

# مبادی حقوق اساسی افغانستان

An Introduction to the Constitutional Law of Afghanistan



پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان (ALEP)  
دانشکده حقوق دانشگاه استنفورد

Stanford Law School  
[alep.stanford.edu](http://alep.stanford.edu)  
[afghanistanlegaleducation@gmail.com](mailto:afghanistanlegaleducation@gmail.com)  
Stanford Law School  
Crown Quadrangle  
559 Nathan Abbott Way  
Stanford, CA 94305-8610  
[www.law.stanford.edu](http://www.law.stanford.edu)

**ALEP Authors**

*Rose Leda Ehler  
Elizabeth Espinosa  
Jane Farrington  
Gabe Ledeen  
Daniel Lewis*

**ALEP Editors**

*Stephanie Ahmad  
Catherine Baylin  
Jane Farrington  
Sam Jacobson  
Jay Minga  
Ingrid Price*

**AUAF Contributing Faculty Editors**

*Nafay Choudhury  
Ghizaal Haress  
Mohammad Isaqzadeh  
Jenn Round*

**ALEP Faculty Advisor**

*Erik Jensen*

**AUAF Chair of the Department of Law**

*Taylor Strickling*

**Stanford Law School Rule of Law Fellow**

*Megan Karsh*

## فهرست مطالب

مقدمه و قدردانی.....	أ
فصل اول: مقدمه ای بر مشروطیت .....	1
فصل دوم: تفکیک قوآ .....	39
فصل سوم: قوه اجرائیه .....	98
فصل چهارم: حکومت و اداره .....	121
فصل پنجم: قوه مقننه .....	146
فصل ششم: قوه قضائیه .....	164
فصل هفتم: حقوق اساسی اتباع حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی .....	195
فصل هشتم: حقوق اساسی اتباع حقوق متهمین جنایی .....	266
واژه نامه .....	290



## مقدمه و قدردانی

پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان (ALEP) دانشکده حقوق ستانفورد در خزان سال 2007 به مثابه یک برنامه دانشجویی غرض کمک به دانشگاه های افغانستان برای آموزش نسل بعدی حقوقدانان آغاز گردید. ماموریت و اهداف پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان تحقیق، نوشتن و انتشار کتاب های درسی حقوقی با کیفیت بالا و متن اصلی، و تهیه یک برنامه درسی برابر با کیفیت بالا در دانشگاه امریکایی افغانستان (AUAF) میباشد. چشم انداز گسترده تر پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان تلاش برای کمک در آموزش رهبران نسل بعدی است که بازسازی و بازتوانی افغانستان را به پیش ببرند.

مبادی حقوق اساسی افغانستان کتاب درسی پنجم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان است. پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان قبلاً؛ مبادی حقوق افغانستان (چاپ سوم)، حقوق تجارت افغانستان (چاپ دوم)، حقوق جزای افغانستان (چاپ دوم)، و حقوق بین الملل از دیدگاه افغانی (چاپ اول) نشر کرده است. کتاب های درسی ششم و هفتم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان تحت عناوین مسؤلیت حرفه ای و مکفیت های مدنی است که در آینده به چاپ خواهند رسید. در حال حاضر پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان و دانشگاه امریکایی افغانستان به همکاری استادان مجرب و فعال افغان و بین المللی در اجرای کامل برنامه پنج ساله لیسانس در رشته علوم اجتماعی و لیسانس حقوق را در دانشکده جدید التاسیس حقوق دانشگاه امریکایی افغانستان در کابل روی دست داشته و در ضمن محصلین نیز علاقمند آموزش این برنامه هستند. هدف برنامه جدید، لیسانس حقوق و علوم اجتماعی آموزش محصلین افغان در عرصه تفکر، تحریر، نطق و عملکرد آنها به حیث حقوقدانان مسلکی میباشد، تا بتوانند خدمات حقوقی لازم و برنامه های آموزشی را فراهم نموده و در آینده منحصی پیشگام این عرصه آروز نسل های بعدی ملت افغانستان را برآورده سازند.

تیم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان مسرت دارد تا از افراد و مؤسساتی که این پروژه را همکاری نموده است قدردانی نماید. پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان حمایت پویا و سخاوتمندانه دفتر بین المللی مواد مخدر و تنفیذ قانون (INL) در وزارت امور خارجه امریکا را با خود داشته است. رئیس فعلی دانشکده حقوق ستانفورد الیزابت مگیل و رئیس اسبق این دانشکده لری کرامر و دیبورا زومولت مشاور عمومی دانشگاه ستانفورد و عضو هیئت امناء دانشگاه امریکایی افغانستان، از جمله ذوات موثر در ایجاد پروژه در سال های اولیه بوده و این پروژه را به صورت مداوم کمک نموده اند. مشارکت پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان در شش سال گذشته با دانشکده حقوق و اعضای مربوطه دانشکده علوم سیاسی دانشگاه امریکایی افغانستان به همکاری نیرومند رهبری دانشگاه امریکایی افغانستان گسترش یافته است. ذوات محترم همکار در دانشگاه امریکایی افغانستان شامل داکتر شریف فایز (بنیانگذار)، داکتر مایکل سمیت (رئیس)، و داکتر دوون دیکل (ناظم دانشکده) میباشد. به همین ترتیب، شرکت خدمات حقوقی ایلین متن انگلیسی این کتاب را به لسان های دری و پشتو به کیفیت عالی ترجمه کرده است. من به نوبه ی خود، میخواهم از محصلین بسیار خوب پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان که در تدوین این نسخه سهم داشتند به شمول جین فرینگتون که به صورت خستگی ناپذیر فعالیت نمود تا این کتاب را آماده چاپ نماید، اظهار سپاس نمایم.

به طور خاص به خاطر کتاب درسی حقوق اساسی افغانستان، پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان از محمد اسحق زاده، پروفیسور دانشگاه امریکایی افغانستان که نظرات انتقادی گسترده فصل به فصل پیش نویس اول را ارائه کرد، ابراز امتنان مینماید. پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان همچنین می خواهد از پروفیسور دانشگاه ستانفورد گرهارد کاسپر به خاطر ملاحظات خردمندانه پیرامون تدریس حقوق اساسی تطبیقی تشکر نماید. علاوه بر این، پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان از آقای یما کشاورز از دانشگاه البیرونی، آقای نقیب احمد خیلواک از دانشگاه ننگرهار و آقای فهیم برمکی از دانشگاه کابل، تمام دانشمندان و محقق در دانشکده حقوق ستانفورد، برای شریک ساختن مهارت خود پیرامون موضوعات مربوط به حقوق افغانستان، حقوق اسلام و ترجمه، تشکر میکند. در اخیر، پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان می خواهد از پروفیسور نادر نادری، پروفیسور غزال حارس و پروفیسور روح الله عزیزی به خاطر معرفی کتاب در صنف درسی، تشکر نماید.

اریک جینسن مشاور استادان پروگرام تعلیمات حقوقی افغانستان  
پالو آلتو، کالیفرنیا  
مارچ 2013



## فصل اول: مقدمه ای بر مشروطیت

### اول. مشروطیت

”در طول دو قرن گذشته، ما از یک وضعیت که در آن تقریباً هیچ کشوری قانون اساسی نوشته نداشته به مرحله‌ای که در آن تقریباً تمامی کشورها دارای قوانین اساسی هستند، گذار کرده ایم.“<sup>1</sup>

چرا تقریباً هر کشور دارای قانون اساسی است؟ آیا موجودیت قوانین اساسی دموکراسی، صلح و رفاه اقتصادی را تضمین میکند؟ مسلماً، نه. بسیاری از کشورهای ناموفق هم دارای قانون اساسی میباشند. در واقع، جهان ”مشبوح از قوانین اساسی نوشته شده میباشند، که در بسیاری از آنها متن با مقصد مطابقت ندارد، در حالی که تعداد دیگر آنچه را میخواهند انجام نمیدهند.“<sup>2</sup> این دقیق تر به نظر میرسد که گفته شود قوانین اساسی در عرصه ملی و بین المللی به یک نوع دستاویز اعتباری برای کشورهای تبدیل شده است، صرف نظر از اینکه در عمل موثریت دارد یا خیر.<sup>3</sup> این فاصله بین آنچه که قانون اساسی دستور می دهد و چگونه یک کشور در واقع عمل نشان میدهد تفاوتی است که بین داشتن قانون اساسی و مشروطه خواهی وجود دارد.

در این فصل در باره فاصله یاد شده بحث خواهد شد. در بخش اول ما به بررسی ریشه های تاریخی نظریه مدرن مشروطیت و انعکاس آن را در قانون اساسی افغانستان به بررسی میگیریم. در بخش دوم به عملکرد قانون اساسی پرداخته میشود، هم بطور عام و هم بطور خاص در افغانستان. در بخش سوم، تاریخچه قانون اساسی افغانستان الی تصویب قانون اساسی 2004 را بررسی می کنیم. در بخش چهارم، ما چندین روش تفسیر قانون اساسی را ارائه می کنیم، و برای شما چارچوبهای تحلیلی غرض استفاده حین مطالعه قوانین اساسی را فراهم میسازیم. سرانجام، ما چگونگی روند تعدیل قانون اساسی را بررسی می کنیم.

### الف. تعریف مشروطیت

ما این فصل را با تعریف ”مشروطیت“ آغاز میکنیم که منظور از آن چیست؟ به مفهوم بسیار عام، مشروطیت را می توان به عنوان ”حکومت محدود شده“ تعریف کرد.<sup>4</sup> به عبارت دیگر، مشروطیت به مفهوم محدود کردن استفاده خودسرانه از قدرت سیاسی،<sup>5</sup> بمعنای داشتن ”حاکمیت قوانین، نه حاکمیت

<sup>1</sup> Donald S. Lutz, Principles of Constitutional Design 4 (2006).

<sup>2</sup> Gerhard Casper, Constitutionalism in Vol. 2 Encyclopedia of the American Constitution 479 (Leonard W. Levy et al. eds., 1986).

<sup>3</sup> William G. Andrews, Constitutions and Constitutionalism 24 (William Andrews ed., D. Van Nostrand Company 1968).

<sup>4</sup> *Id.* at 13

<sup>5</sup> B.O. Nwabueze, Constitutionalism in the Emergent States 1 (Farleigh Dickinson University Press 1973).

اشخاص.<sup>6</sup> این مفهوم حکومت محدود در طول قرن ها تکامل یافته، بنابر این مروری بر نظریات محققانی که منتج به درک امروزی از آن شده است، مفید می باشد.

### چرا دولت؟

یکی از با نفوذ ترین متفکران در مورد محدودیت قدرت دولت و هدف حکومت، جان لاک فیلسوف انگلیسی قرن 17 است. نظریه سیاسی جان لاک بر اساس این نظریه استوار است که یک "قرارداد اجتماعی" بین افراد و حکومت وجود دارد. در اثر معروف خود به نام رساله دوم، لاک توضیح می دهد که چرا او اعتقاد به اتحاد مردم در جامعه و تشکیل حکومت دارد:

§ 4 برای درک درست قدرت سیاسی و ریشه یابی آن، ما باید حالتی را در نظر بگیریم که همه مردم به طور طبیعی در آن زندگی دارند.

در وضعیت طبیعی مردم در کارهای خود و تصرف اموال شان آزادی مطلق دارند و تنها قوانینی که بر آنها حکمفرماست قوانین طبیعت است. مردم در این حالت نیاز به گرفتن اجازه برای انجام کار ندارند و غرض سامان دهی امور به اراده دیگران وابسته نمیباشند. همچنان وضعیت طبیعی حالت برابری است که در آن قدرت و صلاحیت همه افراد یکسان است و هیچ کس قدرتی بیشتر از دیگران را در اختیار ندارد. . . .<sup>7</sup>

§ 123 اگر انسان در وضعیت طبیعی طوری که من یادآور شدم، چنان آزاد و حاکم مطلق خویش و دارائی های خویش است که با بزرگترین افراد برابر و از هیچکس کمتر نیست - چرا از آزادی و سلطه خویش دست میکشد و خود را زیر فرمان و نیروی فرد دیگری قرار میدهد؟ پاسخ این سوال واضح است:

هر چند در حالت طبیعی انسان حق نا محدود را در تصرف خود دارد، با آنهم بهره مندی او از این حقوق روشن نیست و حقوق وی به طور مداوم از جانب دیگران در معرض خطر قرار میگیرند. . . . بنا براین است که می پذیرد، از این وضعیت که با آزادی کامل همراه است، ولی همواره در معرض خطر نیز قرار میگیرد، دست بکشد؛ پس نامعقول نیست که تلاش نماید تا با دیگران بپیوندد و غرض حفظ جان، آزادی و مال خود اجتماع را تشکیل دهد. . . .<sup>8</sup>

§ 131 با وجود این مردمان با ورود به اجتماع و تأسیس حکومت و دولت از مساوات، آزادی، و قدرت اجرایی که در حالت طبیعی در اختیار داشتند، صرف نظر میکنند. . . هر کدام از آنها این کار تنها غرض حفاظت بهتر خود، آزادی و اموال خود را انجام

<sup>6</sup> Mark Tushnet, *Constitutionalism and Critical Legal Studies*, in *Constitutionalism: The Philosophical Dimension* 150 (Alan S. Rosenbaum editor, 1988). توشنیت استدلال میکند که در واقعیت "حاکمیت قانون فقط زمانی قابل محدودیت است که توسط گروه از مردم دارای ارزش های معین اعمال شود - یعنی، حاکمیت قانون باید حاکمیت مردم باشد،" که نتیجه آن این است "دولت مشروطه با آنکه ضروری است، اما ناممکن میباشد.

<sup>7</sup> John Locke, *Two Treatises on Government: A Translation Into Modern English* 70 (Industrial Systems Research 2009) (1690).

<sup>8</sup> *Id.*



میدهد. (زیرا هیچ موجودی عاقل نمی خواهد وضعیت خود را به وضعیت بدتر تبدیل کند). بنا براین قدرت جامعه و یا قوانینی که آنها به وجود آورده اند هرگز بدون منافع مشترک دوام کرده نمی تواند.<sup>9</sup>

افراد از طریق رضایت متقابل "قرارداد اجتماعی" را عقد مینمایند و به از دست دادن حاکمیت توافق میکنند و بمنظور منافع مشترک، خود و دیگران را به رعایت قوانین مشخص، مکلف میسازند.

متفکرین بعدی مانند ژان ژاک روسو فیلسوف قرن 18، بر اساس آثار لاک این نظریه را انکشاف داد و نشان داد که چگونه دولت می تواند به بهترین وجه حقوق و منافع افراد را تأمین نماید. در ارتباط با این موضوع روسو در قرارداد اجتماعی مینویسد: "مشکل در ایجاد شکل از اجتماع میباشد که با نیروی مشترک خود جان و مال هر یک از اعضا جامعه را محافظت کند ولی هرکدام از اعضا در عین اینکه با دیگران متحد است فقط از خویشتن اطاعت نماید و مانند سابق آزاد باشد."<sup>10</sup> از آنجائیکه مردم قصد ندارند با ورود در اجتماع همه آزادی های خود را محدود سازند، تنها شکل قانونی حکومت - عبارت از حکومتی است که در آن قوه مقننه تنها به مردم (نه به پادشاه یا دیکتاتور) تعلق دارد. بنابر این، در حالی که مفهوم قرارداد اجتماعی متمایز از قوانین اساسی میباشد، قوانین اساسی بطور منطقی از قرارداد اجتماعی ناشی میشوند. قوانین اساسی یک منبع تقویت کننده ساختار حکومت و حمایت کننده حقوق و امتیازات افراد است.<sup>11</sup>

### زمینه تاریخی<sup>12</sup>

شما ممکن در باره یکی دیگر از فیلسوفان انگلیسی توماس هابز، شنیده باشید که موصوف نیز به خاطر نظریه های خود در مورد "قرارداد اجتماعی" شهرت دارد. هابز که از 1588-1679 زندگی میکرد، باور داشت که زندگی در "وضعیت طبیعی" زندگی "انفرادی، فقیر، تند و زننده، حیوانی و کوتاه است." در نتیجه، مردم باید در یک قرارداد اجتماعی وارد شوند و به منظور امن بیشتر از برخی از حقوق خود صرفنظر کنند. برخلاف لاک و روسو، (و متفکرین قبل از آنها)، هابز استدلال می کند که برای جلوگیری از اختلاف و جنگ داخلی به یک حاکم نسبتاً مطلق ضرورت است. مهم است به یاد داشته باشیم که هابز در زمان جنگ داخلی و بی رحمانه انگلیسی (1651-1642)، زندگی می کرد و در این باره نوشت، که یک دوره آشفته و مرگبار است. جنگ بطور قطعی بر نظریات هابز در مورد نقش قدرت مرکزی در تأمین امنیت تأثیر داشت. آیا این به تأثیر محیط بی ثبات در افغانستان به شکل دولت که در قوانین اساسی سال 2004 تسجیل گردیده است، مشابهت دارد؟

دیدگاههای لاک برخلاف، پس از ختم جنگ داخلی در زمان حکومت شاه جیمز دوم شکل گرفت. در این میان باید گفت که تلاش های جیمز دوم به عنوان پادشاه برای نهادینه ساختن قدرت مطلق، دلیل نا امنی های مردمی گردید. در چنین یک حالت لاک نظریه حاکمیت مطلق را تحت سوال قرار داد و به جای آن در باره شکل محدود از حکومت استدلال کرد.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> Jean-Jaques Rousseau, *The Social Contract* §6 (1762).

[http://ebooks.adelaide.edu.au/r/rousseau/jean\\_jacques/r864s/book1.html#section7](http://ebooks.adelaide.edu.au/r/rousseau/jean_jacques/r864s/book1.html#section7)

<sup>11</sup> Casper, *supra* note 2, at 476.

<sup>12</sup> از محمد اسحق زاده به خاطر تبصره پیرامون این موضوع تشکر میکنیم.

### چرا حکومت مشروطه؟

با درک اینکه چرا مشروعیت دولت به رضایت مردم و دولت محدود گره خورده است، ما به تعریف دولت مشروطه بر میگردیم. با انکشاف تعریف دولت مشروطه بمثابة "دولت محدود" گفته میتوانیم که "در ارتباط با دولت مشروطه، دو نوع محدودیت بر دولت قابل یادآوری است. [1] قدرت محدود شده و [2] قوانین از قبل تعیین شده."<sup>13</sup>

مشروطیت به محدودیت های ساختاری و اساسی در دولت اشاره دارد.<sup>14</sup> در عمل، قانون اساسی که مشروطیت را منعکس میسازد اقدام دولت را در عرصه های مشخص (مانند آزادیهای مختلف فردی) ممنوع (محدودیت) قرار میدهد، و مجموعه قواعد (تجویز شده) را در رابطه به اینکه چگونه سیاست ها تدوین، تطبیق و مورد اعتراض قرار میگیرند را بیان میکند. در مقابل، یک دیکتاتور با قدرت نامحدود می تواند بدون محدودیت (هیچ ممنوعیت از قدرت نامحدود خود) و از روی هوا و هوس (بدون الزامیت قانونی) عمل می کند، بنابراین دیکتاتوری هر قدر هم که خیرخواه باشد، یک حاکمیت مبتنی بر قانون اساسی نیست.<sup>15</sup>

طوری که یک محقق خاطر نشان ساخته است، مشروطیت "بر دو نوع روابط جداگانه اما مرتبط با هم حکومت میکند. اول، رابطه دولت به شهروندان. دوم، رابطه مقامات دولتی با یکدیگر."<sup>16</sup> دانشمند دیگر بر این است که:

حکومت در نتیجه قانون اساسی به وجود می آید. این قانون اساسی است که ارگان های دولتی را ایجاد میکند، آنها را با صلاحیت های خود مجهز میسازد و به این ترتیب با انجام این کار محدوده فعالیت آنها را مشخص میسازد. دولتی که تحت قوانین اساسی فعالیت می کند، باید مطابق احکام آن عمل کند؛ هر گونه اعمال قدرت خارج از چارچوب قانون اساسی یا غیر مجاز توسط آن، قابل اعتبار نمیباشد.<sup>17</sup>

در عین حال، این اشتباه خواهد بود که داشتن قانون اساسی را با مشروطیت یکی بدانیم. همانطور که قبلاً ذکر شد، تقریباً هر کشوری در جهان دارای یک قانون اساسی نوشته شده است. اما نه همه این کشورها از آزمون حیاتی مشروطیت عبور کرده است: آیا قانون اساسی قدرت حکومت را محدود میسازد؟ در برخی از کشورها، قوانین اساسی چیزی بیش از اعلان بلند پروزانه از اهداف و شرح توصیف حکومت بدون محدودیت، نیست. به عوض مهار کردن حکومت، آنها تنها قدرت خودکامه را تسهیل یا مشروعیت میبخشند.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Andrews, *supra* note 3, at 13.

<sup>14</sup> Casper, *supra* note 2, at 479.

<sup>15</sup> Nwabueze, *supra* note 5, at 1.

<sup>16</sup> Andrews, *supra* note 3, at 14.

<sup>17</sup> Nwabueze, *supra* note 5, at 5.

<sup>18</sup> *Id.* at 2.

### دیکتاتوری "مشروطه"؟

ماده های ذیل از قانون اساسی کوریای شمالی<sup>19</sup> را در نظر بگیرید، کشوری که حکومت آن یکی از مستبدترین حکومت ها در جهان محسوب میگردد. هیچکدام از حقوق اساسی که در این ماده ها تسجیل گردیده است، عملی نمیشوند.

**ماده 67:** برای شهروندان آزادی بیان، مطبوعات، اجتماعات، تظاهرات و تجمع تضمین شده است.

**ماده 75:** شهروندان آزادی مسکن گزینی و مسافرت دارند.

**ماده 64:** دولت باید به طور مؤثر حقوق واقعی و آزادی های دموکراتیک و همچنان رفاه مادی و فرهنگی همه شهروندان را تضمین نماید.

به نظر شما چرا رژیم های استبدادی مانند کوریای شمالی قانون اساسی را تدوین و تصویب کرده است؟ به یاد داشته باشید که اتحاد جماهیر شوروی سابق نیز زیر نام یک قانون اساسی عمل میکرد.

همچنین ممکن این هم نادرست باشد که مشروطیت را با حکومت دموکراتیک یکسان بدانیم، هر چند این دو مفهوم در اکثر موارد با هم مرتبط هستند. بعضی ها استدلال می کنند که انتخابات دموکراتیک و آزادیهای مدنی مورد حمایت محکمه مستقل، عناصر لازم دولت مشروطه به حساب می آیند. با این حال، دانشمندان دیگر، استدلال می کنند که آزادی های مدنی عنصر اصلی دولت مشروطه (نه دموکراسی)، میباشد. از این دیدگاه، حکومتی که از آزادی های مدنی حمایت میکند برای مشروطه بودن نیاز به انتخاب توسط مردم ندارد.<sup>20</sup> به طوری مثال، در تعدادی از اشکال دولت های شاهی مشروطه (شکلی از دولت است که در آن اقدامات پادشاه در درون مرزهای قوانین اساسی صورت میگیرند)، پادشاه قدرت حکمروایی قابل توجهی را در اختیار دارد اما باید در محدوده عینی عمل نماید (به عنوان مثال منشور حقوق).

### سوال های مباحثه

1. در کلمات خود، دولت مشروطه را تعریف نمائید؟ آیا شما موافق هستید که عمده ترین تعریف "دولت محدود" برای آن درست است، و یا برخی از عناصر دیگر نیز وجود دارند که باید در هر تعریف گنجانده شوند.

2. همانطوری که در پاورقی شماره 6 اشاره شد، مارک توشنیت Mark Tushnet استدلال می کند که "حکومت قانون تنها زمانی و تا اندازه با محدودیت مواجه میشود که توسط یک گروه از مردم دارای مشترکات معین ارزشی اعمال گردد - یعنی حکومت قانون باید قانون مردم باشد." این امر ما را به این نتیجه میرساند که "مشروطیت، ضمن ضرورت آن، غیر ممکن است." توجه داشته باشید که از نظر شما

<sup>19</sup> . قانون اساسی کوریای شمال رسماً به نام جمهوری دموکراتیک مردم کوریا یاد میشود.

[http://en.wikisource.org/wiki/Constitution\\_of\\_North\\_Korea\\_%281972%29](http://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_North_Korea_%281972%29)

<sup>20</sup> Nwabueze, *supra* note 5, at 10-12.

ارتباط بین قانون اساسی و اشخاصی که آنرا تطبیق میکنند، به چه اندازه مهم میباشد. آیا شما با استدلال مارک توشنیت موافق هستید؟

3. آیا مفهوم دولت مشروطه مفهوم ”غرب“ است، و یا اینکه این مفهوم در هر جا کاربرد دارد؟ آیا شما با این استدلال موافق هستید که دموکراسی یک عنصر اساسی مشروطیت نیست؟

## دوم. قوانین اساسی

”قوانین اساسی می توانند مردم را مهار و همچنین آنها را آزاد سازند.“<sup>21</sup>

قوانین اساسی را می توان ”با زبان گسترده، حتی با شکوه نوشت طوری که در طی قرن‌ها دوام کند.“<sup>22</sup> آنها کوتاه بوده میتوانند (در محدوده 4400 کلمه، مانند قانون اساسی ایالات متحد) و یا طویل (در محدوده 118، 369 کلمات مانند قانون اساسی هند).<sup>23</sup> در چند کشور انگشت شمار، از جمله بریتانیا، آنها بطور کل نا نوشته مانده است. انواع قانون اساسی از لحاظ شکل و زبان با یکدیگر همخوانی دارند زیرا که تمایل به خدمتگزاری عملکردهای زیاد دارند. قوانین اساسی از آنچه که مشروطیت را مجسم میسازد کارهای بیشتر (و گاهی کمتر) را انجام میدهد و بنابراین حال ما به بحث در مورد عملکرد های خاص قانون اساسی بر میگردیم.

## تمرکز مطالعه

همانطوری که شما در مورد اهداف قوانین اساسی خواندید، متوجه باشید که کدام احکام یا ماده های قانون اساسی به شکل بهتر اهداف این سند و تدوین کنندگان آن را بر آورده ساخته میتوانند. مثال، اگر تهیه کنندگان سند می خواهند دفاع از حقوق بشر را تأمین نمایند، لازم است که آنها باید یک فهرست مشخص از حقوق مداوم قابل دفاع را شامل سند سازند یا باید اصول کلی برای حمایت از حقوق بشر را در قانون اساسی درج آن نمایند و موضوع حقوق ویژه قابل دفاع را به قضات و قانونگذاران بگذارند؟

## الف. مظاهر حاکمیت

هدف اولی که قانون اساسی در خدمت آن است، بیان مهمترین حقوق و نظام سیاسی یک کشور را تشکیل میدهد. قانون اساسی دولت را تعریف، و منبع حاکمیت آنرا بیان میکند، یعنی قدرت عالی سیاسی (حاکمیت مردمی، برای مثال، این دکتترین که آیا دولت توسط مردم ایجاد شده و تابع خواست و اراده مردم است). تمام قوانین باید از قانون اساسی سرچشمه بگیرد، زیرا این عالیتترین قانون سرزمین است. قوانین مغایر قانون اساسی، به اساس این تعریف، خلاف قوانین اساسی است. این مورد توسط ماده 162 قانون اساسی افغانستان نیز مورد تأکید قرار گرفته که چنین تصریح میدارد ”با نفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام آن ملغی می باشد.“

<sup>21</sup> James T. McHugh, *Comparative Constitutional Traditions 1* (Peter Lang 2002).

<sup>22</sup> Laurence Tribe, *Foreword to American Constitution Society, It Is A Constitution We Are Expounding 7* (2009).

<sup>23</sup> ترجمه انگلیسی قانون اساسی افغانستان تقریباً 10400 کلمه دارد.

در هنگام نوشتن قانون اساسی جدید، تدوین کنندگان آن باید منبع حاکمیت را در حکومت جدید و اینکه چگونه بر ساختار آن تاثیر می گذارد، در نظر بگیرند. بطور مثال، آیا حاکمیت از آن مردم؟ خدا یا دین؟ یا یک خانواده معین حاکم می باشد؟

### احکام ذیل از قانون اساسی سال 1382 افغانستان را در نظر بگیرید:

#### مقدمه

ما مردم افغانستان: با درک این که افغانستان واحد و یکپارچه به همه اقوام و مردم این سرزمین تعلق دارد؛

#### ماده 3

در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.

#### ماده 4

حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می کند.

هیچ بخشی از قانون اساسی به شمول مقدمه آن نباید نادیده گرفته شود. در واقع، مقدمه قانون اساسی افغانستان اطلاعات ضروری در مورد منبع مشروعیت نظام را فراهم می سازد. کشور "واحد و یکپارچه" و "متعلق به همه اقوام و مردم این سرزمین است." علاوه بر این، در مقدمه آمده است که هدف مردم افغانستان "ایجاد نظم مبتنی بر اراده مردم و دموکراسی است." ماده 4 قانون اساسی حاکمیت دولت را متعلق به "ملت میداند (بند 1)، که شامل "همه افرادی دارای تابعیت افغانستان" میشود (بند 2).

### ب. ساختار و محدوده های قدرت

قانون اساسی ساختار دولت را بیان و محدوده های قدرت را مشخص میسازد. بشمول اینکه آیا نظام سیاسی کشور پارلمانی است یا ریاستی، و مردم از طریق کدام مجراها ممکن میسازد تا صدای آنها شنیده شود. برای مثال، قانون اساسی افغانستان سیستم ریاستی را با انتخاب مستقیم رئیس جمهور پیش بینی می کند (ماده 61)، اما تنها انتخابات غیر مستقیم برای قوه مقننه، و اعضای مشرانو جرگه است که توسط رئیس جمهور منصوب یا توسط شوراهای ولایتی یا ولسوالی انتخاب میشوند (ماده 84). همچنان قانون اساسی مشخص میسازد که چگونه قوانین طرح و مورد تصویب قرار می گیرند، و چگونه می توان آنها را به چالش کشید. ممکن است این موضوع نیازمند موجودیت یک قوه مستقل قضائیه و تعیین حقوق فردی از جمله آزادی بیان باشد.

نقش قانون اساسی در تعیین ساختار دولتی برای تبدیل نظریه مشروطیت به واقعیت ضروری پنداشته میشود. مشروطیت را در تعریف محدودیت قدرت و قواعد اعلام شده تصور نمائید. چگونه ساختار حکومت هر دوی آنها را تحت تاثیر قرار می دهد. چنانچه این موضوع در فصل های بعدی با تفصیل بیشتر مورد بحث قرار خواهد گرفت "تفکیک قوا" یک نظریه مرکزی حکومت داری خوب است. باید گفت بطور کلی قدرت دولت را می توان از طریق توزیع آن توسط ارکان قدرت محدود ساخت. مفهوم اضافی ولی مرتبط به آن این است که ارکان مختلف قدرت می تواند به مثابه "کنترل و توازن" بالای یکدیگر عمل نمایند.

قانون اساسی افغانستان قدرت را میان قوای سه گانه دولت تفکیک میکند: قوه اجرائیه، که شامل رئیس جمهور (فصل سوم قانون اساسی) و حکومت (فصل چهارم)، قوه مقننه (فصل پنجم و ششم)، و قوه قضائیه (فصل هفتم) است. همچنان قانون اساسی در تلاش است تا زمینه کنترل و توازن را با ابزار های مختلف از طریق بهم پیوستن ارکان دولت ایجاد نماید.

با وضع نمودن محدودیت ها بالای دولت، قانون اساسی ممکن است به دوشکل یعنی به طور صریح و ضمنی عمل نماید. روش ضمنی محدودیت، تفکیک قوا میباشد: بطور عام، هیچ نوع محدودیت های خاص بالای حکومت وضع نمی شود، اما غرض از توزیع قدرت به ارکان متعدد حمایت از آزادی های فردی می باشد که بطور کل با محدود کردن قدرت دولت صورت میگیرد. منظور از روش صریح از محدودیت ها، تعیین برخی حقوق فردی قابل حمایت را تشکیل میدهد. قانون اساسی افغانستان این بحث را در فصل دوم تحت عنوان "حقوق اساسی و وجایب اتباع" تسجیل کرده است. یا به طوری مثال، قانون اساسی ممکن است تصریح نماید تمام قدرت که به طوری صریح به دولت واگذار نشده، به مردم اختصاص میابد.<sup>24</sup>

با وجود هر دو روش یعنی محدودیت های صریح و ضمنی، قواعدی معین مشروطیت غیر مدون باقی خواهد ماند. دولت تنها در صورتی محدود باقی می ماند که برای محدودیت آنها ضرورت به وجود آید، و حقوق شناخته شده بطور آشکارا حمایت نه خواهد شد.<sup>25</sup> به عبارت دیگر، قانون اساسی نگرانی را به خود راه نمیدهد تا برخی از حقوق قبول شده بشر را تسجیل نماید، مانند حق تنفس کردن هوای آزاد. از لحاظ شیوه عملی، ممکن است پرابلم های سازمانی پیش بینی نشده به وجود آیند که در این صورت راه حل هایی برای آنها در قوانین اساسی نوشته شده تسجیل نمیگردد؛ آنها به طوری عادی به حیث اصول نانوشته باقی میمانند(مگر اینکه از طریق اصلاح قانون طوری که در بخش پنجم، در ذیل بحث شده، به تصویب رسد).<sup>26</sup> به طور کلی، از آنجایی که هیچ قانون اساسی هر سناریوی ممکن را تحت پوشش قرار نمی دهد، تفسیر سند در سال های بعدی، نقش قابل توجهی را در ساختار، روش و قدرت حکومت بازی میکند.

### ج. اصول و آرمانها

علاوه بر عملکرد مشخص مانند ساختار حکومت یا تشریح شرایط سنی برای رئیس جمهور،<sup>27</sup> قوانین اساسی ارزش ها و آرمان های یک کشور برای آینده بیان میکند. این موضوع از شروع قانون اساسی افغانستان هویدا است، آن چنانی که مقدمه اعلام میکند که مردم این سند را به منظور اهداف، از جمله: تحکیم وحدت ملی، ایجاد دموکراسی، ایجاد جامعه بدون ظلم و ستم، قساوت، تبعیض، و خشونت؛ و رسیدن به یک زندگی مرفه و محیط زیست سالم برای همه ساکنان، تدوین نموده است. این چشم انداز از آینده باید از طریق یک حاکمیت که بر اساس اصول معین و با اهداف خاص تشکیل شده باشد است، تحقق پذیرد.

<sup>24</sup>. برای مثال مراجعه کنید به تعدیل دهم قانون اساسی ایالات متحده میگوید "صلاحیت ای که طبق قانون اساسی به ایالات متحده واگذار نشده و نه هم به ایالات متحده نهی شده، بالترتیب نزد ایالات و مردم حفظ است."

<sup>25</sup> Andrews, *supra* note 3, at 22. See, e.g., the 9th Amendment of the U.S. Constitution, which states that, "The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people."

<sup>26</sup> Andrews, *supra* note 3, at 22.

<sup>27</sup>. قانون اساسی افغانستان، ماده 62، بند 2.

قانون اساسی حداقل چهار اصل اساسی را ارائه می‌کند. دو اصل اول در ماده (1) آمده است: "افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیرقابل تجزیه می باشد." این ماده تصریح می‌دارد که افغانستان جمهوری اسلامی و واحد، یعنی دولت غیر فدرال، می‌باشد.<sup>28</sup>

اصل سوم این است که افغانستان دارای یک نظام دموکراسی خواهد بود. با در نظر داشت فقره 1، ماده 4 این بدان معنی است که مردم اراده خود را "به طور مستقیم" یا توسط "نمایندگان منتخب" خود اعمال می‌کنند (که این مطابق با شکلی از حکومت "جمهوری" می‌باشد). این بدان معنی است ضمن آنکه قانون اساسی "با اشاره به اعمال قدرت دولتی از طریق نمایندگان مردم به اصل دموکراسی نمایندگی، پابند است" امکان برگزاری انتخابات مستقیم و رفراندوم را نیز پیش بینی می‌کند.<sup>29</sup>

اصل چهارم حاکمیت قانون است که شامل لیست از حقوق اساسی می‌باشد. حاکمیت قانون به صراحت در مقدمه ذکر شده است، و تعدادی از ماده های دیگر این نظریه که دولت بالاتر از قانون نیست، تقویت می‌بخشد. به طوری مثال، ماده 121 به ستره محکمه صلاحیت بررسی قوانین را غرض "مطابقت آنها با احکام قوانین اساسی" تفویض می‌دارد. و در فقره 2 ماده 50، اعلام می‌دارد که "اداره اجراء خود را با بیطرفی کامل و مطابق به احکام قانون عملی می‌سازد."<sup>30</sup>

تلاش بمنظور ارائه دورنما برای آینده، ممکن است که قانون اساسی اهداف خاص اجتماعی و اقتصادی را تعیین و برای رسیدن به آنها اقدامات دولتی را مطالبه نماید.<sup>31</sup> این عملکرد آرمانی به وضوح در سراسر قانون اساسی افغانستان دیده می‌شود. ماده های ذیل را در نظر بگیرید:

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 6

دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تامین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف می‌باشد.

#### ماده 17

دولت برای ارتقای معارف در همه سطوح، انکشاف تعلیمات دینی، تنظیم و بهبود وضع مساجد، مدارس و مراکز دینی تدابیر لازم اتخاذ می‌نماید.

#### ماده 44

دولت مکلف است به منظور ایجاد توازن و انکشاف تعلیم برای زنان، بهبود تعلیم کوچیان و امحای بی سواد در کشور، پروگرامهای موثر طرح و تطبیق نماید.

<sup>28</sup> Ramin Moshtaghi, Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law, Volume One: Structures and Principles of the State 21 (2009).

<sup>29</sup> *Id.* at 22.

<sup>30</sup> تا اندازه مرتبط می‌باشد، ماده 157 خواهان ایجاد کمیسیون مستقل برای نظارت بر تطبیق قانون اساسی می‌باشد.

<sup>31</sup> Andrews, *supra* note 3, at 24-25.

## ماده 52

دولت وسایل وقایه و علاج امراض و تسهیلات صحی رایگان را . . . تأمین می نماید.

در این مواد شما هر دو یعنی وعده ها و چالش های قوانین اساسی را دیده می توانید. از یک طرف، در این جا اهداف وجود دارد مبنی بر "وقایه و علاج رایگان امراض" (ماده 52)، از طرف دیگر، در مورد چگونگی تعبیر مورد ذیل ابهام وجود دارد یعنی اینکه قانون اساسی کیفیت تسهیلات صحی رایگان مورد نظر را مشخص نمی کند، و نه هم بیان میدارد در صورتی که دولت برای وقایه و علاج امراض و تعلیم رایگان (طوری که در ماده 43 تذکر رفته)<sup>32</sup> به اندازه کافی پول را در اختیار نداشته باشد، چه کاری را باید انجام داد.

ما سه هدف عمده قانون اساسی را مشخص ساختیم: تعریف دولت (حاکمیت)، مشخص ساختن ساختار دولت (ساختار و محدوده های قدرت)، و بیان آنچه که دولت در تحقق آن (اصول و آرمان ها) میباید. برای هر تسوید کننده قانون اساسی لازم است تا این اهداف گسترده را در تعیین محتوای قانون اساسی جدید در نظر بگیرد.

قوانین اساسی آینده را پیش بینی نمی کند. این سند یک طرح کلی و بنیادی است، اما اجرای آن ممکن است منجر به نتایج غیر منتظره شود. قوانین اساسی از هر جهت کامل نیستند. قوانین اساسی محصول مصالحه و توأم با ابهام و عدم دقت می باشند، و در طول سال ها نیاز به نوع انعطاف پذیری و انطباق با شرایط جدید دارد.<sup>33</sup> طوری که ترگود مارشال (Thurgood Marshall)، قاضی محکمه عالی ایالات متحده آمریکا در سال های 1967-1991 در مورد قانون اساسی ایالات متحده خاطر نشان ساخته، شرایط حاضر "از آنچه که تدوین کنندگان دو قرن پیش به سختی طرح ریزی کردند، بسیار توپیر دارند" و تدوین کنندگان "نمی توانستند این تغییرات را پیش بینی نمایند."<sup>34</sup> این رویکرد در باره هر قانون اساسی که برای مدت زمان قابل توجهی دوام میکند، صدق میکند. نه تنها قوانین اساسی تغییر و تفسیر آنها تکامل میابد، بلکه آنها همچنین ممکن است فقط بطور قسمی و یا انتخابی نافذ گردد.

## سوال مباحثه

1. آیا دورنمای آینده ای که قانون اساسی افغانستان بیان میکند "درست" است؟ آیا این پیشبینی واقع بینانه است، و در کدام محدوده زمانی؟

<sup>32</sup> ماده 43 "تعلیم حق تمام اتباع افغانستان است که تا درجه لیسانس در موسسات تعلیمی دولتی به صورت رایگان از طرف دولت تأمین می شود."

<sup>33</sup> Alan S. Rosenbaum, *Constitutionalism: The Philosophical Dimension* 2-3 (Alan S. Rosenbaum editor, 1988).

<sup>34</sup> Thurgood Marshall, *Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution*, Volume 101 *Harvard Law Review* 2, 5 (1987).



### وظیفه اضافی

یکی مفهوم پایدار در سیاست آمریکا این است که قرار نیست قانون اساسی را به عنوان یک "پیمان خود کشی" تلقی شود. این موضوع بیان کننده این حقیقت است که محدودیت های قانون اساسی بر دولت باید در برابر نیاز برای بقای مردم و دولت متعادل باشند - در صورتی موجودیت تهدید فاجعه حصول اطمینان از بقای کشور مهم تر از پیروی قانون است. علاوه بر سایر جنبه ها، این بدان معنی است که قوانین اساسی باید سازگار، و نسبت به ضرورت های عملی کور نباشند. دو ماده ذیل را در مورد نقص در ساختار و عملکرد دولت مدرن، و اینکه قوانین اساسی چه نقش را در ایجاد مشکلات و ارائه راه حل ها در این زمینه بازی میکنند، بررسی کنید.

الف. دره کالیفرنیا: درسهایی از یک محل که بسیاری از کاستی های دولت مدرن غربی را با هم تلفیق میدهد. مجله ایکانومیست، 17 مارچ 2011.

ب. به سوی شرق بروید، بوروکرات جوان، آسیای در حال ظهور می تواند در باره حکومت مواردی زیادی را به غرب آموزش دهد، مجله ایکانومیست، 17 مارچ 2011.

### ج. پاسخ به تاریخ

همه قوانین اساسی به عنوان پاسخ به یک مجموعه خاص از شرایط و حوادث نوشته شده است، و به همین دلیل آنها در روشنایی شرایط خاص و تاریخی قابل درک میباشد.

### نمونه ای از اثرگذاری تاریخی بر تدوین قوانین اساسی

قانون اساسی ایالات متحده در جریان جنگ انقلابی علیه امپراتوری بریتانیا نوشته شده است. مستعمرات آمریکا اقتدار پارلمان بریتانیا را برای حکمروایی نمایندگی آنها را رد کردند (از این رو فریاد "هیچ مالیات بدون نمایندگی" مطرح شد) و جنگ علیه پادشاه قدرتمند بریتانیا، کنگ جورج سوم برپا کردند. این عوامل در قانون اساسی ایالات متحده امریکا منعکس گردیده، که توجه دقیق را به مسائل مربوط نمایندگی دموکراتیک و قدرت رئیس جمهور معطوف میسازد.

مقدمه قانون اساسی سال 2004 افغانستان، به چند مورد در این زمینه اشاره دارد:

- "با درک بی عدالتی ها و نابسامانی های گذشته و مصایب بی شماری که بر کشور ما وارد آمده است؛"
- "باتقدیر از فداکاری ها، مبارزات تاریخی، جهاد و مقاومت بر حق تمام مردم افغانستان و ارج گذاری به مقام والای شهدای راه آزادی کشور؛"
- ما مردم "این قانون اساسی را مطابق با واقعیت های تاریخی، فرهنگی و اجتماعی کشور و مقتضیات عصر، تصویب نمودیم. . ."

قانون اساسی سال 2004، با آگاهی کامل از این که قوانین اساسی متعددی قبل از آن وجود داشته، نوشته شده است، هیچ یکی از آنها برای مدت کافی با موفقیت همراه نبود. این قانون اساسی با آگاهی از چند دهه

جنگ قبلی و آشوب دوام دار و عدم اطمینان نوشته شده است. تدوین کنندگان قانون اساسی این شرایط را در نظر گرفته است. بطور مثال "قانون اساسی ایجاد یک دولت کاملاً متمرکز بدون واگذاری هیچ نوع صلاحیت سیاسی یا اداری به ولایات را تسجیل نموده است."<sup>35</sup> اگر چه بحث های قابل توجهی درباره این ساختار قدرت وجود داشتند، گزینه "فدرال" به عنوان ایجاد خطر بیش از حد بزرگ تحت شرایط موجود تلقی گردید.<sup>36</sup> "ترس (وجود داشت) که بدون مرکز نهادینه شده یا ثابت، تمرکز زدایی به سادگی یک مجوز برای چند پارچه شدن مداوم خواهد شد."

علاوه بر این، نظام ریاستی با یک رئیس جمهور نیرومند به جای یک نظام پارلمانی و نیمه ریاستی به دلیل این که رئیس جمهور برای اعمال اقتدار معنی دار نیاز به قدرت بیشتر نسبت به سایر بازیگران دارد، به تصویب رسید.<sup>37</sup>

### سوم. تاریخچه قانون اساسی افغانستان

"افغانستان هم بیش از حد و هم تجربه بسیار کم با قانون اساسی در هشتاد سال گذشته داشته است."<sup>38</sup>

برای درک هر قانون اساسی، از جمله قانون اساسی سال 2004 افغانستان، شما باید در مورد زمینه تاریخی آن، از جمله روند تهیه پیش نویس آن و قوانین اساسی قبل از آن نافذ بوده، معلومات داشته باشید. قانون اساسی سال 2004 نوآوری های قابل توجه خویش را دارد، اما به جدیت بالای قوانین اساسی قبلی به خصوص قانون اساسی سال 1964 نیز اتکاء دارد. مروری تاریخی در این فصل، بررسی جامع از تاریخ حقوق افغانستان نمی باشد. بلکه، بر حوادثی متمرکز است که به درک ما از قانون اساسی سال 2004، کمک میکند.

### الف. قوانین اساسی اولی: سال های 1923 و 1931

شاه امان الله اولین قانون اساسی افغانستان در سال 1923 به مثابه بخشی از یک روند بلند پروازانه تمرکز، رسمیات، و سکولاریزاسیون به تصویب رساند. قانون اساسی سال 1923 تحت تاثیر بسیاری از منابع، از جمله قوانین اساسی فرانسه و ترکیه قرار گرفته است. قانون اساسی 1923 به طور چشمگیری قدرت سنتی بزرگان مذهبی و قبیله ای را با تمرکز قدرت در دست پادشاه محدود ساخت. قانون اساسی نه برای قوه مقننه بلکه به جای آن تمام قدرت قانونگذاری را به پادشاه واگذار میکند. همچنان این قانون اساسی همه محاکمه را در خارج از محاکم رسمی ممنوع ساخته و به صورت قابل ملاحظه صلاحیت محاکم مذهبی و مکانیزم های عدالت غیر رسمی را کاهش میدهد. ماده 55 تصریح نموده که هیچ محکمه غیر از دیوان های رسمی قضایا را بررسی کرده نمی تواند. این مهم ترین محدودیت بر نظام عدالت غیررسمی در تاریخ افغانستان بود. در حال حاضر، هیچ گونه احکام قانون اساسی یا قانون در باره ممنوعیت استفاده نظام عدالت غیر رسمی وجود ندارد.

<sup>35</sup> J. Alexander Thier, *The Making of a Constitution in Afghanistan*, Volume 51 New York Law Review 557, 574 (2006-2007).

<sup>36</sup> *Id.* at 576.

<sup>37</sup> International Crisis Group, *Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga* 3 (Dec. 12, 2003) [hereinafter CLJ].

<sup>38</sup> *Id.* at 559.

دو دست آورد مهم دیگر در قانون اساسی مربوط میشود به حقوق فردی و حاکمیت دولت. قانون اساسی طیف وسیعی آزادی ها، از جمله مطبوعات (ماده 10)، شرکت های خصوصی (ماده 11)، تعلیم و تربیه (ماده 14)، واجد شرایط بودن برای استخدام در مناصب دولتی (ماده 17)، و مالکیت اموال (ماده 19) را مورد حمایت قرار داده بود. شکنجه و کار اجباری نیز در آن ممنوع شده (ماده های 24 و 22). ماده 1 بطور قطع بر استقلال افغانستان تأکید دارد. امان الله جداً بر این باور بود که افغانستان تا زمانی کسب استقلال کامل از نیروهای خارجی یعنی بریتانیا، که کنترل خود را بر افغانستان تا پایان جنگ برای استقلال در سال 1919 اعمال میکرد، مستقل بوده نمی تواند.

اگرچه قانون اساسی 1923 از بعضی جهات به قانون "مترقی" و "لیبرال" شهرت دارد، تلاش های امان الله را برای تمرکز قدرت و استقلال افغانستان از بریتانیا را نیز به نمایش گذاشت - اهدافی که همیشه متناسب با آرمان های لیبرالی همخوانی ندارند. هر دو محتوا و تهیه پیش نویس قانون اساسی 1923 رویکرد سخت امان الله نسبت به اصلاحات را روشن میسازد. او پویایی اجتماعی، سیاسی، و حقوقی با دخالت کمتر افراد خود را با چالش کشید و دوباره اقتدار شخصی خود را به منصفه اجرا گذاشت. هر چند برخی از ماده های جداگانه حقوق فردی را ارتقا بخشید، سایر ماده ها از آن بی بهره ماند یا اینکه در خدمت هدف دوگانه دیدگاه امان الله در باره مدرنیته با تمرکز قدرت قرار داشت.

امان الله در هر دو مورد یعنی گسترش حقوق فردی و تمرکز قدرت در این قوانین اساسی با مخالفت مواجه شد. در سال 1923، لویه جرگه با اشتراک بیش از 1000 نمایندگان برای تصویب قانون اساسی جدید تدویر یافت. نمایندگان در اعتراض به وضع محدودیت های قدرت علمای دینی، گسترش حقوق بیشتر برای زنان آنرا رد کردند، و طالب آموزش تعلیم و تربیه همگانی، حذف هرگونه اشاره ای فقه مذهب حنفی شدند. بدون در نظر داشت این مخالفت ها، امان الله دوباره مجلس گروه کوچکتر در حدود 100 نماینده جلسه را تدویر و حمایتی آنها غرض تصویب به دست آورد.

تمرکز قدرت در حکومت مرکزی مقاومت قوی را میان رهبری دینی در آن زمان برانگیخت. در سال 1925 شاه با شورش روبرو گردید و غرض بیرون از آن حالت لویه جرگه دیگر را غرض به دست آوردن حمایت رهبران محلی تدویر نمود. نمایندگان در برابر خاموش ساختن شورش او را مجبور به اصلاح قانون اساسی نمود. به همین ترتیب سنت فراخوانی تدویر لویه جرگه تصویب قانون اساسی جدید ادامه یافت. تعدیل یا اصلاحیه 1925 بر ادغام مجدد رسمی دین در قانون اساسی توجه کرد. بزرگترین تغییر در ماده 2 رونما گردید که متن آن بعد از اصلاح در سال 1925 قرار ذیل است:

دین افغانستان دین مقدس اسلام است و مذهب رسمی و عمومی آن مذهب منیف حنفی است، دیگر ادیان اهل هنود و یهودی که در افغانستان هستند به تادیبه جزیه و داشتن علامات ممیزه تابع بوده به شرطی که آسایش و آداب عمومی را اخلاص نکنند نیز به تحت تأمین گرفته میشود.

با وجود اصلاحات در سال 1925، امان الله، سلطه به قدرت را از دست داده و در سال 1929 از کشور فرار کرد. قانون اساسی 1923 به عنوان یک دیگام متمرکز ساختن و رسمیت دادن مورد ستایش قرار گرفت، اما برخورد اشرافی گونه به نگرانی های از رهبران محلی دینی در نهایت به سقوط رژیم مساعدت کرد. حکومت های بعدی قبل از طرح اصلاحات قانونی عمده، دقت و احتیاط بیشتری را در برخورد به

احساسات محلی در نظر گرفتند. با وجود محدودیت های آن، قانون اساسی سال 1923 رژیم های بعدی را وادار به احتیاط کرد زیرا که اصول حکومت مشروطیت را نهادینه ساخت.

