. دولت د ټولنیز لاس لاندې/ برلاسي/ اغیزه له نورو بنسټونو سره یو بل توپیر هم لري: دولت یوه رسمي اداره ده چې د ټولنیز او حقوقي نظم د ساتنې په موخه رسمي قوانین وضع کوي او د ویبر (Weber 1964) په اصطلاح ، (د عقلاني-قانوني "واک" څخه

کار اخلي. د افغانستان په لرې پرتو سیمو کې ولسوالي دولت تمثیلوي : خو (په نوموړو سیمو کې) د ټولنیز برلاسي د ساتنې په موخه د دولت اجراتو ته ډېر وختونه د شک په سترګه کتل کېږي. بارفیلډ او نجومي (Barfield and Nojumi 2010) دا حالت داسې بیانوي: "د افغانستان په کلیوالي سیمو کې د کابل نظر (د مرکزي حکومت تګلارو او کړنو) ته د شک په سترګه کتل کېږي. د دې پر ځای چې د دې سیمو خلک ځان د یو واحد ولس برخه وګڼي چې د ګډو ګټو درلودونکي وي، دوی هغه ځایي ټولنیزو ډلو ته ډېر وفاداره دي چې د خپلوۍ او یا هم د سیمې پر بنسټ منځ ته راغلي" (Barfield and Nojumi 2010:44).

له بله پلوه ، توکمیز ګروپونه ، قبیلې، د خپلوۍ ګروپونه او پراخه نسبي کورنۍ د ټولنیز کنټرول نارسمي بنسټونه دي چې هر یو د دې بنسټونو څخه د نارسمي کړنلارې او "دودیز واک" له لارې د ټولنیز نظم په ساتلو کې مرسته کوي (Weber 1964) . وردک (Wardak 2006) خپله پایله داسې وړاندې کوي چې په هره کچه چې د ټولنیز برلاسي بنسټ ۱ شکل په هرم په ښکتنۍ برخه کې وي ، نوموړی بنسټ په هماغه کچه په افغاني ټولنه کې د ټولنیز نظم په ساتنه کې ډېر غښتلی رول لوبوي. په دې ډول په افغاني ټولنه کې ټولنیز نظم په دودیزه توګه د ټولنیز برلاسي د نارسمي بنسټونو له لورې له ښکتنۍ برخې څخه عمدتاً اداره شوی. که څه هم نوموړي بنسټونه نیمګړي او د نارینه وو په واک کې دي، بیا هم دا (نارسمي) بنسټونه د (جفرسون) د ولسواکۍ له نظر سره ډېر ورته والی لري.

په افغاني ټولنه کې تر ټولو ډېرې مهمې پریکړې د پراخه کورنیو په "شخصي"(private) حریم کې نیول کېږي یعني مخکې له دې چې ستونزې او شخړې د "عمومي" (public)، ځای پر ځای حلېږي. کله چې کورنۍ د ستونزو په حلولو او د ټولنیز نظم په راګرځولو کې پاتې راشي او یا هم شخړه د څو لویو کورنیو د غړو ترمنځ تر سره شي نو بیا د کلي (او یا هم له کلیو) څخه د خپلوۍ (نسبي) ګروپ څخه مرسته غوښتل کېږي. د کلي (یا د څو کلیو) په کچه د شخړو د حلولو جرګه د ټیټې کچې نارسمي او دودیز بنسټ دی چې د خپلوۍ په کوچنیو ډلو (خپلونه په پښتنو میشته سیمو کې) کې تر ټولو کار اخیستل کېږي (Wardak 2006).

په دویمه برخه کې مونږ (لیکوالان) هوډ لرو چې له خپلو ساحوي (میداني) څېړنو څخه په ګټه اخیستنې سره د کلیوالي شخړو په حلولو کې د جرګې رول په تفصیلي ډول سره وڅېړو؛ وروسته له هغې بیا په لویو ښارونو کې د معاصر بنسټ په توګه د جرګې په "مختلط والي" (hybridity) بحث کوو چې د ولسواکه څارنې له لارې په یاد بنسټ کې له واک څخه د ناوړه ګټې اخیستنې مخه نیول کېدای شي. د نوموړو موضوعاتو له تحلیل څخه وروسته به د جرګې د دوو ارخونو (بهر لیږدونکی/

تبعیضي او ترمیمي) او د سیالو سیاسي ښځینه/ اناث حقوقي–سیاسي نظرونو په اړه بحث وشي او په همدې توګه په افغانستان کې د کلیوالي ولسواکۍ او ښاري سیاست په رڼا کې د عدالت او عدم تشدد په اړه بحث وشي.

جرګه او د شخړو حل

په افغانستان کې په اکثریت پښتني میشتو سیمو کې کلیوالي شوراګاني یا جرګې - یا په جنوب کې مرکه د پرېکړو او د شخړو د حلولو اړین بنسټونه دي، دا بنسټونه (جرګې او شوراګاني) نه یوازې دا چې د کلیو په کچه فعالیت لري بلکې له کوچني "خیل" څخه نیولې تر قبیلې او یا هم د څو قبیلو د کانفدراسیون (اتحادیې) پورې د پرېکړو او د شخړو د حلولو اړین بنسټونه تشکیلوي. په ناپښتني سیمو کې شورېٰ تقریباً د جرګې برابر بنسټ دی (Carter and Conner 1989; Glatzer 1998; Malekyar 2000; Smith and Manalan 2009; Wardak et al. 2007). په دې توګه، جرګه او شورېٰ د شخړو د حلولو د نارسمي بنسټونو په توګه په ټول افغانستان کې شتون لري. که د کلي جرګه او شورېٰ ونه توانیږي چې یوه شخړه حله کړي نو په شخړه کې ښکیلې خواووې کولای شي چې د قبیلې په کچه د پراخه واک لرونکې جرګې غوښتنه وکړي، په دې دول جرګو کې د یو اړخیز قضاوت د مخنیوي لپاره له (ښکېلو) قبیلو څخه په مساوي شمیره (د ټولنې) منلي مشران را غوښتل کیږي. د امریکائي څېړونکې بارفیلډ (Barfield 2010:105) په باور د پښتنو تاریخ او ټولنه د قبیلوي برابرۍ او ولسواکۍ د سلطنتي نخبه پلو تمایلاتو ترمنځ ګردود تشکیلوي. جرګه، لږ تر لږه د نارینه ووء په منځ کې د دې دود د ټولنیز مساوات (برابرۍ) یو اړخ او ببلکه ده. د دودیزې جرګې ګرد (دایروي) جوړښت یو کس ته اجازه نه ورکوي چې په ځلا/ برملا توګه پر نورو اوچت وي. د منځګړتوب اساسي دنده هغه سپین ږیري پر مخ وړي چې په هوښیارۍ، اندول ساتلو او ریښتیولۍ کې نیک نوم ولري او خلک په خپله نومورو مشرانو ته مراجعه کوي. "منځګړي له دولتي مامورینو سره توپیر لري او هغه دا چې منځګړی د هغو ستونزو په اړه چې دوی ته راوړل کېږي ډېر ژور محلي معلومات لري او د همدې معلوماتو په رڼا کې داسې پریکړه کوي چې د ټولنې خلکو ته د منلو وړ وي" (Barfield 2010:233; Ledwidge 2009:7). خو بیا هم کله چې د هیواد په جنوبي سیمو کې شخړه په محلي جرګه/ شورېٰ کې حل نه شي، نو شخړه د حل په موخه د ولسوالۍ شورېٰ ته لیږل کیږي چې په دې توګه د ولسوال او د پرېکړه نیونکي (جرګې/ شورېٰ) ترمنځ اړیکې او همغږي منځته راځي (Wardak 2010).

ننواتي د قبیلوي جرګې یو مهم ډول دی. ننواتي د ښېنې د غوښتلو او د سولې د وړاندیز پر وړاندې

د التزامي بښنې په معنی دی. د تورن یا ملامت لوري خپلوان د متضرر یا قرباني کور ته یوه ډله خلک استوي. په دودیز ډول سره د خپلوانو دا ډله د کورنۍ له مشرانو، یوه ښځه چې د قرآن کریم یوه نسخه ورسره وي، د تورن نور نږدې خپلوانو (او یا هم ځینې وختونه خپله تورن) او ملا امام ځخه جوړه شوې وي. دا ډله یو پسه او (یوه اندازه) غنم د متضرر کور ته وړي چې ډېر ځلې پسه د متضرر د کور په دروازه کې حلالوي چې کور ته له ننوتلو ځخه وروسته د تورن په استازیتوب د بښنې غوښتنه کوي. د ننواتې نه منل د ولسي دود خلاف کړنه ده، نو له همدې امله ډېر وختونه د ننواتې پایله بښنه او پخلاینه وي. دا ډول جرګې له ډېر پخوا ځخه د داسې بنسټونو په توګه پیژندل شوي چې د "رغنیز عدالت" ځانګړتیاوې لري (Barfield et al. 2006; Schmeidl 2011; Wardak 2006). د رغنیز عدالت موضوع د افغانانو د یوه عامه تفکر د بحث موضوع ده، چې دا بحث د غربي رغنیز عدالت نظریه (restorative justice) له هغې تګلارې سره نښلوي چې پر بنسټ یې هرومرو د سولې او پخلاینې ملي کړنلارې (موخو) ته ورسېږي او د افغانانو په مشرۍ د حقیقت موندنې او پخلاینې ملي کمیسیون رامنځته کړي (Social Development and Stability Afghanistan Organization 2010:4-5). لکه څرنګه چې (Merry 2006) وائي کیدای شي استدلال وشي چې پخلاینې ته د رسیدو او د تاوتریخوالي د مخنیوي اړوند د غربي رغنیز عدالت بحث په افغاني مفکوره کې ډېر ځای پر ځای شوې، خو له بده مرغه چې غربي (نړۍ) کې د افغاني رغنیز عدالت په هکله ډېره کمه پوهه موجوده ده.

په لومړۍ لیکنه کې مونږ (لیکوالانو) دا په ډاګه کړه چې د طالبانو پر ضد د (ناټو) د جګړې پایله دا وه چې (اوس خلک) د د دولت د محکمو په پرتله د طالبانو محکمو ته ارزښت ورکوي. خو له بله پلوه بیا د دواړو په پرتله جرګو ته په افغاني ټولنه کې ډېر ارزښت ورکول کیږي. کله چې له افغانانو ځخه وپوښتل شو چې د خپلې ستونزې د هوارۍ په موخه له چا ځخه مرسته غواړئ، نو تر ټولو ډېر عام ځواب د (ځایي جرګې / شورۍ مشران) وو (په ۲۰۱۰ ز کال کې ۴۲ سلنه و، په ۲۰۱۱ ز کال کې کچه نوره هم ډېره شوه او ۶۶ سلنه وو)، د ځایي جرګې / شورۍ مشران د لاندې نورو په پرتله ډېر مخکې وو : د ولسوالۍ چارواکي (۳۱ سلنه او ۳۵ سلنه) پولیس (۲۵سلنه او ۲۸ سلنه) ملا آمامان (۱۸ سلنه او ۲۳ سلنه) د پارلمان غړي (۱۰ سلنه او ۸ سلنه) غیر دولتي موسسې یا انجوګانې (۴ سلنه او ۶ سلنه) او بهرني ځواکونه (۲ سلنه او ۲ سلنه). کله چې له نوموړو خلکو ځخه د دولتي محکمو په پرتله د جرګو / شوراګانو د غوره والي د ځانګړیو دلایلو په اړه پوښتنې وشوې، نو تر ټول عام ځوابونه دا و چې (دوی جرګو / شوارګانو ته ځکه ارزښت ورکوي) (Asia Foundation 2010: 127):

- چې د ځايي شورىٰ (غړي) ريښتوني دي (۳۵ سلنه)
- د دولت په محکمو کې فساد شتون لري (۱۵ سلنه)
- شخړې په اغيزناکه توګه حلوي (۱۰ سلنه)

په ځلورو ترسره شويو سروې ګانو (پلټنو) کې کله چې د ارزونې (لاندې) پېنځو معيارونو په نظر کې نيولو سره د دولت د محکمو او د جرګو/ شوراګانو په هکله پوښتنې وشوې، نو د دولت د محکمو په پرتله جرګه/ شورىٰ په اساسي توګه په ډېره لوړه کچه د خلکو لپاره د منلو وړ وه (Asia Foundation 2007: 459-60; 2009:91; 2010:134; 2011:152): جرګه/ شورىٰ:

- ته لاس رسی لرم.
- عادلانه او د باور وړ دي.
- زموږ د خلکو ځايي اصول او ارزښتونه تعقيبوي.
- د عدالت پر وړاندې کولو کې اغېزناکې دي.
- په چټکه توګه او خپل وخت کې شخړې حلوي.

د دې معنا دا ده چې په ځلورو مختلفو وختونو کې د پرتلې له ۲۰ څخه په ۲۰ معيارونو کې د دولت محکمې په ډېره کمه کچه د منلو وړ وي. د آسيا فاونډيشن د ۲۰۰۹ ز کال سروې موندنې دا هم ښيي چې د هغو افغانانو له جملې څخه چې په د قضيې (د حل په موخه) دولتي محکمې ته تللي، اکثره وګړي د محکمې د پريکړې په پايله ناخوښ وو، (دا په داسې حال کې ده) چې جرګې / شورىٰ څخه د نا خوښه وګړو کچه يوازې ۲۰ سلنه وو (Sharma and Sen 2008:62).

په لويو ښارې سيمو کې د عدالت د سيستمونو اختلاط

د عدالت د نارسمي سيستم غوره والی يوازې په پښتون مېشتو کليوالي سيمو پورې، چېرې چې جرګې ژورې ريښې لري، محدوده نه دی. ربيکا ګنګ (Rebecca Gang 2011) د شخړو د هغه لارو چارو (CBDR) څخه چې ښځو په کې ونډه لرله او د قتل تر کچې شخړې په کې حلې شوې، د کابل د تاريخي ښار په هزاره او شيعه ميشتو سيمو کې يوه څېړنه ترسره کړې. په دغه لارو چارو کې (د شخړو د حلولو په موخه) د شريعت د احکامو، د اتباعو د حقوقو په برخه کې د دولت د نافذه قوانينو او د سيمې له هغو اصلي (بومي) دودونو څخه چې د رغنيز عدالت بڼه لري، په ګډ ډول ګټه اخيستل شوې:

"د شخړو د حلولو محلي او سيمه ايزې لارې چارې بهير کوم بدلون نه منونکی بهير نه دی او

په ورته توګه له داسې دود او کلتور څخه نه دی جوړ شوی چې بدلون ونه مومي. که څه هم دود او دستور د څېړنې په سیمه کې د محلي شخړو د حل لارو چارو لپاره یوه نمونه (سرچینه) ده، د افشار د شخړو د حلولو محلي لارې چارې څو اړخیز جوړښت دې چې د حکومت د عدلي ناتوانۍ د پوره کولو لپاره فعالیت کوي "(Gang 2011:4).

د (شخړو د حل د لارو چارو) اختلاط د هغې د یو ګډون کونکي ۶۰ کلن ملا امام له دې نقل قول څخه هم څرګندېږي:

"په هر قوم ، په هر ولایت کې د بدو دود اوس هم شتون لري . [بد د وژونکي له ټبر یا قبیلې څخه د وژل شوي نړدې خپلوانو ته د ښخې ودولو ته وایي]. خو، زه خلکو ته وایم چې دې دود ته په شریعت کې اجازه نه ده ورکړل شوې، د بیلګې په ډول، که چېرې یو کس بل ووژني نو هغه نجلۍ چې نه د دې کار په هکله په څه پوهیږي او نه یې هم دا کار سرته رسولی، بلې کورنۍ ته ورکول کیږي. کله چې داسې وشي، نو د دې کار یوازینۍ پایله دا وي چې ډېر نور خلک هم زیانمن کیږي او یا هم ګناهګاره کیږي " (Gang 2011:29).

په اسلامي ټولنو کې د نارسمي سیستمونو په هکله لویدیځ تبصره کونکي د شخړو د حل د سیستمونو مختلط والی له پامه غورځوي او هم دا له پامه غورځوي چې په دغه مختلط والی کې د ښځو د حقوقو ددفاع اصلي سرچینه اسلامي شریعت دی. د ښځو حقوق ښایي هغه وخت ښه خوندي شي چې په دې ډول مختلط سیستم کې د قانون هره سرچینه له بلې سرچینې سره د مثبتې سیالۍ له لارې له ځواک څخه د ناوړه ګټې اخیستنې د سرچینو مخه ونیسي:

"زما مور زما له پلار سره هغه وخت شخړه پیدا کړه کله چې زما پلار بل واده وکړه او زما مور او د هغې ماشومان یې د کور له وسایلو یا پیسو پرته له کوره وشړل. که څه هم زما مور پر دی آند وه چې د ښځو لپاره مناسبه نه ده چې د دې ډول ستونزو د حلولو لپاره ولسوالۍ یا سپین ږیرو ته لاړی شي، خو بیا هم زما مور سپین ږیرو ته لاړه او له هغوی څخه یې دیوې غوندې د جوړولو غوښتنه وکړه. زما مور او پلار دواړه په غونډه کې کیناستل. سپین ږیرو زما پلار ته وویل: "دا یوه عزتناکه ښځه ده. تا بل واده وکړه او دا ښځه دې تش لاس له کوره وشړله. آیا ته له خدای «ج» څخه نه وېرېږې؟" پس له هغې زما پلار دا ومنله چې زما مور او مورږ ته نفقه راکړي "(Gang 2011:31).

د شخړو د حلولو په دا ډول سیستم کې د قوانینو پر وړاندې مسولیت یوه مهمه موضوع ده. د بیلګې په ډول، د کورنۍ شخړو په حلولو کې د دې لپاره چې نارینه د ښځې له وهلو څخه لاس

واخلي نو پوليسو ته په سپارلو يا زندان ته په ليږلو ګواښل کيږي. خو سره له دې، مسوليت تر ټولو ستر ډول د وړوکې ټولنې (پر وړاندې مسوليت) دی چې حتی په لويو ښاري سيمو کې هم تر سترګو کيږي:

"د خلکو او د سپين ږيرو ترمنځ رونوالی شته. خلک ځينې سپين ږيري ټاکي ځکه دوی په ټولنه کې ريښتنې، د درناوي وړ او ښه سابقه لرونکي وګړي پيژني. کله چې سپين ږيري د يوې شخړې د حل لپاره راټوليږي، هغوی پر دې پوهيږي چې خلکو دوی د يادو دلايلو له مخې ټاکلی. هغوی پر دې باور وي چې " زه بايد ريښتنی واوسم تر څو په ټولنه کې خپل نيک شهرت وساتم " (Gang 2011:22).

په کابل کې د شخړو د سيمه ايزې حل لارو (CBDR) دوه نورو ګډون کونکو وويل چې دا لارې چارې ځکه شتون لري چې دولت عامو خلکو ته د عدالت راوستلو کې پاتې راغلی:

"کله چې زه په ۲۰۰۴ز کال کې افغانستان ته راغلم، ما کرزي ته رايه ورکړه. زه د يو ښه حکومت په جوړېدو خوښ وم. کله چې ما وليده چې کرزي لوړې چوکۍ پخوانيو قومندانو ته ورکوي، زه پوه شوم چې هغه به د حکومت او نظم په کنټرول ونه توانيږي . اوس دا حکومت د خلکو پام نه ساتي، دې حکومت د افغانانو په سر سودا کړې. په همدې دليل، حکومت د شتمنو خلکو او د هغو خلکو شخړې هواروي چې پيسې ورکوي، خو غريب خلک د شخړو د حلولو په موخه يوازې ځايې مشرانو ته تللی شي. مورږ دا شوراګانې د خلکو د سهولت لپاره جوړې کړې. مورږ د خلکو د ستونزو د هوارولو هڅه کوو تر څو هغوی حکومت ته تللو ته مجبوره نه شي " (Gang 2011:25).

د ننواتې رغنيزه ځانګړنه د شخړو د حل په دې اختلاطي لارو چارو کې نوره هم په قوت ليدل کيږي: په رغنيز عدالت کې يوازې تورن مسول او کرم نه ګڼل کيږي ځکه کله چې شخړه پراخه وي نو د ټولنې ځينې نور خلک هم د مسوليت احساس کوي:

د بايسکل په سر شخړه کې (د تورن) د کورنۍ ښځې له دې امله ګرمې وګڼل شوې چې بيځايه يې شخړه پراخه کړه نو له همدې امله يوه ډله ښځې د شخړې د متقابلې (قرباني) خوا کور ته د ننواتې په توګه لاړې. د شخړې د حالت شدت ته په کتنې سره، د متقابلې خوا د کورنۍ غړي د ننواتې غړو ته لاره پرانسته چې کور ته ئې ننوزي. متقابلې خوا د ننواتې کونکو له خوا ټيکری ،چې د ښځې غوښتلو نښه يا سمبول وء، قبول کړل.

ځرنګه چې مختلط او د شخړو د حل نوری دوديزې عدلي لارې چارې د دولت او طالبانو

محکمو په پرتله تل غوره ګڼل شوي، د نظام له بدلون څخه یوه لسیزه وروسته (چې په کې دودیز عدالت له پامه غورځول شوې وء) ناټو ددې لپاره چې د طالبانو د عدالت بلونکي داعیه کمزوری کړي، له جرګې/ شورىٰ څخه یې ملاتړ ونه کړ.

د جرګو دوه اړخونه: بهر ایستونکی / تبعیضي خو رغنیز عدالت

په کلتوري لحاظ ، ښځو ته په جرګه/ شورىٰ کې د ګډون او پرېکړې حق په عمومي ډول سره نه دی ورکړل شوی. په جرګو کې ځینې وختونه په بدو (کې د ښځو د ورکړې) او کله بیا هم په بدل (د دوه کورنیو ترمنځ د واده په موخه د نجونو بدلول) پرېکړې کیدې. دا کار د دې لامل شو چې په ملګرو ملتونو او د ناټو په غړیو هیوادونو کې د بشریحقونو نادولتي موسسو او د هغوی ملاتړو ته دا فرصت په لاس ورکړي چې له ۲۰۰۱ز کال څخه وروسته د افغانستان په عدلي چوکاټ کې د جرګو / شوراګانو د ځایولو (رسمي کولو) مخنیوي وکړي. د نړیوالو له خو د دولت جوړونې په پروسه کې د جرګو په اړه د بدبینۍ بله سرچینه دا وه چې د څو لسیزو جګړو په ترڅ کې ټوپک سالارانو یو په بل پسې جرګې د عدالت د ټینګښت پر ځای د عدالت ضد موخو لپاره وکارولې. په افغانستان کې د عدالت د رسمي او دودیزو سیسټمونو په اړه دا یو خواشینونکی حقیقت دی چې زوراکي کولای شي په دې سیسټمونو کې له خپلې خوښې سر سم د زور او یا پیسو پر مټ د خپلې غوښتنې مطابق پرېکړې ترلاسه کړي. نو په دې توګه که چیرې د دولت قضایه قوه د فاسدو زورواکو د غوښتنې خلاف پریکړه وکړي نو دوی په اجرایه قوه کې له خپل اغیز او نفوذ څخه په ګټې اخیستنې سره کولای شي چې د قضایه قوې پرېکړه بیرته رد کړي. د بېلګې په توګه که چیرته څوک زنداني شي نو کیدای شي چې د زندان مسولینو ته سمدلاسه رشوت ورکړي تر څو بېرته خوشې کولو ته یې لار برابره کړي. همدارنګه د مرکو په ترڅ کې له مونږ (لیکوالانو) سره داسې اندیښنې شریکې شوې چې د ځمکو خاوندان (غاصبین) ځینې جرګې تر خپل اغیز لاندې راوستي تر څو د ځمکو اړوند د راستنیدونکو مهاجرینو د غصب د دعوې مخه ونیسي (په همدې توګه وګورئ) Schmeidl 2011:61. بله اندېښنه دا وه چې د شخړې دواړه خواوې جرګې ته د مچلغې (هغه تضمین چې د پیسو، وسلو او کله هم د ځمکې په شکل اخیستل کیږي) د ورکړې لپاره اړ ایستل کیږي چې د جرګې د پرېکړې د نه منلو په صورت کې د دوی مچلغه ضبط او جرګه ماران یې ځان ته کړي. دا د غریبو خلکو لپاره زیان دی ځکه دوی نه شي کولای چې خپله شتمني (تضمین) له لاسه ورکړي، که څه هم دا کار (د مچلغې ضبط) هومره له زیاتې ډک نه دی څومره چې په لویدیځه نړۍ کې یو کس د محکمې پرېکړې ته د سپکاوي په

تور زنداني کيږي.

واک ته د طالبانو تر رسيدو دمخه په کليو کې د ښځو شوراګانې ډېره نااشنا خبره نه وه. د بشر د حقوقو د معيارونو مطابق د جرګو / شوراګانو د اصلاحاتو مفکوره د ۲۰۰۱ز کال په اوږدو کې وروسته له هغې له منځه لاړه کله چې په نوموړو بنسټونو (جرګو / شوراګانو) تور پورې شو چې په طالبانو پورې تړاو لري (او طالبان) د ښځو د حقوقو پر وړاندې ډېر ظالمانه دريځ لري. خو په عين وخت کې دا حقيقت ښکاره وء ې په عدلي نظام کې اداري فساد يوه اړونده مهمه موضوع ده ځکه د اداري فساد له امله ډېر عام پښتانه د دولت د محکمو په پرتله د طالبانو محکمې غوره ګڼي او بيا د دوارو په پرتله جرګه غوره ګڼي؛ خو د جرګو جوړښت داسې دی چې تر ډېره له اداري فساد څخه نه زيانمن کيږي. دا ځکه چې د طالبانو يا د دولت قاضيانو په پرتله " دا ډېره ستونزمنه يا ګرانه ده چې د جرګې ۱۲ يا ډېرو غړو ته رشوت ورکړل شي" (Schmeidl 2011:62). له دې نه علاوه، د جرګو / شوراګانو تر ټولو لويه ښېګڼه دا ده چې جرګې / شوراګانې په داسې ټولنه کې د خلکو د پخلاينې زمينه برابروي چې وګړي يې له نورو داسې وګړو سره نږدې ژوند کوي چې (يو د بل پر وړاندې) د بې رحمۍ ډېره ډارونکې او خطرناکه سابقه لري، نو پر همدې بنسټ خلک داسې پريکړې مني چې د هغوی د نږديوالي او ګډ ژوند سبب ګرځي.

د دويز عدالت سياسي شوې سيالۍ

له کلونو را پدېخوا تر ۲۰۰۷ ز کاله پورې جرګې / شوراګانې د هغوی مخالفينو له ډېرو منظمو او سختو فشارونو سره سره بيا هم پر ځای پاتې او وژغول شوې. پخواني کمونيستي رژيم هڅه وکړه تر څو د واک د مرکزي کولو پروژې له لارې جرګې /شوراګانې له منځه يوسي، د دې پروژې له مخې ټول سيال کليوالي واک (لرونکي) چې رژيم ورته د فيوډالانو نوم ورکړی و بايد له منځه تللای وای. په ورته توګه، د ۲۰۰۱ ز کال څخه وروسته د امريکې متحده ايالتونه د فيمينستانو (feminist)[17] او د لويديځ لوستو افغان حقوقي او سياسي نخبه ګانو تر اغيز لاندې وو. دا کار د امريکې د متحده ايالاتو د لومړۍ ميرمنې لارا بش (Laura Bush) د هغې داعيې سره ترلې وو چې پر افغانستان باندې يرغل يې د افغانو ښځو د خپلواکۍ د ترلاسه کولو جګړه بللې وه. دواړه ډلې، د فيمينساتو ملاتړ او د امريکې متحده ايالتو، د داسې تګلارې په برابرولو تاکيد کاوه چې له مخې يې د دولت رسمي عدلي نظام مرد سالاره جرګې / شوراګانې کمزوری کړي. د افغانستان قضايه قوې هم د دې کار (تګلارې) ملاتړ پيل کړه، حتی يو ځل د قضايه قوې مشرتابه د هغه مخکښ ليکوال د عدلي تعقيب رسمي

۱۷. د ښځو او نارينه وو د سياسي او ټولنيزو حقوقو د برابرۍ د پلويتوب غورځنګ (وکټوری څاروان ، ژورنالیزم قاموس ، انګليسي پښتو .د ژبارن يادښت)

ګوابنې وکړه چې دساحوي شواهدو پر اساس يې دا په ډاګه کړې وه چې د قضايه قوې (محکمو) په پرتله د خلکو له نظره جرګو د عدالت د غوره والي يو اصلي لامل په قضايه قوه کې د پراخ فساد شتون دی (Supreme Court of Afghanistan 2007). ډېرو هغو جنګ سالارانو چې د مرکز، ولايتونو او ولسوالیو د حکومت کنټرول يې په لاس کې درلود دودیزو جرګو ته د خپل ځواک د سیال (خطرناک سیال چې له ټولنې څخه سرچینه اخلي) په سترګه کته. دوی هم د کمنونستي سیاستمدارانو په شان د جرګو کنترول يا له منځه تلل غوښتل. خو ولسمشر کرزي بيا له نورو سره توپير درلود او په فکري لحاظ يې د جرګو د کمزوري کولو د نومورو ګډو هڅو مخالفت کاوه. هغه پر دې پوهېده چې د دودیز عدالت د کمزوري کولو هڅې له پيله ناکامه شوې، ځکه په ټول هيواد کې د مدني او جزايي شخړو ۸۰-۹۰ سلنه په جرګو / شورا ګانو کې حل کيده (Claude 2010; Wardak et al. 2007).

د جرګو / شوراګانو او د محکمو د ملاتړ کونکو ترمنځ تر ۶ کالو شخړو وروسته ځينې بنسټونه لکه د متحده ايالاتو د سولې انستيتيوت (USIP) (Barfield et al. 2006; Coburn and Dempsey 2010; Toomey and Thier 2007) د عدالت د دودیزو سيستمونو د بيا ځواکمنولو لپاره د مختلط سيستم د ايجاد او عملي کولو هڅې پيل کړې، چې په دې توګه به د عدالت ددودیز سيستمونه داسې پياوړي کړي چې د عدلت د رسمي سيستم ، د ملګرو ملتونو د جندر د برابرۍ او د بشري حقونو د معيارونو پر وړاندې مسوليت ولري. دا کار د افغانستان د بشري پرمختګ د ۲۰۰۷ز کال د راپور (Afghanistan Human Development Report 2007) (Wardak et al. 2007; Wardak 2004) د وړاندیز پر بنسټ پيل شو چې په افغانستان کې يې د" عدالت مختلط مودل" وړاندیز کړی و. د دی مودل له مخې د عدالت د رسمي او نارسمي سيستمونو ګډ سيستم وړاندیز شوی وۀ چې په هغې کې د ښځو په مشرۍ د بشريحقونو وړاندیز شوی ځانګه به په محکمو او جرګو د نظارت دنده لري. په ورته وخت کې محکمې او جرګې به يو پر بل نظارت کوي (همدارنګه وګورئ Schmeidl 2011. د يادونې وړ ده چې د افغانستان لپاره د ملګرو ملتونو مرستندويه اداره (يوناما UNAMA) د قانون د حاکميت پروګرام په کندوز ولايت کې دا نظريه داسې پلې کړه چې سيمه ييزې شورۍ ته يې د ښځو چارو رياست او عدليې وزارت د حقوقو مديريت دفترونو تر څنګ په يوې ودانۍ کې دفتر پرانيست.

د وردګ د" عدالت مختلط مودل" د وړاندیز له مخې د جرګې / شورۍ پربکړې هغه وخت الزامي دي چې د افغانستان د قوانينو، د شرعي قوانينو او له نړيوالو بشريحقونو سره په ټکر کې نه وي چې دا د نظارت او څارنې څو ارخيز ميکانېزم دی (Choudhury 2011). په بدو کې د ښځو

ورکړه د شریعت د احکامو په ګډون د (نومورو) دري واړه قوانینو او اصولو سرغړونه ده، چې د وردګ د وړاندیز پر بنسټ د ديني عالمانو شورىٰ په دې برخه کې ځانګړی رول لري تر څو په بدو کې د ښځو ورکړه وڅاري چې د شریعت ضد یوه کړنه ده. په دې خبره پوهیدل اړین دي چې د قانون د حاکمیت ناکامي په حقیقت کې د ناټو له مداخلې څخه د رامنځته شویو پراخه ناکامیو یوه برخه وه؛ دا (ناکامي) د دې لامل شوه چې په ۲۰۰۷ز کال کې په افغانستان کې د قانون د حاکمیت لپاره د امریکا د متحده ایالتونو بودجه دوه برابره شوه، چې دا بودیجه په ۲۰۰۸، ۲۰۰۹ او ۲۰۱۰ز کلونو کې په ترتیب سره دوه، دوه برابره ډېریده (Katzman and Wyler 2010)، خو له ۲۰۱۱ز کال څخه وروسته بیرته مخ په کمیدو شوه.

د امریکې د دې بې ساري خو ځنډل شوو مرستو ډېره لړه برخه د کلیوالي جرګو او شوراګانو د ملاتړ په برخه کې ولګول شوې خو دا کار په ۲۰۱۰ز کال کې وروسته له هغه پیل شو چې طالبان د" قانون د حاکمیت د وسله وال خوځښت " په توګه بیرته راګرځیدلي وو.

که څه هم په ستراتیژیک لحاظ (د جرګو/ شوراګانو په اړه د تګلارې بدلون) په ۲۰۱۰ز کال کې ډېره ناوخته و، خو په تګلاره کې بدلون له دوه اړخو منطقي ګام وو:یو دا چې جرګې/ شورا ګانې (په هغه ډول چې ګمان کیده) په حقوقو تیری نه کوي: او دویم دا چې دا دودیز بنسټونه د اصلاح وړ بنسټونه دي، په ځانګړې توګه کله چې د جرګو په پربکړو کې په بدو کې د ښځو د ورکړې او د بدل بېلګې ډېرې په کمیدو شوی (Dunn et al. 2011; Smith and Lamely 2009). د بېلګې په ډول په ۲۰۰۶ز کال کې د آسیا فاونډیشن (Asia Foundation 2010:137) د سروې ګډون کوونکیو" اجباري ودونه" د ښځو پر وړاندې دربیمه لویه ننګونه په ګوته کړه (د نارینه و او ښځو په اړه پایلې یو شان وې)، دا په داسې حال کې چې " تعلیم " او " د ښځو د حقوقو نه شتون" په ترتیب سره اوله او دویمه لویې ننګونې وې. اما د دې ننګونو درجه د آسیا فاونډیشن د ۲۰۰۸، ۲۰۰۹ او ۲۰۱۰ز کلونو په ټول پوښتنو کې نیمائي ته رابښکته شوی ـ یعنی د ښځو په هکله تر ټولو کم اهمیته ننګونې وې.

د ۲۰۰۰مې ز لسیزې په منځیو کې د شخړو د حلولو په ملي سروی کې یوازې ۶۷ سلنه خلکو وویل چې ښځې هیڅکله په جرګو/ شوراګانو کې ګډون نه کوي (CPHD 2007)، که څه هم دا کچه ډېره لوړه ده خو بیا هم د مطلق نه ګډون په معنی نه ده؛ دا حالت د عدالت رسمي سیستم او پولیسو کې د ښځو د ونډې پرتله هومره بد هم نه دی- (د عدالت په رسمي سیستم کې) په ۲۰۰۷ز کال کې یوازې ۳ سلنه ښځینه قاضیانې وې (Wardak et al. 2007) - او د پولیسو (په ارګان کې) د ښځو د ګډون کچه له ۱ سلنې څخه هم ښکته وه (SIGAR 2011). پر دی برسیره د والډمن (Waldman

2008:18) په آند جرګې/ شوراګانې د کورنۍ تاوتریخوالي د کچې په کمولو او د ښځو د حقوقو د حفاظت پر وړاندې د خلکو د موقف په اړلو کې تر ټولو مخکښ رول لري:

"د بیلګې په توګه په بادغیس کې د (سنایي پر مختیایي اداره) د سولې یوه شورىٰ د اجباري ودونو دود ته د پای ټکی کیښود، دا دود د اوږدې مودې راهیسې هلته موجود و. یوې بلې شورىٰ د ښځو او ماشومانو په وهلو بندیز ولګوه (Suleman and Copnall 2006: 43). د افغانستان په نورو سیمو کې د نوموړو دودونو شتون ته په کتنې سره (ویل کېدای شي چې) نوموړې لاس ته راوړنې ډېرې بې ساري دي. د سي پي ای یو CPAU (د سولې او یووالي لپاره مرسته) اداره موندنې هم ښیي چې د دوی پروګرامونو د کورنۍ تاوتریخوالی کچه کمه کړې؛ په ځانګړې توګه، د ځینو انفرادي شخړو حلولو پر ټولنه پراخه اغیزې لرلې" (Waldman 2008:18).

مونږ (لیکوالان) دا کار د ښځو د حقوقو د دفاع لپاره (ددی پر ځای چې جرګې / شوراګانې د ښځو د حقوقو پر سرغړونه تورنې شوي) ډېر اغیزناک ګڼو. دا ځکه چې د دې شونتیا ته زمینه برابروي چې د جرګو/ شوراګانو له لارې د ښځو د حقوقو موضوع د دودیز عدالت په بحث کې ځای پر ځای شي (Merry 2006). په حقیقت کې د دې کار لپاره د افغانستان د ۲۰۰۷ز کال د بشري پرمختک راپور یوه عملي او د ازمایښت وړ حل لار وړاندیز کړې.

په افغانستان کې د عدم تشدد او عدالت لپاره د نوې لارې پیدا کول

په داسې یوه جګړه کې چې ولسمشر کرزی، ناټو او طالبان یې نه شي ګټلی (Braithwaite and Wardak 2011) اوربند یوه وروستۍ هیله ده تر څو داسې یو بنسټ جوړ شي چې د جګړې ټولې خواوې د جرګو / شوراګانو او د یو مطلقه ولسي، ټول شموله ، تعدد پالونکی اساسي قانون په ګټه له خپل واک ځخه تیر شي. د لویدیځ ډېر پوځي قومندانان پر دې آند دي که څه هم دوی نه شي کولای چې طالبانو ته په پوځي ډګر کې ماتې ورکړي، خو د طالب جنګیالو وژل به طالبان د سولې موافقې ته حاضرېدو ته اړ باسي چې ددولت او ناټو په ګټه وي. برایټ ویټ او وردک (Braithwaite and Wardak 2011) استدلال کوي چې دا یوه غلطه لار ده، په ځانګړې توګه کله چې د لوړ رتبه طالبانو خبره مطرح کیږي. په پوځي لحاظ د طالبانو لوړ رتبه غړي تر ډېره بریده د پاکستان د څارګړې ادارې (ISI) تر فشار لاندې دي، او هغوی طالبانو ته وایي چې که چیرې دوی د امریکا پر ضد خپله جګړه روانه ونه ساتي نو دوی به امریکا ته په دې موخه وسپارل شي چې ګوانتانامو ته یې ولیږي او یا به

ووژل شي. په تیرو وختونو کې آی اس آی د امریکا متحده ایالتونو ته د لوړ رتبه طالبانو (هغوی چې د سولې لپاره یې لېوالتیا لرله) د ځای ښودلو له امله د یاد دولت څخه ډېر امتیازونه تر لاسه کړي دي.

د طالبانو د منځنۍ کچې پر قومندانو د ناټو د نظامي فشار په پایله کې د هغو پخوانیو طالبانو، هغوی چې د سولې لپاره یې لیوالتیا لرله او د خپلې سیمې او خلکو لپاره جنګیدل، ځای ځوانو طالبانو ونیوه چې د پخوانیو طالبانو په پرتله ډېر سخت دریځي او ظالم وو او له خپلې سیمې او خلکو څخه لرې پاتې شوي وو. دا ځکه چې دوی (ځوان طالبان) له سیمې او زورواکو لرې پاته او د پاکستان په دیني مدرسو کې روزل شوي. همدارنګه دوی د بې پیلوټه الوتکو د یرغل او په پاکستان او افغانستان کې د ملکي خلکو د تکراري وژنو نور هم سخت دریځه کړي. د رادیکالو طالبانو د حرکت ددوام په دې هکله یو افغان مشر داسې وایي "پاکستان د طالبانو د تولید ماشینونه یا وسیلې لري. دا وسیلې یې پیسې، مدرسې او او خپله د طالبانو بې سوادي ده" (July 2011 interview, Kabul). دا مشر نور هم زیاتوي: " پاکستان په افغانستان کې روغه جوړه هم نه شي راوړلای، خو له پاکستان پرته په افغانستان کې روغه جوړه نشي راتللای" (July 2011 interview, UN, Kabul).

براېت وېت او هم استدلال کوي چې د تېټې کچې طالبانو وژنه هم زیانمنه ده ځکه چې په پښتنو کې د غچ اخیستنې دود ډېر قوي دی: "که ته ما نن ووژنې نو زما ورور به بیا تا ووژني". د غچ اخیستنې یوه لار دا ده چې (طالبان) د افغانستان له ملي اردو او ملي پولیسو په لیکو کې ځای نیسي او بیا خپل بهرني روزونکي وژني چې دا کړنه په عسکري فحویٰ کې د "زرغون پر نیلي" یرغل په نوم یادېږي[۱۸]. د دې خبرې ثبوت دا دی چې کله د منځنۍ کچې جنګیالي وژل کیږي نو ځای یې د هغوی ځوان خپلوان نیسي. بله دا چې د طالبانو د غړو د وژلو لپاره د شپنیو عملیاتو په پایله کې بیګناه ملکي وګړي هم وژل کیږي، چې دا کار هم وسله وال مخالفت د عادي خلکو په منځ کې زیاتوي.

جرم پوهان (criminologists) باید د دې وړتیا ولري چې په افغانستان کې وژنو ته له یوه پراخه لید لوري وګوري نه یوازې د جګړې له لید لوري څخه، د بېلګې په ډول دوی باید (وژنو) ته د قربانیانو او زیانمنو له نظره د لیدلو وړتیا ولري. په دویم شکل کې د اکسفام (Oxfam) سروې موندنې (Waldman 2008:12) ښیي چې عام افغانان د طالبانو له لاسه له وژل کیدو څخه وېره لري، خو د جنګ سالارانو، جرمي ډلو، نړیوالو ځواکونو، د مخدره توکو د قاچاقبرانو ،د افغان پولیسو او د هغه

۱۸. د Green-on-blue attacks اصلاح په عراق او افغانستان کې دنومورو هیوادونو د ملي ځواکونو لخوا دهغوی پر بهرني روزونکو د برید لپاره کارول شوی. په نظامي برخه کې د پوځي عملیاتو د ترسره کولو او ددوست او دښمن ځواکونو د پیژندنې لپاره مختلف رنګونه کارول کیږي چې سور رنګ ددښمن د ځواکونو، زرغون رنګ د بې پلوه ځواکونو او نیلي یا اسماني رنګ د ملګري یا مرستنویه ځواکونو لپاره ځانګړی شوی (د ژباړن یادښت).

وسله والو چې د لوړ پورو افغان چارواکو د وژلو لپاره ګومارل کیږي څخه د وېرې کچه په بې ساري ډول لوړه ده. د افغانستان د ملي اردو، کورنۍ تاو تریخوالي، او د قومونو خپلمنځي شخړو څخه د وېرې کچه هم ډېره لوړه ده. دتفکر بدلون (paradigm change) چې اوس مهال ورته ډېره ارتیاده دا دی چې د تاوتریخوالي ، وېرې او د جګړې ییز حالت ځای په تدبیر سره څو ارخیز اوربند ونیسي: څو ارخیز اوربند بې وسلې کولو ته، د عسکری په ځای ټولنیزو پولیسو ته او تاوتریخوالي د کنترل او د عدالت د تامین لپاره جرګې او محکمې ګډ کارته زمنیه برابره کړي.

د امریکې ولسمشر بارک اوباما (Barack Obama) په ۲۰۱۱ز کال کې د لومړۍ ځل لپاره ددې ډول" د تفکر د بدلون " راوستو لپاره خپل چمتووالی وښود، او دا کار دهغوی د ملي امنیت په کړۍ کې ځینو شخصیتونو له ډېر پخوا څخه غوښتلو (Woodward 2011). له طالبانو سره د پخلاینې تکلاره ،په دې شرط چې دوی به له القاعده او تروریزم سره خپلې اړیکې پریکوي او د بشځو د برابرۍ حقوقو ته به درناوې لري، به ډېره اغیزناکه ثابته شوې وه که له ۲۰۰۱ز کال څخه را پدیخوا په پرله پسې توګه پرمخ وړل شوې وای. سره له دې چې دا کار ترسره نه شو بیا هم دا تکلاره تر ټولو ډېره هیله بښونکې ده. د طالبانو یو پخوانی وزیر له طالبانو سره د خبرو د ناګزیری او د سولې د پخواني مشر مرکچې (چې بالاخره د طالبانو لخوا ووژل شو) د بدلولو په هکله داسې وایي:

"پښتانه لکه د ریږي پنډوسکې غوندې دي. هر څومره چې پرې ډېر فشار راوړې، هغومره ډېر پورته الوزي. ته به هیڅکله د هغوی د ماتولو / کمزورولو وړتیا پیدا نه کړې. شمالي ټلواله د سولې پر وړاندې تر ټولو لوی خنډ دی. هغوی د سولې په عالي شورۍ کې د لوړو چوکیو د کنټرول له لارې په ډېرې چالاکۍ سره د سولې مخه نیسي " (August 2011 interview).

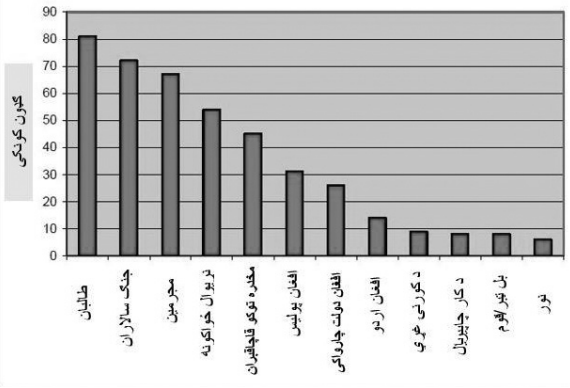
د اسیا فاونډیشن (Asia Foundation 2010:4) د سروې موندنې ښیي چې د افغانانو ۸۳ سلنه د حکومت له وسله والو مخالفینو سره د سولې د خبرو او له پخلاینې څخه ملاتړ کوي، په داسې حال چې دا کچه په ۲۰۰۹ز کال ۷۱ سلنه وه.

لکه څرنګه چې د جرګو په هکله دا خبره یوه تیروتنه ده چې د بشریحقونو (د مراعتولو په برخه کې) جرګې هیڅکله د اصلاح وړ نه دي، په ورته توګه د طالبانو تورنول په تروریزم او نورو هم یوه تیروتنه ده. د سولې مرکچیان باید د دې وړتیا ولري چې د افغانانو بشریحقونو ته د ټینګې ژمنتیا او په تیر وخت کې د بشري حقوقو د سرغړونکو د بدناموليو د سیاست ترمنځ توپیر وکړي. لویدیځ کې اوس هغو لیکنو (بحثونو) ته ارزښت ورکول کیږي چې په افغانستان کې د پخلاینې په سطحي او غولونکو هڅو نیوکه کوي (Sajjad 2010; Semple 2009; United States Institute of Peace

2009; Waldman 2008; 2010) ، خو د ریښتیني پخلاینې لپاره په پرله پسې او څو اړخیزه ژمنو هڅو ټینګار کوي؛ د لویدیځ په پالیسي جوړونکو کړیو کې دا تفکر اوس هم اعتبار لري.

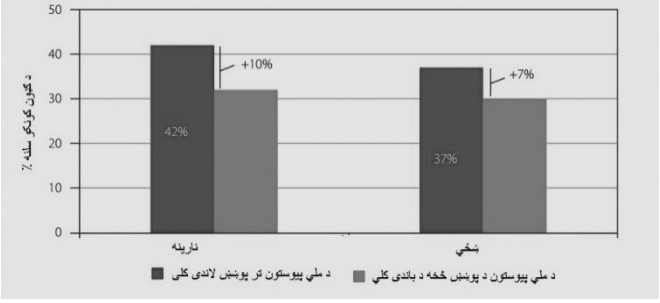
د اکسفام (Oxfam) د نوموړې سروې، چې په ۲ شکل کې ترې یادونه شوې، موندنې څرګندوي چې: "ټولنیزې یا د قومي مشرانو ټولنې د شخړو د حلولو تر ټولو هم ښه پیژندل شوې لار ده، چې د جرګو/ شوراګانو په نوم یادیږي". دا سروې د افغانستان د بشریحقونو د خپلواک کمیسیون (AIHRC 2006: 14-17) له سروې څخه چې ۸۰۰۰ کسانو پکې ګډون کړی وو، په نقل قول سره وایي چې "۵۸ سلنه ګډون کونکو وویل چې دولتي بنسټونه د دوی د ستونزې په هوارولو کې پاتې راغلي، دا په داسې حال کې ده چې یوازې ۱۳ سلنه ګډون کوونکو وویل چې شوراګانې د دوی (د ستونزو په هوارولو) کې پاتې راغلي" (Waldman 2008:14). والدمن (Waldman 2008:14) د یو آین ډی پي (UNDP 2007:93-4) سروې ته په اشارې سره وایي چې د شورىٰ له خو په حل شوو ۸۰ سلنه قضیو کې "تل یا ډېر ځلې" په سولې باندې پربکړه شوې او ۵۰ سلنه قضیو کې زیانمن ته د خسارې جبران په ورکړه پریکړه شوې.

دا چې څنګه کولای شو چې د سولې د خسارې د جبران او عدالت د ودې لپاره د جرګو / شوراګانو او له محکمو څخه په ګډه او اغیزناک ډول کار واخلو، کومه اسانه لاره نشته، په ځانګړې توګه کله چې د جګړې او جرم اختلاط ګوابنونکی حالت (لکه څرنګه چې په ۲ شکل کې ښودل شوی) شتون ولري. په داسې حال کې چې دوديزه مرد سالاره جرګې/ شوراګانې له ډېر مشروعیت څخه برخمنې دي، د ملي پیوستون د پروګرام له لارې د هیواد د ۷۰ سلنه کلیو څخه څه له پاسه



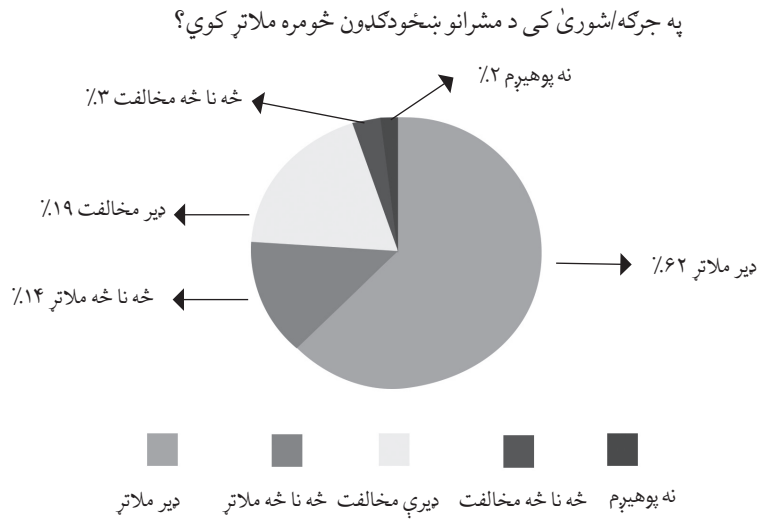
۲ شکل: د افغانستان په ۶ ولایتونو کې د ۵۰۰ افغانانو سروی ۲۰۰۷ز کال: د امنیت په وړاندی ستری ننګونی سرچینه: (Waldman 2008:12)

۱۶۰۰۰ شوراګانې د ښځو په برابر او متوازن ګډون سره جوړې شوي (په ۲۰۱۱ز کال کې د شوراګانو ۳۵ سلنه غړي ښځې وې). ښايي په سيمه ييزه کچه دا شورا ګانې ډېر مشروعيت ونه لري او شونې ده چې د حکومت او د بهرنيو مرسته کونکو د آلې (ګوډاګي) په سترګه ورته وليدل شي. سره له دې بيا هم زمونږ (ليکوالانو) مرکې داسې ښيي چې په ډېرو سيمو کې نوموړو شوراګانو ته چې (د ملي پيوستون د پروګرام له لارې) د ټولنيزو پرمختيايي شوراګانو په چوکاټ کې جوړې شوي، خلک په ښه او مثبت نظر ګوري. دا شوراګانې هغه وخت مثبتې ګڼل کيږي چې ورسپارل شوې دنده (خلکو ته د مرستو رسول) په صعودي ډول په داسې توګه سرته ورسوي چې د سيمه ييزو پرمنختيايي پروګرامونو د لومړيتوب په اړه په سيمه ييزه کچه د ښځو او ځوانانو په ګډون د ټاکل شوو غړو غوښتنې او غږ تر مرسته کونکو ورسوي. د اکسفام د سروې پر بنسټ د خلکو ډېره کوچنۍ برخه د شخړو د حلولو په موخه نوموړو نويو جوړو شوو شوراګانو ته مراجعه کوي (Waldman 2008:14). سره له دې بيا هم ټولنيزې پرمختيايي شوراګانې په شورىٰ کې د ګډون په موخه ښځې روزي که څه هم دا يوه بشپړه ښځينه شورىٰ وي چې له نارينه شورىٰ سره په موازي ډول کار کوي. ۳ شکل د هغې سروې پايلې ښيي چې له ګډون کوونکو څخه پوښتل شوي وو چې "آيا په کلي کې داسې کومه ښځه شته چې نارينه او ښځې ورته درناوی لري؟". په ښکاره ډول د دې پوښتنې ځواب په هغو کليو کې چې د ملي پيوستون د پروګرام په ملاتړ په کې شورا ګانې جوړې شوې، تر دېره بريده به (هو) وي.



۳ شکل: آيا په کلي کې داسې ښځه شته چې نارينه او ښځې ورته درناوې لري؟

سرچنه: World Bank 2011:170



۴ شکل: په جرګو/شوراګانو کی د ښځو د ګډون د ملاتړی په هکله
(سرچينه: CPAU ، راټولونکی)

همدارنګه د افغانستان په شمالي ولايت کندوز کې د پراخه کچې په يوه وروستنۍ سروې کې چې هځونکې (پايلې) لري، له ګډون کوونکو وپوښتل شول چې "د جرګې/ شورىٰ په پروسه او پرېکړه نيونه کې د سيمه ييزو مشرانو ښځو (سپين سرو) له ګډون څخه څومره ملاتړ کوئ؟" لکه څنګه چې په ۴ شکل کې ښودل شوی، د ګډون کونکو ۶۲ سلنه د جرګې/ شورىٰ په پروسه کې د مشرانو ښځو له ګډون څخه ټينګ ملاتړ، ۱۴ سلنه څه نا څه ملاتړ او ۲۲ سلنه څه نا څه يا ټينګ مخالفت وښوده.

په ۴ شکل کې له معلوماتو څخه داسې څرګندېږي چې د کندوز په ولايت کې چې د ډېرو ګډو کلتورونو لرونکی ولايت دی، پرېکنده اکثريت د شخړو د حل په دوديزو پروسو کې د ښځو او نارينه د ګډون ملاتړ کوي؛ خو د جرګو په پروسه او پريکړه نيونه کې د ښځو د ګډون څرنګوالی او شرايط تر هغه ډېره پيچلي دي چې په سروې کې په ساده ډول ښودل شوي. په جرګو/ شوراګانو کې د ښځو د ګډون په هکله د خلکو په دريځ کې بدلون ته کتو سره، د USAID د خپل ځينو تمويل شوو پروګرامونو له لارې د افغانستان په سويل او ختيځ کې له (سيمه ييز) دود سره سم د" سپين سرو " ډلې جوړې کړلې (USAID 2010).

په ورته توګه د ښځو د چارو وزارت د خپلې (کمې بودیجې لرونکي) پروګرام له لارې "ډېرې نامتو ښځې" هڅوي تر څو په کلیوالي حکومتداری او د ښځو د شوریٰ له لارې د شخړو په حلولو کې ګډون وکړي (July 2011 interview, Provincial Director for Women's Affairs) په حقیقت کې د ښځو چارو وزارت د افغانستان په ډېرو برخو کې فعاله شتون لري.

اوسمهال ډېر نارینه د شورا له لارې د ښځو له ګډون سره همغږي دي ځکه د ښځو ګډون عملاً د کلي لپاره ګټور دی د بیلګې په ډول د نوي کوهي یا د میوو د بڼ لپاره د بودیجې پیدا کول. د اسیا فاونډیشن سروې ګاڼي ښیي چې خلک له دې سره نسبتاً ډېر لږ مخالفت لري چې ښځې په جرګو /شوراګانو او ټولنیزو پرمختیایي شوراګانو کې د دوی استازیتوب وکړي، خو په ییزه توګه په ولایتي شوریٰ او ملي شوریٰ کې د ښځو له غړیتوب او استازیتوب سره ډېر مخالفت لري (Asia Foundation 2010:144). دا کار په تدریجي ډول د پخلاینې (یا منځګړیتوب) په شوراګانو کې د ښځو غړیتوب لپاره لار هواروي چې په دې توګه به د تاوتریخوالي هغه ډېر ډولونه حل شي چې په افغاني ښځو او نارینه وو منفي اغیز لري. د اسیا فاونډیشن د وروستنۍ سروې موندنې دا په ډاګه کوي چې جرګې/شوراګاني د ټولو استازو بنسټونو په پرتله ډېر د خلکو د باور وړ دي (په ۲۰۱۰ز کال کې ۶۶ سلنه، په ۲۰۱۱ز کال کې ۷۰ سلنه)، په ټولنیزو پرمختیایي شوراګانو د خلکو د باور کچه هم مخ په ډېریدو ده (په ۲۰۱۰ز کال کې ۶۱ سلنه او په ۲۰۱۱ز کال کې ۶۸ سلنه) او د پارلمان په پرتله د استازي بنسټ په توګه ډېر د خلکو د باور وړ دي.

د اکسفام د سروې پر بنسټ عادي افغانان غواړي چې د شخړو د حلولو لپاره هم د دولت رسمي محکمو او هم د جرګو/ شوراګانو غیر رسمي سیستم ته لاسرسی ولري، که څه هم اکثریت خلک د شخړې د حل لپاره جرګو / شوراګانو ته لومړیتوب ورکوي (Waldman 2008:14–15).

د کلیوالي / ښاري شوراګانو له لارې د ډیموکراسۍ او سوله ییزه سیمو پراختیا

افغانستان د یوې بېلګې په توګه دا په ګوته کوي چې د دولت اجرائیه ځواک له لارې په نزولي ډول (top–down approach) د ډیموکراسۍ پلي کول څومره ستونزمن دي، که څه هم په ۲۰۰۱ز کال کې له دولت سره د نړۍ د ټولو لویو ځواکونو کم ساري مرستې او د افغانستان د ژغورل شوو خلکو بې ساري ملاتړ وو. په افغانستان کې د ډیموکراسۍ د ناکامۍ اصلي لامل ناامني ده. اسیا فاونډیشن (Asia Foundation 2010:4) د موندنو پر بنسټ د هغو افغانانو شمیره مخ په ډېرېدو ده چې د رایه ورکولو په موخه په ټاکنو کې (له ګډونه څخه) وېره لري؛ د ۲۰۱۰ز کال په منځیو

کې دا کچه ۶۰ سلنه وه او د هېواد په سویل-ختیځ کې دا کچه ۸۳ سلنه وه. (د نړۍ په کچه) ډېرې غوړېدلې او پرمختللې ډیموکراسۍ لومړی په هغو ښارونو کې ډیموکراتیک بنسټونه جوړ کړل چې د معاصرو معیارونو له مخې ډېر واړه ګڼل کیدای شي - لکه د جرمني د لیوبک (Lü beck) ښار او د فلانډرز (Flanders) د بروژز (Bruges) ښار چې نن ورځ هم کوچني ښارونه دي او د هامبورګ (Hamburg)، باسټن (Boston)، یارک (York) او فلورنس (Florence) ښارونه چې نن ورځ په لویو ښارونو بدل شوي. ډېر خلک ډیموکراسي تر مطلق العنانه (استبدادي) حکومت غوره ګڼي خو له ډیموکراسۍ څخه د ګټې اخیستنې لپاره اړینه ده چې لومړی باید د ډیموکراسۍ پر مفهوم پوه شو. د تاریخ په اوږدو کې ولسي خلکو د محلي اتحادیو، ښاري شوراګانو او کلیوالي غونډو له لارې ډیموکراسي زده او پلې کړې. د دې بنسټونو د نورو ګټو تر څنګ یوه ګټه دا وه چې (خلکو به) د واکمنو فیوډالانو د محکمو د استبدادي پرېکړو څخه لرې، په خپلو منځو کې د جرم په اړه لګیدلي تورونه سپین او شخړې حلولای. فیوډالي محکمو قضایي او اجریوي واکونه درلودل. سلطنتي او فیوډالي محکمو ته په کتنې سره دا ثابته شوې وه چې د اجریوي پرېکړو په پرتله (په ځانګړي ډول کله چې د جګړې د پیل په اړه وي) له قضایي پرېکړو څخه سرغړونه ډېره اسانه ده.

دې منشور ته په کتنې سره (په دې توګه) دا ډېره ستونزمنه ده چې پوه شو چې د کریمنولوژۍ د مسلک (پوهان یا لارویان) په نظري لحاظ ولې په خپل ځان ډاډه نه دي تر څو په دې احتمال بحث وکړي چې جزائي برخه تل د وګړو لپاره د ډیموکراسۍ د زده کړې اصلي ځای یا برخه ده. لکه څنګه چې د افغانستان له شمال څخه یو وزیر چې د خپلې ځانګړې سیمې په اړه غږېده، داسې وویل: " کلیوالي حکومت په دودیزه توګه ولسواکه دی. دولت یوه غیر ډیموکراته بنسټ دی چې په نزولي ډول (top-down) جوړ شوی او محلي ولسواکه بنسټونه تر اغیز لاندې راولي" (July 2011 interview). ډېره شونې چې دا کار له تاوتریخوالو د (ډکې) او ناکامې ولسواکۍ په سیمه، لکه افغانستان، کې پیښ شي. په افغانستان کې د جرګو / شوراګانو د بنسټونو ځیرنه د یوې بیلګې په توګه د دې ښکارندی ده چې د هابز (Hobbes) د نظر له مخې د ولس پر وړاندې د ولس د جګړې په حالت کې ولسي وګړي د جرمونو د کنټرول سیمه ییزو (بسنټونو) ته تر ټولو ډېر هیله مند وي. خو په ورته وخت کې یاده ځیرنه دا هم په ډاګه کوي چې استبدادي ځواکونه - د طالبانو سیمه ییز زوراکي، د ناټو او د افغانستان د ملي اردو سیمه ییز قومندان - کولای شي چې د جرمونو د څارنې دا کډ او پخلاکونکي بسنټونه (جرګه/ شورىٰ) په خپله ګټه او خوښه وکاروي. د دې کار سره سره بیا هم شونې ده چې خلک په سیمه ییزه کچه په خپل چاپیریال کې وګړوالي تجربه کړي. له زوروا کۍ

څخه ډیموکراسۍ ته د بریا کومه یوه سمه او نیغه لاره نشته. دا هم (د بریا لپاره) سمه لاره نه ده چې یوازې دې د ملي ټاکنو د ترسره کولو لپاره سوله ساتي ځواکونه ولیږل شي. د روغې جوړې او د اړین پرمختګونه نزولي تګلاره (top-down approach) مهمه ده خو دا کار هله ګټور دی چې په سیمه ییزه محلي کچه ډیموکراسي رامنځته او بنسټیزه شي (Kaldor 1999). زمونږ (لیکوالانو) د موندنو پایله دا ده چې اړینه ده چې جرم پیژندونکو د ډیموکراسۍ په اړه د هغه بحث یوه برخه وي چې له مخې یې د ډیموکراسۍ د رامنځته کیدلو هڅې باید د مرکز پر ځای له (کلیوالي) ټولنو څخه پیل شي. د دې بحث له مخې په کلیوالي او کوچنیو ښاري سیمو کې د قضایه قوې د ډیموکراته کېدلو لپاره چټکې هڅې هماغومره اړینې دي څومره چې په مرکز (او لویو ښاري سیمو) کې د اجرایه قوې د ډیموکراته کیدو هڅې اړینې دي. په پخو او سرته رسیدلو دموکراتو ټولنو کې کله چې خلک له دولت څخه لیرې او منفي نظر ولري نو جرم پوهنه کولای شي دا بحث رهبري کړي چې آیا ټاکنیز سیاست او که قضائیه قوه ددموکراسۍ د احیاء لپاره اړینه او لاره پرانستلای شي.

زمونږ (لیکوالانو) ادعا دا ده چې ښایي د ټولنې ځوانه طبقه د ولسواکۍ په معنی په خپلو ښونځیو او ګاونډ کې د رغنیز عدالت په کانفرانس [۱۹] کې د ګډون له لارې ښه زده کړې ـ ددی په پرتله چې د کارګرګوند په سیمه ییزو غونډو[۲۰] کې ګډون وکړي. که چیرې ځینې خوځښتونه (لکه طالبان) د لېبرال پوهانو په پرتله په یاد حقیقت ښه پوهېږي او قبلوي یې، نو د قانون د حاکمیت مذهبي وسله وال خوځښتونه په آسانۍ سره کولای شي چې په بیوزلو ټولنو کې دا حالت په خپله خوښه او خپله ګټه وکاروي.

د ټولنې له لارې د ژغورونکي (لېوایتان) ولسواکه کول

د دې بحث موخه دا نه ده چې د توماس هابز دا نظر رد کړي چې د قلمرو ډېره برخه تر هغې پورې له سولې برخمنه کیدای نه شي تر څو چې (له نظامي اړخه) د قلمرو د کنټرولوونکیو پر سر هوکړه نه وي شوې. نو ژغورونکی باید د خپل قلمرو په حدودو کې ټولې سیالې وسله والې ډلې بې وسلې کړي. په دې توګه د ژغورونکي دا کار به د سولې پر لور لومړنی قدم وي. د ولسي جمهوریت تاسیس

---

۱۹ د ترمیمي عدالت کانفرانس (Restorative Justice Conference) د ترمیمي عدالت (Restorative Justice) یو ډول دی چې موخه یې د سرغړنکی اصلاح او متضرر ته داوښتی زیان جبران دی. په دی کانفرانس کی سرغړونکی ، متضرر، د تولنی استازی یا غړي او د شخړې ددوارو خواو د کورنۍ غړي او ملګري ګډون کوي تر څو شخړې ته په کډه د حل لاره پیدا کړي او متضرر ته جبران د خساری ورکړي.

۲۰ د کارګر ګوند (Labour Party) د برطانیې یو له مخکښ ګوندنو څخه دی، یاد ګوند په ټول هیواد کی څانګی (branches) لري چی په دی څانګو کی اړونده خایی غړی په سیمه انیزو مسایلو د مشوری لپاره ناستی (meetings) ترسره کوي چې په حقیقت کی د کارګر ګوند تر ټولو د ټیټی کچی ناستی او غونډی دي

دویمه مرحله ده چې په دې توګه د جګړې او تاوتریخوالي پر ځای د غږ اوچتولو او رایې ورکولو له لارې سیاسي سیالیو ته لاره هواروي (وګورئ Pinker 2011). خو ژغورونکی په سملاسي توګه نه شي کولای ولسواکي رامنځته کړي. په هغو ټولنو کې چې دېرى خلک يې په کلیو او ورځو ښارونو کې اوسیږي د دوی ارټیا یوازې دا نه وي چې ژغورونکی (دولت) یې له نظامي یرغلګرو وسلوالو بلکې دوی باید د ځایي نامسوله وسله والو ډلو څخه هم خوندي شي، دا کار یوازې په کلیوالي کچه د کلیوالي بنسټونو په واسطه رامنځته کېدای شي ـ که څه هم کلیوالي بنسټونه هغه وخت د امنیت او ثبات په راوستو کې هم ډېر اغېزناک وي چې د دولت له خوا یې ملاتړ وشي او په کټوره توګه له دولتي بنسټونو سره یو ځای شي.

یو مهم عنصر چې د زوروالکۍ نظام په ولسواکۍ بدلوي دا دی چې د کلیوالي او ښاري سیمو وګړي د محلي جرمونو د اداري تر څنګ د ولسواکۍ په مفهوم پوه شي، په دې بهیر کې ځینې ولسواکه کلي او باندې دومره اقتصادي وده کوي چې د تاریخ په اوږدو کې ژغورونکي (دولتونه) دې ته اړ شي چې د دوی د واک او ډیموکراټیکو غوښتنو په نظر کې نیولو سره نظام برابر کړي (North et al. 2009). سولې او ملي ولسواکۍ ته د رسیدو په تګلاره کې د جرمونو د کنټرول کلیوال بنسټونه یا کم ارزښته ګڼل شوي دي او یا هم نه دي پیژندل شوي. له بله پلوه، کله چې د دې تګلارې پیل د هابز د نظریې " د ټولو جګړې " حالت وي نو طالبان د امنیت په راوړلو سره چې له استبداد سره مل وي، کولای شي په لږ پرتو سیمو کې خپله واکمني پیل او پراخه کړي.

ملګري ملتونه او نور مرستندویه دولتونه باید د جګړې په سیمو کې د عدالت د دویز بنسټونو ـ چې د خلکو په خوندیتوب کې يې مرسته کړې ـ د ملاتړ او ساتنې لپاره خپلې ټولې هڅې په کار واچوي او په ځانګړې ډول هغه وخت چې نوموړي بنسټونه د جګړو مارو له خوا له تهدید سره مخ وي. د فرصت د تیورۍ[۲۱] پر بنسټ، دا کار " د قانون د حاکمیت د وسله وال خوځښت" لکه طالبان، د څرګندېدو او د واکمن کېدلو د مخنیوی یوه لاره ده.

په همدې توګه ملګري ملتونه کولای شي چې د جرایمو د مخنیوی او والسواکي د ټینګښت لپاره د خلکو د پوهاوي له لارې یوه مشروعه تګلاره رامنځته کړي، ځکه دوی په کلیوالي کچه د جرمونو دکنټرول مخنیوی یوه غښتلې محلي (سیمه ایزه) حکومتداري لري. پرته له شکه چې دا د سولې او ولسواکۍ له ډېرو لارو ځخه یوه لار ده چې باید ملاتړ يې وشي. خو دا لار تر دې دمه حتی د جرم

۱. د فرصت تیورۍ (Opportunity theory) د ټولنپوهنې یوه تیورۍ ده چې ددې نظریه/ فرضیه په اساس سرغړونکی یوه منطقي پریکړه کوي او داسې موخه غوره کوي چې د کمې هڅې او خطر په پایله کې ډېره کټه ترلاسه کړي.

پېژندونکو (کریمنولوجستانو) په ګډون د (ټولو) له پامه غورځول شوې.

د کانګو په جمهوریت کې د ملګرو ملتونو د سوله ساتونکو د ناکامۍ په هکله د سیورین اوټیسرا (Severin Autesserre 2010) کتاب کې د لیکوالې په آند د ملي ډیپلوماسۍ په اړه د غربي او افریقایي پوهانو ښاري لید لوری (د ملګروملتونو د سوله ساتونکو د پروژې) د ناکامۍ اصلي لامل و - دوی د معاصرو کورنیو جګړو اصلي سرچینه چې په کلیو کې وه، له پامه غورځولې وه. " د سوله راوستونکو په آند نامرکزي یا سیمه ییزه جګړې د هابزي ننګونو په شان دي: دا جګړې شخصي جګړې دي او جرمي بڼه لري" (Autesserre 2010:42) . خو نوموړي سوله راوستونکي پر دې آند وو چې د ملګرو ملتونو سوله ساتونکي باید یوازې د ملي تګلارې په پروګرامونو او په هغه لویو نظامي ځواکونو تمرکز وکړي چې د دولت د واکمنۍ لپاره جګړه کوي.

د اوټیسرا (Autesserre 2010) د تحلیل له مخې د کانګو په جمهوریت کې د سوله ساتونکو ځواکونو کړنې به هله ډېرې اغیزناکې وای چې ملګرو ملتونو د سیمه ییزو ستونزو (هغه ستونزې چې هابز په نښه کړي) د ولو په موخه له کلیوالي او ملي مشرانو سره په ګډه کار کړی وای. موږ (له لیکوالې سره) په دې کې همنظره یوو چې د سولې راوستلو په معاصره غوره طریقه کې په کلیوالي او کوچنۍ ښاري سیمو کې د جګړه مارو ډلو (چې په سیمه ییزه کچه د سیمه ییزو بنسټولو له لارې د واک د ترلاسه کولو هڅه کوي) په اړه جنایي پوهه همدومره اړینه ده څومره چې په نړیوالو اړیکو او ملي سیاست پوهېدل اړین دي. په پاپو نیو ګینا (Papua New Guinea) کې د ۵۰۱ قبیلوي جګړو په اړه د یوې وروستنۍ څېړنې پایلې دا په ډاګه کوي چې د عدالت هغه دودیز بنسټونه چې د رغنیز عدالت ځانګړنې لري، د تاوتریخوالي په کمولو او په هېواد کې د سولې په بیا راوستلو کې اغېزناک وو (Wiessner and Pupu 2012).

کله چې لویدیځوال د جرمونو د کنټرول دا نالویدیځه، نااشنا کلیوالي بنسټونه ګوري کوم چې د بشري حقونو ځینې مخالفې ځانګړتیاوې لري، نو ښایي دوی د نوموړو بنسټونو د هغو هڅو پر وړاندې خنډ شي چې موخه یې د لویدیځ په ملاتړ او د هابزي (ژغورونکو) ځواکونو په ملتیا د سوله ساتونکو د هغې تګلارې مخالفت وي چې کلیوالي حکومتولي رڼکول غواړي. که چېرې ژورې پلټنې دا په ډاګه کړي چې نوموړي بنسټونه د هغو ژغورل شوو بنسټونو له ډلې وي چې خلک یې څه نا څه له تاوتریخوالو او ګډوډیو څخه ساتلي وو، نو غوره خبره دا ده چې سوله ساتونکي او مرستندویه (هیوادونه یا بنسټونه) له هغو خلکو څخه ملاتړ وکړي چې ددې بنسټونو د اصلاح غوښتونکي وي او نه د هغو خلکو چې غواړي یاد بنسټونه څنډې (حاشیې) ته کړي. د ښلګې په توګه، په افغانستان

کې دې واقع بین (بومي) فیمینستي فعالان په جرګو او شوراګانو کې د اصلاحاتو غوښتونکي دي:

۱: (په جرګو کې) د سپین ږیرو تر څنګ د سپین سرو فعاله برخه اخیستنه هڅول؛

۲: له نارینه شوراګانو سره د اندول په موخه د ښځینه شوراګانو د جوړلو لپاره مرسته کول؛

۳: د بشریحقونو څخه د سرغړونه په صورت کې د بشریحقونو د بنسټونو، رسنیو او محکمو پر وړاندې د مرد سالاره شوراګانو په مسولیت ټینګار کول؛

۴: د مرد سالاره شوراګانو پریکړې باید د ثبت په کتابونو کې ولیکل شي، ښځینه فعالینو غیر دولتي موسسې او محمکې باید دې کتاب ته لاسرسی ولري تر څو د هغو پریکړو په ضد د غبرګون غوښتنه وکړي چې د ښځو حقوق یې نقض کړي وي؛۵: د واده په اړه باید د جرګو / شوراګانو کړنې ثبت شي ترڅو ښځه پر دې پوهه شي چې خاوند یې پخوا څو ښځې لرلې او یا اوس څو ښځې لري؛او

۵: له ملا امامانو سره په (ګډه) کار کول ترڅو د جرګې هغه پربکړې او د شریعت پر ضد وګڼي چې (په بدو کې یې) ښځې ورکړي وي .

له دې څخه هم انکار نه شي کیدای چې د ښځو د حقوقو یو شمیر داسې فعالان شته چې د بدو د له منځه وړلو لپاره له ملاامامانو سره ګډ کار ته زړه نه ښه کوي او د جرګو له اصلاح سره ډېر همغږي نه دي او لویدیځ ډوله محکمو ته د جرمونو دمخنیوید صلاحیت په ورکړې ټینګار کوي. په حقیقت کې د ښځو د حقوقو هغو فعالانو ته چې د جرګو په سیستم او اډانه کې د اصلاحاتو غوښتونکي دي هومره ارزښت نه دی ورکړل شوی څومره چې د ښځو د حقوقو د فعالانو ته ورکړل شوی چې د جرګو له منځه وړولو غوښتونکي دي. د دویمې ډلې غوښتنې په لویدیځ کې ښې منل شوي او له ۲۰۰۱ز کال څخه راپدېخوا یې له لویدیځ څخه ډېره بسپنه ترلاسه کړې. د ښځو د حقوقو د فعالانو یاده (دویمه) مدنی ټولنو (NGO'S)په نامه د ډېرو لګښتونو په کولو سره خپل کارونه مخې ته وړي، خو د تعجب وړ خبره دا ده چې دا مدني ټولنې د افغانستان تر ټولو تاریخي (پخواني) او پر ځان بسیا مدني ټولنو (جرګو / شوراګانو) د له منځه وړلو غوښتونکې دي.

د افغاني ټولنې حقیقت دا دې چې په تاریخي توګه یې د ټولو هغو هڅو پر وړاندې مقاومت کړی چې له پاسه څخه یې دنظام ټپل موخه ده: په ۱۹۲۰ مه ز لسیزه کې د شاه امان الله خان د عصري او لویدیځ ډوله اصلاحاتو او په ۱۹۸۰مه ز لسیزه کې د شوروي له کمونیستي رژیم څخه متاثره افغان سوسیالیزم چتکې ماتې درسونه باید هیر نشي. دواړو هڅه وکړه چی د نورو" مدرنې " نسخي په دودیزه ټولنه تحمیل کړي. په ورته توګه په ۱۹۹۰مه ز لسیزه او د ۲۰۰۰مې ز پیړۍ د لومړي لسیزو

کې د مجاهدینو او بیا طالبانو له پاسه تپل شوي مذهبي حکومتونو هم په ډېرې چټکۍ سره ناکامي تجربه کړه. د دې لپاره چې افغانستان په خپل قلمرو کې، له ګاونډیو او له نورې نړۍ سره په پرله پسې سوله کې پاتې شي نو اړینه ده چې د دې هیواد دودیز بنسټونه له اوسني عصر سره عیار او وترل شي. امریکا او لویدیځ ملاتړي یې لا اوس هم وخت لري چې په افغانستان کې د سولې د راوستلو او د عدالت د پرمختګ لپاره د لاندې خوا - د افغاني کلیوالي ولسواکۍ له لارې- چې له پاسه څخه د هابزي ژغورونکي ملاتړ له ځانه سره ولري مرسته وکړي. ډېره شونې ده چې د افغانانو دا صعودي ډوله (bottom-up)، او په ورته وخت کې نزولي ډوله(top-down) ، طریقه د عدالت په اغیزناک ډول تامین او د افغانانو لپاره تل پاتې سوله راوړي. کیدای شي دا اړینه وي چې سوله ساتونکي دې د افغان دولت او افغاني ټولنې (د هغو ټولو په ګډون چې په صعودي ډول د پخلاینې لپاره کار کوي) ساتنه وکړي. ډېره شونې ده چې نوې نزولي ډوله (top-down) ټولنیز جوړښت چې د لویدیځ وسله والو ځواکونو په ملاتړ او د شپنیو عملیاتو له لارې)چې د طالبانو د نیولو او وژلو په موخه ترسره کیږي(پر خلکو تپل کیږي په اوږد مهال کې ډېر زیانمن ثابت شي.

مأخذونه

1. Afghanistan Independent Human Rights Commission (2006), Economic and Social Rights in Afghanistan. Kabul: Afghanistan Independent Human Rights Commission.

2. Asia Foundation (2007), Afghanistan in 2007: A Survey of the Afghan People. Kabul: The Asia Foundation.

3. (2009), Afghanistan in 2009: A Survey of the Afghan People. Kabul: The Asia Foundation.

4. (2010), Afghanistan in 2010: A Survey of the Afghan People. Kabul: The Asia Foundation.

5. (2011), Afghanistan in 2011: A Survey of the Afghan People. Kabul: The Asia Foundation.

6. Autesserre, S. (2010), The Trouble with the Congo: Local Violence and the Failure of International Peacebuilding. Cambridge and New York: Cambridge University Press.

7. Barfield, T. (2010), Afghanistan: A Cultural and Political History. Princeton, NJ: Princeton University Press.

8. Barfield, T. and Nojumi, N. (2010), `Bringing More Effective Governance to Afghanistan: 10 Pathways to Stability`, Journal of Middle East Policy, XVII: 40-53. .

9. Barfield, T., Nojumi, N. and Thier, A. (2006), The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan. Washington, DC: United States Institute of Peace, avail-able online at www.usip.org/files/file/clash_two_goods.pdf .

10. Braithwaite, J. and Wardak, A. (2011), `Is Killing Taliban a Good Idea?`, Inside Story, available online at http://inside.org.au/is-killing-taliban-a-good-idea/.

11. (2012), `Crime and War in Afghanistan: Part I: The Hobbesian Solution`, British Journal of Criminology. doi: 10.1093/bjc/azs066

12. Carter, L. and Connor, K. (1989), A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils. Peshawar: ACBAR.

13. Centre for Policy and Human Development (CPHD) (2007), A National Survey on

Local Dispute Resolution Mechanisms in Afghanistan. Kabul: ACSOR.

14. Choudhury, N. (2011), `Reconceptualizing Legal Pluralism in Afghanistan`, Windsor Review of Legal and Social Issues, April: 21-52.

15. Claude, A. C. (2010), Afghanistan: Justice and Reconciliation: The Informal Justice System in Afghanistan. Kabul: Civil Military Fusion Center.

16. Coburn, N. and Dempsey, J. (2010), Informal Dispute Resolution in Afghanistan. Washington, DC: United States Institute of Peace.

17. Dunn, D., Chisholm, D. and Mason, E. (2011), Afghan Rule of Law and Stabilization Programme (Informal Component): Assessment. Kabul: USAID.

18. Gang, R. (2011), Community-Based Dispute Resolution Services in Kabul City. Kabul: Afghanistan Research and Evaluation Unit.

19. Glatzer, B. (1998), `Is Afghanistan on the Brink of Ethnic and Tribal Disintegration?`, in W. Maley, ed., Fundamentalism Reborn? Afghanistan and the Taliban. New York: St Martins.

20. Kaldor, M. (1999), New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era. Cambridge: Polity Press.

21. Katzman, K. and Wyler, L. (2010), Afghanistan: US Rule of Law and Justice Sector Assistance, Congressional Research Service, Report No. R41484, 9 November.

22. Ledwidge, L. (2009), `Justice and Counter Insurgency in Afghanistan: A Missing Link`,RUSI Journal, 154: 6-9.

23. Malekyar, S. (2000), `Qadamhaie Ashti wa Solh dar Anannaie Hazarahaie Afghanistan`, in Qadamhaie Ashti wa Masauliate ma Afghanistan. Falls Church, VA: Kabultec.

24. Merry, S. E. (2006), Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice. Chicago: University of Chicago Press.

25. North, D. C., Wallis, J. J. and Weingast, B. (2009), Violence and Social Orders. New York: Cambridge University Press.

26. Pinker, S. (2011), The Better Angels of Our Nature. New York: Viking.

27. Saikal, A. (2005), 'Afghanistan's Weak State and Strong Society', in S. Chesterman, M. Ignatieff and R. Thakur, eds, Making States Work: State Failure and the Crisis of Governance. Tokyo and New York: United Nations University Press.

28. Sajjad, T. (2010), Peace at All Costs? Reintegration and Reconciliation in Afghanistan. Kabul: Afghanistan Research and Evaluation Unit.

29. Schmeidl, S. (2011), 'Engaging Traditional Justice Mechanisms in Afghanistan: State-Building Opportunity or Dangerous Liaison?', in W. Mason, ed., The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction. New York: Cambridge University Press.

30. Semple, M. (2009), Reconciliation in Afghanistan. Washington, DC: United States Institute of Peace.

31. Shahrani, N. (1996), 'State Building and Social Fragmentation in Afghanistan: A Historical View', in A. Banuazizi and M. Weiner, eds, The State, Religion and Ethnic Politics: Afghanistan, Iran, Pakistan. New York: Syracuse University Press.

32. Sharma, S. and Sen, P. K. (2008), 'Institutionalization of the Justice System', in R. Rennie, ed., State Building, Security and Social Change in Afghanistan. Kabul: The Asia Foundation.

Smith, D. and Lamely, J. (2009), A Holistic Justice System for Afghanistan. Kabul: Afghanistan Research and Evaluation Unit.

33. Smith, D. and Manalan, S. (2009), Community-Based Dispute Resolution Processes in Bamiyan Province, Afghanistan Research and Evaluation Unit. Kabul: AREU.

34. Social Development and Stability Afghanistan Organization (2010), Concept on a National Comprehensive Peace and Reconciliation Process. Kabul: Prepared for The Asia Foundation.

35. Special Inspector General for Afghanistan Reconstruction (SIGAR) (2011), Tenth Quarterly Report by the Special Inspector General for Afghanistan Reconstruction to the United States Congress. Washington, DC: SIGAR.

36. Suleman, M. and Copnall, D. (2006), Evaluation of Peace-Building Programmes in Farah and Badghis, Western Region of Afghanistan. Kabul: Sanayee Development Organization.

37. Supreme Court of Afghanistan (2007), 'Resolutions of the Supreme Council of the Supreme Court of Afghanistan', Mizan Weekly, 47 (6 December). Kabul: Supreme Court of Afghanistan.

38. Toomey, L. and Thier, A. J. (2007), Bridging Modernity and Tradition: Rule of Law and Search for Justice in Afghanistan. Kabul: United States Institute of Peace.

39. United Nations Development Programme (UNDP) (2007), Afghanistan Human Development Report. New York: UNDP.

40. United States Institute of Peace (2009), Afghanistan: Progress in Peacebuilding. Kabul: United States Institute of Peace.

41. USAID (2012), District Assessment in Tirin Kot, Rule of Law and Stabilisation Component. Kabul: USAID.

42. Waldman, M. (2008), Community Peacebuilding in Afghanistan: The Case for a National Strategy. Oxford: Oxfam International.

43. (2010), Dangerous Liaisons with the Afghan Taliban: The Feasibility and Risks of Negotiations. Washington, DC: United States Institute of Peace.

44. Wardak, A. (2002), 'Jirga: Power and Traditional Conflict Resolution in Afghanistan', in J. Strawson, ed., Law after Ground Zero. London: Cavendish.

45. (2004), 'Building a Post-War Justice System in Afghanistan', Crime, Law & Social Change, 41: 319-41.

46. (2006), 'Structures of Authority and Local Dispute Settlement in Afghanistan', in H.-J. Albrecht ed, Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies: Between Tradition and Modernity. Berlin: Duncker & Humblot.

47. (2010), 'A Field Assessment: Linking Formal and Informal Customary Justice Mechanisms in Ahmad Aba (Paktia) and Zone 5 of Jalalabad: An Exploratory Project', unpublished Field Report, Kabul, TLO.

48. Wardak, A., Saba, D. and Kazem, H. (2007), 'Bridging Modernity and Tradition: Rule of Law and the Search for Justice', Afghanistan Human Development Report. Kabul: CPHD, available online at http://hdr.undp.org/en/reports/nationalreports/asiathepacific/afghanistan/name,3408.en.html.

49. Weber, M.(1964), The Theory of Social and Economic Organization, edited by T. Parsons. New York: Free Press.

50. Wiessner, P. and Pupu, N.(2012), `Toward Peace: Foreign Arms and Indigenous Institutions in a Papua New Guinea Society', Science, 337: 1651-3.

51. Woodward, R.(2011), Obama's Wars. New York: Simon & Shuster.

52. World Bank(2011), World Development Report. Washington, DC: The World Bank.

حبس و قوانین آن در افغانستان
با تمرکز روی سیر تاریخی محبس پلچرخی

پوهنیار نجیب‌الله امین[1]

چکیده

این اثر بر محور تحولات تاریخی زندان و قوانین حاکم بر آن در افغانستان، بخصوص تسجیل سیر تاریخی محبس پلچرخی و بررسی هدف از ایجاد آن محبس متمرکز می‌باشد. تحقیق موضوع با ترسیم تصویر کلی تاریخ زندان و مسایل مربوط به آن در افغانستان آغاز گردیده تا پیش زمینه برای ارزیابی دقیق‌تر محبس پلچرخی منحیث مطالعه موردی دراین اثر باشد. در ضمن، سعی بعمل آمده است تا روی روش‌های پیش‌بینی شده که در قوانین محابس و توقیف‌خانه‌ها برای اصلاح و تربیه مجدد مجرمان در نظر گرفته شده است، تمرکز صورت گیرد تا به چگونگی رابطه بین برنامه‌های عملی محابس و اصول نظری پیش‌بینی شده در قوانین نیز پرداخته شود.

واژه‌های کلیدی: تاریخ زندان، زندان پلچرخی، اصلاح و تربیه مجدد

۱. مقدمه

مدارک تاریخی، لوایح و قانون نامه‌های باستانی که از ابتدای قرن بیستم قبل از میلاد بدست آمده

---

۱. پوهنیار نجیب‌الله امین عضو دیپارتمنت حقوق جزا و علوم جنائی پوهنحی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل است که در موقع تحریر این اثر کاندیدا دکترا در فاکولته حقوق پوهنتون لایدن می‌باشد.

بیانگر آنست که در عصر باستان مجازات زندان منحیث جزای اصلی رایج نبوده و چندان مورد توجه حکومات و مردم قرار نمی‌گرفت. زندان بیش‌تر به عنوان محل انتظار برای تطبیق مجازات اصلی و یا هم در مسایل مدنی بخاطر قراردادن شخص مدیون در وضعیتی که مجبور به ادای دین خود گردد استفاده می‌شد.[۲] موضوع استفاده از زندان در شریعت مقدس اسلام نیز کم‌رنگ است چون اکثراً مجازاتی که منحیث جزای اصلی پیش‌بینی گردیده است (حدود و قصاص) مجازات بدنی بوده و با زندان کم‌تر سرو کار دارند. به همین ترتیب، مطالعات وسیع‌تر جزاشناسی نیز نشان می‌دهد که در ادوار گذشته توجه مجازات عموماً و عمدتاً به تمامیت جسمی مجرم معطوف بوده و الزاماً طوری تطبیق می‌شد که در مقابل انظار عمومی بوده و سبب ارعاب در بین توده‌ها گردد. بناً، نهادی بنام زندان منحیث مجازات اساساً جایگاه مشخصی نداشت. چون ایجاد فضای ارعاب و ترس فلسفه اصلی مجازات را تشکیل می‌داد از این روز مجازات زندان که ضرورتاً به دور از انظار عامه و در عقب دیوارهای بلند عملی می‌شود اصلاً معنا نداشت.[۳] این مرحله از تاریخ انکشاف نهاد حقوقی مجازات را که ممیزه آن تطبیق جزای شدید بدنی در مقابل انظار عامه بود، در ادبیات جزاشناسی و حقوق جزا به عنوان دورۀ اول تکامل مجازات یاد کرده اند.[۴]

اما دیری نگذشت که در اثر تلاش پیگیر نظریه پردازان جنایی، آزادی مجرم در دایره سیاست جنایی به عنوان محک مسئولیت جزایی پذیرفته شد و مجازات به عنوان یک اصل، شامل دومین دور تحول خود گردید. این تغییر برای زندان‌ها ارمغان بی سابقه ببار آورد، چون از اینجا بود که افکار عامه مجازات آنی و شدید را که بخاطر ارضای وجدان جامعه در برابر انظار عمومی بالای مجرمین تطبیق می‌شد مردود شمرد. در عوض به محدود کردن آزادی مجرم دور از انظار عامه و در نهاده‌ایی بنام زندان متقاعد شدند. علاوه برآن، دراین موقعیت است که به شخصیت مجرم احترام گذاشته می‌شود و مجازات، بیش‌تر به هدف ایجاد شوق به زندگی نورمال و توانمندسازی مجرم برای زندگی دوباره در بین اجتماع، بالای مجرم تطبیق می‌شد.[۵] البته با این تغییر در طرز اجرای مجازات هدف اصلاحی یا توانمند سازی مجرم بر هدف قبلی که همانا پیشگیری از وقوع جرم به موجب ایجاد فضای ارعاب و ترس بود افزوده‌شد. با این وضع، در اجرای مجازات منحیث

---

۲. اضغر، احمدی موحد، اجرای احکام کیفری، چاپ اول (تهران: نشر ۱۳۸۳)، ص. ۱۶۳.
۳. میشل فوکو، تولد زندان مراقبت و تنبه، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهان دیده (تهران: نشردی ۱۳۷۸)، ص. ۷۴-۷۵
۴. نجفی ابرندآبادی و علی حسین، راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، چاپ اول (تهران: میزان ۱۳۸۶)، ص. ۱۱۰-۱۱۱.
۵. میشل فوکو، همان اثر، ص. ۲۹.

یک تنبیه و عکس‌العمل اجتماعی در حقیقت دو تغییر عمده رونما شد: نخست اینکه مجازات بعد ازاین محض متوجه جسم مجرم نبود بلکه اندیشه، فکر، اراده، امیال و خلاصه قلب مجرم را هدف قرار می‌داد. دوم اینکه اجرای مجازات در انظار عمومی متوقف و نظام زندان به عنوان مکانیزم سلب آزادی، جایگزین آن شد. دراین‌زمان است که مجازات بدنی و از آن‌جمله اعدام در بسیاری از کشورها لغو شد یا در عمل متروک گردید.[۶] به همین ترتیب تحول نهاد حقوقی مجازت را می‌توان در مرحله سوم و چهارم نیز پی‌گیری نمود. البته مرحله سوم آن بیش‌تر مربوط به عصر مطرح‌شدن مجازات مالی و حالاتی است که در آن سرمایه و اموال مجرم مطمع نظر قرار می‌گرفت و بالاخره مرحله چهارم شامل تحولات معاصر مجازات بوده و روی موضوعاتی چون جزا زدایی، زندان زدایی، رهایی مشروط، تعلیق تنفیذ مجازات و سایر بدیل‌های حبس بخصوص در جرایم کم اهمیت و جرایم نو جوانان، متمرکز می‌باشد.

اما در مورد اینکه چرا جزای حبس به سرعت جای مجازات شدید بدنی را گرفت، می‌توان گفت که این مجازات، همانطوری‌که طرفداران حبس استدلال می‌کنند، وسیله قاطعی است برای تبارز عکس العمل اجتماعی علیه مجرم که به شیوه‌های مختلف تطبیق شده می‌تواند و تاثیرگذاری‌های چند بعدی بالای مجرم و جامعه داشته می‌تواند. یکی از موثرترین اثرات زندان همانا ناتوان سازی مجرم (incapacitation) و رفع تشویش جامعه از احتمال ارتکاب جرم مجدد می‌باشد. این هدف بخصوص در زمانیکه مجرم در حبس بسر می‌برد بصورت قطعی امکان پذیر است و در آن جای شکی وجود ندارد. جلوگیری از تکرار جرم (deterrence) از طریق پند آموزی به شخص مجرم و سایر اشخاصی که به صورت بالقوه آماده ارتکاب جرم می‌باشند، یکی دیگر از اثر بخشی‌های زندان است که قطعیت آن هنوز مورد منازعه می‌باشد. دراین میان اصلاح و تربیه مجدد (rehabiliation) نیز از ساحاتی می‌باشد که، بخصوص طرفداران حبس، به آن منحیث عمده‌ترین هدف زندان می‌نگرند. موضوع اصلاح و تربیه مجدد مجرمین در محیط زندان یکی از مباحث جنجال برانگیز در ادبیات معاصر زندان است که موثریت آن بعد از سال‌های (۱۹۷۵) و نشر رساله مشهور (nothingworks) توسط رابرت مارتین سن (robert martinson) به شدت مورد سوال قرار گرفت، که بی باوری‌های ناشی از آن هنوز هم ادامه دارد. با آنهم، اصلاح و تربیه مجدد مجرمین و برگرداندن مجرمین گذشته به زندگی عادی در اکثر کشورهای دنیا به عنوان هدف تطبیق مجازات پذیرفته شده است. قابل تذکر است که هدف تطبیق مجازات با هدف

۶. مارک انسل، مجازات اعدام، ترجمه مصطفی رحیمی (تهران: آگاه ۱۳۵۶)، ص. ۲۰.

مجازات و نظام جزایی متفاوت می‌باشد، چون در موارد اخیر مباحث وسیع‌تر از اهداف مجازات مطرح بحث می‌باشد.

به همه حال در عصر بعد از مارتین سن، که زمان روی آوری مجدد به شیوه‌های مختلف سزاگرایی و بی اثر سازی اهداف اصلاحی بود، حصول نتایج مثمر ثمر از برنامه های اصلاحی به پیش زمینه‌های تخصصی و سازمانی معتدی مشروط دانسته شده است. چنین پیش زمینه‌ها در ادبیات معاصر زندان منحیث چوکات اجرایی برنامه‌های اصلاحی کارا یا اصول موثریت برنامه‌های اصلاحی شناخته شده است. اصول موثریت از آفریده‌های مارتین سن می‌باشد که بعد از انتقاد های شدید و در نتیجه بازنگری یافته‌های قبلی اش زیر عنوان (What Works?) مطرح گردید.[۷] البته، به تعقیب تغییر جهت در نوشته‌های مارتین سن، تحقیقات عدیده‌ای عرض وجود نمودند که به توضیح و تشریح مکانیزم اصلاح و تربیه و دفاع از این هدف در زندان‌ها می‌پردازد. تازه ترین اثری که دراین راستا توجه مؤلف را جلب نمود تحقیقات ایدگاردو راتمن (Edgardo Rotman) می‌باشد که به بررسی خلاها در نظریات و یافته‌های قبلی راجع به اهداف اصلاحی زندان پرداخته. ایدگاردو، برنامه‌های اصلاحی را اصل کاملاً مجزا از خود مجازات می‌داند و باور دارد که این دو پدیده کاملاً مجزا از همان ابتدای کار بصورت غیر عادلانه با هم خلط شده اند و همین موضوع باعث گمراهی تحقیقاتی انجام شده راجع به اثرگذاری برنامه‌های اصلاحی زندان شده است. او هدف اصلاحی زندان را یک جز حتمی در زندان می‌داند و باور دارد که زندان در ذات خود صرف می‌تواند سبب تجرید و عقده مند ساختن افراد شود، بناً اگر برنامه اصلاحی نیز از آن حذف گردد زندان به غیر از ناکامی محض چیزی دیگری نخواهد بود.[۸] به همین ترتیب بلکلی (Blakely) اعتقاد دارد که در عصر حاضر موضوع اصلاح و تربیه به اندازه مهم است که مجازات علنی در شروع قرن بیستم بود. همان‌طوریکه صرف تطبیق شدید و علنی مجازات می‌توانست در تقویت همبستگی جمعی و ارضای وجدان اجتماعی آنوقت نقش بازی کند امروزه زندان عین نقش را در تامین همبستگی اجتماعی از طریق اصلاح و تربیه مجدد مجرم بازی می‌کند. هرگاه سیستم زندان در شناسایی و تثبیت اهمیت اصلاح و تربیه مجدد زندانیان ناکام باشد این در حقیقت فرو گذاشت نهاد زندان در

7. Robert Matinson, *What works? Questions and answers about prison reform*, (New York: The Public Interest 1974).

8. Edgardo Rotman, *Beyond Punishment: A New View on the Rehabilition of Criminal Offenders*, (New York: Greenwood Press, first published in 1990).

جهت ارتقای مصونیت عامه منحیث وظیفه اصلی آنست.[۹]

اما سوال اینجاست که زندان در نظام حقوقی کشورهای روبه انکشاف، تا کدام پیمانه به این موضوع توجه دارد و یا در کل آیا نظام زندان دراین کشورها عملاً قادر به دستیابی این هدف می‌باشد؟ پاسخ قانع کننده به این سوال در قدم نخست نیاز به معلومات همه جانبه در مورد اجرات زندان‌ها و دستآوردهای عملی برنامه‌های کاری آن دارد که طبق معمول در کشورهای روبه انکشاف معلومات اندکی دراین مورد موجود می‌باشد. این وضعیت در کشورهای کم‌تر انکشاف یافته و بعد از جنگ، به دلیل عقب افتادگی روند توسعه و نداشتن سیستم مساعد عدلی و قضایی، به مراتب پیچیده تر است. چون دراین کشورها از یک جانب امکانات عمومی مطالعات علمی کم‌تر مساعد است و در موارد خاص مثل مطالعه زندان مشکلات بیش‌تری وجود دارد. زیرا دراین عرصه امکانات کار ساحوی کم‌تر بوده و دسترسی به زندان‌ها و محلات سلب آزادی برای تحقیقات علمی چندان مروج نیست. حتی گاهی هم می‌توان گفت دراین وضعیت زندان مصداق سخن معروف تایلور و کوهن (Taylor & Cohen) «زندان سرد عاطفی» جایست که نباید در مورد آن صحبت نمود و بهتر است تنها و به حال خودش گذاشته شود.[۱۰] با این وضع بحث پیشرو، گام اولیه و بخشی از تحقیق اصلی است که روی نهاد زندان در افغانستان متمرکز می‌باشد. این بحث طی دو مبحث تاریخی قبل و بعد از سال ۱۲۹۸ (۱۹۱۹میلادی) با توجه بیش‌تر روی تاریخچه محبس پلچرخی در چهار دوره مهم حیات آن، صورت گرفته است. ادوار یادشده شامل دوره حاکمیت حزب دیموکراتیک ۱۳۵۷-۱۳۷۱ (۱۹۷۸ - ۱۹۹۱میلادی)، زمان حکومت مجاهدین ۱۳۷۱- ۱۳۷۵ (۱۹۹۱- ۱۹۹۶میلادی)، دوره حاکمیت طالبان ۱۳۷۵-۱۳۸۰ (۱۹۹۶-۲۰۰۱ میلادی) و دوره زمامداری حکومت جمهوری اسلامی ۱۳۸۰ (۲۰۰۱ میلادی) می‌باشند. اما قبل از بحث روی محبس پلچرخی کوشش صورت گرفته تا سیر تاریخی زندان‌ها و قوانین آن بصورت فشرده بررسی گردد تا زمینه مقایسه و مقارنه مباحث در بستر وسیع‌تر تاریخی مساعد باشد.

چنانچه قبلاً اشاره شد کار اکادمیک در مورد زندان، در سراسر دنیا با محدودیت و مشکلات روبرو می‌باشد. این موضوع در افغانستان مشکلات بیش‌تری به همراه دارد که مولف از آن آگاه

9. Curt R. Blakely, *Prisons, Penology and Penal Reform - An Introduction to Institutional Specialization*,(New York: Peter Lang 2007).

10. S. Cohen and L. Taylor, *Psychological Survival : The Experience of Long-term Imprisonment,* (Harmondsworth: Penguin Books 1981), second edition, P. 70.

بوده و تلاش نموده تا با استفاده از روش‌های معمول در تحقیقات روی نهادهای بسته، معلومات دقیق را از منابع موجود استخراج و یا از طریق جمع آوری معلومات دست اول که از طریق تحقیق میدانی در ماه‌های حمل - اسد سال ۱۳۹۵ (۲۰۱۶ میلادی) حاصل گردیده است به تدوین این اثر و کارهای بعدی آن بپردازد.

۲. وضعیت زندان‌ها قبل از سال ۱۲۹۸ هـ ش

به روایت کتب تاریخی و اسناد معتبر موجود، در سرزمین که امروز آنرا بنام افغانستان می‌شناسیم زندان سابقه بسیار طولانی دارد. اسناد تاریخی دلالت بر موجودیت زندان‌ها به اشکال مختلف در نواحی متفاوت این مرز و بوم دارد که از قرن‌ها قبل موجود بوده و به شیوه های معمول همان عصر از آن استفاده به عمل می‌آمد. شهنامه فردوسی، به عنوان نمونه، به زندان خوفناکی اشاره دارد که توسط شاه مستبد بنام ضحاک بنا شده بود. به قول شهنامه، این زندان در شهر بلخ که در شمال افغانستان موقعیت دارد، موجود بوده و به افتخار پادشاه همان عصر که به روایت تاریخ شخص سفاکی بوده، زندان متذکره بنام او یاد می‌شد. این موضوع در کتاب اوستا که از زندان هولناکی تحت قیادت یک شاه مستبد در مناطق شمال افغانستان حکایت دارد، نیز تائید گردیده است.[۱۱] به همین منوال حکایاتی در مورد زندان‌های خوفناک در ولایت غور، در قلعه‌های کوه که راه‌های صعب العبور داشته، زندان‌هایی با دیوارهای بزرگ سنگی و هم سیاه چال‌های متعدد وجود دارد. این داستان‌ها دلالت به موجودیت زندان در بدترین شکل و ساختار آن دارند. مبرهن است که هدف زندان در اعصار کهن، اکثراً تجرید محبوسین و حذف فزیکی شان بصورت تدریجی بوده، ولی از جایکه معلومات موجود بیش‌تر شکل افسانه و استوره را دارند نمی‌توان بیش‌تر از این به تحلیل موضوع پرداخت و نیز بنابر عین دلیل نمی‌توان در مورد زمان دقیق ایجاد زندان و اینکه کدام شخص در تاریخ کهن افغانستان بنیانگذار زندان بوده ابراز نظر نمود. اما دریافت معلومات نسبتاً دقیق در تاریخ معاصر افغانستان، بخصوص بعد از معرفی دین مقدس اسلام، بیش‌تر از گذشته مساعد است. بدلیل اینکه اسناد تاریخی و کتب متعددی وجود دارند که جوانب مختلف سیستم عدلی و قضایی این کشور را تحت زمامداری شاهان، امپراتوران و حکومات وقت ارزیابی نموده‌اند و چگونگی حفظ و نگهداشت زندان‌ها توسط این نظام‌ها را در جهت تمثیل قدرت قهریه شان به ترسیم کشیده

۱۱. میرغلام محمد غبار، افغانستان در مسیر تاریخ، جلد اول و دوم، (کابل: انتشارات میوند ۱۳۷۹)، ص. ۳۷.

اند. چون موضوع اصلی بحث دراین مختصر، بررسی تاریخی محبس پلچرخی می‌باشد بنابراین در مورد تحولات زندان در طول تاریخ ذیلاً بصورت به فشرده عمومی آن اکتفا خواهیم کرد سپس بحث خود را با تمرکز بیش‌تر روی موضوع اصلی مقاله ادامه می‌دهیم.

با ملاحظه اسناد تاریخی در می‌یابیم که نظام عدلی و قضایی برای اولین بار در زمان زمامداری صفاری‌ها ۲۵۱ - ۲۸۹ (۸۷۲ -۹۱۰ میلادی) بمیان آمد و قضأ در پهلوی سایر بخش‌ها به عنوان یک رکن دولت عرض وجود نمود. به همین ترتیب در زمان حاکمیت سامانی‌ها ۲۷۱ - ۳۷۸ (۸۹۲ الی ۹۹۹ میلادی) سیستم عدلی و قضایی نسبتاً پیشرفت نمود ولی نظر به اقتضای زمان امپراتور در امور عفو، مجازات و تنظیم امور زندان‌ها شخصاً و بصورت مستقیم دخیل بود. در مراحل بعدی و بخصوص در زمان حاکمیت غزنویان ۳۴۱ - ۵۲۷ (۹۶۲ الی ۱۱۴۸ میلادی) سلسله مراتب قضایی در کشور معرفی گردید و برای اولین بار قاضی‌القضات در رأس قوه قضاییه توظیف گردید. ولی باز هم شاه در امور مجازات، عفو و تنظیم زندان‌ها بصورت مستقیم دخیل بود و همچنان قضات از صلاحیت‌های نا محدودی بر خوردار بودند. فیصله قضات در تمام این ادوار یک مرحله یی بود و مجازات بسیار سنگین و غیر انسانی بالای مجرمان تطبیق می‌شد. به رویت اسناد موجود، زندان‌های این دوره به اندازه شدید و قهقرایی بودن خود پدیده مجازات، مخوف و رقت بار بودند. مشهورترین زندان‌های این عصر عبارت بود از زندان‌های مندیش، گردیز، جوزجان، کشمیر، ملتان و غزنی یاد نمود. اسناد تاریخی متعددی از جمله کتاب افغانستان در مسیر تاریخ، گواه برانست که این زندان‌ها وضعیت خوبی نداشت و محبوسین تا دم مرگ در آنجا باقی می ماند.[۱۲]

با وجود فراز و فرود زیاد در وضعیت سیاسی افغانستان، از اواسط قرن ۱۲ الی اواخر قرن ۱۸ میلادی، شیوه‌های نگهداری و اداره زندان‌ها معمولاً به شکل متحدالمال و بدون تغییرات چندانی از یک حکومت به حکومت بعدی انتقال می‌نمود. تا اینکه امپراتور مغل بنام چنگیز در سال‌های ۶۰۰ ه ش(۱۲۲۱ میلادی) در راستای جهان گشای خود تمام داشته های را که در طول چندین قرن در افغانستان آن وقت ایجاد شده بود، به آتش کشیده از بین برد. بعد از دوره چنگیز که در تاریخ افغانستان از آن بنام «ساعقه چنگیز» یاد شده است، حکوماتی که روی کار آمدند، بشمول امپراتوری احمدشاه درانی ۱۱۲۶-۱۱۵۲ (۱۷۴۷-۱۷۷۳ میلادی) که نسبت به سایر حکومات مستقل‌تر بود، از نظر شیوه مدیریت زندان‌ها و برخورد با زندانیان تفاوت زیاد نداشتند و حتی می‌توان ادعا نمود که از گذشته بهتر

۱۲. غبار، همان اثر، ص. ۱۲۱

نبودند. زندان‌های خوفناک هنوزهم به بقای شان ادامه می‌داد و زندانبان حق و صلاحیت شکنجه، تمدید زمان حبس و حتی کشتن و حذف فزیکی زندانیان را داشتند. شیوه‌های مجازات شدید و غیر انسانی یکی از مهم‌ترین ممیزات آن زمان بوده که بشکل سربریدن، قطع نمودن اعضا، تیل داغ نمودن، قین و فانه، سنگسار و پاره نمودن مجرمان اعمال می‌شد.

تا اینکه با روی کار آمدن حکومت امیر عبدالرحمن ۱۲۵۹-۱۲۸۰ (۱۸۸۰-۱۹۰۱ میلادی) وضعیت زندان‌ها تغییر یافت. البته دراینجا خبر از تغییر مثبت نه بلکه از بدترشدن وضعیت زندان‌هاست، چون دراین زمان تعداد زندان‌های هولناک بیش‌تر گردید. در ضمن حکومت به ابداعات دیگری مانند ایجاد وسایل شکنجه و ساختن سیاه چال‌ها نیز اقدام کرد که سیاه چال‌های هرات و کابل از معروف ترین آنها می‌باشد.[۱۳] حکومت عبدالرحمن نه تنها در ایجاد و ابداع زندان‌های هولناک و وسایل شکنجه پیش قدم شد بلکه در ترویج روش‌های مجازات شدید و غیر انسانی نیز مشهور بود. علاقه و وابستگی امیر به زندان تا حدی زیاد بود که در داخل ارگ شاهی، جایکه از زمان تأسیس تا کنون به عنوان محل اقامت شاهان و رییسان جمهوری می‌باشد، زندان مستحکمی ایجاد نمود و محبوسان خاص را در آنجا نگهداری می‌نمود.

فرانک مارتین (Frank A. Martin) نویسنده، مورخ و یگانه تبعه انگلیسی‌الاصل که در زمان زمامداری عبدالرحمن در افغانستان اقامت داشت و از نزدیک با امیر و درباریانش کار می‌نمود، خاطراتش از زمان امیر عبدالرحمن و امیر حبیب‌الله را در کتابی بنام زیر سایه امیر پولادین (Under the Absolute Amir) تحریر و در مورد وضعیت زندان‌ها در افغانستان چنین ابراز نظر نموده است: «زندان‌های کابل تعمیراتی نیستند که بمنظور استفاده بخاطر زندان اعمار شده باشند، هر منزل دولتی که در موقعیت مناسب واقع شده باشد منحیث زندان استفاده می‌شود گنجایش زندان نظر به تعداد زندانیانی که در آن نگهداری می‌شوند بسیار ناکافی می‌باشد. زندانیان در منازل نگهداری می‌شوند که شاید برای سال‌ها منحیث زندان استفاده گردیده و هیچگاه صفا کاری نشده است. در نتیجه کثافت محیط، امراضی چون تب زندان در بین زندانیان بسیار معمول می‌باشد، تب زندان به تنهایی حدود هشتاد در صد زندانیان را طعمه مرگ می ساخت ولی جای تعجب بود که چگونه همه شان را از بین نمی‌برد».[۱۴] دراین زمان در شهر کابل چندین زندان مشهور وجود داشت

۱۳. ابوتقی، ح. محبس او د محبوسینو حقوق (کابل: مجله قضا حمل ۱۳۹۲)، ص. ۱۱۸.
۱۴. فرانک. ای. مارتین، د پولادی امیر تر سیوری لاندی، ترجمه محمد معصوم هوتک (پشاور: کتابخانه دانش بازار قصه خوانی ۱۳۸۳)، ص. ۱۱۴.

که زندان شیرپور، زندان بالاحصار، زندان‌های کوتوالی ولایت کابل از آنجمله می‌باشد ولی در سطح افغانستان سیاه چال‌های هرات و کابل بدترین همه آنها بوده است. فرانک مارتین در مورد سیاه چال کابل که در بالاحصار کابل موقعیت داشت، می نویسد: «این یک چاه قدیمی بود و در بین صخره‌ها طوری حفر شده بود که قسمت پایانی آن به اندازه ۱۵-۲۰ فت به سمت داخل امتداد پیدا نموده بود. در قسمت شروع آن یک محل نگهبانی ساخته شده بود که توسط یک سپاهی اداره می‌شد. این سیاه چال برای مجرمان خطرناک در نظر گرفته شده بود و هرگاه کسی در آن زندانی می‌شد تا زمان مرگ در همانجا باقی می‌ماند. زندانیان استحقاق داشتند روزانه یک‌بار، یک مقدار آب و یک عدد نان خشک بدست بیاورند که از بالا توسط ریسمان برای شان به پایین رسانیده می‌شد».[۱۵]

شدت مجازات و موجودیت زندان‌های هولناک و متعدد در مرکز و ولایات افغانستان در زمان حاکمیت عبدالرحمن توسط سایر اسناد تاریخی نیز تایید شده است. میر غلام محمد غبار در مورد ادعا می‌نماید: «در کابل زندانی وجود داشت که ابتدا به محمد نعیم خان و سپس به کپتان امیر سپرده شده بود یک زندان دیگر مربوط بابه برق شاطر باشی بود که در منطقه مرادخانی موقعیت داشت، در دهن دروازه این زندان یک دار وجود داشت که در آن اشخاص مجرم به امر امیر به دار آویخته می‌شدند».[۱۶] در قسمت دیگری، غبار به یادداشت‌های خطی میرزا گل محمد خان وردکی اشاره و اضافه می‌نماید که: «بابه برق شاطر باشی و همه شاطرهای زیر دست وی چرسی بودند. امیر عبدالرحمن بعضی محبوسان را تحویل آنها می‌کرد که قین و فانه و تیل داغ کرده اقرار بگیرند. اینها صد تن محبوس را در یک اتاق می انداختند که از همان جمله خودم بودم. زیرا من به خواهش احمد جان فقط عریضه از طرف او به حضور امیر راجع به رهایی پدرش سید محمد از حبس تسوید کرده بودم. ولی او وقتی به در بار عرض و داد امیر احضار شد، از ترس از نوشتن عریضه انکار کرد و در نتیجه انکار وی هردوی ما محبوس شدیم». طوریکه اشاره شد، ضمن خوفناک بودن زندان‌ها تطبیق مجازات نیز دراین زمان بسیار وحشتناک بوده. بطور مثال «طریقه سربریدن مجرمان بسیار ساده ولی اسفناک بود، دوتن دست‌های شخص را محکم گرفته و سرش را بطرف

---

۱۵. ابوتقی، ح. همان اثر، ص. ۱۱۷.

۱۶. فرهنگ دهخدا حرف ش [ط] (اِ مرکب): شاطر به معنی پیاده گانی قوی هیکل می‌باشد که با لباس مخصوص پیش سواری شاه یا شاهزاده می دویدند و شاطر باشی به معنی رئیس، سرکرده یا کلان یک گروه شاطران است.

عقب می‌کشاندند. شخص دیگری پاهایش را محکم می‌گرفت، اگر قربانی قوی هیکل می‌بود دوتن به اینکار موظف می‌شدند. بعداً مامور موظف شمشیر خود را در گردن قربانی به جلو و عقب می‌کشانید تا آنکه به اندازه کافی در گردن شخص داخل می‌شد. بعد از آن شخص را روی زمین می‌انداختند تا جان بدهد، مثل حالتی که یک پرنده در عین شرایط جان بدهد. بعد از آنکه مرگ واقع می‌شد و در صورتیکه امیر امر می‌نمود سر شخص را از تن او جدا می‌ساختند. در قضایا که بالای شخص حکم جدا ساختن سر از تن اش صادر می‌شد، بمجرد تکمیل کار شمیشر [بریدن گردن] شخص فوراً در قبری قرار داده می‌شد که از قبل حفر شده بود و بالایش خاک می‌ریختند مثل آنکه، قبل از فوت شدن دفن شود».[۱۷] اوضاع و احوال این مرحله تاریخی عدالت جنائی در افغانستان حاکی از آنست که، هر شخصیکه در مقابل قدرت بی حد و حصر شاه قد علم می نمود به سرنوشت همگون مواجه می‌شد، حتی اگر از نزدیکان و اعضای خانواده او می‌بودند. نمونه‌های قضایای از این دست وجود دارد که شاه بخاطر حفظ قدرت حتی بر فرزند، برادر و اعضای فامیل خود رحم ننموده است. از آن‌جمله می‌توان مثال معروف امیر شیرعلی ۱۲۴۲-۱۲۵۷ (۱۸۶۳-۱۸۷۸ میلادی) را تذکار داد که فرزند ۲۵ ساله‌اش را برای هفت سال در زندان انفرادی حبس نمود. وضعیت نا مساعد عدالت جنایی و وخامت زندان‌ها تا وقت مرگ امیر عبدالرحمن (۱۲۹۰) و روی کار آمدن فرزندش امیر حبیب‌الله ادامه پیدا نمود.

امیر جدید بمجردی‌که بقدرت رسید، تصمیم به اصلاح وضعیت زندان گرفته و در اولین اقدام یک تعداد از زندان‌های مخوف را مسدود ساخت. به همین ترتیب در حصه لغو مجازات غیر انسانی نیز اقدام نمود. ابو تقی دراین مورد به نقل از اسناد تاریخی می‌نگارد: «اعتبار از امروز مورخ ۲۹ ذیقعده سال ۱۳۳۰ هجری قمری، کور نمودن انسان موقوف و به عوض آن ۱۲ سال حبس، به عوض بریدن گوش شش سال حبس و در موارد غیر از مجازات شرعی [حدود] به عوض بریدن دست ۱۰ سال حبس مقرر و این فقرات سیاست حکمی است. هرگاه موضوع شرعی باشد السن بالسن و الجروح قصاص [تطبیق شود]، این حکم را نوشتم و به توفیق خداوند خودم از همین قرار اجرات می‌کنم، انشا الله». [۱۸]با این حال، تغییرات جدید بدلیل انشعاب سیاسی که در داخل نظام واقع شده بود تدوام نیافت و دیری نگذشته بود که زندان‌های مخوف و سیاه چال‌ها بدست مخالفان

۱۷. مارتین، همان اثر، ص. ۱۵۳.
۱۸. ابوتقی همان اثر، ص. ۱۱۹.

شاه که در درون نظام پست‌های بلند دولتی را در اختیار داشتند، بدون اطلاع شاه بازگشایی و به کثرت مورد استفاده قرار گرفت. زندان سرای موتی واقع در شوربازار کابل از اولین زندان‌های بود که بازگشایی و طرفداران نهظت مشروطیت را در خود جای داد. این روند به سرعت در اکثر نقاط کشور توسعه یافت و زندان‌ها با استفاده از همان شیوه‌های معمول قبلی دوباره به فعالیت شروع نمودند. بدین ترتیب با وجود توجه و برخورد مناسب شاه، وضعیت زندان‌ها کمافی سابق ادامه پیدا نمود.

در یک ارزیابی کلی وضعیت زندان‌ها در سال‌های قبل از ۱۲۹۸ (۱۹۱۹ میلادی) و با توجه به مشخصات آن دوره، می‌توان گفت که سیستم عدلی و قضایی دراین زمان طبق یک برداشت ابتدائی از شریعت اسلامی یکجا با سیاست‌های جداگانه هر حکومت در راستای اعمال قدرت قهریه آنها فعالیت می‌نمود. از جایکه شیوه حکومت استبدای و نظام سیاسی اکثراً شاهی مطلقه بوده، زندان‌ها معمولاً جای اشخاصی بودند که با نظام سر تضاد داشته و یا با شاه و اعضای فامیلش دشمنی می‌داشتند. شاه و اطرافیانش از صلاحیت‌های بی حد و حصر برخوردار بوده و در مورد مجرمین اکثراً مجازات شدید که سبب ایجاد رعب و ترس در مردم می‌گردید بیش‌تر مورد توجه مقامات قرار می‌گرفت. با این وضعیت مفکوره اصلاح و تربیه مجدد مجرمین اصلاً مطرح بحث واقع نمی‌شد. در بعضی مقاطع زمانی که در طرز فکر شاه و یا در نتیجه هدایات شاه در سیستم زندان‌ها تغییرات رونما شده، بسیار کوتاه مدت و منحصر بفرد بوده و ضرورتا موجب اصلاح وضعیت عمومی زندان‌ها و بهبود شرایط آن نگردیده است. با این توضیح می‌توان علاوه نمود که اهداف نهاد زندان و در کل هدف تمام انواع مجازات دراین عصر شباهت بسیار زیاد به انچه داشت که قبلاً از آن به عنوان دوره اول تحول نهاد حقوقی مجازات نام برده شد.

۳. وضعیت زندان‌ها بعد از سال ۱۲۹۸ (۱۹۱۹ میلادی)

روی کار آمدن شاه امان الله خان، نقطه عطف جدید در تاریخ افغانستان می‌باشد که اصلاحات قضایی و تحولات مثبت در اجرات زندان‌ها از آنجمله می‌باشند. شاه امان الله با اعلان استقلال افغانستان در سال ۱۲۹۸ (۱۹۱۹ میلادی) کوشش نمود تا وضعیت بی ثبات قضایی کشور را از طریق تدوین اولین قانون اساسی ۱۳۰۲ (۱۹۲۳ میلادی) که در آن نظام سیاسی افغانستان شاهی مشروطه تثبیت گردیده بود، تحت کنترل بیاورد. این قانون اساسی یک سلسله حقوق و امتیازاتی را برای اتباع افغانستان به رسمیت شناخت و هم محدودیت‌های را در مورد سلب آزادی اشخاص،

استفاده از شکنجه و شیوه‌های تطبیق مجازات پیش‌بینی نمود.[۱۹] در عین زمان اولین قانون تنظیم امور محابس و توقیف‌خانه‌ها تحت عنوان نظامنامه توقیف‌خانه‌ها و محبوس‌خانه‌ها نیز در سال ۱۳۰۲ (۱۹۲۳ میلادی) تصویب گردید. قانون اخیر که اغلباً به تقلید از قانون محابس کشورهای ترکیه و فرانسه ترتیب گردیده بود، بصورت مختصر و با ادبیات کلاسیک به تحریر در آمده است. در قانون کوشش صورت گرفته تا نیازمندی‌های نهاد زندان برای اولین بار در یک چوکات نظام‌مند ترتیب و تدوین گردد. یکی از مهم‌ترین پیش‌بینی‌های قانون، محدود کردن تعداد زندان‌ها به واحدهای اداری خاص می‌باشد که قبلا هیچ نوع محدودیت نداشت.[۲۰] به همین منوال این قانون مراحل سلب آزادی را به قبل از محاکمه و بعد از محاکمه تقسیم نموده، همه ساشخاصی را که هنوز محاکمه خود را سپری ننموده‌اند و یا جرایم قباحت و جنحه را مرتکب شده‌اند که حبس آن کم‌تر از سه ماه بود، مستحق اقامت در توقیف‌خانه‌ها می‌دانست. قانون در مورد شیوه حفظ و نگهداشت زندان‌ها شرایط واضح را پیش‌بینی نمود که بر اساس آن مؤظفان توقیف‌خانه‌ها و زندان‌ها از تحقق تمام انتظامات و قواعد نافذه در نهاد های تحت کنترل شان، مسول شناخته شدند. همچنان مسولین مکلف بودند تا احوال توقیف شدگان و محبوسین را در کتاب مخصوص قید و ثبت نمایند. این کتاب بنام «اندارج محبوسین» یاد می‌شد که دارای شماره مسلسل بود و از طرف کوتوال همان محل در صفحه اخیر آن تصدیق صورت می‌گرفت. برای جلوگیری از سؤ استفاده مسوولان و اشخاص ذی‌صلاح، قانون برنامه‌های عمل مشخص را برای ماموران زندان پیش‌بینی نموده و در اجرای آن تأکید می‌نمود، طوریکه هرنوع خلاف ورزی از احکام و هدایت متذکره سبب ایجاد مسولیت جزایی برای مامورین زندان می‌شد.[۲۱] هرچند کوشش صورت گرفت که مجازات جنبه انتقام نداشته و با روحیه ملایم تر تطبیق گردد، قانون یاد شده در مورد اصلاح و تربیه مجدد مجرمین صراحت نداشت، در ضمن شاید بدلیل محدودیت‌های مالی

---

۱۹. نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان، (مطبعه دایره تحریرات مجلس عالی وزرا: کابل ۱۴ میزان سال ۱۳۰۲) ماده دهم: "حریت شخصیه از هر نوع تعرض و مداخلت مصون است. هیچکس بدون امر شرعی و نظامات مقننه تحت توقیف گرفته و مجازات کرده نمی‌شوند، در افغانستان اصول اسارت بالکل موقوف است. از زن و مرد هیچکس دیگری را بطور اسارت استخدام کرده نمی‌تواند".

۲۰. نظامنامه توقیفخانه ها و محبوسخانه ها، (مطبعه دایره تحریرات مجلس عالی وزرا: کابل۱۰ میزان سال ۱۳۰۲) قاعده اول: "در مرکز هر نایب الحکومه گی و حکومتی های اعلی و حکومتی های سائره یک یک توقیفخانه، و در مرکز نایب الحکومه گی و حکومتی های اعلی و حکومتی های کلان، حبسخانه ها و علاوه بر آن در دارالسلطنه کابل یک حبسخانه عمومی، موجود هستند".

۲۱. نظامنامه توقیفخانه ها و محبوسخانه ها (میزان ۱۳۰۲)، قاعده دهم: "همه توقیف شده گان و محبوسین که به توقیفخانه و یا حبسخانه داخل شوند سند تحریری قوماندان کوتوالی و یا فیصله قاضی را دیده به این کتاب مخصوص ثبت و قید میدارند، ماموین توقیف و حبسخانه هیچ کسیکه در حق شان یک سند توقیف از طرف قوماندان کوتوالی و یا فیصله قاضی صادر نشده باشد به توقیفخانه و یا حبسخانه قبول کرده نمی توانند، مامورین که خلاف این قاعده، شخصی را داخل توقیف خانه و یا حبسخانه بدارند مطابق نظامنامه جزای عمومی از آنها بازخواست کرده می‌شود".

موضوع اصلاح زندان‌ها و اعمار ساختمان‌های جدید در آینده موکول ساخته شده بود. با این حال، در مورد کار اجباری و شرایط آن، که اصل مفکوره کار در زندان منحیث یکی از پیش زمینه‌های اصلاح و تربیه مجدد شناخته می‌شود، صحبت صورت گرفته است که این موضوع به صورت غیر مستقیم اشاره به توجه قانونگذار در جهت تطبیق برنامه‌های اصلاحی دارد.[۲۲]

به تعقیب نظام‌نامه توقیف‌خانه‌ها و محبوس‌خانه‌ها که همانا قانون محابس عصر خود بود، اصولنامه توقیف‌خانه‌ها و محبوس‌خانه منتشره جریده رسمی مورخ ۱۶ جدی سال ۱۳۲۹ (۱۹۵۰ میلادی) مرعی گردید. این قانون اساساً بتاریخ ۱۵ ثور سال ۱۳۱۳ (۱۹۳۴ میلادی) نافذ به توشیح شاه رسیده و بتاریخ ۱۹ میزان سال ۱۳۲۶ (۱۹۴۷ میلادی) اصول شماره پنجم و شماره ششم آن، که در مورد سپری نمودن میعاد حبس در علاقه داری و حکومات اعلی است، تعدیل گردید.[۲۳] این قانون شکل توسعه یافته نظامنامه محبوس‌خانه‌ها و توقیف‌خانه‌ها می‌باشد و در آن سعی بخرچ داده شده تا با وضع شرایط جدید در کنترل زندان‌ها توجه بیش‌تر صورت گیرد. در ضمن یک تفاوت مهم این قانون علاوه نمودن توضیحات اضافی می‌باشد که بشکل تبصره در ذیل هر ماده قانون درج گریده است تا برای فهم و تطبیق بهتر آن مساعد واقع گردد.[۲۴] طبق هدایت اصول‌نامه، زندانیان مرد و زن می‌بایست از هم جدا ساخته شوند (ماده ۷) و همچنان بین مجرمین سیاسی و جنائی تفکیک صورت گیرد (ماده ۱۶). به همین ترتیب، همه کارکنان زندان مکلف دانسته شدند تا محبوسین را بر اساس نوعیت جرم، جنسیت و شدت جرم شان از هم تفکیک و در رژیم‌های جداگانه نگهداری کنند. این قانون زمینه دستیابی به وکیل مدافع رایگان را نیز برای متهمان مساعد ساخته و هم به محبوسان و توقیف‌شدگان اجازه می‌داد تا در صورت نیاز، برای دفاع از خود در مقابل اتهامات وارده با وکلای مستقل عقد قرارداد نمایند. به همین ترتیب استخدام یک‌تن ملا امام بمنظور تدریس محبوسین در داخل زندان را می‌توان یک گام مهم در راستای اصلاح و تربیه مجدد مجرمین بشمار برد.[۲۵]

---

۲۲. نظامنامه توقیفخانه ها و محبوسخانه ها (میزان۱۳۰۲)، قاعده ۲۵: "الی زمانیکه با اصول جدیده حبسخانه ها ساخته شود، نایب الحکومه گی ها و حکام سانره به انتظام و صفائی و ترتیب حبسخانه ها متوجه میشوند، از آنجمله دقت میدارند که حبسخانه ها برای محافظه محبوسین در اطراف محبوسخانه، دیوارهای متین داشته باشد، و بدرون محبوسخانه ها مثل غسلخانه و سانره . که برای احتیاجات محبوسین ضروری دیده میشود بطور درست ترتیب می دارند".

۲۳. اصولنامه توقیفخانه ها و حبس خانه ها در افغانستان (دکابل عمومی مطبعه: ۱۶ جدی ۱۳۲۹) ماده ۲۶: "در اجرای احکام این اصولنامه وزارت داخله مکلف و مسئول است. ادخال اصولنامه هذا در جمله اصولنامه های دولت امر و اجرای مواد آنرا اراده مینمایم مورخه ۱۵ ثور ۱۳۱۳ ش مطابق ۲۰ محرم الحرام ۱۳۵۳ ق".

۲۴. درج تبصره در ذیل مواد نسبتاً غامض قانون که شاید متأثر از روش حاشیه نویسی باشد، بنظر مولف یک روش بسیار موثر در ایجاد وضاحت بر مفاد قوانین می‌باشد و می توان آنرا از اصول منحصر بفرد قانون نگاری قدیم در افغانستان دانست.

۲۵. اصولنامه توقیفخانه ها و حبس خانه ها در افغانستان (۱۶ جدی ۱۳۲۹) ماده ۲۵: "در حبسخانه ها و توقیفخانه ها ملاامام، داکتر و دلاک مطابق منظوری بودجه موجود است که تحت نظارت مامورین محبس و توقیفخانه اجرای وظایف می دارند".

به سلسله ترویج رسم قانون‌نگاری، مقرره مجازات و مکافات زندان‌ها در سال۱۳۴۷ (۱۹۶۸ میلادی) به تصویب رسید که در آن بیش‌تر به مدیریت زندان‌ها و محبوسین توجه صورت گرفته است. طی مقدمه این مقرره، هدف اساسی زندان اصلاح و تربیه مجدد مجرمین معرفی گردیده و محتوی آن اعمال مساعد محبوسین را قابل تقدیر و تشویق شناسایی نمود. طوریکه ملاحظه می‌شود این مقرره در جریان سال‌های ۱۳۴۳ ـ ۱۳۵۳ (۱۹۶۴-۱۹۷۴ میلادی) نافذ گردیده است که در افغانستان بنام دهه دیموکراسی شناخته می‌شود و ظاهراً، در آن همان عصر، تنها زمانی بوده که در آن به مسایلی همچون اصلاح و تربیه مجرمین توجه صورت گرفته است. البته، از مطالعه قوانین یاد شده و مقایسه آنها در می‌یابیم که علیرغم تفاوت در زمان تصویب و مدت اعتبار آنها، هردو قانون و همچنان مقرره ذی‌ربط به نسل اول قوانین زندان در افغانستان مربوط بوده و از نظر شکلی و محتوایی شباهت‌های زیادی با همدیگر دارند و هم برای مدت نسبتا طولانی در کشور نافذ بوده اند. با این حال طوریکه مبرهن است وضعیت موجود در زندان‌ها و شرایط نیروی بشری در افغانستان آن زمان با نیازمندی‌های اصلاح و تربیه همخوانی نداشته و ممکن نبود با تدوین قانون این مأمول را بدست آورد.

بناً، با وجود وضع و پیش‌بینی قوانین، در حالت حقیقی زندان‌ها تغییرات چندان مشاهده نمی‌شد. مجرمین بخصوص مجرمین سیاسی هنوز هم مورد تعذیب قرار می‌گرفتند و بدون محاکمه برای مدت‌های طولانی در زندان نگهداری می‌شدند. در مورد شیوه‌های مدیریت زندان باید گفت که زندان‌های کوچک از جانب یکی از اعضای کوتوالی و زندان‌های بزرگ از جانب شخص کوتوال همان شهر رهبری می‌شد. از جایکه این اشخاص در نظام‌های پرورش یافته بودند که خشونت و تعذیب بالای زندانیان را یگانه و بهترین راه برای کنترل زندانیان و ایجاد فضای رعب و ترس در سایر اتباع کشور می‌دانستند، سلسله خود سری و عدم رعایت قانون بشکلی از اشکال حتی بعد از شکل گیری سیستم‌های نسبتاً نظام‌مند ادامه پیدا نمود. بعضی از کوتوال‌ها و زندانبان‌ها به اندازه‌ی مستبد و خشن بودند که نام‌هایشان منحیث زندانبان‌ها سفاک در دل تاریخ رقم خورده است. از آنجمله طوره باز کوتوال کابل، عبدالوزیر عابدی عضو کوتوالی کابل، سراج الدین گردیزی زندانبان ارگ شاهی، عبدالقادر لوگری کوتوال قندهار، محمد یوسف هراتی کوتوال فراه، نصیر لوگری زندانبان سرای موتی، عبدالغنی گردیزی زندانبان قلعه بیگی می‌باشند.[۲۶] حکومات بر سر اقتدار نیز صرف با وضع

۲۶. ابوتقی همان اثر، ص. ۱۲۳.

قوانین اکتفا نموده بودند و به وضعیت حقیقی محابس چندان توجه نمی‌شد. در زمان پادشاهی اعلیحضرت امان الله، اعلیحضرت محمد نادرشاه و اعلیحضرت محمد ظاهر شاه «زندان‌ها محلات نمناک و اتاق‌های تاریک بودند که کم‌تر نور آفتاب به آن می‌رسید و از لحاظ رعایت اصول نظافت اصلاً به آن توجه نمی‌شد. اغلب اتاق‌های زندان‌ها دارای مساحت محدود و اشخاص بیش‌تر از اندازه ظرفیت اتاق در آن جا داده شده بود. اکثراً زندانیان حبس طویل قبل از تکمیل زمان حبس فوت می‌کردند و یا هم در زمان تکمیل میعاد حبس شان چنان وضعیت نامساعدی فزیکی و روانی می‌داشتند که همگام شدن با روند تند زندگی اجتماعی در بیرون از زندان برایشان کاملاً ناممکن می‌شد».[۲۷] قابل ذکر است که این ادعا از جانب نیاز محمد حسین خیل، استاد پوهنحی شرعیات پوهنتون کابل که روی مقارنه حقوق زندانیان در شرعیت اسلامی و قوانین موضوعه تحقیق نموده، نیز تائید شده است و به علاوه ادعا شده که در پهلوی وضعیت بد زندان‌ها محبوسین اکثراً با رویه و برخورد نادرست و غیرانسانی مسوولین زندان‌ها مواجه بوده اند.[۲۸]

با توجه به توضیحات فوق می‌توان گفت که در جریان سال‌های ۱۲۹۸ ـ ۱۳۵۳ (۱۹۱۹-۱۹۷۴ میلادی) ساختارهای حقوقی و قانونی مرتبط به زندان‌ها ایجاد گردید و در راستای کنترل صلاحیت‌های بی حد و حصر حکومات در عرصه استفاده از زندان و تطبیق مجازات سنگین پیشرفت قابل ملاحظه صورت گرفت. ولی در جهت اصلاح اساسی سیستم زندان، استخدام و آموزش نیروی بشری متخصص و اعمار زندان‌های ستاندارد در جریان سال‌های متمادی بعد از حصول استقلال کار اساسی صورت نگرفت. البته به استثنای اعمار محبس مرکزی دهمزنگ که آنهم طبق معلومات موجود از معیارهای خوبی برخوردار نبوده و به سرعت به یک بنای نامیمون و محل زجر و حقارت محبوسین مبدل گشت. به این ترتیب نظام زندان و نهاد حقوقی مجازات دراین دوره شامل مرحله دوم از تحول تاریخی خود گردید، چون مجازات شدید علنی که صرف به قصد انتقام در مقابل انظار عمومی بالای مجرم تطبیق می‌گردید، دیگر در سیتم عدالت جنایی جای نداشت. اما اصل نهاد زندان در افغانستان به حکم اجبار با میراث زندانبانی که با سابقه نه چندان نیک از حکومت‌های گذشته باقی مانده بود برای مدت بیش‌تر از نیم قرن دیگر دوام نمود. در راستای همین وضعیت بزرگترین زندان افغانستان، بشکل پخته و اساسی در ساحه پلچرخی

۲۷. محمد احرار احرا، محبس محل تجدید تربیت و ندامتگاه (کابل: بی نا ۱۳۷۹)، ص. ۱۴-۱۵

۲۸. نیاز محمد حسین خیل، زندان و حقوق زندانیان در فقه و قوانین مدرن، (پایان‌نامه فوق لسانس، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کابل، ۱۳۸۲)، ص. ۷۵.

شهر کابل اعمار گردید، که در ادامه بحث به بررسی تحولات تاریخی و حقوقی آن پرداخته می‌شود.

۴. محبس پلچرخی

طرح ساختن یک زندان بزرگ به شکل پخته و اساسی در یکی از نواحی شهر کابل اساساً در زمان صدارت محمدهاشم ۱۳۱۲- ۱۳۲۵(۱۹۳۳-۱۹۴۶ میلادی) مطرح گردید. چون در آن وقت امکان تطبیق نیافت، در زمان صدارت محمد داود ۱۳۳۲-۱۳۴۲ (۱۹۵۳-۱۹۶۳ میلادی) مجدداً مطرح گردید که باز هم اقبال تحقق نیافت. این پلان یکبار دیگر در زمان حکومت صدراعظم نور محمد اعتمادی ۱۳۴۶-۱۳۵۰ (۱۹۶۷-۱۹۷۱ میلادی) نیز طرح گردید ولی بدلیل نبود منابع مالی بازهم از تحقق بازماند. بالاخره، در زمان ریاست جمهوری محمد داوود ۱۳۵۲-۱۳۵۷ (۱۹۷۳-۱۹۷۸ میلادی) پلان اعمار زندان در ساحه پلچرخی کابل ابتدا مورد باز نگری قرارگرفت و در سال ۱۳۵۳ (۱۹۷۴ میلادی) کار عملی آن زیر عنوان پروژه محبس مرکزی پلچرخی در ساحه پروژه ارزان قیمت آغاز گردید.[۲۹] نقشه محبس پلچرخی از جانب یک انجینیر هندوستانی تدارک و در آن اعمار چندین تعمیر را که گنجایش حدود شش تا هفت هزار تن محبوس را داشته باشد، در ساحه ۲۲۵.۶ هکتار (۱۱۲۸ جریب) زمین در نظر داشته.[۳۰] قبل براینکه وارد مسایل تاریخی محبس پلچرخی گردیم، ارایه تصویری از ساختمان و وضعیت موجود محبس خالی از فایده نخواهد بود. ساختمان‌های اصلی محبس به شکل یک دایره مکمل طرح گردیده که در داخل آن هشت بلاک از مرکز بطرف محیط دایره دیزاین و ساخته شده است. این بخش قسمت اصلی محبس پلچرخی می‌باشد که با دیوار حلقوی بسیار مستحکم و استوار ساخته شده از سنگ احاطه گردیده‌است. در سمت شرقی و غربی آن الحاقیه های بشکل بلاک‌های جداگانه اعمار شده که هرکدام آنها دارای حصارهای محافظوی بوده و تقریباً عین مشخصاتی را دارند که بخش مرکزی محبس دارد، بناً از این تعمیرات نیز منحیث زندان استفاده می‌شود. به همین ترتیب یک تعداد تعمیرات خورد و بزرگ دیگر نیز در اطرف قسمت مرکزی محبس وجود دارد که برای سهولت‌های دفتری، شاپ‌های تخنیکی، مطبخ و ذخیره‌خانه‌ها از آن استفاده می‌شود. محلات حبس در محبس پلچرخی شامل اتاق‌های محبوسین است که بشکل اتاق‌های گروهی (وینگ/رینگ) به اندازه‌های متفاوف و اتاق‌های انفرادی ساخته شده و با سهولت‌های چون حمام و تشناب مجهز می‌باشد. در ضمن محلات جداگانه برای

۲۹. ابوذر پیرزاده غزنوی، تاریخ سیاسی افغانستان معاصر کودتای ۱۳۵۲ و جمهوریت داود خان (تهران: نشرات احسان ۱۳۸۹)، ص. ۲۳۰-۳۲.
۳۰. گفته می‌شود که انجینیر دیزاینر این پروژه پیرو ایدیولوژی کمونیسم و عضو حزب کمونیست بوده است.

کلینیک صحی، کتاب‌خانه، محلات تفریح و ملاقات محبوسین در نظر گرفته شده است. البته تمام این تاسیسات توسط یک احاطه سنگی عظیم، که سومین حصار زندان را تشکیل می‌دهد، محدود گردیده. با آنکه تا هنوز هیچ قضیه فرار و یا نفوذ بداخل محبس پلچرخی ثبت تاریخ نشده است، بخاطر رعایت شرایط بهتر امنیتی جرّ بزرگی در فاصله چند متری بیرون از محوطه عمومی محبس وجود دارد که تمام محیط محبس را احاطه نموده است و همراه با ترتیبات امنیتی و سیم خاردار اولین سد بیرونی و آخرین سد داخلی محبس پلچرخی را تشکیل می‌دهد.

با توضیحات مختصر فوق در مورد ساختمان محبس پلچرخی بر می‌گردیم به مسایل تاریخی آن. به قول واقعه نگاران، زمان تولد محبس پلچرخی و گذاشتن سنگ تهداب آن بدست محمد داوود مصادف با تیرگی روابط رئیس جمهور با حامیان و هم پیمان هایش بوده، روی این ملحوظ موصوف به این پروژه علاقه زیاد داشت و همواره از نزدیک کار اعمار آنرا نظارت می‌کرد. انجینیران طراح زندان همراه با وزیر داخله حکومت محمد داوود، منحیث مسوولان درجه اول، موظف بودند تا از جریان تطبیق پروژه به صورت یومیه و دقیق نظارت نمایند.[۳۱] در مورد اینکه هدف از اعمار این زندان چی بوده و چرا با وجود تلاش‌های زیاد حکومات قبلی قادر به اعمار آن نشدند و بخصوص اینکه محمد داوود چگونه توانست زندان مذکور را اعمار نماید، نظریات ضد و نقیض وجود دارد. تعدادی از مولفان و مورخان اعمار محبس پلچرخی را بخشی از برنامه‌های انکشافی محمد داوود برای بهبود امنیت و ثبات دولت می‌دانند. در حالیکه دیگران موضوع را با دوره جنگ سرد و مداخله اتحاد جماهیر شوروی سابق در افغانستان مرتبط می‌پندارند. این در حالیست که دسته دیگری از محققان موضوع را با برنامه‌های اصلاحی و بهبود وضعیت زندان‌ها که مختصری از نابسامانی‌های آن در بخش اول این اثر تذکر داده شد، پیوست می‌دهند.

در میان سایر مباحث نظریات دوتن از اراکین پولیس افغانستان که سابقه کاری با رژیم محمد داوود و نظام‌های قبلی آنرا دارند در خور توجه می‌باشد. مل پاسوال حبیب الرحمن سهر مسول کنترل تدارکات وزارت امور داخله جمهوری اسلامی افغانستان که از افسران سابقه دار پلیس می‌باشد و در موقع ساختن محبس پلچرخی مشمول برنامه‌های نظارتی از آن محبس بوده، احداث محبس پلچرخی را اقدامی بخاطر بهبود وضعیت زندان‌ها می‌داند. به قول این افسر پلیس قبل از احداث محبس پلچرخی یک چنین سهولتی برای نگهداری محبوسین وجود نداشت. محبس مرکزی

۳۱. محمد عثمان روستار، محبس پلچرخی دوزخ استعمار روسها در افغانستان (لاهور: العربیه ۱۳۶۹)، ص. ۸۲.

دهمزنگ، یگانه جای بود که باید همه محبوسین مرکز و شماری از محبوسین ولایات که محکوم به حبس طولانی بودند باید مدت حبس شان را در آنجا سپری می‌کردند. وضعیت زندان دهمزنگ بی نهایت وخیم بود و ازدحام زندان به اندازه بود که محبوسین در دهلیزها شب و روز خود را در وضعیت رقت بار سپری می‌کردند و زندان به جز از زجر، شکنجه و توهین محبوسین دیگر کارکردی نداشت. به همین منوال، مل پاسوال عبدالمنان همدل استاد اکادمی پولیس افغانستان در موقف مقایسه محبس پلچرخی با زندان‌های گذشته در طول تاریخ افغانستان این زندان را غنیمت بزرگ می‌داند که در آن تعداد زیاد از مجرمین زندگی حداقل آبرومند دارند. همدل می‌افزاید که در گذشته هیچ موردی دیده نمی‌شود که هدف اصلاحی و رویه انسانی با مجرم در پالیسی زندان‌ها بوده باشد، برعکس زندان‌ها همواره تلاش نموده‌اند تا محلاتی باشند که حیثیت و سلامت جسمی و روانی زندانیان را به مخاطره می‌انداخت.[۳۲] با این مقایسه، کنگاش و استنتاج از چشم‌دیدشان از محبس پلچرخی و سایر زندان‌ها هردو به این نتیجه رسیده اند که اساساً اعمار محبس پلچرخی گامی بود حداقل در راستای بهبود وضعیت زندان‌ها در کشور. ناگفته نباید گذاشت نظریات مخالف دراین مورد را نمی توان دست کم شمرد. چون تعداد کثیری از مورخان و تحلیل گران احداث محبس پلچرخی با انگیزه‌های سیاسی و سرکوب گرایانه مرتبط دانسته و باور دارند که هیچ نوع برنامه و پلان اصلاحی دراین مورد مطرح بحث نبوده است.[۳۳]

با درنظر داشت مباحث فوق، ابراز نظر در مورد اهداف زندان و یا قصد محمد داوود در تعمیر آن مربوط به برداشت‌های شخصی مولفان و مورخان می‌باشد و کدام اسناد معتبری مانند اسناد پروژه زندان و یا مباحثات حکومتی در مورد آن، اقلاً در حال حاضر در دست نیست تا صحت و سقم این موضوع را تائید نماید. از جانبی هم حکومت محمد داود بمجرد تکمیل پروژه زندان سرنگون و اکثریت اعضای آن به شمول خودش کشته شدند و پیشبرد امور زندان بدست حکومت جدید منتهی گردید. حکومت جدید نه تنها که هیچ همخوانی از لحاظ سیاسی و حقوقی با رژیم محمد داوود نداشته بلکه می‌توان گفت که در جهت متضاد او قرار داشت. علاوه برآن، محبس پلچرخی از زمان تأسیس آن تا اکنون هیچگاه بصورت اکادمیک مورد مطالعه قرار نگرفته و مدارک

۳۲. عبدالمنان همدل، حقوق اداره زندان، (کابل: ریاست تعلیم و تربیه وزارت امور داخله ۱۳۹۴)، ص. ۸۵.

۳۳. ابوذر پیرزاده غزنوی، تاریخ سیاسی افغانستان معاصر کودتای ۱۳۵۲ و جمهوریت داود خان (تهران: نشرات احسان ۱۳۸۹)، ص. ۲۳۲؛ حسینی هریپور، نگاهی به محبس پلچرخی کابل (کابل: بی نا ۱۳۶۸)، ص. ۴۸؛ محمد صدیق پتمن، ترخی خاطری: پلچرخی د افغانانو وژنحای، (انجمن ژورنالیستان بی جا، بی نا)

کافی که در راستای تحقیقات علمی استخراج شده باشد در مورد این زندان تولید نگردیده است. با این توضیح، بحث خود را پیرامون شیوه کار محبس پلچرخی و روشهای استفاده از آن طی چهار دوره تاریخی حیات آن ادامه می‌دهیم.

۱-۴. محبس پلچرخی در زمان حکومت حزب دیموکراتیک (جمهوری دیموکراتیک افغانستان)

قبل از اینکه در مورد محبس پلچرخی دراین دوره صحبت شود، بهتر است ابتدأ در مورد نوعیت نظام در دوره حاکمیت حزب دیموکراتیک و طرز فکر آن در مورد عدالت جنائی مختصراً اشاره صورت گیرد. نظام مبتی بر حاکمیت حزب دیموکراتیک یک نظام ایدیولوژیک با گرایش چپی بود که از جانب شوری سابق حمایت می‌گردید. با توجه به گرایش ایدیولوژیک حزب و اتکا نظام به قوت عسکری، تمام زمان اقتدار حزب در حالت حکومت نظامی و آماده باش برای جنگ سپری گردید. با این وضع، تعریف این نظام از جرم و مجرم مشخص نبود، چون عملاً هر شخصی که در مقابل اهداف نظام قرار می‌گرفت و یا حتی اشخاصی که به عقاید متفاوت از مفکوره چپی گرایش می داشت، می‌توانست مجرم شناخته شده و مجازات گردند. در عین زمان با وجودیکه حزب دیموکراتیک اساساً به عنوان یک حزب شناخته می‌شد، در اصل از دو شاخه متفاوت ساخته شده بود. این دو شاخه که یکی بنام شاخه خلق و دیگری بنام شاخه پرچم مسمی بودند، بر سر ایجاد دو سیستم متفاوت حکومتداری که هردو از مفکوره واحد کمونیسم سرچشمه می‌گرفت با هم در رقابت شدید قرار داشتند.

از نظر ثبات نظام، در مدت زمان کوتاه حاکمیت این حزب تغییرات زیادی در حلقه رهبری حزب و ریاست جمهوری واقع شد و می‌توان گفت که تغییرات متواتر به نحوی در عدم ایجاد یک سیستم منصفانه عدالت جنایی نقش داشت. جهت ارایه تصویری روشنتر از این تغییرات، مختصری از تحولات رهبری حزب ذیلاً اشاره می‌شود: رهبری حزب با مطرح‌شدن نور محمد تره‌کی که طرفدار سر سخت شوروی سابق بود، آغا می‌گردد. تره‌کی در بین سال‌های ۱۳۴۴-۱۳۵۸ (۱۹۶۵-۱۹۷۹ میلادی) زمام امور حزب را دردست داشت و بدلیل نزدیکی‌اش با مسکو روابط افغانستان و اتحاد جماهیر شوروی سابق در زمان ریاست جمهوری او ۱۳۵۷-۱۳۵۸ (۱۹۷۹ میلادی) بسیار خوب بود. در سال ۱۳۵۸ (اواخر ۱۹۷۹ میلادی) حفیظ الله امین با خلع نمودن تره‌کی در نتیجه یک منازعه داخلی، منحیث رئیس جمهور و منشی عمومی کمیته‌ای مرکزی حزب

معرفی گردید ۱۳۵۸-۱۳۵۹ (۱۹۷۹-۱۹۸۰ میلادی). بعد از این تحول در رهبری حزب، روابط افغانستان و اتحاد جماهیر شوروی سابق شدیداً به سردی گرایید. چون شوروی سابق نمی‌خواست در حساس ترین مرحله جنگ سرد با کشور مهمی مثل افغانستان روابط نامساعد داشته باشد، تصمیم گرفت با یک مداخله مستقیم نظامی که تحت عنوان عملیات طوفان صحرا (۳۳۳) در مسکو طراحی شده بود موضوع را یک‌جانبه سازد.[۳۴] طی این عملیات روس‌ها در اولین اقدام حفیظ الله امین را که رئیس جمهور آن وقت بود در دفتر کارش به قتل رسانیدند. بمجرد قتل حفیظ الله امین، ببرک کارمل منحیث منشی عمومی کمیته مرکزی حزب و رئیس جمهوری افغانستان ۱۳۵۹-۱۳۶۵ (۱۹۸۰-۱۹۸۶ میلادی) منتصب و معرفی گردید. بعد از پنج سال حاکمیت کارمل، محمد نجیب‌الله احمدزی ابتدأ منحیث منشی عمومی کمیته مرکزی حزب و سپس منحیث رئیس جمهوری افغانستان ۱۳۶۵-۱۳۷۱ (۱۹۸۶-۱۹۹۲ میلادی) انتصاب یافت.

در وضعیت بی ثبات سیاسی این دوره، سیستم عدلی و قضایی کشور بی نظمی شدیدی را تجربه می نمود و برای حزب بر سر اقتدار فرصت بدست گرفتن و کنترل مطلق زندان‌ها مساعد گردیده بود. بخصوص محبس پلچرخی که دراین دوره پرآوازه بود اکثراً خارج از محدوده صلاحیت‌های قضایی کنترل می‌شد. حزب دیموکراتیک بمجرد اینکه به قدرت رسید با اعلان عفوه عمومی تمام زندانیان را در سراسر کشور به این استدلال که در زمان ریاست جمهوری محمد داود در مورد شان عدالت به شیوه درست آن تحقق نیافته بود از زندان‌ها آزاد ساخت. این در حالیست‌که بعضی ادعاهای وجود دارند که این عفوه به معنی واقعی آن عمومی نبوده چون تعدادی از اشخاص نخبه و بخصوص کسانیکه دارای تمایلات اسلامی بودند هرگز از زندان‌ها رها نشدند. به هرحال، دیده می‌شود که رژیم بر سر اقتدار بعد از اعلان عفوه عمومی به آرامی دروازه‌های محبس پلچرخی را باز نمود تا از آن منحیث محل تعذیب و شکنجه گاه عمومی استفاده نماید. این زندان در پهلوی مجرمین جنایی، اساساً کسانی را هدف قرارداد که با مفکوره کمونیسم و اشغال افغانستان از جانب اتحاد جماهیر شوروی سابق مخالفت داشتند. محبس پلچرخی بصورت خاص در جریان سال‌های ۱۳۵۷ و ۱۳۵۸ (۱۹۷۸/۹ میلادی) خشن ترین دوره را سپری نموده و در اذعان مردم افغانستان از خود تصویر بسیار بدی بجا گذاشت.

در مورد شیوه کارکرد محبس پلچرخی باید گفت که اصلاً عدالت جنایی در مراحل ابتدایی

۳۴. مشکل یاد شده یکی از جمله عوامل متعدد منطقوی و فرامنطقوی تجاوز شوروی سابق بر افغانستان منحیث یک پدیده سیاه تاریخی می‌باشد.

حاکمیت حزب دموکراتیک با دستگیری ابتدایی افراد کارش را آغاز می‌کرد، البته این دستگیری‌ها اکثر اوقات بر اساس گزارش‌های اداره استخبارات صورت می‌گرفت. بعداً پروسه تحقیق بکار می‌افتید که معمولاً توام با تعذیب و بمنظور گرفتن اعتراف از اشخاص تحت توقیف عملی می‌شد. در نهایت اکثریت مطلق کسانیکه دستگیر می‌گردید زندانی و برای مدت نامعلوم و یا بخاطر تطبیق جزای اعدام (تیرباران) در محبس نگهداری می‌شدند.[۳۵] از شواهد ارایه شده معلوم می‌شود که زندان به سلول‌های عمومی و انفرادی منقسم و قصداً بسیار مزدحم، بسیار کثیف و متعفن نگهداری می‌شد تا زندانیان بصورت مداوم اذیت شده و تحت فشار قرار داشته باشند. در هر سلول حدود ۱۲۰ تا ۱۳۰ محبوس گنجانیده شده بود طوریکه برای هر محبوس محل کم‌تر و یا برابر با ۵۰x۱۵۰ سانتی متر اختصاص می یافت. محبوس مکلف بود تا تمام امور از جمله حفظ اسباب و لوازم، خورد و نوش، خواب و عبادت خود را در همان محل انجام دهد. البته، مساحت قابل استفاده برای زندانیان تناسب معکوس با درجه مقاومت در مقابل تهاجم شوری داشت. در صورت بلند رفتن مقاومت زندانیان ازدیاد می‌یافت و در هر سلول عمومی از ۲۵۰ الی ۶۰۰ محبوس جایگزین می شدند.[۳۶] در مورد اعاشه محبوسین مشکلات جدی وجود داشت، مواد خوراکی که برای محبوسین تهیه می‌گردید آب کدو، آب زردک، آب بادنجان سیاه، آب شلغم و آب برگ چغندر می‌بود. غذا در آشپزخانه‌ها طبخ و توسط موترهای عسکری همه روزه ساعت یک (۱:۰۰) بعد از ظهر به محبوسین انتقال می‌شد. غذا در سطل پلاستیکی که یک سطل آن برای ده محبوس اختصاص داشت، توزیع می‌شد. روند توزیع طوری بود که «سطل بدست سرگروپ زندانیان داده می‌شد، اگر غذا زردک می‌بود [استحقاق ده محبوس] نیم سطل آب و پنج عدد زردک، اگر بادنجان می بود نیم سطل آب و دو عدد بادنجان، اگر برگ چغندر می‌بود نیم سطل آب و یک پاو برگ چغندر داده می‌شد».[۳۷] گاهی اوقات برنج هم طبخ می‌شد ولی کیفت آن بسیار خراب و نظافت چه در هنگام پختن و چه در هنگام انتقال در نظر گرفته نمی‌شد. در غذای طبخ شده همیشه حشرات مرده پیدا می شد، در صورتی که غذا مایع می بود آشپز وظیفه داشت تا حشرات مرده را در مقابل چشم محبوسین قبل از توزیع آن

۳۵. قابل به تذکر است که در مراحل بعدی و بخصوص بعد از سال ۱۳۶۰ سیستم محکمه انقلابی بمیان آمد که فیصله های آن یک مرحله یی بود. محکمه انقلابی اکثراً با تأخیر دایر و هدف آن نهادن مهر مشروعیت بر اتهاماتی بود که دستگاه استخبارات بالای اشخاص بسته و در جریان تحقیق بالای شان پذیرفته شده بود. این محکمه ظاهراً در طول زمان فعالیت خود ادعای عمده سازمان استخبارات را در مورد اشخاص متهم رد ننموده است.

۳۶. محمد عثمان روستار، همان اثر (لاهور: العربیه ۱۳۶۹)، ص. ۹۳؛ ن حسینی هریپور، همان اثر (کابل: بی نا ۱۳۶۸)، ص. ۲۲.

۳۷. حسینی هریپور، همان اثر (کابل: بی نا ۱۳۶۸)، ص ۵۶ و ۵۷؛ محمد عثمان روستار، همان اثر (لاهور: العربیه ۱۳۶۹)، ص. ۱۱۳-۱۱۹؛ بهادل مالک عبدالرحیمزی، ارمغان زندان یادداشت های عبدالمالک عبدالرحیمزی، (کابل: بنیاد عبدالرحیمزی ۱۳۸۳)، ص. ۱۲۳

از غذا بیرون کند اما اگر غذا برنج می بود اینکار را باید خود محبوسین می‌کردند. به همین ترتیب محبوسین از نگاه دسترسی به تشناب و آب آشامیدنی نیز در تعسر و تنگنا نگهداری می‌شدند.

دراین میان موضوع جالب اینست که برای محبوسین محکوم به اعدام رژیم غدایی خاصی وجود داشت. این محبوسین برای مدت شش ماه تحت رژیم‌های متفاوت قرار می‌گرفتند. در پهلوی اینکه روزانه معادل (۱۰) دالر آمریکایی صرف طعام ایشان می‌شد، دوبار در هفته برایشان مینوی غذایی خاص بنام غذای هفت رنگ تهیه و صرف می‌گردید. در ضمن آنها از جانب مشاوران شوری مواظبت بسیار جدی می‌شدند. دراین مورد ادعا شده که این خدمات ناشی از حس بشردوستی نبوده بلکه با سو نیت صورت می‌گرفت تا باشد با صرف این رژیم غدایی و مداوا، خون این محبوسین تصفیه و پاکسازی گردد. چون قبل از اعدام تمام خون از بدن شان گرفته و برای طرفداران نظام که در جنگ مجروح می شدند به‌مصرف رسانیده می‌شد.[۳۸]

محبوسات (محبوسین اناث) در بلاک جداگانه جایگزین بودند که بنام کلنیک معروف بوده و هنوز هم به همین نام یاد می‌شود. این بلاک نسبتاً پاک است و نفوس کم‌تر دارد، روی همین ملحوظ مشاورین روسی و مقامات زندان که ارتباط بسیار نزدیکی همراه با رهبری حزب دیموکراتیک داشتند در همین بخش مسکن گزین می‌شدند. اما کیفت غذا و سایر شرایط بود و باش محبوسات طبق لایحه معمول و کاملاً مانند محبوسین دیگر می‌باشد. بقول هریپور موجودیت مشاورین و مقامات نزدیک به حزب در بلاک اناثیه دال براین بود که محبوسات مورد سوء استفاده‌های جنسی، تجاوز و شکنجه قرارمی گرفتند: «خانمی که نمای از آدم را داشت با تن نحیف و هیکل ژولیده معلوم می‌شد. بطور مخفی از وضع محبوسات از او پرسیدم. خانم ۱۷ ساله که خود را ملیحه معرفی می‌کرد و به جزای ۱۷ سال حبس محکوم بود گفت: اکثریت زنان محبوس به امراض نسائی گرفتاراند زیرا در دوران تحقیق علاوه بر اینکه روس‌ها و اعضای خاد با آن‌ها افعال شنیع [تجاوز جنسی] را انجام می‌دهند، شیشه [بوتل] نوشابه را به سبیلین آنها داخل می‌کنند. زیادتر این اعمال ناشایسته را در مقابل شوهر و اعضای فامیل آنها انجام می‌دهند». وی می افزاید که «در ماه جون سال (۱۹۸۸ میلادی) هنگامی‌که از زندان آزاد شدم، پنج نفر از زنان محبوس نیز رهائی یافتند یکی از زمره آنها که تازه از اثر فعل نامشروع باردار گردیده بود تحمل این بار گران را کشیده نتوانست صبر و شکیبائی را از دست داد، ننگ و غرور وی را به مرگ تشویق و تحریک کرد و لذا شب هنگام خود را انتحار

۳۸. حسینی هریپور، همان اثر (کابل: بی نا ۱۳۶۸)، ص. ۲۷.

کرد».[۳۹]

معلومات در مورد واقعات محبس پلچرخی از طریق اعضای فامیل، دوستان و آشنایان کسانی‌که در محبس زندانی می‌شدند به بیرون منتشر می‌شد و گاهی هم داستان‌های محبس به عنوان یک راه کرد، به قصد ارعاب سایر اتباع از سوی دولت نشر می‌شد. در همین حال یک تعداد اشخاص سرشناس که به عنوان محبوسین سیاسی در محبس پلچرخی زندانی بودند داستان‌ها و خاطرات خود را از این محبس تحریر می‌نمودند. اگرچه نوشته‌های مشمول هردو کتگوری تا حد زیادی اغراق آمیز است، اما در زمان حاضر ممد خوبی برای فکر کردن در مورد وضعیت عمومی زندان و در کل ابعاد متفاوت عدالت جنایی بوده می‌تواند. هم‌زمان با این آثار، نویسنده‌های بین‌المللی نیز به توضیح و تشریح احصائیه‌ها، اوضاع و شرایط محبس پلچرخی پرداخته اند که می‌تواند مصدق بعضی از آثار و داستان‌های نشر شده از جانب محبوسین سیاسی باشد و هم در تائید و یا رد ادعاهای اغراق آمیز آنها مساعدت نماید. برای نمونه احصائیه‌های نشر شده از جانب تایس بیرگر (Thijs Berger) حارنوال هالندی که معلومات موثق در باره کشتار ۵۰۰ تن زندانی پلچرخی را ارایه کرد و اذعان داشته که در دوره حاکمیت حزب دیموکراتیک محبس پلچرخی به عنوان یک کشتار گاه استفاده می‌شد.[۴۰] این حانوال زمانی به معلومات یاد شده دست یافت که تحقیق در مورد دوسیه نسبتی یکی از اعضای دایمی حزب دیموکراتیک بنام امان الله عثمان را در کشور هالند پیش می‌برد. گزارش‌ها و احصائیه‌های موجود از جمله تحقیقات کابلان (Kaplan) نیز نشان می‌دهد که رقم ارائیه شده صرف یک بخش کوچکی از قتل‌های است که در بین سال‌های ۱۳۵۷-۱۳۵۸ (۹-۱۹۷۸ میلادی) صورت پذیرفته است و رقم کامل آن شاید بسیار بیش‌تر از ۲۷۰۰۰ مورد باشد. سند دیگری که می‌تواند مصداق این ادعا باشد موردی است که از جانب حسینی ارایه و مستند سازی شده است. در جریان سال ۱۳۵۸ (۱۹۷۹ میلادی) به تعداد یک صد نفر از باشنده‌های ولایت غزنی توسط اداره استخبارات دستگر و طی یک نامه رسمی به محبس پلچرخی جهت نگهداری معرفی می‌گردند. اما اداره محبس پلچرخی از پذیرش ایشان امتناع ورزیده طی نامه رسمی ابلاغ می‌نماید که برای محبوسین جدید در محبس پلچرخی جای وجود ندارد. مقامات

۳۹. حسینی هریپور، همان اثر (کابل: بی نا ۱۳۶۸)، ص. ۱۳ـ۱۶.

۴۰. جهت مزید معلومات به ویب سایت های ذیل مراجعه شود:
https://www.om.nl/onderwerpen/internationale/death-lists و http://www.bbc.com/news/magazine-28645671

مسول وزارت داخله در ذیل همان نامه به اداره زندان هدایت می‌دهند که درصورت نبود جای زندانیان را پولیگون نمایید.[۴۱]

به هر حال، اشارات فوق حکایت مختصری از هزاران مورد سوء استفاده، تجاوز، قتل و کشتار خارج از محدوده صلاحیت‌های قضایی، نقض حقوق بیشری و سایر فجایع انسانی می‌باشد که در دوران حاکمیت حزب دیموکراتیک با استفاد از محبس پلچرخی بر محبوسین و سایر اتباع افغانستان ارزانی شد. قابل ذکر است که دامنه آثاری که به ثبت این وقایع پرداخته‌اند محدود نبوده ولی جستجو و تفحص در آن خواننده را همواره با داستان همگونی که از دیدگاه‌های مختلف بررسی گردیده و در بسا موارد المناک است، مواجه می‌سازد.[۴۲] بنابرآن واضح است که محبس پلچرخی در زمان حاکمیت حزب دموکراتیک بیش‌تر منحیث مکانی برای سرکوب سیاست‌گران مخالف حکومت استفاده شده تا محلی برای اصلاح و تربیه مجرمین. سیاست جنائی حزب و روش اداره زندان در دوره زمامداری حزب اعم از نورمحمد تره‌کی، حفیظ‌الله امین، ببرک کارمل و نجیب‌الله تقریباً مشابه بوده. با این تفاوت که در دو سال نخست حکمرانی این حزب، محبس پلچرخی صرف منحیث یک کشتارگاه، ماشین حذف مخالفین سیاسی و وسیله برای ایجاد رعب و ترس استفاده می شد. اما در سال‌های اخیر حاکمیت حزب بعضی اقداماتی در راستای بهبود وضعیت اصلاح و تربیه و در کل شرایط زندگی محبوسین در محبس پلچرخی مشاهده می‌شود. شاید یکی از دلایل چنین اقدامات، شروع پروسه مصالحه ملی از جانب حکومت بوده و بدلیل اینکه اکثراً

۴۱. پلیگون دشتی است در مجاورت محبس پلچرخی و این همان کشتارگاه مشهور حزب دموکراتیک است که هزاران فرد بی گناه مظلومانه و بصورت دسته جمعی در آنجا تیرباران و یا زنده بگور شده اند. به قول عبدالله احمدی فعال مدنی که در سال ۲۰۱۴ از محل دیدن نموده، پلیگون اکنون محل آموزش تیر اندازی نیرو های امنیتی افغانستان می‌باشد که در پلچرخی و در دامنه دو کوه واقع شده و منطقه کاملاً نظامی است. اساساً مقبره مشخص وانفرادی در آن وجود ندارد چون اکثر قربانیان به صورت دسته جمعی شهید و در آنجا مدفون شده اند. در نقطه ای از آن دشت که فرورفتگی زمین شکل جداگانه ای به آن داده و حدود دو متر عرض و هفتاد و پنج متر طول داشت، ادعا می شد که محل دفن معترضین قیام چنداول است. مکان دیگری که بر اثر فرو رفتگی خاک از زمینهای دیگر متمایز بود و حدود ۴۵ متر طول داشت، محل دفن دسته جمعی تعدادی از شهدای لست اخیراً نشر شده {اشاره به لست تایس بیرخر} را تشکیل می داد. نقطه ای دیگری که به صورت تپه در آن دشت نمایان بود، گفته می شد آن محل دفن انسانهای زنده و نیم جان است که به صورت دسته جمعی زیر خاک شدند. تپه ای کوچک دیگری که یک بیرق سبز کهنه بر روی آن نصب شده بود، محلی بود که اسکلت های محمد داود رئیس جمهوری اسبق را از آنجا پیدا کرده بودند. یکی از حاضرین مدعی بود که وقتی یکی از قبرهای دسته جمعی توسط سازمان عفو بین‌الملل جهت تحقیقات باز شد، اسکلتهایی را یافتند که دستهایشان با ریسمان پلاستیکی از عقب بسته شده بود. یکی ازحاضرین می گفت که در هر نقطه ای پلیگون انسانی زیر خاک خفته است و شمار کشته ها خیلی زیادتر از آن است که تصورش می رود. اکثر قبرهای دسته جمعی با بولدزر کنده شده بوده و متهمین به مرگ را با دست های بسته در لبه قبر ایستاده می کردند و بعد از فیر (شلیک) گلوله به داخل گودال می انداختند و سپس با بولدزر دو باره پر میشد.

۴۲. مراجعه شود به: محمد عثمان روستار، محبس پلچرخی دوزخ استعمار روسها در افغانستان، (لاهور: العربیه ۱۳۶۹)؛ رحمت الله غرزی، خاطرات زندان پلچرخی، (پشاور: آریانا آفست ۱۳۶۷)؛ کبیر توخی، خاطرات زندان پلچرخی ـ سلسله مقالات، (بی جا، بی نا: مارچ ۲۰۱۱ ـ ۲۰۱۵)؛ حسینی هرپیور، نگاهی به محبس پلچرخی کابل، (کابل: بی نا ۱۳۶۸)؛ خیل حیفی، در تیره گی های زندان خلق و پرچم و حادثه کابل، (دهلی: بدالیا ۱۳۷۱)؛ سلطانعلی کشتمند، یادداشت های سیاسی و رویدادهای تاریخی: خاطرات شخصی با برهه ای از تاریخ سیاسی معاصر ـ جلد ۱ و ۲، (کابل: نجیب کبیر ۲۰۰۲)؛ عبدالرب الرسول سیاف، بخشی از خاطرات زندان، (بی جا، بی نا ۱۳۸۱)

شخصیت‌های با نفوذ مخالف دراین موقع در محبس پلچرخی زندانی بودند، تغییر در شرایط زندان شاید یکی از موجبات سیاسی و یا امتیازاتی بوده که حکومت خواسته برای مخالفین اش ارایه نماید. از سویی هم تعداد از کادرهای وابسته به حزب که در سال‌های اخیر دهه هشتاد میلادی برای تحصیلات به خارج بخصوص به شوروی سابق رفته بودند، با آموزش‌های جدید و تخصصی از جمله در عرصه اداره زندان به افغانستان بازگشت نمودند. مل پاسوال سردار محمد سلطانی، یکی از کسانی بود که ماستری خود را در بخش اداره زندان در اتحاد جماهیر شوری سابق گرفته بود و در سال ۱۳۷۰ (۱۹۹۰ میلادی) منحیث قوماندان محبس پلچرخی گماشته شد. به قول جنرال سلطانی زمانی که وی مسولیت زندان را به عهده گرفت وضعیت زندان خوب نبود و نیاز بود آنچه که وی در زمان تحصیل آموخته بود در عمل پیاده کند. اولین کاری که جنرال انجام داد، جدا سازی زندانیان جنائی از محبوسین سیاسی بود. چون نگهداری این دو گروه از زندانیان بصورت جمعی و در اتاق‌های مشترک از دید نظری و عملی کار نادرست بود. موصوف این دو گتگوری را در اولین ماه‌های کارش از هم جدا ساخت و از نتیجه کارش خرسند بود ولی اضافه نمود که برای تغییراتی که وی می‌خواست عملی نماید، زمان کافی در اختیار نداشت، زیرا در همان سالی که وی منحیث قوماندان محبس مقرر شد، دولت محمد نجیب‌الله توسط مجاهدین سقوط داده شد.[۴۳]

در اخیر قابل تذکار است که سومین قانون محابس درسال ۱۳۶۱ (۱۹۸۲ میلادی) یعنی در همین دوره نافذ شد. این قانون که طبعاً متأثر از مفکوره کمونیسم بود و به مشوره نزدیک مشاورین روسی ساخته شده بود، اصلاح و تربیه مجدد مجرمین را منحیث عمده‌ترین هدف نظام زندان معرفی کرده است.[۴۴] قانون در اولین بخش موضوع نگهداری محبوسین سیاسی را مورد عنایت قرارداده و با انتقال مسولیت آن از اداره خدمات اطلاعات دولتی (خاد) به وزارت اموردخله، به پیش‌بینی شرایط امنیتی شدیدتری در زندان‌ها پرداخته است.[۴۵] در ضمن یکی از تفاوت های عمده این قانون با قوانین قبلی در تقسیم دقیق رژیم های حبس به رژیم خاص (برای محبوسین سیاسی) و رژیم عادی

۴۳. مصاحبه با مل پاسوال سردار محمد سلطانی از اراکین کادری پولیس ملی افغانستان که برای یک دوره کوتان در زمان حاکمیت حزب دیموکراتیک منحث قوماندان محبس پلچرخی ایفای وظیفه نموده و برعلاوه تحصیلات نظامی در رشته پولیس ماستر در رشته اداره زندان می‌باشد.

۴۴. قانون تطبیق مجازات حبس در محابس (شماره نوزدهم ـ۱۶ جدی ۱۳۶۱) ماده ۲: "تطبیق مجازات حبس در محابس بمنظور اصلاح محبوسین، آماده ساختن ایشان به کار مفید اجتماعی، احترام و رعایت قوانین عنعنات و سایر نورم های زندگی اجتماعی و اخلاق انسانی و عدم عودت به ارتکاب جرم صورت میگیرد".

۴۵. قانون تطبیق مجازات حبس در محابس (شماره نوزدهم ـ۱۶ جدی ۱۳۶۱) ماده ۱۱: "اجرااات مقتضی در محابس عبارت اند از بند۲: تلاشی محبوسین، سانسور مراسلات و مکاتبات و کنترول پارسل ها و ضروریات مرسله. بند ۴: تدارک اطاقهای جریموی در محبس جهت کوته قفلی محبوسین متخلف از نظم و دسپلین". به محتوای فرمان مورخ (۲/۸/۱۳۶۱) نیز مراجعه شود.

(برای محبوسین جنائی) و پیش‌بین شرایط نگهداری، حقوق و امتیازات هرکدام می‌باشد. به همین ترتیب، فصل سوم و فصل چهارم قانون به چگونگی اشتغال به کار، تربیت و بازپروی محبوسین اختصاص یافته و مشمول محتویات مفصل برای تنظیم امور مربوطه می‌باشد. تفاوت عمده دیگر تعیین حداقل جای بود و باش برای هر محبوس می‌باشد.[۴۶] علاوه برآن تدابیریست که منحیث بدیل حبس تحت عنوان رهایی مشروط (فقره ۴ ماده ۶۴)، پیشگیری از ازدحام با شامل ساختن مدت توقیف در میعاد حبس (ماده ۶۶) و تفتیش محابس توسط اداره حارنوالی در هر شش ماه یکبار (فقره ۲ ماده ۷۲) پیش‌بینی گردیده است. ظاهراً سهولت‌های اصلاحی موجود در محبس پلچرخی مانند بخش‌های قالین بافی، بوت دوزی، نجاری و غیره میراث دوره حاکمیت حزب دموکراتیک می‌باشد. اما از مفاد قانون ۱۳۶۱ بر می آید که موضوع حفظ و نگهداری جدی و وضع شرایط خاص برای محبوسین رژیم خاص بیش‌تر مورد عنایت مقنن و رژیم سر اقتدار قرارداشته تا موضوع اصلاح و تربیه مجدد. از جانب دیگر دیده می‌شود که اسم قانون (قانون تطبیق مجازات حبس در محابس) با اهداف آن در تضاد قرار دارد، چون در ذهن هر شخص این موضوع را تداعی می‌نماید که هدف قانون تطبیق مجازات در زندان است و یا اینکه زندان صرف بخاطر تطبیق مجازات حبس و سپری نموده دوره محکومیت است تا اصلاح و تربیه مجدد. بااین نتیجه‌گیری می‌پردازیم به بررسی اوضاع محبس پلچرخی در زمان حکومت مجاهدین.

۲-۴. محبس پلچرخی در زمان حکومت مجاهدین (حکومت اسلامی افغانستان)

جنبش‌های اسلامی افغانستان اساساً در شروع نیمه دوم قرن بیستم شکل گرفته و سپس در چوکات تنظیم‌های هفتگانه در اواخر دهه هشتاد قرن بیستم که مصادف با زمان جنگ سرد می‌باشد، منسجم گردیدند. هدف اصلی این جنبش‌ها درکل و بخصوص هدف مجاهدین افغانستان، اخراج عساکر شوروی سابق، خلع نظام دست نشانده و آزاد سازی کشور از چنگ متجاوزین خارجی عنوان می‌شد. مجاهدین در آغازین سال‌های دهه نود میلادی (۱۳۷۱ هـ ش) قدرت سیاسی را با برانداختن حکومت محمد نجیب‌الله بدست گرفتند. تنظیم‌های مجاهدین از نظر سیاسی احزاب ایدیولوژیک با گرایش راست‌گرایانه ولی اکثراً میانه رو بودند. بناً، سیستم عدالت جنائی، قانون اساسی و قوانین عادی را که در زمان حزب دموکراتیک ساخته شده بود مردود دانسته در اولین اقدام قانون اساسی و

۴۶. قانون تطبیق مجازات حبس در محابس (شماره نوزدهم ـ۱۶ جدی ۱۳۶۱) ماده ۴۴: "جای بودوباش محبوس از ۲ متر مربع کم‌تر بوده نمی‌تواند".

نظام سیاسی و بخصوص نظام عدالت جنائی مبتنی بر آنرا ملغی اعلان نمودند. اما این حکومت با وجود تلاش‌های متعدد در راستای ایجاد یک سیستم عدلی و قانون اساسی جدید ناکام بود. ناکامی دیر پای حکومت دراین عرصه باعث شد تا سیستم قضایی کشور در یک وضعیت نامساعدی قرار گیرد که آهسته آهسته به یک بحران مشروعیت قضایی مبدل گشت. این بحران زمانی به اوج خود رسید که گروه‌های مجاهدین وارد درگیری‌های مسلحانه برای در اختیار نگاه داشتن مناطق مسکونی و شهرهای افغانستان شدند، درگیری‌های که به زودی به یک جنگ داخلی طولانی مدت مبدل گشت.

دراین زمان شهر کابل منحیث پایتخت کشور مورد توجه تمام تنظیم‌ها و گروه‌های وابسته به آنها بود و به بخش‌های مختلف نظر به ساختارهای قومی، اجتماعات مسکونی وابستگی‌های سیاسی با تنظیم‌ها، تقسیم شده بود. دراین میان محبس پلچرخی که در قسمت جنوب شرقی شهر کابل موقعیت دارد تحت کنترل مجاهدین مربوط به حزب اسلامی گلبدین حکمتیار و حرکت انقلاب اسلامی مولوی محمد نبی قرار گرفته و به قرارگاه نظامی مبدل گشت که الی اخیر حکومت مجاهدین به همان منوال ادامه پیدا نموده و دیگر بصورت مکمل منحیث زندان استفاده نشد. مل‌پاسوال سلطانی قسمتی از خاطرات خود را از پروسه انتقال زندان چنین حکایت می‌نماید: «بعد از تقرر منحیث قوماندان زندان و تکمیل پروسه جداسازی زندانیان سیاسی و جنائی که بیش‌تر از یک ماه طول کشیده بود، شروع به اصلاح مشکلات اعاشوی و خدمات صحی در زندان نمودیم. اولین روزهای ماه ثور سال ۱۳۷۱ (۱۹۹۱ میلادی) بود و اوضاع سیاسی خوب معلوم نمی‌شد، از جانب وزارت امور داخله هدایت داده شده بود تا تمام زندانیان سیاسی را رها سازیم. طبق تعامل عسکری به این هدایت عمل نمودیم ولی درست نمی‌دانستیم، چی اتفاق می‌افتد. چند روز سپری شد و هیچ اتفاقی واقع نشد تا اینکه یک شام در رستورانت بیرون از زندان با چند تن از دوستانم نشسته و غذا شب را میل می‌کردیم، من متوجه شدم که تعداد زیادی از اشخاص بصورت منفرد در حالیکه لوازم شخصی و بعضاً بسترهای شانرا با خود داشتند از جاده‌ها و کوچه‌های محل در حال تردد بودند. با خود گفتم که شاید این‌ها زندانیان پلچرخی باشند، فوراً از یاورم خواستم تا شخص نوکریوال زندان را با من وصل کند. بمجرد تأمین ارتباط به نوکریوال از او جویای احوال شدم، نوکریوال برایم گفت که فرمانی از مقام ریاست جمهوری حاصل کرده‌اند و هدایت شده که فوراً همه زندانیان را آزاد کنیم، در ضمن مجاهدین نیز در محل رسیده و دروازه‌های زندان را خودشان باز

کردند. سلطانی افزود که من خودم هرگز آن فرمان را ندیدم ولی فکر می‌کنم حاجی محمد چمکنی که سرپرست ریاست جمهوری در آن وقت بود فرمان را امضأ کرده بود. چون در مورد تحولات از قبل یک تصویری در ذهنم داشتیم وقتی گزارش نوکریوال مربوط را شنیدیم مستقیماً به خانه رفتیم. فردای آنروز صبح وقت، با تغییر در قیافه و لباس به محبس پلچرخی مراجعه کردیم. در نزدیکی دروازه دخولی محبس شخصی حلقه‌آویز شده بود دیگر هیچ کسی در زندان وجود نداشت و همه دروازه‌ها باز بودند، حتی کسی در دهن دروازه زندان نبود که از آن نگهداری کند. این درست همان روزی بود که از مسیر پاکستان وطن را ترک گفتیم و نمی‌دانم بعداز آن در زندان چی واقع شد، اما در مورد شخصی که حلقآویز شده بود بعداً اطلاع یافتیم که آن شخص مسول یکی از بلاک‌های زندان بود».[۴۷]

به همین ترتیب لوی پاسوال محمد اسلم مسعود که اولین رئیس عمومی محابس و توقیف‌خانه‌ها ۱۳۷۱-۱۳۷۴ (۱۹۹۲-۱۹۹۵ میلادی) در حکومت مجاهدین بود، تائید می‌کند که محبس پلچرخی در زمان مجاهدین بدست حکومت، که اساساً از جانب تنظیم جمعیت اسلامی اداره می‌شد، قرار نداشت. وی افزود که در حقیقت محبس پلچرخی منحیث زندان استفاده نمی‌شد چون دراین دوره گروه‌های مجاهدین در قسمت‌های مختلف کشور، در داخل شهرها و محلات نظامی زندان‌های خصوصی داشتند و حکومت مرکزی نیز از تأسیسات ریاست عمومی امنیت ملی در داخل شهر کابل منحیث زندان مرکزی استفاده می‌نمود.[۴۸]

به همین ترتیب طی دو مصاحبه جداگانه با دگرمن عبدالاحد مدبر یکی از منسوبین پوهنتون حربی کابل که در زمان انتقال حکومت از حزب دیموکراتیک به مجاهدین ۱۳۷۱ (۱۹۹۱ میلادی) یکی از موظفین تأمین امنیت ساحات مربوط به محبس پلچرخی بود و قوماندان رحمت الله یک‌تن از اعضای حزب اسلامی و باشنده پلچرخی کابل، موضوع استفاده از محبس پلچرخی صرف به عنوان مرکز نظامی از جانب مجاهدین حاکم در محل روشن تر می‌گردد. ایشان اذعان نمودند که محبس پلچرخی تحت سرپرستی قوماندان عظیم الله و مولوی شفیع الله مربوط تنظیم حرکت انقلاب اسلامی قرار داشت و از آن به عنوان قرارگاه استفاده می شد. در حالیکه بعضی از اتاق‌های آن منحیث زندان برای اشخاصی که با تنظیم در جنگ درگیر بودند و یا بخاطر مجازات بعضی

۴۷. مل پاسوال سردار محمد سلطانی، مصاحبه.

۴۸. مصاحبه با لوی پاسوال محمد اسلم مسعود رئیس عمومی محابس و توقیف خانه‌ها در دوران حکومت مجاهدین.

مجاهدین متخلف استفاده می‌شد، زندانیان غیر از این کتگوری در پلچرخی وجود نداشت.[۴۹]

از آنجاییکه حکومت مجاهدین تمام عمرش را درگیر منازعات مسلحانه بود و قادر به تشکیل و تقویت سیستم عدلی و قضائی وسیع نشد، سیتم مشخصی برای اداره زندان نیز وجود نداشت. برعلاوه زندان‌های شخصی متعددی که اندازه و بزرگی آن بستگی به توانایی و شهرت رهبر تنظیم و یا قوماندان گروه داشت، بوجود آمد. محبس مرکزی پلچرخی نیز بمثابه‌ی یک سنگر مستحکم نظامی استفاده شده و فعالیت‌های نظامی از آن مدیریت می‌شد. قابل تذکر است که استفاده نظامیان از تأسیسات زندان، حملات و دفع حملات دولت و سایر تنظیم‌ها جهت تصرف زندان، آسیب‌های شدیدی به ساختار فزیکی و سیستم‌های میخانیکی زندان رسانیده بود که استفاده از زندان را منحیث یک محل مناسب برای نگهداری زندانیان ناممکن می‌ساخت. تا اینکه محبس پلچرخی با سقوط حکومت مجاهدین بدست حکومت طالبان انتقال گردید.

۳-۴. محبس پلچرخی در زمان حکومت طالبان (امارت اسلامی افغانستان)

حرکت طالبان یک جنبش بنیاد گرای راست، که بصورت عملی در سال ۱۳۷۳ (۱۹۹۴ میلادی) یعنی زمانی که حکومت اسلامی افغانستان درگیر جنگ‌های تنظمی بود، از شهر قندهار شروع به فعالیت نمود. ظاهراً هدف از شکل گیری این حرکت ایستادگی در مقابل استبداد و بی رحمی زورمندانی بود که در نتیجه جنگ‌های داخلی به قدرت رسیده بودند و با استفاده از ضعف حکومت بر مردم عام بیداد می‌کردند. بناً، حرکت طالبان در ابتدأ به زودی مورد حمایت مردم قرار گرفت و این یکی از دلایل مهم برای رسیدن گروه طالبان به اریکه قدرت بود که در نیمه سال ۱۳۷۵ (۱۹۹۶ میلادی) به واقعیت پیوست. سیستم عدالت جنائی طرح شده از جانب حکومت طالبان، مبتنی بر تفسیر افراطی از شریعت اسلامی و اصول محاکمات اسلامی بود. این حکومت می خواست با تعدیل سیستم عدالت جنائی و قوانین مربوطه، بر اساس فهم خودشان از شریعت اسلامی، سیستم جدیدی را برای عدالت جنائی در افغانستان عملی نماید. اما از آنجاییکه عملاً در حالت جنگ در مقابل مقاومت مجاهدین قرار داشتند و از سوی دیگر مفکورهٔ توسعهٔ دولت اسلامی به آسیای میانه و فراتر از آنرا در سر داشتند، فرصت کافی برای عملی ساختن این طرح را نیافتند. فلهذا، به آسانترین گزینهٔ که همانا ارعاب مردم از طریق تطبیق مجازات شدید تحت نام شریعت می‌باشد،

۴۹. مصاحبه با دگرمن عبدالاحد مدبر، موظف پوهنتون حربی در ساحه پلچرخی؛ مصاحبه با قوماندان رحمت الله یکتن از اعضای جهادی حزب اسلامی و مسکونه ساحه ارزان قیمت کابل.

توصل ورزیدند. اساسی ترین عنصر در تطبیق عدالت جنایی دراین دوره، شبه نظامیان و جنگجویان طالب بودند که با استفاده از سلوک غیر انسانی مانند لت و کوب فرد متهم را وادار به اعتراف ساخته یا هم به صورت فوری و بدون تحقیقات فیصله صادر می‌نمودند. مجازات اکثراً جسمانی بود و فوراً بالای مجرم در مقابل انظار عامه تطبیق می‌گردید. در زمان زمامداری طالبان، حقوق زنان به صورت اخص محدود گردیده بود. لذا، زنان بیش‌تر از دیگران مورد توجه قرار می‌گرفتند و در صورت وقوع کوچکترین خطا از طبقه اناث به عکس العمل شدید و فوری مواجه می‌گردیدند. با این وضع، نظام عدلی و قضایی افغانستان یکبار دیگر به گذشته رجوع نموده درست در عصر اول تحولات تاریخی مجازات قرار گرفت. چنانچه طالبان به طور افراطی گرایش به تطبیق احکام شریعت داشتند، مجرمین و حتی اشخاصی را که علیه آنها صرف یک ادعا وجود می داشت، فوراً مجازات می‌نمودند. بنا براین حبس منحیث مجازات اصلی کار برد چندانی نداشت. علاوه برآن محابس توسط اشخاص غیر مسلکی که در زمینه اداره زندان چیزی نمی‌دانستند مدیریت می‌شد و بناً می‌توان ادعا نمود که هدف از نهگداری اشخاص دراین رژیم صرف بمنظور جلوگیری از دسترسی شان به اجتماع بود.

محبس پلچرخی دراین زمان منحیث مرکز نظامی و محل سلب آزادی برای اشخاصی استفاده می‌گردید که در حال انتظار مجازات اصلی مانند قصاص، اعدام و یا هم قطع اعضای شان بودند. در پهلوی سایر مجرمین، مشتریان همیشگی محبس پلچرخی معمولاً اشخاصی بودند که در رعایت ثقافت اسلامی کوتاهی می‌نمودند. فرضاً کسانیکه دستار و کلا بسر نمی‌داشتند، ریش شانرا کوتاه می‌نمودند، نماز را به سر وقت ادا نمی‌کردند و یا شیوۀ ادایی نماز را بلد نبودند. قابل تذکر است که هرکدام این کتگوری‌ها، نخست برای حدود یک هفته نزد نهاد بنام امر بالمعروف و نهی از منکر نگهداری می‌شدند. این نهاد اشخاص توقیف شده را تحت آموزش ابتدایی دینی در مورد ادای نماز و مسایل ابتدایی ثقافت اسلامی قرار می‌داد و در ختم هفته از نزد شان امتحان اخذ می‌گردید. اشخاص کامیاب از توقیف رها می‌شند ولی کسانیکه دراین آزمایش ناکام می‌شد بخاطر مأخذه و آموزش بیش‌تر به محبس پلچرخی فرستاده می‌شدند. البته این اصل در مورد خانم‌ها نیز رعایت می‌شد بخصوص هنگامیکه یک خانم بدون برقع و محرم شرعی از خانه بیرون می‌شد. با این تفاوت که خانم‌ها معمولاً روانه زندان نمی‌شدند بلکه فوراً مجازات می‌شدند، مگر اینکه با اتهام سنگین جنایی مانند قتل، سرقت و یا جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی مواجه می‌بودند.

قابل تذکر است که چهارمین قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها در زمان حکومت طالبان تصویب گردید، البته این قانون در حقیقت با قانون گذشته ماهیتاً تفاوت نداشت. یگانه فرق عمده بین دو قانون در آنست که کلمه جمهوری دیموکراتیک افغانستان از متن قانون حذف و به عوض امارات اسلامی افغانستان تحریر گردیده و هم شرط رعایت و اجرای شریعت در بعضی موارد به متن قانون اضافه شده است. این کاری است که حکومت طالبان تقریباً با تمام قوانین نافذه کردند. بطور مثال در ماده دوم قانون محابس و توقیف‌خانه‌های امارت اسلامی افغانستان چنین بیان گردیده: « هدف از تطبیق حبس، اصلاح محبوسین بوده تا احکام شریعت را به شکل درست آن پیروی کنند». حکومت طالبان محبس پلچرخی و درکل نظام زندان افغانستان را که درحالت بدی قرارداشت و بناهای فزیکی آن بعد از سپری نمودن جنگهای داخلی با مشکلات جدی مواجه بود، هنوز رقت بارتر ساختند. دراین دوره برنامه و پلان انکشافی مشخصی برای بازسازی نهادها دولتی عملی نشد و بخصوص زندان‌ها تحول مثبتی را شاهد نبودند. دراین میان زندان پلچرخی که قسمتی آن در جنگ‌های داخلی صدمه دیده بود و قسمت‌های دیگر آنهم در نتیجه عملیات قوای بین‌المللی برای آزادسازی افغانستان از چنگ طالبان آزرده و مجروح شده بود با انتقال قدرت به دولت موقت افغانستان پا به مرحله بعدی حیاتش گذاشت که در بخش متباقی مقاله دنبال می‌شود.

۴-۴. محبس پلچرخی در زمان حاکمیت دولت جمهوری اسلامی افغانستان

بعد از حمله تروریستی بالای مرکز تجارت جهانی در سال ۱۳۸۰ (۲۰۰۱ میلادی) حکومت طالبان در نتیجه عملیات نیروهای ائتلاف بین‌المللی، سقوط داده شد. در پی سقوط طالبان، جلسه تاریخی بن در سال ۱۳۸۰ (۲۰۰۱ میلادی) تحت سرپرستی سازمان ملل متحد در شهر بن کشور آلمان بر گزار و با امضا موافقت‌نامۀ بن فی‌مابین گروه‌های زی‌دخل در قضایای افغانستان دولت موقت افغانستان ایجاد و به ریاست حامد کرزی شروع بکار نمود. هرچند موافقت‌نامۀ بن سند فراگیری نبود که بتواند تمام عرصه‌های حیاتی افغانستان بعد از جنگ را بصورت همه جانبه پیش‌بینی نماید و روی همین ملحوظ در مباحث مختلف شدیداً انتقاد شده است. با آنهم چهارچوب اجرایی را پیش‌بینی نمود که اجراات دولت موقت را رهنمایی می کرد. اولین وظیفه این دولت تدویر لویه جرگه اضطراری و ایجاد یک حکومت انتقالی بود، که بخوبی عملی شد و با تدویر لویه جرگه اضطراری حکومت انتقالی در سال ۱۳۸۱ (۲۰۰۲ میلادی) تأسیس گردید. به تعقیب آن با تدویر

لویه جرگه قانون اساسی ۱۳۸۳ (۲۰۰۳/۴ میلادی) و تصویب قانون اساسی جدید افغانستان پیش زمینه مساعدی برای اصلاحات در عرصه‌های مختلف حیات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و حقوقی معرفی گردید.

بحث مهم دیگر چگونگی سیستم عدلی و قضایی و اصلاحات سکتور متذکره می‌باشد که اساسات آن در سند موافقتنامه بن از قبل تسجیل یافته بود. براساس سند یادشده تا زمان تدوین قانون اساسی جدید، قانون اساسی سال ۱۳۴۳ (۱۹۶۴ میلادی) و قوانین عادی ذی‌ربط، به استثنای مواد مربوط به شاه، منحیث زیربنای حقوقی افغانستان شناخته شد. بناً، نظام محاکماتی و در کل سیتم عدالت جنایی افغانستان تا حد زیادی طبق قانون یادشده عیار گردید. در ضمن کمیسیون مستقلی با ساختار و تقسیم اوقات مشخص پیش‌بینی گردیده بود تا در راستای اصلاح نظام عدلی و قضایی کار نماید. حکومت انتقالی افغانستان در اولین روزهای تاسیس آن، کمیسیونی را تحت نام کمیسیون عدلی و قضایی ایجاد نمود ولی آن کمیسیون بدلیل مشکلات داخلی در حکومت نتوانست به فعالیت خود آغاز نماید. روی این محلوظ چندی بعد کمیسیون دیگری تحت نام کمیسیون اصلاحات عدلی و قضایی ایجاد و بکار خود آغاز کرد. این کمیسیون که در طول حیاتش با مشکلات وظیفوی و یافتن جایگاه اجراییوی خود مبارزه می‌نمود در اولین اقدام طرح وسیعی را برای اصلاح نظام عدلی افغانستان تهیه نمود که اصلاح زندان‌ها نیز در آن مورد عنایت قرار گرفته بود ولی طرح شان هیچگاه جنبه عملی نیافت.[۵۰] باید خاطر نشان ساخت که دراین اثر صرف بر نتایج کار کمیسیون در جهت اصلاح زندان‌ها بحث صورت گرفته است. بادرک این واقعیت که بررسی همه جانبه اجراآت کمیسیون متذکره که قسمت مهمی از تاریخ تحولات حقوقی افغانستان را تشکیل می‌دهد، نیاز به بحث ثقیل و جداگانه دارد که از حوصله این اثر خارج است موضوع به آینده موکول شده است. با این توضیح بر می‌گردیم به اصل موضوع، در زمره برنامه‌ریزی‌های کمیسیون اصلاحات عدلی و قضایی یکی از اقدامات مهم آن پیشنهاد تعدیل قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها و ابراز نظر قاطع در مورد انتقال مسوولیت محابس و توقیف‌خانه‌ها از وزارت امورداخله به وزارت عدلیه بود. این پیشنهاد هم‌زمان با تشکل دولت جدید در افغانستان صورت می‌گرفت و با زمانی

50. International Crisis Group, Afghanistan's Flawed Constitutional Process, (Brussels and Kabul: 2003); Maren Christensen, Judicial Reform in Afghanistan: Towards a Holistic Understanding of Legitimacy in Post-Conflict Societies, (Berkeley Journal MEIL 15.11.4(3): 2012); Alexander Their et al, Afghanistan's Political and Constitutional Development, (Overseas Development Institute: 2003)

مصادف بود که تلاش‌های اصلاحی در تمام عرصه‌های زندگی با خوشبینی زیاد نسبت به آینده کشور جریان داشت. اسناد دست داشته حاکی از آنست که کمیسیون در مباحث خود زندان را از دید مکتب منفعت گرایانه حقوق جزا و اصول حقوق‌بشر مشاهده نموده و خواست‌های خود را در چوکات نظریه اصلاح و تربیه مجدد مجرمین مطرح ساخته است. بطور خلاصه استدلال کمیسیون در موقع چانه زنی برای تغییر این بوده که مدیریت زندان‌ها توسط وزارت امور داخله (پولیس) که مطابق قانون وظیفه دستیگر و پیش‌برد مرحله اول تحقیق را به عهده دارد، باعث پامال شدن حقوق‌بشری محبوسین گردیده و در تضاد با هدف اصلاحی حبس قرار می‌گیرد. بناً، بهتر است این وظیفه به عهده وزارت عدلیه گذاشته شود چون وزارت عدلیه یک نهاد غیرنظامی است که در عین زمان به مسایل حقوقی و اصلاحی بیش‌تر در ارتباط می‌باشد. باید اضافه نمود که در مورد جزئیات مفصل مباحث و اینکه چگونه کمیسیون توانسته طرفین ذی‌دخل را برای انتقال مسولیت زندان‌ها از وزارت اموردخله به وزارت عدلیه متقاعد سازد، اسناد کافی در دست نیست. ولی از محتوی پروسه اشکار است که در نبود بیروکراسی جا افتاده در نظام نوپای افغانستان این تغییر کار دشواری نبوده چون با استفاده از صلاحیت رئیس جمهوی بر اساس فرمان شماره ۳، مورخ ۱۳۸۲/۱/۱۰ رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان مسولیت اداره زندان‌ها با تشکیل و بودجه آن از وزارت امور داخله حذف و به وزارت عدلیه واگذار گردیده است.

اعتبار از تاریخ صدور فرمان شماره فوق تمامی مسئولیت‌های عملیاتی، اداری و بودجوی محابس، که محبس پلچرخی جزو آنست، مربوط وزارت عدلیه گردیده و این نهاد مکلف بود امور زندان‌ها را با رعایت اصول حقوق‌بشری و تعهدات بین‌المللی افغانستان با در نظرداشت اهداف اصلاحی زندان از پیش ببرد. قابل تذکر است که دراین دوره پیشرفت‌های خوبی در عرصهٔ حقوق‌بشری و همچنان شیوه‌های برخورد مسولین زندان‌ها با محبوسین، صورت گرفت. یکی از تدابیر مهم دراین مرحله تصنیف دقیق محبوسین بمنظور تطبیق بهتر شرایط امنیتی قابل رعایت و تحقق برنامه‌های اصلاحی در زندان‌ها بود. اما، وضعیت فزیکی زندان‌ها، استخدام کادرهای مورد نیاز برنامه‌های اصلاحی و تربیه مجدد مجرمین و هماهنگی بین نهادهای عدلی و قضایی در تنظیم امور زندان منحیث چالش‌های عمده فرا راه بهبود وضعیت زندان‌ها باقی ماند.[۵۱] احصاییه‌ها حاکی

۵۱. عدم موجودیت وضاحت کافی و ناهماهنگی بین ادارات مختلف حراست از حقوق و امور قضایی مشکل جدی زندان‌ها بوده و هنوز هم به قوت خود باقیست. سرنوشت متهم در مراحل مختلف اجرااات عدلی، از شروع اتهام تا مرحله تنفیذ حکم، به تصمیم گیری سه یا چهار نهاد دولتی (اداره حارنوالی، اراده امنیت ملی،

از آنست که نفوس زندان‌ها دراین دوره، بدلیل فعال شدن نهادهای حراست از قانون، روبه افزایش نهاد اما به استثنای محبس مرکزی و زندان‌های ولایات درجه اول، تعداد زیادی زندان‌ها در سایر ولایات و ولسوالی‌ها وضعیت رقت‌بار داشتند. تعدادی از ولایات و ولسوالی‌ها حتی خانه‌های کرایی و محلات رهایشی را که هیچ همخوانی با معیارهای زندان نداشت منحیث زندان استفاده می‌کردند. در بسیاری ولایات بدلیل نبود محلات مناسب زندان‌های مردانه و اناثیه در عین محل بوده و هم متخلفین خوردسن در محلات سلب آزادی و توقیف‌خانه‌ها یکجا با بزرگسالان و مجرمین خطرناک نگهداری می‌شد. ظاهراً در زمان تحریر این اثر، هنوز هم در وضعیت زندان‌ها تغییرات چشمگیر دیده نمی‌شود و حقیقت آن عملاً طوریست که در چند سطر بالا خلاصه شده است.

موضوع عمده دیگر در آغاز انتقال زندان به وزارت عدلیه، موجودیت زندان‌های خصوصی بود که نیروهای نظامی بین‌المللی و در رأس آن نیروهای نظامی ایالات متحده امریکا، خارج از محدوده قانونی و بصورت خود سر، در ولایات مختلف کشور ایجاد نموده و بصورت مکرر مورد استفاده قرار می‌دادند. ظاهراً از این زندان‌ها به منظور توقیف اشخاص مشکوک و اعضای گروه‌های تروریستی استفاده می‌شد. با انکه نوشته‌ها گزارش‌های متعدد بخصوص گزارش‌های دیدبان حقوق‌بشر سؤ استفاده عساکر امریکایی از این زندان‌ها را تائید می‌کنند ولی به استثنای مواردی که از زندان بگرام در افغانستان[۵۲] و زندان ابوغریب در عراق[۵۳] بدست مطبوعات افتاد در مورد شیوه کارکرد و حقیقت این زندان‌ها هنوز معلومات موثق و وافر در دست نیست. زندان‌های خودسر که بعد از تلاش‌های زیاد حکومت افغانستان و بعد از گذشت بیش‌تر از ده سال مسدود شدند و یا صلاحیت کنترل آن به حکومت افغانستان سپرده شد، چالش عظیمی بود که اصل مشروعیت زندان

پولیس ملی وزارت امور داخله و وزارت عدلیه) وابسته است. تا زمانیکه همه این نهادها در مسایل عدلی بخصوص در برخورد با قضایا جنایی از دید همسان برخورداد نباشند و از پالیسی واحد پیروی نکنند بسیار دشوار خواهد بود که از تطبیق مجازات منحیث یک نهاد حقوقی و از زندان منحیث موسسه ایکه تحقق اهداف مجازات را ممکن می‌سازد توقع نتایج خوبی را داشت.

۵۲. مراجعه شود به گزارش نیویارک تایمز در مورد زندان بگرام به زبان انگلیسی
https://www.google.de/search?q=Parwan+detention+center&ie=utf-8&oe=utf-8&gw
srd=cr&ei=jneXVq3NO8GGa7Gls6AI#q=bagram+airfield+detention+facility

مراجعه شود به گزارش صدای آزادی در مورد اینکه دسترسی به تمام بخش‌های زندان ممکن نبود، به زبان دری http://da.azadiradio.org/content/arti-cle/24446334.html

۵۳. مراجعه شود به گزارش نیویارکر در مورد زندان ابوغریب؛ در ضمن توجه شود بمطالعات انتسیتوت واتسون پوهنتون براون در مورد بهای جنگ و ضعیت زندان یادشده

http://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib

http://watson.brown.edu/costsofwar/costs/social/rights/torture

و سیطره و حاکمیت قانون را در جامعه زیر سوال می‌برد.

با این وضع محبس پلچرخی منحیث بزرگترین زندان افغانستان، مورد توجه و عنایت خاص دولت مرکزی و کشورهای تمویل کننده، بخصوص ایالات متحده امریکا و کشور شاهی انگلستان قرار داشت. این دو کشور از زمان انتقال محابس به وزارت عدلیه شروع به تمویل پروژه‌های انکشافی و اصلاحی در محبس پلچرخی و سایر زندان‌ها نمودند که عمده‌ترین دستآوردهای آن اصلاح قوانین، بهبود وضعیت فزیکی در بعضی از زندان‌ها، ارتقای شرایط امنیتی زندان‌ها، ایجاد بانک معلوماتی محبوسین و معرفی برنامه‌های اصلاح ساختاری زندان‌ها بود. لازم به تذکر است که این اصلاحات بدلیلی که خود در مراحلی از تطبیق به انحراف رفتند، نتوانستند به مدارج بالاتر رشد نموده و بهبود متوقعه را در نظام زندان بخصوص محبس پلچرخی ایجاد کنند. انحرافات یاد شده از ناهمآهنگی میان تمویل کننده‌ها که هرکدام کوشش می‌نمود تا سرمایه گذاری خود را روی بخش‌های مورد علاقه شان متمرکز سازد، تا اثرات سؤ فساد ادارای و مشکلات ناشی از تداخل کاری بین ادارات موازی حکومتی و غیر حکومتی را در بر می‌گیرد. پدیده شوم فساد، سرنوشت برنامه‌های بزرگ اصلاحی را در زندان به ناکامی سوق داده و اسباب تلف شدن وقت و منابع بی شماری گردید که پروژه ۱۸ ملیون دالری اداره انکشافی ایالات متحده امریکا برای بازسازی محبس مرکزی نمونه بارز آنست.[۵۴] باآنهم محبس مرکزی در مقایسه با سایر ولایات در وضعیت بهتر قرارداشت. اما در سایر ولایات،در حالیکه نفوس زندان‌ها و بخصوص کتگوری زندانیان شورشی با گرایش‌های رادیکال در حال افزایش بود، وزارت عدلیه نتوانست در میعادی که مسولیت زندان‌ها را برعهده داشت منابع بشری خود را از نظر کمیت و کیفیت تدارک نماید. این کوتاهی، سبب ازدیاد بی نظمی و شورش در داخل زندان‌ها و در نهایت چندین مورد فرار گروهی محبوسین از زندان‌های ولایات گردید که برای حکومت قابل تحمل نبود.

ازاین رو حکومت طی فیصلهٔ شورای وزیران (مصوبه شماره ۶، مؤرخ ۱۳۹۰/۲/۲۹) تصمیم گرفت تا مسولیت محابس و توقیف‌خانه‌ها را دوباره به وزارت امور داخله انتقال دهند. این فیصله در حالیکه از حمایت بورد مشورتی رئیس جمهور در امور عدلی و قضائی بر خوردار بود، با مخالفت جدی کمیسیون حقوق‌بشر و سازمان ملل متحد روبرو گردید. اما از آنجاییکه میزان فرار و تشنج

۵۴. مراجعه شود به گزارش باز رس ویژه ایالات متحده امریکا در مورد بازسازی محبس پلچرخی. https://www.sigar.mil/pdf/inspections/SIGAR-۱۵-۱۱-IP.pdf

در محابس قابل تشویش بود و وزارت عدلیه پرسونل و وسایل کافی بخاطر کنترل آن در اختیار نداشت، تصمیم حکومت به نفع وزارت امور داخله انجامید. به این ترتیب، روال کار زندان‌ها با یک تغییر عمده دیگر روبرو گشت، چون بعد از انتقال مسوولیت زندان به پلیس وزارت اموردا‌خله و جاگزینی پرسونل زندان با نظامیان مربوط به بخش پولیس، تقریباً تمامی روش‌های اداره زندان به راه و رسم نظامی از پیشبرده می‌شود.[۵۵] هرچند این اقدام از نظر بهبود شرایط امنیتی در زندان‌ها یک گام ارزنده و همنوا با معیارهای مورد نیاز نظام زندان است و عملاً وضعیت امنیتی زندان‌ها با انتقال مسوولیت آن به پولیس بهتر شد، ولی از نظر تحقق برنامه‌های اصلاحی در زندان‌ها بار منفی به همرا داشته.

پس از این انتقال زندان پلچرخی که با خاطره‌های نامیمون گذشته برای اولین بار بعداز نظامیان حزب دموکراتیک بدست سلسله نظامیان یک حکومت منتخب و مردمی افتید، تغییرات زیادی را از نظر وضعیت معیشتی و محتوی برنامه های‌کاری زندان شاهد نبود. در ضمن برعکس آنچه بیم آن می‌رفت محبس پلچرخی بدست نظامیان پولیس ملی افغانستان بسیار منزوی و محدود نشد. چون دراین وهله امور محوله زندان در حضور داشت نماینده‌های اداره لوی حارنوالی و کمیسیون مستقل حقوق‌بشر پیش‌برده می‌شود و کمیسیون‌های خاصی، موقتی و دایمی، از جانب حکومت و شورای ملی مؤظف‌اند تا اوضاع و احوال زندانیان را بصورت منظم بررسی نموده به مشکلات ایشان رسیدگی نمایند. گاهی اوقات حتی مطبوعات نیز می‌توانند در تبانی با این کمیسیون‌ها به محبس پلچرخی و به زندانیان این محبس دست یابند. اتفاقاً تحقیقات اکادمیک روی زندان‌ها نیز دراین اواخر از آهسته آهسته درحال ترویج می‌باشد. در ضمن، تا جایکه مؤلف در راستای ترتیب این اثر شاهد بوده، امکان دسترسی محققین به محبس پلچرخی و محبوسین آن در چوکات شرایط قابل اجرای زندان مساعد می‌باشد. اما اینها نکاتی اند که به تنهایی نمی‌تواند کاری را در منجلاب مشکلاتی که فراراه زندان، زندانبان و زندانیان وجود دارد از پیش برند. زیرا از نظر شکلیات و برنامه‌های کاری محبس پلچرخی کوتاهی‌های زیادی در زندان مشاهده می‌شود و با وجود همکاری‌های بین‌المللی تفاوت خاصی در برنامه‌ها و محتوی کاری محبس پلچرخی مشاهده نمی‌شود.

---

۵۵. قابل تذکر است که پرسونل اداره محابس در زمان قیادت وزارت عدلیه نیز بصورت اسمی دارای رتب و منسب نظامی بودند ولی بیش‌تر راه و رسم اداری شان به سیستم ملکی عیار بود.

البته بخاطر روشن شدن این ادعا، جای دارد تا گوشه‌ی از برنامه‌های محبس پلچرخی دراین قسمت به بحث گرفته شود. اساساً، زمانیکه محبوس به محبس پلچرخی داخل می‌گردد، چگونگی برخورد با او بیش‌تر به وضعیت حقوقی خود محبوس و قواعد قابل رعایت زندان در مورد کتگوری که محبوس در آن قرارمی‌گیرد ارتباط دارد. ولی در قضایای عادی، تطبیق حکم حبس از پذیرش محبوسین آغاز می‌گردد و آن عبارت از مرحله‌ی است که تمام مشخصات محبوس در سه دوسیه (صحی، جنایی و شخصیتی) ثبت می‌گردد و وضعیت عمومی محبوس توسط یک هیئت مرکب از نماینده اداره حارنوالی، نماینده وزارت صحت عامه و نماینده‌های ریاست عمومی محابس مورد ارزیابی قرار داده می‌شود. دراین مرحله با توجه به یافته‌های هیئت در مورد اینکه محبوس به‌کدام بخش محبس انتقال داده شود تصمیم اخذ می‌گردد. اما بعضی موارد عمومی از این امر مستثنی است، بطور مثال اگر محبوس بعد از حکم محکمه ابتدائیه به محبس معرفی شده باشد موصوب به بلاک دوم محبس پلچرخی انتقال می‌گردد و الی حکم محکمه استیناف در آنجا نگهداری می‌شود. در صورت‌که محکمه استیناف، حکم محکمه ابتدائیه را تأئید نماید محبوس به بلاک چهارم منتقل می‌شود. اگر در قضیه تمیز طلبی صورت گیرد، محبوس در بلاک چهارم الی حکم نهایی نگهداری می‌شود و بعد به یکی از بلاک‌های دیگر منتقل می‌گردد. محبوسین شورشی که بنام محبوسین امنیت ملی نیز یاد می‌گردند، در بلاک‌های جداگانه نگهداری نشده بلکه به شکل پراگنده در تمام بلاک‌های محبس تقسیم و شکلیات قابل رعایت در مورد شان، مانند سایر محبوسین تطبیق می‌گردد.

صنف بندی محبوسین پلچرخی از نظر میعاد حبس شان به سه کتگوری (کوتاه مدت، میان مدت و طولانی مدت) صورت می‌گیرد. هر کتگوری در گروه‌های جداگانه به ترتیب در منازل اول، دوم و سوم بلاک‌های مربوطه نگهداری می‌شوند. مطابق قانوانین نافذه مصارف اعاشه و اباطه محبوس از طرف دولت پرداخته می‌شود. اساساً محبوس بطور دوامدار بداخل اتاق‌ها و سلول‌های زندان حبس می‌باشد ولی روزانه یک الی دو ساعت حق قدم زدن در فضای آزاد را دارند. این پروسه که بنام آفتابی یاد می‌گردد از محبوسین با حبس طولانی مدت (منازل سوم) آغاز گردیده و به محبوسین که در طبقه پایین اقامت دارند و به حبس کوتاه مدت محکوم می‌باشند ختم می‌گردد. همچنان محبوسین حق دارند هر دو هفته یک‌بار با اقارب خود ملاقات نمایند. این ملاقات‌ها در محبس پلچرخی بنام پایوازی یاد می‌شود و در فضای باز یا محلاتی صورت می‌گیرد که سایر محبوسین در آنجا برای پروسهٔ آفتابی گردش می‌نمایند. قابل تذکر است که پروسه دسترسی به

محبس برای پایوازان بسیار پیچیده و بغرنج است، مخصوصاً برای مراجعین طبقه اناث و کسانیکه از ولایات بخاطر بازدید محبوسین شان به کابل سفر می‌نمایند.

در مورد شرایط کار و برنامه‌های محبس پلچرخی باید گفت که مطابق ماده (۲۸) قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها که پنجمین قانون محابس افغانستان می‌باشد و در سال ۱۳۸۴ (۲۰۰۵ میلادی) نافذ گردیده، مسئولین محابس موظف به تامین شرایط کار و زمینه های مساعد شغلی، فرهنگی و تفریحی برای محبوسین می‌باشند.[۵۶] این قانون در اولین کلمات از موضع احقاق حقوق محبوسین و اصلاح و تربیه مجدد صحبت دارد و به طرح شرایطی می‌پردازد تا تاثیرات منفی زندان تقلیل یافته و نیل به اهداف قانون بیش‌تر گردد.[۵۷] این اصول توسط مفاد بعدی قانون به شدت مورد حمایت مقنن قرار گرفته است چنانچه فقره اول ماده چهارم قانون محابس به هیچ شخصی حق نمی‌دهد که در حالات عادی حقوق محبوسین را محدود سازد. به همین منوال پیش‌بینی شورای عالی محابس با تشکیل و جزئیات کاری آن طی مواد ۱۳ الی ۱۶ از دیگر احسنات قانون است که تطبیق آن می‌تواند مانع خود سری و سؤ رفتار اداره زندان‌ها گردد. در مقام برگشت محبوسین به زندگی نورمال و اصلاح و تربیه محبوسین تدابیر متعددی از جمله حق کار، حق تعلیم و حق دسترسی به خدمات صحی در نظر گرفته شده است که در آن میان پیش‌بینی ماده ۳۷ درخور توجه است. این در حالیست که قانون شرایط حداقل ملل محتد برای زندان‌ها را نیز پذیرفته و دولت را مکلف به اجرای آن در تمام زندان‌های کشور می‌سازد.[۵۸] اما در عمل تطبیق مواد قانون در محبس پلچرخی فوق العاد دشوار می‌باشد. در قدم نخست نفوس محبس درست دو برابر اصل گنجایش آن می‌باشد و همه می‌دانند که این پدیده کنترل ناپذیر اسباب بسیاری از ناراحتی های محبس را فراهم می‌سازد. از نظر پرسونل مسلکی برای اداره زندان، پیش‌برد امور تعلیمی و بازپروری مجدد، مسایل روانشناسی

۵۶. د محبسونو او توقیف حایونو قانون (کابل: رسمی جریده، گنه ۸۵۲، د ۱۳۸۴ د غبرکولی ۱۰) ماده ۲۸: "اداره محابس و توقیف خانه مکلف اند، کتابخانه های مجهز را تأسیس و زمینه مطالعه، عبادت، کار، تعلیم و تربیه، آموزش حرفوی، فعالیتهای تفریحی و فرهنگی و سایر سهولت های لازم را برای محبوسین و اشخاص تحت توقیف فراهم نمایند".

۵۷. د محبسونو او توقیف حایونو قانون (کابل: رسمی جریده، گنه ۸۵۲، د ۱۳۸۴ د غبرکولی ۱۰) ماده ۱: "۱. این قانون به منظور تامین حقوق اشخاص تحت توقیف و طرز برخورد با آنها در محابس و توقیف خانه وضع گردیده است. ۲. تطبیق حکم حبس در محابس تنها به منظور آماده ساختن محبوسین به رعایت و احترام قوانین و معیارهای زندگی اجتماعی، اخلاق انسانی، کار مفید اجتماعی و عدم رجوع به ارتکاب جرم صورت می‌گیرد"؛ ماده ۳: "۲.شرایط معیشتی محبوسین و اشخاص تحت توقیف از طرف ادارات محابس و توقیف خانه ها طوری فراهم می‌شود که تاثیرات جانبدارانه منفی را به حداقل تقلیل داده و با عث ضیاع حقوق و جلوگیری آزادی آنها در محبس و توقیف خانه نگردد".

۵۸. د محبسونو او توقیف حایونو قانون (کابل: رسمی جریده، گنه ۸۵۲، د ۱۳۸۴ د غبرکولی ۱۰) ماده ۲۳: "۱.محابس و توقیف خانه ها مطابق اصول و شرایط معیاری سازمان ملل متحد اعمار می گردد. ۲. وزارت عدلیه مکلف است ساختمانهای موجود محابس و توقیف خانه ها را متدرجاً با اصول و شرایط معیاری سازمان ملل متحد عیار نماید".

و بشر شناسی زندان، مسایل تخنیکی چون نظارت از کیفیت برنامه‌های محبس، نظارت از دقت و کنترل احصاییه‌ها مطابق اصول مدرن اشکال جدی وجود دارد که به وضاحت قابل ملاحظه می‌باشد. به همین ترتیب امکانات عملی زندان برای برنامه‌های اصلاحی اعم از تعلیمی و حرفوی به تناسب تعداد محبوسین فوق العاده محدود و ناچیز می‌باشد. این امر سبب شده تا تعدادی از محبوسین وقت شان را در داخل سلول‌های‌شان به ساختن کاردستی‌های معمولی از مهره‌های رنگارنگ صرف نموده و گاهی از طریق فروش آن که در زمان پایوازی صورت می‌پذیرد با درآمد آن امرار معاش نمایند. استفاده از فرصت‌های آموزشی، کتاب‌خانه و امکانات تفریحی در حالیکه کیفیت خوبی ندارد به تمام محبوسین مساعد نمی‌باشد. نزاکت فوق‌العاده ظریف بین تأمین نظم در زندان و فراهم ساختن امکانات یاد شده به محبوسین وجود دارد که مقامات زندان علاقمند به مخاطره کشیدن آن نیستند. دراین میان تشکیل حلقات تعلیمی برای آموزش‌های دینی و استفاده از سرگرمی‌های سپورتی ممکن در داخل وینگ‌های زندان معمول‌ترین گزینه‌های اند که محبوسین با آن مصروف می‌باشند.

با توضیحات فوق به عنوان مختصری از تاریخ زندان و قوانین آن در افغانستان، با تمرکز بیش‌تر روی محبس پلچرخی ضمن یک نتیجه‌گیری فشرده به بحث خود خاتمه می‌دهیم. به امید آنکه این مختصر سر آغاز خوبی باشد برای طی نمودن راه طولانی که جهت مطالعه زندان پلچرخی به قصد تسهیل امر الهی «ان الله یامر بالعدل و الاحسان»[۵۹] و بهبود شرایط زندان‌ها در کشور انتخاب شده است.

۵. نتیجه‌گیری

هرگاه به تصویر کلی زندان‌ها و تاریخ آن در افغانستان نظر اندازیم و محبس پلچرخی را با آن مقایسه نماییم، بخصوص وقتی به همسویی تولد آن با پیشرفت و محتوای سکتور عدلی از جمله تدوین اولین قانون جزای مدرن و جامع ۱۳۵۵ (۱۹۷۶ میلادی) توجه کنیم، می‌توان گفت که اعمار محبس پلچرخی به قصد اصلاح نظام زندان و بهبود شرایط محابس در کشور مطرح گردیده است. چون بر خلاف سایر محابس، این زندان با مواد لازم ساختمانی و با توجه به معیارهای حداقل آن‌زمان برای یک محبسی دارای امنیت بالا اعمار گردیده است. از جانب دیگر با توجه به

۵۹. سوره مبارکه نحل، ایه ۹۰

سهولت‌های موجود، این محبس اولین زندانیست که بعضی از احتیاجات اساسی محبوسین مانند کتاب‌خانه، حمام، تشناب، مطبخ، محل کار، محل تفریح و سپورت در طرح ساختمانی آن در نظر گرفته شده است.

اما چنانچه تاریخ گواه است در عدم موجودیت سیستم عدالت جنایی شفاف، مسلکی و مبتنی بر اصول محاکمه عادلانه، اهداف چون اصلاح و تربیه مجدد مجرم و بهبود وضعیت کلی زندان‌ها بصورت اولی منتفی می‌باشد. روی این ملحوظ محبس پلچرخی نتوانسته در طول حیاتش از لحاظ عملی در راستای دستیابی به اهداف اصلاحی مجازات آنطوری که در قوانین نافذه ادعا شده است فعالیت نماید. در زمان تحریر این اثر محبس یاد شده از لحاظ تشکیلاتی، برنامه‌های اصلاحی و حتی از نظر وضعیت فزیکی و شرایط زندگی محبوسین با حداقل‌های وضع شده از جانب سازمان ملل متحد همخوانی ندارد.[۶۰] بطور مثال زمینه های کار در محبس یک موضوع اسمی است چون با توجه به تعداد محبوسین سهولت‌های کاری بسیار محدود می‌باشد. کنترل محبس بدست نیروهای نظامی و پولیس که بیش‌تر به امر تأمین امنیت زندان‌ها توجه دارند تا به اصلاح و تربیه مجدد محبوسین، نداشتن پرسونل مسلکی در عرصه‌های تعلیم و تربیه، بازپروری مجدد روانشناسی و بشر شناسی از چالش‌های بزرگی در راستای تامین حقوق‌بشری و اهداف اصلاحی محبس می‌باشد. هکذا، بدلیل عدم موجودیت پرسونل فنی در دقت احصاییه های موجود و اجرات مبتنی بر آن در خصوص طی مراحل دوسیه‌های نسبتی محبوسین و رهایی بموقع آنها ضرورت جدی احساس می‌شود.

یکی از ساحات فوق العاده مهم دیگر که اصلاً در نظام زندان‌داری افغانستان وجود ندارد و نیاز است در مورد توجه جدید صورت گیرد، همکاری‌های اجتماعی بعد از رهایی از زندان و نظارت از اثر گذاری برنامه‌های اصلاحی زندان‌ها است. بنابراین، اصلاحات ساختاری در نظام زندان، موجودیت منابع بشری تعلیم یافته و مسلکی در رشتهٔ زندان‌بانی که توانایی تدوین و تطبیق برنامه‌های مورد نیاز محبوسین را دارا باشد و در نهایت تدوین و تطبیق دقیق قوانین جامع نیز از ضروریات مهم در نظام زندان و بخصوص محبس پلچرخی می‌باشد تا بتواند آن نهاد را با معیارهای پیش‌بینی شده قانون محابس و توقیف‌خانه و سایر قوانین نافذه عیار سازد.

---

۶۰. معیار های حداقل سازمان ملل متحد در مورد چگونگی برخورد با محبوسین
https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf

foreign policy. The criminal proceedings against Colonel Klein for the Kunduz incident was the first time since World War II that a German soldier was investigated for war crimes.

The legal basis for the criminal proceedings against Colonel Klein was the German Code of Crimes against International Law, which implements the international core crimes - genocide, crimes against humanity and war crimes - into the domestic legal order.

The competent German Federal Prosecutor General terminated the criminal proceedings against Colonel Klein, arguing that the required mental element, i.e. *dolus directus*, for the war crime of deliberately causing disproportionate harm to civilians during armed conflicts pursuant to Section 11 Para. 1 No. 3 could not be proven. In addition, the Prosecutor argued that Colonel Klein was under no obligation to take certain precautionary measures laid down in Article 57 AP I, and therefore could also not be held responsible for the crime of negligent manslaughter under the regular German Penal Code. The Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*, OLG) Dü sseldorf and the German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) confirmed the Prosecutor's decision.[28]

Some scholars, however, disagree with the Prosecutor's decision arguing that Colonel Klein was indeed obligated to follow Article 57 AP I and that this omission makes him criminally responsible for negligent manslaughter according to the "ordinary" German Penal Code.

---

28. See Higher Regional Court (Oberlandesgericht, OLG) Düsseldorf, decision of 16 February 2011 (III-5 StS 6/10), press release No. 06/2011 of 18 February 2011 available online at <www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/Pressemitteilungen_aus_2011/2011-02-18_pm_kundus_/index.php> (in German; last visited 13 October 2016); German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, BVerfG), decision of 19 May 2015 (2 BvR 987/11), available online at <www.bverfg.de/e/rk20150519_2bvr098711.html> (in German; last visited 13 October 2016), see also press release No. 45/2015 of 19 June 2015, 'Not prosecuting a Colonel and a Master Sergeant of the Bundeswehr Following an Air Strike in Kunduz (Afghanistan) Does Not Violate the Basic Law', available online at <www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2015/bvg15-045.html> (in English; last visited 13 October 2016). After the Federal Prosecutor General terminated the criminal proceedings, disciplinary proceedings were initiated against Colonel Klein by the competent Bundeswehr authorities, in order to inquire whether he violated his official duties, i.e. the national and international rules of engagement valid at the time of the airstrike. In mid-August 2010 these proceedings were also terminated, because no evidence for a breach of duty could be found. See Presse- und Informationszentrums des Heeres, press release No. 13/2010 of 19. August 2010, Kein Dienstvergehen von Oberst i.G. Georg Klein festgestellt, available online at <www.deutschesheer.de/resource/resource/

to argue that by omitting the precautionary measures prescribed by this norm Colonel Klein breached the formal requirements created by international humanitarian law before launching an attack and therefore acted carelessly with regard to the civilians on the scene.[24] The Federal Prosecutor, however, did not follow this argument. He argued that Colonel Klein firmly believed that there were no civilians present and that therefore he had no reason to take any precautionary means of further clarifying the scene or give warnings. This line of argument was harshly criticized by some academic commentators.[25] In particular, some argued that the situation was not as clear-cut since there were a number of indicators that civilians must have been among the crowd, which is relevant given that international humanitarian law establishes a presumption that in doubt a person must be considered a civilian rather than a combatant.[26] In addition, the informational basis on which Colonel Klein based his decision was rather unsatisfactory. This seems to be true in particular regarding the lack of specific inquiry regarding the informants statement that only insurgents were present at the scene. And finally, at the time of ordering the attack there was no immediate threat to ISAF forces, German Bundeswehr soldiers or civilians since the fuel tankers were still stuck at the sand bank. Therefore there would have been time to take precautionary measures, in particular the "show of force" as suggested by the two US jet fighter pilots. It is in particular in such cases of doubt that Article 57 AP I formulates an obligation to give advance warnings in order to protect the civilian population in times of armed conflict.[27]

6. Conclusion

To sum up: The Afghanistan deployment of the German Bundeswehr and the 2009 Kunduz airstrike in particular triggered a highly controversial debate about German

---

Additional Protocol I.

24. Cf. David Diehl, Zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm durch die Bundesanwaltschaft, BOFAXE No. 343D of 11 May 2010, available online at <www.ifhv.de/documents/bofaxe/bofaxe2010/343d.pdf> (in German; last visited 13 October 2016).

25. See Constantin von der Groeben, German Federal Prosecutor Terminates Investigation against German Soldiers with Respect to NATO Air Strike in Afghanistan, blog entry of 29 April 2010, available online at <www.ejiltalk.org/german-federal-prosecutor-terminates-investigation-against-german-soldiers-with-respect-to-nato-air-strike-in-afghanistan> (last visited 13 October 2016); Wolfgang Kaleck, Andreas Schüller and Dominik Steiger, Tarnen und Täuschen – Die deutschen Strafverfolgungsbehörden und der Fall des Luftangriffs bei Kundus, Kritische Justiz 2010, pp. 270-286.

26 .See Article 50 Para. 2 Sentence 2 Additional Protocol I.

27. See Constantin von der Groeben, German Federal Prosecutor Terminates Investigation Against German Soldiers With Respect to NATO Air Strike in Afghanistan, blog entry of 29 April 2010, available online at <www.ejiltalk.org/german-federal-prosecutor-terminates-investigation-against-german-soldiers-with-respect-to-nato-air-strike-in-afghanistan> (last visited 13 October 2016);

but are military objectives within the meaning of paragraph 2 of Article 52 and that it is not prohibited by the provisions of this Protocol to attack them;
(ii) take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects;
(iii) refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;
(b) an attack shall be cancelled or suspended if it becomes apparent that the objective is not a military one or is subject to special protection or that the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;
(c) effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit.
3. When a choice is possible between several military objectives for obtaining a similar military advantage, the objective to be selected shall be that the attack on which may be expected to cause the least danger to civilian lives and to civilian objects.
4. In the conduct of military operations at sea or in the air, each Party to the conflict shall, in conformity with its rights and duties under the rules of international law applicable in armed conflict, take all reasonable precautions to avoid losses of civilian lives and damage to civilian objects.
5. No provision of this Article may be construed as authorizing any attacks against the civilian population, civilians or civilian objects."

This article requires to take certain measures of protection before launching an attack in order to avoid civilian casualties as much as possible. In particular, the provision formulates the obligations to "do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are [not] civilians" and that "effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit".

According to international humanitarian law, a breach of these obligations is not considered a war crime - only some violations of international humanitarian law, the so-called grave breaches, constitute war crimes.[23] However, Article 57 AP I can be used

23. See Articles 50, 51, 130, and 147 respectively of the four Geneva Conventions, as well as Article 85

Law was meant to be a final and exhaustive body of law that precludes the applicability of "ordinary" criminal law. On the contrary, in the explanatory memorandum for the enactment of the Code the national legislator expressly states that acts of war resulting in death may be criminally sanctioned under the "ordinary" crimes of murder, homicide or negligent homicide according to Sections 211 ff. of the regular Penal Code.[20] However, whenever the killings are consistent with the law of armed conflict, the so-called principle of the unity of the legal order (in German: *Prinzip der Einheit der Rechtsordnung*) demands that the regulations of international humanitarian law serve as justifications and exclude criminal responsibility.[21]

In the Kunduz case, however, an argument can be made that the ordering of the airstrike that caused the death of the civilians was not consistent with international humanitarian law. Thus, the reason for making the accusation of negligent behaviour, that is a lack of caution when ordering the attack, can be found in Article 57 of the Additional Protocol I (AP I) to the Geneva Conventions, which is applicable as customary international law in non-international armed conflicts.[22]

"**Precautions in attack**

1. In the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects.

2. With respect to attacks, the following precautions shall be taken:

(a) those who plan or decide upon an attack shall:

(i) do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects and are not subject to special protection

---

20. See Explanatory Memorandum of the Code of Crimes Against International Law, Bundestag-Drucksache (BT-Drs.) 14/8524, p. 33. Translations of the Explanatory Memorandum in, inter alia, Arabic, English, French, or Spanish are available on the website of the Max Planck Institute (MPI) for Foreign and International Criminal Law at <www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/onlinepub.html> (last visited 13 October 2016).

21. On this, see e.g. Constantin von der Groeben, Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein, German Law Journal 11 (2010), pp. 469-491, at 486 ff.; Jelena Bäumler and Dominik Steiger, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei Auslandseinsätzen, Archiv desVölkerrechts 48 (2010), pp. 189-225, at 209 ff.

22. On this, see e.g. Constantin von der Groeben, Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein, German Law Journal 11 (2010), pp. 469-491 and Constantin von der Groeben, German Federal Prosecutor Terminates Investigation Against German Soldiers With Respect to NATO Air Strike in Afghanistan, blog entry of 29 April 2010, available online at <www.ejiltalk.org/german-federal-prosecutor-terminates-investigation-against-german-soldiers-with-respect-to-nato-air-strike-in-afghanistan>(last visited 13 October 2016). See also David Diehl, Zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm durch die Bundesanwaltschaft, BOFAXE No. 343D of 11 May 2010, available online at <www.ifhv.de/documents/bofaxe/bofaxe2010/343d.pdf> (in German; last visited 13 October 2016).

advantage anticipated,

[...]

shall be punished with imprisonment for not less than three years. [...]"

The provision is based on the corresponding rule of international humanitarian law and can also be found in the Statute of the International Criminal Court - albeit there only for international armed conflicts.[18]

However, the Federal Prosecutor General argued that Colonel Klein did not possess the required mental element. According to the provision it is necessary that the perpetrator launched the attack knowing that excessive incidental civilian damage will occur (*dolus directus*). Thus, the perpetrator must intend to attack a military target with the "certain expectation" that this attack will cause "excessive collateral damage", that is civilian damage that is disproportionate to the attack's intended military advantage. The prosecutor, however, could not find any proof contrary to Colonel Klein's testimony that, based on the analysis of the information available to him when ordering the attack, he was not aware that civilians were among the crowd. Therefore Colonel Klein did not expect any damage to occur to civilians. As a result, no war crime charge could be upheld.

5. The Criticism

The investigation, however, did not end here. A second question was whether Colonel Klein could be held responsible for "ordinary" crimes, in particular negligent manslaughter according to Section 222 of the German Penal Code.

"**Negligent Manslaughter**"

Whosoever through negligence causes the death of a person shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine."

In this regard, it must first be emphasized that the German Penal Code is applicable side-by-side with the German Code of Crimes Against International Law.[19] Nothing in the legislator's materials suggests that the Code of Crimes Against International

18. See Section 8 Para. 2 b) (iv) ICC-Statute and Article 85 Para. 3 b) and c) Additional Protocol I to the Geneva Conventions, which is applicable as customary international law in non-international armed conflicts.

19. On the relationship between the Code of Crimes Against International Law and the ordinary Penal Code see Florian Hertel, Soldaten als Mörder? – Das Verhältnis von VStGB und StGB anhand des Kundus-Bombardements, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 2010, pp. 339-343; Denis Basak, Luftangriffe und Strafrechtsdogmatik – zum systematischen Verhältnis von VStGB und StGB – eine Gegenrede, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 2010, pp. 513-520. On the Federal Prosecutor General's competence to also decide over "ordinary" crimes see also Florian Jeßberger, Bundesstrafgerichtsbarkeit und Völkerstrafgesetzbuch, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 2013, pp. 119-126.

committed in the conflict in Syria or by members of so-called ISIS (or ISIL or Daesh).[16] The prosecutor systematically interrogates Syrian refugees and asylum seekers whether they have witnessed any international crimes. The evidence that is gathered this way may be used in future cases that will be opened either in Germany or by any other international or domestic criminal court.

The Kunduz case was one of the first instances where criminal proceedings were initiated, based on the Code of Crimes against International Law.

4. The Prosecutor's Decision

In Arpil 2010 the competent German Federal Prosecutor General decided to terminate the criminal proceedings against Colonel Klein, because in the prosecutor's opinion there was no proof of the required mental element.[17]

The most relevant provision which could have subjected Colonel Klein to criminal liability for war crimes is Section 11 Para. 1 No. 3 of the Code of Crimes against International Law. This provision regulates the war crimes of deliberately causing disproportionate harm to civilians during armed conflicts ("excessive civilian collateral damage"):

> "War crimes consisting in the use of prohibited methods of warfare
> (1) Whoever in connection with an international armed conflict or with an armed conflict not of an international character
> [...]
> (No. 3) carries out an attack by military means and definitely anticipates that the attack will cause death or injury to civilians or damage to civilian objects on a scale out of proportion to the concrete and direct overall military

---

Only in September 2015, more than 13 years after its entry-into-force, the first judgment was handed down under the of the Code of Crimes Against International Law. In this case the Higher Regional Court (Oberlandesgericht, OLG) Stuttgart convicted one member of the leadership of the Forces Démocratiques de Libération du Rwanda (FDLR), a militia operating in the provinces of North and South Kivu in what is now the Democratic Republic of the Congo, for aiding and abetting war crimes. The case is now on appeal before the Federal High Court (Bundesgerichtshof, BGH). Nevertheless, more recently more and more criminal investigations for international crimes have been initiated by the Federal Prosecutor General.

16. On the prosecution of international crimes committed in Syria by German authorities and the cases that have been initiated so far, see Patrick Kroker and Alexandra Kather, Justice for Syria? Opportunities and Limitations of Universal Jurisdiction Trials in Germany, blog entry of 12 August 2016, available online at <www.ejiltalk.org/justice-for-syria-opportunities-and-limitations-of-universal-jurisdiction-trials-in-germany> (last visited 13 October 2016).

17. Federal Prosecutor General (Generalbundesanwalt, GBA), decision of 16 April 2010 (3 BJs 6/10-4), a public version of the decision is available online at <www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (in German; last visited 13 October 2016); English translation of the unclassified version of the Federal Prosecutor General's decision on file with the author.

As regards its contents, the Code is comprised of only 14 provisions. First and foremost it contains definitions of the three international core crimes. Regarding the definition of the crimes, the Code is almost identical to the ones that can be found in the ICC-Statute, with only a few discrepancies due to the more stricter adherence to the principle of legality (or specificity) in German law compared to international criminal law.[12] The Code also contains some specific provisions regarding general principles of criminal law, for example a provision on command responsibility, a form of criminal responsibility that is very important in international criminal law.[13] However, the one provision that makes the Code unique is its scope of application, namely the regulation of unconditional universal jurisdiction in Section 1:

Scope of application

> This Act shall apply to all criminal offences against international law designated under this Act, to serious criminal offences designated therein even when the offence was committed abroad and bears no relation to Germany.

This means that the crimes included in the Code can be prosecuted in Germany regardless of where in the world and by whom they have been committed.[14] At least theoretically this makes it a powerful legal tool in the fight against impunity for international crimes.[15] For example the Code is used now to investigate crimes that were

---

see only Markus Benzing, The Complementarity Regime of the International Criminal Court, Max Planck Journal of United Nations Law 7 (2003), pp. 591-632; Jann Kleffner, Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, Oxford University Press (2009); Jo Stigen, The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions – The Principle of Complementarity, Brill (2008).

12. On the distinctions, see Gerhard Werle and Florian Jeßberger, Principles of International Criminal Law, Oxford University Press (2014), marginal no. 411.

13. Cf. Ronen Steinke, The Politics of International Criminal Justice: German Perspectives from Nuremberg to The Hague, Hart Publishing (2012), p. 114 fn. 93: "To leave no room for doubt, the VStGB not only adds the definitions of the international core crimes to the long list of statutory offences in domestic law, Rather, it constitutes a separate body of law besides 'regular' domestic criminal law, with its own set of general principles for individual responsibility and defences, which are also mirrored from the Rome Statute."

14. This is very different for "ordinary" crimes: Here German criminal law is generally applicable only if there is a connection between the crime and Germany, on particular regarding the place of commission or the persons involved; see Sections 3-7, 9 German Penal Code. It must be emphasized, however, that in contrast to ordinary crimes where, as a rule, German criminal procedural law determines mandatory prosecution (Section 152 German Code of Criminal Procedure), the competent Federal Prosecutor has broad discretion regarding the decision whether he or she wants to investigate international crimes that have no connection to Germany; see Section 153f German Code of Criminal Procedure.

15. On the importance of the principle of universal jurisdiction for the prosecution of international crimes, see only Julia Geneuss, Fostering a Better Understanding of Universal Jurisdiction, Journal of International Criminal Justice 7 (2009), pp. 945-962; Wolfgang Kaleck, From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008, Michigan Journal of International Law 30 (2009), pp. 927-980. In practice, however, the prosecution of international crimes in Germany so far has been has been proven to be rather difficult.

on June 30, 2002, implements the international core crimes that can also be found in the Statute of the International Criminal Court (ICC-Statute) - that is genocide, crimes against humanity and war crimes - into the domestic legal order.[8] It is a stand-alone code, that is the German legislator decided not to include the international crimes into the "ordinary" German Penal Code (*Strafgesetzbuch*, StGB).

Already when the so-called Rome Statute for the establishment of the ICC was adopted in 1998 Germany decided that it wanted to implement international criminal law into its own legal system.[9] With this decision the German legislator wanted to achieve several goals:[10] First of all, the legislator wanted to enhance the visibility of international crimes and (domestic) international criminal law in general. In addition, the legislator wanted to emphasize and capture the "specific wrong" of international crimes. Also the German legislator wanted to contribute to the progressive development of international criminal law and international humanitarian law. And, finally, with regard to the principle of complementarity enshrined in the ICC-Statute, the German legislator wanted to make sure that Germany would always be in a position to prosecute its own citizens for international crimes and protect them from the risk of extradition to the International Criminal Court.[11]

---

8. Bundesgesetzblatt 2002 I, 2254. Translations of the Code of Crimes Against International Law in, inter alia, Arabic, English, French, or Spanish are available on the website of the Max Planck Institute (MPI) for Foreign and International Criminal Law at <www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/onlinepub.html> (last visited 13 October 2016). For a detailed assessment of the Code, see, e.g., Gerhard Werle and Florian Jeßberger, International Criminal Justice is Coming Home, Criminal Law Forum 13 (2002), pp. 191-223. However, it is important to note that there is no specific code of criminal procedure for international crimes. Instead the "ordinary" rules contained in the German Code of Criminal Procedure apply. As it has turned out, in particular in the first full trial based on the Code of Crimes Against International Law, that was completed just a few months ago, this creates difficult frictions, because the general procedural norms (e.g., standardized methods of arrest, investigation (e.g. collection of evidence), detention, and adjudication (e.g. interrogations by the judge using video links, interpreters) are not fully compatible with the form of massive criminality that embody international crimes.

9. Cf. Gerhard Werle and Florian Jeßberger, Principles of International Criminal Law, Oxford University Press (2014), marginal no. 402.

10. See Explanatory Memorandum of the Code of Crimes Against International Law, Bundestag-Drucksache (BT-Drs.) 14/8524, p. 12. Translations of the Explanatory Memorandum in, inter alia, Arabic, English, French, or Spanish are available on the website of the Max Planck Institute (MPI) for Foreign and International Criminal Law at <www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/onlinepub.html> (last visited 13 October 2016). See also Gerhard Werle and Florian Jeßberger, Principles of International Criminal Law, Oxford University Press (2014), marginal nos. 403-405.

11. Under the principle of complementarity, implemented in Paragraph 10 of the Preamble, Articles 1 and 17 ICC-Statute, the International Criminal Court is only competent if a state is either completely inactive or unable or unwilling to genuinely investigate and prosecute the international crimes committed on its territory or by its citizens. Thus, by adapting their legislation to the ICC-Statute, states are better positioned to take advantage of the shielding function of the complementarity principle. On the principle of complementarity,

fly at a very low altitude over the scene in order to disperse the crowd. This proposal, however, was rejected by Colonel Klein. The airstrike killed up to 142 people, most of them civilians siphoning the fuel of the tankers.

In this article three issues will be raised: First, the legal basis for the criminal proceedings against Colonel Klein, namely the German Code of Crimes Against International Law of 2002 will be presented. This is a specific criminal code that encompasses international crimes - that is genocide, crimes against humanity and war crimes - only. Second, the German prosecutor's decision and legal argument that led to the termination of the proceedings will be discussed. And finally it will be explained why an argument can be made that Colonel Klein could have been held responsible not for war crimes, but for the "ordinary" crime of negligent manslaughter under the German Penal Code.[6]

Before discussing these legal issues the political repercussions of the Kunduz incident in Germany should briefly be mentioned. Germany's military engagement in Afghanistan marks the first time since World War II that German military forces were deployed outside Europe. The mission therefore triggered a highly controversial debate about German foreign policy, in particular since reunified Germany's self-perception up to then has been that of a "civilian power", which would inhibit the offensive use of force. The Kunduz incident marks the first time since World War II that a German soldier was responsible for the death of a high number of civilians during an armed conflict, followed by the first criminal investigation of a Bundeswehr soldier for war crimes. Therefore - and because of the generally critical position towards the deployment of the German Bundeswehr - the Kunduz case attracted a great deal of media attention and triggered a controversial debate. In the end the German Minister of Defence and several generals had to resign.

3. The Law

At the outset it is important to explain in some detail the legal basis for the criminal proceedings against Colonel Klein, namely the German Code of Crimes Against International Law (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB).[7] This Code, which went into effect

6. In this article the term "ordinary crimes" will be used to distinguish between crimes contained in the regular German Penal Code and international crimes – genocide, crimes against humanity and war crimes – included in the Code of Crimes Against International Law.

7. The German Code of Crimes Against International Law is not to be confused with the German ICC Statute Implementation Act (Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes, IStGHG), which contains the necessary regulations for cooperation with the ICC and came into effect on July 1 2002. See Bundesgesetzblatt 2002 I, 2144.

company and were on the way to Kabul to deliver fuel to a logistics partner of ISAF forces, were hijacked by Taliban insurgents near Kunduz. Around 6.30 p.m. the tankers got stuck on a sandbank of the Kunduz river, about seven kilometres from the German Bundeswehr Provincial Reconstruction Team (PRT) camp. In order to get the tankers going again, the Taliban called upon the inhabitants of nearby villages and allowed them to siphon the fuel of the tankers. Within the next hours up to 200 individuals gathered at the scene. While ISAF forces soon learned about the hijacking the exact location of the tankers was identified by a US military aircraft only around midnight. German Bundeswehr Colonel Klein, who had the command over the Provincial Reconstruction Team Kunduz at the time, was informed about the discovery.

The hijacking of the tankers came at a time where the security situation in the Kunduz region had worsened significantly. In the months before the Kunduz incident, in particular before and during the 2009 election period, ISAF forces had been exposed to severe attacks by Taliban insurgents and German soldiers had encountered more frequent ambushes and roadside bombings. Several soldiers, including Germans, died or were severely wounded. On April 29, 2009 the first German Bundeswehr soldier since World War II lost his life during combat. A day before the Kunduz airstrike, on September 3, 2009, there had been serious fighting between ISAF forces and insurgents north of Kunduz during which three German Bundeswehr soldiers were wounded. Also there had been a few recent attacks, in Kabul and Kandahar, where Taliban insurgents had used hijacked fuel tankers, causing a high number of civilian casualties. In late summer 2009 there had been warnings that Taliban insurgents were planning a large attack on the German Bundeswehr RPT Kunduz camp. Therefore, when informed about the situation, Colonel Klein was concerned that the Taliban could use the tankers for a suicide attack against the Bundeswehr camp or ISAF forces.

After an analysis of two sources available, i.e. the aerial footage from the first US military aircraft that had located the tankers and later two US fighters that were called to the scene and information given by a local informant over the phone, who said that only insurgents were present, who however was not himself at the scene but was passing on second–hand information, Colonel Klein ordered two US fighter jet pilots to carry out an airstrike on the two tankers in the early morning hours of September 4. Before that, the two US jet fighter pilots proposed several times to conduct a "show of force", i.e. to

---

John Goetz, Hauke Goos, Jochen-Martin Gutsch, Susanne Koelbl, Shoib Najafizada, Christoph Schwennicke and Holger Stark, Bundeswehr – Ein deutsches Verbrechen, Der Spiegel 5/2010 of 1 February 2010, pp. 34-57. See also Christoph Reuter and Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, Rogner & Bernhard (2010), a book with portrait photography of family members of the victims killed in the airstrike.

Besides the criminal law case there are also two civil proceedings ongoing, since two victims' families sued Germany for damages. So far these proceedings have been unsuccessful.[3] Currently they are pending before the German Federal High Court (*Bundesgerichtshof*, BGH).[4]

2. The Facts

Before discussing the legal issues, the facts of the 2009 Kunduz airstrike shall briefly be recalled.[5] On September 3, 2009 two fuel tankers, which belonged to an Afghan private

---

of the Kunduz incident, see Constantin von der Groeben, Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein, German Law Journal 11 (2010), pp. 469-491; Wolfgang Kaleck, Andreas Schüller and Dominik Steiger, Tarnen und Täuschen – Die deutschen Strafverfolgungsbehörden und der Fall des Luftangriffs bei Kundus, Kritische Justiz 2010, pp. 270-286; for a short comment, see also David Diehl, Zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm durch die Bundesanwaltschaft, BOFAXE No. 343D of 11 May 2010, available online at <www.ifhv.de/documents/bofaxe/bofaxe2010/343d.pdf> (in German; last visited 13 October 2016); for an indirect legal analysis of the Kunduz incident, see Jelena Bäumler and Dominik Steiger, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei Auslandseinsätzen, Archiv desVölkerrechts 48 (2010), pp. 189-225.

3. First instance: Regional Court (Landgericht, LG) Bonn, judgment of 11 December 2013 (1 O 460/11), available online at <www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bonn/lg_bonn/j2013/1_O_460_11_Urteil_20131211.html> (in German; last visited 13 October 2016); second instance: Higher Regional Court (Oberlandesgericht, OLG) Köln, judgment of 30 April 2015 (7 U 4/14), available online at <www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2015/7_U_4_14_Urteil_20150430.html> (in German; last visited 13 October 2016). On the civil proceedings, see, e.g, Elisabeth V. Henn, The Development of German Jurisprudence on Individual Compensation for Victims of Armed Conflicts – The Kunduz Case, Journal of International Criminal Justice 12 (2014), pp. 615-637; Thomas Ruttig, The Incident at Coordinate 42S VF 8934 5219: German Court Rejects Claim from Kunduz Air Strike Victims, blog entry of 15 December 2013, available online at <www.afghanistan-analysts.org/the-incident-at-coordinate-42s-vf-8934-5219-german-court-rejects-claim-from-kunduz-air-strike-victims> (in English; last visited 13 October 2016).

4. On 6 October 2016 the Federal High Court upheld the appeal, i.e. dismissed the claim for damages and decided that Germany is not liable for overseas military operations, Federal High Court (Bundesgerichtshof, BGH), judgment of 6 October 2016 (III ZR 140/15) (not yet published); see press release No. 176/2016 of 6 October 2016, Deutsches Amtshaftungsrecht ist auf bewaffnete Auslandseinsätze der Bundeswehr nicht anwendbar („Fall Kunduz"), available online at <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2016&nr=76130&linked=pm&Blank=1> (in German; last visited 13 October 2013), as well as the press report Deutsche Welle, German state not liable to pay compensation to victims of 2009 Kunduz airstrike, 6 October 2016, available online at <www.dw.com/en/german-state-not-liable-to-pay-compensation-to-victims-of-2009-kunduz-airstrike/a-35978028> (last visited 13. October 2016).

5. The following remarks can be no more than a simplified version of the events. Some facts of the Kunduz incident are still disputed. For example, the exact number of civilian casualties remains unclear, it is not clear on which information and means of intelligence Colonel Klein based his decision to order the airstrike, nor are his motives for ordering the airstrike. One reason for this ambiguity is that some of the documents relating to the incident are still classified and not avilable to the general public. For a thorough reconstruction of the incident, see, e.g., the Report of the German Parliamentary Investigation Committee, German Bundestag, 17. Election Period, Bundestag-Drucksache (BT-Drs.) 17/7400 of 25 October 2011, pp. 39-87, available online at <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/074/1707400.pdf> (in German; last visited 13 October 2016), as well as the detailed press report Ulrike Demmer, Markus Feldenkirchen, Ullrich Fichtner, Matthias Gebauer,

Criminal Responsibility for the 2009 "Kunduz Airstrike.2" The German Code of Crimes Against International Law and International (Humanitarian) Law

Julia Geneuss[1]

Table of Contents

1. Introduction
3. The Law
4. The Prosecutor`s Decision
5. The Criticism
6. Conclusion

1. Introduction

On 4 September 2009 a German Colonel, Georg Klein, ordered the airstrike of two fuel tankers that had been hijacked by the Taliban near Kunduz and later got stuck in the mud of a dry riverbed. The airstrike killed up to 142 people, most of them civilians siphoning the fuel of the tankers. The incident caused public outrage in not only in Afghanistan but also in Germany and had a number of political repercussions. Even today, several years later, the incident and its legal handling still raises a controversial debate. This article discusses the criminal investigations that were initiated in Germany against Colonel Klein for war crimes after the 2009 Kunduz airstrike.2

---

1. This paper is a revised and expanded version of a presentation given at the 3. Afghan Legal Studies Conference held in Kabul, October 3-5, 2016. The style of the presentation has been maintained.

2. To be precise, the criminal investigations were not only directed against Colonel Klein, but also against Staff Sergeant Wilhelm, who was on duty in the Tactical Operations Centre, inter alia, monitoring aerial image. However, for simplicity's sake I will focus on Colonel Klein's case only. For a thorough legal analysis

سیزده سال بعد از عضویت افغانستان در محکمه بین‌المللی جزایی؛ افغانستان در کجایی کار آن محکمه قرار دارد؟

احسان قانع

چکیده

محکمه بین‌المللی جزایی در جولای ۲۰۰۲ به عنوان تنها محکمه دایمی بین‌المللی جزایی با هدف خاتمه دادن به فرهنگ معافیت از مجازات در سطح بین‌الملل عملا شروع به کار کرد. افغانستان عضویت این محکمه را در ۱ می ۲۰۰۳ بدست آورد. براساس مفاد اساسنامه رُم سند تأسیس محکمه- جرایم مندرج ماده ۵ که عبارت اند جرم نسل کشی، جرایم جنگی، جرایم علیه بشریت و جرم تعرض (ارتکاب جرم تعرض بعد از سال ۲۰۱۷)، هرگاه در قلمرو کشور عضو یا توسط اتباع آن ارتکاب یافته باشد، نمی‌تواند بدون رسیدگی عدلی و قضایی رها شود. این رسیدگی حق اولیه نهادهای عدلی-قضایی ملی است اما اگر این نهادها اراده یا توانایی رسیدگی را نداشته باشند، محکمه بین‌المللی جزایی باید وارد عمل شده و به آن جرایم رسیدگی نماید.

محکمه بین‌المللی جزایی تحقیقات مقدماتی خویش در مورد وضعیت افغانستان از سال ۲۰۰۷ شروع کرده است و تا اکنون شش گزارش مقدماتی را به نشر رسانده است. براساس یافته‌های این گزارش، دو نوع از جرایم مندرج ماده ۵ اساسنامه و تحت صلاحیت محکمه در قلمرو افغانستان بعد از تاریخ عضویت آن کشور دراین محکمه توسط اتباع افغانستان و غیر افغانستان ارتکاب یافته است. دفتر څارنوالی محکمه که مسوولیت انجام و نشر این تحقیق را دارد، هنوز در پی ثابت کردن این امر است که آیا دولت افغانستان اراده و توانایی رسیدگی به این جرایم را دارد یا خیر. در صورت که پاسخ منفی باشد، محکمه مکلف می‌شود تا خود اقدام به رسیدگی

این جرایم حتی بدون ارجاع دوسیه توسط دولت افغانستان به این محکمه، نماید. در آخرین گزارش خود، دفتر حارنوالی گفته است که به زودی درخواست آغاز تحقیقات در مورد افغانستان را به قضات آن محکمه می‌سپارد.

در ذیل این چکیده، به موضوع صلاحیت‌های محکمه بین‌المللی جزایی مبتنی بر اساسنامه رُم، اقدامات و یافته‌های این محکمه در مورد افغانستان و نیز عکس‌العمل دولت افغانستان نسبت به درخواست‌های مکرر دفتر څارنوالی محکمه برای بازدید از افغانستان پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: محکمه بین‌المللی جزایی، افغانستان، جرایم بین‌المللی، اساسنامه رُم و صلاحیت های محکمه بین‌المللی جزایی.

۱- چگونگی به وجود آمدن محکمه بین‌المللی جزایی

با گسترش جهانی شدن روابط در عرصه‌های مختلف و ایجاد نظریه صلح و امنیت جهانی، قبل از وقوع جنگ دوم جهانی، نظریه داشتن یک نهاد بین‌المللی، با صلاحیت رسیدگی به آن دسته از جرایم که صلح و امنیت جهانی را به خطر مواجه می‌سازد نیز به وجود آمد. بعد از جنگ دوم جهانی این نظریه تقویت یافت. محاکم بین‌المللی نظامی نورمبرگ و توکیو سرآغاز عملی برای تطبیق این نظریه بود. اما این دو محکمه از نظر زمانی، موضوعی و مکانی محدود به جرایم بودند که در جریان جنگ دوم جهانی توسط حزب نازی آلمان و نظامیان آن زمان جاپان اتفاق افتاده بودند (۱). بعد از ختم کار این دو محکمه، نظریه داشتن یک محکمه دائمی بین‌المللی بیش‌تر از پیش مطرح و توسط نهادهای دانشگاهی مورد حمایت قرار گرفت. در فاصله بین جنگ دوم جهانی و سال ۱۹۹۸ این نظریه گاهی با قوت و گاهی نیز با سکوت همراه بود. تا اینکه در سال ۱۹۹۸ تعداد قابل توجهی از نمایندگان کشورها در شهر رُم ایتالیا گرد هم آمدند و طی گفتگوهای سنگین و جدی، اساسنامه اولین محکمه دائمی بین‌المللی، با صلاحیت جزایی بین‌المللی، بدون محدودیت زمانی بعد از تأسیس را به تصویب رساندند(۲). بعد از ختم کار محاکم نورمبرگ و توکیو تصویب این اساسنامه انقلاب بزرگی در حقوق جزای بین‌الملل به وجود آورد. تا اینکه با پیوستن ۶۰ کشور به این اساسنامه، محکمه بین‌المللی جزایی در جولای ۲۰۰۲ در شهر لاهه کشور هالند عملا ایجاد و به کار خود آغاز کرد.

۲- وضعیت کنونی محکمه بین‌المللی جزایی

محکمه تا همین لحظه ۱۲۴ دولت عضو دارد که شامل بر ۳۴ کشور افریقایی، ۱۹ کشور آسیایی، ۱۸ کشور اروپای شرقی، ۲۸ کشور از امریکای لاتین و ۲۵ کشور از اروپای غربی و چند جای دیگر می‌شود.

افغانستان در فبروری ۲۰۰۳ درخواست عضویت خویش را ارایه و در اول می همان سال عضویت آن محکمه را بدست آورد.وضعیت ده کشور به شمول افغانستان در مرحله ارزیابی‌های مقدماتی قرار دارد. دفتر څارنوالی درخواست خویش را به پری ترایل چمبر برای اخذ اجازه آن نهاد به منظور آغاز تحقیق در چهار کشور را ارایه کرده است. وضعیت ده کشور به شمول نه کشور افریقایی و گرجستان به عنوان تنها کشور غیر افریقایی در مرحله تحقیق قرار دارد. ۶ دوسیه در محکمه ابتداییه و ۱ دوسیه در محکمه استیناف، ۲ دوسیه در مرحله عمل برای جبران خساره است. ۵ دوسیه دیگر مختومه اعلان گردیده است (۳).

دو توضیح

اول: پری ترایل چمبر نهادیست در ساختار محکمه بین‌المللی جزایی که تمام اقدامات دفتر څارنوالی محکمه را از آغاز کار تا اقامه دعوا نزد محکمه ابتدائیه نظارت می‌کند. دفتر څارنوالی قبل از آغاز تحقیق در یک کشور ملزم به کسب اجازه این نهاد نیز می‌باشد.