پس از آنکه امان الله خان فرار کرد و جانشین موصوف نیز زود کشته شد، یکی از حامیان سابق امان الله تاج و تخت را تصرف نمود. به منظور جلوگیری از هر گونه همدردی نسبت به رهبر سابق، نادر شاه اصلاحات امان الله را کنار گذاشت و تعهد خود را به مذهب فقه حنفی اظهار داشت. بطور قابل ملاحظه، نادر شاه هنوز هم به دلیل موجودیت سابقه داشتن یک دولت با قدرت محدود، برای تدوین یک قوانین اساسی تحت فشار قرار داشت. قانون اساسی 1931 نادرشاه بر اساس قوانین اساسی ترکیه، ایران و فرانسه و قانون اساسی 1923، به علاوه بسیاری از ابعاد شرع حنفی و عرف محلی استوار بود. یکی از محققان، این قانون اساسی را یک "مجموعه ناموفق عناصر درهم و برهم"<sup>39</sup> خوانده است. بر خلاف امان الله، نادر شاه در جریان پروسه تسوید با رهبران دینی مشوره کرد، که نشانه عزم وی برای در نظر گرفتن احساسات مردم در قانون اساسی جدید میباشد.

قانون اساسی 1931 برخی از اصلاحات سکولار و اجتماعی امان الله را کاهش و محدود ساخت، و تمام مواردی تذکر از زنان را حذف نمود، و به طور قطعی نقش فقه حنفی را به رسمیت شناخته شد.<sup>40</sup> این قانون اساسی، فقه مذهب حنفی اسلام سنی را به عنوان قانون رسمی افغانستان اعلام و خواهان پیروی از اسلام و شریعت در اجراءات قانونی شد. در واقع، قوانین مصوب پارلمان به عنوان بخشی از سیستم قوانین اساسی، قانون وضعی بوده، و نسبت به قانون غیر مدون شریعت پایین تر محسوب میگردید. علاوه بر این، در ماده (5) گفته شده که پادشاه وظایف خود را مطابق با قانون شریعت و احکام فقه حنفی انجام میدهد. طبق ماده 88 از محاکم خواسته شده تا در تصمیم گیری قضایا طبق احکام مقدس مذهبی عمل کنند.

یکی از نوآوری های قابل توجهی در قانون اساسی سال 1931، ایجاد پارلمان دو مجلسه میباشد: مجلس سنا (مجلس اعیان) و ولسی جرگه (شورای ملی) بود. اعضای ولسی جرگه برای مدت سه سال توسط مردم حوزه مربوطه انتخاب میشدند، در حالی که اعضای مجلس سنا توسط شاه منصوب میگردید. با این حال، در عمل، "نمایندگان ولسی جرگه مانند اعضای مجلس سنا توسط پادشاه دستچین شده بود" و پارلمان شیوه برای نگه داشتن رهبران قبایل در کابل در طول ماه های تابستان در پیش گرفت زیرا به احتمال زیاد به ایجاد مشکل در مناطق خود دامن می زدند.<sup>41</sup> قوه مقننه هیچ صلاحیت رسمی قانونگذاری نداشت، اما میتوانست قوانین را به شاه توصیه نماید.

به زودی پس از توشیح قانون اساسی، نادر شاه ترور شد و پسرش محمد ظاهر شاه به سلطنت رسید. دوره ثبات نسبی و انکشاف در طول سی سال آینده دوام نمود اما به مفهوم دقیق کلمه این دوره مشروطه نبود. تنها در چند سال کوتاه پس از جنگ جهانی دوم، انتخابات آزاد شاروالی ها و انتخابات ملی برگزار گردیدند (به ترتیب در سال های 1947 و 1950).<sup>42</sup> فعالیت پارلمانی سال 1949، به خصوص قابل توجه میباشد. با توجه به نقش جدی نظارتی خود، اعضای اصلاح طلب شروع به استجواب وزیران در مورد مسائل مربوط به بودجه پرداختند و فساد را به حیث یک نمونه آشکار و گسترده رسیدن به قدرت و ثروت

<sup>39</sup> *Id.* at 464.

<sup>40</sup> Said Amir Arjomand, *Constitutional Development in Afghanistan: A Comparative and Historical Perspective*, 53 *Drake Law Review* 943, 949 (2005).

<sup>41</sup> *Id.* at 949.

<sup>42</sup> Arjomand, *supra* note 40, at 950.

اندوزی تشخیص نمودند.<sup>43</sup> تعدادی از وزرا حاضر به پاسخ گویی نشدند و بحث های گنج کننده در مورد صلاحیت پارلمان را به راه انداختند.<sup>44</sup>

این دوره لیبرال تا سال 1953 به طول انجامید، زمانی که سردار محمد داوود خان نخست وزیر شد، مخالفان رژیم را به شدت سرکوب کرد.<sup>45</sup> داوود نیز تعلیم و تربیه عمومی برای زنان باز کرده و یک پروژه بزرگ تدوین و جمع آوری قوانین را روی دست گرفت. جریان تدوین قوانین افغانستان میراث ماندگار داوود محسوب می‌گردد. او شروع به توسعه نظام حقوق مدنی افغانستان کرد که هنوز هم ادامه دارد.

### ب. دوره لیبرال: قانون اساسی سال 1964

برخلاف قوانین اساسی ماقبل خود، قانون اساسی سال 1964 محصول مذاکرات گسترده، بحث و گفتمان عمومی بوده است. تهیه پیش نویس این قانون اساسی تنها چند هفته پس استعفا داوود در مارچ 1963 آغاز گردید. ظاهر شاه کمیسیون هفت نفری را برای تسوید قانون اساسی جدید آزادیخواهانه مؤظف ساخت، و این کمیسیون تقریباً هر روز در طول سال جلسات را دایر می‌کرد و به دنبال جمع آوری نظریات از گروه های مختلف و وسیع و جامعه افغانستان بود.<sup>46</sup> یک پیش نویس در فبروری سال 1964 تهیه و توسط کمیسیون دوم متشکل از بیست و نه نفر بررسی گردید و پس از آن شاه لویه جرگه را برای تصویب آن فرا خواند.<sup>47</sup>

چرا، افغانستان که در طول چند دهه ثبات نسبی و انکشاف را تجربه کرده بود، قانون اساسی جدید را در سال 1964 به تصویب رساند؟ جواب آن در دوره ده سال حکومت داوود به حیث نخست وزیر (1953-1963) نهفته است. در این رابطه به مطلب در باره استعفای داوود از کتاب مارتین ایوان، تحت عنوان افغانستان، اشاره می‌کنیم:<sup>48</sup>

این تنها نیاز به بیرون رفت از بن بست روابط با پاکستان نبود [در باره مسئله "پشتونستان"]، هرچند که این بسیار مهم بود، اما سقوط داوود را در پی داشت. برای مدت یک سال یا بیشتر، خانواده سلطنتی آینده کشور را تحت بررسی داشت و ملاحظات گسترده تری را به حرکت در آورد. تا حد ودی آنها نسبت به افزایش وابستگی به اتحاد جماهیر شوروی که سیاست های داوود را به همراه داشت، نا راحت بودند. با این حال، موضوع مهمتر این بود که با ظهور طبقه جدید تحصیل یافته، حکومت بیش از حد مستبد داوود به طور فزاینده تنفر را در جامعه بر انگیخت. در واقع، در حالی که ناسازگاری رو به افزایش بین پالیسی های سیاسی اجتماعی، آموزشی و رشد اقتصادی با موفقیت اندک ادامه داشت، داوود اهرمهای قدرت را در دست خود نگه میداشت. خانواده سلطنتی تحولات در چندین کشور شرق میانه که در نتیجه آن حاکمان سنتی در طی چند سال

<sup>43</sup> Louis Dupree, *Afghanistan* 494 (Princeton University Press 1973).

<sup>44</sup> *Id.* at 495.

<sup>45</sup> *Id.* at 499.

<sup>46</sup> *Id.* at 566.

<sup>47</sup> *Id.* at 566.

<sup>48</sup> Martin Ewans, *Afghanistan: A New History* 117-18 (Curzon Press 2001).

سرنگون و رژیم های انقلابی جایگزین آنها گردید، تحت نظر داشت. به خصوص قتل شاه فیصل عراق و نخست وزیر وی نوری . . . در سال 1957 برای آن تکان دهنده بود. برداشت کلی خانواده سلطنتی چنین بود که حرکت به سوی سلطنت مشروطه و شیوه حکمرانی دموکراتیک دولت یک ضرورت است تا با سرنوشت مشابهی گرفتار نشود. برای دستیابی به این اهداف، اولین قدم عزل کردن داوود بود . . .

حال ما برخی از ویژگی های قانون اساسی سال 1964 که به طور گسترده به عنوان یک مبنای مهم برای این قانون اساسی شناخته شده است، اشاره میکنیم.<sup>49</sup> در زمان تصویب خود، قانون اساسی سال 1964 در جهان اسلام بی مانند بود زیرا که در آن جدایی بین دین و نهادهای حکومتی تسجیل گردیده است. ماده 1 قانون اساسی، تاسیس یک دولت مبتنی بر حاکمیت مردم، و نه دین حکم میکند. به اساس ماده 2، اسلام دین رسمی کشور باقی مانده است، با این حال نقش های مختلف دین در قانون اساسی قابل توجه است. سایر احکام نو شامل رسمیت برابری حقوق زنان و مردان و همه قبایل در برابر قانون، آزادی اندیشه و بیان، حفاظت از ملکیت خصوصی، و حق تشکیل احزاب سیاسی میشود.

شاید مهم ترین تفاوت آن با قانون اساسی 1931 برتری یا رجحان قوانین وضعی در برابر شریعت باشد. برخلاف قانون اساسی 1931، قانون اساسی 1964 قوانین وضعی را بعد از تصویب پارلمان و توشیح توسط پادشاه نسبت به شریعت رسماً رجحان قایل شده است. علاوه بر این، طبق ماده (102) محکمه در حل و فصل قضایا اول باید به احکام قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان مراجعه مینمود. پس از آنکه قانون اساسی سال 1964 به تصویب رسید، شریعت (رسماً) در صورت عدم موجودیت قانون وضعی در باره قضایا مورد استفاده قرار میگرفت. این رویکرد نقش رسمی شریعت در حل و فصل قضایا در افغانستان امروزی را نشان میدهد.

همچنان قانون اساسی 1964، برای اولین بار، قوه قضائیه را به حیث یک رکن جداگانه و برابر با قوه اجرائیه (پادشاه) و قوه مقننه تسجیل نمود و اساس تفکیک قوا امروزی تحت قوانین اساسی سال 2004 بنیان گذاشت. ضمن آنکه این برابری در قانون تسجیل شده بود ولی بنابر علل ذیل در عمل پیاده نشد: (1) کمبود بیش از حد قضات مجرب و وکلا که تطبیق درست احکام قانون را تأمین مینمودند؛ (2) عملکرد تثبیت شده شیوه های محلی که سیستم رسمی را تضعیف میساخت و (3) تفوق پادشاه و نخست وزیر.<sup>50</sup>

قانون اساسی 1964 همچنان ترکیب قوه مقننه را به ولسی جرگه (مجلس نمایندگان) و مشرانو جرگه (مجلس سنا) تغییر داد. اعضای ولسی جرگه توسط انتخابات عمومی برای مدت چهار سال انتخاب میشدند. یک سوم از اعضای مشرانو جرگه توسط پادشاه منصوب میگردد، یک سوم دیگر توسط شورای ولایتی انتخاب میشد، و یک سوم باقی مانده توسط رئیس جرگه ولایتی منصوب میشد. طرح قانون بعد از تصویب هر دو مجلس به قانون تبدیل میشد. قوه مقننه برای کنترل بودجه (ماده 75)، تصویب معاهدات (ماده 64)، و تأیید و یا انحلال قوه اجرائیه (مقالات 89-93) دارای قدرت گسترده قانونگذاری، اجرائیوی و نظارتی بود. مانند قوه قضائیه، قوه مقننه نسبت به عمل بر روی کاغذ قدرتمندتر بود.<sup>51</sup> بی نظمی و بی اثری

<sup>49</sup> . برای مثال مراجعه کنید به Thier, *supra* note 3, at 561.

<sup>50</sup> *Id.* at 564.

<sup>51</sup> *Id.* at 563

اعضای جدیداً انتخاب شده چنین میپنداشتند که قوه مقننه در "تلاش برای به انجام رساندن هر چیزی است."<sup>52</sup>

قانون اساسی 1964 دوره کوتاه حکمرانی دموکراتیک، با دو انتخابات پارلمانی،<sup>53</sup> رونق در نشریات، تظاهرات دانشجویی، و بسیج سیاسی<sup>54</sup> را سمت و سو داد. این مدت از لحاظ تدوین و جمع آوری قوانین و متمرکز سازی یکی از مفیدترین دوره های در تاریخ تقنینی افغانستان محسوب میگردد. این دوره که توسط داوود آغاز شده بود شاهد نقطه اوج روند تدوین قوانین از جمله تدوین قانون جزا، قانون مدنی و قانون اجراء جزایی بوده است. بخش عمده ای از قوانین مدرن افغانستان، که هنوز هم نافذ میباشند، توسط پارلمان یا شورای ملی وقت به تصویب رسیده است. قانون جزای جامع، جرایم و مجازات را تعریف کرد و نظام قضایی تا اندازه زیاد نظم یافت. نظام حقوقی در این دوره نشان دهنده ساختار حقوقی معاصر افغانستان در حال حاضر را منعکس میسازد.

با این حال قانون اساسی بلند پروازانه و انتخابات پارلمانی بعد از تصویب آن، به دلیل بی ربط بودن آن به زندگی بسیاری از مردم افغانستان که در مورد مفاهیم جدید بی سواد بودند، مورد انتقاد قرار گرفت. با آنکه مجلس صلاحیت قانونگذاری برای تطبیق اصول قوانین اساسی داشت، اما همه کوشش ها در این زمینه بدون حمایت مردم بودند.

#### سوال های مباحثه

1. آیا هر قانون اساسی، به خودی خود "قوی" بوده میتواند و یا تاثیر یک قانون اساسی همیشه وابسته به افرادی هست که آنرا تطبیق میکنند؟
2. قوانین اساسی گذشته افغانستان در تداوم بخشیدن "مشروطیت" شکست خورد اما این شکست دلایل مختلف دارد. کمبودی های عمده قوانین اساسی سال 1923، سال 1931، و 1964 چه بود؟
3. حال هر یکی از معایبی که شما در سوال 2 شناسایی کردید، توضیح دهید. هر کمبودی یا عیب را تحلیل و تشخیص دهید که آیا این یک مشکل ساختاری در قانون اساسی بوده (برای مثال، یک نظریه بد که هرگز کارآمدی ندارد)؛ یک مشکل اجرا کردن، به این معنی که نظریه بر روی کاغذ درست بود، اما جامعه عمل نپوشید؛ یا مشکل گسترده تر، مانند فقر و یا بیسوادی که کاملاً یک مورد خارج از قانون اساسی است؟

#### ج. آشفتهگی پس از سال 1973

در سال 1973، داوود با پشتیبانی عناصر گروه های مارکسیست، ظاهر شاه را سرنگون ساخت، سلطنت را لغو کرد، و خود را به حیث رئیس جمهور اعلان کرد. داوود یک کمیته مرکزی را غرض مشوره دهی تشکیل داد، در عین حال او حکمروایی خود را با قدرت مطلق از طریق فرامین ادامه داد. ابتکار عمده

<sup>52</sup> Thier, *supra* note 35, at 563.

<sup>53</sup> *Id.* at 560.

<sup>54</sup> Arjomand, *supra* note 40, at 953 (citing Dupree, *supra* note 43, at 587-623).

داوود در این دوره رویدست گرفتن سیستم توزیع مجدد زمین با مساعدت حکومت و توسعه ملکیت خصوصی بود. در جنوری 1977، لویه جرگه تدویر یافت و در 24 فبروری قانون اساسی را تصویب کرد.

این قانون اساسی از قوانین اساسی ماقبل متفاوت بود. دو نوآوری عمده آن اشاره صریح به حقوق زنان و به رسمیت شناختن حق هر شهروند برای رأی دادن بودند. نقش دین در قانون اساسی نیز کاهش یافت زیرا در آن از هیچ اشاره به مذهب حنفی فقه اسلامی به عنوان دین رسمی وجود نداشت. به طور کلی، این قانون اساسی ایدئولوژی سوسیالیستی وقت را منعکس میساخت. در واقع، ماده های 17 و 18 تنظیم اقتصاد را توسط حکومت تشویق میکرد و ماده 13 تمام منابع طبیعی کشور را ملی اعلان کرد.

قانون اساسی سال 1977 هرگز نافذ نگردید زیرا به تاریخ 27 اپریل 1978، کودتای علیه دولت داوود راه اندازی شد. بلافاصله پس از کودتا، شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک خلق افغانستان تحت رهبری نور محمد تره کی به حیث حکومت جدید تشکیل شد که به زودی به سبک بیروی سیاسی اتحاد جماهیر شوروی عوض گردید. این حکومت به جای قوه مقننه از طریق صدور فرامین کمیته برنامه ریزی مرکزی بدون نمایندگی مردم حکمروایی میکرد.

در دسامبر 1979، اتحاد جماهیر شوروی به افغانستان حمله کرد. اتحاد جماهیر شوروی در طی این حمله که با مارکسیست برجسته ببرک کارمل افغانستان هماهنگ شده بود، رئیس جمهور حفیظ الله امین را به قتل رساند، و کارمل به عنوان رئیس جمهور گماشته شد. در 1980، شورای انقلابی قانون اساسی موقت را تحت نام اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان نافذ ساخت. ماده 36 شورای انقلابی را به عنوان یگانه نهاد حاکم در کشور نام برد. شاید به منظور احترام به احساسات مردم، این قانون اساسی به مارکسیسم اشاره نمی کند، بلکه مقام برجسته به دین قایل شده است. ماده 5 قانون نقش اسلام را در دولت جدید وقت مشخص میساخت.

در جمهوری دموکراتیک افغانستان احترام، رعایت و حفظ دین مبین اسلام تأمین می شود و آزادی اجرای مراسم دینی و مذهبی برای تمام مسلمانان تضمین می گردد. پیروان سایر ادیان در اجرای مراسم دینی و مذهبی شان که آسایش و امنیت جامعه را تهدید ننمایند آزادی کامل دارند. هیچ یک از اتباع حق ندارد از دین به مقصد تبلیغات ضد ملی و ضد مردمی و وسیله ارتکاب سایر اعمال خلاف منافع جمهوری دموکراتیک افغانستان و خلق افغانستان استفاده کند. دولت به فعالیت های و طن پرستانه روحانیون و علمای دینی در اجرای وظایف و مکلفیت های شان کمک و مساعدت می کند.

به طور کلی، نسبت به سال های گذشته احترام به دین بیشتری مورد توجه قرار گرفت. در واقع، در طول دوره قبلی کمونیستی، خصومت به دین به اندازه خشن بود که اگر کسی می خواست برای ادای نماز یا عبادت به مسجد برود، مورد سوء ظن قرار میگرفت. با این حال، در تاریخ قانون اساسی افغانستان اولین بار بود که در قانون اساسی 1980 اسلام به حیث دین رسمی کشور به رسمیت شناخته نشده است.

تقریباً همه نهادهای حکومتی به شمول تعلیم و تربیه اجباری به شیوه اتحاد جماهیر شوروی با ازدیاد مضمون تدریس لسان روسی باز سازی شد. آموزش مذهبی با آموزش ایدئولوژی کمونیستی تکمیل شد. به طور کلی، قوانین با مودل قوانین و قانون گذاری شوروی عیار گردیدند. در ارتباط با حکومت محلی، بر ترکیبی از ارگان های محلی شورای و جرگه تاکید گردید. این جرگه های محلی ظاهراً مسئول اداره



اقتصادی، سیاسی و اجتماعی در محل پنداشته میشدند، اما در واقعیت، برای اجراءات این ارگان های محلی باید تأیید از مقامات مرکزی کسب میشد که این کار سبب کاهش کنترل جرگه های محلی میگردد.

کارمل به زودی توسط دکتر نجیب الله برکنار شد تا در آرام کردن شورش رو به افزایش علیه دولت کمونیستی کمک نماید. در جنوری 1987، نجیب الله کمیسیون فوق العاده آشتی ملی را تشکیل داد تا پیش نویس جدید قانون اساسی را تهیه نماید. در نوامبر 1987، لویه جرگه قانون اساسی جدید را تصویب نمود. به اساس این قانون اساسی حکومت چند حزبی با قوه مقننه که برای آن در اوایل 1988 انتخابات برگزار گردید، به وجود آمد. علاوه بر این، ماده (2) قانون اساسی اسلام را به عنوان دین رسمی دولت تسجیل کرد و مانند قانون اساسی 1931، اعلام کرد که در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مناقض دین مقدس اسلام و دیگر ارزش های مندرج این قانون اساسی باشد. همچنان قوه مقننه رسمی در قانون اساسی 1987 نیز تسجیل گردید، اما تمام صلاحیت قانونگذاری در بیروی سیاسی متمرکز بود. قوه قضائیه تصمیم گیری های خود را مطابق با قانون اتخاذ میکرد، با این حال، این قانون اساسی مشخص نمی سازد که این قانون اساسی، قوانین مدون قابل استناد کشور است یا قواعد شریعت.

در جریان حملات فزاینده مجاهدین علیه دولت، اتحاد جماهیر شوروی به اساس موافقتنامه ژنیو خروج عساکر خود را از افغانستان به تاریخ 15 فبروری 1989 تکمیل کرد. نجیب الله، رئیس جمهور مورد حمایت شوروی در قدرت باقی ماند و تا سال 1992 کنترل کشور را در دست داشت، هرچند طرفداران وی در مجلس قانونگذاری اقلیت بود.

در سال 1992، حکومت مؤقت برای رهبری دولت اسلامی افغانستان تشکیل شد. در واقعیت امر این حکومت فقط به نام حکومت بود، زیرا به حیث حکومت مؤقت به سختی می توانست بر شهر کابل اعمال کنترل نماید. هنگامی که برهان الدین ربانی قدرت اجرایی را در سال 1992 گرفت، موصوف قانون اساسی جدید دولت اسلامی افغانستان را معرفی نمود. با تفاوت از همه قوانین اساسی گذشته، قانون اساسی 1992 حکم میکند که دولت بر آیه قرآنی استوار و حاکمیت متعلق به خداوند است. این حکم قانون اساسی با قانون اساسی سال 1964، که بیان میدارد حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد، در تضاد قرار میگیرد. به همین ترتیب قانون اساسی 1992 هیچ نقشی برای قوانین مدون در اداره جامعه و حل و فصل قضایا پیش بینی نمی کند. در عوض، این قانون صرفاً تفسیر افراطی از شریعت ارائه میکند. این قانون اساسی به دلیل بی نظمی و هرج و مرج در درون دولت افغانستان در سال 1992، مورد تطبیق قرار نگرفت. حکومت رسمی در کابل هیچ کنترولی بر بقیه کشور و گروه های قبیله ای مختلف که برای کسب قدرت مبارزه میکردند، نداشت.

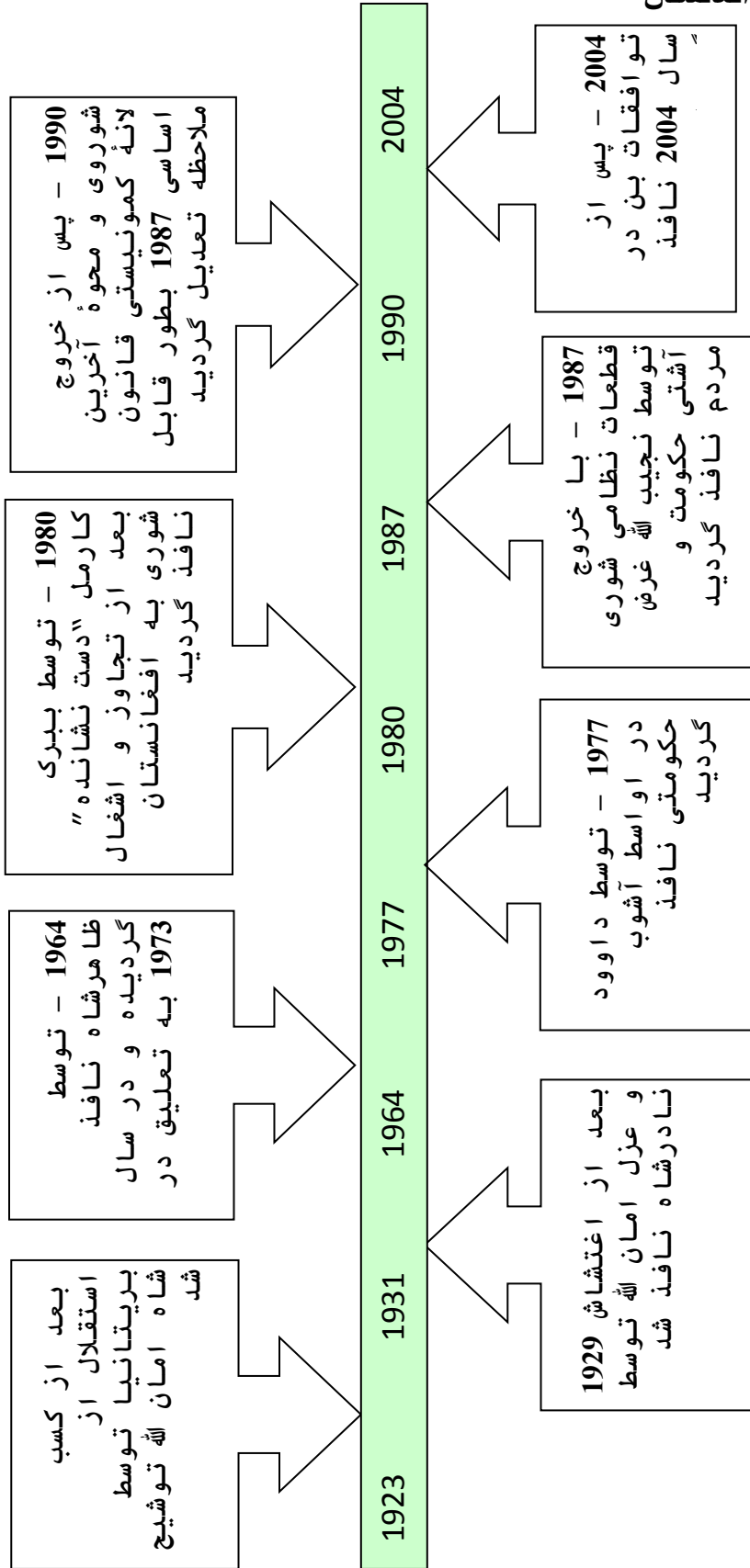
در جریان ادامه جنگ داخلی، حکومت دیگر در نتیجه کسب پیروزی در میدان جنگ و تصرف بسیاری از شهرهای خارج از کابل، ظهور کرد. در سال 1994، گروهی از دانشجویان مذهبی حرکت طالبان را اساس گذاشت. آنها از درد و رنج ناشی از جنگ بین گروه های مجاهدین، ناامنی عمومی در کشور، و ربودن زنان خسته شدند. تحت رهبری ملا محمد عمر، طالبان حمایت بسیاری از پناهندگان و دانشجویان دینی را به خود جلب و به اساس گزارشات توسط ایالات متحده آمریکا، پاکستان و عربستان سعودی حمایت مالی شدند. تا سپتامبر سال 1996، کابل سقوط کرد و اکثریت قلمرو افغانستان تحت کنترل طالبان در آمد. پس از آن، طالبان حکومت خود را در کابل و قندهار مستقر ساختند. ملا عمر ریاست شورای عالی را بر عهده داشت. طالبان اعلان میکردند که هدف حکومت آنها افغانستان عاری از فساد و ایجاد یک جامعه منزه مطابق با اصول اسلامی است.

در آغاز زمامداری طالبان، حکومت بطور خستگی ناپذیر فساد را ریشه کن و نظم و قانون ایجاد نمود. دلیل موفقیت طالبان در این بوده که چرخه نبرد ها بین مجاهدین در بسیاری از نقاط کشور توقف شد و مسیرهای حمل و نقل در داخل و در سراسر افغانستان بازگشایی گردید. اما، این اهداف به قیمت تشکیلات معاصر حکومتی بدست آمد. نهادهای سابق دولتی، وزارتخانه ها، مدارس و سایر خدمات عمومی، از کار افتادند.

به منظور حکومت کردن از طریق شورای تأسیس شده در قندهار و کابل، طالبان حکومت اسلامی را توسط احکام بر اساس تفسیر افراطی از شریعت، تأسیس نمودند. این دساتیر بسیاری از جنبه های زندگی، از حجاب زنان تا به طول ریش یک مرد و فعالیت های مناسب خانوادگی، را دربر میگرفت. این دساتیر و مقررات در اطراف کابل و قندهار پخش شدند تا مردم از شرایط آنها آگاه باشند. ادراة امر به معروف و نهی از منکر مسؤلیت اجرای این دساتیر، گاهی اوقات از طریق خشونت به عهده داشت.

در طول این دوره، زنان عملاً هیچ حقوق قانونی نداشتند. دختران قادر به رفتن به مکاتب عمومی نبودند. کمک های خارجی به کشور نسبت موضعگیری طالبان مبنی بر بیرون راندن کارمندان خارجی سازمان های غیر حکومتی (NGOs) به حداقل رسید. مثال، به تاریخ 10 جولای سال 2000، حکومت طالبان دستور داد که همه مؤسسات و سازمانهای امداد خارجی کارکنان زن افغان خود را منفک سازند. قانون بطور نامنظم و نامنصفانه به اجرا گذاشته شد. در کشور شماری اندک قوانین مدون و چند قرار رسمی محاکم، مانند محاکم منظم وجود داشتند.

شکل 1: قوانین اساسی افغانستان



## چهارم. قانون اساسی سال 2004

زنجیره نسبتاً قابل توجهی از حوادث منجر به تدوین قانون اساسی افغانستان در سال 2004 گردید. یکی از شیوه های آغاز این داستان با اتفاقاتی ارتباط میگیرد که تقریباً هفت هزار میل از کابل دور اتفاق افتاد. حملات تروریستی علیه ایالات متحده در 11 سپتامبر 2001، راه را برای عملیات نظامی به رهبری امریکا باز نمود که حکومت طالبان را در طی چند ماه سرنگون ساخت. با استفاده از خلاء قدرت در پی سقوط رژیم، گروه از افغان های سرشناس اما غیر نماینده در شهر بن آلمان گردهم آمدند تا نقشه راه را برای تشکیل حکومت جدید ملی طرح نمایند.<sup>55</sup> در نتیجه، توافقنامه بن در دسامبر 2001 یک روند سه مرحله ای گذار سیاسی را در کشور تعیین کرد.

اول، تشکیل اداره مؤقت (IA) که وظیفه آن سرپرستی از امور حکومت در کوتاه مدت و زمینه سازی برای اصلاح بخش قضایی و خدمات ملکی بود. حکومت طبق احکام قانون اساسی 1964 به استثنای مقررات مربوط به شاه، قوه مجریه و قوه مقننه عمل می کرد.<sup>56</sup> حامد کرزی به عنوان رئیس اداره مؤقت برای شش ماه انتخاب شد که به تعقیب آن مرحله دوم آغاز گردید.

مرحله دوم، حکومت انتقالی (TA) بود که در ماه جون 2002 تشکیل گردید. لویه جرگه اضطراری (که توسط اداره مؤقت سازمان دهی شد) حامد کرزی را به حیث رئیس حکومت انتقالی یکجا با کابینه اش انتخاب کرد. قدرت حکومت انتقالی همانند قدرت اداره مؤقت بوده<sup>57</sup> اما مأموریت آن متفاوت بود: حکومت انتقالی وظیفه داشت تا با ایجاد کمیسیون قانون اساسی کار پیش نویس قانون اساسی جدید را آغاز، از روند و تصویب آن (از طریق لویه جرگه قانون اساسی) در طول هجده ماه نظارت نماید. مرحله سوم با تصویب قانون اساسی جدید در ماه جنوری 2004 آغاز گردید. این مرحله تا زمان برگزاری اولین انتخابات ملی در اکتبر سال 2004 دوام کرد، زمانی که حامد کرزی به حیث رئیس جمهور انتخاب شد.

باید گفت که مهلت زمانی پیش بینی شده در موافقتنامه بن بطور دقیق عملی نشد. بطور مثال، موافقتنامه بن پیش بینی میکرد که کمیسیون قانون اساسی برای تهیه پیش نویس قانون اساسی جدید باید در ظرف دو ماه پس از تشکیل حکومت انتقالی ایجاد گردد. در عمل، کمیسیون پنج ماه پس از تشکیل حکومت انتقالی ایجاد گردید (یعنی سه ماه دیرتر). در ارتباط با لویه جرگه قانون اساسی باید گفت که تدویر آن هم قرار بود هجده ماه پس از تشکیل حکومت انتقالی ایجاد گردد. بنا بر این برای تهیه پیش نویس قانون اساسی کمیسیون در آن زمان به عوض شانزده ماه که پلان شده بود، 13 ماه در اختیار داشت.<sup>58</sup> در حالی که این طرح یک تصور کلی را ارائه میکند، جزئیات عملی درک کلی نسبت به روند کار تهیه پیش نویس قانون اساسی را نشان میدهد.

### شکل 2: جدول زمانی روند قانون اساسی 2004

طوری که در جدول دیده میشود، تهیه پیش نویس و تصویب قوانین اساسی طبق تقسیم اوقات یا پلان آماده

<sup>55</sup> با اساس یادداشت بارنیت روبین، مجله دموکراسی شماره های 5 و 6 (2004)، در طرح ریزی قانون اساسی افغانستان چهار گروه سهم داشتند که گروه های شمال عمده ترین آنها بودند.

<sup>56</sup> International Crisis Group, *Afghanistan's Flawed Constitutional Process* 12 (June 12, 2003) [hereinafter ICG].

<sup>57</sup> Rainer Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, Max Planck Institute, 901 (2004).

<sup>58</sup> ICG, *supra* note 56, at 13.

شده صورت نگرفته است. ردیف بالا فعالیت، تقسیم اوقات یا روند را طبق پلان نشان میدهد و در ردیف پایین فعالیت یا پی آمد توضیح شده است. دو ردیف وسط تاریخ پلان شده و تاریخ واقعی انجام فعالیت را ارائه میکند - برای برخی از فعالیت ها چندگانگی وجود نداشت.

فعالیت پلان شده	تاریخ پلان شده	تاریخ واقعی	انجام عملی فعالیت
امضاء موافقتنامه بین	5 دسمبر 2001		
انتقال قدرت از پروفیسور ربانی به اداره مؤقت	22 دسمبر 2001		کرزی به حیث رئیس اداره مؤقت تعیین گردید.
لویه جرگه اضطراری برای تشکیل حکومت انتقالی بعد از 6 ماه اداره مؤقت	11-22 جون 2002		لویه جرگه اضطراری با اشتراک 1650 نماینده حامد کرزی را به حیث حکومت انتقالی انتخاب میکنند
کمیسیون قانون اساسی بعد از دو ماه از تشکیل حکومت انتقالی ایجاد میگردد	اگست 2002	7 نومبر 2002	افتتاح کمیسیون 9 عضوی قانون اساسی توسط محمد ظاهر شاه (کرزی آنرا به تاریخ 5 اکتوبر اعلان میکند)
پلان تهیه شده توسط بخش حمایت از کمیسیون قانون اساسی یوناما(بدون الزامیت قانونی)	جنوری 2003	26 اپریل 2003	ارائه پیش نویس قانون اساسی به کرزی و توسعه ترکیب کمیسیون قانون اساسی به 35 عضو
	جون - اگست 2003		اعضای کمیسیون قانون اساسی غرض مشوره های عامه به ولایات سفر میکند کدام نوع از پیش نویس عامه وجود ندارد
پلان نشر پیش نویس قانون اساسی برای نظرخواهی عامه	اگست 2003	اخیری سپتمبر 2003	ارائه طرحه بازنگری شده به کرزی
توقع از کرزی برای عام ساختن پیش نویس (صورت نگرفت)	سپتمبر 2003	3 نومبر 2003	ویرایش (ایدت) پیش نویس توسط کرزی و نظر خواهی عامه در باره آن
تدویر لویه جرگه قانون اساسی (طبق پلان یوناما)	اکتوبر 2003	13 دسمبر 2003	تدویر لویه جرگه قانون اساسی با اشتراک 502 نماینده
تدویر لویه جرگه قانون اساسی (قبل از جنوری 2004، 18 ماه بعد از اداره مؤقت)	4 جنوری 2004		لویه جرگه قانون اساسی قانون اساسی را تصویب میکند
تدویر انتخابات در طول 2 سال بعد از تشکیل لویه جرگه اضطراری	الی 2004	9 اکتوبر 2004	تدویر انتخابات ریاست جمهوری، کرزی انتخاب میشود.

## الف. روند تهیه پیش نویس

به حیث رئیس حکومت انتقالی، حامد کرزی در ماه اکتبر سال 2002 کمیسیون نه عضوی تهیه پیش نویس قانون اساسی را تعیین نمود.<sup>59</sup> این کمیسیون که متشکل از هفت مرد و دو زن بود<sup>60</sup> به زودی "به دو جناح تقسیم شد [یک جناح تحت رهبری شهرانی، جناح دیگر تحت رهبری محمد موسی معروفی]، هر یک از آنها مشغول تهیه پیش نویس خاص خود بود."<sup>61</sup> شش ماه پس از ایجاد، در کمیسیون هنوز هم بی نظمی وجود داشت و در کار خود پیشرفت اندکی کرده بود، و در نتیجه سازماندهی و پشتیبانی از خارج به آن به شدت کاهش یافت.<sup>62</sup> با این حال، در اوایل اپریل سال 2003 پیش نویس قانون اساسی به رئیس جمهور کرزی تقدیم شد، این پیش نویس برای آگاهی عامه منتشر نشده است. طبق گزارشات این پیش نویس شهرانی بود که تا اندازه ای زیاد به شیوه ای "قطع و جا به جا کردن" از قانون اساسی 1964 تهیه شده بود.<sup>63</sup> سپس حکومت این کمیسیون را وسعت داد و با معرفی اشخاص جدید تعداد اعضای آن به 35 تن رسید تا بر مرحله مشوره خواهی عامه، آگاهی عام و نهایی ساختن پیش نویس نظارت کند.

نقد روند گزینش اعضای کمیسیون قانون اساسی<sup>64</sup>

تشکیل کمیسیون قانون اساسی با تأخیر قابل توجهی مواجه شد و عمدتاً بدون در نظر داشت منافع عامه . . . چانه زنی های جناحی به سطح کابینه در آن دخیل بود.

بدتر اینکه، به رغم وعده "مشوره خواهی گسترده" پیرامون ترکیب کمیسیون، مصاحبه های مقامات ولایات، مسئولین تنظیم های جهادی و نمایندگان جامعه مدنی در کابل، مزار شریف، و جلال آباد با آی سی جی (گروه بحران بین المللی) نشان دهنده آن است که درک از این روند بسیار ضعیف بوده، به غیر اینکه به چشم بسته پذیرفته یا رد شود.

[ اعضای انتصابی رئیس جمهور کرزی در پروسه] تحت اثر مقامات قدرتمند از شورا بی نظار پنجشیر، بخش از جبهه متحد که در گذشته با رهبر مجاهدین احمد شاه مسعود وابسته بودند و به طور گسترده بر قدرت نظامی و سیاسی در سطح ملی. . . مسلط بود، قرار داشت.

در کمیسیون تنها هفت زن عضویت داشتند. . . تجربه کمیسیون تهیه پیش نویس نشان می دهد که عضویت زنان واجد شرایط، ماهر و مؤثر افغان، به نفع افرادی که در خدمت اهداف جناحی قرار داشت، نادیده گرفته شد.

چگونه می توان بالای این گروه اعتماد کرد تا مسئولیت مشوره خواهی را درست انجام دهد یا احساس

59. توسط ظاهر شاه افتتاح نگردید و به این ترتیب تا نوامبر 2002 قادر به آغاز کار نبود.

60. این اشخاص عبارت بودند از (1) نعمت الله شهرانی (معاون اداره مؤقت و رئیس کمیسیون)؛ (2) قاسم فاضلی (به اساس معلومات گروه بین المللی بحران، کسی هرگز در جلسات سهم نگرفت؛ (3) رحیم شیرزوی؛ (4) عبدالسلام عظیمی؛ (5) محمد موسی اشعری؛ (6) موسی معروفی و (7) محمد سرورو دانش. خانم ها عبارت بودند از (1) آصفه کاکر و (2) مکرمه اکرامی.

61 ICG, *supra* note 56, at 14.

62 Thier, *supra* note 35, at 567.

63 ICG, *supra* note 56, at 15; Rubin, *supra* note 55, at 10.

64 ICG, *supra* note 56, at 16-17 (all citations omitted).

مالکیت ملی را در پیش نویس، واضح سازد.

بدون در نظر داشت بزرگی، بطور کل این کمیسیون "نسبت به کمیسیون اول از طیف گسترده تر سیاسی و قومی نمایندگی میکند."<sup>65</sup> این کمیسیون پیش نویس قانون اساسی را همه جانبه بازنگری کرد، اما هیچ مورد از آن به توجه مردم رسانده نشد. در ماه جون 2003 کمیسیون مشوره خواهی دو ماهه را آغاز نمود، با این حال نظریات عامه پیرامون پیش نویس به بحث در مورد اصول کلی محدود شده بود. در واقع، از همان آغاز بحث بر سر این بود که آیا در روند تهیه پیش نویس قانون اساسی مشارکت گسترده مردم لازم است یا خیر. برخی بر این باور بودند که سهم ساختن مردم در آن مشروعیت را افزایش میدهند، در حالی که برخی دیگر استدلال می کردند مشارکت گسترده مردم می تواند این روند حساس را بی ثبات کرده و جریان عادی آن را نسبت مسائل بحث برانگیز متضرر سازند.<sup>66</sup> در حالی که تا پایان روند مشاوره خواهی، کمیسیون در استقرار و تأمین ارتباط با تعداد زیادی از مردم (از طریق صدها جلسات عمومی، دریافت و ثبت ده ها هزار نظرات عامه) موفق شده بود.<sup>67</sup> یکی از نویسندگان باور دارد که در نهایت امر، "نظرات جمع آوری شده مردم در آخرین دقیقه در معامله گیری پشت پرده زیر فرش پنهان ماندند."<sup>68</sup>

کمیسیون پیش نویس خود را در اواخر ماه سپتمبر سال 2003 به رئیس جمهور کرزی تقدیم کرد.<sup>69</sup> ضمن اینکه با برخی از موارد این پیش نویس موافق نبودند، اعضای کابینه رئیس جمهور کرزی و شورای امنیت ملی در تلاش برای تضمین قدرت بیشتر در قوه اجرائیه بعضی از قسمت های آن را بازنگری کرد.<sup>70</sup> 3 نوامبر 2003، فقط پنج هفته قبل از تشکیل لویه جرگه قانون اساسی، برای اولین بار پیش نویس قانون اساسی توسط رئیس جمهور کرزی غرض نظر خواهی عامه منتشر شد. به تاریخ 13 دسامبر 2004 لویه جرگه قانون اساسی به اشتراک 502 نماینده در شهر کابل تدویر یافت. اشتراک کنندگان جرگه که عمدتاً در سطح ولسوالی انتخاب شده بودند از طیف گسترده دیدگاهها نمایندگی میکردند. زنان تا حدود بیست درصد از اشتراک کنندگان را تشکیل میداد.<sup>71</sup> به گفته ناظران، لویه جرگه قانون اساسی "به مقایسه لویه جرگه اضطراری که بی نظم و مشکلات داشت، رویداد خوب و سازمان یافته مدنی بود."<sup>72</sup> اما چهره بیرونی شهروندی، مانع بحث های شدید در باره قانون اساسی نگردید.

در حالی که تعدادی از ماده های تسجیل شده در قانون اساسی جدید در قانون اساسی 1964 ریشه دارد، بسیاری از عناصر مهم آن جدید و نتیجه مانور های شدید سیاسی و معامله ها میان گروه های و منافع مختلف بودند. طوری که گروه بین المللی بحران خاطر نشان ساخت، روند تهیه پیش نویس "تا حدی زیاد توسط نیازهای واقعی دیکته میشد تا بازیگران رقابت سیاسی را با پایگاه قدرت مستقل همسو سازد - این

<sup>65</sup> Thier, *supra* note 35, at 567.

<sup>66</sup> *Id.* at 568.

<sup>67</sup> Rubin, *supra* note 55, at 10; Michael Schoiswohl, *Linking the International Legal Framework to Building the Formal Foundations of a "State at Risk": Constitution-Making and International Law in Post-Conflict Afghanistan*, Volume 39 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 819, 833 (2006).

<sup>68</sup> Thier, *supra* note 35, at 569.

<sup>69</sup> *Id.* at 568.

<sup>70</sup> *Id.* at 568.

<sup>71</sup> Amy Waldman, *Meeting on New Constitution, Afghan Women Find Old Attitudes*, *New York Times*, Dec. 16, 2003, at A13.

<sup>72</sup> Thier, *supra* note 35, at 570.

وضعیت بود که هم در ترکیب و هم در شیوه کاری کمیسیون بررسی قانون اساسی و همچنین بعد از آن در جریان بررسی پیش نویس در کابینه رئیس جمهور کرزی آشکار بود.<sup>73</sup> جناح های قدرتمند عمدتاً بر سر مسائل از جمله نقش اسلام، زن و حقوق بشر، تعدادی معاونین رئیس جمهور، زبان های ملی، و ساختار دولت با هم درگیر بودند.<sup>74</sup> مثال، رئیس جمهور کرزی از قانون اساسی با قدرت قوی ریاست جمهوری حمایت میکرد، در حالی که گروه های بنیادگرا و اقلیت های غیر پشتون برای محدود کردن قدرت رئیس جمهور را به نفع یک پارلمان قوی و محکمه قانون اساسی که ازین طریق در قدرت اشتراک ورزند، تلاش میکردند.<sup>75</sup> محافظه کاران دینی استدلال میکردند که قانون اساسی باید بر اساس قوانین اسلامی با اشاره صریح و روشن به شریعت استوار باشد، در حالی که گروه های حقوق بشر چنین رویکردی را نسبت تاثیر آن بر زنان به چالش کشید.<sup>76</sup> با این حال، به رغم استدلال گرم، ترک جلسات، تهدیدات به تحریم و شکایات، معاملات پشت پرده و دخالت حکومت،<sup>77</sup> نمایندگان یک قانون اساسی جدید را به تاریخ 4 جنوری 2004 تصویب کردند.

با نگاهی به گذشته، شاید باور کردن این آسان باشد که مسالمت آمیز بودن و موفقیت لویه جرگه قانون اساسی هرگز تردید وجود نداشت، یا این که شکل فعلی قانون اساسی اجتناب ناپذیر بود. با آن هم، مهم است زمان و زمینه تدویر لویه جرگه را در نظر داشته باشیم و اینکه بی ثباتی و عدم اطمینان فوق العاده ای در آن زمان وجود داشت.

### تجزیه و تحلیل مقایسه ای: روند تهیه پیش نویس قانون اساسی افریقای جنوبی

قانون اساسی فعلی جمهوری افریقای جنوبی در سال 1997 بعد از یک مدت طولانی روند مشارکتی تصویب شد شکل گیری یک قانون اساسی جدید، بخش جدایی ناپذیر دوره گذار به جامعه پس از اپارتاید بود. ساختار ویژه طرز العمل تهیه پیش نویس منعکس کننده سازش بین کنگره ملی افریقا (ANC)، به نمایندگی از اکثریت شهروندان افریقای جنوبی، و حزب ملی (NP)، یکی از چند حزبی کوچکتر و اقلیت ها، بود. حزب کنگره ملی افریقا می خواست نمایندگی دموکراتیک را در قانون اساسی جدید تأمین نماید، در حالی که حزب ملی می خواست تا از حفاظت حقوق اقلیت ها اطمینان حاصل نماید.<sup>78</sup>

حزب کانگرس ملی و حزب ملی بر سر یک روند سه مرحله ای توافق کردند. اول، قرار بر این شد که همه احزاب سیاسی در یک کنفرانس قانون اساسی شرکت نمایند و در آن در باره ساختار حکومت مؤقت و مجموعه ای از اصول رهنمودی قانون اساسی به اتفاق آراء تصمیم بگیرند. دوم، حکومت منتخب مؤقت متن پیش نویس را تهیه مینماید. سوم، محکمه قانون اساسی تعیین میکند که آیا متن پیش نویس تهیه شده با اصول توافق شده رهنمودی قبلی مطابقت دارد یا خیر فقط پس از آن قانون اساسی نافذ میگردد.

<sup>73</sup> CLJ, *supra* note 37, at 11.

<sup>74</sup> Carlotta Gall, *Chairman Walks Out of Afghan Council*, New York Times, Dec. 31, 2003, at A11 [hereinafter Chairman].

<sup>75</sup> Thier, *supra* note 35, at 570.

<sup>76</sup> *Afghans Struggle Over Islam's Role*, CBS/AP News, Dec. 19, 2003, available at <http://bit.ly/nnABeb>.

<sup>77</sup> *Id.* at 570; Chairman, *supra* note 74; Carlotta Gall, *Afghans Clash at a Conference to Work Out a New Constitution*, New York Times, Dec. 30, 2003, at A10.

<sup>78</sup> Catherine Barnes and Eldred De Klerk, *South Africa's multi-party constitutional negotiation process*, Volume 13 Accord 26, 26 (2002).



طرفداران این روند با چالش‌های بسیاری که ظاهراً غیر قابل عبور بود روبرو شدند. خشونت نژادی ادامه داشت. اختلافات در درون احزاب عمده سیاسی و بین احزاب کوچکتر توانایی ANC و NP در رسیدن به توافق را تهدید میکرد قرار بود در جریان کار نهادهای جدید مانند محکمه قانون اساسی ایجاد گردند.

این روند که در نوامبر سال 1991 آغاز شد، با چند موانع روبرو گردید. اولین تلاش برای توافق بر سر مجموعه‌ای از اصول شکست خورد. مذاکرات در ماه مارچ 1992 توقف کرد و خشونت افزایش یافت. چند ماه بعد، کنگره ملی افریقا و حزب ملی مذاکرات را از سر گرفتند و در این زمان آنها توانستند اصول مشترک قابل قبول برای تمام طرف‌ها را تدوین نمایند. این اصول در قانون اساسی مؤقت شامل گردید و به مجمع منتخب قانون اساسی<sup>79</sup> وظیفه سپرده شد تا بر پروسه تهیه پیش نویس نهایی نظارت کند و محکمه قانون اساسی را ایجاد نماید.<sup>80</sup>

مجمع قانون اساسی به دنبال سهمگیری مردم بود. از طریق تبلیغات جمعی و جلسات عمومی، مجمع در مورد روند تدوین تسوید به شهروندان آموزش داد. مجمع از تمام شهروندان افریقای جنوبی دعوت کرد در پروسه سهم بگیرند که در نتیجه بیش از 13000 پیشنهاد که بخش زیادی آنها مربوط افراد میشد، بدست آورد.<sup>81</sup> پس از گذشت دو سال مشوره خواهی و مذاکرات خصوصی، مجمع در ماه می سال 1996 بر روی یک متن به توافق رسید.

تا زمانی که محکمه قانون اساسی مطابقت متن را به اصولی که از سوی قانون اساسی مؤقت وضع شده بود تأیید نکرد، قانون اساسی نافذ نگردید. بنا براین محکمه بعد از استماع دلایل گسترده در ماه جولای 1996 دریافت که مفاد چندین اصل نقض شده است؛ بنابراین این بدون بازنگری قانون اساسی قابل انفاذ نمیباشد. مجمع در مواد مورد نظر تغییرات لازم وارد ساخت و محکمه قانون اساسی را در دسامبر 1996 تأیید نمود. قانون اساسی بالآخره پس بیش از پنج سال آغاز مذاکرات رسمی به تاریخ 4 فبروری 1997 به تصویب رسید.

### سوال‌های مباحثه

1. چرا حکومت مؤقت صلاحیت نهایی برای تصویب قانون اساسی جدید را به جای اینکه، برای مثال برگزاری همه پرسی (ریفرنندوم) اتباع به محکمه قانون اساسی واگذار کرد؟ مزایای استفاده بررسی قضایی برای تصویب قانون اساسی جدید در چه هست؟ یا معایب آن کدام اند؟
2. روش افریقای جنوبی تا حدی زیاد بر احزاب سیاسی قوی متکی بود آیا چنین رویکردی در افغانستان مؤثریت دارد؟
3. روش تهیه پیش نویس در افریقای جنوبی را با روند در افغانستان مقایسه کنید، کدام عناصر از هر دو روند مؤثر بودند؟ چرا؟

<sup>79</sup> Interim Constitution of South Africa, Chapter 5, Section 68.

<sup>80</sup> Interim Constitution of South Africa, Chapter 7, Section 98.

<sup>81</sup> *Id.* at 32.

## پنجم. روش های تفسیر قانون اساسی

در بخش های قبلی ما اصول بنیادی قانون اساسی، اهداف را که قانون اساسی دنبال میکند و تاریخ ایجاد آن را بررسی کردیم همه این معلومات مقدماتی همانطوری که ما قانون اساسی را در زندگی روزمره ای رسمی و ملکی بکار میگیریم، به ما کمک میکند قانون اساسی فقط یک راهنمای کلی است و برای پرسش های زیاد پاسخ روشن را فراهم نمی کند. علاوه بر این، به ندرت تنها یک پاسخ "درست" وجود دارد. اما این بدان معنی نیست که قضات و آنهاییکه قانون اساسی را تفسیر میکنند از روی علایق و برداشت های شخصی در باره معنی و مفهوم قانون اساسی تصمیم بگیرند - چنین رویکرد با جایگاه قانون اساسی به مثابه اولین مرجع قضاوت سازگار نیست. بنا بر این، تفسیر ثابت، منصفانه، منطقی و از لحاظ تاریخی معتبر نقش کلیدی دارد.<sup>82</sup>

در ارتباط به پرسش چگونگی تفسیر قانون اساسی، این مسئله پیش می آید که مرجع تفسیر قانون اساسی کدام است در سطح سازمانی، قوه قضائیه و یا کمیسیون مستقل قانون دارای صلاحیت تفسیر قانون اساسی است اختلاف بر سر آن که کدام نهاد دارای صلاحیت نهایی میباشد خود، موضوع تفسیر قانون اساسی است که به طور کامل در فصل ششم در باره قوه قضائیه مور بحث قرار خواهد گرفت اما به عین اندازه اهمیت که نهادهای تفسیر کننده قانون اساسی دارند اشخاص نیز در این راستا نقش مهم را ایفا مینمایند. حقوق دانان و قضات تنها اشخاصی نیستند که قانون اساسی را تفسیر کنند رئیس جمهور، اعضای مجلس شورای ملی و وزرای دولت تقریباً هر روز با قانون اساسی رابطه کاری دارند.<sup>83</sup> ماده 63 مستلزم آن است که رئیس جمهور سوگند یاد کرده تا "قانون اساسی و سایر قوانین را رعایت و از تطبیق آن مواظبت نماید" به همین ترتیب ماده 74 وزرا را مکلف به "رعایت قانون اساسی" میداند و اعضای شورای ملی باید قبل از رأی دادن به قانون در نظر داشته باشند که قانون مورد نظر با احکام قانون اساسی مطابقت دارد یا خیر؟ برای مثال، اگر شورای ملی قانون را تصویب نماید که از نظر رئیس جمهور خلاف قانون اساسی است و قوه قضائیه هنوز در زمینه رأی نداده است، در این صورت آیا لازم است رئیس جمهور این قانون را توشیح کند؟ شما چه فکر میکنید "احترام و نظارت بر اجرای قانون اساسی" در این وضعیت به چه معنی است؟

در این بخش پنج روش مختلف تفسیر قانون اساسی ارائه میشود: متن گرایی، ساختارگرایی، اصل گرایی، عملگرایی، و ورویه قضایی در حالی که برخی ممکن است استدلال نمایند که تنها یک روش صحیح تفسیر وجود دارد، بسیاری دیگر به این نظر اند که هیچ روش واحد دارای اولویت یا قطعیت وجود ندارد در حالی که تفاوت های معین میان این روش ها وجود دارد و از لحاظ نظری بعضی از آنها دیگر روش ها را نمی پذیرند، اغلب مفید به نظر میرسد تا در تجزیه و تحلیل موضوع از چند و یا همه از آنها کار گرفت.

متن گرایی و ساختارگرایی مهمترین روش های تفسیر قانون اساسی به شمار می آید در حالی که مجال

<sup>82</sup>. برای مثال مراجعه کنید به:

Robert H. Bork, in *The Great Debate: Interpreting Our Written Constitution* 43 (Federalist Society ed., 2005).

<sup>83</sup>. هم چنین "پیروی از احکام قانون اساسی" وجوبه تمام مردم افغانستان است (ماده 56).

برای اختلاف نظر در مورد معنی کلمات خاص وجود دارد یا منظور از ساختار های معین چیست، هر کس موافق است که کلمات و ساختار قانون اساسی مربوط به معنای آن می باشد. بنابر این، ما بررسی روش بحث انگیز تفسیر قانون اساسی از جمله اصل گرایی، مصلحت گرایی، و رویه قضایی. این سه روش به ویژه هنگامی مهم است که متن و ساختار قانون اساسی مبهم و یا نامشخص باشند، و یا هنگامی که متن و ساختار به تنهایی رهنمایی کافی را فراهم نمی کنند همانطوری که شما تصور کرده می توانید، در این فضای های خالی بحث های زیاد در مورد ”مفهوم“ و ”هدف“ قانون اساسی وجود دارند.

## الف. متن گرایی

روش متن گرایی تفسیر قانون اساسی که کمتر بحث برانگیز است و بر خود متن تمرکز دارد. در برخی موارد، زبان قانون اساسی روشن می باشد و پاسخ سریع را ارائه می دهد. مثال، هنگامی که: ”پایتخت افغانستان شهر کابل می باشد“ (ماده 21)، متن ماده روشن است. با آن هم، ضمن اینکه قانون اساسی در باره بعضی موارد دارای صراحت است اما مواردی دیگر زبان مبهم و یا نامشخص است علاوه بر این، اولویت دادن به متن لزوماً به این معنی نیست که هر چیزی که نوشته نشده باشد قابل یادداشت نیست. به عبارت دیگر، ”در ارتباط با یک موضوع اساس قرار دادن متن، لزوماً به معنی استثنائی یا یگانه بودن متن و پر کردن خلاء در دسترس مقام قانون اساسی نیست.“<sup>84</sup>

در واقع، نویسندگان قانون اساسی فکر نمی کنند که این سند جامع و بی مانند است بطور مثال، در ماده 27، فقره 2، گفته می شود ”هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون.“ زیرا که قانون اساسی ”روند مقتضی“ را مشخص نمی سازد. خود متن این ماده برای مفهوم کردن پیگرد قانونی، گرفتاری یا توقیف معلومات ناچیزی را ارائه می کند. ما این مورد را به نام ”ارجاع متقابل“ یاد کرده می توانیم زیرا خواننده برای درک موضوع مواد مورد ضرورت را باید در خود قانون اساسی یا خارج از آن جستجو نماید.

بسیار کم اتفاق می افتد که به تنهایی متن قانون اساسی صراحت داشته باشد و هر موردی مغایر با آن را واضح سازد. در اکثر موارد، مشخص نیست که آیا یک مورد متناقض یا چندین تفسیر قابل قبول از متن وجود دارد یا خیر. در این شرایط چالش انگیز، متن تنها یک نقطه آغازین است. برای درک یک کلمه مبهم یا عبارت ما می توانیم به زبان اطراف نگاه کنیم که در جاهای دیگر قانون اساسی از آن به چه ترتیب استفاده به عمل آمده است، و چگونه در پیش نویس یا قوانین اساسی قبلی بکار گرفته شده است، ما سرخ اینکه ”احکام قانون“ در ماده 27 به چه معنی است در ماده های بعدی یافته می توانیم در مورد بازداشت، قانون اساسی طرح بنیادی از مفهوم ”روند مقتضی“ حمایت،<sup>85</sup> را ارائه می کند مانند حق حضور در محکمه،<sup>86</sup> حق داشتن وکیل مدافع،<sup>87</sup> و حق عدم شکنجه<sup>88</sup> یا اعتراف اجباری<sup>89</sup> همانطوری که شما

<sup>84</sup> Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law, in It Is A Constitution We Are Expounding* 22 (American Constitution Society for Law and Policy ed., 2009).

<sup>85</sup> United Nations Assistance Mission in Afghanistan, *Arbitrary Detention in Afghanistan: A Call For Action* (Volume II) 5 (Jan. 2009).

<sup>86</sup> ماده 31، قانون اساسی افغانستان.

<sup>87</sup> ماده 31، قانون اساسی افغانستان.

<sup>88</sup> ماده 29، قانون اساسی افغانستان.

<sup>89</sup> ماده 30، قانون اساسی افغانستان.

خواهید دید، متن نقطه شروع برای فهمیدن قانون اساسی است، اما اکثراً لازم و مفید است تا قانون اساسی از طریق لنزهای دیگر دیده شود.

## ب. ساختارگرایی

ساختار قانون اساسی در فهمیدن معنی و مقصد سند کمک می‌کند. «ساختار» در این معنا به این مفهوم خواهد بود «آنچه که متن نشان می‌دهد، به طور مستقیم باز گو نمی‌نماید.»<sup>90</sup> این مورد شامل ساختار جمله، انتخاب کلمه، تکرار کلمه، و ساختار متنی می‌گردد. مثال، قانون اساسی به شکل واقعی عبارت «تفکیک قوا» را بکار نمیبرد اما به نظر می‌رسد که هدف از ساختار متن آن و واگذاری قدرت های مختلف: ماده‌ها در باره رئیس جمهور، مجلس شورای ملی، و قوه قضائیه باید در فصل های مجزا از هم جدا باشند.

پروفسور لاورینس تریب (Lawrence Tribe) به یک مثال جالب از تجزیه و تحلیل ساختاری اشاره میکند او میگوید، «یک کلمه که معمولاً از متن قانون اساسی حذف میشود اما اکثراً به طور ضمنی در آن درج میباشد کلمه «صرف یا فقط» است.<sup>91</sup> اهمیت جدی قایل شدن به فقدان کلمه «صرف» درست نخواهد بود. باید چگونگی کار برد این کلمه در ساختار متن قانون اساسی در نظر داشت» اگرچه این یادآوری تریب با قانون اساسی ایالات متحده آمریکا ارتباط دارد، مفهوم آن در خصوص افغانستان نیز صدق می‌کند به عنوان مثال، ماده 64 بیان میدارد: «رئیس جمهور دارای صلاحیت و وظایف ذیل میباشد:» از جمله این صلاحیت ها اعلان جنگ و صلح می‌آید. این ماده نمی‌گوید که «تنها رئیس جمهور» دارای این اختیارات است، اما مفهوم ضمنی کلمه به این معنی است قانون اساسی صلاحیت اعلان جنگ را به شورای ملی نمی‌دهد، در عین حال، به اساس قانون اساسی شورای ملی صلاحیت تصویب بودجه دولت را دارد (که یک مکانیسم نظارتی قدرتمند است که می‌تواند بودجه برای جنگ را کاهش دهد).

### سوال های مباحثه

1. به نظر میرسد که در بسیاری از ماده ها قانون اساسی کلمه «صرف» بطور ضمنی بکار رفته است، اما گاهی اوقات این کلمه به صراحت هم عنوان شده است. در ماده 149، هر دو یعنی مورد ضمنی در فقره 1 و استفاده صریح در فقره 2 دیده میشود:

(1) اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی‌شود.

(2) تعدیل حقوق اساسی صرف به منظور بهبود حقوق انسان مجاز میباشد.

(3) تعدیل سایر محتویات این قانون اساسی، نظر به تجارب و مقتضیات عصر، با رعایت احکام مندرج مواد شصت و هفتم و یکصد و چهل و ششم این قانون اساسی، با پیشنهاد رئیس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی صورت می‌گیرد.

<sup>90</sup> Tribe, *supra* note 84, at 23.

<sup>91</sup> Laurence H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 Harvard Law Review 1221, 1240 (1995).

**تجزیه و تحلیل:** کاربرد ضمنی کلمه "صرف" در فقره 1 (به حیث اولین کلمه در فقره) با فقره 3 ارتباط دارد و بر آن است که هر ماده در قانون اساسی به استثنای ماده های 1 - 3، قابل تعدیل میباشد. کاربرد صریح "صرف" در فقره 2 نشان می دهد که "لیست" حقوق اساسی افغان ها گسترش یافته میتواند اما محدود نمیشود.

آیا شما با این نظر که کلمه "صرف" در برخی موارد مانند فقره 1 به طور ضمنی بکار گرفته شده است تا به تدوین کنندگان قانون اساسی در کاربرد صراحت این کلمه در دیگر جاها کمک شود موافق هستید؟ (مانند فقره 2)

### ج. اصل گرایی

اصل گرایی رویکرد تفسیر قانون اساسی است که بر نیت یا قصد آشکار یا ضمنی آنهاییکه پیش نویس قانون اساسی راتهییه، در باره آن بحث میکنند و به تصویب میرسانند، تأکید دارد. اصل گرایی هر چند در اروپا نفوذ ندارد، یک موضوع مشترک در حقوق امریکایی است. اصل گرایان استدلال می کنند که درک آنچه که مورد نظر تدوین کنندگان قانون اساسی است یک گام مهم در تلاش برای اثبات وفاداری به قانون اساسی است. طوری که ترایب می نویسد: "بدون توجیه بسیار متقاعد کننده، کاربرد یک عبارت برای یک مفهوم در قانون اساسی درست نخواهد بود زیرا امکان دارد عبارت مورد نظر برای آنهاییکه قانون اساسی را مینویسند، میخوانند، تصویب میکند معنای کاملاً متفاوت خواهد داشت."<sup>92</sup> مشخص کردن مفهوم یک عبارت برای تدوین کنندگان چالش است، به خصوص اگر یک قانون اساسی چند دهه یا قرن قبل تصویب شده باشد.

اگرچه قانون اساسی افغانستان در سال 2004 تصویب شد، اما روند تدوین آن غیر شفاف و لویه جرگه تصویب به اندازه بی نظم بود که برای خود تهیه کنندگان پیش نویس کاملاً روشن نبود که منظور آنها از تسجیل بسیاری احکام در قانون اساسی چه بوده است. اسنادی قابل دسترس از این دوره، اختلافات شدید بحث ها با راه حل های سازش مشکوک (نه وحدت نظر) را نشان می دهند بنابراین، هنگامی که اختلاف نظر بر سر احکام قانون اساسی بوجود می آید، نسبت دلایل پیرامون معنا، منظور، توقع یا نگرانی تهیه کنندگان پیش نویس اغلب دو یا بیشتر از دو طرف یکسان متقاعد کننده وجود دارند.

علاوه بر عدم مشخص بودن آنچه که اسناد تاریخی نشان می دهند، دو شکل مختلف اصل گرایی وجود دارند یک شکل آن با حین پاسخ دادن به سوال قانون اساسی: "تهیه کنندگان پیش نویس چه کار را باید انجام دهند؟ این رویکرد این نظریه را تقویت میبخشد که قانون اساسی باید یک سنگ سخت و تغییرناپذیر - با درک ثابت در یک نقطه خاص زمانی است.<sup>93</sup> شکل دوم می پرسد: حین تهیه پیش نویس، نویسندگان آن کدام اصول را در ذهن داشتند، و امروز چگونه این اصول عملی یا تطبیق میشود؟ این رویکرد در درک اصلی یاماهوی مفهوم کلی از اهداف و توقعات، انعطاف پذیر تر به نظر می رسد. در حالی که

<sup>92</sup> Tribe, *supra* note 84, at 26.

<sup>93</sup> Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet & Pamela S. Karlan, *Constitutional Law* 718 (5th ed. 2005).

امروز این دو شکل اصل گرایی به طور کامل از هم دیگر غیر قابل تمیز اند، ممکن با گذشت زمان تفاوت بین آنها آشکار تر و مهم تر گردد. قرائت انتقادی ماده 47، فقره 2 در نشان دادن این چالش کمک می کند در فقره 2 ماده یاد شده آمده است:

دولت حقوق مؤلف، مخترع و حقوق کاشف را تضمین می نماید و تحقیقات علمی را در تمام عرصه ها تشویق و حمایت میکند و استفاده مؤثر از نتایج آن را مطابق به احکام قانون، تعمیم میبخشد.

دقیقا این به چه معنی است؟ به کدام طریق حکومت حقوق مؤلف را تضمین میکند و برای چه مدت؟ شاید بنیانگذاران برای این سوال ها پاسخ ویژه در ذهن خود داشتند و سوابق تاریخی ممکن سرخ را بدست دهند، اما تا سال 2040 این راه حل ها دیگر مناسب نخواهد بود. شاید مدت برای حمایت از اکتشافات علمی به تمدید یا کم کردن زمان نیاز داشته باشد، یا حقوق مؤلف نیاز به گسترش یا قرارداد پیدا خواهد کرد. در سال 2040، قانونگذاران، قضات و قانون دان ها ممکن استدلال کنند که بنیانگذاران رویکرد دایمی در نظر داشت (رویکردی که آنها در سال 2004 پیش بینی کرده بود)، و یا اینکه آنها مواظب اصل حمایت و پاداش اکتشافات علمی (ممکن در سال 2040 رویکرد جدید را ایجاب نماید) بودند.

#### سوال های مباحثه

1. مهم ترین کلمات در فقره 2، ماده 47، کدام اند و چگونه شما آنها را تفسیر میکنید؟ استدلال شما در ارتباط به فقره 2 یاد شده به کدام اصل استوار است
2. قانون اساسی دانمارک برای اولین بار در سال 1849 به تصویب رسید و تدوین کنندگان به مشکل جهان امروزی تلفن موبایل، کامپیوتر، موتر های تیز رفتار و هواپیماها را می شناختند. افغانستان نیز در سال های آینده تغییر خواهد کرد که بنیانگذاران (قانون اساسی) سال 2004 نمی تواند آنرا پیش بینی نمایند. اگر در آینده شرایطی بوجود آیند که قانون اساسی پاسخ صریح برای آنها ندارد، آیا این مورد مهم نیست که بنیانگذاران قانون اساسی آنها باید در نظر میگرفت؟ آیا لازم نیست بدانیم اصولی که آنها در ذهن داشتند کدام است؟

#### د. رویه قضایی

“واژه های واضح از متن، و ساختار اسکلتی که در آن این واژه ها قرار میگیرند، صرف حیثیت آغاز تکمیل یک نظام حقوقی در حال پیشرفت قانون اساسی دارد.”<sup>94</sup> به عبارت دیگر، حقوق اساسی نه تنها ماده های واقعی قانون اساسی را دربر دارند بلکه شامل نظریات یا رأی ستره محکمه که ماده های مورد نظر را در ارتباط با اتخاذ تصامیم خود تفسیر میکند، نیز میگردد. از آنجائیکه سیستم در افغانستان به پختگی رسیده و تصمیمات ستره محکمه جمع و ترتیب میشوند، حقوق دانان و قضات قادر خواهد بود که احکام قانون اساسی را از نگاه تفسیرهای قضایای قبلی نیز مطالعه کنند.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Tribe, *supra* note 84, at 31.

<sup>95</sup> برای مثال مراجعه شود به:

Sotirios A. Barber & James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions* 135 (2007).

ایجاد "رویه قضایی" قبلاً اتفاق افتاده است. مثلاً در قضیه سپینتا در سال 2007، که شما در فصل دوم در باره تفکیک قوا مطالعه خواهید کرد، ستره محکمه تفسیر مهم از ماده 92 قانون اساسی را ارائه کرد. محکمه قرار صادر کرد مبنی بر اینکه وزیر نمی تواند به دلیل عدم رسیدگی به مسائل خارج از اختیارات و وظایف خاص به رأی عدم اعتماد احضار شود. احتمالاً، اگر در آینده این نوع سوال مجدداً به ستره محکمه می رسد، یقیناً که محکمه با عین رویه به آن پاسخ خواهد گفت - این همان چیزی است که ما به نام رویه قضایی از آن یاد میکنیم.

چرا تصامیم ستره محکمه دارای ارزش رویه قضایی میباشد؟ در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، ماده 7 تصریح میدارد "محاکم حین رسیدگی قضایا، احکام قانون اساسی و سایر قوانین نافذ را تطبیق می نمایند. . . ." <sup>96</sup> در حالی که این بدان معنی است که محاکم پایین تر ملزم به رعایت تصامیم محکمه عالی نیست، فقره 1 ماده 26 این قانون می افزاید که ستره محکمه "دریابد که فیصله محکمه تحتانی در مخالفت با قانون یا خطا در تطبیق یا تأویل آن صادر گردیده یا خلاف مواد 130 و 131 قانون اساسی است. . . ." فیصله را نقض مینماید (تأکید اضافه شده). بنابراین زمانی که ستره محکمه کشور قانون اساسی را به یک شیوه خاص تفسیر میکند این کار یا تصمیم به احتمال زیاد تاثیر واقعی بر قضایا در آینده خواهد داشت قضات محاکم سطوح پایین ممکن متوجه باشند که اگر آنها شیوه مخالف تصمیمات قبلی ستره محکمه را اختیار نمایند، آنها به سادگی رد خواهد شد، ستره محکمه به نوبه خود باید سعی کند تا حد ممکن احکام و تفسیر آنها سازگار باشند، زیرا که این کار پایداری، ثبات و قابلیت پیش بینی نظام حقوقی را در کل افزایش میدهد. چالش خاص در افغانستان این است که ستره محکمه هنوز هم بسیاری از فیصله های خود را در اختیار عموم نگذاشته است، بدون دانستن این که محکمه چه تصمیم گرفته است، اگر ناممکن نیست، بسیار دشوار خواهد بود، که رویه قضایی تثبیت گردد. ستره محکمه ممکن است در طول زمان شیوه تفسیر احکام مختلف قانون اساسی را تغییر دهد. طوری که پروفیسور ترایب می نویسد:

تغییر برای چه؟ یک متنی قانون اساسی را که ستره محکمه در یک دوره قبلی به یک شیوه تفسیر میکند ممکن را در دوره بعدی به شیوه متفاوت آنرا تفسیر نماید. "این نوع تصحیحات" به معنی تجدید نظر بر احکام قانون اساسی یا ساختار آن نبوده، بلکه حفظ معنای اصلی قانون اساسی از طریق بهبود مرور اصطلاحات توسط افراد است. این نه تنها عدم موفقیت فرمول های قضایی است، بلکه باعث تغییرات نیز میشود. "سیر وقایع بشری" - در هر یکی از ابعاد سیاسی، اقتصادی، و اجتماعی خود - مملو از درس های عبرت آمیز است که انسان را وادار به قرأت عین متن به یک شیوه جدید میسازد. چنین درس ها گاهی اوقات به این نتیجه منجر میشود که قرأت جدید - قرأت ای که برای درک درست معنی قانون اساسی به آن نیاز است - باید تمامی وقت متن را قرأت کرده باشد. . . . در زمان دیگر، میتوان چنین نتیجه گیری کرد که قرأت قبلی در وقت خود کاملاً مناسب بوده اما از حوادث پیشی گرفته است. در عین حال در موارد دیگر، تغییر قرأت نشان دهنده ترکیبی از هر دو - اعتراف به خطای گذشته، و شناسایی حوادث تغییر یافته است. <sup>97</sup>

<sup>96</sup> قانون تشکیل و صلاحیت محاکم جمهوری اسلامی افغانستان (2005).

<sup>97</sup> Tribe, *supra* note 84, at 31.

موارد یادشده ما را متوجه میسازد که اگر چه امروز ممکن است محاکم قانون اساسی را به یک شکل خاص تفسیر کنند، معقول به نظر میرسد تا تفسیر مورد نظر را در ارتباط با آینده هم در نظر گرفت. این نکته ما را به طور مستقیم به آخرین روش تفسیر قانون اساسی رهنمایی میکند که در ذیل آمده است.

### ه. عمل گرایی (پراگماتیسم)

عمل گرایی در انتها مخالف تفسیری اصل گرایی قرار دارد، در حالی که اصل گرایان عمیقاً مراقب آنچه که مورد نظر مؤسسان است میباشند، عملگرایان بالاترین اولویت را به پیامدهای یک تصمیم تفسیری میدهند. به عبارت دیگر، ممکن است عملگرا گاهی اوقات از یک تصمیم که از نظر اصل گرا "اشتباه" پنداشته میشود حمایت کند زیرا که این کار از نظر آنها به ثبات و رفاه اجتماعی کمک میکند. برخی از منتقدان عملگرایی استدلال می کنند که این روش تفسیر قانون اساسی نیست بلکه رد مشروطیت و حکومت قانون است، این منتقدان باور دارند که عملگرایی منجر به تصمیم گیری میشود که صرفاً بر آنچه که در حال حاضر مناسب و عمومیت دارد، استوار باشد، نه آنچه که متناسب با چارچوب قانونی و ارزشهای اصولی باشد.<sup>98</sup> با آنهم عمل گرایی لزوماً چنان افراطی نیست، و این امر می تواند برای قضات عجیب و غریب به نظر آید که فیصله های آنها اهمیت ندارند.

#### یک مشکل جنسیتی؟

یک فرضیه تجربی جالب در عمل گرایی را می توان با بررسی ماده 22 قانون اساسی را برجسته ساخت. در این ماده آمده است: "(1) هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. (2) اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی میباشند." به طور خلاصه، قانون اساسی خواستار برابری بین زنان و مردان، بدون تمایز بین آنها است.

اگر قوه مقننه قانون را تصویب نماید که طبق آن در سه سال آینده در تمام بخش های کاری باید 50% از بین خانم ها استخدام گردد، به طوری مثال، اگر یک شرکت در سه سال آینده از امروز 100 کارمند را استخدام مینماید، به اساس حکم قانون پنجاه کارمند باید زن باشد، حتی اگر امروز هم این شرکت فقط 10 نفر زن را استخدام مینماید. آیا چنین قانون با قانون اساسی مطابقت دارد؟

از یک طرف قوه مقننه طبق ماده 22 قانون اساسی در تلاش برای رسیدن به برابری جنسیتی میباشد و از سوی دیگر، آیا این قانون "تمایز" بین مردان و زنان قایل شده تا طبق آن کارفرمایان در هنگام تصمیم گیری استخدام، جنسیت را در نظر گیرند؟ اگر قصد قوه مقننه کمک به زنان در اشتغال باشد، در این صورت درست خواهد بود تا قانون را در باره استخدام زنان تصویب کرد - حتی اگر منتج به اخراج تعدادی از مردان از کار شود و یا هم از استخدام محروم گردند؟

عکس العمل یک قاضی عمل گرا از دیدگاه قانون اساسی در برابر این نوع قانون چه خواهد بود؟ آیا رویکرد قاضی اصل گرا متفاوت خواهد بود؟ و در باره روش متن گرا چه فکر میکنید؟

<sup>98</sup> برای مثال مراجعه کنید به:

Barber, *supra* note 95, at 174.



## ششم. تعدیل قانون اساسی

ممکن قانون اساسی غرض منعکس ساختن تغییر شرایط و یا توافق اجتماعی جدید در مورد نقش حکومت نیازمند تغییر باشد، معمولاً تعدیلات که منعکس کننده وضعیت خاصی است، نسبت به رون عادی تصویب قانون مشکل تر است سازوکار های خاصی برای تعدیلات قانون اساسی از کشوری به کشوری تفاوت زیاد دارد.

تهیه کنندگان پیش نویس قانون اساسی قصد غیر قابل تغییر پذیر بودن متن را ندارند. در واقع منابع متعددی احتمال تعدیل قانون اساسی در آینده، در خود این سند وجود دارند. بطور مثال، در مقدمه قانون اساسی افغانستان آمده است که مردم افغانستان "این قانون اساسی را مطابق با واقعیت های تاریخی، فرهنگی و اجتماعی کشور و مقتضیات عصر توسط . . . تصویب شده است." و ماده 149، فقره 3، بیان میکند که قانون اساسی "نظر به تجارب و مقتضیات عصر . . ." تعدیل شده میتواند. این احکام بر آن اند که افغانستان توسعه میابد و شرایط تغییر میکنند بنابراین قانون اساسی نیز نیاز به تغییرات پیدا میکند؛ ممکن است ماده ها به آن افزود، حذف و یا باز نوشته شود دلیل اضافی و ناگفته شده دیگر آن این است که احتمال این هم وجود دارد تا نواقص در قانون اساسی جستجو و مشخص شود در این بخش روش تعدیل قانون اساسی به بررسی گرفته میشود.

### قانون اساسی به مثابه "تعهد قبلی"

همانطوری که محقق ستیفان هولمز و بیزرو (Stephen Holmes) میگوید، قانون اساسی و دموکراسی توده ای ظاهراً با هم در تضاد قرار دارند: قانون اساسی از طریق نهادینه ساختن حقوق و نهادهای حکومتی، ملزم ساختن نسل های آینده بدون رضایت رأی دهی آنها (زیرا تعدیل قوانین اساسی نسبتاً مشکل است) تصمیمات خاصی را از روند دموکراتیک حذف میکند. سوال طبیعی این است که چرا یک گروه کوچک از مردم (بنیانگذاران قانون اساسی) قدرت برای اعمال نفوذ بالای نسل های آینده داشته باشد؛ آیا این درست نیست تا افراد هر نسل دارای حق ابراز آراء در تعیین اصول ای که بر آنها حکومت میکنند، باشند؟

هولمز این تناقض را با این استدلال که محدودیت های قانون اساسی در واقع در خدمت یک عملکرد مهم دموکراتیک قرار دارد آشتی میسازد: یک دموکراسی دارای عملکرد درست باید مقامات تصمیم گیری را سمت و سو دهد، و به این ترتیب از روند مشوره ای که موضوع مرکزی در دموکراسی است، حمایت به عمل آورد. "تعهد قبلی" برای معین ساختن مجموعه از مقررات به مشکل تغییر پذیر . . . که ثبات را در داز مدت فراهم میکند (بدون نیاز به اختراع مجدد حکومت) و در برابر احساسات عامه، عملکرد نیرومند و معتدل اما با القوه مضر دارد.<sup>99</sup>

### سوال مباحثه

<sup>99</sup>. این جدول نظریات هولمز پیرامون تعهد قبلی را بازگو میکند. اگر شما علاقه به کسب معلومات بیشتر دارید، اثر ذیل را ببینید: Stephen Holmes, *Passions & Constraint: on the Theory of Liberal Democracy* (Univ. of Chicago Press 1995).

آیا لازم است تا هر عنصر قانون اساسی برای تعدیل باز باشد؟ در باره ماده های قانون اساسی مربوط به ماهیت اساسی دولت چه فکر میکنید؟ در مورد ماده های حامی حقوق بشر چه نظر دارید؟

اول، مهم است به یاد داشته باشید که قانون اساسی در دو حالت قابل تعدیل نیست زمانیکه تعدیل در معرض خطر دخالت سیاسی قرار گیرد: در حالت اضطرار و زمانی که رئیس جمهور مؤقت زمام امور را در دست دارد.

### ممنوعیت مؤقت بر تعدیل

#### ماده 146

در حالت اضطرار قانون اساسی تعدیل نمیشود.

#### ماده 67، فقرة 5

معاون اول رئیس جمهور، در زمان تصدی به حیث رئیس جمهور مؤقت امور ذیل را انجام داده نمی تواند:

1. تعدیل قانون اساسی؛
2. عزل وزراء؛
3. برگذاری همه پرسى.

در تمامی حالت دیگر قانون اساسی قابل تعدیل میباشد، قابل یاد آوری است که این روند ساده به نظر نمی رسد. تعدیل قانون اساسی به مقایسه سایر قوانین عادی مشکل تر است، در واقع این موضوع بنیادی بودن قانون اساسی را نشان میدهد، زیرا قانون اساسی سندی است که در آن ارزش ها و ساختار های عمده بیان میشود که نباید تابع احساسات و خشم مردم در زمان باشد. ماده های 149 و 150 طرز العمل ها یا روش های را ارائه میکنند که به اساس آن تعدیل قانون اساسی پیشنهاد د و تصویب میگردد.

### ماده های 149 و 150

#### ماده 149

(1) اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی شوند.

(2) تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف به منظور بهبود حقوق آنان مجاز میباشد.

(3) تعدیل دیگر محتویات این قانون اساسی، نظر به تجارب و مقتضیات عصر، با رعایت احکام مندرج مواد شصت و هفتم و یک صد و چهل و ششم این قانون اساسی، با پیشنهاد رئیس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی صورت میگیرد.

## ماده 150

- (1) به منظور اجرای پیشنهاد تعدیل، هیئتی از بین اعضای حکومت، شورای ملی و ستره محکمه به فرمان رئیس جمهور تشکیل گردیده، طرح تعدیل را تهیه می کند.
- (2) برای تصویب تعدیل، لویه جرگه بر اساس فرمان رئیس جمهور و مطابق به احکام فصل لویه جرگه دایر می گردد.
- (3) هرگاه لویه جرگه با اکثریت دو ثلث کل اعضا طرح تعدیل تصویب کند، بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ میگردد.

با توجه به ماده 149 رئیس جمهور تعدیل را پیشنهاد و مجلس شورای ملی آنرا را با رأی اکثریت (51٪) تایید می نماید. با این حال، برخی از نقاط مبهم در مورد نسخه صحیح متن وجود دارند، یعنی اینکه آیا در جمله اخیر حکم ماده 149 به جای ”و“ ”یا“ بکار رفته یا خیر. اگر متن به این ترتیب باشد: ”با پیشنهاد رئیس جمهور (یا) اکثریت اعضای شورای ملی صورت میگیرد،“ در این صورت مفهوم آن این خواهد بود که یا رئیس جمهور و یا مجلس شورای ملی می تواند تعدیل قانون اساسی را پیشنهاد نماید (شورای ملی، پیشنهاد تعدیل را با رأی اکثریت تصویب میکند). در صورتی که در متن ”و“ معتبر شناخته شود پس به نظر می رسد که تنها رئیس جمهور می تواند تعدیل را پیشنهاد و پس از آن شورای ملی توسط اکثریت آراء آنرا تصویب مینماید. تصویب پیشنهاد توسط شورای ملی صرف گام اولی است، زیرا لویه جرگه نیز باید آنرا تصویب نماید.

پس از تصویب پیشنهاد، آن را باید به روش مشخص شده در ماده 150 طی مراحل گردد. به این ترتیب، برای تهیه پیش نویس تعدیل یک کمیسیون متشکل از اعضای حکومت، شورای ملی و همچنین ستره محکمه به اساس حکم رئیس جمهور ایجاد میگردد.“ بطور دقیق مشخص نیست که این کمیسیون چه نقش را بازی میکند و ”تهیه پیش نویس تعدیل“ به چه معنی است. در این رابطه چند احتمالات وجود دارند: (1) آیا این کمیسیون نظر رئیس جمهور که توسط شورای ملی تصویب میشود، به یک پیشنهاد رسمی مبدل میسازد؟ (2) آیا کمیسیون پیشنهاد پیش نویس را تصحیح میکند؟ (3) آیا برگزاری لویه جرگه آن را سازماندهی میکند؟ از آنجا نیکه احتمال دارد دو مورد اول با ماده 149 در تضاد قرار گیرد، مسلماً بهترین تفسیر زبان در ماده 150 این است که کمیسیون مسؤلیت برگزاری لویه جرگه را به عهده دارد نه چیزی دیگر. زمانی که پیشنهاد تعدیل به لویه جرگه می رسد، دو سوم اعضای لویه جرگه تعدیل را به غرض انفاذ به تصویب میکند.

### هفتم. نتیجه گیری

این فصل مقدماتی زمینه معلومات و چارچوب نظری را فراهم میسازد که برای فصل های بعدی کتاب مفید خواهد بود. در بخش اول ما در مورد قانون اساسی و مشروطیت بحث کردیم و ضمن آن مقاصد مختلفی قوانین اساسی به طور کل و مقاصد قانون اساسی افغانستان را بطور خاص بررسی کردیم. ما همچنین گفتیم که چرا مفهوم مشروطیت نسبت به داشتن قانون اساسی وسیعتر است؛ این مفهوم قدرت محدود حکومت و روش یا طرز العمل قانون گذاری میباشد.

یک مفهوم کلیدی ای که ما از بحث مشروطیت بدست آوردیم این است که عامل انسانی را در این زمینه

نمی توان نادیده گرفت. مشروعیت و پایداری دراز مدت قانون اساسی به طور جدایی ناپذیری با افرادی که آنرا تطبیق میکند مرتبط است. قوانین شکننده هستند و در صورتیکه مسئولین حکومتی از آن سوء استفاده یا در فساد که اعتماد مردم نسبت به حکومت را از بین میبرد درگیر شوند، با شکست مواجه خواهد شد.

بحث با بررسی تاریخچه افغانستان ادامه میابد. افغانستان در طول سال ها دارای قوانین اساسی بود که میتوان درس های بسیاری مبنی بر اینکه چگونه این اسناد نوشته، تصویب و تطبیق شده است، از آنها آموخت. همچنان این قوانین اساسی نیز سیر تکامل دولت و تغییرات سیاسی و اجتماعی در گذشته و ادامه آن در حال حاضر را روشن میسازد. پس از آن ما تاریخچه قانون اساسی سال 2004، روش های عمده، عوامل سیاسی و اجتماعی مؤثر بر متن، را مرور کردیم.

بعد ما در مورد روش تفسیر بحث کردیم در طول این کتاب، از شما خواسته خواهد شد تا در باره اقدامات خاصی فکر کنید که مربوط قانون اساسی میباشند یا خیر؟ این برای هر شخصی از جمله حقوق دان، قاضی، قانونگذار، یا وزیر دولت یک رویه با ارزش است، زیرا اشخاص در این موقعیت همواره با این پرسش که قانون اساسی چیست یا چه چیز را اجازه می دهد، مواجه میشود ما در مورد پنج روش مختلف که بر اساس آنها قانون اساسی تفسیر میشود، معرفی کردیم. در عین حال سایر روش های معقول تفسیر قانون اساسی نیز وجود دارند. موضوع اساسی این است تا بدانیم که چگونه یک شخص قانون اساسی را تفسیر کرده، زیرا روش های مختلف تفسیر ممکن است نتایج مختلف و متفاوت داشته باشند.

در اخیر ما چگونگی تعدیل قانون اساسی را بررسی کردیم. این یک مورد ویژه در بحث است به این دلیل اینکه قانون اساسی یک سند زنده است که با در نظر داشت شرایط جدید می تواند تغییر و بهبود یابد. با آنکه، قانون اساسی از یک لحاظ همانطوری که در بالا بحث شد، شکننده است، انعطاف پذیری آن نیز می تواند آنرا قوی و پایدار سازد. بنابراین حین تفسیر و تعدیل در قانون اساسی باید دانست که تغییرات مورد نظر به بهبود قانون اساسی کمک میکند یا خیر؟

## فصل دوم: تفکیک قوآ

### اول. مقدمه

در سال 2007، شورای ملی افغانستان طبق ماده 92 قانون اساسی به وزیر امور خارجه رنگین دادفر سپنتا رأی عدم اعتماد داد.<sup>100</sup> به باور رئیس جمهور کرزی ولسی جرگه صلاحیت این کار را نداشت، بنابراین موضوع را طبق حکم ماده 121 قانون اساسی به ستره محکمه محول ساخت.<sup>101</sup> ضمن یک تصمیم قضایی ستره محکمه حکم نموده است که ولسی جرگه صلاحیت عزل وزیر سپنتا ندارد. زیرا این رأی عدم اعتماد قوه مقننه با احکام ماده 92 قانون اساسی مطابقت ندارد.<sup>102</sup> اما پس از صدور حکم ستره محکمه، قوه مقننه صلاحیت محکمه را در باره داوری در مورد این قضیه نپذیرفت. با وجود اینکه شورای ملی از به رسمیت شناختن تصمیم محکمه خودداری کرد، اما سپنتا در حکومت باقی ماند.<sup>103</sup> این سناریو در مورد چگونگی اختصاص صلاحیت در داخل حکومت افغانستان به ما چه میگوید؟

ماده های قانون اساسی در این رابطه بر موارد ذیل اشاره دارند:

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 92

- (1) ولسی جرگه به پیشنهاد بیست فیصد کل اعضا می تواند از هر یک از وزرا استیضاح به عمل آورد.
- (2) هر گاه توضیح ارائه شده قناعت بخش نباشد، ولسی جرگه موضوع رأی عدم اعتماد را بررسی می کند.
- (3) رأی عدم اعتماد از وزیر باید صریح، مستقیم و بر اساس دلایل موجه باشد. این رأی به اکثریت رأی کل اعضای ولسی جرگه صادر می گردد.

#### ماده 121

بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها براساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.

شکل ذیل قضیه سپنتا را به نمایش میگذارد:

<sup>100</sup> J. Alexander Thier, U.S. Inst. of Peace, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation in Afghanistan 3 (2009).

<sup>101</sup> *Id.*

<sup>102</sup> Spanta Opinion, The Supreme Court of the Islamic Republic of Afghanistan (May 13, 2007).

<sup>103</sup> J. Alexander Thier, U.S. Inst. of Peace, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation in Afghanistan 3 (2009).

ولسی جرگه با استفاده از حکم ماده 92 در باره رأی عدم اعتماد به وزیر امور خارجه رأی عدم اعتماد داد

رئیس جمهور کرسی به مناسب بودن این برکناری معتقد نیست، از این جهت از ستره محکمه میخواید که طبق ماده 121 در این مورد حکم کند

ستره محکمه حکم میکند که برکناری وزیر خارجه سپنتا در مطابقت به حکم ماده 92 قانون اساسی نیست

شورای ملی از به رسمیت شناختن صلاحیت ستره محکمه راجع به صدور این حکم خوداری میکند

### سوال های مباحثه

قبل از خواندن این فصل و مطالعه موضوع، شما به اساس تجربه شخصی خود و آگاهی از قضیه سپنتا به این سوال ها را چگونه پاسخ می دهید؟

1. بعد از تمام این جریان، آیا آقای سپنتا هنوز هم وزیر امور خارجه به جای خود باقی ماند؟
2. آیا ولسی جرگه صلاحیت عزل وزیر حکومت را دارد؟
3. آیا رئیس جمهور صلاحیت محول ساختن موضوع به ستره محکمه جهت بررسی اقدام ولسی جرگه را دارد؟
4. آیا ستره محکمه صلاحیت آن را دارد تا در صورت اقدام نادرست ولسی جرگه تصمیم اتخاذ نماید؟
5. آیا ولسی جرگه صلاحیت خودداری از پذیرش فیصله ستره محکمه دارد؟
6. کی صلاحیت تصمیم گیری در باره تفسیر قانون اساسی دارد؟
7. به حیث قانون دان یا قاضی در افغانستان، شما پاسخ این سوال ها را در کجا جستجو میکنید؟

این سوال ها پیرامون صلاحیت و مکلفیت که به عاملین مختلف حکومتی اعطا گردیده است بخشی از دکنترین مهم حقوق اساسی زیر عنوان "تفکیک قوا" میباشد.

## دوم. تفکیک قوا: مرور کلی بر مبانی نظری

مهم ترین عنصر دموکراسی این است که مردم به انتخاب نمایندگان خود در دولت رأی میدهند، که آنها پس از آن به مردم پاسخگو (یا مسئول) هستند. پاسخگو بودن به مردم بدان معنی است که نمایندگان به نیازها و خواست های مردم پاسخگو هستند. اما، همانطور که در هر حاکمیت، این خطر وجود دارد که صلاحیت بیش از حد در دست برخی از مردم متمرکز خواهد شد، در حالی که دیگران بدون صدا باقی میمانند. این خطر در دموکراسی وجود دارد که یک گروه اکثریت متحد نسبت به اقلیت میتواند، تعداد زیادی از مقامات حکومت را به خود اختصاص دهد و به این ترتیب اجندای قوه مقننه را کنترل و قوانین را به نفع خود تصویب نماید. از اینرو گروه های اقلیت قادر به حفظ منافع یا حتی حقوق اساسی خود در برابر اراده اکثریت نه خواهند بود.

برای مثال، تصور کنید در افغانستان چه اتفاق پیش خواهد آمد، اگر اکثریت شورای ملی قانون را تصویب کنند که بر اساس آن اعضای احزاب اقلیت در شورای ملی بدون کسب اجازه حزب اکثریت، دیدگاه های سیاسی خود را نشر کرده نمی توانند. این قانون پیشنهادی ماده 34 قانون اساسی افغانستان که در آن گفته شده: ”هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون، به طبع و نشر مطالب، بدون ارائه قبلی آن به مقامات حکومتی، بپردازد.“ را نقض خواهد کرد. اما، اگر شورای ملی تمام صلاحیت در حکومت را در دست بگیرد، کی ها اکثریت قوه مقننه را از تصویب چنین قانون خلاف قانون اساسی جلوگیری خواهد کرد؟

منتسکیو، متفکر سیاسی فرانسه که در عصر روشنگری قرون 17 و 18 زندگی می کرد، که به خاطر بیان نظریه تفکیک قوا مشهور است نوشته است:

هنگامی که صلاحیت تقنینی و اجرائیوی در هم ادغام شود و در اختیار یک شخص یا گروه قرار گیرد، دیگر آزادی نمی تواند وجود داشته باشد؛ چون ممکن است نگرانی بوجود آید تا مبادا پادشاه یا مجلس سنا قوانین استبدادی را تصویب و به شیوه استبدادی آنها را تطبیق نمایند.

باز هم، هیچ آزادی وجود نخواهد داشت، اگر قوه قضائیه از قوه مقننه و اجرائیه جدا نباشد. در صورت پیوستن آن به قوه مقننه، زندگی و آزادی فرد در معرض نظارت خود سرانه ای قرار خواهد گرفت، زیرا در این وضعیت قاضی خود قانونگذار هم است. و اگر قوه قضائیه به قوه اجرائیه ملحق شود، ممکن است قاضی از خود شدت عمل نشان دهد و به حق افراد تجاوز کند.<sup>104</sup> هرچیز از دست خواهد رفت در صورتیکه یک فرد یا نهاد متشکل از افراد نجیب، هر کدام اشرافی یا از افراد عادی، هر سه عملکرد یعنی ساختن قوانین، اجرای خط مشی عمومی و قضاوت در مورد جرائم و یا اختلافات افراد را اعمال میکند.

هدف نظریه تفکیک قوا جلوگیری از مشکل استبداد یا حکومت مطلقه از طریق توزیع صلاحیت میان

<sup>104</sup> Charles de Secondat Montesquieu, 1 *The Spirit of Laws*, bk. XI, chap. 6 (J.V. Prichard, ed., rev. ed. 1991; Thomas Nugent, trans., 1st ed., 1750).

ارکان مختلف (وزارت خانه ها یا واحد های پایین تر اداری) حکومت را تشکیل می دهد. ارکان ثلاثه سپس با استفاده از صلاحیت های خود "نظارت و توازن" بر قدرت یکدیگر را اعمال مینمایند. نظارت و توازن مکانیسم های هستند که از طریق آن هر رکن حکومتی تا اندازه سایر بخش ها را نظارت کرده تا از صلاحیت مطلق یک گروه جلوگیری شده باشد. با توجه به تئوری در قبال نظریه تفکیک قوا، نظام تفکیک قوا به سه بخش دارای چهار مزیت می باشد:

### (1) اول، تفکیک قوا احتمال تصویب قوانین به دلایل نادرست کاهش را می دهد. زیرا در

موجودیت نظارت سایر ارکان قدرت عمل کردن از روی منافع یا انگیزه شخصی برای قانونگذاران، بسیار مشکل می باشد. در نتیجه، قوانین باید بیشتر بی طرف و به خیر عموم باشد.<sup>105</sup> مثال، اگر پادشاه دارای قدرت مطلق باشد، او شخصاً می تواند هر قانون را که دوست دارد به نفع خود نافذ نماید. زیرا بر صلاحیت وی هیچ محدودیت اعمال نمیشود. در یک حکومتی که به اساس تفکیک قوا عمل میکند، سایر بخش های آن مانند قوه مقننه و قوه قضائیه، او را از تصویب قوانین تنها به نفع خود جلوگیری می کند.

### (2) دوم، این نظام از حفاظت حقوق فردی حمایت میکند زیرا همانطور که قبلاً ذکر شد، حقوق

اقلیت زمانی بیشتر میتواند مورد حمایت قرار گیرد که اکثریت هر آن چه را دوست دارد، انجام داده نتواند.<sup>106</sup> برای مثال، اگر قوه مقننه که اکثریت اعضای آن تجار باشد قانون را به نفع تجار ولی زیان آور برای زارعین را به تصویب برساند، زارعین با استفاده از نظام تفکیک قوا قادر به جلوگیری از آن خواهد شد. امکان این وجود دارد که زارعین رئیس جمهور را متقاعد سازند تا چنین یک قانون را ویتو نموده و توشیح نکند. و یا ممکن بعداً قوه قضائیه قانون مذکور را در صورت موجودیت تعارض با قانون اساسی، آنرا ابطال نماید.

### (3) سوم، کارایی عملکرد حکومت بیشتر میشود زیرا هر رکن قادر است به کار مشخص و

تخصصی خود تمرکز نماید. مانند اینکه به چه اندازه تقسیم کار باعث یک اقتصاد کارآمد تر می شود، این نوع تقسیم کار باید حکومت را کارآمد تر سازد.<sup>107</sup> این تخصص عملکردی به خصوص برای تداوم حرفه ای بودن و تخصصی بودن میان مقامات غیر منتخب مانند قضات و مامورین اداری مهم است. بر اساس این نظریه، قضات می توانند کارشناسان در قانون، اقتصاد دانان کارشناسان اقتصاد در حکومت باشند، زیرا که آنها تمام عمر خود را وقف آن کرده تا اینکه به درجه کارشناسی در عرصه مربوطه، نه مبارزات انتخاباتی، نایل آمده اند. کارشناسی به مقامات رسمی نیز اجازه میدهد تا در زمینه های مربوطه از فشار سیاسی مستقیم رهایی یابند. برای مثال، قضات می توانند احکام را در روشنائی قانون بر اساس آنچه که از

<sup>105</sup> Richard Bellamy, *The Political Form of a Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*, reprinted in *The Rule of Law and the Separation of Powers* 253, 255 (Richard Bellamy, ed., 2005).

<sup>106</sup> *Id.*

<sup>107</sup> *Id.*



نظر آنها درست است صادر نمایند نه بر اساس توقع کمک در انتخاب مجدد آنها و یا به خاطر رضایت رهبران سیاسی که آنها را مقرر کرده اند.

(4) **چهارم، ارکان سه گانه حکومت متقابلاً به یکدیگر پاسخگو هستند،** تا اطمینان از این حاصل شود که هر یکی از آنها در محدوده صلاحیت خود عمل میکند.<sup>108</sup> این بدان معنا است که هر شاخه ای از حکومت می تواند فعالیت شاخه های دیگر را نظارت و باز بینی کند، به طوری که هر شاخه به شاخه دیگر پاسخگو باشد. برای مثال، قوه مقننه صلاحیت رئیس جمهور در انتصاب وزراً بدون کسب رأی اعتماد را محدود میسازد. به همین ترتیب، رئیس جمهور صلاحیت قوه مقننه از طریق استفاده از حق ویتو خود محدود میسازد.

حین مطالعه این فصل، مهم است به خاطر داشته باشید که فقط یک شیوه "درست" برای تفکیک قوا در حکومت وجود ندارد، و ساختارهای حکومتی بطور قابل توجهی در سراسر جهان از هم متفاوت است.

### الف. تفکیک افقی در برابر تفکیک عمودی قدرت

این فصل بر **تفکیک افقی قوا متمرکز** میباشد، یا به تفکیک قوا بین بازیگران در سطح حکومت فدرال اختصاص یافته است. نوع دیگری از تفکیک قوا - **تفکیک عمودی قوا** نیز وجود دارد که از تقسیم قدرت بین حکومت های ملی و محلی بحث میکند. مثال در افغانستان، تفکیک افقی قوا به تقسیم قدرت در حکومت مرکزی یعنی بین قوه اجرائیه، قوه مقننه و قوه قضائیه اشاره دارد. جدایی عمودی قدرت در افغانستان به تقسیم قدرت بین حکومت مرکزی، حکومت های ولایتی، و حکومت های محلی است، اشاره دارد.