دوم: هدف قراردادن کشورهای افریقایی سبب نارضایتی اتحادیه افریقا از آن محکمه گردیده است. این نارضیاتی بعد از ارجاع دوسیه سودان به محکمه توسط شورای امنیت سازمان ملل بیش‌تر شده است تا حدی که اتحادیه افریقا در پی کسب رضایت اعضای خویش برای خروج از محکمه هستند. البته این نارضیاتی تنها به اتحادیه افریقا خلاصه نمی‌شود بلکه در سال ۲۰۱۲ قربانیان جنگ و فعالین مدنی افغانستان نیز طی تظاهراتی محکمه بین‌المللی جزایی را در بی توجهی نسبت به افغانستان محکوم کردند. با توجه به محدودیت‌های مالی و ساختاری که محکمه دارد، ضرور به نظر می‌رسد تا توازن لازم را میان اعضای خویش رعایت نماید.

۳- صلاحیت‌های محکمه بین‌المللی جزایی

محکمه بین‌المللی جزایی دارای پنج نوع صلاحیت است که عبارت اند از صلاحیت موضوعی، صلاحیت زمانی، صلاحیت مکانی، صلاحیت شخصی و صلاحیت تکمیلی (۴).

الف) صلاحیت موضوعی: براساس ماده ۵ اساسنامه رم، محکمه تنها به چهار جرم صلاحیت رسیدگی دارند که عبارتند از جرم نسل کشی، جرایم جنگی، جرایم علیه بشریت و جرم تعرض یک کشور به کشور دیگر. متاسفانه محدودیت زمانی، فرصت تعریف این جرایم را اکنون نمی‌دهد اما از نظر ماهیت این چهار جرم به دلیل شدت قبوحت و تخریب کننده امنیت و صلح جهانی در حقوق جزای بین‌الملل به عنوان جرایم بین‌المللی شناخته شده اند.

ب) صلاحیت زمانی: صلاحیت زمانی محکمه از جولای ۲۰۰۲ نسبت به کشورهای که قبل از این تاریخ عضویت محکمه را کسب کرده اند یا نسبت به وضعیت‌های است که شورای امنیت سازمان ملل به محکمه ارجاع داده است. اما نسبت به کشورهای که بعد از جولای ۲۰۰۲ عضویت محکمه را کسب کرده است، صلاحیت زمانی محکمه از زمان عضویت آن کشور آغاز می‌گردد. مثلا افغانستان عضویت محکمه را در اول می ۲۰۰۳ اخذ نموده است، بنابراین، محکمه به جرایم ارتکاب یافته در قلمرو افغانستان بعد از همین تاریخ صلاحیت رسیدگی دارد مگر اینکه شورای امنیت سازمان ملل از محکمه درخواست رسیدگی کند که دراین صورت صلاحیت زمانی محکمه از همان جولای ۲۰۰۲ است. در کل، محکمه صلاحیت رسیدگی به جرایم که قبل از جولای ۲۰۰۲ ارتکاب یافته اند را ندارد. متاسفانه اطلاعات و آگاهی درست نسبت به صلاحیت زمانی محکمه نزد سیاست‌گذارن افغانستان وجود ندارد و این موضوع سبب به درازا کشیدن تصمیم افغانستان در مورد اجازه بازدید هیات محکمه بین‌المللی از افغانستان گردیده است. دراین مورد بعدا توضیح داده خواهد شد.

ج) صلاحیت مکانی: این صلاحیت می‌گوید که محکمه بین‌المللی جزایی تنها می‌تواند به جرایم مندرج ماده ۵ که در قلمرو حقوقی کشورهای عضوش ارتکاب یافته است رسیدگی کند. با آنکه کشورهای ابرقدرت دنیا، چون ایالات متحده امریکا، چین و روسیه، عضویت این محکمه را نگرفته‌اند اما عضویت ۱۲۴ کشور وسعت صلاحیت مکانی محکمه را به اندازه کافی جهانی ساخته است. یکی از وضعیت‌های که در مرحله ارزیابی مقدماتی نزد دفتر څارنوالی محکمه قرار دارد، ارتکاب جرم شکنجه توسط سربازان انگلیسی در قلمرو عراق است.

د) صلاحیت شخصی: صلاحیت شخصی به معنی این است که اگر اتباع کشورهای عضو مرتکب جرایم تحت صلاحیت محکمه گردد، از پیگرد عدلی قضایی محکمه مصئون نخواهد بود. مثلا اگر یک افغان در قلمرو یکی از کشورهای غیر عضو مرتکب جرم جنگی شود، مرتکب به دلیل

اینکه تبعه افغانستان است و افغانستان عضویت محکمه را دارا است، تحت صلاحیت رسیدگی عدلی-قضایی محکمه بین‌المللی جزایی قرار می‌گیرد.

ه) صلاحیت تکمیلی: در میان پنج نوع صلاحیت محکمه بین‌المللی جزایی، اما، صلاحیت تکمیلی قابلیت بحث بیش‌تر را دارد. صلاحیت تکمیلی زاده اساسنامه رم در حقوق جزای بین‌الملل است. این صلاحیت یکی از دلایل عمده در به توافق رسیدن کشورها برای ایجاد محکمه بین‌المللی جزایی بود. کشورها، دوست نداشتند که حاکمیت ملی شان توسط یک نهاد بیرونی محدود شود یا صدمه ببیند. اصولا، محکمه بین‌المللی جزایی در پی مرتکبین قدرتمند و کسانی هستند که دولت عضو توانایی یا اراده محاکمه کردن آنان را ندارد. از جانب دیگر، ارتکاب جرم به معنی صدمه زدن به حاکمیت ملی کشورها است و این حق طبیعی و اولیه کشورها است تا مجرم را خود محاکمه کند. دادن صلاحیت به یک نهاد بیرونی بدیل از این دو جهت منافی حاکمیت ملی کشور ها بود. اساسنامه رم برای اینکه تا حدی این ترس دولت‌ها را کاهش داده باشد، موضوع صلاحیت تکمیلی را مطرح کرد. صلاحیت تکمیلی می‌گوید که محاکمه مرتکبین جرایم بین‌المللی حق اولیه کشورهای است که جرم در قلمرو آن اتفاق افتاده است اما اگر آن کشور توان یا اراده رسیدگی به آن جرایم را نداشت، محکمه بین‌المللی جزایی صلاحیت رسیدگی می یابد. با آنکه این مکانیزم تا حدی محافظت کننده حاکمیت ملی کشورها است اما به صورت کامل نیست. به این دلیل که اگر دولت عضو اراده نداشته باشد، محکمه بدون ارادهء آن کشور حق مداخله دارد و این چیزی نیست که حاکمیت ملی پذیرایش باشد. روی هم رفته اما این به نفع عدالت است. محکمه بین‌المللی جزایی حتی می‌تواند عالی ترین مقام یک کشور، چون رییس جمهور، را محاکمه کند که شاید محاکمهء وی در کشورش کار ناممکن اگر نباشد، دشوار است.

۴- جایگاه افغانستان نزد محکمه بین‌المللی جزایی

چنانچه در بالا ذکر شد، افغانستان عضویت محکمه را در اول می ۲۰۰۳ اخذ نمود. از سال ۲۰۰۷ دفتر څارنوالی محکمه وضعیت افغانستان را مورد ارزیابی مقدماتی قرار داده است. این دفتر، از سال ۲۰۱۱ تاکنون هر سال یک گزارش مختصر در مورد افغانستان تحت عنوان گزارش مقدماتی نشر کرده است (۵). دراین گزارش ها وضعیت افغانستان را با محوریت توجه به ماده ۱۳ و ۱۵ اساسنامه رم که در مورد صلاحیت تکمیلی محکمه است، بررسی کرده است.

ماده ۱۳ روشهای اقامه دعوت نزد محکمه را بیان می‌کند. اولین روش این است که کشور عضو درخواست خویش مبنی بر رسیدگی دوسیه‌ای را خود به محکمه ارسال نماید (یوگاندا). دومین روش این است که شورای امنیت سازمان ملل متحد درخواست رسیدگی از محکمه نماید (سودان). اما سومین روش این است که محکمه براساس صلاحیت ذاتی خویش اقدام به رسیدگی کند. در روش سوم دفتر څارنوالی خود تحقیق مقدماتی را انجام داده و شرایط اینکه آیا محکمه صلاحیت استفاده از صلاحیت ذاتی خود را دارد دراین مرحله مورد بررسی قرار می‌دهد. در صورت که برای دفتر څارنوالی شرایط لازم مداخله (چنانچه در ماده ۱۵ ذکر شده است) ثابت شود برای اقدامات عدلی و قضایی از پری ترایل چمبر اجازه می‌گیرد (گرجستان). در مورد افغانستان اما، نه دولت افغانستان و نه شورای امنیت سازمان ملل متحد از محکمه در خواست کرده است. تنها راه برای محکمه استفاده از همان صلاحیت ذاتی‌اش است.

شرایط مندرج ماده ۱۵ کدام ها اند و دفتر سارنوالی محکمه در مورد افغانستان به کدام نتایج رسیده است؟

برای اینکه محکمه بتواند در افغانستان اقدامات عدلی و قضایی خویش را شروع کند نیازمند این است که سه شرط مطروحه در ماده ۱۵ اساسنامه را در افغانستان تشخیص دهد و پری ترایل چمبر را در مورد فراهم بودن آن شرایط قانع سازد. این شرایط عبارت اند از:

یکم: حداقل یکی از جرایم که در صلاحیت محکمه است در قلمرو افغانستان اتفاق افتاده باشد. دوم: دولت افغانستان توانایی یا اراده رسیدگی به این جرایم را نداشته باشد. سوم: قربانیان از محکمه بین‌المللی جزایی خواستار رسیدگی عدلی و قضایی در آن مورد شده باشند.

در شش گزارشی که دفتر څارنوالی محکمه تا اکنون در مورد وضعیت افغانستان نشر کرده است (۶). ارتکاب دو دسته از جرایم مندرج ماده ۵ اساسنامه رم در قلمرو افغانستان بعد از عضویت افغانستان در آن محکمه را شناسایی نموده است. در گزارش‌ها گفته شده است که ۷ نمونه از دسته جرایم جنگی و ۲ نمونه از دسته جرایم علیه بشریت توسط طرفین جنگ اتفاق افتاده است. از گروه‌های مخالف دولت افغانستان در ارتکاب هر ۹ نوع و از حکومت افغانستان و حامیان بین‌المللی آن در ارتکاب جرم شکنجه و آزار و اذیت جنسی نام برده است. پس شرط اول ذکر رفته در ماده ۱۵ در مورد افغانستان ثابت شده است.

دوم: ثابت شدن ناتوانی یا بی ارادگی ملی در رسیدگی به جرایم ارتکاب یافته بین‌المللی شرط دوم است. در چهار گزارش اخیر از شش گزارش خویش، دفتر سارنوالی محکمه بیش‌تر تکیه بر روی بی ارادگی حکومت افغانستان کرده است و از قانون عفو عمومی به عنوان سندی برای تأیید این ادعای خویش سود جسته است.

کار مسوده قانون عفو عمومی در سال ۲۰۰۵ توسط پارلمان قبلی آغاز شد و بعد از تصویب برای توشیح به رییس جمهور کرزی ارسال گردید (۷). رییس جمهور کرزی این قانون را نه توشیح و نه رد کرد. براساس ماده ۹۴ قانون اساسی هرگاه مصوبهء مجلسین شورای ملی بدون عکس عمل به مدت ۱۵ روز نزد رییس جمهور باقی بماند، آن مصوبه توشیح شده محسوب گردیده و در جریده رسمی به عنوان قانون نافذ باید نشر گردد. این قانون به همین روش در ۲۰۰۷ نشر گردید. مدافعین عدالت انتقالی و حقوق‌بشر در سال ۲۰۰۹ از وجود این قانون مطلع شدند. این قانون دارای ۶ ماده است. در ماده سوم آن گفته شده است، کسانی که در گذشته مرتکب جرایم جنگی یا جنایت علیه بشریت شده است و اکنون سلاح خود را گذاشته اند و یا کسانی که در حال جنگ علیه جمهوری اسلامی افغانستان هستند و سلاح خود را گذاشته به پروسه صلح می‌پیوندند، مورد پیگرد عدلی و قضایی قرار نمی‌گیرند. دفتر څارنوالی محکمه با استناد به همین عفو عمومی مرتکبین و نیز جریان داشتن پروسه صلح با گروه‌های مرتکب، به این نتیجه رسیده است که دولت افغانستان اراده رسیدگی به این جرایم را ندارد. البته در آخرین گزارش خویش که در نوامبر ۲۰۱۶ نشر شده است، دفتر څارنوالی محکمه اذعان کرده است که هنوز دراین مورد نیازمند تحقیقات بیش‌تر است. از همین رو، با حکومت افغانستان در تماس شده است تا فرصت بازدید یک هیأت بلند پایه محکمه را از افغانستان فراهم کند. این بازدید بیش‌تر با مقامات دولتی، نهادهای مدنی و تعدادی از قربانیان خواهد بود. پس شرط دوم متذکره در ماده ۱۵ در مورد افغانستان نزد محکمه در مرحله نهایی شدن است.

سوم: شرط سوم اما این است که مداخله محکمه در یک وضعیت به نفع تأمین عدالت در آن وضعیت باشد. یا به عبارت دیگر قربانیان آن جرایم خواستار مداخله محکمه باشد. برای تشخص نفع عدالت، خواست قربانیان مهم است. محکمه اگرچه در گزارش‌های خود دراین مورد اسناد محکمی ارایه نکرده است اما گفته است که برای محکمه این ثابت نشده است که مداخله به ضرر

تأمین عدالت باشد.براساس منابع و آخرین گزارش مقدماتی، دفتر څارنوالی محکمه، درخواست برای اخذ اجازه پری ترایل چمبر به منظور آغاز تحقیق در افغانستان را آماده کرده است و در استانه ارسال آن درخواست به آن نهاد می-باشد.

۵- اقدامات افغانستان به عنوان عضوی محکمه بین‌المللی جزایی

در جنوری ۲۰۱۶، بعد از تماس‌های مکرر دفتر سارنوالی محکمه بین‌المللی جزایی با دولت افغانستان در مورد اخذ ویزا برای بازدید، حکومت افغانستان یک کمیته بین‌الوزارتی را ایجاد کرد (۸). این کمیته توسط معاون دوم رییس جمهور رهبری می‌گردید. کمیته در اول آگست گزارش خود را به شورای امنیت ملی ارسال کرد. دراین گزارش از حمایت همکاران بین‌المللی افغانستان در مورد بازدید محکمه از این کشور، نشر اساسنامه رم به دو زبان ملی، و بررسی دوسیه‌های مرتبط به صلاحیت محکمه که در افغانستان رسیدگی شده است صحبت کرده اند. در گزارش هم چنان گفته است که کمیسیون مستقل حقوق‌بشر افغانستان در مورد مکانیزم چگونگی همکاری بین حکومت افغانستان و محکمه کار می‌کند اما به دلیل حساسیت و حجم بزرگ کار نیازمند وقت بیش‌تر است. در آخرین نشست این کمیته، فیصله شده است که با آمدن هیأت محکمه بین‌المللی جزایی برای بازدید از افغانستان موافقه کرده اند اما تصمیم نهایی را شورای امنیت ملی خواهد گرفت. با آنکه تا هنوز شورای امنیت ملی برای هیأت سارنوالی محکمه اجازه صدور ویزا را نداده است اما منابع می‌گویند که تماس‌های میان حکومت افغانستان و محکمه صورت گرفته است. هیأت دو نفره از جانب افغانستان با مقام لوی سارنوالی و رییس محکمه بعد از نشر ششمین گزارش مقدماتی دیدار کرده است.

گزارش کمیته بین‌الوزارتی در مورد رسیدگی به دوسیه‌های مرتبط به صلاحیت محکمه بین‌المللی گفته است که تنها دو قضیه شکنجه مورد تحقیق سارنوالی افغانستان قرارگرفته است اما نمی‌داند که آیا در محاکم نیز ارسال شده است یا خیر. این دو قضیه مرتبط به شکنجه زندانیان طالب توسط پلیس و امنیت ملی می‌شود که بعد از گزارش یونما در مورد موجودیت شکنجه در محابس و توقیف‌خانه‌های افغانستان مورد بررسی یک کمیته خاص حکومتی قرار گرفت.

مورد که در گزارش نیامده است اما یک قدم مثبت است، جرم انگاری جرایم مندرج در اساسنامه رم در مسوده کد جزایی است (۹). مسوده کد جزایی در اول اکتبر ۲۰۱۶ توسط کابینه

در اصول مورد تأیید قرار گرفت اما هنوز باید روی آن کار شود. عضویت افغانستان در محکمه بین‌المللی جزایی حداقل سبب این شده است تا حکومت افغانستان مجبور به جرم انگاری جرایم بین‌المللی برای نخستین بار در سیستم حقوقی افغانستان گردد. با آنکه افغانستان یک کشور در جنگ بوده است اما هرگز قانون که جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت را جرم بداند وجود نداشته است. تعداد انگشت شماری از مرتکبین جرایم بین‌المللی در افغانستان محاکمه شده است یا در حال محاکمه شدن هستند. اما محاکمه آنها با استناد به قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی بوده است یا از فقه استفاده شده است. مثلا، در محکمه اسدالله سروری، رییس اگسا، نهاد امنیت ملی دوران ریاست جمهوری نور محمد تره‌کی که توسط محکمه ابتداییه امنیت در سال ۲۰۰۶ صورت گرفت، از ماده ۱۳۰ قانون اساسی که به فقه ارجاع داده شده است، استفاده شده بود (۱۰). دو نمونه دیگر از محاکمه متهمین به ارتکاب جرایم جنگی، محاکمه دو تن از سران شبکه حقانی، انس حقانی و حافظ رشید، توسط یکی از محاکم ابتدایی افغانستان است. براساس خبر های که در مورد آن یک ماه قبل در رسانه ها نشر شده گفته می‌شود در محاکمه آنان از قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی استفاده شده است.

نتیجه‌گیری

گزارش‌های مقدماتی دفتر څارنوالی محکمه بین‌المللی جزایی و نیز یافته‌های نگارنده این نکته را می‌رساند که شرایط مندرج در ماده ۱۵ اساسنامه رم برای آغاز روند تحقیق توسط دفتر څارنوالی در وضعیت افغانستان فراهم است. متاسفانه، از زمان عضویت افغانستان در محکمه، جرایم جنگی و علیه بشریت در افغانستان به صورت گسترده و سیستماتیک توسط طرف‌های درگیر ارتکاب یافته است. علاوه بر اینکه دولت افغانستان اراده و توانایی محاکمه عاملان آن جرایم را ندارد، وضعیت امنیتی و جریان منازعه محاکمه عاملان را به چالش‌های جدی مواجه می‌سازد. قربانیان و خانواده‌های آنان به صورت مکرر خواستار تأمین عدالت نسبت به خویش شده اند. ماده ۱۵ نه تنها به محکمه صلاحیت رسیدگی داده است بلکه محکمه را ملزم به رسیدگی کرده است. این بدین معنی است که جرایم ارتکاب یافته تحت صلاحیت محکمه نمی‌تواند بدون رسیدگی عدلی و قضایی رها شود.

(۱) کیتی شیایزری، کریانگ ساک، حقوق بین‌الملل کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد

اسماعیلی، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۳.
(۲) وبسایت محکمه بین‌المللی جزایی.
(۳) همان، دسامبر ۲۰۱۶.
(۴) اساسنامه رُم.
(۵) وبسایت محکمه بین‌المللی جزایی، گزارش‌های مقدماتی، افغانستان.
(۶) کلارک، کیت و قانع، احسان، یک گام نزدیک تر به رسیدگی جرایم جنگی: آخرین گزارش محکمه بین‌المللی جزایی، نشر شد در وب سایت شبکه تحلیلگران افغانستان، نوامبر ۲۰۱۶.
(۷) کووو، ساری و گوسمن، پتریشیا، به ما بگو این چگونه خاتمه میابد: بحثی درمورد عدالت انتقالی، نشر شد در وبسایت شبکه تحلیلگران افغانستان، جون ۲۰۱۳.
(۸) وبسایت دفتر مقام دوم ریاست جمهوری افغانستان، جنوری ۲۰۱۶.
(۹) مسوده کد جزای افغانستان، دسامبر ۲۰۱۶.
(۱۰) قانع، احسان و کووو، ساری، جرایم جنگی در افغانستان: اسدالله سروری از زندان آزاد شد، نشر شده در وبسایت شبکه تحلیلگران افغانستان، دسامبر، ۲۰۱۶.

بخش سوم

حقوق خصوصی

خصوصي حقوق

Private Law

6. If the husband does not fulfill his obligations according to the marriage contract, or causes his wife harm, she has the right to file for divorce. The law also permits divorce by mutual consent.

7. Children's rights are protected according to the international conventions Morocco has signed. Priority in terms of child custody goes first to the mother, then the father, then the maternal grandmother, or to whomever the judge deems the most qualified relative. Children in custody must be given "suitable accommodation," the terms of which must be settled within a month of any dispute. The parent who gains custody of the child keeps the house.

8. A married couple may negotiate an agreement separately from the marriage contract regarding the management of assets they acquire while married.

b) Selected Quotations

"Guardianship (*wilayah*) is the right of the woman: the woman of legal majority exercises it according to her choice and her interest." (Art. 24)

"Polygamy is prohibited if there is fear of lack of justice between the wives, and likewise prohibited if there is stipulation from the wife against her husband marrying another wife [while married to her]". (Art.40)

"The court shall not approve polygamy if the exceptional objective justification is not proven before it…." (Art. 40)

"All stipulations are binding except stipulations that contradict the terms and objectives of the marriage contract and legal rules; these stipulations are void while the contract remains valid." (Art. 47)

"Failure to respect any condition in the marriage contract constitutes an injury justifying a petition for divorce." (Art. 99)

"The wife bears with her husband the responsibility of managing and looking after the affairs of the house and the children".

"Consultation in the taking of decisions in regard to the management of the affairs of the family and the children and family planning [is one of the mutual rights and duties of the spouses]." (Art. 51)

a measure of court supervision over them.

Appendix II

Moroccan Family Law Code, known as the Mudawana 2004

The Mudawana is generally seen as a balanced blend of both the traditional and modern influences in family law, and reflective also of the desire to strengthen the family unit. In about (400) articles, the Mudawana takes significant steps toward a detailed articulation of an egalitarian and participatory regime of family law.

Presented below is synoptic information on the general structure of this law to be followed by a selection of quotes of some of its salient provisions:

General Structure of the Mudawana

1. Both spouses share responsibility for the family; "women are men's sisters before the law."

2. Once a woman comes of age, she does not need a marital tutor (a male relative, usually the father who speaks on her behalf). Women cannot be married against their will, though if they wish to designate a male relative to act as their marital tutor, they may.

3. The minimum age of marriage for both men and women is 18 unless otherwise specified by a judge; in addition, boys and girls under custody may choose their custodian once they reach the age of 15.

4. A man may only take a second wife if a judge authorises it, and only when there is an objective justification for it, the first wife consents, and the man has sufficient resources to support the two families with all their maintenance rights. Moreover, a woman can stipulate in her marriage contract that her husband may not take a second wife. The first wife may also petition for divorce if the husband takes another wife without her consent.

5. The right to petition for divorce belongs to both men and women, though procedures for reconciliation and mediation are encouraged. A man may not repudiate his wife without the permission of a judge, and she and her children must be accorded their full rights under the law. Divorce proceedings take place in a court, rather than before a religious official.

to child custody (*hadanah*, Art. 239),[62] custody proceedings (Art. 249, 250 & 251)[63] inheritance (Art. 2032),[64] and documentation proceedings for divorce (Art. 135).[65] It is remarkable though that none of these amendments appear in the text of CC76, not even in a later reprint of the original four volumes of the Code into one (dated 1384/2005) – which prompted the present writer, for the record, to provide brief information on them below.[66] All these amendments were proposed by Ministry of Justice and approved by the Cabinet and/or Revolutionary Council and the President at the time. None of them involved normal parliamentary procedures, nor in fact any substantive reform of the original provisions, as most seem to partake in clarifying ambiguities for purposes of court procedings.

An additional point of information to mention here is that work is currently underway on a new draft family law under the proposed title Qanun–e Khawadah (in over 200 articles) as a self–contained statute independently from CC76. The proposed draft, compiled by Afghanistan's Ministry of Justice with the cooperation of WLUML (Women Living under Muslim Law), has been under review for a few years, it seems, and is still in its preparatory stages. A great deal of the draft text has actually been taken from CC76, albeit with insertion of changes and additions. The basic purpose of the proposed draft seems to be to reform aspects of CC76 that would help bringing them in line with the constitution 2004. Noteworthy are points of reform on guardianship, polygamy, and divorce so as to prevent abusive exercise of these provisions and ensure

---

62. The amendment to article 239 consists of addition of a word "paternal aunt- 'ammah' to a 16-item list of female relatives who are entitled to child custody in a descending order of priority.

63. Amendments to articles 249 and 250 consist of addition of three somewhat detailed clauses that extend the court discretion on selection of a suitable person or institution to undertake the upbringing of a child who might have completed the seven (for boys) or nine years (for girls) but who have no father and still needed protection. The court should ascertain the child's inclination but decide in their best interest, and may entrust custody to the mother or other close female relatives. In the case of orphans, the court may entrust custody to one of the agnatic relatives, and failing that to a child care institution. Amendment to article 251 consists of addition of the following phrase: "in the event the second person entitled to custody is also, in the opinion of the judge, not qualified to undertake healthy upbringing of the child, the court may grant custody to a person who agrees to undertake it, or to a child care institution."

64. Amendment to article 2032 consists of addition of 'maternal brothers and sisters' to the paternal siblings, all of whom are, as a result, excluded in the presence of the father and grandfather or of son's son from inheritance.

65. Amendment to article 135 consists of addition of two new clauses to the original article. These are: clause (3) "The divorce registration proceedings take place in the presence of the spouses or their representative;" and clause (4): "in the event the wife cannot be present due to valid reasons or refuses to attend, the divorce decree shall be sent to the district office of her residence, or to one of her close relatives."

66. This is probably not accidental as some of the amendments were carried under questionable circumstances when a communist regime (under Karmal), or one with communist sympathies (under Najibullah) were in power.

Mohammad Ismail Qassimyar and Mohammad Akram Abqari, as well as a few other learned figures participated in the weekly Cabinet meetings for this purpose until they were both ratified in 1355/1976. Then in the same year, the implementation aspects of both the Civil and the Penal Codes became the principal agenda of a nation-wide judicial seminar, convened by the Legislative Department of the Supreme Court, with the participation of senior judges from all over Afghanistan. Sharq commented that the introduction of these codes was a major achievement for country's justice system and the Republic of Afghanistan both internally and from the viewpoint of the country's international standing.[58]

That said, it is remarkable that President Daud promulgated both the two Codes both as decree laws with the advice only of his Cabinet. It is also ironical that both of these large statues have yet to be ratified by Afghanistan's parliament even after several decades. President Daud, himself a coup leader, was surrounded by a group of military officers, some with communist sympathies, who helped him stage the coup following which many of them became members of his Cabinet.

Having toppled the monarchy, Daud effectively ended the 'brief democracy period' that had begun under the 1964 constitution. President Daud had made promises of legislative activism and reform, and of bringing "genuine democracy to Afghanistan." He may well have hastened to ratify CC76, which is admittedly well-grounded in the Shariah, but which leaves much to be desired to address actual problems in the legal system.[59]

Piecemeal amendments to CC76 were made under President Daud himself in 1977, then also under the communist President Babrak Karmal in 1986, as well as under President Najibullah in 1987 – altogether to about ten Articles of CC76. Most of these amendments consist of relatively minor addition/ deletion of words and sentences on subjects such as dower (Art. 105),[60] reconciliation proceedings(Art. 188),[61] entitlement

58. Ibid., p.161.

59. Ibid.

60. The amendment on dower consists of deletion of a few words of the original text of CC76 with the result that the divorced wife, in the event the marriage has not been consummated, is entitled to a half of the specified dower.

61. Amendment to article 188 consists of adding the phrase 'and the court considers continuation of martial life between the spouses unfeasible' to the original wording - thus expanding the court's discretion in the reconciliation proceedings.

with the neighbouring Pakistan remain uncertain with only occasional signs of progress. The quadrilateral peace negotiations, with the participation of the United States and China, Afghanistan and Pakistan, without, however, of Taliban participation are, as of this writing, soon to hold its third round of talks in Islamabad with the expectation of constructing a roadmap for a peace agreement with the Taliban. It is evidently necessary for the Taliban to be present at the negotiation table, and it seems likely they will participate.

Peace and security remain Afghanistan's top priorities. Law reform is unfortunately secondary and can hardly be expected to prosper in conflict-ridden situations. President Ghani seems to be otherwise engaged in taking necessary steps for transition to a more effective pattern of engagement in country's affairs, economic reconstruction and good governance. The two leaders may also be moving closer toward a unified agenda and work programme. A persistent campaign is being waged against official corruption. A project has also been started to restore the usurped landed properties to their original owners - a painful legacy of the war years that Karzai had remained quiet about all along. President Ghani enjoys international support with pledges of assistance from world leaders for his efforts toward a politically stable Afghanistan.

Appendices

Appendix I

A Background Note to the Civil Code 1976

Mohammad Hasan Sharq, who served as Deputy Prime Minister under President Mohammad Daud, wrote that committee work on CC76 had begun much earlier during Daud's tenure as Prime Minister (1953-1963). Mohammad Musa Shafiq (later Prime Minister), the then head of the legislative drafting department of the Justice Ministry, was assigned the task of working on the draft. "Shafiq translated the civil laws of the Republic of Egypt and Iraq and discussed them with the leading and pious *ulama* of the country." This work continued until the end of Daud's premiership. By 1341/1962 much of the draft of both the CC76 and that of the Penal Code 1976 were completed "in accordance with the provisions of the sacred religion of Islam."[57]

President Daud resumed this project years later during his Presidency and "deliberated over it one day per week for a whole year under his own supervision. The then Minister of Justice, Wafiullah Samia, and two Kabul University Professors,

57. Mohammad Hasan Sharq, tasis wa takhrib-e aawwalīn jumhuriyat-e Afghanistan (establishment and destruction of the first republic of Afghanistan), Pashawar: Markaz-e Nasharat-e Said, 1374/1995, 160-61.

on this occasion was due to political discord in the royal household. The CC76 that Daud introduced also fell short of connecting with the reform movement that was already at its concluding stages in the Middle East and elsewhere.

If one were to single out three salient features of the mid-20th century Islamic family law reform, one was introduction of a legal marriageable age and its consequent abolition of child marriage. Next was the introduction of judicial divorce that largely overruled the husband's unilateral power of *talaq*. The third feature was to make polygamy dependent on obtaining an advance judicial order by the intending polygamist.

Except for some points of reform on divorce law and marriageable age, as reviewed above, the CC76 fell short of incorporating these reforms. I have also stressed the need for bridging the gap that now exists between CC76 and the egalitarian features of the 2004 constitution with special reference to women's equality.

Afghanistan's engagement in its third attempt at reform at the dawn of 21st century occurs under a set of markedly different circumstances. The Bonn Agreement, the unprecedented scale of international involvement in Afghanistan, the Afghan diaspora, the CEDAW, and the 2004 constitution set in place the blueprint of extensive changes in the structure of law and government in the country. It is unfortunate that on this occasion, security issues, Taliban insurgency, ineffective government and official corruption became major obstacles to progress.

The National Unity Government that Dr Ashraf Ghani and Dr Abdullah Abdullah announced with the mediation of John Kerry the U.S Secretary of State in September 2014 has, as of this writing (January 2016), remained less than effective. The two candidates became involved in protracted wrangling over the 2014 election results, internal disagreements over the choice of Cabinet ministers and other appointments. Security situation deteriorated in the meantime. Frequent Taliban attacks, suicide bombings and explosions became the country's incessant preoccupation. Added to this is now the IS/Daesh menace that deteriorates the tenuous security situation even further. The National Unity Government has not been united at the centre and there is clearly a need for greater since of unity and purpose at the leadership level as a matter of priority. Afghanistan is in need of effective governance to be able to move forward on a comprehensive reconstruction programme.

The people of Afghanistan are desirous of stability and peace. They are also a resilient people with a lively spirit of hope for a better future. This is shown perhaps by the fact that private enterprise has been active and the economy also improved during the Karzai years. The prospects of a political agreement with the Taliban and relations

On an historical note, a similar current of pro-equality opinion, marked Afghanistan's so-called "brief experiment in democracy" in the 1960s Commentators expressed an assertive vision of a future for women's rights. One of the Kabul weekly periodicals, *Wahdat* (unity), for example, registered the following as a part of its publication policy with the Ministry of Information:

The 1964 Constitution considers women equal to men in all civil and political rights… the Afghan woman is equal to man in all walks of life. Wahdat shall campaign for the amendment and replacement of all undemocratic laws and regulations which do not comply with the interest of the people.[55]

Parwanah, another private weekly periodical of Kabul stated in its editorial policy:

Obtaining equal rights for the Afghan women constitute the main purpose of our publication… we shall campaign for the abolition of all laws which contradict democratic values of the 1964 constitution, social justice and human rights.

4. Conclusion

Afghanistan's isolation from the mid-20th century Islamic family law reform movement in the Middle East and even the neighbouring Pakistan and Iran, was followed by civil war and conflict. A discouraging episode that lay in the background was the failure of the Nezam nama reforms of the 1920s. During the nine years' reign of king Amanullah and his renowned mentor and Foreign Minister, Mahmood Tarze, Afghanistan acquired its first constitution and a total of 60 *nezam namas* that unfolded extensive reforms of law and government in the country. This was Afghanistan's own *tanzimat* that were also influenced by developments in Turkey. The *nezam nama* of Marriage 1921 was one of the earliest in the region and preceded parallel reforms in Egypt in the late 1920s.[56] Amanullah abdicated and a counter-reform movement under king Mohammad Nadir (1929-1933) culminated in the abolition *en masse* of all of the *nezama nama*. This drastic reaction to law reform thwarted the reformist zeal in Afghanistan for decades to come.

Another attempt at reform was the "brief experiment in democracy" under king Mohammad Zahir in the mid-1960's, which also began with a new constitution (1964). And curiously this too lasted nine years when king Zahir's cousin, Mohammad Daud, staged a military coup that toppled the monarchy in 1973. The truncated reform episode

---

55. Quoted in Mohammad Hashim Kamali, Law in Afghanistan: A Study of the Constitutions, Matrimonial Law and the Judiciary, Leiden: E.J. Brill, 1985, 155-56.

56. To quote but one clause of that *nezam nama*, "the *nikah* of childhood prior to attaining majority is forbidden" (Art. 5). See for details Kamali, Law in Afghanistan, 110.

d) Women's Equality: an Opinion Survey

Notwithstanding its traditional society constraints that make the task of equality particularly challenging for Afghan women, currents of opinion in support of equality had also been gaining ground. Afghan intellectuals outside the Bonn framework and thereafter continued to support the egalitarian voice for women's rights. In an interview prior to the promulgation of the 2004 constitution, Hamzah Waezia, a traditional Shia intellectual underlined social justice and democratic participation. "The future constitution of Afghanistan should take clear and unequivocal positions on women's rights. Women should be able to enjoy full rights of citizenship independently of men." Waezia added: "women of Afghanistan were the victims of adverse customs and politics which denied them their civilian rights and reduced them to bed-partners rather than partners in life." Past governments had done little to improve their status. Women should also be able in principle to become "president, prime minister, party leader, politician and judge."[51]

Samy hamid called attention to the rule of law: The problem in Afghanistan is not due to lack of laws but due to lack of respect for the laws that already exist. One of the worrying problems in the immediate terms is the security issue which has made matters worse. Afghanistan is now ruled by warlords and gun-totters that only know the language of brute force.[52]

In Rostar Taraki's view, bringing the rule of law to the Afghan environment requires advice and guidance but also the waging of an effective social education campaign at all levels of society: village, town, family, school and the society at large. This may also be said, Taraki added, of respect for democracy that requires a similar campaign if it were to constitute the basis of governance in Afghanistan.[53]

Ms. Ghotay Khawray, another civil society activist, commented: "Men and women in Afghanistan should enjoy equal rights before the law and equal citizenship responsibilities. The Qur'an grants them both equal ranking in human dignity and essential justice and the new constitution of Afghanistan should grant them these rights without any discrimination."[54]

---

51. "Interview with leading Afghan thinkers including Waezia and Samy Hamid on the proposed new constitution by a team of writers," (original in Dari), Asmaa Journal, Kabul, Special Issue 24-25 (1381/2003), 37.

52. Interview with *Samy* hamid, ibid. 27.

53. Interview with Rostar Taraki, ibid., 45.

54. Ghotay Khawray "sheza aw asasi qanon- woman and the constitution," (in Pashto), Jamia-e Madani, Special Issue on the Constitution, no. 2, Kabul, 1382/April 2003, 34.

c) Shia Personal Status Law 2009

Karzai's signing of the controversial Shia Personal Status Law (SPSL) 2009 became a rallying point of protest within and outside the country. For this law contravened the egalitarian tenor of the constitution and other international instruments Afghanistan had signed. According to critics, Karzai signed it just before presidential elections in order to appease the Shi'ah leaders and win their votes.[49] The SPSL was drafted by the Shia Mullahs Council, under the leadership of Mohammad Asif Mohseni. It weakened women's rights rather than promoted them, excluded women from the drafting process, and failed to fulfill required parliamentary procedures. The original draft required women to obey their husbands, and seek their husbands' permission when leaving the house for education or outside work. The minimum age of marriage for girls was initially enacted at nine, and automatic preference was given to husbands in child custody disputes.

According to a report by the Afghan Research and Evaluation Unit (AREU), when the SPSL's content became known to civil society, women activists and progressive Shia institutions protested and managed to delay the parliament's vote on the bill. This allowed time for the drafting of alternative and less discriminatory provisions.[50]

While the bulk of civil society recommendations were rejected by Mohseni's allies in parliament, a group of MPs succeeded in bringing changes to SPSL's four disputed articles. The changes included raising the marriage age to 16 for girls and 18 for boys, raising the age for paternal custody of boys to seven years (from two years) and girls to nine (from seven), and making the clause on the husbands' permission contingent on several conditions. These changes curtailed some of the more discriminatory elements of the proposed law which was finally approved.

---

49. Karzai signed the SPSL in February 2009. SPSL applies to about five million Shias of Afghanistan. Article 132 required Shia women to sexually submit to their husband's demands, and were expected, barring illness, to have intercourse with them at least once every four days. The bill sat in parliament for some time until Karzai pushed it through the parliamentary process. "It's about votes. Karzai is in a hurry to appease the Shia because the elections are on the way." said Shinkai Karokhail, a woman MP, "There are moderate views among the Shia, but unfortunately our MPs, the people who draft the laws, rely on extremists." Due to the sensitivity of this law and the pressure by some Shia lawmakers, it was approved by the parliament as a package, not article by article, which is the normal procedure. https://en.wikipedia.org/wiki/Shia_Family_Law (accessed 30 August 2015). See also Lena Ganesh, Women's Economic Empowerment, Kabul, 2013, p.20.

50. See for details Canadian Women for Afghanistan, "Afghanistan Family Law," http://www.cw4wafghan.ca/sites/default/files/attachments/pages/cw4wafghan-familylaw-factsheet2_0.pdf (accessed 31 August 2015). See also Lauryn Oates, "A Closer Look: The Policy and Law-Making Process Behind the Shiite Personal Status Law" AREU (2009).

black letter of the law into practice.

b) The Ulama Council Resolution on Women

In March 2012 ex-president Karzai, somewhat unexpectedly announced his support for an Ulama Council of Afghanistan resolution that imposed restrictions on women's travel unaccompanied by male relatives.[45] The all-male Ulama Council had issued the resolution in January 2012 advising women to "avoid travel without the company of their male relative (*mahram*) under Shariah." Those women should keep away from mixing with strangers of the opposite sex in social circles, places of education, market place, offices and other walks of life. Women were told that "in human creation, man stands a rank above the woman." They were further reminded to respect polygamy which is "proven by the clear text of the Qur'an."[46] On 6 March 2012, just two days before Internal Women's Day, at a press statement, Karzai announced his support for the Ulama Council Resolution. Women activists, including Mrs Aryan Yun, an MP, and Salma Bayat, a civil society activist, declared the Ulama Council Resolution and Karzai's support for it to be violative of the constitution (Art.22, and 7 cited), just as they also turn a blind eye to women's struggle for equality.[47] Another MP, Ahmad Behzad, commented that the Ulama Council resolution contravened the constitution and added that "certain quarters are trying to establish a Taliban style Islamic rule in Afghanistan."[48]

The Ulama Council resolution records a rather poorly informed understanding of the Qur'an. To say that polygamy is proven by a clear text and that women are superior in creation to women are both indefensible, but I shall not elaborate here as I have addressed the subject in fuller details elsewhere. Political expediency, the urge to pacify the Taliban, as well as Karzai's own sagging popularity might explain his press statement and support for the Ulama Council resolution - coming from a President who promulgated the 2004 constitution, ratified the Bonn Agreement, and then the CEDAW without reservations!

---

45. The Council of Ulama of Afghanistan is a pro-government NGO of no statutory standing, composed of 150 clerics in Kabul and some provinces, the Council meet occasionally and pass resolutions that carry no binding force. Cf. Lena Ganesh et al., Women's Economic Empowerment, 2013, 16.

46. For a critique of the Council of Ulama statements see Mohammad Hashim Kamali, Afghanistan's Constitution Ten Years On: What Are the Issues? Kabul: Afghanistan Research and Evaluation Unit Publication, August 2014, p. 27-30.

47. Cf., Masuda Kohistani, "faisala-e shura-e ulama ke-dar-bara-e zanan-e bidun-e mahram sadir karada ast – The ulama council resolution on women travelling without a mahram." In Dari http://www.kabuljurnal.com/index/php[/social/56-2012-03-29-10-19-14 (accessed 3 March 2014).

48. Ahmad Behzad http://www.bbc.couk/persian/afghansitan/2012/120308_109_facebook_youth_.shtml (accessed 4 March 2014).

Afghanistan is a signatory to this Convention, and it specifies 18 as the minimum age for both sexes.[41] The CC76 provisions on obedience (*tamkeen*) and disobedience (*noshuz*) of the wife similarly envisage a regime of inequality between the spouses.[42]

Afghan judges are noted for their strict, even dogmatic, application of Islamic law and scant attention to realities on the ground. Certain exceptions, even anomalies, have, however, been noted, especially when female judges presided the family courts: Forced marriage and child marriage are not allowed under the law. Yet Amnesty International found that instead of trial for forced or underage marriage, the judges sometimes ordered the girl to be married off. In cases where an unmarried girl was accused of running away from home, the court would reduce the sentence if the girl agreed to marry the man. When AI delegates pointed out that the legal age of marriage is sixteen, the Head of the Family Court replied: "We know that it is illegal, however, our solution is to marry them." For it was simply inappropriate to release girls accused of *zina* (illicit intercourse) crimes as their families would kill them."[43] Thus the judge, even though well aware of the ruling of CC76, could not apply it for fear of the life of the woman or girl.[44]

Law making in Afghanistan also tends to be prescriptive: While CC76 meticulously articulates the Islamic law provisions, it often falls short of taking pragmatic measures to address society's problems. This is partially explained by the pressure of conformity to social norms. When legislating on sensitive issues of matrimonial law, Afghan governments are incline to appease the hardline advocates of custom and religion. Follow-up measures and pragmatic policy initiatives are often needed to translate the

---

41. Afghanistan signed this Convention on 27/9/1990 and ratified it on 28 March 1994 with reservations on account of compliance with Shariah. I may add that there is nothing in Shariah to go against the marriageable of 18 for boys and girls. See for a full list of international treatises and conventions Afghanistan has signed Lena Ganesh et al., Women's Economic Empowerment in Afghanistan, 2002-2012, Kabul: Afghanistan Research and Evaluation Unit, 2013, 86-90 at p. 89.

42. Cf., Abdulwahed Zia moballegh, "Family Law in Afghanistan: Past Experiences and Future Landscape," http://afghanistananalyst.files.worldpress.com/.../moballegh 2008, p.2. moballegh also wrote that the law provides for a regime of unequal rights to divorce and inheritance between men and women.

43. Irene Schneider, "Registration, Court System and Procedure in Afghan Family Law," Conference paper presented at International Conference in Kabul "Family law in Afghanistan" sponsored by the Max Planck Institute of Hamburg, Kabul, 10 June 2006, p.3.

44. The Afghan judiciary still falls short on inclusion of women. In 2010 only about 5 per cent of the 2, 203 judges were women. The family and juvenile courts are generally headed by women. There are no women in the nine-member Supreme Court Council. Cf., Lena Ganesh et al., Women's Economic Empowerment in Afghanistan, 2002-2012, Kabul: Afghanistan Research and Evaluation Unit, 2013, 16. Ganesh further reports that family courts have not been instituted in most provinces, and where they are instituted, not all are functional, in which case the informal justice mechanism with its patriarchal tribal jirga council is likely to fill the gap.

a) Problematics of Law Enforcement

While the formal recognition of equal rights of Afghan women has been restored in the 2004 constitution (Art. 22), after their drastic curtailment under the Taliban, deprivation and inequality affecting women remain a challenge largely unmet. This is due mainly to the "overall lack of security, different forms of violence, lack of a functioning law enforcement system and the dominance of social and cultural norms that discriminate against women."[38] It is estimated that 60–80 per cent of all marriages in Afghanistan are forced marriages often involving underage girls. Forced marriages involve both adults and underage girls and boys, the former being the principal victims. Reports also indicate that "more than half of all Afghan girls are married before the age of 16," and violations continue unabated.[39]

Widows are routinely married off to a male relative of the deceased husband without her consent. Even the Taliban, famed for their anti-women policies, issued a decree against this practice, as well as against *badal*, based on Islam.[40] But this practice continues, as a means perhaps also of appropriating women's legal inheritance. Forced marriage of widows is also prohibited in CC76.

Law enforcement deteriorated with the onset of civil war triggered by the Russian invasion of 1979. The absence of an effective government ever since brought prejudicial customs to women back into full play. Law enforcement during Karzai's presidency (r. 2001–2014), showed minimal improvement due to rampant official corruption and worsening security situation. The NATO and international peace keeping forces also tend to emphasise formal structures rather than actual capacity building and the people's economic livelihood. Warlords and drug dealers increased in number, often condoned by corrupt officials and even the foreign parties who might have expected them to catch and hand over the terrorists to them. No effective enforcement of CC76 could therefore be expected under such condition.

The CC76 has also been criticised for internal weaknesses. For instance, different marriageable ages are provided for males and females: 18 for males and 16 for females, which is not in conformity with the Convention on the Rights of the Child 1990.

---

38. Report of the UN Secretary General, "The situation of women and girls in Afghanistan," E/CN/2005/5 as quoted in "Women of Afghanistan: Toward a Policy Framework," by the Research and Statistics Unit of the Ministry of Women's Affairs and UNIFEM, 30 November 2005, p. 16.

39. Afghanistan Research and Evaluation Unit, Women's Rights, Gender Equality and Transition: Securing gains, moving forward, Kabul: AREU Publication, September 2013, p. 39.

40. Decree 104 #788 Official Gazette, p.76, 18/5/1419 AH signed by Mulla Omar explaining that "A widow in light of religion can marry anyone she wishes."

or if he cannot be contacted, the court shall decree a divorce. Divorce decreed on grounds of desertion effects a revocable divorce (Art. 195). Moreover, when the husband is imprisoned for ten years or more, the wife may apply for a judicial divorce after expiry of five years regardless of whether he is able to support her or not (Art. 196).

Notwithstanding the availability of delegated *talaq* (*talaq-e tafwez*) in both the *Shariah* and the Marriage Law 1971 (Art. 33), it is almost unknown in Afghanistan. The CC76 has provided, nevertheless, that the husband may delegate his power of *talaq* to a representative (*wakel*) or to his wife (Art. 142). Once granted, however, he may not revoke the *talaq* he has delegated to his wife (Art. 143). My own research showed no case on record of a delegated *talaq* in the Kabul registration office. This is also confirmed by the MPI (Max Planck Institute) Report (2005, p. 20) which refers to the availability of delegated *talaq* under CC76 but adds that "this possibility is hardly known." Interviews conducted with women, including educated women, revealed apparently that not even a single incident of it had been known.

It is instructive to learn that the current marriage certificate in a booklet format, which is available on the Internet, makes a note of this. Compiled in 16 pages, the first 12 pages are devoted to an accurate recording of the facts of marriage, the parties involved (bride, groom, witnesses, representative/s, guardian) and certification by the registration office/court. The last four pages, bearing the title *tazakkur* (reminder), provides synoptic information (in about 45 short lines) on the purposes and requirements of marriage, rights and responsibilities of the spouses, and also reminders that the spouses are entitled to insert stipulations in their marriage contract. This may relate to education and work, or indeed an insertion to the effect that if the husband enters a second marriage, the wife should be entitled to divorce herself. This is an instance of delegated *talaq,* which is evidently available under the law, even if not utilised. This is to be welcomed as people are often unaware of the law and their own rights and reminders to that effect in the new booklet serves a very good purpose.

3. Issues Impacting Women's Equality

This section discusses four subjects: a) problematic of law enforcement; b) the Ulama Council Resolution on women's travel; c) Shia Personal Status Law; and d) an opinion survey on gender equality.

establishing the nature of the disease, the court will refer to expert opinion. Divorce effected under these provisions is a final divorce which creates an immediate bar to inheritance between the parties but it does not create a bar to a subsequent marriage between them (Art. 180–82).

- **Injury (*zarar*)**

As earlier noted, if the wife alleges that cohabitation with her husband is injurious to her in such a way as to make it impossible for the people of their class to continue the marriage relationship, she may request the court for a divorce (Art. 183). The subsequent Articles entitle the wife to a divorce in injurious circumstances, both on the basis of proof she may furnish as well as mere insistence on her part. When the alleged injury is proved and reconciliation between the spouses seems impossible, the court is to order a divorce to take effect as a single irrevocable divorce (Art. 184). Whenever the wife's allegation of injurious treatment is not proven, but she still insists that this is the case, the court is to appoint arbitrators to attempt reconciliation - as already explained under polygamy above.

- **Failure to maintain**

The husband's failure to maintain his wife, either by willful refusal or simply because of his inability to do so constitutes a ground for divorce as follows: The wife may apply to the court for a divorce when the husband has no known property and his inability to support her cannot be proved either (Art. 191). But if the husband proves his inability, the court is to grant him a respite not exceeding three months; if he is still unable to maintain her, the court is to order a divorce (Art. 192). Divorce effected for failure to maintain is a revocable divorce; the husband can, therefore, resume marital relationships during the period of *'iddah* provided that he proves his ability to support her (Art. 193).

- **Desertion (*ghayeb*)**

If the husband disappears for a period of three years or more without a reasonable excuse, the wife may demand a judicial divorce if she has suffered injury (*zarar*) from his absence even if the husband owns property which can provide the wife with maintenance (Art. 194). When the court receives the wife's application, it shall communicate the matter to the husband and assign him a respite during which he is ordered to return to her or send for her to join him. If he fails to take action and does not return to her in spite of the court's warning and without reasonable excuse,

Muslim refuses to profess Islam after her husband has become a Muslim (Art. 132–34).

With regard to the grounds of divorce by *talaq*, CC76 has generally followed the Hanafi law with one or two exceptions that relate to the husband's intention: *talaq* pronounced in sleep or in a state of intoxication, for instance, is declared void (Art. 138). Similarly, *talaq* pronounced under duress, by a mad person, or a person who is mentally deranged owing to "senility or disease", or a person who has lost his power of discernment "because of anger or other factors while not realising what he is saying" is devoid of all legal effect (Art. 141). *talaq* pronounced in explicit terms "customarily indicating the meaning of *talaq*" is, however, valid even without proof of intention (Art. 139). Another point of reform introduced is the adoption of revocable divorce as the standard type of divorce in the sense that every divorce, regardless of the words or number used, effects a revocable divorce only. A revocable divorce (*talaqi raji*) does not terminate the marital tie until expiry of the probation period (*'iddah*) on which occasion, if the spouses have still not resumed normal marital relations, the revocable divorce becomes final (Art. 149).

Triple *talaq* that consists of three repudiations and which ruptures the marriage tie completely was previously the most common form practiced in Afghanistan. The CC76 has much to its credit abolished triple *talaq* altogether by enacting that "every *talaq*, regardless of the words or gesture used therein, shall effect a single revocable divorce only" (Art. 145). A revocable divorce leaves open the possibility of reconciliation and recourse to arbitration.

Judicial separation (*tafraq*) under CC76 may be based on any of the following four grounds: physical or mental disease, injury (*zarar*), failure to maintain, and desertion, which are summarised below:

- Physical or mental disease

  Under CC76, "the wife may ask for a divorce when the husband is afflicted with an incurable disease, or a disease which requires a long time to cure but which makes life injurious for the wife." (Art. 176). The wife may not demand a judicial divorce if she had knowledge of her husband's disability either before or at the time of the marriage contract. Similarly, if she consented to continue the marriage relationship after the disability developed, she may not demand a judicial divorce (Art. 177). Whenever it is proven that a disease is incurable, the court is to order separation immediately, but if it is a disease which requires time to cure, the court is to postpone the separation order for a period not exceeding one year (Art. 179). In

when the parties express their wish for divorce by mutual agreement, registration offices routinely record them as instances of unilateral *talaq* by the husband. This is a problem as *khul* has a *Qur'anic* foundation and merits recognition so as to establish a balancing influence vis-a-vis the ubiquitous unilateral *talaq* by the husband. According to moballegh, the women's petitions for *khul*, particularly in the provinces, is typically rejected. Even when it is considered, the wife's request for *khul* is subjected to the approval of the husband. When this is the case, "in a conservative society such as Afghanistan, almost no woman can practice this right."[37]

khul under CC76 is a dissolution of marriage with consideration which is paid by the wife for her release. Consideration for *khul* may be any object of value including money, commodity, and service – such as an agreement on the part of the wife to nurse or support the child of the marriage for a period of time (Art. 156). The CC76, however, adopts the majority view of the Muslim jurists (in preference to Maliki opinion) on the point that the mutual agreement of the parties is essential in *khul*: *khul* is a contract which is completed with the offer and acceptance of the parties; either of the parties are entitled to revoke the offer before the acceptance of the other (Art. 161). It comes as a total surprise then to read in Article (160) the text that "*khul* incurs a final repudiation (*talaq-e bain*) which does not depend on a court order." This provision moves the law of divorce against the reformist trend in the Muslim world that seeks to bring divorce proceedings under the court jurisdiction and not away from it.

Consideration for *khul* may be a specified amount or it may be unspecified. In the former case, if a fixed sum is agreed and *khul* is completed, the wife is to pay it, and she may not demand any dower or maintenance from the husband. But if it be for a sum which has not been specified at the time when *khul* is agreed, both parties are released of their financial obligations and neither may demand any payment (Art. 162, 164). However, if the parties have explicitly agreed on a *khul* without consideration, a final divorce takes place, but their matrimonial rights remain intact (Art. 165). And finally, *khul* does not release the husband from maintaining the wife during the probation period of *'iddah*, unless the parties have explicitly agreed to the contrary (Art. 168).

The details on *khul* so provided in CC76 remain a dead letter without an affirmative procedure to encourage it in practice. For it is just a step short of distortion that the law allows for divorce by mutual agreement but registration offices only document a unilateral *talaq*. Thus it is necessary for the law to stipulate a simple procedure that makes *khul* an option offered to the couple at an early stage of their recourse to the registration office.

faskh under CC76 is annulment of a deficient marriage contract due to the absence of a basic requirement, such as marriage with a deficient dower, that is a dower which falls far short of the proper dower (*mahr al-mithl*). Annulment may also be caused by an irregularity occurring after the completion of a marriage contract. An example of this is when a *non-kitabiyah* wife (a woman who is not follower of a revealed scripture) of a

37. Abdulwahed Zia moballegh, "Family Law in Afghanistan: Past Experiences and Future Landscape," http://afghanistananalyst.files.worldpress.com/.../moballegh 2008, p. 6 (accessed 23 August 2015).

which addressed the subject then was of a piecemeal and supplementary nature leaving the substantive Hanafi law basically intact. Even the *nezama nama* legislation of the 1920s, which ruled on child marriage and polygamy did not extend to divorce. The brief section (consisting of six articles) of the Marriage Law 1971, was also devoted to formalities and expressly referred the substantive aspects of divorce to be regulated under Hanafi law. This may also suggest perhaps that divorce is not as much of a social mischief in Afghanistan as child marriage. Yet in the absence of reliable data this must remain an unproven assumption. Outside the urban areas, people hardly register marriage or divorce in any manner that would provide a reliable basis of making even an intelligent estimate of the real facts of the situation.

The CC76 articulates the substantive Shariah law of divorce, yet it provides, in its very first Article, that "in the absence of guidance in this law, the court shall issue its decision in accordance with the basic principles of *Hanafi fiqh* of the Islamic Shariah." That said, the divorce section of CC76 is actually based largely on the Maliki rather than *Hanafi fiqh*. But this is not peculiar to Afghanistan as many traditionally Hanafi countries have also adopted the *Maliki* law in their legislation on divorce, as *Maliki* law recognises judicial divorce on a wider scale than the other schools of Islamic law.

The CC76 provides for four main varieties of divorce: divorce by mutual agreement (*khul*), annulment (*faskh*), unilateral repudiation by the husband (*talaq*), and separation by means of a judicial order (*tafraq*). *faskh* and *talaq* under CC76 do not represent a change of precedent as these are recognised by the Hanafi law and the prevailing practice in Afghanistan. It is the last ground, namely *tafraq,* which is of interest as it introduces judicial divorce for the first time on the grounds known under traditional *Maliki* law.

All the leading schools of Islamic law recognise divorce by mutual agreement of the spouses known as *khul* and *mubarrah*. *khul* is effected with the consent and initiative of the wife who gives her husband a consideration, usually by returning the dower she may have received, for her release. The wife's failure to pay the consideration does not, however, invalidate the divorce, for *khul* is a contract which is concluded by an offer from the wife, and acceptance by the husband. As soon as the offer is accepted, *khul* operates as a single irrevocable divorce. *mubarrah*, like *khul*, is a dissolution of marriage by mutual consent. The difference between the two being that when discord is on the side of the husband and he desires a divorce by mutual agreement, it is called *mubarrah* (lit. mutual release). The offer of divorce may thus proceed from either side, but once accepted, divorce is complete and it operates as a single irrevocable *talaq* as in the case of *khul*.

khul and *mubarrah* are, however, hardly known and rarely registered in Afghanistan. Even

3.When the arbitrators' effort to reconcile the couple fail regardless of whether or not they identify the causes of the conflict, the court may order separation if the parties insist on it (Art. 188.1).

4. In the event where the wife is the cause of disagreement, the arbitrators may recommend separation in lieu of her return of the whole or part of the dower to the husband and the court issues a decision accordingly (Art. 188.2).

It is further stipulated that the appointed arbitrators must take a solemn oath before the court to carry out their duties faithfully. Should the arbitrators disagree between themselves, the court orders them initially to reach an agreement, but if disagreement persists, the court may appoint new arbitrators. The arbitrators submit their recommendations to the court which then constitutes the basis of its decision (Art. 186.2 and 189).

In all of this, however, the law does not stipulate a time limit for this procedure, which could be very protracted, and could have been avoided for the most part if polygamy were made dependant on obtaining a court order in advance. It would also be preferable, indeed necessary, that the burden of proof is not placed on the wife's shoulders alone and a summary procedure of some kind is adopted to diffuse the problem of proof.

Moreover, polygamy should be treated under a separate section and not under the section devoted to monogamy. The CC76 treats monogamy under its chapter six (Art. 60-90) entitled "*izdiwaj* (marriage);" polygamy is addressed under (Arts. 86-89) thus conveying the impression of normality and approval of equal rank to both monogamy and polygamy, which is hardly justified. One gets the impression that CC76 encourages polygamy when one reads in Article (92 - under General Clauses, *ahkam-e umumi*) that "marriage of a woman from the *ahl-e kitab* (follower of scripture) is permissible over a Muslim woman and vice versa." Polygamy is thus not confined to Muslim or to Afghan women but its scope is extended to the followers of other faiths - and there is no reference at all to the applied law of the country of the non-Muslim woman.

The law should stipulate instead that a formal entry in the marriage contract be made of the relevant facts as to whether the foreign law involved allows or disallows polygamy. If the latter, this could be used as a factor of restraint also for Afghanistan. For this is not just an issue that affects the woman alone; it also affects her offspring who may not find a status under the applied law of the country of their mother.

f) Divorce

Before the CC76, divorce in Afghanistan was governed by Hanafi law. Any legislation

predicament. The existing wife is usually apprehensive that she may lose her child's custody in the event of divorce. The financial factor also plays a big role. Women rely on their husbands' financial support, and any threat of divorce places the existing wife at the risk of losing it.[35]

And yet another factor is a strong gender discrimination in favour of male births. In the event the existing wife is childless, or who gives birth only to girls, the husband will, due to lack of medical knowledge, put this down to her fault and most likely marry another wife. An expert observer from Balkh province provided the scientific input into this unfair yet common scenario in Afghanistan as follows. Humans are made up of 23 pairs of chromosomes, one of which determines the gender of the newborn. This sexual chromosome is termed as XY for the male child and as XX for the female. If the mother contributes an X chromosome and the father also contributes an X chromosome, the child will be female, and if one of the parents contributes a Y chromosome, the child will be male. This simple explanation shows that it is not always the wife's fault if she cannot bear a male child.[36]

In its section entitled "separation on grounds of *zarar* (harm)" the CC76 specifies the grounds of *zarar* and the possibilities also for reconciliation or divorce. One should note here perhaps that the *zarar* provisions in this law apply to both monogamous and polygamous marriages, and it is, as such, not confined to polygamy. The law provides the following on reconciliation and *zarar*:

> 1. Where the wife's claim of *zarar* is proven and no reconciliation can be attempted between the estranged couple, the court may order separation (Art. 184). The wife's claim of *zarar* must in that case specify the gravity of *zarar* as being such that would make continued marital life between other people like them in the same situation impossible (Art. 183). Separation (*tafraq*) that is granted as a result is equivalent to a single *talaq* which may be revoked during the probation period (*'iddah*) (Art. 184).
>
> 2. When the wife's claim of *zarar* is not proven but she still insists on separation, the court appoints two arbitrators of upright character, one from each side, to attempt reconciliation between them. The arbitrators investigate the causes of disagreement and the best manner in which to attempt reconciliation between them (Art. 188).

35. Hikmatullah Muradi, "Equal Protection Before the Law: A Study on the Matrimonial Rights of Women in Afghanistan." Unpublished M.A thesis, University Science Islam Malaysia, 2015, p. 77.

36. Interview with Jamila Saighani, expert gynecologist, Balkh province, Afghanistan, as quoted in Yousefi, "The Wisdom of Polygamy in Islam," p. 7.

being ignored. It is said to be rare, in fact "to find a man in Afghanistan with more than one wife that has provided them with separate residences."[30]

Poor families often give their young daughters in marriage to married men so as to ensure their daughters' financial welfare. Young girls too tend to agree to marry older married men in order to alleviate the suffering of their immediate families. This was revealed in a number of interviews carried in different provinces of Afghanistan as in the following reports:

A married woman from Parwan province was interviewed and she said: "our father did not have money to cater for our financial needs. We could only have a meal once a day and would go hungry for the rest of the day. I therefore agreed to be married to a rich man, who promised to assist my father."[31]

Another woman from Ghazni province said in an interview: "My father was old and I was the only young girl in my family. I was compelled to marry a rich married man, since I wanted to help my father."[32]

In another interview, a woman from Herat province said: "After the death of my father, I had three children, who were young and only one of them used to go to school. I could not send him to school anymore because I had no money. I did not want him to remain uneducated. I was worried about their future and no one was there to assist me. So I had to get married to a married man who pledged to pay for my children's expenses."[33]

Research findings also indicate that married men often take a second wife without informing her about their existing marriage. This was found to be the case in no less than 35 percent of all the polygamous marriages. And the percentage is likely to rise further due to increased poverty, relentless civil war, growing refugee population and widespread dislocations they entail.[34]

Most wives refuse to consent to their husbands' taking another wife. In such cases the threat of divorce is widely being used by the husband in order to obtain consent of the existing wife. Since divorce is culturally frowned upon, it makes the existing wife anxious, often compelling her to accept polygamy as the last resort. Anxiety also surrounds the prospects of child/ren custody, which may further exacerbate the wife's

30. Nasir Ahmad Yousefi, "The Wisdom of Polygamy in Islam: the Law and Customary Practice in Afghanistan," unpublished article compliment of the author to the present writer, Kuala Lumpur, January 2016, p. 9.

31. Women and Children Legal Research Foundation, Kabul, "Research Report on Polygamy in Afghanistan," 2006. http://www.wclrf.org.af/wp-content/uploads/2013/09/Polygamy-In-Afghanistan.pdf (assessed on 2 February 2016).

32. Ibid.

33. Ibid.

34. Ibid.

within access of registration offices. The CC76 provides no supportive measures to reinforce its provision on the marriageable age. For these reasons and also the fact, as earlier explained, that the 2004 constitution, the CEDAW, and the Universal Declaration of Human Rights have all given women's equality a higher profile. The CC76 need to be carefully revised to ensure its harmony with the spirit of these commitments and ensure necessary adjustments to curb abuse of guardianship powers, exorbitant bride-price and dower, as well as child marriage and forced marriage in the country.

e) Polygamy

The CC76 has validated polygamy in principle but made it contingent on conditions such as just character of the husband, his financial ability "to provide all his wives with appropriate standards of food, clothing, residence and medicine." The law also stipulates that a lawful benefit should exist in the proposed polygamy such as "barrenness of the first wife or her affliction with a difficult-to-cure disease." (Art. 86). Article (116) provides that a man who is married to more than one woman may not compel his co-wives to live in a single dwelling without their agreement and consent. But these conditions are not likely to be effective simply because the intending polygamist is not required to obtain a court order in advance to certify that he will fulfill these requirements. The law merely entitles the existing wife to apply for judicial separation on the basis of injury (*zarar*) if the husband had indeed failed to fulfill these conditions (Art. 87, 183). It is further provided:

> In the event where a person concludes a polygamous union with a woman while concealing the fact of his existing marriage from her and fails to obtain the consent of his new wife to that effect; if the latter denies her consent and also refuses to continue to be his wife, she may request the court for separation on the basis of injury (*zarar*) (Art. 89).

The CC76 has once again turned a blind eye to the social realities of Afghanistan. For the law places the burden of proof entirely on the wife. It is extremely difficult for an Afghan woman to prove that her husband is unjust and has inflicted marital injury on her. A partial remedy is provided, however, by recourse to arbitration in the event the wife is unable to prove her claim of *zarar* but still demands separation, in which case the court may appoint arbitrators to attempt reconciliation between the estranged couple, or recommend a separation (Art. 185).

Research findings suggests that the requirement, under CC76, for a man married to more than one woman to provide his co-wives with separate residences is routinely

partly to anyone" (Art. 113). Notwithstanding the elaborate textbook style treatment of dower, CC76 hardly goes out of its familiar track to address the widespread practice of forced marriages and exorbitant dowers in Afghanistan as a mark of social status, and works indirectly into an aspect of discrimination against the poor.

It would be reasonable and perfectly valid, from the Shariah viewpoint, to classify violation of consent of an adult boy or girl, as a bar to a valid marriage - or alternatively listed under temporary prohibitions when concluded by a guardian with questionable motives. Insertion of such a clause could be advantageously used to address the problem of forced marriages in a way that is also Shariah-compliant. It could be seen as an *ijtihad*-based addition to the familiar grounds of impediments to a valid marriage.

Furthermore, article (77) of CC76 which enables the guardians to represent their wards and conclude the marriage contract on their behalf goes against the spirit of a reformist legislation. Given the prevalence of abusive exercise of guardianship powers, one would have expected this law not to encourage the mediation of guardians and representatives in the conclusion of marriage. As noted earlier, CC76 has stipulated a legal age for marriage, which is the right step to take, and should have been reinforced at every opportunity that arose in the text. The law could have stated, for instance, that the power of guardianship ceases with the completion of those ages for boys and girls, who must then conclude their own marriage contract. Such a stipulation would not only be valid, in principle, but also in keeping with the purpose of reducing the role of the notoriously abusive guardians. To take yet a further step, the law could have stated, for instance, that adult boys and girls should in all cases be present at the session of contract and initiate the offer and acceptance in their own words or writing. The law could further regulate perhaps that the boy should make the offer (*ijab*) and the girl should express acceptance (*qabol*). Then even a step beyond that could be taken to provide that the registration formalities require the presence in person of the adult boy and girl to confirm and verify the substance of their agreement.

All of this would still fall short of saying that a marriage not so registered will not be legally recognised. For that would be difficult for Afghanistan where women are not encouraged to attend offices or leave home without permission of their parents/guardians, and there are in any case practical shortages of transportation, lack of easy access to government quarters, and lack of security. Yet our proposed additions would be educational and the attention they pay to details is likely to make an impact. Instances of violation may be subjected to disciplinary measures, such as community service, police attendance, fines etc., especially when the prospective couple live in cities and

that no marriageable age should be specified. It was added that one may specify the age of majority which is fifteen according to most Shariah jurists, a view that was finally adopted in the 1971 Marriage Law.[29]

d) The Marriage Contract

The marriage contract consists of a valid offer (*ijab*) and acceptance (*qabol*) and may be concluded, as per CC76 "either by the contracting parties themselves, or by their guardians (*awliye*) or representatives (*wukala*)" (Art. 77). Two other requirements of a valid marriage are presence of two competent witnesses, and absence of a legal impediment, whether permanent or temporary, between the prospective spouses, which CC76 has expounded in adequate detail (Art. 81-85). Close relatives through fosterage are also forbidden for one to marry (Art. 84).

Temporary impediments to a valid marriage, expounded in article (85) include, for example, re-marriage with a divorcee by triple (*talaq*) unless she goes through an intervening marriage and consummates it, and a woman who is not follower of a revealed scripture. These are classified as temporary prohibitions simply because the conditions envisaged in each case can legally be changed. There is basically little concern over the observance of these prohibitions among the Muslims of Afghanistan as they are generally being followed as an integral part of the religion.

Providing a dower (*mahr*) for the wife is also one of the requirements of a valid contract, but it is a condition (*shart*), as apposed to an essential requirement (*rukn*), and thus commands a lower order of priority compared to the element of consent. This is indicated in Article (99) of CC76 which provides "The wife is entitled to the stipulated dower (*mahr-e musamma*) if such has been specified at the time of contract. In the event when no dower is stipulated, or even when explicitly waived, the wife would still be entitled to a proper customary dower (*mahr-e muajal*)." The CC76 devotes no less than 17 articles (97-114) to dower – what may or may not be given in dower, whether prompt or deferred, whether or not it can be increased or decreased or waived after the contract, and whether inheritable, the role of local custom in respect of any ambiguity in the quantum of dower and so forth. Furthermore, "dower is the property of the wife and only she can make proprietary dispensations concerning it" (Art. 110). And then again that "the father may not waive or make a gift of his daughter's dower either wholly or

---

29. Article (3) of the Marriage Law 1971 thus provided: "The *nikah* of a bride and groom who have not attained the age of majority is not a *nikah* of majority. The groom's age is determined on the basis of his Identity Card (*tazkera*), but in the bride's case, the court shall credit the information given by the bride or her guardian."

to non-existent among the nomads (*kochis*) of Afghanistan. Children of the war years can be assumed to have remained outsiders to any method of registration and may have no IC at all. The IC was, in any case, mainly tied with the question of military service and could be issued to an individual any time up to the date of the call-up, or even after that. Since the IC was not necessarily issued at the time of birth, the age calculation of its bearer was liable to error and misrepresentation.[27]

The courts have powers to determine a person's age in a case under their consideration. Such a judicial enactment is, however, of an *ad hoc* value and remains valid only for the case under adjudication. Moreover, prior to 1971, the courts' power in this respect was confined to minors only.

The age issue was reviewed at a 1971 judicial seminar of the then leading Supreme Court and Provincial Courts judges from all over Afghanistan. A proposal was made for expanded court powers in determining the age of individuals, both adult and minor. The seminar passed a resolution which granted the courts power to determine the age of adults. But it was pointed out that altering the age registered in the IC is a function of the Census Office (*daftar-e ihsaiyah*) and should not be dealt with by the judiciary. In the event where determining the age is connected with the issuance of a judicial decision, the court may, in case of a discrepancy between the age entered in the IC and the apparent age of a person, ask for expert opinion and establish the age at issue. But this age was not recordable in the IC.[28]

As can be seen, the age problem cannot be adequately addressed through *ad hoc* solutions. Until a time when a reliable system of birth registration is established, neither the *tadhkira* IC nor the discretionary court powers can provide a comprehensive solution. This lack of conclusive information on age must also mean that no statutory age of marriage can be effectively enforced.

On an historical note, while debating the marriage bill (later law) 1971, Parliament considered various proposals on the age issue, but one which was eventually adopted was the one that the law should not specify any marriageable age unless it puts a ban on child marriage in the first place. Assuming that child marriage is permitted, as was the case in the proposed draft, then adopting a marriageable age of say fifteen would entitle the guardian to contract a girl of 14 in marriage as a minor person. Thus it was concluded

27. According to a 2005 UNESCO estimate "only 6 per cent of Afghan children possess the tadhkera certificate that guarantees citizenship." See Cherif Bassiouni, "Report of the Independent Expert of the Situation of Human Rights in Afghanistan," 13.

28. QaÌÉ, special issue on the judicial seminar 1350/1971, Supreme Court Publication, Kabul, 1971, p. 113 (in Dari and Pashto).

prospective spouse to renounce, upon attaining the age of puberty, an actual marriage contract that a close relative, excluding the father, may have concluded on his or her behalf. A direct analogy to *khiyar al-bulagh* is not proposed here, but merely to say that the logic of our proposal has found a manner of expression in traditional Hanafi law. Our proposed clause actually extends the option of puberty also to engagement. This would be educational at least and would also be more relevant to addressing the social mischief of binding engagements so prevalent in Afghanistan.

c) Marriageable Age and Child Marriage

Child marriage is an entrenched yet problematic practice and the manner it is practiced in Afghanistan qualifies it as nothing less than a social mischief of wide proportions, and the CC76 has fallen short of taking effective measures to address it.

The CC76 stipulates the following concerning the marriageable age: "legal capacity to marry is obtained with the completion of 18 years for males and 16 years for females" (Art. 70). The succeeding section provides concerning the marriage of a girl below 16 that "her marriage contract can only be concluded by her legally competent father or the court" (Art. 71). The text then stipulates that "marriage of a minor girl below the age of 15 is not permissible under any circumstances" (Art. 71(2))." The main problem here is that CC76 permits conclusion of a marriage contract by "the contracting parties, their guardian or representatives," (Art. 77) thus leaving the door to abusive practices wide open. For what it means is that "forced marriage and child marriage of girls by their fathers or grandfathers are considered legal."[25] The other problem is that the marriageable age is not really observed, especially in rural areas.[26]

Implementing a fixed legal age for marriage is also problematic for Afghanistan since the country lacks a reliable system of registration of birth certificates. When the precise age of a boy or girl is disputed, or when a wide discrepancy exists between an alleged age and the physical appearance of a person, issues cannot be effectively resolved.

A person's age is usually determined by the Identity Card (*tadhkira*). There are, however, serious irregularities both in the accuracy as well as the distribution of the IC. Firstly, because of absence of a system for issuance of birth certificates, and secondly because the distribution of IC is highly irregular among women, and it is almost next

25. moballegh, "Family Law in Afghanistan," p. 6.

26. Referring to the age provision of CC76 the MPI Report (p.17) confirms that "In practice none of these limits are really observed by the families. In the rural areas of Bamiyan, Badakhshan, Kandahar, Kunduz and Ningarhar, the actual marriage age of minor girls can be as low as eight years. Minor boys can also be victims of these practices and be forced to marry at an unsuitable age.

marries a woman or gives her in marriage in the name of *badd*, the punishment is "up to ten years and revocation of the marriage" (Art. 25-1). Those who facilitate the *badd*, such as witnesses, and representatives, are also liable to "a medium term of imprisonment" provided the victim makes a request." (Art. 25-2). A person who marries with more than one woman without observing the conditions stipulated in CC76 (art. 86 &89) is also liable to a "short term" imprisonment of up to three months. (art. 37)

EVAW was introduced as a Presidential Decree under the then President Karzai and has yet to be approved by Parliament. The likelihood of parliamentary approval is also not an assured prospect as EVAW has aroused much public controversy in Afghanistan with heated debates and currents of opinion developing both for and against it. At a Kabul seminar of November 2015 in which the present writer participated, commentators expressed reservations over suitability of the highly punitive approach the EVAW had taken toward child marriage and polygamy. They were inclined to recommend a blended approach that combined persuasive measures with punitive sanctions.

The blended approach so proposed is preferable due mainly to the fact that punishment is not always suitable for close relatives, especially the parents, which may also be difficult to implement. We may propose, therefore, that the existing CC76 clauses on betrothal should be fortified by an additional clause to declare that betrothal is invalid when it is accompanied by extortionist gifts, bride-price and dower. The law may, as such, convey a message and discourage, even proscribe, giving of very expensive gifts beyond some specified amounts.

One may also recommend adoption of a procedure to ensure the presence and personal confirmation of the adult boy and girl to their proposed engagement. But the larger issue of binding engagement requires careful attention to detail. Law alone is not enough. Education and public awareness play important roles. The law should take a firm stand when addressing instances of social mischief, but a totally punitive approach to these entrenched practices, like the one taken in EVAW is not likely to succeed.

The law should explicitly entitle adult boys and girls to revoke an engagement they do not wish to consummate and declare this to their respective families. Stipulating such a clause would endorse their basic freedom not to proceed with an engagement arranged without their participation and consent. When an adult male or female declare their wishes, this should be documented in the local district office in order to prevent a possible conflict.

To stipulate the suggested provisions would effectively extend the Hanafi law position on the option of puberty (*khiyar al-bulagh*). This option normally entitles the

fiancé e (*namzad*), Safra with whom I had no sexual intercourse." The divorce certificate also records Hussein's statement that "I Mohammad Hussein hereby divorce Safra, my fiancé e with whom I had no sexual intercourse" by an irrevocable single *talaq*.

b) Solicitation (*khastgari*)

The CC76 makes no reference to *khastgari*, which precedes engagement and determines the terms of the initial agreement between the two families. Engagement then marks the successful outcome of *khastgari*. Usually the mother or other relatives of the boy visit the girl's family to solicit engagement. If the initial response is affirmative, negotiation continues over the quantities of bride-price (*walwar*) and dower (*mahr*) as may be the case. *khastgari* provides the first opportunity where the families begin to take the matter in their own hands. One would normally expect that the families reflect the wishes of their sons and daughters, which may well be the case, but not always, as financial and other considerations weigh heavily on their attitudes. Since gender segregation and restrictive social environment provide little opportunity for easy encounter between boys and girls, parents and guardians take the matter in their own hands.[23]

Wide differentials of age, personality and education are often ignored for want of larger sums in bride price. Sometimes a wide age gap provides an incentive for a bigger bargain. Poverty has always been a factor but reports also indicate increasing number of cases of disproportionate unions due to larger numbers of war widows and orphans. Warlords and drug dealers pay more money and also intimidate people to submit to their ominous wishes.[24]

Afghanistan's Law on Elimination of Violence Against Women (EVAW) 2009 prohibits forced and underage marriages as well as polygamy on pain of punishment. Thus it makes a person who "engages or marries a woman who has attained the legal age of marriage without her consent" liable to imprisonment of "not less than two years and the marriage or engagement shall be revoked." (Art. 26). The same punishment is provided for a person who marries an underaged woman contrary to article (71) of CC76 provided that the victim of the offence makes a request to that effect (Art. 28). Anyone who obstructs a woman from "marriage or deprives her from choosing her spouse" is liable to a short term imprisonment (of up to three months – Art. 27). For a person who

23. Cf. MPI Report, 11.

24. According to a 2004 U.S. Institute of Pease Special Report "Establishing the Rule of Law in Afghanistan," p.15: Warlords currently subvert both formal and informal justice processes through intimidation and interference in areas from the capital to rural districts. This is exacerbated by the fact that "senior warlords serve as provincial governors or hold other official positions."

A United Nations Development Fund for Women–UNIFEM research data in 2006 records numerous cases of forced engagements and marriages in different parts of Afghanistan, which include the following three.

> 1. The uncle of a 13 year old girl forced her to marry an older man with two wives. She was beaten and abused by the husband, his wives and sons. After 6 years she fled to her parents' home and is seeking a divorce.[17]
>
> 2. At two years of age, a girl was promised in marriage by her family to an older man who died when she was six. His son then claimed that the girl was his widow and should therefore marry another member of the family. The case went to the village elders who decided in favour of the son. The girl has threatened to kill herself if she is forced to marry.[18]
>
> 3. A 5 year old girl was kidnapped by a neighbor and his wife. The kidnappers were found and arrested in another province; however, after allegedly bribing the police they were released. The girl's mother eventually found her daughter but was then forced to give her in marriage to the man, although he agreed to wait until she was of a "marriageable age."[19]

Forced marriages occur for many reasons including the settlement of feuds (*badal*), compensation for a crime by giving a young girl or girl child to the victim's family (*badd*) and by compelling widows to remarry someone from her deceased husband's family."[20] Boys and girls are often forced to marry at a young age, or engaged prior to, or shortly following their birth." These acts constitute criminal offences under the Afghan Penal Code (Art. 517), yet "believed to be widespread throughout the country."[21]

Engagement that must lead to marriage also lead to anomalies. It is anomalous, for instance, to register a divorce following an engagement, but this was precisely the case in *Mohammad Hussein v. Safra*,[22] wherein Hussein stated in his petition to the head of Kabul document registration office that "owing to incompatibility, I wish to divorce my

---

17. Ibid., p.13.

18. Ibid., p.27.

19. United Nations Development Fund for Women-UNIFEM, Uncounted and Discounted: A Secondary Data Research Project on Violence against Women in Afghanistan, Kabul, 2006, p.10.

20. Ibid., p.11. Badd (lit.feud) is a mode of pacifying a feud between hostile tribal groups. One or more girls may be given in marriage as a token of peace without any brideprice (*walwar*). Pore means loan and indicates either financial loan or unfulfilled vengeance. A debt may thus be paid by means of giving a girl in marriage to the creditor.

21. Ibid.

22. *talaq khat* No. 11/24.IV.1350/1971, Document Registration Office, Shahr-e Kohna, Kabul. For a similar example where a *talaq* khat has been registered after an engagement see Id., Sultan Ahmad v. Niyaz Bibi, talaq khat No. 6/31.I.1349.

The CC76 provisions pertaining to the return of gifts that may have changed hands would in all probability represent a rare situation. It is normally not seen dignified to claim back gifts of perishable and movable goods. The legal provisions do, however, relate to cases where landed property might have been gifted to the prospective fiancé e or her family. Giving of landed property upon engagement is rather rare, but may be given as dower (*mahr*).

The question we now raise is what motivates parents and families to play with the future of their offspring. Various factors tend to be involved. Child marriage is very frequent in Afghanistan, and sometimes oppressively twisted and disproportionate. Note, for instance, the case of a father "who married his eight year old girl to a man aged 50 years". In exchange the father got married to the fourteen years old daughter of his son-in-law."[15]

Engagement may be motivated by various factors and situations as may be outlined below:

a) Friends and relatives sometimes pledge that their prospective newborn will be engaged to one another to strengthen their friendship.

b) To reciprocate a favour received at a time of need, a man may give his daughter in marriage as a token of gratitude to another person or family.

c) A girl with prospects of inheritance may be sought after by relatives and outsiders who may press for an early engagement.

d) The parents may want to engage their daughter to a wealthy, influential, or a religious family.

e) A powerful chief or warlord may force, trick or bribe the parents of a beautiful girl into engagement for himself or a member of his family.

f) In order to ensure continuing good relations between families, a family patriarch may announce an engagement between two persons on his death bed.

g) To penalise those who resist the patriarch, the latter may impose his will by suddenly announcing an engagement.

h) When unable to choose among several candidates, a family may assume that the worthy candidate will prove himself by performing a good deed.[16]

---

15. Irene Schneider, "Registration, Court System and Procedure in Afghan Family Law," Conference paper presented an International Conference in Kabul Family law in Afghanistan" sponsored by the Max Planck Institute of Hamburg, Kabul, 10 June 2006, p.15.

16. See for details Mohammad Hashim Kamali, Law in Afghanistan: A Study of the Constitution, Matrimonial Law and the Judiciary, Leiden: E.J. Brill 1985, p.109f.

engagement to her" (Art 63). An implicit offer of engagement to such a woman may, in other words, be made.

Broadly, the probation period (*iddah*) of a divorced woman under Shariah is three menstrual cycles, and it is 130 days for a widow immediately following the death of her husband. Probation period of a divorced woman who is pregnant, however, ends with the delivery of the child in all cases.

The CC76 contains only three articles on engagement just reviewed. The problem here is one of conspicuous silence concerning the problematics of engagement that are very well known, namely the compulsory and binding character thereof, which means cancellation or abandonment of an engagement is rare due to social pressure and opprobrium. Engagement is to all intents and purposes seen as a binding agreement and revoking it is seen disgraceful on both sides, but which affects the girl much more. This is partly because engagement involves an agreement between the families more than it does between the prospective spouses.[12] When the parents arrange the engagement of their children, they are usually committed to the idea that it must lead to marriage. To ensure this, early engagement and marriage is preferred.

Gifts are usually given by the boy's family at the time of engagement and, among the more affluent, also on festive occasion that follow. These are normally not returnable even when the engagement is revoked, but may be returned if land or durable goods are gifted. The boy's family is expected frequently to give gifts, which can be burdensome in cases of childhood engagement where several years may pass before actual wedding.[13] A bride price (*walwar* - lit. milk price – also known as *qalan* and *sheerbaha*),[14] and dower (*mahr*) are usually determined prior to engagement. If the engagement is between relatives, the emphasis on the money side tends to be less and a dower may be specified at the *nikah* ceremony when offer and acceptance occur between the parties, or their guardians, in the presence often of the local Imam. Should this be between adult parties of mature age, the man is usually present but may choose to be represented by his father or uncle, whereas the woman is usually represented by her father or an older male relative.

---

12. There must be a very strong reason for the cancellation of any engagement, otherwise honour and custom will keep the couple together. If an engagement is cancelled the girl carries the stigma and will be considered a divorce. Her future will be uncertain and without the esteem she held prior to her first engagement. See Max Planck Institute Report entitled "Family Structures and Family Law in Afghanistan: A Report of the Fact-Finding Mission to Afghanistan," January-March 2005 (henceforth referred to as the MPI Report), 15.

13. Cf. MPI Report, 12 & 14: in exceptional cases of adult engagement, wedding may follow soon, or may take months and sometimes years, especially in cases where the groom or his family faces difficulty in paying the bride price.

14. Sheerbaha, a Dari word, literally translates as *walwar*, which is a Pashto word.

replace the traditional *fiqh* manuals, such as the *hidayah* and other Arabic texts, as well as the Ottoman Mejelle that had hitherto dominated court practice in the country.[11]

With the exception of the 1921 *nizam nama* of Marriage, and the communist decree (No. 7, 1978) which declared child marriage and certain other patriarchal practices prohibited under pain of punishment - all the other statutes stopped short of punitive measures and took a conciliatory stance on customary practices. This wavering legal attitude and language between rejection, complacency and approval added to the difficulty of combating prejudicial practices to women. The CC76 has on the whole continued the conciliatory stance on these issues.

2. The Civil Code 1976

a) Preliminaries of Marriage

Solicitation and betrothal are the two salient steps which customarily precede the contract of marriage (*nikah*). The *nikah* contract is often a mere continuation and follow-up. A great deal of the distortion associated with prejudicial custom also begins at this stage. It is important therefore to draw attention to what they actually involve. Since CC76 is completely silent on solicitation (*khastgari*), we begin with reviewing its relevant clauses on betrothal first, which will be followed, in turn, by a discussion of *khastgari* and its problematics. Reform proposals are advanced as and when the occasion arises.

The CC76 defines betrothal (*namzadi*) as a "promise to marriage which either of the parties may subsequently decide to revoke" (Art 64). No legal consequences are thus expected to follow a mere abandonment of an engagement. Legal consequences do, however, follow in the event of exchange of gifts or other financial commitments between the parties. According to article (65) the party who has given a gift to the other may demand its return or its monetary value at cost price – following a revocation by the other party and the existence of the gifted object. When the donor of gift revokes the engagement, or when the gift is perished or consumed, no one may demand its return. The law further stipulates that engagement is forbidden, whether explicit or implicit, with a woman who is undergoing her probation period (*`iddah*– c. 3 months) following either a final or a revocable divorce. As for the woman undergoing *`iddah* following the death of her husband, it is provided that "no one may make an explicit offer of

11. Except for the 1971 Marriage Law which was entitled *qanon-e izdiwaj* (law of marriage) and the Civil Code (*qanon-e madani*) all the previous statutes were known by alternative expressions, such as *nizam nama* (regulation codes). Other equivalent expressions such as ta'limatnama and la'ihah were also used for by-laws and government decrees. *qanon* signified a relatively higher juridical profile. None was expected to overrule the Shariah and were generally seen as supplementary and subordinate to it.

equality include article (6), which requires the state to create "a prosperous and progressive society based on social justice, protection of human dignity, and realisation of democracy." Article (7) requires the state to abide by the UN Charter, the Universal Declaration of Human Rights and other international treatises and conventions Afghanistan has duly ratified.[9] Article (54) provides for the state to adopt "necessary measures to ensure physical and psychological well-being of the family, especially of child and mother" and to eliminate "traditions contrary to the principles of the sacred religion of Islam." Article (44) similarly requires the state to "devise and implement effective programmes for balancing and promotion of women's education."

c) Twentieth Century Marriage Laws: An Overview

Several marriage laws were introduced during the course of 20th century, beginning with the *nezam nama* of Marriage 1921 under the then reformist King Amanullah and the influence also of parallel *tanzimat* reforms in Turkey. Other marriage laws were subsequently introduced in 1934, 1949, 1960 and 1971, and then the CC76. These were followed, during the communist interregnum, by the Revolutionary Decree No. 7 of 1978 under the then President Taraki that proscribed, under pain of punishment, expensive marriage ceremonies, child marriage and forced marriage. The more recent Law on Elimination of Violence Against Women (EVAW) 2009, as discussed below, also takes a punitive approach to these issues.

The CC76 is the only 20th century legislation that spells out the entire range of Shariah laws on marriage, divorce, inheritance, bequests etc. Yet it remains doubtful as to how much of it is being enforced. Poor enforcement is due partly to the prevalence of the jirga tradition in the country where local *jirgas* or councils, composed of tribal and religious notables sit and apply a mixture of local custom and Shariah and often resist recourse to statutory laws.[10]

Marriage laws that preceded the CC76 are on the whole preoccupied with addressing abusive customary practices relating to child marriage, forced marriage, exorbitant bride price and other expenditures, as well as procedural aspects of the marriage certificate (*nikah khat* or *nikah nama*). The substantive Shariah that governed matrimonial law was neither codified nor translated into the local languages. The CC76 was thus the first to

9. For a comparative analysis of the initial draft of the 2004 constitution and where it fell short of meeting the requirements of UDHR, see M H Kamali "*nukate chand dar bara-e qanon-e asasi wa ilamiya-e jahani huquq-e bashar*" Asase *Qanun*, no. 3, Kabul, 1382/2003, 9-13.

10. Cf. Martin Lau "Afghanistan's Legal System and its Compatibility with International Human Rights Standards," International Commission of Jurists Final Report, November 2002, 25.

brought about a sizeable Afghan diaspora - Karzai and some of his colleagues included - who lent support to the pro-equality opinion that was gaining ground in the emerging civil society in the country. Added to this was women's wider participation in the preparation and approval of the 2004 constitution. Women participated in all the three preparatory stages: the Constitution Drafting Committee (three of eight members were women), the Constitutional Review Commission (eight of 34 members, of which the present writer was also a member), and then the Constitutional *Loya Jirga* (CLJ) that finally ratified the Constitution (102 of 511 members).

Article (22) of the 2004 constitution provided:

Discrimination and privilege of any kind is forbidden among the citizens of Afghanistan (*har naw tabeez wa imtiyeez bayn-e atbba-e Afghanistan mamno ast*). The citizens of Afghanistan, whether man or woman, have equal rights and obligations before the law.

This clause is more emphatic compared to the 1964 constitution (Art. 25), which simply declared that all citizens were equal before the law without any discrimination or privilege. The added phrase "whether man or woman" in the 2004 version was actually proposed by the women delegates of the CLJ themselves, who succeeded to insert the added phrase in the final text.

The 2004 constitution was also the first to impose a quota system in the composition of Parliament. With regard to the Lower House (Wolesi Jirga) it was provided: "at least two female delegates shall be elected from each province as a national average." (Art. 83). The October 2005 parliamentary elections consequently brought 69 women, of the total of 269 members, to the Wolesi Jirga.

On the composition of the Upper House (Meshr*a*no Jirga), the constitution provided similar quotas in article (84) that brought 28 women, out of the total of 102 members to the Upper House in 2005.The quota system is not without its weaknesses, yet it is significant to see that twenty-seven per cent of Afghan parliamentarians are women as a result, a figure which is hardly matched by other countries of the Muslim world, or even Europe![8]

Other provisions of the 2004 constitution that could be used in support of women's

8. Ganesh wrote, however, that women MPs even at such sizeable numbers lack "real political power," due to their linkages to political mentors or parties, rather than to their constituencies. The more outspoken female MPs "face particular intimidation or verbal attack" from the religious and conservative majority and even militant threats. See for details Lena Ganesh et al., Women's Economic Empowerment in Afghanistan, 2002-2012, Kabul, Afghanistan Research and evaluation Unit, 2013, 15.

standards may not always have a positive effect.[4]

Afghanistan ratified the CEDAW at a time when it was preparing for a new constitution, and had committed itself to women's equality and fuller participation in government and other walks of life. Yet in actual effect, "Afghanistan's ultra-conservative tribalist culture that prevails in most of the country's provinces makes the realisation of this commitment a most challenging task for the country even impractical in some ways."[5] Afghanistan has difficulty implementing its own constitution, let alone the rigorous requirements of CEDAW.

Afghanistan is a signatory also to the Universal Declaration of Human Rights 1948; the International Covenant on Civil and Political Rights 1976; and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1976. These instruments emphasise, *inter alia*, the principle of free consent to marriage, and that of equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. Afghanistan has reiterated its commitments on women's rights in two other international conventions it has signed after the 2004 constitution, namely the Afghanistan Compact, London 2006, and the Bonn Conference Communique of 2011.[6]

b) The 2004 Constitution

Most of the six constitutions Afghanistan has promulgated since 1923 contained clauses on citizens' equality and prohibition of discriminations without, however, leading to tangible results on women's equality, which is partly why the 2004 constitution took a more assertive stance in its pro-equality clauses.[7] This was a tangible result, not only of the Bonn Agreement, but also of Afghanistan's unprecedented exposure to international opinion. The 25 years of civil war that began with the Russian invasion of 1979 also

---

4. Judith Tucker, Women, Family and Gender, 81.

5. Qassim Qamus, "*Zan dar qanun-e asasi jadid* – woman under the new constitution," p. 1: http://www.bsharat.co,/id/14zan/hogogi/07.html (accessed 4 March 2014).

6. The London Conference on Afghanistan: The Afghanistan Compact 2006 affirmed, for instance, that by end 2010 the National Action Plan for Women in Afghanistan will be fully implemented, and female participation in all Afghan governance institutions, including elected and appointed bodies and the civil service, will be strengthened. The Bonn International Afghanistan Conference that issued the Bonn Conference Communique 2011 emphasised, in sections 6 and 7, women's equality under the constitution, and reaffirmed the rights of women as key for Afghanistan's future. Cf., Lena Ganesh et al, Women's Economic Empowerment in Afghanistan, 2013, pp. 82 & 84.

7. See for details on Islam and women's status in the 2004 constitution Mohammad Hashim Kamali, "Islam and Its Shareah in the Afghan Constitution 2004 with special reference to private law," in ed. Nadjma Yassari, The Shareah in the Constitution of Afghanistan, Iran and Egypt: Implications for Private Law, Tubingen: Mohr Siebeck, 2005, 23-45. See also Mohammad Hashim Kamali, "References of Islam and Women in the Afghan Constitution 2004," Arab Law Quarterly 22 (2008) 1-37 - www.bril.nl/alq

gender justice standards. Various other Muslim countries that have signed the CEDAW have done so with reservations that mainly relate to articles 15 and 16. Article 15 gives women full equality in all civil matters, such as the rights to freedom of movement and choice of residence, and article 16 which accords to women the same rights as men in the choice of marriage and spouse and other rights and responsibilities within marriage. Article 16 also binds state parties to take appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations.

Egypt's reservations to articles 15 and 16 invoked the Islamic Shariah and its provisions on dower and maintenance for the wife as instituting an "equivalency of rights and duties that ensure complementarity" between the reciprocal rights and responsibilities of spouses. Morocco took similar reservations, also referring to the "framework of equilibrium and complementarity" of Islamic law. Jordan has noted, in turn, that the wife's domicile was legally that of her husband's, and Morocco and Tunisia both made article 15 subject to its compatibility with their Personal Status Codes pertaining to marital residence. All of these reservations stress that Islamic law visualises complementarity in martial relationships rather than the type of equality maintained in the Convention.[2]

The CEDAW Committee's reporting procedure has helped giving women equality issues a degree of public exposure.[3] Certain practices that repeatedly feature in the Committee reviews mention the continued legality of polygamy in many Muslim states. Reformist movements in Muslim countries are careful, on the other hand, to situate themselves within the indigenous Islamic framework. In an era of heightened sensitivity in the Muslim world to the imposition of Western models, as Tuckers noted, and the renewed emphasis on allegiance to Islamic laws, the invocation of international

---

Kuwait, Libya, Morocco, Pakistan, Saudi Arabia, Tunisia and the Yemen. Yet all of these countries have taken reservations to certain articles of the Convention on account of incompatibility with religion or a "higher law." Implementation is monitored by the CEDAW Committee, a standing UN Committee in New York. State parties report to this Committee one year after ratification, and thereafter every four years. CEDAW consists of s 30 Article as follows: Article (1) defines discrimination; Articles 2-4 outline the nature of state obligations that need to be undertaken by the state party in through legislation, policy and other measures. Articles 5-16 specify areas of discrimination to be addressed, such as customary practices detrimental to women, prostitution, political and public life, citizenship, education and employment, health care and family planning, rural women, equality before the law, marriage and family relationships. Articles 17-30 detail the structure and function of the CEDAW Committee and other procedural matters.

2. See for details, Judith E. Tucker, Women, Family and Gender in Islamic Law, Cambridge: Cambridge University press, 2008, p. 80.

3. See the various progress reports submitted to the Committee available at the International Women's Rights Action Watch, www.iwraw-ap.org.

Matrimony and Women's Rights in the Afghan Civil Code 1976: A Critical Appraisal

Mohammad Hashim Kamali

Table of Contents

1. Salient Commitments and Documents
2. Part Two: The Civil Code 1976
3. Issues Impacting Women's Equality
4. Conclusion

1. Salient Commitments and Documents

a) The Bonn Agreement and CEDAW

The Bonn Agreement 2001, which was ratified by Afghan representatives and diaspora groups with participation of the United Nations, drew up the political roadmap of Afghanistan and laid emphasis, inter alia, on women's participation for the "establishment of a broad-based, gender-sensitive, multiethnic and fully representative government with due regard to the importance of participation of women." The Bonn Agreement also spelled out the various preparatory steps that were to take place in the succeeding two years culminating in the promulgation of a new constitution.

In 2003, Afghanistan was the first Muslim country to ratify the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) without reservations.[1] CEDAW is the most rigorous international instrument on record on

1. The UN General Assembly adopted the CEDAW on 18 December 1979 and it came into effect as a treaty on 3rd December 1981, 30 days after the 20th member nation ratified it. Afghanistan had signed it in 1980 but not ratified. The CEDAW has been signed by over 180 countries, including Egypt, Indonesia, Iraq, Jordan,

بخش چهارم

حقوق بین‌الملل

نړیوال حقوق

International Law

موافقت‌نامۀهای ترانزیتی منطقه‌ای آپتا و چابهار

کدام یک از این موافقت‌نامه‌ها می‌تواند فرصت‌های حقوقی گسترده‌تری را برای افغانستان مهیا نماید؟

سهیلا اکبری

یادداشت: تحقیق نگارنده دراین مقاله با اتکا به مواد موافقت‌نامه‌های اپتا و چابهار، مقالات، گزارش‌های رسمی ومصاحبه به زبان انگلیسی صورت گرفته است؛ بنابراین نویسنده نخست این مقاله را بزبان انگلیسی نوشته و سپس بزبان دری ترجمه نموده است. چون ترجمه توسط خود نویسنده صورت گرفته است، مسوولیت ترجمه مربوط به نگارنده است.

مقدمه: کشورهای محاط به خشکه که بیش‌تر آنها شامل کشورهای کم‌تر توسعه یافته‌اند، به خاطر رشد تجارت بین‌المللی شان، نیاز مبرم به تسهیلات تجارتی به وِیژه تسهیلات ترانزیتی دارند. به این منظور، این کشورها درصدد ایجاد روابط حقوقی برای برخورداری از آزادی ترانزیت با سایر کشورها به ویژه کشورهای همسایه خود می‌پردازند.

افغانستان نیز از جمله کشورهای محاط به خشکه است که برای صادرات اموال خود و دسترسی به آبهای آزاد، روابط حقوقی با تعدادی از کشورهای همسایه برقرار نموده است؛ از جمله می‌توان از موافقت‌نامه ترانزیت تجارتی افغانستان نام برد که برای اولین بار در (۱۹۶۵) با پاکستان منعقد گردیده بود. این موافقت‌نامه در (۲۰۱۰) لغو و بجای آن موافقت‌نامه‌ای جدید ترانزیت تجارتی

افغانستان–پاکستان (که بعدازین اپتا ذکر خواهد شد) بین این دو کشور به امضا رسید. از زمان انعقاد موافقت‌نامه‌ای جدید، شکایات متعددی از جانب هردوکشور(به ویژه افغانستان) مبنی برعدم رعایت و نقض مفاد این موافقت‌نامه صورت گرفته است.

در (می ۲۰۱۶)، افغانستان موافقت‌نامه‌ای جدید ترانزیت را با کشورهای ایران وهند به امضا رسانید که گزینه‌ای برای موافقت‌نامه اپتا تلقی می‌گردد. این موافقت‌نامه، اجازه ترانزیت اموال و اشخاص افغانی و هندی را از طریق بندر بحری چابهار ایران، به کشورهای افغانستان و هند فراهم می‌سازد.

هرچند از زمان انعقاد موافقت‌نامه‌ای چابهار، گفتمان اقتصادی و سیاسی متعددی در افغانستان در رابطه به مزیت‌های این دو موافقت‌نامه صورت گرفته است؛ ولی هیچ و شاید اندک ارزیابی حقوقی درین رابطه انجام یافته باشد. باتوجه به ضرورت بررسی مزیت‌های حقوقی هردو موافقت‌نامه، درین تحقیق توجه به ابعاد حقوقی هردو موافقت‌نامه صورت گرفته است تا بررسی گردد که کدام یک ازین موافقت‌نامه‌ها فرصت‌های حقوقی بیش‌تر و پایدارتری را برای افغانستان فراهم می‌نماید .

در نتیجه‌گیری، نویسنده این مقاله براین نکته تمرکز دارد که این به نفع افغانستان خواهد بود تا به جای رد یک موافقت‌نامه به خاطر موافقت‌نامۀ دیگر، هردو موافقت‌نامه را قبول نماید؛ زیرا هرکدام آن مزیت‌های حقوقی و اقتصادی ویژه‌ای خود را دارد. این مزایای حقوقی و اقتصادی مربوط دولت پاکستان نیز می‌شود؛ زیرا طبق موافقت‌نامه اپتا، پاکستان فرصت استفاده از قلمرو زمینی افغانستان را به عنوان کوتاه ترین مسیر ترانزیتی زمینی برای صادرات خود به آسیای میانه دارد.

از لحاظ محتوایی، این تحقیق شامل سه بخش عمده می‌شود: بخش اول به ارزیابی حقوقی مواد موافقت‌نامه‌ای اپتا ووضعیت کنونی اجرای آن می‌پردازد. درین بخش تمرکز بیش‌تر روی مواد مربوط به مسیرهای ترانزیتی تعیین شده در اپتا، تسهیلات و آزادی ترانزیتی پذیرفته شده در امتداد ترانزیت، ساختار سازمانی اپتا، نظام حل و فصل منازعات و بالاخره به مواد مرتبط به شفافیت درپخش و نشر قوانین، پالیسی و اقدامات حقوقی مربوط به ترانزیت صورت گرفته است. تمرکز بیش‌تر روی این موضوعات به این منظور است که مزیت حقوقی اپتا در مقایسه به چابهار، بیش‌تر درین ساحات متبارز می‌گردد. بخش دوم به ارزیابی و تحلیل مواد موافقت‌نامه چابهار در موضوعات مشابه و مقایسه آنها با اپتا می‌پردازد. مقاله با نتیجه‌گیری دربخش سوم به پایان می‌رسد.

بخش اول - ارزیابی ماهوی موافقت‌نامۀ ترانزیت تجارتی افغانستان-پاکستان

افغانستان و پاکستان با داشتن حدود(۲۴۳۰) کیلومترمربع۱مرز مشترک ، بزرگترین شرکای تجارتی همدیگردرمنطقه محسوب می‌شوند. اداره احصایۀ پاکستان میزان تبادلات تجارتی رسمی میان هردو دولت را تقریبا بالغ به(۲/۱)میلیارد دالرامریکایی تخمین زده است؛۲ به شمول تجارت غیر رسمی و تبادلات قاچاقی تجارت، یافته‌های سال(۲۰۱۴)USAID ، مجموعه تبادله تجارتی بین دو کشور را، حدود ۵ میلیارد دالر امریکایی گزارش داده است.۳ این درحالی است که پاکستان بزرگترین بازار صادراتی اموال افغانی بشمار رفته و صادرات افغانستان به این کشور ۳۲/۲ ٪ کل صادرات این کشور را تشکیل می‌دهد. به همین ترتیب افغانستان دومین بازار وارداتی کالای پاکستانی محسوب می‌شود.۴

تاریخچه معاصر روابط حقوقی ترانزیتی میان این دو کشور به انعقاد موافقت‌نامۀ ترانزیت تجارتی افغانستان (ATTA) درسال(۱۹۶۵) برمی‌گردد.[۵] این موافقت‌نامه که ازلحاظ حقوقی تا (۲۰۱۰) مرعی الاجرا بود، اجازه عبور آزاد اموال صادراتی افغانستان را به بازارهای هند ازطریق بنادربحری کراچی و پشاور پاکستان می‌داد.هرچند افغانستان اجازه نداشت ازطریق هیچ یک از بنادر پاکستانی

---

۱. مراجعه شود به اداره جرایم و مواد مخدر سازمان ملل متحد: معلومات درمورد پاکستان [United Nations Office on Drugs and Crime, Country Profile: Pakistan]. قابل دریافت در لینک انترنیتی زیر:
[https://www.unodc.org/pakistan/en/country-profile.html. [Last accessed April 23, 2016]. ؛ جهت معلومات بیش‌تر دررابطه به این موضوع مراجعه شود به انستیتیوت مطالعات جنگ: درمورد افغانستان و پاکستان [Institute for the Study of War, Afghanistan and Pakistan]. قابل دریافت درلینک زیر:
http://www.understandingwar.org/pakistan-and-afghanistan. [Last accessed April 23, 2016].

۲. اداره احصایه پاکستان [Pakistan Bureau of Statistics]. قابل دریافت در لینک زیر:
www.pbs.gov.pk/sites/default/files//external_trade/8_digit level/exp/5_exp_2008-09_to_2012-2013.pdf. ؛ جهت معلومات بیش‌تر درمورد این موضوع مرجعه شود به راپور ۲۰۱۴ اطاق مشترک تجارت و صنایع افغانستان-پاکستان [Pakistan Afghanistan Joint Chamber of Commerce and Industry]، ص.۲۸ (Draft Annual Report. 2014).

۳. مراجعه شود به پروژه تجارت اداره ایالات متحده امریکا برای انکشاف بین‌المللی در مورد تحلیل موافقت‌نامه ترانزیت تجارتی افغانستان-پاکستان، ص.۳. [United State Agency for International Development, Analysis of Afghanistan Pakistan Transit Trade Agreement` USAID Trade Project ] (May.2014).؛ جهت معلومات بیش‌تر مراجعه شود به پروژه نوسازی گمرکات و تسهیلات تجارتی مرتبط به آن توسط صندوق بین‌المللی پول [Int`l Monetary Fund, Emergency Customs Modernization and Trade Facilitation Project.] . (Nov.2003).

۴. مراجعه به پاورقۀ شماره ۲.

۵. مراجعه شود به موافقت‌نامه ترانزیت تجارتی افغانستان-پاکستان منعقده سال ۱۹۶۵ م، جریده رسمی افغانستان، شماره ۵۷. قابل دریافت در لینک زیر:
http://moj.gov.af/content/files/OfficialGazette/0001/OG_0057.pdf. [Last accessed August 20, 2016].

به واردات اموال از هند بپردازد.

بررسی تاریخچۀ موافقت‌نامه (۱۹۶۵) نقض مکرر مفاد موافقت‌نامه را ازجانب پاکستان نشان می‌دهد؛ به طور مثال: بانک جهانی در گزارش‌های تحقیقی(۲۰۰۳ و ۲۰۱۴) خود درمورد اقتصاد وتجارت افغانستان، از اقدامات پاکستان در وارد نمودن تغییرات یک‌جانبه در موافقت‌نامه(۱۹۶۵) بااستفاده از تحمیل لیست منفی بالای اقلام صادراتی افغانستان، یادآوری کرده است. به اساس این گزارش، پاکستان بخاطر جلوگیری از ورود غیرقانونی اموال افغانی به مارکت‌های پاکستانی، بر اموال افغانی حین عبور از قلمرو آن کشور، محدودیت‌های کمیتی و سایرمحدودیت‌های تجارتی مانند آزمایش و بازرسی طولانی را وضع می‌نمود که در مغایرت با مفاد موافقت‌نامۀ موجود بین دو کشور بود.[۶] این مساله و همچنان یک سلسله خلاهای موجود درموافقت‌نامۀ مذکور (عدم شناسایی ترانزیت آزاد اموال پاکستانی ازطریق خاک افغانستان به آسیایی میانه وهمچنان نیاز افغانستان به استفاده از بنادر زمینی پاکستان که جز موافقت‌نامه نبود[۷]) طرفین را وادارنمود تا روی تعدیل موافقت‌نامۀ موجود یا امضا یک موافقت‌نامه جدید که نیازهای ترانزیتی جدید هردو دولت را درنظر بگیرد، به مذاکره بپردازند. نتیجۀ این مذاکرات امضا موافقت‌نامه جدید ترانزیت تجارتی افغانستان-پاکستان (۲۰۱۰)بود که در سال(۲۰۱۱) بعد از تصویب پارلمان طرفین مرعی الاجرأ گردید .[۸]اپتا یک موافقت‌نامۀ دوجانبه بوده و درمورد اینکه آیا کشور دیگری می‌تواند به آن ملحق شود، ماده‌ای وجود ندارد. هرچند درعمل، در سال‌های اخیر، طرفین به الحاق تاجکستان به این موافقت‌نامه علاقه نشان داده‌اند که پیوستن این کشور به موافقت‌نامه، تا اکنون هم تحت مذاکره قرار دارد.

اپتا از(۲۰۱۱) به این سو مرعی الاجرا گردیده و دارای چهارپروتکل است که مسایل اداری و شکلی تطبیق اپتا را تنظیم می‌نماید و شامل اجزای اصلی موافقت‌نامه است. این موافقت‌نامه، عبور کالای پاکستان را از بنادر زمینی افغانستان به مارکت‌های آسیایی میانه و عبور کالای افغانی را از بنادرخشکه و بحری پاکستان به هند و سایرکشورهای‌آسیای جنوبی، اجازه می‌دهد.[۹]

---

۶. مراجعه شود به راپور سال ۲۰۰۳ بانک جهانی در مورد انکشاف افغانستان، ص.۱۰۹؛ همچنان مراجعه شود به پاورقی شماره ۳.

۷. مراجعه به پاورقی شماره ۵.

۸. مراجعه شود به موافقت‌نامه ترانزیت تجارتی افغانستان-پاکستان (بعدازین با ذکراپتا) منعقده سال ۲۰۱۰، ماده ۵۴، جریده رسمی افغانستان، شماره ۱۰۶۳. (تاریخ نشر ۱۳۹۰).

۹. مراجعه به مقدمه اپتا.

درزیر به تحلیل و بررسی مفاد اپتا پرداخته می‌شود:

۱. بررسی مواد مربوط به مسیرهای ترانزیتی و تسهیلات ترانزیتی موافقت‌نامه اپتا

شناسایی بنادر زمینی و بحری پاکستان، بنادر هوایی و زمینی افغانستان، ساده سازی مقررات گمرکی هر دو دولت، اجازه ایجاد نمایندگی‌های تجارتی در قلمرو طرفین، شناسایی اصل رویه ملی و انطباق مواد اپتا با مادۀ ۵ (آزادی ترانزیت) موافقت‌نامۀ عمومی تعرفه و تجارت سازمان تجارت جهانی (گات)، از جمله اساسی ترین مواد اپتا در رابطه به تسهیلات ترانزیتی است.

اپتا، بنادربحری قاسم، کراچی وگوادر و بندر زمینی واگه در پاکستان را بحیث مسیرهای آزاد ترانزیتی به صادرات افغانستان و بنادرهوایی و زمینی افغانستان را بحیث مسیرهای آزاد ترانزیتی به صادرات پاکستان برای دسترسی به مارکت‌های آسیایی میانه درنظرگرفته است.[۱۰]

طب مواد ۳۰ و ۳۲ اپتا، هیچ یک از طرفین اجازه ندارند تا هیچ نوع عوارض گمرکی و امثال آنرا بالای اموال تحت ترانزیت مسیرهای موافقت شده وضع نمایند؛ مگربه استثناء فیس های که از ارایه خدمات در امتداد سفرتراتزیتی ناشی می‌شود.[۱۱]

یکی از مواد جنجالی موافقت‌نامه اپتا که این موافقت‌نامه را در مقایسه با موافقت‌نامه چابهار کم اهمیت‌تر می‌سازد و احتمالا می‌تواند از قوی‌ترین دلایل گرایش دولت افغانستان به چابهار باشد، عدم تجویز استفاده از بنادر فوق‌الذکر پاکستان برای واردات اموال ازهند است.[۱۲] وسایط نقلیه حامل کالای افغانی بعد از تخلیه در بنادر پاکستان یا باید خالی به افغانستان برگردند و یا صرفا می‌توانند اموال پاکستانی را جهت وارد کردن به بازارهای افغانستان بارگیری نمایند. این ماده از دولحاظ به تجارت افغانستان سودمند نیست:

الف) درصورتیکه وسایط نقلیه افغانی مایل به واردات از پاکستان نباشند یا حتی نخواهند مال پاکستانی را حمل نمایند، مجبوراند خالی به وطن بازگشت نمایند که این خود افزایش غیرضروری هزینۀ تجارت محسوب می‌شود.

ب) تاجر افغانی به ناچار برای وارد نمودن اموال از هند، باید مسیر دیگری غیر از پاکستان را انتخاب نماید که این خود نیز از لحاظ مصرف و هزینه مورد دلچسپی تاجرافغانی نیست؛ روی این

---

۱۰. مراجعه به مواد ۷ و ۸ اپتا.

۱۱. مراجعه به مواد ۳۰ و ۳۲ اپتا.

۱۲. مراجعه به پروتوکول شماره ۱ اپتا.

ملحوظ، اهمیت موافقت‌نامه چابهار نسبت به اپتا نمایان می‌گردد. الحاق هند به اپتا می‌تواند یکی از راه‌های حل و شاید تنها راه حل درفایق آمدن به این مشکل و انکشاف اپتا باشد.

ساحه پوشش موضوعی اپتا تنها دربرگیرنده ترانزیت اموال است نه اشخاص. هرچند طبق موافقت‌نامه، طرفین تعهد کرده‌اند تا تسهیلات ویزا و مجوز عبوررا برای تاجران، رانندگان وسایط نقلیه اموال ترانزیتی و افراد ذی‌دخل در فعالیت‌های تجارتی فراهم نمایند. مدت اعتبار اعطای چنین مجوز، عبورشش ماه با هربار اقامت ۱۵ روزه است. درحالات ضروری که توقف ترانزیتی یا اقامت شخص بیش‌تر از ۱۵ روز طول می‌کشد، شخص می‌تواند به ادارات مسوول مراجعه و خواهان تمدید اقامت گردد. طبق ماده ۲۰ اپتا، هرنوع تغییر در مقررات ویزا و مجوز عبور باید ازطریق اداره هماهنگی ترانزیت افغانستان-پاکستان (اپتکا) APTTCA که درچهارچوب اپتا ایجاد شده است، صورت گیرد. [۱۳]

بادرنظرداشت زیرساخت‌های فزیکی کم کیفیت مسیرهای ترانزیتی بین افغانستان و پاکستان که منجر به کندی در سرعت نقل اموال می‌شود وهمچنان به دلایل بازرسی‌های زمانبر اموال در بنادر گمرکی پاکستان، مدت توقف ترانزیتی درعمل کوتاه بوده و تجاررا به عجله وا می‌دارد و همچنان باعث مزاحمت روانی و فزیکی می‌شود.

در ارتباط به ایجاد نمایندگی‌های تجارتی در قلمرو یکدیگر، اپتا اجازه ایجاد و فعالیت چنین نمایندگی‌ها را در قلمروطرفین بخاطر تسهیل امور ترانزیت تجارتی و تأمین ارتباطات موثرتجارتی بین دو دولت و بین سکتورخصوصی آنها می‌دهد. [۱۴]

از جمله مواد مهم دیگر اپتا یکی هم رعایت اصل رویۀ ملی در خصوص اموال دو دولت است. برای نظارت از چگونگی رعایت رویۀ ملی، اپتا اداره هماهنگی APTTCA را نهاد مسوول معرفی می‌نماید. [۱۵]

درقواعد حقوق تجارت بین‌الملل و بخصوص در موافقت‌نامۀهای سازمان تجارت جهانی، رویه ملی (نشنل تریتمنت) از اصول عمده‌ای تجارت بین‌المللی است که دولت‌های عضو مکلف به رعایت آن اند. اصل رویه ملی دولت‌ها را مکلف می‌سازد تا رویه‌ای مشابه به اموال و اشخاص

۱۳. مراجعه به ماده ۲۰ اپتا.
۱۴. مراجعه به مواد ۱۴ و ۳۴ اپتا.
۱۵. مراجعه به مواد ۳۴ و ۳۵ اپتا.

متبوع خود را در قبال اموال و اشخاص متبوع سایر دول عضو اتخاذ نمایند.[۱۶]

به همین ترتیب، به اساس موافقت‌نامۀ اپتا، دولت‌های افغانستان و پاکستان خود را مکلف ساخته‌اند تا اقدامات مربوط به ساده سازی پروسیجر گمرکی، ثبت اسناد تجارتی، بازرسی و سایر پروسه‌های حقوقی ترانزیتی خود را در مطابقت با قواعد بین‌المللی موجود درساحه ترانزیت به ویژه ماده پنجم(آزادی ترانزیت) موافقت‌نامۀ عمومی تعرفه و تجارت (GATT) سازمان تجارت جهانی(WTO) اتخاذ واجرا نمایند. [۱۷]

مادۀ پنجم (GATT) در مورد آزادی ترانزیت، ترانزیت را چنین تعریف و دولت‌های عضو را مکلف به تامین آزادی ترانزیت اموال در میان اعضا می‌نماید:

پاراگراف اول: کالاها به شمول چمدان، کشتی‌ها و سایر انواع وسایط نقلیه حین عبور از قلمرو یک کشور عضو در حالت ترانزیت قراردارند وبخشی از آغاز یک سفرمکمل محسوب می‌شود که درخارج از قلمرو کشور عضو عبورشونده آغاز و در خارج ازقلمرو این کشور عضو ختم می‌شود. خواه این عبور با تغییر و یا بدون تغییر وسیلۀ نقلیه، انبارداری، بسته بندی کالا دربندل‌ها و یا تغییر در شیوه حمل و نقل صورت گیرد. چنین عبورو مروری بنام « ترافیک درحالت ترانزیت» نامیده می‌شود.

پاراگراف دوم: درقلمرو دولت‌های عضوآزادی ترانزیت باید از طریق سهل ترین مسیرهای عبور برقرارگردد. کشورهای عضو نباید هیچ‌گونه تبعیضی را مبنی بربیرق حامل کشتی، مبدا اموال، محل ترک اموال، ورود، خروج ویا هروضعیت دیگری مرتبط به مالکیت اموال، کشتی‌ها و یا وسایل نقلیه، قایل شوند.

پاراگراف سوم: درحالاتی که اموال ترانزیتی مطابق به شرایط قوانین گمرکی یک دولت عضو نباشد، کشورمذکور صلاحیت دارد تا دستور ورود اموال ترانزیتی را به یکی از انبارهای گمرکی‌اش بدهد، چنین ورودی نباید بدون موجه به حالت تعلیق ویا در محدودیت گذاشته شود و همچنان نباید برآن هیچگونه حقوق گمرکی و یاسایر عوارض ترانزیتی وضع شود؛ اما به استثناء فیس ارایه خدمات اداری و یا خدمات ترانسپورتی ویا هزینه‌های خدمات مرتبط به ترانزیت.

---

۱۶. به گونه مثال مراجعه شود به موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت سازمان تجارت جهانی (بعدازین GATT)، ماده ۱. منعقده سال ۱۹۹۴ [General Agreement on Tariffs and Trade.Art.1.1867 U.N.T.S. 187; 33 ILM 1153.1994].

۱۷. مراجعه به پاورقی فوق؛ همچنان مراجعه شود به مواد ۲۱، ۲۷ و ۲۸ اپتا.

پاراگراف چهارم: هرگونه عوارض و مقرارت وضع شده توسط کشورهای عضو بالای وسایل ترانزیتی، باید متعادل بوده ودرنظرگیرنده‌ای وضعیت وسایل ترانزیتی باشد.

پاراگراف پنجم: در وضع هرگونه عوارض، مقررات و رسمیات مرتبط به ترانزیت، دولت‌های عضونمی‌توانند درقبال اموال ترانزیتی همدیگر، برخورد کم امتیازتر نسبت برخوردی را در پیش گیرند که درقبال اموال ترانزیتی یک کشور سومی دارند.

پاراگراف ششم: دولت‌های عضونمی‌توانند درقبال اموال ترانزیتی همدیگر برخورد کم امتیازتر نسبت به برخوردی را داشته باشند که در قبال اموال که ازمحل مبدأ شان بدون ترانزیت به مقصد نهایی درکشور عضو می‌رسند، دارند. هرچند اعضا می‌توانند پیش شرط «محموله‌های مستقیم» را بر ورود اموال ترانزیبی وضع نمایند.

پاراگراف هفتم: مفاد این ماده برهواپیما قابل تطبیق نبوده، ولی ترانزیت محموله‌های داخل هواپیما را در بر می‌گیرد.[۱۸]

باآنکه مادۀ ۵۳ موافقت‌نامۀ اپتا آزادی ترانزیت را تضمین و وضع هرگونه محدودیت یا تطبیق اقدامات غیرضروری محدودکننده را درساحه ترانزیت منع می‌نماید؛ اما به دولت‌های عضو صلاحیت می‌دهد تا درحالاتی که تطبیق مفاد اپتا به روحیه عمومی، حفاظت از محیط زیست، امنیت انسان‌ها، حیوانات و گیاه‌ها، تمامیت ارضی و منافع‌ملی صدمه می‌زند؛ مقررات و اقدامات ضروری را که هردوطرف به آن موافقت کرده‌اند، اتخاذ نمایند.[۱۹]

کاربرد واژۀ تعریف نشده‌ای "ضروری Necessary" در ماده فوق به اعضا فرصت داده است تا به صورت گسترده به توجیه اقدامات تحدید کننده خود بپردازند؛ به طور مثال: تجار افغانی اکثرا شکایت دارند مبنی براینکه دولت پاکستان به بازرسی‌های طولانی اموال افغانی تحت ترانزیت در گمرکات پاکستان می‌پردازد، این درحالی است که مقامات پاکستانی بازرسی‌های زمانبر خویش را اقدام "ضروری" قلمداد می‌کنند تا از رخنه اموال ترانزیتی افغانی به بازارهای پاکستان جلوگیری نمایند.

نتیجه‌گیری مختصر این بخش بیان می‌دارد که اپتا مواد قابل ملاحظه‌ای در ارتباط به آزادی و تسهیلات ترانزیتی به اعضا پیشکش می‌کند. مکلف ساختن اعضا به رعایت مادۀ ۵ (GATT)

۱۸. مراجعه به ماده ۵ GATT.
۱۹. مراجعه به ماد ۵۳.

تصویر روشنی را به موافقت‌نامۀ اپتا داده و برای اعضا، وسیله حقوقی قوی را درسطح بین‌المللی فراهم می‌سازد تا بتوانند بابرخورداری ازآن، منازعات برخاسته از مسایل ترانزیتی خویش را، نزد سازمان تجارت جهانی برای حل وفصل الزامی مطرح سازند. با آنهم، موافقت‌نامۀ اپتا، نکات ضعف خود را نیز دارد؛ به طورمثال: اپتا تااکنون قواعد شکلی مشخص برای رویکرد نظارتی از تطبیق مفاد موافقت‌نامه به ویژه درخصوص مفاد رعایت اصل رویه ملی ندارد؛ همچنان دولت‌های عضو درعمل، پالیسی و اقدامات موثری را درقبال تسهیلات ترانزیتی تا اکنون اتخاد نکرده‌اند.

۲. ساختارهای سازمانی در اپتا

اداره هماهنگی ترانزیت افغانستان- پاکستان (اپتکا- APTTCA) ، کمیته مشترک اقتصادی افغانستان-پاکستان (JEC) و سکرتریت، از ساختارهای سازمانی مسوول درموافقت‌نامه اپتا اند.[۲۰]

ازین میان، اپتکا مسوول تطبیق مفاد موافقت‌نامه و مسوول نظارت از چگونگی تطبیق آن است. برعلاوه اپتکا نهاد مسوول درتسهیل حل و فصل منازعات است که در روند تطبیق و تفسیر مواد موافقت‌نامه بروز می‌نماید.

ساختار عضویت در اپتکا متشکل از مقامات وزارت‌های تجارت و صنایع دولت‌های عضو و نمایندگان سکتورخصوصی از هردو کشوراست. معین وزارت تجارت و صنایع افغانستان و معین وزارت تجارت و صنایع پاکستان، بصورت مشترک مسوولیت ریاست اپتکا را بدوش دارند. تمام تصامیم در اپتکا با توافق آرا صورت می‌گیرد.[۲۱] تاریخ نشان می‌دهد که معیار " توافق آرا" در سازمان‌های دیگر نظیر جامعه ملل یک مکانیزم موثر در تصمیم گیری نبوده و خیلی اوقات منتهی به اتخاذ تصمیم نهایی نمی‌شود. این مساله در مورد تصامیم اپتکا نیز صدق می‌کند؛ زیرا معیار "توافق آرا" ممکن است تصمیم نهایی را ناممکن و یا به مشکل مواجه سازد.

یکی از ساختارهای سازمانی دیگر که در اپتا بصورت بسیارمؤجز و مختصر وبدون ذکر وظایف و تشکیلات، ازآن نام برده شده است، کمیته مشترک اقتصادی افغانستان-پاکستان است. بند دوم ماده ۳۵ اپتا، (APTTCA) را مکلف می‌سازد تا از فعالیت هایش به این کمیته گزارش دهد. این یکی از مواد مبهم اپتا است زیرا به جزذکر نام کمیته مشترک اقتصادی، وظایف و مسوولیت‌های دیگر این کمیته را تعیین ننموده است. روشن نیست که این کمیته درچهارچوکات اپتا ایجاد شده

۲۰. مراجعه به مواد ۳۴ و ۳۵ اپتا.

۲۱. مراجعه به پاورقی فوق.

است یا خیر، و آیا طرفین یک منازعه می‌توانند برای حل و فصل مشکلات و یا اعتراض برتصمیم اپتکا به این کمیته مراجعه نمایند. هرچند از محتوای بند مادۀ ۳۵ چنین استنباط می‌شود که این کمیته احتمالا عالی‌ترین مرجع تصمیم گیری در اپتا است.

سکرتریت سومین جزو ساختار سازمانی در اپتا است که فعالیت‌های اداری مانند ثبت و راجستر اسناد و مدارک مربوط به مجالس، منازعات و سایر مسایل اداری مربوط به اپتا را پیش می‌برد و حیثیت آرشیف آن را دارد.

۳. شفافیت

شفافیت یا ترانسپرنسی یکی از اصول عمده در حقوق تجارت بین‌الملل معاصر است و کشورهای ذی‌دخل در معادلات تجارت بین‌الملل مکلف به رعایت آن هستند. طبق ماده دهم موافقت‌نامۀ (GATT) سازمان تجارت جهانی، شفافیت عبارت است از: نشرتمام قوانین، مقرارت، پالیسی‌ها و اتخاذ اقداماتی که دولت‌های عضو در ساحه تجارت بین‌المللی شان روی‌دست می‌گیرند. اصل شفافیت از دولت‌ها می‌خواهد تا طرف معاملۀ تجارتی شان را از قبل، در جریان تمام اقدامات قانونی و حقوقی قرار دهند و به نشر موارد مذکور بپردازند تا همگان به خصوص گروه‌های ذی‌دخل در تجارت بین‌المللی مانند تجار، کمپنی‌های تجارتی و امثال آنها ازمقررات حقوقی مرتبط به فعالیت‌های تجارتی شان آگاه باشند.[۲۲]

موافقت‌نامۀ اپتا نیز چنین اصل مهم تجارت بین‌المللی را در نظرگرفته و در مادۀ ۲۸ خود دولت‌های عضو را مکلف ساخته است تا تمام قوانین، مقررات، پالیسی ها و اقدامات مرتبط به مسایل ترانزیتی خویش را نشر و دراین خصوص به همدیگر اطلاع قبلی بدهند.[۲۳] همچنین، طبق موافقت‌نامۀ اپتا دولت‌های عضو موافقت نموده‌اند تا جهت ارایه معلومات حقوقی درموضوعات چون گواهی‌نامۀ گمرکی و بازرسی‌های گمرکی به تجار و افراد ذی‌دخل درفعالیت‌های تجارتی، ادارات ارایه کننده معلومات را، در بنادر گمرکی همدیگر ایجاد نمایند؛ در عمل، بنابر پایین بودن ظرفیت مسلکی و دانش حقوقی کارمندان‌شان، این ادارات در ارایه معلومات موثرچندان موفق نبوده‌اند.

به همین ترتیب هردو دولت، برنامۀ فعال سازی سیستم ثبت و پایگاه معلومات الکترونیکی

۲۲. مراجعه به ماده ۱۰ GATT.

۲۳. مراجعه به ماده ۲۹ اپتا.

(آنلاین دیتابس)را راه اندازی نموده‌اند؛ اما این اقدام نیزبنابر کمبود انرژی برق و ظرفیت پایین تکنالوژی انتریتی، به کندی پیش می‌رود. توانمندسازی ادارات گمرکی هردوکشور با سیستم تبادل معلومات، بار و زمان ارایه و اخذ معلومات در گمرکات را کم ساخته و تجار و اشخاص ذی‌دخل درفعالیت‌های تجارتی را به دسترسی آسان معلومات کمک می‌نماید.

۴. مکانیزم حل و فصل منازعات در موافقت‌نامهٔ اپتا

مکانیزم حل و فصل منازعات در اپتا یک مکانیزم قوی سه مرحله‌ای بوده و شامل مشاوره دوجانبه، حل و فصل اداری با مراجعه به اپتکا و حل وفصل منازعه ازطریق حکمیت تجارتی است.[۲۴]

طبق ماده ۴۱ اپتا، طرفین منازعه نخست باید موضوع تحت منازعه را به اپتکا راجع سازند. طبق مادهٔ ۴۰ اپتکا به طرفین منازعه حیثیت نهاد تسهیل کننده تطبیق و تفسیرمواد موافقت‌نامه را در منازعات دارد.[۲۵] ازین ماده چنین برداشت می‌شود که دخالت اپتکا در حل و فصل منازعه بیش‌تر به حل و فصل اداری شباهت دارد وتصامیم آن الزامی نیست. مشکلی که در حل وفصل منازعه در چهارچوب اپتکا ممکن است بروز نماید، مساله توافق آرا است؛ زیرا ممکن است نظر به اختلاف رای اعضا ، منازعه شرط اتخاذ تصمیم به توافق آرا را برآورده ساخته نتواند و به این ترتیب تصمیم نهایی صادر نه‌شود.

مرحله دیگر در حل و فصل منازعات، استفاده از مشاورهٔ دوجانبه است. درصورتیکه اپتکا نتواند موضوع تحت نزاع را حل نماید، ماده ۴۱ به اعضا اجازه استفاده از مشاوره دوجانبه را می‌دهد.[۲۶] درین حالت طرفی که از او درخواست به مشاوره دوجانبه شده است، مکلف است در مدت ۱۰ روز از تاریخ اخذ درخواست به ارایه جواب بپردازد. درصورت جواب مثبت، مشاوره باید در مدت یکماه از تاریخ درخواست، صورت گیرد.

سوال دراینجااست که کی‌ها در میز مشاوره دوجانبه به مذاکره خواهند پرداخت؛ زیرا از قراین برمی‌آید که اپتکا عالی ترین مرجع اداری در اپتا بوده که متشکل ازنماینده‌های رسمی و خصوص هردو کشور است.

درصورتیکه مشاوره دوجانبه قادر به حل منازعه نباشد یا طرف دعوت شده به منازعه درمدت

۲۴. مراجعه به مواد ۳۴ الی ۴۸ اپتا.

۲۵. مراجعه به مواد ۴۰ و ۴۱ اپتا.

۲۶. مراجعه به پاورق فوق.

تعیین شده جواب ندهد، طرف درخواست کننده می‌تواند به طرف دیگر اطلاعیه‌ای تحریری درخصوص مراجعه به حکمیت تجارتی ارسال نماید.[۲۷]

دیوان حکمیت‌ای که به این‌گونه دایر می‌شود متشکل از سه حکم بوده و سه منشی نیز بخاطر تسهیل مسایل اداری دیوان استخدام می‌شوند. دو حکم دیوان از افراد متبوع هر دولت و حکم سومی از یک کشور بی‌طرف سومی انتخاب می‌شوند. حکم سومی به موافقت هردو طرف منازعه در ظرف ۴۵ روز از تاریخ درخواست حکمیت، انتخاب می‌شود. پیش شرط انتخاب حکم خارجی این است که مقیم هیچ یک از کشورهای طرف منازعه نباشد و قبلا در هیچ یک از مراحل منازعه موجود به هیچ نوع فعالیتی دخیل نبوده باشد.[۲۸] تصمیم دیوان حکمیت نهایی بوده و قابل استیناف طلبی نیست و منازعه درین مرحله ختم می‌شود.[۲۹] طبق موافقت‌نامه اپتا، طرفین منازعه این حق را دارند تا در هرمرحله‌ای از منازعه ، در دیوان حکمیت از منازعه منصرف شوند؛ ولی این انصراف باید قبل از صدور تصمیم نهایی دیوان باشد.[۳۰]

به علاوۀ حل و فصل منازعه، دیوان حکمیت مسوول تفسیر وتطبیق مواد موافقت‌نامه در حل وفصل موضوع منازعه تحت صلاحیت خویش است. در ارایه تفسیر، اپتا دیوان حکمیت را مکلف به درنظرگرفتن قواعد تقسیر حقوق بین‌الملل عرفی می‌نماید.[۳۱] همچنان دیوان مکلف است تا روند حل منازعه را مطابق به مکانیزم حل و فصل منازعات سازمان تجارت جهانی به‌پیش ببرد.[۳۲]

بررسی ماهوی نظام حل وفصل منازعات اپتا نشان می‌دهد که اپتا دراین عرصه، دستاورد پیشرفته و گسترده داشته و می‌توان آنرا یک نظام نسبتا قوی حل و فصل منازعات نامید. مکانیزم سه مرحله‌ای حل وفصل، درنظرگرفتن مکانیزم حل و فصل منازعات سازمان تجارت جهانی و

۲۷. مراجعه به ماده ۴۲ اپتا.

۲۸. مراجعه به ماده ۴۳ اپتا.

۲۹. مراجعه به پاورقی فوق.

۳۰. مراجعه به ماده بند دوم ماده ۲۶ اپتا.

۳۱. مراجعه به بند سوم ماده ۳۹ اپتا.

نوت: قواعد عرفی تفسیر حقوق بین‌الملل درکنوانسیون ویانا ۱۹۶۹مربوط به حقوق معاهدات انعکاس یافته است. ماده ۳۱ این کنوانسیون میکانیزم تفسیرقرارداد ها و موافقت‌نامه های بین‌المللی را به ترتیب زیر درنظرگرفته است:

الف: یک قرارداد/معاهده بین‌المللی باید با حسن نیت و در روشنای اهداف ومقاصد معاهده تفسیر شود .

ب: یک قرارداد/معاهده بین‌المللی باید از روی محتوای قرارداد بادرنظرگرفتن معنی آن محتوا تفسیر گردد.

۳۲. مراجعه به ماده ۴۵ اپتا.

درنظرگرفتن قواعد تفسیر حقوق بین‌الملل عرفی، این ادعا را به اثبات می‌رساند؛ هرچند نبود یک مکانیزم روشن برای انتصاب اعضای اپتکا و معیار توافق آرا در تصمیم گیری این اداره، از نواقصی نظام حل و فصل منازعات اپتا است.

در رابطه به سوال نویسنده، در جریان مصاحبه با مقامات وزارت تجارت و صنایع افغانستان، در رابطه به اینکه آیا در طول عمر اپتا، منازعه‌ای توسط این سازمان، حل و فصل شده‌است یاخیر، مقامات وزارت مذکور اظهار نمودند که تا اکنون اپتکا ۱۰ قضیه‌ای تحت نزاع را موفقانه حل و فصل نموده است. نویسنده در تلاش‌های خود به خاطر دسترسی به اسناد ثبت شده و معلومات رسمی درمورد چگونگی حل و فصل ۱۰ قضیۀ مذکور، موفق نگردید.

۵. وضعیت اجرایی فعلی موافقت‌نامۀ اپتا

موافقت‌نامۀ اپتا ۵ سال را برای مدت اجرایی خود درنظر گرفته است و با ختم این مدت، موافقت‌نامۀ بصورت مستقیم و خود به خود به یک دوره ۵ ساله دیگر تمدید می‌شود؛ مگر اینکه طرفین موافقت‌نامۀ ختم آنرا تقاضا نمایند. دوره ۵ سال اول موافقت‌نامه در(۲۰۱۵)به پایان رسید و اعضا خواستار تمدید آن شدند. اپتا تا اوایل(۲۰۲۰) قابل اجرأ خواهد بود مگراینکه طرفین با موافقت دوطرفه خواهان ختم آن شوند.

هرچند موافقت‌نامۀ اپتا از لحاظ ماهوی، بازتاب دهندۀ بسیاری از قواعد و نورم‌های بین‌المللی مرتبط به ترانزیت است؛ اما از لحاظ تطبیق عملی، رعایت مفاد موافقت‌نامۀ زیر سوال است. شکایات متعددی ازجانب افغانستان مبنی بر عدم رعایت و نقض مفاد موافقت‌نامه از سوی دولت پاکستان، صورت گرفته است، و به همین ترتیب دولت پاکستان دلایل خود را مبنی برعدم رعایت بعضی از مفاد موافقت‌نامه ابراز داشته است.

چنانچه قبلا تذکر رفت، به اساس اپتا، اموال افغانی اجازه ترانزیت آزاد را در مسیر بنادر بحری کراچی و گوادر و بندر زمینی پاکستان دارد؛ ولی تجار افغانی مکررا شکایت کرده‌اند که در بندر واگه دولت پاکستان محدودیت‌های تجاری را بر لاری‌های افغانی تحت ترانزیت وضع می‌نماید و درمواردی هم اجازه ترانزیت را نمی‌دهد.[۳۳] ازسوی دیگر، پاکستان دلایل خود را مبنی بر وضع محدودیت بر صادرات افغانستان به کشور هند دارد. عشرت حسین و محمد فلاحی، نویسنده‌های

۳۳. مصاحبه انترنیتی با محمد رحیم مومند رییس وقت ریاست عمومی تجارت بین‌الملل وزارت تجارت و صنایع افغانستان، ماه جون سال ۲۰۱۶ م. ادرس الکترونیکی : iam_rahim@yahoo.com.

پاکستانی در مقاله‌ای خود تحت عنوان «آینده موافقت‌نامۀ افغانستان-پاکستان» (اگست۲۰۱۵) ذکر می‌کنند که پاکستان همواره نگران ورود صادرات افغانی تحت ترانزیت به بازارهای داخلی این کشور بوده‌است که بازارهای پاکستانی را باخطردمپنک مواجه می‌سازد.[۳۴] این دو نویسنده خاطرنشان می‌سازند که طبق اظهارات مقامات پاکستانی، دو سوم اموال افغانی تحت ترانزیت به هند، به مارکت‌های داخلی پاکستان، به صورت غیرقانونی وارد می‌شود و بنابراین دولت پاکستان لازم می‌داند تا یک سلسله محدودیت‌های را از قبیل: بازرسی‌های سخت و طویل در برخی حالات براموال افغانی تحمیل نماید.[۳۵]

بخاطر کنترل وضعیت ترانزیت در هردو کشور و برای جلوگیری از قاچاق اموال تحت ترانزیت، موافقت‌نامۀ اپتا یک سیستم امنیت گمرکی را در نظر گرفته است که ضمیمه پروتوکل ۲ موافقت‌نامۀ است. این مکانیزم در برگیرنده ۵ نوع تدبیر امنیت گمرکی است:

الف) تضمین بانکی برای وسایط نقلیه؛

ب) نصب دستگاهای ردیابی؛

ج) جواز حمل و نقل از یک شرکت حمل و نقل معتبر؛

د) بیمه ؛

ذ) ضمانت کانتینری.[۳۶]

به‌اساس موافقت‌نامۀ، هردو دولت توافق نموده‌اند تا وسایط نقلیۀ شان را هم‌زمان با سه نوع اول وسایل امنیتی فوق مجهز سازند و طبق ماده ۲ پروتوکل ۲ اپتا، وسایط نقلیه ترانزیتی درحالاتی چون توقف موقتی در یک بندر باید تضمین بانکی به مقامات مربوطه ارایۀ دهند.[۳۷]

در حال حاضر، پاکستان وسایط نقلیه افغانی را که سه نوع وسایل امنیتی گمرکی فوق را ارایه نه نمایند، اجازه عبور نمی‌دهد که تجارافغانی با چالش بزرگ مواجه می‌شوند؛ زیرا مجهز بودن با هر سه نوع تدابیر امنیتی گمرکی ناممکن ویا خیلی جنجال برانگیزاست. بانک‌های افغانی اکثرا حاضر به ارایه تضمین نیستند و داشتن جواز حمل و نقل از شرکت‌های معتبرتضمین شده نیز کار آسانی

---

۳۴. عشرت.حسین، الهی. عطار، آینده روابط تجارتی افغانستان-پاکستان [The Future of Afghanistan Pakistan Trade Relations] انستیتیوت اداره تجارت، کراچی.پاکستان .(۲۰۱۵.Aug)

۳۵. مراجعه به پاورقی فوق.

۳۶. مراجعه به پروتوکولهای شماره ۱، ۲ و ۳ اپتا.

۳۷. مراجعه به ماده ۲ پروتوکول شماره ۲ اپتا.

برای تاجر افغان نیست. هرچند درین اواخر وزارت تجارت و صنایع افغانستان از دولت پاکستان درخواست کرده‌است تا باقبول ضمانت‌نامه از طرف وزارت تجارت افغانستان به لاری‌های افغانی اجازه عبور دهد؛ ولی این مورد، یک راه‌حل موقتی بوده و برای راه‌حل درازمدت مشکل مذکور، دولت‌ها باید بادرنظرگرفتن وضعیت اقتصادی و تخنیکی و تکنالوژیکی همدیگربه مذاکره بپردازند.

وزیر تجارت و صنایع پاکستان درسفرخویش در ماه اپریل(۲۰۱۵) به افغانستان، روی آمادگی حکومت‌اش برای توسعه همکاری در مورد ورود لاری‌های افغانی به بندر واگه و ترخیص اموال آنها بدون تأخیر غیرضروری، تأکید نمود.[۳۸] هرچند بعد ازیک‌سال ازین اظهارات، شکایات تجار افغانی نه تنها کم نه‌گردید بلکه بصورت مکرر از تأخیر طولانی در ترخیص لاری‌های افغانی وتحمیل عوارض گمرکی درگمرکات پاکستان شکایت نموده‌اند. دریک مصاحبه توسط نویسنده این مقاله، یک مقام وزارت تجارت اظهار نمود که روابط سیاسی همواره تاثیرات منفی خود را روی روابط تجارتی بین افغانستان و پاکستان داشته است و پاکستان تا اکنون آمادگی برای مذاکره نشان نداده است.[۳۹]

بالاخره درماه مارچ سال ۲۰۱۶ بعد از اعتراضات پی درپی تجار افغانی، اتاق تجارت و صنایع افغانستان از حکومت افغانستان خواهان لغو موافقت‌نامۀ اپتا گردید.[۴۰] با این وجود اپتا هنوز از لحاظ حقوقی مرعی الأجرا است و افغانستان آنرا لغو نکرده‌است.

در یک جمع‌بندی کلی، با بررسی ماهوی موافقت‌نامۀ ترانزیت تجارتی افغانستان-پاکستان، نتیجه‌گیری این بخش چنین خلاصه می‌گردد که موافقت‌نامۀ اپتا صرف نظر از بعضی مقررات سختگیرانه در رابطه به امنیت ترانزیتی، بازتاب دهنده قواعد مختلفی از یک مکانیزم ترانزیت بین‌المللی مدرن است؛ به گونۀ مثال: یکی از ابعاد ماهوی مدرن اپتا تعهد اعضای آن به رعایت ماده پنجم «گات» سازمان تجارت جهانی درروابط ترانزیتی و همچنان حل و فصل منازعات ناشی از تطبیق اپتا در تطابق به مکانیزم حل و فصل منازعات این سازمان است. باتوجه به اینکه اکنون افغانستان و پاکستان، اعضای دایمی سازمان تجارت جهانی اند؛ هردو دولت مکلف به تأمین آزادی

۳۸. مراجعه به پاورق شماره ۳۳.(مصاحبه انترنیتی با محمد رحیم مومند(.

۳۹. مصاحبه تیلیفونی با محترم مزمل شینواری، معین وزارت تجارت و صنایع افغانستان در بخش تجارت .آدرس الکترونیکی: ۰۰۰shinwari@yahoo.com . (برای دراختیارگذاشتن شماره تماس تیلیفونی از مصاحبه شونده اجازه گرفته نشده است، بنابرین ازذکر شماره تماس تیلیفونی درینجا خودداری می‌شود.)

۴۰. مراجعه شود به گزارش تیلویزیونی شبکه جهانی طوع نیوز در مورد: درخواست برای لغو موافقت‌نامه اپتا توسط اطاق تجارت و صنایع افغانستان [Afghanistan Chamber of Commerce and Industries ACCI, Call for APTTA cancellation, Tolo News] . قابل دریافت در لینک زیر:.https://www.youtube.com/watch?v=JSYpvAM3Npc

ترانزیت برای اموال همدیگر هستند و می‌توانند منازعات برخاسته از نقض ماده پنجم(GATT) را به پیشگاه مرجع حل و فصل منازعات سازمان تجارت جهانی راجع سازند. دراین خصوص افغانستان که معمولا شاکی نقض آزادی ترانزیت ازطرف پاکستان است، می‌تواند منازعات ناشی از نقض اپتا را که نقض کننده ماده پنجم (GATT) باشد، به سازمان تجارت جهانی جهت حل و فصل راجع سازد.

بخش دوم - بررسی ماهوی موافقت‌نامۀ چابهار و مقایسه آن با موافقت‌نامۀ اپتا

مذاکرات ابتدایی روی موافقت‌نامۀ سه جانبه ترانزیت تجارتی چابهار (بعدازین با ذکرچابهار اکتفا می‌شود) جهت استفاده بندر بحری چابهار ایران بحیث راه ترانزیتی به اموال هند و افغانستان در سال(۲۰۰۳) با تبادل یادداشت‌های تفاهم میان هند، ایران و افغانستان صورت گرفت.[۴۱]

چابهار درماه می (۲۰۱۶)میان هرسه کشور مذکور درتهران امضا گردید و مرعی الأجرا شدن آن منوط به تصویب موافقت‌نامۀ از سوی پارلمان این کشورهااست. زمان دقیق تصویب مشخص نبوده و موافقت‌نامۀ سه ماه بعد از تسلیمی اسناد تصویب به سکرتریت چابهار،لازم الأجرا می‌گردد.[۴۲] طبق ماده ۱۵ موافقت‌نامۀ، چابهار به مدت ۱۰ سال قابل اجرا بوده و باختم مدت معینه، موافقت‌نامۀ خود به خود تمدید می‌گردد، مگراینکه یک و یا تمام طرف های عضو خواهان لغو آن گردند. درین صورت بعد از شش ماه از تاریخ درخواست لغو، موافقت‌نامه صرفا در مورد طرفی که درخواست لغو را نموده است، بی تأثیرمی‌گردد. [۴۳]چابهار یک موافقت‌نامۀ باز بوده و به سایر کشورها، منوط براینکه درخواست از سوی اعضا اصلی موافقت‌نامه تأیید گردد، اجازه الحاق را می‌دهد.[۴۴]

چابهار که اجازه ترانزیت آزاد را به اموال افغانی و اموال هندی در مسیر بندر بحری چابهار ایران می‌دهد؛ ادعا می‌شود گزینه‌ای بدیل برای موافقت‌نامۀ اپتا باشد. از زمان انعقاد موافقت‌نامۀ چابهار، مباحث متعدد سیاسی و اقتصادی در افغانستان روی این مساله صورت گرفته است که آیا چابهار می‌تواند به افغانستان گزینه‌ای بهتری به جای اپتا باشد و آیا افغانستان از ادامه‌ای اپتا

۴۱. مراجعه به مقدمه مسعوده موافقت‌نامه ترانزیت تجارتی چابهار (بعدازین باذکر چابهار) [امضا در ۲۲ ماه می سال ۲۰۱۶ م.] تهران، ایران.
۴۲. مراجعه به ماده ۱۵ چابهار.
۴۳. مراجعه به پاورقی فوق.
۴۴. مراجعه به ماده ۱۲ چابهار.

صرف نظر نماید. این مباحثات، چنانچه ذکرشد، اقتصادی و سیاسی بوده و متاسفانه هیچ ارزیابی حقوقی درین رابطه صورت نگرفته است و بالفرض، اگرتحقیق حقوقی هم صورت گرفته باشد، اندک بوده است. بعد ازبررسی مزیت‌های حقوقی اپتا دربخش اول این مقاله، درین بخش به صورت مقایسوی توجه به ابعاد حقوقی چابهار شده است تا به بررسی گردد که کدام یک ازین موافقت‌نامه‌ها، فرصت‌های حقوقی بیش‌تر و پایدارتری را برای افغانستان مهیا می‌سازد.

۱. مسیر ترانزیت و مقررات مربوط تسهیلات ترانزیتی

دراین بخش چابهار، در مقایسه با اپتا در زمینه‌های مسیر ترانزیت و ساحه پوشش موافقت‌نامۀ، مسائل مربوط به گمرکات، شفافیت و اختلاف قوانین، به بررسی گرفته می‌شود. دامنه‌ای مسیر ترانزیت چابهار در مقایسه با اپتا محدود است؛ چنانکه در ماده ۳ (۱) موافقت‌نامه تصریح شده است: چابهار تنها بندر گاه بحری بوده که امضا کنندگان موافقت‌نامۀ به آن توافق نموده‌اند. با این حال، این توافق‌نامه، استفاده از بندرهای هوایی و زمینی را که محصولات هند و افغانستان را به بندر چابهار منتهی سازد، به رسمیت می‌شناسد. بر خلاف اپتا، دامنه کاربردی چابهار دربرگیرنده کالاها و افراد تحت ترانزیت است. مواد ۲ و ۵ (۱) و مقدمه چابهار به صراحت تصریح می‌دارد که «در اجرای این موافقت‌نامۀ، اعضا باید تسهیلات لازم را برای مسافران و کالاهای ترانزیتی فراهم نمایند».[۴۵] چابهار اعضا را ملزم به تسهیل صدور ویزا برای اتباع کشورهای مشمول گردانیده ولی نوعیت ویزا رامشخص نه‌نموده است. در حالیکه تحت اپتا، نوع ویزا و گروه مورد هدف مشخص شده است، که طبق آن ارایه جواز تراتزیت به مدت فقط شش ماه محدود به رانندگان وسایط نقلیه ودیگر افراد دخیل در ترانزیت، صادر می‌گردد.

اگر طرف‌های موافقت‌نامۀ امکانات ویزا را طوری توسعه دهند که درآن برای تجار اجازه اقامت طولانی‌تر داده شده و یااینکه کسب ویزای تجارتی برای شان لغو گردد، منفعت بزرگی مالی و زمانی نصیب تجار و سهم داران افغان می‌گردد. همان طوریکه قبلا اشاره شد، جواز توقف ترانزیتی به اساس توافقتنامۀ اپتا ، بخصوص با هر توقف برای یک دوره ، فقط مدت ۱۵ روز عنوان شده که چالش بزرگی برای صادر کنندگان افغانی است؛ زیرا آنها در هر دوره متحمل تاخیر طولانی در بنادر برای اجازه‌ای انتقال کالاهایشان از گمرک، کنترل امنیتی و سایر روش‌های دیگر گمرکی می‌شوند؛

۴۵. مراجعه به مقدمه، ماده ۲، بند ۱ و ۲ ماده ۵ چابهار.

حتی بعضا در موارد زمانی، چون تاخیر بیش از دوره مجوز، توقف آنها غیر قانونی می‌شود.

با توجه به عوارض گمرکی و هزینه‌های ترانزیتی، برخلاف اپتا- چابهار هیچ حد و مرزی خاص برای حذف عوارض وهزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم ترانزیتی تعیین نه‌نموده است. بلکه بر اساس توافق، طرف‌های موافقت‌نامۀ تعهد به تلاش برای کاهش هزینه‌های وضع شده بر ترانزیت از جمله تمام خدمات ارائه شده کرده اند.[۴۶] درحالی که (طوریکه قبلا اشاره شد) اپتا تمام عوارض و هزینه‌ها را به استثنای هزینه ناشی از ارایه خدمات، لغو ساخته و ترانزیت آزاد را تضمین می‌دارد. بر خلاف اپتا، چابهار مقررات دقیقی در امور گمرکی ندارد؛ به عنوان مثال: چابهار درمواردی چون روش بازرسی کالاها وتعیین حداقل زمان ترخیص گمرکی محصولات در ترانزیت، سکوت اختیار نموده است. به همین منوال، چابهار اشاره به شرایط اضطراری که درآن لاری‌های حمل و نقل در معرض ابتلا به اقامت غیر منتظره و طولانی قرار می‌گیرند، نکرده است. با این حال، می‌توان پیش‌بینی نمود که بعد از عملی شدن این توافقت ، نامه پالیسی‌ها و پروتوکول‌های اداری بیش‌تری احتمالا در نظر گرفته خواهد شد تا جنبه های گمرکی و مسائل لازم دیگر را برای تسهیل ترانزیت تنظیم نمایند.

درخصوص شفافیت (ترانسپرنسی) و اختلاف قوانین، چابهار هیچ مقرره‌ای در رابطه به شفافیت ندارد و درحالت اختلاف قوانین هم متفاوت برخورد می‌کند. این موافقت‌نامۀ در رابطه با قوانین داخلی طرفین، معاهدات و کنوانسیون‌های امضاشده توسط اعضا به‌گونه مختلف تعامل می‌نماید. به اساس ماده نهم ، درصورت تضاد بین مفاد موافقت‌نامۀ چابهار و قوانین ملی کشورهای عضو، به قوانین ملی ارجحیت داده می‌شود. اما، درصورت تضاد میان مفاد چابهار با کنوانسیون‌ها و معاهدات، این توافق‌نامه اشاره مبهم داشته وموضوع را به شورای هماهنگی در توافق‌نامه راجع می‌سازد.[۴۷] ماده ۲ (۳) تصریح می‌دارد که این موافقت‌نامۀ روی حقوق و تعهدات طرفین که در کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی تنظیم شده است تاثیر نمی‌گذارد، و در صورت تقابل منافع، مساله باید به شورای هماهنگی محول گردد. این ماده مبهم است چون به شکل صریح به موضوع رسیدگی نه نموده وتصمیم را به شورا واگذار می‌نماید؛ برعکس اپتا هیچ مقرره‌ای برای رسیدگی به اختلاف قوانین و ضع نه‌نموده است.

بالاخره، برخلاف اپتا، چابهار اصل رویه ملی را شناسایی نه نموده و در رابطه به حضور

۴۶. مراجعه به ماده ۸ چابهار.

۴۷. مراجعه به بند ۳ ماده ۲ چابهار.

نمایندگی تجاری در قلمرو اعضا نیز سکوت اختیار نموده است.

در نتیجه، چناچه در بالا به تفصیل پرداخته شد، هردو موافقت‌نامۀ دارای نقاط قوت و ضعف منحصر به خویش‌اند. در برخی موارد مانند ساحه پوشش موافقت‌نامۀ به کالاها و افراد، عدم وضع مقررات سختگیرانه چون بازرسی‌های طولانی و تدابیر امنیتی ترانزیتی، چابهار امکانات گسترده‌تر و مزایای بیش‌تر را ارایه می‌دارد. در حالیکه، در موارد دیگری چون عدم شناسای صریح حذف عوارض گمرکی، سکوت در به رسمیت شناختن اصل رویه ملی و سکوت در حضور نمایندگی تجاری در قلمرو اعضا و عدم وضع مقررات برای شفافیت ، مزایای اساسی چابهار محدود و کوچکتر در مقایسه با اپتا هستند

۱. ساختار سازمانی چابهار

چابهار، وزارت ترانسپورت و هوانوردی ملکی افغانستان، وزارت راه و شهرسازی ایران و وزارت امور خارجه هند را بحیث تطبیق کنندگان موافقت‌نامۀ معرفی و سه نهاد متشکل از نمایندگان این وزارتخانه‌ها را تاسیس می‌نماید. این سه نهاد عبارت اند از: الف) شورای هماهنگی؛ ب) کمیته پیگیری ؛ و ج) سکرتریت.

شورای هماهنگی بالاترین مقام تصمیم‌گیری و مسئول نظارت و اجرای موافقت‌نامۀ چابهار وهمچنین مرجع حل و فصل اختلافات است. هر گونه طرح معرفی شده توسط دو نهاد دیگر باید دراین شورا تایید و نهایی شود.[۴۸] شورا سالانه و یاهم به پیشنهاد یکی از اعضا جلسات خود را دایر می‌نماید. تمام تصمیمات دراین شورا باید با توافق آرا گرفته شود.[۴۹] شورای هماهنگی مرکب از معاونان وزارتخانه‌های مذکور و یا نمایندگان قانونی آنان است.

در مقایسه با اپتا، چابهار مشارکت بخش خصوصی را در ترکیب شورای هماهنگی به رسمیت نمی‌شناسد و در نتیجه از یک گروه تأثیرگزار که انعاکس دهنده ویژگی تجارت بین‌المللی معاصراست، صرف نظر می‌شود. اینکه اپتا برای سکتور خصوصی اجازه می‌دهد تا در اپتکا عضویت داشته و بدین ترتیب نگرانی‌های خود را ابراز نماید، یکی از ویژگی‌های لیبرال و مدرن اپتا محسوب می‌شود. همینطور، مکانیزم رای‌دهی در شورای هماهنگی می‌تواند برای حل اختلافات و بالاخره برای تطبیق مواد توافق‌نامه مشکل ساز واقع شود؛ زیرا در صورت عدم توافق آرای در مورد

۴۸. مراجعه به ماده ۹ چابهار.

۴۹. مراجعه به پاورقی فوق.

یک تصمیم خاص، آن تصمیم جنبه عملیاتی نداشته و در نتیجه سبب ایجاد بن بست می‌گردد.

در رابطه به کمیته‌ای پیگیری، این کمیته متشکل از مقامات وزارتخانه‌های مربوطه در سطح حداقل ریاست عمومی و یا معادل آن است. مسئولیت اصلی کمیته پیگیری به شرح زیر است:

i. بررسی و تعیین مسیرهای ترانزیت بین‌المللی و مسیرهای ترانزیت میان دو طرف قرارداد.

ii. بررسی مسائل مربوط به مالیات، هزینه‌های خدمات، گمرکات و تمام عوارض و هزینه‌های مربوط به کالاهای در حال ترانزیت، و همچنین امور مربوط به تسهیل زیرساخت‌های مربوط به ترانزیت چه در حال حاضر و چه در آینده.

iii. ارائه پروتوکول‌های اداری لازمه در زمینه‌های پروسه‌های گمرکی، بنادر، امور کنسولی و سایر مسائل مربوط به حمل و نقل در شورای هماهنگی برای اجرای این توافق‌نامه.

iv. ارائه هر گونه اصلاحات لازم در موافقت‌نامۀ و دادن توصیه‌های لازم و مناسب در مورد یک‌پارچه سازی سیاست‌های ترانزیتی طرفین توافق‌نامه به شورای هماهنگی.[۵۰]

کمیته پیگیری اولین جلسه خود را دو ماه پس از اولین جلسه شورای هماهنگی دایر می‌کند. جلسات بعدی خود را هر سال یک ماه قبل از نشست سالانه شورای و یا به درخواست اعضا در شرایط خاص دایر می‌نماید.[۵۱]

در رابطه به سکرتریت، این نهاد ارگان اداری و مرجع تسلیمی برای تمام اسناد و مدارک بوده و در جمهوری اسلامی ایران واقع است. ترکیب عضویت و حوزه مسئولیت‌های سکرتریت در موافقت‌نامۀ به جزئیات روشن نیست.

درافغانستان، معرفی وزارتخانه‌های مختلف تحت APTTA و چابهار به عنوان مقامات ذی‌ربط می‌تواند در تقابل واقع شده وگسستگی در وظایف را در وزارتخانه‌های مربوطه ایجاد نماید. به اساس توافق‌نامۀ اپتا، ارگان تطبیق کننده موافقت‌نامۀ اپتا در افغانستان وزارت تجارت و صنایع بوده، ولی در چابهار این مسوولیت بدوش وزارت تراسپورت وهوانوردی افغانستان سپرده شده است. سپردن مسوولیت یک موضوع مشابه به دو نهاد مختلف که هردو حاکمیت امور ترانزیت تجاری منطقوی را دارند، می‌تواند نه تنها در وظایف و مسئولیت‌ها منجر به تداخل وظیفوی گردد بلکه می‌تواند حتی روی سیاست داخلی، پالیسی، پلان‌های کاری این وزارتخانه‌ها و هماهنگی قوانین تاثیر گذار واقع

۵۰. مراجعه به ماده ۱۰ چابهار.

۵۱. مراجعه به پاورقی فوق.

شود. درهمچون حالات خطر عملکرد وهمکاری ضعیف بین وزارتخانه‌های مربوطه را می‌توان پیش‌بینی کرد. به همین ترتیب، تجهیز وزارتخانه‌ها،ارتقای ظرفیت کارکنان مربوطه، آموزش‌های فنی و حقوقی برای اجرای صحیح توافق‌نامه، سبب افزایش هزینه و بودجه می‌گردد. بنابرین، وحدت نهادهای ذی‌دخل برای انجام وظایف مشابه می‌تواند از یک‌سو هزینه‌های آموزش را کاهش داده و از سوی دیگر سبب ایجاد فضای همکاری‌های هماهنگ شود.

۳. مکانیزم حل و فصل منازعات موافقت‌نامۀ چابهار

مانند اپتا، چابهار نیز مشاوره/مذاکره، حل و فصل اداری و حکمیت تجارتی را بحیث مکانیزم‌های حل وفصل منازعات برخاسته از تطبیق و تفسیر چابهار تعین نموده است.[۵۲] هرچند از لحاظ سلسله مراتب، نظم رعایت این مکانیزم‌ها در مقایسه به اپتا فرق می‌کند؛ این اختلاف در سلسله مراتب ظاهرا کدام مشکلی را به بارنمی‌آورد ونمایانگرهیچ‌گونه مزیتی میان هردو

۵۲. مراجعه به ماده ۱۱ چابهار.

موافقت‌نامه نیست.

چابهار مشاوره/مذاکره را به بحیث اولین راه حل منازعات درنظرگرفته است. درحالیکه دراپتا، اگر نهاد اپتکا نه تواند موضوع تحت منازعه را حل وفصل نماید، طرفین، شیوه مشاوره/مذاکره را برای حل منازعه انتخاب می‌نمایند. طبق چابهار، درصورتیکه مذاکره نتواند مساله تحت نزاع را حل وفصل نماید، طرفین منازعه می‌توانند درظرف ی‌کماه قضیه را به شورای هماهنگی که درچهارچوب موافقت‌نامه ایجاد می‌شود، ارجاع نمایند. درصورتی که شورای هماهنگی هم نتواند مساله تحت نزاع را حل نماید، طرفین منازعه روی تشکیل دیوان حکمیت موافقت می‌نمایند. مکانیزم وظیفوی و عملکرد دیوان حکمیت توسط طرفین منازعه تعیین می‌شود.

برخلاف اپتا، چابهار هیچ ماده درمورد تفسیرمواد موافقت‌نامه ندارد؛ به ویژه اینکه آیا دیوان حکمیت، صلاحیت تفسیر را درجریان تطبیق مواد موافقت‌نامه درموضوع تحت نزاع دارد یاخیر. به همین ترتیب،در چابهار هیچ‌گونه صراحتی جهت رعایت مکانیزم حل وفصل منازعات (WTO) وجود ندارد. اینها ازجمله خلاهای مکانیزم حل وفصل منازعات چابهار اند که آنرا درمقایسه به مکانیزم حل و فصل منازعات اپتا ضعیف نشان می‌دهد.

بخش سوم - نتیجه‌گیری

در روشنایی بررسی ماهوی موافقت‌نامۀهای اپتا و چابهار، نتیجه‌گیری مقاله بیان می‌دارد که هردو موافقت‌نامه ازجهات مختلف، مزیت‌های حقوقی خاص ومنحصر به خود را دارند و بهتر است افغانستان هردو موافقت‌نامه را حفظ نماید.

مثلا دریک تصویرکلی، اپتا ازطریق بنادر مشخص پاکستان، اجازه ترانزیت آزاد را به اموال افغانی جهت رسیدن به هند و سایرکشورهای آسیای جنوبی می‌دهد که مسیرکوتاه و کم هزینه برای ترانزیت اموال افغانی است؛ درعوض، اپتا فرصت گسترده ترانزیتی رابه پاکستان ازطریق قلمرو افغانستان که کوتاه ترین مسیرترانزیتی برای اموال پاکستانی جهت دسترسی به بازارهای آسیای مرکزی است، میسر می‌سازد.

به‌همین ترتیب، موافقت‌نامۀ چابهار نیزبه افغانستان اجازه ترانزیت آزاد را ازطریق بندر بحری چابهارهم‌زمان به هند و کشورهای شرق میانه می‌دهد، که درخصوص هند ازلحاظ صادرات و واردات به نفع افغانستان بوده و از لحاظ دسترسی اموال افغانی به بازارهای شرق میانه کوتاه‌ترین راه ترانزیتی به اموال افغانستان شمرده می‌شود.

برعلاوه، روابط تنگ سیاسی بین افغانستان و پاکستان ازیک طرف و بین پاکستان و هند ازطرف دیگرایجاب می‌نماید تا چابهار و اپتا بحیث گزینه‌های ترانزیتی درپهلوی هم برای افغانستان باشند. اگر اعضای اپتا، در درازمدت، به رفع مشکلات سیاسی شان بپردازند و یا حداقل نگذارند روابط سیاسی، سایه روی روابط تجارتی شان بیاندازد و همچنان برای ایجاد یک سلسله اصلاحات (مثلا درخصوص مواد مربوط به مکانیزم امنیت ترانزیتی و اجازه واردات از هند) و تطبیق موثر اپتا، تلاش نمایند، این موافقت‌نامه یک وسیله قوی حقوقی برای پیشرفت ترانزیت تجارتی بین هردو کشور خواهد گردید.

as a human rights resource centre. Meanwhile, the position of HRSU at the President Office will support the human rights diplomacy at the MoFA level. The position of HRSU at the President Office facilitates human rights structures at the governmental levels to register human rights cases and prosecute human rights criminals.

The civil society institutions should pay more attention to advocate on behalf of the implementation of conventions. The civil society should learn the technics of human rights advocacy professionally. The experiences from the international community, that if civil society institutions are able to professionally advocate for human rights conventions, the human rights situations improve. The human rights commission, civil society networks, HRSU and DHRIWA should support each other to advocate for human rights conventions reporting.

be organised for women rights criminals. The propaganda against women rights in Afghanistan should be banded.[27] The UN should observe Afghan state behaviours based on its commitment to CEDAW.

It is time to implement human rights standards. Lack of political will and the high governmental structures are a major challenge. The human rights should become a daily exercise rather than a political issue for national and international institutions. Human rights are a source for a state's constitution and international law. Subsequently, according to the rule of law, human rights implementation is a duty and not a desire. The leaders and managers of the Afghan state are obliged to implement, evaluate and monitor human rights obligations.

There are around seven millions refugees and displaced across the border between Afghanistan, Iran and Pakistan. The human rights of Afghan refugees are roughly violated by the neighbouring states. Death penalty, torturing, and other inhuman acts are the worst and broad routine on the borders between Afghanistan with the neighbouring countries. The issue of Afghan refugees is getting a global standing. The article proposes the UN Human Rights Council to appoint a special reporter to study human rights situations of Afghan refugees in the region. Meanwhile, the article proposes the UN HR Council to discuss with UN structures, such ECOSOC and UN Security Council, to handle diplomatic channels in respect of the dignity of Afghan Refugees human rights with the Islamic Republic of Pakistan and the Islamic Republic of Iran.

Human rights diplomacy must be supported politically and economically. If a government is a signatory of seven main human rights conventions, it means the government should allocate proper means to coordinate with the international human rights mechanisms. The article suggests that the foreign policy integrate human rights standards in each outcome of its strategy. The mandate of Directorate for Human Rights and International Women Affairs should be supported by political encouragement. The article recommends the Afghan government to establish a permanent Steering Committee for human rights reporting to UN Systems based on international law. The Steering Committee should monitor the reporting timetable, evaluate the implementation, recommend reporting and fundraise for report writing.

The HRSU mandate should be strengthened. The unit must be moved mandatory and physically from the MoJ to the Presidential Office. HRSU at the presidential level can better serve as a coordinator for human rights programmes at the governmental level and

27. In some mosques the religious leaders do propaganda against Afghan women role in the society. To use the tribunes of Mosque for organising these propaganda impact negatively in the Afghan society.

This includes independent and impartial monitoring, documentation and reporting of incidents, involving loss of life or injuries, advocating for activities to strengthen the protection of civilians affected by the armed conflict, and initiatives to promote the respect for international humanitarian and human rights law and the Afghan Constitution among all parties to the conflict. UNAMA Human Rights Unit documents and advocates on behalf of conflict and non-conflict related detention practices, involving the Afghan authorities and international military forces to address detainee mistreatment and torture, weakness of due process guarantees, impunity and widespread arbitrary detention that partly contributes to fueling the conflict.

The UNAMA Human Rights Unit, through its Child Protection team, works closely with the government and other partners to monitor and report on the grave child rights violations committed by parties involved in the armed conflict and to promote accountability. UNAMA Child Protection also acts as a secretariat for the UN-led Country Task Force Monitoring and Reporting and coordinates the monitoring and reporting mechanism on violations committed against children in the armed conflict.[26]

10. Conclusion

Afghanistan has been suffering from human rights violations for more than 35 years. During this period, Afghans have experienced all kind of international, regional, civil and gorilla wars. This has resulted in the death of around two million people, created around seven million refugees and internally displaced one million persons. According to the findings of this article, human rights are a major topic for the national and international community.

Afghanistan has gained lots of achievements in the field of civil and political rights. However, Afghans witness many challenges in the field of economic, social and cultural rights. Lack of economic security and rights have resulted in a high unemployment rate and growth of crime, reasons for the Taliban gaining ground. There should be a balance between political and eco-social security.

Impunity for human rights criminals should be stopped. The human rights violators, mainly women rights criminals, do not face prosecution in the remote areas. The crime against women's dignity is increasing. The article would like to suggest to the UN Human Rights Council to take appropriate measures to advocate for human rights of women in Afghanistan. The Human Rights Council may appoint some monitoring missions to observe human rights of women in Afghanistan. Special tribunals should

26. Publication by UNAMA" Protection and promotion of human rights in Afghanistan is a priority work area for UNAMA"

rights structures benefit from the commission's reports. The commission also obtains a human rights claim mechanism. The mechanism consists of a database, registration system and follow-up quide lines.

9. United Nations Assistant Mission for Afghanistan (UNAMA) Human Rights Division

Human rights are a priority issue for the United Nations Assistant Mission for Afghanistan (UNAMA). UNAMA's Human Rights Unit, as a part of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, pursues an overall strategy to ensure the protection and promotion of human rights in Afghanistan in support of all Afghan people. This strategy focuses on the Unit's programmatic approach on targeted research, reporting, advocacy and engagement in strategic partnerships, and private and public dialogue with the government, military, international and civil society actors, and communities across Afghanistan in five priority areas

- Protection of civilians in the armed conflict;
- Monitoring and reporting on grave child rights violations in the armed conflict;
- Elimination of violence against women and promotion of gender equality;
- Human rights aspects of peace and reconciliation
- Prevention of torture in detention and arbitrary detention.

The priority areas reflect UNAMA's mandate and the main human rights concerns of the Afghan people and serve key elements or benchmarks in the ongoing security, political and economic transition in Afghanistan. UNAMA focuses on aspects of women's rights throughout all of its priority issues, but gives particular priority to combating violence against women and enabling their participation in the public sphere, especially in political life and in peace and reconciliation processes. In the past four years, UNAMA has released four public reports documenting widespread harmful practices and evaluating the government's progress in implementing the Elimination of Violence Against Women Law (EVAW law). These reports, based on extensive country-wide research, found that while the government has taken some measures to enforce legal practices to protect women and girls from violence, most cases still require further concrete measures to end widespread violence and discrimination against Afghan women and girls and ensure that they have access to justice. A fifth public report on the findings of the Women's Access to Justice Project was launched in April 2015.

Regarding the protection of civilians, UNAMA Human Rights Unit undertakes a range of activities aimed at minimizing the impact of the armed conflict on civilians.

civil society institutions. Thus, the independence of NHIR plays a crucial role in their activities.

In the Afghan context, the Independent Human Rights Commission (AIHRC) plays the role of NHRI. AIHRC obtains a strong legitimate mandate. Article 52 in the Afghan Constitution recognises the independency of AIHRC.[25] AIHRC was established in 2003 by the support of the international community. AIHRC has established 14 regional and provincial offices across the country. Nine commissioners and operational structures compose the commission. AIHRC's main activities cover the monitoring of human rights situations, advising the state on human rights legislations, train the Afghan state institutions on human rights fundamental principles, provides researches and analysis on human rights situations and stipulates reports on human rights situations to the Afghan state, the UN human rights system and international stakeholders. An important area of AIHRC is the coordination of human rights activities with the civil society institutions. The commission coordinates its monitoring activities with the civil society institutions.

The main challenge for the commission is the financial dependency on international donors. The Afghan government has not allocated a suitable budget for the commission. As international partners supply the commission resources, the strategy of the commission is affiliated to foreign policies.

The President should appoint the commissioners after consultation of the civil society organisations, human rights defenders and activists. However, the political parties, even the warlords, interfere with the appointment of commissioners. Consequently, the commissioners' appointment procedure badly suffers from political agenda and figures. Such interference strongly harms the spirit of independency of the national human rights institution in Afghanistan.

Lack of professionalism is also a big challenge for the commission. Afghanistan still suffers from expansive human rights violations. Meanwhile corruptions, a lack of rule of law in the remote areas, lack of access to justice for citizens are the main reasons for broad human rights violation in Afghanistan. The commission does not have the ability to monitor and report the human rights violations properly.

The commission provides researches and reports on the civil, political, economic and cultural rights. The reports reach the international human rights systems. The UN human

25. Article 58 of Afghanistan Constitution: " To monitor respect for human rights in Afghanistan as well as to foster and protect it, the state shall establish the Independent Human Rights Commission of Afghanistan. Every individual shall complain to this Commission about the violation of personal human rights. The Commission shall refer human rights violations of individuals to legal authorities and assist them in defence of their rights. Organization and method of operation of the Commission shall be regulated by law."

There are some critiques on the role of the civil society in the promotion of human rights in Afghanistan. The main challenge for the civil society is its lack of sustainability. The civil society institutions are totally dependent on the support of the international community. The government has not developed programs that support the civil society with national resources. The dependency of the civil society on international communities reduces the legitimate role of NGOs in Afghanistan. The donor driven policies and structures of NGOs in Afghanistan generate a gap between citizens and state institutions. The modern civil society lacks a productive dialogue with traditional civil society institutions. In fact, the modern civil society NGOs, represent centers of big cities and the traditional civil society institutions represent villages and remote areas. Moreover, the civil society suffers from corruption. Lack of transparency and accountability concerning the utilization of funds and related activities has badly damaged the role and reputation of the civil society in Afghanistan. Lack of democratic structures, strategies and policies in some civil society institutions happens due to the immorality of NGOs towards citizens.

8. Role of National Human Rights Institutions (NHRI) as the Watchdogs for Implementation, Protection and Monitoring of International Human Rights Instruments

Human rights have been a core concern of the United Nations since its inception. The responsibility to respect, protect and fulfil human rights depends upon the member states. They ratify inter- national human rights instruments and are required to create mechanisms to safeguard human rights. The governance of human rights is complex and diffuse. All parts of the government are involved with other kinds of national institutions and civil societies[24]. The notion of the National Human Rights Institutions (NHRI) was manifested during the international conference in Paris in October 1991. The UN conference approved a paper, called Paris Principles (PP) on NHRI. According to PP, NHRI is an independent watchdog institution that monitor, promote and protect human rights of citizens. Based on PP, the states should, financially, support NHRI. However, the NHRI operates with interference of states. Political and professional independency of NHRI is the major principle of these human rights institutions. In fact, the NHRI is a state independent human rights organisation. NHRI remains between the state and the

24. UN, Office of the High Commissioner for Human Rights, "National Human Rights Institutions, History, Principles, Roles and Responsibilities", see http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PTS-4Rev1-NHRI_en.pdf.

creation of modern civil society. Nowadays the independence of the civil society is accepted. The international community supported the new emerged civil society, both financially and technically. The new civil society works in three main areas: political participation, Human Rights and access to social and cultural freedoms. Based on this characteristic, the civil society has been classified.[22] Today, Afghanistan has the highest number of civil society organizations in the region. The main mission of the civil society is advocacy in general. According to the civil society, institutions' advocacy means mobilisation of efforts to influence the legislations and policies according to the citizens' demands. During the past decade, the Afghan civil society has had some considerable amount of achievements. The civil society actors have played a central role in drafting Afghan Free Media Law, Access to Informational Law, the Law of Elimination of Family Violence, and many policies and strategies and participated in major national and international events.

The Afghan civil society institutions have generated a cooperative and vital communication with the international civil society institutions. The international civil society institutions use the reports and analysis of the Afghan civil society institutions and the international communities provide expertise in the fields of thematic and managerial capacity building to the Afghan civil society institutions. During the preparation of the human rights state report, the civil society institutions play an active role in the dialogue with state institutions. The state delegations to the UN human rights monitoring system, during the examination of reports include representatives of the civil society institutions. It demonstrates the credible role of the civil society amongst the Afghan citizens. The Afghan civil society has created interaction with the UN Human Rights Council. The human rights NGOs provide analysis, reports and briefing to UN. The civil society networks have provided a shadow report on UPR, in 2009, to UN Human Rights Council.[23] One of the active paths to communicate with the international community is the coordination of the civil society institutions with embassies and representations of the international communities in Afghanistan. Afghanistan is a principal geography for international development. Therefore, many international delegations visit Afghanistan. During the visits, the international delegations meet the Afghan civil societies to discuss human rights situations. The civil society plays an active role in the monitoring of the Afghan state commitment to international communities.

22. Each area of civil society mobilized their affords to networks. For instance Civil Society and Human Rights Network, Afghanistan Women Network, Afghan Civil Society Forum.

23. In 2009 the CSHRN has submitted a civil society shadow report to UN Human Rights Council. Council members used the Report to make Recommendations to the Afghan state on Human Rights Situation.

faith-based organizations, professional associations, and foundations.[18] The civil society describes organic activities of citizens for dialogue with the state for the benefit of citizens' life conditions. The civil society's recognition by the state strengthens the role of citizens in the decision-making process. In fact, the civil society is a source of legitimacy for a democratic, modern and national state. The civil society's main missions are advocacy for human rights values, monitoring of the state, organizing of awareness raising activities, dissemination of information and representing citizens in national and internal dialogues. In the field of human rights, civil societies monitor human rights situations and respond to the national and international organizations accordingly. The civil society observes the commitment of state institutions to international human rights standards and provides shadow reports on human rights situations to the UN human rights monitoring systems. The UN human rights monitoring system uses those shadow reports as a source of information on the human rights situations in the respective countries. Usually, the UN human rights monitoring systems compare them with the state reports. Such appraisal shows the picture of human rights situation in national state.

The civil society in accordance with the modern notion is fairly new in Afghanistan. However, Afghanistan is a country of classic civil society, called "*Jirga*"[19]. Due to the feeble role of the state to serve its citizens properly, the *Jirgas* in the remote provinces are playing the role of arbitrator between citizens and state institutions. Usually the decisions of Jirgas do not retort to human rights standards. Especially the decision of Jirgas during the mediation between two parties in conflict lead to violations of human and women's rights.[20] The Jirgas' structure is quite restricted. It means that only influential persons, mainly rich and powerful persons, which are referred to as Khans and Maleks[21], can obtain membership of *Jirgas*. *Jirgas*' decisions are not legally accepted. However, due to traditions and cultural characteristics, people living in the remote areas respect and implement decisions made by *Jirgas*. Informal justice is broadly practiced in Afghanistan. In many cases the interaction of *Jirgas* based on informal justice results in systematic violations of human rights in Afghanistan.

After the Taliban period, Afghanistan's new state provided legal conditions for the

---

18. World Bank definition of civil society.

19. Jirga is a Pashto word that means meeting. It is a gathering of elder, experienced and influential people to a gathering where main and important decisions are taken.

20. BAD DADAN means when one family member kills an other family member the Jirga decides to give a young girl to compensate to victim family. Consequently the young girl is used as a mean of revenge between two families. The young girl suffers her entire life from two families conflict.

21. Khan means owner of big sizes of land with a lots of servants. Malek means representative of village/ villages.

main events, such as international conferences, the human rights issues became more important. The international partners emphasize on the Afghan state's commitments to respect and implement human rights, especially women rights in the national and international programmes. Some international partners as the EU, US, Canada, and Australia limit their support to the Afghan government under the precondition of Afghanistan being committed to human rights standards. Due to such pressure, the government pays much attention to human rights issues. The leaders of the Afghan state include human rights assurance in their speeches and promise lots of ferrets to implement human rights standards. However, the practice of implementing the human rights standards is rather an issue, because as soon as the main events are reaching conclusion the human rights issues are forgotten. Warlords are affiliated to the government and parliament members and leaders violate human rights of citizens on daily basis without legal consequences. Even the government officials and members of the parliament (MP) violate human rights of the Afghan citizens and are deprived of prosecution.[15] Due to corruption and nepotism, only a few human rights violators have been prosecuted during the past decade. Throughout the past two years, nine women were stoned to death in different provinces of Afghanistan. Some of these inhuman acts have been exerted in the geography of governmental jurisdiction.[16] These violations are broadly documented by international human rights organisations, such as Human Rights Watch, Amnesty International and international civil society organisations. The government's officials reject the accusations and do not follow up the consequences of these statistics.[17]

7. Role of Civil Society on Monitoring and Reporting of International Human Rights Instruments to the UN Human Rights Mechanisms

Civil society is the "third sector" of society, along with government and business. The term of civil society refers to the wide array of non-governmental and not-for-profit organizations, that have a presence in public life, expressing the interests and values of their members or others, based on ethical, cultural, political, scientific, religious or philanthropic considerations. Civil Society Organizations (CSOs) therefore refer to a wide array of organizations, containing: community groups, non-governmental organizations (NGOs), labor unions, indigenous groups, charitable organizations,

15. On September 2016 7th a MP bodyguards from Herat province killed a young soldier in Kabul. In February 2015 a PM bodyguards from Panjsher province killed a taxi driver in Kabul city.

16. According to official statistics. In reality the number is possibly likely to be higher then nine.

17. In August 2016 the Human Rights Watch accused General Abdul Rashid Dostom of committing genocide in the Northern provinces of Afghanistan during the operation against Taliban.

rights in territorial states, became internationalized and was no longer protected from international attention by the idea of state sovereignty. Nothing is more sensitive than the relationship between individuals and their government.[14]

According to Afghanistan National Development Strategy (ANDS), the Afghan national and international policies should accommodate human rights standards as main components of legal reforms. Although human rights and women issues are included in the new foreign policy of Afghanistan, the political will of the government is, however, not consistent with the Afghan state's commitments. Meanwhile, the Afghan government has also not allocated a proper economic resource for human rights issues in the foreign policy. In 2008, within the Ministry for Foreign Affairs, a division for human rights, known as Directorate for Human Rights and International Women Affairs, was established. The directorate is mandated to coordinate the Afghan governments` human rights diplomacy. However, the directorates` core activities depend on individual projects supported by international communities. The above-mentioned reports to the UN human rights systems were conducted with the technical and financial support of international partners. The state does not even allocate financial means to cover the travel expenses of the Afghan state delegations to the UN monitoring mechanisms. The directorate plays enables fundraising for the Afghan state reporting to UN human rights systems. The Afghan foreign policy heavily considers political issues, such as the relation with NATO members, US, EU, neighbouring states and international associations. The human rights division of the Ministry for Foreign Affairs does not obtain the same status as political divisions of the foreign policy.

One of the main challenges for the promotion of human rights in state structures is the lack of gender balance. ANDS recognises the challenge and recommends the establishment of human rights and gender sections within main ministries. Today the majority of ministries have established gender policies with governmental structures. HRSU coordinates the common position of human rights divisions in governmental institutions. During the preparation of state reports to the UN systems, HRSU cooperates with the Directorate for Human Rights and International Women Affairs. However, the coordination between human rights divisions does not have a stable and sustained character. The process is referred to as the donor driven practice.

6. Human Rights as an International Political Agenda

The human rights standards in Afghanistan have not been contextualised yet. During the

14. David P. Forsythe, "Human Rights In International Relations" (Cambridge).

No	Convention	Date of ratification	Initial report	Second Periodic report	Not reported	Current status of reporting
9	Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography	2004/10/19	Not submitted		Initial report	Since10 years the government has not submitted the report to UN CRC Committee

g) Weakness of Dynamic Human Rights Diplomacy

Human rights diplomacy stands for the coordination of the state`s commitments to the international community based on international law. In fact, human rights diplomacy is the interaction of states with other states and international organizations in the field of human rights. According to the UN Charter, all member states must respect and indorse the principles of the UNDHR. The state human rights policy is coordinated by constructive collaboration with the UN human rights systems, mainly the UN Human Rights Council, the UN High Commissioner Office on Human Rights, Treaty Bodies, Special Procedures and UPR monitoring mechanisms. The UN state-members coordinate their activities with the international community through their sites in Geneva. The Geneva Embassy represents state members to the UN Economic and Social Council (ECOSOC). The Geneva representation coordinates the states' accountability in reporting, monitoring and evaluation to the UN system. Human rights diplomacy in contemporary international relations covers three generic actors: states, independent persons representing Inter-Governmental Organizations, and Non-Governmental Organizations.

The United Nations Charter from 1945, which comes close to being an embryonic global constitution, requires all member states to recognize and take action in behalf of human rights. In article 55 it is states as such: "with a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote:... universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion." Thus in the UN era the discussion, regarding human

No	Convention	Date of ratification	Initial report	Second Periodic report	Not reported	Current status of reporting
4	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT),	1987/4/26	1992	Not submitted	Second, third, fourth and fifth reports were not submitted	During 2013-2014 the work on the state report was conducted. The report is submitted. The examination of state report is expected soon
5	Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)	2012/9/18	2014		First report	The Afghan State was expected to submit the first report in October 2014
6	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)	1987/4/26	1984	Not submitted	The second, third, fourth and fifth were not conducted	Since 29 years the Afghan state has not submitted any report to UN Committee on Elimination of All Forms of Racial Discrimination
7	Convention on the Rights of the Child (CRC)	1994/4/17	2009		Third report	Expecting the government start working on the report
8	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict	2002/9/24	Not submitted		Initial report	Since10 years the government has not submitted the report to UN CRC Committee

UN recommendations of the initial UPR report.

Table: Conventions ratified by the Afghan state[13]

No	Convention	Date of ratification	Initial report	Second Periodic report	Not reported	Current status of reporting
1	International Covenant of Civil and Political Rights (ICCPR)	1983/4/24	1984	1991	Third, fourth and fifth reports were not submitted	Since 23 years the Afghan state has not submitted a report to the UN Human Rights Committee
2	International Covenant of Economic Social and Cultural Rights (ICESCR)	1983/4 /24	1991	2008	Fifth report is not sub-mitted	The Afghan state should have sub-mitted the report in 2014.
3	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)	2003/3/5	2009		Third report	has not yet taken up its duties

13. The organogram was developed by H. Faiz human Rights researcher of Afghanistan Civil Society and Human Rights Network www.cshrn.af

the world. According to the UN human rights guidelines, the UN state members are bound to report based on three areas and requests, which are, 1. To what extend does the state member integrate the UN conventions? 2. To what extend does the state member create mechanisms, structures, policies and strategies based on the conventions? 3. What is the implementation status of the conventions?

In case a state member does not follow the UN human rights guidelines, it should provide reasonable justification for its neglectful attitude towards its obligations. After the Taliban period, some positive changes occurred in this respect. For the first time since 2009, the government of Afghanistan provided an UPR report to the UN Human Rights Council. The report demonstrated the commitment of Afghanistan to its international human rights obligations. In 2009, the Afghan state had submitted the initial report on CEDAW. UN Women supported the Afghan government to prepare the report. Although the report was not responding to all conditions of CEDAW, the international community, however, warmly welcomed the report. During the report examination, the international community issued a list of recommendations to the Afghan state for improvement of women rights in Afghanistan. In 2009, the Afghan state worked intensively on a state-report on CRC. UNICEF supported Afghans to develop the report. The report played an important role in the promotion of children rights within state structures. During the preparations of report, the ministry of Education, Health Care, Social Affairs and Interior played an active role. During the examination of the report in the CRC Committee for the Protection of Rights of Children, the Afghan state delegation received recommendations to improve implementation of CRC in Afghanistan. Between 2013-2014, the Afghan government conducted the CAT state report. UNDP in Afghanistan has supported the reporting project. Based on the reporting project, three main components were organised during the reporting preparation. The first component consists of organisational issues, such as The Steering Committee (SC), technical Working Group (WG) and Coordination Committee (CC) (Secretariat) was organised. The second component regards the capacity building programmes on CAT's goals and requirements from the Afghan state was conducted. During the capacity building, the list of issues[12] was trained to WG and CC. The final and third component consists of promoting CAT in the Afghanistan National Directorate for Security, Police and Prosecution Office activities. In 2009 the Afghan state submitted the second UPR report to the UN Human Rights Commission. The second report had a main focus on the

12. UN Committee against Torture referred list of issues to government of Afghanistan. The list of issues addressed Afghan state to respond to 58 questions on implementation of UN Convention against Torture.

state and the international community.

- The interpretation of conventions could thus pave the way for both the state and the UN human rights systems to avoid any misunderstandings.

e) Lack of Monitoring Systems

Lacking a monitoring system in Afghanistan in the past three decades has resulted into a breakdown of a systematic partnership between the UN system and Afghan partners. The war against the Soviets and the civil wars in the 80s and 90s harmed the infrastructure of the Afghan state. The one-party systems and the lack of pluralism in the state regime restricted the role of independent institutions to monitor human rights situations. The civil rights activists, women rights defenders and intellectuals have been prisoned, tortured and executed. Afghans became the main victims of an ideological war, which originated from the Cold War. The political society of Afghanistan was divided between extreme Western and Eastern ideologies or fractions during 1978-1992. The left oriented government violated the rights of the right- wing political notion. When the Islamic parties came into the power in 1992, a civil war destroyed Kabul city. The right-wing parties, tremendously violated the human rights of Afghan citizens. During these political regimes, the civil society could not mobilize its monitoring systems at all. The lack of civil society's monitoring role intensely damaged the independent supervising system concerned with the implementation of the conventions in the Afghan society.

f) Lack of Sustained Reporting Systems

The Afghan state reporting system to the UN has been vulnerable for the past 35 years due to the Cold War and Civil War. Meanwhile, the Afghan state has not established a functional and stable reporting system in the state structures until 2010. In 2010 the international community supported Afghanistan to establish a Human Rights Supported Unit (HRSU) in the Ministry of Justice.[11] HRSU is a pool of resource and information on human rights situations in Afghanistan. Within HRSU a database was developed that measured indicators of human rights implementation in Afghanistan. HRSU has conducted some working groups together with state institutions that are mandated with the human rights commitment of the Afghan Government. Meanwhile, HRSU organizes capacity building programmes for the Afghan governmental institutions on the commitment of Afghanistan to human rights. Unfortunately in the UN human rights system, the reporting status of the Afghan state has one of the worst records throughout

11. In 2010 Human Rights Support Unit at the Ministry of Justice was established by support of UN Development Programme (UNDP) in Afghanistan.

recommend the governments to initiate relevant mechanisms, strategies, policies and structures to implement the convention. The second way is to integrate international conventions by adopting national legislation to implement the international convention. The third option is to integrate the conventions' conception in several legislations.

d) Lack of Interpretation of Conventions

For the sake of a coherent and systematic relationship between the UN member states and the UN human rights organizations, the national governments interpret human rights conventions before signing or adopting. A group of lawyers, human rights defenders/activists appointed by the state, interpret the goals, requirements and state regulations. The objective of interpretation is to study the positive and possible negative impacts of the convention on the national state structure and legislation. Furthermore, the court system will be examined in case of the implementation of the conventions. The reason for interpreting the conventions is to make the language of the convention simple and comprehensible. It is imperative to interpret the international law before adopting it. Such a methodology is recommended to new democracies and societies under legal reforms.

In a society like Afghanistan, interpretation of human rights conventions is essential and recommended. The Afghan society has experienced totalitarian regimes for 270 years, which started when the central state was created.[10] The Afghan society had not experienced a creation of civil society, since political parties had been prohibited and civil and political freedoms had been banded. Thus, when a society lacks fundamental knowledge regarding civil and political freedoms, how is it then possible to comprehend the goal and condition of modern international human rights legislations? Hereby, the reasons for the importance of the interpretation of conventions will be mentioned below:

- Interpretation of conventions could support the Afghan state apparatus, citizens and political activists to, properly respond to the conventions. In such case, the Afghans membership to international conventions could be conducted based on the Afghan requirements and culture.
- Interpretation of conventions could support the UN and Afghans international partners to understand the Afghan states' observations and preconditions.
- Interpretation of conventions would contain a translation and interpretation of terminologies, terms and conditions, as well as of the role and responsibilities of the

10. In 1960s Afghanistan's King Zahir Shah organised a series of democratic reform such as freedom of political parties and in some instance freedom of media. This period called Decade of Democracy in Afghanistan.

rights within the legal guarantees of the state institutions. The role of civil society, to strengthen the relationship between citizens and state institutions, is essential. According to international human rights guidelines, all UN state members have to organize a constructive dialogue with citizens via civil society institutions to become legitimate members of the UN human rights conventions.

c) Lack of Research on the Conventions' Concept at the National Level

The main element needed for cooperation and translation of international law into national legislation are legal studies on the state, its needs, and capacities and on the political context. Also the consequences of signing any international convention need to be examined. The Afghan state has not conducted any research in this regard. Usually states applying for membership to international conventions conduct such studies. Such coordination with the international community is missing with regard to the Afghan membership of the international human rights conventions. Thus, the political regimes' decision to join international human rights conventions was a political one rather than an analytical one. The good lessons from post war situations demonstrate, that the state applying for membership of international conventions appoints a task force of researchers in the fields of human rights. The task force organizes a baseline and advanced studies on the conventions' legal and implementing requirements. The task force provides the applying states with a list of recommendations on the conventions' membership. The task force may recommend asking for observations on the conventions' implementation into national legislation. Subsequently, states organize a dialogue with civil society institutions, based on the task force recommendations. The civil societies respond to the recommendations and provide suggestions and any possible amendments. The last step is the dialogue with the national parliament. The task force provides the parliamentarians with all the necessary documentation and argumentation, enabling the parliament to properly discuss the signature of a convention with the government. At this stage, the international human rights systems study the recommendations and possible observations. In case that the observations are rationally justified and do not harm the goal and asset of the convention, the UN human rights system approve the membership. Hereby, the state parliaments approve the membership of the applying state to the UN human rights conventions. As soon as the convention is signed and approved by the government, the parliament should decide how to incorporate the convention into the national judicial system. There are three methods to do this. The first method is to use the convention directly in the national legal system. By doing so the national parliaments

the national context in as much as a proper national condition is guaranteed. During the first *Loya Jirga*, so-called Conditional *Loya Jirga*, the Western partners focused on the international human rights principles without supporting the creation of a constitution that also respects the Islamic values, which should have been identified as a value for the new constitution next to international human rights standards being a major source for the Afghan legal system.

a) Lack of Knowledge and Professionalism in International Human Rights Systems

The political regimes of Afghanistan during the past four decades ratified seven international human rights conventions without having made any observations. Despite political manoeuvring of the Afghan state, such a behavior may demonstrate lack of knowledge as well as a lack of capacity in the field of international human rights rules, regulations and standards. During the Cold War the Afghan state, also known as the Democratic Republic of Afghanistan (DRA) was isolated from international human rights systems. Based on the UN Security Council, DRA was under the aggression of the Soviet Union. The interaction of the UN and the international community with DRA was restricted by the UN resolution.[9]

From the perspective of Afghanistan, observations on the conventions were understood as a negative impact on the notion of the conventions. This understanding damaged the constrictiveness of dialogue between Afghanistan and the international community, in particular in the field of international human right law. In reality, to make observations demonstrates the commitment of the UN state members to the goal, content and recommendations of the conventions. Afghanistan, as a traditional and developing society, might have reservations about the UN conventions' membership.

b) Lack of National Dialogue on Conventions' Concepts and Goals

The political regimes in Afghanistan, in the past 35 years, ratified the international human rights conventions without appropriate dialogue between state, civil society, political parties and academic institutions. Lack of dialogue has badly damaged the legitimacy of the decisions made by the Afghan government to sign the human rights conventions. Meanwhile, the international human rights law emphasizes on an organic relationship between state and citizens to promote, protect and implement human rights fundamental principles. The state has the duty to assure civil and political rights provide for economic, social and cultural rights. The citizens on the other hand exercise their

9. The Soviet-Afghan War lasted over nine years from December 1979 to February 1989.

state responds to recommendations of the UN Human Rights Council.

4. International Law as a Source for the Afghan Constitution

International human rights principles are a value-based source for the Afghan Constitution. Based on the Constitution, the Afghan state is responsible to implement international human rights law into the national legal system. Afghanistan ratified seven international human rights conventions such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (ICESCR), International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT), Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Prior to 2001, the Afghan Government ratified five conventions. Only the CEDAW and the CRPD were ratified after the collapse of the Taliban regime. The conventions were signed and ratified during the Cold War period by the Soviet supported government in Afghanistan. Thus, the ratifications had a political character rather than being a sign of Afghanistan`s commitment to human rights standards. The majority of these conventions were ratified without precondition. Based on the Constitution, Afghanistan is an Islamic state and Sharia is a source for the Afghan national legislation. Consequently, the legal sources such as the international law, the Sharia law and the international human rights standards do not coordinate with each other in terms of promoting and protecting human rights. The lack of systematic coordination between these legal sources results in an unacceptable behavior towards human rights implementation in Afghanistan. For instance women rights violation, domestic violation, and violations of the rights of children are broad and visible consequences of legal misperception in Afghanistan.

5. Human Rights as Political Agenda for Political Regimes

Recognition of human rights in the Afghan Constitution was a political goal imposed by the international community after the period of the Taliban regime. However, during this process, the Afghan Constitutional Committee did not conduct proper legal analysis and research in this regard. The international experiences demonstrate that research-based analysis can help to identify the gap between theory and practice of legislation. The research can also identify the religious, cultural and traditional differences between international and national law. The international law can be integrated into

3. The Role of the State in the Implementation, Monitoring and Reporting of International Human Rights Instruments

To promote, monitor, evaluate and report the human rights status of the international community, the UN has created international monitoring mechanisms. According to the UN principles, there are three major monitoring mechanisms, which are Human Rights Treaty Bodies, Special Procedures and Universal Periodic Review. The treaty based bodies, referred to as committees, consist of professional and independent experts and monitor the implementation of the various human rights treaties. The Treaty Bodies review the periodic state reports and provide recommendations and report to the UN Human Rights Council on the various human rights situations according to the conventions requirements.

The Special Procedures is a mechanism of human rights monitoring that focuses on special human rights themes and special human rights violations from a country-specific perspective. The General Secretary of the UN appoints special reporters, based on the UN Human Rights Council Recommendations. The UN General Secretary further appoints the human rights special reporters chosen amongst well-known human rights activists and specialists. The Special Procedures visit the countries and conduct interviews with human rights defenders/activists, civil society institutions, state institutions as well as human rights victims. All members of the UN are obliged to provide facilities, coordinate meetings, security and cooperation with the UN human rights missions and monitoring delegations. The Special Reporters monitor human rights situations of states in a professional, technical and impartial manner and report to the UN Human Rights Council according to UN human rights instruments, mainly UN conventions and optional protocols. The reports of the Special Reporters provide suggestions and recommendations on how to improve the human rights situation.

The Universal Periodic Review (UPR) is the newest and the third monitoring mechanism. According to the UPR, all UN state members are required to provide a comprehensive periodic report. The UN Human Rights Council reviews the reports. Finally, the UN Human Rights Council members deliver the outcome report providing recommendations to member states on the improvement of the human rights situation in the states under review. The UPR monitoring system strengthens the commitment and political will of state members to adhere to the human rights principles, due to the reason that the high level delegations of each UN member state present the state report to the UN. The reports contain three main elements, which are a preamble that emphasizes the commitment of the state, the human rights status and a conclusion. In the third part the

relations.[8]

c) Coordination among states

In order to regulate the international relationships of various states, international and regional organizations were organized. International organizations developed inter-governmental mechanisms and structures. The League of Nations was the first international organization, whose primary goal was to maintain peace and security. Currently, the largest intergovernmental organization is the United Nations (UN), aiming at the promotion of international cooperation in various fields helping to ensure peace and security. The UN Charter promotes the culture of collaboration, monitoring and evaluation of international law and relations. According to the UN principles, international law is recognized as a fundamental principle for the rule of law, to which all UN member states are committed and international relations is the methodology of state relations based on the UN Charter.

d) Human rights as the value of international law

In 1948, the UN General Assembly adopted the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). The Declaration functioned as the philosophy of human rights. The adoption of the UDHR was considered as a value-based revolution for international law and relations. Based on this Declaration, the UN adopted seven human rights conventions concerning civil, political, economic, social, and cultural rights. The conventions are regarded to comprise international human rights standards and to function as a mechanism, following due to which states are committed to promote and implement human rights and therefore to monitor and report on the respective human rights situation. After the Second World War, the world experienced mass violations of human rights. Furthermore, during the Cold War period, the values of human rights were disregarded by ideological superpowers. However, the international community adopted several main conventions and optional protocols. In 1949, the UN adopted four main conventions on international humanitarian rights. Both human rights and humanitarian law have played an important role in the promotion of human rights and legal reforms based on human rights. Today, human rights are one the most prominent issues worldwide. Based on the UDHR and the UN Charter, the international community is asked to cooperate in order to effectively protect and promote human rights around the world.

8. Giorgio Agamben "Blomo Sachar" pages 177, 189.

five thousand years ago, created the notion of political power. Political power was created when communities' leaders organized the economic power of individual communities. Subsequently, the economic power was to serve the communities based on rules and regulations. The rules and regulations the economic power was based on, defined also the role of political power and individual citizens of each community. As a result of those definitions the historical states were created. The state was defined by its political–economic power, its citizens and its governance within a clear geography. The earliest forms of the state emerged when it became possible to centralize power in a durable way. Initially states emerged from conquests, followed by a civilian or military bureaucracy imposing sets of ideals and laws upon the newly emerged state and its citizens [5]. Subsequently, the ancient states created laws and regulations to define the power within a given territory. The law determined the role and responsibilities between state and individuals. Such a determination played an important role in the creation of civil rights of individuals. The creation of a state was the main achievement of humanity in order to promote basic human right values. Some anthropologists call this period of human history, stateless society.[6] However, the creation of regulation and coordination between individuals and political power explains the creation of states.

b) Initial relationship between states

First, states started to cooperate with each other because of their interest in their economic development. The historical states had organized relationships in order to benefit from each other's resources for economic growth. The economic interests were recognized as a major phenomenon in the political relationship between two states[7]. Consequently, powerful and weak states were identified and the powerful states dominated the regions. The political power of states was widened geographically and the notion of geopolitics was promoted. National armies were created and national interests determined by political science. Hereby, the political science regulated the relationship between states during this period. Meanwhile, international relations among various states were regulated by international law. During this period, the national interest of a state was conducted by national states. National sovereignty was legitimating international

5. Klaus Kästle. "Countries of the World". Nationsonline.org. Retrieved 2013-02-20.

6. It is not enough to observe, in a now rather dated anthropological idiom, that hunter gatherers live in 'stateless societies', as though their social lives were somehow lacking or unfinished, waiting to be completed by the evolutionary development of a state apparatus. Rather, the principal of their sociality, as Pierre Clastres has put it, is fundamentally against the state.

7. Bilateralism is the conduct of political, economic, or cultural relations between two sovereign states.

In December 2003, the Constitutional Loya Jirga[1] adopted the first democratic and human rights respecting constitution of Afghanistan. The second chapter of this Constitution guarantees fundamental rights and duties of Citizens[2]. The Preamble of the Constitution and its Art. 7 provide that the state shall respect the UN charter and internationally recognized human rights values.[3] Moreover, the Constitution demands that the Afghan state has to take care of the organization of organize national human rights institutions that promote, protect and monitor the human rights situation in Afghanistan[4]. Thus, the adoption of the Afghan Constitution played an important role in the promotion and protection of human rights.

This article studies the commitment of the Afghan state to international human rights law and mechanisms after the period of the Taliban collapse. In order to follow up the coherent synergy of the thematic areas, the article focuses on international law and international relations, the position of human rights in international law, and the role of states in the implementation of human rights conventions. Additionally, the article will illustrate some practices used to integrate international human rights law into national legislations. Subsequently, the article will shed light on the human rights situation in Afghanistan, human rights in its domestic legislation, and its cooperation with the international institutions.

2. Four Major Steps of International Law/Human Rights Development

a) The state as a main element of international law and human rights

For the first time in human history, the perception of law was linked to the creation of "power", which consisted of two main resources, economic and human resources. The notion of power referred to the organizations of economic and human resource, in order to serve society. Hereafter, the meaning of 'political power' emerged. Political power intended to generate a systematic relationship between economic and human resources and individuals of society on the other hand. The ancient societies, around

1 A Loya Jirga means grand gathering is a special type of elderly meeting that is mainly organized for choosing a new head of state in case of sudden death, adopting a new constitution, or to settle national or regional issue such as war.

2. Chapter two contains 38 articles that mainly guarantee fundamental human rights of all Afghans.

3. Observing the United Nations Charter as well as the Universal Declaration of Human Rights.

4. Article 58 of Afghanistan Constitution: To monitor respect for human rights in Afghanistan as well as to foster and protect it, the state shall establish the Independent Human Rights Commission of Afghanistan. Every individual shall complain to this Commission about the violation of personal human rights. The Commission shall refer human rights violations of individuals to legal authorities and assist them in defence of their rights. Law shall regulate organization and method of operation of the Commission.

1. Introduction

Today, human rights are regarded to be one of the main motives for legal reforms in modern states. Already during the Cold War many states conducted legal reforms based on the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the different UN human rights conventions. These reforms mainly focused on civil and political rights. However, economic, social, and cultural rights also constitute important aspects of constitutional reforms. Right after the Cold War, the Balkan region of Europe became an epicenter of regional conflicts and violence. During this period, in 1992–1995, the world witnessed some of the worst mass atrocities and violations of human rights and humanitarian law since the Second World War. In reaction to these events, many newly established democracies, especially in Eastern Europe, carried out legal reforms based on human rights values in a stable and coordinated manner. The international community supported these young democracies, both politically and economically, to conduct their legal reforms.

During the Cold War, Afghanistan was an arena of conflict and war for the superpowers, i.e. the USA and the Soviet Union. After the Cold War, they turned their backs on Afghanistan. The country, which was in need and severely suffered from the consequences of the Cold War, became a victim of civil war and experienced high records of human rights violations. In 1996 the Taliban took over control and ruled the country. During this period Afghanistan witnessed some of the worst scenarios of human rights violations that ever occurred worldwide. Having failed to establish a centralized state under the rule of law, Afghanistan turned into a safe heaven for international terrorists, including Osama Bin Laden. When the 9/11 attacks were conducted, the country returned into the focus of international attraction. A western alliance, led by the USA, interfered in Afghanistan based on UN Security Council Resolution 1986. The war against international terrorists had begun. In December 2001, the Taliban Regime was removed with the support of international military forces.

The international community initiated the Bonn negotiations amongst the Afghan main political fractions. The Bonn Agreement was signed in December 2001, according to which a new transitional government had to be organized by the alliance of political parties and movements. The international community played a key role in supporting the construction of a new state. The Bonn Agreement also provided assistance to the interim government, which was headed by President Hamid Karzai. Two years later, the government appointed a Constitutional Committee in order to draft a new Constitution.

The Commitment of the Afghan State to International Human Rights

Mohammad Malik Sitez

Table of Contents

1. Introduction
2. Four Major Steps of International Law/Human Rights Development
3. The Role of the State in the Implementation, Monitoring and Reporting of International Human Rights Instruments
4. International Law as a Source for the Afghan Constitution
5. Human Rights as Political Agenda for Political Regimes
6. Human Rights as an International Political Agenda
7. Role of Civil Society on Monitoring and Reporting of International Human Rights Instruments to the UN Human Rights Mechanisms
8. Role of National Human Rights Institutions (NHRI) as the Watchdogs for Implementation, Protection and Monitoring of International Human Rights Instruments
9. United Nations Assistant Mission for Afghanistan (UNAMA) Human Rights Division
10. Conclusion

Preamble the Afghan Constitution:

"We the people of Afghanistan (…) Observing the United Nations Charter as well as the Universal Declaration of Human Rights."

بخش پنجم

میان رشته‌یی و مطالعات اسلامی

د څو رشتو اړوند او اسلامي مطالعې

Interdisciplinary and Islamic Studies

قانون طبیعی و حقوق طبیعی در اسلام

(انور. م امون)

پیش ازاین‌که مدعی وجود حقوق طبیعی در اسلام باشیم، باید بتوانیم پاسخ قانع کننده‌ای برای مخالفان آن داشته باشیم. محققان و پژوهش گران اسلامیِ مشهوری مانند پاتریشیا کرون و جرج مک دیسی معتقدند اساساً چیزی به عنوان حقوق طبیعی در اسلام وجود ندارد[1]. البته به نظر می‌رسد آنچه مورد نظر ایشان است حقوق طبیعی به مفهوم بسیار مضیق کلمه باشد، یعنی چیزی که به فقهای سنتی (مثلاً فقهای قرون ۹ تا ۱۶ میلادی) این اختیار را بدهد که صرفاً با استناد به حقوق طبیعی و بدون رجوع به نصّ الهی، قوانین الهی را کشف و وضع نمایند. به نظر ایشان حقوق طبیعی به این مفهوم اساساً در اسلام وجود ندارد، چراکه "عقل" به تنهایی این قدرت و اختیار را ندارد که همپایهٔ نصّ الهی بتواند منبع کشف و صدور حکم باشد.

از یک جهت نظر این گروه درست است. با نگاهی به اصول فقه سنتی می بینیم که نظر غالب در بین اثبات گرایان[2] این بود که وقتی نصّ صریحی دربارهٔ موضوعی یافت نشود، وضعیتی به نام وضعیت "توقف" ایجاد می‌گردد، یعنی امکان وضع قانون در آن زمینه متوقف شده، و عملاً هیچ

---

۱. استادیار، دانشگاه تورنتو، دانشکده حقوق، B.A. (لیسانس). دانشگاه برکلی (کالیفرنیا) J.D.(لیسانس حقوق)، دانشگاه یو.سی.ال.ای M.A. (فوق لیسانس)، دانشگاه تگزاس L.L.M. (فوق لیسانس)، و دانشجوی دکترای حقوق در دانشکدهٔ دانشگاه ییل (Yale) و دانشکدهٔ تاریخ دانشگاه یو.سی.ال.ای، در رشتهٔ تخصصی "تاریخ حقوق اسلامی"

جرج مکدیسی، ابن عقیل: مذهب و فرهنگ در اسلام سنتی، ص ۱۳۰، (انتشارات دانشگاه ایدنبرگ ۱۹۹۷)؛ پاتریشیا کرون، قانون الهی: حکومت و اسلام، ۶ قرن از اندیشهٔ اسلام سیاسی در قرون میانه، صص ۲۶۳ تا ۲۶۴ (انتشارات دانشگاه کلمبیا ۲۰۰۴)

۲. منظور من از «اثبات گرا» رویکرد فکری‌ای است که بیش‌ترین اهمیت را به منابع مکتوب می‌دهد و برای استدلال عقلی، چه در حقوق و چه در فقه، نقش و اعتبار مستقلی قائل نیست. به همین دلیل اغلب اثبات‌گرایان با روش استدلالی معتزلیون مخالف بودند. برای مطالعهٔ مباحثات میان اثبات‌گرایان و استدلالیون رجوع کنید به: جرج مکدیسی، ظهور انسان گرایی در اسلام سنتی و مسیحیت غربی، صص ۴-۱۲ (انتشارات دانشگاه ایدنبرگ ۱۹۹۰)

راهی برای پی بردن به قانونِ واقعیِ الهی در آن موضوع وجود ندارد. لذا هیچ کس نمی‌تواند حکمی را وضع کند و آن را به خدا نسبت دهد.[۳] این عقیده مبنای اصلیِ اثبات گرایی در بین برخی فقهای سنتی است. این فقها معتقدند هر حکمی که به خدا نسبت داده می‌شود باید به طور صریح یا ضمنی مرجعی در نصّ الهی داشته باشد. هر اماره ومنبعی خارج از نصّ، چه بر پایۀ استدلال عقلی استوار باشد و چه مستند به حقوق طبیعی، نمی‌تواند ماخذ و بنیان مناسبی برای استخراج قوانین الهی باشد.

اما در عمل، وکلا و قضات همواره با شرایطی کاملا جدید روبرو می‌شوند که نه در کتاب مقدس و نصوص الهی تکلیفش مشخص شده است، و نه هیچ قانون نوشتۀ دیگری به آن تصریح کرده. دراین شرایط قاضی موظف است در هر حال به قضیه رسیدگی و حکم صادر نماید. بنابراین نیاز به اختیاراتی دارد که به موجب آن بتواند در زمان سکوتِ نصّ، حکم مربوطه را کشف و اعمال نماید. فقهای سنتی، هم آن دسته که از اثبات‌گرایان بودند و هم دستۀ دیگر که «معتزله» نامیده میشدند، معتقد بودند که قاضی باید این اختیار را داشته باشد، اما این که این اختیار را چگونه و با استناد به چه چیزی می‌توان توجیه کرد محلِ بحث و اختلاف نظر ایشان بود.

توجیه اختیارات قاضی با استناد به حقوق طبیعی

هر دو گروه از فقها، تا حدی در استدلال‌های خود از حقوق طبیعی بهره گرفته‌اند. در بین فقهای معتزله، الجصاص از جمله فقهایی بود که اعتقاد داشت عقل به تنهایی برای کشف قانون الهی کفایت می‌کند. الجصاص برای توجیه این نظر، به گونه‌ای استدلال کرد که گویی در تشخیص حقوق طبیعی، عقل با اراده و خواست خداوند همسو و یکسان است. به این ترتیب از نظر الجصاص، به عنوان یک فقیه طبیعت گرا، قاضی می‌تواند در صورت سکوت نصّ، از طریق منابع غیر منصوص، یعنی عقل، به قوانین الهی دست یابد.

پاسخ اثبات‌گرایان به این استدلال این بود که عقل هرگز نمی‌تواند مستقلاً به درک قانون الهی نائل آید. اما چنانکه در ادامۀ بحث خواهیم دید، فقیه اثبات‌گرایی مثل ابو حامد غزالی (وفات ۱۱۱۱ هجری) قبول داشت که گاه قاضی یا فقیه میتواند در صورت سکوت نصّ، از اختیارات اجتهادیِ خود برای کشف قانون الهی استفاده نماید. باید در نظر داشت که به عقیدۀ فقهای اثبات گرا شریعت

۳. اطلاعات بیش‌تر دراین خصوص در ادامۀ بحث خواهد آمد.

اسلامی کامل و جامع است، یعنی تمام مسایل را در بر گرفته.[۴] البته این حرف به این معنا نیست که در شریعت اسلام برای هر مساله‌ای صریحاً حکمی صادر شده است، بلکه منظور این است که شریعت اسلامی راهنمایی‌های لازم در مورد هدف و روح حاکم بر قوانین الهی را انجام داده و لذا هرگاه نصِّ صریحی در مورد موضوعی وجود ندارد فقیه می‌تواند با توجه به این راهنمایی ها حکمِ مصادیق جدید را کشف نماید. از نظر فقهایی مثل غزالی، طبیعت می‌تواند هم موضوع تجزیه و تحلیل عقلانی قرار گیرد و هم می‌تواند خودش منبعی برای کشف اصول و احکام الهی باشد. در واقع، این قدرت تعیینیِ طبیعت توسط روح حاکم بر نصّ الهی تایید شده است. به این ترتیب، می بینیم که حتی برخی از اثبات‌گرایان نیز برای اثبات اختیارات فقیه ناگزیر بودند به نوعی به حقوق طبیعی متوسل شوند. هرچند این توسل را پیشتر به تایید نصّ الهی رسانده اند.

اما فقها بیش‌تر از آنکه خود را درگیر تئوری پردازی برای توجیه اختیاراتِ اجتهادی کنند، در عمل ازاین اختیارات به نحوی استفاده می‌کردند که قطعیت و قابلیت پیش‌بینیِ نسبی به تصمیماتشان ببخشد. مثلاً با طرح بحث‌هایی پیرامون مفهوم فرد و منافع اجتماع، و با دخیل کردنِ برداشت‌های شخصی خود ازاین مفاهیم، اختیارات خود را به کار می‌گرفتند و از این طریق حقوق وتکالیف افراد را کشف و وضع می‌نمودند.

این فقها قائل به وجود دو دسته حق بودند. حق‌الله و حق العباد (حق‌الناس). منظور از حق‌الله حقی است که با منافع و رفاه اجتماعی در ارتباط باشد، یعنی حقوق و تکالیفی که در سطح جامعه به نحوی توزیع می‌شوند که تامین کنندهٔ منفعت جامعه باشند، حال تعریفِ ما از منفعت اجتماعی هرچه که می‌خواهد باشد. و حق‌الناس حقی است که در ارتباط با یک شخص است و بواسطهٔ فطرت و کرامت هر انسان این حق برایش موجود است. بدیهی است که گاه این دو نوع حق در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند.

چنانکه در ادامه خواهیم گفت، فقها مجبور بودند در هر مساله، تمام ارزش‌ها و منافع دخیل در آن موضوع را مورد بررسی دقیق قرار دهند تا حکم قضیه را استخراج نمایند. اما قبل از انجام این بررسی باید بتوانند آن ارزش‌ها را تعریف کنند، به نحوی که ماهیت آنها روشن شود. اگر به شرایط دادخواهی در جرم قذف (اتهام ناروای زنا) نگاهی بیندازیم به این نتیجه می رسیم که برای

---

۴. به عنوان نمونه رجوع کنید به ابوالمعالی عبد الملک بن عبدالله بن یوسف الجوینی، البرهان فی اصول الفقه، ویراستار صلاح بن محمد بن عویضة، جلد ۲، ص ۱۳ (انتشارات دار الکتب العلمیة ۱۹۹۷)

صدور حکم در چنین پرونده‌ای، قاضی باید هم حقوق فردی را در نظر بگیرد و هم حقوق و منافع اجتماعی را. و آنچه باید انجام دهد ایناست که با مقایسۀ این دو نوع حق، حکمی صادر نماید که منفعتِ ارجح را تامین کند. این بدان معنی نیست که فقها همیشه برای صدور هر حکمی صراحتاً در مقام بیان و بررسی حقوق فردی و اجتماعی برمی آمدند، بلکه منظور ما ایناست که فقها صرفاً خواننده و نقل قول کنندۀ متون الهی نبودند و کارشان فراتر از خواندن ظاهر متون بوده و به باطن و مصالح پشت آن نیز توجه داشتند. حال، چه قصد شان توجیه اختیارات اجتهادی بوده و چه فقط در پیِ تنظیم حقوق و تکالیف فردی و اجتماعی بوده اند، به نظر می‌رسد آنچه در عمل اتفاق افتاده این است که آنها برای تهیه و تنظیم یک رژیم حقوقی که از قطعیت و قابلیت پیش‌بینیِ نسبی برخوردار باشد بسیار تلاش کرده‌اند، و دراین راستا از اختیارات اجتهادی خود نیز فراوان بهره برده‌اند.

حقوق طبیعی در اسلام

مخالفت فقهای اثبات‌گرا با حقوق طبیعی و اعتبار بخشیدن به عقل برای کشف و صدور احکام الهی زمانی مطرح شد که، عده‌ای از فقهای سنتی اعلام کردند در زمان سکوت نصّ الهی، فقیه می‌تواند به کمک استدلال عقلی حکم الهی را استخراج نماید. این سرآغاز مباحث فلسفی بسیاری بود که از آن پس میان فقهای اسلامی شکل گرفت و طیف وسیعی از نظرات و عقاید مختلف دراین باب مطرح گردید. آغاز مبارزه‌ای عقلی میان گروهی از فقها و فلاسفه به نامِ معتزله، که متمایل به طبیعت گرایی بودند از یک سو، و فقها و فلاسفۀ اثبات‌گرا که بیش‌تر آنها به گروهی موسوم به اشعری تعلق داشتند. اشعری و معتزله دو مکتب سنتی در فلسفۀ اسلامی بودند که مباحثات و اختلاف نظرات آنها منجر به شکل گیری دو مکتب فکری متفاوت در باب فلسفۀ حقوق، روش شناسی و حقوق طبیعی شد.

معمولا در اسلام از معتزله با عنوان استدلالیون یا عقلیون یاد می‌شود. هرچند اشعریون نیز از استدلال عقلی در فلسفۀ خود بهره می بردند اما انتقاد آنها به معتزله این بود که معتزلیون به عقل تا آنجا اصالت می‌بخشیدند که در تعارض با اصل تبعیت از قوانین الهی قرار می‌گرفت. در حالی که اشعریون، اثبات‌گرا بودند، به این معنی که معتقد بودند برای کشف احکام الهی باید حتماً به نصوص الهی رجوع کرد. همین تفاوت بنیادین در اندیشۀ این دو گروه، در مباحثات آنها پیرامون مسالۀ حقوق طبیعی نیز خود را نشان می‌دهد. قبل از وارد شدنِ بیش‌تر دراین بحث باید یادآوری

کنم که منظور من (نویسنده) از حقوق طبیعی صرفاً بخشی از مسایلی است که دراین حیطه وجود دارد،[۵] یعنی آن دسته از مباحثی که دربارهٔ نقش عقل و طبیعت در کشف قوانین الهی، در زمان سکوت نصّ الهی، مطرح شده است. سوال اصلیِ این مقاله این است که در چنین شرایطی آیا واقعاً با توسل به عقل و استدلال می توان به حکم الهی پیبرد؟ اگر پاسخ مثبت است، چرا و چگونه؟ با چه توجیهی؟ وقتی منابعی مثل کتاب مقدس قرآن و حدیث پیامبر وجود دارد، چگونه می‌توان برای عقل اعتباری همپایهٔ آنها در کشف حکم الهی قائل شد؟

طبیعت گرایان معتزله، از جمله فقیه مشهور حنفی به نام ابوبکر الجصاص[۶] (وفات ۳۷۰ /۹۸۱)[۷] معتقد بودند عقل می‌تواند منبع مستقلی برای درک حکم الهی باشد. چالش پیش روی آنها نیز این بود که این توانایی را برای عقل به اثبات برسانند. الجصاص به گونه‌ای از حقوق طبیعی در استدلال‌های خود استفاده کرد که هم مبنایی برای کشف ارزش‌ها و احکام جهان‌شمول باشد و هم برای کشف احکام موردی (مربوط به یک موقعیت خاص) به کار رود. الجصاص چنین استدلال کرد که تمام مخلوقات برای منفعت و سود رسانی به انسان آفریده شده‌اند. مستند او براین ادعا این آیهٔ قرآن بود که: «اوست که آنچه دراین زمین است همه را برای شما آفرید.»[۸] یعنی خدا کل مخلوقات را در اختیار و خدمت انسان نهاده است. لذا تمام مخلوقات باید به نحوی به‌کار گرفته شوند که به منفعت انسان باشد.[۹] هدف غایی از آفرینش مخلوقات همین است که نیازهای انسان را تامین کند. اما نباید این دیدگاه را با دیدگاه سودگرایانهٔ صرف (utilitarianism) اشتباه گرفت. طبیعت‌گرایانی مثل الجصاص چندان علاقه‌ای به حساب کتاب‌های دقیق برای اندازه گیری خیر و شرّ نداشتند. لذا فقط تا آنجا پیش می‌رفتند که نشان دهند طبیعت و مخلوقات در بر گیرنده و بازتاب دهندهٔ قوانین الهی هستند. دراین راستا، دربارهٔ معنی «خیر» (حُسن، حَسَن) و «بد» (قُبح، قبیح)

---

۵. برای مطالعهٔ بیش‌تر دربارهٔ تئوری حقوق طبیعی رجوع کنید به پاولین س. وسترمن، از هم پاشیدگی حقوق طبیعی: اکویناس تا فینیس، ص۱۲، (انتشارات بریل ۱۹۹۸)

۶. برای مطالعهٔ مکتوباتِ فقهیِ او رجوع کنید به: ابوبکر احمد بن علی الجصاص، اصول الجصاص: الفصول فی الاصول، ویراستار محمد محمد تامر، (انتشارات دارالکتب العلمیة ۲۰۰۰)

۷. تاریخ وفات این فقها و نویسندگان هم به میلادی ذکر شده و هم تاریخ اسلامی (هجری قمری). آغاز تاریخ اسلامی ۶۲۲ بعد از میلاد است یعنی زمانی که حضرت محمد از مکه به مدینه هجرت کردند. بنابراین تاریخ اسلامی نشان دهندهٔ مدت زمانی است که از زمان هجرت پیامبر سپری شده.

۸. آیه ۲۹ سوره بقره

۹. الجصاص، رجوع شود به پاورقی شماره ۶، جلد ۲، ص ۱۰۰؛ القاضی ابو الحسن عبدالجبار الاسدآبادی، التکلیف در المغنی، صص ۲۷ و ۳۰ (ویراستار طه حسین؛ انتشارات و تاریخ نشر نامعلوم) ؛ ابوالحسن محمد بن الطیب البصری، المعتمد فی اصول الفقه، جلد ۲، صص ۳۱۵-۳۱۶ (انتشارات دارالکتب العلمیه، تاریخ نا معلوم)

هم بحث کردند و این سوال را طرح کردند که قبل از نزول قوانین الهی از طریق وحی، تکلیف حسن و قبح امور چگونه مشخص می‌شد؟

برخی محققان مثل کرون معتقد بودند این سوال فقط در یک جامعۀ فرضی قابل طرح است که در آن هرگز هیچ وحی الهی‌ای نازل نشده است، یعنی جامعه‌ای که صرفا با قوانین طبیعی اداره می‌شود.[۱۰] برخی دیگر اعتقاد دارند که طرح این سوال ساده سازیِ صورت مساله است. از آنجایی که حل این مساله به صورت مستقیم بسیار دشوار و حتی غیرممکن می‌نمود، فقها و فلاسفه سعی کردند با طرح این فرض در یک جامعۀ فرضی، بررسی آن را راحتتر نمایند. به عبارت دیگر، این فقها فرضی را طرح کردند تا بتوانند مساله را کاملا به صورت انتزاعی بررسی کنند.[۱۱] اما به عقیدۀ اینجانب (نویسنده)، این سوال نه مربوط به یک جامعۀ فرضی است و نه ساده‌سازی صورت مساله. بلکه درواقع فقها سعی کردند با طرح این فرض به این سوال بپردازند که در هنگام سکوت نصّ، قاضی یا فقیه چه اختیاراتی برای کشف قانون الهی دارد؟[۱۲] عموماً، فقهای سنتی معتقد بودند دراین شرایط ۳ حالت را می توان تصور کرد: یا باید فرض را بر این بگذاریم که آن عمل مجاز است، یا فرض بگیریم که ممنوع است، یا بگوییم که وضعیت «توقف» پیش آمده، یعنی امکان کشف حکم الهی وجود ندارد. از دیدگاه معتزله فرض اول درست است، یعنی اصل بر جواز عمل است و فرض بر این است که تمام امور در خلقت مجاز هستند.[۱۳] او برای طبیعت یک ماهیت الهی قائل شد و در نتیجه اصل اولیه را بر جوازِ همه چیز گذاشت مگر اینکه خلاف آن در نصّ تصریح شده باشد. دراین دیدگاه، طبیعت هم مجموعه‌ای از «هست‌ها» است و هم مجموعه‌ای از "بایدها"؛ هم مجموعه ای از واقعیت‌ها است و هم دربر گیرندۀ یک نظام ارزشی و هنجاری که قوانین الهی را در دل خود جای داده است.

از دیدگاه الجصاص حکمِ هرآنچه که نص الهی دربارهاش سکوت کرده را می‌توان به کمک

---

۱۰. کرون، پاورقی شمارۀ ۱، صص ۲۶۳-۲۶۴

۱۱. کوین رین هارت، قبل از نزول وحی: حدود و صغور اندیشه‌های اخلاقی در اسلام، صص ۴-۵ (انتشارات سانی ۱۹۹۵)

۱۲. به عنوان مثال، ابوالمعالی الجوینی (وفات ۴۷۸ ه.ق./۱۰۸۵ م)، فقیه اثبات‌گرای سنتی، این را قبول داشت که لزوما منصوصات و منابع مکتوب الهی همیشه دربرگیرندۀ همۀ واقعیاتی که ممکن است در عمل حادث شوند نیستند. امام الحرمین ابوالمعالی عبد الملک بن عبدالله بن یوسف الجوینی، البرهان فی اصول الفقه، جلد ۲، ص ۱۳، (ویراستار صلاح بن محمد بن عویضة، جلد ۲، ص ۱۳ (انتشارات دار الکتب العلمیة ۱۹۹۷)

۱۳. قابل ذکر است که فقیه معتزلی، ابوالحسین البصری، معتقد بود تا زمانی که نشانه‌ای از بدی و شر وجود ندارد، همۀ اعمال مجاز هستند. البصری، پاورقی شمارۀ ۹، جلد ۲، ص ۳۱۶

عقل درک کرد.[۱۴] ممکن است برخی از اعمال مشمول حکمی جهان‌شمول باشند و برخی دیگر حکمشان بر حسب زمان و مکان تغییر کند، که دراین صورت نیز مجاز هستیم حکم آن را در هر مورد به مددِ عقل دریابیم، هر چند این حکم همیشگی نیست و بر حسب شرایط قابل تغییر می‌باشد. به گفتهٔ الجصاص در صورت سکوت نص الهی، حکمِ برخی از اعمال ممکن است به صورت جهان شمول «واجب» شناخته شود و هیچ تغییری هم دراین حکم رخ ندهد. حکمِ وجوب که به طریق عقلی به اثبات رسیده است به این معناست که عمل مربوطه در هر کجای جهان که باشید واجب است مانند: ایمان به پروردگار، شکرگزاری از فرد نیکوکار و مومن، و انصاف.[۱۵] این اعمال همواره واجب هستند و هیچ تغییری در حکمشان رخ نخواهد داد. به همین ترتیب ممکن است حکم برخی اعمال در هر جای دنیا که باشید حرام و ممنوع باشد. اینها اعمالی هستند که همیشه و همه جا بد و ناپسند تلقی می‌شوند، مثل کفر و ظلم و ستم. بویژه الجصاص تاکید می‌کند که: «[پیش از نزول وحی بر انسان برخی اعمال] در ذات خود بد و قبیح محسوب می شدند و به همین دلیل ممنوع بودند و تغییری هم در ذات و در نتیجه در حکم این اعمال اتفاق نمی افتاد، یعنی همواره بد و قبیح محسوب می‌شدند.»[۱۶] در مورد آن دسته از اعمال که خوبی و بدی آنها بستگی به شرایطی دارد و لذا حکمشان را باید در هر زمان و مکان جداگانه بررسی کرد، الجصاص معتقد است که انسان می‌تواند از راه استدلال عقلی و مقایسه منافع و مضرات هر عمل تشخیص دهد که آیا آن عمل مجاز است، یا واجب است یا حرام.[۱۷]

فلسفهٔ الجصاص در باب علت غایی در طبیعت

برای شناخت حقیقت یک عمل، اینکه خوب است یا بد، برخی به نفس و ذات آن عمل توجه می‌کنند و برخی دیگر سعی می‌کنند از راه مقایسه منافع و مضرات آن عمل به نتیجه برسند. صرف نظر از اینکه کدام دیدگاه درست است، آنچه دراین قسمت موضوع بحث ما است و اساس و شالودهٔ دیدگاه الجصاص را هم تشکیل می‌دهد، دومین نظر، یعنی حقیقتی است که مبتنی بر تجربه و واقعیات عینی می‌باشد. در عین حال، برای اینکه بتوان از بطن این واقعیاتِ تجربی ارزش‌ها و

۱۴. الجصاص، پاورقی شمارهٔ ۶، جلد ۲، صص ۹۹ تا ۱۰۵
۱۵. همان، جلد ۲، ص ۱۰۰
۱۶. همان
۱۷. همان

احکام الهی را استخراج کرد، و به عبارتی دیگر، از دل آنچه که «هست» آنچه که «باید باشد» را کشف کرد، الجصاص ناگزیر بود ارزش‌های ذاتی را هم در نظر داشته باشد. به این معنی که، هرچند منفعت و ضرر مصادیق عینی و بیرونی دارند که قابل تجزیه و تحلیل تجربی است، به نظر من (نویسنده)، خود این مفاهیم متضمِّنِ پیش فرض‌هایی از خوبی و بدی ذاتی هستند، و مهم‌ترین پیش فرض همین است که از نظر الجصاص تمام مخلوقات تنها به جهتِ خدمت رسانی به انسان خلق شده‌اند. در واقع می‌توان گفت مرادِ الجصاص از واژه‌های مصلحت و ضرر اشارۀ غیر مستقیم به قصد الهی است مبنی بر اینکه هدف از آفرینش تمام مخلوقات رفع نیازهای بشر بوده است و لذا، تمام مخلوقات در دل خود یک سیستم ارزشی دارند که این هدف نهایی را دنبال می‌کند. به عبارت دیگر این سخن که هدف خداوند از آفرینشِ طبیعت، تامینِ منافع بشر بوده است تنها بیان کنندۀ یک واقعیت عینی و تجربی نیست، بلکه بیان یک اصل و ارزش تغییرناپذیر است که به مُهر و تایید الهی رسیده است.

از نظر الجصاص اگر تکلیف امری در نصّ الهی مشخص نشده ، و اجماعِ جهانی هم دربارۀ خوبی یا بدی آن وجود ندارد، خود به خود مباح محسوب می‌شود، مشروط بر اینکه فواید آن بیش‌تر از مضراتش باشد.[۱۸] دراینجا جواز، حکمی است که با توسل به استدلال عقلی صادر شده است و مبنای تمام بررسی‌های است که برای کشف حکم هر عملی صورت میگیرد. الجصاص از اصل جواز استفاده می‌کند تا ماهیت ارزشی و هنجار مدارانۀ طبیعت را نشان دهد. و چنانکه گفتیم اصل جواز بر این فرض استوار است که هدف الهی از آفرینش طبیعت رفع نیازهای انسان بوده است. الجصاص توضیح می‌دهد که اصولاً طبیعت و کل مخلوقات برای یکی از این چهار هدف ممکن است آفریده شده باشند: اول، ممکن است هدف خدا از آفرینش مخلوقات نفع رساندن به هیچ فرد یا موجود خاصی نباشد. که دراین صورت کل آفرینش یک عمل عبث و سفیهانه است و جز اصراف چیزی نیست.[۱۹]دوم، ممکن است خداوند مخلوقاتش را برای ضرر رساندن آفریده باشد و نه نفع رساندن به کسی.[۲۰] به عقیده الجصاص این فرض نیز ناپسند و قبیح است. [۲۱]سوم، هدف خدا از آفرینش سود رسانی به خودش بوده است. که این هم از نظر الجصاص غیر ممکن است زیرا خدا

۱۸. همان
۱۹. همان
۲۰. همان
۲۱. همان

بی‌نیاز از هر سود و منفعت، و مصون از هر ضرری است.[۲۲] با این توصیف، به گمان الجصاص تنها فرضی که باقی می‌ماند این است که هدف خدا از آفرینشِ طبیعت سودرسانی به انسان بوده باشد.[۲۳]

بدین ترتیب، از آنجایی که همهٔ مخلوقات به جهت سودرسانی به انسان خلق شده‌اند، فرض براین است که همهٔ اعمال (آن اعمالی که بخشی از خلقت هستند) نیز برای منفعت بشر هستند.[۲۴]منظور از «منافع» فقط سود و صرفه‌ای که در عمل برای انسان حاصل می‌شود نیست، بلکه یک ارزش معنوی هم هست که دربرگیرنده و تامین کنندهٔ خواست الهی می‌باشد. الجصاص توانست ازاین ایده استفاده کند تا واقعیت‌های تجربی و ارزش های انتزاعی را با هم در طبیعت ادغام نماید و به این وسیله توجیه کند که در هنگام سکوت نصّ الهی فقیه می‌تواند با اتّکا به عقل، اقدام به کشف و صدور حکم الهی نماید. در واقع الجصاص مخالف نظر فلاسفه‌ای بود که می گفتند طبیعت نمی‌تواند دراین خصوص نقش تعیین کننده و قطعی داشته باشد و اساساً نمی توان ادعا کرد که هدف غایی از آفرینش طبیعت سودرسانی به انسان است. اما الجصاص برای طبیعت معنایی متافیزیک و فراطبیعی قائل بود و از همین معنا استفاده می‌کرد تا اختیار فقیه در استنباط حکم الهی را ثابت کند، و از دل واقعیتی عینی و تجربی، ارزش‌هایی الهی را استخراج نماید.

شهاب الدین الغفاری (وفات ۶۸۴ /۱۲۸۵)، فقیه اثبات‌گرای مالکی-اشعری دیدگاه طبیعت گرایانهٔ معتزله، مثل دیدگاه الجصاص، و اعتقاد ایشان مبنی بر اینکه عقل می‌تواند منبع صدور حکم الهی باشد را زیر سوال برد. اما الغفاری به هم مشربانِ اشعریِ خود که نقدهای نادرستی بر معتزله وارد کرده بودند نیز انتقاد کرد. چنانکه خواهیم گفت، بسیاری از اثبات‌گرایان چنین فرض گرفته‌اند که در دیدگاه معتزله، عقل به تنهایی و بدون هیچ ارتباطی با منابع الهی می‌تواند حکم صادر کند. اما الغفاری متوجه بود که این فرض اشتباه است[۲۵] و می دانست که از نظر معتزله عقل چنین قدرت مستقلی ندارد؛ بلکه معتزله برای اعتبار بخشیدن به عقل، توصیفی از خداوند ارائه داده بودند که این توصیفِ الهی تایید کنندهٔ اختیار عقل بود، و انتقادِ اصلیِ اثباتگرایانی مثل اشعریون، که الغفاری هم یکی از آنها بود، به همین توصیف الهی بود. معتزلیون و اشعریون هردو معتقد بودند که حکم در

۲۲. همان

۲۳. همان

۲۴. همان

۲۵. شهاب الدین ابوالعباس احمد بن ادریس عبدالرحمان الصنهاجی الغرفی، نفایس الاصول فی شرح المحصول، جلد ۱، ص ۱۳۸ و ۴۰ (ویراستار محمد عبدالقادر عطا، دارالکتب العلمیه ۲۰۰۰)

هر حال ازآن خدااست، ولی معتزلیون یک قدم فراتر رفتند و گفتند خداوند عالم انسان‌ها را از فساد منع کرده و به کسب ثواب و منفعت امر نموده.[۲۶] و نکته مهم اینجااست که به عقیدۀ آنها منفعت و فساد مفاهیمی هستند که درک آنها نیاز به بررسی و استدلال عقلی دارد.

به عقیدۀ الغفاری بحث و اختلاف بنیادین بین دو گروه معتزله (طبیعت گرایان) و اشعری (اثباتگرایان) ایناست که آیا عقل این توانایی را دارد که از طریق بررسی تجربی و محاسبۀ منافع و مضرّات یک عمل به نتیجۀ قطعی برسد که حکم واقعی الهی در آن خصوص چیست. به گفته الغفاری ماهیت اعتقاد معتزله به توانایی عقل برای کشف حکم الهی، هیچ تفاوتی با ماهیت اعتقاد آنها به سایر صفات خداوند از قبیل «عالِم»، «قوی» و «کامل» ندارد، و هر دو اعتقاد، به لحاظ ماهیت، از یک جنس هستند. همانگونه که معتزله وجود این صفات را برای خداوند مفروض میگیرد، همانگونه هم معتقد است که خداوند در پی حفظ مصالح و منافع عمومی است. به همین دلیل، به عقیدۀ معتزله، می‌توانیم با بررسی مفهوم منفعت عمومی و سنجیدن منافع و مضرات هر عمل به حکم الهی برسیم. در واقع معتزله واقعیت‌های عینی (هست‌ها) را با ارزش‌ها (بایدها) ادغام کردند. این ادغام زمانی میسّر شد که معتزله برای طبیعت یک هدف و غایت الهی قائل شدند. به این ترتیب الغفاری نتیجه می‌گیرد کسانی که معتقدند معتزلیون برای عقل اعتباری مستقل از حکم الهی قائل شده‌اند در اشتباه هستند.[۲۷]

مبنای استدلال طبیعت‌گرایان معتزلی براین بود که هدف خداوند از آفرینش طبیعت رفع نیاز انسان است، و در نتیجه در راستای همین هدف، طبیعت در ماهیتِ خود از یک نظام ارزشی بر خوردار است. این «نیاز»، چیزی نیست به جز همان منافع و مصالحی که کسبِ آن توسط انسان مورد پسند خداوند است، و تشخیص آن با استدلال عقلی میسر می‌باشد. معتزلۀ بصره از همین طریق، یعنی بررسی این منافع و مصالح، احکام و ارزش‌های الهی را استخراج می کردند. الغفاری نشان می‌دهد که چگونه طبیعت گرایان بوسیلۀ احکام خمسه اعمال را ارزشیابی و تقسیم بندی می‌کردند. احکام خمسه دسته بندی ابتدایی و اساسی احکام است که همۀ فقهای سنتی از همۀ مکاتب و فِرَق از آن پیروی می‌کردند و به موجب آن تشخیص می‌دادند که آیا یک عمل واجب

۲۶. همان، جلد ۱، ص ۱۴۰
۲۷. همان

است، یا مندوب (مستحب)، یا مباح، یا مکروه یا حرام (محظور).[۲۸] آثار و تبعات هر حکم با دیگری متفاوت است. به عنوان مثال وقتی عملی واجب است انجام آن موجب پاداش و عدم انجام آن موجب عقوبت و کیفر توسط خدا است. اما عمل مندوب (مباح) عملی است که انجام آن موجب ثواب است ولی عدم انجام هیچ عقوبتی در پی نخواهد داشت.[۲۹]

به گفتهٔ الغفاری، معتزلیون معتقدند هرگاه عملی تماماً متضمِّن مصلحت است و یا (اگر علاوه بر مصلحت، مضرّاتی نیز در پی دارد اما) متضمن مصلحتی ارجح می‌باشد، مشخص است که خداوند انجام آن را توسط انسان می‌پسندد چراکه آن مصلحت باید تامین گردد (مصلحت خالص یا راجح). و اگر عملی تماماً موجب فساد گردد یا فساد آن به مراتب بیش‌تر از مصلحت آن باشد، خواستِ خداوند عدم انجام آن عمل است. اگر عملی نه متضمِّن فساد است و نه مصلحت، و یا مصالح و مفسدهاش با هم برابری می‌کنند، آن عمل مباح می‌باشد. اگر عملی موجب تامین مصلحتی می گردد و در عین حال از انجام آن عمل مفسده‌ای کم اهمیت نیز حادث می‌شود صرفا مندوب (مستحب) می‌باشد، یعنی شخص با انجام آن مستحق دریافت پاداش است، ولی در صورتِ ترکِ آن عمل، مستوجب عقوبت نمی‌باشد. حال اگر یک عمل به جهت مصلحتی که در پی دارد از اهمیت بسیار بالایی برخوردار باشد، آن عمل واجب محسوب می‌شود. از طرف دیگر، اگر عملی صرفاً ایجاد مفسده می‌کند ولی درجهٔ اهمیت آن چندان بالا نیست انجام آن عمل مکروه است، یعنی در صورتی که شخص آن را انجام دهد مجازات نمی‌شود ولی اگر از انجامش خود داری کند پاداش داده خواهد شد. و اگر عملی صرفاً ایجاد مفسده کند و از اهمیت بالایی نیز برخوردار باشد دراین صورت انجام آن حرام است.[۳۰]

این توضیحات، که توسط یکی از اشعریون و به عنوان منتقد معتزله داده شده، نشان می‌دهد که

۲۸. همان، جلد ۱، ص ۱۳۸

۲۹. محمدهاشم کمالی، اصول فقه اسلامی صص ۴۱۳-۴۳۱ (چاپ سوم، انتشارات ایزلامیک تکست سوسایتی، ۲۰۰۳)

۳۰. الغرفی، پاورقی شمارهٔ ۲۵، جلد ۱، صص ۱۳۸ تا ۱۳۹. الغرفی تلاش بسیاری کرد تا اندیشه های طبیعت گرایانهٔ معتزله را تشریح کند، و به کسانی که دیدگاه‌های معتزله را به اشتباه نقل کرده اند یا بیش از حد دست به ساده سازی آن زده‌اند انتقاد کرد. (همان، جلد ۱، ص ۱۴۰) او معتقد بود که مبنای استدلالی معتزلیون از انسجام کافی برخوردار است. اما بیش‌تر وقت خود را صرف نقد همین مبانی کرد. به نظر او، معتزله از مفهوم مصلحت در کشف و صدور حکم به نحوی استفاده می کردند که این مصلحت هم به جهت ارزشی و الهی هم به جهت عینی و تجربی توجیه کنندهٔ حکم باشد. اما در عین حال معتزله به نص الهی هم برای توجیه این روش استناد می کردند. اما الغرفی معتقد بود که ممکن است نصّ الهی چیزی را نهی کند که عقل در انجام آن مصلحتی ببیند. بنابراین، استدلال معتزله در درون خود دچار تناقض است. (همان، جلد ۱، صص ۱۳۸-۱۳۹) علاوه براین، الغرفی معتقد بود که هرچند ممکن است با بررسی و تشخیص مصلحتِ اهمّ در اعمال و احکام الهی پی به حسن و قبح امور ببریم، ولی مساله اینجاست که نمی توانیم مطمئن باشیم که عقل ما همیشه قادر به تشخیص مصلحت اهمّ خواهد بود. (همان، جلد ۱، صص ۱۴۸-۱۴۹) در نتیجه، بنابراین او چنین نتیجه گرفت که حسن و قبح را صرفاً بر اساس نصّ الهی می توان تشخیص داد، نه با توسل به مفهوم مصلحت. (همان، جلد ۱، ص ۱۵۲)

چطور معتزلیون با بررسی تجربی امور و سنجیدن مصلحت و مفسدۀ یک عمل سعی در تشخیص حکم الهی داشتند، و چطور این روش استدلال را با مفروضات خود در باره طبیعت و هدف از آفرینش توجیه می کردند. در واقع مفهوم مصلحت در ذات خود با همان هدف الهی مرتبط است که معتزلیون برای آفرینش متصور شده اند. به این ترتیب است که طبیعت‌گرایان معتزلی، مانند الجصاص، از طریق بررسی تجربی امور می‌توانستند به درک و تشخیص حکم الهی برسند.

نقد اثبات‌گرایان بر غایت شناسیِ مبتنی بر طبیعت گرایی

مهم‌ترین انتقاد اثبات‌گرایان به موضع طبیعت گرایانۀ معتزلیون این بود که آنها سعی داشتند از روشی تجربی برای رسیدن به احکامی ارزشی و الهی استفاده کنند. به عبارت دیگر آنها می‌خواستند از آنچه «هست»، آنچه «باید باشد» را استخراج نمایند. اما اثبات‌گرایان این روش را نقد می‌کردند و معتقد بودند نمی‌توان مطمئن بود و مفروض دانست که این روش تجربی همواره به کشف حقیقت منتهی می‌شود. از دید اثبات گرایان، طبیعت نمی‌تواند نقشِ تعیین کننده در تعیین احکام الهی داشته باشد و لزوماً همیشه دربر دارندۀ مصلحت نیست.

اثبات گرایان حتی گاه چنین استدلال می‌کردند که بشر بر حسب فطرت خود میل به انجام اموری دارد که طبق نصّ الهی ازآن منع شده است. به عنوان مثال، ابن حزم، فقیه اهل اندلوس (وفات ۴۵۶ /۱۰۶۳) مدعی بود خداوند میل به ارتکاب گناهان را در نهاد بشر گذاشته است، مثل امیال شهوانی که با دیدن زنان زیبا و مردان جوان خوش قیافه در انسان بر میخیزد، یا میل به نوشیدن شراب، ترک جهاد علیه کفار، و خوابیدن در زمانی که باید نماز را برپا داشت. میل به این گناهان در انسان وجود دارد در حالی که خداوند همه را منع کرده است. ابن حزم از این بحث این نتیجه را می‌گیرد که نمی‌توان با مطالعۀ طبیعت، که امیال و خواسته‌های بشر هم بخشی ازآن است، احکام الهی را استنباط کرد و تصمیم گرفت چه چیزی واجب است و چه چیزی حرام.[۳۱]

ابومحمد غزالی، فقیه شافعی اشعری (وفات ۵۰۵ /۱۱۱۱)، با کسانی که معتقد بودند آفرینش خوردنیهای بسیار لذیذ دالّ بر این است که هدف خداوند سودرسانی به انسان میباشد، مخالف بود. به گفتۀ غزالی، هم طبیعت‌گرایان و هم اثبات‌گرایان قبول دارند که یکی از ویژگی‌های خوردنی‌ها

۳۱. ابو محمد علی بن حزم، الاحکام فی اصول الاحکام، جلد ۲، ص ۵۴ (دارالحدیث ۱۹۸۴). ابوالعمالی الجوینی، غیاث الامم في الثیات الظلم، ص ۸۵، (انتشارات دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷). الجوینی اعتقاد داشت که هدف قانون و حکومت کنترل کردن و محدود کردن هواء و امیال انسانی است. و به نظر الجوینی نمیتوان چنین امیالی را مبنای وضع قانون قرار داد.

مزهٔ مطبوع آن است، ولی ممکن است هدف خداوند از قراردادنِ چنین مزه‌ای در طبعِ آن خوردنی لذت بردنِ انسان نباشد، بلکه برعکس، خواسته تا انسان از خوردن آن منع شود و در ازای این تحریم به او پاداش بدهد، همانطور که اگر انسان از انجام کارهای ناپسند خودداری کند مستحق دریافت پاداش است.[۳۲]

ابن‌اسحاق شیرازی (وفات ۴۷۶ / ۱۰۸۳)، فقیه معروف شافعی دلایل مختلفی ارائه کرد مبنی بر اینکه استدلال طبیعت‌گرایانهٔ معتزله معتبر نیست. او اساساً با این ادعا که هدف از آفرینشِ مخلوقات سودرسانی به انسان است مخالف بود، چراکه این ادعا فرض را بر این گذاشته که خداوند نیز از طریق استدلال عقلی مصالح را تعیین می‌کند، در حالی که از نظر شیرازی خداوند به هرآنچه که اراده نماید امر می‌کند.[۳۳] به علاوه، اگر بگوییم همهٔ مخلوقات به جهت نفع رسانی به انسان آفریده شده‌اند چگونه می‌توان تحریم برخی چیزها مثل شراب و گوشت خوک را توجیه کرد؟ آیا می‌توانیم بگوییم کل آفرینش هستی در خدمت انسان بودهاست، درحالی که برخی از این آفریده‌ها برای انسان حرام شده اند؟[۳۴] به اعتقاد شیرازی ممکن است این محرّمات برای انسان‌هایی خلق شده باشد که پس از ما آفریده خواهند شد، دراین صورت نمیتوان مفروض دانست که هدفشان رفع نیاز ما است. او در ادامه می افزاید که شاید هدف این باشد که انسان‌ها با غلبه بر نفس خود از انجام برخی امور خود داری کنند و به این جهت پاداش داده شوند. لذا فرض‌های غیر از آنچه که طبیعت‌گرایان ادعا کرده‌اند نیز می‌تواند وجود داشته باشد و به همین دلیل هم نمی توان با قطعیت قبول کرد که با روش آنها بتوانیم به حکم الهی دست یابیم.[۳۵]

از آنچه گفتیم نباید چنین برداشت شود که اثبات‌گرایان از نقش عقل در تشخیص حسن و قبح غافل بوده اند. آنها قبول داشتند که انسان همواره با توسل به عقل خود در حال بررسی و تصمیم

---

۳۲. ابو حامد محمد بن محمد غزالی، المستصفی من علم الاصول، جلد ۱، صص ۱۵۴ و ۱۵۵ (ویراستار ابراهیم محمد رمضان، انتشارات دار الارقام، تاریخ نشر نامعلوم) همچنین رجوع شود به ابوبکر احمد بن علی بن ثابت الخطیب البغدادی، کتاب الفقیه والمتفقه و اصول الفقه، صص ۱۹۳-۱۹۳، (ویراستار زکریا علی یوسف ۱۹۷۷)؛ ابواسحاق الشیرازی، شرح اللمعه، جلد ۲، ص ۹۸۴، (ویراستارعبدالمجید ترکی، انتشارات دارالغراب الاسلامی ۱۹۸۸). السمعانی (۴۸۹ ه.ق./۱۰۹۶ م) هم مخالف این عقیده بود که بر مبنای مصلحت اقدام به کشف و صدور حکم کنیم. به عقیدهٔ او اینکه یک عمل چه منفعتی در پی دارد نباید تعیین کنندهٔ ارزش آن عمل به لحاظ خوبی یا بدی باشد. بلکه باید دید آیا اماره‌ای مبنی بر قبح آن وجود دارد یا خیر. بنابراین نباید اصل را بر جوازِ عمل بگذاریم، بلکه برعکس، وقتی اماره‌ای وجود دارد مبنی بر اینکه در ایجابِ تکلیف شرّی نهفته، باید تکلیف را منتفی کنیم. منصور بن محمد بن عبدالجبار السمعانی، قواطع الأدلة فی الاصول، جلو ۲، صص ۴۹-۵۰ (محمد حسن محمود حسن اسماعیل الشافعی، ویراستار دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷)

۳۳. ابو اسحاق الشیرازی، پاورقی شمارهٔ ۳۲، جلد ۲، صص ۹۸۳-۹۸۴

۳۴. همان

۳۵. همان، جلد ۲، صص ۹۸۳-۹۸۴

گیری‌های اخلاقی می‌باشد، اما به اعتقاد آنها نمی‌توان و نباید تصمیماتی که این گونه گرفته می‌شوند را حکم الهی دانست. هر فردی می‌تواند با سنجیدن منافع و مضرات هر عمل دربارۀ خوبی و بدی آن به نتیجه‌ای برسد، ولی این نتیجه لزوماً مُهر و تایید الهی را ندارد. به عنوان مثال الجوینی (وفات ۱۰۸۵/۴۷۸)، فقیه شافعی-اشعری، معتقد بود که انسان می‌تواند با استدلال عقلی خطر را دریابد و از آن اجتناب کند (اجتناب المهالک) و در جهت مصالح خود قدم بردارد (ابتدار المنافع). و انکارِ این امر خود منافی عقل است (خروج عن المعقول)[۳۶] چراکه قدرتِ تمیز و تشخیص موهبتی است که خداوند در وجود بشر نهاده است و الجوینی از آن به عنوان «حق الآدمیین» یاد می‌کند.

اما تصمیم گیریهای اخلاقی با تعیینِ حکم الهی و صدورِ حکم وجوب و تحریم متفاوت است.[۳۷] به عقیدۀ الجوینی نحوۀ تصمیم گیری خداوند دربارۀ حکم هر عملی با نحوۀ تصمیم گیری انسان در موارد سکوت نصّ الهی فرق دارد. خداوند برای صدور حکم الهی، منافع و مضراتِ آن را نمی‌سنجد، و به شیوۀ انسان‌ها استدلال عقلی و منطقی نمی‌کند. بنابراین به عقیدۀ الجوینی برای تشخیص اینکه آیا عملی از دیدگاه الهی خوب است یا بد تنها راه ممکن این است که ببینیم خداوند برای انجام آن پاداش در نظر گرفته یا مجازات.[۳۸] به نظر الجوینی اصولا فهم این مسایل برای بشر غیر ممکن است.[۳۹] انسان‌ها نمیتوانند حکم الهی را از طریق تجزیه و تحلیل منافع و مضرات هر عمل دریابند، چرا که خداوند فراتر از اینگونه امور زمینی و دنیوی است. البته این سخن بدان معنا نیست که انسان‌ها قادر به تشخیص خوب و بد نیستند، بلکه منظور این است که انسان تنها در مواردی می‌تواند از این تشخیص استفاده کند که حکمِ آن توسط خداوند مشخص نشده است. به علاوه، در هر حال تشخیص انسان برابر با خواست و ارادۀ خداوند نیست، زیرا خداوند در آن خصوص سکوت کرده است. الجوینی ادامه می‌دهد که:

> «[برای انسان] منع نشده است که درباره این دو مفهوم [خوب و بد] بیاندیشد و تفحّص کند و میزان منافع و مضرّات هر عمل را بسنجد، مشروط بر اینکه [تصمیم نهایی خود را] به خداوند نسبت ندهد و از جانب خداوند برای آن پاداش و مجازاتی تعیین نکند.»[۴۰]

---

۳۶. الجوینی، پاورقی شمارۀ ۴، جلد ۱، ص ۱۰
۳۷. همان
۳۸. همان
۳۹. همان
۴۰. همان

به این ترتیب اثبات گرایان برای انسان این اختیار و توانایی را قائل بودند که با بررسی حسن و قبح تصمیم‌های اخلاقی اتخاذ کند، اما معتقد بودند تشخیص حکم الهی فراتر از توانایی عقل انسان است. حکم الهی تنها از طریق رجوع به نصّ الهی قابل درک است، و در زمان سکوت نصّ هیچ کس نمی‌تواند حکم الهی صادر نماید. غالبا اثبات‌گرایان معتقد بودند که دراین شرایط صدور حکم با «توقّف» مواجه می‌شود.[۴۱] حکم واقعی قضیه هر چه که در ذهن خودِ خداوند باشد، انسان توانایی دست یابی به آن را ندارد.

اما رسیدن به وضعیت «توقّف» به این معنی نیست که شخص بی نیاز از تصمیم گیری است. انسان در هر حال مجبور است انتخاب کند که چگونه عمل کند. ولی اینکه بگوییم دراین موارد هر تصمیمی که انسان بگیرد مطابق با حکم الهی نخواهد بود، چندان مورد پسند عوام نیست، چراکه مردم می‌خواهند مطمئن باشند که حکم خدا را انجام می دهند. اثبات گرایان از اصولی در تفسیر و تحلیل خود بهره می‌بردند که به آنها کمک می‌کرد این نگرانی را نیز حل کنند. آنها دراین موارد از اصل استصحاب حال یا بقای متیقّن سابق استفاده می کردند. طبق این اصل هرگاه نصّ الهی دربارهٔ امری ساکت است میتوانیم عدمِ وجودِ وظیفه را استصحاب کنیم، یعنی شخص مانند سابق رها از هر وظیفه است (اصل برائت ذمه)، و می‌تواند به نحوی که می خواهد عمل کند.[۴۲] به عنوان مثال

---

۴۱. ابوبکر احمد بن علی بن ثابت الخطیب البغدادی، کتاب الفقیه والمتفقه، صص ۱۹۲-۱۹۴ (مطبوعات الامتیاز ۱۹۷۷)؛ ابن حزم، احکام فی اصول الاحکام، جلد ۱، ص ۵۲، ابوالمضفر منصوربن محمد بن عبدالجبار السمعانی، پاورقی شمارهٔ ۳۲، ج ۲، صص ۴۶-۴۷ (ویراستار محمود حسن محمد حسن اسماعیل الشافعی، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)؛ ابواسحاق شیرازی، پاورقی شمارهٔ ۳۲، ج۲، ص ۹۷۷، الغرفی، پاورقی شمارهٔ ۲۵، ج ۱، ص ۱۷۳؛ السمرقندی، میزان الاصول ج ۱، ص ۳۱۴ (لجنة إحیاء التراث العربی و الإسلامی ۱۹۸۷) (القصار مالکی این طور نوشته که برخی از هم مشربان او در فرقهٔ مالکی طرفدار این عقیده بودند و می‌گفتند برای صدور حکم جواز یا نهی برای هر چیزی ما نیاز به حجت داریم.) القصار، المقدمه فی الاصول صص ۱۵۳-۱۵۵ (ویراستار محمد بن الحسین السلیمانی، انتشارات دارالغرب الاسلامی ۱۹۹۶) به عبارت دیگر وقتی نصّ الهی دربارهٔ امری ساکت است ما نمیتوانیم از طریق عقل به کشف حکم آن نائل آییم. اما از نظر القصار هیچ امری نیست که درباره اش حکمی وجود نداشته باشد. پیامبرانی که بعد از حضرت آدم آمده‌اند تکلیف همه چیز را روشن کرده‌اند و امری ناگفته باقی نمانده است. محمد فیض الحسن الکنکوهي میگوید که وقتی با سوالی مواجهیم که پاسخ آن در عمل منجر به پاداش یا مجازات الهی می‌شود به عقیدهٔ اشعریون تکلیف قضیه را فقط از طریق نصّ الهی می توان روشن کرد. محمد فیض الحسن الکنکوهي، «عمدة الحواشی» در، ابوعلی الشاشی، اصول الشاشی، ص ۱۴۳ (انتشارات دارالکتب العربی ۱۹۸۲). الامشي هم گفته که برخی از ماتریدی‌ها، اثبات گرایان (اصحاب الحدیث) وبرخی ازمعتزلیون این اعتقاد را داشتند. الامشی، کتاب فی اصول الفقه، ص ۱۵ (ویراستار عبدالمجید ترکی، انتشارات دارالغراب الاسلامی ۱۹۹۵) از نظر او هیچ راهی وجود ندارد که عقل بتواند حکم الهی را کشف کند. لذا وقتی نصّ الهی دربارهٔ امری ساکت است باید بپذیریم که دربارهٔ آن هیچ قانون و حکمی وجود ندارد. الفریکان میگوید که اکثرین اشعریون همین نظر را داشتند. تاج الدین عبدالرحمان بن ابراهیم ابن فریکان، شرح الورقات، صص ۳۴۷-۳۵۰ (ویراستار سارا شافعی الهجری، انتشارات دارالبشیر الاسلامیة ۲۰۰۱). جالب است که به گفتهٔ ابوحامد الغزالی حتی برخی از معتزلیون نیز این نظر را پذیرفته‌اند. البته منظور آنها از «وقف» این است که وقتی نصّ الهی دربارهٔ امری وجور ندارد و در نتیجه تکلیفی هم وجود ندارد، عقل باید دربارهٔ آن تصمیم بگیرد. ابوحامد الغزالی، پاورقی شمارهٔ ۳۹، ج ۱، ۱۵۱-۱۵۳. همچنین رجوع کنید به السمرقندی، میزان الاصول، ج ۱، ص ۳۱۴، که لیستی از معتزلیونی که ایدهٔ «توقف» را قبول دارند تهیه کرده. او همچنین قید کرده که اثبات گرایان (اصحاب الحدیث) هم طرفدار این نظر بودند.