ایالات متحده نمونه ای از یک ساختار حکومت فدرال میباشد (یک نظام با تفکیک مطلق عمودی قوا) تمام حکومت های ایالتی در ایالات متحده خود شان قوانین را وضع میکنند، محاکم خود را اداره میکنند و دارای قدرت قابل توجهی در قلمرو خود میباشند. اکثریت جوامعی دارای اقوام متعدد طرفدار نظام های حکومت فدرال میباشند و تلاش دارند تا از این طریق قدرت را به طور هدفمند بین جمعیت های مختلف قومی شریک سازند.<sup>109</sup> چند نمونه از این نظام بوسنی و هرزگوین، کوزوو، و قبرس میباشد.<sup>110</sup> همه این حکومت ها تفکیک عمودی مطلق قدرت را اعمال میکنند. افغانستان، از سوی دیگر، نظام واحد مرکزی با تمرکز قدرت در حکومت مرکزی انتخاب کرده است.

این فصل کاملاً به تفکیک افقی تقسیم قوا میپردازد. شما بیشتر در مورد تفکیک عمودی قوا در افغانستان در فصل چهارم زیر عنوان حکومت و اداره خواهید آموخت. اگرچه شما هنوز آن را مطالعه نه کرده اید، حین مطالعه این کتاب در مورد مزایا و معایب نظام متمرکز در برابر غیر متمرکز فکر کنید.

### ب. چگونه قوا باید تفکیک گردد؟

<sup>108</sup> *Id.*

<sup>109</sup> Ranier Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, 64 ZaöRV 897, 913 (2004).

<sup>110</sup> *Id.*

کشورهای مختلف شیوه های مختلف را برای تفکیک قوا انتخاب می کنند. از جمله دو شیوه تفکیک قوا که بیشتر متعارف اند، عبارتند از نظام های ریاست و نظام های پارلمانی است.<sup>111</sup>

### نظام های ریاستی

#### نظام های ریاستی<sup>112</sup>

شخص اول قوه اجرائیه توسط همان هیئت موسسان (گروهی از مردم) انتخاب میگردد که قوه مقننه را انتخاب میکنند.

احزاب مختلف می تواند قوای اجرائیه و مقننه را کنترل نمایند؛

رئیس جمهور کابینه را تعیین مینماید؛

اعضای حکومت تنها در سمت اجرائیوی کار می کنند، و به همین ترتیب اعضای قوه مقننه تنها برای قوه مقننه کار می کنند؛

به مقایسه نظام پارلمانی، قوای اجرائیه و مقننه کاملاً از هم جدا میباشد.

مثال: افغانستان، ایالات متحده، بیشتر کشورهای امریکای لاتین.

در نظام های ریاستی، تفکیک قوا دارای سه جزء اصلی است:

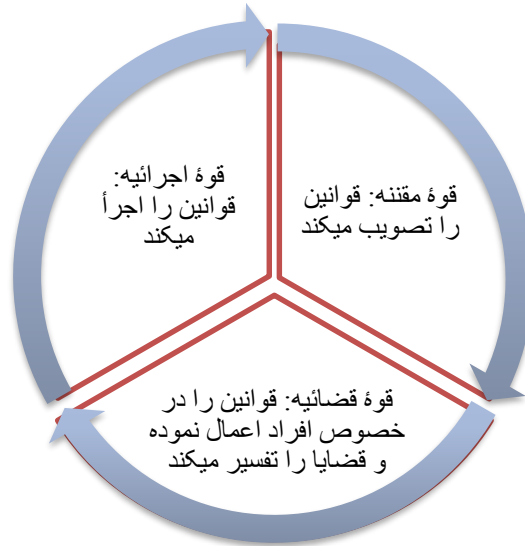
- (1) تقسیم بین اعمال اجرائیوی، تقنینی و قضائی،
- (2) حکومت بر سه رکن - جداگانه اجرائیوی، تقنینی، و قضائی تقسیم میشوند، و
- (3) هر رکن افراد مختلف را استخدام مینماید. مثال، هیچ وزیر حکومتی نمی تواند در کار شورای ملی سهم بگیرد، و هیچ یک از اعضای قوه مقننه نمی تواند به حیث قاضی در محکمه عمل کنند.<sup>113</sup>

تفکیک قوا در یک نظام ریاستی را می توان به شکل زیر نشان داد:

<sup>111</sup> از پروفیسور گیر هارد کاسپیر به خاطر بینش و مشوره در باره این فصل تشکر میکنیم.

<sup>112</sup> Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* 779 (2d ed. 2006).

<sup>113</sup> Richard Bellamy, *The Political Form of a Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*, reprinted in *The Rule of Law and the Separation of Powers* 253, 254 (Richard Bellamy, ed., 2005).



استدلال در قبال مطالبات این ساختار در این است که اگر یک گروه از افراد قوانین را وضع نماید، گروه دیگر آنها را به اجرا می گذارد و به همین ترتیب گروه سوم آنها را تفسیر میکند، عمل کردن بیرون از محدوده منافع خود برای ادارات حکومتی بسیار مشکل خواهد بود زیرا بخش های دیگر قدرت آنها را محدود میسازد. با این حال، در حالی که نظریه تفکیک قوا شامل مشخص ساختن دقیق عملکرد هر سه ارگان میشود، اغلب با توجه به نیازهای عملی موجود برخی از تداخل های وظیفوی میان آنها واقع میشود.

در نظام های ریاستی، قوه مقننه قوانین را تدوین و تصویب می کند، اما رئیس جمهور معمولاً دارای حق ویتو قانون است. قوه مقننه می تواند ویتو ریاست جمهوری را با رأی اکثریت فوق العاده (معمولاً دو سوم آراء) باطل و قانون را تصویب نماید. شما در مورد قانونگذاری در نظام ریاستی در بحث تحت عنوان قانون گذاری در افغانستان که از نظام ریاستی پیروی میکند، بیشتر خواهید آموخت.

### نظام های پارلمانی

#### نظام های پارلمانی<sup>114</sup>

حکومت، به شمول نخست وزیر و کابینه، توسط قوه مقننه منتخب تعیین و در برابر آن پاسخگو میباشد؛ قوای اجرائیوی و مقننه توسط یک حزب یا ائتلاف احزاب کنترل می شود (اما احزاب مختلف می توانند مجالس مختلف قوه مقننه را کنترل نمایند)؛

شخص اول قوه اجرائیه نیز ممکن است عضویت پارلمان را داشته باشد؛

اگر نخست وزیر "اعتماد" قوه مقننه را از دست داد، ممکن است انتخابات جدید قبل از زمان انتخابات

<sup>114</sup> Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, Comparative Constitutional Law 779 (2d ed. 2006).

بعدی دوره ای برگزار گردد؛

در این نظام معمولاً رئیس دولت (رئیس جمهور)، با قدرت قابل ملاحظه محدود، و رئیس حکومت (نخست وزیر)، که در واقع حکومت را اجرا و رهبری میکند، وجود دارند؛

استقلالیت یا تفکیک قوای اجرائیوی و مقننه نسبت به نظام ریاستی، کمتر است.

مثال: انگلستان، آلمان، افریقای جنوبی، عراق، تایلند، اکثر کشورهای اروپایی غربی.

در نظام های پارلمانی، هر دو اتاق مجلس قبل از رأی گیری، باید بر سر طرح قانون توافق نمایند. در این ارتباط باید گفت که هیچ مقام اجرائیوی دارای حق ویتو قانون وجود ندارد، زیرا نخست وزیر اغلب عضو پارلمان میباشد.<sup>115</sup> جوهر تفکیک قوا در نظام های پارلمانی، به طور سنتی موجودیت یک قوه قضائیه مستقل محسوب میگردد.<sup>116</sup> دلیل این آن است که به مقایسه نظام ریاستی، در این نظام مواردی کمتر برای تفکیک وجود دارد. بنابراین، یک نظام پارلمانی می تواند دارای شکل ذیل باشد:



با آنکه اگر یک حزب اکثریت هر دو، قوه اجرائیه و قوه مقننه را در کنترل خود داشته باشد، حزب اقلیت در یک نظام پارلمانی دارای قدرت میباشد.<sup>117</sup> برای مثال، در انگلستان اعضای اقلیت پارلمانی صلاحیت بررسی فعالیت حزب اکثریت دارد. این امر به ویژه در سنت انگلیسی در باره زمان سوال آشکار است، که طی آن اعضای قوه مقننه سوال های مورد نظر را از وز رأی حکومت بپرسند. حتی اگر حزب اکثریت در نظام پارلمانی بر هر دو قوه اجرائیه و قوه مقننه کنترل هم داشته باشد، حزب اقلیت حق سوال و بررسی اقدامات قوه اجرائیه را دارد.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> برای معلومات بیشتر پیرامون سیستم پارلمانی بریتانیا مراجعه کنید به:

<http://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/>.

<sup>116</sup> برای معلومات همه جانبه در باره مفهوم استقلال قضایی، فصل 6 تحت عنوان قوه قضائیه، را مطالعه کنید.

<sup>117</sup> از پروفیسور گرهارد کاسپیر به خاطر ابراز این نظر تشکر میکنیم.

<sup>118</sup> تشکر خاص از پروفیسور گرهارد کاسپیر به خاطر ابراز این نقطه.

### تمرکز مطالعه

شما با مطالعه بقیه این فصل و کتاب، در این باره فکر کنید اگر افغانستان برخلاف نظام ریاستی، نظام پارلمانی را انتخاب میکرد، تفاوت قانونگذاری آن در چه خواهد بود. حین مطالعه همیشه به یاد داشته باشید نظام قانونگذاری که افغانستان از آن استفاده می کند یگانه راه ممکن ساختن قوانین نیست، بلکه این یکی از چندین راه های قانونگذاری است.

### نظام های ترکیبی

برخی از کشورها از ترکیب نظام ریاستی و نظام پارلمانی نظام ترکیبی (یا مختلط) حکومت را ایجاد میکنند. بهترین نمونه از نظام مختلط حکومت فرانسه است. در فرانسه، مانند نظام ریاستی، رئیس جمهور به طور مستقیم توسط مردم انتخاب می شود. رئیس جمهور دارای اختیارات وسیع است که میتواند نخست وزیر، وزرا و دبیران را تعیین نماید. با این حال، رئیس جمهور باید نخست وزیر و کابینه را از حزب که پارلمان را در کنترل دارد انتصاب نماید، حتی اگر آن حزب از حزب خود رئیس جمهور متفاوت هم باشد. علاوه بر این، حکومت به جای رئیس جمهور به مجلس پاسخگو است. با در نظر داشت این روش، نظام فرانسه یک نظام پارلمانی است.

### نظام های ریاستی در مقابل نظام های پارلمانی در جوامع تقسیم شده

در رژیم های ریاستی، قوه اجرائیه و قوه مقننه دو نهاد مجزا، هر یک به طور جداگانه توسط مردم انتخاب می شوند. هیچ یکی از ارکان صلاحیت برکنار کردن دیگر را ندارد در نتیجه، قوه اجرائیه و قوه مقننه باید به منظور ایجاد خط مشی همکاری و هماهنگی داشته باشند.<sup>119</sup> برخلاف، در نظام های پارلمانی، قوای اجرائیه و مقننه با هم وابسته اند. فقط قوه مقننه به طور مستقیم توسط مردم انتخاب می شوند، و قوه مقننه، قوه اجرائیه (تحت رهبری نخست وزیر) را تشکیل میدهد. این بدان معنی است که قوه اجرائیه برای ادامه کار نیاز به اعتماد قوه مقننه دارد. اگر قوه مقننه اعتماد خود را نسبت به قوه اجرائیه از دست میدهد، قوه مقننه صلاحیت برکناری آن را دارد. در عین حال، در این نظام معمولاً نخست وزیر دارای صلاحیت انحلال پارلمان و دعوت برای برگزاری انتخابات جدید نیز میباشد. چنین نظم و ترتیب هر دو قوه را وادار میسازد تا در باره یکدیگر پذیری با هم توافق نمایند.<sup>120</sup>

با توجه با این موارد، شما چه فکر میکنید که در جوامع تقسیم شده مانند افغانستان کدام یکی از نظام های یاد شده بهتر است؟ به طور سنتی، بسیاری از نظریه پردازان سیاسی بر این باور بودند که نظام های پارلمانی وضعیت با ثبات تر در چنین مواردی به وجود می آورد و قوه اجرائیه و قوه مقننه مجبور میشوند در سیاست گذاری به توافق برسند. رژیم های بسیار پایدار پارلمانی مانند رژیم کشورهای اسکانندیناوی، وجود دارند و در آنها اختلاف ایدئولوژیک میان احزاب سیاسی اندک است. زمانیکه که احزاب افراطی در این نظام ظهور میکنند، آنها ظرفیت بسیار خوبی برای به قدرت رسیدن دارند و اقلیت را تهدید میکنند.

<sup>119</sup> Gabriel Almond et al., "Government and Policymaking," in *Comparative Politics Today: A World View* (2009).

<sup>120</sup> *Id.*

چنین حالت بین دو جنگ جهانی اول و دوم در آلمان و فرانسه و در اواخر در ایرلند شمالی اتفاق افتاد. از سوی دیگر، نظام ریاستی که به شدت در ایالات متحده تقسیم شده است، اغلب باعث ایجاد حالتی میشود که در آن نسبت عدم توافق دو رکن، حکومت در ایجاد خط مشی ناتوان میشود.<sup>121</sup>

در حال حاضر، طرفداران نظام های پارلمانی بر این باورند که در جوامع تقسیم شده، نظام های پارلمانی "یک چارچوب مورد توافق طرفین که در آن گروه های مختلف اقتصادی، قومی و مذهبی نمایندگی داشته باشد و اختلافات خود را از طریق مذاکره حل و فصل کنند، فراهم میسازد."<sup>122</sup> علاوه بر آن، فرصتی برای تغییر حکومت میان دو انتخابات نیز در آن وجود دارد. نظام های ریاستی از نظر آنها به دو دلیل، احتمال بیشتری برای ایجاد اختلافات در جوامع تقسیم شده به وجود می آورد.<sup>123</sup> اول، رئیس جمهور نیرومند می تواند از قدرت اجرائیوی خود برای سرکوب مخالفان خود استفاده کند.<sup>124</sup> اگر رئیس جمهور دارای اختیارات وسیع در حکومت باشد، در برخی موارد او می تواند برای تصویب قوانین وظیفه قوه مقننه را انجام داده و به این ترتیب احکام قانون اساسی را نقض نماید. این امر در بسیاری از کشورهای امریکای لاتین اتفاق افتاده است.<sup>125</sup> دوم، در صورت کنترل قوه اجرائیه و قوه مقننه توسط احزاب مختلف که به توافق نمی رسند، شکست دموکراتیک امکان پذیر است.<sup>126</sup> پروفیسور بروس آکرمن می نویسد که نظام ریاستی امریکا خطری برای حاکمیت قانون است، زیرا که رئیس جمهور را به جای کار با قوه مقننه در ساختن قوانین جدید، برای سیاسی ساختن اداره قوانین موجود تشویق میسازد.<sup>127</sup>

از سوی دیگر، طرفداران نظام های ریاستی بر این باورند که بسیاری از دموکراسی های نوظهور با جوامع تقسیم شده از نظام های ریاست جمهوری حمایت میکنند.<sup>128</sup> پروفیسور استیون کالابریسی<sup>129</sup> استدلال می کند که نظام های ریاست دموکراتیک تر هستند زیرا شخص اول اجرائیوی به طور مستقیم توسط مردم انتخاب می شوند، حزب باید در چندین انتخابات در مناطق مختلف پیروزی به دست آورد و در طی یک دوره طولانی تر به کنترل کامل حکومت نایل می آید.<sup>130</sup> به همین ترتیب او بر این باور است که نظام های ریاستی با ثبات تر هستند چون در نظام های پارلمانی قوه مقننه می تواند انتخابات مکرر را برگزار نماید که احتمال تغییر مداوم حکومت در را پی دارد. به نظر کالابریسی حق و تو ریاست جمهور تصویب قوانین را مشکل میسازد و از قوانین احمقانه جلوگیری میکند و ثبات دراز مدت در قوانین را تقویت می کند.<sup>131</sup>

### سوال های مباحثه

1. اگر صلاحیت تشکیل حکومت با شما باشد، آیا شما نظام پارلمانی و یا نظام ریاستی را انتخاب می کنید؟

<sup>121</sup> *Id.*

<sup>122</sup> *Id.*

<sup>123</sup> *Id.*

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 Harvard Law Review 633 (2000).

<sup>126</sup> Gabriel Almond et al., "Government and Policymaking," in *Comparative Politics Today: A World View* (2009).

<sup>127</sup> Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 Harvard Law Review 633 (2000).

<sup>128</sup> Gabriel Almond et al., "Government and Policymaking," in *Comparative Politics Today: A World View* (2009).

<sup>129</sup> Steven G. Calabresi, *The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German to the U.S. Constitution*, 18 Const. Comment. 51 (2001).

<sup>130</sup> *Id.*

<sup>131</sup> *Id.*

چرا؟

2. آیا شما فکر می کنید که نظام ریاستی بهترین گزینه برای افغانستان است؟

3. اگر نظام افغانستان پارلمانی باشد، تفاوت حکومت آن در چه خواهد بود؟

### ج. نقد نظریه تفکیک قوا

انتقاد اصلی بر نظریه تفکیک قوا این است که تفکیک قوا می تواند بر یک فروپاشی قانون اساسی منتج گردد، که در آن یک رکن قانون اساسی را نقض کرده و خود را به عنوان یگانه نماینده قوه مقننه قلمداد میکند.<sup>132</sup> این حالت اغلب زمانی رخ میدهد که احزاب مختلف کنترل قوه اجرائیه و مقننه را در اختیار داشته باشند و پیرامون توافق اداره امور حکومتی به بن بست می رسند.<sup>133</sup> معمولاً در چنین شرایطی، قوه اجرائیه کنترل تمام حکومت را در دست میگیرد.<sup>134</sup> این انتقاد با انتقادی همخوانی دارد که ایجاد یک قوه اجرائیوی نیرومند قدرت بیش از حد را در دست یک شخص متمرکز میسازد. برخی ها ادعا می کنند که نظریه تفکیک قوا یکی از خطرناک ترین واردات ایالات متحده به امریکای لاتین است زیرا تعدادی زیاد رؤسای جمهور امریکای لاتین قوه مقننه را منحل و خود را به حیث دیکتاتورها منصوب میسازند.<sup>135</sup> پاسخ این انتقاد این است که یک سیستم قوی نظارت و توازن می تواند این خطر را به حداقل برساند.

### سوم. تفکیک قوا در قانون اساسی افغانستان

#### الف. تاریخچه و طرح قانون اساسی

نظریه تفکیک قوا، برای اولین بار در افغانستان در سال 1964 ظاهر شد، زمانی که ظاهر شاه سلطنت مشروطه با جدایی بین قوای اجرائیه، مقننه و قضائیه به تصویب رسید.<sup>136</sup> قانون اساسی 2004 بر قانون اساسی 1964 افغانستان استوار است که نظریه تفکیک قوا را از طریق تقسیم قدرت بین سه رکن حکومتی پذیرفته است.<sup>137</sup> یکی از تفاوت ها یا پیامدهای جدی برای افغانستان بین قوانین اساسی 1964 و 2004، دامنه قدرت اجرائیوی است. قانون اساسی سال 2004 ترکیبی از قدرت پادشاه و اختیارات نخست وزیر تحت قانون اساسی 1964 است که هر دو را به رئیس جمهور واگذار میکند.<sup>138</sup> به این معنی که قانون اساسی سال 2004 نه تنها ریاست قوه اجرائیه بلکه مسئولیت حفظ عملکرد حکومت افغانستان بطور کل به رئیس جمهور میسپارد.<sup>139</sup> در مورد قدرت دوگانه رئیس جمهور در فصل سوم تحت عنوان قوه اجرائیه معلومات ارائه میشود.

<sup>132</sup> Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 Harvard Law Review 633 (2000).

<sup>133</sup> *Id.*

<sup>134</sup> *Id.*

<sup>135</sup> *Id.*

<sup>136</sup> Ranier Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, 64 ZaöRV 897, 897 (2004).

<sup>137</sup> بعضی ها میگویند که ادارات د کمسیون های مستقل مانند کمسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و کمسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، "رکن چهارم" حکومت را تشکیل میدهد. شما در باره این ادارات در فصل چهارم: حکومت و اداره، مطالعه خواهید کرد.

<sup>138</sup> Ranier Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, 64 ZaöRV 897, 904 (2004).

<sup>139</sup> *Id.* at 905.

طوری که در بالا ذکر شد، قانون اساسی افغانستان به جای یک نظام پارلمانی، نظام ریاستی را تسجیل کرده است. شورای ملی که طبق ماده‌های 81-109، تشکیل گردیده علاوه بر سایر موارد، دارای اختیارات "تصدیق، اصلاح یا لغو قوانین یا فرامین تقنینی" میباشد.<sup>140</sup> رئیس جمهور و حکومت (قوه اجرائیه)، که طی ماده‌های 60-80 شرح داده شده است، علاوه بر سایر موارد وظیفه "تطبيق احكام قانون اساسی، سایر قوانین، و همچنین تصمیمات نهایی محاکم" به عهده دارد.<sup>141</sup> قوه قضائیه که توسط ماده‌های 116-135 ایجاد گردید، علاوه بر موارد دیگر، صلاحیت "رسیدگی به تمام دعاوی اشخاص حقیقی یا حکمی"<sup>142</sup> و "بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها" به اساس قانون و روش‌های خاص دارد.<sup>143</sup> بررسی قضایا توسط ستره محکمه به اساس تقاضای حکومت و یا محاکم پایین تر صورت میگیرد.<sup>144</sup> این بدان معنی است که شورای ملی صلاحیت دارد قوانین رسمی افغانستان را تصویب نماید. قوه اجرائیه صلاحیت به اجرا درآوردن قوانین را دارد، یا تأمین اطمینان از اینکه قوانین مصوب قوه مقننه در کشور در عمل پیاده میشود. وظیفه قوه قضائیه اعمال قانون در خصوص قضایای افراد و در صورت عدم صراحت تفسیر قوانین است. قانون اساسی سال 2004 با احکام مندرج ماده‌های 110-115 شامل نظارت دیگر از طریق تدویر لویه جرگه غرض اتخاذ "تصمیم در مورد مسایل مربوطه به استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح علیای کشور"، "تعدیل احکام [این] قانون اساسی" و "محاکمه رئیس جمهور"<sup>145</sup> را پیش بینی میکند. این نهاد اضافی دارای صلاحیت برای اتخاذ تصمیم در مورد مسائل فوق العاده مهم، محدودیت اضافی بر اختیاراتی سه رکن دیگر وضع میکند.<sup>146</sup> لویه جرگه تنها به طور دوره ای غرض رسیدگی مسائل خاص دایر میگردد و همانند سه رکن قوا در تفکیک قوا نقش سازگار را بازی نمی کند. بنابراین، در این فصل تنها بر قوه اجرائیه، قوه مقننه و قوه قضائیه تمرکز می شود. در فصل پنجم تحت عنوان قوه مقننه شما معلومات بیشتر را در باره لویه جرگه حاصل میکنید.

#### اختیارات تقنینی قوه اجرائیه<sup>147</sup>

اگر چه در افغانستان قدرت گسترده ای قانونگذاری به شورای ملی داده شده، قانون اساسی کنترل قابل توجهی بر این روند را به قوه اجرائیه می دهد.

اول، طبق ماده 97، شورای ملی باید به طرح‌های قانونی و معاهدات معرفی شده توسط حکومت، اولویت دهد.

دوم، ماده 76 اجازه تصویب مقررہ ها توسط حکومت را بدون ارجاع آنها غرض تائید به شورای ملی می

<sup>140</sup> قانون اساسی افغانستان، 3 جنوری، 2004، ماده 90(1).

<sup>141</sup> همانجا بند 1، ماده 75.

<sup>142</sup> همانجا ماده 120.

<sup>143</sup> همانجا. ماده 121.

<sup>144</sup> همانجا ماده 211.

<sup>145</sup> همانجا ماده 111.

<sup>146</sup> باید گفت که صلاحیت نظارتی از عملکرد سایر ارکان حکومتی لویه جرگه به این فاکت محدود میباشد که این نهاد طبق ماده 110 متشکل از اعضای شورای ملی میباشد.

<sup>147</sup> معلومات این جدول از اثر رائیر گروت: تفکیک قوا در قانون اساسی جدید افغانستان گرفته شده است.



دهد، به شرطی که مقررہ های مورد نظر در تضاد با کدام قانون دیگر قرار نگیرد.

سوم، بر اساس ماده 79 "حکومت می تواند در حالت تعطیل ولسی جرگه در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی، فرامین تقنینی را ترتیب کند."

غرض بهره مندی یک کشور از تفکیک قوا، ارکان حکومت باید هر کدام دارای قدرت واقعی برای پاسخگویی در برابر یکدیگر باشد. اگر هر رکن قدرت قادر به اعمال قدرت خود در عمل نباشد، صرف نوشتن نظریه تفکیک قوا بر روی یک سند عاری از فایده است. یکی از راه های که قانون اساسی غرض حصول اطمینان برای عملی ساختن نظریه تفکیک قوا پیشنهاد میکند، سیستم نظارت و توازن است. "نظارت و توازن" مکانیسم های هستند که از طریق آنها هر رکن از حکومت قدرت ارکان دیگر را محدود یا مهار می کند.

### ب. توازن در قانون اساسی افغانستان

سه توازن مهم قانون اساسی، (راه هایی برای توزیع قدرت میان ارکان مختلف قدرت) عبارتند از: (1) نظام دو مجلس، (2) حوزه های و روش های مختلف انتخاباتی برای هر یکی از ارکان حکومت، و (3) شرایط مختلف تصدی برای هر رکن حکومتی.<sup>148</sup> قانون اساسی افغانستان شامل هر سه این توازن ها میشود.

#### نظام دو مجلسی

نظام دو مجلس عملیه داشتن دو اتاق مجزاً در قوه مقننه است که هر کدام از آن طرح قانون را توسط اکثریت تصویب مینماید. به این معنی که دو مجلس مجزاً قانونگذار وجود دارند که هر کدام آنها به شیوه مختلف انتخاب میشود و اینکه هر کدام از آنها تمامی قوانین را به اکثریت آراء اعضا تصویب مینمایند. قانون اساسی تشکیل قوه مقننه دو مجلسی را پیش بینی کرده است: ولسی جرگه (مجلس نمایندگان) و مشرانو جرگه (مجلس بزرگان). ماده 94 طالب آن است که هر دو مجلس باید طرح قانون را با رأی اکثریت تصویب نمایند: "قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد." نظریه اساسی در قبال تشکیل دو مجلس این است از آنجائیکه قوانین نشان دهنده اراده تعداد زیادی از مردم یک کشور میباشد بناءً هر قانون باید از تأیید هر دو مجلس بگذرد، به خصوص اگر هر یک از نهادهای قانونگذاری توسط حوزه های مختلف (گروه مردم) و شیوه های مختلف انتخابات، انتخاب شده باشند.

#### حوزه ها و روش های مختلف انتخاباتی

این واقعیت که قوه موسسان متفاوت هر یکی از ارکان قدرت را به روش های مختلف انتخاباتی، انتخاب میکنند به این معنی است که هر یک از نهاد های برخوردار قدرت در درون حکومت توسط گروه های مختلف مردم به روش های متفاوت انتخابات، انتخاب میشوند. با توجه به قانون اساسی، رئیس جمهور به طور مستقیم توسط مردم انتخاب می شوند و برای پیروزی در انتخابات باید اکثریت بیش از 50 درصد آرا

<sup>148</sup> Donald S. Lutz, Principles of Constitutional Design 121 (2006).

را به دست آورد.<sup>149</sup> به همین ترتیب مردم افغانستان اعضای ولسی جرگه تعدادی از نمایندگان را "متناسب با نفوس هر حوزه" یا هر ولایت،<sup>150</sup> نیز به طور مستقیم انتخاب میکنند. در مقابل، یک سوم از اعضای مشرانو جرگه توسط اعضای شورای ولایتی انتخاب می شوند، یک سوم توسط شوراهای ولسوالی ها انتخاب می شوند، و یک سوم توسط رئیس جمهور منصوب میگردد.<sup>151</sup> بر خلاف قوای اجرائیه و مقننه، قوه قضائیه صرفاً از طریق انتصاب با قضات ستره محکمه توسط رئیس جمهور "با تأیید ولسی جرگه"<sup>152</sup> منصوب شده و قضات محاکم رده پایین تر "به اساس پیشنهاد ستره محکمه کشور و تأیید رئیس جمهور تعیین میشوند."<sup>153</sup>

منطق اینکه هر یک از بخش های حکومت در حوزه های مختلف از طریق انتخابات مختلف انتخاب میشود در این است که هر مقام منتخب حکومتی به طور مستقیم به گروه های مختلف مردم پاسخگو هستند. رئیس جمهور به کل کشور پاسخگو است. اعضای ولسی جرگه به مردم ولایت مربوطه که در آن انتخاب میشوند پاسخگو است، زیرا مردم منافع و نیازهای خاص خود و منطقه خود دارند (منطقه زراعتی، برای مثال، ممکن است علاقه خاصی در خط مشی زراعتی داشته باشد). دو سوم از اعضای مشرانو جرگه به حکومت های محلی پاسخگو هستند، که از آن طریق صدای حکومت های محلی در سیاستگذاری ملی شنیده میشود. در حال حاضر شوراهای ولسوالی ها هنوز مشخص ایجاد نشده، هر شورای ولایتی دو تن از اعضای خود به مشرانو جرگه انتخاب میکند، و این نمایندگان منتخب دو سوم از اعضای مشرانو جرگه را تشکیل میدهد.<sup>154</sup> یک سوم از مشرانو جرگه که توسط رئیس جمهور منصوب میشود، مشارکت از کارشناسان ملی، افراد معلول و کوچی ها را در قوه مقننه تأمین میکند.<sup>155</sup> بالاخره، انتصاب اعضای قوه قضائیه باید توسط دو نهاد حکومتی (رئیس جمهور و ولسی جرگه) تأیید گردد، که اجازه می دهد تا صدای هر یکی از حوزه ها در مورد انتصاب در نظر گرفته شود. هر یکی از این مکانیسم های توازن، احتمال تسلط یافتن یک گروه بر اجندای سیاسی ملی را کاهش میدهد، زیرا که اکثریت تصمیمات نیاز به تأیید بازیگران متعدد دارد که هر یک به نوبه خود به بخش های مختلف جامعه دارای نیازها و منافع مختلف پاسخگو هستند.

### قوانین و مقررات مختلف دوره تصدی

تعادل سوم مهم حکومتی شرایط مختلف تصدی مقام انتخابی در هر یکی از بخش های حکومت است. در افغانستان، رئیس جمهور مدت دوره پنج ساله،<sup>156</sup> ولسی جرگه دوره پنج ساله،<sup>157</sup> و مشرانو جرگه سه، چهار، یا پنج سال خدمت میکنند.<sup>158</sup> اولین دسته از قضات ستره محکمه کشور برای چهار، هفت، یا یک دوره ده ساله تعیین شدند، به طوری که در نتیجه آن دوره تصدی آنها نیز متناوب خواهد بود. تمام انتصابات بعد از این فهرست نامزدهای انتخاباتی اولیه، برای یک دوره ده ساله خواهد بود.<sup>159</sup> شرایط

149. قانون اساسی افغانستان، 3 جنوری 2004، ماده 61.

150. همانجا ماده 83.

151. همانجا ماده 84.

152. همانجا ماده 117.

153. همانجا ماده 132.

154. به خاطر ارائه این معلومات از پروفیسور محمد اسحق زاده تشکر میکنیم.

155. همانجا ماده 84.

156. همانجا ماده 61.

157. همانجا ماده 83.

158. همانجا ماده 84.

159. همانجا ماده 117.

متناوب دوره تصدی مهم هستند زیرا به مردم اجازه می دهد تا ترجیحات خود را در مقاطع مختلف زمانی بیان نمایند، به طوری که گروه های مختلف اکثریت در حکومت نمایندگی داشته باشد زیرا ترجیحات اکثریت در فواصل مختلف زمانی مشخص میشود.

فرض کنید که در سال 2008، مردم افغانستان تنها اعضای حزب وحدت اسلامی را انتخاب کردند. سپس، در سال 2011، اولویت ها تغییر کرده و مردم افغانستان تصمیم گرفتند که به اعضای حزب مشارکت ملی رأی دهند. اگر آنها نمایندگان حکومت خود را در سال 2008 نمایندگان خود را تنها از حزب وحدت اسلامی برگزیده و انتخاب میکردند، در این حالت امکان دارد در سال 2011 مردم با نمایندگان باقی بمانند که ترجیحات آنها را نشان نمی دهند. با این حال، اگر اعضای مختلف حکومت در شرایط متناوب در فواصل زمانی مختلف انتخاب شوند، پس مردم افغانستان می تواند مقامات رسمی را از میان احزاب مختلف در زمان های مختلف انتخاب نمایند، به طوری که حکومت همزمان شامل نمایندگان از هر دو حزب وحدت اسلامی و حزب مشارکت ملی باشد. از طریق این سیستم، حکومت از لحاظ نظری به طور مداوم با نمونه برداری از واحد های جغرافیوی مختلف در فواصل مختلف، افکار عمومی را پیگیری میکند.

### خلاصه: توازن در قانون اساسی افغانستان

1. نظام دو مجلسی - هر دو، ولسی جرگه و مشرانو جرگه قانون را به اکثریت آراء تصویب مینمایند.
2. هیئت های مختلف انتخاباتی و روش های مختلف انتخابات برای هر رکن حکومت -

- ا. رئیس جمهور مستقیماً در کل کشور انتخاب میگردد
- ب. ولسی جرگه به طور مستقیم توسط مردم ولایت انتخاب میگردد
- ت. مشرانو جرگه از طریق سیستم انتصاب انتخاب میگردد
- ث. ستره محکمه کشور به تأیید ولسی جرگه توسط رئیس جمهور منصوب میشود
- ج. محاکم پایین تر توسط ستره محکمه پیشنهاد و با تأیید رئیس جمهور تعیین میشوند

### 3. شرایط مختلف دوره تصدی برای هر شاخه

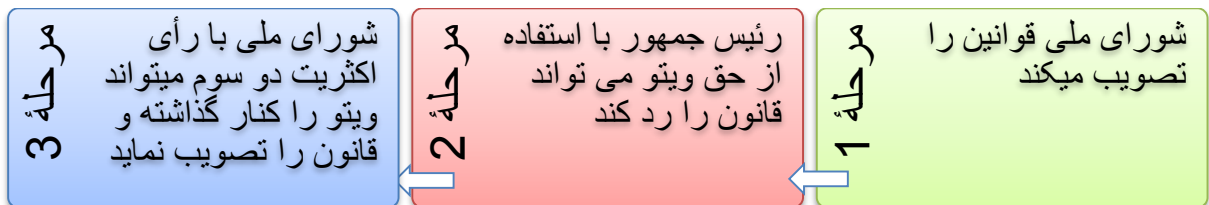
- ا. رئیس جمهور: 5 سال
- ح. ولسی جرگه: 5 سال
- خ. مشرانو جرگه: 3، 4 و 5 سال
- د. ستره محکمه: 10 سال

### ج. نظارت در قانون اساسی افغانستان

برای تکمیل توازن، قانون اساسی چندین "نظارت" را با هم یکی کرده که ارکان مختلف حکومت را قادر میسازد تا قدرت یکدیگر را محدود سازند.<sup>160</sup>

### صلاحیت ویتو رئیس جمهور

یک نظارت مهم صلاحیت ویتو (عدم توشیح) ریاست جمهور است که به اساس ماده 94 به رئیس جمهور صلاحیت میدهد که عملکرد قانون گذاری را با رد قوانین مصوب اکثریت شورای ملی را محدود سازد. با این حال، صلاحیت رئیس جمهور مبنی بر دخالت در روند قانونگذاری محدود است. شورای ملی با رأی اکثریت دو سوم می تواند حق ویتو رئیس جمهور را کنار گذاشته و قانون تصویب نماید.



### اقتدار قوه مقننه بر قوه اجرائیه

قوه مقننه با اعمال درجه ای از کنترل در انتصاب و ابقای وزرای حکومت؛ بر قدرت اجرائیوی نظارت میکند. اگرچه رئیس جمهور وزرا را انتصاب میکند و آنها در رکن اجرائیوی خدمت می کنند، ولسی جرگه صلاحیت دارد (1) انتصاب را تأیید یا رد نماید،<sup>161</sup> و (2) از طریق رأی عدم اعتماد وزیر را برکنار سازد.<sup>162</sup> توجه داشته باشید اگر چه افغانستان از نظام ریاستی استفاده می کند، در این نظام رأی عدم اعتماد جا گرفته که خصوصیت نظام های پارلمانی شمرده میشود. این موارد به قوه مقننه اجازه می دهد که به حیث یک محدودیت بر قدرت اجرائیوی عمل نموده و در مطمئن شدن از اینکه وزرا به خاطر حمایت از منافع مردم نه خدمت به رئیس جمهور تعیین شده اند، کمک می کند. این نظارت همچنین در مطمئن شدن از این که وزرای حکومت حین دوره تصدی برای بهبود منافع مردم عمل می کنند، مفید واقع میشود. از لحاظ نظری، شورای ملی با نظارت بر انتصاب توسط رئیس جمهور و برکناری وزیران، به هر یک از هیئت های گوناگون در انتخاب و ابقای مقامات غیرمنتخب قوه اجرائیه اهمیت قابل میشود.

در حالی که شورای ملی دارای صلاحیت تأیید رأی عدم اعتماد علیه وزرای حکومت است، تقاضای برکناری رئیس جمهور توسط شورای ملی تنها به خاطر ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت علیه بشریت صورت میگیرد.<sup>163</sup> این قدرت قوه مقننه بر رئیس جمهور بسیار کمتر از قدرت آن بر حکومت

<sup>160</sup> در باره بحث پیرامون اهمیت نظارت و توازن ببینید:

Donald S. Lutz, Principles of Constitutional Design 127-28 (2006).

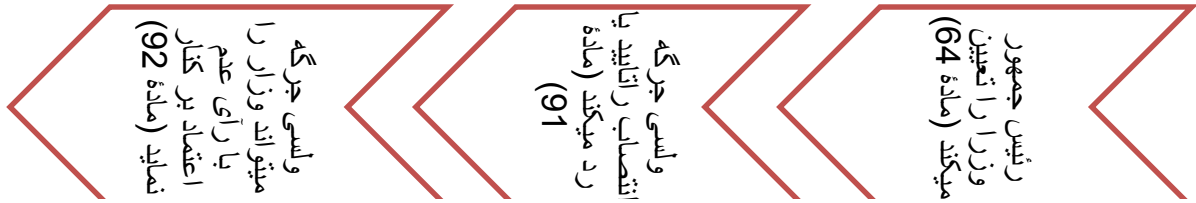
<sup>161</sup> قانون اساسی افغانستان، 3 جنوری 2004، ماده 91.

<sup>162</sup> همانجا ماده 92.

<sup>163</sup> قانون اساسی افغانستان، ماده 69.

است.

## انتصاب و عزل وزرا



### تفکیک قوا در عمل: رأی عدم اعتماد

از خواندن این کتاب و با در نظر داشت خبر ها در افغانستان، ممکن است شما متوجه شده باشید که شورای ملی رأی عدم اعتماد را زیاد به اجرا نمی گذارد. به نظر شما دلیل آن چیست؟ یک توضیح احتمالی این است که شورای ملی در عمل قدرت زیادی ندارد تا هر وقت خواسته باشد اقتدار رأی عدم اعتماد را اعمال نماید. با این حال، شما همچنین ممکن است توجه کرده باشید که مقامات قوه اجرائیه اغلب حاضر به کناره گیری پس از رأی عدم نمی باشند. هرگاه قوه اجرائیه بر نتیجه رأی عدم اعتماد احترام نمی گذارد آیا واقعاً میتوان آن را نظارت بر قدرت شمرد؟

### نظارت قضائی

نظارت سوم و مهم که از طرف نهاد مستقل صورت میگیرد- در افغانستان یا اینکه ستره محکمه و یا کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی - صلاحیت تفسیر قانون اساسی و مطمئن شدن از اینکه تمام قوانین مصوب با قانون اساسی سازگار هستند، انجام میدهند. این مکانیزم که به نام "نظارت قضائی" از آن یاد میکنند، اجازه می دهد تا یک شخص ثالث به مثابه مرجع مستقل بر عملکرد هر دو رکن یعنی قوه مقننه و اجرائیوی نظارت کند، تا اطمینان حاصل شود که آنها ارزش های مندرج قانون اساسی را رعایت نموده اند. گزارش حرفوی قضات که بر اساس تفسیر قانونی مقامات منتخب تهیه میشود بیشتر پاسخگو امیال و منافع خاص اکثریت به دلیل تمایل آنها برای انتخاب مجدد، میباشد. بررسی قضائی یک مکانیزم بحث برانگیز قانون اساسی است. برخی از محققان بر این باورند که این مکانیزم برای یک حکومت با عملکرد خوب ضروری است، در حالی که دیگران استدلال می کنند که آن غیر دموکراتیک میباشد زیرا اقتدار تقنینی را به قضات غیرمنتخب واگذار میکند. بسیاری از قوانین اساسی صلاحیت بررسی قضائی را پیش بینی میکنند، در حالی که در تعدادی دیگر از آنها چنین مورد جای ندارد. معلوم نیست که آیا هر دو ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی دارای قدرت بررسی قضائی در افغانستان میباشد. این موضوع بعداً در این فصل و در فصل ششم تحت عنوان قوه قضائیه مورد بحث قرار میگیرد.

### د. تفکیک قوا در عمل

این بخش عمدتاً بر راه های متنی تفکیک قوا از طریق مهندسی قانون اساسی متمرکز شده است. با این

حال، مهم است به خاطر داشته باشید که تخصیص قدرت از طریق پراتیک و عمل برای نظریه تفکیک قوآ ضروری است. واژه های روی صفحه هیچ معنی ندارد مگر اینکه مردم آنها را با اقدامات خود دنبال کنند. علاوه بر این، تفکیک قوآ روند پویا است و به مرور زمان تغییر میابد. به منظور درک عملکرد تفکیک قوآ، خواننده باید شیوه ای که در آن ارکان ثلاثه حکومتی در تعامل قرار دارند و قدرت را در عمل شریک میسازند، نیز بدانند. سه حکایت ذیل مثال های چگونگی عملکرد نظریه تفکیک قوآ را ارائه میکند. بعد از خواندن آنها، سوالات ذیل را از خود بپرسید:

(1) آیا این عمل با مهندسی قانون اساسی افغانستان سازگار است؟

(2) آیا این عمل با نظریه تفکیک قوآ سازگار است؟

(3) اگر جواب شما به هر یکی از دو سوال اول منفی باشد، چه کاری را باید برای سازگاری با مهندسی قانون اساسی افغانستان و نظریه تفکیک قوآ انجام داد؟

### تفکیک قوآ در عمل: مرکز مستقل ملی آموزش حقوقی

وزارت عدلیه مرکز مستقل ملی آموزش حقوقی (INLTC) برای آموزش قضات تأسیس نمود. با این حال، ستره محکمه با در نظرداشت اصول تفکیک قوآ از وزارت عدلیه (که در چوکات قوه اجرائیه قرار دارد) از آموزش قضات که تحت قوه قضائیه می آیند، پیشگیری کرد زیرا که قانون اساسی بر ایجاد یک قوه قضائیه مستقل حکم میکند. پس از آن ستره محکمه کشور مرکز آموزش حقوقی خود را تأسیس کرد. در باره این موضوع که وزارت عدلیه نمی تواند قضات را آموزش دهد، در قانون اساسی هیچ چیز گفته نه شده است. آیا نظریه تفکیک قوآ واقعاً هم مرکز مستقل ملی آموزش حقوقی از آموزش اعضای قوه قضائیه منع میکند؟

### تفکیک قوآ در عمل: محدودیت دوره تصدی در ستره محکمه

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 117

(1) ستره محکمه مرکب است از ۹ عضو که از طرف رئیس جمهور با تایید ولسی جرگه و . . . در آغاز به ترتیب ذیل تعیین می گردند:

(2) سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ۱۰ سال. تعیینات بعدی برای مدت ده سال می باشد. تعیین اعضا برای دوبار جواز ندارد

در سال 2006 رئیس جمهور کرزی سه قاضی ستره محکمه: پوهاند عبدالسلام عظیمی رئیس ستره محکمه، قاضی محمد قاسم دوست و قاضی ضامن علی بهسودی را طبق روش قانونی کشور برای مدت چهار سال منصوب کرد. باید گفت که تا سال 2011، هر یک از این سه قاضی فراتر از محدوده زمانی دوره تصدی طبق احکام قانون اساسی هنوز هم به کار خود ادامه میدادند و رئیس جمهور کرزی به طور یک جانبه دوره کار آنها را به حیث "قضات سرپرست" تمدید کرد. در روشنائی نظریه تفکیک قوآ، این

اقدامات قابل یادداشت اند زیرا شورای ملی نمی تواند در صورتی که رئیس جمهور به طور یک جانبه دوره تصدی قضات ستره محکمه کشور را تمدید مینماید، حرف خود را در روند انتصاب مقامات قضائی طوری که قانون اساسی پیش بینی کرده، به صدا در آورد. علاوه بر این، قانون اساسی دوره تصدی قضات ستره محکمه کشور به یک دوره را محدود میسازد تا از این طریق آنها را از کنترل سیاسی ارکان دیگر محفوظ نگهدارد و آنها بطور آزاد تصمیم خود را بر اساس اصول عدالت نه ملاحظات سیاسی اتخاذ نمایند. هر گاه قضات به منظور تمدید دوره تصدی خود نگران رضایت رئیس جمهور باشند، قضاء از نفوذ سیاسی مصون نمی ماند.

### تفکیک قوای در عمل: محکمه اختصاصی انتخابات 164

در سال 2011، رئیس جمهور کرزی طبق فرمان محکمه اختصاصی انتخابات (SEC) را ایجاد کرد. محکمه اختصاصی دستور داد که از 249 عضو ولسی جرگه انتخابات در سال 2010 باید 62 عضو آن کرسی خود را ترک نمایند. 62 نامزد انتخابات پارلمانی که کرسی خود را از دست داده بودند و یا در انتخابات شورای ملی 2010 سلب صلاحیت شدند، باید به عضویت ولسی جرگه پذیرفته میشدند. 62 نامزد که بدون کرسی مانده بودند و محکمه اختصاصی احیای عضویت آنها را پیشنهاد کرد، حامیان سیاسی رئیس جمهور کرزی بودند. منتقدان ادعا می کنند که کرزی محکمه اختصاصی را به خاطر ابطال نتایج انتخابات که به نفع مخالفان وی بود، ایجاد کرد. کمیسیون مستقل انتخابات (IEC) و کمیسیون شکایات انتخاباتی اعلان کرد که محکمه اختصاصی هیچ پایه و اساس قانون اساسی ندارد. در پاسخ، لوی څارنوال محمد اسحق الکو، اتهامات جرمی را علیه اعضای کمیسیون عنوان کرد.

پس از آن ولسی جرگه رأی عدم اعتماد در مقابل لوی څارنوال محمد اسحق الکو که به نمایندگی از رئیس جمهور کرزی محکمه را افتتاح نمود، تصویب کرد. همچنان ولسی جرگه رأی عدم اعتماد را در برابر پنج قاضی ستره محکمه کشور به خاطر حمایت از محکمه اختصاصی اعلان کرد. در این حال، آقای الکو، رأی عدم اعتماد به دلیل این که از جمله 132 عضو ولسی جرگه، 62 آنها که به اساس حکم محکمه اختصاصی باید کرسی های خود را ترک میکردند، حد نصاب برای رأی عدم اعتماد تکمیل نمی کند، رد کرد.

عضو پارلمان آقای محمد سرور عثمانی فراهی رئیس جمهور کرزی را به اعمال ماده 69 تهدید کرد. ماده 69 تصریح میدارد که ولسی جرگه می تواند محاکمه رئیس جمهور را به خاطر جرایم ضد بشری، خیانت ملی، یا جنایت تقاضا نماید.

رئیس جمهور کرزی پس از چند ماه از اختلافات و مذاکرات، برای لغو محکمه اختصاصی توافق نمود. به مثابه یک بخش از این تصمیم، رئیس جمهور کرزی مجدداً کمیسیون مستقل انتخابات را برای اتخاذ تصمیم نهایی در باره انتخابات مناقشه ای موظف ساخت. کمیسیون مستقل انتخابات به بازگرداندن نه نفر از جمله

<sup>164</sup> . معلومات این جدول از این منبع گرفته شده: Ray Nordland, *Afghan Court Invalidates a Quarter of Parliament*, New York Times (June 23, 2011); Ray Rivera & Abdul WaheedWafa, *Under Guard in Kabul, Officers are Sworn In*, New York Times (Sept. 3, 2011); Alissa Rubin & Abdul WaheedWafa, *Afghan Court on 2010 Vote Is Shut Down*, New York Times (Aug. 11, 2011); APAP Legislative Newsletter (Aug. 11, 2011, Vol. 6, No. 5), [www.sunyaf.org](http://www.sunyaf.org); APAP Legislative Newsletter (July 1, 2011, Vol. 5, No. 22), available at [www.sunyaf.org](http://www.sunyaf.org).

62 عضو که محکمه اختصاصی به نفع آنها حکم کرده بود، توافق نمود. با آن هم ولسی جرگه فیصله را تصویب کرد که هیچ کس از جمله کمیسیون مستقل انتخابات نمی تواند نتایج انتخابات پارلمانی را تغییر دهد.

قبل از 20 اگست، 2011 جلسه عمومی ولسی جرگه، اعضای ولسی جرگه وزیر امور پارلمانی آقای همایون عزیز را به خاطر هشدار اعضای ولسی جرگه به عدم حضور در جلسه عمومی متهم کردند. نمایندگان مجلس ادعا کرد که او این کار را به این منظور انجام داده که ولسی جرگه نتواند در برابر احراز کرسی توسط 9 عضو مقاومت نماید. نمایندگان مجلس به شوخی از آقای عزیز به حیث "وزیر قوه اجرائیه در امور پارلمانی" یاد میکردند زیرا از نظر آنها وفاداری موصوف به قوه اجرائیه خیلی قوی بود.

در سپتامبر 2011، رئیس شورای ملی برای هشت تن از جمله نو عضو جدیدگماشته شده مراسم تحلیف را به جا آورد. صدها نفر از افسران پلیس درهای ورودی به مجلس را برای جلوگیری از داخل شدن نمایندگان تعویض شده؛ مسدود ساختند. بسیاری از اعضای شورای ملی در جریان ادای مراسم سوگند برای نشان دادن حمایت خود به اعضای تعویض شده بیرون از تالار ایستاد بودند.

این رویداد در مورد تفکیک قوا در افغانستان به ما چه میگوید؟ آیا رئیس جمهور طبق قانون اساسی صلاحیت ایجاد محکمه اختصاصی انتخاباتی داشت؟ ولسی جرگه طبق قانون اساسی اجازه تصویب رأی عدم اعتماد داشت؟ آیا قانون اساسی اجازه میدهد که کمیسیون مستقل انتخابات نتایج انتخابات را تغییر و یا روشن سازد؟ آیا در این مورد ولسی جرگه میتواند ماده 69 را خلاف رئیس جمهور اعمال نماید؟ آیا وزیر دولت در امور پارلمانی حق دارد به نمایندگان بگوید که در مجلس جلسه عمومی شرکت نه نمایند؟

### سوال های مباحثه

1. یکی از اهداف اولیه تفکیک قوا، حفاظت از حقوق اقلیت است. به نظر شما، حقوق اقلیت ها در افغانستان حمایت میشود؟
2. آیا قوانین در افغانستان به جای منافع شخص، برای تأمین منافع عمومی تصویب و تطبیق میشوند؟
3. آیا شما فکر می کنید که ارکان مختلف حکومت افغانستان در ارتباط با یکدیگر به حیث نظارت و توازن عمل می کنند؟
4. اگر قانون اساسی افغانستان نظام حکمرانی را ایجاد نماید که متکی بر نظریه تفکیک قوا استوار باشد، بنا بر این چرا در افغانستان از مزایای آن استفاده نمی شود؟

### تمرکز مطالعه

به خاطر داشته باشید که هیچ نظام ایده آل تفکیک قوا وجود ندارد. هدف از تفکیک قوا - ابراز اراده مردم از طریق حکومت نماینده مردم و جلوگیری از تمرکز قدرت در دست یک شخص و یا گروه متمرکز که واقعاً مهم است، میباشد. راه های مختلفی برای رسیدن به این آرمان وجود دارند. با مطالعه این فصل،



همیشه از خود بپرسید که از چه وسایل دیگر و یا ساختارهای حکومتی برای رسیدن به عین هدف حکومت دموکراتیک و حمایت از حقوق می توان استفاده کرد؟

#### چهارم. تفکیک رکن قضائیه: بررسی قضائی

قوه قضائیه نقش مهمی در هر نوع طرح تفکیک قوا بازی میکند. بسیاری از کشورها صلاحیت بررسی قوانین یا تشخیص مطابقت قوانین با قانون اساسی را (همانطور که شما در فصل اول مطالعه کردید که قانون برتر در زمین است) به محکمه عالی واگذار میکنند. اگر محکمه تشخیص دهد که یک قانون عادی با قانون اساسی سازگار نیست، می تواند آن قانون را ابطال نماید. این را به نام "نظارت قضائی" یاد میکنند. آنچه که در ماهیت صلاحیت نظارت قضائی نهادینه شده است، صلاحیت تفسیر قانون اساسی است. انواع مختلفی نظارت قضائی به مفهوم وسیع وجود دارد:<sup>165</sup>

(1) **نظارت اجمالی یا انتزاعی:** حق پیشکش قضیه در مقابل محکمه قانون اساسی برای ارگان های حکومت و مقامات عالی (رئیس جمهور و یا کابینه)، گروه از اعضای پارلمان (یعنی اپوزیسیون پارلمانی)، و نهادهای مشابه محفوظ است. سازگاری قوانین موضوعه با قانون اساسی نه بطور خاص بلکه بطور انتزاعی مورد بررسی قرار میگیرد.