۴۲. ابو ولید الباجی، احکام الفصول فی احکام الاصول، ج ۲، ص ۷۰۰، (چاپ دوم، ویراستار عبدالمجید ترکی، انتشارات دارالغرب اسلامی ۱۹۹۵)

ابو ولید الباجی (وفات ۱۰۸۱/۴۷۴) این سوال را مطرح کرد که آیا اقامۀ نماز وتر واجب است یا خیر. وتر ششمین رکعت نماز شب است که پس از اقامۀ ۵ رکعت نخست خوانده می‌شود. فقها در باب اینکه آیا اقامۀ ششمین رکعت واجب است یا نه، اختلاف کرده‌اند. به گفتۀ الباجی، اگر یک فقیه حنفی از یک فقیه مالکی این سوال را بپرسد فقیه مالکی پاسخ خواهد داد که خیر، واجب نیست [۴۳] و در توجیه ادعایش این گونه استدلال خواهد کرد:

«اصل بر عدم وجود تکلیف است (برائت ذمه) و راه کشفِ تکلیف شرع و نصّ الهی است. من در شرع و نصوص الهی جستجو کرده ام و هیچ تکلیفی [مبنی بر وجوب اقامۀ نماز وتر] پیدا نکرده ام. اگر چنین تکلیفی وجود داشت با این میزان تفحّصی که کردم می‌بایست آن را می‌یافتم. بنابراین [حکم این قضیه مشخص است] طبق اصل برائت ذمه.» [۴۴]

به اعتقاد الباجی تنها راه کشف تکلیف، نصّ الهی و شرع مقدس است، و به همین دلیل مسلمانان هیچ تکلیفی مبنی بر اقامۀ رکعت ششم نماز شب (وتر)، یا تکلیفی برای پرداخت زکات اضافه، یا روزه گرفتن در ماهی غیر از ماه رمضان ندارند.[۴۵]

از نظر ابوحامد غزالی هم، هرچند عقل نمی‌تواند به تنهایی کاشف از حکم الهی باشد، اما در جایی که نصّ الهی هیچ تکلیفی را تعیین نکرده است عقل حکم می‌کند که انسان از بابتِ ترک آنچه که تکلیفی به انجامش ندارد مجازات نشود. آنچه عقل قادر به درک آن است این است که با بررسی و تفحّص دریابد آیا شرع مقدس و نصّ الهی تکلیفی را معین کرده است یا خیر، و اگر پاسخ منفی است، در آن صورت اصل بر عدم وجود تکلیف است، مگر اینکه خلاف آن در شرع تصریح شود.[۴۶] بنابراین، هرچند اصل استصحاب حال و برائت ذمه نیز اصلی منطقی و عقلانی است اما با اصل جواز که مورد نظر طبیعت‌گرایان معتزلۀ بصره بود فرق دارد. اصل جواز که مورد نظر معتزلیون است بر این استدلال استوار است که با توجه به غایت آفرینش، عقل می‌تواند اصالتاً و مستقلاً کاشف از احکام و تکالیف الهی باشد. اما مبنای اصل استصحاب براین است که هرگاه نصّ الهی مبنی بر وجود تکلیف در دست نیست، به حکمِ عقل، تکلیفی در آن موضوع وجود ندارد. آنچه در

۴۳. قابل ذکر است که حنفی‌ها با استناد به سنت پیامبر معتقد بودند وتر نماز واجب است. اما حنفی‌ها کسانی را که با این عقیده مخالف بودند مرتد نمی دانستند. ابوالحسن علی بن ابی بکر الفرقانی المرغینانی، الهدایة: شرح بدایت المبتدی، ج ۱، ص ۸۰ (ویراستار محمد درویش، انشارات دارالارقام)

۴۴. ابو ولید الباجی، پاورقی شمارۀ ۴۲، ج ۲، ص ۷۰۰

۴۵. همان

۴۶. ابو حامد الغزالی، پاورقی شمارۀ ۳۲، ج ۱، ص ۵۸۵

عهده و توان عقل است این است که دریابد آیا حکم قضیه در شرع مقدس بیان شده است یا خیر. بنابراین هرگاه با کوشش عقلی به این نتیجه رسیدیم که نصّی دراین خصوص وجود ندارد تکلیفی هم وجود ندارد ، لذا مجازات و سرزنش الهی هم منتفی است. البته در نهایت نتیجهٔ اِعمال هر دو اصل این است که شخص از هر گونه مجازات یا پاداشی مبرّا است، ولی نقش عقل دراین دو اصل تفاوت دارد.[۴۷] تفاوت اساسی دراین نکته است که اصل استصحاب حال برای عقل این اعتبار را قائل نیست که به تنهایی کاشف از حکم الهی باشد، و تنها راه کشفِ حکم الهی در هر حال شرع مقدس و نصّ الهی است.

اثبات‌گرایانِ متمایل به طبیعت گرایی

هرچند برخی از فقهای اثبات‌گرا که پیشتر نام بردیم عقل را در کشفِ حکم الهی ناتوان می‌دانستند، در بین آنها فقهایی هم بودند که اختیاراتی را برای فقیه قائل می‌شدند که به موجب آن بتواند قوانین شریعت را استخراج نماید. اصل استصحاب حال صرفاً برای برائتذمه و اثبات عدم وجود تکلیف به کار می‌رفت، اما هرگاه لازم بود تا وجودِ تکلیفی را مشخص کنند این اصل نمی‌توانست کاربرد داشته باشد. و مهم‌ترین چالش پیشروی این اثبات‌گرایان نیز این بود چگونه اختیار فقیه برای صدور حکم در چنین مواردی را توجیه کنند. سرانجام، فقهایی مانند غزالی، فقیه اشعری شافعی، تا حدی به طبیعت‌گرایی نزدیک شدند، هرچند هنوز با طبیعت گرایانی مثل الجصاصِ معتزلی فاصله داشتند. طبیعت‌گرایانِ معتزلی تا آنجا پیش رفته بودند که معتقد بودند نه تنها طبیعت بلکه حتی خداوند هم فقط با هدف تامین مصالح بشر عمل می‌کند و تصمیم می‌گیرد.[۴۸] اما اثبات‌گرایان این ادعا را بر خلاف قدرت تامّ و مطلق خداوند می دانستند، بنابراین دیدگاه خود را به گونه‌ای مطرح کردند که با قدرت تامّهٔ پروردگار در تعارض نباشد. برای توضیح این نوع خفیف طبیعت گرایی که

---

۴۷. دربارهٔ نقش استصحاب الحال در نظریهٔ کسانی که معتقد به «توقف» بودند مراجعه کنید به القصار، پاورقی شمارهٔ ۴۱، ص ۱۵۷؛ الکتاب البغدادی، پاورقی شمارهٔ ۴۱، صص ۱۹۱-۱۹۲، ابو اسحاق الشیرازی، پاورقی شمارهٔ ۳۲، ج ۲، ص۹۸۶، الامشی، کتاب فی اصول الفقه، ص ۱۸۸، (ویراستار عبدالمجید ترکی، دارالغرب الاسلامی ۱۹۹۵). ابن حزم الظاهری اندولسی، روش دیگری را برای حل این مساله پیشنهاد کرد. او نظر کسانی را که میگفتند در هنگام سکوتِ نصّ باید از باب احتیاط از آن عمل دوری گزید را زیر سوال برد. او معتقد بود که دراین حالت نمیتوان حکم به نهی آن عمل صادر کرد زیرا این حکم فقط بر مبنای یک ظنّ است نه یقین. صدور حکم بر مبنای احتیاط در واقع معادل است با صدور حکم بر مبنای ظنّ، و بیش‌تر جنبهٔ تقوا و پرهیزگاری دارد تا جنبهٔ حقوقی. به علاوه، این نظر بر خلافِ نصّ الهی است که به صراحت گفته خداوند تمام مخلوقات را برای مصالح بشر آفریده است. بنابراین به عقیدهٔ ابن حزم، اصل بر آزادی عمل انسان در اموری است که نصّ الهی در موردش سکوت اختیار کرده. ابن حزم، پاورقی شمارهٔ ۴۱، ج ۲، صص ۱۸۰-۱۸۹

۴۸. برای مطالعهٔ بیش‌تر دربارهٔ نظریات معتزلیون در باب عدل خداوند و استمرار عمل به خیر مراجعه کنید به مونتگومری وات، دورهٔ شکوفایی اندیشهٔ اسلامی، صص ۲۳۸-۲۴۳ (انتشارات وانورلد، ۱۹۹۸)

در آثار برخی از اثبات‌گرایان دیده می‌شود، در ذیل به تشریح گفته‌های غزالی می‌پردازم.

غزالی استدلال خود را عمدتاً بر دو پایه قرار داد: اول رحمت و فضل الهی و دوم آن دسته از اختیاراتی که طبق نصّ صریح الهی و یا اجماع فقها به فقیه داده شده است تا طبق آن اقدام به کشف حکم نماید. غزالی با اتّکا به آنچه گفته شد و نیز درک و شهود شخصی فقیه، شناخت رحمت و فضل الهی و با کمک استدلال استقرایی، اهداف بنیادینِ یک سیستم حقوقی را عنوان کرد که به اعتقاد او هر سیستم حقوقی باید تامین کنندۀ این مقاصد و اهداف باشد. او برای هر کدام از این مقاصد نیز مستندی شرعی ارائه کرد. دستیابی به این اهداف خود نیازمند درک شهودی مفهوم خوب و بد بود. دراینجا بود که غزالی به طبیعت‌گرایان نزدیک شد زیرا ناگزیر بود که منافع و مصالح هر امری را بسنجد تا تشخیص دهد که آیا در خدمت آن هدف غایی قرار خواهد گرفت یا نه.

به عقیدۀ من (نویسنده) روش غزالی هم در بر گیرندۀ نوعی طبیعت گرایی است. مصلحت یعنی صلاح و هر آنچه که منجر به نتیجه‌ای خیر شود.[۴۹] و به محض اینکه غزالی مفهوم مصلحت را در قانونگذاری وارد نمود و برای رسیدن به مقاصد سیستم حقوقی، خود را ناگزیر از تشخیص مفهوم دانست، در واقع وارد حیطۀ طبیعت گرایی شد. او نیز مانند طبیعت گرایان واقعیت تجربی و عینی را با ارزش‌ها و هنجارهای انتزاعی درآمیخت. ولی برای اینکه گرفتار استدلال طبیعت گرایانی مثل الجصاص که حتی خداوند را هم محدود به عمل در حیطۀ صلاح و مصلحت انسان می دانستند نشود، و برای اینکه ادعایش منافاتی با قدرت تامّۀ خداوند نداشته باشد، مبنای استدلال خود را چیز دیگری قرار داد. غزالی چنین عنوان کرد که خیر و مصلحت در طبیعت نتیجۀ لطف و فضل خداوند است و برای این سخن خود مستندات شرعی نیز ارائه داد. و از آنجایی که این خیر و مصلحت نتیجۀ لطف خداوند است، او می‌تواند هرگاه که بخواهد آن را تغییر بدهد، به نحوی که دیگر موجب خیر و منفعت نباشد. به این ترتیب، غزالی با توسل به درک و شهود فردی، مستندات شرعی و تئوری لطف و فضل الهی، توانست تا حدی طبیعت‌گرایی را وارد فلسفهاش کند به نحوی که منافاتی با قدرت تامّۀ پروردگار نداشته باشد.

دراین مقاله ما به دو نمونه از کارها و نوشته‌های غزالی درباره مفهوم «مصلحت» می‌پردازیم، به نام های «شفاء الغلیل» و اثر جاودانۀ او به نام المستصفی من علم الاصول (در فقه). به نظر می‌رسد شفاء الغلیل را پیش از المستصفی من علم الاصول نوشته است. المستصفی در برگیرندۀ عقاید

۴۹. ابن منظور، لسان العرب، ج۲، ص ۵۱۷ (چاپ سوم، دار صادر، ۱۹۹۴)، الزبیدی، تاج العروس، ج۴، صص ۱۲۵-۱۲۶ (علی شیری، دارالفکر ۱۹۹۴)

بسیار پخته و پر مغز او دربارهٔ فلسفهٔ حقوق است.[۵۰] نقطه نظرات او دربارهٔ «مصلحت» در هر دو کتاب تقریبا در بیش‌تر موارد مشابه هستند و تایید کنندهٔ یکدیگر می‌باشند. به همین دلیل تکیهٔ عمدهٔ بحث ما دراین مقاله بر کتاب المستصفی است، ولی هرگاه وی دراین کتاب نظرش را نسبت به شفاء تغییر داده، با ذکر مرجع توضیح خواهم داد.

به عقیدهٔ غزالی پیش از آنکه به بررسی مصلحت بپردازیم و بدین وسیله قانونگذاری نماییم، باید بدانیم معنا و مفهوم مصلحت چیست. معمولاً گفته می‌شود مصلحت، هرچیزی است که منجر به جلب منفعت و یا دفع ضرر می گردد.[۵۱] اما استفادهٔ غزالی از واژهٔ مصلحت متضمّن معنایی فراتر از این است. شکی نیست که همهٔ انسان‌ها در پی کسب منفعت و دفع ضرر می‌باشند. اما منظور غزالی از مصلحتی که باید در خدمت قانونگذاری قرار گیرد این نیست. دراینجا منظور از مصلحت هر امر خیری است که موجب شود مقاصد و اهداف شرع تامین گردد.[۵۲] این مقاصد و اهداف بنیادین عبارتند از ۵ چیز: دین، نفس، عقل، نسل و مال. «هر آنچه که موجب حفظ این پنج امر بشود مصلحت محسوب می‌گردد، هر آنچه که موجب نقصان یا ضرر به این پنج امر شود مفسده است، بنابراین دفع آن به مصلحت می‌باشد.»[۵۳]

غزالی برای این ادعای خود مثال‌های شرعی نیز آورد. مثلا مجازات یک فرد مرتد که کفر و الحاد خود را میان مردم ترویج می‌دهد موجب حفظ دین است [۵۴] قصاص قاتل و شخصی که جراحت فیزیکی وارد کرده است موجب حفظ و صیانت از نفس و جان مردم است.[۵۵] مجازات شرب خمر موجب حفظ سلامتِ عقل است.[۵۶] و مجازات زنا و زنای محصنه موجب حفظ بنیان خانواده و نسل می‌شود.[۵۷] و در نهایت مجازات دزدی و غصب موجب حفظ مال است.[۵۸]

غزالی از طریق استدلال استقرایی به این ۵ هدف و ارزش رسیده است. درست است که در

---

۵۰. ابو اسحاق بن ابراهیم بن موسی بن محمد الشاطبی، الاعتصام، ج۲، ص ۶۰۸ (ویراستار سلیم بن عید هلالی، دار ابن عفان ۱۹۹۷)

۵۱. الغزالی، پاورقی شمارهٔ ۳۲، ج ۱، ص ۶۳۶. ابن منصور، لسان العرب، ج۲، ص ۵۱۷، معنی این واژه را خیر و صلاح دانسته. برای دیدن همین معنی رجوع کنید به الزبیدی، پاورقی شمارهٔ ۴۹، ج ۴، صص ۱۲۵-۱۲۶

۵۲. العزالی، پاورقی شمارهٔ ۳۲، ج ۱، ص ۶۳۶

۵۳. همان

۵۴. همان، ج۱، ص ۶۳۷

۵۵. همان

۵۶. همان

۵۷. همان

۵۸. همان

شرع هم به آنها اشاره شده، اما به عقیدۀ غزالی هر جامعه‌ای که میل به پیشرفت و شکوفایی دارد باید این ارزش‌ها را در نظر بگیرد و سعی در حفظ آنها داشته باشد. به گفته وی:

« غیر ممکن است که یک جامعه یا یک سیستم حقوقی قصد اصلاح خلق را داشته باشد و غفلت از این ۵ ارزش را ممنوع نکرده باشد.»[۵۹]

به همین دلیل به نظر غزالی جای تعجب ندارد که همۀ سیستم‌های حقوقی ممنوعیتی علیه جرایمی مانند کفر، قتل، زنا، سرقت، و شرب مسکِر را داشتند.[۶۰] هر مصلحتی باید به نحوی در خدمت یکی از این ۵ ارزش باشد. به عبارت دیگر قبل از اینکه مصلحتی را وارد قانون نماییم باید ابتدا ارتباط آن با یکی از این ۵ ارزش مشخص شود.

اما از طرفی، این طور هم نیست که هر مصلحتی که با یکی از این ۵ ارزش در ارتباط باشد لزوماً مبنای وضع قانون قرار گیرد. غزالی مصالح (جمع مصلحت) را هم در ارتباط با ۵ ارزش فوق بررسی کرده و هم در ارتباط با نصوص شرعی و الهی. در ارتباط با نصوص شرعی غزالی ۳ نوع مصلحت را شناسایی کرده. اول، مصالحی که در نصّ الهی تصریح و تایید شده است، مثلاً ممنوعیت مسکِرات. جای تردید نیست که قرآن صریحاً مصرف شراب را ممنوع کرده است. حال می‌توان از این ممنوعیت وحدت ملاک گرفت و هرآنچه که سُکرآور است و موجب زوال هشیاری می‌شود را ممنوع کرد، چرا که مصلحتی که پشت این حکم است حفظ کمال و هشیاری عقل است. هر چند نص قرآنی صریحاً تمام مسکرات را ممنوع نکرده است اما از طریق قیاس می توان ممنوعیت شراب را به سایر مسکرات نیز تسرّی داد.[۶۱] اما به تایید خود غزالی، این مثال چندان خوبی برای تشریح نظر وی نبود زیرا بیش‌تر بر پایه قیاس استوار بود تا مصلحت.

نوع دوم وقتی است که مصلحتی به تصریح نصّ الهی رد شده باشد. مثالی که غزالی مطرح می‌کند این است که اگر پادشاهی در میانۀ روز در ماه رمضان رابطۀ جنسی بر قرار کند و در نتیجه روزه اش باطل شود، برای کفارۀ گناهش (شکستنِ عمدی روزه) کدام یک از اعمال مصرِح در قرآن را باید انجام دهد؟ در قرآن گفته شده که در چنین صورتی شخص باید یک اسیر را آزاد نماید. اگر انجام این کار برایش میسر نباشد باید ۲ ماه پیاپی روزه بگیرد و اگر این کار هم برایش میسر نیست

---

۵۹. همان

۶۰. همان

۶۱. الغزالی، پاورقی شمارۀ ۳۲، ج ۱، صص ۶۳۴-۶۳۵

باید ۶۰ گرسنه را طعام دهد.[۶۲] برخی از فقها گفته‌اند که دراین مثال شاه باید برای کفارهٔ گناهش دو ماه روزه بگیرد، زیرا هرچند در قرآن اولویت با آزاد کردن اسیر است، این عمل برای پادشاه آنقدر آسان است که دیگر به هیچ وجه جنبهٔ بازدارندگی ندارد. بنابراین برای اینکه شخصی مثل پادشاه از انجام این عمل بازداشته شود باید بنا به مصلحت، اولویت را برای او تغییر دهیم. اما از نظر غزالی این نظر اشتباه است، هرچند که بر مبنای یک مصلحت عنوان گردیده. به عقیدهٔ غزالی وقتی قرآن علی رغم وجود چنین مصلحتی، اعمال مذکور را جهت کفاره به این شکل اولویت بندی کرده است، ما نمی‌توانیم با استناد به آن مصلحت، اولویت را تغییر دهیم. به نظر وی، اگر بابِ اینگونه تغییرات را بر مبنای مصلحت اندیشی باز کنیم، در نهایت منجر به تغییر در همهٔ حدود الهی می‌شود چرا که همواره شرایط در حال تغییر است.[۶۳] به علاوه این روند باعث می‌شود قابلیت پیش‌بینی قوانین بسیار کم شود و اعتماد مردم به مراجع تقلید شان نیز کاهش یابد.[۶۴] اما این مثال هم مثال مناسبی برای تشریح طبیعت‌گرایی در عقاید غزالی نیست، بلکه فقط اهمیت نصوص الهی در شکل گیری عقاید وی را نشان می‌دهد، و فقط برای این ذکر شده که نشان دهد تا چه اندازه «مصلحت» در شکل‌گیری قوانین نقش دارد.

سومین نوع از انواع ارتباط مصلحت با نصّ الهی این است که شرع مقدس دربارهٔ آن مصلحت کاملاً سکوت اختیار کرده. یعنی هیچ نصّ معینی مبنی بر تایید یا ردّ آن مصلحت وجود ندارد.[۶۵] این نوع مصلحت است که بالقوه می‌تواند مبنای صدور قانون جدید باشد، و همین نوع است که با طبیعت گرایی خفیفی که پیشتر به آن اشاره کرده‌ایم و در اندیشه‌های غزالی وجود دارد، مرتبط است. دراین شرایط است که اختیارات فقیه برای کشف و صدور حکم به کار گرفته می‌شود، زیرا در دو نوعِ قبلی مصلحت مورد بحث، یا به تایید نص رسیده بود یا صریحاً رد شده بود. در حالی که استدلال غزالی برای اثبات اختیار فقیه، در کشف و صدور حکم، زمانی موضوعیت پیدا می‌کند که نص الهی دربارهٔ آن مصلحت سکوت کرده است.

اما غزالی برای اینکه مطمئن شود مصلحت را به نحو درستی به کار گرفته، ارتباط نوع سوم

---

۶۲. سورهٔ ۵۸ قرآن، آیهٔ ۳-۴. این آیه در واقع دربارهٔ کفاره دادن برای «ضهار» که نوعی طلاق بوده می‌باشد. اما که برخی فقها مثل المرغینانی معتقدند که کفارهٔ روزه هم مثل کفارهٔ ضهار است. المرغینانی، پاورقی شمارهٔ ۴۳، ج ۱ و ۲، ص ۱۵۰

۶۳. الغزالی، پاورقی شمارهٔ ۳۲، ج ۱، ص۶۳۵

۶۴. همان

۶۵. همان ، ج۱، صص ۶۳۵-۶۳۶

مصلحت را (که از آن با عنوان «مصلحتِ مسکوت" یاد می‌کنیم) با ۵ ارزشی که قبلا ذکر کرده بودیم نیز بررسی کرد. این ارتباط خود می‌تواند به سه شکل بروز کند. اول، ممکن است این مصلحت دربرگیرندۀ منفعتی بسیار مهم بوده و رعایت آن برای تامین این ارزش‌ها ضروری باشد. دراین صورت مصلحت مزبور از بالاترین درجۀ اهمیت بر خور دار است. دومین حالت وقتی است که مصلحت مربوط به رفع یکی از نیازهای مهم باشد ولی از آن درجه اهمیتی که از دستۀ اول شناخته شود نیست. و سوم، ممکن است مصلحت در ارتباط با برخی هنجارهای اجتماعی و تنها جنبۀ ارشادی داشته باشد (تزئینات و تحسینات).[۶۶] به این ترتیب، ارتباط مصلحتِ مسکوت با ۵ ارزش اصلی، ممکن است به یکی از این سه شکل باشد و بر حسبِ مورد از اهمیت (قوّۀ) کم‌تر یا بیش‌تری برخوردار گردد.[۶۷]بدیهی است که در هر مورد برخی منافع و مصالح جانبی نیز وجود دارند که نقش تکمیلی یا تتمیمی بازی می‌کنند.[۶۸]

از جمله مصالحی که از بالا ترین درجۀ اهمیت برخوردارند، می توانیم به همان مثال‌های که پیشتر برای ۵ ارزش اصلی زدیم، اشاره کنیم، یعنی مجازات مصرف الکل، قتل و زنا. البته همۀ این موارد در شرع مقدس تصریح شده اند و مصلحتِ مسکوت نیستند، اما از جهت درجۀ اهمیت می توانند آن اهمیتی که مورد نظر غزالی بوده را نشان دهند. برای نوع دوم، یعنی مصلحتِ مسکوتی که در درجۀ دوم اهمیت است می‌توانیم حکم تسلیطِ ولیّ بر صغیر در امر ازدواج را مثال بزنیم. مسالۀ ازدواج صغیر از اهمیت اساسی برای حفظ جامعه و منافع عمومی برخوردار نیست. بلکه فقط برای این وضع شده که اگر لازم بود صغیری ازدواج کند تحت نظارت ولیّ وی باشد، تا مصلحت صغیر در امر ازدواج در نظر گرفته شود. «این مساله با تسلط ولیّ بر تربیت و مراقبت و خرید پوشاک و غذا برای صغیر نیز فرق دارد.»[۶۹] به نظر غزالی این مسایلِ اخیرالذکر،از آنچنان اهمیتی برای جامعه برخوردارند که نمی‌توان تصور کرد هیچ کس با وضع قانون دراین زمینه مخالفتی داشته باشد.[۷۰] اما ازدواج صغیر از آن میزان اهمیت برخوردار نیست. به گمان غزالی، میل و اشتیاق جنسی و تولید مثل در کودکان وجود ندارد، و در واقع این گونه ازدواج‌ها فقط به منظور قوّت بخشیدن به روابطِ قبیله‌ای

۶۶. همان ج ۱، ص ۶۳۶
۶۷. همان
۶۸. همان، ج ۱، ص ۶۳۵-۶۳۶
۶۹. همان، ج ۱، ص ۶۳۸
۷۰. همان

و عشیره‌ای است.[۷۱] این گونه مسایل ارتباطی با ۵ ارزش مذکور ندارند و لذا از درجهٔ اهمیت بسیار پایینی برخوردارند.

پایین‌ترین درجهٔ ارتباط بین یک مصلحتِ مسکوت و ۵ ارزش مزبور زمانی پیش می‌آید که در برگیرندهٔ امری باشد که نه ضروری است و نه مورد نیاز، بلکه فقط مزیتی اضافی برای به کمال رساندن چیزی است، مثلاً با توجه به عرف و عادات حاکم در تعاملات روزمره بخواهیم برترین و اعلا ترین رفتار یا عمل را انجام دهیم.[۷۲] به عبارت دیگر این نوع از مصلحت زمانی مطرح می‌شود که در مرحله‌ای باشیم که بخواهیم جامعه را به بالاترین درجهٔ رشد و شکوفایی خود برسانیم. مثالی که غزالی برای نوع مصلحت می‌زند قانونی است که به موجبِ آن برده صلاحیت شهادت دادن در دادگاه را ندارد.[۷۳] غزالی این مثال را طرح کرد زیرا برده ها طبقهٔ اجتماعی پایین تری نسبت به صاحب خود داشتند. لذا گفته میشد که «صلاح نیست که [برده] در مقام شهادت دادن قرار گیرد.»[۷۴] بنابراین تا زمانی که شهادت دادن در دادگاه از نظر اجتماعی شأن و شئونات خاصی را می‌طلبید، برده‌ها از شرکت در آن منع می شدند. اما این قانون به لحاظ ارتباط با ۵ ارزش اساسی کم‌ترین اهمیت را داشت. برعکس، قانونی که برده‌ها را از سرپرستی و قیمومت صغیر منع می‌کرد با یک نیاز و حاجت در ارتباط مستقیم بود. به عبارت دیگر، در مقایسهٔ منع یک برده از شهادت دادن و منع یک برده از سرپرستی صغیر، دومی با منافع اجتماعی بیش‌تری در ارتباط است و لذا از اهمیت بالا تری هم برخوردار است. دومی بیانگر یک ضرورت است در حالی که اولی فقط در حد یک نیازِ ساده مطرح می‌شود. به نظر غزالی، برده‌ها از حق سرپرستی و قیمومت منع شدند زیرا قیمومت کاری است که نیاز به تعهد و صرف وقت بسیار دارد، در حالی که یک برده در وهلهٔ نخست به صاحبش متعهد است و وقتش متعلق به خودش نیست. لذا، « سپردن سرپرستی کودکان به وی به ضرر بچه‌ها می‌باشد.»[۷۵]

غزالی با توضیح مصلحتِ مسکوت به این شیوه سعی کرد طبیعت‌گرایی خفیفی که در استدلال‌هایش بود را توجیه کند. به این معنی که، به گفته وی، هرگاه مصلحتِ مسکوت صرفاً در

۷۱. همان
۷۲. همان، ج۱، ص ۶۳۹
۷۳. همان
۷۴. همان
۷۵. همان

ارتباط با یک نیاز و حاجت معمولی باشد یا جنبۀ ارشادی داشته باشد و هیچ دلیل و مدرکی هم در شرع نباشد که به ما مجوز صدور حکم در آن خصوص بدهد، نمی‌توانیم از این نوع مصلحت برای صدور حکم الهی استفاده کنیم.[۷۶] به عبارت دیگر دو نوع مصلحتی که کم‌ترین ارتباط را با ۵ ارزش اساسی دارند نمی توانند به تنهایی مبنایی برای صدور حکم باشند. بنابراین فقط آن مصلحتی که متضمّن یک «ضرورت» است می‌تواند در تفسیر فقهی و بررسی حقوقی به کار گرفته شود. همانطور که غزالی گفته است:« بعید نیست که تفسیر یک فقیه [با توجه به یک ضرورت] منجر به صدور حکمی شود که هیچ منبع و ماخذ قانونیِ به خصوصی برای آن حکم موجود نباشد.»[۷۷]

غزالی برای روشن تر شدن شیوۀ استدلالی خود مثال‌های آورد. دراین مثال‌ها غزالی محدودۀ استفاده از مفهوم مصلحت در قانونگذاری را تنگ تر هم کرد. بویژه این قید را گذاشت که هر مصلحتی که مبنای صدور حکم قرار می‌گیرد باید ۳ شرط در آن رعایت شده باشد: شرط اول همان بود که در بالا گفته شد یعنی مصلحت مزبور باید متضمّن یک ضرورت بسیار مهم و در ارتباط با ۵ ارزش اساسی باشد.[۷۸] ضرورت بسیار مهم، هر امری است که موجب برآورده شدن یکی از ۵ ارزش مزبور می‌شود. شرط دوم این است که قطع و یقین داشته باشیم که حکمِ صادره، منجر به تحقق یافتنِ مصلحت مورد نظر خواهد شد.[۷۹]

منظور غزالی از قطعیت را در ادامه بیش‌تر توضیح می‌دهیم. و آخرین شرط این است که مصلحت مورد نظر باید در جهت منافع و کمال کلّ جامعه باشد، نه فقط یک گروه خاص. عبارتی که غزالی برای شرط آخر به کار برد عبارت «کلیّت» بود.[۸۰] در نتیجه می توان گفت که هرچند غزالی نیز تا حدی خفیف به طبیعت گرایی روی آورد و از مفهوم «خیر و مصلحت» برای وضع قانون بهره جست، بسیار سعی کرد تا کاربرد این مفهوم را مضیق و محدود نماید.

برای روشن شدن نحوۀ اِعمال مصلحت در صدور حکم، غزالی مثالی را طرح کرد. فرض کنید

---

۷۶. همان، ج ۱، ص ۶۴۰

۷۷. همان، ج۱، صص ۶۴۰-۶۴۱. قابل ذکر است که غزالی در کتاب قبلی خود، شفاء الغلیل، گفته بود که برای کشف حکم می‌توان هم به ضرورت توجه کرد و هم به حاجة، مشروط بر اینکه ارتباط استنتاجی با شریعت داشته باشند. اما سومین نوع که ضعیف‌ترین نوع است را نمیتوان برای این منظور به کار برد. ابو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالی، شفاء الغلیل فی بیان الشبه و المخیل و مسالک التعلیل، صص ۲۰۸-۲۰۹، (ویراستار محمد الکبیسی، انتشارات رئاسة دیوان الاوقاف، ۱۹۷۱)

۷۸. همان، ج۱، صص ۶۴۰-۶۴۱

۷۹. همان، ج۱، ص ۶۴۲

۸۰. همان

گروهی از کفارعلیه مسلمانان قیام می‌کنند و از تعدادی از مسلمانان به عنوان سپر دفاعی خود استفاده می‌کنند. غزالی می پرسد که آیا دراین شرایط سپاه مسلمانان حق دارد به سپاه کفار حمله کند، در حالی که می دانند تیر انداختن به سوی آنها موجب کشته شدن مسلمانان خواهد شد؟ برای پاسخ به این سوال باید شرایط خاصِ حاکم براین وضعیت و منافعِ دخیل در آن را در نظر بگیریم. غزالی می‌گوید:«اگر از حمله [به کفار] خود داری کنیم آنها پیشروی، و سرزمین اسلام را فتح خواهند کرد و سپس همهٔ مسلمانان را خواهند کشت. اما اگر به آنها حمله کنیم موجب مرگ مسلمانانی خواهیم شد که بی گناه هستند و مرتکب هیچ تخلفی نشده اند. در قانون شرع هم تکلیف این قضیه روشن نشده است. حال اگر از حمله به آنها خودداری کنیم آنها پس از پیروزی نه تنها باقی مسلمانان را خواهند کشت بلکه سپس مسلمانانِ زندانی شده [که به عنوان سپر دفاعی استفاده شده اند] را نیز خواهند کشت. بنابراین می‌توان گفت این اُسَرا در هر صورت کشته خواهند شد. دراین شرایط، حفظِ جانِ همهٔ مسلمانان مهم‌تر و اقرب به هدف اصلی قانون است، زیرا به طور قطع و یقین می‌دانیم که هدف قانون، کاهشِ قتل، و در صورت امکان، جلوگیری از قتل به طور کامل است. حال، اگر ما قادر نباشیم که جلوی قتل را به صورت کلّی بگیریم، حداقل میتوانیم آن را کاهش دهیم.

دراین نوع تصمیم گیری، مصلحت و ضرورتی که مقصودِ قانونگذار بوده است در نظر گرفته می‌شود، هرچند به این ضرورت در هیچ کجای شرع تصریح نشده باشد.[۸۱] اما اگر مثال بالا را به این شکل تغییر دهیم که دشمن در قلعه و استحکامات خود پناه گرفته باشد، ولی همچنان از مسلمانان به عنوان سپر دفاعی استفاده کند، پاسخ سوال متفاوت خواهد بود زیرا دراین شرایط مسلمانان نمی‌توانند یقین داشته باشند که بر دشمن پیروز خواهند شد. به علاوه، فتح قلعه از اهمیت چندانی برای مسلمانان برخوردار نیست زیرا کافرانی که در داخل یک قلعه جمع شده‌اند تهدید جدی برای سرزمین های اسلام محسوب نمی گردند.[۸۲]

از آنچه گفته شد نباید چنین برداشت شود که غزالی برای تشخیص خیر و مصلحت اکثریت، به محاسبات خشک سودگرایانه متوسل می شد. در دیدگاه غزالی مصلحت به معنیِ حداکثر کردنِ خیر برای اکثریت، و تحمیلِ هزینهٔ آن به اقلیت نیست. بلکه از نظر او آن خیر و مصلحتی مهم است

۸۱. همان، ج ۱، صص ۶۴۱-۶۴۲

۸۲. همان، ج ۱، ص ۶۴۲

که در دستیابی به هدفِ غایی یک جامعه و تکامل آن کمک کند. وی برای تشریح اندیشهٔ خود مثال دیگری هم میزند؛ مثالِ قایقی که در حال غرق شدن است. فرض کنید مسافران به این نتیجه می‌رسند که اگر یک نفر را از قایق بیرون بیاندازند سایرین نجات خواند یافت. ممکن است آنها از نتیجهٔ مثبت این عمل مطمئن باشند و لذا انجام آن را برای نجات جان سایرین یک ضرورت بدانند. از نظر غزالی، دراین مثال مصلحتِ مورد بحث، فاقد شرط سوم، یعنی «کلیّت» است. تعداد افرادی که بواسطهٔ انجام این عمل نجات پیدا خواهند کرد اندک آست. ضرری که در نتیجهٔ بیرون نینداختن یکی از مسلمانان ممکن است به آنها وارد شود بسیار کم‌تر از ضرری است که در صورتِ حمله نکردن به لشکر کفار به کلِّ جامعهٔ مسلمین وارد خواهد شد.[۸۳] بنابراین مقدار منافع و مضراتی که بالقوه در هر یک از این دو مثال وجود دارد به یک اندازه نیست. شرط کلیّت به این معنی است که مصلحت مورد بحث باید در بر گیرندهٔ ارزشی جهان شمول و مربوط به کل جامعه باشد. این شرط باعث می‌شود که دیدگاه غزالی با دیدگاه سودگرایانهٔ صرف که هدفش فقط حداکثر کردنِ خوشحالی است فرق داشته باشد. در عوض، این نوع مصلحت اندیشی در پی آن است تا منفعت کلّ جامعه را به نحوی تامین نماید که در نهایت به رشد و تکامل آن بیانجامد. قرار نیست قانون تبدیل به ابزاری در دست گروهی خاص گردد، بلکه باید در پی منافع کل جامعه باشد.

مثال دیگری که غزالی مطرح می‌کند دربارهٔ کتک زدن شخص متهم به سرقت است. بدون شک، کتک زدن او به منظور اخذِ اعتراف، منافعی برای کلّ جامعه دارد. به گفتهٔ غزالی، حتی فقیهی مثل مالک بن انس با انجام این کار موافق بود و جوازش را صادر کرده بود.[۸۴] اما غزالی با این نظر مخالف بود. به عقیدهٔ او حتی اگر شکنجه در خدمت حلّ معضلات جنایی و جزایی قرار گیرد، در هر حال با مصلحت عمومیِ دیگری در تعارض است، مصلحتی که به موجب آن باید هر مضنون و متهمی از مصونیت برخوردار باشد. به گفتهٔ وی:

> «این امکان وجود دارد که متهم بی گناه باشد. کتک نزدن یک انسان مجرم اهمیتی به مراتب کم‌تر از کتک زدن یک انسان بی گناه دارد. ممکن است کتک زدن جنبهٔ بازدارندگی برای جرم دزدی داشته باشد، ولی این امکان هم وجود دارد که منجر به مجازات یک انسان بیگناه گردد.»[۸۵]

---

۸۳. همان
۸۴. همان، ج ۱، ص ۶۴۳
۸۵. همان، ج ۱، صص ۶۴۲-۶۴۳

بدون تردید شکنجه فوایدی هم از نظر اجرای قانون و انذار مجرمین دارد، ولی این مصلحت در تعارض با یک مصلحتِ اهمّ است. برای مقایسهٔ اهمیت و ارزش این دو مصلحت، غزالی از واژهٔ "اهون" استفاده کرد. اما توضیح نداد که بر چه مبنایی این مقایسهٔ ارزشی را انجام داده. احتمالاً دراینجا نیز، مثل دیدگاهش دربارهٔ تشخیص خیر و مصلحت، از درک و شهود شخصی بهره برده است.

حال، شخصی را تصور کنید که با فساد در زمین قصد ایجاد فتنه دارد. آیا کشتن این شخص قانونی است؟ قطعاً در کشتن وی یک منفعت و مصلحت اجتماعی هم وجود دارد، اما آیا این مصلحت اجتماعی تا آن اندازه مهم است که ما را مجاز به کشتن وی کند؟ به عقیدهٔ غزالی پاسخ این سوال بستگی به عوامل مختلفی دارد. اگر این شخص مرتکب هیچ عملی که مستوجب اعدام باشد نشده، دراین صورت مقامات قضایی باید فقط او را زندانی کنند. حبس ابد برای مجازات این شخص کافی است.[۸۶] به گفتهٔ غزالی دراین مثال هیچ «ضرورتی برای کشتن وی وجود ندارد.»[۸۷] به عبارت دیگر، غزالی سعی کرد تا بین ضرورت حفظ جان انسان از یک سو، و ضرورتِ تحدیدِ اختیار دولت در استفاده از قوهٔ قاهره از سوی دیگر، به نحوی تعادل برقرار سازد که بهترین و مهم‌ترین ارزش‌های جامعه و مهم‌ترین اهداف یک نظام حقوقی تامین گردد.

حال فرض کنید این آشوبگر زمانی دست به فتنه می زند که در جامعه آشوب و نزاع فراوانی وجود دارد و هر لحظه امکان دارد که حکومت مرکزی سرنگون شود. در نتیجه نمی توان مطمئن بود که این آشوبگر برای همیشه در حبس باقی بماند. این را هم در نظر داشته باشید که زندانی کردن او برای مدتی نامعین تنها موجب جری تر شدن او خواهد شد. آیا دراین صورت اجازهٔ کشتن او را داریم؟ به نظر غزالی این مثال نیز مسایل و ضرورت‌های بسیار مهمی را مطرح می‌کند، اما در عین حال بسیار انتزاعی است زیرا هیچ راهی وجود ندارد که ما از آنچه در آینده اتفاق خواهد افتاد مطمئن باشیم، و لذا حق نداریم تنها بر مبنای یک وهم و احتمال عمل نماییم.[۸۸]

آنچه که غزالی دراین مثال آخر می‌گوید ما را به یاد مثال اول او می‌اندازد. فرض کنید در مثال اول، مسلمانان مطمئن نباشند که در صورت عدم حمله به کفار، آنها حتماً سرزمین‌های اسلام را

۸۶. همان، ج ۱، ص ۶۴۴
۸۷. همان، ج ۱، صص ۶۴۳-۶۴۴
۸۸. همان، ج ۱، ص ۶۴۴

فتح خواهند کرد؛ بلکه این فقط غلبۀ ظنّ باشد.[۸۹] آیا این ظنّ کافی است برای اینکه مسلمانان مجاز به حمله به کفار و کشتن مسلمانانی باشند که به عنوان سپر دفاعی از آنها استفاده شده؟

به نظر غزالی، دراین مثال تیر اندازی به سپر دفاعی دشمن تنها در صورتی مجاز است که یا به ضرورتِ این کار قطع و یقین داشته باشیم، یا اگر یقین کامل وجود ندارد حداقل، ظنّی قریب به یقین داشته باشیم.[۹۰] اما حتی با وجودِ ظنّ قریب به یقین، تنها در صورتی می‌توانیم بر مبنای مصلحتی که تشخیص داده‌ایم عمل نماییم که آن مصلحتی کلّی بوده و دفعِ خطری بسیار بزرگ در میان باشد، به نحوی که عموم مردم آن را امری بسیار مهم بدانند.[۹۱] به عبارت دیگر، بین مرتبۀ قطعیت و یک احتمال ساده، طیفی از شرایطِ بینابین وجود دارد، و لذا ممکن است گاه امری باشد کم‌تر از مرتبۀ قطع و یقین، ولی به دلیل ضرورتِ بسیار مهمی که پیش آمده، عموم مردم نیز آن ضرورت را مهم می دانند. و ممکن است همین امر مبنای صدور حکم قرار گیرد، هر چند که هیچ سابقه‌ای در شرع مبنی بر تایید آن وجود نداشته باشد. البته از جهتی این فرض در تعارض با برخی از آموزه‌های شرع مقدس است. برخی از آیات قرآن، کشتنِ عمدیِ یک مومن یا شخصی که حقی برای کشتن وی نداریم را منع کرده است.[۹۲] حال آیا می توانیم با استناد به یک مصلحت، دستور کشتنِ عده‌ای از مسلمانان که ناخواسته سپر دفاعی دشمن شده‌اند را صادر کنیم، در حالی که این مصلحت در ظاهر در تعارض با نصِّ صریح قرآن است؟

غزالی در پاسخ، مجدداً تاکید کرد که هدف او یک محاسبۀ سود گرایانه و منفعت طلبانه نیست، و به این امر در مثال قبلی هم تصریح شد. اما به عقیدۀ او دراین مثال باید به کلیّتِ قانون توجه کنیم. «می دانیم که قانون کلی نگری را به جزئی‌نگری ترجیح می‌دهد.»[۹۳] لذا از نظر شرع، حفظ و نجات جان کلّ مردم در سرزمین‌های اسلامی از اهمیت بیش‌تری برخوردار است، تا حفظ و نجات جان یک مسلمان.[۹۴] غزالی به این گفته آنقدر اعتقاد راسخ دارد و آن را آنقدر بدیهی می داند که نیازی نمی‌بیند برای اثباتِ آن، مستند شرعی ارائه دهد. به گفتۀ وی «این امر نیاز به اثبات ندارد.»[۹۵]

---

۸۹. همان
۹۰. همان، ج ۱، صص ۶۴۴-۶۴۵
۹۱. همان
۹۲. رجوع کنید به قرآن، آیۀ ۹۲-۹۳سورۀ ۴، آیۀ ۳۲ سورۀ ۵، آیۀ ۳۳ سورۀ ۱۷
۹۳. الغزالی، پاورقی شمارۀ ۳۲، ج ۱، ص ۶۴۷
۹۴. همان
۹۵. همان

غزالی مثال‌های فوق را برای تشریح مفهوم مصلحت مطرح کرد، اما در دلِ این مثال‌ها می توانیم ببینیم که وی چگونه توانست واقعیات تجربی و عینی را در شکل گیریِ حکم و ارزش‌های الهی سهیم کند. او از ایدهٔ پنج ارزش اساسی، به عنوان اهداف و ارزش‌های جهان‌شمول، در روش تفسیری خود استفاده کرد، و «مصلحت» را به گونه ای تعریف کرد که در خدمت تامین منافع اجتماعی کلّ جامعه قرار گیرد، نه یک شخص و گروه خاص، و در عین حال به تکامل جامعه و فرد کمک کند. غزالی تاکید کرد که تحلیل او از «مصلحت»، تحلیلی صرفاً عقلانی برای رسیدن به حکم الهی نیست، بلکه اساس و شالودهٔ این روش بر نصِّ الهی استوار است. «مصلحت»، منبعِ پنجم در اجتهاد، یعنی منبعی علاوه بر قرآن، سنت، اجماع و قیاس نمی‌باشد.[۹۶] بلکه نقشِ مصلحت در اجتهاد این است که کمک کند مقصود شرع، به نحوی که در قرآن و سنت و اجماع آمده است را تحقق یابد.[۹۷]باید با توجه به تمام منابع اجتهاد، بتوانیم مصلحتی را که مورد نظر خداوند است دریابیم و از آن برای تقویت و تحکیم ارزش های اساسی استفاده کنیم. بنابراین بنای مصلحت بر شرع استوار است و به طور ضمنی از آن استخراج می‌شود. لذا، مصلحت منبعی مستقل برای کشف و صدور حکم نیست. [۹۸]

از طرفی استفاده از مصلحت برای کشف حکم با استفاده از قیاس هم متفاوت است. در قیاس، ما از یک اصل معین برای تحلیل خود استفاده می کنیم. در حالی که در به کارگیری مصلحت، هدف این است که اهداف اساسی قانون و شرع را به اجرا بگذاریم، و این اهداف اساسی را از طریق شواهد و مستندات فراوانی که از قرآن و سنت و شرایطِ خاص هر مساله و سایر اماره‌های که در شرع ممکن است بیابیم کشف و استنباط میکنیم، و بر همان مبنا مصلحت را تشخیص می دهیم.[۹۹]در نتیجه می‌توان گفت که هدف اصلی هر قانون فقط در متن ظاهری آن مندرج نیست و بررسی و تجزیه و تحلیل متن آن به تنهایی برای کشف هدف و مقصود اصلی کافی نمی‌باشد. برای درک آن باید علاوه بر بررسی متن، به شرایطی هم که قانون در آن اِعمال می‌شود توجه داشته باشیم، چراکه مجموعِ اوضاع و احوال حاکم بر اِعمال قانون، به همراهِ متن آن، می‌تواند خیر و صلاح جامعه و آنچه که مورد نظر قانونگذار بوده است را روشن نماید. این خیر و صلاح را با درک و شهود شخصی

۹۶. همان، ج ۱، ص ۶۵۲

۹۷. همان

۹۸. همان، ج ۱، صص ۶۵۲-۶۵۳

۹۹. همان، ج ۱، صص ۶۵۲-۶۵۴

می توانیم دری‌ایم و مبنای وضع قانون قرار دهیم.

سوال دیگری که لازم است مطرح کنیم این است که غزالی چطور توانست با وجود بهره گیری از مفهوم مصلحت خود را از معتزلیون و فلسفۀ طبیعت گرایی متمایز کند؟ معتزلیون مثل الجصاص با استدلال عقلی، طبیعت (آنچه هست) را با احکام و ارزش‌های الهی (آنچه باید باشد) گره می‌زدند و با این توجیه، برای طبیعت، خاصیت و اعتبار قانونگذاری قائل می‌شدند. گویی به اعتقاد آنها خداوند متعهد و موظف بود که در آفرینش، خیر و مصلحت بشر را رعایت نماید. غزالی متوجه این نکته بود و لذا آگاهانه سعی کرد تا نظریۀ خودش را از نظریۀ معتزلیون تفکیک کند. تا آنجا که به صراحت اعلام کرد که نظریۀ او را نباید با نظر معتزلیون که برای خدا تکلیف قائل می‌شدند اشتباه گرفت. اما با این وجود، غزالی هم هست ها و بایدها را درآمیخته بود و فقط نحوۀ این اختلاط متفاوت بود.

او برای این روش از دو ایده کمک گرفت: یکی اهداف اساسی و اصلی که زیربنای فقه و شریعت را تشکیل می‌دهند، و به عقیدۀ غزالی انسان می‌تواند با درک شخصی و شهودی به آن پی ببرد. و دیگری، اختیار خداوند در لطف و رحمتی که به بشر خود ارزانی می‌کند و با قدرت تامّۀ خداوند نیز منافاتی ندارد. به عنوان مثال، وقتی غزالی از ضرورت و مصلحت صحبت می‌کند، می‌گوید مصلحت چیزی نیست جز همان هدف و مقصود شرع مقدس. او در ادامه چنین می گوید که:

> «از دید آنها تنها عقل است که خوب و بد را تشخیص می‌دهد و تصمیم می‌گیرد که آیا قانونی دراین خصوص وجود دارد یا خیر. برای آنها بدون توسل به تحلیل عقلانیِ خوب و بد، امکان صدور هیچ حکمی وجود ندارد. اما می گوییم: خداوندِ بلندمرتبه به هر نحو که بخواهد با بندهاش رفتار می‌کند و هیچ تکلیفی مبنی بر رعایت صلاح بندگانش ندارد. [اما] از طرفی ما قدرت عقل در تشخیص مصالح و مفاسد و نیز فرمانِ عقل به پرهیز از خطر و به جلب منفعت را انکار نمی‌کنیم. و اینرا هم انکار نمی‌کنیم که پیامبر، که رحمت خداوند براو باد، برای مصالح خلق در دین و دنیا و به عنوان رحمت و فضل خداوند بر بندگانش نازل شد، نه در راستای تکلیف خداوند نسبت به انسان‌ها. خداوندِ بلندمرتبه می‌فرماید: «ما تو را به سوی مردم نفرستادیم مگر به عنوان رحمتی برای کل عالم.» و بسیاری آیه‌های دیگر هم هستند که همین مضمون را تایید می‌کنند. به تحقیق، نظر خود را به این شکل بیان

کردیم تا مبادا ما را به عقاید معتزلیون منسوب نمایند.»[۱۰۰]

غزالی معتقد است که هر فردی می‌تواند دربارهٔ خوبی و بدی هر امری تحلیل منطقی داشته باشد، اما اینکه آیا واقعاً آن امر خیر است یا شر را فقط با جستجو در فلسفهٔ الهی از خلقت می‌توانیم دریابیم. دراینجا، غزالی برای پیوندِ هست‌ها و بایدها می‌گوید که خداوند از رحمت و فضل خود منافع و مصالح انسان‌ها را در خلقت رعایت کرده است. به این ترتیب طبیعت و مخلوقات در برگیرندهٔ مصالح انسان ها هستند، نه به این خاطر که خداوند ناگزیر از رعایت مصلحت بشر بوده است، بلکه صرفاً به دلیل رحمت و فضلی که نسبت به بندگانش دارد. به این ترتیب غزالی طبیعت‌گرایی را با نظام ارزشی الهی پیوند می‌دهد بدون اینکه تکلیفی را برای خداوند قائل گردد. دراین دیدگاه خداوند مجبور نیست به خیر عمل کند، اما به انتخابِ خود، تنها به خیر و صلاح عمل کرده و خواهد کرد. و ما انسان ها می‌توانیم به پایداری و دوامِ رحمت الهی قطع و یقین داشته باشیم، و لذا با خاطری آسوده، هست‌ها و بایدها را درهم ادغام کنیم. اما در هر حال متوجه این امر هستیم که خداوند با قدرت تامّه‌ای که دارد می‌تواند هر وقت بخواهد رحمت خود را تغییر دهد.

حقوق طبیعی در اسلام: مبنایی برای اختیاراتِ اجتهادی

فقها فراتر ازاین رفتند که صرفاً دربارهٔ اختیارات اجتهادی و لزوم قطعیت و قابلیت پیش‌بینی در تفسیر، تئوری پردازی کنند. هم اثبات‌گرایان و هم معتزلیون ناگزیر به استفاده از این اختیارات بودند. اما این بدان معنی نبود که لزوماً برای توسل به این اختیارات یک سری قوانین خاص را ایجاد کرده باشند. بلکه فقط یک رژیم حقوقی را بنا نهادند که به مددآن اجتهادهای فردیِ فقها از قطعیت و قابلیت پیش‌بینیِ نسبی برخوردار شود. اما این اصول بنیادین لزوماً همیشه در متون فقهی به صراحت ذکر نشده اند؛ بلکه غالباً باید آنها را به صورت پراکنده در آثار فقهایی که از آن برای صدور حکم استفاده کرده‌اند جستجو کرد.

در برخی موارد مبنای وضع یک حق، برداشتی است که فقیه از ذات و فطرت یک فرد دارد. در موارد دیگر، مبنای یک حق یا تکلیف، تصورات و برداشت‌های است که فقیه دربارهٔ تعهدات یک فرد نسبت به جامعه‌اش دارد. و در بعضی موارد مبنای یک حق مربوط می‌شود به اینکه برداشت ما از خیر و صلاح چیست و چگونه بین نیازهای فردی از یک سو، و تعهداتمان به جامعه از سوی دیگر

---

۱۰۰. الغزالی، پاورقی شمارهٔ ۷۷، ص ۱۶۲-۱۶۳ (تاکید اضافه شده است)

تعادل برقرار می‌کنیم. همانطور که در ادامۀ بحث خواهیم دید، فقهای ستنی بر طبق برداشت های خود از فرد و نیز مفهوم منفعت اجتماعی سعی کرده اند مبنایی را برای کشف حقوق و تکالیف پایه ریزی کنند. تلاش آنها دراین زمینه نشان می‌دهد که تا چه حد برایشان قابل پیش‌بینی بودنِ احکام و قوانین مهم بوده است.

معادل واژۀ "Right" در عربی "حق" است. لغت شناسان عربی در قدیم تعریف پیچیده‌ای ازاین واژه ارائه دادند. از یک طرف ممکن است این واژه به معنای قطعیتِ یک امر باشد. دراین صورت، "حق" متضاد واژۀ "باطل" است. [۱۰۱] و از طرف دیگر وقتی واژۀ حق در عربی با "ال" همراه می‌شود به معنی حقیقت است و نامی از نامهای خداوند می‌باشد.[۱۰۲] معانی دیگر "حق" عبارتند از "مال"، "عدالت"، و آنچه که به سبب عقل و احتیاط ممکن است موجود باشد.[۱۰۳] اما بیش‌ترین کاربرد این واژه در زبان عربی به این شکل است که حق «چیزی است که فرد مکلف به انجام آن می‌باشد.»[۱۰۴] به عبارت دیگر وقتی شخصی می گوید "حقی بر تو است که فلان کار را انجام دهی"، یعنی تو مکلف به انجام آن هستی.[۱۰۵]

بنابراین بدون تردید، واژۀ حق دراینجا به یک وظیفه اشاره دارد. اما سوالی که دراینجا مطرح می‌شود این است که با انجام این تکلیف منافع چه شخصی تامین می‌شود؟ وقتی می‌گوییم این فرد مکلف است کاری را انجام دهد، آن را برای چه شخصی باید به جا آورد؟ پاسخ این است که گاه ذینفع آن عمل یک شخص است و گاه کل جامعه. وقتی ذینفع آن یک فرد باشد، میتوان واژۀ انگلیسی Right را به جای واژۀ حق به کار برد. وقتی در عبارت "حق العباد" واژۀ Right را به جای "حق" به کار می‌بریم در واقع می‌خواهیم مجموعۀ حقوقی را که تک تک افراد به عنوان عضوی از جامعه دارند در دل این واژه جای بدهیم. این منفعت هرچه که باشد، اعم از حقِ آزادی یا حق مالکیت، واژۀ حق هم‌زمان هم به تکلیف یک فرد اشاره می‌کند و هم به ادعایی که ذینفعِ آن تکلیف می‌تواند بر علیه شخصِ مکلَّف داشته باشد.[۱۰۶]

---

۱۰۱. ابن منظور، پاورقی شمارۀ ۴۹، ج ۱۰، صص ۴۹-۵۰ و ۵۲. ابو فیض محمد مرتضی الحسین الزبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳، ص ۸۰، (دارالفکر ۱۹۹۴)، ای.و.لین، فرهنگ عربی-انگلیسی، ج ۱، ص ۶۰۷ (انتشارات ایزلامیک تکست سوسایتی، ۱۹۸۴)

۱۰۲. ابن منظور، پاورقی شمارۀ ۴۹، ج ۱۰، ص ۵۰، مرتضی الزبیدی، پاورقی شمارۀ ۱۰۲، ج ۱۳، ص ۷۹

۱۰۳. مرتضی الزبیدی، پاورقی شمارۀ ۱۰۱، ج ۱۳، صص ۷۹-۸۰

۱۰۴. ابن منظور، پاورقی شمارۀ ۴۹، ج ۱۰، ص ۵۱، مرتضی الزبیدی، پاورقی شمارۀ ۱۰۱، ج ۱۳، ص ۸۱، لین، پاورقی شمارۀ ۱۰۱، ج۱، ص ۶۰۵

۱۰۵. مرتضی الزبیدی، پاورقی شمارۀ ۱۰۱، ج ۱۳، صص ۸۱-۸۲

۱۰۶. برای مطالعه دربارۀ انواع ادعاهایی که مشمول عبارت «right» ممکن است بشوند رجوع کنید به وزلی نیوکامب هوفلد، مفاهیم بنیادین حقوقی در استدلال‌های

اما در عبارت "حق‌الله"، استفاده از واژهٔ Right به جای "حق"، و ترجمهٔ عبارت به صورت Right of God درست به نظر نمی‌رسد. حق‌الله با حق العباد که می‌تواند موضوع دعوا و شکایت قرار گیرد فرق دارد. همانطور که در ادامه خواهیم گفت، حکومت وظیفه دارد که به نمایندگی از سوی سایر افراد جامعه منافع اجتماعی را تامین و محافظت نماید. قدرت مطلقهٔ حکومت این وظیفه و در عین حال این توانایی را به آن می‌دهد که برای تامین منافع عمومی از قوای قضایی و قهری بهره ببرد. به نظر می‌رسد منظور از عبارت "حق‌الله"، منافع و رفاه اجتماعی باشد. لذا استفاده از واژهٔ Right به جای "حق" در عبارت "حق‌الله" ترجمهٔ درستی نیست. لذا، از آنجایی که فقها هم غالباً از عبارت "حق‌الله" به منافع عمومی که اجرای آن در دست حکومت است یاد کرده‌اند، من (نویسنده) نیز این عبارت را به همین معنا به کار می‌گیرم. سوالی که در ابتدای این بحث مطرح کردیم راجع به اینکه با اجرای حق منافع چه شخصی را تامین می کنیم، دراینجا کاربرد دارد. فقها با توجه به پاسخی که به این سوال داده می‌شود (یعنی بر حسب اینکه ذینفعِ یک حق، فرد است یا جامعه) اختیارات اجتهادیِ خود را به کار می گیرند، تا با مقایسهٔ منافع فرد و جامعه و سنجیدنِ کفهٔ سنگین ترازو، بتوانند قوانین و احکام را کشف کنند و به این ترتیب حقوق و تکالیف را در سطح جامعه توزیع نمایند.

بررسی یک پرونده: داد خواهی علیه جرم قذف

یکی از مواردی که در فقه سنتی درباره‌اش بسیار بحث شده و به خوبی تقابلِ منافع فرد و جامعه را به تصویر می کشد مسالهٔ قذف یا همان اتهام ناروای زنا و زنای محصنه است. در قرآن برای برخی جرایم مجازات‌های خاصی تصریح شده‌اند که به آنها حدود (جمعِ حد) گفته می‌شود. قذف هم یکی از این جرایم است. دراین خصوص قرآن می‌فرماید:

> «و کسانی که نسبت زنا به زنان شوهردار می‌دهند سپس چهار گواه نمی‌آورند هشتاد تازیانه به آنان بزنید و هیچگاه شهادتی از آنها نپذیرید و اینانند که خود فاسقند. مگر کسانی که بعد از آن [بهتان] توبه کرده و به صلاح آمده باشند که خدا البته آمرزندهٔ مهربان است.[۱۰۷]»

در فقه سنتی این بحث مطرح است که آیا مجازات حد برای جرم قذف حق‌الله است یا

قضایی (ویراستار والتر ویلر کوک، انتشارات دانشگاه ییل، ۱۹۶۴) (چاپ نخستین ۱۹۱۹) و برای مطالعه دربارهٔ نوع‌شناسیِ حق، مراجعه کنید به جان فینیس، حقوق و قوانین طبیعی، صص ۱۹۹–۲۰۵، انتشارات کلارندون ۱۹۹۳) (چاپ نخستین ۱۹۸۰)

۱۰۷. آیهٔ ۴ و ۵ سورهٔ ۲۴ قرآن

حق‌الناس؟ همانطور که پیشتر گفته شد مجازات قذف ۸۰ ضربه شلاق است. سوال اینجا است که در اجرای مجازاتِ این جرم ذی نفع چه کسی است: خداوند یا قربانی؟ فرد یا اجتماع؟ در پاسخ به این سوال بحث‌های زیادی مطرح شده است که در آن به شرایطِ داد خواهی و حقوق قربانی در طول روند رسیدگی به دعوا هم پرداخته اند. مراد از همۀ این بحث ها در نهایت این است که بفهمیم ذینفعِ مجازات جرم قذف چه کسی است و با اجرای مجازات در پی کسب چه مصلحت و منفعتی هستیم. در واقع فقها سعی می کردند از طریق بررسی منافع فردی و اجتماعی به مبنایی دست یابند که بر اساسِ آن به تعیین و توزیع حقوق و تکالیف در جامعه بپردازند. به این ترتیب علی‌رغم استفاده از اختیارات اجتهادی، احکام و قوانینِ صادره از قابلیت پیش‌بینی و قطعیت نیز برخوردار خواهد بود.

بیش‌ترین بحث پیرامون این سوال بود که از اجرای مجازات قذف چه خیر و مصلحتی به دست می‌آید؟ از یکسو اجرای حکم باعث انذار عمومی میشود (منفعت اجتماعی)، و از سوی دیگر به نوعی تلافی و جبران ضربه‌ای است که مجرم به شخصیت قربانی وارد کرده (منفعت فردی) هرچه از نظر یک فقیه کفۀ ترازو بیش‌تر به سمت جنبۀ بازدارندگی مجازات متمایل باشد، بیش‌تر احتمال دارد که مجازات قذف را حق‌الله بداند. اصولاً یکی از وجوه مشترک جرایمی که مشمول حدود الهی می‌باشند این است که جنبۀ تحذیری آنها بسیار بالا است.[۱۰۸]

به این ترتیب به لحاظ ویژگیِ تحذیری و بازدارندگی، مجازات قذف جنبۀ عمومی دارد و حق‌الله محسوب می‌شود. به عنوان مثال، فقیه حنفی (۸۶۶ ه /۱۴۵۱) معتقد است که اگر از دید منفعت عمومی و به اصطلاحِ خودِ او "حق الشرع"، نگاه کنیم، مجازات قذف برای رها شدن از شرّ و ریشه کن کردنِ فساد است. دراین صورت باید گفت که حق‌الله است و اجرای آن به هیچ شخص خاصی مربوط نمی‌شود، بلکه از جمله مصالح و حقوق اجتماعی محسوب میگردد.[۱۰۹] اجرای این

---

۱۰۸. ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة (حنبلی، وفات ۱۲۲۳/۶۲۰)، المغنی، ج ۸، ص ۲۹۹ (دار احیاء التوراث العربی)، منصور بن یونس البهوتی (حنبلی، وفات ۱۶۴۱/۱۰۵۱)، کشاف القناع عن متن الاقناع، ج ۶، ص ۱۰۹، (ویراستار ابو عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعیل الشافعی، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)؛ تقی الدین ابن تیمیة (حنبلی، وفات ۱۳۲۸/۷۲۸)، السیاسة الشریعة فی اصلاح الراعـي والرعیـة، ص ۹۰ (انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۸۸)؛ المرغینانی (حنفی، وفات ۱۱۹۷/۵۹۳) پاورقی شمارۀ ۴۳ ج ۱و۲، صص ۳۸۱و ۴۰۲، زین الدین بن ابراهیم بن محمد ابن نجیم (حنفی، وفات ۱۵۶۳/۹۷۰) البحر الرائق، ج۵، ص۴، (ویراستار زکریا عمیرات، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)، محمود بن احمد بن موسی بن احمد بن الحین بدرالدین العینی (حنفی، وفات ۱۴۵۱/۸۵۵) البنایة شرح الهدایة ، ج ۶، ص ۳۷۱ (امین صالح شعبان، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۹)؛ ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب الماوردی (شافعی، وفات ۱۰۵۸/۴۵۰) الحاوي الکبیر، ج ۱۳، ص ۳۶۷ (علی محمد معوض و عادل احمد عبدالموجود، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۴)

۱۰۹. بدرالدین العینی، پاورقی شمارۀ ۱۰۸. برای دیدن نظر موافق با کسانی که اجرای حق‌الله را برای برچیدن فساد از جامعه لازم میدانند رجوع کنید به ابن نجیم (حنفی)، پاورقی شمارۀ ۱۰۸، محمد بن عبدالله بن علی الخورشی (الخرشی) (مالکی، وفات، ۱۶۹۰/۱۱۰۱)، حاشیة الخرشی علی مختصر خلیل، ج۸،۳۲۹،

مجازات موجب ترساندن و بازداشتن مردم از ارتکاب عمل ناپسند می‌گردد و در نهایت به افزایش رفاه اجتماعی می‌انجامد.

از طرفی دیگر، حق‌الناس به منافع فردی مربوط می‌شود. یکی از مسایلی که در قذف مطرح است آبرو و شأن و منزلت قربانی است.[۱۱۰] و هرچه که یک فقیه به این جنبه از جرم اهمیت بیش‌تری بدهد بیش‌تر احتمال دارد که قذف را حق العباد یا همان حق‌الناس بداند. الماوردی، قاضی و فقیه شافعی (۱۰۵۸/۴۵۰) معتقد بود که آبرو و شأن و منزلت جزئی جدایی ناپذیر از وجود هر انسان است، درست مثل سلامتی و مال. به گفتهٔ او: «وقتی به جسم یا اموال شخص [صدمه وارد می‌شود] برای وی یک حقِ شخصی ایجاد می‌گردد، همین طور است وقتی که به آبرو و شخصیت یک فرد صدمه وارد می‌شود.»[۱۱۱] بنابراین، اینکه آیا مجازات این جرم حق‌الله است یا حق‌الناس بستگی به این دارد که هدف اصلی از اجرای مجازات را چه بدانیم. یعنی به این سوال بازمی گردیم که با اجرای مجازات قذف در اصل از حقوق چه کسی دفاع می‌کنیم؟ حقوق قربانی یا حق جامعه؟

پاسخ به این سوال و بحث‌های پیرامون آن آثار مهمی بر نحوهٔ دادخواهی و اقامهٔ دعوا دارد. حق خواهان برای اقامهٔ دعوا، برای تعقیب قضایی و در نهایت حق گذشت از جرم، همگی بستگی به این دارد که این مجازات را حق‌الناس بدانیم یا حق‌الله. اگر به این نظر متمایل باشیم که حق‌الله است، آنگاه حقوق و اختیارات فرد قربانی در طول فرایندِ دادخواهی کم‌ترخواهد بود، و در عوض دولت نقشِ پر رنگ تر و موثرتری در پیگیری جرم به نفع اجتماع دارد. و بر عکس، اگر مجازات را حق‌الناس بدانیم، فرد قربانی اختیارات بیش‌تری در پیگیری دعوا علیه مجرم دارد. فقهای هر چهار فرقهٔ مکتب سنی این سوالات را در خصوص فرایند داد خواهی مطرح کرده و سعی کرده‌اند بین منافع فرد و اجتماع تعادل برقرار کنند. به عنوان مثال آیا لازم است که حتماً قربانی علیه مجرم اعلام جرم نماید؟ فرض کنید شخص (ب) به شخص (الف) اتهام ناروای زنا میزند و مرتکب جرم قذف

(زکریا عمیرات، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)، المرغینانی، پاورقی شمارهٔ ۴۳، ج۱ و۲، ص ۴۰۲، صالح عبدالسمیع آبی الازهری، ، جواهر الاکلیل، ج ۲،ص ۴۳۷ (محمد عبدالعزیز الخالدی، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷). السحنون، فقیه مالکی، (وفات ۸۵۴/۲۴۰) معتقد بود که اگر یک کافر ذمّی مرتکب دزدی شود، باید مجازات قرآنی بر او اعمال شود و دستش قطع گردد، زیرا این جرم موجب فساد فی الارض است. در واقع السنحون دراین حکم مصلحت عمومی‌ای که مبنای حکم قرآن بوده است را در نظر گرفته. سحنون بن سعید التنوخي (وفات ۸۵۴/۲۴۰)، المدونة الکبری، ج ۶، ص ۲۷۰ (دار صادر، تاریخ نامعلوم)

۱۱۰. بدرالدین العینی، پاورقی شمارهٔ ۱۰۸، الماوردی، پاورقی شمارهٔ ۱۰۸،ج۱۱، ص ۱۰، ابو عبدالله بن احمد بن القرطبی، الجامع الاحکام القرآن، ج ۱۲، ص ۱۱۶، (انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۳)، الرمرغینانی، پاورقی شمارهٔ ۴۳،ج۱و۲، صص ۴۰۲، ۴۰۰. در واقع، فقیه مالکی، ابوبکر بن العربی (۱۱۴۸/۵۴۳)، معتقد است که حیثیت و آبروی انسان از آن چنان ارزش و اهمیتی برای خداوند برخوردار است که قریب به یک سوم ممنوعیت‌های الهی در جهت حفظ این ارزش هستند. ابوبکر بن العربی، کتاب القبس،ج ۳، ص ۱۰۱۸ (ویراستار محمد عبدالله ولد کریم، دار الغرب الاسلامی ۱۹۹۲).

۱۱۱. الماوردی، پاورقی شمارهٔ ۱۰۸،ج۱۱، ص ۱۰

می‌شود. الف هرگز تقاضای جبران خسارت نمی‌کند. اما دو فرد دیگر (ج و د) شاهد وقوع جرم بوده‌اند. حال، آیا بدون شکایت الف، دولت می‌تواند با استناد به شهادت ج و د رسیدگی قضایی علیه ب را شروع کند؟

فرض کنید که قذف حق‌الله باشد و الف هم مکلف باشد که دراین وضعیت علیه ب شکایت کند. اگر الف از شکایت خود داری کند آیا به این معنی است که الف حق‌الله را زیر پا گذاشته و نادیده گرفته است؟ و اگر حق‌الله است، آیا دادنِ اختیار شکایت به الف، به وی این قدرت را می‌دهد که با عدم شکایت از مجرم، مصالح اجتماعی را مورد تهدید قرار دهد؟ و اگر حق‌الناس است، آیا دولت هم حق دارد به جای الف علیه ب اقامۀ دعوا نماید؟ اگر الف ترجیح دهد که برای حفظ آبروی خود از اقامۀ دعوا خود داری کند تا مبادا منجر به هتک حرمت بیش‌تر شود، آیا باید برای او این حق را قائل شویم؟ بدیهی است که اگر حق‌الناس باشد قاعدتاً الف باید این حق انتخاب را داشته باشد. برای اینکه بیش‌تر روشن شود چگونه میان منافع مختلفی که دراین موضوع دخیل هستند باید تعادل برقرار کنیم، در ادامه بیش‌تر روی مسالۀ اقامۀ دعوای قذف تمرکز خواهم کرد.

در میان فرقه‌های مختلف سنی، شافعی‌ها بیش‌تر متمایل به این بودند که مجازات قذف را حق‌الناس بدانند.[۱۱۲] به همین دلیل است که از نظر آنها پیش از آنکه دولت بتواند وارد دعوا شود، دعوا باید توسط خودِ قربانی اقامه گردد. یعنی اگر قربانی اعلام جرم نکند، به صرفِ وجود شاهدانی که بر وقوع آن شهادت می‌دهند، دولت نمی‌تواند علیه مجرم اقامۀ دعوا کند. بدون درخواست قربانی، دولت حق اجرای مجازات را ندارد. به عقیدۀ الماوردی (۱۰۵۸/۴۵۰) وجودِ این شرط، تاکید براین امر است که مجازات قذف بیش‌تر حق‌الناس است تا حق‌الله. اگر حق‌الله بود، شرط اقامۀ دعوا توسط قربانی نیز وجود نداشت.[۱۱۳] فقهای شافعیِ دیگری مثل یحیی بن شرف النووی (۱۲۷۷/۶۷۶) معتقد بودند که مجازات قذف بیش‌تر جنبۀ خصوصی دارد، اما در عین حال النووی این را قبول داشت که دلایلی هم مبنی بر حق‌الله بودنِ این مجازات وجود دارد. به عنوان مثال، مجازات قذف برای یک فرد آزاد (یعنی فردی که برده نیست) ۸۰ ضربه شلاق است، ولی اگر مجرم برده باشد مجازات او ۴۰ ضربه است. به عقیدۀ النووی، از نظر قربانی هیچ فرقی نمی‌کند که مجرم

---

۱۱۲. ابوبکر ابن العربی، پاورقی شمارۀ ۱۱۰، ۳:۱۰۱۹؛ ابوبکر محمد بن احمد القفال الشاشی، حلیه العلماء في معرفه مذاهب الفقهاء ،ج۸، ص ۴۰ (یاسین احمد ابراهیم درادکة ، انتشارات مکتب الرسالة الحدیث۱۹۸۸)

۱۱۳. الماوردی، پاورقی شمارۀ ۱۰۸،ج۱۱، ص ۱۰

برده است یا آزاد؛ بلکه آنچه برای او مهم است این است که در هر حال مورد هتک حرمت قرار گرفته. بنابراین، اینکه خداوند مجازات قذف را برای برده به نصف کاهش داده است نشان می‌دهد که حقی برای خدا دراین مجازات وجود دارد. یعنی این مجازات صرفاً جنبهٔ خصوصی ندارد، بلکه در آن جنبه‌های عمومی هم هست. اما با وجود اینکه النووی مجازات را واجد هر دو جنبهٔ خصوصی و عمومی میداند، جنبهٔ خصوصی آن را برتر دانسته و لذا معتقد است شروع تعقیب قضایی باید با اقامهٔ دعوای قربانی باشد و قربانی حق بخشش مجرم را دارد.[۱۱۴]

فقهای حنبلی هم با شافعی‌ها هم نظر بودند. ابو اسحاق بن مفلح (۱۴۰۱/۸۰۴)، فقیه حنبلی، معتقد است که نظر اظهر و اشهر در بین مکاتب فقهی این است که این مجازات بیش‌ترجنبهٔ خصوصی دارد زیرا اجرای مجازات با بخشش قربانی متوقف میشود.[۱۱۵] ابن قدامة (۱۲۲۳/۶۲۰) و ابوالحسن مرداوی (۱۴۸۰/۸۵۵) هردو معتقدند که این مجازات جنبهٔ خصوصی دارد و با اقامهٔ دعوا از سوی شاکی خصوصی قابل پیگیری است.[۱۱۶] به گفتهٔ منصور بن یونس البهوتی (۱۴۸۰/۱۰۵۱) نیز برای اجرای مجازات لازم است که قربانی اقامهٔ دعوا کرده باشد. دعوا باید به صدور حکم منتهی شود و قربانی حق خود برای رسیدگی را اعراض نکرده باشد.[۱۱۷] البته جرم قذف با زنا فرق دارد. ابن قدما برای رسیدگی به جرم زنا و زنای محصنه نیازی به شکایتِ شاکی خصوصی نمی‌بیند چراکه مجازات آن کاملاً حق‌الله محسوب می‌شود. به عبارت دیگر دولت میتواند راساً علیه متهمِ این جرم اقامهٔ دعوا کند. مجازات جرم زنا جنبهٔ خصوصی ندارد و تماماً حق‌الله است.[۱۱۸]

قابل ذکر است که به گفتهٔ علی بن علی الشبراملسی (۱۶۷۶/۱۰۸۶) مردی که همسرش مرتکب

---

۱۱۴. یحی بن شرف النووی، روضه الطالبین و عمده المفتین،ج۱۰، صص ۱۰۷-۱۰۶ (چاپ سوم، المکتب الاسلامی ۱۹۹۱). برای دیدن نظر سایر فقهای شافعی که معتقدند مجازات قذف حق‌الناس است و نساز به اقامهٔ دعوا از سوی قربانی دارد رجوع کنید به: ابو اسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف الشیرازی (وفات ۱۰۸۳/۴۷۶)، المهذب فی فقه الامام الشافعی، ج۳،ص ۳۴۹ (زکریا العمیرات، دارالکتب العلمیه ۱۹۹۵)؛ فخرالدین الرازی، (وفات ۱۲۰۹/۶۲۰)، التفسیر الکبیر ج۸، ص۳۲۷(چاپ سوم، دار الاحیاء التوراث العربی ۱۹۹۹). به گفتهٔ ابن رشد الحافظ، فقیه مالکی (وفات ۱۱۹۸/۵۹۵)، از نظر شافعی‌ها حتی اگر قربانی از متهم شکایت کند و رسیدگی شروع شود، حق دارد که سپس دعوا را پس بگیرد و رسیدگی را متوقف کند. ابوالولید محمد بن احمد محمد بن احمد ابن رشد الحافظ، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد،ج ۲، صص ۶۴۸-۶۴۷، (علی محمد معوض و علی احمد عبدالموجود، دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷)

۱۱۵. ابو اسحاق ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ،ج۹، ص ۸۴ (المکتب الاسلامی ۱۹۷۹)

۱۱۶. ابو محمد عبدالله بن محمد بن محمد ابن قدامة، المغنی،ج۸، ص ۲۱۷، (دارالاحیاء التوراث العربی)؛ ابوالحسن علی بن سلیمان بن احمد المرداوی، الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل،ج۱۰، ص ۱۸۵ (ابو عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعیل الشافعی، دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)

۱۱۷. منصور بن یونس البهوتی، کشف الغناء،ج۶، ص ۱۳۴ (دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷). جالب است که به گفتهٔ ابوعبدالله ابن مفلح (وفات ۱۳۶۲/۷۶۳) حتی کسانی که این مجازات را حق‌الله میدانند شرط میکنند که شروع رسیدگی به دعوا باید با شکایت قربانی باشد. ابوعبدالله محمد ابن مفلح، الفروع، ج۶، ص ۹۶، (ابوالزهرا حزیم القاضی، دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷). چنانکه در ادامه توضیح خواهیم داد این موضعِ حنفی‌ها است.

۱۱۸. ابن قدامة، پاورقی شمارهٔ ۱۱۶،ج۸، صص ۲۸۵-۲۸۴

زنای محصنه شده حقی علیه زانی دارد. ولی الشبراملسی توضیح نداده که دقیقاً این شخص چه حقی دارد. در هر حال آنچه که از این مباحث روشن می‌شود این است که چطور مسالۀ داد خواهی، سوالات و پیچیدگی‌های بسیاری دربارۀ مفهموم حق را مطرح می‌کند.[۱۱۹] نظر مالکی‌ها دراین باره نشان دهندۀ اختلاف نظرهای است که پیرامون ماهیت مجازات قذف وجود دارد. عموما مالکی ها معتقدند که مجازات قذف هر دو جنبۀ خصوصی و عمومی را دارا می‌باشد. به عنوان مثال ابوبکر ابن العربی، فقیه مالکی (۱۱۴۸/۵۴۳) قبول دارد که دراین خصوص دو نظر وجود دارد و دلیل این دو دستگی هم این است که درواقع جرم قذف هم به حقوق خصوصی تعرض می‌کند و هم به حقوق جامعه. اما از نظر او جنبۀ خصوصی جرم غلبه دارد، چراکه اساساً برای شروع رسیدگی به این جرم لازم است که قربانی اقامۀ دعوا کند، و حکومت تنها زمانی حق اجرای مجازات را دارد که قربانی آن را مطالبه کرده باشد.[۱۲۰] اما از آنجایی که اصولًا فقهای مالکی دراین خصوص موضعی بینابین داشتند، با در نظر گرفتن جنبۀ عمومی و حق‌اللهی جرم اختیارات شاکی خصوصی را محدود کردند. به این معنی که پس از وقوع جرم و تا پیش از اعلام جرم و اقامۀ دعوا، جنبۀ خصوصی جرم غلبه دارد. لذا قربانی حق دارد تصمیم بگیرد که آیا اقامۀ دعوا نماید یا خیر. اما پس از اقامۀ دعوا جنبۀ عمومی جرم غلبه پیدا می‌کند و لذا شاکی دیگر حق پس گرفتن دعوا را ندارد. و از این پس پیگیری شکایت و اجرای مجازات در اختیار دولت است.[۱۲۱]

بااین حال، مالکی‌ها سعی کردند تا حدی برای شاکی بعد از اقامۀ دعوا هم اختیاراتی قائل شوند. در مواردی خاص، اگر بعد از اقامۀ دعوا، شاکی با علنی شدن دعوا مخالف باشد و ترجیح دهد که این قضیه در خفا باقی بماند، حق دارد حتی بعد از تشکیل جلسۀ دادرسی دعوای خود را پس بگیرد.[۱۲۲] این حالتِ استثنایی زمانی پیش می‌آید که دعوا از سوی شخصی غیر از قربانی اقامه شده است، مثلاً ۲ فردی که شاهد وقوع قذف بوده‌اند دعوا را طرح کرده اند.[۱۲۳] دراین صورت، باید گفت مالکی‌ها اقامۀ دعوا توسط شخصی غیر از قربانیِ جرم را ممکن دانسته اند، اما به قربانی این

۱۱۹. علی بن علی الشبراملسی، حاشیة علی نهایه المحتاج، حاشیه‌ای بر محمد بن علی العباس احمد بن حمزه بن شهاب الدین الرملی الشافعی الصغیر، نهایة المحتاج الی شرح المنهاج (دارالاحیاء التوراث العربی ۱۹۹۲)

۱۲۰. ابوبکر محمد بن عبدالله ابن العربی، احکام القرآن،ج۳، صص ۱۳۳۶-۱۳۳۵ (علی محمد البجاوی، دارالمعارف)

۱۲۱. القفال، پاورقی شمارۀ ۱۱۲، ابوالولید محمد بن احمد بن رشد (الجد) (وفات ۱۱۲۶/۵۲۰) المقدمات المقدمات،ج۳، ص ۲۶۶ (محمد حوجی، دار الغرب الاسلامی ۱۹۸۸)؛ ابن رشد الحافظ، پاورقی شمارۀ ۱۱۴، ج۲، صص ۶۴۸-۶۴۷. الخرشی، پاورقی شمارۀ ۱۰۹،ج۸، ص ۳۰۸

۱۲۲. ابن رشد الجد، پاورقی شمارۀ ۱۲۱

۱۲۳. به گفتۀ الماوردی، فقیه شافعی، انجام این کار را مالکی‌ها مجاز میدانستند. الماوردی، پاورقی شمارۀ ۱۰۸،ج۱۱، ص ۹

حق را داده اند که در شرایطی خاص بتواند از ادامهٔ رسیدگی به دعوا جلوگیری کند.[۱۲۴]

این رویکرد میان جنبهٔ خصوصی و عمومی جرم تعادل ایجاد می‌کند. جنبهٔ عمومی این جرم و آسیب‌های اجتماعی ناشی از آن آنقدر وسیع است که باید به افرادی غیر از قربانی هم اجازهٔ اقامهٔ دعوا داد، حتی اگر خود قربانی حضور نداشته باشد. اما در عین حال این جنبه تا آن حد نیست که حق قربانی برای حفظ حرمت خود و تبعات ناشی از محاکمهٔ علنی را نادیده بگیریم. در بین فقهای حنفی، نظر غالب این است که مجازات قذف جنبهٔ حق‌اللهی دارد.[۱۲۵] ابو حنیفا (۷۶۷/۱۵۰) بنیانگزار فرقهٔ حنفی نیز همین عقیده را داشت. به نظر او، شروع رسیدگی باید با شکایت قربانی باشد، اما پس از طرح شکایت، قربانی حق بازپس گیریِ دعوا را ندارد، و این همان چیزی است که به جرم جنبهٔ عمومی می‌بخشد.[۱۲۶] دیگران، مثل الحسن البصری، از فقها و تابعین قدیم (۷۲۸/۱۱۰) معتقد بودند که این جرم کاملاً جنبهٔ عمومی و حق‌اللهی دارد و برای رسیدگی به آن نیازی به طرح دعوا توسط قربانی نیست.[۱۲۷] از نظر او چون آسیب ناشی از این جرم جنبهٔ عمومی دارد، قربانی جرم تنها کسی نیست که حق شکایت علیه مجرم را دارد. برخی از فقها این نظر را به حنفی‌ها نسبت داده اند. مثلاً، به گفتهٔ فقیهِ مالکی، ابن رشد الجد (۱۱۲۶/۵۲۰) حنفی‌ها معتقد بودند اجرای مجازات قذف نباید در اختیار قربانی جرم باشد و دولت باید فارغ از خواستهٔ او مجازات را جاری نماید، حتی اگر دعوا توسط هر فردی از اعضای جامعه غیر از قربانی مطرح شده باشد.[۱۲۸]

با این وصف مشخص نیست که چطور ابوحنیفا معتقد بود که برای پیگیری قضایی جرم قذف اقامهٔ دعوا باید از سوی قربانی صورت گیرد. گذاشتن این شرط به این معنی است که جرم جنبهٔ خصوصی دارد، نه عمومی، و یا اگر جنبهٔ عمومی دارد سرنوشت آن در دست شاکی خصوصی است. ابوحنیفه از یکسو مجازاتِ این جرم را حق‌الله می‌داند و از سوی دیگر اقامهٔ دعوا را تنها حق و اختیار قربانی جرم می‌داند. این تعارض در اندیشهٔ او در واقع ناشی از ماهیت دوگانهٔ جرم قذف

---

۱۲۴. ابن رشد (الجد)، البیان و التحصیل،ج۱۶، ص ۲۹۰ (احمد الحبیبی، دارالغرب الاسلامی ۱۹۸۸)

۱۲۵. شمس الدین السرخسی، کتاب المبسوط،ج۹، ص ۱۰۵ (دارالکتب العلمیة ۱۹۹۲)؛ ابن العربی، پاورقی شمارهٔ ۱۱۰،ج۳، ص ۱۰۱۹؛ القرطبی، پاورقی شمارهٔ ۱۱۰، ج۱۲، ص ۱۱۸

۱۲۶. ابوبکر احمد بن علی الجصاص، احکام القرآن،ج۳، ص ۳۵۲ (عبدالسلام محمد علی شاهین، دارالکتب العلمیة ۱۹۹۴) همچنین ببینید القفال، پاورقی شمارهٔ ۱۱۲؛ الماوردی، پاورقی شمارهٔ ۱۰۸، ج۱۱،ص ۹

۱۲۷. القفال، پاورقی شمارهٔ ۱۱۲، الماوردی، پاورقی شمارهٔ ۱۰۸،ج۱۱، ص ۹

۱۲۸. ابن رشد (الجد)، پاورقی شمارهٔ ۱۲۴

است. هرچند از نظر حنفیها آسیب ناشی از این جرم کل جامعه را تهدید می‌کند و دامنۀ آن فراتر از نقض حقوق خصوصی است، اما در هر حال برای رسیدگی قضایی به این جرم لازم است قربانیِ آن از متهم شکایت کند. به علاوه، حنفیهای متاخر مثل ابن نجیم (۱۵۶۳/۹۷۰) شرط کرده‌اند که قربانی در زمان اجرای حکم باید حضور داشته باشد.[۱۲۹] در ابتدا به نظر می‌رسد اینکه مجازات قذف را حق‌الله بدانیم مغایر باشد با اینکه شرط کنیم دعوای قذف صرفا باید توسط قربانی مطرح شود، و در زمان اجرای طرح هم قربانی باید حضور داشته باشد. فقیه اندلوسی، ابن حزم (۱۰۶۳/۴۵۶) به این نکته اشاره کرده و به همین دلیل حنفی‌ها را در موضع خود ثابت نمی‌داند، چراکه از نظر او نمیتوان جرمی را حق‌الله دانست و در عین حال رسیدگی به آن را حق خصوصی قربانی محسوب کرد.[۱۳۰] الکسانی، فقیه حنفی (۱۱۹۱/۵۸۷) این احتمال را در نظر گرفته بود که ممکن است این نظرِ حنفی‌ها مور انتقاد قرار گیرد و ناسازگار خوانده شود. به همین دلیل هم تصریح کرد که شرط اقامۀ دعوا توسط قربانی منافاتی با حق‌الله بودن مجازاتِ آن ندارد. این شرط صرفاً مربوط به آیین رسیدگی به جرم است و در ماهیت آن که حق‌الله است تاثیری ندارد.[۱۳۱]

گفته شده که شاگرد ابوحنیفا، ابو یوسف (۷۹۷/۱۸۲) نظری مخالف استاد خود داشته است. به نظر ابویوسف مجازات قذف ماهیتی دوگانه دارد و حق مشترک محسوب می‌شود. به همین دلیل است که اقامۀ دعوای قذف باید تنها توسط قربانی صورت گیرد، و قربانی حق دارد که اصلاً شکایت نکند. اما اگر شکایت کرد، پیگیری آن از حق و اختیار او خارج و در اختیار دولت قرار میگیرد.[۱۳۲] المرغینانی (۱۱۹۷/۵۹۳)، فقیه حنفی دیگری است که او هم معتقد بود مجازات قذف از جمله حقوق مشترک می‌باشد، و بر حسب اینکه هر فردی بیش‌تر به جنبۀ خصوصی آن اهمیت بدهد یا به جنبۀ عمومی نظرات مختلفی ارائه خواهد شد. اما به عقیدۀ او جنبۀ الهی جرم غلبه دارد و به همین دلیل هرچند او هم شرطِ اقامۀ دعوا توسط قربانی را مطرح می‌کند اما معتقد است این حق به ارث نمیرسد.[۱۳۳]

---

۱۲۹. ابن نجیم، پاورقی شمارۀ ۱۰۸، ج۵، ص ۶۱

۱۳۰. ابومحمد علی بن احمد بن سعید ابن حزم، المحلی بالاثار،ج۱۲، ص ۲۵۶، (عبدالغفار سلیمان البندری، دارالکتب العلمیة)

۱۳۱. علاء الدین ابوبکر بن مسعود الکسانی، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع،ج۹، ص ۲۴۹ (علی محمد معوض و عادل احمد عبدالموجود، دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)

۱۳۲. القفال، پاورقی شمارۀ ۱۱۲، الماوردی، پاورقی شمارۀ ۱۰۸، ج۱۱، ص ۹. السرخسی، فقیه حنفی گفته که یکی دیگر از شاگردانِ ابوحنیفا، به نام محمد بن الحسن الشیبانی (وفات ۸۰۵/۱۸۹) هم نظر مشابه نظر ابویونس داشته است. السرخسی، پاورقی شمارۀ ۱۲۵، ج۹، ص ۱۰۷

۱۳۳. المرغینانی، پاورقی شمارۀ ۴۳، ج۱و۲، ص ۴۰۲

در مجموع می توان گفت که بحث فوق بحثی تکنیکی دربارهٔ آیین رسیدگی به جرم قذف است. شافعی‌ها و حنبلی‌ها اعتقاد داشتند که برای رسیدگی به این جرم لازم است که قربانی طرح دعوا کند. و به نظر اکثریت آنها، این شرط به این معنی است که مجازات قذف جنبهٔ خصوصی دارد. بنابراین مطرح‌شدن این دعوا بستگی به این دارد که آیا فرد قربانی حق خود را به اجرا بگذارد یا خیر، و به عقیدهٔ برخی این هم حق قربانی تلقی میشود و هم وظیفهاش. اگر قربانی دعوایی طرح نکند پرونده ای هم نخواهد بود و مجازاتی هم علیه مجرم اجرا نخواهد شد. در مجموع، این نظرِ آن دسته از فقهایی است که برای جرم قذف جنبهٔ خصوصی قائل بودند. این جرم تخلفی است که بر علیه یک فرد انجام گرفته، چراکه آبرو و حیثیت یک فرد امری کاملاً شخصی و خصوصی می‌باشد.

از طرف دیگر، فقهای مالکی سعی کردند در تعیین آیین دادرسی میان جنبهٔ خصوصی و عمومی جرم تعادل ایجاد کنند. اول اینکه اجازه دادند شخصی غیر از قربانی هم بتواند علیه مجرم اقامهٔ دعوا کند. دوم، چنین اظهار کردند که قبل از طرح دعوا جنبهٔ خصوصی دارد، اما بعد از اقامهٔ دعوا و دخالت دولت در رسیدگی، دعوا جنبهٔ عمومی پیدا می‌کند. دیگرآنکه، مساله فقط حق شخصی و خصوصی قربانی نیست، بلکه منافع جامعه در حفاظت از آبروی یک انسان مطرح است. اما زمانی که دعوا توسط شخصی غیر از قربانی مطرح شده، وی حق دارد که از ادامهٔ رسیدگی جلوگیری کند. بنابراین مالکی‌ها این را هم در نظر داشتند که هر چند جرم قذف تبعات اجتماعی وسیعی دارد، در هر حال به هتک حرمت و شخصیت یک فرد منجر شده و جنبهٔ خصوصی هم دارد.

جنبهٔ عمومی جرم و نفع جامعه در حفاظت از حرمت و حیثیت یک فرد بیش‌تر مورد توجه حنفی ها قرار گرفت که معتقد بودند این جرم بیش‌تر جنبهٔ عمومی دارد و مجازات آن حق‌الله است. از نظر آنها ارزش‌هایی که با انجام این جرم پایمال می‌شود ارزش‌هایی اجتماعی هستند. لذا، هرچند این جرم نسبت به یک نفر صورت گرفته، حق دادخواهی نسبت به ارزش‌هایی که پایمال شده است تنها به قربانی تعلق ندارد، بلکه به متعلق کل جامعه و حکومت (به نمایندگی از سوی جامعه) است. به همین دلیل، هرچند حنفی‌ها طرح شکایت توسط قربانی را شرطِ استماع دعوا می دانستند، این را هم بیان کردند که این شرط صرفاً مربوط به آیین دادرسی و امور شکلیِ دعوا می‌باشد، نه ماهیت آن که حق‌الله است.

باید توجه داشته باشیم که این مباحثات میان فقها فراتر از یک اختلاف نظر ساده دربارهٔ آیین دادرسی است. در واقع آنها در تلاش خود برای تشریح و توصیف مفهوم حیثیت، از «اختیاراتِ"

خود برای تفسیر و وضع احکام استفاده می‌کردند. قذف در بین سایر جرایم از موقعیت ویژه‌ای برخوردار است زیرا قرآن به طور خاص این جرم را تعریف کرده و مجازات آن را هم کاملاً روشن و صریح بیان کرده است. شاید به همین دلیل است که فقها هم گمان کرده اند این جرم از نظر خداوند جرمی خاص است، و در نتیجه به جنبۀ حق الهی آن اهمیت ویژهای داده‌اند. چالش پیش‌روی فقها این بود که توجه خاص خداوند به این جرم را نمی‌توانستند اتفاقی تلقی کنند. اما در عین حال هیچ تصریحی هم در قرآن وجود ندارد که جنبۀ عمومی جرم را برتر دانسته باشد. لذا فقها مجبورند برای مقایسۀ جنبۀ عمومی و خصوصی جرم و تعدیل این دو از اختیارات خود استفاده نمایند.

فقها با تفکیک حق‌الناس و حق‌الله در واقع سعی داشتند نوعی هماهنگی در اِعمال اختیارات اجتهادیِ خود ایجاد کنند. اختلاف فقها دراین‌باره هم صرفا اختلاف در تفسیر نصّ الهی نبود. حتی در بحث‌های آنها پیرامون آیین رسیدگی به دعوای قذف، اصلاً اشاره‌ای به نصّ الهی نشده است، و صرفاً بیان برداشت شخصیِ آنها از فرد، اجتماع و ارتباط میان این دو است.

نتیجه‌گیری

در تاریخ فقه اسلامی غلبه با اندیشه‌های اثبات‌گرایانه است که بیش از هر چیز به نصّ الهی و شرع مقدس پایبند هستند؛ هرچند که، گاه در میان فقهای سنتی نیز می‌بینیم که سعی کرده‌اند تا حدی به روش‌های خشک و قدیمی خود قابلیت انعطاف بیش‌تری بدهند.[۱۳۴] اینکه آیا فقیه مختار است فراتر از متن الهی و شرع مقدس برود و در اجتهاد از اماره‌های که مبتنی بر نصّ نیستند استفاده کند یا خیر، از بحث‌های مهمی است که مورد توجه فقهای سنتی و مدرن بوده و هست. دراین مقاله تمرکز من بر روی حقوق و قوانین طبیعی و نقش آن در اسلام بود و نشان دادم که چطور فقهای سنتی وقت بسیاری را صرف بحث دربارۀ نقش منابع غیر منصوص مثل طبیعت و عقل در امر اجتهاد کردند. معتزلیونی مثل الجصاص معتقد بودند زمانی که نصّ الهی دربارۀ موضوعی سکوت کرده عقل قادر است حکم واقعی الهی را کشف کند، و برای توجیه این نظر دیدیم که الجصاص نوعی غایت‌شناسی طبیعی را با خواست و ارادۀ الهی پیوند داد، تا بتواند کشف قوانین الهی را توسط عقل

---

۱۳۴. برای مطالعۀ نظرات موافق اثبات گرایی در فقه اسلامی رجوع کنید به (به عنوان مثال): ژوزف ساچت، مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی (انتشارات دانشگاه اکسفورد ۱۹۹۷) (چاپ نخستین ۱۹۶۴)؛ ان.ج.کولسون، تاریخ قانون اسلامی (انتشارات دانشگاه ایدنبرگ، ۱۹۹۷)(چاپ نخستین ۱۹۶۴)؛ برنارد ج. ویس، روح حاکم بر قانون اسلامی (انتشارات یو.ج.ا. ۱۹۸۸) . برای مطالعۀ نظر کسانی که سعی می‌کنند امکانات سیستم حقوقی اسلام و اختیارات و نقاط انعطاف پذیر آن را بیابند رجوع کنید به: وائل ب. حلاک، مرجعیت، تداوم و تغییر در قانون اسلامی (انتشارات دانشگاه کمبریج ۲۰۰۱)؛ یاسین داتن، خواستگاه فقه اسلامی: قرآن، موطأ و سیرۀ اهل مدینه (انتشارات کورزن ۱۹۹۹)

توجیه نماید.

اما اثبات گرایان چنین نقشی را برای طبیعت قائل نبودند. تکیهٔ اصلی اثبات گرایان بر منابع الهی بود و معتقد بودند که تنها منبع کشف حکم واقعی الهی نصّ الهی است. لذا، در صورت سکوت نصّ، حالت «توقف» پیش می‌آید. دراین حالت فقها معتقدند که هر چند انسان با تحلیل عقلیِ خوب و بد می‌تواند تصمیم های اخلاقی بگیرد، اما این تصمیمات لزوماً مُهر و تایید الهی را ندارند. اما همانطور که در توضیح عقاید غزالی در باب «مصلحت» دیدیم، حتی اثبات‌گرایان هم تا حدی به طبیعتگرایی نزدیک شدند تا بتوانند استفاده از اختیارات اجتهادی در زمانِ سکوتِ نصّ را توجیه کنند. ولی این طبیعت گرایی بسیار خفیف تر از آنچه معتزله به آن اعتقاد داشتند بود، چراکه مخالفِ اعتبار مستقلی بودند که معتزله برای عقل قائل می‌شد. در عوض، اثبات‌گرایانی مثل غزالی ترجیح می‌دادند که برای توجیه اختیارات اجتهادی به استدلالی روی بیاورند که قدرت تامّهٔ خداوند را زیر سوال نبرد.

طبیعت‌گرایی ای که غزالی به آن توسل جسته هم بر پایهٔ نصّ الهی استوار شده و هم اصل رحمت و فضلِ خداوند. نصّ الهی تایید می‌کند که طبیعت بازتاب دهنده و در بر گیرندهٔ احکام الهی است و لذا می‌تواند به ما در کشف احکام کمک کند، و این امر به سببِ رحمت و فضل خداوند میسر شده است. دراین رویکرد قدرت تامّهٔ خداوند به رسمیت شناخته شده، به این معنی که به نظر غزالی، طبیعت قطعاً به نحوی آفریده شده که موجب سود رسانی به انسان باشد، اما این امر به دلیل رحمت و فضل خداوند بر بندگانش است، و در عین حال به دلیل قدرت تامّه ای که دارد می‌تواند هر زمان بخواهد نظرش را تغییر دهد. اما در دیدگاه الجصاص طبیعت منبع سود رسانی به انسان است زیرا خداوند فقط بر اساس خیر و صلاح بندگانش عمل می‌کند، یعنی دراین دیدگاه به نوعی برای خداوند تکلیف قائل می‌شوند. در حالی که در دیدگاه غزالی خداوند اختیار تام دارد که به خیر و صلاح انسان عمل نماید یا خیر، و فقط از روی رحمت و لطفش است که به خیر و صلاح انسان عمل کرده.

به این ترتیب بحث اختیارات اجتهادیِ فقیه، ریشه در اصول فقه دارد و فقط یک بحث تئوریک نیست، بلکه در عمل در زمان سکوت نصّ، برای درک و تشخیص قوانین الهی بسیار کاربرد دارد. فقهای سنتی با مطرح کردن بحث حق‌الناس و حق‌الله و بررسی مفهوم فرد و اجتماع و ارتباط میان

این دو، که همگی منابع غیر منصوص محسوب میشوند، در واقع از اختیارات خود برای تصمیم گیری و وضع حکم استفاده کرده اند، به نحوی که تصمیماتشان از قطعیت و قابلیت پیش‌بینیِ نسبی نیز برخوردار باشد.

بحث‌های مطرح شده دربارۀ طبیعت گرایی و اختیارات اجتهادیِ فقها با مسایلی که امروزه در حقوق اسلامی مطرح می‌شود نیز در ارتباط است. برای روشن شدن این ارتباط یک مثال می‌زنیم. این روزها در اخبار گفته شده که ممکن است در ایالت آنتاریو در کانادا، یک هیات داوری شرعی تشکیل شود که به اختلافات مسلمانان در امور مربوط به ازدواج و طلاق و ارث رسیدگی نماید. دراین گزارش آمده که به گفتۀ ماریون بوید این هیات بر طبق اصول اسلامی به پرونده رسیدگی وحکم صادر خواهد کرد.[۱۳۵] اما اینکه این اصول چه اصولی هستند کاملًا مبهم است. آیا منظور اصولی است که صرفاً تکرار فقه سنتی و تاریخی می‌باشند یا فقط آن اصولی که فقهای سنتی در موردشان اجماع دارند؟ آیا منظور قواعد فقهی ای است که برای تفسیر و تجزیه و تحلیل متون فقهی مبهم به کار می‌رود یا قواعدی که برای رفع تعارض میان اماره‌های مختلف استفاده می‌شود؟ در هر حال، این عبارت مبهم و حتی می‌توان گفت که بی معناست.

مثالی از قانون طلاق در فقه سنتی به خوبی نشان خواهد داد که چطور این عبارتِ مبهم، در عمل هیات داوری را با چالشهای فراوان روبرو خواهد کرد. در فقه سنتی در باب قانون طلاق، مرد حق داشت به صورت یک طرفه و بدون هیچ قید و شرطی و حتی بدون نیاز به رجوع به دادگاه همسرش را طلاق دهد. درحالی که اگر زن خواستار طلاق بود باید این درخواست را از طریق دادگاه پیگیری میکرد. اگر زن برای طلاق دلیلی هم داشت (مثل عدم پرداخت نفقه، سوء استفاده، ناتوانی جنسی)، دراین صورت حقوق مالی او محفوظ می‌بود. اما اگر هیچ دلیل موجهی مبنی بر تقصیر همسرش نداشت، باید درخواست طلاق خلع می کرد، یعنی باید همۀ حقوق مالی خود را می‌بخشید تا بتواند از قید زناشویی رها شود.[۱۳۶] تفاوت بین حق زن و مرد در امر طلاق در واقع

---

۱۳۵. رجوع کنید به: مارون بوید، حل اختلاف در دعاوی خانوادگی: امکان انتخاب وبالا بردن سطح درک و پذیرش متقابل، بخش اول: مقدمه و ساختار (قابل دسترسی در آدرس (http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/fullreport.pdf) آخرین دسترسی در تاریخ اکتبر ۲۰۰۵)

۱۳۶. برای مطالعه دربارۀ رژیم حقوقی طرفین در طلاق رجوع کنید به: سوزان اسپکتورسکی، مقدمه‌ای بر موضوع ازدواج و طلاق: پاسخ‌های ابن حنبل و ابن راهویة، صص ۲۷-۳۹ و ۵۰-۵۲ (مترجم سوزان اسپکتورسکی، انتشارات یو.تکس ۱۹۹۳)؛ حیفا آ. جواد، حقوق زنان در اسلام: یک رویکرد معتبر ، صص ۷۹-۸۲ (انتشارات سینت مارتین ۱۹۹۸) . برای مطالعه دربارۀ اینکه دولت‌های مدرن اسلامی چگونه با مسالۀ طلاق در اسلام مواجه شده‌اند رجوع کنید به: عبدالله احمد نعیم، حقوق خانواده در اسلام و در دنیای در حال تغییر: کتابی برای تمام جهان (عبدالله آ. النعیم، انتشارات زد ۲۰۰۲) . قابل ذکر است که زن حق دارد در ضمنِ

تفاوت میان قدرت و آزادی عمل هر یک از آنها بود. در فقه سنتی شوهر می‌توانست بدون رجوع به دادگاه همسر خود را طلاق دهد. طلاق دادن به همین آسانی بود که مرد به همسرش اعلام نماید که او را طلاق داده است. تنها چیزی که بر عهدهٔ مرد بود این بود که برای مدت معینی بعد از طلاق نفقهٔ زن را بپردازد.

اما زن برای طلاق گرفتن قدرت و اختیارات بسیار محدودی داشت. مجبور بود این حق را از طریق دادگاه و تحت نظارت این نهاد به اجرا بگذارد و اگر برای اجرای طلاق دلیلی مبنی بر تقصیر همسرش نداشت مجبور بود همهٔ حق و حقوق مالی خود را ببخشد. به این ترتیب می‌توان گفت که مرد دراین امر از قدرتی به مراتب بیش‌تر از زن برخوردار بود. به گفتهٔ الماوردی، فقیه شافعی (۱۰۵۸/۴۵۰) یکی از مستنداتِ قدرت مطلق مرد در امر طلاق این آیهٔ قرآنی بود که می‌فرماید:

«ای پیامبر چون زنان را طلاق گویید در [زمان‌بندی] عده آنان طلاقشان گویید.»[۱۳۷]

حال این سوال مطرح می‌شود که چرا باید به مرد قدرت یک طرفه برای طلاق داده شود؟ چرا نگوییم که این آیه صرفاً بیان آیین رسیدگی به موضوع طلاق است، و نه بیان یک قاعدهٔ ماهوی؟ به عبارت دیگر، می‌توان چنین استدلال کرد که هم مرد و هم زن هردو حق دارند به صورت یک طرفه طلاق را اِعمال نمایند، اما فقط اجرای این حق باید طبق شرایطی باشد که در قرآن آمده. ولی در عمل این آیه هرگز به این شکل تفسیر نشده است. به عنوان مثال، الماوردی معتقد است که هرچند مخاطب این آیه شخص پیامبر است، اما در واقع مصداق عام دارد و برای همهٔ مسلمانان قابل اجرا است.[۱۳۸] سوالی که الماوردی مطرح کرد این بود که آیا حق طلاقی که دراین آیه آمده فقط به مردان تعلق دارد؟[۱۳۹] هرچند ازدواج عقدی است که با رضایت هر دو طرف بسته می‌شود، اما برای طلاق خواستِ مرد به تنهایی کافی است و حق دارد طلاق را به صورت یک طرفه اِعمال نماید.[۱۴۰]

به عقیدهٔ الماوردی دلیل این حکم این است که قرآن به مرد مقام برتری بخشیده است.[۱۴۱]

عقد ازدواج برای خود حق طلاق یک طرفه را شرط کند. اما این شرط نیاز به توافق دوجانبه دارد.

۱۳۷. آیهٔ ۱ سورهٔ ۶۵ قرآن

۱۳۸. الماوردی، پاورقی شمارهٔ ۲۰۸، ج۱۰، ص ۱۱۱

۱۳۹. همان ج۱۰، ص ۱۱۱

۱۴۰. همان

۱۴۱. همان، ج۱۰، ص ۱۱۴، آیهٔ ۲۲۸ از دومین سورهٔ قرآن را نقل می‌کند که متن کامل آن به این شرح است:

«و زنان طلاق داده شده باید مدت سه پاکی انتظار کشند و اگر به خدا و روز بازپسین ایمان دارند برای آنان روا نیست که آنچه را خداوند در رحم آنان آفریده پوشیده دارند و شوهرانشان اگر سر آشتی دارند به بازآوردن آنان در این [مدت] سزاوارترند و مانند همان [وظایفی] که بر عهده زنان است به طور شایسته به نفع آنان [بر عهده مردان] است و مردان بر آنان درجه برتری دارند و خداوند توانا و حکیم است» (تاکید اضافه شده است)

اما علی‌رغم وجود این آیه در قرآن، الماوردی قبول داشت که توزیع حق طلاق میان زن و شوهر ناهمگون و نابرابر است. او این ناهماهنگی را این طور توجیه می‌کند که، اولاً، از آنجایی که مرد مسئولیت تامین مایحتاج و نفقۀ زن را دارد، برای او حقوقی در نظر گرفته شده که فقط مختص مرد است.[۱۴۲] دلیل دوم، که احتمالاً بحث بر انگیز ترین دلیل است، این است که زنان زودتر از مردان تحت تاثیر غلیان احساسات خود قرار می گیرند و ممکن است به خاطر دلخوری ناشی از یک اختلاف، حق طلاق را به اجرا بگذارند. اما به گفتۀ وی، مردان تسلط بیش‌تری بر احساسات خود دارند، بنابراین در اجرای طلاق عجله نمی کنند.[۱۴۳]

استدلال الماوردی نمونه‌ای از عقاید فقهای سنتی است که حق طلاق را صرفاً برای مرد قائل بودند، نه زن. بخشی از استدلال الماوردی بر پایۀ منابع غیر منصوص، یعنی برداشت شخصی وی از تعهدات و نوع روابط زن و مرد بود. همانطور که پیشتر دیدیم، فقها در راستای تفکیک حق‌الناس و حق‌الله و ایجاد تعادل میان منافع فرد و اجتماع، بحث‌های مفصلی دربارۀ مفهوم فرد، و رابطۀ فرد و اجتماع کرده اند، و به این ترتیب سعی کردند اختیارات اجتهادیِ خود را به نحوی سازمان‌دهی کنند که از قطعیت نسبی و قابلیت پیش‌بینی برخوردار باشد. اما به نظر می رسد فقهایی مثل الماوردی بیش‌تر از اینکه دغدغۀ ایجاد تعادل میان روابط فرد و اجتماع را داشته باشند، درگیرِ برقراری تعادل میان حقوق خصوصی افراد بودند. مسالۀ طلاق مثال خوبی برای این امر است. در تفسیرِ این فقها می توان دید که چطور برداشت‌های شخصی آنها و کلیشه های که درآن زمان از شخصیت زن و مرد وجود داشت، در تفسیر آنها از متون الهی تاثیر داشته است، و در نهایت منتهی به صدور حکم دربارۀ حقوق زن و مرد در مسالۀ طلاق شده است. واضح است که فقهایی مثل الماوردی برای کشف و صدور حکم و تعیین حقوق و تکالیف، فقط به متن الهی اکتفا نکرده اند، بلکه عوامل خارجی در برداشت و تفسیر آنها از متن الهی تاثیر داشته و از اختیارات اجتهادی خود دراین امر استفاده کرده اند.[۱۴۴]

اگر قرار باشد که هیات داوریِ پیشنهادی بر مبنای فقه سنتی به پرونده ها رسیدگی کند، اجرای

۱۴۲. همان ج۱۰، ص ۱۱۴

۱۴۳. همان

۱۴۴. قابل ذکر است که بسیاری از کشورهای اسلامی مثل مصر همین دیدگاه سنتی را مبنای توجیه حقوق نابرابر زن و مرد در مسالۀ طلاق قرارداده و آن را وارد سیستم حقوقی خود کرده‌اند. این رویکرد مخالف کنوانسیون منع هرگونه تبعیض میان زنان و مردان است، که البته اغلب این کشورها در پذیرفتن این کنوانسیون إعمال شرط کرده‌اند. برای مطالعه دربارۀ مادۀ ۱۶ این کنوانسیون، که مصر آن را نپذیرفته، رجوع کنید به : کنوانسیون منع هرگونه تبعیض میان زنان و مردان، قابل دسترسی در http:// untreaty.un.org/%20/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty10.asp (آخرین دسترسی در تاریخ ۴ نوامبر ۲۰۰۵)

قانون طلاق به نحوی که در بالا شرح داده شد چالش بزرگی را پیش پای داوران قرار خواهد داد. علی‌رغمِ داشتن حق طلاق یک طرفه، مردان به لحاظ مالی انگیزه پیدا می‌کنند که برای اجرای طلاق به این هیات مراجعه کنند، زیرا با صدور حکم رسمی دادگاه مبنی بر طلاق، دیگر زن نمی‌تواند مدعی اعتبار عقد ازدواج باشد، و در نتیجه به مرد این حق را خواهد داد که از زیر بار مسولیت‌های مالی خود در مقابل همسرش شانه خالی کنند. به عبارت دیگر، وقتی مرد از طریق این هیات داوری حکم طلاق را بگیرد و خواستار اجرای آن از دادگاه کانادایی شود، با یک تیر دو هدف را به دست می آورد: اجرای طلاق و تعیین تکلیف نهایی دربارهٔ مسایل مالی طرفین.[۱۴۵] اما سوال مهم‌تر این است که با اجرای این طرح، دادگاه های کانادا با درخواست طلاقی که از سوی زن مطرح شده باشد چگونه برخورد خواهند کرد؟ آیا این هیات بین درخواست طلاقِ بدون علت (خلع) و درخواستِ مستند به تقصیر مرد تفکیک قائل خواهد شد؟ آیا زنانی که بدون ارائهٔ دلیل مبنی بر تقصیر همسرشان خواستار طلاق هستند مجبور خواهند شد که کلیهٔ حقوق مالی خود را ببخشند، و در واقع آزادیِ خود را بخرند؟ این به این معنی خواهد بود که بین این دو دسته از زنان (آنهایی که خواستار طلاق هستند ولی دلیلی برای تقصیر همسرشان ندارند و آنهایی که درخواستشان مستند به تقصیر همسرشان است) تبعیض قائل خواهند شد، و گویی دستهٔ نخست را به دلیل این درخواست مجازات می‌کنند. به علاوه، این رویکرد راه را برای سوء استفادهٔ مردان باز می‌کند. فرض کنید که زن و مردی با یکدیگر به هیچ وجه تفاهم ندارند، اما زن هیچ دلیلی مبنی بر تقصیر مرد ندارد. دراین حالت، مرد می‌داند که اگر درخواست طلاق نکند و زن مجبور شود به تنهایی برای طلاق اقدام نماید، چاره ای نخواهد داشت به جز اینکه از تمام حقوق مالی خود صرف نظر نماید. بدیهی است که او به راحتی می‌تواند ازاین وضعیت سوء استفاده نماید. حال، اینکه هیات داوران در چنین وضعیتی چه تصمیمی بگیرد تا حد زیادی بستگی به این خواهد داشت که چه رویکرد فقهی را در پیش گیرد؛ اینکه آیا مثل اثبات گرایان برای کشف حکم عمدتاً به نصّ الهی و سنت اتّکا خواهد داشت؟ یا از اختیارات خود برای بررسی مفهوم و رابطهٔ میان فرد و اجتماع استفاده خواهد کرد، تا مطابق با برداشت‌های امروزی و تحولاتی که در جامعه رخ داده، حقوق و تکالیف زن و مرد را تعیین و توزیع نمایند.

---

۱۴۵. بسیاری از کشورهای مسلمان حق مرد برای طلاق یک طرفه را به این شکل محدود کرده‌اند که مرد باید برای اجرای طلاق از طریق دادگاه اقدام نماید. برخی از کشورها هم مثل مصر فقط مرد را ملزم کرده‌اند که اختاریه‌ای قانونی مبنی بر طلاق زن به او بدهد. رجوع کنید به: احمد نعیم، پاورقی شمارهٔ ۱۳۶، صص ۸۷-۱۸۶

حق‌های بنیادی فرد: تحلیل مفهوم حق[1] در حقوق اسلامی

محمدهاشم کمالی[2]

ترجمه: علی پیرعطایی[3]

علی‌رغم حضور فراگیر کلمهٔ «حق» در آثار فقهای کلاسیک، هیچ‌گاه تعریف دقیقی ازاین واژه ارائه نشده است. علمای متقدم، به معنای تحت‌الفظیِ حق اکتفا کرده‌اند، در حالی که دانشمندان دورهٔ مدرن سعی کرده اند تعریفی جامع ازاین واژه به دست دهند. این مقاله، به تعریف حق می‌پردازد و برخی از ابعاد آن را که موجب بحث و جدل بیش‌تری بوده است، برجسته خواهد ساخت. همچنین، این مسئله مورد بررسی قرار خواهد گرفت که چرا در حقوق اسلامی تمایل بیش‌تری به تأکید بر وظیفه وجود دارد تا تأکید بر حق.[4] من سعی کرده‌ام دیدگاهی ویژه دراین زمینه طرح کنم و به موازات

---

1. Right

۲. محمد ه. کمالی، استاد رشتهٔ حقوق در دانشگاه بین‌المللی اسلامی در کوالالامپور مالزی است. نگارنده، بدین وسیله از همکاری شورای پژوهشی علوم اجتماعی و انسانی کانادا (Social Sciences and Humanities Research Council of Canada) قدر دانی می‌کند که با اعطای یک بورسیهٔ پژوهشی در سال ۱۹۸۴، موجبات یک سال پژوهش اینجانب در زمینهٔ «حق های بنیادی فرد در حقوق اسلامی»را فراهم آوردند. مقالهٔ حاضر، از بسیاری از داده های گرد آمده در آن دوره بهره جسته است. این مقاله همچنین در تاریخ ۱۶ فوریه ۱۹۹۳، در کنفرانس مقابل ارائه شده است: Public Lecture Series of the Kulliyyah of Laws, International Islamic University, Kuala Lumpur, Malaysia

۳. پژوهشگر حقوق، کالج سامرویل دانشگاه آکسفورد. ایده های مطرح شده دراین مقاله ضرورتاً دیدگاه های مترجم را بازتاب نمی‌دهد، اما باید بر این نکته تأکید نمود که نفسِ طرح موضوع «حق» در اسلام و دفاع از دیدگاهی که قائل به وجود و اهمیت مقولهٔ حق در اسلام است، اهمیتی ویژه دارد. صرف نظر از میزان موفقیت نگارنده، او از نظری دفاع می‌کند که در اقلیت قرار دارد و لذا منعکس کنندهٔ صدای مخالف است، چرا که طیف وسیعی از پژوهشگران، اساساً حق را مفهومی مدرن می دانند که نه در حقوق اسلامی و نه در نظام های حقوقی کلاسیک دیگر، جایگاهی ندارد. علاوه بر این، ذکر این نکته حائز اهمیت است که در خصوص ترجمهٔ آیات قرآن کریم مترجم جهت وفادار ماندن به متن، در همهٔ موارد ترجمه ای را برگزیده که توسط نگارنده ارائه گردیده است. (مترجم)

۴. در همین ابتدای بحث، توجه به تمایزی ساده میان دو معنای «حقوق»، از ایجاد ابهام و بدفهمی برخی مطالب آتی جلوگیری خواهد کرد. در زبان فارسی، کلمهٔ «حقوق» مشترک لفظی است؛ یعنی لفظی است که برای انتقال بیش از یک معنا به کار می رود. گاه واژهٔ حقوق به معنای یک زمینهٔ مطالعاتی به کار می رود و گاه این واژه جمع «حق» است. در بسیاری زبان های دیگر، چنین نیست و هر یک از این دو معنی، لفظ خاص خود را دارد. در انگلیسی، به عنوان مثال، رشتهٔ مطالعاتی

آن، به دیدگاه مفسران غربی پاسخ داده‌ام که معتقدند شرع فقط وظیفه را به رسمیت می‌شناسد و برای حق جایگاهی قائل نمی‌شود.

تلاش کرده ام تا دیدگاهی ویژه در زمینۀ این موضوع حقوقیِ اساسی و البته پیچیده، ارائه کنم و در عین حال تحلیل خود را با مُباحثات جاری در زمینۀ مقولۀ عامِ «حقوق‌بشر» گره زده‌ام. درکی مناسب از مفهوم حق در حقوق اسلامی، نیازمند در نظر گرفتن چندین موضوعِ مرتبط است، و انجام این کار، مرا قادر به شناسایی ریشه‌های نوعی بد فهمی مستمر از موضع حقوق اسلامی در خصوص مسئلۀ حق ساخته است.

مفسرین غربی، به طور کلی قائلند که اسلام این ایده را که فرد واجد حق های‌ذاتی است، خواه حق‌های بنیادی یا غیر آن، به رسمیت نمی‌شناسد. از نگاهِ شاخت[5] (۱۹۷۰)، «حقوق اسلامی، نظامی متشکل از وظایف و تعهدات آیینی، قانونی و اخلاقی است که ضمانت اجرای همۀ آنها، از فرمان دینی واحدی سرچشمه می‌گیرد». گیب[6] (۱۹۵۵) برآن است که «تئوری دولت در اسلام،[7] به شهروند هیچ جایگاه یا نقشی تفویض نمی‌کند؛ مگر جایگاه یا نقش سوژۀ فرمان بَر و مالیات دهنده ». همین شیوۀ نگاه، توسط زیگمن[8] (۱۹۶۴) نیز پی گرفته شده است؛ آنجا که می‌گوید «مفاهیمی انتزاعی همچون حق‌های فردی، نمی‌توانسته در اسلام وجود داشته باشد. در چنین نظامی، فرد نمی‌تواند واجد حق و آزادی باشد او تنها واجد وظیفه است».

در حقوق اسلامی، حق‌ها و تکالیف ریشه در قرآن و سنت ناب پیامبر دارند. رساله‌های فقهی، اغلب در مورد «حکم شرع» صحبت می‌کنند که معمولا در قالب یک فرمان یا ممنوعیت بیان می‌شود و رفتار فرد «مکلّف» (کسی که مسئولیت حقوقی دارد) را تنظیم می‌نماید. این حکم می‌تواند در بردار ندۀ مفاهیم گوناگون، اعم از حق‌ها و وظایف قانونی باشد. ممکن است در طبیعتِ این نوع انتقال مفاهیم و زبانی که به کار گرفته می‌شود، گرایشی علنی به وظیفه (و نه به حق) وجود داشته باشد. گرچه، با بررسی دقیق‌تر مشخص خواهد شد که صِرف وجود یک نوع گرایش در

حقوق، law و حقوق به معنای جمع حق، rights خوانده می‌شود. در مقالۀ حاضر، موضوع اصلی بحث آشکارا بررسی مفهوم حق است. جهت سهولت کار خواننده، هرجا که اشارۀ متن به اصطلاح rights است، آن را حق ها ترجمه کرده و از به کارگیری کلمۀ حقوق خودداری نموده ام، باستثنای برخی ترکیب های جا افتاده مانند «حقوق‌بشر» و «سند حقوق» (bill of rights) که آفت تغییر آن بیش از نفع آن به نظر می رسید. (م)

5. Schacht

6. Gibb

7. Islamic theory of Government

8. Siegman

سبک انتقال مفاهیم، تأثیری بر ذات و اعتبار حق‌ها در شرع ندارد. فهم و تحلیل واقعیِ زبان قرآن و سنت، ما را به این قطعیت می‌رساند که اسلام دیدگاه خاص خود را در مورد این نوع حکم کردن و موضوعات هم بستهٔ آن یعنی حق و تکلیف دارد.

در قرآن و سنت، تمایزی میان حق‌های بنیادی و سایر حق‌ها یا میان حقوق اساسی[۹] و حقوق عادی[۱۰] نهاده نشده است. این مسئله بیانگر دیدگاه ویژه‌ای است: در تشریح بدنهٔ قوانین، منابع پایهٔ شرع اصل توحید (یگانگی منبع و منشاء تمام معارف) را منعکس می‌کنند و از رویکردهای که ممکن است فلسفهٔ کل نگر این اصل را منحرف کند، کناره می‌جویند. از آنجایی که حجیّت وحی در شرع حرف اول را می‌زند، مفهوم مأموریت و تکلیف در قبال خداوند و جامعه، مستلزم اهمیت نسبی مفهوم «حکم» در برابر ایده‌هایی چون حقّ فردی یا داشتن ادعا[۱۱] در برابر خداوند است. مسئله، اساساً به الگویِ مناسبات میان قانون‌گذار و دریافت کنندگان قانون ارتباط دارد؛ یکی ملهَم از آرمانِ یگانگی و تجمیع امور ، و دیگری [چنان که در حقوق اساسی مدرن ملاحظه می کنیم] بر مبنای دوگانگی منافع قانون‌گذار و مخاطبان قانون است. حقوق اساسی مدرن، و مشروطه خواهی[۱۲]، حامی حق های شهروندان در مواجهه با قدرتِ مداوماً توسعه یابندهٔ دولت بوده اند. گویی که این قدرت توسعه یابنده، در کل، به منزله ی تهدیدی برای حق‌ها و آزادی‌های فردی باشد.

اما حقوق اسلامی، نقطهٔ عزیمت خود را تعارض میان حق‌ها و منافع فرد با حکومت قرار نمی‌دهد، زیرا از یک سو فلسفهٔ وجود حکومت، اجرای شرع است و از سوی دیگر شرع، خود، دربر گیرندهٔ حقوق فرد هم هست. دراین مسیر، هم فرد و هم دولت از شرع تبعیت می‌کنند و از این طریق رضایت خداوند را حاصل می‌کنند. لذا تصویری از دوگانگی منافع دولت و ملت که اغلب در قوانین اساسی مدرن وجود دارد، در حقوق اسلامی مشاهده نمی‌شود. مفروض حقوق اسلامی این است که خداوند به انسان دستور داده است که در رابطه با خود او [خداوند] و افراد دیگر، فعل و ترک فعلش را مطابق الگوی خاصی قرار دهد. فرد باید از او اطاعت کند و هم او را بپرستد و در برابر

---

9. Constitutional Law

10. Ordinary Law

۱۱. Claim. توضیح مترجم: توجه شود که در مشهورترین تعاریف موجود از حق، دو مفهوم حق و ادعا در بسیاری موارد نسبت تنگاتنگی با هم دارند. برای مطالعهٔ مشهورترین سبک تعریف و تفکیک انواع حق در دورهٔ معاصر، ن ک به:

W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (W Cook edn, New Haven: Yale University Press, 1923.

12. Constitutionalism

اراده‌ی او سرِ تسلیم فرود بیاورد. گرچه، خداوند به حکم و ارادۀ خویش، برخی حقوق را به افراد بشر اعطا نموده است که نمودی از لطف و رحمت اویند. مفسرانی که منکر جایگاه و واقعی بودن حق‌ها در شرع هستند، از چنین زاویه‌ی دیدی به شرع غافلند و به ترویج گفتمانی سطحی می پردازند که رویکرد خاص اسلام در مورد شیوۀ بیان حق‌ها و وظایف را به درستی در نمی یابد.

در طول قرون متمادی، فقها و علمای مسلمان از فضیلت تسلیم در برابر ارادۀ خداوند و اطاعت از احکام و قوانین او سخن گفته اند. اما در همان حال، هیچ‌گاه در سخن گفتن از حق‌های افراد و ضرورت تامین امنیت و تقدس جان و مال ایشان تردید نکرده اند و در عین حال، هدف غایی شرع را حمایت از منافع بشر دانسته اند. به بیان دیگر، آنها شکی دراین امر ندارند که حق‌های فردی نقشی محوری در مفهوم احکام الهی دارد. این درست که در آثار ایشان تا حدودی از پردازش نظریات مربوط به تعریف و فلسفۀ قوانین الهی خودداری شده است، اما احتمالاً دلیل این مطلب ـیا دست کم بخشی از آنـ تقوا پیشگی و تسلیم بی چون و چرادر برابر ارادۀ خداوند بوده است.