(2) **بررسی مشخص یا اتفاقی:** محکمه قانون اساسی یا محکمه عالی موارد را بر اساس ارجاعات سوالات توسط محاکم های پایین تر در باره قانون اساسی بررسی میکنند.

(3) **شکایت بر اساس احکام قانون اساسی:** این روش امکان دسترسی افراد را به یک محکمه قانون اساسی فراهم میسازد. شخصی که دوسیه در برابر محاکم عادی از دست داده، درباره نقض حقوق خود به محکمه قانون اساسی عارض شده میتواند.

انواع مختلف ساختارهای حکومتی نظارت قضائی را به شیوه های مختلف انجام میدهند. ویژگی سیستم ایالات متحده یک محکمه ای است که محکمه عالی صلاحیت بررسی قضائی را دارد. دیگر کشورها سیستم را بکار میبرند که در آن محکمه قانون اساسی تخصصی تمام مسایل مربوط بر قانون اساسی را بررسی میکند. در حال که امروز نظام های حقوقی زیاد از مفهوم نظارت قضائی حمایت میکند، مهم است توجه داشته باشیم که این موضوع می تواند بحث برانگیز باشد و هر کس بر این باور است که این یک ایده خوب است. برای مثال برخی استدلال می کنند، که نباید به قوه قضائیه اجازه تفسیر قوانین داده شود زیرا که این کار به معنی ساختن قوانین جدید میباشد که صلاحیت منحصر به قوه مقننه است.

#### تمرکز مطالعه

همانطوری که شما بقیه این فصل و فصل ششم را تحت عنوان قوه قضائیه مطالعه میکنید، در باره سوال

<sup>165</sup>. این تعریف از منبع ذیل گرفته شده است:

Lech Garlicki, *Constitutional Courts versus Supreme Courts*, 5 International Journal of Constitutional Law 44, 46 FN 6, 7, 8 (2007).

که کی باید از ستره محکمه کشور و یا محکمه قانون اساسی برای اتخاذ تصمیم در یک مورد مشخص درخواست نماید؟ محکمه پاینتر؟ رئیس جمهور؟ قوه مقننه؟ فکر کنید که چگونه منشاء قضیه بر چگونگی اختصاص قدرت بین قوه قضائیه و ارکان دیگر اثر میگذارد؟

با توجه به ماده 121 قانون اساسی افغانستان، ستره محکمه افغانستان تنها قضایای ارجاع شده توسط حکومت یا محاکم را استماع مینماید. در جریان مطالعه فکر کنید که چگونه آن بر فعالیت و تعامل ستره محکمه با قوه اجرائیه و قوه مقننه تاثیر مینماید.

### الف. محاکم قانون اساسی: اختیارات عالی موازی قضائیه

محکمه قانون اساسی، محکمه مستقل و متخصص است که تنها در باره مسائل مربوط به تفسیر قانون اساسی تصمیم می گیرد.<sup>166</sup> مدل محکمه قانون اساسی اختیارات بررسی قضائی را به محکمه واحد میدهد که خارج از سیستم منظم محاکم جدا است.<sup>167</sup> به این دلیل این نظام ها گاهی اوقات به حیث **نظام قضائی متمرکز** نامیده می شود.<sup>168</sup> در نظام های که از محاکمی قانون اساسی استفاده میشود، معمولاً دو نظام قضائی، هر کدام با محکمه عالی خود وجود دارند.<sup>169</sup> نظام اول، با مسائل مربوط به تفسیر قانون اساسی سر و کار دارد و تحت محکمه قانون اساسی قرار دارد.<sup>170</sup> نظام دوم که گاهی اوقات به نام نظام محاکم عادی یاد میشود، همه مسائل خارج از صلاحیت محکمه قانون اساسی را داور می کند و تحت اقتدار ستره محکمه مربوطه قرار دارد.<sup>171</sup> محکمه قانون اساسی می تواند طیف گسترده ای از نقش ها را بازی کنند، از جمله: (1) داورى مسائل مربوط به پیش نویس قانون اساسی و یا اصلاحات قانون اساسی، (2) نظارت قضائی بر اعمال قانونگذاری، (3) بررسی سازگاری اقدامات قوه اجرائیه با قانون اساسی، و (4) بررسی قانونیت اقدامات احزاب سیاسی و انتخابات.<sup>172</sup>

#### محاکم قانون اساسی<sup>173</sup>

محکمه تخصصی که تنها دارای اختیارات قضائی به اساس حکم قانون اساسی میباشد؛

تنها یک محکمه دارای قدرت نظارت قضائی و صلاحیت تفسیر قانون اساسی دارد؛

نظام محاکم قانون اساسی گاهی به نام نظام های متمرکز نیز یاد میشوند؛

<sup>166</sup>Id.

<sup>167</sup> Lech Garlicki, *Constitutional Court Versus Supreme Courts*, 5 International Journal of Constitutional Law 44, 44 (2007).

<sup>168</sup> Andrew Harding, Peter Leyland & Tania Groppi, *Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective*, in *Constitutional Courts: A Comparative Study* 1, 3 (2009).

<sup>169</sup>Id.

<sup>170</sup>Id.

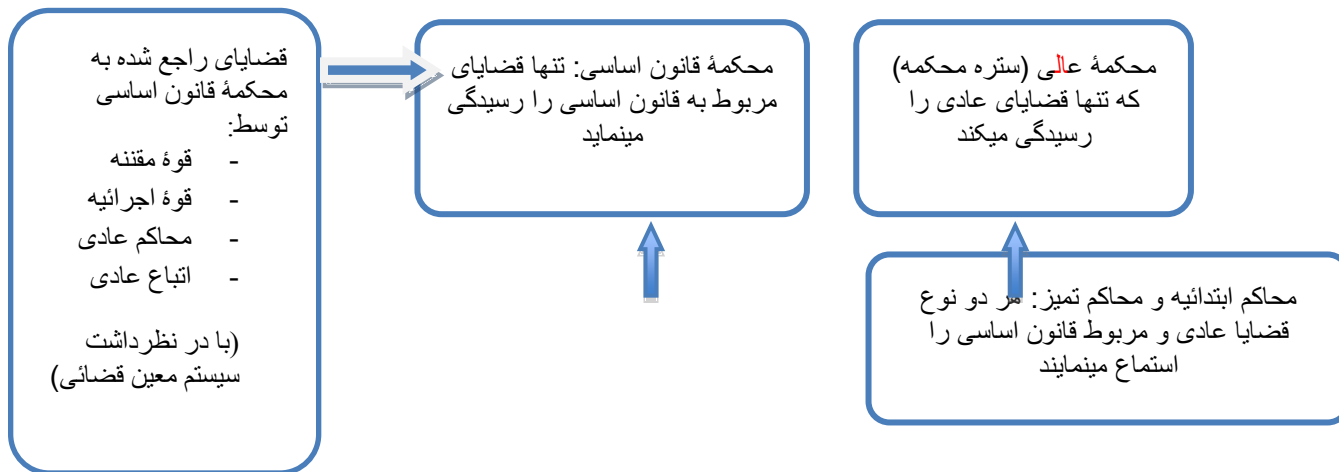
<sup>171</sup>Id.

<sup>172</sup>Id. at 6-7.

<sup>173</sup>Id. at 3.

اغلب شامل دو سیستم قضائی میشوند: (1) سیستم مبتنی بر قانون اساسی، و (2) سیستم مدنی یا معمولی. کشورهای دارای محکمه قانون اساسی (تعداد کمی از نمونه های زیاد): اتریش، فرانسه، آلمان، ایتالیا، اسپانیا، روسیه، ترکیه، مصر، افریقای جنوبی، تایلند، و اندونزی.

### نمودار یک نظام قضائی با اختیارات عالی موازی قضائیه و محکمه قانون اساسی



### محکمه قانون اساسی افغانستان؟

پیش نویس اولی قانون اساسی 2004 افغانستان شامل محکمه قانون اساسی بود. پیش نویس نهایی حکومت، که بالآخر توسط لویه جرگه حمایت گردید، در عوض ستره محکمه را پیش بینی میکند.<sup>174</sup>

### محکمه قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان

مانند اکثر کشورهای اروپایی و بسیاری از کشورهای دیگر در سراسر جهان، آلمان محکمه تخصصی قانون اساسی دارد. محکمه قانون اساسی آلمان مدل برای بسیاری از محاکم دیگر این نوع در سراسر جهان محسوب میشود. مانند سایر محاکم قانون اساسی، محکمه قانون اساسی آلمان دارای یک وظیفه میباشد: بررسی یا مطالعه تمام اقدامات عامه به منظور تشخیص سازگاری آنها با قانون اساسی. محکمه قانون اساسی انواع دیگر درخواست های استیناف خواهی یا مسائل دیگر را استماع نمی کند؛ محکمه تمام

<sup>174</sup>. Ranier Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, 64 ZaöRV 897, 911 (2004).

توجه خود را بر تعیین اینکه آیا اعمال قوه اجرائیه و مقننه با احکام قانون اساسی مطابقت دارند یا خیر، متمرکز میسازد.

تصمیم آلمان در باره انتخاب محکمه تخصصی قانون اساسی به این باور استوار است که بررسی قضائی یک عمل سیاسی است زیرا این عمل شامل قضاوت در مورد اعمال قوه مقننه و اقدامات قوه اجرائیوی میشود.<sup>175</sup> آلمان خواستار این شد که قانون اساسی توسط یک محکمه اختصاصی که قضات آن توسط پارلمان انتخاب میشوند بررسی شود، نه توسط محکمه تکنوکرات های حقوقی.<sup>176</sup>

قانون اساسی آلمان به طور خاص تمام صلاحیت های محکمه قانون اساسی را فهرست میکند.<sup>177</sup> به این معنی که قانون روشن می سازد کدام موارد را محکمه بررسی کرده می تواند و کدام موارد را نمی تواند. محکمه قانون اساسی آلمان دارای اختیارات گسترده است. بطور مثال، محکمه قانون اساسی می تواند بر بالای انواع موضوعات حاکمیتی ذیل، داوری کند:

(1) محکمه قانون اساسی صلاحیت دارد احزاب سیاسی را خلاف قانون اساسی اعلان کند.<sup>178</sup> یک نمونه اعمال صلاحیت در این مورد زمانی رخ داد که پس از جنگ جهانی دوم، این محکمه تشکیل یک حزب نئو نازی را ممنوع اعلان کرد.<sup>179</sup>

(2) محکمه قانون اساسی صلاحیت دارد در باره اختلاف میان ارکان حکومت آلمان فدرال به منظور حفظ توازن مناسب قدرت بین آنها، قضاوت کند.<sup>180</sup> برای مثال، اگر یک حزب سیاسی در ورق رأی در انتخابات ظاهر نشود، آن حزب از محکمه خواستار رسیدگی به موضوع شده میتواند.<sup>181</sup>

(3) محکمه قانون اساسی صلاحیت دارد در بررسی قضائی مشخص یا بررسی قضائی ناشی از طرح دعوی در محکمه عادی شرکت نماید.<sup>182</sup> این بدان معنی است که محکمه ابتدائیه در زمان رسیدگی یک موضوع خاص، به این نتیجه میرسد که موضوع مربوط به قانون اساسی است، بنابراین این آن قضیه را به محکمه قانون اساسی محول میسازد.<sup>183</sup> نیازمندی برای بررسی قضائی در این است که یکی از طرفین قضیه عملاً یک ادعای مربوط به موضوع خاص مورد اختلاف را ارائه نماید.

(4) محکمه قانون اساسی صلاحیت دارد در بررسی قضائی مجمل دخالت کند، به این معنی که محکمه می تواند تصمیم بگیرد که آیا یک عمل خاص عامه مبتنی بر قانون اساسی است یا خیر،

<sup>175</sup> Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 3 (2d ed. 1997).

<sup>176</sup> *Id*

<sup>177</sup> *Id.* at 10.

<sup>178</sup> *Id.* at 11.

<sup>179</sup> *Id*

<sup>180</sup> *Id*

<sup>181</sup> *Id*

<sup>182</sup> *Id* at 13.

<sup>183</sup> *Id*

حتی اگر یک طرف ادعای مورد اختلاف را ارائه هم نکرده باشد.<sup>184</sup> در ارتباط به بررسی انتزاعی یا مجمل، حکومت می‌خواهد که محکمه در مورد یک مسئله خاص یا درمیانی کند.<sup>185</sup> معمولاً، اعضای اقلیت مجلس که با یک قانون خاص مخالفت می‌کنند، موارد بررسی قضائی مجمل را پیشکش مینمایند. بر خلاف ابراز نظر مشخص قضائی، در مورد ابراز نظر مجمل قضائی، هیچ فردی ادعای خود را در باره مسئله مورد نظر به محکمه ابتدائیه پیشکش نمی‌نماید.

(5) افراد در آلمان نیز حق دارد شکایت مربوط به قانون اساسی را به محکمه قانون اساسی پیشکش نمایند.<sup>186</sup> به این معنی اگر یکی از حقوق اساسی اتباع توسط "مقامات حکومتی" یا اقدامات یک نهاد حکومتی نقض گردد، فرد میتواند شکایت در باره مغایرت آن با احکام قانون اساسی را ارائه نماید.<sup>187</sup>

قضات محکمه قانون اساسی آلمان برای دوره تصدی مدت دوازده سال بدون امکان انتخاب مجدد، انتخاب می‌شوند.<sup>188</sup> همه قضات باید در سن 68 سالگی حتی در صورت عدم تکمیل دوازده سال خدمت، تقاعد کنند.<sup>189</sup> نیمی از قضات محکمه قانون اساسی توسط یکی از مجلسین پارلمان انتخاب می‌شوند، در حالی که نیمی دیگر از قضات توسط مجلس دیگر پارلمان انتخاب می‌شوند.<sup>190</sup> وزیر عدلیه فهرست قضات فدرال واجد شرایط انتصاب را تهیه میکند، پارلمان برای یک نامزد از فهرست رأی میدهد.<sup>191</sup> روند انتخابات فوق العاده سیاسی است، قسماً به دلیل اینکه نیاز به اکثریت دو سوم در یکی از مجلسین، کنترل قابل توجهی بر فرایند انتخابات را به اکثریت پارلمانی می‌دهد.<sup>192</sup>

محکمه قانون اساسی صلاحیت دارد بودجه خود را در مشورت با مجلس و وزارت مالیه آماده سازد.<sup>193</sup> مشورت محکمه سری میباشد.<sup>194</sup> هنگام ابراز نظر، یک قاضی طرح نظری خود را که منعکس کننده نظر اکثریت اعضای محکمه است، ارائه میکند. نظر رسمی بدون امضا بوده و حداقل شش قاضی باید در باره آن به توافق برسند.<sup>195</sup> اگر یک قاضی با نظر ارائه شده مخالف باشد او ضمن توضیح دلایل مخالفت خود با اکثریت، می‌تواند نظر مخالف خود را نوشته و امضا نماید.<sup>196</sup> در عین حال، محکمه قانون اساسی بیش از 90 درصد از موارد گزارش شده را به اتفاق آراء فیصله میکند.<sup>197</sup>

### سوال های مباحثه

<sup>184</sup>Id

<sup>185</sup>Id

<sup>186</sup>Id at 14

<sup>187</sup>Id

<sup>188</sup>Id at 21.

<sup>189</sup>Id

<sup>190</sup>Id

<sup>191</sup>Id at 21

<sup>192</sup>Id at 22

<sup>193</sup>Id at 23

<sup>194</sup>Id at 24

<sup>195</sup>Id at 24 - 26

<sup>196</sup>Id

<sup>197</sup>Id at 26

1. برداشت شما از مفهوم قضائی انتزاعی یا مجمل قضائی چیست؟ مزایا یا معایب آن کدام است؟

2. شما در باره این واقعیت که اتباع عادی می توانند، قضایای شکایات مربوط قانون اساسی را به محکمه قانون اساسی پیشکش کرده می‌توانند، چه فکر می‌کنید؟ آیا یک سیستم مانند آن در افغانستان قابل اجرا است؟ چرا و چرا نه؟

3. آیا شما فکر می‌کنید که این یک ایده خوب است که محکمه قانون اساسی آلمان می‌تواند احزاب سیاسی را خلاف قانون اساسی اعلان نماید؟ خوبی و بدی این نظریه برای افغانستان در چه است؟

4. طبق ماده 121 قانون اساسی افغانستان، ستره محکمه می‌تواند اقدامات عامه را تنها به درخواست حکومت یا محاکم بررسی نماید. چگونه این واقعیت عمل ستره محکمه افغانستان را از محکمه قانون اساسی آلمان متفاوت می‌سازد؟

5. نظر شما در مورد این واقعیت که قضات محکمه قانون اساسی آلمان توسط مجلس انتخاب می‌شود، چیست؟ آیا چنین یک سیستم در افغانستان کارآمدی دارد؟ چگونه آن ستره محکمه افغانستان را متغییر می‌سازد؟

### محکمه قانون اساسی مصر

قبل از انقلاب 2011، مصر نیز دارای محکمه قانون اساسی بود که تحت نام محکمه عالی قانون اساسی (SCC) فعالیت داشت.<sup>198</sup> با آنکه نظام حکومتی مصر پس از سال 2011 بطور قابل ملاحظه ای تغییر کرده است، محکمه عالی قانون اساسی سابق برای چندین دهه بطور موفقانه مورد استفاده قرار گرفت و به عنوان یک مدل برای محکمه قانون اساسی در نظر گرفته شد. سطح استقلالیت قضائی محکمه عالی قانون اساسی در طول سال ها تغییر کرده است. قابل توجه اینکه رئیس جمهور جمال عبد الناصر شورای عالی قانون اساسی را ایجاد کرد و به منظور محدود کردن استقلالیت قضائی آنرا تحت کنترل قوه اجرائیه قرار داد.<sup>199</sup> به همین ترتیب در سال 1979، رئیس جمهور انور سادات محکمه جدید عالی قانون اساسی به منظور کسب بیشتر استقلالیت قضائی ایجاد کرد.<sup>200</sup>

با این حال، قوه اجرائیه کنترل شدید بر انتصاب قضات در محاکم دارد.<sup>201</sup> رئیس جمهور قاضی القضاات را به اساس فرمان ریاست جمهوری منصوب کرد. رئیس جمهور همچنان قضات عضو را تعیین کرد، رئیس جمهور ملزم بود که از بین دو نامزد منتخب که یکی توسط قاضی القضاات و دومی توسط مجمع عمومی محکمه پیشنهاد میشدند یکی را انتخاب نماید.<sup>202</sup> همچنین هیچ محدودیتی برای تعداد قضات در

<sup>198</sup> Clark B. Lombardi, *Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian, Aspirationally 'Islamic' State*, in *Constitutional Courts: A Comparative Study* 217 (Andrew Harding & Peter Leyland, eds. 2009).

<sup>199</sup> *Id.* at 219.

<sup>200</sup> *Id.* at 220.

<sup>201</sup> *Id.* at 224.

<sup>202</sup> *Id.* at 227.

محکمه عالی قانون اساسی وجود نداشت و با استفاده از این فرصت رئیس جمهور قضات اضافی طرفدار خود را به آن می افزود.<sup>203</sup>

### قانون مصر شماره 48 (1979)

**ماده 25** اختیارات عمده ذیل را به محکمه قانون اساسی تضمین میکند:<sup>204</sup>

- (1) به عنوان مرجع تصمیم گیرنده در مورد تنازع صلاحیت بین دو محکمه مصر، عمل می کند.
- (2) ارائه تفسیرهای معتبر متون قانونی در صورت که نهادهای قضائی مختلف (مثال، محاکم ملی و محاکم اداری) در مورد تفسیر مناسب مخالفت دارند و تفسیر یکسان مهم است.
- (3) انجام بررسی قضائی قانون اساسی در موارد خاص، از جمله آنهایی که محاکم پایین تر تشخیص دهند که یک سوال مربوط قانونی اساسی نیاز به حل و فصل دارد.

در نظام مصر، محاکم پایین تر می توانند موارد با مسائل مربوط به قانون اساسی را به محکمه عالی قانون اساسی راجع سازد و با ارجاع آنها محکمه مکلف به بررسی آن میباشد.<sup>205</sup> به طور کلی، محاکم پایین تر حاضر به ارجاع قضایا به محکمه عالی قانون اساسی بودند، و به شهروندان اجازه داد شد تا به حل و فصل مطالبات مربوط به قانون اساسی خود به محکمه قانون اساسی دسترسی داشته باشند.<sup>206</sup>

محکمه عالی قانون اساسی یک سری تصمیمات برجسته را برای محدود ساختن کنترل قوه اجرائیه بر نظام سیاسی در جریان سال های 1990، از جمله باز نویسی قانون انتخابات و وارد کردن نورم های بین المللی حقوق بشر در حقوق اساسی مصر، اتخاذ نمود.<sup>207</sup> در حالی که قانون اساسی مصر بطور آشکارا حقوق بشر را تضمین نمی کند، ماده های 64 و 65 آن "حاکمیت قانون" را تضمین میکند.<sup>208</sup> محکمه عالی قانون اساسی حکم کرد که قانون اساسی باید استانداردهای حقوق بشر مجبور را مراعات نماید، زیرا که مفهوم "حاکمیت قانون" همراه با حقوق اسلامی، شامل استانداردهای بین المللی حقوق بشر است.<sup>209</sup> بنابراین حکومت مصر از دیدگاه قانون اساسی موظف به مراعات استانداردهای بین المللی حقوق بشر بود گرچه این استانداردهای بین المللی حقوق بشر به طور مشخص در قانون اساسی مصر تسجیل نشده است.<sup>210</sup> محکمه عالی قانون اساسی اغلب قضایا در مورد مسائل قانون اسلامی را رسیدگی مینماید و بر اساس دلایل فقه اسلامی ابراز نظر میکند.<sup>211</sup>

قبل از انقلاب 2011، مصر برای سال ها تحت یک حکومت دوامدار اضطراری قرار داشت (در این

<sup>203</sup> *Id.*

<sup>204</sup> *Id.* at 219.

<sup>205</sup> *Id.* at 225.

<sup>206</sup> *Id.*

<sup>207</sup> *Id.* at 230

<sup>208</sup> *Id.* at 230

<sup>209</sup> *Id.* at 231

<sup>210</sup> *Id.* at 231

<sup>211</sup> *Id.* at 232 - 37

فصل بعد تر مورد بحث قرار میگیرد). در سال 1979، رئیس جمهور سادات اصلاحات بحث برانگیز در باره قانون خانواده نافذ ساخت که طی فرمان اضطراری حقوق اضافی را به زنان اعطا نمود.<sup>212</sup> او تصمیم گرفت این کار را از طریق فرمان اضطراری وضع نماید زیرا طی مراحل آن از طریق روند تقنینی با مقاومت بیش از حد حلقهات دینی مواجه بود.<sup>213</sup> در سال 1985، محکمه عالی قانون اساسی در یافت که اصلاحات قانون خانواده مغایر با قانون اساسی تصویب شده و آنرا باطل ساخت.<sup>214</sup> محکمه عالی قانون اساسی استدلال کرد که رئیس جمهور باید حین انفاذ قوانین اضطراری باید رابطه بین شرایط بین فرمان اضطراری و امنیت ملی را ثابت میکرد که در آن زمان این مورد وجود نداشت.<sup>215</sup> این حکم یک بیانیه جسورانه استقلال قضائی دارای این پیام بود که قانون اساسی انفاذ قوانینی که توسط قوه اجرائی از طریق فرمان اضطراری نافذ میشود را محدود میسازد. پس از تمام این احکام جسورانه در موضوعاتی چون حقوق بشر و اختیارات اضطراری، رئیس جمهور مبارک محکمه عالی قانون اساسی را با انتصاب متحدان سیاسی خود این محکمه را خنثی ساخت.<sup>216</sup>

### ستره محکمه افغانستان

در ماده 121 قانون اساسی افغانستان آمده است که ستره محکمه کشور مطابقت قوانین و تفسیر آنها را "بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم" بررسی میکند. رئیس جمهور افغانستان می تواند قضات محاکمی پایین تر بدون تصویب شورای ملی منصوب و یا برکنار نماید.<sup>217</sup> به این ترتیب، این مورد به رئیس جمهور قدرت قابل توجهی در موارد مربوط به ستره محکمه کشور واگذار میکند.

### ب. بررسی قضائی غیر متمرکز: مدل محکمه عالی

محاکم عالی به این مفهوم که "صلاحیت اقدام به تفسیر قانون اساسی [بنابراین بررسی قضائی] به یک محکمه واحد محدود نمی شود."<sup>218</sup> به طور کلی تمام محاکم تحت یک نظام عمومی قضائی هستند. و همه محاکم دارای عملکرد عام یعنی تصمیم گیری در باره مسائل مربوط حقوق عامه، تفسیر قوانین موضوعه و تفسیر قانون اساسی میباشند.<sup>219</sup> این بدان معنی است که محاکم در نظام عادی قضائی قوانین را بررسی و مسائل مربوط به قانون اساسی را مشخص میسازد. از آنجا نیکه بسیاری محاکم صلاحیت بررسی قضائی دارند، سیستم های محاکم عالی گاهی اوقات به نام **نظام قضائی غیر متمرکز** نامیده می شوند. از آنجا نیکه سیستم معمولی محاکم در باره مسائل مربوط به مطابقت با قانون اساسی تصمیم می گیرد، تنها یک محکمه عالی دارای صلاحیت بر تمام سیستم حقوقی دارد.

### محاکم عالی 220

<sup>212</sup> *Id.* at 229.

<sup>213</sup> *Id.* at 229.

<sup>214</sup> *Id.*

<sup>215</sup> *Id.* at 229 - 30

<sup>216</sup> *Id.* at 239.

<sup>217</sup> Ranier Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, 64 ZaöRV 897, 906-07 (2004).

<sup>218</sup> Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* 465 (2d ed. 2006).

<sup>219</sup> *Id.*

<sup>220</sup> *Id.*



محاکم عمومی تمام انواع قضایا را رسیدگی مینمایند؛

صلاحیت قضائی برای تفسیر قانون اساسی به یک محکمه واحد محدود نمی شود؛

این نظام غیر متمرکز است؛

فقط یک محکمه عالی وجود دارد؛

کشورهای با محاکم عالی (چند نمونه): ایالات متحده، ارجنتاین، استرالیا، کانادا، هند، جاپان.

نمودار نظام قضائی مشخص کننده محکمه عالی و رسیدگی قضائی



### سوال های مباحثه

1. آیا موجودیت یک محکمه تخصصی برای تفسیر قانون اساسی مفید است؟

2. آیا تفسیر قانون اساسی توسط چندین محکمه مفید است؟

3. به نظر شما مزایا و معایب داشتن دو نظام قضائی در برابر یک نظام قضائی واحد چیست؟

### فلسفه رسیدگی قضائی غیر متمرکز

نشریه فدرالیست تفسیرهای حقوقی کلاسیک در باره تشکیل سیستم حکومت ایالات متحده هستند که توسط الکساندر هامیلتون، جان جی و جیمز مدیسون در زمان تدوین قانون اساسی ایالات متحده نوشته شده است (اواخر قرن هجدهم). نشریه شماره 78 فدرالیست نظریه شکل گیری نظام رسیدگی قضائی ایالات متحده را طرح ریزی میکند:<sup>221</sup>

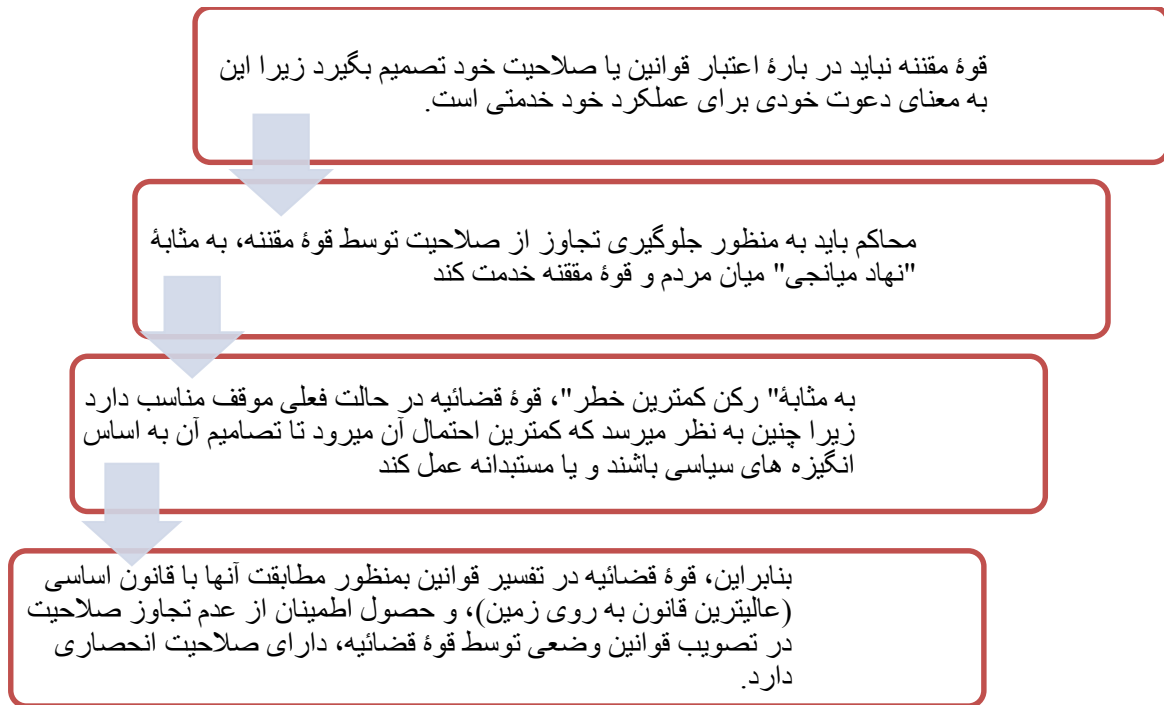
قوه قضائیه از لحاظ ماهیت خود، همیشه دارای کمترین خطر به حقوق سیاسی قانون اساسی میباشد. . . . قوه قضائیه. . . هیچ نفوذ نه بر شمشیر نه کیسه پول دارد؛ هیچ رهنمود نه برای توانمندی و نه ثروت جامعه، و هیچگونه تصمیم فعالانه گرفته نمی تواند. میتوان گفت که در واقعیت امر نه زور و نه اختیار دارد بلکه صرفاً اختیار قضاوت دارد. در غیر این صورت گفته میشود که قانون اساسی نمایندگان مردم را برای تعویض اراده خود با اراده مؤکلین آنها قادر مسیازد. این به مراتب منطقی تر به نظر میرسد که محاکم حیثیت نهاد میانجی بین مردم و قوه مقننه بوده و اینکه قوه مقننه را در محدودیت های اختصاص یافته اقتدار نگه میدارد.

تفسیر قوانین عرصه مناسب و ویژه محاکم است. در واقعیت، قانون اساسی باید توسط قضات به عنوان یک قانون بنیادی در نظر گرفته شود. بنابراین به آنها تعلق دارد تا معنای قانون اساسی را معلوم نمایند، و همچنین معنای هر اقدامی که توسط قوه مقننه صورت میگیرد. . . .

این نتیجه گیری به هیچ صورت برتری یا رجحان قوه قضائیه را بر قوه مقننه فرض نمی کند. این فرض تنها بر آن است که قدرت مردم بر هر دوی آن برتری دارد، و درجائیکه اراده قوه مقننه در قوانین در مخالفت به اراده مردم در قانون اساسی قرار میگیرد، قضات باید از احکام قانون اساسی نه قوانین عادی پیروی نماید.

به اساس یادداشت های نشریه فدرالیست، بطور مختصر میتوان چنین نتیجه گیری کرد:

<sup>221</sup> The Federalist No. 78 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).



یادداشت های نشریه فدرالیست روشن میسازد که صلاحیت رسیدگی قضائی به این معنی نیست که صلاحیت قوه قضائیه نسبت به قوه مقننه بیشتر است. هر دو دارای صلاحیت مساویانه هستند، اما قدرت مردم نسبت به هر دوی آنها برتری دارد. در بررسی قوانین غرض مطابقت آنها با احکام قانون اساسی، قضات نباید اراده خود را جایگزین قوه مقننه نمایند، و یا هر کاری را که شخصاً لازم میدانند در ارتباط با تدوین قوانین انجام دهند. در عوض، قضات باید تصمیمات بی طرفانه بر اساس اصول قانون اساسی و قانونی که نشان دهنده اراده مردم است، اتخاذ نمایند.

یک سوالی که حین مطالعه این متن مطرح می شود این است که: چگونه قوه قضائیه می داند اراده مردم برتر از قوه مقننه است؟ پس از همه، مردم قوه مقننه انتخاب نموده اند نه قوه قضائیه را. این یکی از انتقادات اصلی صلاحیت بررسی قضائی است. بعضی ها می گویند که بررسی قضائی غیر دموکراتیک است چرا که قضات غیر منتخب هستند و بهتر است قوه مقننه منتخب چنین تصمیم ها را بگیرد.

برای پاسخ به این انتقاد، مهم است که نگاهی به نظریه مشروطه و حاکمیت مردم داشته باشیم. با توجه به این نظریه، همانطور که شما در فصل اول در مورد مشروطیت آموختید، مردم فرمانروایان خود هستند و اراده مردم در قانون اساسی بیان شده است. بنابراین، اطمینان از این که همه قوانین با قانون اساسی سازگار هستند، قوه قضائیه سازگاری همه قوانین با خواست و اراده مردم را تامین می نماید.

دیگر توجیهات عملی برای بررسی قضائی نیز وجود دارند. اول، برخی استدلال می کنند که چون تفسیر قانون اساسی و تجزیه و تحلیل حقوقی موضوعات فنی پیچیده است، بنابر این به نفع جامعه است یک گروه از افراد متخصص (معمولاً قضات) بالای این موضوع کار کنند. این کار باعث ایجاد حرفه ای در زمینه تجزیه و تحلیل قانون اساسی و حقوقی میشود. دوم، برخی بر آنند که بهتر است تفسیر قانون اساسی و قوانین دیگر توسط کسانی صورت گیرد که تحت فشار سیاسی مستقیم قرار نداشته باشند. اگر مسئولیت

ارزیابی مطابقت قوانین با احکام قانون اساسی به مقامات منتخب سپرده میشود، ممکن است آنها به طور مداوم تصمیم گیری های خود به عوض اصول قانونی و قانون اساسی بر اساس نظریات خود به احتمال زیاد به منظور انتخابات مجدد اتخاذ نمایند. سوم، برخی می گویند در حالی که بررسی قضائی کامل نیست، این بهترین گزینه قابل دسترسی است. در حالی که قضات کامل نیست، متخصصان بی طرف که در موضوع تصمیم گیری مسائل مربوط به تفسیر قانون اساسی آموزش دیده نسبت به مسئولان که به دنبال انتخاب مجدد است، بهتر میباشد.

با وجود این استدلال نظری، شورای عالی محکمه ایالات متحده اغلب برای تصمیم گیری بر اساس سیاست به جای اصول قانون مورد انتقاد قرار میگیرد. هیچ پاسخ آسان به این سوال که بهترین راه حمایت از قانون اساسی چیست، وجود ندارد. و نه هم یک حکومت یا ساختار قضائی صحیح برای انجام این کار وجود دارد. بلکه، مهم آن است بدانیم که سیستم های مختلف چگونه کار می کنند و استدلالهای مردم در حمایت از این سیستم ها چیست. سپس شما می توانید به نتیجه گیری خود برسید.

### سوال های مباحثه

1. کی ها بهتر از اراده مردم نمایندگی کرده میتوانند - قوه قضائیه یا قوه مقننه؟

2. کی صلاحیت تفسیر قانون اساسی را در افغانستان دارد؟

### محکمه عالی ایالات متحده

کشورهای بیشتر در جهان مدل محکمه قانون اساسی را پیروی میکنند. با این حال، برای کشورهایی که به دنبال مدل محکمه عالی میباشند، محکمه عالی ایالات متحده مثال برجسته است. محکمه عالی ایالات متحده از مدل محکمه قانون اساسی آلمان چند تفاوت کلیدی دارد.

محکمه عالی ایالات متحده متشکل از نه قاضی عضو است. رئیس جمهور این 9 قاضی را تعیین میکند و مجلس سنا (اتاق فوقانی کنگره) این تعیینات رئیس جمهور را با اکثریت ساده تصویب میکند. انتصاب اعضای محکمه عالی کشور در عمل بسیار سیاسی است که اغلب تبدیل به میدان جنگ ایدئولوژیک بین دو حزب سیاسی در ایالات متحده میگردد. پس از انتصاب، قضات ستره محکمه عالی دوره تصدی مادام العمر دارد به این معنی که آنها برای باقی عمر خود قاضی باقی می مانند. منطق مادام العمر بودن قضاوت در این است که به محکمه اجازه میدهد بدون فشار سیاسی قوه اجرائیه یا قوه مقننه تصمیم بیگیرد.

برای اینکه یک قضیه توسط محکمه عالی ایالات متحده مورد رسیدگی قرار گیرد، موضوع باید به اساس احکام واقعی محاکمی پایین تر پیگیری شود. محکمه عالی ایالات متحده بررسی قضائی انتزاعی مانند محکمه قانون اساسی آلمان را پیروی نمی کند. همچنین، برخلاف بسیاری از سیستم های محاکم قانون اساسی، در ایالات متحده محاکمی پایین تر نمی توانند قضا یا را به محکمه عالی کشور ارجاع نمایند. برخلاف، طرفین یک قضیه، درخواست بررسی قضائی بر اساس احکام قانون اساسی توسط محکمه ابتدائیه اقامه مینمایند.

علاوه بر این، در حالی که قانون اساسی آلمان به طور خاص خاطر نشان میسازد که محکمه قانون اساسی آلمان صلاحیت بررسی قضائی کدام قضایا دارا میباشد، قانون اساسی ایالات متحده به صراحت نمی گوید که محکمه عالی صلاحیت بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی دارد. برخلاف، محکمه عالی خود حکم داد که دارای صلاحیت برای انجام بررسی قضائی است.

در آغاز قرن نوزدهم، ایالات متحده یک کشور جوان بود، و در سال 1783 استقلال را به دست آورد. اگر چه ایالات متحده قانون اساسی خود را در سال 1787 به تصویب رساند، در اوایل قرن نوزدهم کشور هنوز هم در تلاش برای راه حل دقیق چگونگی تقسیم قدرت میان ارکان مختلف حکومت بود، مانند که افغانستان در حال انجام دادن آن است.

در سال 1801، رئیس جمهور وقت جان آدامز در آخرین لحظات دوره تصدی قبل از جایگزینی رقیب سیاسی خود توماس جفرسون به حیث رئیس جمهور امریکا، چندین انتصابات قضائی را انجام داد.<sup>222</sup> این انتصابات قضائی، به دلیل که آدامز آنها را در اواخر شب دوره تصدی خود منصوب کرد، اغلب به نام "قضات نیمه شب" یاد میکنند. کنگره که از آدامز حمایت میکرد، قانون را تصویب نمود که در انتصاب قضات نیمه شب به آدامز کمک کرد.<sup>223</sup> آدامز این انتصاب به اندازه ناوقت انجام داد که حین جستجو طرز العمل های پیش بینی شده در قوانین وضعی و قانون اساسی برای این منظور فرصت نداشت تا حکم یا اسناد مربوط به آن را به تعدادی از قضات ارائه دهد تا این تعیینات رسماً اعلان شود. از آنجا نیکه جان آدامز رقیب سیاسی او بود، رئیس جمهور جفرسون حکم قضائی را به منصوبین تحویل نه داد.<sup>224</sup> کنگره جدید که از جفرسون پشتیبانی میکرد، این قانون را لغو و پست های جدید قضائی را ایجاد کرد.<sup>225</sup>

یکی از قضات منصوب شده که حکم تقرر خود را در یافت نه کرد، ویلیام ماربوری بود. وی به محکمه عالی ایالات متحده مراجعه کرد و از محکمه خواست رئیس جمهور جفرسون را وادار نماید به سکرتر دولتی (وزیر امور خارجه) جیمز مدیسون هدایت دهد تا حکم تقرر را به وی تسلیم دهد. این مورد مسائل حقوقی مهم و جدید در ایالات متحده را مطرح ساخت و به قضیه معروف ماربوری علیه مدیسون شهرت یافت.<sup>226</sup>

ماده دوم، بخش 2 از قانون اساسی ایالات متحده به رئیس جمهور صلاحیت انتصاب قضات را با "مشاوره و موافقت سنا" میدهد. در این مورد، رئیس جمهور آدامز مشوره و موافقت مجلس سنا را برای این انتصاب نیمه شب خود به دست آورد، هنگام اتخاذ این تصمیم موصوف رئیس جمهور بود و طبق قانون مصوب کنگره که در آن زمان مدار اعتبار بود، عمل کرد. مسئله در برابر محکمه عالی این بود که آیا رئیس جمهور جفرسون می توانست با امتناع از ارائه حکم، تقرر قضائی را نادیده گیرد. محکمه بر آن شد چون انتصاب از لحاظ قانون اساسی معتبر است، جفرسون نمی تواند از انتصاب چشم پوشی کند، و ماربوری باید حکم خود را دریافت نماید. در حالی که محکمه در این مورد تصمیم میگرفت، چند نفر صلاحیت محکمه عالی را برای تصمیم گیری مطابقت قوانین را با احکام قانون اساسی را زیر سوال

<sup>222</sup> Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law 1-2* (16th ed. 2007).

<sup>223</sup> *Id.* at 9.

<sup>224</sup> *Id.* at 1-2.

<sup>225</sup> *Id.* at 9.

<sup>226</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

برد 227.

ماربوری در برابر دو نظریه یا انتخاب مهم قرار گرفت. اول، قضیه به این مفهوم دلالت دارد که اگر قانون اساسی و یکی دیگر از قوانین در تعارض قرار میگیرند، محکمه باید همیشه اولویت را به قانون اساسی دهد چون قانون اساسی قانون برتر در زمین است. دوم، ماربوری برای نظریه بزرگتر شهرت یافت که محکمه عالی ایالات متحده "صلاحیت مراقبت سایر ارکان دارد، و به مثابه نگهبان اصلی اصول قانون اساسی و مجری خاص نورم های قانون اساسی عمل میکند."<sup>228</sup> این بدان معنی است در صورتی که رئیس جمهور و کنگره خلاف قانون اساسی عمل میکنند، محکمه عالی صلاحیت تصمیم دارد. در صورتی که محکمه در باره نقض قانون اساسی توسط یکی از ارکان قدرت تصمیم می گیرد، قوه دیگر باید بلافاصله عمل مشابه در حال جریان، توقف نماید.

در ذیل گزیده ای از متن اصلی قضیه ماربوری علیه مدیسون نقل قول شده است:<sup>229</sup>

دعوی ماربوری علیه مدیسون، محکمه عالی ایالات متحده  
(1 فبروری، 1803)

یقیناً همه کسانی که قوانین اساسی نوشته شده را طراحی کرده اند، به حیث قوانین بنیادی و برتر ملت شمرده میشوند، و در نتیجه، نظریه از حکومت این نوع باید بر این باشد که عمل قوه مقننه متناقض با قانون اساسی از اعتبار ساقط است.<sup>230</sup>

بطور قطعی این وظیفه و عرصه ارگان قضائی است که قانون چیست. کسانی که قواعد را در موارد خاص تطبیق میکنند، باید در صورت ضرورت به شرح و تفسیر آن اصل بپردازند. اگر دو قانون با هم در تضاد با یکدیگر باشند، محاکم از لحاظ اجرایی بودن در باره هر یکی از آنها تصمیم می گیرند.

بنابراین اگر یک قانون در مخالفت با قانون اساسی باشد؛ و اگر هر دو قانون عادی و قانون اساسی در خصوص یک قضیه معین اعمال می شوند، در این صورت محکمه باید تصمیم بگیرد که قضیه بدون در نظر داشت قانون اساسی با قانون وضعی مطابقت دارد؛ یا اینکه بدون در نظر داشت قانون وضعی با قانون اساسی مطابقت دارد؛ محکمه باید بگوید که به اساس کدام اصول قضیه حل و فصل میشود. این جوهر و ماهیت وظیفه قضائی است.

پس محاکم باید به قانون اساسی احترام بگذارند و قانون اساسی نسبت به هر عمل عادی

<sup>227</sup> Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law* 9 (16th ed. 2007).

<sup>228</sup> *Id.* at 1

<sup>229</sup> متن ویرایش شده گرفته شده از:

Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law* 6-9 (16th ed. 2007) (emphasis added).

<sup>230</sup> متناقض معنی "مخالف یا در برابر" میدهد. "عمل ناقض قانون اساسی" عملی است که قانون اساسی را نقض یا مخالف آن باشد.

قوه مقننه بر تری دارد، خود قانون اساسی و نه یک عمل معمولی تقنینی، باید قضیه را که نسبت به آن هر دو قابل تطبیق است، فیصله شود.

پس کسانی که در محکمه به عنوان یک قانون برتر با اصل پیروی از قانون اساسی مخالفت میکنند، آنقدر موضوع را نادیده میگیرند که محاکم از قانون اساسی چشم پوشی نموده و تنها قانون را ببینند.

این نظریه، اساسی ترین هدف همه قوانین اساسی نوشته شده را سرنگون خواهد کرد. این تشخیص خواهد کرد، اقدامی که طبق اصول و نظریه حکومت ما به طور کامل از اعتبار ساقط است، ولی باز هم در عمل کاملاً الزامی میباشد. این اعلان خواهد کرد که اگر قوه مقننه کاری را انجام دهد که آشکارا ممنوع است، چنین یک عمل با وجود ممنوعیت صریح، در عمل انجام شدنی است. این امر با عین روحیه که صلاحیت خود را در محدوده کوچک منحصر میسازد، می تواند به قوه مقننه قدرت عملی و مطلق دهد.<sup>231</sup> این محدودیت ها را مشخص ساخته و اعلان میکند که این محدودیت ها ممکن به خوشی سپری شود.

قوانین متناقض قانون اساسی فاقد اعتبار است؛ و اینکه محکمه و همچنین سایر ارگان ها، باید از آن پیروی نمایند.

استدلال محکمه عالی را می توان به اساس موارد ذیل قدم به قدم تجزیه و تحلیل نمود:

### تحلیل قدم - به - قدم قضیه ماربوری علیه مدیسون

قانون اساسی مدون یا نوشته قانون عالی و برتر یک ملت است، و بنابراین هر اقدام دیگر که متناقض قانون اساسی باشد اعتبار ندارد

این وظیفه قوه قضائیه است، و تنها قوه قضائیه قانون را تفسیر و تعریف نماید

اگر محکمه با قضیه مواجه میشود که در آن قانون قابل اجراء مخالف احکام قانون اساسی است، قانون اساسی باید همیشه قضیه را اداره نماید زیرا که آن عالیترین قانون روی سر زمین است.

تمام ارکان حکومت ملزم به پیروی از قانون اساسی اند، و سایر ارگان ها ملزم به مراعات تفسیر قانون اساسی توسط قوه قضائیه میباشند.

<sup>231</sup> قدرت تام معنی "کیفیت یک حالتی دارای صلاحیت یا قدرت بسیار بزرگ یا نامحدود" می دهد.

ماربوری اغلب به خاطر انگیزه های سیاسی مورد انتقاد قرار میگیرد. جان مارشال، رئیس محکمه عالی نویسنده این تصمیم یکی از حامیان قوی آدامز بود و حتی به حیث وزیر امور خارجه در حکومت وی خدمت کرده است. بنابراین مارشال در انتصاب قضات نیمه شب آدامز دخیل بود و علاقه داشت بدانند که آیا حکم انتصاب تحویل داده شد یا خیر. مارشال ضمن ابراز نظر تأکید داشت که "بطور قطعی این عرصه و وظیفه بخش قضائی است که بگوید قانون چیست" گرچه هم این یک واقعیت عام و شناخته شده است. مفاهیم ای که بیان میدارد قوه قضائیه صلاحیت انحصاری تفسیر قوانین دارد و اینکه محاکم دارای صلاحیت ابطال مصوبات اند، در آن زمان مفاهیم جدید شمرده میشدند. تعدادی مارشال را متهم به ابداع مفهوم تفویض صلاحیت بیشتر به محکمه میکردند.<sup>232</sup> صرف نظر از این که چرا مارشال آنچه را که انجام داد روی کاغذ آورد، این نظریه که قوه قضائیه دارای صلاحیت انحصاری تفسیر قانون و قانون اساسی است و ارکان و ادارت دیگر باید به حکم محکمه احترام بگذارند، امروز به طور گسترده در ایالات متحده پذیرفته شده است.

قضیه ماربوری علیه مدیسون یک مقطع زمانی مهم در توسعه ایالات متحده بود. امروز مسلم به نظر میرسد که محکمه عالی کشور صلاحیت دارد در باره چگونگی سازگاری اقدامات و قوانین وضعی با احکام قانون اساسی تصمیم بگیرد و محکمه عالی بسیاری از قوانین خلاف قانون اساسی را ملغی قرار داده است. حتی مهمتر از آن، سایر ارکان و ادارات صلاحیت محکمه عالی کشور را در عمل احترام میگذارند. هنگامی که محکمه عالی حکم را صادر میکند، سایر ارکان آنرا احترام و طبق آن عمل میکنند. برای مثال، کنگره پول بودجه را به اساس فیصله محکمه عالی تخصیص میدهد، قوه اجرائیه با استفاده از صلاحیت خود این تصمیمات را اجرا میکند.

### سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می کنید که موضعگیری محکمه عالی در قضیه ماربوری علیه مدیسون درست بود؟
2. با در نظر داشت کدام اختیارات قانونی محکمه عالی در قضیه ماربوری تصمیم گرفت؟
3. نظر شما در مورد این اتهامات انگیزه سیاسی بر ماربوری چیست؟
4. آیا شما کدام شباهت و یا تفاوت بین وضعیت در ایالات متحده در زمان ماربوری علیه مدیسون و وضعیت در افغانستان امروز می بینید؟

### محکمه عالی پاکستان

پاکستان سیستم محکمه عالی را در قانون اساسی سال 1973 تصویب کرد. محکمه عالی پاکستان از قاضی القضاات و نه بیش از 16 قضات اضافی دیگر تشکیل گردیده است.<sup>233</sup> به اساس معلومات وب سایت

<sup>232</sup> Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, Constitutional Law 11 (16th ed. 2007).

<sup>233</sup> The Supreme Court of Pakistan, Composition of the Court & Appointment of Judges (last visited April 7, 2013), available at <http://www.supremecourt.gov.pk/web/page.asp?id=115>.