احتمال دارد که بعضی مفسران احساس کنند که این دیدگاه کلی نگارنده، بیانگر نوعی انکار اصل ایدۀ حق است.[۱۳] ترجیح جانبدارانۀ وظیفه بر حق را می‌توان به درجات مختلف، تقریباً در هر نظام حقوقی ای یافت و حقوق اسلامی نیز از این قضیه مستثنی نیست. دلیل این امر این است که اصولاً وظیفه واجد مبنای قوی تری در مقایسه با حق است و بیانگر نیروی الزام آوری است که در مفهوم حق وجود ندارد. اما واقعیت، وجود و اهمیت حق در حقوق اسلامی قابل انکار نیست؛ مسئله تنها سرِ شکل بیان مفاهیم و اتخاذ زاویۀ دیدی خاص نسبت به واقعیتی است که می توان از ابعاد گوناگون به آن نگریست، نهانکار آن واقعیت.[۱۴]

۱۳. از آنجا که دو مفهوم حق و وظیفه رابطه ای تنگاتنگ با هم دارند، مطابق برخی انتقادات نظریات شک گرایانه به مفهوم حق (که نگارنده نیز مختصراً در انتهای مقاله به آن اشاره کرده است)، با وجود وفور و غلبۀ اصطلاح «تعهد» یا «وظیفه» در ادبیات حقوقیِ بیش‌تر نظام های حقوقی دنیا، اساساً اصطلاح «حق» چیزی زائد است و مفهوم آن در هر حال از تعهد نیز به دست می آید. مثلاً وقتی قانون می گوید الف مکلف به اجرای مفاد قرارداد خود با ب است، این گزاره در عین حال بیانگر حق ب نیز هست و لذا ادبیات «حق مدار» چیزی زائد است یا دست کم چیزی به نام حق وجود ندارد و حق شکلی دیگر از بیان تعهد است. اشارۀ نگارنده احتمالا به این است که وقتی وی می گوید حقوق اسلامی مملو از اشاره به حق‌های افراد است، در حالی که عملاً در ادبیات حقوق اسلامی تنها می‌توان اصطلاح تعهد و تکلیف را به وفور یافت، ممکن است بعضی مفسران وی را متهم به داشتن دیدگاهی شک گرایانه به مفهوم حق کنند که حق را به تکلیف فرو می کاهد. (م)

۱۴. منظور این است که حق و وظیفه دو زاویۀ دید خاص به یک واقعیت مشابه هستند و اینکه در بیان آن واقعیت، زبانِ وظیفه/تکلیف به کار گرفته شود، به معنای انکار وجود و اهمیت حق نیست. (م)

معنا و تعریف

اگرچه معنای اصلی حق «امر واقع»[15] یا «واقعیت»[16] است (الموجود الثابت)، اما در حوزهٔ حقوق، معنای غالب آن «حقیقت» است یا «آن چیزی که با امر واقع ارتباط دارد». هر دو معنا به یک اندازه اهمیت دارند و حتی برخی لغت‌شناسان (لِین۱۸۶۵[17]) معنای دوم را مقدم دانسته اند. در علم حقوق، کلمه‌های «Right»، «قدرت»[18] و «ادعا»[19] دیگر معانی شاخص این کلمه را نمایندگی می‌کنند که به همان اندازه هم اهمیت دارند. بعضی نویسندگان دو معنای «خیر و مصلحت» را نیز به این جمع افزوده اند (حمّاد، ۱۹۸۷). و در آخر، حق به معنای «قانون» نیز به کار رفته است؛ به عنوان نمونه «دانشکدهٔ حقوق» که به معنای دانشکدهٔ قانون است.[20]

واژهٔ حق، مکرراً در قرآن به کار رفته است و معمولاً به قطعیت و ثبوتِ ارزش‌ها، پاداش‌ها، وعده‌ها و مجازات‌ها اشاره می‌کند. مطابق قولِ الصابونی (۱۹۷۲)، دست کم شش کاربرد قرآنی برای این اصطلاح وجود دارد؛ اما دو مفهوم عامی که مبنای همهٔ این کاربردها را تشکیل می‌دهد، مفاهیم قطعیت از یک سو و ثبوت و وجوب از سوی دیگر است. در ادبیات قرآنی، حق معادل وجوب است. گرچه حق می‌تواند به معنای حق در مغایرت با وظیفه باشد (قرآن ۵۱:۱۹)، قرآن این معنا را به عنوان معنای غالب کلمه نمی‌شناسد. گاهی حق بیانگر پیروزی و رستگاری نهایی مسلمانان به عنوان نتیجهٔ خاص امری است که در قرآن به آن توصیه شده است (قرآن ۱۰:۱۰۳؛ ۳۰:۴۷). بعلاوه، می‌تواند به معانی مقابل باشد: حقیقت (الحق) یا «به نام عدالت» (بالحق) (قرآن ۲:۴۲). این کاربردها و نظایر آن، البَهی (۱۹۷۳) را به این نتیجه‌گیری سوق داده است که حق رابطه‌ای ضروری با عدل و احسان دارد و اینکه در قرآن هر جا کلمهٔ حق آمده است، عدل و احسان همچون ارزش‌هایی غایی مد نظر قرار دارند.

و بالاخره، حق گاهی به انگیزهٔ تشویق نوع خاصی از رفتار استفاده می‌شود. مُسلِم[21] در حدیثی

---

15. Established Fact

16. Reality

17. Lane

18. Power

19. Claim

۲۰. توجه شود که نگارنده در پی تشریح معانی مختلف لفظ «حق» در زبان عربی است که ممکن است تفاوت هایی با زبان فارسی داشته باشد. در هر حال، دست کم در زبان فارسی، به نظر نمی رسد که واژهٔ حق هیچ کجا به معنای «قانون» به کار رفته باشد. کلمهٔ مترادف قانون (به معنای یک رشتهٔ مطالعاتی خاص)، «حقوق» است نه «حق». (م)

۲۱. صاحب یکی از صحاح سته است (م)

آورده است که ابوهریره نقل می‌کند که «یک مسلمان در شش امر بر دیگر مسلمانان حق دارد.» (اینکه سلامش را پاسخ گویند، دعوتش را بپذیرند، نصیحت مشفقانه اش کنند و غیره)، که همگی از حق‌های اخلاقی اند. گرچه جهت تأکید بر لزوم رعایت شان، حق نامیده شده اند. این حدیث، همچنین بیانگر مثالی از حق‌های اخلاقی، در برابر حق‌های قانونی، در اسلام است.

فقهای کلاسیک تعریفی فقهی از حق ارائه نداده اند و در عوض به معنای لغوی آن تکیه کرده اند (الزرقاء ۱۹۶۷).[۲۲] همان طور که الخفیف (۱۹۴۵) می‌گوید، شاید دلیل این امر این باشد که این کلمه قابل کاربرد در معانی مختلف است و کاربرد فقهی آن، اغلب نزدیک به معنای تحت‌الفظی اش است. تعریفی نسبتاً مبهم در بحرالرائق ابن نُجَیم آورده شده است که در آن، حق «استحقاق داشتن شخص بر چیزی» دانسته شده است (الحق ما یستحقه الرجل). هرچند، تعریف وی از حق مالکیت، تعریف صحیحی است: «اختصاص انحصاری» (اختصاص الحاجز) (ابن نجیم ۱۸۹۴ [م. ۹۷۰ هـ.]؛ الموسوعه الفقهیه ۱۹۸۹).[۲۳] ادعا یا اختصاص چیزی به طور انحصاری به نفع صاحب حق، عنصری بنیادی در مفهوم حق به طور کلی است و به همین معناست که حق از اباحه متمایز می‌شود. حق مالکیت، نمونۀ بارز حق به عنوان یک اختصاص انحصاری است. از سوی دیگر، حق آزادیِ تردّد[۲۴] را می توان مثالی از حق همچون جواز یا اباحه دانست، زیرا نوعی امتیاز است که افراد به طور کلی از آن برخوردارند. در نتیجه، هیچ ادعای انحصاری ای به نفع شخص خاصی دراین مورد وجود ندارد (الدارینی ۱۹۸۴).

لنگرودی (۱۹۹۱) معتقد است که بر خلاف فقه اهل تسنن، فقه شیعه قائل به تعریف مقابل است: «حق قدرتی است، خواه مادی یا معنوی، که شرع در ارتباط با مال یا شخص یا هر دو، به شخصی دیگر اعطا می‌کند».[۲۵] بعلاوه می‌گوید که هر حقی باید دست کم یکی از این خصوصیات را داشته باشد: الف) قابل اسقاط توسط صاحب آن باشد؛ ب) قابل انتقال به شخص دیگر باشد؛ و ج) بتواند به ارث برسد، حتی بدون وصیت صریح صاحب حق (همان).

دیگر دانشمندان، تعاریف ذیل را ارائه کرده اند. موسی (۱۹۵۴) حق را این‌گونه تعریف می‌کند:

---

۲۲. گرایش به تکیه بر معنای لغوی، همچنین در الموسوعه الفقهیه (۱۹۸۹) دیده می‌شود که در آن، حتی مقالۀ دربارۀ حق (جلد ۱۸) تعریفی از این اصطلاح را در بر ندارد.

۲۳. این تعریف همچنین در الموسوعه الفقهیه (۱۹۸۹) نقل شده است.

24. Freedom of Movement

۲۵. نویسنده به بلغه الفقیه طباطبایی (ص ۳) و منیه الطالب نائینی (ج ۱، ص ۴۱) ارجاع می‌دهد.

«منفعت (مصلحه)ی که شارع به فرد، جامعه یا هر دو اعطا کرده است». دراین تعریف دو نکته بیش‌تر به چشم می‌آید که هر دو قابل تردید است: اول از همه یکی گرفتنِ حق و منفعت؛ و دوم اینکه حق، فی نفسه غایت نیست، بلکه ابزاری برای رسیدن به منفعتی خاص است. از نظر الخفیف (۱۹۴۵)، «حق چیزی است که توسط شرع برای منفعت انسان قرار داده شده است». این تعریف، مصلحت را هدف غایی حق می‌داند اما بر خلاف تعریف پیشین، آن را با حق یکی نمی‌گیرد. اگرچه، این تعریف نیز نقاط ضعف خود را دارد؛ یکی اینکه تنها یک شخص حقیقی ـ در برابر شخص حقوقی ـ می‌تواند واجد حق شود. بعلاوه، حقوقی را که به نفع اشخاص ثالث در نظر گرفته می‌شود ـ و نه در جهت منفعت خود صاحب حق ـ شامل نمی‌شود (مانند حق قیمومت، که برای قیّم قرار داده شده است، اما هدف آن حمایت از منافع شخص تحت سرپرستی است [الدارینی ۱۹۸۴]). مطابق نظر ابوسِنّه (۱۹۷۱)، حق «آن چیزی است که در شرع برای انسان یا برای خدا، در ارتباط با شخصی دیگر دائر شده است (هو ما ثبت فی الشرع.)». این تعریف نیز مانع برخوردار شدن شخص حقوقی (حُکمی) از حق است.

همهٔ این تعاریف، چهار عنصر ذاتی حق را شناسایی می‌کنند:

۱. حق شامل چیزی است که توسط حجت شرع تثبیت شده است: عین، منفعت، فعلی معیّن (مانند حق بر تحویل کالای خریداری شده)، ترک فعلی که حق با آن ارتباط دارد (مانند حق همسایه بر عدم ایجاد مزاحمت برای او)، یک مفهوم یا خصوصیت (مانند مشورت در امور دولتی)، یا سرپرستی صغار.

۲. صاحب حق ممکن است یک فرد باشد یا خداوند. همان طور که گفته شد، برخی از این تعاریف، حقی برای اشخاص حقوقی قائل نیستند (مانند شخص حقوقی‌ای که منافع مشترکی را نمایندگی می‌کند و اهلیت مالی (ذمه مالیه) دارد). نکته اینجاست که شخص حقوقی منافع مشترک یا جمعی‌ای دارد که از منافع فردی یا خصوصی متمایز است و قابل فروکاهش به آن نیست. شخص حقوقی باید قادر به برآورده کردن حق‌ها و تعهدات مالی باشد. مثال‌های شخصیت حقوقی عبارتند از دولت، نهادهای خیریه (وقف) و خزانهٔ ملی (بیت المال). مورد اخیر، به عنوان مثال، هر دو شرط مذکور را داراست، زیرا حاوی منافع مشترک جامعه است و دراین ارتباط، دارای حق‌هایی است؛ از جمله حق تصاحب اموال متوفیانی را دارد که وارث قانونی ندارند، می‌تواند طرف دعوی واقع شود و همچنین مسئولیت مالی دارد (موظف به پرداخت حقوق ممیزین مالیاتی است).

۳. شخص مکلف (شخص مسئول از نظر قانون) که حق بر او اِعمال می‌شود، دارای وظیفه‌ای است که همانا احترام به حق است. مثال آن، رعایت حق زوجه با پرداخت نفقه توسط زوج است[۲۶] و پاسداری جامعه از حق مالک بر مال خویش.

۴. برای وجود حق، اذن شرع لازم است، یا اگر اذنی در کار نیست، ممنوعیتی نیز نباید وجود داشته باشد.

برای به رسمیت شناخته شدن حق، وجود هم‌زمان تمام این شروط ضروری است (همان؛ الموسوعه الفقهیه ۱۹۸۹).

همان‌طور که در تعریفِ الدارینی (۱۹۸۴) آمده است، حق عبارت است از «اختصاص یا قدرتی انحصاری بر یک چیز یا درخواستی از شخص دیگر که شرع، جهت حصول منفعتی، آن را معتبر می‌شمارد». استفاده از اصطلاح «اختصاص انحصاری» ، مانع از وارد شدن امور صرفاً مُجاز (مباحات) به این تعریف است. همچنین، حق باید توسط شرع اعتبار پیدا کند و چنین شرطی، مانع از ورود همه شکل‌های ممکن تصاحب ، از جمله تصاحب نامعتبر، به تعریف می‌شود (مانند مالکیت سارق بر اموال مسروقه). یک حق می‌تواند اختصاص به خداوند یا بشر ـ چه افراد حقوقی و چه افراد حقیقی ـ داشته باشد. این تعریف، همچنین حق را وسیله‌ای برای حصول منفعت می‌داند. به عبارت دیگر، حق و منفعت یکی نیستند. به عنوان مثال، کسی که صاحب حق انعقاد عقد بیع است، نمی‌تواند ازاین حق جهت کسب سود ربوی استفاده کند یا از طریق احتکار، به جامعه یا شخصی دیگر آسیب برساند، زیرا هر دوِ این موارد حرام هستند. بنابراین منفعتی که حق دنبال می‌کند، از خودِ حق متمایز است و می‌توان منفعت را به طور جداگانه مورد شناسایی قرار داد. به آن هم تنها در صورتی می‌توان منفعت اطلاق کرد که شامل یک اختصاص انحصاری باشد، زیرا وقتی به طور عینی به قضیه نگاه کنیم، منفعتی که به شخص خاصی مرتبط نباشد، منفعتبه حساب نمی‌آید.

با وجود این، به نظر می‌رسد که در حقوق اسلامی، حق ذاتاً امری غائیه است و معمولاً نوعی منفعت (مصلحه) را مد نظر قرار می‌دهد. مثلاً اگر حق در جهتی مورد استفاده قرار گیرد که ناقض منفعتی باشد که مبنای اعطای آن حق است، این امر به سوء استفاده از حق تعبیر می‌شود. مطابق نظر الشاطبی [م. ۷۹۰ هـ.] (بی تا.)، «افعالی که مورد تأیید شرع قرار می‌گیرند، خود هدف نیستند،

۲۶. که وظیفۀ متناظر آن، وظیفۀ زوج در ارتباط با پرداخت نفقه است. (م)

بلکه وسیله‌ای برای نیل به اهداف دیگرند. این اهداف، عبارتند از منافعی (مصالح) که افعال مذکور اساساً جهت پیگیری آنها معتبر شمرده شده‌اند». لذا علی رغم اینکه حق‌ها و منافع، ذاتا مفاهیمی فرد محور[۲۷] اند، نهایتاً تنها ابزار تحقق ارزش‌هایی والاتر شمرده می‌شوند. مثلًا در خصوص مسئلهٔ عدالت، که منفعتی اساسی تلقی می‌شود، ممکن است با ملاحظهٔ سیاستی شریعت مداربه این نتیجه رسید که در مواردی عدالتِ تحت لوای قانون با برخی منافع مهم تر تطابق ندارد.[۲۸] هدف غایی شرع، که به مثابه‌ی رحمت و منفعتی برای آدمیان بر پیامبر نازل شده است، خیر و منفعت همان آدمیان است. مطابق نظرِ اَل آمِدی [م. ۶۳۱ هـ.] (۱۹۸۲)، فقها دراین خصوص اجماع دارند. علاوه براین، عقل نیز ما را به همین مطلب رهنمون می‌کند.

قدرتی (سلطه) که به واسطهٔ حق به وجود می‌آید، ممکن است بر یک شخص (سرپرستی یک شخص یا بچه) یا شیء (مانند حق وارث قانونی بر سهمی از مال خویشاوندِ متوفای خود) باشد. به خاطر اثرگذاری فوق‌العادهٔ منفعت بر حق، صاحب حق در اعمال حقِ خود، قدرتِ نامحدودی ندارد. برای نمونه، حق حیات امری مقدس است و نه توسط افراد دیگر و نه خود صاحب حق نمی‌توان به آن تعدی نمود. به طریق مشابه، مالک چیزی نمی‌تواند بی دلیل به تخریب مال خود بپردازد، زیرا این کار ناقض هدف اصلی خداوند برای استقرار حق، و منفعتی است که حق بر آن استوار گشته است.

در شرع، قاعده بر این است که حق ها و تعهدات وجود ندارند، مگر اینکه دلیلی برای آن وجود داشته باشد. این قاعده، برائه الذمه الأصلیه نامیده می‌شود و معنای آن، وجود پیش فرضی است که تنها با دلیلی ثبوتی[۲۹] قابل رد است. تنها استثنا، مربوط به حق‌های فطری است که بدون علت قانونی پدید می‌آیند: حق حیات، آزادی، برابری و حق داشتن مادر، وابسته به هیچ علتی غیر از متولد شدن فرد نیستند. بنابراین، وجود دلیل دیگری برای معتبر شمردن این حقوق لازم نیست (ابوسنه ۱۹۷۱؛ ابن نجیم [م. ۹۷۰ هـ.]، ۱۸۹۴).

علل مستقیمِ (اسباب المباشره) حق را می‌توان به صورت مقابل خلاصه کرد: حکم شرع؛ عقد؛

---

27. Individualist

۲۸. نقل شده است که «عمر ابن خطاب شکایتی علیه حاکم مصر شنید که خواندهٔ دعوایی را بدون دلیل شلاق زده بود. این ادعا به اثبات رسید و خلیفه حکم به قصاص داد. دراین حال، یکی از همراهان خلیفه اظهار داشت که قصاص به این شکل ممکن است عدالت کیفری را محقق کند، اما شلاق زدن یک فرماندار در برابر جمیعتی پرشمار، با ملاحظات مربوط به خطّ مشی مناسب و منافع عمومی همخوانی ندارد». عمر موافقت کرد و موضوع از طریق جریمهٔ مالی فیصله یافت.

۲۹. ایجابی؛ در برابر سلبی (م)

التزام[۳۰]؛ وراثت؛ فعل مشروع مانند شکار، احیاء اراضی موات، یا اقدام فضولی؛ و تعدی به حق غیر، که ممکن است منجر به ایجاد حق دریافت خسارت توسط طرف زیان‌دیده گردد (ابوسنه ۱۹۷۱).

حق و حکم

علمای اصول فقه از حق و انواع آن، ذیل عنوان کلی «حکم شرع» بحث می‌کنند؛ عنوانی که مفاهیم مختلفی همچون اوامر، ممنوعیت ها و جوازات قابل استخراج از قرآن و سنت را در بر می‌گیرد.

در اصول فقه، «حکم» همچون پیامی از جانب شارع در ارتباط با رفتار شخص مکلف تعریف شده و شامل درخواستی از جانب اوست (که خود شامل واجب یا حرام، تخییر و وضع است) (الموسوعه الفقهیه ۱۹۸۹؛ حماد ۱۹۸۷).[۳۱] این تعریف به قدری وسیع هست که حق را با تقریباً همۀ طیف‌های معنایی‌اش در بر گیرد. درخواست شارع معمولاً در قالب یک امر یا یک منع اظهار می‌شود. اگر این درخواست در قالبی محکم و قاطعانه اظهار شود، اولی واجب و دومی حرام خوانده می‌شود. اگر تحکم زیادی نداشته باشد، مورد اول مندوب و دومی مکروه تلقی خواهد شد. تخییر، فرد را مختار می‌کند و حاصل آن، مباح بودن یک فعل یا ترک فعل است. وضع، بیان عینیِ لوازم اجرای یک حکم است که امری را «علت»، «شرط» یا «مانع» چیزی دیگر قرار می‌دهد. از این طریق، اطمینان حاصل می‌شود که حکم شرع به طور مناسبی اجراخواهد شد؛ یعنی علت آن موجود است، تمامی شروط لازم وجود دارند و چیزی که مانع اِعمال آن باشد، موجود نیست (کمالی ۱۹۹۱).

این مسئله که حق معمولاً تحت عنوان کلیِ «حکم شرع» طبقه بندی می‌شود، در صورتی اهمیت دارد که بیانگر این مطلب باشد که در حقوق اسلامی، حق به طور مستقیم یا غیرمستقیم ریشه در احکام صریح شرع دارد (الموسوعه الفقهیه ۱۹۸۹). البته همۀ علما با این سخن موافق نیستند. به عنوان مثال اَل لَکناوی، چنان که الزرقاء (۱۹۶۷) نقل می‌کند، حق را حکمی تثبیت شده تعریف می‌کند و بدین ترتیب، از موارد ذیل غافل می‌شود: الف) تفاوت موجود میان علت و معلول؛ ب) این مسئله که حکم، مطابق تعریف، نوعی پیام از جانب خداوند است؛ و ج) اینکه

---

۳۰. یا ایقاع (م)

۳۱. از دیگر سو، فقها حکم را چیزی می دانند که مجتهد بر اساس شواهد موجود در منابع و اصول کلی شرع و با عطف توجه به رفتار مکلف بدان می رسد(حماد ۱۹۸۷).

حق، ثمرهٔ ارتباط ویژهٔ میان خداوند و بشر است و نه خودِ آن. شرع، همچنین جهت اعتبار بخشیدن به قراردادها، وصایا و توافقات افراد واجد صلاحیت قانونی و همین طور جهت ایجاد حقوق و تعهدات مورد استفاده قرار گرفته است.

همان‌طور که پیش از این اشاره شد، قلمرو حکم وسیع تر از حق است، زیرا حکم منحصر به تنظیم روابط میان افراد (آنچه موضوع اصلی حق را تشکیل می‌دهد) نیست، بلکه روابط بین فرد و خداوند را نیز تنظیم می‌نماید. رابطهٔ اخیر، اغلب زیر عنوان فقهیِ حق‌الله قرار می‌گیرد. هرچند که در واقع، حق‌الله را بیش‌تر باید یک حکم دانست تا یک حق. بنابراین به نظر می‌رسد که در حقوق اسلامی، هر حقی، حکم است اما لزوماً هر حکمی، حق نیست. شاهد این مسئله، موردی از تشریع است که بیانگر بُعدی از یک حکم تکلیفی است اما حق یا تعهدی ایجاد نمی‌کند (الخفیف ۱۹۴۵؛ الدارینی ۱۹۸۴). همان‌گونه که الشاطبی [م. ۷۹۰ هـ.] (بی تا.) اشاره می‌کند، همهٔ احکام شرع سویه ای تعبّدی دارند و این بدان معناست که هیچ حکمی وجود ندارد که ناظر به حق‌الله نباشد. القرافی [م. ۶۸۴ م.] (بی تا.) دقیقاً به همین موضوع اشاره دارد آنجا که می‌گوید هیچ حقی از حقوق‌بشر مطلقاً از حق‌الله مجزّانیست.

علمای اصول فقه، در باب محکومٌ فیه (موضوع حکم) با تفصیل بیش‌تری بحث کرده‌اند. محکومٌ فیه، از نظر ایشان، فعل یا رفتار مکلف است، آن‌گونه که توسط شارع تعیین شده است. رفتار حرام یا واجب، برای اینکه شرایط لازم را برای موضوع حکم واقع شدن داشته باشد، بایستی الف) مبهم یا مجمل نباشد، به گونه‌ای که شخص مخاطب حکم، قادر به تشخیص این باشد که از او چه خواسته شده است، ب) در حوزهٔ مقدورات او باشد (نمی‌توان انجام حق یا وظیفهٔ غیرممکن را طلب نمود) و ج) از منابع شرع[۳۲] استخراج شده باشد. علمای اصول، اصطلاح مکلف را هم برای ارجاع به صاحب حق و هم وظیفه به کار برده اند (الدارینی ۱۹۸۴). این اصطلاح و مشتقات آن، مانند تکلیف، بیش‌تر دربردارندهٔ معنای وظیفه اند تا حق. چنین کاربردی ممکن است باعث این تصور شود که «مکّلف» تنها شامل اشخاص صاحب تعهد و وظیفه می‌شود. اما این تصور، تنها به ظاهر درست است، زیرا اصطلاح «مکلف» هم برای ارجاع به صاحبان حق به کار برده شده است و هم وظیفه: در هر دو مورد، فرد حکمی از جانب خداوند دریافت می‌کند.

وحدت حق و وظیفه در قالب حکم را می‌توان در تعریف الزرقاء (۱۹۶۷) مشاهده نمود که حق

۳۲. قرآن، سنت و غیره (م)

را «اختصاصی انحصاری، دائر شده توسط شرع، در قالب سلطه یا تکلیف» می داند. نویسنده، آشکارا حق را از نظرگاه حکم تعریف کرده است و به همین دلیل این تعریف، تمایز مشخصی میان سلطه و تکلیف نمی‌گذارد؛ حق می‌تواند شامل هر یک از این دو باشد. بنابراین، حکم قرآن و سنت می‌تواند شامل پیامی از جانب پروردگار باشد که به شخص سلطه‌ای معین اعطا می‌کند یا تکلیفی را در ارتباط با یک سلسله رفتار مشخص بیان کند. حکم می‌تواند شامل سلطه (وقتی از زاویۀ دید صاحب حق به آن نگریسته شود) یا وظیفه (وقتی از جایگاه طرف مقابل بدان نگاه کنیم) باشد.

به نظر می‌رسد که تأکید حقوق اسلامی، بیش‌تر بر حکم است تا بر حق. دلیل این امر می‌تواند تأکید بر ارتباط همۀ قوانین با شارع باشد. به عنوان مثال، در حدیثی آمده است که «خون، مال و آبروی مسلمان، بر برادر مسلمانش حرام است (مسلمان را دراینجا می‌توان برابر با انسان گرفت)». با اینکه این حدیث به ظاهر بیانگر یک ممنوعیت است، به وضوح صحبت از حق حیات، کرامت فردی و مالکیت می‌کند و بدین وسیله، بر عبارات متعدد قرآنی که ناظر بر قداست این ارزش‌ها هستند، تأکید می‌کند.

در صورتی که چنین گفتمانی را با یک قانون اساسی مدرن مقایسه کنیم، متوجه خواهیم شد که در حالی که مورد اخیر حق‌های مندرج در خود را بر مبنای منافع صاحبان حقوق قرار می‌دهد، شرع متمایل به بیان حق‌ها و منافع دیگر افراد است. حق در شرع، ریشه در حکم دارد که به نحوی بیان می‌شود که متضمن این معناست که صاحب حق تنها مالک آن نیست؛ بلکه هم خداوند و هم جامعه در آن سهیم اند. اینکه گفته شود حدیث مذکور تنها موجد وظیفه است، تفسیری یک جانبه خواهد بود، زیرا بر حق حیات و مالکیت همۀ افراد تأکید می‌نماید و در همان حال، همۀ افراد را مقید به وظیفه‌ای متناظر می‌کند که مطابق آن، باید به همان حقوق برای دیگران احترام بگذارند. در حالی که مطابق با یک قانون اساسی مدرن حق‌های بنیادی‌ای همچون حق حیات و مالکیت متعلق به همه اند، در فضای حقوق اسلامی، همین ایده با تفاوتی جزئی در محل قرار دادن تأکید آن، بدین ترتیب بیان می‌شود: حیات و مالکیت همۀ افراد تقدس دارد و نباید مورد تعدی قرار گیرد. در هر دو مورد، هدف، ایجاد حق‌های بنیادی و وظایف متناظر با همان حقوق است. شاید تنها تفاوت موجود را باید در تأکید مورد اول بر فرد و تأکید دومی بر عینیت ارزش‌های بنیادی دانست.

بعضی علمای اصول فقه، مانند صدرالشریعه [م. ۷۷۴ هـ.] (۱۹۰۹)، از حق‌های عمومی ای مانند «آزادی، آبرو (عصمه) و مالکیت» به عنوان حق‌های بنیادی هر انسانی یاد کرده‌اند. دیگران،

حق مالکیت را حقی بنیادی و «اختصاص انحصاری» دانسته اند. بسیاری از حق‌ها در حقوق اسلام، در گروه حق‌های به اصطلاح وظیفه محور قرار می‌گیرند. با اینکه فقهای مسلمان این دسته بندی را به کار نمی‌برند، اما گرایش حقوق اسلامی به یکی گرفتن حق و وظیفه تحت مفهوم واحدِ «حکم» و سپس مطالبهٔ تنظیم متوازن هر دو، تحت مفهوم کلیِ «عدل»، مُشیر به تأکید بر تجمیع حق و وظیفه است. مثلاً حق پدر در رابطه با تربیت فرزند، در واقع وظیفه ای است که با مقدار معینی اقتدار همراه است. به همین ترتیب حق سرپرست در اطمینان یافتن از اینکه همسر آیندهٔ فردِ تحت سرپرستی اش، مناسب و کُفو (برابر) اوست (الدارینی ۱۹۸۴).

انواع حق

حقوق اسلام، محکومٌ فیه (آنچه با حکم ارتباط دارد) را به دو دستهٔ اصلی تقسیم می‌کند: حق‌الله (حق خداوند یا حق‌های عمومی) و حق‌العبد (حق‌های فردی یا حق‌های خصوصی). فعل یا رفتار فرد ممکن است شامل حق خداوند، حق فرد یا ترکیبی از هر دو باشد. حق‌های فردی توسط صاحب حق قابل گذشت اند، اما حق‌های عمومی این طور نیستند. از آنجایی که این حق‌ها در جهت منافع جامعه وضع شده اند، قابل گذشت یا قابل اسقاط از طریق سازش یا مصالحه نیستند. به بیان دیگر، حق‌الله حقی عمومی است و با حق فردی از این لحاظ که اعمال آن، وظیفهٔ حکومت است تفاوت دارد. حق‌الله همچنین بخشی از مفهوم عامِ حِسبه است (امر به معروف و نهی از منکَر)، به این معنا که هر کسی می‌تواند تقاضای اجرا یا رسیدگی به آن را در دادگاه بنماید، زیرا موقوف به طرح دعوای خاصی نیست. اما اجرای یک حقّ فردی به عهدهٔ خود فرد است که می‌تواند آن را مطالبه کند یا نکند. این تفکیک میان انواع حق که در مراحل ابتداییِ تطور فقه توسط فقهای مسلمان انجام شده، پیش از آن سابقه ای در حقوق رومی نداشته است (ابن القیّم [م. ۷۵۱ ه.] (بی تا.)؛ ابوسنه ۱۹۷۱؛ لنگرودی ۱۹۹۱).

علما حتی به تقسیم جزئی‌تر این حقوق نیز پرداخته اند (کمالی ۱۹۹۱) و این خود نشان می‌دهد که در مجموع، حقوق اسلامی حق های فردی را به عنوان حقی انحصاری برای صاحب آن، به رسمیت می‌شناسد. همان طور که گذشت، به استثنای چند حق بنیادی محدود، به طور کلی در اسلام حق‌ها تعلق ذاتی به فرد یا خواست مستقل جامعه یا دولت ندارند و نمی‌توانند به صورت مطلقاً مستقل از حکم شرع پدید آیند. اصل این ایده، متعلق به اَخباریونِ شیعه و اشعری هاست که

معتقدند احکام، حق‌ها و تعهدات تنها از شرع سرچشمه می‌گیرد. در نتیجه، عقل بشری، مستقل از شرع قادر به ایجاد ارزش‌ها، حق‌ها و تعهدات بنیادی نیست.[۳۳]

فقها همچنین حق را به مباح، ناقص (ثابت) و کامل (مؤکد) تقسیم کرده اند.[۳۴] ا این تمایز عمدتاً در مبحث مالکیت به کار می‌رود، اما رویکرد اصلی آن را می‌توان به زمینه‌های دیگر نیز تسری داد. در مورد حق مباح، صاحب حق مختار به اقدام یا عدم اقدام است، زیرا شرع نه به این امر فرمان می‌دهد و نه آن را ممنوع می‌کند. مثال آن، حق فرد بر تملک مال است. تا وقتی که این حق اعمال نشده، نوعی آزادی وجود دارد. اما پس از خرید یا تملک شی یا به دست آوردن آن از طریق هِبه یا ارث، تبدیل به یک حق کامل می‌شود. حق ناقص، جایی میان حق مباح و حق کامل قرار می‌گیرد و هنگامی موضوعیت پیدا می‌کند که شخص بتواند حق کاملی را از طریق اعمال ارادۀ یک جانبۀ خویش به دست آورد. به عنوان مثال، وقتی شخص ایجاب خرید شیئی را دریافت می‌نماید، حق ناقصی به نفع او پدیدار می‌شود. در صورتی که ایجاب مذکور را قبول کند، با اعمال یک جانبۀ ارادۀ خود و خرید آن شیء، حق ناقص وی تبدیل به حقی کامل می‌شود که قابل اعمال توسط شرع است.

حق‌های مباح و ناقص، ضعیف هستند، به این معنا که قابل فروش نیستند، به ارث نمی‌رسند و نمی‌توان آنها را مبنای دعوای مطالبۀ خسارت (ضمان) قرار داد. مالکی‌ها اعتقاد دارند که حق‌های ناقص به ارث می‌رسد. لذا مطابق حقوق مالکی، وارث قانونی «اختیار قبول» (خیار القبول)[۳۵] متعلق به خویشاوند متوفای خود را به ارث می‌برد. یک حق کامل، صاحب حق را دارای امتیازی انحصاری می‌کند. همچنین، متعاقب آن، وظیفۀ متناظری نیز برای جامعه ایجاد می‌شود که به آن حق احترام بگذارد. حق کامل، به ارث می‌رسد و مبنای معتبری برای اقامۀ دعوای خسارت است (ابن عابدین [م. ۱۲۵۲ هـ.] (۱۹۶۶)؛ القرافی [م. ۶۸۴ هـ.]، بی تا.).

همچنین حق می‌تواند بر حسب قابلیت اجرا، به دو شقِّ دینی و قضایی تقسیم شود. مورد اول، اگرچه از نظر شرع معتبر است، ولی نمی‌تواند در دادگاه اثبات و اعمال شود. مثلاً اگر شخصی به مدت پانزده سال متصرف مالی باشد (مطابق با نظر حنفی‌ها و مالکی‌ها ده سال)، مالک آن مال

---

۳۳. معتزله مدعی بود که عقل بشر، بستر معتبری برای ایجاد احکام است، در حالی که ماتُریدیه موضعی میانه اتخاذ کرده بودند. اکثر علما گرایش به موضع اول دارند، اما حنفی‌ها موضع دوم را برمی‌گزینند (کمالی، ۱۹۹۱).

۳۴. برای مشاهدۀ تقسیم‌بندی مشابهی در حقوق غرب، ن ک به: کِرزِن (۱۹۷۹)

۳۵. منظور، قبول ایجابی است که متوفی در زمان حیاتش دریافت کرده بوده است. (م)

شناخته خواهد شد. لذا با اینکه مالک واقعی، صاحب حقی اخلاقی در ارتباط با آن مال است، دادگاه نمی‌تواند کاری برای او انجام دهد. همچنین اگر مدیون، حق داین را بر بازپرداخت دِین انکار کند و دومی قادر به اثبات دعوای خود در دادگاه نباشد، دادگاه نمی‌تواند حق او را اعمال کند. اکثر موارد حق‌الله (مانند عبادات و کفّاره ها) دراین دسته می‌گنجند. از آنجایی که هیچ کس نه لازم است و نه اختیار دارد که اجرای آنها را مطالبه نماید، این حق‌ها اساساً غیرقابل دادرسی اند؛ هرچند که قاضی به صلاحدید خود می‌تواند کسانی را که حق‌الله را به طور جدی مورد غفلت قرار می‌دهند، تعزیر نماید. حق های بدون صاحب، مانند وقف بر فقرا و نیازمندان نیز در همین گروه قرار می‌گیرند.

در مقابل، حق‌های قضایی قابل رسیدگی در دادگاه شرع هستند. برخی نمونهٔ این حق‌ها عبارتند از حق دائن بر تقاضای پرداخت دِین توسط مدیون و حق زوجه بر پرداخت نفقه توسط زوج (ابوسنه ۱۹۷۱؛ الموسوعه الفقهیه ۱۹۸۷).

برخلاف نظر مفسران غربی که می‌گویند شرع تفکیکی میان قانون و مذهب نمی‌گذارد، شرع آشکارا چنین تفکیکی را در ارتباط با موضوع حق به رسمیت شناخته است. حق ها و وظایف قانونی، از حق ها و وظایفی که مطلقاً دینی هستند، تفکیک شده اند. تفکیک مشابهی را می‌توان در مفهوم عامترِ حکم یافت: شرع، حکم اخلاقی (مندوب، مکروه و مباح) را از حکم قانونی (واجب و حرام) تفکیک می‌کند. این تقسیم بندی بر این مبنا صورت می‌گیرد که چه چیز قانوناً قابل اجراست و چه چیزی تنها جنبهٔ توصیه‌ای اخلاقی دارد. موارد سه گانهٔ احکام اخلاقی، تنها دارای جنبهٔ توصیه‌ای دانسته شده اند: مباح خنثی است و مندوب و مکروه دو زیرگروه دیگر حکم اخلاقی هستند و بدین ترتیب، اینها قابلیت اجرای قانونی ندارند. دو عنصر گروه احکام قانونی، شامل محدودهٔ بسیار محدودتری از رفتارها می‌شوند. بنابراین، توصیف شرع به عنوان یک «حقوق مذهبی» یا «نظام تکالیف مذهبی» و اظهار اینکه شرع تفکیک میان قانون و مذهب را به رسمیت نمی‌شناسد، با نکات فنی اندیشهٔ حقوقی اسلامی مطابقت ندارد. شرع و مذهب در امور مربوط به اعتقادات و عبادات و همچنین در تعهد به ارزش‌های بنیادی، با یکدیگر مطابقت دارند، اما شرع به وضوح تفکیکی کارکردی میان قانون و مذهب را در حوزه ای وسیع به رسمیت می‌شناسد.

نگاهی به قرآن

در قرآن، مخاطب احکام عموماً افراد و جامعۀ مسلمانان هستند. هر دو گروه مورد امر، تحریک، تشویق و اخطار قرار گرفته و از انجام اموری ممنوع شده اند و این همه، با زبانی چند منظوره انجام شده است که لزوماً محدود به سبک حقوقی ای که ممکن است در یک کتاب مجموعه قوانین مورد استفاده قرار گیرد، نیست. احکام حقوقی قرآن معمولاً در قالب فرمان یا ممنوعیت بیان می‌شوند. حق ها و وظایف نیز به طور مستقیم یا غیرمستقیم در همین حوزه خلق می‌شوند. آن سه گروه دیگر احکام که ذاتاً غیر حقوقی هستند نیز، ممکن است حق ها و مسئولیت های اخلاقی ا ی ایجاد کنند که به نوبۀ خود مبنایی برای اجتهاد و تحول متعاقب یک حق یا ارزش اخلاقی به یک حق قانونی را فراهم آورند.

احکام قرآنی در اشکال گوناگونی ظاهر می‌شوند. به عنوان مثال، حکم مربوط به حق برخورداری از حریم خصوصی در قالب حکمی قطعی بیان شده است: «ای کسانی که ایمان آورده اید، به خانه‌های دیگران وارد نشوید، مگر اجازه طلبیده و بر ساکنانش سلام داده باشید. اگر کسی را در آنجا نیافتید، وارد نشوید تا به شما اجازه داده شود» (قرآن ۲۴:۲۷). دراینجا، حقی سَلبی به نفع ساکنان خانه ایجاد شده است که مطابق آن، نباید مزاحمتی توسط غریبگان برایشان ایجاد شود. از آنجایی که ایشان حقی انحصاری (مالکیت) نسبت به خانۀ تحت تصرف خویش دارند، می‌توانند از دادن اجازه به کسانی که خواهان ورودند، خودداری کنند. این حق، به عنوان اختصاصی انحصاری شناخته می‌شود. بنابراین، متن به خلق حقی بنیادی بر حریم خصوصی، در قالب یک حکم ممنوعیت می‌پردازد. مخاطب این حکم، همچنین جامعۀ مؤمنین است، که خود می‌تواند نشان دهندۀ جهت گیری خاص اسلام در ارتباط با تعریف مفهوم حق، در جهت مذکور باشد.

بعلاوه، این حکم قرآنی به وسیلۀ مقررات مربوط به ظن و تجسس تکمیل شده است که حاوی منضمّات یا حق‌های انضمامی به حق اصلیِ «حریم خصوصی» هستند: «ای کسانی که ایمان آورده اید، از بسیاری از گمان‌ها بپرهیزید، زیرا گمان در بعضی موارد گناه است. و تجسس نکنید و غیبت یکدیگر را ننمایید. به درستی که خداوند، بخشنده است» (۴۹:۱۲). متن، حکمی قطعی در مورد غیرقانونی بودن تجسس را به مخاطب انتقال می‌دهد و به روشنی اعلام می‌کند که تنها برخی از انواع ظن و گمان ممکن است موجه و قابل چشم پوشی باشد. تجسس، فعالیتی عینی و مادی و قابل اثبات توسط مَدرک است و لذا موضوع مناسبی برای صدور یک حکم است، اما ظن این

گونه نیست. به همین دلیل است که زبان قرآن، فضایی برای انعطاف ایجاد می‌کند. بعلاوه، ظن منطقی که مبتنی بر سوء نیت نباشد بلکه به هدف جلوگیری از شر یا فعالیت مجرمانه‌ای انجام شود، می‌تواند به طور محدود مورد تأیید شرع قرار گیرد. اینکه حکم قرآن در خصوص حریم خصوصی و تجسس در قالب یک ممنوعیت بیان می‌شود، می‌تواند به این دلیل باشد که این حکم، یک حق سلبی ایجاد می‌کند و همچنین دلیل این امر می‌تواند افزودن تأکید بر حکم باشد، زیرا بطور کلی، نهی قطعیت و تحکم بیش‌تری از امر دارد.

علاوه براین، بیانات قرآنی «ما فرزندان آدم را کرامت دادیم» (۱۷:۷۰) و «کسی را که خدا جانش را محترم داشته است، نکشید، مگر به حق» (۱۷:۳۳)، متضمن حق‌های بنیادی فرد بر حیات و کرامت انسانی اند. به اضافه، در قرآن چنین آمده است: «کسی که یک شخص را بکشد، چنان است که گویی همهٔ انسان‌ها را کشته است، و کسی که به شخصی زندگی بخشد، گویی تمام نوع بشر را حیات بخشیده است» (۵:۳۰). حق بر کرامت انسانی همچنین در قالب نهی از قذف و عبارات مقابل، در قرآن مورد تأکید قرار گرفته است (۲۴:۳): «مباد گروهی از شما گروهی دیگر را مسخره کند. و عیب یکدیگر را به رخ نکشید و یکدیگر را با القاب زشت مخوانید» (۴۹:۱۱).

قرآن در مورد حق کار و درآمد قانونی می‌گوید: «مردان حقی بر درآمد خود دارند و زنان حقی بر درآمد خود دارند» (۴:۳۲) و «ای کسانی که ایمان آورده اید، از بخش پاکیزهٔ آنچه به دست آورده اید و از آنچه که ما از زمین برای شما خارج ساخته ایم، انفاق کنید» (۲:۲۶۷). در همین ارتباط، چنین آمده است: «و چون نماز تمام شد، در زمین پراکنده شوید و از فضل خداوند بطلبید» (۶۲:۱۰). نباید وقتی که نمازگزاران در مسجد می‌گذرانند، بیش‌تر از زمانی باشد که برای خواندن نمازِ مربوطه نیاز است، بلکه تشویق به کار کردن و کسب روزی شده اند.

قرآن و سنت حامی مفهوم مالکیت خصوصی اند: «و اموال یکدیگر را به باطل نخورید، مگر آنکه از طریق تجارت مشروع و رضایت دوطرفه باشد» (۴:۲۹؛ ن ک ۲:۱۸۸). بنابراین، تجارت، کار و معاملهٔ مشروع و مبتنی بر رضایت دو طرف، همچون ابزار اصلی کسب ثروت شناخته شده اند. کسب ثروت از طریق روش های قانونی مانعی ندارد. همین معنا، در قالب عکس آن نیز بیان شده است: «بگو چه کسی زینت های دنیا را که خداوند برای بندگانش فراهم کرده است، حرام نموده؟ بگو آنها دراین دنیا برای کسانی هستند که ایمان آورده اند» (۷:۳۲).

قرآن بر آزادی جابه جایی[۳۶] صحه می گذارد، خصوصاً زمانی که برای حفظ عقیده و اخلاق فرد لازم باشد (۴:۹۷؛ ۸:۷۲). هجرت و سفر به هدف حفظ تقوی، موضوع بسیاری از بیانات قرآنی است و ارزش آن، بطور کلی مورد تأکید قرار گرفته است. در واقع، هرگونه آزادی رفت و آمد، صرف نظر از هدف آن، مجاز شناخته شده: «او کسی است که زمین را برای شما رام گردانید، پس بر شانه‌های آن سفر کنید و از روزی‌های او بخورید» (۶۷:۱۵). به همین ترتیب، این اعلان قرآن که «اکراهی در دین نیست» (۲:۲۵۶)، تردیدی در اعتبار هنجاریِ[۳۷] آزادی مذهب در اسلام باقی نمی‌گذارد.

قرآن در هیچ کجا فهرستی از حق‌ها و آزادی های بنیادی ارائه نمی‌کند یا تفکیکی رسمی میان حق‌های عادی و بنیادی نمی‌گذارد. سبک تشریع قرآنی، گاهی منتج به این می‌شود که متن مربوطه، صریح و شفاف نباشد، زیرا ممکن است به جای بیان حکمی معین، تنها بیانگر یک اصل کلی باشد. به همین دلیل است که معمولاً تفسیر و اجتهاد لازم می‌آید.

همچنین، مفاهیم قرآنی ممکن است از لحاظ شکل زبانی، در قالب یک دستور بیایند، در حالی که تنها متضمن یک توصیه یا اجازه هستند. تعیین دقیق اینکه آیا یک فرمان مشخص حاوی تکلیفی قضایی، توصیه یا صرف اجازه است یا اینکه متن یک حق یا وظیفۀ قانونی را به رسمیت شناخته، توسط زبان متن و اهداف و اصول کلی شرع تعیین می‌شود.

بررسی احکام قرآن نشان می‌دهد که متن همواره در ارتباط با اینکه حکم مربوطه از کدام دسته است (واجب، مندوب، مباح، مکروه یا حرام) صریح نیست. متن، گاهی صراحتاً از واجب یا حرام سخن می گوید، اما سه گروه میانی اینگونه مشخص نشده اند و اغلب از طریق زبان متن یا دلایل خارج از آن قابل فهمند. این طبقه بندی پنج گانه، اساساً توسط فقها بنا نهاده شده است؛ زیرا نمی‌توان آن را آشکارا در قرآن و سنت یافت. لذا این دسته‌ها از جهات مختلف قابل تغییر و تفسیرند. به طریق مشابه، اینکه یک حکم بیانگر حق‌الله، حق فردی یا ترکیبی از این دو است، اغلب امری تفسیرپذیر است. یک مجتهد ممکن است به این نتیجه برسد که یک حق مشخص، حق‌الله است، در حالی که ممکن است دیگری قادر به توجیه این امر باشد که حق مزبور جزء

---

36. Freedom of Movement

۳۷. normative validity؛ مقصود از اعتبار هنجاری، موجه بودن آزادی مذهب از نگاه اسلام، در برابر آزادی مذهب همچون یک امر واقع (fact) است: می توان تصور کرد که کسی در عمل و واقع، آزادی انتخاب مذهب خود را داشته باشد، اما این امر از نگاه اسلام موجه نباشد، یا برعکس. (مترجم)

حق‌های فردی است. علاوه بر آن، ممکن است برداشت آنها در ارتباط با درجهٔ اهمیت هر یک از این حقوق تفاوت داشته باشد.

اگرچه فقها به تفصیل در خصوص دسته بندی حق‌ها بحث کرده اند، اما همچنان فضا برای پژوهش بیش‌تر باز است. به عنوان مثال، یک سؤال این است که ارتباط این حوزه با حقوق اساسی چگونه است؟ باعث خوشحالی است که بدانیم تا کنون پیشرفت هایی دراین خصوص صورت گرفته است. در دهه‌های اخیر، برخی نویسندگان، کمیته‌ها و کنفرانس‌ها تلاش کرده اند که قانون اساسی یا سند حقوق[۳۸] مدرنی بر مبنای حقوق اسلام تدوین کنند (عزّام ۱۹۸۱). به طور کلی، ایشان تقریباً در همهٔ زمینه‌های حق‌های بنیادی با لحنی مثبت صحبت کرده اند. گرچه، واقعیتِ فقدان مشارکت مستقیم دولتی در تقریباً همهٔ اعلامیه‌هایی که حاصل تلاش‌های مذکور بوده است، اعمال این حق ها را تا حدود زیادی در حد نظر باقی گذاشته و عملی شدن آنها موکول به حصول اجماعی کلی خواهد بود.

حقوق‌بشر و کرامت انسانی

حقوق‌بشر، نمود و ظهور کرامت انسانی و عدالت است زیرا مبنای آن، دست‌یابی به این اهداف است. حق ممکن است عینی یا شخصی، اخلاقی یا منفعت‌انگارانه[۳۹] باشد اما تقریباً همیشه، در ارتباط با کرامت فرد و تکاپوی او برای یک نظم اجتماعی عادلانه است. حق های شهروندان در قوانین اساسی، عموماً بازتاب دهنده‌ای تعهد اجتماع به کرامت و ارزش فردی اند.

اینها، خواه منشورهای ملی باشند یا اعلامیه های جهانی، با سنن و ارزش‌های فرهنگی طرفداران خود آمیخته اند. مانند سنت‌های فرهنگی دیگر، غرب نیز زاویهٔ دید خاص خود را به حقوق‌بشر دارد که همواره دیدگاه فرهنگ‌های دیگر را نمایندگی نمی‌کند. اعلامیهٔ جهانی حقوق‌بشر[۴۰] که بر مبنای سنت غربی ـ و عمدتا سنت لیبرال پروتستان غرب ـ بنا شده است را نمی‌توان جهان شمول دانست، زیرا متمایل به ارزش‌های غربی است. همان طور که یک نویسنده گفته است، «این واقعیتی است که فرمول بندی کنونی حقوق‌بشر، تنها حاصل دیالوگ میان بخشی از فرهنگ های جهان بوده است» (پَنیکار ۱۹۸۲). این است که حقوق‌بشر را می‌توان به پنجره‌ای تشبیه کرد که از خلال آن،

38. Bill of Rights

39. Utilitarian

40. Universal Declaration of Human Rights

فرهنگی خاص نظم عادلانه‌ای را برای افراد خود تجسم می‌کند.

چنین چشم اندازی، هنگامی که با ادعای انحصاری بودن همراه شود، اعتراض‌های به بار می‌آورد. نگاه غربی به حقوق‌بشر باید این مسئله را به رسمیت بشناسد که نوعی کثرت پنجره‌ها و دیدگاه‌ها در ارتباط با ماهیت این حقوق وجود دارد و باید هم وجود داشته باشد. برای مثال، یک کنفوسیوسی سنتی ممکن است موضوع حق و نظم را در نهایت مربوط به «منش خوب» بداند. غرب بر حق تأکید می‌کند و اسلام بر وظیفه. سنت غرب برای اجتناب از استبداد بر آزادی تأکید می‌کند، در حالی که تأکید اسلام بر تقوی و شرافت از رهگذر مراقبت اخلاقی است. اگرچه، همان طور که پنیکار اشاره می‌کند، «هیچ چیز نمی‌تواند مهم‌تر از تأکید بر و دفاع از کرامت بشر تلقی شود» (همان).

انتخاب کرامت و عدالت به عنوان هدف، رویکرد ما را به حقوق‌بشر غنی می‌کند، زیرا حق ذاتاً مفهومی مضیّق و باریک است و ظرفیت انعکاس برخی ابعاد مهم مربوط به فرد را ندارد. به عنوان مثال، در خصوص مسئلۀ سقط جنین، صاحب حق و صاحب وظیفه کیست؟ در ارتباط با سرپرستی صغیر، ولایت یک حق است یا یک وظیفه؟ جدای از مشکل تفکیک دو مفهوم حق و وظیفه، دفاع مهاجمانه از حق های فردی ممکن است متضمن آثار ناخواستۀ منفی یا ناعادلانه برای دیگران باشد، زیرا حق، لزوماً مسئله و امتیاز شخصیِ یک فرد نیست. لزوم حصول اجماع به جای رأی اکثریت، در بسیاری فرهنگ‌ها، دقیقاً مبتنی بر ماهیت جمعیِ حقوق‌بشر است.

علاوه براینها، بنظر می‌رسد که اجماعی بر معنای دقیق دموکراسی، همچون نظامی سیاسی، وجود نداشته باشد. همانطور که عنایت اشاره می‌کند، «هیچ شکلی از دولت نمی‌تواند شایستۀ صفت دموکراتیک باشد»، مگر اینکه بر پایۀ اصول و ارزش‌های متعددی بنا شده باشد که مورد احترام مردمند، مانند به رسمیت شناختن ارزش همۀ انسان‌ها، برابری ایشان در برابر قانون و احترام به نظم و قانون در جامعه (عنایت ۱۹۸۲).

لزوم احترام به کرامت فرد، چنان عینی و شفاف توسط قرآن (۱۷:۷۰۹) اعلام شده است که تردیدی باقی نمی‌ماند که کرامت انسانی یکی از اهداف اصلی شرع است. کرامت انسانی یکی از موضوعات اصلی قرآن را تشکیل می‌دهد و در موقعیت‌های گوناگون به آن اشاره شده است. قرآن مقام انسان را بالاتر از فرشتگان می‌داند و به انسان این افتخار را می‌دهد که خلیفۀ خداوند بر روی زمین باشد (۲:۳۰-۴). به فرشتگان گفته شد که در برابر آدم ـ آدمِ نوعی ـ سجده کنند. این برتری

اخلاقی بشر، سپس با ارجاع به برتری مادی او تکمیل می‌شود: «به درستی که ما انسان را در بهترین قالب آفریده ایم» (۹۵:۵). در جایی دیگر از قرآن (۳۳:۷۲)، بر شایستگی و قابل اعتماد بودن انسان از نظر خداوند تأکید شده است. همچنین، خداوند «آنچه را در آسمان‌ها و زمین است» (۴۵:۱۳) مسخر انسان گردانده. و در آخر، قرآن نهایت تاکید را بر قداست حیات انسان دارد، زیرا مَهابتِ کشتن یک فرد بی گناه را برابر با نابودی و قتل عام کل بشریت می‌داند (۵:۳۲).

این ادله در قرآن و جاهای دیگر، قطب (۱۹۵۴) و السباعی (۱۹۶۰) را بر آن داشته است تا به این نتیجه برسند که کرامت، حقی فطری متعلق به فرد فردِ انسان هاست. کرامت فرد به خصوصیات شخصی یا موقعیت اجتماعی یا تمایزات نژادی یا قبیله ای او بر نمی گردد، بلکه به این دلیل است که او یک انسان است. همان طور که هر دو نویسنده می‌گویند، کرامت، حق مطلق هر انسانی است.

حق و عدل

شرع، متمایل به ادغام حق و وظیفه در مفاهیم فراگیرِ حق و حکم است. اجرای متوازن حق‌ها و وظایف، به نوبهٔ خود، با نظر به معیار قرآنیِ «عدالت» صورت می‌گیرد، زیرا در قرآن، حق ضرورتاً با عدل ارتباط دارد. در واقع یکی از معانی قرآنی حق، «عدالت» است. واضح است که در همهٔ نظام‌های حقوقی، عدالت با اجرای صحیح حق‌ها و وظایف ارتباط دارد. اما مسئلهٔ اصلی دراینجا، نوعی پیوند طبیعی میان حق و وظیفه از یک طرف و عدالت از طرف دیگر است؛ چیزی که خاص قرآن است و رویکرد توحیدی اسلام را از سایر نظام‌های حقوقی متمایز می‌کند.

همان‌طور که پیشتر گفته شد، شرع در پیِ برداشتن تمایز میان حق و وظیفه یا تأکید بر دوگانگی و جدایی این دو مفهوم (چنان که رسم آشنای قوانین اساسی مدرن است) نیست. در قرآن، حق و وظیفه در عدالت ادغام می‌شوند و این امر طوری انجام می‌گیرد که هر یک از این دو مفهوم، در اصل، در ذیل دیگری مطرح می‌شود. قبلاً اشاره شد که حکم، هر دو مفهومِ حق و وظیفه را در بر می‌گیرد. رابطهٔ میان حکم و عدالت، رابطهٔ بین وسیله و هدف است: حکم، وسیلهٔ نیل به عدالت است و اجرا و عملی کردن ظرفیت های دوگانهٔ حق نیز، که هم حق و هم وظیفه را شامل می‌شود، بر مبنای عدالت صورت می‌گیرد. بنابراین اسلام در پی اجرای عدالت به واسطهٔ اجرای احکام شریعت است که به نوبهٔ خود، به معنی اجرای مناسب حق ها و وظایف می‌باشد.

تأکید فراگیر قرآن بر عدالت ثابت می‌کندکه این ارزش، هم یک هدف بنیادی در اسلام و هم یکی از موضوعات عمدۀ قرآن است. جهت تأکید براین امر، قرآن اعلام می‌کند که هدف غایی دین و نبوت و وحی و هسته و ذات اسلام، عدالت است: «ما پیامبران خود را با نشانه‌های روشن فرستادیم و با ایشان کتاب و میزان را نازل کردیم تا عدالت را میان مردم مستقر سازیم»[۴۱] (۵۷:۲۵). عبارت «پیامبرانِ خود» بیانگر این است که عدالت، هدف هدایت مذهبی مبتنی بر وحی در طول تاریخ بشر بوده است. نقطۀ قوت رویکرد قرآن به عدالت، عینیت و جهانشمولی معیارهایش است: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، با استحکام بر عدالت قیام کنید و برای خدا گواهی دهید، حتی اگر به زیان خودتان یا پدر و مادر یا خویشان شما و خواه علیه فقیر یا غنی باشد» (۴:۱۳۵)؛ «و مبادا دشمنی با گروهی، شما را از اجرای عدالت باز دارد» (۵:۸)؛ و «هنگامی که میان مردم داوری می‌کنید، به عدالت داوری کنید» (۴:۵۸). قرآن همچنین به مسلمانان فرمان می‌دهد که نسبت به غیرمسلمانان عادلانه رفتار کنند، خصوصاً آنهایی که ظالم نیستند و علیه ایشان دست به رفتار متجاوزانه نزده اند (۶۰:۸).[۴۲]

معیارهای عدالت در قرآن، هیچ‌گونه تبعیض را برنمی‌تابد. این درجۀ بالا از عینیت را به سختی می‌توان در شرایطی به دست آورد که در آن، دوگانگی حق و وظیفه وضعیتی دو قطبی ایجاد می‌کند؛ زیرا تأکید بر اهمیت یکی نسبت به دیگری، باعث قربانی شدن عینیت عدالت می‌شود. رویکردی کامل و فراگیر نسبت به عدالت، نیازمند این است که حق‌ها و وظایف در ذات و جوهر عدالت ادغام شوند. در حال حاضر، بسیاری از قوانین اساسی مدرن انعکاس دهندۀ نوعی پذیرش کلی این تقسیم بندی دوگانه و تعهد ـ با درجات مختلف ـ به پایبندی به تنها یکی از این دو رویکرد هستند. رویکرد توحیدی قرآن، متضمن نگاه به حق و وظیفه همچون دو مفهوم ماهیتاً ادغام یافته در عدالت

---

۴۱. اکثر مترجمین فرآن، عبارت آخر را ترجمه به مضمون مقابل کرده اند: «تا مردم به عدالت برخیزند». با توجه به متن عربی «لِيَقومَ النّاسُ بالقِسط»، ترجمۀ صحیح، همین عبارت اخیر است. (مترجم)

۴۲. ظله (۱۹۹۱) سعی کرد دست به نوعی اولویت بندی در ساختار عقاید و ارزش های اسلامی بزند. اگر بنا بود سه ارزش با اولویت محض وجود داشته باشد، از نظر او این ارزش ها عبارت بودند از توحید، رساله (نبوت) و عدل (عدالت). به گفتۀ او، این نظام اولویت‌بندی توسط خود او، مطابق صلاحیتی که بعنوان قاضی القضات پاکستان دارد، و یکی دیگر از قضات دیوان عالی پاکستان انجام شده‌است. این دو می‌گفتند که از آنجایی که عدالت چنین جایگاه بالایی در قرآن دارد، باید پیش از نبوت قرار گیرد. بنابراین، عدالت حق بنیادی هر کسی است.

این دیدگاه، مبتنی بر دکترین الهیاتی معتزله است. ایشان در تقسیم بندی خود از اصول خمسه، عدالت را پس از توحید قرار می‌دادند: توحید، عدل، الوعد و الوعید (اعتقاد به پاداش و مجازات در آخرت)، المنزله بین المنزلتین (اعتقاد به مرحلۀ میانی بین اسلام و کفر و لذا میان بهشت و جهنم) و حسبه (امر به معروف و نهی از منکر) (ابو زهره۱۹۷۷). هنگامی که وحدت ریشه ای هدف را در مفاهیم عدل، حکم، حق و واجب به رسمیت بشناسیم، دیگر دلیلی برای اعتراض به تمایز کارکردی میان حق ها و تقسیم بندی آنها به دسته های گوناگون بسته به ماهیت یک حق مشخص و وزن و خصوصیات دلیلی ثبوتی (ایجابی) برای اثبات آن، باقی نمی نماند.

است که در عین حال نسبت به آن، مفاهیمی فرعی به حساب می آیند. بعلاوه، بین حق و عدالت رابطهٔ این همانی برقرار نیست، که اگر بود عدالت می توانست مانند یک حق شخصی اسقاط شود. نگاه قرآنی به عدالت، به مراتب عینی تر است و از لحاظ مفهومی، از سوگیری در راستای منافع صاحبِ حق مبرّا است(عِماره ۱۹۸۹).

رویکرد اسلام به ایجاد توازن میان حق‌الله و حق فرد، عینی است، به این معنا که در پی حمایت از منافع فرد و جامعه به طور هم‌زمان، زیر مفهوم فراگیر عدالت است. بر خلافِ گفتمان‌های فلسفیِ فردگرایی، لیبرالیسم و سوسیالیزم، شرع یکی را بر دیگری مقدم نمی‌شمارد. فلسفهٔ اسلام، عدالت و لازمهٔ آن، اتخاذ رویکردی یکپارچه و وحدانی به موضوع حق و وظیفه است (الدارینی ۱۹۸۴).

در چارچوب کلی عدالت، تنظیم دقیق نسبت بین حق و وظیفه با هم ، ممکن است تحت تأثیر مسائلی مانند ملاحظات مربوط به سیاست‌گذاری عمومی[۴۳] و منافع (مصالح) عمومی نیز قرار گیرد، البته تا جایی که با چارچوب ارزشی قرآن مغایرتی نداشته باشد. لذا تأکید بر حق یا وظیفه، چنانچه منفعتی داشته باشد و بازتاب دهندهٔ رویکردی وحدانی با عدالت باشد، موجب تصفیهٔ بیش‌تر اجتهاد شود و نیل آسانتر به آمال مشروع اجتماعی را ممکن کند، امری پذیرفتنی است.

به طور خلاصه، حق‌ها و وظایف در اسلام در مفهوم حکم جمع می‌شوند. این یکی شدن، به نوبهٔ خود، در مفهوم قرآنی عدالت منعکس می‌شود و ریشهٔ آن، فلسفهٔ توحید و اعتقاد به آن است. برقراری توازنی صحیح میان حق‌ها و وظایف، توسط شرایط اجتماعی متغییر و بررسی این شرایط تحت چتر وسیع اجتهاد صورت می‌گیرد و این همه، می‌تواند باعث ایجاد دیدگاه‌های تازه در مورد آرمان عدالت شود و کارآیی سازوکارهای اجرا و اعمال آن را افزایش دهد.

حق و حق‌های بنیادی

ریشهٔ حق‌های بنیادی را می‌توان در آثار نویسندگان اروپایی قرون هفده و هجده میلادی در اروپا جست؛ آثار کسانی مانند لاک[۴۴] و روسو[۴۵] در باب حقوق طبیعی و تئوری اقتصادیِ laissez-faire. اصطلاح مبهم «حقوق طبیعی» توسط مهاجران اروپایی به امریکا منتقل شد و در آنجا، ذیل قانون اساسی امریکا و متمم‌های آن، اصلاح شد و صورت روشن تری پیدا کرد. قضات امریکایی به

43. public policy

44. Locke

45. Rousseau

تشریح این حق‌ها ادامه دادند و آن را بهبود بخشیدند. فعالیت آنها، سپس قوانین اساسی کشورهای گوناگون اروپایی و ژاپن را پس از جنگ‌های جهانی اول و دوم تحت تأثیر قرار داد. در سال ۱۹۴۸، مجمع عمومی سازمان ملل فهرستی متشکل از حدود سی حق بشر را که شامل حق‌ها و آزادی‌های بنیادی تر بود، به تصویب رساند (منیر ۱۹۷۵).

تمایز میان حق‌های بنیادی و سایر حقوق، هم از لحاظ محتوایی و هم از نظر خصوصیات، در معرض تغییر است؛ زیرا منعکس کنندۀ ارزش‌ها و دیدگاه های‌جامعه‌ای خاص در مرحله‌ی خاصی از توسعۀ تاریخی و فرهنگی‌اش است. به عنوان مثال در حقوق غرب، بلکستون[۴۶] ذیل بحث آزادی‌های شخصی، صحبتی از آزادی بیان نمی‌کند و قسمت‌های کلاسیک کار او در باب آزادی مطبوعات، در بخش مربوط به خطا[۴۷] و افترا[۴۸] آمده است. جایی که او بیش از همه به مبحث آزادی بیان نزدیک می‌شود، در بخش «حق اشخاص»[۴۹] است که در آن حق شکایت بردن به پادشاه یا پارلمان جهت دریافت خسارت توسط مقامات عمومی را مطرح می‌کند (بِرِنت[۵۰] ۱۹۸۵).

دایسی، در پژوهش کلاسیک خود بر روی قانون اساسی، تأکید می‌کند که حقوق انگلستان توجه اندکی به مفاهیمی چون آزادی بیان و مطبوعات نشان داده است. بر این اساس، می‌نویسد که «آزادی بحث و گفتگو. در انگلستان خیلی بیش از حق بیانِ چیزهایی نیست که یک هیأت منصفه، متشکل از دوازده نفر مغازه دار، گفتن یا نوشتن آن را مطابق مصلحت می‌انگارند» (Dicey ۱۹۶۴). عواقب این مسئله برای انتشار نظرات اقلیت و جریان های فرعی، تقریباً بکل نادیده گرفته شده است.

آنان که در مورد قانون اساسی نوشته اند، چند روش را برای تمیز دادن حق‌های بنیادی از سایر حق ها شناسایی کرده اند. واضح تر از همه، در چارچوب حقوق غرب و احتمالاً قوانین اساسی کشورهای مسلمان، رجوع به قانون اساسی و تعیین این است که آیا حق مزبور همچون حقی بنیادی بر شمرده شده و ثبت شده است یا نه. در کشورهای که قانون اساسی مکتوب ندارند نیز حق‌های

---

۴۶. Blackstone. حقوق دان، قاضی و سیاست مدار قرن هجدهم انگلستان، دانش آموخته و استاد دانشگاه آکسفورد، که آثار علمی او تأثیر مهمی در پایه گذاری حقوق مدرن انگلستان و ورود جدی مفهوم «حق» به ادبیات حقوقی این کشور داشته است. مشهورترین اثر وی: Commentaries on the Laws of England (مترجم)

47. wrongs

48. Libel

49. Right of Persons

50. Eric Barendit

بنیادی با رجوع به قواعد، عرف و رویهٔ سابقه قابل شناسایی است که ممکن است برخی حق‌ها را دارای اهمیت اساسی برای ساختار و محتوای نظام حقوقی تلقی کند.[۵۱]

تعیین یک حق به عنوان حقی اساسی، اغلب به این معناست که دادگاه[۵۲] از لحاظ سیاسی وجود آن را امری ضروری برای وجود جامعه یا فرد و احساس کرامت و شخصیت آنها می‌داند. لذا دو دسته حق بنیادی وجود دارند که اغلب هم پوشانی دارند: آنهایی که مبتنی بر کرامت انسانی اند و آنهایی که بر پایهٔ ملاحظات مربوط به سیاست گذاری اجتماعی قرار دارند. به عنوان مثال، احترام ما به حق انسان بر تامین امنیت جانی و همچنین حق او بر حریم خصوصی و آزادی بیان، مبتنی بر اصول اخلاقی است. اما دلیل ما برای احترام به حق‌های که جهت حفظ سلامت سیاسی جامعه تنظیم شده اند، مانند آزادی اجتماعات و مطبوعات، به خاطر سیاست‌گذاری اجتماعی است. اگر احترام ما به یک حق از نوع نخست باشد، آن حق را تنها در صورت وجود دلایل بسیار قانع کننده و تحت شرایط استثنائی می‌توان محدود کرد، در حالی که ممکن است حقی که بر اساس ملاحظات مربوط به سیاست‌گذاری اجتماعی بنا شده است، بر اساس میزان مطلوبیت سیاسی یا اجتماعی اش ، کنار گذاشته شود یا تغییر پیدا کند. در هر کدام ازاین دو دسته، م توان سلسله مراتبی را تعیین کرد: حق حیات ممکن است بر حریم خصوصی اولویت داشته باشد، یا در قیاس با آزادی تجمع و مطبوعات، می‌شود حق یک مأمور پلیس برای حمل اسلحه را تنها یک حق معمولیِ ناظر به منافع اجتماعی انگاشت. هنگامی که حق‌های دستهٔ نخست با دستهٔ دوم ناسازگاری پیدا می‌کنند، به نظر می‌رسد که دادگاه باید دستهٔ اول را بر دوم ترجیح دهد، زیرا به نظر می‌رسد که منافع اجتماعی و سیاسی را نباید به قیمت پایمال کردن احترام افراد به دست آورد (مُرفی ۱۹۸۴).

حق قانونی را زمانی می‌توان بنیادی اطلاق کرد که شامل یک حق یا ارزش اخلاقی بنیادی در قالب حقوقی باشد. حق‌های اخلاقی معمولاً زمانی بنیادی محسوب می‌شوند که اصول اخلاقی‌ای که بر آن بنا شده اند، اصول بنیادی نظام اخلاقی مربوطه باشد. لذا فلسفهٔ حقوق در غرب، در ارتباط با اینکه ساختار ارزشی بنیادی حقوق چیست و چه چیزی را باید دارای خصوصیت بنیادی در ارتباط با نظام تلقی کرد و لذا شایستهٔ بهره مندی از جایگاه بالاتری در نظام اولویت بندی ارزش‌ها

---

۵۱. به عنوان مثال، در حقوق انگلستان حق رأی و حق درخواست صدور قرار احضار به دادگاه جهت اثبات بی گناهی در صورت نبود دلایل کافی برای بازداشت متهم (habeas corpus)، هر دو حق های بنیادی هستند که «توسط رویهٔ دادگاه ها و تاریخ» به این عنوان شناخته شده اند، زیرا اعمال آنها، لازمهٔ کارکرد مناسب قانون اساسی است (بریج و دیگران ۱۹۷۳).

۵۲. یا نویسندگان قانون اساسی (م)

دانست، دیدگاه‌های متفاوتی اتخاذ کرده است (مانند نظریه‌های حقوقی نفع گرا و فرد گرا و نظریه‌ی قرارداد اجتماعی).[۵۳]

اکثر این نظریه‌ها ممکن است جنبه‌های مشترکی با موضوعاتی داشته باشند که رویکرد شرع به ارزش گذاری بر انواع حق را تعیین می‌کند. فقهای مسلمان، تقریباً سرِ این مساله اجماع دارند که یکی از اهداف و فلسفه‌های شرع، منفعت عمومی (مصلحه) است. منفعت عمومی، مقوله ای به شدت نفع‌گرایانه[۵۴] است، با وجود اینکه در اسلام، خود تابع گروهی از ارزش‌های دیگر است.[۵۵] یک اشتراک دیگر، موضوعِ حق‌های است که بر پایۀ اصول بنیادی اخلاقی بنا شده اند. گرچه، تفاوت اساسی دراینجا این است که شرع، در تعیین ارزش‌های حقوقی و اخلاقی، تابع مرجعیت وحی است. یک حق زمانی توسط شرع حقی بنیادی دانسته می‌شود که ریشه در احکام روشن و اصول اولیه/بنیادی قرآن و سنت داشته باشد. با اینکه هیچ عبارتی در قرآن صریحاً دلالت بر تمایز حق‌های بنیادی به عنوان دسته‌ای جداگانه نمی‌کند، اما قرآن حاوی مجموعه‌ای از اصول است که در سنت و همچنین در اجماعِ فقها مورد تکرار و تأیید قرار گرفته‌اند. این اصول، به خودیِ خود، نقشی بنیادی در اسلام و نظام حقوقی آن دارند. این اصول و باورها نفوذی فوق‌العاده دارند و بر تقریباً تمامی سطوحِ اندیشۀ حقوقی اسلامی و روندهای توسعۀ آتیِ آن سایه افکنده اند.

تفکیک صوری میان حق‌های بنیادی و حق‌های عادی در شرع، با ارجاع به خود قرآن امکان پذیر است. حق‌هایی که مبتنی بر احکام صریح قرآنی هستند (مانند حیات، مالکیت، حریم خصوصی، جابه جایی، عدالت، کرامت شخصی، آبرو، برابری در برابر قانون و حق والدین بر فرزند) را می‌توان حق‌های قانونیِ بنیادی دانست. قرآن، همچنین به تشریح برخی اصول و هنجارهای می‌پردازد که به شرع هویت ویژۀ آن را می‌بخشد و تأثیر مهمی بر قواعد و تعالیم آن دارد. لذا اصول قرآنی ای چون حسبه (امر به معروف و نهی از منکر)، امانه (امانت)، استخلاف و تعاون می‌توانند حجت لازم مبتنی بر متن قرآن را برای شناسایی بسیاری حق‌های بنیادی فراهم آورند، خواه حق فرد یا جامعه یا محیط زیست باشد؛ و خواه درون مرزهای سرزمینی یک دولت باشد یا ورای آن.

قرآن حاوی اصولی است که توسط سنت نیز بر آن صحه گذاشته شده است، مانند رفع الحرج.

---

۵۳. بریج ۱۹۷۳ تئوری های کانت (Kant)، کلسن (Kelsen)، هارت (Hart) و رالز (Rawls) در مورد فلسفۀ حقوق را شرح داده است.

54. utilitarian

۵۵. برای ملاحظۀ مباحثی در بارۀ مصلحت، ن ک به: کمالی (۱۹۸۸)

خود سنت، موضوعات بسیار دیگری را پیش می‌کشد که تقریباً همهٔ زمینه‌های حقوق را در بر می‌گیرد. این موضوعات ضرورتاً حاوی حقی بنیادی نیستند، اما آنچه اهمیت دارد این است که حجت لازم برای شناسایی یک حق به عنوان حقی بنیادی و اساسی را فراهم می‌آورند. بعلاوه، قرآن و سنت ارزش‌های اساسی پنج گانهٔ مقابل را به رسمیت می‌شناسند: حیات، دین، عقل، مالکیت و نسل. بسیاری از این اصول و هنجارها توسط فقها بعنوان قواعد کلی‌ای شناخته می‌شوند که بیانگر مقاصد (اهداف) شریعت در خصوص موضوعاتی با تنوع و گستردگی چشمگیر هستند. از این قواعد می‌توان به عنوان راهنمای یک نظریهٔ اسلامی در باب حق‌های بنیادی بهره جست.[۵۶]

لوکا (۱۹۷۵)، در مطالعهٔ خود در زمینهٔ حقوق‌بشر و آزادی‌های بنیادی در بخش عربی خاورمیانه، به این نتیجه می‌رسد که «متن قرآن در ذهن اعراب تأثیر جدی تری از اعلامیه‌های مندرج در قوانین اساسی رسمی ایشان دارد». بی اغراق همین وضعیت در کشورهای اسلامی دیگر نیز وجود دارد و قرآن، اثری عمیق بر افکار و رفتار همهٔ مسلمانان دارد. قرآن را می‌توان منبع استوار حُجیّت دانست که بخشی از آن تفسیرپذیر است، اما احکامی قطعی و ساختار ارزشی بنیادی‌ای هم دارد که تغییرپذیر نیست. این استمرار ارزش‌ها، ویژگی غالب قرآن است. چنین است که مفهوم حق‌های بنیادی و شناسایی این حق‌ها در قرآن و سنت، تا جایی که بیانگر ضروریات شرع دراین حوزه باشد، قابل پذیرش و توصیه است. همچنین، به آنها وجود خارجی و مشخصی می‌دهد که می‌تواند همچون معیاری جهت تعیین جایگاه یک حق، هنجار یا اصلی خاص در چارچوب کلی ارزش‌های قرآنی مورد استفاده قرار گیرد.

در خصوص ملاحظات مربوط به منافع عمومی، علما دسته بندی سه گانه‌ای ابداع کرده اند: منافع ضروری (ضروریات)، تکمیلی (حاجیات) و مطلوب (تحسینیات). منافع عمومی ضروری این گونه تعریف شده اند: منافعی که برای حیات ضروری اند و در فقدان آنها، نظم اجتماعی طبیعی فرو می‌ریزد. این منافع عبارتند از: حیات، دین، عقل، مالکیت و تبار. مطابق با یک نظر اقلیت، مورد دیگری را نیز باید به اینها افزود: کرامت (عِرض). مطابق نظر اکثریت، این مورد ششم زیر مجموعهٔ «حیات» است. از این منافع، به هر قیمتی باید محافظت نمود، زیرا جامعه در صورت به مخاطره انداختن آنها در معرض فروپاشی قرار می‌گیرد. یکی از وظایف اصلی حکومت در اسلام،

---

۵۶. تا کنون تلاش‌هایی توسط افراد و نهادهای گوناگون صورت گرفته‌است- مانند علمای مصر و پاکستان و شورای اسلامی اروپا (Islamic Council of Europe)- اما هنوز فضای بیش‌تری برای پژوهش بیش‌تر، جهت ارتقای تنوع و همچنین تعیین ارزش هر یک از حق‌های بنیادی در شرع وجود دارد.

حمایت از این منافع و ارتقاء و توسعۀ آنهاست. مورد بعدی، منافع تکمیلی است و پس از آن، منافع مطلوب و اموری که جنبۀ تزئینی برای جامعه دارند. این سه گروه منافع، معمولاً با یکدیگر رابطۀ متقابلی دارند، می‌توان آنها را مورد داوری ارزشی قرار داد و معمولاً در ارتباط با شرایطی که در آن تحت ارزیابی قرار می‌گیرند، متغییرند. به عنوان مثال، چیزی که در شرایطی خاص منفعتی تکمیلی است، ممکن است در شرایطی دیگر تعلق به گروهی از منافع داشته باشد که در جایگاهی بالاتر یا پایین‌تر قرار دارد. وسیله و روش حمایت از این ارزش‌های اساسی ممکن است بسته به شرایط، متفاوت باشد، اما اساس ساختار آنها قابل تغییر نیست.

برخی نویسندگان، منافع ضروری (مصالح الضروریه) در حقوق اسلام را متناظر با حق‌های اساسی (الحقوق الأصلیه) در حقوق اساسی مدرن دانسته اند. کار عِماره (۱۹۸۹) را احتمالاً بتوان روشن ترین تلاش دراین رابطه دانست. او گرایش به این دارد که ایدۀ ضرورت را معادل با ایدۀ حق‌های اساسی بگیرد. وی می گوید که شناسایی یک نظام ارزشی بنیادی در شرع، اتخاذ هرگونه تدابیری را که برای حمایت از این ارزش‌ها و فراهم آوردن لوازم توسعۀ مناسب آنها تعبیه شده است، توجیه می‌نماید. بنابراین، شرع مخالفتی با این ترمینولوژی و دسته بندی ندارد، زیرا صرف نظر از جایگاه این ارزش‌ها، شرع مدافع آنهاست و حمایت از آنها را تأیید می‌کند.

این دیدگاه، اندکی با نظر اکثریت دانشمندان تفاوت دارد. مطابق رویکرد اکثریت، هر یک از حق‌های موجود در منابع شرع ارزشی علی حد ذاته دارد و به این حق به عنوان ادامۀ دکترین عدالت ویژه‌ای نگریسته نمی‌شود. شاید بتوان دسته بندی سه گانۀ منافع را بعنوان مبنایی برای دسته بندی حق ها و آزادی‌های بنیادی به طریقی مشابه به کار برد. اما به هر حال، همۀ این مسائل نشان می‌دهد که در شرع، کمبودی از لحاظ وجود حُجج و دلایل بنیادیِ لازم برای دفاع از این حق‌ها نداریم.

البته در ارتباط با حق‌های بنیادی، کوله باری از تجربه در کشورهای اسلامیِ دارای قانون اساسی وجود دارد. در قوانین اساسی، حق‌ها و آزادی‌ها اغلب به دو گروه اساسی و عادی تقسیم می‌شوند. اما از آنجایی که مشروطه خواهی، به عنوان یک جنبش سیاسی، پدیده‌ای غربی است که توسط حکومت‌های مسلمان پسا-استعماری و نو ظهور، مستقیماً به تقلید از غرب صورت گرفته است، این تجربۀ کشورهای اسلامی همراه با تلاش برای برقراری اتصال آن با میراث بومی اسلامی نبوده است. البته تأکید بر ریشۀ غربی این تجربه، لزوماً به معنی محکوم کردن آن نیست، بلکه تنها خطر فقدان

انسجام و عدم همزیستی طبیعی آن با میراث بومی را گوشزد می‌کند. در واقع، حفظ بسیاری از عناصر قوانین اساسی و در عین حال فرمول بندی آن در پرتو تعلیمات شرع، امری بسیار مطلوب است، زیرا باعث ارتقاء هماهنگی و انسجام تجربیات حقوقی و فرهنگی مسلمانان معاصر خواهد شد.

جمع‌بندی

به نظر می‌رسد که توسعهٔ بسیاری از ابعاد حق در حقوق اسلام، در فقدان تعریفی روشن از حق صورت گرفته است. گرچه، این نکته را نیز باید گوشزد کرد که فقهای مسلمان، از همان ابتدا به پردازش تعریفی از حکم شرع و تمامی عناصر گوناگون تشکیل دهندهٔ آن دست زدند.[۵۷] دراین مقاله نشان داده شد که تمایل علما به سوی قرار دادن مفهوم «حق» ذیل عنوان وسیع ترِ «حکم» است. وجود تعریفی روشن برای حکم را می‌توان عاملی برای به تعویق انداختن رشد و نموّ چنان تعریفی برای حق و همچنین مشوّقِ قرار دادن یکی در ذیل دیگری دانست. همچنین، حکم، ارتباط نزدیکتری با وظیفه (واجب) دارد تا با حق. حق و وظیفه، حتی اگر هم دو روی یک سکهٔ واحد نباشند، اما قطعاً ارتباط متقابلی با هم دارند. اگرچه حق و وظیفه را نمی‌توان همیشه دو مفهوم متناظر دانست (زیرا وجود یکی بدون دیگری قابل تصور است)، اما با این حال حق‌ها و وظایف نامتناظر، حالت استثنائی داشته و اهمیت اساسی ندارند.[۵۸]

مطابق تحلیلی که دراین مقاله ارائه شد، در حقوق اسلام، حکم و واجب بر حق برتری نسبی دارند. اما این هرگز به این معنی نیست که حق را می‌توان کم اهمیت قلمداد کرد یا اینکه علما از بذل توجه ویژه به توسعهٔ ابعاد گوناگون حق خودداری کرده باشند. علل (اسباب) حق، گونه های آن و طبقه بندی آنها، موارد استفاده و سوء استفاده از حق، اجراء حق (استیفاء الحق) و خاتمهٔ حق (انقطاع الحق)، همگی به تفصیل توسط ایشان مورد توجه قرار گرفته‌اند.[۵۹] همچنین، در پرتو مفهوم توحید، دیدگاه خاصی را در مورد رابطهٔ حق و عدل طرح کردم و در خصوص ضرورت شناسایی

---

۵۷. این عناصر عبارتند از حاکم (قانون گذار)، محکوم فیه (موضوع حکم)، محکومٌ علیه (آنکه حکم علیه اوست) و خود حکم.

۵۸. اگرچه در فلسفهٔ حقوق به تفصیل از ماهیت متناظر حق و وظیفه صحبت کرده اند، اما به نظر می رسد که وظیفه می‌تواند مستقل از حق وجود داشته باشد.این امر می‌تواند در حقوق اسلام مصداق داشته باشد، چنانکه بسیاری از واجبات که با عنوان عبادات طبقه بندی می‌شوند، لزوماً مبتنی بر حق خاصی نیستند. به طریق مشابهی، وظایف مربوط به حقوق کیفری، چه در حقوق اسلام و چه در حقوق غرب، بر اعضای جامعه اعمال می‌شوند بدون اینکه هیچ فرد خاصی حقی متناظر با آن وظیفه داشته باشد (دیِنس ۱۹۷۶). از سوی دیگر، به نظر می رسد که بیش‌تر حق به وظیفه وابسته است تا برعکس و لذا میان این دو، وظیفه مفهومی قوی تر یا مستقل‌تر به نظر می رسد.

۵۹. برای مشاهدهٔ جزئیات بیش‌تر، ن ک

Al Sanhuri (1954): I, 35 ff; Abu Sinnah (1971) : n. 7, at 175 ff; Musa (1954): n. 14 at 211 ff; and Al Zarqa (1967): n. 8 at III, 15 ff

حق های بنیادی به عنوان دسته‌ای جداگانه به بحث و بررسی پرداختم.

فیلسوفان حقوق در غرب در مورد اهمیت حق در مقایسه با وظیفه اختلاف نظر دارند. هوفلد (۱۹۶۴) اولین کسی نبود که توجه دیگران را به این مسئله جلب کرد که حق، مفهوم بسیار مبهمی است، اما اهمیت کار او دراین بود که موضوع حق را بسیار بیش‌تر از اسلاف خود واکاوی و تشریح نمود. حق یک امتیاز است و از این لحاظ، در مقایسه با وظیفه که امر معینی است، مفهومی عام است. به شخصی که وظیفه ای دارد، باید به طور مشخص ـ و نه در قالبی کلی ـ گفته شود که چه کاری باید بکند یا نکند. اما حق حیات و مالکیت بسیار کلی است و می‌تواند با فهرست بلند بالایی از وظایف تناظر داشته باشد. بنابراین، تناظر حق با وظیفه‌ای مشخص همیشه امری روشن و بدیهی نیست، زیرا ارتباط این دو، با اینکه امری قطعی است، اما به همان اندازه که ممکن است روشن و مستقیم باشد، همان قدر هم می‌تواند دور و ضعیف باشد.

با توجه به این مسئله، متفکرین غربی دو نظریه در خصوص ارتباط حق و وظیفه مطرح کرده اند: یکی مدافع تقدم نسبی حق، همچون منشأ وظیفه است و دیگری با عنوان نظریۀ زائد بودن مفهوم حق[۶۰] شناخته می‌شود: «اینکه ما از حق یا از وظیفه سخن می‌گوییم، در نهایت امری است که صرفاً به سبک یا زاویۀ دید ما بستگی دارد، زیرا با به کار بردن ادبیات مبتنی بر حق به جای وظیفه، چیز بیش‌تری دستگیر مخاطب نمی‌شود».[۶۱] مفهوم «داشتن حقی علیهِ» را می‌توان با «داشتن وظیفه‌ای نسبت به» جایگزین کرد، بدون اینکه از ماهیت مبتنی بر رابطۀ متقابل[۶۲] یا از محتوای هر یک، چیزی کم شود یا اینکه ماهیت و محتوای مزبور مورد انکار قرار گیرد. دلیل اینکه هر یک از دو مفهوم حق و وظیفه به واسطه یکدیگر شناسایی می‌شوند، احتمالاً رابطۀ متناظر این دو است.

60. redundancy of rights

۶۱. برای مشاهدۀ جزئیات بیش‌تر دراین خصوص، ن ک Stoljar (۱۹۸۴)

۶۲. منظور، این خصوصیت هر یک از دو مفهوم حق و وظیفه است که همواره با دو طرف یک دعوای فرضی یا واقعی سر و کار دارند: کسی که حق/وظیفه به نفع اوست و کسی که حق/وظیفه علیه اوست. (م)

تفسیر اقتصادی از پشتونولی

تام گینسبرگ[1]
دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو
به سفارش مجمع حقوقی دانشگاه شیکاگو
پیش‌نویس، ۱۵ آوریل ۲۰۱۱
برگردان: امیرحسین جلالی فراهانی[2]

حقوق [law]، به سبک و سیاقی که امروزه ما می‌شناسیم، دستاورد حکومت‌های امروزی است. بسیاری از ما، به‌ویژه آنهای که در دانشکده‌های حقوق حضور دارند، نگاه‌شان به قواعد [حقوقی] این گونه است که این قواعد نخست باید به تصویب نهادهای قانون‌گذار یا اداری رسیده باشد؛ دادگاه‌ها را نیز همان نهادهای دادرسی اصلی می‌دانیم؛ و اجرای قانون را نیز دستاورد مجریان [قانون] [en-forcement]، شامل پلیس و مقامات پیگرد قضایی [prosecutors] می‌دانیم. با این‌حال، از دیربار پذیرفته شده که این تمرکزگرایی حقوقی [legal centerism]، حتی در قلمروهای دولت ـ ملت‌ها [nation-state] نیز دارای کاستی‌های بنیادی است.[3] این ناتوانی به ویژه هنگامی نمایان می‌شود که

۱. سپاس از دنیل روزنگراد [Daniel Rosengard] برای همکاری پژوهشی و دنیل ابب [Daniel Abebe]، پیتر لیسون [Peter Leeson]، ریچارد مک‌آدامز [Richard McAdams] و لسلی وکسلر [Lesley Wexler] برای دیدگاه‌های ارزشمند شان. همچنین، سپاس ویژه خود را از عزیز حوق [Aziz Huq] برای دیدگاه‌های گسترده‌اش به عمل می‌آورم.

2. Jalalyfarahany1979@gmail.com.

3. See generally Brian Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*,(شناخت عوام‌گرایی) Sydney L Rev 375 (2008); David D. Friedman, *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*(نظم حقوقی: آنچه اقتصاد باید با حقوق انجام دهد و چرا چنین رخ می‌دهد؟، م) (Princeton 2000). See also قضایی: گذشته تا آینده، محلی تا جهانی، م.) 30

گروه‌های دور مانده از ملت، حاکمیت ارزیابی شوند؛ آنهایی که نظام‌های شبه حقوقی را در رده‌های گوناگونی از کارآمدی و سخت گیری به کار می‌گیرند. این نظام‌ها تا حد زیادی «نظم بدون حقوق (حاکمیتی)» را فراهم می‌آورند.[۴]

این مقاله، از منظر اقتصاد سیاسی، به تحلیل پشتونولی می‌پردازد(نظامنامه [code] قبیله‌ای پشتون‌ها). پشتون‌ها، گروه قومیتی تقریباً چهل میلیون نفری هستند که بخش بزرگی از قلمرو دو کشور افغانستان و پاکستان را تشکیل می‌دهند و هیچگاه به شکل یک حکومت یکپارچه گردهم نیامده‌اند.[۵] درگیری‌های چندین دهه در افغانستان، به تجدید نظر در مورد پشتون‌ها انجامیده است؛ آنهایی که اعضای شان، هم در میان شبه دولتی‌ها و هم طالبان جایگاه برجسته‌ای دارند. نظامنامه قبیله، عنصر اصلی هویت پشتون است:برای اینکه فردی واقعاً یک پشتون دانسته شود، باید به پشتونولی پابند باشد.[۶]

با اینکه آیین پشتون، شباهت‌هایی با قوانین سنتی سایر قبایل افغان دارد؛ اما از دو جنبۀ سخت‌گیری، از آنها متمایز است. آنها دراین ناحیه، قواعد بهنجار بنیادی خود را وضع می‌کنند؛ دولت‌های هر دو کشور پاکستان و افغانستان در نواحی که تعداد زیاد پشتون‌ها زندگی می‌کنند، نفوذ بسیار ناچیزی دارند و در برخی موارد، هیچگونه ارتباطی با این مردم ندارند. افغانستان، هیچگاه یک دولت مرکزی واقعی فراگیر نداشته است و قوانین جزایی و مدنی پاکستان نیز حتی به طور شکلی، در نواحی قبیله‌ای برشمرده در ایالت مرزی شمال غربی اجرا نمی‌شوند.[۷]

Robert D. Cooter, Book Review, Against Legal Centrism, 81 Cal L Rev 417, 421 (1993) (نظم بدون حقوق، م.) دربرابر تمرکزگرایی قضایی، م.) (پانوشت ۲ .

4. See generally Robert C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Harvard 1991). (نظم بدون حقوق: چگونه همسایگان اختلافات را حل‌وفصل می‌کنند؟، م.)

5. Akbar S. Ahmed, *Pukhtun Economy and Society: Traditional Structure and Economic Development in a Tribal Society* (Routledge 1980) جامعه و اقتصاد پوختون: ساختار سنتی و توسعه اقتصادی در یک جامعه قبیله‌ای، م.(92, 99)

(پیشینه سیاسی بیرونی این قبیله در برابر نظام‌های حاکمیتی بزرگ‌تری که می کوشیدند آن را به چنگ آورند، به زندان اندازند، به زانو یا به تصرف درآورند، برای نگاه داشتن مرزهای خود درگیری‌های پیوسته‌ای داشته است).

6. See Pashtoonwali, (Khyber.ORG) online at http://www.khyber.org/culture/pashtunwali.shtml (visited Mar 16, 2011) (“Pukhtoonwali, Pukhto and Pukhtoon have become almost synonymous terms.”); Asta Olesen, *Islam and Politics in Afghanistan* (Curzon توجه) اسلام و سیاست در افغانستان، م.) ۳۳ (۱۹۹۵).

(پینتونولی، پنبتو و پنبتون تقریبا هم‌معنایند)

داشته باشید، بااین‌حال، پشتون‌های شهری و آموزش دیده این نگاه را کوچک می شمرند). See Walsh Declan, Frontier the on Arithmetic (ریاضی بر روی مرز، م.) 112 Granta 161, 171 (2010).

7. Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 9 (پانوشت ۳)؛

(ببینید اصل ۲۴۷ قانون اساسی پاکستان: «نه پارلمان و نه دیوان عالی حق مقررات‌گذاری برای ناحیه‌های قبیله‌ای را ندارند).

بسیاری از قوانین سخت گیرانه دولت پیشین طالبان، در عرف و عنعنات پشتون‌ها ریشه دارد نه در منابع اسلام سنتی؛ به‌ویژه رفتار با زنان، نگاه‌های منفی بسیاری را در سالیان گذشته بر انگیخته است.[۸] پشتونولی نمادی از نظامنامه است که جایگزینی آن با حقوق نوین، برای همهٔ مخاطبان آن یک پیشرفت به شمار می‌آید. این شیوهٔ نگارش چالش، مردم روستایی نخستین را از مردم عصری که در پرتو حاکمیت قانون زندگی می‌کنند، متمایز می‌سازد. تحقق حقوق برای آنها، رسالت شهروندان امروزی است تا به مشروعیت بخشی حضور پیوستهٔ غرب در افغانستان کمک کنند.[۹]

بااین حال، از دید این پژوهش، پشتونولی از منطق ویژه ای برخوردار است و نمونه ای از آن موضوعی است که ریچارد آدامز و نگارندهٔ این مقاله در بحث دیگری از آن با عنوان «دادرسی در هرج و مرج» یاد کرده اند.[۱۰]

در جامعه‌ای که هیچ حکومت کارآمدی وجود ندارد، شهروندان ناچاراند شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات را بنیان نهند. ضمانت اجراها [sanctions] در چنین جامعه‌ای خصوصی اند و خود متضرر (به استثنای زنان) و قانون را خود طرف متضرر (به اسیتثنای زنان) اجرا می‌کند، نه دولت مرکزی. البته خشونت فردی، خطر انتقام و گسترش خشونت‌های جدی تری را در پی‌دارد. نیاز به کاستن از گسترش خشونت، نهادهایی را وا می‌دارد که هم خشونت ها را تعریف و هم به اختلاف‌ها رسیدگی کنند تا طرفین، هزینهٔ گزافی را برای اختلاف‌هایشان نپردازند. پشتونولی، یک راهکار سر سختانه برای تعریف گزینه‌های مشروع در نزاع‌ها دارد و در قالب یک نظام، به نام "جرگه"، به حل و فصل اختلاف‌های رخ داده می‌پردازد. لذا پشتونولی، یک نظام حقوقی نمونه را نمایان می‌کند که با نظام رسمی حقوق حاکمیت همزیستی داشته، آن را تکمیل می‌کند و گاهی نیز در مقابل آن می ایستد.[۱۱] و پشتونولی، برای هر رویدادی، قواعد تفصیلی بنیان وضع نمی‌کند؛

---

8. See, e.,g., Peter Marsden, *The Taliban: War, Religion and the New Order in Afghanistan*(طالبان: جنگ، مذهب و نظم نوین در افغانستان، م.) (Zed Books Ltd 1998); Nancy Hatch Dupree, "Afghan Women under the Taliban"(زنان افغان در سیطره طالبان، م.) 88-110 (Hurst and Company, 2001) (باززایش بنیادگرایانه؟ افغانستان و طالبان، م.), in William Maley, ed, *Fundamentalism Reborn? Afghanistan and the Taliban*

9. See Frank Upham, Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy"(8* افسانه‌پردازی در عرف‌گرایی حاکمیت قانون، م.) (Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series: Democracy and Rule of Law Project Working Paper No 30, Sept 2002), online at http://carnegieendowment.org/files/wp30.pdf (visited Jan 18, 2011).

10. See generally Tom Ginsburg and Richard H. McAdams", Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution(45 , دادرسی در هرج‌ومرج: نظریه‌ای گویا درباره حل‌وفصل مناقشه‌های بین‌المللی، م.) Wm & Mary L Rev 1229 (2004).

11. See generally Sally Engle Merry, "Legal Pluralism"(22 , عوام‌گرایی قضایی، م.) L & Soc Rev 869 (1988).

همان‌گونه که خواهیم دید، احکام هنجارین پشتونولی خیلی انعطاف پذیرند و از نگاه منطقی، بهترین دیدگاه این است که آن را نظامنامه حیثیت [code of honor] به حساب آورد و نه مجموعۀ قوانین [legal code]. علاوه از اینها، مجموعۀ قوانین در حقیقت، دستاورد عصری شدن حاکمیت و پیشرفت آن به سوی سازمان یافتگی اند؛[۱۲] در حالی‌که پشتونولی را مجموع ای از «فرا قاعده‌ها» [metarules] با محوریت گزینه‌های مشروع در اختلاف ها و شیوه‌های مشروع حل و فصل آنها تشکیل می‌دهد؛ لذا پشتونولی یک نظام فرهنگی است که خشونت خصوصی را نهادینه ساخته اما محدود می‌کند.

تحلیل این مقاله، با کارهای تازه‌ای که در باب نظم بخشی خصوصی و مردم بی حاکمیت[stateless peoples] انجام شده است و همچنین با ادبیات گسترده تر درباره‌ای هنجارهای اجتماعی، سازگاری دارد.[۱۳]

نهاد گراییِ [institutionalism] تازه‌ای که در دانش‌های اجتماعی بر کارکردهای اقتصادی هنجارهای قانونی و شبه قانونی تمرکز کرده اند، نشان می‌دهند که چگونه هر دوی آنها چالش‌های نهادی گوناگون را برطرف می‌کنند.[۱۴] هستۀ کلام این ادبیات آن است که مردم توانایی بسیار بالایی برای خود سازماندهی [self-organization] دارند؛ در مقابل دیدگاه هابزی [Hobbesian] درباره‌ای حاکمیت که معتقد است باید با اِعمال تحمیل ضروری از دخالت مردم در مناقشه‌های بی پایان جلوگیری کرد؛ وقتی امکان پیدایش نظم اجتماعی در نظر گرفته می‌شود که بتواند نظام‌های اثربخشی از حقوق و هنجارها را پدید آورد. مطمئناً پشتونولی یکی از نمونه‌های بسیار حیاتی چنین نظام بهنجاری [normative system] را به دست می‌دهد؛ تنها به این دلیل ساده که پراکندگی جغرافیایی و بهبود پذیری گذرا دارد؛ حتی در دوره‌های که درگیری‌های گسترده وجود داشته است؛ لذا برای ما این فرصت را فراهم می‌آورد که آگاهی مان را از نظم خصوصی افزایش دهیم.

---

12. John Henry Merryman and Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (Stanford 3d ed 2007). حقوق مدنی سنتی: درآمدی بر نظام‌های قضایی اروپا و امریکای لاتین، م.) 27-33

13. See generally Ellickson, Order without Law (نظم بدون قانون، م.) (پانوشت ۲); Peter T. Leeson, "The Laws of Lawlessness" (قوانین بی‌قانونی، م.) , 38 J Legal Stud 471 (2009); Peter T. Leeson, Gypsies (کولی‌ها، م.)(unpublished manuscript, 2010), online at http://peterleeson.com/Gypsies.pdf (visited Jan 18, 2011).

14. See generally Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (حکمرانی بر اجتماع‌ها: تکامل نهادها برای کار گروهی، م.) (Cambridge 1990); Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (نهادها، دگرگونی نهادی و کارکرد اقتصادی، م.)(Cambridge 1990).

در پایان این نوشتار به این نکته اشاره شده که پیروزی این ساز و کار در نتیجهٔ هزینه‌های هنگفتی به دست آمده است که از جملهٔ این هزینه‌ها، سرکوب نیمی از مردم پشتون بوده است. در کنار نابرابری‌های جنسیتی جامعهٔ پشتون، خشونت گسترش یافته دراین ناحیه، چال‌های بهنجار تری را نیز به بار آورده است.

این مقاله شامل بخش‌های ذیل است: بخش یکم، با توجه به چالش حقوق در یک محیط هرج ومرج گرا، ادبیات تازهٔ آن را چکیده وار بیان می‌کند. بخش دوم، به نهادهای جامعهٔ پشتون و هنجارهای پشتونولی وارد می‌شود و منطق مقابله به‌مثل [retaliation] و راهکارهای نهادی فراهم آمده از سوی "جرگه" را تحلیل می‌کند. بخش سوم، دو چالش هنجارین شناسایی شده در بالا را مورد توجه قرار می‌دهد: نابرابری جنسیتی و خشونت نسبتاً بالای نهادینه شده دراین ناحیه. همچنین، راهبرد ساده ای را مورد توجه قرار می‌دهد که برای یکپارچگی بهنجارتر پشتونولی به کار می آید و جنبه‌های نگران کنندهٔ اخلاقی را بهبود می‌بخشد که عبارتست از: گسترش ادبیات. البته نه به مانند اکسیر، اما آموزش در رده های بالاتر، می‌تواند اجرای هنجارهای ماهوی روشن‌تر را ساده سازد و به بهبود کیفیت زندگی زنان هم بینجامد. بخش چهارم نیز به جمع‌بندی می پردازد.

بخش اول- چالش‌های جوامع بی‌حاکمیت

جیمز سی. اسکات، در تازه ترین دیدگاه تحکیم‌آمیز خود درباره‌ای ناحیه‌های بلند آسیای جنوب شرقی، چنین اظهار می‌نماید که بخش مهمی از تاریخ این ناحیه ها گسسته اند و از دیدگاه دولت مردان و نه شهروندان نگاشته شده اند.[۱۵] این داستان ها، برپایی حکومت‌ها را به مانند فرایندی مهر ورزانه و نیکو خواهانه به تصویر می کشاند که مردم را در پناه دادگاه‌ها قرار می‌دهند تا از دستاوردهای شهروندی خویش لذت ببرند. با این حال، واقعیت اینست که برپایی حکومت، حجم بالایی از کار اجباری، دستگیری گروه‌ها و تحمیل ساختارهای اجتماعیِ سلسله مراتبی [hierarchical social structures] را در پی دارد. گروه‌های متمرکز در نواحی شهری نیز در برابر بیماری‌های بیش‌تری قرار می گیرند؛ به‌ویژه، پیش از آنکه پزشکی علمی و عصری در آنجا بر قرار گردد؛ لذا جای تعجب ندارد که در بسیاری از زمان‌ها و مکان‌ها، مردم از برنامه‌های حکومت، به

15. James C. Scott, *The Art of Not Being Governed: An Anarchist History of Upland Southeast Asia* (هنر حاکمیت پذیر نبودن: پیشینه هرج‌ومرج در بلندی‌های آسیای جنوب شرقی، م.) (Yale 2009). 160–61

نواحی جغرافیایی پیرامون فرار نموده‌اند تا بتوانند سرپناهی فراهم کنند. در بسیاری از بخش‌های این تاریخ «به روشنی آمده که دست‌کم برای مردم امری عادی بوده است که به جای گرویدن به دولت‌ها، از آن متواری باشند».[۱۶] از دیدگاه مردمی که از حکومت ها فراری اند، نظم بخشی خصوصی [private ordering] بهترین گزینه است.

ریشه‌های پشتون‌ها در پردۀ اسرار نهفته است، اما آنچه ما می‌توان دربارۀ تاریخ شان بیان داشت، با برداشت "اسکات" دربار آسیای جنوب شرقی سازگاری ندارد.[۱۷] درست است که پشتون‌ها، بارها بیرون ازحیطۀ یک حکومت کارآمد زندگی کرده اند؛ اما تاریخشان قدری پیچیده‌تر از برپایی حکومت افغان‌ها است. به همین دلیل، پشتون نیز به نوبۀ خود مبتنی بر برنامه بوده است. از یک دیدگاه، پیشینۀ افغانستان به رهبری احمدشاه درانی پشتون در سدۀ هجدهم [میلادی] بازمی‌گردد؛ نامبرده قبیله های گوناگون را یک‌پارچه کرد تا حکومت نوینی را بنیان نهد؛ اما آن حکومت چندان گسترش نیافت. تنها دستاورد آن در سدۀ بیستم این بود که جانشین آن، عبدالرحمن خان، به نهادینه کردن دیوان سالاری شهروندی [civilian bureaucracy] روی آورد.[۱۸]

اسکات ویژگی پشتون‌ها را «ملی گرایی ضدحکومت» [antistate nationalism] می داند که نه تنها به یک حکومت خودمختار جداگانه نیازمند است، بلکه باید به شکل جامعه‌ای بی حکومت هم بماند.[۱۹] اینکه این نیازها برای بی حکومت ماندن، کدام یک علت یا معلول نا توانی حکومت افغانستان بوده است، روشن نیست، لیکن واقعیت این است که دولت افغان، نقش موثری در زندگی بسیاری از شهروندانش نداشته است.

پاکستان در آن طرف مرز، تاریخ متفاوتی دارد؛ اما بنیادش یکسان است. بخش پاکستانیِ مناطق پشتونستان، یک قسمتی از سرزمین هند بریتانیایی بوده است؛ گرچه به طور کاملاً غیرمستقیم و به عنوان یک ناحیۀ دور افتاده از سوی راج [*raj*] اداره می‌شده است. تا امروز، ابزار حکمرانی اصلی برای پشتونستانِ پاکستان، قانون مستعمرۀ بریتانیا است که مقررات کیفری سرحدات [Frontier Crimes Regulation] نامیده می‌شود. حقوق برآمده از قانون اساسی دراین

۱۶. همان در صفحه ۱۶۲.

17. Walsh, 112 Granta at 170 (پانوشت 4).

18. Vartan Gregorian, *The Emergence of Modern Afghanistan: Politics of Reform and Modernization*,(پیدایش افغانستان نوین:) 1880-1946 (Stanford 1969). سیاست اصلاح و روزآمدسازی، م.) 51–134

19. Scott, *The Art of Not Being Governed* at 244-45 (پانوشت ۱۳). See E.J. Hobsbawm, *Nations and Nationalism Since 1780: Programme, Myth, Reality*, (64 (Cambridge 2d ed 1990). ملت‌ها و ملی‌گرایی از ۱۷۸۰: برنامه، خیال، واقعیت، م.)

ناحیه اجرا نمی‌شوند و نمایندگی قبیله از سوی یک «نمایندهٔ سیاسی» [Political Agent] که از سوی مرکز گمارده شده است، اداره می‌شود. وی همهٔ اختیارات اجرایی و قضایی را در دست دارد.[۲۰] پاکستان، طبق یک پالیسی چشم پوشی مهرورزانه، پشتون‌ها و دیگر «قبیله‌ها» رابه کلی رها کرده است.[۲۱]

به هر دلیل، بسیاری از پشتون‌ها از حکومت‌های که ظاهراً در لوای آنها زندگی می‌کنند، خدمات ناچیزی دریافت می‌دارند. بااین حال، جوامع بی‌حاکمیت هچنان مانند دولت‌های نهادینه شده به قواعد نیازمند اند. تفاوت اینجاست که بدون حکومت، ضمانت اجراهای متمرکز را نمی‌توان الزامی کرد. بلکه قانون در جوامع بی حاکمیت باید به وسیلهٔ اجتماع ها و خود افراد اجرا شود. یک چاره اندیشی این است که هنجارها خود اجرایی [self-enforcing] باشند؛ به این معنا که در چارچوب منافع هر فرد محترم شمرده شوند، بی‌آنکه قوهٔ قاهره ی مرکزی [centralized coercion] از آن حمایت نماید.[۲۲]

در یک چارچوب کاملاً متفاوت ـ مانند حقوق بین‌الملل ـ پروفسور "مک‌آدامز" و نگارندهٔ این مقاله، دربارهٔ چگونگی کارآمد سازی نهادهای دادرسی، بی‌آنکه ضمانت اجراهای اثربخشی به کار گرفته شود، کاوشی را انجام دادند.[۲۳]

بحث اصلی این‌است که نهادهای قانونی می‌توانند با هماهنگ کردن انتظارهای فردی ناشی از رفتارهای احتمالی طرف‌های دیگر، کارکرد خود را داشته باشند. این نظریه بر پایهٔ گروهی از بازی گری ها مطرح شده است که بازی گران می خواهند رفتارشان را [با طرف دیگر] هماهنگ کنند؛ اما در مورد چگونگی هماهنگی توافق ندارند؛[۲۴] برای مثال، دو نفر را که بالای قطعه زمینی با هم مناقشه دارند، در نظر بگیرید: هر یک می‌خواهد تصرف بخشی از ملکیت را برای خود نگاه دارد و

---

20. Aziz Z. Huq, Mechanisms of Political Capture in Pakistan's Superior Courts,(سازوکارهای سیطره سیاسی دادگاه‌های عالی پاکستان، م. 10) YB Islamic & Middle E L 21, 28–30 (2003–2004).

21. See International Crisis Group, Pakistan: Countering Militancy in FATA(پاکستان: رویارویی نظامی در ناحیه‌های قبیله‌ای ادارمشده به شیوه فدرالی، م.), Asia Report No 178 1–2 (Oct 21, 2009), online at http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/pakistan/178_pakistan___countering_militancy_in_fata.ashx (visited Jan 18, 2011).

22. See generally Kai A. Konrad and Wolfgang Leininger, Self-Enforcing Norms and the Efficient Non-Cooperative Organization of Clans(هنجارهای خوداجرایی و سازمان بدون مشارکت قبیله‌ها، م.) (Ruhr Economic Papers No 16, June 2007), online at http://www.rwi-essen.de/media/content/pages/publikationen/ruhr-economic-papers/REP_07_016.pdf (visited Jan 18, 2011).

23. See generally Ginsburg and McAdams, 45 Wm & Mary L Rev (پانوشت ۸).

24. Richard H. McAdams, The Expressive Power of Adjudication(2005 , توان معنادار دادرسی، م.) U Ill L Rev 1043, 1052-74(2005).

به طرف دیگر این پیام را منتقل می‌رساند که برای حصول آن به جنگ شدیدی متوسل خواهد شد؛ اما جنگیدن هزینه و پیامدهای اجتماعی دارد؛ لذا اگر بقیۀ گزینه‌ها برای هر دو طرف دارای ارزش یکسان باشد، هر دو طرف ترجیح می‌دهند که از جنگ صرف نظر نمایند؛ با این حال، اعلام این گزینه، طرف دیگر را تحریک خواهد کرد تا به شکل تهاجمی تری موضوع مالکیت‌اش را پیگیری کند. این وضعیت در بازی «هاوک ـ داو» [hawk-dove] دنبال می‌شود و یک رویکرد اجتماعی عمومی را نمایان می‌سازد.[۲۵]

در بازی هاوک ـ داو، هاوک رویکرد تهاجمی و داو، رویکرد انفعالی را به نمایش می‌گذارد . هر بازیکن ترجیح می‌دهد به جای داو، نقش هاوک را ایفا کند. با این حال، اگر هر دو بازیکن رویکرد تهاجمی هاوک را در پیش گیرند، جنگ در می‌گیرد. از سوی دیگر، اگر هر دو رویکرد انفعالی داو را بر گزینند، مالی را به دست نمی آورند که این امر با انتظار جامعه در تعارض قرار می‌گیرد؛ لذا طرز ترجیح هر بازیکن به گونه‌ای رقم خواهد خورد که آرزو دارد با بازیکن دیگر هماهنگ باشد و از جنگ هزینه‌بر پرهیز می‌کند؛ اما دو طرف قضیه از چگونگی هماهنگ شدن رفتارهای شان خرسند نیستند.

پرسش این‌است که چگونه حقوق بدون قوۀ قاهره مرکزی می‌تواند این چالش را حل و فصل کند. اگر چنین فرض شود که دو طرف مناقشه نمی‌توانند برای چالش خود راهکاری بیابند. هریک حامیان و هواداران خود ـ [شامل] خویشان، دوستان و اعضای اجتماع خویش ـ را بسیج و تأکید می‌کند که برای پیروزی دراین نبرد می جنگد. اکنون وضعیت، تهدید آمیز می‌شود و ممکن است بسیاری از اعضای اجتماع آسیب ببینند. سپس چنین پنداشته خواهد شد که یک شخص ـ [دارای جایگاه] برجسته محلی، همسایه یا حتی یک قاضی ـ گام پیش می‌نهد تا به حل و فصل این مناقشه کمک کند. این شخص بر مناقشه کنندگان هیچ قوۀ قاهره‌ای ندارد، اما پس از شنیدن ادله، اعلام می دارد که حق با این سو یا آن سوی دعوا است. یک طرف این مناقشه، بدون شک ازین تصمیم اعلامی، شادمان می‌شود؛ اما توجه به وضعیت کسی که دعوا را باخته هم ضروری است.[۲۶] بازنده از این تصمیم راضی نیست؛بنابراین باید تصمیم بگیرد که آن را بپذیرد یا خیر. بدون‌شک، نخستین گزینۀ وی این خواهد بود که آن را نپذیرد؛ اما می‌داند که طرف دیگر «برنده» است. شاید بازنده

۲۵. همان در صفحه‌های ۵۷ـ۱۰۵۴.

26. Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (دادگاه‌ها: تحلیل تطبیقی و سیاسی، م.) (Chicago 1980).

شک کند که برنده بیش‌تر نافرمانی کرده تا عقب نشینی. ضمن اینکه ممکن است حامیان برنده بخواهند به او کمک کنند، در حالی که پشتیبانان بازنده که انتظار دارند طرف پیروز از ادعایش دفاع می‌کند، ممکن است اکنون عقب نشینی کنند. در چنین وضعیتی، در واقع ممکن است تصمیم داور جنبهٔ خودالزامی بیابد؛ طوری که انتظار طرف‌های دعوا دربارهٔ رفتار دیگران با آنها، می‌تواند آنها را به پیروی از تصمیمات داور وا دارد، بی آنکه ضمانت اجرا های حکومت مرکزی وجود داشته باشد.

این نوع حالات و وضعیت‌ها، در جوامع بی‌حاکمیت رواج دارد. برای نمونه، در ایسلندِ سده‌های میانه، هیچ گونه نهاد متمرکز برای اجرای قانون وجود نداشت، اما مجموعه ای از دادگاه‌ها قواعدی را صادر می‌کردند که نوعاً از سوی کنشگران خصوصی رعایت می‌شد.[۲۷] یکی از ساز و کارهای اطمینان یابی از رعایت اشخاص، اعلام قضایی [legal announcement] بود که به آگاهی همگان می رسید تا طرف های دعوا و دیگران حاضر در جامعه، ارزیابی شان را دربارهٔ رفتارهای احتمالی طرف دیگر بهبود بخشند. حتی بدون ضمانت اجراهای تحمیلی مستقیم نیز، حقوق می‌تواند تفاوت‌های را بیافریند، به شرطی آنکه باورهای افراد را دربارهٔ راهبردهای احتمالی سایر بازیگران همنوا سازد. کار نهادهای قضایی در چنین شرایطی، آن است که رفتار اشخاص را به جای مقهورکردن، هماهنگ سازد.

همانند ایسلندِ سده‌های میانه، پشتونولی نمونه‌ای از نظام هنجارها و نهادهای بی‌حاکمیت است که در آن خود یاری و داد رسی بدون قوهٔ قاهره، سازوکارهای اصلی آن در حل و فصل چالش‌ها به شمار می‌آید. نکتهٔ کلیدی، داشتن هنجارها و نهادهایی است که بتوانند رفتارهای خصوصی را با یکدیگر هماهنگ کنند و از خشونت بکاهند. بخش بعدی نوشتار دربارهٔ این نهادها توضیحات بیش‌تری می‌دهد.

بخش دوم- پشتونولی و نهادهای جامعهٔ پشتون

الف) حیثیت و برابری

پشتونولی (که گاهی پشتونولی [pashtunwalli] یا پشتون والی [pushtunwali] نیز تلفظ می‌شود)،

---

27. David D. Friedman, Law's Order at 263–64 (پانوشت ۱); William Ian Miller, *Bloodtaking and Peacemaking: Feud, Law, and Society in Saga Iceland* (خون‌خواهی و آشتی‌جویی: دشمنی، قانون و جامعه در جزیره ساگا، م.), 228 (Chicago 1990); Ginsburg and McAdams, 45 Wm & Mary L Rev at 14–15 (پانوشت ۸).

معمولاً به عنوان قانون نامه‌ای قبیله‌ای یا حقوق قبیلۀ پشتون‌ها ترجمه می‌شود. با اینکه به عنوان یک قانون نامه شناخته می‌شود، بیش‌تر مجموعه‌ای از رفتارها یا حیثیت‌ها است تا مجموعه‌ای از قوانین. این قواعد، نا نوشته اند و بسیاری از آنها مفهوم اصلی ننگ [*nang*] را دربردارند که معمولاً حیثیت بر گردان می‌شود. چنین انگاشته می‌شود که برخی رفتارها به پاسداری حیثیت کمک می‌کنند و برخی دیگر نیز به آن آسیب می‌زنند. می‌توان چنین پنداشت که ننگ تقریباً شبیه آبروی نیک است، سرمایۀ ارزشمندی که در گذر زمان انباشته شده است و ممکن است از دست برود.

جامعۀ پشتون از نداشتن نظام سلسله مراتبی خویش آگاهی دارد: یک مرد پشتون صاحب همۀ حقوق خدشه ناپذیر است،[۲۸] گرچه برای سالخوردگان و کسانی که سمت‌های رهبری را عهده دار می‌شوند، تفاوت‌های وجود دارد. تفنگ، دارایی اصلی به شمار می‌آید و به عنوان نیروی برابر کننده به کار می‌رود.[۲۹] همچنین، پشتونولی از نگاه دنیای بیرون، به خاطر رفتارش با زنان به گزینه ای شگفت آور و هراس انگیز تبدیل شده است. زنان، درجه دو وزیر دست هستند، اما از هر لحاظ حیثیت دارند تا همه جانبه پشتیبانی شوند.[۳۰] هتک حیثیت همسر یک مرد، دلیل ویژه‌ای برای مناقشه است.

جامعۀ پشتونولی، چند بخشی است؛ به این معنا که از گروه های خود مقررات گذارِ کوچک بسیاری تشکیل شده که به شکل دوره‌ای گردهم می‌آیند تا گروه بزرگ تر را تشکیل دهند.[۳۱] اینگونه جوامع، در پی مناقشه‌ها از یکدیگر جدا می‌شوند. همان‌گونه که یکی از پژوهشگران به این نکته اشاره داشته است، «چشم وهم چشمی و رقابت، عناصر کلیدی تعیین کننده میان و همچنین بین بخش‌ها به شمار می آیند».[۳۲] تاربورولی [*tarboorwali*] یا رقابت پسر عموها، یا سیالی [*siyali*] یا حسادت، عوامل کلیدی هستند؛ لذا حتی در گروه های خانوادگیِ کوچک نیز زمینۀ تنش و نیروی گریز از مرکز را فراهم می‌آورند.[۳۳] اما هنگامی که با فشارهای بیرونی روبرو می‌شوند، جوامع چند

28. Willi Steul, *Paschtunwali: Ein Ehrenkodex und seine rechtliche Relevanz*, 309 (Steiner 1981).

29. See Walsh, 112 Granta at 164–65 (پانوشت ۴).

30. Steul, Paschtunwali at 310 (پانوشت ۲۶).

31. Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 116-25 (پانوشت ۳).

32. Craig Cordell Naumann, "The Pashtunwali's Relevance as a Tool for Solving the ''Afghan Crisis''(پیوند پشتونولی به عنوان ابزاری برای حل «بحران افغانستان»، م.) *131 (Research Report submitted to the American Institute of Afghanistan Studies, 2009) (sic), online at http://www.educationinafghanistan.com/The_Pashtunwalis_Relevance_as_a_Tool_for_Solving_the_Afghan_Crisis_September_2009.pdf (visited Jan 23, 2011).

33. See Naumann, id. (siyali); Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 3, 94 (پانوشت ۳)

بخشی این توانایی را دارند تا در برابر تهدیدهای بیرونی هماهنگ شوند. چنانکه همه شاهد آن اند که پشتون‌ها، گذشتهٔ پرافتخاری در مقاومت در برابر تهدیدهای بیگانه داشته اند؛ بیگانگانی که در دنیای امروز، شامل بریتانیایی‌ها، روس‌ها و آمریکایی‌ها می‌شوند.

صیانت از حیثیت در یک جامعهٔ بی حاکمیت، حیاتی است، به ویژه اگر چندبخشی هم باشد. تهدید جوامع بی‌حاکمیت آن است که کنشگران توانمند تر، ناتوان‌ها را چپاول کنند. کنشگران توانمندتر، خوی تهاجمی‌تری دارند و چنین انگاشته می‌شود که ناتوان‌ها، رویکرد منفعلی را در بازی هاوک ـ داو پیش گفته در پیش گیرند.[۳۴]

هنجارهای حیثیت، در وضعیت‌هایی پدیدار می‌شود که هر یک از اعضای جامعه، اطلاعات خصوصی دربارهٔ توانمندی خود در دفاع از خویش یا طرح یک ادعا را دارد. برای جلوگیری از تبدیل شدن به آماج یک تهاجم چپاول گرانه، هر کنشگر این انگیزه را دارد که نشان دهد می‌خواهد ادعایی را مطرح یا از خویش دفاع کند که این موضوع به نوبهٔ خود به شکل هنجارهای برای حیثیت نمایان می‌شوند.[۳۵] این هنجارها، مهاجمان را از روی آوردن به رفتارهای چپاول‌گرانه باز می‌دارد؛ زیرا همهٔ افراد را وادار می‌کنند تا رویکرد هاوکی را پیش گیرند. با این حال، مناقشه‌ها همچنان به قوت خویش باقی خواهد ماند. حتی اگر [طرف] ناتوان تر نشان دهد که می‌خواهند بجنگند، بازیکنان توانمند اطمینان نخواهند داشت که کدام یک را شکار خواهند کرد و ممکن است اشتباه کنند. این وضعیت به مناقشه می انجامد و به نهادهای برای حل و فصل نیاز دارد.

ب) نهادها

یک نهاد مرکزی در زندگی روستایی، جرگه (یا شورا) نام دارد؛ نهادی که در میان قبیله‌های آسیای مرکزی مرسوم است و از شخصیت‌های برجستهٔ آن اجتماع تشکیل شده است. این واژه برای غربی‌ها، با عنوان جرگهٔ وفادار یا جرگهٔ بزرگ شناخته شده است که به طور دوره‌ای فرا خوانده می‌شوند تا دربارهٔ امور ملی، قبیله های گوناگون افغان تصمیم گیری کنند؛ اما جرگه‌ها، بیش‌تر در رده‌های محلی به حل و فصل مناقشه‌ها می‌پردازند. جرگه‌ها از شخصیت‌های برجستهٔ محلی

(سطوح رقابت پسرعموها با یکدیگر در پنتون دیده می‌شود. پسر برادر پدر، بلای جانش است و رقابت اصلی را بر سر قدرت و جایگاه دارد).

34. See McAdams, supra n. 22, at 1054–57.

35. Richard E. Nisbett and Dov Cohen, *Culture of Honor: The Psychology of Violence in the South*(فرهنگ حیثیت: روان‌شناسی خشونت در جنوب) 4–6, 89 (Westview 1996).

تشکیل شده اند؛ آنهایی که نه برگزیده و نه گماشته شده اند؛ بلکه چنین انگاشته می‌شود که دارای خرد و دانش لازم برای حل و فصل مناقشه‌ها، می‌باشند.

از نگاه این مقاله، جرگه یک نهاد کلیدی برای هماهنگی یک جامعه متشتت داخلی به شمار می‌آید. در آیین یک جرگه، هر عضو وضعیت برابری دارد و بررسی ها آزاد است (گرچه در جرگه‌ها به روی عموم گشوده اند؛ اما زنان و کودکان معمولا اجازۀ حضور ندارند). یک جرگه با افرادی سر و کار دارد که با یک یا چند طرف دعوا در شرایط برابر ارتباط دارد. همه در یک محیط دایره ای با وضعیت برابر رسمی می‌نشینند و اجازۀ سخن‌گفتن می‌یابند. هیچ‌گونه سقف زمانی برای بررسی وجود ندارد: برخی موضوعات هفته‌ها زمان می برند. ضمانت اجراها ممکن است تبعید [ostra-cism]، جریمۀ نقدی و مشخص کردن یک پور [*por*] باشد.[۳۶]

پیش از نشست جرگه، گاهی از طرف‌های دعوا پیمانی گرفته و نزد شخص سومی نگهداری می‌شود.[۳۷] این پیمان می‌تواند به صورت پول نقد، مال، تفنگ یا حتی شخصی باشد که از او قول‌شرف ستانده می‌شود تا اجرای حکم را تضمین کند. طرفی که رأی را نمی پذیرد، به ناچار تاوان پیمان را می‌دهد. تصمیم‌های جرگه نوشته نمی‌شوند و خیلی شگفت آورآنکه ادبیات سطح پایینی برای آن‌ها به کار می‌رود. در هر حال، تصامیم خوب به عنوان رویۀ داوری ارزشمند مورد توجه قرار می‌گیرند.[۳۸] هیچ‌گونه ساختار شکایت رسمی وجود ندارد، اما [اگر] طرفین از تصمیم جرگۀ نخست ناخرسند باشند، می‌توانند از جرگۀ دوم درخواست کنند تا برای بازنگری موضوع تشکیل شود. هیچ روشی وجود ندارد تا واضح سازد که چند بار شکایت می‌تواند صورت گیرد؛ اما بسیاری از رویه‌های جرگه نشان می‌دهد که این ویژگی را ندارند. لذا شاید بسیاری از جرگه‌ها بتوانند مناقشه‌ها را در همان نشست نخست حل و فصل کنند یا اینکه مناقشه گران در پی ناکام ماندن جرگۀ نخست، دوباره اقامۀ دعوی نمی‌کنند.

ساختار نهادی جرگه به این معنا است که تصمیم گیری‌ها در آن از «فهم مشترک» [common knowledge] مناقشه گران و سایر اعضای اجتماع بر آمده است.[۳۹] فهم مشترک، به این دیدگاه اشاره

---

۳۶. پایبند نبودن به ضمانت اجراهای جرگه ممکن است به کیفرهای شدیدی بینجامد، مانند سوزاندن خانه.

Ahmed, Pukhtun Economy and Society at 91 (پانوشت ۳).

37. International Legal Foundation, The Customary Laws of Afghanistan (8 (حقوق عرفی افغانستان، م.) (Sept 2004), online at http://www.theilf.org/reports-ilfa-customary-laws.pdf (visited Jan 18, 2011).

۳۸. همان در صفحه ۹.

39. Michael Suk-Young Chwe, *Rational Ritual: Culture, Coordination, and Common Knowledge* (آیین منطقی: فرهنگ، هماهنگی)

دارد که همهٔ ما از محتوای تصمیمی آگاهی داریم؛ اما این را هم می‌دانیم که این آگاهی را به اشتراک می گذاریم. نه تنها من می دانم تصمیمی صادر شده است، بلکه می دانم که شما و هرکس دیگری هم می‌داند.[۴۰] آن‌گونه که بنسون بیان می‌کند:

"برای اینکه یک مناقشه با خرسندی پایان پذیرد، یک تصمیم نه تنها برای طرف‌هایی که مستقیم از آن تأثیر می‌پذیرند، بلکه برای گروه‌ها یا شرکای که آنها را نمایندگی می‌کنند و همچنین، برای گروه های که گرچه درگیری مستقیمی ندارند؛ اما ممکن است با یکی از گروه‌های حاضر در مناقشه موردنظر رودررو شوند، باید پذیرفتنی باشد ـ مورد تأیید باشد."[۴۱]

اعلام عمومی، مبنی بر اینکه «الف» یا «ب» برحق است، نه تنها به طرفین دربارهٔ رفتارهای احتمالی با یکدیگر، بلکه به دیگرانی که به یک جهت می‌پیوندند و پشتیبانی می‌کنند هم آگاهی می‌دهد. برای مثال، اگر «ب» دعوا را ببازد، اکنون خویشاوندانش این بهانه را می‌یابند تا برای پادرمیانی پیشگام شوند؛ زیرا می‌توانند چنین بگویند که خویشاوندان «الف» برای رسیدن به حق شان سخت‌تر خواهند جنگید. این موضوع به نوبهٔ خود بر ارزیابی مناقشه گران دربارهٔ ارزش ادامه دادن این جنگ تأثیر می گذارد. فهم مشترک، حل و فصل مناقشه را آسان می‌سازد.

در کنار جرگه، قدرت‌های محلی دیگری هم در زندگی روستاییِ افغان‌ها وجود دارد که به حل و فصل مناقشه‌ها کمک می‌کند: ملک، شخصی است که گونه‌ای از اختیارات اجرایی را دارد و ممکن است یک شخصیت برجسته محلی یا فرهیخته ای باشد که کارش در رابطه با حاکمیت به نمایندگی از آن اجتماع است؛ و ملّا، شخصی است که به عنوان مرجع حقوق مذهبی شناخته می‌شود. حقوق اسلامی یا شریعت با هنجارهای پشتون در برخی زمینه‌ها تفاوت دارد که از جملهٔ آنها بحث حقوق زنان است.[۴۲] پیوند میان این مقامات و همچنین پیوند آنها با جرگه، تقریباً مشابهت‌های با قانون اساسی دارد و به تفکیک قوا پابندی دارند؛ به این معنا که هر مجموعه، اختیارات خود را از

(Princeton 2001). و دانش مشترک، م.) 3–4

۴۰. همان

41. Bruce L. Benson, "Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: A Description of a Modern System of Law and Order without State Coercion", (حقوق عرفی با سازوکارهای خصوصی حل‌وفصل مناقشه‌ها و اجرای عدالت:) J Libertarian Stud 25, 36 (1990). [EIO] (.توصیفی از نظام نوین حقوق و نظم بدون قوه قاهره حاکمیت، م

۴۲. اثبات زنا بر پایه موازین شرعی، به گواهی چهار مرد نیاز دارد، درحالی‌که ممکن است در پشتون‌ولی، بر پایه شنیده هم ثابت شود. در پشتونولی، زنان هیچ حقی در ارث ندارند و تقریبا هرگز طلاق داده نمی‌شوند.

Richard Tod Strickland, "The Way of the Pashtun: Pashtunwali", (10.3)راه پشتون: پشتونولی، م.) Canadian Army J 44, 52 (2007).