محکمه عالی: ”رئیس جمهور پاکستان قضات محکمه عالی کشور را طبق پیشنهاد قاضی القضاة از میان اشخاص به اساس دانش و تخصص شان در زمینه های مختلف قانون اساسی، تعیین میکند.“<sup>234</sup> طوری که شما گزیده ای از ماده های قانون اساسی پاکستان در ذیل میخوانید، محکمه عالی دارای اختیارات گسترده است. این محکمه دارای صلاحیت بررسی قضائی انواع معینی از اختلافات بین الحکومتی، صلاحیت بررسی قضایای ناشی از محاکم پایین تر به شمول محکمه فدرال شریعت پاکستان، و صلاحیت ارائه تصمیمات مشورتی به اساس درخواست رئیس جمهور، میباشد. محکمه دارای صلاحیت بررسی هر دو قانون اساسی و قوانین موضوعه است.<sup>235</sup>

متون انتخاب شده از قانون اساسی 1973 پاکستان:

### صلاحیت قضائی محکمه عالی

#### 184. صلاحیت قضائی اصلی محکمه عالی.

(1) محکمه عالی، با حذف هر محکمه دیگر، دارای صلاحیت قضائی اصلی در هر اختلاف بین دو یا چند حکومت میباشد. [شرح: در این بند، ”حکومت ها“ به معنای حکومت فدرال و حکومت های ایالتی میباشد]

#### 185. صلاحیت قضایی استینافی محکمه عالی.

(1) مطابق احکام این ماده، محکمه عالی دارای صلاحیت رسیدگی و تشخیص استیناف خواهی فیصله ها قضایی، فرامین، دساتیر و احکام نهایی است.

(2) هر گونه درخواست استیناف خواهی فیصله قضایی، فرمان، دستور و حکم نهایی به محکمه عالی ارائه میشود.

#### 186. صلاحیت قضائی مشورتی.

(1) اگر هر زمان، رئیس جمهور لازم دید که در باره یک مسئله مربوط قانون که از نظر وی دارای اهمیت عامه است، برای ابراز نظر محکمه عالی نیاز است، آنرا غرض بررسی به محکمه عالی کشور محول ساخته میتواند.

(2) محکمه عالی کشور باید مسئله ای که به این ترتیب ارجاع میشود بررسی و در باره نظر خود به رئیس جمهور گزارش دهد.

محکمه عالی پاکستان به طور کلی یک محکمه فعال شمرده میشود و بارها با قوای اجرائیه و مقننه پاکستان درگیر شده است. در سال های 2007-2008، محکمه در یک نبرد طولانی با قدرت قوه اجرائیه پاکستان که منجر به بحران قانون اساسی گردید، مشغول بود. این درگیری در سال 2007 آغاز شد، زمانی که پرویز مشرف، رئیس جمهور وقت افتخار چوَدری قاضی القضاة به دلیل فساد به حالت تعلیق در

<sup>234</sup>Id

<sup>235</sup> Shoab A. Ghias, *Miscarriage of Chief Justice: Judicial Power and the Legal Complex in Pakistan under Musharraf* 344, in *Fates of Political Liberalism in the British Post-Colony: The Politics of the Legal Complex* 340-377 (Terence C. Halliday et al., eds., 2012).

آورد.<sup>236</sup> این اقدام با در نظر داشت اینکه پس از به قدرت رسیدن مشرف در کودتای سال 1999، چودری انتخاب وی بود. مدت کوتاهی پس از آن، چودری در یک هیئت منصف 12 قاضی مشروعیت کودتا را بر اساس ضرورت توجیه کرد.<sup>237</sup>

پس از آنکه چودری در سال 2005، قاضی القضاات مقرر شد، او در یک کمپاین دعوای قضایی منافع عمومی بلند پروازانه که او را به جنگ با رژیم مشرف مواجه ساخت، درگیر گردید.<sup>238</sup> در این دعوای قضایی، محکمه پروژۀ حکومتی ساختمان به دلایل ایمنی متوقف ساخت،<sup>239</sup> نفت و قیمت شکر از کنترل قوه اجرائیه آزاد شدند،<sup>240</sup> و خصوصی سازی چند شرکت حکومتی به دلایل فساد باطل ساخت.<sup>241</sup> همچنان چودری هسته حقوق بشر را در محکمه عالی کشور ایجاد کرد.<sup>242</sup> و موضع فعال نسبت به بازداشت غیر قانونی مرتبط با ایالات متحده امریکا در "جنگ علیه ترور" با درخواست از وزارت داخله در باره تهیه لیست افراد لادرک شده، اتخاذ نمود.<sup>243</sup> در عین زمان، از آنجائیکه قانون اساسی پاکستان تصریح می دارد که رئیس جمهور نمی تواند همزمان مقام دیگر حکومتی احراز نماید، اعضای جامعه حقوقی واجد شرایط بودن نامزدی مشرف در انتخابات ریاست جمهوری 2007 به چالش کشیدند چرا که وی در رأس ارتش قرار داشت.<sup>244</sup> پس از آنکه چودری تمایل مبارزه خود را علیه منافع رژیم نشان داد، مشرف متوجه شد که او نمی تواند در خصوص واجد شرایط بودن خود برای انتخاب مجدد بر حمایت محکمه عالی کشور تکیه کند. یک روز پس از آنکه محکمه خواست که حکومت گزارش از محل نگهداری لیست 148 نفر لادرک شده در ماه مارچ سال 2007، ارائه دهد، رئیس جمهور مشرف چودری را به حالت تعلیق درآورد.<sup>245</sup>

با وجود این واقعیت که قانون اساسی پاکستان به رئیس جمهور صلاحیت نمی دهد تا به طور یک جانبه قضای القضاات را برکنار نماید، مشرف چودری را توسط فرمان ریاست جمهوری برکنار کرد.<sup>246</sup> در عوض، قانون اساسی این صلاحیت را به شورای عالی قضائی میدهد که متشکل از سه تن از عالیترین قضات محکمه عالی و دوتن از عالیترین قضات محاکم ایالتی است.<sup>247</sup> مشرف عمداً زمانی چودری را به حالت تعلیق در آورد که دومین قاضی عالیرتبه رانا بهاگوانداس که رژیم از موجودیت آن در هراس بود، به دلایل شخصی در خارج از کشور به سر میبرد.<sup>248</sup>

پس از برکناری چودری، انجمن وکلای مدافع پاکستان حضور خود را در محاکم تحریم کرد و تظاهرات خیابانی بزرگ علیه برکناری او اوج گرفتند.<sup>249</sup> از سید فخر امام، رئیس اسبق شورای ملی پاکستان نقل

<sup>236</sup> *Id.* at 340.

<sup>237</sup> *Id.* at 345 - 46.

<sup>238</sup> *Id.* at 346.

<sup>239</sup> *Id.* at 346 - 47.

<sup>240</sup> *Id.* at 347 - 48.

<sup>241</sup> *Id.* at 348 - 49.

<sup>242</sup> *Id.* at 3406.

<sup>243</sup> *Id.* at 349.

<sup>244</sup> *Id.* at 350.

<sup>245</sup> *Id.* at 349.

<sup>246</sup> *Id.* at 357.

<sup>247</sup> *Id.* at 361.

<sup>248</sup> *Id.* at 361.

<sup>249</sup> *Id.* at 361.

میکنند: ”برای اولین بار در تاریخ پاکستان یک قاضی القضاات جنرال را بدون چشمک زدن خیره نگاه کرده است. این به مردم نیرو میبخشد تا به دفاع از قانون، یکی از اساسی ترین اصول دموکراسی اعتراض نمایند.“<sup>250</sup> به تاریخ 20 جولای 2007، محکمه عالی پاکستان فیصله میکند که به اساس آن تقرر مجدد چووری را به حیث قاضی القضاات حکم نمود، اما گماشتن دوباره او کوتاه بود.<sup>251</sup>

به تاریخ 3 نوامبر 2007، پس از انتخابات ریاست جمهوری، مشرف قانون اساسی را به حال تعلیق درآورد و حکومت نظامی اعلان کرد و فرمان داد که: ”محکمه عالی و هر محکمه دیگر صلاحیت ندارد حکمی که از هر نوع باشد علیه رئیس جمهور یا نخست وزیر صادر نماید.“<sup>252</sup> زمانی که 64 قاضی حاضر به جا آوردن سوگند تحت این فرمان نشدند، مشرف آنها را تعویض کرد.<sup>253</sup> بحران سیاسی و قانون اساسی نتیجه تلاش مشرف برای مهارکردن قوه قضائیه بود، با آنهم این کار قابلیت سیاسی وی را متضرر کرد. با مواجه شدن با استیضاح، در سال 2008 استعفا داد و جانشین او آصف علی زرداری از تقرر مجدد قضاات برکنار شده به حیث ابزار تحکیم قدرت سیاسی خود استفاده کرد.<sup>254</sup> بالآخره، زرداری به فشار اعمال شده برای گماشتن دوباره چووری همراه با دیگر قضاات برکنار شده، در مارچ 2009 تسلیم شد.<sup>255</sup>

از سال 2013، چووری به حیث قاضی القضاات محکمه عالی پاکستان باقی ماند.<sup>256</sup> در سال 2012، محکمه نخست وزیر یوسف رضا گیلانی را به دلیل اهانت علیه محکمه برکنار کرد.<sup>257</sup> مدت کوتاهی پس از آن در اوایل سال 2013، محکمه دستور بازداشت جانشین او، راجا پرویز اشرف نخست وزیر، به اتهام فساد صادر کرد.<sup>258</sup> حامیان محکمه استدلال می کنند که این کار به حیث نظارت انتقادی از قوه اجرائیه قوی پاکستان عمل کرده و بنابراین بنای ساختار دموکراتیک در این کشور است. منتقدان محکمه این را مانورهای ”کودتای قضائی“ نامیده اند و محکمه را به قرار دادن دموکراسی در پاکستان در معرض خطر مداوم و دامن زدن به ناآرامی های سیاسی داخلی و مزاحمت در امور روزمره حکومت متهم میسازند.<sup>259</sup> شما چه فکر میکنید؟

### قوه قضائیه و آزاد سازی اقتصادی

شعیب عبدالغیاث<sup>260</sup> استدلال ذیل را در باره رابطه بین قوه اجرائیه و محکمه عالی کشور در پاکستان ارائه میکند. شما چه فکر میکنید؟

<sup>250</sup> *Id.* at 356.

<sup>251</sup> *Id.* at 365.

<sup>252</sup> *Id.* at 369.

<sup>253</sup> *Id.* at 369.

<sup>254</sup> *Id.* at 372.

<sup>255</sup> *Id.* at 372.

<sup>256</sup> The Supreme Court of Pakistan, Hon’ble Chief Justice of Pakistan (last visited April 8, 2013), available at <http://www.supremecourt.gov.pk/web/page.asp?id=204>.

<sup>257</sup> NasirHabib&Jethro Mullen, Pakistani Supreme Court Orders Arrest of Prime Minister in Corruption Case, *CNN Online*, Jan. 16, 2013, available at <http://edition.cnn.com/2013/01/15/world/asia/pakistan-politics>.

<sup>258</sup> *Id.*

<sup>259</sup> Paula Newberg, The Court Rules in Pakistan, *Yale Global Online*, June 21, 2012, available at <http://yaleglobal.yale.edu/print/7918>.

<sup>260</sup> *Id.* at 351

“دانشمندان حقوق عمومی میگویند که آزدسازی اقتصادی صلاحیت قضائی را گسترش می دهد، به این دلیل که محاکم قضایی مستقل برای هدف قرار دادن فساد در سطح پایین، عملی ساختن قراردادها، جلب سرمایه گذاران و سرزنش به خاطر اقدامات نادرست اقتصادی، مفید هستند. رژیم محاکم مستقل را به دلیل رشد سریع عملکرد اقتصادی قوه قضائیه تحمل میکند. در پاکستان، در حالی که محاکم فساد سطوح پایین را هدف قرار میدهند، آنها همچنین قراردادها را لغو، سرمایه گذاران را مورد بررسی دقیق قرار میدهند، و رژیم را به خاطر نتایج نادرست اقتصادی افشاء میکند. رژیم، محکمه چودری را به دلیل عملکرد سیاسی قوه قضائیه در باره مشروعیت رژیم، پذیرفت. اما پس از توانمند شدن، محکمه شروع به از بین بردن کنترل اجتماعی رژیم کرد و برای مشروعیت دادن رژیم اعتماد خود را از دست داد.”

### پنجم. صلاحیت های اضطراری

تا اینجا ما بر عملکردهای قانون اساسی در شرایط عادی تمرکز کردیم. اما چه اتفاقی می افتد هنگامی که یک ملت با حوادث غیر منتظره مواجه گردد؟ در رابطه با شرایط اضطراری سه رویکرد اصلی قانون اساسی وجود دارند:<sup>261</sup>

**(1) برخی از قوانین اساسی احکام ویژه را پیش بینی میکنند که بر اساس آن شرایطی عدول یک حکومت از توازن عادی قانون اساسی از قدرت و روش های خاص رفتار در صورت چنین حالت را مشخص میکند.**

ملت ها که چنین رویکرد را مورد استفاده قرار میدهند، اغلب مشخص میکنند که کدام حالت “اضطراری” میباشد و ایجاب صلاحیت های ویژه میکند. قوانین اساسی اغلب حالت اضطرار را به طور عام تعریف میکند. طور مثال، تهاجم، جنگ در خارج از قلمرو یک کشور، شورش و اخلال مدنی (از جمله شورش های کوتاه مدت)، آفات طبیعی، و بحران اقتصادی.<sup>262</sup> به همین ترتیب پس از آن قوانین اساسی به انواع صلاحیت های ویژه میپردازند که یک حکومت در چنین مواقع اضطراری اعمال میکند.

**(2) بعضی از قوانین اساسی با در نظر داشت این باور که قانون اساسی نیازی به مشخص کردن انجام کار در حالت اضطرار ندارد. در عوض آن، توازن قدرت باید با توجه به این واقعیت تفسیر شود که در شرایط اضطراری امکان دارد تخصیص قدرت نیاز به تغییر پیدا کند.**

پروفیسور گروس این مدل را چنین بیان میکند: “در حالی که قوانین در کتاب ها در زمان بحران تغییر نمی کنند، اما در عمل تغییرات اساسی را که از طریق تفسیرهای تجدید نظر شده قواعد حقوقی موجود به نظام حقوقی وارد میشود، نشان می دهد.”<sup>263</sup> این مدل گاهی اوقات به دلیل غیر مسلکی بودن مورد انتقاد قرار میگیرد، و به کسانی که در قدرت هستند اجازه می دهد به بهانه حفاظت کشور از حالت اضطرار در

<sup>261</sup> Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* 840 (2d ed. 2006).

<sup>262</sup> *Id.* at 841.

<sup>263</sup> Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* 112 *Yale Law Journal* 1011 (2003).

سیستم قانونی تغییر آورند.<sup>264</sup> حامیان این مدل پاسخ می دهد که ترسیم یک خط تمایز روشن بین حالت "متعارف" و اضطراری غیر ممکن است، بنابراین نظام حقوقی باید واقعیت ها را منعکس سازد.<sup>265</sup>

**(3) بالآخره، برخی از مدل ها تأکید دارند که حکومت نباید از توازن طبیعی قدرت در مواقع اضطراری عدول نماید چرا که این امر ممکن است استفاده از شرایط اضطراری برای افزایش قدرت خود توسط رهبران سیاسی را بیش از حد آسان سازد.**

بر اساس این گزینه، عدول از نظام حقوقی وضعیت عادی در موارد اضطراری جواز ندارد. نظام حقوقی وضعیت عادی راه حل لازم را برای هر گونه وضعیت اضطراری ارائه میکند و قانون اساسی به طور مساوی در جنگ و در صلح بطور یکسان اعمال میگردد. اما منتقدان این مدل میگویند که این نظر ساده لوحانه است، زیرا زمانی که حکومت با تهدیدات جدی مواجه میشود لزوماً هر اقدام ضروری را اتخاذ کرده میتواند. این نکته نیز قابل یادداشت است که امکان دارد قانون و عمل واقعی حکومت در چنین حالات به شدت از همدیگر فاصله داشته باشد که غیر واقعی بودن نظام حقوقی را نشان میدهد.<sup>266</sup> علاوه بر این، منتقدان میگویند که اگر شرایط و روش ها با دقت در قانون اساسی مشخص نباشند، در زمان عادی برای حکومت مطالبه قدرت اضطراری و مبدل ساختن آن به یک نورم بسیار ساده است.<sup>267</sup>

#### سوال های مباحثه

1. به نظر شما از همه بهترین گزینه ها کدام است و چرا؟
2. آیا داشتن قدرت اضطراری خاص، بعد از سپری شدن حالت اضطرار در برگشت به وضعیت عادی برای حکومت باعث مشکلات میگردد؟ آیا انگیزه ای برای گسترش قدرت اضطراری به طور نامحدود وجود دارد؟
3. آیا میتوان یک خط فاصل بین وضعیت عادی و حالت اضطراری را ترسیم کرد؟ چگونه شما آن را ترسیم میکنید؟
4. آیا این ساده لوحانه نیست که تعدادی از حکومت ها بدون داشتن صلاحیت ویژه میتوانند با حالت اضطرار مبارزه کنند؟
5. آیا حکومت ها در حالت اضطرار باید معیار های عملکرد مختلف داشته باشند؟

#### صلاحیت اضطراری در دموکراسی های نوظهور

پروفیسور ویکتور رامراج استدلال می کند که صلاحیت اضطراری باید اساساً به طور متفاوت در

<sup>264</sup> Id.

<sup>265</sup> Id.

<sup>266</sup> Id.

<sup>267</sup> Id.

کشورهایی که در تلاش برای ایجاد قانونیت هستند در برابر کشورهای که در آنجا حکومت قانون نهادینه شده، ملاحظه کرد.<sup>268</sup> او باور دارد دولت هائیکه به دنبال برقراری حکومت قانون اند با یک تناقض مواجه اند که امکان دارد حکومت برای ایجاد ثبات در کشور که طی آن سیستم حقوقی بهبود یابد، ادعای صلاحیت بیشتر نماید. اما در عین حال، استناد به صلاحیت اضطراری می تواند این تصور را ایجاد کند که حکومت محدودیت های قانون اساسی و خود حکومت قانون را در نظر نمی گیرد.<sup>269</sup> آیا شما با این ادعا موافق هستید؟ آیا لازم است به دموکراسی های نوظهور وسعت عمل بیشتر در استناد به صلاحیت اضطراری و تعلیق قانون اساسی داده شود در حالی که آنها برای ایجاد حاکمیت قانون تلاش دارند؟ به منظور جلوگیری از ایجاد یک رویه بد در روند توسعه، آیا این درست است تا در خصوص دموکراسی های نوظهور استاندارد های یکسان با دیگران مورد نظر باشند؟

قانون اساسی افغانستان از گزینه اولی پیروی میکند که در بالا مشخص شده و دارای احکام ویژه برای مشخص ساختن صلاحیت در حالت اضطرار است. معمولاً، در زمان اضطرار قانون اساسی صلاحیت بیشتری را به قوه اجرائیه و صلاحیت کمتر را به قوه مقننه واگذار میکند. در رابطه قانون اساسی موارد ذیل اشاره میکند:

#### قانون اساسی افغانستان فصل نهم - حالت اضطرار

##### ماده 143

هرگاه به علت جنگ، خطر جنگ، اغتشاش وخیم، آفات طبیعی و یا حالت مماثل، حفظ استقلال و حیات ملی از مجرایی که در قانون اساسی تعیین شده، ناممکن گردد، حالت اضطرار از طرف رئیس جمهور با تایید شورای ملی در تمام یا بعضی از ساحات کشور اعلان می شود. هرگاه حالت اضطرار بیش از دو ماه دوام نماید، برای تمدید آن، موافقت شورای ملی شرط است.

##### ماده 144

در حالت اضطرار، رئیس جمهور می تواند به مشوره روسای شورای ملی و ستره محکمه، بعضی از صلاحیت های شورای ملی را به حکومت انتقال دهد.

##### ماده 145

در حالت اضطرار، رئیس جمهور می تواند بعد از تایید روسای شورای ملی و ستره محکمه، تنفیذ احکام ذیل را معطل بسازد و یا بر آنها قیود وضع نماید:

- ۱ - بند دوم ماده بیست و هفتم،
- ۲ - ماده سی و ششم،
- ۳ - بند دوم ماده سی و هفتم، ۴ - بند دوم ماده سی و هشتم،

<sup>268</sup> Victor V. Ramraj, *The Emergency Powers Paradox, in Emergency Powers in Asia: Exploring the Limits of Legality* 21, 22 (2010).

<sup>269</sup> *Id.*

#### ماده 146

در حالت اضطرار، قانون اساسی تعدیل نمی شود.

#### ماده 147

هرگاه دوره ریاست جمهوری و یا دوره تقنینیه شورای ملی، در حالت اضطرار ختم شود، اجرای انتخابات جدید منتفی گذاشته شده، مدت خدمت رئیس جمهور و اعضای شورای ملی تا چهار ماه تمدید می شود. هر گاه حالت اضطرار بیش از چهار ماه دوام نماید، لویه جرگه از طرف رئیس جمهور دعوت می شود. بعد از ختم حالت اضطرار، در خلال مدت دو ماه، انتخابات برگزار می گردد.

#### ماده 148

در ختم حالت اضطرار، اقداماتی که بر اساس مواد ماده یکصد و چهل و چهارم و یکصد و چهل و پنجم این قانون اساسی به عمل آمده، بلافاصله از اعتبار ساقط می گردند.

### الف. ماده 143

بند اول ماده 143 به این پرسش که "حالت اضطرار چیست؟" پاسخ میدهد. این بند فهرستی از چهار شرط عینی تشکیل دهنده حالت اضطراری را فهرست میکند: (1) جنگ (2) خطر جنگ، (3) اغتشاش وخیم، و (4) آفات طبیعی. به همین ترتیب در این بند گفته شده که در "شرایط مماثل" حالت اضطرار از طرف حکومت اعلان میشود. آیا این واقعیت که رئیس جمهور تحت "شرایط مماثل" حالت اضطراری اعلان کرده میتواند - به رئیس جمهور اجازه میدهد هر زمانی که خواست باشد آنرا اعلان نماید؟ مهمتر از همه، شرایطی که در آن رئیس جمهور صلاحیت اعلان حالت اضطراری پیدا میکند ذریعه مطالبات محدود میگردد که "حفظ استقلال و حیات ملی از مجرای که در قانون اساسی تعیین شده، ناممکن گردد." این بدان معنی است که رئیس جمهور ممکن است تنها در شرایطی حالت اضطرار را اعلان میکند که ملت تحت سیستم طبیعی زندگی کرده نتواند. در همین حال، ممکن رئیس جمهور استدلال کند که تعداد عواملی می تواند "زندگی ملی" تحت شرایط عادی قانون اساسی "را مختل سازد" و بنا بر این به راحتی میتواند حالت اضطراری را اعلان کند. متن قانون اساسی اغلب بسیار مبهم و قابل انعطاف و برای تفسیر های متعدد باز میباشد. کسانی که با تفسیر قانون اساسی سر و کار دارند باید این شکاف را پر کنند.

در حالی که صلاحیت رئیس جمهور برای اعلان وضعیت اضطراری ممکن گسترده به نظر برسد، شورای ملی باید اعلان حالت اضطراری را تأیید کند. علاوه بر این، شورای ملی باید به تمدید حالت اضطراری بیشتر از دو ماه توافق نماید. این ها راه های مهم است که از طریق آنها قوه مقننه می تواند صلاحیت اعلان و تمدید حالت اضطراری رئیس جمهور را محدود سازد.

### ب. ماده 144

این ماده به رئیس جمهور اجازه می دهد که صلاحیتی فزاینده را در انتقال "بخشی از صلاحیت" را از قوه مقننه به قوه اجرائیه به عهده گیرد. در بسیاری از کشورها، قوه اجرائیه در مواقع اضطراری صلاحیت بیشتری خود اختصاص میدهد. دلیل آن این است که در مواقع اضطراری حکومت نیاز به سرعت واکنش دارد، و روند قانونگذاری معمولی ممکن است بیش از حد وقت گیر باشد. طرفداران این نظریه ادعا میکنند که در چنین حالت کشور به رهبری قاطع نیاز دارد و قوه اجرائیه در این رابطه در بهترین موقعیت

قرار دارد. علاوه بر این، رئیس جمهور بهترین دسترسی به اطلاعات و استخبارات دارد و فرمانده عالی نظامی میباشد. در حالی که این را بپذیریم که روند قانونگذاری معمولی می تواند آهسته و به یکن بست منجر گردد، توجیه برای صلاحیت افزایش یافته اجرائیوی در حالت اضطرار نیز کنترول اجرائیوی در چنین بار خطرناک میسازد.

این واقعیت که رئیس جمهور دستگاه نظامی و اطلاعاتی را کنترول مینماید، همراه با این واقعیت که رئیس جمهور می تواند به ابتکار خود به سرعت عمل کند، خطری را ایجاد میکند که رئیس جمهور می تواند وضعیت اضطراری را برای اقدامات خلاف احکام قانون اساسی، استفاده کند. همانطور که قبلاً در این فصل ذکر شد، رئیس جمهور مصر مکرراً با استفاده از صلاحیت حالت اضطرار فرمان ها تقنینی ریاست جمهوری را صادر نمود که از طریق روند قانونگذاری عادی غیر ممکن بودند. به همین دلیل، قبل از انتقال صلاحیت قوه مقننه به قوه اجرائیه، ماده 144 خواستار مشارکت سایر بازیگران حکومتی است. با توجه به ماده 144، هر دو رئیس شورای ملی و قاضی القضاات (رؤسای سایر ارکان حکومت) باید قبل از انتقال صلاحیت قوه مقننه به قوه اجرائیه توافق نمایند، و شورای ملی به تمدید حالت اضطرار بیش از دو ماه توافق نماید.

باید گفت که ماده 144 تعیین نمی کند که در مواقع اضطرار کدام صلاحیت قوه مقننه به قوه اجرائیه انتقال میابد. عبارت "برخی صلاحیت ها" به ظاهر مانع اختصاص تمام صلاحیت قوه مقننه توسط قوه اجرائیه در حالت اضطرار میشود. به هر حال فقدان مشخص بودن آن، به طور بالقوه می تواند منجر به دست گرفتن بخش بیشتر صلاحیت قوه مقننه توسط رئیس جمهور در حالت اضطرار گردد.

### ج. ماده 145

ماده 145 با تأیید رؤسای شورای ملی، به رئیس جمهور صلاحیت میدهد برخی از احکام قانون اساسی را معطل یا محدود نماید. مهمتر از همه، قانون اساسی احکامی را محدود میکند که ممکن است قوه اجرائیه آنها را در مواقع اضطراری به حالت تعلیق در آورد (چهار حکم ذیل)، به این معنی که تمام مفاد یا احکام دیگر در مواقع اضطراری بدون تغییر به حالت خود باقی می مانند.

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 27، بند 2

هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود، مگر بر طبق احکام قانون.

##### ماده 36

اتباع افغانستان حق دارند برای تامین مقاصد جایز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماع و تظاهرات نمایند.

##### ماده 37، بند 2

دولت حق تفتیش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون.

##### ماده 38، بند 1



...هیچ شخص، به شمول دولت، نمی تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه باصلاحیت و به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید.

### سوال های مباحثه

1. چرا شما فکر می کنید که تدوین کنندگان پیش نویس قانون اساسی این احکام خاص را برای به تعلیق در آوردن حالت اضطرار گزیده اند؟
2. تعریف "اضطراری" شامل جنگ و آفات طبیعی میشود. اما، تعلیق این احکام خاص به نظر می رسد که بر تهدید اغتشاش داخلی متمرکز است. چرا شما این طور فکر می کنید؟
3. آیا شما فکر می کنید که به حالت تعلیق در آوردن این احکام در حالت اضطرار لازم باشد؟ آیا شما فکر می کنید که ممکن است کدام خطر از تعلیق این احکام به وجود آید؟
4. چرا رئیس جمهور در حالات اضطراری در پی قدرت بیشتر میباشد؟
5. حالت اضطرار را چگونه تعریف می کنید؟ پایان حالت اضطرار را به نام چه یاد میکنید؟

حتی بدون تعلیق قدرت در حالت فوق العاده اضطرار، هر یک از این احکام دارای محدودیت های درونی هستند:

(1) بند 2 ماده 27، اجازه می دهد تا حکومت گرفتار و توقیف نماید، اما گرفتاری باید طبق احکام قانون صورت گیرد.

(2) ماده 36 به اتباع افغانستان حق برگزاری تظاهرات و اجتماعات را تنها تحت شرایط خاص اعطا میکند:  
(الف) این تظاهرات باید غیر مسلح یا صلح آمیز باشند.

(ب) تظاهرات باید مطابق با قانون باشد. این بدان معنی است که حکومت می تواند تظاهرات را به سادگی با تصویب قوانین علیه آنها از طریق فرآیند قانونگذاری تا زمانی که این محدودیت ها در مخالفت با سایر احکام قانون اساسی قرار نگیرند، محدود کند.  
(ج) تظاهرات باید تنها برای مقاصد مشروع و صلح آمیز باشند. بنابراین، به تظاهرات خشونت آمیز و یا تظاهرات برای اهدافی که نامشروع تلقی میشود، اجازه داده نمی شود.

(3) بند 2 ماده 37 حکومت را صرفا از تفتیش غیر قانونی مراسلات و مخابرات ممنوع کرده است. در صورتیکه قوانینی مبنی بر اجازه تفتیش مراسلات از طریق روند طبیعی قانونگذاری به تصویب رسد، پس این کار بنابر احکام ماده 37 مجاز است.

(4) بند 2 ماده 38، حکومت را از ورود به مسکن شخص بدون داشتن مجوز از قوه مقننه (از

طریق قانون) و یا از قوه قضائیه (از طریق یک حکم قضائی) منع می کند. بنابراین حکومت مجراهای های قانونی برای انجام تفتیش، حتی در شرایط عادی در اختیار دارد.

عنصر مشترک میان این احکام این است که در حالات عادی، قانون اساسی به حکومت اجازه می دهد تنها به اجازه قوه مقننه یا قضائیه عمل کند. مقررات تعلیق حالت اضطراری به قوه اجرائیه اجازه می دهد با استفاده از صلاحیت خود بدون اجازه قوه مقننه یا قضائیه عمل کند. با در نظر داشت این، آیا احکام در باره تعلیق حالت اضطراری موجه و ضروری است؟

#### د. ماده 146

ماده 146 بیان میدارد که قانون اساسی در حالت اضطرار تعدیل نمیشود. این مهم است زیرا قانون اساسی قانون برتر در کشور است، و در حالت اضطرار روند مشورتی عادی که متضمن مشارکت طیف گسترده ای از بازیگران است، تعلیق میشود. اگر رئیس جمهور به طور یک جانبه در زمان حالت اضطراری قانون اساسی را تعدیل کند، طبیعی است که صلاحیت های او نامحدود خواهد بود.

#### ه. ماده 147

ماده 147 می گوید اگر انتخابات برنامه ریزی شده با زمان حالت اضطرار مصادف شود، انتخابات تعلیق میشود. از یک طرف، این منطقی است زیرا برگزاری انتخابات را در حالات اضطراری بسیار مشکل است و کشور در چنین زمان برای یک رهبری سازگار نیاز دارد. از سوی دیگر، این ماده به طور بالقوه به رئیس جمهور صلاحیت میدهد که حالت اضطرار را به منظور جلوگیری از برگزاری انتخابات و حفظ قدرت اعلان و تمدید نماید.

برای رفع این نگرانی، ماده 147 حکم میکند هر گاه حالت اضطرار بیش از چهار ماه دوام نماید، لویه جرگه دعوت میشود. علاوه بر این، ماده 147 طالب برگزاری انتخابات در مدت دو ماه بعد از ختم حالت اضطرار است. قانون اساسی رئیس جمهور را موظف به تشکیل لویه جرگه میکند. اگر رئیس جمهور برای جلوگیری از انتخابات حالت اضطرار را اعلان و یا تمدید نماید و پس از چهار ماه دعوت لویه جرگه را رد کند، در این صورت عکس العمل سایر بازیگران حکومتی چه خواهد بود؟

#### و. ماده 148

ماده 148 با خاطرنشان ساختن صریح در تلاش برای جلوگیری از تمدید مداوم حالت اضطرار است: (1) انتقال صلاحیت از قوه مقننه به قوه اجرائیه و (2) رفع تعلیق مقررات معین قانون اساسی بدون تأخیر تنفیذ زمانی که حالت اضطرار ختم میگردد.

#### ز. نقد صلاحیت های اضطراری

انتقاد اصلی بر صلاحیت ویژه اضطراری این است که ترسیم خط دقیق برای تمایز بین حالت "عادی" و حالت "اضطرار" غیر ممکن است. ملت ها اغلب دوره های طولانی جنگ و ناآرامی های مدنی را تجربه میکنند. در یک کشوری که جنگ داخلی 30 ساله را سپری کرده است، آیا این دوره به معنی حالت

اضطراری 30 ساله میباید؟ یا اینکه در برخی مقاطع زمانی کشور در حالت "عادی" نیز قرار داشت؟ اگر ملت به قانون حالت عادی زندگی بر میگردد، چه چیزی حالت عادی را از حالت اضطرار جدا میکند؟ این یک مشکل جدی برای کشورهایایی که با تهدید تروریسم مواجه اند، میباید. این کشورها همواره باید مبارزه با تروریسم را با نظارت دموکراتیک و توازن بر ارکان مختلف قدرت متوازن سازند.

برخی از کشورها با تمدید نامحدود حالت اضطراری به تهدیدات پاسخ دادند. برای مثال، زمانی که در سال 1928 قانون صلاحیت های ویژه ای در ایرلند شمالی به تصویب رسید، (کشوری که درگیری های طویل المدت ناشی از جایگاه قانون اساسی آن و تنش میان گروه های مذهبی پروتستان و کاتولیک تجربه کرده است)، این قانون برای مدت پنج سال در نظر گرفته شده بود. با این حال، پس از آن این سند تقنینی به قانون دائمی تبدیل شد.<sup>270</sup> به طور مشابه، اسرائیل از زمان تأسیس آن در سال 1948 در حالت اضطراری قرار داشت، گرچه در ابتدا حالت اضطراری به مثابه اقدام مؤقت در جریان جنگ استقلال گرفته شده بود.<sup>271</sup> از سال 1974، حکومت به طور معمول از حالت اضطراری برای مقابله با شرایط عادی مانند مسائل پولی و اختلافات کارگری استفاده میکرد.<sup>272</sup>

درحکومت سابق در مصر، کشور تحت شرایط اضطراری قرار داشت و به گرفتاری های درازمدت و بدون وارد ساختن اتهامات و تعقیب های غیر قانونی از سال 1981 تا زمانی که رژیم در سال 2011 سرنگون شد، اجازه میداد.<sup>273</sup> صلاحیت اعلان حالت اضطراری اجازه میداد تا اعضای اخوان المسلمین، بزرگترین گروه مخالف در مصر را در محکمه نظامی به اتهامات نامعلومی محکوم نماید و گروه های مدافع حقوق بشر به شدت به این اقدامات مخالفت کردند.<sup>274</sup> همانطوری که قبلا در این فصل ذکر شد، هنگامی که محکمه عالی قانون اساسی مصر قوانین متعدد نافذ شده توسط فرامین حالت اضطراری رئیس جمهور را باطل اعلان کرد، موضعگیری قوی از استقلال قضائی را از خود نشان داد. تظاهرکنندگان حالت دوامدار اضطراری را به عنوان دلیل اصلی ایجاد انگیزه اعتراضات مردمی و انقلاب در مصر در جنوری 2011 میپندارند.

#### صلاحیت های اعلان حالت اضطراری در عمل<sup>275</sup>

به تاریخ 6 اگست، 2011 در جلسه عمومی ولسی جرگه آقای سیاوش بکتاش (کابل) ادعا کرد که رئیس جمهور کرزی در نظر داشت حالت فوق العاده را در افغانستان اعلان نماید. "در روزهای اخیر صحبت های در مورد اعلان حالت اضطراری توسط رئیس جمهور وجود دارد. من می خواهم به آقای کرزی روشن بسازیم که هیچ دلیل برای این کار وجود ندارد و وی این کار را بدون تأیید شورای ملی انجام داده نمی تواند." آقای سیاوش در ادامه حرف های خویش علیه چنین اظهارات رئیس جمهور با اشاره به قیام

<sup>270</sup> Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* 112 Yale Law Journal 1011 (2003), reprinted in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* 877 (2d ed. 2006).

<sup>271</sup> *Id.*

<sup>272</sup> *Id.* at 879

<sup>273</sup> *Egypt Renews Emergency Law Powers*, BBC Online, May 26, 2008, available at <http://news.bbc.co.uk/2/hi/7420133.stm>.

<sup>274</sup> *Id.*

<sup>275</sup> متن این مثال از این منبع گرفته شده:

APAP Legislative Newsletter (11 August 2011, Vol. 6, No. 3). See [www.sunyaf.org](http://www.sunyaf.org) و به این آدرس قابل دسترس میباید.

های اخیر در خاور میانه و شمال آفریقا هشدار داد که چنین اقدام افغانستان را به "شرق میانه" تبدیل خواهد کرد. آقای سیاوش هشدار داد: "اگر رئیس جمهور موضوع حالت اضطراری را مطرح سازد، سرنوشت او بهتر از سرنوشت آقای مبارک نه خواهد بود."

آقای عبد الظاهر قدیر نیز به این مسئله تماس گرفت و گفت: "شایعات معین در مورد حالت اضطراری وجود دارند، اما رئیس جمهور هیچ صلاحیت اعلان آنرا بدون تأیید شورای ملی ندارد." آقای قدیر در ادامه گفت که اگر رئیس جمهور اقدام به چنین کاری کند، این امر بسیار "بی پروایی" او خواهد بود.

با این حال، آقای نادر خان کتوازی، نماینده یکی از ولایات شرقی پکتیکا، بحث در مورد وضعیت اضطراری را "بی وقت" عنوان کرد. آقای کتوازی استدلال کرد: "هیچ حالت اضطرار نه توسط رئیس جمهور و نه هم توسط هیچ مقام رسمی دیگر پیشنهاد یا مطرح نه گردیده، بنابراین بحث در مورد آن بی وقت است." او با همکاران خود موافق است که برای اعلان حالت اضطرار توسط رئیس جمهور تأیید شورای ملی ضروری است. "همه ما می دانیم که رئیس جمهور بدون تأیید شورای ملی نمی تواند حالت اضطراری را اعلان نماید."

### ششم. صلاحیت اجرائیوی و قانونگذاری در امور خارجی و نظامی

در بسیاری از کشورها رئیس قوه اجرائیه نسبت به قوه مقننه صلاحیت بیشتر در امور خارجی و نظامی در مقایسه به امور داخلی دارد. بسیاری قوانین اساسی، از جمله قانون اساسی ایالات متحده، فرانسه و افغانستان مقرر میدارند که رئیس جمهور سر قوماندان نیروهای مسلح است. قوانین اساسی مختلف صلاحیت اعلان جنگ و عقد معاهدات بین قوه اجرائیه و قوه مقننه را به طرق مختلف تقسیم میکنند. قانون اساسی افغانستان صلاحیت در امور خارجی و امور نظامی را به شرح زیر تقسیم میکند:

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 64

- ۳ - قیادت اعلاى قوای مسلح افغانستان،
- ۴ - اعلام حرب (جنگ) و متارکه به تأیید شورای ملی،
- ۵ - اتخاذ تصمیم لازم در حالت دفاع از تمامیت ارضی و حفظ استقلال،
- ۶ - فرستادن قطعات قوای مسلح به خارج افغانستان به تأیید شورای ملی،
- ۱۴ - تعیین سران نمایندگی های سیاسی افغانستان نزد دول خارجی و موسسات بین المللی،
- ۱۵ - اعطای اعتبارنامه به غرض عقد معاهدات بین الدول مطابق به احکام قانون،
- ۱۷ - قبول اعتمادنامه های نمایندگان سیاسی خارجی در افغانستان،

##### ماده 75

- حکومت دارای وظایف ذیل می باشد:
- ۴ - ترتیب بودجه، تنظیم وضع مالی دولت و حفاظت دارایی عامه،

### ماده 90

شورای ملی دارای صلاحیتهای ذیل می باشد:

- ۳ - تصویب بودجه دولتی و اجازه اخذ یا اعطای قرضه،
- ۵ - تصدیق معاهدات و میثاقهای بین المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن،

### ماده 91

ولسی جرگه دارای صلاحیتهای اختصاصی ذیل می باشد:

- ۲ - اتخاذ تصمیم راجع به پروگرامهای انکشافی و بودجه دولتی،
- ۳ - تایید یا رد مقرریها (انتصابها) مطابق به احکام این قانون اساسی.

### ماده 95

پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می گیرد.

### ماده 99

در صورتی که در اجلاس شورای ملی، بودجه سالانه یا پروگرام انکشافی یا موضوع مربوط به امنیت عامه، تمامیت ارضی و استقلال کشور مطرح باشد، مدت اجلاس شورا قبل از تصویب آن خاتمه یافته نمی تواند.

قانون اساسی افغانستان تقریباً تمام صلاحیت جنگ و اداره امور خارجه را به قوه اجرائیه واگذار میکند، ولی قوه مقننه دارای نقش مهم نظارتی بر قوه اجرائیه میباشد. یکی از مهم ترین عملکردهای نظارتی قوه مقننه بر قوه اجرائیه، تصویب بودجه است. یک کشور نمی تواند جنگ را بدون تمویل بودجه به پیش برند، بنابراین حکومت افغانستان نمی تواند بدون تصویب بودجه توسط شورای ملی، نیروهای نظامی را اعزام یا درگیر جنگ کند. در حالی که شورای ملی باید بودجه حکومت را تأیید کند، این قوه اجرائیه است که بودجه را آماده میسازد، بنابراین اگر چه که قوه مقننه باید آن را تأیید نماید قوه اجرائیه دارای کنترل قابل توجهی بر بودجه میباشد.

علاوه بر این، در حالی که قانون اساسی به رئیس جمهور صلاحیت انجام مذاکرات و امضای معاهدات بین المللی میدهد، قوه مقننه است که صلاحیت تصویب معاهدات بین المللی دارد. هنگامی که قوه اجرائیه یک معاهده بین المللی را امضا میکند، به این معنی است که کشور به حیث یکی از طرفین متعهد به معاهده میباشد. اما یک کشور تا زمانی که معاهده مورد نظر رسماً از طرف قوه مقننه تصویب نگردد، ملزم به اجرای مفاد آن نمیشود. بنابراین شورای ملی افغانستان صلاحیت دارد تعیین نماید که کدام معاهدات بین المللی در افغانستان از لحاظ قانونی الزام آور می باشد. علاوه بر آن، ولسی جرگه صلاحیت تأیید یا رد انتصابات توسط رئیس جمهور دارد. بنابراین، در حالی که رئیس جمهور مسئولیت اصلی برای انتخاب نمایندگان خارجی افغانستان دارد، ولسی جرگه باید نمایندگان خارجی کشور قبل از احراز وظیفه تأیید نماید.

در ایالات متحده نیز تمرکز صلاحیت جنگ در قوه اجرائیه متمرکز است، ولی با آنهم قبل از اقدامات امور خارجه توسط رئیس جمهور، تأیید مجلس سنا در این زمینه لازم میباشد. روند عقد معاهدات ایالات متحده مشابه به افغانستان است. در حقوق اساسی ایالات متحده، رئیس جمهور دارای صلاحیت گسترده در

مسائل مربوط به روابط خارجی و یا اقدام نظامی چون (1) اقدام سریع مورد نیاز عملیات نظامی، (2) رئیس جمهور به نمایندگی از ملت دارای اختیارات قانون اساسی است، (3) رئیس جمهور دسترسی بهتر به اطلاعات و استخبارات دارد،<sup>276</sup> و (4) قوای مسلح تحت کنترل رئیس جمهور قرار دارد، بنا بر این سلسله مراتب مستقیم و یکسان فرماندهی وجود دارد. یکی از تفاوت های مهم بین دو کشور در این است که قانون اساسی ایالات متحده صلاحیت اعلان جنگ را به کنگره واگذار میکند،<sup>277</sup> در حالی که قانون اساسی افغانستان صلاحیت اعلان جنگ را به رئیس جمهور واگذار کرده است، البته فقط با "تأیید شورای ملی." آیا توجیه که حقوق اساسی ایالات متحده در باره صلاحیت بیشتر رئیس جمهور در امور خارجی و نظامی ارائه میکند به همان اندازه در مورد افغانستان نیز صدق میکند؟

در باره صلاحیت قوه اجرائیه در امور خارجی و نظامی در فصل سوم تحت عنوان قانون اساسی افغانستان معلومات بیشتر ارائه شده است.

### هفتم. تفکیک قوا در افغانستان: مطالعه موردی

در ذیل ترجمه انگلیسی فیصله ستره محکمه افغانستان در سال 2007 پیرامون قضیه سپنتا<sup>278</sup> که در مقدمه این فصل به آن اشاره شد. این موضع با نظریه تفکیک قوا در افغانستان و این سوال که کی صلاحیت تفسیر قانون اساسی در افغانستان دارد، گره خورده است.

#### فیصله قضیه سپنتا، ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان (13 می، 2007)

مکتوب شماره (944) 626 مؤرخ 13 می، 2007 وزارت دولت در امور پارلمانی ارسال شده به ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان به اساس هدایت رئیس جمهور جمهوری اسلامی افغانستان، مورد بحث و بررسی شورای عالی ستره محکمه قرار گرفت. ستره محکمه محتویات این مکتوب را از لحاظ قانونی مطالعه، ارزیابی و مورد بررسی قرار داد. مکتوب شامل سه سوال در مورد استیضاح<sup>279</sup> دو وزیر حکومت هر یک استاد اکبر، وزیر مهاجرین و عودت کنندگان، و داکتر سپنتا وزیر امور خارجه توسط ولسی جرگه میشود که به تاریخ 10 و 12 ماه می، 2007 منجر به رأی عدم اعتماد هر دو وزیر گردید. پس از ارزیابی محتوای آن، این مکتوب به طور مشخص اعلان رأی عدم اعتماد علیه وزیر امور پناهندگان و عودت کنندگان به تاریخ 10 ماه می مورد توجه قرار نه میدهد. با این حال، ولسی جرگه برای سلب اعتماد وزیر امور خارجه به اکثریت رأی دست نه یافت چرا که رأی گیری اول گنج کننده و طبق بند 3 ماده 92 قانون اساسی فاقد اعتبار بود. رأی

<sup>276</sup> Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, Comparative Constitutional Law 826 (2d ed. 2006).

<sup>277</sup> U.S. Const. art.I, § 8, cl. 11.

<sup>278</sup> نظر سپنتا، ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان (13 می، 2007).

<sup>279</sup> تفسیر به مفهوم "موجودیت طرز العمل ها در تعداد از نهادهای تقنینی میباشد که از مقامات حکومتی میخواهند یک اقدام یا عمل یا پالیسی را توضیح دهد که بعضی اوقات در حکومت های دارای سیستم پارلمان منتج به سلب اعتماد یا تغییر حکومت میگردد." میباشد.

گیری دوم ولسی جرگه به تاریخ 12 می به اساس دلایل ذیل برای رئیس جمهور مشکوک بود:

(1) بند 3 ماده 92، قانون اساسی مشعر است: ”رأی عدم اعتماد از وزیر باید صریح، مستقیم، و بر اساس دلایل موجه باشد.“ اگر توجیه ولسی جرگه جمهوری اسلامی افغانستان این واقعیت باشد که وزیر امور خارجه اقدامات لازم را برای جلوگیری از اخراج مهاجرین افغان توسط مقامات جمهوری اسلامی ایران اتخاذ نکرد، با در نظر گرفتن اینکه تصمیمات وزیر امور خارجه یک کشور [افغانستان] به چه اندازه می تواند برسیاست های یک کشور دیگر [ایران] اثر گذار باشد، آیا طبق بند 3 ماده 92 قانون اساسی این یک ”دلیل قانع کننده“ شمرده میشود؟

(2) [بند 3 ماده 92 قانون اساسی تصریح می کند: ”این به اکثریت رأی کل اعضای ولسی جرگه صادر میگردد.“] بر اساس فورمول پذیرفته شده 50 به علاوه 1 [که اکثریت را تشکیل میدهد] رأی در ولسی جرگه، 124 رأی (50 درصد) برای برکناری وزیر در روز اول رأی گیری شمارش شدند. از آنجا ئیکه یک رأی مورد اعتراض واقع شد، موضوع برای رأی گیری دوم راجع شد. در چنین مواردی، آیا رأی گیری دوم مشروع و قانونی است؟ یا باید فیصله در باره موضوع بر اساس مذاکره و روش معمولی شورای ملی (که رأی گیری اول را محترم میشمارد) گرفته شود؟

(3) یک صد و نود و پنج عضو ولسی جرگه در روز رأی گیری اول حاضر بودند، در حالی که در روز رأی گیری دوم 217 عضو حاضر بودند. نمایندگان که در رأی گیری غیر حاضر بودند از چگونگی روند سوال و جواب در جلسه استیضاح معلومات نداشتند. از لحاظ قانونی آیا قضاوت و رأی آنها قابل محاسبه است یا خیر؟

دفتر رئیس جمهور از ستره محکمه خواست تا این سه سوال را تصریح نماید.

ستره محکمه افغانستان، به عنوان ستون دولت و رکن مستقل قوه قضائیه به این باور است که شورای ملی افغانستان جایگاه تحقق خواسته های مقدس مردم افغانستان در دستیابی به حاکمیت قانون، ثبات و دموکراسی است. شورای ملی در محدوده صلاحیت و اختیارات خود گام های مستحکم برداشته است و از طریق طرز العمل های قانونی با دو رکن دیگر حکومت (قوه اجرائیه و قوه قضائیه) همکاری مینماید، دقیقاً همانطوری که دو رکن دیگر نقش مشابهی در تقویت شورای ملی (قوه مقننه) ایفا کرده اند. به این روحیه، ستره محکمه کشور این موضوع را با توجه به تجزیه و تحلیل قانونی و قوانین نافذ بررسی کرده است. پس از بررسی این موضوع، ستره محکمه کشور لازم می داند تا اطلاعات اضافی را از وزارت دولت در امور پارلمانی و ولسی جرگه به دست آورد. محکمه همچنین از وزارت امور خارجه می خواهد تا اسناد و

مدارک قانونی نشان دهنده مراسلات دیپلماتیک [میان افغانستان و ایران] در باره موضوع حفظ کرامت و تلاش برای جلوگیری از اخراج اجباری مهاجرین افغان از جمهوری اسلامی ایران، در اختیار محکمه قرار دهد.

اگر چه ما اسناد درخواست شده را از ولسی جرگه بدست آورده نمی توانیم، وزارت دولت در امور پارلمانی طرز العمل ولسی جرگه و لیست اعضای اعضای حاضر ولسی جرگه در جلسات تاریخ 10 و 12 می را به ستره محکمه کشور ارائه کرد. این اسناد طرز العمل ولسی جرگه روند استیضاح دو نفر از وزرا، استاد اکبر و دکتر سپینا را توضیح میدهد. علاوه بر این، وزارت امور خارجه به اساس درخواست ستره محکمه، اسنادی که اقدامات و تماس های مستمر وزارت امور خارجه با جمهوری اسلامی ایران در مورد این مسئله پناهندگان افغان روشن میسازد، ارسال نمود. این اسناد شامل 49 مکتوب نشان می دهند که مقامات ایرانی فشار مستقیم و غیر مستقیم بر پناهندگان افغان، نادیده گرفتن موافقت نامه های چند جانبه برای جلوگیری از عودت اجباری پناهندگان و تمدید دوره عودت داوطلبانه آنها، اعمال نموده است. این مکاتب تلاش های دیپلماتیک وزارت امور خارجه در موارد جرم و تهدیدات، نزاع دسته جمعی و ایراد ضرب و جرح پناهندگان افغان را ثابت میسازند. [با توجه به این مکاتب وزارت امور خارجه] از جمهوری اسلامی ایران خواسته شده است تا روابط برادرانه و اسلامی میان دو همسایه را در نظر گیرد و موافقتنامه امضا شده توسط هر دو کشور را رعایت نماید و تا مساعد شدن زمینه بازگشت آبرومندانه، به اقامت و زندگی با عزت و صلح آمیز پناهندگان در ایران اجازه دهد. این مکاتب ضم این ابراز نظر میباشند.