منبع مشروع متفاوتی به دست می آورد.[۴۳] ملاها نمایندۀ اسلامند، جرگه ها ارادۀ اجتماع را بازتاب می‌دهند و ملک‌ها، اختیارات شان را از منابع گوناگونی می گیرند که شامل سطح آموزش، جایگاه در ساختار اجتماع یا ثروت می‌شود.

هنگامی که به ساختار حاکم بر این سه مرجع رقیب می‌اندیشیم، در می‌یابیم که هیچ یک بر دیگری چیرگی ندارد؛ هر گاه مناقشه‌ای رخ می‌دهد، شخص می‌تواند به ملک یا ملا یا خود جرگه رجوع کند. حتی در جرگه، طرف‌ها می‌توانند قانون حاکم را بر گزینند که عبارت است از شریعت یا پشتونولی (که دراین چارچوب به معنای گونه ای از آیین محلی است). رقابت میان مراجع به این معناست که هر نهاد انگیزه بیش‌تری برای تصمیم‌گیری عادلانه دربارۀ ماهیت موضوع دارد یا دست کم تصمیمی که امکان اجرایش وجود داشته باشد.[۴۴] در غیر این صورت، این نهاد در آینده به کار گرفته نخواهد شد و اعضایش سمت‌های شان را از دست خواهند داد. بدون ساز و کارهای اجرای متمرکز قانون از سوی حکومت‌های امروزی، پابندی [به آرا] به نگرش اعضای یک جامعه بستگی دارد و همین موضوع برای تصمیم گیران چارچوب‌هایی را ترسیم می‌کند.

در میان نهادهای گوناگون، به نظر می‌رسد جرگه اختیار هنجارین بالاتری داشته باشد، زیرا برازندۀ یک جامعۀ مردم سالار تندرو است؛ گرچه این شایستگی به زمان‌ها و مکان‌ها و به‌ویژه پیوند با دنیای بیرون بستگی دارد. اگر چه واقعابا اینکه ساختار جرگه‌ها به شکلی تحسین بر انگیز ماندگار شده است؛ اما در سالیان گذشته، تحت برخی فشارها قرار گرفته است. طالبان در پی برتری‌دادن شریعت بر پشتونولی بوده و ملاها را در کانون روستا جای داده و ساختارهای سنتی را برچیده اند.[۴۵] جنگ نیز ساختارها را از یکدیگر گسسته است؛ زیرا فرماندهان، جرگه‌های سنتی را بر کنار کرده اند؛ لذا وضعیت حکمرانی بر روستا، در هر زمان و مکان بسیار دگرگون بوده است.

در شرایط نهادی، جرگه این برتری را بر دیگر هم قطاران خود دارد که تصمیماتش در میان نمایندگان همۀ اجتماع به‌طور عمومی منتشر می‌شود. لذا جای شگفتی نیست که بیرونی‌ها ـ حکومت، طالبان ـ در پی براندازی آن و ارتقاء جایگاه ملک یا ملا باشند. بیرونی‌ها، به طور بنیادی

---

43. Jennifer Brick Murtazashvili, *The Microfoundations of State Building: Informal Institutions and Local Public Goods in Rural Afghanistan* (بنیادهای خرد برپایی حکومت: نهادهای رسمی و نیکی‌های همگانی در افغانستان روستایی) *11–12 (unpublished PhD dissertation, The University of Wisconsin-Madison, 2009) (on file with U Chi Legal F).

44. Ginsburg and McAdams, 45 Wm & Mary L Rev at 1274 (پانوشت ۸).

45. Murtazashvili, *The Microfoundations of State Building* at 82 (پانوشت ۴۱).

در پی پایان دادن به ویژه بی‌حکومتی و خودمقررات‌گذاریِ این اجتماع و فراهم آوردن پیوندهای با منافع بیرونی برای تعیین سیاست‌های مهم هستند. با این حال، هنوز نهادهای جامعهٔ سنتی، به شکل ستودنی پا برجا مانده اند و در مقابل اقدامات حکومت بخاطر ایجاد ساختارها، مقاومت می‌کنند.

پ) هنجارهای پشتونولی

حقوق قبیله‌ای پشتون‌ها در قالب یک نظامنامه نوشته نشده است؛ لذا هنجارهای ماهوی که واقعاً اجرا می‌شوند، ممکن است از یک مکان به مکان دیگر تفاوت کنند و از یک بررسی کاملاً ساده برگرفته شده باشند: این جرایم شامل آدم کشی، آسیب جسمی، تعرض به عفت زنان و آسیب به حیثیت یا حقوق می‌شود.[۴۶]

اگر پشتونولی به شکل نظامنامه یک‌پارچه‌ای می‌بود، پشتون‌ها ازآن سخن می‌گفتند. این کار چگونه امکان‌پذیر است؟ یک مقایسه دراینجا، می‌تواند به بنیان نهادن یک زبان اختصاصی بینجامد.[۴۷] اگرچه زبان در بیش‌تر موارد به طور ویژه موضوع مقررات قرار نمی‌گیرد، اما پیشرفت‌های خود به خودیِ آن این امکان را فراهم می آورد تا در گسترهٔ جغرافیاییِ بزرگی پراکنده شود. برای اطمینان، گونه‌های محلی بسیاری برای سخن گفتن به زبان انگلیسی در مکان های گوناگون سراسر جهان وجود دارد؛ اما قواعد پایه همانند اند و به همین دلیل یک فرد می‌تواند با کسانی از کالیفرنیا یا کلکته ارتباط برقرار کند. به همین ترتیب، روستاها و ناحیه‌های متفاوت، نسخه‌های متفاوتی از نظامنامه قبیله را دارا اند؛ لذا هنوز آن اندازه یک‌پارچگی دارد تا به عنوان یک موضوع یگانه مورد توجه قرار گیرد.

بآنهم، سادگی و آسانی پشتونولی، ارزشمند است. این مجموعه، قواعد بسیار ناچیزی از حقوق ماهوی را دربردارد که بیش‌تر آنها به صیانت از حیثیت فردی و حیثیت زن برمی‌گردد (دومی با عنوان تور (اتهام) [Tor] شناخته می‌شود).[۴۸] قواعد جداسازی جنسیتی، یا پرده [*Purdah*]، سخت‌گیرانه اجرا می‌شوند.[۴۹] مفاهیم اصلی، ویژگی رفتاری دارند و برای جرایم که به شکل نارسا تعریف شده

---

46. Steul, *Paschtunwali* at 311 (پانوشت ۲۶).

47. See Benson, *Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice* at 28 (پانوشت ۳۹).

48. Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 3, 202 (پانوشت ۳).

49. See Palwasha Kakar, "Tribal Law of Pashtunwali and Women's Legislative Authority" (حقوق قبیله‌ای پشتون‌ولی و اختیارات قانونی) (unpublished research paper, Harvard University, 2003), online at http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/ 4–6 (زنان، م.)

اند، شرایط جبران آنها را برمی‌شمرند. هنجاراصلی، پشتیبانی از حیثیت فرد، گروه و قبیله است. لذا هنگامی که حیثیت یکی آسیب می بیند، وظیفۀ هنجارین وی آنست که با به کارگیری یکی از ساز و کارهای پشتونولی، واکنش نشان دهد. دراین بخش، هنجارها با جزئیات بیش‌تری توضیح می‌گردد.

۱. مهمان‌نوازی، کینه جویی و فرمان‌برداری

به طور مرسوم، پشتونولی با سه مفهوم کلیدی توصیف می‌شود: میلمستیا، مهمانی [*melmastia*, hospitality]؛ بدل، انتقام [*badal*, revenge]؛ و ننواتی، فرمان برداری یا پناهندگی [*nanawati*, submission or asylum].[۵۰] رفتارهای نا مطلوب، با نرخ‌ها [*nerkhs*] همراهند؛ ضمانت اجرای رسمیت یافته ای که عملی می‌شود. اینها می‌توانند جریمه یا بدهی (پور) باشند که به عنوان جبران مسؤولیت (تاوان) یا کیفرهای دیگر پرداخت می‌شود. محتوای پور می‌تواند جبران مالی یا سپردن زنان باشد؛ برای زنان، این ویژگی را می‌توان بر شمرد که به وصلت خانواده‌ها به یکدیگر می انجامند و از خطر شعله ور شدن اختلاف‌های آینده می‌کاهند.[۵۱] برای نمونه، در یک قضیۀ آدم کشی در قبیلۀ احمد زی، دو زن جوان از طرف مقابل خواسته شد تا به طرف مقتول سپرده شود.[۵۲] این کار که سوارا نامیده می‌شود، از نگاه جهان بیرون، شگفت آور و نفرت انگیز انگاشته می‌شود.[۵۳]

اکنون هریک از این مفاهیم اصلی به ارزیابی گرفته می‌شود:[۵۴] میلمستیا یا مهمانی، الزام به پناه دادن و پشتیبانی (پناه) از آنهایی را در بر می‌گیرد که چنین درخواستی را مطرح کرده باشند، حتی اگر مجرم باشند. روایاتی وجود دارد دربارۀ خانواده‌های که به فرد قاتل عضوی خانواده مقتول، پناه داده اند؛ پس به پناه استناد می‌کنند. با این حال، هنگامی که مجرم خانه را ترک می‌کند، ممکن است به قتل برسد. از سوی دیگر، کسی که به مهمان آسیب می زند، باید به پناه دهنده پور پرداخت کند،

---

research/kakar.pdf (visited Jan 18, 2011).

50. James W. Spain, *Pathans of the Latter Day* 42 (Oxford 1995). See also James W. Spain, *The Way of the Pathans* (راه پیش روی پشتون‌ها، م.)46–47 (Oxford 2d ed 1972).

51. "Pushtunwali: Honour among Them" (پشتونولی: حیثیت در میان آنها، م.), The Economist 38, TK (Dec 23, 2006); Walsh, 112 Granta at 177 (پانوشت ۴).

52. International Legal Foundation, "The Customary Laws of Afghanistan" (حقوق عرفی افغانستان، م.) at 11 (پانوشت ۳۵).

53. Ashfaq Yusufzai, "Blood Feuds Trap Girls in 'Compensation Marriages'" (دشمنی‌های خون، دختران را در دام ازدواج‌های جبرانی می‌اندازد، م.), Inter Press Service News Agency (Apr 1, 2006), online at http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=32737 (visited Jan 19, 2011).

54. See Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 90–91 (پانوشت ۳).

زیرا حیثیت وی به طور ضمنی هتک شده است.

بدل، یا انتقام، به فرد این امکان را می‌دهد تا از کسی که به او آسیب رسانده است، انتقام بگیرد. ادله‌ای وجود دارد مبنی بر اینکه انتقام باید سنگین‌تر از آسیب اصلی باشد، آن‌گونه که ازاین ضرب‌المثل برمی آید: «آن یک پنتون نیست، اگر پاسخ یک نیشگون را با مشت نده».[۵۵] با اینکه ضمانت اجراهای نا متمرکزی که از سوی متضررین اجرا می‌شوند، در جوامع بدون قانون حاکمیت رواج دارند؛ اما پشتونولی در اجرای وظیفهٔ ایجابی برای پیگری کینه جویی، رویهٔ مرسومی ندارد: شکست دراین کار، موجب می‌شود که فرد به ضمانت اجرای آبرومندانه، خدشه وارد آورد، آن هم به این دلیل که یک بزدل به حساب آمده است. برای مثال، در پی به قتل رسیدنِ یکی از خویشاوندان، این ضمانت اجرای آبرومندانه، به این وظیفهٔ مشترک انجامید که یک عضو گروه مهاجم کشته شود.

این وظیفه کامل نیست؛ قصاص برای قاتل، آن است که به خانوادهٔ مقتول ننواتی پیشنهاد نماید؛ یک پوزش رسمی که شامل فرمان برداری نمادین مجرم از خانواده کشته شده می‌شود. اگر پیشنهاد، واقعی باشد، باید پذیرفته شود. همچنین ننواتی، می‌تواند خویشان بزه کار را هم در بر گیرد؛ برای مثال، در آدم کشی، ممکن است خویشانِ قاتل در تشییع جنازهٔ مقتول کمک برسانند یا مجرم را تا خانهٔ مقتول همراهی کنند تا یک رأس یا شمار بیش‌تری گوسفند را ذبح کند.

اکنون پشتونولی در اصول ساده زیر چکیده‌وار بیان می‌شود:

۱. حیثیت، جایگاه والایی دارد و از حیثیت زنان باید پاسداری شود.
۲. مرز بین جنسیت‌ها باید سخت‌گیرانه رعایت شود.
۳. کسی که مرتکب جرمی می‌شود، [متضرر] حق مطالبهٔ خسارت یا پور را دارد.
۴. کینه‌جویی روا است و حتی برانگیخته هم می‌شود.
۵. پوزش به همراه جبران باید پذیرفته شود.
۶. مهمانان باید پناه داده شوند.
۷. باید ازتصامیم جرگه پیروی کرد.

روشن است که این قواعد، نظامنامه مفصلی از قواعد ماهوی حاکم بر رفتارها، مانند مجموعهٔ قوانین واقعی نیستند. اما برای رفتار و مدیریت منازعات مردم، چارچوبی را فراهم می‌آورند. در

55. Id at 90. See also Walsh, 112 Granta at 186 (پانوشت ۴)

(شما دو تن از افراد منو کشتین، من ده تن از افراد شما را خواهم کشت).

بخش بعدی، دو نمونۀ برجسته از چگونگی حل و فصل آدم کشی دراین چارچوب بیان می‌شود.

۲. نمونه‌ها

اکنون نمونه‌های از چگونگی کارکرد واقعی این نظام در پاکستان به بررسی گرفته می‌شود. دو تن [از اهالی] وزیرستان، با نام‌های حاجی سردار و شاه طوفان، دربارۀ حق آبه مناقشه داشتند.[۵۶] این مناقشه بالا گرفت و پسر حاجی سردار با شلیک گلوله پسر شاه طوفان را کشت که بعدا حکم داده شد مبنی براینکه خانواده حاجی سردار وادار به تعبیت شوند. سالخوردگان روستا گام پیش نهادند و در بارۀ این نزاع چنین تصمیم گرفتند که برای تلافی این قتل ، خانوادۀ قاتل باید دو دختر و سیصد هزار روپیه پاکستانی به خانوادۀ شاه طوفان بدهد. از خانوادۀ شاه طوفان نیز خواسته شد تا دختری را بخاطر ازدواج با یکی از اعضای خانوادۀ حاجی سردار فراهم آورند تا بدین وسیله پذیرش خود را از تصمیم جرگه نشان دهد. سرانجام، شاه طوفان پول نقد را نپذیرفت، اما با مبادلۀ دخترها موافقت کرد؛ لذا تصمیم جرگه به شکل اثربخشی منازعه را حل و فصل کرد.

در مورد دیگری، دعوا از این قرار بود که یک دهقان از یک دکان محلی پولی قرض می‌گیرد و قبول می‌نماید که محصول خشخاش آیندۀ خود را به عنوان تعهد ضمنی خویش گرو می‌گذارد.[۵۷] اما طوفان شدید خشخاش‌ها را از بین‌می برد و دهقان نمی‌تواند بدهی‌اش را بپردازد. در پاسخ به درخواست باز پرداخت و همچنین جلب ترّحم طلبکار کشاورز توضیح می‌دهد که: " تنها همسر و فرزندانش را در ازای این بدهی می‌تواند بدهد . . " شگفت آنکه دکاندار هم از کشاورز می‌خواهد خانواده‌اش را به جای طلبش به وی بسپارد. دهقان، همسر و فرزندانش را برای وی می فرستد؛ اما همین که از خانه بیرون می‌آیند، تفنگش را بر می دارد و به دکاندار شلیک می کند و او را می کشد.[۵۸] هنگامی که جرگه از این قضیه مطلع شد، چنین تصمیم گرفت که کشاورز نباید برای جبران خانوادۀ مقتول چیزی بپردازد.[۵۹] در موضوع دوم، می‌بینیم که دکاندار هنجارهای ضمنی را نقض کرده و شاید از آنجا که همسر مرد را درخواست کرده، هنجارهای صیانت از حیثیت زنان را نقض کرده است.

---

۵۶. این موارد در بنیاد حقوق بین‌الملل با عنوان حقوق سنتی افغانستان در صفحه‌های ۱۲ و ۱۳ آمده است (پانوشت ۳۵).
۵۷. همان، ص ۱۹.
۵۸. همان
۵۹ . همان

ت) منطق کینه جوییِ الزامی

همان‌گونه که نمونه‌ها به روشنی نشان می‌دهد، پشتونولی برای کارآمد نگاه داشتن خود، به تهدید کینه جویی همگانی در برابر جرایم تکیه می‌کند که به اعضای خانواده آسیب وارد کرده اند. دشمنی خون، ویژگی برخی جوامع رشد نیافته است که در دیگر نقاط جهان نیز بر آن پافشاری می‌شود.[۶۰] دراین جوامع، کینه جویی تنها یک گزینه نیست، بلکه یک وظیفه است.[۶۱] دشمنی خون، شاید از این جهت وظیفه انگاشته می‌شود که در برابر آدم کشی، باز دارندگی اطمینان بخشی را فراهم می‌آورد. یک مهاجم بالقوه، با آگاهی از اینکه متضرر بالقوه برای دورماندن از بی‌حیثیتی در پی کینه جویی خواهد بود، در بروز رفتارهای تهاجمی بسیار محتاط تر عمل خواهد کرد؛ این کار تا حدی با این واقعیت تعدیل می‌شود که کشتن کینه جویانه باید با پور همراه باشد. لذا اگر عضو گروه «الف»، عضو گروه «ب» را بکشد، «الف» باید دین خود را به «ب» جبران کند؛ اما «ب» می‌تواند کینه جویی را برگزیند که البته باید هرگونه کشتار فراتر از حد خویش را به «الف» جبران کند. این سازوکار از گسترش خشونت پیشگیری می‌کند: «ب» نمی خواهد سه عضو گروه «الف» را بکشد و تنها کشتن یکی را دنبال می‌کند، لذا پور تعدیل می‌شود.[۶۲]

در حالت تعادل، جامعه‌ای که از دشمنی خون الزامی بر خور دار است، شاید از آن چنین انتظار رود که خشونت پایین تری بروز دهد؛ اما حقیقت آن است که خشونت بسیاری در جامعهٔ پشتون دیده می‌شود. در حقیقت چندین بار پاسخ و ردّ پاسخ ، به گسترش خشونت می‌انجامد. خوب، چرا چنین چیزی رخ می‌دهد؟

نخست آنکه، فرهنگِ حیثیت و ملاحظات آبرومندی، در یک محیط بی حاکمیت، به این معناست که صرف نظر از منافع عمومی که از مناقشه جلوگیری می‌کنند، هنگامی که طرفین پا به برهم کنش‌های هاوک ـ داو می‌گذارند، تهاجم‌آمیز رفتار می‌کنند. کیفر بازیکن داو در چنین محیطی بسیار بالا است. نبود یک حکومت مرکزی که از ناتوان پشتیبانی کند، به کنشگران توانمندتر امکان می‌دهد تا ضمن بر خورداری از بخشودگی به آنها هجوم برند. همانگونه که "ثوسیدیدز" با رده بندی

---

60. William Ian Miller, *Eye for an Eye*, (2006) 119-21 (چشم دربرابر چشم، م.).

61. Peter Stein, *Legal Institutions: The Development of Dispute Settlement* (11–10 نهادهای قضایی: پیشرفت حل‌وفصل مناقشه‌ها، م.) (Butterworth 1984); E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (حقوق انسان نخستین: بررسی تطبیقی پویایی‌های حقوق، م.) 87 (Harvard 1954).

۶۲ . سایر هنجارها شامل محدودیت‌هایی برای تیراندازی در مناقشه در روستا و همچنین پذیرش شکست پس از دستیابی به آب روستا می‌شود.
See Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 5 (پانوشت ۳).

تبیین کرده است، «توانمند هر آنچه می‌تواند انجام می‌دهد و ناتوان باید هر آنچه رنج می‌بیند».[۶۳]

هنگامی‌که مناقشه‌ای رخ می‌دهد، هر دو طرف بارها پیام می فرستند که نقش هاوک را ایفا خواهند کرد و از عقب نشینی پرهیز دارند و یک مناقشۀ اثرناک را رهبری می‌کنند. از آنجا که شکست در دادن پاسخ، منشأ بی حیثیتی است، شاید افراد در پاسخ بسیار زود و تند رفتار کنند و رفتارهای بسیار تهاجم آمیزی از آنها سر زند؛ لذا ممکن است پافشاری بر حیثیت، با مسالۀ نیاز هم مرتبط باشد که فرد نمی خواهد یک هالو یا ساده لوح به نظر برسد.

دوم، ابهام‌ها دربارۀ هنجارهای بنیادی، ممکن است به مناقشه بینجامد.[۶۴] اگر طرفین در بارۀ قواعد دقیقی که بر برهم‌کنش شان حکم فرما است، مطمئن نباشند، ممکن است در مواردی، هر طرف باور کامل داشته باشد که هنجار مورد نظر، همسو با خواست اوست؛ لذا هر طرف راهبرد تهاجمی را دراین رویارویی در پیش می‌گیرد و مناقشه رخ می‌دهد. ابهام دربارۀ هنجار، پدید آورندۀ مناقشه است.

سوم، حتی اگر هنجارها روشن باشند، ممکن است دربارۀ رویدادها توافق وجود نداشته باشد.[۶۵] اگر بپنداریم که دو دهقان در کنار یکدیگر زمین دارند و یک منبع باارزش، مانند چشمه آبی‌ای را درآن می‌یابند که در نزدیکی خط فاصل میان زمین‌های آنها است. شاید آنها توافق کرده باشند که چشمه به مالک آن زمین تعلق دارد؛ اما دربارۀ مرز دقیق آن توافقی نداشته باشند. این‌گونه مناقشه‌ها، بارها در حوزه‌های بدون نظام‌های نقشه برداری سازمان یافتۀ حاکمیتی، رخ داده است. با اینکه دهقانان می‌توانند مرزها را بدون دخالت حاکمیت ترسیم کنند؛ لیکن شاید در ساحه ای که برای نمونه، پیش از شناسایی این منبع ارزشمند،زمین در حاشیه‌ای قرار دارد، مرزکشی دقیق ارزشی نداشته باشد.

همه‌ای این عوامل این مفهوم را ارایه می‌دهد که حضور یک شخص سوم برای کمک به طرفین دعوا در اجتناب از مناقشه، خیلی سودمند است. جرگه به نوبۀ خود می‌کوشد تا آگاهی از جرم را هماهنگ و چالش هاوک ـ داو را حل و فصل کند. در جرگه، مناقشه گران ادعاهای شان را (گاهی از سوی نمایندگان خود) مطرح و اجتماع تصمیم را اعلام می‌کند.

---

63. Thucydides, *The History of the Peloponnesian War* (پیشینه جنگ پلوپونزیان (بین اسپارت‌ها و آتنی‌های یونان باستان)، م Book 5 at 394 (J.M. Dent 1910) (Richard Crawley, trans).

64. Ginsburg and McAdams, 45 Wm & Mary L Rev at 1257–61 (پانوشت ۸).

۶۵. همان در صفحه‌های ۶۲ـ۱۲۶۱.

بررسی موضوع به طرفین امکان می‌دهد تا دیدگاه عمومی را در یابند. از آنجا که طرف‌ها این فرآیند را مشاهده می‌کنند، از راهکارهای پیشنهادی، دانش مشترکی می‌یابند و انتظارهای شان در باره راهبردی که هر یک باید ایفا کند، دگرگون می‌شود. خودِ جرگه، نوعاً یک طرف یا دیگری را کیفر نمی‌کند، بلکه اعمال ضمانت اجرای فردی را با اعلام پور آسان می‌سازد (توجه داشته باشید که در موضوعات خیلی حاد، جرگه می‌تواند فرد مقصر را از قریه بیرون کند یا خانه‌ای را بسوزاند و یا تخریب نماید. لذا توانمندی های برای اعمال ضمانت اجرای همگانی وجود دارد، اما در بسیاری موارد، جرگه به آسانی جبران را اعلام می کند که در میان طرف‌ها امکان اجرای خصوصی آن وجود دارد).

جرگه بیش‌تر هنگامی وارد صحنه می‌شود که مناقشه رخ داده است. جرگه واقعاً یک نهاد قانونگذاری [law making body] نیست تا هنجارهای الزامی را برای عموم اعلام کند؛ بلکه قواعدی را بنیان می نهد که برای همگان شناخته شده است یا تصمیم‌های همگانی می‌گیرد. لذا نبودِ پیشینهٔ شفاف دربارهٔ هنجارها می‌تواند به مناقشه‌های خشونت بار بینجامد.

دلیل دیگری که جامعهٔ پشتون ممکن است خشن گردد، آنست که از لحاظ اقتصادی در حاشیهٔ قلمرو حاکمیتی قرار دارد و بنابراین، به جامعهٔ ثروتمند تعلق ندارد. جوامعِ با سربارهای اجتماعی بزرگ، نوعاً به پولی کردن ضمانت اجراها توجه می‌کنند، لذا جبران‌ها به شکل پرداخت پول انجام می‌شوند. اما جامعه‌ای که نسبتاً تهی دست است، سایر شکل‌های جبران، جایگزین پول می‌شود که کمیاب است. در حقیقت، به کارگیری زنان به عنوان شکلی از جبران می‌تواند این کار را توجیه کند. زنان به ویژه به این دلیل سودمند اند که خانواده‌های طرف مناقشه را در نسل‌های بعدی به یکدیگر پیوند می دهند و به این ترتیب از انگیزه‌های خشونت بار می‌کاهند.

نبودِ منابع، می‌تواند به نوبهٔ خود توضیح دهد که چرا نواحی قبیله پشتون، به طور بنیادی از سوی حکومت‌های امروزی سدهٔ بیست و یکم، بدون حاکمیت رها شده است. حکومت‌ها هنگامی قلمرویی را بر می‌گیرند که منافع این کار بر هزینه‌های برپایی امنیت در آن نسبت به سایر ایالت‌ها و همچنین، فراهم آوردن خدمات برای جمعیت محلی ارزش آن را داشته باشد. اگر منابع ناچیزی باشد، منافع نظارت بر آن نیز ناچیز خواهد بود. به‌علاوه، ویژگی جامعهٔ قبیله‌ای که درآن هر پشتون مسلح است، بر هزینه‌های ایمن کردن قلمرو می‌افزاید. برای بسیاری از حکومت‌های امروزی، ظاهراً پشتونستان ارزش کنترل کردن را ندارد و دولت‌ها آن را به حال خود رها کرده‌اند. ضمن

اینکه افغانستان، به طور کلی به یک «حکومت رانتی» تعلق دارد که قدرت‌های خارجی آن، پیشینۀ مداخله و بهره کشی از [سوی بیگانگان] داشته اند تا [بتواند] به پشتیبانی سیاسی و منابع اقتصادی دست یابد.[۶۶]

باید توجه داشت که در بسیاری از نمونه‌های برشمرده تا اینجا، نقش اصلی را پول بازی می‌نماید. سپردن ضمانت در تصمیم‌های جرگه از موارد اساسی است و پور، بخش کانونی این نظام را تشکیل می‌دهد. این نکته، ملاحظاتی را برمی‌انگیزد و چنین انگاشته می‌شود که حیثیت، قابل مبادله است و نه تنها با خشونت، بلکه با جبران مادی هم می‌توان آن را بازیابی کرد.[۶۷] توجه شود که به زنان، به مانند کالایی برای جبران هم نگریسته می‌شود؛ ننگ (حیثیت)، با دیدگاه‌های ما دربارۀ آن تفاوت‌های کاملاً آشکاری دارد. اما این تلقی متفاوت گسترش یافته از «پول» جبران حیثیت، کمک می‌کند تا از خشونت میان گروه‌ها بکاهد.

با اینکه بیش‌تر ادبیات نظری [این حوزه] بر جبران به عنوان دلیل اصلی ضمانت اجراها تأکید دارند، در حقیقت ضمانت اجراهای پشتونولی چنین انگاشته می‌شود که هم جبران [destitution] و هم عنصر بازدارندگی [deterrence] را دنبال می‌کنند. هنگامی که فردی مال دیگری را به سرقت می‌برد، کالاهای مسروقه بایدعلاوه بر کیفر، بازگردانده شوند.[۶۸] این [ضمانت اجرا]، از دیدگاه اقتصادی این توجیه را دارد که اقدامی است در راستای پاسخی برای احتمال شناسایی نشدن [کالاها] به شمار می آید: اگر تنها جبران خواسته شود، هیچ‌گونه بازدارندگی در کار نخواهد بود.[۶۹] کیفر بیش‌تر کمک می‌کند تا مناسب ترین کیفر بازدارنده برای دزدی به اجرا درآید.

چکیدۀ [سخن] آنکه، جامعۀ پشتون، خشن است، اما ساز و کار های قاطعی برای مدیریت مناقشه‌ها دارد. دیدگاه نگارنده این است که ننواتی (فرما نبرداری) و جرگه، ابزارهای برای به حداقل رساندن فراز و نشیب‌های بی پایانِ خشونت در دشمنی خون به شمار می‌روند. با این حال، ممکن است این نهادها با سرسختی، پیگیری بدل (انتقام)[Revenge] را آسان کنند، زیرا مرتکب می‌داند که مقابله به مثل، بی پایان نیست. به علاوه، نهاد جبران مالی برای تلافی [Retaliation]، تنها اگر

66. Barnett R. Rubin, *The Fragmentation of Afghanistan: State Formation and Collapse in the International System* 48–49, (Yale 1995). (تجزیه افغانستان: پیدایش و فروپاشی حکومت در نظام بین‌الملل، م.) 65

۶۷. من مدیون عزیز حوق به دلیل ارائه چنین تحلیلی هستم.

68. International Legal Foundation, The Customary Laws of Afghanistan at 16 (پانوشت ۳۵).

69. See Saul Levmore, Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Tort Law(بازاندیشی حقوق تطبیقی: گوناگونی و یکپارچگی در حقوق مسؤولیت مدنی سنتی و نوین، م.), 61 Tulane L Rev 235, 236 – 37 (1986).

مرتکب، پیشینه‌ای نداشته باشد، انگیزه‌ای برای تلافی ندارد و به احتمال زیاد، خشونت اصلی را اعمال می‌کند. جامعهٔ پشتون، سطح برابری از خشونت را که تقریباً بالااست، تجربه می‌کند؛ اما یک خطای بنیادی است اگر آن را یک جامعهٔ بدون نظم انگاریم.

بخش سوم- دگرگونی هنجار

این بخش، به آن دسته از راهبردها نگاهی دارد که در ناحیهٔ پشتون، دگرگونی هنجارها را دنبال می‌کنند. لذا نخست دو آماج اصلی اصلاحات را می‌شناساند که عبارتند از: رفتار با زنان و سطح بالای خشونت. سپس، به ادبیات به عنوان پشتوانه اصلی دگرگونی هنجارها توجه می‌کند.

الف) رفتار با زنان

این بخش، برخی هنجارهای درد سر ساز اصلی نظامنامه پشتون را مورد توجه قرار می‌دهد. از میان آنها، رفتار با زنان توجه بالای همگان را بر انگیخته است، اما دربارهٔ آن پژوهش اندکی صورت گرفته است.[۷۰] بسیاری از هنجارهای پشتونولی به زنان و حمایت از حیثیت آنها معطوف اند. اختطاف زن ازدواج کرده، کیفر هفت آدم کش را درپی دارد که ظاهراً بازدارنده و موارد آن نیز نایاب بوده است.[۷۱] ربودن زنان دیگر نیز به همان اندازه کیفر شدید دارد.[۷۲] زناکاران (هم مرد و هم زن)، بدون مطالبهٔ پور کشته می‌شوند. زنی که در برابر تجاوز به عنف پایداری نکرده باشد، شریک جرم و کشته می‌شود.[۷۳] در مواردی، این کشته‌ها از سوی اعضای خانواده قربانی حمل می‌شوند تا حیثیت شان را باز یابند.[۷۴] برای نمونه، احمد موردی را بر می‌شمرد که در آن یک زوج، به روستایی می‌رسد و پسر یک روستایی با همسرش رابطه برقرار می‌کند. هنگامی که روستایی [پدر از آن] آگاه می‌شود، مراسمی را برگزار می‌کند و همگان را به نیایش فرا می‌خواند و سپس تفنگش را بر می‌دارد و پسرش را می‌کشد. سپس تفنگ را به شوهرِ زن می‌دهد تا همسرش را بکشد. سرانجام، روستایی اعلام می‌کند که آن شوهر، فرزند قانونی‌اش است و همسرِ پسرش را به عقد او درمی‌آورد.[۷۵]

---

70. Kakar, *Tribal Law of Pashtunwali and Women's Legislative Authority* at 1 (پانوشت ۴۷).

71. Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at (پانوشت ۳).

72. See, for example, Walsh, 112 Granta at 173 (ربودن دو زن و واکنش شدید پیرو آن را توضیح می‌دهد) (پانوشت ۴).

73. Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at (پانوشت ۳).

74. Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 203 - 04 (پانوشت ۳).

۷۵. همان، در صفحه ۲۰۵.

با اینکه حیثیت زن بسیار مهم است، اما زنان از هیچ لحاظ با مردان برابر نیستند. واگذاری قهری زنان برای جبران، آنها را همانند اموال می‌گرداند. شگفت آنکه بسیار شبیه بردگان پس از جنگ جنوب [داخلی امریکا]، زنان ارزش بالایی دارند و به همین دلیل، از آنها صیانت می‌شود. برای نمونه، مردی که به همسرش آسیب می‌زند یا او را می‌کشد، ممکن است پدر آن زن پور مطالبه کند و [تنها] اگر دلیل موجهی اقامه شود، پور رد می‌شود. اما حق نمایندگی و مسؤولیت قضایی آنها بسیار محدوداست. برای نمونه، طبق بسیاری از رویه‌های پشتونولی، زنان حق بردن ارث از زمین را ندارند که در تعارض آشکار با شریعت اسلام است.[۷۶] در میان برخی گروه‌های پشتون، تنها زنان سالخورده و دختران کوچک می‌توانند خانه را بدون حجاب کامل ترک کنند.[۷۷] پیامد قواعد پرده (جدایی جنسیتی) نیز آنست که گاهی زنان از دسترسی به خدمات درمانی و آموزشی بی بهره می‌مانند.[۷۸]

زنان جامعۀ پشتون، از یک فضای اجتماعی برخوردارند که البته معمولاً خصوصی است.[۷۹] با این حال، برخی عرصه‌ها هستند که [در آنها] زنان بزرگ سن ازدواج شده، اختیاراتی دارند و شامل تصمیم برای ازدواج کودکان، ادارۀ خانه و تخصیص منابع و حتی میانجیگری مناقشه‌ها می‌شود.[۸۰] البته تفاوت‌های محلی قابل توجهی وجود دارد و زنان قبیله‌های ساکن پشتون، نسبت به زنان قبیله‌های چادرنشین، اختیارات بیش‌تری دارند.[۸۱]

جا به جایی افراد، در تعارض آشکار با دیدگاه‌های نوین اخلاقی و موازین حقوق‌بشری بین‌المللی است. در سطح گسترده تر، رفتارهای پشتون‌ها تقریبا همۀ موازین کنوانسیون رفع همۀ شکل‌های تبعیض زنان و موازین راجع به برابری برآمده از اعلامیۀ جهانی حقوق‌بشر را نقض می‌کند.[۸۲] البته افغانستان یکی از نخستین کشورهای اصلی بود که اعلامیۀ جهانی حقوق‌بشر را

76. Strickland, *The Way of the Pashtun* at 52 (پانوشت ۴۰). See, for example, Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 50 (پانوشت ۳)
توجه داشته باشید که گذر از آیین پشتون به شریعت اسلامی به این معناست که زنان می‌توانند از زمین به طور قانونی ارث برند که در یک ناحیه پاکستانی پذیرفته شده، اما به ندرت اجرا می‌شود.

77. Kakar, *Tribal Law of Pashtunwali and Women's Legislative Authority* at 5 (پانوشت ۴۷).

۷۸. همان

79. See Nancy Tapper, *Bartered Brides: Politics, Gender and Marriage in an Afghan Tribal Society* (عروس‌های تهاتری: سیاست، جنسیت و ازدواج در جامعه قبیله‌ای افغانستان) (Cambridge 1991).

80. Kakar, *Tribal Law of Pashtunwali and Women's Legislative Authority* at 8–10 (پانوشت ۴۷).

۸۱ . همان در صفحه ۹.

82. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1249 UNTS 14 (1979), online at http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm (visited Jan 21, 2011); Universal Declaration of Human

در سال ۱۹۴۸ پذیرفت؛ همچنین، به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی [International Covenant on Civil and Political Rights] و کنوانسیون رفع همهٔ اشکال تبعیض دربرابر زنان نیز پیوسته است. لذا توجه به این نکته ارزشمند است که چگونه پشتونولی را می‌توان اصلاح کرد تا به هنجارهای بین‌المللی پابندی داشته باشد.

ب) رواج خشونت

عرصهٔ دومی که به نظر می‌رسد پشتونولی به شکل هنجارین دردسرساز شده، ضابطه‌مند کردن خشونت است. حوزه‌های پشتون، به کشتار و خشونت گرایش بالایی دارند، حتی اگر از نظم اجتماعی بسیار بالایی هم برخوردار باشند. با اینکه آمارها به آسانی در دسترس نیستند، اما ادلهٔ روا دانستن آن در نواحی قبیله‌ای پاکستان این موضوع را تأیید می‌کنند.

پ) راهکارهای تحمیلی

دو چالش هنجارین اصلی در برابر پشتونولی وجود دارد، یکی رفتار با زنان و دیگری میزان خشونت بالای مرتبط با این ناحیه.

دولت‌های غربی نگران این موضوعات، در برابر پشتونولی چه راهکاری باید درپیش گیرند؟ در بهترین وضعیت،رویکرد برجسته‌ای که تا امروز دنبال شده، نهادینه سازی حقوق حاکمیتی بوده که به جایگزینی آیین قبیلهٔ، با هنجارهای مطلوب‌تر جهانی یا غربی انجامیده است.[۸۳] گسترش پیروزی های حکومت افغانستان، به دولت اجازه خواهد داد تا به تعهدهای بین‌المللی خویش پابند باشد و هم‌زمان نمونه‌های نقض آشکار هنجارهای حقوق‌بشری را هم برچیند.

متأسفانه، این رویکرد کم‌تر به پیروزی می‌انجامد. ناتوانی تاریخی حکومت مرکزی در افغانستان، تنها یک عامل است که حتی اگر بتواند بر آن چیره شود، نخواهد توانست پشتونولی را کنار بگذارد.[۸۴] ضمن اینکه پشتونولی پایداری خود را دربرابر موازین آزادانه تر حقوق اسلام درباره

Rights, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/810 at 71 (1948).

83. Stephen Biddle, Fotini Christia, and J. Alexander Their, "Defininng Success in Afghanistan: What can the United States Accept",(89 تعریف پیروزی در افغانستان: چه چیزی را ایالات متحده می‌تواند بپذیرد، م.) Foreign Affairs 48, 49–51 (July/Aug 2010).

84. See, for example, Ahmed, *Pukhtun Economy and Society* at 94 (پانوشت ۳)

(داستانی را درباره پیری بیان می‌کند که از یک قوم‌نگار درخواست کرد تا ضمانتی را برای یک زندانی فراهم آورد تا او بتواند به محل خودش بازگردد و برای بازیابی حیثیت بزه‌دیده کشته شود).

(telling the story of an elder pleading with the ethnographer to arrange bail for a man in prison, so the man could return to the local area and be shot to redeem the honor of the victim).

رفتار با زنان ثابت کرده است؛ احتمال اندکی وجود دارد تا هنجارهای که ریشه در اروپای بیرون از دین دارند، کم و بیش دراینجا نهادینه شوند.

کوشش‌های سرسختانه برای گسترش هنجارهای حقوق‌بشری به نواحی پشتون نشین، به ویژه هنجارهای مربوط به رفتار با زنان، ممکن است واقعا با ازبین بردن پشتونولی، به افزایش خشونت‌ها بیانجامد. برای پی بردن به این موضوع، فرض کنید قاعده‌ای وضع شود که پس ازاین برای جبران مناقشه‌ها، امکان واگذاری زن به طرف دیگر وجود ندارد. این بدان معناست که جبران حتما باید به شکل نقدی صورت پذیرد. پول، به دلیل ماهیت مبادله‌ای آن، ابزار پست تری برای پابندی طرف‌های مناقشه به یکدیگر در نسل‌های بعدی به شمار می‌آید. به علاوه، ممکن است یکی انتظار داشته باشد که میزان جبران افزایش یابد ـ اگر ما دیگر نمی‌توانیم دو زن جوان را در ازای به قتل رسیدن یک زن بدهیم، نیاز به جایگزین (پول) افزایش خواهد یافت. اما به تهی دستی بنیادی این ناحیه، فشار دوچندان برای جبران مالی را با محدودیت‌های روبرو می‌کند. سرانجام، این تدبیر به این معنا است که بازدارندگی کم‌تری در برابر بزه‌ها فراهم خواهد آمد که خود بر خشونت‌ها خواهد افزود. بطور ساده اینکه: اگر فردی بداند که دختران وی در معرض خطر نیستند، به احتمال زیاد با همسایه شان می جنگند.[۸۵]

هم‌زمان، روآوردن به چنین نظامی، این مزیت را به همراه دارد که از ستم به زنان می‌کاهد. رفتار با زنان در جامعۀ پشتون، آنقدر سخت هست که این مبادله هم ارزشمند انگاشته می‌شود. نگارندۀ این مقاله به آسانی به تنش‌های داخلی میان آنهایی که می کوشند هم چالش [نابرابری] جنسیت و هم چالش خشونت را هم زمان حل و فصل کنند، بر پایۀ منطق اقتصاد سیاسی پشتونولی می‌پردازد.

ت) راهبردهای بی حاکمیتی برای دگرگونی هنجارها

واداشتن به هنجارهای بیرونی، به ندرت به اندازۀ راهبردهای پایین به بالای [bottom-up strate-gies] انگیزشی کارآیی دارند. این نکته، به ویژه دربارۀ نهادهای قضایی دراین گوشه جهان درست به نظر می‌رسد. این فرض که حاکمیت قانون را می توان با برپایی نهادهای قضایی رسمی متمرکز حاکمیتی در افغانستان فراهم آورد، خیلی خوشبینانه نگاشته شده است؛[۸۶] لذا نگاه‌ها به این سو

۸۵. برای اطمینان، احتمال دیگر آنست که نامناسب بودن پول به عنوان یک ابزار بازدارنده به این معناست که اگر شما حیثیت همسایه‌تان را هتک کردید، دیگر نمی‌توانید با پیشنهاد دخترانتان از کشته شدن در امان بمانید.

86. See Thomas Carothers, The Rule-of-Law Revival,(بازآفرینی حاکمیت قانون، م) in Thomas Carothers, ed, *Promoting the Rule*

برمی‌گردد که چگونه می‌توان هنجارها را از پایین دگرگون کرد. برخی نمونه‌های تطبیقی و تاریخی از هنجارهای بسیار ریشه دار و پایدار را می‌توان برشمرد که به محض در آمیخته شدن درست باانگیزش‌ها، دگرگون شده اند و می‌توانند با پشتونولی هم پیوندهای داشته باشند.[۸۷]

بیایید از خشونت آغاز کنیم. اگر تحلیل بالا درست باشد، بسیاری از خشونت‌های جامعهٔ پشتون، از هنجارهای حیثیتی برمی‌آیند که به واکنش‌های تهاجمی به اهانت‌ها می‌انجامند. با این حال، این نوشتار بر ابهام خود هنجارها به عنوان یک منبع بی‌اعتمادی هم تأکید کرده است. الزام به اینکه پیروان یک گروه نباید مرتکب هتک حیثیت شوند، سردرگمی نسبتاً بالایی را پدید می‌آورد؛ آن گونه که داستان های واقعی آن را می‌توان در بسیاری از رویدادهای محلی دید. لذا آنچه در واقع می‌تواند از میزان مناقشه‌ها بکاهد، هنجارهای روشن‌تر است.

چگونه کنشگران بیرونی می‌توانند بر مشخص و دقیق بودن پشتونولی بیفزایند؟ یک راه اینست که بپذیریم این نظام اساساً، یکی از گزینه‌های حل و فصل مناقشه هاست و نه پدید آورندهٔ هنجارها. حل و فصل مناقشه برای رویارویی با گذشته کارآیی دارد. درحالی که، نظام‌های قضایی ابعاد نگر، راهکارهای برای تبیین هنجارهای آینده هم دارند. دادگاه‌ها بطور منظم، هم‌زمان به هر دو مورد می‌پردازند و به تبیین قواعد نوین از راه حل و فصل مناقشه‌های سابقه کمک می‌کنند.[۸۸] لذا به نوبه خود می‌توانند از شمار مناقشه‌های آینده بکاهند؛ زیرا شاکیان بالقوه، دیدگاه روشن‌تری دربارهٔ هنجارهای الزامی دارند. رویهٔ [قضایی] [precedent]، از مناقشه‌ها می‌کاهد.

پیشنهاد نگارنده این است که با توانمندسازی پشتونولی، برای بومی سازی آن اقدام کنیم. این کار نیازمند ورود به ادبیات و نظام ثبت و ضبط تصمیم‌های جرگه‌ها است. ادبیات [Literacy] از دو راه تأثیر می‌گذارد: نخست امکان ثبت تصمیم‌های جرگه‌ها را فراهم می‌آورد و سپس، به طور بالقوه برای ذهنیت بیدار روستاییان کنونی ارزش رویه‌ای پیدا می‌کند. ثبت تصمیم‌های جرگه‌ها، پشتونولی را توانمندتر می‌سازد و نه ناتوان‌تر. این کار به پیوندهای بین روستایی از راه هنجارهای

---

of Law Abroad: In Search of Knowledge 3 (Carnegie Endowment for International Peace 2006). (بهبود حاکمیت قانون در فراسوی مرزها: در پرتو پژوهش دانش‌بنیاد، م.)

87. See generally Lesley Wexler, "Allowing Girls to Hold Up Half the Sky: Combining Norm Promotion and Economic Incentives to Combat Daughter Discrimination In China", Chicago J Intl L 79 (2006-2007); Gerald Mackie, "Ending Footbinding and Infibulation: A Convention Account", Am Soc Rev 999 (1996). (اجازه به دختران برای داشتن نیمی از آسمان: آمیختن بهبود هنجارها با انگیزش‌های اقتصادی برای برچیدن تبعیض دختران در چین) 7 (پایان دادن به بستن پا و ختنه (زنان): یک دلیل برای همگرایی، م.) ۶۱،

88. Shapiro, Courts at 12 (قانونگذاری و حل‌وفصل مناقشه‌ها دو کارکرد دادگاه‌هاست) (پانوشت ۲۴).

تحریری می‌انجامد و تصمیم‌های خردمندانه را برای راهنمایی تصمیم گیران آینده فراهم می‌آورد. همچنین، از احتمال مناقشه‌ها می‌کاهد؛ زیرا به مناقشه کنندگان آینده امکان می‌دهد که از قواعد پیش روی خویش آگاهی یابند. برای نمونه، اگر مرد دکاندار روایت شده در قضیۀ دوم در بند «ب» بخش دوم این پژوهش، از این موضوع آگاهی می‌داشت که نمی‌تواند به طور مشروع همسر بدهکار را مطالبه کند (درحالی که می توانست دخترش را مطالبه کند)، چنین خطای مرگباری را مرتکب نمی‌شد.[۸۹]

ادبیات سازی، سازگاری بسیاری با نیازهای برآمده از جامعه قبیله‌ای دارد. آنگونه که در سه پیاله چای گرگ "مورتنسن" مستند شده، پشتون‌های روستایی و سایر افغان‌های ساکن در روستاها، نیاز بسیاری به آموزش دارند.[۹۰] دستاوردهای توسعه‌ای ادبیات هرچه هست، این توانمندی را هم دارد که اجرای هنجارهای بومی بر گرفته از پشتونولی را در روستاها بهبود بخشد. ساختاردهی به یک نظام ثبتی در پشتونولی که برای توانمندشدن و نه از بین بردن طراحی می‌شود، این پیشنهاد را بسیار خوشایند تر هم می‌سازد. ادبیات می‌تواند پشتونولی را از یک نظامنامه حیثیت به یک قانون نامه واقعی حقوقی تبدیل کند.

چگونه ادبیات می‌تواند به سایر نگرانی‌های هنجارین درباره پشتونولی، مانند رفتار با زنان هم بپردازد؟ ادبیات، اگر برای همگان گسترش یابد، ممکن است به بهبود]شرایط[بسیاری از زنان کمک کند، گرچه پیش‌بینی‌های اینجا کمی بیش‌تر ابهام آمیزند.

به عنوان یک موضوع نخستین، سزاوار است به این نکته اشاره شود که ظاهراً بیش‌تر سوءاستفاده‌های نمایان از زنان، به هنگام مناقشه‌ها رخ می‌دهند. اگر ادبیات، قواعد حقوقی شفاف‌تری را بنیان نهد، مناقشه‌های کم‌تری رخ خواهد داد و به جبران‌های کم‌تری نیاز خواهد بود که شامل رفتار نفرت انگیز مبادله زنان میان خانواده‌ها به عنوان جبران هم می‌شود. این دستاورد به تنهایی ارزش هنجارین خواهد داشت، گرچه ساختار اصلی نابرابری جنسیتی را هدف قرار نمی‌دهد.

در سطح گسترده‌تر، نمونه‌های دیگری از دگرگونی‌های هنجارین برشمردنی اند که برپایۀ

---

۸۹. ر.ک.: متن‌های مربوط به پانوشت‌های ۵۴ و ۵۵ بالا.

90. Greg Mortenson and David Oliver Relin, *Three Cups of Tea: One Man's Mission to Fight Terrorism and Build Nations ... One School at a Time*(317 ,244 ,م.) سه فنجان چای: مأموریت یک مرد برای نبرد با تروریسم و برپایی ملت‌ها... یک مدرسه در هر ساعت، Viking 2006).

آموزش و ادبیات نسبتاً برابر میان زنان و مردان رخ داده اند.[۹۱] ادبیات زنانه در افغانستان گرچه از سال ۲۰۰۱ به طور شگفت انگیزی رشد داشته است، اما بانهم همچنان به شکل سرسام آوری در سطح پایین است. بدون‌شک، نبود ادبیات، پیوند زنان با جامعه را سست می‌کند و این نیاز بنیادی احساس می‌شود که باید برای زنان روستایی آموزش بیش‌تری را فراهم آورد.[۹۲] آموزش زنان توانمندی آنها را برای مشارکت در اقتصاد خانواده افزایش می‌دهد و به خودی خود راه دراز به سوی بهبود وضعیت آنها را می‌پیماید. همچنین، ادبیات به زنان امکان می‌دهد تا درباره هنجارهای بین‌المللی بیاموزند. حتی می‌توان چنین پنداشت که زنان با به کار گیری نظام تصامیم ثبت شده و برگرفتن تصمیم‌های نسبتاً برابری خواهانه‌ای که هنجارها را به رفتارهای بهتر وا می‌دارند، درخواست‌های را برای بهبود این قواعد مطرح کنند.

علاوه بر این، ادبیات می‌تواند با رشد کلی پیشرفت‌ها بر پشتونولی تأثیر بگذارد. واضح است که هنجارهای دشمنی خون و مانند آن در میان پشتون‌های شهرنشین و آموزش دیده‌ها جایگاهی ندارند.[۹۳] بعید است پشتون‌های ثروتمندتر و آموزش دیده تر به همان شکل مرتکب خشونت جنسیتی شوند.[۹۴] گرچه شاید هرگز افغانستان همانند سوئیس رنگ آرامش و رونق را نگیرد، اما بهبودهای تدریجی در استانداردهای زندگی می‌تواند هنجارها را دگرگون سازد.

چالش پشتوانه گذاشتن ادبیات برای اثرگذاری بر این دگرگونی، تضمین دسترسی همگان به آموزش است. برنامه‌ریزی به گونه‌ای که آموزش برای زنان همانند مردان تضمین شود، فراتر از مجال این نوشتار کوتاه است؛ اما شواهدی وجود دارد که در برخی ناحیه‌ها درحال رخ دادن است.[۹۵] اگر ادبیات به مردان محدود شود، ممکن است بر روی پیشرفت تأثیرات کلی داشته باشد، اما واقعاً زنان را حتی در میان خانواده و روستا نیز ناتوان می‌سازد. همچنین، این امکان وجود دارد که با ورود گزینشی ادبیات به پشتونولی و تمایزآفرینی میان مردان، آن را از بین ببرد. همانگونه که در بالا گفته شد، یکی از هنجارهای مهم جامعه پشتون، برابری همه مردان است.[۹۶] اگر تفاوت‌های

---

91. Wexler, *Allowing Girls to Hold Up Half the Sky* at 90–91 (پانوشت ۸۵).

92. Mortensen and Relin, *Three Cups of Tea* at 330 (پانوشت ۸۸).

93. See Walsh, 112 Granta at 171 (پانوشت ۴).

۹۴. همان

95. Mortenson and Relin, *Three Cups of Tea* at 209 (پانوشت ۸۸).

۹۶. متن ذیل پانوشت ۲۶ را در بالا ببینید.

برآمده از توانمندی های مالی و شخصیتی جدی‌تر شوند، خود هنجار برابری از بین خواهد رفت.[۹۷]

بااین‌حال، پیشنهاد کاربرد ادبیات این دستاورد را دارد که با نیازهای محلی سازگاری حاصل نماید و این توانمندی را دارد که بسیاری از رفتارهای سوء استفاده آمیز برخاسته از نظم هنجارین را از بین ببرد. این پیشنهاد، یک تکامل ساختاری را در ماهیت پشتونولی امکان‌پذیر می‌سازد و هم‌زمان از نهادهای شکلی صیانت می‌کند؛ نهادهای که برای حاکمیت در منطقه‌ای که هدف آن احتمالاً ماندگاری محدود برای مدتی است، نقشی اساسی را ایفا می‌کنند.

نتیجه‌گیری

پشتونولی، به لحاظ وابستگی جمع بزرگی از مردم به آن، یکی از نظام‌های بزرگ تر «شبه قضایی» در جهان است و شاید حتی بزرگ ترین نظام اجتماعی بدون حاکمیت [در جهان] باشد. این مقاله توضیح داده است که چگونه بسیاری از هنجارها و نهادهای آن چنین انگاشته می‌شوند که برای کاهش خشونت‌های خصوصی پدید آمده اند و بنابراین، در ناحیه ای که حقوق حاکمیتی کم‌ترین نفوذ را دارد، از نظم اجتماعی صیانت می‌کنند. این بررسی موردی شواهدی را فراهم آورده که دادرسی در هرج ومرج می‌تواند کارآیی کارکردی داشته باشد، حتی اگر در مجموعه‌ای از هنجارها نهفته باشد که به نیمی از این مردم خشونت می‌ورزند.

علاوه براین، خود قواعد ابهام آمیزند. این وضعیت، شرایطی را پدید می‌آورد که مناقشه‌ها با درجه‌های گوناگونی سر به فوران می. شاید هنجارهای حیثیت، اگر چیزی جزو این بودند، بر مناقشه‌ها بیش‌تر می‌فزودند و نظام حل و فصل مناقشه‌ها، با کاهش احتمال چنین افزایشی، در عمل ادعای خسارت را شتاب می‌بخشیدند. البته نظام جرگه دراین ناحیه، پشتوانه حل و فصل مناقشه ها در جامعه روستایی است و این مقاله تأکیدی بر جایگزینی آن ندارد؛ بلکه آنچه نیاز است، تکامل هنجارهای ماهوی است که باید در چارچوب پشتونولی به اجرا درآید.

این مقاله، راهکار ساده‌ای را برای آسان سازی این تکامل هنجارین پیشنهاد می‌کند: ادبیات. یک نظام رویه‌ای ثبت شده، دربارۀ آنچه باید خشونت انگاشته شود و میزان تلافی جویی خصوصی پذیرفته شده دربرابر جرایم، از این ابهام‌ها می‌کاهد. این پیشنهاد به نوبه خود بر کاهش خشونت‌ها و همچنین هماهنگی کیفرها تأثیر می‌گذارد. این راهکار، گزینه‌ای است که برای جامعه نامتمرکز

97. Kakar, *Tribal Law of Pashtunwali and Women's Legislative Authority* at 12 (پانوشت ۴۷).

پشتون یک دستاورد به شمار می‌آید، زیرا حتی برای این محیط پرخاشجوی رفتاری با زنان، هنجارهای بالا به پایین را بر آنها تحمیل نمی‌کند؛ درحالی که سرانجام، یکپارچگی با شمار بیش‌تری از موازین جهانی را آسان می‌سازد. نکته کلیدی، فشار منابع اجتماعی نظم آفرین از پایین به بالا و نه حکمرانی بالا به پایین در منطقه‌ای است که هیچگاه در سیطرهٔ هیچ حکومتی قرار نگرفته است.

بخش ششم

حاکمیت قانون

قانون حاکمیت

Rule of Law

11 June 2011).

Michael K. Steinberg, Joseph John Hobbs, and Kent Mathewson (eds.), Dangerous Harvest: Drug Plants and the Transformation of Indigenous Landscapes (Oxford: Oxford University Press, 2004).

Targeting Blacks. Drug Law Enforcement and Race in the United States, Human Rights Watch, Washington, D.C. (5 May 2008), available at: http://www.hrw.org/en/node/62236/section/1.

Mike Trace, Drug Policy - Lessons Learnt, and Options for the Future, Global Commission on Drug Policy, no location given (2011), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Global_Com_Mike_Trace.pdf.

Carl A. Trocki, Opium, Empire and the Global Political Economy: A Study of the Asian Opium Trade, 1750-1950 (London: Routledge, 1999).

UNODC, A Century of International Drug Control, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna (2008), available at: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/100_Years_of_Drug_Control.pdf.

———, From Coercion to Cohesion. Treating Drug Dependence Through Health Care, Not Punishment, Discussion paper based on a scientific workshop UNODC, Vienna, October 28-30, 2009, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna (2010), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Coercion_Ebook.pdf.

———, World Drug Report 2010, Sales No E10XI13, United Nations, New York (2010), available at: http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2010/World_Drug_Report_2010_lo-res.pdf.

———, World Drug Report 2008, United Nations, New York (June 2008), available at: http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2008/WDR_2008_eng_web.pdf.

World Drug Report 2014, Sales No E14XI7 (New York: United Nations, June 2014).

Max Weber, "Bureaucracy," in: From Max Weber: Essays in Sociology, ed. by H. H. Gerth and C. Wright Mills (Oxford: Oxford University Press, 1958).

Evan Wood, et al., "The War on Drugs: A Devastating Public-Policy Disaster," The Lancet, Vol. 373, No. 9668 (21 March 200 pp. 989-90.

Mathewson (Oxford: Oxford University Press, 2004) pp. 24–114.

Myriam Mé nard, "Hidden Cooperation: How Nuclear Antagonists Collaborated on Counter-Narcotics Efforts in Iran from 2007 to 2011," Dissertation, Universite de Laval (Qué bec, Canada, 2014).

Helen V. Milner, Interests, Institutions, and Information: Domestic Politics and International Relations (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997).

David Mitrany, "The Prospect of Integration: Federal or Functional?," Journal of Common Market Studies, Vol. 1, No. 4 (1965–1966) pp. 119–49.

Fred L. Morrison, "The Role of Regional Organizations in the Enforcement of International Law," in: Allocation of Law Enforcement Authority in the International System, ed. by Jost Delbrü ck (Berlin: 1995) pp. 39–56.

Bijan Nissaramanesh, Mike Trace, and Marcus Roberts, The Rise of Harm Reduction in the Islamic Republic of Iran, The Beckley Foundation Drug Policy Programme, London (July 2005), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/10/paper_08.pdf.

Pierre Claude Nolin and Colin Kenny, Cannabis: Our Position for a Canadian Public Policy. Report of the Senate Special Committee on Illegal Drugs, Volume III: Part IV and Conclusions, Senate, Government Printing Office, Ottawa (2002), available at: http://publications.gc.ca/site/eng/398108/publication.html.

Ronald Piana, "Dying Without Morphine," New York Times, (1 October 2014), p. A27.

Peter Reuter, "Ten Years After the United Nations General Assembly Special Session (UNGASS): Assessing Drug Problems, Policies and Reform Proposals," Addiction, Vol. 104, No. 4 (April 2009) pp. 510–17.

Michael L. Ross, "Oil, Drugs, and Diamonds: The Varying Roles of Natural Resources in Civil War," in: The Political Economy of Armed Conflict, ed. by Karen Ballentine and Jake Sherman (London: Lynne Rienner Publishers, 2003) pp. 47–70.

A. William Samii, "Drug Abuse: Iran's Thorniest Problem," Brown Journal of World Affairs, Vol. 9, No. 2 (2002–2003) pp. 283–302.

Thomas Schweich, "Is Afghanistan a Narco-State?," New York Times, (27 July 2008).

Schwann Shariatirada and Masoomeh Maarefvandb, "Sanctions Against Iran and the Impact on Drug Use and Addiction Treatment," International Journal of Drug Policy, Vol. 24, No. 6 (2013) pp. 636–37.

Malcolm N. Shaw, International Law, 6th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

George P. Shultz and Paul A. Volcker, "A Real Debate about Drug Policy. Why the 'War on Drugs' Has Failed — And What to Do Next," Wall Street Journal, (New York,

to Health: An Overview of the Global Evidence, Report Five, The Beckley Foundation Drug Policy Programme, London (2011), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/reportfive1.pdf.

Nigel Inkster and Virginia Comolli, Drugs, Insecurity and Failed States: The Problems of Prohibition (London: Routledge / International Institute of Strategic Studies, 2012).

Martin Jelsma, "The Unwritten History of the 1998 United Nations General Assembly Special Session on Drugs," International Journal of Drug Policy, Vol. 14 (2003) pp. 181-95.

———, The Current State of Drug Policy Debate. Trends in the Last Decade in the European Union and United Nations, Support text for the First Meeting of the Latin American Commission on Drugs and Democracy, Transnational Institute, Amsterdam, Rio de Janeiro (30 April 2008), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/martin_jelsma_english.pdf.

Richard P. Kaufman, America's Opium War: How the Wrong Approach to Counternarcotics is Undermining State-building in Afghanistan, (Washington, D.C.: Johns Hopkins School of Advanced International Studies, Spring 2009), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Americas-Opium-War.pdf.

Chaim D. Kaufmann and Robert A. Pape, "Explaining Costly International Moral Action: Britain's Sixty-Year Campaign Against the Atlantic Slave Trade," International Organization, Vol. 53, No. 4 (2003) pp. 631-68.

Feisal Khan, "Corruption and the Decline of the State in Pakistan," Asian Journal of Political Science, Vol. 15, No. 2 (2007) pp. 219-47.

Jan Klabbers, An Introduction to International Institutional Law, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

Stephen D. Krasner (ed.), International Regimes (Ithaca: Cornell University Press, 1983).

Adolf Lande, Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs of 1961, UN Sales No E73XI1 (New York: United Nations, 1973).

Philippe Le Billon, The Political Economy of War: An Annotated Bibliography, Humanitarian Policy Group Report No 1, Overseas Development Institute, London (2000), available at: http://www.odi.org.uk/hpg/papers/hpgreport0.pdf, accessed on: 17 December 2008.

William B. McAllister, Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History (London: Routledge, 2000).

Alfred W. McCoy, "The Stimulus of Prohibition: A Critical History of the Global Narcotics Trade," in: Dangerous Harvest: Drug Plants and the Transformation of Indigenous Landscapes, ed. by Michael K. Steinberg, Joseph John Hobbs, and Kent

Crime, Vienna (2008), available at: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/100_Years_of_Drug_Control.pdf.

———, From Coercion to Cohesion. Treating Drug Dependence Through Health Care, Not Punishment, Discussion paper based on a scientific workshop UNODC, Vienna, October 28-30, 2009, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna (2010), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Coercion_Ebook.pdf.

———, World Drug Report 2010, Sales No E10XI13, United Nations, New York (2010), available at: http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2010/World_Drug_Report_2010_lo-res.pdf.

———, World Drug Report 2008, United Nations, New York (June 2008), available at: http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2008/WDR_2008_eng_web.pdf.

World Drug Report 2014, Sales No E14XI7 (New York: United Nations, June 2014).

Max Weber, "Bureaucracy," in: From Max Weber: Essays in Sociology, ed. by H. H. Gerth and C. Wright Mills (Oxford: Oxford University Press, 1958).

Evan Wood, et al., "The War on Drugs: A Devastating Public-Policy Disaster," The Lancet, Vol. 373, No. 9668 (21 March 2009) pp. 989-90. NewsDispaspx?ID=597&ContentTypeId=0x010400E3F2C791071A584EA3DDDF27B7A24745.

Cindy S.J. Fazey, "The Commission on Narcotic Drugs and the United Nations International Drug Control Programme: Politics, Policies and Prospect for Change," International Journal of Drug Policy, Vol. 14 (2003) pp. 155-69.

Dexter Filkins, "Rule of the Gun. With U.S. Aid, Warlord Builds Afghan Empire," New York Times, (5 June 2010).

Alexander L. George, Forceful Persuasion: Coercive Diplomacy as an Alternative to War (Washington, D.C.: US Institute of Peace Press, 1991).

Global Commission on Drug Policy, War on Drugs. Report of the Global Commission on Drug Policy, GCDP, Rio de Janeiro (June 2011), available at: http://www.globalcommissionondrugs.org.

———, The Negative Impact of the War on Drugs on Public Health: The Hidden Hepatitis C Epidemic, GCDP, Rio de Janeiro (May 2013), available at: http://www.globalcommissionondrugs.org/hepatitis/gcdp_hepatitis_english.pdf.

———, "Taking Control: Pathways to Drug Policies that Work," (September 2014).

Ahad Hadian, "Walking on a Delicate Line Between Iran and the United States: India's Competing Set of Interests Regarding Iran's Nuclear Program and Sanctions," Dissertation, Norwegian University of Life Sciences (Ås, Norway, 2014).

Morton H. Halperin, Priscilla Clapp, and Arnold Kanter, Bureaucratic Politics and Foreign Policy (Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006).

Neil Hunt, Mike Trace, and Dave Bewley-Taylor, Reducing Drug Related Harms

Bijan Nissaramanesh, Mike Trace, and Marcus Roberts, The Rise of Harm Reduction in the Islamic Republic of Iran, The Beckley Foundation Drug Policy Programme, London (July 2005), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/10/paper_08.pdf.

Pierre Claude Nolin and Colin Kenny, Cannabis: Our Position for a Canadian Public Policy. Report of the Senate Special Committee on Illegal Drugs, Volume III: Part IV and Conclusions, Senate, Government Printing Office, Ottawa (2002), available at: http://publications.gc.ca/site/eng/398108/publication.html.

Ronald Piana, "Dying Without Morphine," New York Times, (1 October 2014), p. A27.

Peter Reuter, "Ten Years After the United Nations General Assembly Special Session (UNGASS): Assessing Drug Problems, Policies and Reform Proposals," Addiction, Vol. 104, No. 4 (April 2009) pp. 510–17.

Michael L. Ross, "Oil, Drugs, and Diamonds: The Varying Roles of Natural Resources in Civil War," in: The Political Economy of Armed Conflict, ed. by Karen Ballentine and Jake Sherman (London: Lynne Rienner Publishers, 2003) pp. 47–70.

A. William Samii, "Drug Abuse: Iran's Thorniest Problem," Brown Journal of World Affairs, Vol. 9, No. 2 (2002–2003) pp. 283–302.

Thomas Schweich, "Is Afghanistan a Narco-State?," New York Times, (27 July 2008).

Schwann Shariatirada and Masoomeh Maarefvandb, "Sanctions Against Iran and the Impact on Drug Use and Addiction Treatment," International Journal of Drug Policy, Vol. 24, No. 6 (2013) pp. 636–37.

Malcolm N. Shaw, International Law, 6th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

George P. Shultz and Paul A. Volcker, "A Real Debate about Drug Policy. Why the 'War on Drugs' Has Failed — And What to Do Next," Wall Street Journal, (New York, 11 June 2011).

Michael K. Steinberg, Joseph John Hobbs, and Kent Mathewson (eds.), Dangerous Harvest: Drug Plants and the Transformation of Indigenous Landscapes (Oxford: Oxford University Press, 2004).

Targeting Blacks. Drug Law Enforcement and Race in the United States, Human Rights Watch, Washington, D.C. (5 May 2008), available at: http://www.hrw.org/en/node/62236/section/1.

Mike Trace, Drug Policy - Lessons Learnt, and Options for the Future, Global Commission on Drug Policy, no location given (2011), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Global_Com_Mike_Trace.pdf.

Carl A. Trocki, Opium, Empire and the Global Political Economy: A Study of the Asian Opium Trade, 1750–1950 (London: Routledge, 1999).

UNODC, A Century of International Drug Control, United Nations Office on Drugs and

ican Commission on Drugs and Democracy, Transnational Institute, Amsterdam, Rio de Janeiro (30 April 2008), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/martin_jelsma_english.pdf.

Richard P. Kaufman, America's Opium War: How the Wrong Approach to Counternarcotics is Undermining State-building in Afghanistan, (Washington, D.C.: Johns Hopkins School of Advanced International Studies, Spring 2009), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Americas-Opium-War.pdf.

Chaim D. Kaufmann and Robert A. Pape, "Explaining Costly International Moral Action: Britain's Sixty-Year Campaign Against the Atlantic Slave Trade," International Organization, Vol. 53, No. 4 (2003) pp. 631-68.

Feisal Khan, "Corruption and the Decline of the State in Pakistan," Asian Journal of Political Science, Vol. 15, No. 2 (2007) pp. 219-47.

Jan Klabbers, An Introduction to International Institutional Law, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

Stephen D. Krasner (ed.), International Regimes (Ithaca: Cornell University Press, 1983).

Adolf Lande, Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs of 1961, UN Sales No E73XI1 (New York: United Nations, 1973).

Philippe Le Billon, The Political Economy of War: An Annotated Bibliography, Humanitarian Policy Group Report No 1, Overseas Development Institute, London (2000), available at: http://www.odi.org.uk/hpg/papers/hpgreport0.pdf, accessed on: 17 December 2008.

William B. McAllister, Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History (London: Routledge, 2000).

Alfred W. McCoy, "The Stimulus of Prohibition: A Critical History of the Global Narcotics Trade," in: Dangerous Harvest: Drug Plants and the Transformation of Indigenous Landscapes, ed. by Michael K. Steinberg, Joseph John Hobbs, and Kent Mathewson (Oxford: Oxford University Press, 2004) pp. 24-114.

Myriam Mé nard, "Hidden Cooperation: How Nuclear Antagonists Collaborated on Counter-Narcotics Efforts in Iran from 2007 to 2011," Dissertation, Universite de Laval (Qué bec, Canada, 2014).

Helen V. Milner, Interests, Institutions, and Information: Domestic Politics and International Relations (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997).

David Mitrany, "The Prospect of Integration: Federal or Functional?," Journal of Common Market Studies, Vol. 1, No. 4 (1965-1966) pp. 119-49.

Fred L. Morrison, "The Role of Regional Organizations in the Enforcement of International Law," in: Allocation of Law Enforcement Authority in the International System, ed. by Jost Delbrü ck (Berlin: 1995) pp. 39-56.

Rethinking International Responses to Complex Emergencies, ed. by Joanna Macrae and Anthony Zwi (London: Zed Books, 1994).
Expediency Discernment Council of Islamic Republic of Iran, "The Effects of Sanctions on Narcotics Issue [Farsi]," Tehran, Shura-ye Maslahat, 2013, available at: http://maslahat.ir/%D9%84%DB%8C%D8%B3%D8%AA%20%D9%87%D8%A7/newslist/
/NewsDisp.aspx?ID=597&ContentTypeId=0x010400E3F2C791071A-584EA3DDDF27B7A24745.
Cindy S.J. Fazey, "The Commission on Narcotic Drugs and the United Nations International Drug Control Programme: Politics, Policies and Prospect for Change," International Journal of Drug Policy, Vol. 14 (2003) pp. 155-69.
Dexter Filkins, "Rule of the Gun. With U.S. Aid, Warlord Builds Afghan Empire," New York Times, (5 June 2010).
Alexander L. George, Forceful Persuasion: Coercive Diplomacy as an Alternative to War (Washington, D.C.: US Institute of Peace Press, 1991).
Global Commission on Drug Policy, War on Drugs. Report of the Global Commission on Drug Policy, GCDP, Rio de Janeiro (June 2011), available at: http://www.globalcommissionondrugs.org.
———, The Negative Impact of the War on Drugs on Public Health: The Hidden Hepatitis C Epidemic, GCDP, Rio de Janeiro (May 2013), available at: http://www.globalcommissionondrugs.org/hepatitis/gcdp_hepatitis_english.pdf.
———, "Taking Control: Pathways to Drug Policies that Work," (September 2014).
Ahad Hadian, "Walking on a Delicate Line Between Iran and the United States: India's Competing Set of Interests Regarding Iran's Nuclear Program and Sanctions," Dissertation, Norwegian University of Life Sciences (Ås, Norway, 2014).
Morton H. Halperin, Priscilla Clapp, and Arnold Kanter, Bureaucratic Politics and Foreign Policy (Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006).
Neil Hunt, Mike Trace, and Dave Bewley-Taylor, Reducing Drug Related Harms to Health: An Overview of the Global Evidence, Report Five, The Beckley Foundation Drug Policy Programme, London (2011), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/reportfive1.pdf.
Nigel Inkster and Virginia Comolli, Drugs, Insecurity and Failed States: The Problems of Prohibition (London: Routledge / International Institute of Strategic Studies, 2012).
Martin Jelsma, "The Unwritten History of the 1998 United Nations General Assembly Special Session on Drugs," International Journal of Drug Policy, Vol. 14 (2003) pp. 181-95.
———, The Current State of Drug Policy Debate. Trends in the Last Decade in the European Union and United Nations, Support text for the First Meeting of the Latin Amer-

Drug Industry. Structure, Functioning, Dynamics, and Implications for Counter-Narcotics Policy, ed. by Doris Buddenberg and William A. Byrd (Vienna / Kabul: UNODC / World Bank, 2006) pp. 1-24.

Robert J. Bunker, "Strategic Threat: Narcos and Narcotics Overview," Small Wars & Insurgencies, Vol. 21, No. 1 (2010) pp. 8-29.

Julia Buxton, "The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime," in: Innocent Bystanders: Developing Countries and the War on Drugs, ed. by Philip Keefer and Norman Loayza (London / Washington D.C.: Palgrave Macmillan / World Bank, 2010) pp. 61-94.

William A. Byrd, Responding to Afghanistan's Opium Economy Challenge: Lessons and Policy Implications from a Development Perspective, Policy Research Working Paper 4545 (Washington, D.C.: World Bank, March 2008), available at: http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-4545.

John Calabrese, Iran's War on Drugs: Holding the Line?, The Middle East Institute Policy Brief, (December 2007), available at: http://www.mei.edu/sites/default/files/publications/JC_PB.pdf.

Fernando Henrique Cardoso, Cesar Gaviria, and Ernesto Zedillo, "The War on Drugs is a Failure. We should focus instead on reducing harm to users and on tackling organized crime.," Wall Street Journal, (23 February 2009).

Antonio Cassese, International Law in a Divided World (Oxford: Clarendon, 1994).

D. Suba Chandran, "Drug Trafficking and the Security of the State: A Case Study of Pakistan," Strategic Analysis, Vol. 22, No. 6 (1998) pp. 903-22.

James Cockayne and Daniel Pfister, Peace Operations and Organised Crime, Geneva Papers No 2 (Geneva: Geneva Centre for Security Policy (GCSP), 2008).

Paul Collier and Anke Hoeffler, "On Economic Causes of Civil War," Oxford Economic Papers, Vol. 50, No. 4 (1998) pp. 563-73.

Commission of Narcotic Drugs, Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem, United Nations, Vienna (2009), available at: http://www.unodc.org/documents/ungass2016/V0984963-English.pdf.

Svante E. Cornell, "Stemming the Contagion – Regional Efforts to Curb Afghan Heroin's Impact," Georgetown Journal of International Affairs, Vol. 6, No. 1 (2005) pp. 23-32.

Joanne Csete, From the Mountaintops. What the World Can Learn from Drug Policy Change in Switzerland, Global Drug Policy Program, Open Society Foundations, New York (May 2010), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/from-the-mountaintops-english-20110524.pdf.

Mark Duffield, "The Political Economy of Internal War: Asset Transfer and the Internationalisation of Public Welfare in the Horn of Africa," in: War and Hunger:

that official relations between ECO member states and most certainly between some member states and third states continue to be characterised by high degrees of tension. Against this backdrop, formal integration measures such as the conclusion of novel treaty arrangements or institutional creation do not appear to have a high likelihood of success. Instead, the patient, incremental work of political and inter-agency confidence-building measures need to be undertaken.

As an organisation that already has the political mandate to engage officials and agencies from among its member states, that enjoys a certain reputation for neutrality, and that is not controlled by strong extra-regional players, ECO is in a good position to act as the facilitator for fostering practical collaboration between the various drug control agencies and their officials. Such liaisons require repetition and persistence in order to bear fruit, and any such initiatives should be undertaken in collaboration with and taking full advantage of the considerable technical expertise available in other regional and international organisations. The key to success is that ECO offers its member states something other organisations cannot offer, all the while ensuring that expectations are carefully managed.[118]

Bibliography

Kenneth W. Abbott, "Why States Act through Formal International Organizations," Journal of Conflict Resolution, Vol. 42, No. 1 (1998) pp. 3-32.

Graham T. Allison and Philip Zelikow, Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis, 2nd ed (New York: Longman, 1999).

Wolf Graf von Baudissin, From Distrust to Confidence: Concepts, Experiences, and Dimensions of Confidence-building Measures (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983).

P. Bean, The Social Control of Drugs (New York: Halstead Press, 1974).

Dave Bewley-Taylor, Tom Blickman, and Martin Jelsma, The Rise and Decline of Cannabis Prohibition: The History of Cannabis in the UN Drug Control System and Options For Reform, Transnational Institute / Global Drug Policy Observatory, Amsterdam / Swansea (March 2014), available at: http://druglawreform.info/images/stories/documents/Rise_and_Decline_Web.pdf, accessed on: 15 November 2014.

Tom Blinckman and Martin Jelsma, "Drug Policy Reform in Practice. Experiences with Alternatives in Europe and the US," Nueva Sociedad, Vol. 222 (August 2009).

Doris Buddenberg and William A. Byrd, "Introduction and Overview," in: Afghanistan's

118. Wolf Graf von Baudissin, *From Distrust to Confidence: Concepts, Experiences, and Dimensions of Confidence-building Measures* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983).

limited scope of action that remains in the counter-narcotics field, falling far short of an hypothetical ideal. While this may appear frustrating, one should remember that these are by no means constraints that only affect the particular region under consideration in this report, but have been characteristic of the treatment of drugs in the international arena throughout the last century. Managing expectations is therefore an important element of understanding and managing counter-narcotic policy, as highlighted by McAllister in the opening lines of his much quoted exposition of international drug diplomacy:

> "I discovered that, for more than a century, people all over the world have wrestled with the same haunting questions my students asked me. I still have no simple answers; this book does not propose magic-bullet policy solutions to eliminate the evils associated with drug abuse. Indeed, Drug Diplomacy suggests that the "drug problem" cannot be solved but only managed."[117]

d) Complementarities: Institutional Comparative Advantage

For a relatively small regional organisation like ECO with a highly diverse membership and relatively modest financial and institutional capabilities the question thus arises how to best contribute to the discharge of its counter-narcotics mandate without duplicating already existing efforts carried out by better positioned organisations. It appears thus questionable that ECO -given its relatively modest budget, mandate, and manpower endowment; the relatively limited political will towards integration evinced by its member states; and its restricted direct reach to decision-making centres in its member states - can achieve legal integration and harmonisation between its member states going beyond what had already been achieved under the auspices of the United Nations.

It likewise appears unlikely that ECO could compete with the very considerable expertise that exists in that organisation, especially throughout UNODC, with respect to statistical data and training initiatives. As a dedicated international civil service, enjoying high levels of political and financial support, and an extensive legal mandate emanating from the conventions, the various parts of the UN family enjoy here a comparative advantage that is difficult to compete with, irrespective of the questionable assumption that ECO's member states desire it to engage in such competition.

As virtually all collocutors in this study have emphasised, the primary obstacle to more effective counter-narcotic collaboration between the three countries under consideration here does not lie in inadequate legal frameworks but in insufficient political will and inter-agency mistrust. It has furthermore been already mentioned

117. McAllister, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*, p. x.

addressed isolated from surrounding issues.

Despite the rhetoric of common determination against the scourge of opium production and heroin trafficking, government policies in the region point to a reality that is much more complex. In the competition with other policy priorities dealing with violent insurgents, regional rivalries, and, certainly not least, divergent interests concerning the sanctions regime imposed against Iran, it unreasonable to expect that counter-narcotics will come out on top. Thus, it needs to be realised that contrary to the single-minded rhetoric used by all states when expressing themselves on the issue of drug policy, it cannot be expected that the most reasonable policy in terms of drug policy will always be chosen. This dynamic plays out not least with respect to the cautious and contradictory engagement of states from outside the region with local counter-narcotic efforts.[113] The obvious congruencies of interest between Western consumer states and Iran as arguably the most important transit country for Afghan opiates did not dislodge these states' contradictory concerns most notably with respect to Iran's nuclear programme. These countries thus hold contradictory representations of Iran as simultaneously an enemy and a partner, something that has clearly affected the cohesiveness of their engagement, not least as donors for international and regional counter-narcotic efforts, including the present project.[114] It furthermore cannot be denied that the imposition of an ever more stringent and comprehensive sanction regime has had a deleterious impact on counter-narcotic efforts at all levels, affecting both domestic harm-reduction measures,[115] regional cooperation, and the workings of international organisations in the country.[116]

Given these structural constraints largely beyond the control of any single individual, nation, or international organisation, it is thus important to bear in mind the inherently

---

113. Ahad Hadian, "Walking on a Delicate Line Between Iran and the United States: India's Competing Set of Interests Regarding Iran's Nuclear Program and Sanctions," Dissertation, Norwegian University of Life Sciences (Ås, Norway, 2014).

114. Myriam Ménard, "Hidden Cooperation: How Nuclear Antagonists Collaborated on Counter-Narcotics Efforts in Iran from 2007 to 2011," Dissertation, Universite de Laval (Québec, Canada, 2014).

115. Schwann Shariatirada and Masoomeh Maarefvandb, "Sanctions Against Iran and the Impact on Drug Use and Addiction Treatment," International Journal of Drug Policy, Vol. 24(6), No. 6 (2013) pp. 636-37; Expediency Discernment Council of Islamic Republic of Iran, "The Effects of Sanctions on Narcotics Issue [Farsi],"Tehran, Shura-ye Maslahat, 2013, available at: http://maslahat.ir/%D9%84%DB%8C%D8%B3%D8%AA%20%D9%87%D8%A7/newslist/NewsDisp
aspx?ID=597&ContentTypeId=0x010400E3F2C791071A584EA3DDDF27B7A24745.

116. The issue has been furthe complicated by NGO agitation againt further counter-narcotics cooperation with Iran due to the latter's imposition of capital punishment for drug-related offenses, leading a number of Western nations to withdraw funding from otherwise highly successful UNODC programmes in the country.

collaboration of other policy objectives deemed to be more important than containing drug trafficking at that given moment. Such collaborations for instance between US military and law enforcement authorities with organised crime have been described from World War II[110] to the Afghan War,[111] but surely exist with respect to many other law enforcement and military agencies facing a multitude of at times conflicting policy objectives.

Thirdly, therefore, it is necessary to acknowledge the truism that states seldom if ever pursue one single interest single–mindedly to the exclusion of all others. Sometimes these interests are pursued by different agencies which follow their own internal logic, unaware or uninterested in the policies simultaneously pursued by other agencies, thereby leading to contradictory or stalemated policy outcomes. At other times, the same agency must simultaneously pursue contradictory policies brought about a by political or bureaucratic logic defying the unified rational actor model at the heart of many simplistic visualisations of government action.[112]

There exists a tendency to look at the international drug problem and governmental responses to it in isolation from the myriad other national or bureaucratic interests being pursued simultaneously. This would be a grave mistake for any field of government action, but it is a fatal flaw for a phenomenon as intricately tied to and influenced by a host of other factors, from geography, economic factors, markets, rural development, urban decay, military confrontations, human psychology, public and individual health, and many, many more. It is thus, as many collocutors stressed during the interviews for this story, necessary to avoid treating the drug problematique as a silo that can be

110. "A 1943 agreement to use his [Salvatore Luciano's]mafia contacts to smooth the way for Allied forces about to embark on their invasion of Italy led, three years later [after his conviction for organised crime], to his release from prison and deportation to Italy. From there he build a major criminal enterprise which involved morphine base smuggled from Turkey via Lebanon to laboratories in Sicily and the French port of Marseille, from whence the resultant heroin was shipped to the US. 'The French Connection', as it became known, continued more or less uninterrupted until the mid 1970s, at which point the very structured and hierarchic nature of the Mafia contributed to its downfall at the hands of US law enforcement." Inkster and Comolli, Drugs, Insecurity and Failed States: The Problems of Prohibition, pp. 23-24.

111. "For the Americans, who are racing to secure the country against a deadline set by President Obama, the emergence of such strongmen is seen as a lesser evil, despite how compromised many of them are. In Mr. Matiullah's case, American commanders appear to have set aside reports that he connives with both drug smugglers and Taliban insurgents." Dexter Filkins, "Rule of the Gun. With U.S. Aid, Warlord Builds Afghan Empire," New York Times, (5 June 2010).

112. A classical exposition of these tensions is Graham T. Allison and Philip Zelikow, *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis*, 2nd ed (New York: Longman, 1999); see also Morton H. Halperin, Priscilla Clapp, and Arnold Kanter, *Bureaucratic Politics and Foreign Policy* (Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006).

to relatively small-scale and easily manageable (if not entirely ignorable) proportions in some of industrialised countries. Behind the universalist rhetoric one must, therefore, clearly state that nations states have very different stakes in interfering in the drug trade.

Secondly, to varying degrees elements of many states have been and continue to be implicated in the illicit drug trade, notwithstanding its formal proscription and rhetorical assertions. Such complicity generally takes the form of criminal elements co-opting, bribing, or infiltrating elements of the state to protect their illicit activities, to the point where state structures become seriously compromised and narcotic interests become dominant, a dynamic well-described for instance for Afghanistan but applicable in many other instances:[108]

> "The sheer size and illicit nature of the opium economy mean that not surprisingly, it infiltrates and seriously affects Afghanistan's economy, state, society, and politics. It generates large amounts of effective demand in the economy, provides incomes and employment including in rural areas (even though most of the final 'value' from Afghan opium accrues outside the country), and supports the balance of payments and indirectly (through Customs duties on drug-financed imports) government revenues. The opium economy by all accounts is a massive source of corruption and undermines public institutions especially in (but not limited to) the security and justice sectors. There are worrying signs of infiltration by the drug industry into higher levels of government and into the emergent politics of the country. Thus it is widely considered to be one of the greatest threats to state-building, reconstruction, and development in Afghanistan."[109]

But it also includes deliberate policy decisions by uncompromised state agents to collaborate with criminal elements or wilfully ignore their activities in return for their

---

108. In the Latin American context the threat of full-scale state failure appears increasingly realistic, a prospect brought about by the nefarious influence of narco-criminals: "What is proposed here is that Mexico is not on its way to becoming a 'rotting corpse' but potentially something far worse – akin to a body being permanently infected by a malicious virus. Already, wide swaths of Mexico have been lost to the corrupting forces and violence generated by local gangs, cartels, and mercenaries. Such narco-corruption faced few barriers given the fertile ground already existing in Mexico derived from endemic governmental corruption at all levels of society and, in some ways, it even further aided the 'virus' spreading through Mexican society from this new 'infection'." Robert J. Bunker, "Strategic Threat: Narcos and Narcotics Overview," Small Wars & Insurgencies, Vol. 21(1), Special Issue: Narcos Over the Border: Gangs, Cartels, Mercenaries and the Invasion of America, No. 1 (2010) pp. 8-29, p. 9.

109. Doris Buddenberg and William A. Byrd, "Introduction and Overview," in: Afghanistan's Drug Industry. Structure, Functioning, Dynamics, and Implications for Counter-Narcotics Policy, ed. by Doris Buddenberg and William A. Byrd (Vienna / Kabul: UNODC / World Bank, 2006) pp. 1-24, p. 1.

international drug efforts premised on prohibition is unequivocal with respect to severe unintended consequences stemming from the creation of an illegal market for proscribed commodities that have acquired an inflated, artificial value merely through their characteristic of being illegal. Assuming a largely inelastic demand -a reasonable assumption given these substances' addictive potential- it appears logical that this literally 'captive' consumer market will be serviced by criminal entrepreneurs attracted by the prospect of exorbitant marginal profits and undeterred by the heightened risk of penal sanction.[105] As the famous economist Milton Friedman succinctly put it: "It is demand that must operate through repressed and illegal channels. Illegality creates obscene profits that finance the murderous tactics of the drug lords; illegality leads to the corruption of law enforcement officials."[106]

While this part is not controversial, it is less broadly recognised that these undisputed costs befall societies in a highly unequal fashion. Public pronouncements on the issue generally tend to stress the universal, equally devastating impact of drugs onto all societies and all sectors of each society in every nation, as for instance in the solemnly adopted Political Declaration adopted by UNGASS 1998:

> "Drugs destroy lives and communities, undermine sustainable human development and generate crime. Drugs affect all sectors of society in all countries; in particular, drug abuse affects the freedom and development of young people, the world's most valuable asset. Drugs are a grave threat to the health and well-being of all mankind, the independence of States, democracy, the stability of nations, the structure of all societies, and the dignity and hope of millions of people and their families;"[107]

Behind the universalist language contained in such international diplomatic and political pronouncements on the topic lurks therefore the grim and cynical realisation that, to the contrary, drugs do not affect societies and people equally. The professed assumption that consumer, transit, and producer states share a common and equally strong interest in abolishing this trade is manifestly false for at least three reasons.

First, the impact of drug abuse and organised crime is very uneven, from truly epidemic proportions -for instance in all three countries under consideration in this report-

---

105. For a fuller explanation of this logic, see McCoy, "The Stimulus of Prohibition: A Critical History of the Global Narcotics Trade."

106. Quoted in George P. Shultz and Paul A. Volcker, "A Real Debate about Drug Policy. Why the 'War on Drugs' Has Failed — And What to Do Next," Wall Street Journal, (New York, 11 June 2011).

107. UNGAR S-20/2. Political Declaration, A/RES/S-20/2, 21 October 1998, Annex, Preamble, emphasis added.

law doesn't permit much experimentation with alternative policies to manage the drug epidemic.[103] Be this as it may, it seems extremely unlikely that beyond what has already been agreed in the three international conventions, a yet more stringent common denominator could be found between the three states under consideration in this report, quite irrespective whether additional legal (as opposed to operational) harmonisation should be deemed necessary.

The experts consulted for this study unanimously rejected the need for such additional legal harmonization, deeming the legal landscape in all three countries to be more than adequate and fully in line not only with the international obligations of the three states, but also providing a more than sufficient legal basis for extended operational cooperation. The reason such cooperation remains underdeveloped, all experts agreed, lies in insufficient political will and organisational capabilities, certainly not in legal hindrances to enhanced collaboration.[104]

At any rate, the history of the negotiation of the international agreements outlined in the previous section clearly shows that reaching international agreement on such intrusive legal obligations is a very time-consuming task requiring very considerable investments in political capital, human and diplomatic resources, and necessitating considerable lobbying prowess with national political and law-making organs. As the representatives of all three member states made abundantly clear during the consultations for this study, all three consider law-making an inherently sovereign activity to be solely decided by their respective constitutionally mandated law-makers, that is parliaments. The degree of hostility evinced at the mere hint of ECO involvement in so little as drafting suggestions for legal change leads us to conclude that the relatively limited organisational capacities and political capital of the organisation should not be squandered on an activity that its member states have clearly expressed themselves to be opposed to.

c) Ambiguities & Silos: Differences, Common Interests and Collaboration

It is thus necessary to distinguish between the maximalist rhetoric that continues to define international responses to the drug problem, and the political realities which generally tell a very different story. To start with, the evidence after a century of

103. Joanne Csete, "From the Mountaintops. What the World Can Learn from Drug Policy Change in Switzerland, Global Drug Policy Program, Open Society Foundations", New York (May 2010), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/from-the-mountaintops-english-20110524.pdf; Tom Blinckman and Martin Jelsma, "Drug Policy Reform in Practice. Experiences with Alternatives in Europe and the US," Nueva Sociedad, Vol. 222 (August 2009).

104. Some of these difficulties are laid out for instance in Samii, "Drug Abuse: Iran's Thorniest Problem."

international counter-narcotics regime as manifested in its three basic conventions and international institutional structure, mainly UNODC, CND, and INCB, enjoys a very high level of confidence from member states which have bound themselves to comply with its legal strictures and act loyally within its organisational structures.[101] It bears restating that the level of synchronisation between national legal, operational, and policy approaches in the fight against drugs is very high indeed, certainly much higher than in most other areas of international cooperation. It is recalled that the 1988 Convention and the Action Plan adopted under UNGASS 1998 already require signatories to adopt provisions that are spelled out in a great degree of specificity into national criminal law and, in addition, to work towards "[t]he harmonization and simplification of procedures to increase international cooperation …"[102]

Obviously, these obligations to comply and cooperate do not preclude additional national or regional action by member states, but it bears restating that such action must be done in good faith and remain at all times compatible with those agreed at the international level. For better or worse, the international counter-narcotics consensus as it has developed during the past hundred years has relied on the stringent proscription of certain drug-related behaviour in a series of binding international conventions which obliged signatories to transpose these norms into domestic law, something which has happened universally and most definitely with respect to the three countries under consideration here. In other words, we already have a very high degree of voluntarily-agreed, internationally-mandated and supervised harmonisation of legal norms with respect to the prohibition under domestic criminal sanction of the production, manufacture, trade, use, or possession of narcotic or psychotropic substances or their precursor chemicals.

This comprehensive criminalisation of drug-related activity has been combined since the 1988 Convention with strident controls of the financial proceeds of such illegal activity, replete with the binding obligation to create the domestic legal tools necessary to counteract money-laundering, permit the confiscation of assets, increase judicial cooperation and facilitate the transfer of proceedings, as well as the extradition of criminals across jurisdictions. If anything, as a multitude of critics have been pointed out, the existing international counter-narcotics consensus as nationally implemented is too harmonised, in the sense that its mandatory transposition into domestic criminal

101. For a comprehensive offical restatement of this consensus, see Commission of Narcotic Drugs, Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem.

102. § 7 of the Action Plan, quoted and discussed in UNODC, A Century of International Drug Control, p. 78.

'Istanbul Declaration' adopted by the ECO Council of Ministers adopted in its special meeting held on 5–7 June 1993; the Plan of Action on Drug Control approved by it on 11 May 1996, in pursuance of which a dedicated Drug Control Coordination Unit (DCCU) was established in 1999. The continued importance attached to the issue is reflected in the Unit's full integration into the general Secretariat of the Organisation in 2006 and the expansion of its mandate by the Council of Ministers on 9 March 2009 resulting in its re-designation as the Drug and Organised Crime Coordination Unit (DOCCU).

But these shared concerns about narcotic trafficking have not led the member states to relinquish sovereign prerogatives for the benefit of more forceful regional action. It must also be stressed that all ECO member states are already bound to incorporate into national law the stringent requirements contained in the three major counter-narcotics conventions. As described at length in the previous section, there already exists at the international level a very sophisticated, well-endowed, and politically supported international bureaucracy in the form of the UNODC, the INCB, and the CND tasked with overseeing such national implementation. The interviews with

b) Implementation: Law, Political Will, and Organisational Capabilities

With respect to the harmonisation of the region's counter-narcotics laws, therefore, two distinct but related understandings have become abundantly clear. First, the existing counter-narcotics consensus that exists at the international level has found expression in three binding international conventions whose substantive proscriptive content signatories have obliged themselves to transform into national criminal and administrative law. An international civil service has been specifically created for this purpose and is tasked with overseeing and assisting such national implementation. The many interlocutors at both headquarter level and in each of the three country offices of UNODC have unanimously confirmed that the present state of legal harmonisation is satisfactory. Second, law-making is first and foremost a national sovereign prerogative and can be assumed at the regional and international level only in so far as member states have endowed the respective international organisations with an explicit mandate to do so. Such mandates were for instance given to the CND in the past to prepare the drafts for the 1971 and 1988 Conventions, but no such mandate exists for ECO with respect to regional treaty arrangements that go beyond what is already bindingly agreed at the international level.

To elaborate on both points: as the previous section laid out in some length, the

but the basic challenge of the nature of international law remains the same: unlike municipal legal systems where there is a clear hierarchy of authority and a relatively simple `chain of command' exists between the legislator and lower-level state organs, international law is by its very nature the product of sovereign equals which by and large only submit to international rules that they have created themselves to further their self-interest.[97] In other words, an international organisation will only rarely be in a position to order its member states to act in a particular fashion, unless these same had previously explicitly agreed to restrict some of their sovereign prerogatives by delegating them to the regional or international organisation.[98]

Such `pooling of sovereignty' has occurred in certain regional organisation tasked with economic integration and defence, most notably the European Union and the North Atlantic Treaty Organisation, but this, it bears restating, has remained very much the exception. States generally guard their sovereign prerogatives jealously, and nowhere as fiercely as with respect to their law-making power. The Economic Cooperation Organisation (ECO) most definitely has not been endowed by its member states in their instruments of accession with the kind of supranational mandate that would allow it to set law or even to issue binding directives setting out the parameters within which its member states would have to arrange their domestic legal systems. This model of supranational integration, achieved most completely in the European Union, offers certainly many advantages but it represents a degree of transfer of sovereignty from national to regional levels that ECO's member states have clearly *not* intended.[99]

It is therefore necessary to remember that any action to be taken by the ECO Secretariat must remain in line with the express desires of its member states, as defined in the mandate of the organisation. It goes without saying that member states have been and continue to be concerned about the drug problematic whose global epicentre encompasses virtually its entire membership.[100] This concern has found its expression among others in the

97. See more generally the chapter "International Law and Municipal Law" in Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 129-94.

98. For a classical exposition of this problem, see David Mitrany, "The Prospect of Integration: Federal or Functional?," Journal of Common Market Studies, Vol. 1(4), No. 4 (1965-1966) pp. 119-49.

99 .As many of ECO's member states have emerged from the collapse of the Soviet Union, their strong insistence on sovereign prerogatives with respect to that entities 'successor', the Commonwealth of Independent States (CIS) is instructive. While having agreed on some level of international cooperation and institutional integration, it was explicitly stated in the instruments of creation that no supranational powers would be created. The same holds certainly true, mutatis mutandis, for the, if anything, even looser union of ECO. See Shaw, International Law, pp. 240, 1291.

100. For a general discussion of these concerns and joint efforts, see Svante E. Cornell, "Stemming the Contagion - Regional Efforts to Curb Afghan Heroin's Impact," Georgetown Journal of International Affairs,

within well within the overall legal framework agreed and laid down in the conventions. Perhaps more important still from a pragmatic point of view, due regard should be had for the institutional capacities that have been created at the international level, having benefitted from considerable and concerted investments into the human capital of the international civil servants and the organisational structures of those organisations tasked with monitoring and enforcing the existing counter-narcotic consensus. In other words, careful attention should be had not to try to emulate or replicate tasks which are already carried out successfully at the international level, if for no other reason than economy of means and governmental self-interest.[94] So, while it is often the case that states create more than one international organisation and that the resulting mandates of these institutions will overlap, it is important to identify the comparative advantage of any given institution in carrying out a task for which more than one organisation could be considered.[95]

a) Hierarchies: Sovereignty, Subsidiarity and Competing Visions of Integration

As elaborated at some length in the previous section, the international consensus with respect to counter-narcotics that has developed in the past hundred years has produced a comprehensive, fairly coherent, and binding legal framework. Whatever the political pressures and diplomatic manoeuvrings that led to the actual shape of the international regime in question, international rules do not exist in a simple hierarchical, top-down relationship with municipal norms. International law, whether it concerns counter-narcotics or any other area, always exist first and foremost because sovereign states have found it to be in their interest to create such norms as to solve common problems. International organisations, likewise, certainly enjoy independent legal personality and are separate institutional actors, but they have to carefully take into account the interests of their member states and the mandate these have bestowed upon them.

This is particularly relevant if one looks at the interplay between international and regional organisations, which often are tasked with functionally similar mandates and thus will have to negotiate overlapping areas of responsibility.[96] These situations create an additional layer of complexity between these two levels of international integration,

---

94. Kenneth W. Abbott, "Why States Act through Formal International Organizations," Journal of Conflict Resolution, Vol. 42(1), No. 1 (1998) pp. 3-32.

95. See more generally, Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

96. For a general discussion of this dynamic, see Fred L. Morrison, "The Role of Regional Organizations in the Enforcement of International Law," in: Allocation of Law Enforcement Authority in the International System, ed. by Jost Delbrück (Berlin: 1995) pp. 39-56.

(and, implicitly, the bureaucratic interests that are attached to them), the authors of the centennial UNODC report do acknowledge that demand-oriented measures need to complement the hitherto exclusive focus on supply-reduction:

> "Illicit drug use (mostly on an occasional basis) has been contained to around 5 percent of the adult population or 3.2% of the world's total population - a much lower prevalence than less regulated drugs like alcohol and tobacco. Deaths due to drugs are limited to perhaps 200,000 a year which is one tenth of those killed by alcohol and twenty times less than those killed by tobacco.

It makes no sense to unravel this achievement, that has been a century in the making, by loosening controls on drug use. Yet this progress can only be maintained by coming to terms with the unintended consequences of drug control, especially the massive criminal black market in drug trafficking.

It is therefore essential to reduce the vulnerability of people to drugs (through health and social services for prevention and treatment), the vulnerability of farmers (through development), and the vulnerability of societies to drugs and crime (by promoting economic growth and the rule of law, and by fighting crime and corruption)."[92]

Whether this is an adequate assessment of the evidence in light of possible alternatives will be discussed in the next section. What is important to realise at this point, however, is the realisation that a well-entrenched network of international agencies has been created in the past century of concerted international drug efforts, an organisational network that is characterised by strong bureaucratic interests, sophisticated standard operating procedures, and onerous legal obligations imposed on member states. The conventions in which this consensus has been laid down allow, of course, individual member states acting alone or jointly to take additional measures going beyond the minimum mandated, but there is a binding legal obligation to adhere in good faith to the structures jointly established at the international level.[93]

3. Institutional Analysis: Prospects for Harmonization

This means that national and regional organisations must ensure that their efforts remain

92. Idem, A Century of International Drug Control, p. 3.

93. The relative inertia that these international bureaucracies display and the pressure for conventional thinking (in the literal sense of the word) that they exert has been, after all, one of the main criticisms of the current international consensus. See for instance, the demand by the GCDP in its Recommendation No. 6: "Allow and encourage diverse experiments in legally regulating markets in currently illicit drugs, beginning with but not limited to cannabis, coca leaf and certain novel psychoactive substances." Global Commission on Drug Policy, "Taking Control: Pathways to Drug Policies that Work," p. 31.

extent, to both Iran[87] and Pakistan.[88] It would be callous to describe the drug epidemic ravaging all three countries as merely a 'nuisance,' given the extremely high prevalence of addiction and the massive impact on state cohesion organised criminal groups have achieved.[89]

d) Organisational: Mandates, Cooperation and Competition

The institutions created by and charged with managing this international prohibitionist consensus do not question the resilience of the drug problem and have themselves been careful to make the statistical case that the situation remains tense, not least in the annual *World Drug Reports* published by UNODC.[90] Quite understandable from the point of view of bureaucratic politics, the institutions charged with upholding the international regime for controlling narcotics contrast the somewhat unflattering empirical resume of a century of largely failed efforts with an essentially improvable counterfactual, namely that without this regime the harm done by drugs would have been significantly worse. This case is being made at considerable length in the *World Drug Report* of 2008 that explicitly revisited the historical evolution of the regime:

> "The containment of illicit drug use to less than 5% of the world population aged 15 to 64 (based on annual prevalence estimates) is a considerable achievement, documented historically in the pages of this report. The achievement is manifest on the two scales of time considered here: the century since the beginnings of the international drug control system; or the decade since UNGASS in 1998."[91]

In the decade following the mentioned UN General Assembly Special Session, a far greater realisation of the shortcomings of the prevailing consensus has developed also within official circles. While defending the maintenance of existing strictures

---

87. Calabrese, *Iran's War on Drugs: Holding the Line?*, pp. 5-7; A. William Samii, "Drug Abuse: Iran's Thorniest Problem," Brown Journal of World Affairs, Vol. 9(2), No. 2 (2002-2003) pp. 283-302.

88. Chandran, "Drug Trafficking and the Security of the State: A Case Study of Pakistan"; Khan, "Corruption and the Decline of the State in Pakistan."

89. Chandran, "Drug Trafficking and the Security of the State: A Case Study of Pakistan"; Schweich, "Is Afghanistan a Narco-State?"; Calabrese, Iran's War on Drugs: Holding the Line?

90. "On the basis of comprehensive information on supply, as well as the relatively limited new information on demand, it can be concluded that overall the global situation with regard to the prevalence of illicit drug use and problem drug use is generally stable, with the total global number of drug users increasingly commensurate with the growth of the world population." World Drug Report 2014, Sales No E14XI7 (New York: United Nations, June 2014), pp. ix/, emphasis added, footnote omitted/.

91. UNODC, World Drug Report 2008, United Nations, New York (June 2008), available at: http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2008/WDR_2008_eng_web.pdf, pp. 7/, internal references omitted/.

> "More users die each year from problems related to heroin use, and more are forced to seek treatment for addiction, than for any other illicit drug. Among illicit narcotics, opiates are also the most costly in terms of treatment, medical care and, arguably, drug-related violence. In addition, heroin is the drug most associated with injection, which brings about a host of acute and chronic health problems, including the transmission of blood-borne diseases such as HIV/AIDS and Hepatitis C. … Beyond its health impact, the illicit opiate industry also has a detrimental effect on stability and security in a number of places, including through the funding it provides for insurgents in production areas, particularly in Afghanistan."[83]

What the report fails to highlight, however, is these negative effects are largely the result of the drug being illegal, whatever its inherent potential for damage as a chemical substance.[84] The persistence of a maximalist, prohibitionist rhetoric thus needs to be distinguished from the actual threat assessment made by decision-makers in different jurisdictions. Despite the rhetoric of a 'war on drugs', most policymakers, at least in the rich consumer countries, "seem unsure at what point [the phenomenon of transnational organised crime] ceases to be just a nuisance -an unavoidable tax on globalisation- and becomes a strategic threat in its own right."[85]

Whatever position one takes on the morality of consuming drugs and the feasibility of proscription, it is evident that the implementation of the existing international counter-narcotics consensus places a disproportionate burden on poorer producing and transit states with far more tenuous state capabilities, where organised criminal groups are indeed a strategic threat to the coherence of state and society. This situation is directly applicable to the countries examined in this report: Afghanistan[86] and, to a lesser

---

83. UNODC, World Drug Report 2010, Sales No E10XI13, United Nations, New York (2010), available at: http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2010/World_Drug_Report_2010_lo-res.pdf, p. 37.

84. Inkster and Comolli, *Drugs, Insecurity and Failed States: The Problems of Prohibition*, p. 12.
See here the highly instructive chart showing an inverse correlation between regulation and social harm along the drug policy spectrum in Global Commission on Drug Policy, "Taking Control: Pathways to Drug Policies that Work," p. 27.

85. Inkster and Comolli, *Drugs, Insecurity and Failed States: The Problems of Prohibition*, pp. 12, 133.

86. William A. Byrd, "Responding to Afghanistan's Opium Economy Challenge: Lessons and Policy Implications from a Development Perspective, Policy Research Working Paper 4545 (Washington, D.C.: World Bank, March 2008), available at: http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-4545; Richard P. Kaufman, America's Opium War: How the Wrong Approach to Counternarcotics is Undermining State-building in Afghanistan, (Washington, D.C.: Johns Hopkins School of Advanced International Studies, Spring 2009), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Americas-Opium-War.pdf.

that the major proponents of that systems do not bear the brunt of its unintended costs. While these insights are anything but new, the dynamics of domestic and international policy-making place an insurmountable burden for politicians and officials interested in changing the status quo:

> "The political alternative - that of questioning the 'tough on drugs' orthodoxy, of promoting policies that are more tolerant of drug use, or that reduce enforcement or punishment - represents a high risk strategy for any politician. As the former Prime Minister of Luxembourg [and current President of the European Commission], Jean-Claude Juncker, has succinctly put it: 'We know what to do, but we don't know how to get re-elected once we have done it'. Drug policy is often referred to as a 'third rail' issue - a railway metaphor that loosely means that if you touch it, you are going to be electrocuted. In the bear pit of local and national politics, any leader who questions traditional policies, or promotes alternatives, is easily caricatured by media and political opponents as 'soft on drugs', weak on law and order, or in favour of greater drug use. It is perhaps therefore not surprising that a large number of policy makers at all levels privately hold views on the best direction for drug policies and strategies that they are unwilling to express in the public arena."[82]

The social and political costs associated with maximalist abolitionist demands are generally borne by domestic social groups underrepresented in political and judicial decision-making, as well as internationally in producer and transit states characterised by weak domestic state structures and weak international 'clout.' But it is precisely this dynamic that continues to bedevil the international counter-narcotics regime, namely that its maximalist, ideologically-driven logic is a 'luxury' that can be relatively easily afforded by rich, stable consumer countries but not by poor, unstable producing and transit countries that bear the brunt of the costs of this prohibitionist regime. The inflated value that narcotic drugs acquire as a direct result of their proscribed nature attracts powerful organised criminal interests and forces addicts into crime. Few would argue that drug consumption is a healthful activity that should be left entirely unregulated. So, the 2010 World Drug Report issued by UNODC is quite accurate in its categorical denouncement of heroin use, arguably the most dangerous of illicit drugs:

---

82. Trace, *Drug Policy – Lessons Learnt, and Options for the Future*, p. 9. It is thus not surprising that the prominent and far-sighted Global Commission on Drug Policy is composed entirely of retired, albeit extremely high-ranking politicians.

control regime."[76]

The human suffering and the social cost of the international counter-narcotics regime are not really in dispute, even among proponents of the regime. What is important to highlight, however, quite irrespective of one's position with respect to the counter-factual argument -that the costs are worth paying for without the regime even higher costs would ensue-, is the generally ignored fact that these costs are distributed extremely unevenly.

Domestically, the effects of addiction and criminal punishment affect different groups very unequally even if drug usage is proportionally similar, perhaps best epitomised in the extremely high incarceration rates of black citizens in the United States.[77] Internationally, and more pertinent for the purpose of this study, the costs are likewise very unevenly distributed between the various nations implicated in the global narcotics network. Hidden behind the apparent international consensus embodied in the three major conventions are very substantial divergences in economic interests, strategic threat assessments, cultural norms, and socio-medical impact. These differences had, of course, been apparent throughout the past century during which the international regime was negotiated, built, and enforced.[78] But just as with any other international agreement, the outcome of the negotiations and the actual form the ensuing regime takes is a function of economic and military power, diplomatic skill, and how invested in the issue a particular actor is.[79] With respect to the international drug control regime, the influence of moral motivations and religious pressure groups has been well acknowledged in the initial creation of the system.[80] But the persistence of moralistic, maximalist rhetoric is nevertheless surprising, given the ineffectiveness of the system in achieving its stated goals.[81]

The moralising tone pervading much international drug discourse, and the refusal to countenance evidence-based alternatives that take into account the reality, pleasant or not, that drug use has been and continues to be prevalent among certain segments of society pretty much across the globe, can ultimately be explained only by the fact

76. Evan Wood et al., "The War on Drugs: A Devastating Public-Policy Disaster," The Lancet, Vol. 373(9668), No. 9668 (21 March 2009) pp. 989-90, pp. 989-90.

77. Targeting Blacks. Drug Law Enforcement and Race in the United States, Human Rights Watch, Washington, D.C. (5 May 2008), available at: http://www.hrw.org/en/node/62236/section/1.

78.See for instance above fn. 39.

79. See generally Stephen D. Krasner (ed.), *International Regimes* (Ithaca: Cornell University Press, 1983).

80. Buxton, "The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime," pp. 68-71.

81. For a comprehensive, critical account, see Global Commission on Drug Policy, War on Drugs. Report of the Global Commission on Drug Policy.

It is understandable that those tasked with maintaining the current prohibitionist system, if for no other reason than bureaucratic self-preservation,[73] present a rather glowing balance sheet of its outcome.[74] Whether one accepts this counter-factual narrative or not - namely that without the international control regime, drug abuse would be much more prevalent -,[75] it is quite clear that the system not only has been unable to achieve its stated aim of total eradication but that it also has produced very severe negative political, social, and health effects, the evidence for which appears incontrovertible, as discussed in a recent article by medical professionals in *The Lancet*:

> "Beyond being ineffective, increasing expenditures on drug-law enforcement have also been associated with severe unintended harms. … chief among the public health concerns is the transmission of HIV among injection drug users. … Clearly, the preponderance of evidence shows that the UN drug-control framework has not only been ineffective but has resulted in a range of severe unintended harms. If the UN system fails to acknowledge this reality and open up to more evidence- based approaches during its upcoming review process, it will tarnish the reputation of the entire UN system. It will also help perpetuate the needless human suffering and enormous social costs that have emerged under the existing global drug-

---

Problems, Policies and Reform Proposals," p. 510, emphasis added

73. Cindy S.J. Fazey, "The Commission on Narcotic Drugs and the United Nations International Drug Control Programme: Politics, Policies and Prospect for Change," International Journal of Drug Policy, Vol. 14 (2003) pp. 155-69. For a more general exploration, see Max Weber, "Bureaucracy," in: *From Max Weber: Essays in Sociology*, ed. by H. H. Gerth and C. Wright Mills (Oxford: Oxford University Press, 1958).

74. See for instance the opening address by the Head of the UNODC, Mr. Antonio Maria Costa: "For those who doubt the effectiveness of drug control, consider this. In 1906, 25 million people were using opium in the world (1.5% of the world population) compared with 16.5 opiate users today (0.25% of the world population). In 1906/07, the world produced around 41,000 tons of opium – five times the global level of illicit opium production in 2008. While opium used to be produced in a huge belt, stretching from China to Indochina, Burma, India, Persia, Turkey and the Balkan countries, the illegal production of opium is now concentrated in Afghanistan (92%). Same for coca. Its leaves used to be cultivated not only in the Andean region but also in several Asian countries including Java (Indonesia), Formosa (Taiwan) and Ceylon (Sri Lanka). Today coca leaf production is concentrated in three Andean countries: Colombia, Peru and Bolivia. International drug control can take some of the credit." UNODC, A Century of International Drug Control, p. 3, emphasis added

75. There is obviously also the problem of over-reporting with respect to the data used to support this counter-factual claim; as criticised for instance by a former UNDCP official: "Meanwhile, what the CND claims as success in implementing various UN action plans is often more the result of countries reporting process, not necessarily progress. This impression of successful action masks a global policy failure that is itself fuelling pressure for change." Fazey, "The Commission on Narcotic Drugs and the United Nations International Drug Control Programme: Politics, Policies and Prospect for Change," p. 155.

be in the business of protecting individuals from engaging in self-damaging behaviour, or whether the measures taken are commensurable with the potential harm prevented.[67] More pertinent, however, have been critiques that focus on the uncomfortable evidence after a century of drug control that clearly points that (a) the abolition of drug demand has proven to be unachievable, whatever the reasons people chose to use drugs for; (b) that the artificial inflation of value of these commodities has attracted very determined criminal organisations with nefarious consequences for states and societies far in excess of the harm caused by drug use itself; and thus (c) that the 'war on drugs' has not only been a failure but directly led to the destabilisation of already precarious state structures, causing, prolonging, and intensifying violent conflicts, especially in the Global South.[68] Whatever the saliency of libertarian arguments, it is unlikely that the removal of drug control as such is a feasible, if desirable, policy option. Still, it the evidence from both academic[69] and official inquiry,[70] as well as changing state practice[71] points towards the need for more modest goals to be set, based less on maximalist ideological posture than on practicability:

> "The option with the most scope is increased effort at diverting arrested drug users out of criminal justice systems. No prevention, treatment or enforcement strategies have demonstrated an ability to substantially affect the extent of drug use and addiction. The best that government interventions can do is to reduce the damaging consequences of drug use and drug control. More attention should be given to reductions in the intensity of drug enforcement, which has many unintended adverse consequences and yields few of the claimed gains."[72]

---

67. Dave Bewley-Taylor, Tom Blickman, and Martin Jelsma, "The Rise and Decline of Cannabis Prohibition: The History of Cannabis in the UN Drug Control System and Options For Reform, Transnational Institute / Global Drug Policy Observatory, Amsterdam / Swansea (March 2014), available at: http://druglawreform.info/images/stories/documents/Rise_and_Decline_Web.pdf, accessed on: 15 November 2014, pp. 59, 69.

68. Elegantly argues inter alia in Global Commission on Drug Policy, War on Drugs. Report of the Global Commission on Drug Policy, GCDP, Rio de Janeiro (June 2011), available at: http://www.globalcommissionondrugs.org.

69. Peter Reuter, "Ten Years After the United Nations General Assembly Special Session (UNGASS): Assessing Drug Problems, Policies and Reform Proposals," Addiction, Vol. 104(4), No. 4 (April 2009) pp. 510-17.

70. Pierre Claude Nolin and Colin Kenny, "Cannabis: Our Position for a Canadian Public Policy. Report of the Senate Special Committee on Illegal Drugs", Volume III: Part IV and Conclusions, Senate, Government Printing Office, Ottawa (2002), available at: http://publications.gc.ca/site/eng/398108/publication.html.

71. Bijan Nissaramanesh, Mike Trace, and Marcus Roberts, The Rise of Harm Reduction in the Islamic Republic of Iran, The Beckley Foundation Drug Policy Programme, London (July 2005), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/10/paper_08.pdf.

72. Reuter, "Ten Years After the United Nations General Assembly Special Session (UNGASS): Assessing Drug

c) Political: Interests, Rhetoric, and Threat Perception

It is in fact this very conformity that has been the subject of very sustained criticism. Whatever its successes in creating and regulating the market for licit narcotics, it is unquestionable that the other major objective of the international drug consensus, namely the complete eradication of non-medical drug use, has been a problematic preference. Not only has this goal proven to be unobtainable, the enormous negative consequences of striving towards this goal have become readily apparent for decades.

These negative externalities have been acknowledged explicitly in the ten-year review prompted by the 1998 United Nations General Assembly Special Session on Drugs (UNGASS),[61] which was convened under the catchy slogan "A drug free world— we can do it" and reiterated in its final Political Declaration the goal of total elimination of all non-medically mandated drugs from the world, however unreasonable and contrary to the evidence this goal might have been.[62] The follow-up UNGASS of 2009, likewise, reiterated the successes that the international control system had achieved in the eyes of its key proponents, while recognising in somewhat stronger terms that the unintended consequences of proscription might necessitate a somewhat greater focus on demand and harm reduction,[63] as well as acknowledging that the criminalisation of non-violent drug users might ultimately be counter-productive.[64]

In the years since, however, very vocal criticism not only by a host of NGOs and private academics,[65] but notably by current and former leaders of mainly Latin American producing countries has set in motion an unprecedented degree of pressure to rethink the positive 'spin' characterising the official assessment of the workings of the international drug regime.[66] Some criticism, notably from NGO circles, is motivated by libertarian concerns for constitutional rights about whether governments should at all

---

61. UNGAR A/RES/S-20/2, 21 October 1998, S-20/2. Political Declaration

62. For a strident critique of this goal, see Martin Jelsma, "The Unwritten History of the 1998 United Nations General Assembly Special Session on Drugs," International Journal of Drug Policy, Vol. 14 (2003) pp. 181-95.

63. UNODC, "From Coercion to Cohesion. Treating Drug Dependence Through Health Care, Not Punishment", Discussion paper based on a scientific workshop UNODC, Vienna, October 28-30, 2009, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna (2010), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Coercion_Ebook.pdf.

64. Commission of Narcotic Drugs, "Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem", United Nations, Vienna (2009), available at: http://www.unodc.org/documents/ungass2016/V0984963-English.pdf.

65. See in particular the groups supported by the Open Society Foundation, the Senlis Foundation, and the Transnational Institute.

66. By far the most pertinent criticism has emanated from the Global Commission on Drug Policy, "Taking Control: Pathways to Drug Policies that Work."

judicial cooperation on the extradition of drug traffickers, controlled deliveries and transfer of proceedings.

Article 3 exemplifies the basic logic at the heart of the 1988 Convention, namely that an effective international control regime requires enhanced criminal justice cooperation which in turn is premised on improving the efficacy of domestic criminal justice systems, both with respect to the municipal penal provisions which the Convention mandates signatories to augment, as well as with respect to the institutional capability of law enforcement and judicial agencies, addressed in Article 9 as well as international financial and technical assistance specifically to developing transit nations which is addressed in Article 10.

A particularly salient innovation introduced by the 1988 Convention is the definition in Article 3(1)(b) of drug-related money-laundering as a criminal offence; responding the inherently trans-national character of organised drug crime, the Convention thus clarifies jurisdictional matters in Article 4, and, very importantly, obligates member states to adopt measures to deprive criminals from the proceeds of drug-related crime through confiscating assets and depriving them of the benefits of bank secrecy in Article 5. As already established in earlier instruments, extradition is regulated extensively in Article 6 which, again, permits the Convention itself serve as the legal basis for an extradition if no specific treaty basis exists. Completing the picture, very detailed rules for mutual legal assistance are laid down in Article 7, as well as the possibility for the transfer of legal proceedings from one jurisdiction to another that is regulated in Article 8.

Combined, the amended 1961, the 1971, and the 1988 Conventions jointly make up the international counter-narcotic consensus and, as the oblige member states to incorporate their provisions into national law, provide for a very high degree of legal conformity across borders. The three countries under consideration in this report - Afghanistan, Pakistan, and Iran- have all ratified these conventions and incorporated them into national law. All collocutors unanimously stressed to this author that the legal provisions currently existing in the three countries adequately reflect the international standard and provide a suitable basis for national and regional counter-narcotics efforts. Problems that are apparent in the day to day operations are generally not due to insufficient legal norms, but insufficient institutional capacity and political will, an issue to which this report will return to.

required to use the full force of their criminal justice systems, aided by trans-boundary collaboration and international organisations to facilitate that task.

The first element of this strategy has worked well, although there continue to be considerable problems, mainly in the developing world, concerning the availability of analgesics and related palliative care due to undue national legal restrictions emanating obligated by adherence to these international conventions.[57] Still, the main problem has been the explicit aim of the international consensus to stamp out the illicit market, the failure of which had become overwhelmingly apparent by the mid 1980s characterised by an explosive rise in global drug abuse and, more worryingly, increasingly powerful and violent organised criminal groups, a perhaps unsurprising unintended consequence of this very logic, quickly realised at the time:

> "Regardless of what we think we are trying to do, if we make it illegal to traffic in commodities for which there is an inelastic demand, the actual effect is to secure a kind of monopoly profit to the entrepreneur who is willing to break the law."[58]

Despite its success with regulating and limiting licit production, the international regime proved less effective in reducing, let alone eliminating illicit production outside the quota system. The concerns with the organised crime associated with the illicit trade in narcotic and psychotropic substances thus led to the third, and provisionally final, large convention that completes the contemporary international legal regime. The 1988 United Nations Convention Against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances[59] was prepared by the Commission on Narcotic Drugs at the request of the General Assembly and its main contribution to the regime is its extension of international controls along the entire value chain, that is from precursor chemicals needed to produce the illicit substances itself (Article 12), to anti-money laundering measures to address the profits derived from the criminal enterprise (Article 5). Overall, the thrust of this convention lies very much on improving international collaboration with respect to law enforcement and strengthening penal provisions,[60] including provisions against money laundering and the diversion of precursors chemicals. It further reinforces international

---

57. Ronald Piana, "Dying Without Morphine," New York Times, (1 October 2014), p. A27.

58 .Herbert L. Packer, quoted in P. Bean, *The Social Control of Drugs* (New York: Halstead Press, 1974), p. 91.

59. United Nations Convention Against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 19 December 1988, 28 I.L.M. 497.

60. While the previous conventions had required member states to proscribe activities related to the production, trade, use, or possession of illicit narcotic and psychotropic substances as "punishable offences", the 1988 Convention obliges member states now to make these "criminal offenses" under domestic law.

similar albeit somewhat weaker control mechanism to psychotropic substances,55 based on the same underlying philosophy that any manufacture, trade, and use of these substances must be limited to medical and scientific purposes. This convention represents a certain departure from the previous international consensus on supply reduction -which, we recall, was successful in shifting the vast majority of the costs of prohibition to the relatively poor and underdeveloped producers of organic raw material- by acknowledging that a comprehensive approach to drug dependency had to include measures dealing with demand reduction. This long-term, glacial change in attitudes is aptly summed up by McAllister:

> "In 1912 the Hague Opium Treaty had created a new set of expectations concerning the international trade in drugs. Although it took two decades to implement those proscriptions, by the early 1930s manufacturing states and pharmaceutical firms had come to terms with the new covenant. They acquiesced permanently in a certain level of restriction over the trade in narcotics, although the regulatory burdens landed disproportionately on producing states. By agreeing to the 1971 Psychotropic Convention, manufacturing states again conceded an essential point at least some non-narcotic substances were liable to abuse and should be treated accordingly. In subsequent years those advocating substantive international controls over psychotropics edged slowly toward their goal. Moreover, the events of the 1960s engendered a permanent challenge to the long-dominant supply-control paradigm. Slowly and unevenly, demand reduction came to play a role in the calculations of those formulating policy and allocating money. In the subsequent years, the differences between those competing visions came into sharp relief as control authorities and their critics faced a variety of challenges, new and old."[56]

Both conventions thus follow the same basic underlying logic: a strict separation into a licit market tightly controlled by national and international authorities through the means of government monopolies, licencing, statistical need assessments, and the like on the one hand, and a illicit market for whose eradication national authorities are

---

55 .The relatively weaker control mechanism can be explained by the much stronger interests and better negotiating and lobbying prowess of the pharmaceutical industry with respect to this class of drugs as opposed to the earlier conventions. Martin Jelsma, "The Current State of Drug Policy Debate. Trends in the Last Decade in the European Union and United Nations", Support text for the First Meeting of the Latin American Commission on Drugs and Democracy, Transnational Institute, Amsterdam, Rio de Janeiro (30 April 2008), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/martin_jelsma_english.pdf, p. 14.

56. McAllister, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*, p. 239, emphasis added

assistance,[51] the creation of regional research and education centres to address the problem of drug abuse,[52] but, perhaps most importantly, by the modification of the penal provisions to replicate the extradition provisions already contained in the 1936 Convention. Member states are under an obligation to penalise under domestic law criminal offences defined in connection with drug production, trafficking, use, or possession which the (Article 36(1)(a) and (2)(a)). It should also be mentioned that the Convention, as a nod to the building criticism against the exclusively punitive approach taken so far, stipulates that "Parties may provide, either as an alternative to conviction or punishment or in addition to conviction or punishment, that such abusers shall undergo measures of treatment, education, after-care, rehabilitation and social reintegration" (Article 36(1)(b)).

Recognising the transnational nature of the phenomenon, the Convention now recognises that foreign convictions should be taken into account for the purposes of assessing recidivism (Article 36(2)(a)(iii)); and, most importantly, provides for the automatic inclusion of these offenses into existing extradition treaties, or in the absence of such a treaty, permits the Convention itself to serve as the legal basis for an extradition (Article 36(2)(b)).

If the Single Convention represented the "the end of the beginning",53 namely the completion of the exclusively prohibitionist international approach targeting the producers of the organic raw material, then the adoption of the 1971 Convention on Psychotropic Substances54 is the - very, very tentative - beginning of a change in attitude. It is based on the premise that scientific and technical progress in the manufacture of synthetic drugs -a commodity for which an explosive demand had developed during the 'counter-culture' of the 1960s- had led to an unregulated global market for these substances every bit as dangerous as that of naturally occurring narcotics at the beginning of the century that had prompted international efforts for control. After it had been determined that the Single Convention did not cover this class of mind-altering substances, the Commission of Narcotic Drugs was called upon to draft a new international instrument that would extent the existing international regime to this relatively new group of substances, an effort that duly resulted in the 1971 Convention.

Very similar in structure and purpose to the Single Convention, the 1971 extends

---

51. Article 14bis of the amended Single Convention. Single Convention on Narcotic Drugs 1961, as amended by the Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 8 August 1972, 976 U.N.T.S. 105.

52.Article 38bis of the amended Single Convention.

53. Ibid., p. 239.

54 .Convention on Psychotropic Substances, 21 February 1971, 1019 U.N.T.S. 175.

were still permitted under earlier instruments.[48] That means that under Articles 23 and 24 producing countries had to establish national monopolies that were to centralise the cultivation of coca plants and opium poppies, with the ultimate aim of phasing out all non-medical use of these substances. Any licit production, trade, and distribution was to be subject to a strict licencing scheme under Article 29-31.

The 1961 Single Convention concludes the early conceptional phase of constructing the international counter-narcotics consensus,[49] in the sense that it is almost exclusively focussed on supply reduction in production countries, advocates a 'zero-tolerance' policy with respect to any drug use outside the strictly medically-mandated, and requires member states to criminalise any production, trade, use, or possession. The problem is, of course, that this exclusively prohibitionist approach clashed with social realities that largely remain unresolved, despite the institutional changes undertaken at the end of the decade:

> "The drug control universe underwent changes of cosmic proportions during the 1960s. Driven by skyrocketing demand, illicit use of old and new substances flourished. Many rejected the ethos that informed the system restricting access to drugs appeared as simply another manifestation of bankrupt "establishment" values. Others, recognizing the danger of unregulated availability, nevertheless questioned the assumptions underpinning the control regime. By the early 1970s, most observers, experts, and policymakers no longer supported an exclusive emphasis on supply control. For the first time, governments devoted at least some attention, money, and organizational resources to fundamental investigations about the nature of addiction, treatment programs, rehabilitation schemes, and preventive education efforts. The new sensibility manifested itself at the international level; both the 1971 Psychotropic Convention and the 1972 Protocol Amending the Single Convention included language encouraging states to address the demand side of the equation."[50]

The decision to amend the Single Convention was intended to strengthen the international control regime by going beyond the exclusive prohibitionist approach applied previously, not least by introducing provisions on technical and financial

48. Adolf Lande, *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs of 1961*, UN Sales No E73XI1 (New York: United Nations, 1973), pp. 110-11.

49. As McAllister puts it, "the 1961–72 period represented, to borrow Churchill's phrase, the 'end of the beginning.'" McAllister, Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History, p. 239.

50. Ibid., p. 238.

to the already existing Commission on Narcotic Drugs (established under ECOSOC) and the newly created International Narcotics Control Board (INCB) with its own secretariat.[43] The latter is tasked with carrying out the licencing, statistical review of national reports for licit drug demand, and sanctioning.

As mentioned, the convention represents a compromise negotiated between a large number of states with strong countervailing economic interests, cultural norms, and bureaucratic capabilities. As with other multilateral negotiations and agreements, the negotiating parities varied enormously in their relative power,[44] the diplomatic skill of their representatives,[45] and, not least, in their dependency on a negotiated outcome.[46] The Single Convention represents therefore, not surprisingly, the particular distribution of forces that had prevailed (and continued to prevail) for most of the 20th century, leading to the consolidation of the prohibitionist ethos already embedded in the instruments which this new convention superseded. The burden of prohibition, however, fell disproportionately on the developing states that were the primary producers of the organic raw material, not the producers of manufactured drugs: "The traditional calculus remained intact western industrialized states focused control efforts toward producing countries and primary agricultural products. Developing nations, hoping that manufacturing states might finally get their comeuppance, again settled for the short end of the stick."[47]

The central operative provision of the convention is contained in its Article 4 (c) which carries further the prohibitionist approach laid down in earlier instruments and mandating national criminal legislation to give effect to them: "the Parties shall take such legislative and administrative measures … to limit exclusively to medical and scientific purposes the production, manufacture, export, import, distribution of, trade in, use and possession of drugs." One of the substantial novelties is the abolition of exceptions that

---

43 .For more information, see www.incb.org.