در این فیصله، ستره محکمه اقدامات ولسی جرگه را با توجه به صلاحیت آنطبق ماده 92 قانون اساسی در رابطه با استیضاح، در نظر گرفته است. ستره محکمه همچنان به دنبال پاسخ به سه سوال ای که توسط دفتر رئیس جمهور در مورد صلاحیت اعطا شده توسط ماده 92 در باره اعمال رأی عدم اعتماد میباشد. در این مسئله، دفتر رئیس جمهور از ستره محکمه خواست تا پیرامون قضاوت یا داوری، تفسیر و ارزیابی موضوع ابراز نظر نماید. در پاسخ، ستره محکمه افغانستان دلایل ذیل را ارائه داشت که:

ماده 92 قانون اساسی حکم می کند:

ولسی جرگه به پیشنهاد 20 فیصد کل اعضا، میتواند از هر یک از وزرا استیضاح به عمل آورد.  
هر گاه توضیح ارائه شده قناعت بخش نباشد، ولسی جرگه موضوع رأی عدم اعتماد را بررسی میکند.  
رأی عدم اعتماد از وزیر باید صریح، مستقیم و بر اساس دلایل موجه باشد. این رأی به اکثریت رأی کل اعضای ولسی جرگه صادر میگردد.

تفسیر این ماده به شرح ذیل ارائه میگردد:

(1) همانطوری که در متن ماده (92) نشان داده شده است، توجیه برای استیضاح باید به طور کامل تجزیه و تحلیل شده باشد. در ارتباط به رأی عدم اعتماد، ولسی جرگه نقش یک محکمه ملی را بازی میکند و به خاطر عدم اجرای وظایف



مشخص به یک وزیر ابراز میشود. طبق ماده 77 قانون اساسی، وزیران حکومت در برابر ولسی جرگه مسئول اند. اگر وزیر توضیح رضایت بخش عملکرد خود از وظایف مشخص در ماده 77 را ارائه کرده نتواند، وزیر باید به خاطر عدم اجرای وظایف مشخص شده تحت این ماده مسئول پنداشته شود. در چنین حالتی، ولسی جرگه یا ممکن تصمیم ادامه کار وزیر در پست خود تصمیم گیرد، یا ممکن است به اساس ماده 92 علیه او رأی عدم اعتماد دهد. اگر تصمیم ولسی جرگه مبنی بر عدم رضایت بخش بودن توضیحات باشد و مسئله را به رأی گیری در باره عدم اعتماد محول شود، رأی عدم اعتماد تصمیم نهایی است که توسط محاکمی ملی صادر میشود، به شرطی که دلایل روشن و قانع کننده و مستقیماً مربوط به عدم اجرای وظایف وزیر باشند، و بر اقدامات و اختیارات شخص دیگر خارج از کنترل وزیر، استوار نباشند. بر اساس ماده 92، اکثریت اعضای ولسی جرگه باید در رأی گیری عدم اعتماد به منظور برکنار کردن یک وزیر اشتراک نمایند.

همانطوری که در سه موضوع دفتر ریاست جمهوری آمده است، در صورت که استیضاح وزیر امور خارجه با شرایط بد پناهندگان افغان در ایران و اخراج این پناهندگان از ایران بر اساس اقدامات حکومت ایران مربوط میشود، باید اعتراف کرد که جلوگیری از چنین اقدامات فراتر از صلاحیت و وظایف مشخص [ماده 77] وزیر است. بنا براین، او نباید مقصر این مسئله شناخته شود و این یک توجیه مناسب برای رأی عدم اعتماد وزیر نیست. اخراج پناهندگان افغان به طور مستقیم توسط جانب ایران، به وظایف وزیر مربوط نیست و جلوگیری از چنین تصمیم ایران شامل مسئولیت های مشخص شده وزیر نمیشود. طوری که قبلاً ذکر شد، وزیر امور خارجه، به اساس ماده 77 از قانون اساسی به مثابه بخشی از وظایف خود تأمین دوامدار روابط دیپلماتیک در مورد مسئله اخراج پناهندگان دارد. مقصر پنداشتن وی به خاطر آن، خارج از مفهوم قانونیت میباشد.

(2) رأی گیری عدم اعتماد به تاریخ 10 می، 2007، صورت گرفت که در طی آن 124 نفر از اعضای ولسی جرگه به سلب اعتماد رأی دادند [50 فیصد از 248 عضو در آن زمان]. یکی رأی اعتراضی از رأی اکثریت اعضای ولسی جرگه نمایندگی نمی کند، و این به خودی خود مسئله را باطل میسازد چرا که از جمله 248 رأی، 124 رأی عدم اعتماد در برابر 124 رأی باقی مانده قرار داشت که اکثریت را تشکیل نمی دهد و بنابراین، رأی گیری باطل میباشد. با این حال، با توجه به اصول حقوقی، هر دو اسلامی و بین المللی، رأی گیری که از لحاظ تعداد بطور مساوی بین نامزدان تقسیم میشود، فاقد اعتبار محسوب میگردد. طرز العمل های شورای ملی برای دو سال گذشته بر آن است که رأی گیری دوم زمانی

صورت میگیرد که اول آن بطور مساویانه پایان یافته و بنا بر آن فاقد اعتبار شده باشد. رأی گیری دوم توسط شورای ملی به تاریخ 12 می 2007 نشان می دهد که شورای ملی رأی گیری اول را لغو کرده، در غیر این صورت رأی گیری دوم صورت نمیگرفت.

(3) رأی گیری دوم که در آن تعدادی بیشتری از اعضای ولسی جرگه حضور داشتند، هیچ اساس قانونی نداشت و غیر قانونی بود، زیرا رأی گیری اول 10 می با جلسه استیضاح با اینقرار که رأی گیری دوم در باره عین موضع فیصله شده صورت نمیگیرد، خاتمه یافت. در جلسه دوم رأی گیری، اعضای جدید - غیر حاضر جلسه رأی گیری اول حاضر بودند و به همین دلیل از چگونگی دلایل و نظرات ارائه شده در مورد این مسئله معلومات نداشتند. در حالی که تعدادی از اعضا در باره اتفاقاتی جلسه اخیر بی خبر باشند، چگونه می توان تصمیم آنرا قانونی خواند؟

علاوه بر این، آخرین بند ماده 65 اصول وظایف داخلی ولسی جرگه شورای ملی به وضاحت می گوید: ”پس از اعلان نتایج یک مسئله مصوب، بحث دوم در باره آن صورت نمیگیرد.“ به این ترتیب، رأی گیری 10 می 2007، که منجر به رأی عدم اعتماد توسط 124 اعضا و 124 رأی باقیمانده منجر گردید، مسئله را طبق ماده 92 [که خواهان اکثریت برای رأی عدم اعتماد است] قانون اساسی باطل میسازد. بنابراین رأی گیری دوم به تاریخ 12 می 2007 اعتبار ندارد.

(4) یکی دیگر از دلایل قانونی این تصمیم این است که رأی گیری دوم نیز در باره عین موضوع صورت گرفت که اجازه تجدید نظر بر تصمیم استیضاح اول میدهد. مطابق به اصول حقوقی و قوانین نهادینه شده، تجدید نظر فیصله هیئت داور تنها در صورت جواز دارد که به نفع محکوم علیه باشد نه خلاف آن. بنابراین، رأی گیری در باره عدم اعتماد 12 می با اصول حقوقی سازگار نیست. بنابراین، ستره محکمه افغانستان، در حالی که احترام فوق العاده ای به صلاحیت قانونی شورای ملی دارد، مکلف به ابراز نظر قضائی بی طرف خود را در مورد موضوع ارجاع شده طبق ماده 121 قانون اساسی افغانستان، به درخواست حکومت ارائه نماید. بر اساس این اصل، شورای عالی ستره محکمه این نظر توضیحی مربوط به ماده 92 قانون اساسی افغانستان و جلسات رأی عدم اعتماد ولسی جرگه به تاریخ 10 و 12 می به توجه میرساند.<sup>280</sup>

<sup>280</sup> در زمان ای ابراز نظر، اعضای ستره محکمه افغانستان عبارت بودند از: قاضی القضاة عبدالاسلام عظیمی، قاضی غلام نبی نوایی، قاضی ضامن علی بهسودی، قاضی محمد عمر ببرک زی، قاضی مولوی محمد قاسم، قاضی عبدالرشید راشد، قاضی عبد الحلیم نسیمی و قضای بهاولدین بها.

پس از آنکه ستره محکمه کشور این حکم را صادر کرد، شورای ملی صلاحیت ستره محکمه برای تصمیم گیری در این مورد مردود دانست.<sup>281</sup>

### سوال های مباحثه

1. آیا شما با استدلال های قانونی که ستره محکمه کشور در مورد سپنتا از آنها استفاده کرده، موافقت دارید؟ چرا و چرا نه؟
2. آیا قضیه سپنتا به طور درست به ستره محکمه راجع شد؟
3. آیا شما فکر می کنید که تصمیم در باره موضوع سپنتا به اساس زمینه های حقوقی یا سیاسی اتخاذ گردید؟
4. فیصله ستره محکمه به اساس کدام صلاحیت های قانونی استوار است؟
5. شما چه شباهت ها و تفاوت ها میان قضیه سپنتا و قضیه ماربوری علیه مدیسون ایالات متحده می بینید؟

این تصمیم با مسایل طیف وسیع تفکیک قوا و مسائل مربوط به تفسیر قانون اساسی تماس میگیرد. تعدادی از این مسائل به نوبه خود مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت.

### الف. ماده 121: چه کسی صلاحیت تفسیر قانون اساسی دارد؟

یک واقعیت مهم در مورد سپنتا این است که دلیل تصمیمگیری در باره موضوع توسط ستره محکمه به اساس درخواست حکومت صورت گرفت. در رابطه به موضوع در قانون اساسی افغانستان آمده است:

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 121

صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیدگی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی، به شمول دولت، به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود.

بر اساس این ماده، ستره محکمه تنها تفسیر قانون اساسی به اساس درخواست حکومت یا محاکم انجام میدهد. با آنهم باید گفت که قوه مقننه حق ندارد از ستره محکمه بخواهد سازگاری قوانین با قانون اساسی را بررسی نماید. آیا این ساختار عملکرد ستره محکمه به حیث یک نهاد مستقل در قضایای حساس سیاسی مانند فیصله در باره قضیه سپنتا با مشکل مواجه نمی کند؟ آیا آن یک وضعیت را ایجاد نمی کند که در آن ستره محکمه تنها قضایا را رسیدگی مینماید زیرا بازیگر حکومتی زمانی موضوع را به آن راجع میسازد که از برد خود مطمئن باشد؟

<sup>281</sup> J. Alexander Thier, U.S. Inst. of Peace, The Status of Constitutional Interpretation in Afghanistan 1.

در باره قضیه سپنتا، برای مثال، یک نفر ممکن استدلال کند حکومت تازمانی که به طور منطقی از اتخاذ تصمیم به نفع خود مطمئن نه شود، از ستره محکمه درخواست نه خواهد کرد. همچنین می توان استدلال کرد پس از آن که حکومت یک دوسیه را به ستره محکمه ارجاع کرد، توقع آن می رود که محکمه به نفع حکومت تصمیم خواهد گرفت. آیا شما فکر می کنید که تصمیم گیری در قضیه سپنتا، بر اساس اصول حقوقی یا تعاملات سیاسی ظریف ارکان حکومت استوار بود؟

از سوی دیگر، برخی ممکن استدلال کنند که برای عملکرد حکومت بسیار مهم است تا ارکان آن اعم از قوه اجرائیه و قوه قضائیه در ارجاع قانون بالقوه مشکل ساز به قوه قضائیه مستقل برای تشخیص اعتبار آن، گزینه داشته باشد. میتوان بیشتر از آن استدلال کرد که تفویض صلاحیت به قوه مقننه برای درخواست بررسی قوانین توسط ستره محکمه هیچ معنی ندارد زیرا که خود قوه مقننه قوانین را میسازد.<sup>282</sup> علاوه بر این، می توان استدلال کرد بعد از آنکه محاکم پایین تر افغانستان بیشتر نهادینه و توسعه نمایند، آنها قادر خواهند بود تا از ستره محکمه درخواست بررسی فیصله های آنها را بنمایند و این راه مهم برای رسیدن به ثبات در احکام قضائی در سراسر کشور خواهد بود.<sup>283</sup>

در عین حال، دیگران ممکن استدلال کنند که اعضای اقلیت قوه مقننه مخالف یک قانون خاص باید قادر به ارجاع آن قانون به ستره محکمه باشد. این ممکن به نماینده داشتن اقلیت در قوه مقننه کمک نماید.

بعضی ها ممکن استدلال کنند که این موضوع بی ربط است زیرا پس از آنکه ستره محکمه نظر خود را در باره قضیه سپنتا صادر کرد، قوه مقننه آن را رد کرد. اگر احکام محکمه مورد پذیرش و اجراء قرار نگیرد، تأثیری آن چه خواهد بود؟ تعدادی هم ممکن بگویند که ستره محکمه نهاد مناسب برای انجام بررسی قوانین از لحاظ قانون اساسی نیست چرا که در سال 2008 حکومت افغانستان قانون را تصویب کرد که به اساس آن کمیسیون مستقل برای نظارت بر اج رأی قانون اساسی، همانگونه که ماده 157 قانون اساسی حکم میکند، ایجاد گردید. از نظر بسیاری این کمیسیون نسبت به ستره محکمه دارای اختیارات واضح تر در باره تفسیر قانون اساسی است. شما درباره این کمیسیون در فصل ششم تحت عنوان قوه قضائیه مطالعه خواهید کرد.

## ب. "دلیل قناعت بخش" چیست؟

اولین مسئله ای که ستره محکمه باید به آن رسیدگی نماید این است که طبق ماده 92، "دلیل قناعت بخش" چیست؟ تعیین آنچه که به معنی خاص یک کلمه در چارچوب قانون اساسی چه معنی دارد و چگونه در یک مورد خاص بکار برده میشود نوع رأیج از تفسیر قانون اساسی است. محکمه تصریح میکند که اعتبار رأی گیری عدم اعتماد باید بر اساس دلایلی "روشن و قانع کننده و به طور مستقیم مربوط به عدم اجراء وظایف مشخص شده یک وزیر باشد، نه بر اساس اقدامات شخص یا مقام دیگر که وزیر هیچ کنترولی بر آن ندارد." در این ابراز نظر معلوم نیست که بر اساس کدام صلاحیت قانونی ستره محکمه نتیجه گیری

<sup>282</sup> در این استدلال ناسازگاری وجود دارد، زیرا ماده 121 نیز به قوه اجرائیه صلاحیت میدهد از ستره محکمه تقاضای بررسی معاهدات و میثاق های بین المللی نماید. قوه قضائیه معمولاً مسئولیت تهیه معاهدات و میثاق ها را به عهده دارد. به همین ترتیب، امکان دارد اقلیت قابل ملاحظه ای از قوه مقننه خواهان تغییر قوانین شود که به اساس قانون اساسی با آن مخالفت میکند.

<sup>283</sup> نقطه مخالف این استدلال این است که محاکم تحتانی قضایا را تازمانی که ستره محکمه ارسال نمی کنند که از تأیید آنها توسط ستره محکمه اطمینان حاصل نمایند زیرا محاکم نمی خواهند قضایای آنها مسترد شوند.

کرده که "دلیل قناعت بخش" لزوماً بطور مستقیم شامل وظایف وزیر میشود. به نظر شما ستره محکمه به اساس کدام اختیارات قانونی این فیصله را صادر کرده است؟ آیا شما فکر می کنید که استفاده از این استدلال قابل توجیه میباشد؟

یک شیوه برای ارزیابی تفسیر قانون اساسی، بررسی چگونگی تفسیر خاص بمنظور کاربرد آن در قضایا در آینده است. آیا معیار "روشن و قانع کننده و به طور مستقیم مربوط به عدم اجرای وظایف مشخص شده یک وزیر باشد، نه بر اساس اقدامات شخص یا مقام دیگر که وزیر هیچ کنترولی بر آن ندارد" یک معیار خوب برای ارزیابی رأی عدم اعتماد در آینده خواهد بود؟ سوال کردن اینکه آیا ولسی جرگه به درستی در رأی گیری عدم اعتماد در برابر یک وزیر عمل کرده است، مناسب تر آن است سوال شود که آیا آیا دلایل عنوان شده مربوط به وظایف وزیر میشود یا خیر؟

دلیل دیگر در رابطه به موضوع اینکه چه چیز به دلیل قانع کننده دلالت دارد، باید کار داخلی قوه مقننه باشد و نباید غرض حدس دوم در تشخیص تقنینی در این زمینه به محکمه اجازه داده شود. بسیاری از کشورها دارای دکتترین حقوقی حمایت از تصمیمات سیاسی معین میباشدند که به منظور بررسی قضائی توسط حکومت تدوین میشود. آیا شما فکر می کنید که برای منع قوه قضائیه از ارزیابی تصامیم قوه مقننه، حمایت وجود دارد؟

### ج. چه چیز اکثریت را تشکیل میدهد؟

ستره محکمه همچنان به نتیجه گیری ادامه میدهد، چون اکثریت معتبر هرگز در رأی گیری عدم اعتماد به دست نه آمده، رأی گیری مدار اعتبار بود. این موضوع سوال را مطرح میسازد که دقیقاً چه چیز در یک مورد پیچیده ای مانند سپینتا اکثریت را تشکیل می دهد. در ماده 92 می خوانیم: "رای به اکثریت آرای کل اعضای ولسی جرگه صادر می گردد." اول، مهم است توجه داشته باشیم که ماده 92 خواهان اکثریت همه اعضای ولسی جرگه، در برابر اکثریت اعضای حاضر آن جلسه خاص میباشد. این بدان معنی است که اگر کمتر از 50 درصد از اعضای در جلسه حاضر باشند، هیچ قانون تصویب شده نمی تواند.

فرمول برای تعیین اکثریت در واقع 50 درصد به علاوه 1 است. اما در اینجا محکمه با تساوی آرا مواجه است، که به تعقیب آن رأی گیری دوم باید به اکثریت پایان یابد. قانون اساسی هیچ دستوری در باره تساوی آرا ارائه نمی دهد. هنگامی که قانون اساسی هیچ راهنمایی در یک وضعیت خاص مثل این موضع را فراهم نمی کند، محکمه تفسیر کننده برای پر کردن این شکاف باید به مراجع قانونی دیگر مراجعه نماید. در این قضیه، محکمه به این نتیجه رسیده "با در نظر داشت اصول حقوقی، هر دو اسلامی و بین المللی، رأی گیری که به تعداد مساویانه آرا تقسیم میگردد، معتبر شمرده نمیشود." محکمه در ادامه توضیح میدهد که در تاریخچه شورای ملی برگزاری رأی گیری دوم پس از تساوی آرا جای داشته است، اما سلوک رفتار شورای ملی رأی گیری دوم را ممنوع کرده است. عطف به نورم های حقوقی بین المللی، مقررات رویه ای و عملکرد محلی شیوه عام برای پر کردن شکاف در قانون اساسی شمرده میشود.

سپس محکمه با اعلان اینکه چون رأی گیری اول مساویانه به پایان رسید، اکثریت رأی عدم اعتماد برای وزیر امور خارجه نداده. با توجه به متن قانون اساسی "رای به اکثریت آرای کل اعضای ولسی جرگه صادر می گردد." یک تفسیر معقول به نظر می رسد. آیا شما با این نتیجه گیری موافق هستید؟ اگر رأی

گیری عدم اعتماد ولسی جرگه مساویانه به پایان می رسد، آیا رأی گیری دوم جای ندارد؟ یا اینکه رأی گیری آینده برای شکست تساوی لازم است؟

#### د. آیا رأی گیری دوم معتبر بود؟

ستره محکمه سپس نتیجه می گیرد که رأی گیری دوم به طور مستقل بی اعتبار بود چرا که برخی از اعضای ولسی جرگه که در رأی گیری دوم رأی دادند در بحث های قبل از رأی گیری اول حاضر نبودند. محکمه استدلال میکند که این امر رأی گیری دوم را غیر قانونی میسازد به این دلیل که تعدادی از اعضای رأی دهنده به خوبی از موضوع رأی گیری مطلع نبودند. محکمه نظر خود را بر پایه کدام صلاحیت ابراز میکند؟ ماده 92 تنها لازم میداند "که رأی . . . توسط به اکثریت آرای کل اعضای ولسی جرگه صادر میگردد." در این ماده در باره مطلع بودن اعضای رأی دهنده قبل از رأی گیری عدم اعتماد یک وزیر، هیچ چیز گفته نشده است. آیا نتیجه گیری ستره محکمه در باره بی اعتبار بودن رأی گیری به دلیل غیابت بعضی از اعضای ولسی جرگه در آن، معقول است؟ آیا این فیصله درست است؟

#### ه. یک تصمیم گیری سیاسی؟

این قضیه در باره تفکیک قوآ در افغانستان به ما چه میگوید؟ این قضیه در باره ماهیت رابطه بین قوای سه گانه حکومت افغانستان به ما چه میگوید؟ قضیه سپینتا به این سبب انتقاد شد که رئیس جمهور کرزی در رقابت با شورای ملی برای رسیدن به اهداف خود از آن به حیث یک ابزار استفاده کرد. آیا شما با این نقد موافق یا مخالف هستید؟ چرا؟

#### سوال های مباحثه

1. پس از خواندن این فصل و قضیه سپینتا، به نظر شما آیا تمام ارکان حکومت افغانستان دارای صلاحیت مساویانه اند؟
2. بر اساس آنچه که در قضیه سپینتا اتفاق افتاد، آیا شما فکر می کنید که هر یکی از قوای حکومت افغانستان قادر به اعمال صلاحیت خود در قانون اساسی میباشد؟ شما برای حمایت از نظر خود مثال داده میتوانید؟
3. آیا مثال های دیگر در افغانستان وجود دارند که رئیس جمهور یک موضوع را غرض ابراز نظر به ستره محکمه محول ساخته باشد؟ نتیجه آن چه بود؟

#### هشتم. نتیجه گیری: آینده تفکیک قوآ در افغانستان

یکی از بزرگترین چالش های تفکیک قوآ که افغانستان را در سال های آینده با آن مواجه خواهد بود، تفاوت بین تفکیک قوآ حقوقی (چگونگی تسجیل آن در قانون اساسی) و تفکیک عینی یا واقعی قوا

(چگونگی اعمال آن در عمل) است.<sup>284</sup> قانون اساسی بسیاری از صلاحیت های رسمی را به قوه مقننه و قوه قضائیه واگذار کرده است تا با استفاده از آن بر اعمال قوه اجرائیه نظارت کنند. اما در واقعیت، قوه مقننه و قوه قضائیه قادر به اعمال این صلاحیت ها نمیباشند.

اول، قوه قضائیه قادر نه خواهد بود به طور مستقل بر قوه اجرائیه نظارت نماید زیرا انتصاب و عزل قضات محاکمی پایین تر به طوری یک جانبه توسط مقام ریاست جمهوری تایید میگردد و نیازی به تصویب پارلمان ندارد.<sup>285</sup> علاوه بر این، قوه قضائیه در تهیه و اجرای بودجه خود وابسته به قوه اجرائیه میباشد. قوه اجرائیه با استفاده از آن قوه قضائیه را بطور مکرر تحت اعمال فشار قرار داده است.<sup>286</sup>

دوم، ضعف نهادی شورای ملی ظرفیت نظارتی آن از عملکرد قوه قضائیه را تضعیف ساخته است. این ضعف نهادی ناشی از پراگندگی اعضای شورای ملی و فقدان احزاب سیاسی میشود که روند تصمیم گیری را بطئی و ناکارآمد ساخته است. یک نمونه از این ضعف در نارسایی ولسی جرگه در ایجاد کمیسیون خاص برای "بررسی و مطالعه اعمال حکومت" طبق ماده 89 قانون اساسی میباشد. در این مثال، حتی اگر ولسی جرگه دارای صلاحیت حقوقی برای نظارت بر اقدامات حکومت باشد، ضعف تشکیلاتی آن مانع اعمال صلاحیت و در نتیجه از اعمال صلاحیت نظارتی آن بر قوه اجرائیه جلوگیری میکند.

سوم، افغانستان با تمرکز صلاحیت در ریاست جمهوری، دارای یک سیستم بسیار متمرکز حکومتی است. به طور خاص، رئیس جمهور دارای اختیارات گسترده یک جانبه در انتصاب مقامات به ادارات فرعی ملی از قبیل ولایتی، ولسوالی و پلیس میباشد. این صلاحیت ها رئیس جمهور را در مشاجره با اعضای شورای ملی قوت میبخشد و در نتیجه عملیه نظارتی بالای قوه مقننه بر قوه اجرائیه را مشکل میسازد.<sup>287</sup>

آینده نشان خواهد داد که چگونه افغانستان قادر خواهد شد تا شکاف بین تفکیک قوا را در نظر و عمل باهم آشتی دهد.

<sup>284</sup> ابراز امتنان از پروفسور محمد اسحق زاده به خاطر فراهم ساختن نظرات و معلومات این بخش.

<sup>285</sup> مراجعه کنید به:

Ranier Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, 64 ZaöRV 897 (2004).

<sup>286</sup> مراجعه کنید به:

Lorenzo Delesgues & Yama Torabi, *Integrity Watch Afghanistan, Reconstructing National Integrity System Survey* (2007).

<sup>287</sup> مراجعه کنید به:

Anne Evans, Nick Manning, Yasin Osmani, Anne Tully & Andrew Wilder, *Afghanistan Research and Evaluation Unit & The World Bank, A Guide to Government in Afghanistan* (2004).

## فصل سوم: قوه اجرائیه

### اول. مقدمه

در جریان آماده‌گی‌ها که منجر به تدویر لویه جرگه قانون اساسی در سال 2003 گردید، رئیس جمهور کرزی خاطر نشان ساخت: ”در کشوری که در آنجا نهادهای نیرومند وجود نداشته باشند، جائیکه هنوز هم اثرات مخالفت‌ها وجود دارند، ما به یک نظام دارای مرکزیت واحد نیاز داریم، نه چندین مرکز قدرت.“ در حالی که قانون اساسی اختیارات را به ارکان دیگر حکومتی واگذار میکند و حقوق قابل ملاحظه فردی را تسجیل مینماید، بطور آشکار بر دیدگاه اقتدار نیرومند مرکزی به مثابه نیروی بسیج کننده صحه میگذارد و به همین ترتیب رئیس جمهور را با اختیارات وسیع برای حکومت کردن مجهز میسازد.

در این فصل، ما صلاحیت‌های رئیس جمهور را در روشنایی قانون اساسی بررسی، اهمیت و مزایای قدرت متمرکز شده در قوه اجرائیه را تحلیل میکنیم. ما بحث را با ساختار رسمی در قانون اساسی به شمول انتخابات ریاست جمهوری، مزایا، محدودیت‌های دوره خدمت، شرایط مقتضی، جانشینی و سلسله مراتب را آغاز میکنیم. بعداً بحث صلاحیت‌ها و مکلفیت‌های رئیس جمهور را با توضیح نقش دوگانه وی به حیث رئیس دولت و رئیس حکومت با وزارتخانه‌های متعدد آن ادامه میدهیم. در جریان تحلیل و بررسی قانون اساسی موجود، ما به عناصر از قانون اساسی سال 1964 افغانستان غرض مقایسه آن با نظام فعلی افغانستان مراجعه خواهیم کرد. در فصل چهارم تحت عنوان حکومت و اداره، در بحث قوه اجرائیه ماده‌های قانون اساسی در باره ساختار تشکیلاتی مقام ریاست جمهوری و وزارت خانه‌ها را به بحث میگیریم.

### سوال‌های مباحثه

1. آیا شما با اظهارات فوق الذکر رئیس جمهور کرزی موافق هستید؟
2. اگر چنین نظامی در قانون اساسی کشور تسجیل گردیده باشد، تغییر آن چقدر دشوار است؟
3. آیا رویکرد رئیس جمهور کرزی تمرکز بیش از حد بر ثبات کوتاه مدت دارد، در حالی که برای حکومت نماینده ظرفیت دراز مدت را محدود میسازد؟ یا این یک قربانی لازم در کشوری که هنوز هم در تلاش برای ایجاد حکومت با ثبات میباشد؟

### دوم. ساختار صوری یا شکلی

#### الف. بررسی اجمالی قوه اجرائیه

از جمله 162 ماده در قانون اساسی سال 2004، تنها یازده آن مربوط فصل سوم تحت عنوان رئیس جمهور میشوند. به منظور درک وظایف و اختیارات رئیس جمهور و همچنین رابطه رئیس جمهور با ارکان دیگر دولت و مقامات حکومتی در وزارتخانه‌ها، اول ما به متن قانون اساسی نظر می‌اندازیم.



موقف رئیس جمهور چیست؟

قانون اساسی افغانستان

ماده 60

رئیس جمهور در رأس دولت جمهوری اسلامی افغانستان قرار داشته، صلاحیتهای خود را در عرصه های اجرائیه، مقننه، قضائیه، مطابق به احکام این قانون اساسی، اعمال می کند.

در این جمله مختصر مفاهیم زیادی گنجانیده شده است. به طور کلی، این بدان معنی است که قانون اساسی صلاحیت های خاصی را در هر یک از قوای سه گانه دولت به رئیس جمهور واگذار میکند. در عرصه اجرائیوی، رئیس جمهور صلاحیت فرمان نیروهای مسلح (فقره های 3-6 ماده 64)، اعلان حالات اضطراری (فقره 8 ماده 64)، انتصاب و نظارت وزرا و دیگر مقامات حکومتی (فقره 11 ماده 64)، ایجاد کمیسیون ها (فقره 20 ماده 64)، و نمایندگی کردن از کشور در برابر کشورهای خارجی را (فقره های 14، 15 و 17 ماده 64) دارد. در زمینه های تقنینی، رئیس جمهور یکجا با شورای ملی صلاحیت تعیین خط مشی ملی (فقره 2 ماده 64)، تأیید یا ویتو قانون (فقره 16 ماده 64)، (ماده 79)، افتتاح جلسات فوق العاده شورای ملی بعد از رخصتی (ماده 107)، انتصاب یک سوم از مشرانو جرگه (ماده 84). در زمینه قضایی، رئیس جمهور صلاحیت انتصاب قضات ستره محکمه و قضات پایین تر (ماده 132)، و تصویب احکام مجازات اعدام (ماده 129) را دارد.

نکته مهم دیگر و قابل توجه در مورد ماده 60 این است که این ماده محدودیت صریح را بر صلاحیت رئیس جمهور وضع میکند. رئیس جمهور این صلاحیت ها را تنها "در مطابقت با احکام قانون اساسی" اعمال کرده میتواند. حتی اگر رئیس جمهور در پیشبرد وظیفه بیان شده در قانون اساسی عمل می کند، اقدام موصوف نباید در مخالفت یا تناقض با هیچ یک از احکام دیگری قانون اساسی باشد. مثال، به اساس بنده 10، ماده 64 رئیس جمهور دارای صلاحیت و وظیفه تعیین وزرای حکومت میباشد. با این حال، ماده 72 شرایط مقتضی برای یک وزیر را لیست میکند، که رئیس جمهور باید به آنها احترام بگذارد. او نمی تواند شخص ای که عمر آن کمتر از 35 سال باشد یا متهم به جنایات علیه بشریت و یک عمل جنایی و یا به حرمان از حقوق مدنی محکوم شده باشد را بحیث وزیر تعیین نماید. به این ترتیب رئیس جمهور باید قانون اساسی را اطاعت کند. ما این مسائل را در فصل های بعدی به بررسی و تحلیل بیشتر میگیریم، اما در این جا برای یک لحظه مفهوم صلاحیت های رئیس دولت جمهوری اسلامی را در نظر میگیریم.

سوال های مباحثه

1. چه "اختیارات" رئیس یک دولت باید در عرصه های اجرائیه، مقننه و قضائیه داشته باشد؟
2. خطرات ناشی از دادن اختیارات وسیع به رئیس دولت در هر سه قوه چیست؟
3. اگر تدوین کنندگان قانون اساسی در مورد تمرکز قدرت در قوه اجرائیه نگران بودند، در این صورت

## چه کاری برای جلوگیری از آن در قانون اساسی، انجام داده میتوانستند؟

### ب. رئیس جمهور و معاونین رئیس جمهور

ماده 60 اولین ماده در فصل سوم قانون اساسی است که ساختار اساسی قوه اجرائیه، موقف رئیس جمهور و دو معاون رئیس جمهور (یک "معاون اول رئیس جمهور" و یک "معاون دوم رئیس جمهور") را بیان میکند. شما ممکن بپرسید که چرا به جای یک معاون دو معاون رئیس جمهور؟ برخی از مفسران خاطر نشان میسازند که این ویژگی برای تشویق تنوع قومی در بالاترین سطح از اقتدار دولت در نظر گرفته شده است، و به این ترتیب این مقامات در واقع توسط اقلیت های قومی اجرای میگردند.<sup>288</sup> علاوه بر این، زمانی که خشونت و تهدید به خشونت علیه رهبران سیاسی بسیار عام است، این مورد با اهمیت تلقی میشود تا اقدامات احتیاطی اضافی برای حفظ تداوم حکومت مورد نظر باشند. ماده 60 مقرر میدارد که معاون اول رئیس جمهور مقام بعدی در صورت غیابت، استعفا و یا مرگ رئیس جمهور، و در صورت غیابت معاون اول رئیس جمهور، معاون دوم رئیس جمهور است.<sup>289</sup> همچنین این ماده حکم میکند که نامزد ریاست جمهوری همزمان نام دو معاون ریاست جمهوری را غرض آگاهی ملت (لیستی گروهی از نامزد ها در مبارزات انتخاباتی) قبل از رأی گیری اعلان میکند.

به نظر می رسد که نقش قانون اساسی معاونین رئیس جمهور افغانستان به طور انحصاری محدود به قوه اجرائیه است. در واقع، بدون در نظر داشت جانشین رئیس جمهور در حالات یادشده، قانون اساسی در باره نقش معاون رئیس جمهور دقت لازم نکرده است. اگر چه بسیاری از ملت ها، نه همه، نقش معاون رئیس جمهور را به قوه اجرائیه محدود میسازد. مثال، بند 3 ماده اول قانون اساسی ایالات متحده امریکا بیان میدارد: "معاون رئیس جمهور ایالات متحده باید رئیس مجلس سنا باشد، اما حق رأی نخواهد داشت، مگر اینکه آراء به طور مساویانه تقسیم شده باشند. سنا متصدیان دیگر و رئیس مؤقت خود را در صورت غیابت معاون رئیس جمهور تعیین میکند، و یا این که چه زمانی مسئولیت دفتر رئیس جمهور ایالات متحده را عهده دار میشود." بر اساس قانون اساسی ایالات متحده معاون رئیس جمهور عضویت هر دو قوه اجرائیه و قوه مقننه دارد. طوری که شما از فصل دوم درباره تفکیک قوا به یاد دارید، برخی ممکن استدلال کنند که این نقض اصل تفکیک قوا است. به همین ترتیب، این موضوع در ایالات متحده به حیث یک موضوع بحث برانگیز باقی مانده است، هر چند نقش معاصر تقنینی معاون رئیس جمهور به طور کلی حداقل است و تقریباً همیشه جنبه تشریفاتی دارد نه ماهوی.<sup>290</sup>

### ج. جانشینی

<sup>288</sup> Rainer Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, 64 Heidelberg Journal of International Law 897, 915 (2004).

<sup>289</sup> استدلال میشود که ایجاد پست دوم معاون ریاست جمهوری تصمیم سیاسی مصلحت آمیز رئیس جمهور کرزی و دلایان نیرومند قدرت برای کسب حمایت از سیستم ریاستی، قبل از لویه جرگه بود:

International Crisis Group, *Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga*, 3 (12 December 2003), <http://www.crisisgroup.org/~media/Files/asia/south-asia/afghanistan/B029%20Afghanistan%20The%20Constitutional%20Loya%20Jirga.pdf>.

<sup>290</sup> United States Senate, Vice President of the United States (President of the Senate), *available at* [http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Vice\\_President.htm](http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Vice_President.htm).

در صورت عدم توانایی رئیس جمهور، قانون اساسی میکانیزم های روشن برای انتقال صلاحیت اجرایی را ارائه میکند. این میکانیزم ها اول در ماده 60 مطرح میشوند.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 60

معاون اول رئیس جمهور در حالت غیاب، استعفا و یا وفات رئیس جمهور، مطابق به احکام مندرج این قانون اساسی، عمل می کند. در غیاب معاون اول رئیس جمهور، معاون دوم مطابق به احکام مندرج این قانون اساسی عمل می کند.

به تنهایی، این ماده ناقص است. در حالی که این ماده شرایط ضرورت انتقال اختیارات اجرایی (غیاب، استعفا و یا مرگ رئیس جمهور) را نشان می دهد، و نظم انتقال مبتنی بر قانون اساسی (معاون اول رئیس جمهور، سپس معاون دوم رئیس جمهور) را ارائه میکند، موضوع را به جای دستورالعمل صریح و روشن با ابراز نظر کلی نتیجه گیری میکند. این ماده بنیاد ساده را میگذارد و برای ساختار کامل انتقال مشروط قدرت ما باید به ماده های دیگر نگاه کنیم.

ماده های 67 و 68 بر بنیاد ماده 60 استوار است. بر اساس ماده 60، حکم به سادگی قابل فهم است که معاون اول رئیس جمهور "مطابق به احکام مندرج این قانون اساسی عمل می کنند." این احکام در ماده های 67 و 68 تصریح شده. ماده 67 تصریح میکند که در شرایط خاص، "معاون اول رئیس جمهور صلاحیت ها و وظایف رئیس جمهور را به عهده میگیرد." این شرایط عبارتند از: "استعفا، عزل یا وفات رئیس جمهور و یا مریضی صعب العلاج که مانع اجراء وظیفه شود." برای تشخیص "استعفا" طبق ماده 67 "رئیس جمهور استعفای خود را شخصاً به شورای ملی اعلام می نماید." همچنین در ماده 67، به صراحت گفته شده که "تثبیت مریضی صعب العلاج توسط هیئت طبی با صلاحیت که از طرف ستره محکمه تعیین میگردد، صورت میگیرد." اگر یکی از این حالات پیش می آیند، از ماده 67 معلوم میشود که مکلفیت های قانون اساسی معاون رئیس جمهور عهده دار شدن صلاحیت ها و وظایف رئیس جمهور میباشد.

اما غیابت رئیس جمهور به چه معنی است؟ شما ممکن متوجه شده باشید در حالی که ماده 60 از "غیابت" به حیث شرط اول و ضروری یاد میکند، حکم بند اول ماده 67 چنین نیست. آیا حکم دیگری وجود دارد که در صورت غیابت رئیس جمهوری اقدامات معاون اول را تنظیم نماید؟ در واقع، بند اخیر ماده 67 می گوید: "در صورت غیاب رئیس جمهور، وظایف معاون اول توسط رئیس جمهور تعیین می گردد." به عبارت دیگر، رئیس جمهور می تواند تصمیم بگیرد که کدام وظایف را در غیاب خود به معاون اول تفویض نماید. این قابل درک است زیرا که از همه این سناریو های بالقوه، تنها غیابت رئیس جمهور به او اجازه می دهد به طور خاص وظایفی مورد نظر خود را به معاون رئیس جمهور تفویض نماید، مشخص سازد و ممکن دلایل معتبر وجود داشته باشند که چرا رئیس جمهور نمی خواهد همه وظایف را به او تفویض نماید. با این حال، در صورت استعفا، عزل، وفات، یا مریضی صعب العلاج که مانع اجراء وظیفه شود بطور اتومات طالب انتقال وظایف مقام ریاست جمهوری میباشد.

در مواردی که طی آن معاون رئیس جمهور صلاحیت ها و وظایف رئیس جمهور را به عهده میگیرد، ”در این حالات در خلال مدت سه ماه انتخابات به منظور تعیین رئیس جمهور جدید طبق ماده شصت و یکم این قانون اساسی برگزار می گردد.“ معاونین رئیس جمهور می توانند خود را برای مقام ریاست جمهوری نامزد نمایند. هرگاه معاون رئیس جمهور به حیث رئیس جمهور مؤقت ایفای وظیفه نماید، ماده 67 به او اجازه انجام امور ذیل را نمی دهد: ”1. تعدیل قانون اساسی، 2. عزل وزراً 3. مراجعه به آرای عمومی.“ این دو موضوع احکام بسیار مهم است. چرا تهیه کنندگان قانون اساسی چنین محدودیت های جدی را بر صلاحیت معاون ریاست جمهوری وضع نموده است؟ یکی از انگیزه های آن ممکن ترویج مشوق های اجتماعی سازنده باشند. به این ترتیب، معاون رئیس جمهور می داند اگر در نتیجه وفات، دچار ناتوانی و یا مجبوریت به استعفا رئیس جمهور، معاون وی به قدرت میرسد، صلاحیت های وی به عنوان رئیس جمهور مؤقت به طور قابل ملاحظه ای محدود است و او باید انتخابات را فقط در طول سه ماه برگزار نماید. توضیح دیگر این است که اگر رئیس جمهور استیضاح شود، مشروعیت اداره ممکن بطور قابل ملاحظه ای آسیب ببیند. این امر دارای اهمیت بوده و ممکن به رأی دهندگان فرصت دهد تا اداره حاکم را با انتخاب مقامات جدید تعویض نمایند نه اینکه صرف یکی از متحدین سیاسی رئیس جمهور اسبق را به جای او ارتقا دهند.

#### سوال های مباحثه

در نظام ریاستی جمهوری آمریکا، اگر معاون رئیس جمهور به ریاست جمهوری ارتقا میابد، او زمان باقی مانده تصدی ریاست جمهوری قبل از برگزار انتخابات دیگری، تکمیل مینماید. واضح است که در این مورد یک عنصر ثبات در این تداوم وجود دارد، و چنین یک نظام ظاهراً غیر عادلانه نیست زیرا معاون رئیس جمهور توسط عین ورق رأی رئیس جمهور انتخاب گردیده است. آیا شما میتوانید در ارتباط به این موضوع در باره نظام افغانستان فکر کنید؟ و آیا می توانید در باره دلایل برای نظام آمریکایی فکر کنید؟

ماده 68 به این نظام جانشینی روشنی بیشتر می اندازد. اگر معاون رئیس جمهور فوت یا استعفا میکند، رئیس جمهور ممکن جایگزین وی را با تأیید ولسی جرگه تعیین نماید. طوری که می بینید، عین محدودیت ها بر صلاحیت های رئیس جمهور مؤقت طوری که در بالا مورد بحث قرار گرفت در این مورد نیز قابل اعمال میباشد.

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 68

در صورت وفات همزمان رئیس جمهور و معاون اول وی، بالترتیب معاون دوم، رئیس مشرانو جرگه، رئیس ولسی جرگه و وزیر خارجه یکی بعد دیگری مطابق به حکم مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی وظایف رئیس جمهور را به عهده می گیرند.

#### د. امتیازات

معاش و امتیازات برای مقامات حکومتی همیشه یک مسئله بحث برانگیز بوده است. یکی از دلایلی شامل ساختن احکام قانون اساسی در باره این موضوع، مشکل ساختن این موضوع برای مقامات دولتی است تا به قیمت اعتبار مردم از صلاحیت ها برای زر اندوزی شخصی استفاده ننمایند. به هر حال، تعدیل قانون اساسی برای مقامات حکومتی بسیار مشکل خواهد بود نسبت طرح یک قانون عادی جدید و یا لغو قانون عادی سابقه برای این منظور.

ماده 70 مقرر میدارد که معاش و مصارف رئیس جمهور توسط قانون تنظیم میشود و بعد از ختم دوره خدمت رئیس جمهور "برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره ریاست جمهوری مطابق به احکام قانون مستفید می شود." در صورت "عزل" از مقام خود، رئیس جمهور مستحق این امتیازات شناخته نمیشود. از نظر شما چرا تهیه کنندگان پیش نویس، این عناصر را در حکم این ماده قانون اساسی تسجیل نموده اند؟ با تنظیم معاش و امتیازات رئیس جمهور توسط قانون مصوب قوه مقننه، قانون اساسی وسیله نظارتی را بر منبع ممکن فساد را فراهم میسازد.

امتیازات مالی مادام العمر به چه مفهوم است؟ با این همه، یک دوره تصدی ریاست جمهوری برای پنج سال است، اما احکام ماده 70 به این معنی است که هر رئیس جمهور حقوق یا معاش ریاست جمهوری را برای مدت باقی مانده از عمر خود دریافت میکند. یکی از دلایل پرداخت معاش مادام العمر ممکن این باشد که انگیزه برای سوء استفاده از موقعیت و سرقت بودجه عمومی برای منافع خصوصی را کاهش می دهد. علاوه بر این، این حکم ممکن نمایانگر بی مانند بودن موقف ریاست جمهوری و واقعیت عملی زندگی پس از انتخابات ریاست جمهوری باشد. هنگامی که شما به عنوان رئیس دولت خدمت را اجرا مینمایید شما به احتمال زیاد به دلیل فوق واجد شریط بودن به کار دیگر گماشته نمیشوید، و برای نگه داشتن رئیس جمهور سابق خارج از مارکیت اشتغال، به احتمال زیاد دلایل امنیتی قابل توجهی وجود دارد.

## ه. وظایف معتمدی ریاست جمهوری

### وظایف معتمدی ریاست جمهوری و حقوق نماینده گی

بحث قبلی در باره امتیازات رابطه نزدیک به موضوع بعدی یعنی وظایف معتمدی دارد. باید گفت که قانون اساسی اصطلاح "وظایف معتمدی" یا نماینده گی را بکار نمی برد و ما این اصطلاحات به اساس تشابه یا مقایسه برای توضیح این مجموعه از محدودیت های قانون اساسی بر صلاحیت رئیس جمهور بکار میبریم. مفهوم وظیفه معتمدی بطور معمول در حقوق، نماینده گی مطرح میشود زمانی که نماینده معتمد وکیل باشد. به عبارت دیگر، زمانی که شما به حیث وکیل شخص را غرض یک کار معین به حیث نماینده خود معرفی میکنید، او مکلفیت های معین به خاطر اجرای کار مورد نظر در برابر شما دارد. این وجایب را به نام وظایف معتمدی یاد میکنند. بطور بسیار عام، این وظایف از نماینده میخواید از صلاحیت قانونی خود که وکیل غرض پیگیری انجام کار به او تفویض نموده است، استفاده نماید.<sup>291</sup>

<sup>291</sup> دیده شود:

generally, Frank Easterbrook & Daniel Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 Journal of Law & Economics 425 (1993).

در جمهوری دموکراتیک، مردم نماینده گان را برای نمایندگی خود انتخاب مینمایند و به آنها اختیارات اتخاذ تصامیم (قوانین) میدهند که مردم را به حیث نماینده گان مکلف به انجام کار مینمایند. در قوه مقننه، نماینده گان منتخب از اقشار معین نفوس ملی نمایندگی میکنند. از لحاظ تیوری هر نماینده از منافع مؤکلین خود حمایت میکند و در تلاش نیل به مقاصد قانونی آنها میباشد. قانونگذارانی که در دفاع از مؤکلین خود موفق نباشند، در انتخابات بعدی در برابر رأی دهندگان خود پاسخگو هستند. به عین مفهوم، رئیس جمهور نیز نماینده مردم بوده و به نمایندگی از آنها دارای صلاحیت پیشبرد امور میباشد. اما رئیس جمهور از قانونگذار توپیر دارد. برخلاف چندگانگی قانون گذاران، صلاحیت قوه مقننه در دست افراد قرار دارد. رئیس جمهور از ملت نمایندگی میکند نه بخشی از جمعیت یک کشور. وظیفه او در ارتباط با عملکرد حکومت و ملت آن قدر حساس است که او باید بیشتر از آنچه که توقع اکثریت رأی دهندگان میباشد، انجام دهد. مثال، به منظور تأمین تطبیق قوانین یا دفاع ملی، به منظور منافع ملی، رئیس جمهور میتواند خلاف خواسته های اکثریت عمل نماید.<sup>292</sup>

با توجه به بند 2 ماده "ملت افغانستان عبارت است از تمام افرادی که تابعیت افغانستان را دارا باشند." بند 1 ماده 4 به نوبه خود میگوید: "حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد، به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال میکند."<sup>293</sup> برای درک مفهوم نمایندگی و وظایف معتمدی به زبان ماده 4، می توان گفت که رئیس جمهور نماینده ملت مستقل افغانستان میباشد، و صلاحیت نمایندگی از اتباع افغانستان دارد. در ارتباط با بررسی ماده 66 که بعداً می آید رابطه مؤکل - وکیل و مفهوم وظایف معتمدی را در ذهن داشته باشید.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 66

(2) رئیس جمهور نمی تواند بدون حکم قانون ملکیت های دولتی را بفروشد یا اهدا کند.

(3) رئیس جمهور نمی تواند در زمان تصدی وظیفه از مقام خود به ملحوظات لسانی، سمتی، قومی، مذهبی و حزبی استفاده نماید.

مقصد این بندها روشن به نظر می رسد. بند اول به دنبال جلوگیری سوء استفاده توسط رئیس جمهور از طریق کنترل داشتن بر داریی های دولتی میباشد و این کنترل را به صلاحیت قانونی وی محدود میسازد.<sup>294</sup> این کار اختیارات ریاست جمهوری را در باره اداره داریی های دولتی محدود میسازد و قوه

<sup>292</sup> "زمانی کی مناسبت ها از تفاوت منافع با تمایلات مردم حکایت میکنند، آنهائیکه برای حمایت این از این منافع تعیین شده اند وظیفه دارند تا در برابر این اغفال مؤقت به منظور تفکر جدی و آرام مقاومت کنند."

"The Federalist No. 71, at 412 (Alexander Hamilton) (Kathleen Sullivan ed., 2009).

<sup>293</sup> تعدادی از محققین استدلال میکنند که منبع واقعی حاکمیت به آنهائی مربوط است که توانایی انتخابات و برکناری قدرتمندان دارند. "طبق میتود (جان) بدن، اگر مردم دارای توانایی انتخاب یا برکناری آنهائیکه در صدر زنجیره قدرت قرار دارند، باشند، در حقیقت آنها بدون در نظر داشت دکترین قانونی یا قانون اساسی که عملکرد سیستم سیاسی را بیان و توجیه میکند، حاکمیت دارند.... این حقیقت باقی میماند که جمهوری دموکراتیک شایسته نام میباشد، بدون اینکه کی و چه دارای حاکمیت است و بطور قابل ملاحظه به جهت حاکمیت مردمی تمایل دارد."

"Donald S. Lutz, Principles of Constitutional Design 140-41 (2006).

<sup>294</sup> ماده 9 مشعر است: "معادن و سایر منابع زیرزمینی و آثار باستانی ملکیت دولت می باشند. حفاظت و اداره املاک دولت و طرز استفاده درست از منابع طبیعی و سایر املاک عامه توسط قانون تنظیم می گردد." با در نظر داشت منابع غنی افغانستان، شما گفته

مقننه را به تصویب قوانین حاکم بر چنین اقدامات ریاست جمهوری، قادر می سازد. این یک مثال کلاسیک تفکیک قوا مبتنی بر قانون اساسی که برای محافظت مردم در برابر ظلم و فساد طراحی شده است.

بند دوم کمی زیرکانه فورمول بندی شده است. این بند نیز در جستجوی جلوگیری سوء استفاده ریاست جمهوری است، اما این بند موضوع را با برشمردن اهداف خاص منع شده که ممکن است به حیث توجیه و یا انگیزه برای استفاده از اختیارات ریاست جمهوری بکار گرفته شود، انجام میدهد. به مثابه مقام ارشد منتخب قوه اجرائیه، رئیس جمهور از تمام مردم افغانستان نمایندگی میکند، نه فقط خانواده، قبیله، یا ولایت خود. بر اساس ماده 66، رئیس جمهور باید "مصالح علیای مردم افغانستان را رعایت می کند" نه تنها افراد مربوط یک گروه خاص و مورد علاقه.

به نظر میرسد که ماده های 151، 152، 154 و 155 حین خدمت در سدد حفاظت منافع عمومی از طریق محدود کردن فساد و معاملات شخصی میباشند که در این بخش تشریح شد.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 151

رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزیران، رئیس و اعضای ستره محکمه، لوی خرنوال، روسای بانک مرکزی و امنیت ملی، والیان و شاروالها در مدت تصدی وظیفه نمیتوانند هیچ معامله انتفاعی را با دولت انجام دهند.