44.Alexander L. George, *Forceful Persuasion: Coercive Diplomacy as an Alternative to War* (Washington, D.C.: US Institute of Peace Press, 1991).

45. The importance of personalities in explaining the particular shape of the international drug consenus is ably described in McAllister's highly readable account of the negotiating history. McAllister, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*.

46. In negotiation theory this often referred to the Best Alternative To a Negotiated Agreement (BATNA); the importance of the concept is less as a safety net but a lever to be used in the negotiation. Milner describes this idea in her discussion of the 'reversion point' in a negotiation when no accommodation occurs: "The player who has the best alternative to an agreement may be the most powerful." Helen V. Milner, *Interests, Institutions, and Information: Domestic Politics and International Relations* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997), pp. 260-61.

47.McAllister, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*, p. 238, emphasis added

manufacturing of new drugs, led to the desire to consolidate these measures into a more manageable single document. Given the complexity of the issue and the countervailing interests at stake between the negotiating states,[40] it is not surprising that the process of negotiating a consolidated compromise took from 1948–1961, culminating in the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs[41], which superseded and terminated the earlier mentioned international agreements.[42]

The main objective of the Singe Convention has been to bring the stipulations of the previous agreements, especially the 1931 Paris Convention up to date, in particular to take account of the enormous developments in chemical science and thus to extend the proscriptive regime to the large group of synthetic opioids that had been invented during the preceding thirty years. Where the earlier conventions were limited in their application to naturally occurring opium, coca, and their derivatives such as morphine, heroin, and cocaine, the consolidated Singe Convention covers also cannabis and other drugs with comparable effects. Most importantly, in light of the necessarily cumbersome and lengthy process of international treaty-making, the Singe Convention creates a nimble mechanism to adapt its four schedules of controlled substances to changing socio-political and scientific developments by permitting, through its Article 2, the Commission on Narcotic Drugs and the World Health Organization to easily add to, remove from, or reposition drugs within the schedules.

In institutional terms, the Singe Convention streamlines the bureaucratic control structure: in its Articles 5–9, and 45, it transfers the task of administering the system of estimates and statistical returns submitted annually by state parties from the Permanent Central Opium Board (PNCB) established under the 1925 Geneva Opium Convention

---

40. There were five broad grouping during the UN Conference on Narcotic Drugs that hammered out the compromise text that resulted in the Single Convention, these groupings were based on divergent normative visions and socio-economic interests: (1) the states that produce the organic raw material and were traditional drug use was common, and that thus had an economic interest in limiting the stringency of prohibition and the economic impact of control measures; (2) the mainly Western industrialised nations with strong pharmaceutical producers and little cultural affinity for drug use, this group advocated strict supranational control over production of raw materials and illicit trade, but resisted restrictions on medical and scientific research and pharmaceutical production; (3) states with no raw material production and no manufacturing interests and with a strong cultural objections to drug use, thus advocating for strict supranational control and willing to forego a degree of national sovereignty in pursuance of this aim; (4) states with limited manufacturing interests and little to no domestic abuse problems who resisted the intrusion into sovereign prerogatives, seeing drug control as primarily a domestic issue; (5) states without a strong preference beyond ensuring an adequate supply of medical narcotics, and thus neutral in their posture.
For further details, see McAllister, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History.*

41. Single Convention on Narcotic Drugs, 30 March 1961, 520 U.N.T.S. 151.

42. Through its Article 44.

reflected in its Article 2 that stipulated that domestic ratification had to be accompanied by severe criminal penalties for production, trade and consumption, as well as specifying in detail in its Articles 7–10 rules for the extradition of offenders.

These administration of these instruments was transferred to the newly created United Nations by the 1946 Protocol amending the Agreements, Conventions and Protocols on Narcotic Drugs (Protocol of Lake Success).[35] The Economic and Social Council (ECOSOC) of the UN created in its first session the still extant Commission on Narcotic Drugs (CND), replacing the earlier Opium Advisory Committee. The increasing spread of new 'designer' drugs hitherto not covered by the earlier instruments led to the adoption of the 1948 Paris Protocol to the 1931 Convention which through its Article 1(1) sought to bring under the existing regime new substances.[36] The conceptional model of controlling supply through tight licencing schemes did not prevent large quantities of drugs seeping from licit, licenced production into the illegal market, not least through the manufacture of heroin from opium diverted from medically-destined opium production.[37] This led to the adoption of a new 1953 Protocol for Limiting and Regulating the Cultivation of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium[38] which limited licit production to only seven countries[39] operating under strict quotas set by the Commission on Narcotic Drugs.

The complexity of the resulting landscape of overlapping and inter-related international instruments and the changes necessitated by scientific progress in the

---

35. Protocol amending the Agreements, Conventions and Protocols on Narcotic Drugs concluded at The Hague on 23 January 1912, at Geneva on 11 February 1925 and 19 February 1925, and 13 July 1931, at Bangkok on 27 November 1931 and at Geneva on 26 June 1936 (Protocol of Lake Success), 11 December 1946, 12 U.N.T.S. 179.

36. Protocol Bringing under International Control Drugs outside the Scope of the Convention of 13 July 1931 for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs, as amended by the Protocol signed at Lake Success, New York, on 11 December 1946, 19 November 1948, 44 U.N.T.S. 56.

37. Through the so-called French Connection, where Turkish opium produced under licence for medical purposes was diverted by French and Italian organised crime, and refined into heroin for the US market. See Inkster and Comolli, Drugs, Insecurity and Failed States: The Problems of Prohibition, p. 47.

38. Protocol for Limiting and Regulating the Cultivation of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium, 23 June 1953, 456 U.N.T.S. 56.
Due to considerable opposition to its intrusive verification measures, ratification of the Protocol had been very slow. It only garnered the necessary number of ratification and thus entered into force in July 1963 but was superseded by the entry into force of the 1961 Single Convention in December 1964; the Protocol was thus in realty only in force for a year and a half. See the discussion in UNODC, A Century of International Drug Control, p. 60.

39. Bulgaria, India, Iran, Greece, the Soviet Union, Turkey and Yugoslavia. This numerical restriction has been lifted again by Article 21 bis of the 1961 Singe Convention which imposes strict licencing requirements and quotas under the control of the International Narcotics Control Board.

control regime was thus entrusted to the newly founded League of Nations[29] and its specialised bodies, especially its Advisory Committee on the Traffic in Opium and Other Dangerous Drugs. Despite the multitude of institutional and organisational changes that have occurred in the intervening years, the basis structure of the international drug control regime established now has proven remarkably resilient: universally ratified drug control conventions, member states that were obliged "for this purpose to enact the necessary legislation without delay"[30] which in effect meant the domestic criminalisation of most drug-related activities, and supranational monitoring and coordination through an international secretariat, first located in the League of Nations and then the United Nations.

In the four decades that followed, the system set in motion with the 1912 Hague International Opium Convention was steadily extended substantively and controls strengthened: the 1925 Geneva International Opium Convention[31], and the Agreement Concerning the Manufacture of, Trade in, and Use of Prepared Opium of the same year[32] sought to reign in the flourishing trade in commercially produced, openly traded and widely self-administered pharmaceuticals by establishing the basic principle still underlining the international drug regime: namely that beyond tightly controlled licit market regulated by import certification and export authorisations issued by governments and policed by an international body, the Permanent Central Opium Board (PNCB), all other trade and production was deemed to be illicit and such activities to be criminally proscribed. The system proved, however, largely ineffective and was, thus, supplemented by the 1931 Convention for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs[33] which introduced the second major principle still in force today, namely that supply reduction was the key to reducing dependency. The final of the major inter-war agreements, the 1936 Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs[34] strengthened the idea that any recreational or other use beyond the strictly medically or scientifically mandated was deemed illegal,

29. Art. 23 (c) Covenant of the League of Nations, 28 June 1919, in which its members "entrust the League with the general supervision over the execution of agreements with regard to … the traffic in opium and other dangerous drugs."

30.Art. 295 Versailles Peace Treaty

31. International Opium Convention, 19 February 1925, 81 L.N.T.S.

32. Agreement Concerning the Manufacture of, Trade in, and Use of Prepared Opium, 11 February 1925, 51 L .N.T.S. 317.

33. Convention for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs, 13 July 1931, 139 L.N.T.S. 301.

34. Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs, 26 June 1936, 198 L.N.T.S. 299.

generally. It was alcohol rather than drugs that preoccupied the moral conscience of white, Christian U.S. society."[24]

The acquisition of the Philippines after its victory in the Spanish–American War of 1898 suddenly raised the question of what to do with the opium monopoly the Spanish colonial government had operated and thus brought the issue onto the agenda of the US federal government. Bowing to strong, morally motivated Christian opposition to its continuation, the US government thus belatedly entered the international diplomatic discourse on the managing the drug trade. As a country with few vested interests in the trade, it assumed a maximalist posture that sought the complete elimination of the trade, a position that "required little sacrifice from Americans while demanding fundamental social and institutional change from others."[25]

What is interesting from an institutional point of view is the manner in which the idea of prohibition took hold on the international stage against these very considerable countervailing interests by powerful actors. Convened at the instigation of the United States, the 1909 Shanghai Opium Commission was one of the first attempts to deal with a global problem through common diplomatic action. Given the very large financial interests involved in the opium trade, it is not surprising that the Shanghai Commission did not produce a binding agreement. Rather, it is remarkable that within a very short time the 1912 International Opium Convention of The Hague[26] was signed and ratified by 1915, this firmly establishing the principle of international control of the production and trade of narcotic substances.

It is not necessary to retrace here in depth every step leading to the emergence of the international drug control consensus; reference is made instead to the excellent, exhaustive, and freely available centennial report prepared by UNODC.[27] It shall suffice to briefly lay out the framework of the existing international legal and institutional framework and its underlying logic.

The importance that came to be attached to the new area of drug control is reflected in the fact that Article 295 of the 1919 Versailles Peace Treaty[28] required all signatories to ratify the earlier 1912 International Opium Convention. Overseeing said opium

---

24 .Buxton, "The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime," pp. 69-70.

25. William B. McAllister, Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History (London: Routledge, 2000), pp. 66/, discussed in /Buxton, 2010, #84775@68.

26. International Opium Convention, 23 January 1912, 8 L.N.T.S. 187

27. UNODC, A Century of International Drug Control, pp. 29-57.

28. Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany, 28 June 1919, 225 C.T.S. 188

Kingdom, Spain, and the Netherlands had operated opium retail monopolies across Southeast Asia for more than 150 years, and those monopolies contributed to meeting the administrative costs of the colonial enterprise. In Java, Indonesia, the Dutch administered 1,065 opium retail outlets, which covered 15 percent of administrative costs, while in the British colony of Malaya (Malaysia), opium sales contributed 53 percent.

Further developing the picture of a large global market and commercial interest in narcotic drugs, coca cultivation had expanded out of native areas in South America, such as the Yungas in Bolivia and Huanuco, Libertad, and Cuzco in Peru. British and Dutch pharmaceutical companies and commercial interests transplanted coca leaf cultivation to British Guyana, India, Indonesia, Jamaica, Malaysia, and Sri Lanka, to reduce shipping times and to meet rising demand for cocaine. The Dutch had set up cocaine manufacturing facilities in Indonesia following the introduction of the coca leaf to Java in 1900, and by the turn of the century, the Dutch were the world's leading cocaine producer. As with opium production, national governments in coca cultivation areas also invested heavily in their new comparative advantage; the Peruvian government, for example, devised a strategy for national development based on the promotion of the coca paste export sector."[22]

To be sure, there had for several decades been vocal detractors of the international trade in narcotics among both morally motivated, mainly Christian groups and nationally motivated indigenous that had denounced this 'trade in misery.'[23] The United States remained marginal to these debates mainly for three reasons: first, domestically, alcohol rather than drugs was the main target of abolitionist groups; second, the constitutional separation of powers between the federation and the states left the federal government powerless to regulate narcotics; and thirdly, without overseas colonial territories, it played only a marginal role in Asian trade and thus the issue played only a limited role in domestic political discourse: "As a result, the United States was divorced from the broader debate on the morality of the opium trade and the operations of the market more

22. Buxton, "The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime," pp. 67-68/, references omitted/.

23. For an earlier, ultimately successful campaign waged on moral grounds against strong economic and political interests, see Chaim D. Kaufmann and Robert A. Pape, "Explaining Costly International Moral Action: Britain's Sixty-Year Campaign Against the Atlantic Slave Trade," International Organization, Vol. 53(4), No. 4 (2003) pp. 631-68.

advantages, allowing them to extract revenue from largely cash-less agricultural economies, improve terms of trade with the recipients of industrial goods (mainly with respect to China), and, certainly not least, facilitating colonial administration by creating not only a steady revenue stream but pacifying social relations through addiction.[20]

This commercialisation of narcotic cash crops led to a drastic transformation of traditional consumption patterns, hitherto quite limited in number and largely confined to elites (with the important exception of China).[21] The advances in chemical sciences led throughout the 19th century to the isolation, and eventually synthesising of the active ingredients contained in narcotic plants, leading eventually to far more potent pharmaceutical products. This development has been rendered in exemplary fashion by Buxton and it shall suffice here to restate that at the end of the 19th century most European colonial powers maintained drug monopolies that supplied large percentages of addicts among the native population with narcotics, contributing very considerably to the financing of colonial administration, in addition to a very considerable transnational trade in pharmaceutically produced narcotics. In short, narcotics were a normal, highly lucrative commodity, involving both colonial and industrial interests.

b) Legal: International Standards and National Implementation

Keeping in mind the economic importance of this trade, the complete lack of moral opprobrium associated with either addiction or trade, and the geographical spread of the trade networks helps us put in perspective the enormity of the change brought about by concerted diplomatic action initiated by the United States and leading eventually to the existing international legal consensus:

> "When the United States convened the first opium conference at the turn of the 20th century, opium cultivation and consumption were at an all-time high. Production levels were around 41,624 mt [metric tons] per year, the bulk of which was produced in China in Yunnan and Szechwan provinces. The Persian and Ottoman Empires had emerged as significant cultivator countries, having stepped up opium poppy cultivation and opium production in the second half of the 19th century to meet rising global demand. National governments, commercial trading houses, and the pharmaceutical sector all had significant interests in the opium trade. The colonial powers, the United

20. For a fuller account, see Carl A. Trocki, *Opium, Empire and the Global Political Economy: A Study of the Asian Opium Trade, 1750-1950* (London: Routledge, 1999).

21. See also Michael K. Steinberg, Joseph John Hobbs, and Kent Mathewson (eds.), *Dangerous Harvest: Drug Plants and the Transformation of Indigenous Landscapes* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

drugs beyond the strict confines of the medially or scientifically necessary, remains elusive:

> "It seems clear that the objective of a 'drug free world' – or at least a significantly reduced illegal market in plant based drugs such as cocaine, heroin and cannabis, and synthetically produced drugs such as ecstasy, amphetamines, and LSD - is as far away as ever."[16]

The remarkable resilience of the international consensus despite its apparent ineffectiveness is discussed in greater detail in the following section. Logically prior, however, is to inquire how this peculiar consensus came about, the enormous diversity of international life notwithstanding, and despite very powerful countervailing interests. Realizing just how radical a change from previous practice was proposed when the international drug control regime was initiated at the turn of the 20th century opens the mental space necessary to reassess its effectiveness and possible alternatives after hundred years of operation. Prior to that momentous change in international attitudes, narcotic drugs in both their naturally occurring and in more potent synthesized form[17] were freely available and openly traded commodities with very considerable economic importance.[18]

Discussed at some length with the national focal points during a seminar held in conjunction with this project,[19] it is here only necessary to briefly sketch the outlines of the political economy of drugs prior to the creation of the international proscriptive consensus. Naturally occurring stimulants in cannabis, opiates, and coca leaves had been used for thousands of years for both medical and religious purposes, as well as to some limited extent for recreational purposes. From the 18th century onwards European colonial powers encouraged the production and trade in these narcotics as cash crops, and began to control a highly lucrative international trade in these commodities. The narcotics trade offered colonial powers a number of distinct economic and political

16. Mike Trace, Drug Policy – Lessons Learnt, and Options for the Future, Global Commission on Drug Policy, no location given (2011), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/Global_Com_Mike_Trace.pdf, p. 2.

17. Diacetylmorphine was first synthesised by the British researcher Charles Romley Alder Wright in 1874 from morphine, a naturally ocuring alkaloid oft he opium poppy (Papaver somniferum). It was developed into a commercial product by Felix Hoffmann in 1895 for the German Bayer Cooperation which marketed it under the trademark Heroin until the 1970s.

18. For a more comprehensive account, see Julia Buxton, "The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime," in: Innocent Bystanders: Developing Countries and the War on Drugs, ed. by Philip Keefer and Norman Loayza (London / Washington D.C.: Palgrave Macmillan / World Bank, 2010) pp. 61-94.

19. International Obligations, National Standards & Regional Collaboration on Counter-Narcotics, Tehran, 24-25 September 2014, held at ECO Headquarters, Kamraniye Janubi, Tehran.

nature as lootable, difficult to obstruct, and illegal products, narcotics thus contribute to the kind of hybrid landscape outlined above, were the state and criminal elements become intertwined. The former presidents of Brazil, Colombia, and Mexico noted with respect to their own societies:

> "the revision of US-inspired drug policies is urgent in light of the rising tide of violence and corruption associated with narcotics. The alarming power of the drug cartels is leading to the criminalisation of politics and a politicisation of crime. And the corruption of the judicial and political system is undermining the foundations of democracy in several Latin American states."[13]

These very observations apply, in varying degrees of urgency, of course also to the three states under consideration in this report.[14]

a) Conceptional: Historical Development of the Proscriptive Consensus

One of the most striking characteristics of the phenomenon of narcotic and psychotropic drugs is the completeness with which virtually the entire international community, divided as it is on pretty much any other issue, has formally subscribed to one conceptional model: prohibition and suppression through criminal law and physical interdiction. This consensus is striking in light of the extreme diversity of views on most other issues and the plethora of cultural, economic, ideological, and social fault-lines that otherwise characterise international life.[15] Given this diversity, division, and discord that characterises international life, the surprising unanimity of the international community with respect to the legal treatment of drugs would lead us to believe that the ensuing regime has been unusually effective, the very efficiency of which precludes any reasonable disagreement about its content or debate about possible alternatives. Alas, this is not the case. The objective of abolishing any use of narcotic and psychotropic

---

Political Economy of Armed Conflict, ed. by Karen Ballentine and Jake Sherman (London: Lynne Rienner Publishers, 2003) pp. 47-70.

13. Cardoso, Gaviria, and Zedillo, "The War on Drugs is a Failure. We should focus instead on reducing harm to users and on tackling organized crime."

14. D. Suba Chandran, "Drug Trafficking and the Security of the State: A Case Study of Pakistan," Strategic Analysis, Vol. 22(6), No. 6 (1998) pp. 903-22; Feisal Khan, "Corruption and the Decline of the State in Pakistan," Asian Journal of Political Science, Vol. 15(2), No. 2 (2007) pp. 219-47; Thomas Schweich, "Is Afghanistan a Narco-State?," New York Times, (27 July 2008); John Calabrese, Iran's War on Drugs: Holding the Line?, The Middle East Institute Policy Brief, (December 2007), available at: http://www.mei.edu/sites/default/files/publications/JC_PB.pdf.

15. For a good examination of the role of law in managing this diversity, see Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford: Clarendon, 1994).

'war economy.'[9] Thus, certain criminal elements thrive on the instability engendered by violent conflict, leading to their perpetuation and intensification by providing the material resources for the continuation of conflict. These criminal interests acquire vested interests in undermining governmental authority, as their wealth and power relies on continued regulatory incapacity.[10] The relationship to the state is here more complex than generally acknowledged, as both criminal elements capture elements of the state but also state organs begin to engage in criminal extraction:

> "Often these situations cannot be reduced to a simple, binary opposition between legitimate state organisations and illegitimate criminal organisations. Such an analysis is particularly problematic where a state exists in name only, is fragile or engages in behaviour which calls its own legitimacy into question at the international or local level. In many cases it may even be hard to distinguish on the ground between what is legal and what is criminal. Many state-backed criminal law norms will lack popular legitimacy in areas affected by conflict … And in many conflict situations, government entities and criminal organisations come to resemble each other, providing similar services -especially protection- financed by similar rents and taxation arrangements."[11]

This dual element of state-capture, namely that state and criminal opposition come to resemble each other, remains under-acknowledged and runs counter to the official counter-narcotics narrative. In an interesting study on the impact of natural resources on prolonging conflict and their impact in undermining state authority, Ross established that narcotics, unlike certain other valuable resources worth fighting over (such as oil, gas or deep-pit minerals), tend to favour rebels as opposed to government forces, tend to benefit local and poor populations involved in their extraction, tend to extend the duration of conflict, and undermine army/official discipline.[12] Thus through their very

---

9. Mark Duffield, "The Political Economy of Internal War: Asset Transfer and the Internationalisation of Public Welfare in the Horn of Africa," in: *War and Hunger: Rethinking International Responses to Complex Emergencies*, ed. by Joanna Macrae and Anthony Zwi (London: Zed Books, 1994); Philippe Le Billon, "The Political Economy of War: An Annotated Bibliography", Humanitarian Policy Group Report No 1, Overseas Development Institute, London (2000), available at: http://www.odi.org.uk/hpg/papers/hpgreport0.pdf, accessed on: 17 December 2008.

10.Paul Collier and Anke Hoeffler, "On Economic Causes of Civil War," Oxford Economic Papers, Vol. 50(4), No. 4 (1998) pp. 563-73.

11 .James Cockayne and Daniel Pfister, Peace Operations and Organised Crime, Geneva Papers No 2 (Geneva: Geneva Centre for Security Policy (GCSP), 2008), pp. 13-14/, quoted in /Inkster and Comolli, 2012, #83066@33.

12. Michael L. Ross, "Oil, Drugs, and Diamonds: The Varying Roles of Natural Resources in Civil War," in: The

Whether one subscribes to this positive assessment of the international counter-narcotics regime depends largely on one's appraisal of the counter-factual argumentation implicit in this balance-sheet, namely that the situation would have been worse without the workings of the regime. Be this as it may, there is very little doubt indeed that the current situation is bad, and further, that the situation is anything but even. Incidence rate of addiction, the negative effects of the organised criminal traffic in narcotics, and the insidious effects this trade has on state institutions and society tend to be geographically concentrated in certain regions where they have assumed existential magnitudes, while their effect is relatively muted in others. In other words, the remarkable global agreement on the complete suppression of narcotics produces costs which are borne disproportionately by some states, while the primary proponents, if not beneficiaries of this regime pay a relatively muted share.[5]

The destabilising logic of the international narcotics trade is fairly straight-forward and uncontroversial, irrespective of the feasibility of policy alternatives to prohibition.[6] Apart from their unquestionably negative impact on individual[7] and public health[8], narcotics pose a societal challenge because (a) there appear to be a fairly resilient demand for drugs under certain conditions; (b) illegality endows this sought-after commodity with an inflated value; (c) the thus possible exorbitant profit margins inevitably attract determined actors; who (d) have both the financial means, the determination, and the incentives to organise efficiently; and (e) the power to subvert countervailing governmental obstacles through corruption and/or violence.

Political instability is not an unmitigated evil for everyone; rather, it offers distinct socio-economic advantages to those organised to benefit from the possibilities of a

---

5. As expressed by the former presidents of Colombia, Brazil and Mexico: "Over the last 30 years, Colombia implemented all conceivable measures to fight the drug trade in a massive effort where the benefits were not proportional to the resources invested." Fernando Henrique Cardoso, Cesar Gaviria, and Ernesto Zedillo, "The War on Drugs is a Failure. We should focus instead on reducing harm to users and on tackling organized crime.," Wall Street Journal, (23 February 2009).
See also more generally Nigel Inkster and Virginia Comolli, *Drugs, Insecurity and Failed States: The Problems of Prohibition* (London: Routledge / International Institute of Strategic Studies, 2012).

6. Alfred W. McCoy, "The Stimulus of Prohibition: A Critical History of the Global Narcotics Trade," in: Dangerous Harvest: Drug Plants and the Transformation of Indigenous Landscapes, ed. by Michael K. Steinberg, Joseph John Hobbs, and Kent Mathewson (Oxford: Oxford University Press, 2004) pp. 24-114.

7. Neil Hunt, Mike Trace, and Dave Bewley-Taylor, Reducing Drug Related Harms to Health: An Overview of the Global Evidence, Report Five, The Beckley Foundation Drug Policy Programme, London (2011), available at: http://reformdrugpolicy.com/wp-content/uploads/2011/09/reportfive1.pdf.

8. Global Commission on Drug Policy, The Negative Impact of the War on Drugs on Public Health: The Hidden Hepatitis C Epidemic, GCDP, Rio de Janeiro (May 2013), available at: http://www.globalcommissionondrugs.org/hepatitis/gcdp_hepatitis_english.pdf.

be they aimed at curbing production, trade, or consumption of narcotics face inadequate or inexistent instrument at the disposal of the sovereign authorities. In other words, contrary to the underlying simplistic assumptions, the tools to implement national and international drug policies are largely unavailable as institutional capacity continues to be elusive.

It is against this background of a fundamental mismatch between rhetoric and reality, between ambition and ability in the international counter-narcotics field, that a better understanding of the genesis of the current international consensus is necessary. Because this consensus has historically treated counter-narcotics primarily as a technical field of criminal law and law enforcement, it has consistently downplayed its inherent political aspect of competing organised interests and largely unable to acknowledge, let alone address the problem of negative externalities and perverse incentive structures.[3]

More than a century of unusually concerted international action centred around the prohibition of narcotic and psychotropic drugs has be unable to achieve the stated goal of achieving a "drug-free world." While certainly controversial, it is possible to draw up "a positive balance sheet" of this century of international efforts, as done for instance by UNODC in its centennial report:

> "For those who doubt the effectiveness of drug control, consider this. In 1906, 25 million people were using opium in the world (1.5% of the world population) compared with 16.5 opiate users today (0.25% of the world population). In 1906/07, the world produced around 41,000 tons of opium - five times the global level of illicit opium production in 2008. While opium used to be produced in a huge belt, stretching from China to Indochina, Burma, India, Persia, Turkey and the Balkan countries, the illegal production of opium is now concentrated in Afghanistan (92%).
>
> Same for coca. Its leaves used to be cultivated not only in the Andean region but also in several Asian countries including Java (Indonesia), Formosa (Taiwan) and Ceylon (Sri Lanka). Today coca leaf production is concentrated in three Andean countries: Colombia, Peru and Bolivia. International drug control can take some of the credit."[4]

---

3 .Some of these problems have indeed been finally acknowledged in the 1998 UN General Assembly Special Session reviewing the experience with the consolidated UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988.

4 .UNODC, A Century of International Drug Control, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna (2008), available at: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/100_Years_of_Drug_Control.pdf.

and conceptional consensus on narcotic and psychotropic drugs has been accepted by virtually all states across ideological, religious, developmental, and cultural divides. This long-standing and virtually unanimous official agreement on the proper way to deal with the prevalence of drug production, trade and use, however, is based on three faulty assumptions. First, that the contours of the problem are known; second, that effective strategies to tackle it are known; and, thirdly, that the tools to implement that strategy are known and available. The reliance on these simplifying assumptions has tended to obscure the complexity and intractability of the drug issue, complexities which are briefly laid out in the following chapter.

First, there are a variety of reasons drugs are consumed, not all of which are problematic. In other words, there will always be a legitimate, even necessary market for -especially narcotic- drugs. While this aspect is explicitly recognised in the international consensus and special provisions have been devised for the regulation of that licit market for medical (especially as pain medication) and scientific needs, other uses continue to be dismissed. As will be shown, such dismissal has been partially motivated by ideological convictions; beliefs that are increasingly challenged on normative and procedural grounds in a number of domestic jurisdictions.[2]

Second, irrespective of one's assessment of the coherence and desirability of the prohibitionist ethic underpinning the international narcotics consensus, there remain considerable doubts as to the feasibility of the proposed strategies meant to bring it about. Carried out virtually unchanged over the span of several decades, these strategies have proven to be ineffective and, more importantly, have generally failed to address the considerable problem of negative externalities or unintended consequences.

Finally, the international narcotics consensus has been negotiated between states, laid down in international conventions, and their implementation entrusted to national state agencies and international organisations. The entire system, thus, is centred around the state through its organs as the primary actor. These tools, however, have proven to be inadequate even in stable, well-established societies where drug abuse and the criminality associated with it have remained extraordinarily resilient. But in societies where the reach of the state is much more tenuous, most of the legal obligations ensuing from the ratification of the international consensus remain unenforceable. The enduring instability in Afghanistan has therefore not only served as the primary cause of its exploding drug economy, it has likewise meant that virtually all policy prescriptions,

2. See more broadly Global Commission on Drug Policy, "Taking Control: Pathways to Drug Policies that Work," (September 2014).

to advise the Drug and Organised Crime Coordination Unit (DOCCU) within ECO, in order to strengthen its function as a regional information platform that is utilized by ECO member states in the pursuit of deeper cooperation in the fight against organised crime, especially narcotics trafficking. The aim of the sub-component was to evaluate the existing international, regional, and national legal landscape and advise DOCCU about possible legal initiatives furthering the above stated aim.

This legal assistance was premised on the assumption that the relatively modest degree of cooperation between the law enforcement and counter-narcotics agencies of the region was caused by a plethora of legal obstacles in the respective national penal and administrative codes, as well as an insufficient legal basis for regional collaboration. Consequently, it was believed that the harmonisation of national legal regimes, including the conclusion of a regional counter-narcotics convention, would remove these obstacles and thus lead to more intensive and more effective regional collaboration.

Alas, these premises could not be validated on the ground. The experts and stakeholders consulted unanimously agreed that the legal framework in the three countries most affected by the trafficking of opium - Afghanistan as the main producer, and Iran and Pakistan as the main transit corridors - is adequate and no legal obstacles to cooperation were identified. Rather, all collocutors agreed that the generally low level of trust that characterises relations between some member states, as well as entrenched corporate cultures inimical to the sharing of information and operational practices were the main reasons regional counter-narcotic cooperation remains anaemic. Work on legal harmonisation was, therefore, deemed at best a relatively superfluous effort with little marginal impact, and at worst seen as a potentially ultra vires act by the organisation in contravention of its member states' sovereign prerogatives. This paper therefore opens with an analysis of the socio-political context, to then analyse the existing legal and institutional framework, to conclude that legal harmonisation is currently both unlikely and unnecessary.

2. Situational Analysis: Defining Context and Problem

Few problems have proven to be as intractable as the production, trade and consumption of narcotics. The longevity of the issue on the international agenda has led to the development of a fairly rigid legal and conceptional framework which drastically moulds the manner in which the issue is perceived, both nationally and internationally, by elites and publics alike. In an extremely heterodox world, even a casual observer cannot help but be impressed by the completeness with which the international legal

in collaboration with the regional Economic Cooperation Organization (ECO) whose member states include Iran, Pakistan and Afghanistan whose national drug control, customs and police agencies were the primary beneficiaries of the technical and material support.

Design and funding of the project started from one key assumption, namely the fundamental congruence of interest between the main consumer, transit and producer states involved in the global illicit trade in opium and its derivatives. This key assumption has informed the global counter-narcotics consensus for more than a century, epitomised in the stated desire of achieving a `drug-free world' and expressed in the proscriptive standard of three key international conventions discussed below.

Beyond this presumed congruence of interests, the project was founded on two auxiliary assumptions about the nature of international cooperation. First, that states are both able and willing to effectively implement this global proscriptive consensus, and, second, that it is possible to achieve inter-state cooperation in those functional areas where common interests exists, despite the continuation of competition or hostility in other functional areas. This paper does not question the feasibility of the international proscriptive consensus as such, but highlights considerable problems with the latter two auxiliary assumptions, namely the effectiveness of state organs and the viability of cooperative gains in an isolated technical field amidst political antagonism in others.

The overall project started from the assumption that there exists a confluence of interests between the member states of the EU as the main recipients of the global illicit trade in Afghan opium and heroin, and the three countries most directly affected at the epicentre of this trade: Afghanistan as the world's biggest producer, as well as Pakistan and Iran as the chief transit countries. Set up shortly after the millennium, the project sought to circumvent European political reservations of dealing directly with the Islamic Republic of Iran - recently subjected to an ever tightening sanctions regime over its nuclear policies - by using the regional organisation ECO and the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) as intermediaries and conduits for the technical and material assistance.

This paper is the outcome of technical legal assistance given to ECO as part of one of four components in the overall project, aimed respectively at strengthening the political and organisational abilities of ECO; central inter-agency communication systems and information clearing with INTERPOL; border control cooperation and material support to customs inspection units; and the establishment of forensic laboratories throughout the region. The concrete task of the legal technical assistance informing this paper was

Afghan Opium, the Global Consensus and Regional Collaboration

State Interests and Organisational Responses

Ebrahim Afsah[1]

Table of Contents

1. Introduction
2. Situational Analysis: Defining Context and Problem
3. Institutional Analysis: Prospects for Harmonization

1. Introduction

This paper describes the legal sub-component of a larger, decade-long project aimed at strengthening regional cooperation against the trafficking of Afghan opium and heroin. The project was financed by the European Union (EU) and implemented by the German national development cooperation agency GIZ and the German Federal Criminal Investigation Service (BKA) on behalf of the German Federal Ministry of the Interior,

1 .BA (SOAS), M.Phil. (TCD), MPA (Harvard), Ph.D. (TCD), Associate Professor of Public International Law, Faculty of Law, University of Copenhagen, http://jura.ku.dk/ebrahimafsah, ebrahim.afsah@jur.ku.dk.
The views expressed in this article are entirely those of the author and must not be construed to reflect an express or implied endorsement by the institutions mentioned.

Muslim-majority states wrestle with questions about Islamic law. It should always be emphasized that under classical Islam, it was private individuals and not the ruler who undertook the mission of developing the law. That is, the law, contrary to what happens in modern nation states, was not the exclusive preserve of the state. Jurists developed law in conscious opposition to the state.[99] Thus, the current situation, at the very least, re-raises the thousand-year struggle about political domination over religious law. If jurists are unwilling to challenge political authority in matters of Islamic law, then perhaps they are unwilling to honor the tradition of a jurist-made law and fail to honor a tradition of elevating pious epistemology in favor of political expediency. Ibn Hanbal's willingness to challenge Caliph al-Mu'tasim is memorialized as perhaps one of the most important turning points in the formulation of Islamic law since it reinforced the position of a decentralized nature to religious jurisprudence. Ibn Hanbal's example should also be celebrated within the mind of most Muslims as a matter of pious defiance to the tyranny of religion. If not, then it raises the real question, of how robust Islamic law can act as a rule of law-based system?

99. See Sherman Jackson, "Jihad and the Modern World", 7 J Islamic L and Culture (2002) 11.

permitting God's law to retain any real level of supremacy over the law of the state."[96] Thus far, inasmuch as the contemporary Islamist's political rhetoric suggests an attempt recalibrate the classical tradition within the state, the pull of the nation-state has proven too seductive for an honest discourse that posits a system where the rule of law pervades. To conduct an honest state of affairs would require a measure of both legal humility and perhaps less obliquely, an abdication of authority that Islamists have sought to amass within the nation-states they seek to control.

5. Conclusions: An Uncharted Territory: A New Juridical Emphasis?

Thus far, there appear no clear answers in how to replicate the classical tradition within the modern nation-state context.[97] Yet the passage of time has made the call to restore Islamic law ever more intense. It's urgency, has been done as a response to modernity. That is call has taken on a political grievance, has also demonstrated need to assume an alternative mode of governance in contrast to the intrusive all dominating modern nation-state, which has proven largely ineffective to the task. In this regard, there has been a renewed discourse about how Islamic law persists in the modern era. Yet, this discourse is likely to be born of various forms pious scholarship. While it is beyond the scope of this paper to analyze the various proposed theories of Islamic law that might replace the classical orientation, it does not preclude the possibility of re-evaluating essential aspects implied within siyasa/fiqh dynamic that that typified the classical Islamic legal conception of the rule of law.

At the very least, robust efforts need to be made from Islamic jurists to calibrate a religiously oriented, yet effective, check on state authority. Without a full-fledged juristic discourse about political theory, the current state of affairs will remain. In other words, legal scholars must move beyond the fiqh-siyasa dynamic, but instead a more comprehensive evaluation how political authorities may be controlled. Thus far, classical scholars have approached the constraints on the excesses of the ruler with a false sense of assurance. They assumed that the Minha firmly and forever resolved the issue a ruler-based interference in matters of religious law and conversely, offered the ruler of plenary authority to the point, at a minimum, the threshold of their legitimacy is anything but wholesale social disorder.[98] Yet the emergence of the nation-state not only demonstrates that excessive authority should be a matter of concern as many

96. Id.

97. See Wael Hallaq, *Sharia: Theory, Practice, Transformations* at 371-442.

98. See Macdonald, at 153-185.

or incapable of providing. From this vantage point, Islamists, politically motivated and armed with an agenda of curing the ills of these societies, assert the only pathway for effective is through the adoption of Islamic law

In response, many Muslim-majority states began enacting laws that only selectively revived elements of classical Islamic law. The driving force behind this movement was not provided by a dramatic shift in global politics or by the reemergence of a unified Muslim polity such as a caliphate. Instead, it was supported by a broad-based reassertion of a transcendental identity: being Muslim. In other words, the reemergence of Islamic law can be, in part, attributed to "the universality and centrality of religion as a factor in the lives of the Muslim peoples."[93] Such an avowed adherence to religious identity, especially in the contemporary era, has often been translated into a reinstitution of Islamic law. But it is equally important to consider what this formulation looked like. Specifically, inasmuch as many Muslims and Muslim-majority states seek to maintain an Islamic identity and even embrace Islamic law, the issue is the form it takes as well the way in which it is interpreted and by whom. The results thus far only serve to demonstrate that inasmuch as Islamists assert their desire to reestablish the classical tradition, they have largely acted with indifference to the challenges and political opportunism of the nation state.

Surveying relevant law within an array of Muslim-majority states reveals only a selective application of classical Islamic law within certain areas of jurisprudence infused with mixtures of European laws.[94] The selective application of Islamic law within modern states is meaningful only insofar as it fundamentally represents the extent to which the state deliberately chooses to make it so. Without question, no reasonably developed state no matter how Islamic it purports to be has sought to replicate the classical Islamic legal system in any sort of comprehensive fashion. The result: "a broad phenomenon of legal selectivity that effectively recognizes the primacy of the state to determine when God's Law shall be used, and when it shall be cast aside for a favored alternative, more often than not a legal transplant from Europe."[95] Perhaps more troubling, if not altogether fatal, is that the current slate of Islamists abound within a variety of Muslim-majority states that seeks derives their authority precisely on the basis of returning lawmaking to God "is no more enthused than anyone else in

93. See Abdullahi An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law* 3 (1996).

94. See Khan, Practitioner's Guide at 43.

95. Haider Ala Hamoudi, "The Death of Islamic Law", 38 Ga. J. Iin'L & Comp. L 293, 294 (2015)

of the transplanted European legal codes under which legal relationships had already been formed.[91] All of the so-called "Sanhuri codes" resembled the 1949 Egyptian Code. Thus, each arguably used Islamic law as a "source" of law in two different ways. First, each code assumed that embedded in the fiqh tradition were a limited number of extremely general principles induced from the fiqh tradition as a whole. Second, each code incorporated some actual rules from the fiqh tradition.

Sanhuri's attempt to reconcile the modern nation-state's need for codification of law with classical Islamic law was undoubtedly a valiant effort since it attracted widespread acclaim and adoption by a number of Muslim-majority states. Moreover, both explicitly and implicitly, the modernist scholar, arguably, attempted to replicate the fiqh/siyasa dynamic apparent within classical Islamic legal systems.[92] Yet the modernist – or as currently framed – Islamist approach of reconciling classical Islamic law within the apparatus of the modern nation-state, at best, remains riddled with inconsistency, and therefore, fails to the test of acting as an effective rule of law system.

b) Islamists' Selective Adoption of Classical Law and Lure of the Nation-State

In the Islamic world, the modern nation-state has attempted to assume a level of responsibility that far surpasses classical predecessor. For example, in the Ottoman Empire, the government's prime function was the provision of external and internal military security; its second, to keep the economy running by controlling provisions and honest market practices. Both functions depended on taxes, soldiers, and a corps of civil servants. As a third task, the state maintained Islam's supremacy, whose authority rested not within the purview of the ruler since God is the only lawgiver, but to the body of jurists interpreted His law. Theoretically, the government was there to keep a political framework within which subjects would fulfill their religious and social obligations. Yet with the advent of modern Islamic states and the modernization impulse, meant that once effective Muslim polities had to assume more and more responsibility for the daily lives of its citizenry. Without delving into the various case studies, the result has largely been a failure. In the place of an ineffective nation-state, are Islamist movements (defined for as a person who seeks a more prominent role for Islamic law within the law of the state) attempting to fill the various socials gaps states have been unwilling

---

91. Id.

92. Enide Hill, *Al-Sanhuri and Islamic Law* at 71-83 (describing the scholarly debate at length and taking the position that the Civil Code was, in fact, more Islamic than is commonly believed); cf J.N.D. Anderson, *The Shari'a and Civil Law: The Debt Owed by the New Civil Codes of Egypt and Syria to the Shari 'a,* 1 Islamic Q. 29 (1954)(describing the Code as more European than Islamic).

unlike classical approach, he offered a distinctly modern method of identifying clear scriptural principles. Rida's contemporary, Abd al-Razzaq al-Sanhuri, departed even more radically from the traditional of fiqh/siyasa dynamic.[83] Inspired by European nationalist legal theory, Sanhuri argued a handful of principles, consistently followed at all times and places, could be identified as common to all the competing interpretations of classical fiqh. For Sanhuri, the law of a modern Islamic state must be consistent both with those fiqh principles along with the public interest.[84] Many of these principles were extremely general, and Sanhuri somewhat perplexingly concluded most rules found in modern European codes codes imposed during the colonial period were nonetheless consistent with classical fiqh.[85] He, also, however, suggested the public interest might require Muslim-majority states to apply transplanted European rules even though a government might reasonably decide instead to take a rule directly from classical fiqh.[86]

As Muslim-majority nations became independent, classical-oriented jurists continued to push unsuccessfully for the state to reform its laws to ensure they were consistent with the classical fiqh/siyasa dynamic. Many of the most important Islamist political factions, however, allied themselves instead with modernist theories, and as Muslim-majority states emerged, Islamist factions, particularly those who embraced Sanhuri's theory of Islamic law, strongly influenced the course of mid-century legal reform. Specifically, Sanhuri was commissioned to draft the new 1949 Civil Code for Egypt.[87] Not surprisingly, this code retained much of its European legacy.[88] While criticized by advocates of classical Islamic law as "pseudo-Islamic."[89] Sanhuri's code was widely celebrated as a "successful" attempt to harmonize Islamic with European law. Soon a number of Muslim majority states emerging from colonial domination adopted "Sanhuri-inspired" codes.[90] By doing so, they could indigenize national legal systems, as well as ensure the legal system remained consistent with essential elements

law).

83. See Guy Bechor, "The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law" (1932 to 1949), in 29 Studies in Islamic Law and Society 1, 2 (Ruud Peters & A. Kevin Reinhart eds., 2007)

84. Amr Shalakany, Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy, and the Will to Islamise, 8 Islamic L. & Soc'y 201, 204 (2001)

85. Id. at 228.

86. Id. at 234.

87. See Enide Hill, *Al-Sanhuri and Islamic Law* 182 (1987).

88. See id. at 187.

89. See Farhart J. Ziadeh, *Lawyers, the Rule of Law, and Liberalism in Modern Egypt* 139 (1968)("The utilization of shari'ah as only a supplement to other sources was unacceptable to the traditional groups, particularly those trained in shari'a law.").

90. See Hill *Al-Sanhuri and Islamic Law* at 39–40.

unlike Western legal systems, wherein the population derives law from a delegation of (sometimes royal) authority, Islamic law was the creation of organic legal experts qualified to fulfill a variety of legal functions. These jurists lived within the constraints of the Muslim world and often hailed from within society, and their enlistment into Islamic legal system was reflective of the pervasive egalitarianism emphasized by the Qur'an. Consequently, these factors alone might suggest attempts to export the classical system into the incubator of the modern nation-state are doomed to failure, yet valiant efforts have been made to reconcile this facial incompatibility.[80]

a) Codification of the Fiqh/Siyasa Dynamic

While some assert that systemic legal changes within the Muslim world were due to changing social needs and effective governance, no force exerted more change on classical Islamic law than totalitarian European colonialism. In particular, beginning in the eighteenth and continuing through the twentieth century, European legal models—predicated upon a Eurocentric conception of the nation state—were adopted throughout the Islamic world to varying degrees and at various times.[81] Although Islamic and common law traditions merged for a time (only to be entirely replaced by a European system) in British India, in most parts of the Islamic world, Islamic law was completely eclipsed or assimilated by the civil law tradition of continental Europe and codified, providing states with uniform and systematic legal statements. As these colonies began to break free of European hegemony, modern Islamic scholars attempted to harmonize classical Islamic legal precepts with their own newly formed nation-states.

Perhaps one of the most influential voices attempting to conform modern Islamic states with classical understanding of Islamic law as a rule of law system was Syrian-born Islamic thinker Rashid Rida (d. 1935). Like classical Islamic jurists, Rida argued the state should apply the law that was consistent with the clear scriptural principles and served the public interest, in other words, retaining the fiqh/siyasa dynamic.[82] But

---

80. Consider, as classical scholars consider the precise boundaries of executive authority they were concerned the law itself might become too politicized and therefore, subservient to the dictates of the ruler. If the nation-state today is it an amalgam of different rulers seeking self-interested legal authority then the question arises how does the Islamic law "intrude" into such a system. Contemporary thinkers have long argued that simply importing Islamic law would be sufficient because of Islamic law's inherent legitimacy, but arguably, the classical system's legitimacy turns on more than scripturally-adduced rules, but also rests upon the humility of epistemically qualified jurists.

81. For an in-depth analysis of European attempts to minimize and extinguish Islamic law during the colonial period, see Wael Hallaq, *Sharia: Theory, Practice, Transformations* at 371-442.

82. Hamid Enayat, *Modern Islamic Political Thought*, 78–81 (1982)(noting that Rashid Rida sought an Islamic state both grounded in sharia law and able to address problems through dynamic interpretations of sharia

of Government (Al-Ahkam al-Sultaniyya), Mawardi asserts, "men are naturally driven by a desire to ignore the promises of the hereafter for the sake of immediate pleasure."[75] Hence, in Hobbesian fashion, "rational beings tend by nature to submit to a leader who would keep them from inequity and settle their conflicts and disputes. Without rulers, [therefore] men would exist in a state of utter chaos and unmitigated savagery."[76]

Yet, order as opposed to chaos was more than simply a legal justification for allotting the ruler plenary authority. For jurists, anarchy is to be avoided at all costs because it precludes the ability of believers to observe the various ritual aspects of Islamic law.[77] Thus, within the Islamic legal system emphasis is consistently placed upon the primacy of the ritual practice before the legal dealings of the state.[78] Consequently, this allocation or avoidance of social anarchy meant the ruler often received a "pass," if they could, at a minimum, preserve general social order. Said another way, because jurists placed a primacy on maintaining social order, they were less interested in the containment of ruler-based excesses.

4. The Emergence of the Nation-State: Can Islamic Law Still Serve as a Rule of Law System?

History recounts the Islamic world was eclipsed by the encroachment of European colonialism and the final albeit slow demise of the Ottoman empires along with the Mughal and Qajar dynasties. Thus, contemporary Muslims have come of age in a variety of different political orientations, yet always within the auspices of the nation-state. For those modern Islamic states that aspire to conform their legal systems to classical Islamic law, they have found it, at best, ill fitting. This discomfort is in no small measure due to the European conception of the nation state.[79] Importing Islamic law into the modern context is more complex than simply replicating the classical institutions of governance. The nation state jealously demands consolidated legal authority and finds legal diversity intolerable: traits which are an anathema to the classical Islamic legal tradition. And

75. Abu al-Hasan al-Mawardi, al-Ahkam al-sultaniyya at 15-16.

76. Id. at 3.

77. See Antony Black, *The History of Islamic Political Thought* at 28.

78. See id.

79. With colonialism, the fiqh/siyasa dynamic was fundamentally altered if not destroyed in most Muslim-majority lands. With independence, these countries inherited a European nation-state structure of government that had now been woven into their economic, political, and social orders during colonialism. See Wael Hallaq, *An Introduction to Islamic Law*, 85-114 (2009). Rather than rejecting the European centralized nation-state formula left to them, however, political Islamist movements in these countries instead concentrated their efforts on making that central state "Islamic."

> [of the caliphs] embodied in this covenant is integral to the completeness of Islam[.][71]

Two principal themes emerge from the contents of the caliph's letter. First, the letter clearly suggests that despite the role of the Prophet of having delivered the religious message, rulers were Divinely appointed to essentially administer the legacy of the prophets and, by implication, served as agents of God in the sense they administered God's rule on earth insofar as they could be regarded as God's deputy (khalifat Allah) and accorded a religious and spiritual role.[72] Another recurring theme is obedience to the ruler as a rightful representative of God on earth. The letter begins with the significance of the caliph in the Muslim community and continues about the need for obedience and the consequences of disobeying the ruler as the embodiment of a lawgiver.[73] Thus, a clear message of obedience to the ruler is obligatory since only with obedience to the ruler can one obtain happiness; conversely, disobedience and dissension entail dire consequences for this world and the next. Perhaps most importantly, disobeying the ruler meant going religiously astray, which might potentially lead to anarchy (*fitna*).[74] Thus, the Umayyads set forth, from a religious perspective, a potent narrative for the expansive authority of the ruler.

If the Umayyad position were confined to their relatively short eighty-eight-year dynasty, perhaps this self-interested exposition would prove irrelevant. Yet when Mawardi, serving as a caliphal counselor, diplomat, jurist, and lastly, as chief judge, virtually enshrines the Umayyad position during the succeeding Abbasid Dynasty (r. 750-1258), and importing his remarks within classical fiqh, the duty to obey takes on a new level of authority within and among classical jurists. In his treatise, The Ordinances

---

71. trans. Carole Hillenbrand The History of al-Tabari Volume XXVI: The Waning of the Umayyad Caliphate, (1989)(emphasis added).

72. Rather than the approach taken by the Umayyads, the Abbasids, and their successors would modify the title as "Caliph of God's Messenger" or khalifa rasul Allah. As Mawardi himself narrates:

> There has been a difference of opinion whether he may be addressed as "God's Caliph," some allowing it on the ground that he oversees what is owed God by His creation, in accordance with His words, glorified and exalted is His name: 'It is He Who placed you vicegerents [khala'if] on earth, and has exalted some of you in rank above others' (Qur'an, 6:165). The majority of scholars, however, object to this view regarding it as sinful to hold it. Only someone who is absent or mortal, they argue, may be represented by another, but God is neither. When Abu Bakr the Upright heard himself addressed as 'God's Caliph,' he responded, 'I am not God's Caliph, but the Caliph of God's Messenger.'

Abu al-Hasan al-Mawardi, al-Ahkam al-sultaniyya, 1 transl. Wafaa Wahba, The Ordinances of Government (1996). See also Patricia Crone and Martin Hinds, God's Caliph: Religious Authority in the First Centuries of Islam, 117 (1986).

73. Majid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice* 19 (1984).

74. Crone, *Medieval Islamic Political Thought*, at 42.

With the rise of the Umayyads, the caliphate was not only understood along political lines but also in religious and spiritual terms, such that the caliph was presented as God's agent on earth. How the Umayyad caliphs and their supporters bolstered the caliph's religious legitimacy and spiritual role can be examined using the letter of the Umayyad Caliph al-Walid II (d. 744) designating his two sons, al-Hakam and Uthman, as his successors in 743. Considering the letter was meant to be distributed among the broader Muslim population, it not only offers an idea of how the Umayyads and their supporters understood the caliphal office, but also the ideology of the caliphate they wanted to transmit to their subjects.[70] The abridged letter is as follows:

> [God] made Islam the religion of His choice and He created Islam as the best thing for the chosen of His creatures….By [Muhammad] [God] dispelled the darkness and by him, He brought deliverance from error and destruction…. By him He set the seal on His revelation[.] Then God appointed His caliphs to follow the path of Muhammad's prophetic ministry, after He had taken His prophet unto Himself, and (after) He had sealed His revelation by Muhammad, in order that His rule should be accomplished, His [tradition] and His penalties established, and His precepts and laws adopted. This was done so that, by His caliphs, God might confirm Islam [] consolidate its sway [] safeguard its sanctuaries [and] administer justice amongst His servants[.] The caliphs of God succeeded each other as sovereigns over that which God had made them inherit from His prophets and that which He had entrusted to them. No one contests the rights of the caliphs without God striking him down; no one abandons their community without God destroying him[.] So it is by the caliphate that God preserves those of His servants on earth whom it is His will to preserve and those whom He has appointed to inhabit the earth. It is in showing obedience to those whom God has appointed to rule on earth that there lies happiness[.] But he who abandons that obedience, turns his face against it and opposes God thereby, squanders his allotted portion, disobeys his Lord, and loses for himself the things of this life and the next[.] The special repository of blessing bestowed on the community in this world, next to His caliphate which He established for them as a foundation and as a support for ruling them, is the covenant which God directed His caliphs to confirm and oversee for the Muslims in matters of moment[.] The authority

70. For a fuller discussion of the form and function of this letter, see Andrew Marsham, *Rituals of Islamic Monarchy: Accession and Succession in the First Muslim Empire* 154-159 (2009).

that placing Islamic law in the hands of politicians had the potential to erase its character of a Divine body of law untainted by whimsical human self-interest. Consequently, Qarafi proposed that siyasa be applied only to laws dealing with civil and criminal matters; it should not encroach on ritual issues. Furthermore, siyasa should be limited to certain fiqh categories of rules: the reach of political elites should extend only as far as the obligatory or prohibited categories of conduct; gray areas of behavior, such as those subsumed under the "recommended" and "repugnant" categories of fiqh, were off limits. More importantly, Qarafi believed that government intervention—for example, acting as the enforcer of Islamic law—should be the exception rather than the rule; state mediation is unneeded when accessing individual legal rights and obligations.

Despite the contributions of each of these classical scholars as to the question of either the limits or the constraints on a ruler's authority, classical jurists remained virtually silent, producing not a single systematic theory capable of limiting the ruler's authority without assuming either a ruler's flagrant violation of shari'a or his being circumscribed or usurped by more powerful sultans.[67] In her study, State and Government in Medieval Islam, A. K. S. Lambton would sum up Sunni constitutional theory in the following words:

> Normally the subject owes a duty of complete and unquestioning obedience to the [ruler]. If, however, the [ruler] commands something that is contrary to God's law, then the duty of obedience lapses, and instead it is the duty of the subject to disobey and resist such a command. This principle is frequently cited by later writers, but it never became an effective basis for 'limited government' or 'justified revolution' because first the jurists seldom discussed, and never answered, the question of how the lawfulness or sinfulness of a command was to be tested, and secondly no legal procedures or means were devised, or set up, to enforce the law against the ruler.[68]

In other words, absent a flagrant violation of shari'a or usurpation, it was generally understood by most, if not all, classical jurists that Muslim subjects operated from a baseline of obedience to the ruler. While this maxim is well understood, the origins of such a "laissez-faire" treatment of the ruler can be traced to the first century of Islam's emergence and, in particular, during the reign of the Umayyad dynasty (r. 661-750).[69]

---

67. Wael Hallaq, "Caliphs, Jurists and the Saljuiqs in the Political Thought of Juwayni", 1 The Muslim World 1, 26-41 (1984).

68. A. K. S. Lambton, *State and Government in Medieval Islam* at 63-64.

69. See Abdulhadi Al-Ajmi, Abdulhadi, *The Umayyads, in Muhammad in History, Thought, and Culture: An Encyclopedia of the Prophet of God* (eds. C. Fitzpatrick and A. Walker: 2014).

lawmaking authority was to be considered part of Islamic law itself. Hence, within the bounds of Islamic law, siyasa and fiqh should never conflict, and political leadership should draw upon both. Ibn Taymiyya's interpretation of the Qur'an's command to obey God, the Prophet, and "those in authority" over a Muslim polity reflects this harmonization; the phrase "those in authority" meant both the jurists and the ruler. And although Ibn Taymiyya argued siyasa was part of Islamic law, he did not require the ruler be a mujtahid, (i.e., one deemed capable of deriving laws according to the usul al-fiqh). Instead, a ruler's laws and practices were considered intrinsically valid provided they met two conditions: they did not contravene a revealed text or ijma, and they generally contributed to the public interest (maslahah). In other words, as long as the ruler did not compel people to sin, he possessed the necessary discretion to enact whatever legislation he thought would benefit society.[63] Perhaps noteworthy, Ibn Taymiyya's is also credited with framing the doctrine that allowed violence against unworthy rulers who failed the above-mentioned conditions.[64] In the contemporary era, political activists such as Sayyid Qutb (d.1966) have expounded and expanded on Ibn Taymiyya's position on domestic regime change.[65]

Shihab al-Din al-Qarafi (d.1285), a notable Maliki jurist, expressed concern about the expansive nature of Ibn Taymiyya's approach to siyasa.[66] In particular, Qarafi worried, if rulers were conferred with the authority to enforce Islamic law without the burden of understanding it, political considerations could reduce, or even eliminate, tolerance for diversity within Islamic law (ikhtilaf). Qarafi was ultimately concerned

63. See also Erwin Rosenthal, *Political Thought in Medieval Islam*, 51–61 (1958)(explaining that Ibn Taymiyya focused more on the ideal Muslim community governed by shari'a under Muslim prophets and lawmakers, rather than the political realities of the time). Among legal historians, there is some debate about whether early theorists of al-siyasa al-shar'iyya, such as Ibn Taymiyya and Ibn Qayyim al-Jawziyya, believed rulers must defer to the judgment of the jurists on the crucial questions of when the scriptures clearly required something or on whether a law served the public interest. Cf. Barber Johansen, A Perfect Law in an Imperfect Society: Ibn Taymiyya's Concept of "Governance in the Name of the Sacred Law," in The Law Applied: Contextualizing the Islamic Sharia, 259–94 (Peri Bearman et al. eds., 2008) (arguing that Ibn Taymiyya and Ibn Qayyim al-Jawziyya saw the legal analysis of the jurists as merely "interpreted laws" that are "respectable products of qualified human reasoning but as such . . . cannot command general obedience and do not, therefore, qualify as the law that should be applied by the political authorities"). This appears to have been accepted in some of the important empires and provided a model going forward. Such an interpretation of the principle became fully institutionalized and bureaucratized in the Mediterranean during the period of the Ottoman Empire.

64. Sadakat Kadri, *Heaven on Earth: A Journey through Shari'a Law from the Deserts of Ancient Arabia to the Streets of the Modern Muslim World* 187 (eds. Farrar, Straus, and Giroux, 2012).

65. See Antony Black, *The History of Islamic Political Thought* at 323.

66. See generally, Sherman A. Jackson, *Islamic Law, and the State: The Constitutional Jurisprudence of Shihab al-Din al-Qarafi.*

what would be the implications of this authority upon that ruler. In other words, given the extent to which the caliphate was modeled as a political successor to the Prophet Muhammad, an observer is obligated to examine the juridical rhetoric used to interpret the Prophetic model in such a way that would enable them not only define but also limit the authority of the ruler.[58]

An early theory on the scope of a ruler's authority was developed by Abu al-Hasan Ali Ibn Muhammad Ibn Habib al-Mawardi (d. 1058). Mawardi envisioned the caliph as an ideal ruler who exercised unlimited power in the realm of governance, immune from removal, even when he failed to uphold God's law, provided he himself was a scholar of Islamic law in his own right.[59] This stipulation was, of course, self-serving for the jurists. Mawardi and other legal scholars believed only those who thoroughly understood the usul al-fiqh and its propensity for diversity were adequately positioned to lead a Muslim polity.[60] In other words, Mawardi and other classical jurists essentially constructed a theory of siyasa that preserved the elite position of the juristic class as sole interpreters of Divine Law; from this theoretical position they could critique the government and determine who was best qualified to become leaders. As discussed below, while Mawardi's theory of governance proved difficult to implement given the practicalities of rule.

The Hanbali scholar Taqi ad-Din Ahmad ibn Taymiyyah (d. 1328) in his treatise Governance According to Shari'a Law in Reforming Both the Ruler and the Ruled challenged and refined the position held by Mawardi.[61] Calling for a cooperative government involving the ruler and the jurists, he rejected the view that jurists should leave the worldly realm of politics to the unlimited discretion of the state; instead of strengthening Islamic law by denouncing a sinful ruler, jurists should participate in governance by granting a ruler greater legitimacy.[62] To this end, he advanced a more realistic image of a ruler, unencumbered by the formal requirements advocated by Mawardi. For Ibn Taymiyya, a ruler need only uphold fiqh. Furthermore, the ruler's

---

58. See Sherman A. Jackson, *Islamic Law and the State: The Constitutional Jurisprudence of Shihab al-Din al-Qarafi* (1996).

59. See Frank E. Vogel, Islamic Law, and Legal System: Studies of Saudi Arabia at 190.

60. See Antony Black, *The History of Islamic Political Thought: From the Prophet to the Present* 85-90 (2001).

61. See, e.g., Omar Farukh, *Ibn Taymiyyah on public and Private Law in Islam* (1966). For a detailed analysis of Ibn Taymiyya's thought, see A. K. S. Lambton, *State and Government in Medieval Islam*, 63-64 (1981) (explaining that Ibn Taymiyya "describes al-siyasa al-shar'iyya as a treatise on the general principles of divine government and appointment to the lieutenancy of the prophet and states that it was indispensable for the ruler and his subjects and for those in charge of affairs."

62. See Antony Black, *The History of Islamic Political Thought* at 154-159.

like the opinion of any jurist, was known as a fatwa (pl. fatawa).[55] The centrality of the fatwa within a Muslim court of law therefore also explains why decisions of a qadi were neither kept nor published because the fatawa were the legal products collected and published as well as complied within subsequent legal treatises. But in contrast to other fatawa, a fatwa issued by a mufti and accepted by a qadi as the judgment of a court within in an adversarial proceeding was binding on the parties operated as the basis by which by Muslim policy enacted law.

e) Classical Attempts at Limiting Ruler-Based Authority

Despite elaborations as to the design of how classical Islamic law operated as a rule of law based system (i.e., interplay between fiqh and siyasa), one particular area of concern, both as to classical thinkers, but also as those examine how to extrapolate classical-based understandings into the modern context – which shall be the focus of Part III – is the precise limits – or perhaps even more importantly – the precise constraints upon the siyasa authority of the ruler. In his seminal work, Al Risala, Muhammad Idris al Shafi'i (d. 820), began this odyssey through his articulation the principal hermeneutic of classical Islamic fiqh, known as the usul al-fiqh. Perhaps his most profound contribution to the formative period of Islamic jurisprudence was an unabashed adherence to the idea that Prophetic Tradition should serve as a source, alongside the Qur'an, to formulations of Islamic law:

> God has obliged us to follow everything the Prophet instituted (sunna). And He has rendered adherence to this obedience to Him and turning away from it disobedience [to Him] for which He excuses no one.[56]

Al-Shafi'i's discourse in al-Risala suggests the ultimate aim of these words was to confirm the Prophet's authority as an independent source of law whose legislation was binding even on matters about which the Qur'an was silent.[57] Because however, his aim was merely to establish rather than define the Prophet's authority, al-Shafi'i's formulations remained broad and remained broad and imprecise. For centuries thereafter, classical scholars would debate the precise legal effect of the Sunnah and to what extent Prophetic Tradition became a binding part of the community of Muslims. Yet, absent from this discourse was any classical scholarly treatment as to the question about if the Prophet is accepted, in full or in part, as an independent source of law,

55. See Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, at 238–242.
56. Muhammad b. Idris al-Shafi'i, al-Risala, (trans. Ahmad Muhammad Shakir) (Beirut: al-Maktaba al-Ilmiyya).
57. Id. at 91-92.

of Islamic jurisprudence. The office of qadi emerged during the life of the Prophet Muhammad when judges were dispatched far and wide to adjudicate disputes within an ever–expanding empire.[47] Early qadis tended to dispense law according to the prevailing custom, complemented by their own understanding of Islamic law. But as Islamic jurisprudence or fiqh developed and expanded, the qadi's role in the interpretation of the law diminished as they came more to serve as executors of law.[48] Judicial roles, however, were hardly insignificant under Islamic law. Serving as a qadi was equated with the role of God on Judgment Day, especially when one considers that jurists were often unabashed about the fact that their legal interpretations, which often amounted to mere understandings, could be made permanent by the ruling of a qadi, effectively turning private fiqh into shari'a.[49] For this reason, jurists were known to go out of their way to avoid the role of judging litigants before them. Some would openly weep to avoid being elevated to the position of qadi, for fear that their judgments under Islamic law would be wrong, resulting in eternal punishment.[50] In contrast, contemporary qadis are considered mere functionaries of governments. But as officials during the classical period, their job was to apply fiqh and, when necessary, siyasa laws, under the auspices of the ruler.

The job of aiding qadis in the particulars of fiqh fell to muftis. A mufti is a member of the juristic class who is intimately familiar with the precepts and doctrines of fiqh but who is appointed by the jurists to aid a qadi in deliberations that touch upon fiqh.[51] Termed jurisconsults; muftis were specialized consultants on Islamic legal matters. During the classical period, muftis were viewed as the jurists' highest representatives to the ruler's courts of law and worked alongside the qadi, who represented the ruler.[52] A mufti's defining duty was to issue a fatwa or an Islamic legal answer to a question he was asked to address. Consulting a mufti was generally free of charge and therefore, was generally accessible to members of the community.[53] Questions addressed to the mufti were either brought to him by members of the community or even by qadis themselves who found some cases brought before them too difficult to decide.[54] A mufti's opinion,

47. See Wael Hallaq, *Sharia: Theory, Practice, Transformations* at 36-43.

48. See id. at 126-135.

49. See Vogel, *Islamic Law, and Legal System, Studies of Saudi Arabia* at 19-20.

50. See Zulfiqar Ayub, *The Biographies of the Elite Lives of the Scholars, Imams and Hadith Masters* (2015) at 79.

51. See Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State* at 51-52.

52. See id.

53. See Wael Hallaq, *Sharia: Theory, Practice, Transformations* at 172.

54. Id.

which allowed, and even encouraged, freedom of opinion, jurists examined each matter separately and often without feeling bound by interpretations of other jurists. Yet a jurists' authority, however, was arguably channeled through the auspices of the ruler, who executed the jurists' interpretations of fiqh, specifically within the ruler's courts or when jurists were employed as tax collectors, scribes, secretaries, and market inspectors.[42] Yet, these jurists often avoided forming too close of a relationship with the ruler so as not to dilute their primary obligation of faithfully interpreting God's law and becoming too political. Over time and through their monopoly over scripturally deduced law within a state where God's law was accepted as paramount, the jurists built themselves into a powerful, independent, effective check upon the ruler.

As a general matter, a classical era Islamic ruler was regarded as a political heir to the Prophet Muhammad, a status underlined by such self-proclaimed titles as "commander of the faithful" (amīr al-muʾminīn). Despite their political standing, and after a brief yet failed attempt in the ninth century rulers were regarded as lacking the authority to interpret the scripturally based religious law.[43] That authority lay with the epistemically-qualified juristic class. To bolster their legitimacy, a ruler's authority, therefore, became closely linked with his willingness to enforce and faithfully follow the dictates of fiqh, as it was interpreted by the jurists. Specifically, the ruler, thanks to his role as "successor" or "deputy" to the Prophet, derived Islamic legitimacy by enforcing the jurists' interpretations of fiqh.[44] At the same time, only the ruler could offer the jurists the authority needed to enact their particular interpretations of Islamic law by staffing positions within his realm with members of the juristic class.[45] Put simply, this interplay between the apolitical, but religiously dedicated jurists acting as interpreters of Divine Law, and a ruler acting through the dictates of fiqh and filling the gaps for its administration, by way of his siyasa, produced a system of government in which human beings do not have unfettered authority over other human beings.[46]

Perhaps the best illustration of the interplay between the jurists and the ruler in terms of governance can be found by examining the role of Islamic judges, or qadis, and muftis, or Islamic jurist-consultants. A qadi is a judge responsible for the application

42. See Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State* at 35-36.

43. This attempt was known as the Minha ("inquisition") when a series of Abbassid caliphs in the ninth century attempted to impose a particular theological belief upon the population. See Duncan B. Macdonald, *Development of Muslim Theology, Jurisprudence, and Constitutional theory*. 153-185 (1903).

44. See Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State* at 50-51.

45. Id.

46. Khaled Abou El Fadl, *Islam and the Challenge of Democratic Commitment* at 4, 64.

science, this authority came to be known as siyasa shari'a ("governance according to the sacred law").

According to the theory of siyasa shari'a, a Muslim polity could legitimately be governed by any "possessor of coercive power" (wali al-amr), which caliphs, kings, sultans or other kinds of rulers.[38] Generally speaking, to ensure those "political" laws were legitimate, the ruler consulted with classical Islamic jurists to ensure his laws both did require Muslims to perform acts deemed forbidden (or abstain from acts deemed mandatory) under fiqh; and/or cause general harm to society by violating the goals (maqasid al shari'a) that Islamic jurists accepted as goals of the law.[39] This consultative approach is termed hereinafter as the fiqh-siyasa dynamic. Viewed more closely, the dichotomy – and interplay – between fiqh and siyasa, however, did more than simply delineate the scope of authority between jurists and rulers as to their respective aspects of Islamic law, arguably, it also served to articulate a theory of the rule of law under classical Islamic law.[40]

Essentially, the classical Islamic theory of the rule of law essentially divided authority between the jurists, who determined fiqh, and the rulers who governed via siyasa shari'a. This system of governance was symbiotic, replete with checks and balances; but it was not a system that featured separate branches within government (e.g., executive, legislative, and judiciary).[41] Instead, it was a system that involved the government, as embodied by the ruler, and the body that operated outside government: the jurists. It also worth emphasizing, the jurists derived their authority as sole interpreters of the sources of Islamic law through their fidelity to God and their epistemic adherence to the usul al-fiqh as their means of interpretation. And because of doctrines such as ijma, which required the consensus of all jurists to reach a binding precedent, and ikhtilaf,

---

interpreters and articulators of the Divine law. . . . [T]he inquisition [Mihna] was a concerted effort by the State to control the juristic class and the method by which Shari'ah law was generated. Ultimately, however, the inquisition failed and, at least until the modern age, the jurists retained a near exclusive monopoly over the right to interpret the Divine law"). This ultimately led to the separation of fiqh and siyasa as different types of lawmaking, and it is the primary reason that there was never a merging of "church" and state in Islamic history.

38. Clark B. Lombardi and Nathan J. Brown, "Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law", 21 Am. U. Int'l Law Rev. 379, 404 (2006).

39. See Asifa Quraishi, "The Separation of Powers in the Tradition of Muslim Governments," in Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity, 65–67 (eds. Rainer Grote and Tilmann J. Röder: 2012).

40. See Quraishi, "Separation of Powers," at 63–73; see generally, Noah Feldman, *The Fall, and Rise of the Islamic State* (2010).

41. See Quraishi, *The Separation of Powers in the Tradition of Muslim Governments* at 63–73

within popular parlance as "sharia," implying that "fiqh" and "sharia" are synonymous.[32] But it must be emphasized fiqh remains the product of human legal interpretation and therefore, fallible and thus, open to question and interpretation, whereas sharia—God's Law is not. This paradigm of the fallibility of fiqh can perhaps be understood in the same way that even as a Muslim must accept the premise the Qur'an is considered the Word of God, they are not bound by a particular interpretation of the sacred scripture.[33]

d) Ruler-Made Law and the Fiqh/Siyasa Dynamic as Rule of Law

Yet, jurist-made law or fiqh was not the sole law that existed within classical Islamic legal systems, there also existed a body of law that was considered within the sole discretion of the rulers known as siyasa.[34] It is imperative to bear in mind that siyasa and fiqh were fundamentally different types of law. Unlike fiqh, siyasa laws were not extrapolated from scripture by jurists (through the theory of usul al-fiqh), but rather crafted by rulers according to their own philosophies of government and ideas about how best to maintain public order and, yet, also aimed at upholding the legitimacy of Islamic law writ-large.[35] At the same, classical jurists recognized that lawmaking by temporal holders of power came to be viewed as seen as legitimate because of the widespread consensus within Islamic jurisprudence that the ultimate purpose of the sharia is to promote the welfare of the people (maslaha).[36] Because rules extrapolated from the scriptural sources (i.e., The Qur'an and the Sunnah) cannot cover all the day-to-day public needs, jurists recognized that another type of law besides fiqh was necessary to fully serve the public good. The only institution capable of creating and enforcing these sorts of rules is the power that controls the use of force that is, the siyasa power held by rulers.[37] In Islamic political

---

32. See Khan, *Practitioner's Guide* at 1.

33. Using the word sharia to refer to fiqh rules not only creates the impression that a given rule is incontestable divine law, but also ignores the existence of other equally valid fiqh understandings of divine law on the same topic. This blurs the line between the divine and human voices, a line that Islamic jurisprudence takes very seriously. See e.g., Leila Ahmed, "Early Islam and the Position of Women: The Problem of Interpretation", in Women in Middle Eastern History: shifting Boundaries in Sex and gender, 61 (Nikki R. Keddie & Beth Baron eds., 1991)(debating the various fiqh approaches to questions of divorce).

34. See e.g, Noah Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State* 27-35 (2008); Frank Vogel, *Islamic Law, and Legal System, Studies of Saudi Arabia* (2000), 190; Baber Johansen, "A Perfect Law in an Imperfect Society. Ibn Taymiyya's Concept of 'Governance in the Name of the Sacred Law,'" in *The Law Applied: Contextualizing the Islamic Shari'a*, 261 (eds. Peri Bearman, Wolfhart, Heinrichs, and Bernard G. Weiss: 2008).

35. See Vogel, *Islamic Law, and Legal System, Studies of Saudi Arabia* at 52, 171-73;

36. See Felicitas Meta Maria Opwis, *Maslaha and the Purpose of the Law: Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century* 1-8 (2010).

37. See Khaled Abou El Fadl, "Islam and the Challenge of Democratic Commitment", 27 Fordham Int'l L.J. 4 (2003)("Particularly after the age of Mihna the jurists] were able to establish themselves as the exclusive

c) Fiqh: Jurist-Made Law and Its Fallibility

In an effort to address matters not within the precise confines of either the Qurʾan and/or the Sunnah (as understood through the hadith literature), jurists, in particular, began to articulate the various ways in which Islamic law could be faithfully and adequately derived. This articulation was encapsulated in the legal hermeneutic or legal theory known as the usul al-fiqh ("the roots of jurisprudence").[27] Put simply, the usul al-fiqh articulated a precise, step-by-step approach that utilized both the sources of law as well as variety of principal doctrines to Islamic jurisprudence, including, but not limited to qiyas (analogical reasoning), ijma (consensus), ʿurf (custom), istihsan (equity), and istislah (public interest), among others, to reach a desired, yet faithful interpretation of Islamic law.[28] Muslim scholars engaged – and continue to engage – in a rigorous interpretation of the sources and the various legal doctrines to extrapolate detailed legal rules that seek to address the multitude of aspects of Muslim life, from how to pray and avoid sin to making contracts and writing a will.[29] These rules and the rulings associated therein are called fiqh, which literally means "understanding," but was meant to convey the concept of jurisprudence.

Fiqh, however, also reflected the fundamental epistemological premise that it was fallible. That is, Muslim fiqh scholars undertook the work of interpreting divine texts with a conscious awareness of their own human potential to err. They thus recognized their extrapolations of fiqh rules were at best only probable articulations of God's Law and that no one could be certain to have the "right answer."[30] In other words, Divine Law (shariʾa) represents absolute truth, but all human attempts to understand and elaborate that truth are necessarily imperfect and potentially flawed.[31] Fiqh scholars or jurists have always been acutely aware that although the object of their work is God's Law, they do not and cannot speak for God. Confusingly, however, these rules are often described

---

27. *See* Hamid Khan, *Nothing is Written, Fundamentalism, Revivalism, Reformism and the Fate of Islamic Law*, 24 MICH J. OF INT'L L 273, 286 *ff* (2003).

28. See generally, See Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*.

29. Id. at xxi

30. See Khaled Abou el Fadl, *Speaking in God's name: Islamic law, Authority and Women* 39 (2001) ("Islamic legal methodologies rarely spoke in terms of legal certainties (yaqin and qat'). The linguistic practice of the juristic culture spoke in terms of probabilities or the preponderance of the evidence . . . . Muslim jurists asserted that only God possesses perfect knowledge–human knowledge is tentative . . ."). For more on this concept in the various schools of Islamic jurisprudence, see Aron Zysow, *the Economy of Certainty: An Introduction to the Typology of Islamic Legal Theory* (2013).

31. See Tamir Moustafa, "Islamic Law, Women's Rights, and Popular Legal Consciousness in Malaysia", 38 L. & Soc. Inquiry 168, 171-74 (2013).

immediately upon the Prophet's death, believers sought to clarify their understanding of the Qur'an by focusing on the development of a Prophetic-centric sunnah, which a growing number of jurists came to believe should serve as a source of law alongside the Qur'an.[20] The argument in favor of a Prophetic-centric sunnah was arguably the Qur'an itself: "You who believe, obey God and the Messenger, and those in authority among you," (4:59); and "Whoever obeys the Messenger obeys God" (4:80).[21] A more strident view in favor of this body of Prophetic precedent was that it served as an essential element to understanding the Qur'an itself because it clarified matters contained in the Divine text.[22] Over time, what was once a pre-Islamic concept describing a broad-based narrative structure became confined to a single person, the Prophet Muhammad, and in particular, his acts, sayings, and matters for which he gave tacit approval, but also his physical attributes, as well as his overall character.[23] But this sunnah was even more. By virtue of the Qur'anic injunctions mentioned above and elsewhere, it was elevated from a continuum of precedents to a narrative of prescribing the normative conduct of believers; namely, the Sunnah.[24] Yet, at its core, the fundamental definition of what constitutes the Sunnah as a source of Islamic law is Prophetic custom or precedent as it pertains to matters of religion. The Prophet himself acknowledged as much when he once recommended to farmers that they harvest dates in a particular way. When his advice turned out not to have worked, the Prophet remarked, "I am but a man, if I give you a command regarding religion, then take it. But if I make a statement of my own judgment, then I am but a man. . . . [Y]ou are more knowledgeable about the matters of your world."[25] If Muslims had populated only middle Arabia and had always lived as Arabs did during the time of the Prophet, perhaps the revealed sources of the Qur'an and the Sunnah might still be sufficient for the purposes of determining the scope of Islamic law. History, however, led Muslims on a different course and a reach that would be twice the size of the Roman Empire.[26]

---

20. See Wael Hallaq, *Sharia: Theory, Practice, Transformations* at 36-37.

21. The Qur'an: A New Translation, (trans. A. S. Abdel Haleem: 2008). Except where noted, all quotations from the Qur'an are from this source.

22. See Daniel Brown, *Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought* 8–12 (2003).

23. See Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* at 50.

24. See Wael Hallaq, *Sharia: Theory, Practice, Transformations* at 43-51.

25. Brown, Hadith at 11.

26. See Rein Taagepera, "Expansion and Contraction Patterns of Large Polities: Context for Russia" 41 Int'l Stud. Q. 475-504, 496 (1997).

are left to contemplate the precise meaning of each verse as it relates to other verses that address the same topic. The challenge of chronology becomes increasingly evident when a reader (or an educated jurist for that matter) must decide whether a verse carries an imperative command, whether that same verse abrogates a verse that precedes it, or whether a verse is allegorical or simply a mysterious allusion, subject to a number of interpretations or review at a later time.[15] Such considerations make it unwise to jump to casual conclusions about any particular passage within the text. "The Qur'an, in other words, is a book which cries out for interpretation."[16] For these and other reasons, it has always been necessary to resort to another source to obtain fuller meaning from the Qur'an, which has led believers to the Qur'an's transmitter, expounder, judge, and human exemplar: the Prophet Muhammad. This, in turn, has led them to the Sunnah, or "the example," "way," or "precedent set forth" by the Prophet Muhammad.

b) The Sunnah as an Indispensable Legal Exposition

While the Qur'an is undoubtedly God's word, and therefore, His law in the mind of the believer; Prophetic tradition or the Sunnah was regarded as an indispensable legal exposition to the Qur'an or perhaps less obliquely, the Qur'an as lived through the Prophet Muhammad. The Sunnah, as a primary source of law, is generally defined as the spoken and acted example of the Prophet Muhammad. Yet conceptually, sunnah (pl. sunan) predated Islam referring to any set of customs, precedents, or practices by a particular person or persons; albeit it was often used to refer to the collective practices of a tribe.[17] And consistent with pre-Islamic understanding, as the new faith emerged, sunan were articulated not only as to the Prophet Muhammad, but also for each of his immediate political successors (al-Khulafā'u ar-Rāshidūn);[18] and consistent with its pre-Islamic usage, there even was a collective sunnah for the first forty to sixty followers of the Prophet, called al-Sabahah ("The Companions"), who were defined as "someone who saw the Prophet Muhammad, believed in him and died a Muslim."[19]Beginning

---

15. See Toby Lester, "What Is the Koran?" The Atlantic Month'y, Jan 1999, 43–56. Recently discovered evidence suggests that there may be other variants of the Qur'an still in existence. See also Ibn Warraq, ed., *The Origins of the Koran: Classic Essays on Islam's Holy Book* (1998).

16. Daniel Brown, *A New Introduction to Islam*, 82 (2d. ed, 2009).

17. While the term "sunnah" is mentioned in the Qur'an in the sense of an established practice or course of conduct, the Sunnah of the Prophet is mentioned more obliquely within the Qur'an (see, for example, 48:23 and 17:77). The Sunnah of the Prophet is not clearly mentioned in the Qur'an, but the closest parallel, the uswah hasanh ("excellent conduct") of the Prophet, is mentioned (see 33:21); this is interpreted as a reference to the Prophetic Sunnah.

18. See Wael Hallaq, *Sharia: Theory, Practice, Transformations*, 34-36 (2009).

19. See Jonathan Brown, *Hadith: Muhammad's Legacy in the Medieval and Modern World* 87 (2009).

of each period.[11] The primary objectives of the Qur'an during the Makkan period were to establish the fundamentals of the faith. Yet, the principal objective during the Madinan period was to promulgate a series of societal proscriptions from the Divine in light of the creation of the first Islamic society in a wide range of areas including family life, social interactions, and business transactions.[12]

Thus, for the purposes of the present inquiry, we begin with the promulgation of prescriptions whose aim is not merely metaphysical or purely theological, but rather responsive to the emerging religo–political society within Madinah. Yet contained within the Qur'an are not just a variety of subjects, but also a variety of linguistic references indicating its status as a lawgiving book, for example, including commands (awamir) and prohibitions (nawahin); it states what is licit (halal) and illicit (haram) as well as obligations (talaklif) in contradistinction with ethical directives throughout the sacred text.[13] And perhaps of equal significance, the Qur'an makes no indication that the proscriptions contained therein are of limited duration or bound to a particular age, period or society or in any way suggest Muslims may themselves be unbound by its precepts. Finally, despite the nature of its immutability and legality, close inspection of the variety of its proscriptions reveal them to be consistently and characteristically flexible since they take into account and adapt to diverse contingencies or changing conditions.

Despite these Qur'anic truisms, one must also be cognizant of the various challenges to interpreting the sacred text. Perhaps foremost are the structural challenges confronting any reader of the Islamic sacred text. First, the Qur'an has no narrative framework. Unlike the Bible, for example, the Qur'an is not organized chronologically, but rather places the longest suras before the shortest.[14] And even within suras, topic and tone can fluctuate dramatically. Moreover, novices who lack a familiarity with the life of the Prophet and the particulars of Arab customary law need to contemplate adequately the context of the Qur'an's content. They may also be unlikely to understand many Biblical and pagan references made throughout the text. Moreover, without a chronological order, readers

11. See Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* at 21-23.

12. See id.; see also, Khan, *Practitioner's Guide to Islamic Law* at 14ff. Despite common assumptions, the Qur'an is by no means primarily a legal text. Instead, the Islamic sacred scripture is primarily concerned with discourses about God, His nature, accounts of Biblical prophets and the Final Judgment. Instead, less than seven percent of the Qur'an's total verses relate to legal matters. And of those "legal" verses, nearly half of them relate to ritual matters or ibadat, (e.g., requirements for fasting during the month of Ramadan, conducting prayers, and proscriptions about almsgiving).

13. See Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* at 16-57.

14. See Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law: An Introduction* 23 (2008).

fourteen-century legal colossus, consisting of a hermeneutical, conceptual, theoretical, practical, educational, and institutional system aimed at ever-continuing attempt to discover God's will. In other words, Islamic law represents, despite contemporary derision by some, a robust, formidable legal system to be considered with the utmost seriousness.

3. Classical Islamic Law as a Rule of Law System

A preliminary, yet essential, matter is an inquiry as to the degree to which Islamic law can serve as a basis for a rule of law system. This inquiry usually takes the form of asking whether such a system serves as a mode of regulating a polity that involves both (1) the law and (2) a legal culture in which the law and the institutions of governance are distinguishable and yet aligned in an ongoing enterprise of regulation and management.[8] Or put differently, whether Islamic law possesses (1) a fairly clear conception and structure of law and legal derivation must specifically prescribe such a system and (2) the prescription must be sociologically so pervasive and epistemologically so compelling it is culturally embedded and normative and psychologically second nature.[9] In order to address these elements sufficiently, we must consider the elements of this religiously-based legal system not only coincided with the Prophet Muhammad's ministry but also by the establishment of the unique Muslim polity during the Prophet's lifetime.

a) The Qur'an as a Lawgiving Book

The Qur'an (which literally means "The Recital" or "The Recitation"), in contrast to the New Testament and the Hebrew Bible which are collections of books written by a number of different persons over centuries, is regarded to have a single source, God (albeit transmitted from the Archangel Gabriel) and importantly, over the course of at least twenty-two years.[10] The Qur'an is divided not only by chapter (sura) but also between revelations between the almost thirteen years of the Prophet's residence in Makkah and the ten-year residence in Madinah before the end of his life. The Makkan and Madinan parts of the Qur'an are distinguished from one another based on the principal objectives

---

1973).

8. See Anver M. Emon, *Religious Pluralism, and Islamic Law: Dhimmīs and Others in the Empire of Law*, 18-19 (2014).

9. See Wael Hallaq, *Quranic Magna Carta in Magna Carta, Religion, and the Rule of Law*, 160 (eds. Robin Griffiths-Jones and Mark Hill: 2015).

10. See Cyril Glasse, *The Concise Encyclopedia of Islam* (Harper and Row, 1989), 228–232. See also Mohammad H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, 21-23 (3rd ed. Cambridge: Islamic Texts Society, 2003).

of what an endemic legal regime looks like, whether in Afghanistan or elsewhere.

In the case of Afghanistan, along with a multitude of other countries, their legal system has historically drawn upon the Islamic legal system along with various forms of customary law.[3] Islam, as a political social order and faith, began to make inroads into the territory of current-day Afghanistan as far back as 652 CE, only two decades after the Prophet Muhammad died.[4] Consequently, with more than fourteen centuries of application, the natural focus of this analysis is an examination of the Islamic legal system and how it functions as a rule of law based legal system. To conduct this endeavor with sufficient depth and justice requires a careful understanding of how rule of law understood within classical Islamic law and perhaps more importantly, if and how those classical understandings are applied to contemporary Muslim-majority nation-states. In addition, there is also a required recognition that introducing a discourse about classical Islamic law as a rule of law based system has the potential for upending the contemporary Western based understanding of the rule of law,[5] and therefore, immediately regarded as suspect. That "suspicion" is predicated upon the degree to which Islamic law is regarded as alien, retrograde or part of the "other." Some Western observers have regarded Islamic law or shari'a-based law, at best, as antiquated, or worst, as an ideology for conquest.[6] Endless arrays of popular books and activists have distorted Islamic law beyond recognition. The underlying assumption by such observers has always been that Islam as a culture and not only a religious creed was primitive, simplistic, retrograde, and locked within medieval splendor out of which it could not disentangle itself.[7] But when examined in its totality, Islamic law amounts to a

3. See Hamid Khan, Special Report: "Islamic Law, Customary Law, and Afghan Informal Justice", U.S. Institute of Peace at 1 (March 2015), available at https://www.usip.org/sites/default/files/SR363-Islamic-Law-CustomaryLaw-and-Afghan-Informal-Justice.pdf

4. See Nancy Hatch Dupree, *A Historical Guide to Afghanistan* 492 (1970).

5. Or, in other words, an understanding of the rule of law that is nation-state-centric, and therefore, a rule of law approach which flows from this political understanding including but not limited to an emphasis on the institutional attributes believed necessary to actuate the rule of law, such as comprehensive laws, well-functioning courts, and trained law enforcement agencies. See Guide to Rule of Law Country Analysis at 2. Instead, consistent with longstanding scholarship on this issue, this analysis will conform to what most scholars have focused their attention on the ends that the rule of law is intended to serve within society such as upholding law and order, or providing predictable and efficient judgments. See Rachel Kleinfeld, Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners (Carnegie Endowment for Int'l Peace, Democracy and Rule of Law Project, Carnegie Paper No. 55, Jan. 2005), available at http://carnegieendowment.org/files/CP55.Belton.FINAL.pdf.

6. See Hamid Khan, *Practitioner's Guide to Islamic Law*, International Network to Promote the Rule of Law, August 2014, 11, available at http://inprol.org/sites/default/files/islamic_law_guide_revised_compressed.pdf

7. Shlomo Avineri, *The Return to Islam, in Global Studies: The Middle East*, 167–170 (ed. William Spencer:

penchant for humility. Second, while modernist movements have emerged to chart a course of reconciling classical Islamic law with the nation-state, the so-called Islamists among them have only demonstrated themselves to be self-selective in their adoption of classical jurisprudence, and therefore no different than other modern political actors acquiring and retaining their political authority. Finally, without a charted course to recreate the classic Islamic dynamic of separating political authority, these attempts are likely to remain crippled without a more robust Islamic juridical response to excess state authority.

2. Afghanistan: A Rule of Law Case Study

It is almost axiomatic to conclude that improving rule of law in other countries has been and remains crucial to a host of Western foreign policy goals. Perhaps nowhere has this been more evident than in the case of Afghanistan, where the United States and other countries have poured in such efforts since just shortly after the U.S.-led invasion of the country in 2002. It is estimated that efforts to improve the rule of law within Afghanistan have cost the United States alone over a billion dollars over the past decade and yet only had marginal success.[1] Therefore, one of the challenges as to Afghanistan (as with a host of other countries) is a fuller understanding how to effectuate adherence to the rule of law. At a minimum, we must recognize that to alter the rule of law composition of a place often means eviscerating realities on the ground in place of another approach to the rule of law. The operative assertion for replacing one paradigmatic approach to the rule of law for another rests on the assumption that the latter takes account of novel realities on the ground or that a novel systemic approach to an existing approach is preferable. Consequently, any attempt to augment, supervene, or in any way, change an existing legal system requires both in-depth assessments as to the realities on the ground as well as trepidation in seeking or altering such change. Thus, from the vantage point of change, we must further examine our understanding of what an adherence to the rule of law entails. According to a popular international development handbook, there are five elements that comprise the rule of law: (i) order and security, (ii) legitimacy, (iii) checks and balances, (iv) fairness and (v) effective application.[2] Without delving into the particulars of each element, it raises important questions about the precise contours

1. See Special Inspector General for Afghanistan Reconstruction, "Rule of Law in Afghanistan: U.S. Agencies Lack a Strategy and Cannot Fully Determine the Effectiveness of Programs Costing More Than $1 Billion", (July 2015), available at https://www.sigar.mil/pdf/audits/SIGAR-15-68-AR.pdf.

2. See U.S. Agency for International Development, "Guide to Rule of Law Country Analysis", 1-2, (2010), available at http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadt593.pdf.

Classical Approaches and Contemporary Challenges Evaluating Islamic Conceptions of the Rule of Law

Hamid M. Khan

Table of Contents

1. Introduction
2. Afghanistan: A Rule of Law Case Study
3. Classical Islamic Law as a Rule of Law System
4. The Emergence of the Nation-State: Can Islamic Law Still Serve as a Rule of Law System?
5. Conclusions: An Uncharted Territory: A New Juridicial Emphasis

1. Introduction

Since Islam's inception as a religious society, Islamic jurists, and political theorists have long wrestled with the issues of governance and the rule of law. Despite popular misconception, classical Islamic scholars articulated a robust theory of the rule of law based upon the devolution of legal authority and legal diversity while preserving social harmony. Yet in placing a premium upon religiosity and social harmony, classical jurists were less preoccupied with detailing the limits of ruler-based authority. In the contemporary period, and in particular, with the emergence of the nation-state as the sole source of legitimate legal authority, demands for re-instituting Islamic law as a rule of law system are complicated by a number of institutional and political challenges. First, a reconciliation of a diverse Islamic legal authority lies in the hands of nation-states whose intolerance for legal pluralism may prove fatal to the survivability of the classic Islamic

the Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law. He researches on the legal framework of parliamentary elections in Afghanistan. Constitutional law is his favourite subject and he has written several articles which have been published in Balkh University's academic journal. Some of these papers are: The Development of Parliament in Afghanistan, the Effects of Elections and the Legal System on the Economic Development in Afghanistan, Civil Society, and Differences between Comparative Constitutional Law and Comparative Politics. He is keen to build a better future for the young generation in Afghanistan through high quality teaching.

Institute of International Relations. He is currently employed as an Associate Partner & Consultant at the Nordic Consulting Group (NCG). Before joining the NCG in 2015, he held numerous positions at the Danish Institute for Human Rights International (DIHR) over a period of 16 years: project coordinator, project manager, programme manager and senior advisor. This entailed work in the areas of capacity building of civil society and state institutions, advocacy for human rights values, coordination of human rights defenders, media and human rights, law reform based on human rights principles, promotion of human rights law in the national legislations, reporting and monitoring of human rights and harmonization of international law in national legislation with focus on human rights.

Wardak, Ali

Dr. Ali Wardak, who obtained his PhD degree from the University of Edinburgh in Scotland, is a Reader in criminology at the University of South Wales, UK. His main teaching and research interests focus on comparative and transnational crime and justice, rule of law and the relationships between state and non-state justice systems. From 2006 to 2008, Dr. Wardak worked for the United Nations Development Programme (UNDP) in Kabul, and co-authored the 2007 Afghanistan Human Development Report where a 'hybrid model' for post-Taliban justice system in Afghanistan is proposed. Dr. Wardak has collaborated closely with Professor John Braithwaite in the Peacebuilding Compared research project, and is a Vice President of the South Asian Society of Criminology and Victimology. He has been invited speaker at major conferences and forums in Africa, Asia, Australia, Europe, and the United States. Dr. Wardak has published widely, and is the joint winner (with John Braithwaite) of the 2013 British Journal of Criminology Radzinowicz Prize for the English version of article that is published in this volume. On winning the prize, Dr. Wardak was congratulated by President Ashraf Ghani of Afghanistan through an official letter of appreciation.

Yousufzai, Ayoub

Mohammad Ayub Yusufazai was born in 1969. After his graduation from Habibia High school he joined to the Faculty of Law and Political Science of Baklh University. The law school accepted him as a lecturer after his graduation in 1999. Since this time he continues his job as an assistant professor in this faculty. He obtained his LLM degree from University of Washington in 2010. He is currently a PhD candidate at Hamburg University, which support of Hamida Barmaki Scholarship Programme of

Qaane, Ehsan

Mohammad Ehsan Qaane obtained his LL.M in Public International Law from Kateb University. He currently works as a legal and political affairs research with the Afghanistan Analysts Network, AAN. As part of his job he observes and writes on human rights, transitional justice, the International Criminal Court, the Afghan Parliament and the country's media. In addition to this, he has written a paper on "The Complementarity of ICC in Afghanistan" for the International Nuremberg Principle Academy. Prior to these assignments, Mr. Qaane served as the National Coordinator for the International Center for Transitional Justice's (ICTJ) Afghanistan Program, from 2010 to 2011. He has served as a member of the research team with the Afghanistan Independent Human Rights Commission (AIHRC), as a senior trainer of human rights and transitional justice within the Civil Society and Human Rights Network, and visited the Max Planck Foundation as a guest researcher.

Röder, Tilmann J.

Dr. Tilmann Röder studied law and history in Göttingen and Berlin (Humboldt University) between 1994 and 2000. In 2000 he took his first state exam, and the second in 2005. Also in 2005, Dr. Röder received his Doctorate in Law at Johann Wolfgang Goethe University in Frankfurt am Main ("summa cum laude") with a thesis on the evolution of transnational business law. Since 2013 Dr. Röder has been a Managing Director at the Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law. Besides, he served as pro bono Executive Director of the Kabul-based Hamida Barmaki Organization for the Rule of Law from 2013-2016. Between 2009 and 2012, Dr. Röder was head of the Middle East and Central Asia projects of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. More recently he built up a team supporting the peace process in Colombia. Dr. Röder's more recent publications include "Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring" (with Rainer Grote, eds., Oxford University Press 2016) and "Non-state Justice Institutions and the Law: Decision-making at the Interface of Tradition, Religion and the State" (with Matthias Kötter et al., Palgrave Macmillan 2015). He is the founder and editor of the Journal of Afghan Legal Studies, and an editor of the Max Planck YearBook of United Nations Law (UNYB).

Sitez, Mohammad Malek

Mohammad Malek Sitez obtained his LLM in international law at the Moscow State

(ISIS) in Malaysia (since 2007), the Aal al-Bayt Royal Institute of Islamic Thought (since 2005), and the Afghanistan Academy of Sciences (since 2008); Editor-in-chief at Islam and Civilisational Renewal, IAIS Malaysia (since 2008); as well as Non-Executive Director for the CIMB Islamic Bank Bhd (since 2008). He teaches in many countries of the world and publishes widely about Islamic law and its interrelations with state law.

Khan, Hamid M.

Hamid M. Khan is Deputy Director of the Rule of Law Collaborative and an Adjunct Professor at the University of South Carolina, National Security Fellow at the Truman National Security Project, and a Nonresident Senior Fellow at the King Faisal Center for Research and Islamic Studies. He previously served as a Senior Rule of Law Program Officer at the United States Institute of Peace and as a Professorial Lecturer of Islamic Law at the George Washington School of Law. Mr. Khan also served as Postdoctoral Fellow for Stanford Law School's Afghanistan Legal Education Project, and consulted on rule of law issues with a wide variety of international organizations, nongovernmental organizations, and U.S. Government agencies. He currently serves as a resident member of the World Justice Project's Rule of Law Consortium on Islamic law. He is a former adjunct professor of Islamic law at the University of Colorado Law School and former visiting professor of Islamic Studies at the University of Wyoming. He received his bachelor of science, summa cum laude, from the University of Wyoming and his doctorate of law from the University of Michigan Law School.

Mirzaii, Ali Mohammad

Dr. Mirzaii has been teaching law at the Ibn-e-Sina Institute for Higher Education in Kabul since January 2009. Before that time he served as lecturer at Kateb University in Kabul. Dr Mirzaii is an eminent expert of Afghan commercial law. He taught courses in behalf of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law and for the Max Planck Foundation in many different provinces of Afghanistan. Dr. Mirzaii obtained his doctorate from Shahid Beheshti University (Tehran) in 2013 with a thesis on "Direct Action". He also holds a LL.M. degree from Tarbiat Modares University (Tehran) where he wrote a thesis on Copyright Law, and a Bachelor in Law from Imam Khomeini University (Qazvin, Iran). Next to his academic works, he is registered as attorney-at-law with the Afghan Independent Bar Association.

Chicago, where he also holds an appointment in the Political Science Department. He holds B.A., J.D. and Ph.D. degrees from the University of California at Berkeley. He currently co-directs the Comparative Constitutions Project, an NSF-funded data set cataloging the world's constitutions since 1789. His books include Judicial Reputation: A Comparative Theory (2015) (with Nuno Garoupa); The Endurance of National Constitutions (2009) (with Zachary Elkins and James Melton), which won the best book award from Comparative Democratization Section of American Political Science Association; and Judicial Review in New Democracies (2003). He is a member of the American Academy of Arts and Sciences. Before entering law teaching, he served as a legal advisor at the Iran-U.S. Claims Tribunal, The Hague, Netherlands, and he has consulted with numerous international development agencies and governments on legal and constitutional reform. He currently serves a senior advisor on Constitution Building to International IDEA.

Grote, Rainer

Prof. Dr. Rainer Grote, LLM (Edinburgh) has far-reaching experience in legal scholarship and consultancy. He did his legal studies at the universities of Bielefeld (1981-83), Geneva (1983/84) and Göttingen (1984-87). Following his First State Exam, he completed an LLM at the University of Edinburgh. In 1993, he received his doctoral degree in law from the University of Göttingen („summa cum laude") for a work on the constitutional theory and practice of the French System of government, which was awarded the „European Thesis Prize" by the European Group of Public Law. Since 1994 he has been Senior Research Fellow at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law and Lecturer in Law at the University of Heidelberg. Besides he is professor of law at Göttingen University. He has worked as expert and consultant on numerous law and administration reform projects in Afghanistan, the MENA region, and Latin America.

Kamali, Mohammad Hashim

Prof. Dr. Mohammad Hashim Kamali did his BA in law and political science at Kabul University in 1965, before relocating to the UK where he took his LLM (1972) and PhD (1976) at University of London. Dr. Kamali is founding CEO and senior fellow at the International Institute of Advanced Islamic Studies (IAIS) in Malaysia; Chairman of the CIMB Shariah Committee (since 2007) and the Shariah Board, Stanlib Corporation, South Africa (since 2007); Senior Fellow Institute of Strategic and International Studies

He is the recipient of a number of international awards and prizes for his work, including an honorary doctorate at KU Leuven (2008), the University of Louisville Grawemeyer Award with Peter Drahos for Ideas Improving World Order (2004),[3] and the Prix Emile Durkheim, International Society of Criminology, for lifetime contributions to criminology (2005).

Emon, Anver

Prof. Dr. Anver M. Emon is Professor of Law at the University of Toronto. He is an internationally recognized scholar of Islamic law who works across multiple legal traditions in both his research and teaching. His research focuses on premodern and modern Islamic legal history and theory; premodern modes of governance and adjudication; and the role of Shari'a both inside and outside the Muslim world. His general academic interests include topics in law and religion; legal history; and legal philosophy. In addition to publishing numerous articles, Emon is the author of "Islamic Natural Law Theories" (Oxford University Press, 2010), and "Religious Pluralism and Islamic Law: Dhimmis and Others in the Empire of Law" (Oxford University Press, 2012), as well as the co-editor of "Islamic Law and International Human Rights Law: Searching for Common Ground?" (Oxford University Press, 2012). He is the founding editor of "Middle East Law and Governance: An Interdisciplinary Journal", and series editor of the "Oxford Islamic Legal Studies Series".

Geneuss, Julia

Dr. Julia Geneuss, LL.M. (NYU) is a Senior Researcher and Lecturer in Criminal Law at the University of Hamburg (Germany). She graduated in Freiburg, holds a Dr. iur. from Humboldt University Berlin and a LL.M. from NYU School of Law (USA). For her doctoral thesis on the prosecution of international crimes in Germany, in particular under the principle of universal jurisdiction, she was awarded the Humboldt University Law Faculty's prize for the best dissertation in criminal law, as well as a second prize of the Deutscher Studienpreis 2014 awarded by the Körber Foundation for outstanding dissertations. She is a member of the Editorial Committee of Oxford University Press's Journal of International Criminal Justice and was a Graduate Editor of NYU's Journal of International Law and Politics.

Ginsburg, Tom

Tom Ginsburg is the Leo Spitz Professor of International Law at the University of

the supervision of Professor Christoph Herrmann, chair for European and International Law at Passau University. The topic of her doctoral dissertation is "The Legal Impact of WTO Membership on Afghanistan's Regional Trade Agreements from a Transit Trade Perspective". In addition to her professional and academic achievements, Mrs. Akbari has vast professional experience in the areas of program management, leadership, gender, and legal capacity building with local and international NGOs, and has received certificates in the mentioned areas from national and international institutions.

Amin, Najib

Najib Amin is a permanent academic member of the Faculty of Law at the University of Kabul. He served as lecturer for general criminal law, criminal investigations, and theoretical criminology for the past twelve years. Mr. Amin holds a Bachelor's degree in law from the University of Kabul and a Master's degree in Law and Economics from the University of Bologna, Italy. Currently, he is a PhD with the University of Leiden, the Netherlands and works on a comprehensive socio-legal study of a Russian era prison in Afghanistan (i.e. Policharkhi) and its rehabilitation impact at present. Mr. Amin brings with him experience from working in various national and international institutions including the Presidential Palace in his role as a Deputy Director General for the Office of the Government and as an Undersecretary for the Cabinet of the Islamic Republic of Afghanistan. He served as the focal point and manager of all cabinet affairs and was responsible for monitoring and evaluation of every single decree, order, and cabinet decision across the country. Mr. Amin has been leading policy coordination of all Loya Jirgas (2004 to 2014). He further led legal aid organizations in Afghanistan for past one and a half decades in the capacity of a board member and latter an executive director. He received several awards, medals, and presidential appreciations for his good leadership. Mr. Amin is also an active member of Afghanistan Independent Bar Association.

Braithwaite, John

Prof. Dr. John Braithwaite is a Distinguished Professor at the Australian National University (ANU). He teaches there at the School of Regulation and Global Governance (RegNet), which he founded. Dr. Braithwaite's research areas are war, crime and regulation. He is best known for his work on restorative justice and on responsive regulation. His book "Crime, Shame and Reintegration" (1989) demonstrated that current criminal justice practice tends to stigmatise offenders, making the crime problem worse. Since 2004 Dr. Braithwaite has led a project called Peacebuilding Compared.

Biographies of the Authors

Afsah, Ebrahim

Dr. Ass. Prof. Ebrahim Afsah has been educated at the School of Oriental and African Studies, London (1992–96); Trinity College Dublin (1997–98 and 2002–08); the Kennedy School of Government at Harvard University (1999–2001); and the Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (MPIL), Heidelberg. Since 2012 he has been associate professor at the University of Copenhagen. Prior to joining the faculty in Copenhagen, Dr. Afsah was a senior governance expert with Deloitte Consulting LLP in Arlington, Virginia. He has extensive overseas consulting experience starting in 2003 when he set up the ongoing legal training programmes of the Max Planck Institute in Afghanistan and Jordan, followed by a long line of professional engagements on constitutional and public law reform, monitoring and evaluation, legal training, and administrative reform for the World Bank, UNDP, UNODC, GTZ, the German Foreign Office, the US State Department, and the European Union.

Akbari, Suhailah

Suhailah Akbari, born in September 1990 in Takhar Afghanistan, has been a PhD candidate at the University of Passau, school of law in Germany under the Hamida Barmaki Scholarship Programme of the Max Planck Foundation for International Peace and Rule of Law since 2015. She obtained her bachelor degree in law as top of her class from Kabul University, Faculty of Law, in 2012. After her graduation, in 2012, she became a law lecturer for the Public University of Takhar, Faculty of Law. In 2013, she was granted a Fulbright scholarship to pursue her master's degree at the University of Washington, which she successfully completed in 2014. Since 2016, Mrs. Akbari is based full-time in Passau where she is conducting her research under

to recreate the classic Islamic dynamic of separating political authority, attempts to revive a classical Islamic legal conception of the rule of law are likely to remain crippled without more robust Islamic juridical responses.

Section 6: Rule of Law

Ebrahim Afsah: Afghan Opium, the Global Consensus and Regional Collaboration. State Interests and Organisational Responses

The international counter-narcotics consensus laid down in a comprehensive set of international treaties stipulates that there is a confluence of interest in suppression of illicit trade between consumer, transit and producer states. This article presents the outcome of legal sub-component of a major project seeking to channel European technical support to the three regional countries most directly affected by this trade: Afghanistan as the world's biggest producer, as well as Pakistan and Iran as the chief transit countries. This legal assistance was premised on the assumption that the relatively modest degree of cooperation between the law enforcement and counter-narcotics agencies of the region was caused by a plethora of legal obstacles in the respective national penal and administrative codes, as well as an insufficient legal basis for regional collaboration. These premises turned out to be wrong, the analysis and extensive stakeholder consultation revealed that the legal framework in these three countries is adequate and no legal obstacles to cooperation could be identified. Rather, all collocutors agreed that the generally low level of trust that characterises relations between some member states, as well as entrenched corporate cultures inimical to the sharing of information and operational practices are the main reasons regional counter-narcotic cooperation remains anaemic.

Hamid M. Khan: Classical and Contemporary Islamic Conceptions Concerning the Rule of Law

Since Islam's inception as a religious society, jurists and rulers have long wrestled with the issues of how to conceive the rule of law. Despite popular misconceptions, classical Islamic scholars articulated a robust theory of the rule of law based upon the devolution of legal authority and legal diversity while preserving social harmony. Yet in placing a premium upon religiosity and social harmony, classical jurists were less preoccupied with detailing the limits of ruler-based authority. In the contemporary period, with the emergence of the nation-state as the sole source of legitimate legal authority, demands for re-instituting Islamic law as a rule of law system are complicated by intolerance for legal pluralism. Even as modernist movements have emerged to reconciling these challenges, these self-same proponents have only demonstrated themselves to be self-selective in their adoption of classical jurisprudence. Finally, without a charted course

Mohammad Hashim Kamali: Fundamental Rights of the Individual: An Analysis of *Haq* (Rights) in Islamic Law

Despite the frequent occurrence of haqq in the Quran and hadith as well as the works of classical Muslim jurists, a precise definition for it has not been articulated. Many of the early Shariah scholars seem to have relied on the literal meaning of haqq, without attempting a definition, on the assumption that the word was clear enough even without a definition. Modern scholars of the discipline have, on the other hand, attempted to provide a comprehensive definition. This article looks into these various definitions of haqq and ascertains some of the issues that have generated controversy in debate. It is also discusses the tendency in Islamic law to place greater emphasis on obligations than on rights. An attempt has also been made to develop a perspective on this and address in the meantime the suggestion by some Western commentators that Islamic law does recognise rights but only obligations. A perspective has also been developed over the meaning and relevance of *hukm* (law and value) and of *'adl'* (justice) in the understanding of haqq. Some of the answers provided to these questions are partly the outcome of the present writer's own reflections based on many years of research on fundamental rights and liberties of the individual in Islamic law in conjunction with the on-going discourse on human rights. An adequate understanding of haqq in Islamic law enables one to identify the root causes of the issues before us, how and why they arose in the first place, and then explain a persistent misunderstanding of Islamic law on this subject.

Tom Ginsburg: An Economic Analysis of Pashtunwali

This essay analyzes the Pashtunwali, the tribal code of the Pashtuns, from a political economy perspective. The Pashtunwali is a cultural system that channels, and thus limits, private violence. Instead of viewing the Pashtunwali as problematic, it argues that the logic of retaliation and the dispute resolution provided by the jirga form a kind of proto-legal system. This system supplements and sometimes clashes with the formal system of state law. The paper also considers two normative problems that are associated with the Pashtunwali: gender inequities and relatively high levels of violence. It considers a simple strategy for introducing greater normative coherence to the Pashtunwali that might also ameliorate its morally troubling aspects - the expansion of literacy. Greater levels of education could potentially facilitate clearer substantive norms within the Pashtunwali as well as improved quality of life for women.

Mohammad Malek Sitez: The Commitment of the Afghan State to International Human Rights

The promotion and protection of human rights is one of the most essential responsibilities of the international community. Based on the Universal Declaration of Human Rights, the UN Charter and other human rights instruments the international community is required to cooperate and collaborate with each other in order to protect and promote human rights worldwide. International human rights principles are also the value-based source of the Afghan Constitution. Based on its Constitution the Afghan state is responsible to implement international human rights standards into the national legal system. Afghanistan is a signatory of seven international human rights conventions. Consequently, the country is a member of several UN structures established according to the requirements of international human rights principles. This article offers a short description of international law and international relations as such, international law as a source of the Afghan Constitution and, more specifically, the importance of international human rights law for the national context. It further examines the Afghan state in its function as an actor in international law as well as its acts taken in order to implement human rights standards and to monitor and report to the relevant international human rights bodies. In this context the article also draws attention to civil society and national human rights institutions in general, which undertake efforts to ensure the promotion of human rights, such as their fulfillment of state reporting duties.

Section 5: Interdisciplinary and Islamic Studies

Anver Emon: Natural Law and Natural Rights in Islamic Law

This article provides an initial point of departure for considering the scope to which Islamic legal theory sources (*asulul-fiqh*) countenanced a theory of reason's ontological authority that can be framed in terms of natural law. Tracing two main schools of thought, the Hard and Soft Natural Law approaches, the article shows that despite starting from competing theological positions, adherents of both schools developed a jurisprudence that nonetheless granted them ontological authority to direct their reason to the business of law and legal regulation. That authority, according to the two historical schools of natural law, was premised upon a fusion of fact and value in the natural world, thereby investing it with both empirical and normative content from which a reasoned deduction could assume normative force.

resolution on women's travel. The article concludes with advancing a perspective on political developments and challenges Afghanistan is currently facing that also affect the prospects of family law reform in the country. The first of the two appendices at the end provides a background note on the Civil Code 1976 - how it came about, its immediate background, aftermath and amendments. Appendix two consists of excerpts from Moroccan Family Law (the Mudawana) 2004, for comparative purposes. The 2,416-article Civil Code 1976 is the most extensive legislation Afghanistan has ever had. This article is limited to addressing only some aspects of the matrimonial law, and advances reform proposals that seek to bring this law in line with the egalitarian objectives of the 2004 constitution and other instruments Afghanistan has signed in the ensuing decade following the introduction of the Civil Code.

Section 4: International Law

Suhailah Akbari: Chabahar versus APTTA – Which Transit Trade Agreement Offers Broader Legal Transit Trade Opportunities for Afghanistan

In recent years, as part of its foreign transit trade regime, Afghanistan has concluded transit trade agreements with several neighboring countries. These include the 2010 Afghanistan Pakistan Transit Trade Agreement (APTTA) and the 2016 Chabahar Transit Trade Agreement between Afghanistan, India and Iran. Under the APTTA, Afghanistan is granted free transit for its exports to India and other South Asian markets through Pakistani sea-ports and land ports. In exchange, Pakistan is allowed to use Afghanistan's land ports for its exports to Central Asian countries. Since its conclusion, the contracting parties have alleged frequent violations of the Agreement. The Chabahar Agreement opens up the respective markets for Afghan and Indian products through the Iranian Chabahar sea-port. The Agreement has been presented as an alternative to the APTTA. While the benefits of the agreements are often examined from an economic prospective, the legal implications of these agreements has not been assessed. This article examines whether Chabahar is a viable alternative to APTTA for Afghanistan. It focuses on the provisions on transit route and Customs facilitations, institutional arrangement, dispute settlement system, and on transparency of each of these agreements. Given the significance of these provisions in facilitating transit trade, the paper argues that it is for the benefit of Afghanistan to keep both agreements instead of replacing one with the other. Each agreement offers different legal and economic advantages for Afghanistan. Similar benefits goes to Pakistan as under APTTA Afghanistan grants Pakistan free transit to Central Asian markets.

2002. Its aim is to stop the impunity for serious crimes at the international level. Since 1 May 2003 Afghanistan is a signatory of the Rome Statute, the establishment document of the ICC. Pursuant to the provisions of the Rome Statute, any of the four crimes, named under Article 5 of the Statute, such as crime of genocide, war crimes, crimes against humanity and aggression (committing of aggression after 2017), has been committed in a territory or by a nation of a state party, cannot be left without prosecution. Either the party state or the ICC has to prosecute the alleged crimes. It is the primary jurisdiction of the national authorities to deal with these crimes however if the state party does not have willingness or ability then the ICC has to interact for prosecution. The Office of the Prosecutor, OTP, of the ICC has started its preliminary examination of crimes committed in Afghanistan since 2007. So far, the OTP released five preliminary examination reports on Afghanistan situation. According to the OTP findings, war crimes and crimes against humanity, mentioned in Article 5, 7 and 8 of the Statute, which are under jurisdiction of the ICC, has been committed in Afghanistan by perpetrators with Afghan nationality and foreigners since the date of Afghanistan membership with the ICC. The OTP is still looking to prove either Afghanistan has the willingness or ability for prosecution of these alleged crimes or not. If the answer would be negative then the ICC has to investigate these crimes although Afghanistan does not refer any case to the Court.

Section 3: Private Law

Mohammad Hashim Kamali: Matrimony and Women's Rights in the Afghan Civil Code 1976: A Critical Appraisal

This article is presented in three Parts and two appendices. Part One is introductory, reflecting on the Bonn Agreement 2001, CEDAW 2003 and other international instruments Afghanistan has signed, and then the 2004 constitution. This is followed by a birds-eye-view of the various marriage laws Afghanistan has had in the course of twentieth century. Part Two advances a critical analysis and appraisal of the Civil Code 1976 (*qanun-e madani* 1355) sections on matrimonial law, including preliminaries of marriage (solicitation - *khastgari* and engagement - *namzadi*), issues pertaining to marriageable age, child marriage, the marriage contract itself, polygamy and divorce. Part Three provides additional information on the problem of law enforcement in Afghanistan, and an opinion survey among Afghan intellectuals on women's equality that lay in the background to 2004 constitution. An overview is also provided of issues over the Shia Personal Status Law 2009, and the 2012 Ulama Council of Afghanistan

general history of prisons and maintains an account of laws and regulatory frameworks pertaining to imprisonment. Against the resulted contextual and legal framework, the article follows on to the history and objectives of Policharkhi prison as its case study. It maintains that after the independence (1919) and particularly with the fall of authoritarian regimes, there have been attempts to control a predominantly negative use and squalid conditions of prison institutions. The birth of Policharkhi prison, in a more recent history, was a step towards further improvements in prison conditions that could lead to a standardized system of imprisonment. However, in a politically turbulent context the expected improvements did not materialize. In a position of displaying some of the contextual factors that contributed to the failure, the article presents a detailed account of the Policharkhi prison during four different political regimes over the course of its history. The article concludes with a number of remarks on necessary changes required in the current system of imprisonment and at Policharkhi prison in particular.

Julia Geneuss: Criminal Responsibility for the 2009 Kunduz Airstrike: The German Code of Crimes Against International Law and International (Humanitarian) Law

On 4 September 2009 German Colonel Klein ordered the airstrike of two fuel tankers that had been hijacked by the Taliban near Kunduz and later got stuck in the mud of a dry riverbed. The airstrike killed up to 142 people, most of them civilians. This paper will discuss the legal consequences of the Kunduz airstrike, i.e. the criminal investigations for alleged war crimes that were conducted by Germany's Federal Prosecutor General. In a first step, the legal basis for the Prosecutor's investigations will be presented: The German Code of Crimes Against International Law, which implements the "core" international crimes into the German legal order. Second, the Prosecutor's legal arguments that ultimately lead to the termination of the criminal investigations will critically be discussed. And finally, the paper will present the argument made by some commentators that Colonel Klein should have been held responsible not for war crimes, but for negligent manslaughter under the "ordinary" German Penal Code for his breach of rules of conduct under international humanitarian law designed to minimize civilian casualties.

Ehsan Qaane: Thirteen Years after Afghanistan's Accession to the International Criminal Court: What Stage at the Court has Afghanistan reached?

The ICC, as the only permanent international criminal court, was established in July

assets to compensate the damage. A difficult resulting question is the following: Who is in such cases responsible to compensate the damages - possibly the state? And if the state is responsible for compensation, what is basis of this responsibility? What are the terms and methods of such compensation by state? The article will try to answer these questions.

John Braithwaite and Ali Wardak: Crime and War in Afghanistan

This article views Afghanistan less as a war, and more as a contest of criminalized justice systems. Part I ("The Hobbesian Solution") begins by looking back to the Taliban who came to power because they were able to restore order to spaces terrorized by armed gangs and Mujahideen factions. After the Taliban's 'defeat' in 2001, their resurgence was invited by the failure of state justice and security institutions. The Taliban returned with a parallel court system that most Afghans viewed as more effective and fair than the state system. Polls suggest judges were perceived as among the most corrupt elements of a corrupt state. Police were widely perceived as thieves of ordinary people's property, not protectors of it. While the US diagnosis of anomie in Afghanistan up to 2009 was aptly Hobbesian, its remedy of supporting President Hamid Karzai as a Leviathan was hardly apt. The West failed to ask in 2001 'What is working around here to provide people security?'. One answer to that question would have been jirga/shura. A more Jeffersonian rural republicanism that learnt from local traditions of dispute resolution defines a path not taken. Part II of the article ("A Jeffersonian Alternative?") discusses the idea that a more Jeffersonian architecture of rural republicanism in tune with Afghan traditions is a remedy to limits of the Hobbesian view on Afghanistan. Anomic spaces where policing and justice do not work are vacuums that can attract tyrannical forms of law and order, such as the rule of the Taliban. Peace with justice cannot prevail in the aftermath of such an occupation without a reliance on both local community justice and state justice that are mutually constitutive. Supporting checks on abuse of power through balancing local and national institutions that deliver justice is a more sustainable peace-building project than regime change and top-down re-engineering of successor regimes.

Najib Amin: Imprisonment and the Pertinent Laws in Afghanistan: A Focus on The History of Policharkhi Prison

This article explores the history of imprisonment and the pertinent legal frameworks guiding the practice of punishment in Afghanistan. It starts with a brief overview of the

the president significantly influences the selection of IEC members. What are the major legal gaps in electoral management in Afghanistan? In regards to that what can the Afghanistan government learn from post-conflict societies? This paper will argue that gaps in the legal electoral framework limit the independence of the IEC and therefore weaken the electoral management body. Due to this it has become one of the main reasons for fraud and flawed electoral processes in Afghanistan. The legislation on electoral management has not been based on a regular target and legislation in this area has been done with a view to personal advantages. Also the Electoral management bodies have not been considered as institutions to support the democracy process in the country.

Rainer Grote and Tilmann J. Röder: Delays of Elections and the Constitutional Legitimacy of the Wolesi Jirga

Constitutions rarely provide expressly for the circumstances in which elections may be postponed and the implications the postponement has for the legal validity of acts taken by the elected constitutional bodies once their constitutional term has expired. The article examines which constitutional principles, apart from the doctrine of necessity, have to be taken into account in assessing these questions. In particular it analyzes the relevance and the meaning of the principles of democracy, rule of law and separation of powers in this context. It also assesses if, and to which extent, the existence of the circumstances justifying the postponement of elections and the scope of the powers of the elected body during the interim period are subject to independent scrutiny, especially by way of judicial review. The postponement of the elections to the Wolesi Jirga of the Islamic Republic of Afghanistan in 2015 serves as case study to analyze the meaning and the limits of constitutional law in times of crisis.

Section 2: Criminal Law and Criminology

Ali Mohammad Mirzai: State Responsibility in Cover Damages in Terrorism Offence

According to general legal principles, when a crime occurs, the perpetrator of the offense must compensate any damages caused. But in some cases, particularly as terrorism offenses, is not possible to identify the perpetrator of the offense, or the perpetrator of the offense may escape, or there might not be sufficient evidence against him available, or the perpetrator of the offense might not own enough property and

Abstracts of Articles (English)

Section 1: Public Law

Mohammad Hashim Kamali: Constitutionalism in Islamic Countries: A Contemporary Perspective of Islamic Law

This article is presented in four sections, beginning with a brief characterisation of Islamic constitutional law, and its under-developed status as compared with other branches of Islamic law. The discussion proceeds to highlight salient differences between the Islamic and western approaches to constitutional law. This is followed by a brief discussion of Islam and secularism. Section two provides a panoramic view of Islamic countries in general and their constitutions with special reference to the role and place of Islam, or that of a state religion in the constitution. Section three, the largest in the chapter, consists of a general characterisation of the Islamic system of rule under a number of sub-headings. The first of these characterises government in Islam as a trust (amanah); it is also a limited as opposed to a totalitarian government; that it is a qualified democracy; and that the Islamic government is characteristically civilian, not a theocracy. The chapter also reviews major trends and commonalties in the Sunni and Shia political thoughts, and then a conclusion.

Ayub Yusufzai: Legal Framework of Electoral Management in Afghanistan After 1380 (2001)

The 2004 constitution assigns the administration and supervision of elections and referendums to the Independent Election Commission (IEC), but it does not mention how the IEC members will be designated. The process of selection is imperfect and

Miriam Östreich and Aisha Mahmood who helped us in the stressful final phase of the production of this volume. We also thank the translators Khwaja Ahmad Jawid Shahryar and Ahmad Farooq Fazalyar and the team of Nashre Vajah Printing Press for a fruitful collaboration.

All articles have been peer-reviewed by the editors. A few of them had been published in other languages before. We are very grateful to the authors and publishers of these articles for their permission to translate and print these valuable academic works. Many of the articles were also presented and discussed at one of the recent Afghan Legal Studies Conferences, which are held in Kabul on an annual basis.

We hope that the journal will contribute not only to the culture of legal research, which is tangibly developing in Afghanistan, but that it will also inspire those looking for solutions for the many problems that this beautiful country is facing.

We close with our sincere thanks to the German Federal Foreign Office and the German Embassy in Kabul, which are financing and actively supporting the Afghan Legal Studies Conferences and the production of the Journal of Afghan Legal Studies as part of the Hamida Barmaki Scholarship Programme. They may rest assured that this assistance will not be forgotten by a whole generation of Afghan jurists.

The Editors

Prof. Dr. Mohammad Hashim Kamali

Dr. Tilmann J. Röder

Ass. Prof. Lutforahman Saeed

Preface of the Editors

Slowly but steadily legal research is developing in Afghanistan. A growing scientific community is writing about the manifold aspects of law in Afghanistan. Most of them are Afghan scholars, but there are also a number of non-Afghan researchers with a specific interest in this country. This new journal is intended to serve them as a forum of exchange.

As editors of the first edition of the Journal of Afghan Legal Studies (A.P. 1395 / 2016) we therefore decided to adapt the concept of this new periodical to the needs and desires of our distinguished readership. Most importantly, we have accepted contributions not only in Dari, but also in Pashto and English language. By this we hope to contribute to the further development of Pashto as an academic language, and to make the journal more attractive for an international readership. Our aim is to place it in the most important law libraries outside of Afghanistan, in order to better connect the Afghan with the global scientific community. The abstracts in all three languages serve the same purpose of bridging language barriers.

Many individuals have helped us in our effort to realize this volume. Already at an early stage, Dr. Ghazaleh Faridzadeh of the Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law (Heidelberg) improved several articles with exceptional linguistic skill. Many other young colleagues helped us by closely communicating with authors and translators. We cannot list all of them here, but at least we would like to mention Dr. Elisa Novic, the former coordinator of the Max Planck Foundation's Hamida Barmaki Scholarship Programme for Law Lecturers and Jurists; Mr. Ahmad Shah Ahmadyar and Mr. Malthe Harvald who significantly contributed to the development of the programme of the Afghan Legal Studies Conferences; and Ms.

Admiring its gratitude, I would like to extend my gratitude to the German Federal Foreign Office for all its deliberated cooperation – particularly the PhD Scholarship Program for Afghan Jurists and the Journal of Afghan Legal Studies – and ultimately for supporting the justice sector of Afghanistan.

Muhammad Sarwar Danish

Second Vice President

Islamic Republic of Afghanistan

Foreword to the First Volume

Not only as a versed statesmans, but also as a legal scholar I affectionately welcome first volume of the Journal of Afghan Legal Studies in Afghanistan.

The articles contained in this journal are of the highest scientific and research level. It encompasses several areas, which are Criminal Law, Private Law, Public Law, Public International Law, Islamic Law and Interdisciplinary Studies. Afghan and international researchers and writers contributed their articles to this volume, and the concerned articles are accurately written in Dari, Pashto and English. Hence, this intensifies the importance of the journal and thereupon enhances interest of international readers towards it.

I wish that the publication of this journal will foster the spirit of research in various fields of law, initiate a new form of legal literature, modernise legal doctrine and strengthen the rule of law in the country, which will ultimately result in a law-oriented society.

The initiators of this journal, Dr. Mohammad Hashim Kamali and Dr. Tilmann RÖder stated in their meeting that they see themselves as the guardians of the" of the Journal of Afghan Legal Studies; they added that they are determined to pass on this publication to the young legal researchers who are currently pursuing their doctoral dissertations. They have already chosen one of them, Ustad Lutforahman Saeed of Kabul University, as their co-editor.

Section 6: Rule of Law

Afghan Opium, the Global Consensus and Regional Collaboration (English).....554
Ebrahim Afsah

Classical Approaches and Contemporary Challenges Evaluating Islamic Conceptions of the Rule of Law (English).....580
Hamid M. Khan

Section 2: Criminal Law and Criminology

State Responsibility to Cover Damages after Terrorism Offences (Dari).....143
Ali Mohammad Mirzaii

Crime and War in Afghanistan (Pashto).....175
John Braithwaite and Ali Wardak

Imprisonment and the Pertinent Laws in Afghanistan: A Focus on The History of Policharkhi Prison (Dari) 243
Najib Amin

Criminal Responsibility for the 2009 Kunduz Airstrike: The German Code of Crimes Against International Law and International (Humanitarian) Law (English).....294
Julia Geneuss

Thirteen Years after Afghanistan's Accession to the International Criminal Court: What Stage at the Court has Afghanistan Reached? (Dari) 295
Ehsan Qaane

Section 3: Private Law

Matrimony and Women's Rights in the Afghan Civil Code 1976: A Critical Appraisal (English) 342
Mohammad Hashim Kamali

Section 4: International Law

The Commitment of the Afghan State to International Human Rights (Dari).....345
Suhaila Akbari

Chabahar versus APTTA – Which Transit Trade Agreement Offers Broader Legal Transit Trade Opportunities for Afghanistan (English) 392
Mohammad Malek Sitez

Section 5: Interdisciplinary and Islamic Studies

Natural Law and Natural Rights in Islamic Law (Dari)..... 395
Anver Emon

Fundamental Rights of the Individual: An Analysis of Haq (Rights) in Islamic Law (Dari)...443
Mohammad Hashim Kamali

An Economic Analysis of Pashtunwali (Dari).....473
Tom Ginsburg

Table of Contents

Foreword to the First Volume (Dari).....13
Foreword to the First Volume (Pashto).....15
Foreword to the First Volume (English).....602
Preface of the Editors (Dari).....17
Preface of the Editors (Pashto).....19
Preface of the Editors (English).....600
Abstracts (Dari).....21
Abstracts (Pashto).....33
Abstracts (English).....598
Biographies of the Authors (Dari).....45
Biographies of the Authors (Pashto).....55
Biographies of the Authors (English).....588

Section 1: Public Law

Constitutionalism in Islamic Countries: A Contemporary Perspective of Islamic Law (Dari)...67
Mohammad Hashim Kamali

Legal Framework of Electoral Management in Afghanistan After 1380 (2001) (Dari).....91
Mohammad Ayub Yusufzai

Delays of Elections and the Constitutional Legitimacy of the Wolesi Jirga (English).....140
Rainer Grote and Tilmann J. Röder

Journal of Afghan Legal Studies

(Majallah-ʾi muṭāliʿāt-i ḥuqūqī Afghānistān)

Volume 1 (1395/ 2016)

Publisher: Foundation of Vazhah Publication
First edition: Kabul Summer 2016
Designer: Zahra Ahmadi
ISSN: 2522-3070
Circulation: 500

Journal of Afghan Legal Studies

Volume 1 (1395 / 2016)

Editors:
Prof. Dr. Mohammad Hashim Kamali,
Dr. Tilmann J. Röder
and Ass. Prof. Lutforahman Saeed

Vazhah Publication

Kabul 2016 / 1395

بسم الله الرحمن الرحيم