ماده 151 نگرانی ها در مورد معاملات شخصی و زراندوزی شخصی توسط مقامات دولتی حین صلاحیت داشتن با فرصت ها برای هدایت منابع دولتی به نفع خود، را رسیدگی مینماید. توجه داشته باشید که این حکم تمام فعالیت های کسب و کار سودآور را نه، بلکه تنها کسب و کار سودآور با دولت را ممنوع قرار میدهد. آیا این حکم جدیداً نافذ گردیده است؟ اگر شما در یکی از این موقعیت ها قرار میداشتید، آیا شما این حکم را یک محدودیت ناعادلانه و بیش از حد گسترده در فعالیت های اقتصادی مینداشتید یا خیر؟ توجه داشته باشید که قانون تجارتی به طور کلی مدیران و دیگر مامورین شرکت را به شرکت در معاملات خرید و فروش خود تا زمانی که آنها استانداردهای خاصی حمایت از سهامداران دیگر را برآورده سازد، اجازه میدهد. آیا ضرور است تا این ماده طوری اصلاح شود که زمینه را برای عیار ساختن معاملات شخصی با استانداردهای عادلانه بودن فراهم و منفعت عامه یا ملی آنها یقینی شود، یا اینکه ممنوعیت عام آن تضمین گردیده است؟

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 152

میتوانید که چگونه ماده 66 که بر صلاحیت رئیس جمهور محدودیت وضع میکند، وسیله مؤثر برای جلوگیری از فساد و سوء استفاده میباشد.

رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزراء، روسا و اعضای شورای ملی و ستره محکمه، لوی څارنوال و قضات نمی توانند در مدت تصدی و وظیفه به مشاغل دیگری اشتغال ورزد.

باز هم، این حکم منافع عمومی را قویاً حمایت نموده و در تلاش به حد اقل رساندن تضاد منافع میان وظایف رسمی و تشبثات خصوصی میباشد. با این همه، نکته کلیدی این است که معاشات برای این مقامات باید به اندازه کافی باشد تا با احکام یادشده مطابقت داشته باشند.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 154

دارایی رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزراء، اعضای ستره محکمه و لوی څارنوال قبل و بعد از دوره خدمت، توسط ارگانی که در قانون تعیین می گردد، ثبت، رسیدگی و نشر می شود.

آیا می توانید انگیزه برای این حکم را بیان کنید؟ اگر شما مخالف آن هستید، استدلال شما در باره بیش از حد نامناسب بودن و غیرمفید بودن آن در پیشگیری از فساد چه است؟ قبل از مرعی الاجرا شدن آن چه چیزی اتفاق خواهد افتاد؟ چه فکر میکنید اگر رئیس جمهور از توشیح قانون در باره ایجاد "ارگان" (نهاد حکومتی) مسؤل برای بررسی امور مالی مقامات رسمی امتناع ورزد؟

بالآخره، ماده 155 مربوط به معاشات مقامات معین منتخب میشود:

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 155

برای معاونین رئیس جمهور، وزراء، رؤسا و اعضای شورای ملی و ستره محکمه، قضات و لوی څارنوال مطابق به احکام قانون معاش مناسب تعیین می گردد.

این مفهوم را با جز 1 ماده دوم قانون اساسی ایالات متحده مقایسه کنید، "رئیس جمهور در زمان اعلام شده، در برابر خدمات خود، پاداش را دریافت میکند در طول دوره ای که او انتخاب میشود پاداش او نه افزایش و نه هم کاهش میابد، و او همچنان نباید در این دوره چگونه درآمد<sup>295</sup> دیگری از ایالات متحده، و یا هر یکی از ایالات های آن دریافت نماید." مقصد این حکم خاص جلوگیری قوه مقننه برای استفاده از کنترل خود بر معاش رئیس جمهور در طی دوره خدمت وی میباشد. با ممنوعیت قوه مقننه از تغییر در مقدار معاش رئیس جمهور در طول مدت دوره تصدی "آنها نه ثبات اقتصاد شخصی رئیس جمهوری تضعیف کرده میتوانند و نه هم روحیه او را با تشویق افزودن معاش فاسد ساخته میتوانند."<sup>296</sup> قانون اساسی افغانستان چنین جزئیات را به تصمیم قوه مقننه راجع میسازد. این مورد ممکن قضیه الکساندر همیلتون و سایر تدوین کنندگان قانون اساسی ایالات متحده را به نمایش بگذارد تا حکم آن شامل قانون اساسی شود.

<sup>295</sup> "درآمدی که معمولاً به شکل جبران یا سود از دفتر یا اشتغال ناشی میشود." Merriam-Webster Online Dictionary.

<sup>296</sup> The Federalist No. 73, *supra* note 5, at 421 (Alexander Hamilton).



## و. انتخابات

ماده 61 قانون اساسی شرایط لازم برای انتخابات ریاست جمهوری را بیان میکند، و زبان این ماده نسبتاً ساده است.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 61

رئیس جمهور با کسب اکثریت بیش از پنجاه فی صد آرای رأی دهندگان از طریق رأی گیری آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می گردد.

به اساس حکم این ماده یک نامزد برای رئیس جمهور شدن در انتخابات به اکثریت (بیش از 50 درصد از همه رأی) نیاز دارد. این شرط، که مخالف اکثریت ساده (رأی بیش از نامزدهای دیگر اما کمتر از 50 درصد آرای ریخته شده در صندوق های رأی) است، احتمال دور دوم انتخابات را بین نامزدهای نیرومند که کمتر از 50 درصد آرا را دریافت مینمایند، افزایش می دهد. این امر به ویژه با توجه به این که هیچ محدودیتی در تعداد برای نامزدی مقام ریاست جمهوری وجود ندارد، حقیقت دارد و در صورتی که تعداد نامزدها زیاد باشد این احتمال وجود دارد که هر یک از آنها فیصدی کمی از آرا را بدست آورد.<sup>297</sup> پس در صورتی که در دور اول برنده انتخابات معلوم نگردد، چه اتفاقی پیش خواهد آمد؟

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 61

(4) هرگاه در دور اول هیچ یک از کاندیدان نتواند اکثریت بیش از پنجاه درصد آرا را به دست آورد، انتخابات برای دور دوم در ظرف دو هفته از تاریخ اعلام نتایج انتخابات برگزار می گردد و در این دور تنها دو نفر از کاندیداهایی که بیشترین آرا را در دور اول به دست آورده اند، شرکت می نمایند.

جدول زیر را برای بحث در مورد کاربرد چگونگی این فرایند در انتخابات ریاست جمهوری در سال 2009 (یا کار نمی کند) مورد مطالعه قرار دهید.

با توجه به ماده 61، افغانها رئیس جمهور را از طریق انتخابات مستقیم و عمومی انتخاب می کنند. با این حال، انتخاب مستقیم و عمومی یگانه روش انتخاب رئیس جمهور یک جمهوری دموکراتیک نیست. در واقع، ایالات متحده با استفاده از سیستم مختلف به نام "کالج انتخاباتی"، که از طریق آن "انتخاب کنندگان" هر ایالت رأی خود را برای نامزد انتخاب شده در ایالت مربوطه میدهند. نتیجه انتخابات ریاست جمهوری

<sup>297</sup> برای مثال، در انتخابات ریاست جمهوری 2009، در حدود 40 رقیب علیه با حامد کرزی رقابت داشتند، که از جمله 29 تا اخیر انتخابات مبارزه کردند. International Crisis Group, *Afghanistan: Elections and the Crisis of Governance*, 6 (25 November 2009), [http://www.crisisgroup.org/~media/Files/asia/south-asia/afghanistan/b96\\_afghanistan\\_\\_\\_elections\\_and\\_the\\_crisis\\_of\\_governance.ashx](http://www.crisisgroup.org/~media/Files/asia/south-asia/afghanistan/b96_afghanistan___elections_and_the_crisis_of_governance.ashx).

توسط این انتخابات ایالتی تعیین می شود، نه با رأی سراسری در کشور.<sup>298</sup> البته، نظام فدرال ایالات متحده که سیستم کالج انتخاباتی را تسهیل میسازد، از نظر ساختاری کاملاً از نظام حکومت در افغانستان تفاوت دارد.

علاوه بر ”مستقیم بودن“ ماده 61 استفاده از اصطلاحات ”آزاد، عمومی و سری“ برای توصیف این انتخابات بکار میبرد. مخفی بودن و یا ”سری بودن“ به اساس حکم قانون در رأی گیری، رأی دهندگان را از واکنش شدید و اجبار محافظت و حمایت میکند. ”آزاد“ به طور کلی به این معنی است که رأی دهندگان باید فارغ از اجبار، و آزادانه به شخص مورد نظرشان رأی دهند. عمومی به مفهوم دست رسی تمام رأی دهندگان واجد شرایط طبق قانون اساسی به رأی دهی میباشد.

### قانون اساسی افغانستان

ماده 61

هرگاه یکی از کاندیداهای ریاست جمهوری در جریان دور اول یا دوم رأی گیری و یا بعد از انتخابات و قبل از اعلام نتایج انتخابات وفات نماید، انتخابات مجدد مطابق به احکام قانون برگزار می گردد.

این شرایط کاملاً مبهم بوده و به نظر می رسد و به سادگی اجازه می دهد تا برای دقیق ساختن آنها برای تدوین سند تقنینی جداگانه در آینده نیاز دارد. در یک نظامی که هیچ محدودیتی بر تعداد نامزدهای بالقوه ریاست جمهوری وضع نمی کند، آیا لازم به خاطر وفات یکی از نامزد ها در دور اول بدون هیچ گونه توجه به تأثیری آن بر نتیجه انتخابات، انتخابات مجدد برگزار گردد؟ در صورتی که برگزاری انتخابات مجدد وجوه مالی بسیار می خواهد، راه حل چیست؟

با توجه به ماده 61، مدت دوره خدمت ریاست جمهوری پنج سال است، و ”وظیفه رئیس جمهور در اول جوزای سال پنجم بعد از انتخابات پایان می یابد.“ این مطلب باید واضح باشد که صراحت طول مدت دوره خدمت در قانون اساسی برای محدود ساختن صلاحیت قوه اجرائیه به منظور جلوگیری از ظلم و ستم مفید است. با این حال، به جا است سوال شود که ”چرا پنج سال؟“

دوره خدمت رئیس جمهور ایالات متحده به جای پنج سال، چهار سال است. از نظر مؤسسين قانون اساسی، نیاز تعادل بین میل قوه اجرائیه مؤثر و محدود ساختن توانایی برای سوء استفاده و توسعه صلاحیت آن وجود دارد. ”همانطوری که از یک طرف، مدت چهار سال در تشکیل و استحکام قوه اجرائیه در حد کافی کمک خواهد کرد، از سوی دیگر، این مدت در حد لازم برای توجیه هوشدار به آزادی های عمومی طویل نمی باشد.“<sup>299</sup> در حالی که این بحث یک علم دقیق نیست، طول دوره باید به اندازه کافی طولانی باشد و رئیس جمهور برای انجام جدی وظایف خود تشویق نموده و به نماینده گی از ملت ریسک به را به عهده گیرد، ولی نه آنقدر طولانی که به ظهور استبداد مساعدت نماید. این مدت همچنان به اندازه مناسب طولانی باشد تا مردم اجراءات رئیس جمهور را مشاهده، شایستگی آنرا ارزیابی و قضاوت کرده بتوانند.

<sup>298</sup> برای معلومات بیشتر در باره کالج انتخاباتی در ایالات متحده، ویب سایت آرشیف ملی ایالات متحده به نشانی ذیل دیده شود:

<http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/about.html>

<sup>299</sup> The Federalist No. 71, *supra* note 5, at 414 (Alexander Hamilton).

این اصول همچنان در خصوص رئیس جمهور افغانستان نیز قابل اعمال میباشد، البته با سطح متفاوت و با در نظر داشت دو پهلوی از ترازو، در یک کشور در حال توسعه که نیاز به توسعه زیرساخت ها و اصلاحات گسترده نهادی نیاز دارد، تداوم در قوه اجرائیه حکومت ممکن است برای توسعه طویل المدت و مدیریت آن مهم باشد. با این حال، خطر بیشتری این نیز وجود دارد که قوه اجرائیه صلاحیت های خویش را افزایش دهد و از این حالت بهره گیری بیشتر نماید. شما این دو بعد موضوع را چگونه ارزیابی می کنید؟

ماده 61 نیز به صراحت توضیح می دهد که انتخابات ریاست جمهوری باید چه زمان برگزار گردد.

### قانون اساسی افغانستان

ماده 61

(3) انتخابات به منظور تعیین رئیس جمهور جدید در خلال مدت سی الی شصت روز قبل از پایان کار رئیس جمهور برگزار میگردد.

از آنجای که مدت خدمت رئیس جمهوری به تاریخ اول ماه جوزا پایان میابد، و انتخابات باید بین سی تا شصت روز قبل از پایان دوره خدمت رئیس جمهور برگزار شود، قانون اساسی به وضاحت دوره که در طی آن انتخابات باید برگزار شود، مشخص میسازد. علاوه بر این، ماده 156 کمیسیون مستقل انتخابات (IEC) اجازه میدهد "هر نوع انتخابات را اداره و نظارت نماید." با این حال، در انتخابات دور دوم ریاست جمهوری افغانستان، انتخابات چند ماه به تعویق برگزار شد که باعث ایجاد یک بحران قانون اساسی گردید.

### انتخابات ریاست جمهوری 2009

حامد کرزی در ماه اکتبر سال 2004 برای دور اول به حیث رئیس جمهور انتخاب شد. با توجه به ماده 61 قانون اساسی، دوره خدمت وی به تاریخ اول ماه جوزا 1388 (مطابق با 22 می 2009) به پایان میرسید، به این معنی که انتخابات آینده ریاست جمهوری باید بین شانزدهم حمل و پانزدهم ثور سال 1388 (مارچ 23 و 22 اپریل، 2009) برگزار می گردید. با این حال، کمیسیون مستقل انتخابات که به اساس ماده 156 قانون اساسی صلاحیت اداره انتخابات به عهده دارد، تعویق سه ماهه برگزاری انتخابات را اعلام کرد. توجیه برای تعویق هوای سرد، امنیت، و کمبودی زمان برای آمادگی عنوان شد که مانع رأی دادن بسیاری از مردم میگردد و به نوبه خود بر مشروعیت نتایج انتخابات تاثیر منفی از خود به جا میگذارد.<sup>300</sup>

دو سوال قانون اساسی در باره ضرورت به تعویق انداختن انتخابات ریاست جمهوری مطرح میشود. سوال اول این بود که آیا کمیسیون مستقل انتخابات صلاحیت به تعویق انداختن انتخابات غیر از احکام مندرج ماده 61 قانون اساسی دارد؟ و سوال دوم این بود که آیا با وجود زبان واضح و روشن مخالف ماده

<sup>300</sup> Ahmad Majidyar, *Afghanistan's Presidential Election*, American Enterprise Institute Middle Eastern Outlook Series, 1, 5 (January 2009), <http://www.aei.org/docLib/20090129-No1MEO23850g.pdf>.

61، این شرایط به رئیس جمهور برحالی، حامد کرزی اجازه ادامه تصدی امور را فراتر از اول ماه جوزا می دهد؟ پاسخ به سوال اول ظاهراً مثبت بود و انتخابات سه ماه بعد برگزار شد. سوال دوم به شدت مورد بحث قرار گرفت و در ارتباط به آن بعضی ها استدلال میکرد که کرزی باید قدرت را به مشرانو جرگه تسلیم نماید، دیگران استدلال میکردند که معاون اول رئیس جمهور باید زمام امور را بدست گیرد.<sup>301</sup> سوال به ستره محکمه راجع و بر آن شد که به منظور تأمین اجماع ملی و ثبات در کشور تا زمانی برگزاری انتخابات دور آینده کرزی به وظیفه خود به حیث رئیس جمهور ادامه دهد.<sup>302</sup>

بالاخره انتخابات برگزار شد و نتایج اولیه انتخابات نشان داد که کرزی 54.6٪ آرا و رقیب نیرومندی عبدالله عبدالله 27.7٪ آرا را بدست آورده اند. با این حال، تحقیقات تقلب توسط کمیسیون شکایات انتخاباتی نزدیک به 25 درصد از کل آرا بی اعتبار اعلان کرد که در نتیجه 48.3٪ رأی اعتبار برای کرزی و 31.5٪ رأی برای عبدالله باقی ماند. از آنجا که هیچ نامزد حداقل 50 جمع یک درصد از آرای مورد نیاز را بدست نیآورد، طبق حکم قانون اساسی دور دوم انتخابات باید برگزار میگردد. با این حال، پس از شکایت از "اقدامات نامناسب حکومت و کمیسیون انتخابات" عبدالله عدم اشتراک یا انصراف خود در دور دوم انتخابات اعلام کرد. این تصمیم یک معضل دیگر قانون اساسی را مطرح ساخت یعنی اینکه هیچ یک از نامزدان اکثریت واضح و مورد نیاز بیش از 50٪ به اساس حکم ماده 61 به دست نه آورده. با وجود این شرط در قانون اساسی، کمیسیون مستقل انتخابات یک روز پس از انصراف عبدالله به استناد فقدان نامزد دیگر، امنیت، و نگرانی های مالی کرزی را برنده انتخابات ریاست جمهوری اعلام کرد. با در نظر داشت مصارف و خطرات ناشی از برگزاری انتخابات دیگر، آیا اقدام کمیسیون مستقل انتخابات در باره لغو دور انتخابات دوم قابل توجیه میباشد؟ آیا این بدان معنی است که کمیسیون مستقل انتخابات به استناد بر ضرورت ثبات در کشور، ماده 61 را نقض کرده میتواند؟ کدام یک از نهاد های حکومتی دیگر (در صورتی که موجود باشد) دارای صلاحیت به چالش کشیدن این نوع تصمیم کمیسیون مستقل انتخابات میباشد؟ از قدرت برای به چالش کشیدن و یا داوری یک چالش به تصمیم کمیسیون مستقل انتخابات در چنین وضعیتی است؟ این اساساً یک سوال مربوی به تفکیک قوا بوده و موردی است که بعد از مطالعه این کتاب شما قادر به تجزیه و تحلیل آن خواهید شد.

ناظرین بین المللی نگرانی خود را در مورد استقلالیت کمیسیون مستقل انتخابات ابراز کرده است، به این دلیل که رئیس جمهور کرزی تمام هفت تن از اعضای کمیسیون را منصوب کرده است. گروه بحران بین المللی می نویسد: "در فبروری 2009، شورای ملی قانون را تصویب کرد که طبق آن قوه مقننه صلاحیت دارد تعیینات در کمیسیون مستقل انتخابات توسط ریاست جمهوری بررسی و تصویب مینماید و به این ترتیب تعصب و جانبداری را کاهش میدهد. کرزی به استناد عدم موجودیت یک مورد خاص در باره نظارت قوه مقننه بر انتصابات ریاست جمهوری در قانون اساسی، این قانون را ویتو کرد."<sup>303</sup> آیا کمیسیون مستقل انتخابات واقعاً هم یک کمیسیون مستقل است در حالی که اعضای آن توسط رئیس جمهور بدون هیچ گونه نظارت و یا تأیید توسط یکی از ارکان دیگر قدرت دولتی تعیین میشود؟ آیا تضاد منافع برای کمیسیون وجود دارد؟ آیا احکام موجود برای تعدیل یا اصلاح قانون اساسی به اندازه کافی مهم است؟

<sup>301</sup>d. at 5-6.

<sup>302</sup> Alex Thier, *Afghanistan's Constitutional Opera Continues . . .*, Comparative Constitutions (26 May 2009), <http://www.comparativeconstitutions.org/2009/05/afghanistans-constitutional-opera.html>

<sup>303</sup> International Crisis Group, *Afghanistan: Elections and the Crisis of Governance*, 6 (25 November 2009), [http://www.crisisgroup.org/~media/Files/asia/south-asia/afghanistan/b96\\_afghanistan\\_\\_\\_elections\\_and\\_the\\_crisis\\_of\\_governance.ashx](http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/b96_afghanistan___elections_and_the_crisis_of_governance.ashx).

### سوال مباحثه

نقل قول زیر را در روشنایی بحث ما از ماده 61 قانون اساسی را در نظر بگیرید. ”شما نمی توانید یک نظام دموکراسی را داشته باشید مگر اینکه انتخابات آزاد و عادلانه منطقی که طی آن مردم بتوانند رهبران را در محیط منطقی خوب و بی طرفانه اداره شده انتخاب و تعویض نمایند، و در محیطی که در آن آزادی نسبی از تهدید و ارباب و آزادی نسبی برای ابراز نظر برای مردم وجود داشته باشد. شما صرف با دور کردن سد یا نوار نمی توانید بگویید که این فقط «یک شکل دیگری از دموکراسی» است که در آن نامزدان به قتل میرسند، سکوت و یا تطمیع میشوند.“<sup>304</sup>

### ز. محدودیت های دوره خدمت

ماده 62 شخص را به دو دوره خدمت مقام ریاست جمهوری محدود میسازد و عین محدودیت زمانی را بر معاونین رئیس جمهور نیز وضع میکند. این محدودیت نگرانی علیه استبداد را حمایت کرده و به قوه مقننه مؤثر و مردمی تصدی امور را برای ده سال اجازه میدهد. البته این کار به خاطر تعادل این نگرانی ها میباشد. هر کشوری که محدودیت های زمانی را بر مقامات منتخب وضع مینماید باید واقعیت ها را در نظر داشته باشد. در بعضی حالات این محدودیت ها یک رئیس جمهور خوب را وادار خواهد ساخت تا زودتر نسبت به آنچه که اکثریت جمعیت ترجیح می دهد، ترک وظیفه نماید. بنا بر این حمایت از این نوع رهبر، نظامی را که او را به قدرت رسانده از بین میبرد. اگر چه در ایالات متحده دوره خدمت به جای پنج سال، چهار سال است، قانون اساسی ایالات متحده نیز مدت دو دوره مقام ریاست جمهوری اجازه می دهد.

تدوین کنندگان این قانون اساسی استدلال کرده که واجد شرایط بودن برای بار دوم ریاست جمهوری ضروری است. ”زمانی که مردم ببینند دلیلی برای بهبود رفتار آن وجود دارد، تداوم کارایجاب استفاده از استعداد و فضیلت آن مینماید و تأمین بهره برداری برای حکومت در یک نظام عاقلانه اداره ضرور است، این امر باعث فعال شدن مردم میشود.“<sup>305</sup> فکر می شد که احتمال انتخاب مجدد، رئیس جمهور دور اول را به اجرای بهتر و فعال تر وظایف تشویق خواهد کرد، اما محدود کردن رئیس جمهور به یک دوره خدمت، در نگهداشت مدیر ارشد و مؤثر اجرایی بدو ریسک بیش از حد بزرگ فرصت را از مردم میگیرد.

### ح. شرایط لازم و اوصاف نامزدی

ماده 62 شرایط لازم مورد نیاز برای هر نامزد ریاست جمهوری را بیان میکند. قید اول این ماده مقرر میدارد که برای واجد شرایط بودن، یک نامزد باید ”[1. تبعه افغانستان، مسلمان و متولد از والدین افغان بوده و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد.“ همانطوری که شما خواهید دید، این ماده تفصیل قابل توجهی را برای محدود کردن نامزدی برای افغانان ”سوچه“ ارائه میدهد. در این خصوص یک افغان نه تنها باید

<sup>304</sup> Larry Diamond, Ashraf Ghani & Rend al Rahim, *Democracy's Development: Second Elections in Iraq and Afghanistan*, 33 Fletcher Foreign World Affairs 47, 60–61 (2009).

<sup>305</sup> The Federalist No. 72, *supra* note 5, at 416 (Alexander Hamilton).

فاقد تابعیت دوگانه باشد، بلکه همچنان باید "متولد از والدین افغان" باشد. برخی ها اشاره کرده اند که در بحث قانون اساسی قبل از تصویب، "بومی گرایی قدرتمند مردم از سراسر کشور خواستار ممنوعیت وزرای دارای تابعیت دوگانه بود."<sup>306</sup> در حالی که یک سازش میانه در مورد وزرای دارای تابعیت دوگانه حاصل شد، اما نظر "سوچه" برای ریاست جمهوری برنده شد. در طول دور اول گذار، این محدودیت ممکن است تعدادی را برابر به شریط نداند در غیر این صورت به نامزدان که در نتیجه نا آرامی ها در کشور در خارج از افغانستان برای سال های زیاد زندگی می کنند، امیدوار کننده است.

بر اساس ماده 62 نامزد، "2. در روز کاندید شدن سن وی از 40 سال کمتر نباشد و 3. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد." چه دلایل از این الزامات واجد شرایط بودن حمایت می کنند؟

### اول. سوگند

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 63

بسم الله الرحمن الرحيم

"به نام خداوند بزرگ (ج) سوگند یاد می کنم که دین مقدس اسلام را اطاعت و از آن حمایت کنم. قانون اساسی و سایر قوانین را رعایت و از تطبیق آن مواظبت نمایم. از استقلال، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی افغانستان حراست و حقوق و منافع مردم افغانستان را حفاظت کنم و با استعانت از بارگاه پروردگار متعال و پشتیبانی ملت، مساعی خود را در راه سعادت و ترقی مردم افغانستان بکار برم."

این سوگند نامه مندرج ماده 63 قبل از آغاز وظیفه رسمی، رئیس جمهور به جا می آورد.

واضح است، که اسلام در سوگند مانند بقیه قانون اساسی جایگاه برجسته دارد.<sup>307</sup> رئیس جمهور سوگند یاد میکند که "که دین مقدس اسلام را اطاعت و از آن حمایت میکند" اما در ادامه قانون اساسی معنی آنرا بیشتر توضیح نمی دهد. این مورد با مطالبات ماده 62 سازگار است که یک نامزد برای واجد شرایط بودن برای مقام ریاست جمهوری است باید مسلمان باشد. واضح است که غیر مسلمان از لحاظ عقیدوی قادر به بجا آوردن این سوگند نیست. قانون اساسی برای وزرا، اعضای ستره محکمه، و یا اعضای شورای ملی مسلمان بودن را به حیث شرط مقرر نمی دارد.<sup>308</sup> با این حال، وزرای بر "حفاظت از دین مقدس اسلام"

<sup>306</sup>Barnett Rubin, *Crafting a Constitution for Afghanistan, in Constitutional Politics in the Middle East* 147, 156 (Said Amir Arjomand ed., 2008).

<sup>307</sup> دفاع از اسلام به مثابه بزرگترین مکلفیت رئیس جمهور حتی بزرگتر از مسئولیت وی در برابر قانون اساسی، نشان دهنده جایگاه دین در کشور و قانون اساسی میباشد. این همچنین نشان میدهد که رئیس جمهور نقش تعیین کننده را در اجرای این مسئولیت طبق برداشت وی از رجحان اصول اسلام دارد. با این حال ماده 64، که شامل تفصیل صلاحیت ها و مسئولیت های رئیس جمهور است، در باره اسلام حمایت از آن خاموش است.

Said Mahmoudi, *The Sharia in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment?*, 64 Heidelberg Journal of International Law, 867, 872 (2004).

<sup>308</sup> دیده شود ماده های 72 و 118.

سوگند یاد میکنند نه بر اطاعت از آن، و اعضای ستره محکمه سوگند یا میکنند "که حق و عدالت را بر طبق احکام دین مقدس اسلام . . ." تأمین میکنند و بناءً این تفاوت ها باعث هیچ ناسازگاری در مورد مطالبات واجد شرایط بودن نمی شود.<sup>309</sup>

در ارتباط با صلاحیت خود به حیث فرمانده کل نیروهای مسلح افغانستان، رئیس جمهور همچنین سوگند بر حفاظت "استقلال، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی افغانستان" یاد میکند و می داند که در تأمین امنیت ملی دارای هر دو یعنی صلاحیت و مکلفیت طبق احکام ماده 64 میباشد که بعداً مورد بحث بیشتر قرار میگیرد.

بالآخره، سوگند بر نقش رئیس جمهور به حیث شخص ارشد اجرائیوی، تطبیق کننده قوانین افغانستان و پاسخگو بودن در برابر مردم تأکید دارد. همانطور که در بالا ذکر شد، رئیس جمهور مسئولیت دارد به نمایندگی از مردم افغانستان عمل کند و وظیفه دارد تا از مقام خود بهره مندی شخصی به قیمت مردم استفاده نه کنند. ادای سوگند بر آن است که شرایط یاد شده مقام ریاست جمهوری توسط رئیس جمهور به طور رسمی اعلان و پذیرفته شود و به این ترتیب در برابر عموم مردم شرح مختصری از مسئولیت های خود بیان نماید.

## سوم. نقش های دوگانه قوه اجرائیه

### الف. مقدمه

آیا افغانستان نظام ریاستی دارد یا پارلمانی؟ این سوال بیشتر به طور کامل در فصل دوم درباره تفکیک قوا مورد بحث قرار گرفته، اما در این جا مفید به نظر میرسد تا موضوع را با بحث در باره نقش رئیس جمهور افغانستان آغاز کنیم. "در اکثریت نظام های پارلمانی ای که اداره حکومت را به عهده دارند از میان قانونگذاران وقت انتخاب میشود و دفتر رئیس ارشد اجرائیوی ملی یک امر تشریفاتی رسمی است که به طور معمول در تصمیم گیری های اداری واقعی سهم ندارد. در این خصوص گفته میشود که 'جدایی رئیس دولت از رئیس حکومت' وجود دارد."<sup>310</sup> باید گفت که این نظامی نیست که توسط قانون اساسی سال 2004 افغانستان ایجاد شده باشد و این دو عملکرد را در یک رئیس اجرائیوی قوی یکجا سازد. با این حال، ایفای نقش دوگانه به حیث "رئیس دولت" و "رئیس حکومت" برای مطالعه اختیارات و مسئولیت های قانون اساسی رئیس جمهور، مفید است. برای وضاحت، "دولت" اشاره به کشور مستقل دارد و «حکومت» اقتدار اجرائیوی دولت است.

قانون اساسی اختیارات گسترده برای رهبری و نظارت بر عملکرد دولت به رئیس جمهور میدهد. در یک نقش، رئیس جمهور رئیس دولت است که صلاحیت در تمام ارکان دولت و مسئولیت برای امنیت ملی<sup>311</sup>

<sup>309</sup> دیده شود ماده های 74 و 119.

<sup>310</sup> Laurence P. Claus, *Separation of Powers and Parliamentary Government, in Global Perspectives on Constitutional Law*, 48, 48 (Vikram Amar & Mark Tushnet, eds., 2009)

بطور عام، "نقش رئیس دولت" نمایندگی کردن از حامیت ملت است، به خصوص در ارتباط با سایر کشور ها و نهادهای بین المللی و اکثراً تعیین کردن مقامات حکومتی. نقش عمومی "رئیس حکومت" مدیریت حکومت و داشتن مسئولیت از مؤثریت آن میباشد. شما باید با ختم این فصل این مفاهیم را بسیار خوب بدانید و به مسئولیت های متفاوت تحت این دو نقش این دو مقام توجه لازم مبذول نمایید.

<sup>311</sup> Grote, *supra* note 1, at 904-05 ("According to the new Constitution, the president of the Islamic State of Afghanistan combines the powers which had been exercised by the King and by the Prime Minister under the Constitution of 1964.")

آن در ماده 60 شرح داده شده است. در نقش دوم خود، رئیس جمهور مقام ارشد حکومتی است، که صلاحیت تعیین وزرا، کنترل بر خط مشی حکومت و مقررات و مسئولیت مؤثریت حکومت دارد.<sup>312</sup> به این ترتیب درک نقش رئیس جمهور پایه و اساس در تاریخچه ایجاد قانون اساسی سال 2004 را تشکیل میدهد. پس از نتیجه گیری مشورت های عمومی در مورد احکام قانون اساسی پیشنهادی، کمیسیون بررسی قانون اساسی در سپتامبر 2003 پیش نویس قانون اساسی را به رئیس جمهور کرزی تقدیم کرد.<sup>313</sup> بر اساس این پیش نویس قانون اساسی، قدرت اجرائی بین رئیس جمهور منتخب بطور مستقیم و نخست وزیر تقسیم شده است.<sup>314</sup> رئیس جمهور دارای صلاحیت تعیین قضات ستره محکمه و یک سوم از مشرانو جرگه بود، در حالی که نخست وزیر مسئولیت اجرای قوانین، حفاظت از حاکمیت ملی افغانستان، تحقق منافع ملی، مدیریت مسائل مالی و گزارش به شورای ملی را به عهده داشت.<sup>315</sup>

در ابتدا، در پیش نویس صلاحیت انتخاب نخست وزیر به ولسی جرگه واگذار شده بود، اما بعداً این صلاحیت به رئیس جمهور و تأیید ولسی جرگه تغییر نمود. این استدلال که "در جامعه مسلح و متفرق ایجاد دو مرکز رقیب قدرت اجرائی - رأی مردمی در مقابل حمایت پارلمانی باعث بی ثباتی میشود منتج به تصویب یک نظام بیشتر قابل اعمال در سپتامبر 2003 گردید که در آن نخست وزیری که توسط رئیس جمهور منصوب میگردد نیاز به رأی اعتماد نداشته اما توسط رأی عدم اعتماد برکنار شده میتواند."<sup>316</sup> شورای امنیت ملی و کمیسیون پیش نویس در طول بررسی خود این مورد را تغییر دادند و پست نخست وزیر را از متن حذف کردند "و رئیس جمهور صلاحیت کامل تعیین کابینه (که اعضای آن نمی تواند عضویت قوه مقننه را داشته باشند) با تأیید پارلمان دریافت کرد."<sup>317</sup>

### ب. نقش رئیس جمهور به حیث رئیس حکومت

در حالی که اکثریت احکام مربوط به مقام ریاست جمهوری و وظایف ای که در ماده 64 لیست شده مربوط به نقش رئیس جمهور به حیث رئیس دولت میشود و از مقام و وظایف سلطنتی تحت قانون اساسی 1964، ناشی میشود که در آن صلاحیت "تعیین خطوط اساسی سیاست کشور با تأیید شورای ملی" در صلاحیت نخست وزیر یا رئیس حکومت تسجیل شده است.<sup>318</sup> بر اساس قانون اساسی 1964، نخست وزیر مسئولیت ارائه خط مشی حکومت برای تصویب به ولسی جرگه بوده.<sup>319</sup> بر اساس قانون اساسی سال 2004، رئیس جمهور خط مشی حکومت را تهیه میکند و تطبیق آن به مقامات کابینه بستگی ندارد.<sup>320</sup> وظیفه "اصلی حکومت کمک در اجرای خط مشی به رئیس جمهور است. بر خلاف قانون اساسی سال 1964، قانون اساسی سال 2004 هیچ مجالی را برای نقش مستقل حکومتی باقی نمی گذارد. . . وزیران نه تنها از سوی رئیس جمهور تعیین میشوند، بلکه در برابر او (ماده 77) مسئول نیز هستند، که در عمل به

<sup>312</sup> *Id.*

<sup>313</sup> International Crisis Group, *Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga*, 3 (December 12, 2003), <http://www.crisisgroup.org/~media/Files/asia/south-asia/afghanistan/B029%20Afghanistan%20The%20Constitutional%20Loya%20Jirga.pdf>.

<sup>314</sup> *Id.*

<sup>315</sup> *Id.*

<sup>316</sup> Rubin, *supra* note 19, at 154.

<sup>317</sup> *Id.*

<sup>318</sup> .. ماده 64، بند 2.

<sup>319</sup> ماده 89 قانون اساسی افغانستان 1964.

<sup>320</sup> Grote, *supra* note 1, at 907.



معنی [برکنار] ساختن آنها بطور یک جانبه توسط جمهور میباشد.<sup>321</sup> برای تأکید بیشتر بر این اصل، ماده 71 همچنان می افزاید ”حکومت متشکل است از وزراً که تحت ریاست رئیس جمهور اجرای وظیفه می نمایند.“

رئیس جمهور دارای صلاحیت تعیین وزراً و سران نمایندگی های سیاسی با تأیید ولسی جرگه میباشد.<sup>322</sup> بر اساس قانون اساسی سال 1964، شاه و نخست وزیر هر یک ایفای نقش در این فرایند داشتند.

### قانون اساسی 1964

#### ماده 89

حکومت توسط شخصیکه از طرف پادشاه به حیث صدراعظم مؤظف شده تشکیل میشود. اعضاء و خط مشی حکومت توسط صدراعظم به ولسی جرگه معرفی میشود و جرگه پس از مباحثه راجع به اعتماد بر حکومت تصمیم می گیرد. در صورت صدور رأی اعتماد فرمان پادشاهی راجع به تعیین رئیس و اعضای حکومت صادر میگردد سپس صدراعظم خط مشی حکومت را به مشرانو جرگه معرفی مینماید.

ماده 76، در حالی که در فصل سوم قانون اساسی نیامده، به طور مستقیم به ایجاد و تطبیق خط مشی حکومت مربوط میشود به ترتیبی که صلاحیت رئیس جمهور را در عرصه ای که به طور سنتی برای نخست وزیر محفوظ می باشد، بیشتر گسترش می دهد. ”حکومت برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود مقررات وضع و تصویب می کند. این مقررات باید مناقض نص یا روح هیچ قانون نباشد.“ بدون صلاحیت وضع مقررات به منظور تطبیق خط مشی ها و اجرای قوانین، حکومت به منظور اجرای خط مشی های خود به احتمال زیاد باید بر شورای ملی اتکا نماید. توجه داشته باشید که این ماده با وابسته ساختن صلاحیت نظم دهنده رئیس جمهور به نص و روح قوانین نافذ، محدودیت مهم بر آن وضع میکند. این ماده به قوه مقننه صلاحیت مهمی نظارتی بر اختیارات قانونی رئیس جمهور میدهد. این موضوع بعداً بیشتر در فصل چهارم تحت عنوان اداره مورد بحث قرار گرفته است.

#### ج. نقش رئیس جمهور به حیث رئیس دولت

”منشاء شاهی عملکرد رئیس جمهور هنوز هم در تعریف نقش وی در ماده 60 قانون اساسی قابل مشاهده هست. این ماده می گوید که رئیس جمهور رئیس دولت جمهوری اسلامی افغانستان است و صلاحیت های خود را در عرصه های اجرائیه، مقننه، قضائیه مطابق با احکام قانون اساسی اعمال میکند. بر خلاف قانون اساسی ایالات متحده که به صراحت صلاحیت رئیس جمهور را به مقام وی به حیث رئیس قوه اجرائیه دولت میداند. قانون اساسی جدید افغانستان به منظور عملکرد بلامانع دولت بطور کل، با تعیین مسئولیت های همه جانبه رئیس جمهور عمداً از تقسیم بندی کلاسیک قدرت فراتر میرود.“<sup>323</sup>

<sup>321</sup> *Id.*

<sup>322</sup> ماده 64، شماره های 11، 14.

<sup>323</sup> Grote, *supra* note 1, at 904-05.

حمایت از این تأکید، این واقعیت است که بسیاری از "صلاحیت ها و وظایف" رئیس جمهور که در ماده 64 آمده از ماده 9 قانون اساسی 1964 سرچشمه میگیرند، که به "حقوق و وظایف" پادشاه می پردازد. این موارد عبارتند از وظیفه یا مقام به: قیادت اعلاى قوای مسلح، اعلان جنگ و متارکه، تدویر لویه جرگه، اعلان آغاز و پایان حالت اضطرار، افتتاح اجلاس شورای ملی و لویه جرگه، تعیین قضات ستره محکمه، تعیین اعضای غیرمنتخب مشرانو جرگه، تعیین قضات و مقامات ارشد نظامی و غیرنظامی، توشیح قوانین، تخفیف و عفو مجازات و اعطای مدال ها.

ما با بعضی از این صلاحیت ها و وظایف در ذیل تماس میگیریم.

### امور نظامی

ماده 64 دارای چند بخش میباشد که به نقش غالب رئیس جمهور در امور نظامی مربوط میشود.

#### قانون اساسی افغانستان

ماده 64

رئیس جمهور دارای صلاحیت ها و وظایف ذیل میباشد:

.....

- 3 - قیادت اعلاى قوای مسلح افغانستان،
- 4 - اعلام حرب (جنگ) و متارکه به تأیید شورای ملی،
- 5 - اتخاذ تصمیم لازم در حالت دفاع از تمامیت ارضی و حفظ استقلال،
- 6 - فرستادن قطعات قوای مسلح به خارج افغانستان به تأیید شورای ملی،

اختیارات رئیس جمهور عمل یک جانبه در امور نظامی نامحدود نیست. در حالی که رئیس جمهور همیشه قوماندان اعلى قوای مسلح است، او بطور یک جانبه فقط در صورت بدون تأیید شورای ملی عمل می کند که اقدام او به خاطر "دفاع از تمامیت ارضی و حفظ استقلال" باشد. این حکم شامل موقعیت های مانند تهاجم، انقلاب، و یا حملات تروریستی میشود که در آن کشور برای تأیید شورا ملی منتظر باقی مانده نمی تواند.

این حکم برخلاف اقدام اعلام جنگ و متارکه و یا اعزام واحدهای نظامی در خارج از افغانستان است در این حالات، ماده 64 گرایش به تأمل و بحث عمومی دارد نیاز به تأیید شورای ملی راه است برای کسب اطمینان از پشتیبانی عمومی برای این اقدامات. یکی دلیل برای حمایت از چنین تمایز این است که جنگ (و یا پایان جنگ از طریق معاهده صلح) یا اعزام نیروهای نظامی به خارج از مرزهای کشور ممکن قربانی های طویل المدت و تعهد بخش بزرگ جمعیت کشور ایجاد نماید که حمایت مردمی برای آنها بسیار ضروری است. اعضای شورای ملی ممکن بیشتر آماده برای شنیدن به نظریات مردم در مناطق و ولایات خود باشند و در نتیجه حمایت عمومی برای اقدامات پیشنهادی بهتر سنجش کرده میتواند.

### صلاحیت در قوه اجرائیه

قانون اساسی 2004

### ماده 64

رئیس جمهور دارای صلاحیت ها و وظایف ذیل میباشد:

(13) تعیین و تقاعد، قبول استعفا و عزل قضات، صاحب منصبان قوای مسلح، پولیس و امنیت ملی و مامورین عالی رتبه مطابق به احکام قانون،

### قانون اساسی 1964

### ماده 9

پادشاه دارای حقوق و وظایف آتی میباشد:

(14) تعیین و تقاعد قضات و تعیین و تقاعد مامورین و صاحب منصبان عالی رتبه مطابق به احکام قانون.

به حیث رئیس قوه اجرائیه و سرقوماندان قوای مسلح که مسؤلیت امنیت کشور را به عهده دارد، منطقی به نظر می رسد که رئیس جمهور باید دارای این نوع کنترول بالای افسران اجرائیوی باشد که به منافع ملی خدمت میکنند. با این حال، قانون اساسی صلاحیت رئیس جمهور در مدیریت مقامات اجرائیوی از جمله وزرای حکومت، که نظر به قانون اساسی قسماً به ولسی جرگه میباشد و تعیین آنها نیاز به تأیید ولسی جرگه دارد، محدود میکند. فصل چهارم به موضوع صلاحیت در ارتباط به مقامات حکومتی بطور عمیقتر می پردازد. همچنان چگونگی ساختار اداری از جمله ادارات ولایتی و ولسوالی و کنترول ریاست جمهوری بر این نهادها از قبیل مقامات شهری، والی ها و سایر مقامات نیز در آن بررسی میشود. اختیارات ریاست جمهوری را نمی توان بدون شناخت همه جانبه وضعیت اداری و شبکه ای پیچیده از روابط میان آنها به درستی درک نمود.

### صلاحیت در قوه قضائیه

به عنوان بخش جالب بحث تفکیک قوا، توجه داشته باشید که ماده 64 به رئیس جمهور صلاحیت تعیین قضات بدون رضایت و یا تأیید هر رکن دیگر میدهد. "در حالی که اعضای ستره محکمه توسط رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه تعیین می شوند و تنها به اساس تقاضای بیش از یک سوم و تصویب اکثریت دو سوم (ماده 127) اعضای آن عزل میگردد، تعیین و عزل قضات در دادگاه های پایین تر به تصویب مجلس نیاز ندارد."<sup>324</sup> در حالی که این سیستم کنترول ریاست جمهوری بدون تأیید پارلمانی ممکن سریع تر و کارآمد تر باشد، ولی با خطر بیشتری فساد اجرائیوی نیز همراه است و تصور یک نظام مغرضانه عدلی را مجسم میسازد.

همانطوری که در بالا اشاره شد، رئیس جمهور همچنان طبق ماده 64 صلاحیت: تعیین رئیس و اعضای

<sup>324</sup>Grote, *supra* note 1, at 906.

ستره محکمه (دیوان عالی قضایی) به تأیید ولسی جرگه<sup>325</sup> دارد. این حکم با حکم ماده 13 قانون اساسی 1964 مطابقت دارد، به استثنای اینکه ماده قانون اساسی 2004 نیاز به تأیید ولسی جرگه دارد. همانطوری که شما در جدول زیر، این نوع نظارت پارلمانی بر صلاحیت ریاست جمهوری در حال حاضر مهم ثابت شده است.

### نامزد کردن قاضی القضاة

در سال 1385 (2006) رئیس جمهور کرزی فضل هادی شینواری را به مقام قاضی القضاة ستره محکمه افغانستان که تا آن زمان برای مدت 5 سال متصدی آن بود، نامزد ساخت. ولسی جرگه بر اساس ملاحظات در مورد سوابق تحصیلی و نفوذ دیدگاه محافظه کارانه مذهبی در تصمیم گیری های قانونی، نامزدی شینواری را در یک رأی گیری 117 در برابر 77 رد کرد.<sup>326</sup> علاوه بر این، پارلمان نامزدی سه کاندید دیگر کرزی برای عضویت در شورای عالی ستره محکمه را نیز رد کرد و پیام جدی نارضایتی از کار و فعالیت قوه قضائیه به وی ارسال نمود. بالآخره، آنها عبدالسلام عظیمی را به حیث قاضی القضاة تصویب نمود.

### صلاحیت در قوه مقننه<sup>327</sup>

یکی از مهم ترین عملکردهای رئیس جمهور توشیح قانون مصوب شورای ملی است.<sup>328</sup> پادشاه این نقش را طبق ماده 9 قانون اساسی سال 1964 ایفا میکرد و به وی صلاحیت میداد "قوانین را توشیح و انفاذ آنها را اعلان نماید." این نقش در ماده 94 قانون اساسی 2004 بیشتر پیگیری شده: "[1] قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد." چه اتفاق می افتد در صورتی که رئیس جمهور از توشیح طرح قانون مصوب هر دو مجلس شورای ملی امتناع ورزد؟ بر اساس ماده 94، رئیس جمهور می تواند طرح قانون را ویتو و به شورای ملی برگرداند، و به این ترتیب در ابتدا از تبدیل شدن آن به قانون جلوگیری میشود.<sup>329</sup> با این حال، حق ویتو ریاست جمهوری با رأی اکثریت دو سوم اعضای ولسی جرگه رفع شده میتواند.

صلاحیت اضافی که رئیس جمهور در قوه مقننه دارد انتصاب یک سوم اعضای مشرانو جرگه است.<sup>330</sup> این اعضا برای یک دوره پنج ساله تعیین و شامل "معلولین و معیوبین و دو نفر نمایندگان کوچی ها" میشوند. علاوه بر این، "رئیس جمهور تعداد پنجاه فیصد از این اشخاص را از بین زنان تعیین می

<sup>325</sup> ماده 64، شماره 12.

<sup>326</sup> Carlotta Gall, *Afghan Parliament Rejects Chief Justice Nominee*, N.Y. Times, May 28, 2006, <http://www.nytimes.com/2006/05/28/world/asia/28kabul.html?ref=carlottagall>.

<sup>327</sup> ماده 64، شماره 16 ("انفاذ قوانین و همچنین فرامین تقنینی").

<sup>328</sup> "در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد می تواند آنرا در ظرف پانزده روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. با سپری شدن این مدت و یا در صورتی که ولسی جرگه آنرا مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می گردد." ماده 94.

<sup>329</sup> ماده 84، شماره 3

<sup>330</sup> همانجا

نماید.<sup>331</sup> دوره خدمت اعضای ای که توسط رئیس جمهور به مشرانو جرگه منصوب می شوند طولانی تر از بقیه اعضای منتخب شوراها و ولایتی و ولسوالی ها میباشد. به این ترتیب منصوب شده گان ریاست جمهوری دارای شکل ارشدیت میباشند. صلاحیت این انتصابات رئیس جمهور تا حدی با ماده 9 قانون اساسی سال 1964 مطابقت دارد که به پادشاه صلاحیت: "تعیین اعضای غیر انتخابی مشرانو جرگه و تعیین رئیس جرگه مذکور از جمله اعضای آن"<sup>332</sup> میدهد. احکامی که بر اساس آن رئیس جمهور در انتصاب اعضای غیرمنتخب مشرانو جرگه باید نمایندگان معلولین و زنان را مدنظر داشته باشد و چگونگی تعیین رئیس مشرانو جرگه ناشی از قانون اساسی 1964 نبوده و در حال حاضر یک نوآوری شمرده میشود.

### چهارم. نتیجه گیری

"ظهور افغانستان به حیث یک امپراطوری را می توان در دولت یونیتاری آن دید: توقع میرفت برای کنترل مرکز بر پیرامون اداره نیرومند شود، نه اینکه جوامع محلی حکمرانی خودی را تجربه نمایند."<sup>333</sup>

صرف نظر از ریشه های امپراطوی افغانستان، هر نظام دموکراتیک کنونی حکومت نیاز به توجیه چگونگی عملکرد برای خدمت به مردم افغانستان دارد.

پس از مطالعه این فصل، برای شما باید روشن شده باشد که قانون اساسی، نظام قوی ریاستی را با یک رئیس اجرایی دارای صلاحیت و مسئولیت های گسترده برای عملکرد حکومت پیش بینی میکند. دلایل معتبری برای حمایت از چنین یک نظام متمرکز وجود دارند. با توجه به ناآرامی های جاری در بسیاری از کشورها و درگیری های دوامدار بین حکومت مرکزی و زورمندان محلی، انتقال صلاحیت به سطوح محلی به تقویت جنگ سالاران جنایی می انجامد که حکومت علیه آنها مبارزه میکند. در چنین شرایطی، متمرکز ساختن قدرت در غلبه بر موانع صاحبان قدرت محلی غیر قانونی ضروری میباشد. طوری که یکی از اعضای سابق کمیسیون شکایات انتخاباتی اظهار داشته "تا زمانی خلع سلاح کامل تمام سردسته ها، احتمال انتقال موفقانه روند دموکراتیک بسیار کاهش میابد، زیرا شبه نظامیان مسلح برای حل و فصل مشکلات بر نیروی خود، نه سیستم های سیاسی و قانونی و اعمال نفوذ تکیه خواهند کرد و به حفظ کنترل بر منابع خود و مجراهای درآمد ادامه خواهند داد."<sup>334</sup>

### سوال های مباحثه

یک مفهوم جالب و قابل یادداشت این است که آیا پس از استقرار ثبات و کاهش نقش نهادهای بین المللی در حکومت داری و توسعه در کشور، تغییر نظام فعلی لازم است؟ "نوع ساختار سازمانی یا سیاسی مورد نیاز برای دولت سازی ممکن مانند ساختار سیاسی نباشد که بعداً بهترین حکومت داری را تأمین نماید."<sup>335</sup>

<sup>331</sup> همانجا

<sup>332</sup> ماده 9، شماره 12 قانون اساسی 1964.

<sup>333</sup> Rubin, *supra* note 19, at 158

<sup>334</sup> Grant Kippen, *The Long Democratic Transition, in Future of Afghanistan*, 35, 37 (J Alexander Thier ed., 2009).

<sup>335</sup> Rubin, *supra* note 19, at 161.

“یک وزیر قدرتمند، طرفدار جدی سیستم ریاستی و تمرکزگرایی، شخصاً به این باور است که یک نظام غیر متمرکز پارلمانی در نهایت برای یک افغانستان با ثبات و فراگیر بهتر خواهد بود، اما انتخاب چنین گزینه در کوتاه مدت به معنی به تعویق انداختن و یا حتی جلوگیری از ایجاد نهاد های ضروری و مورد نیاز است.” آیا شما موافق هستید؟

### سوال مباحثه

انتظار می‌رود که بسیاری از این تجزیه و تحلیل‌ها برای سنجش و ایجاد توازن میان اولویت‌ها و نگرانی‌های مختلف باشد. از یک طرف نگرانی سوء استفاده از صلاحیت اجرائیوی و ظلم و ستم وجود دارد، و از سوی دیگر نگرانی حکومت موثر وجود دارد. راه‌های بسیاری برای سازماندهی حکومت غرض‌تعالی این نگرانی‌ها وجود دارند که به طیف گسترده‌ای از عوامل از جمله ترجیحات افراد تحت اداره وابسته است. در ایالات متحده، مانند افغانستان، تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون اساسی تصمیم گرفتند که یک رئیس قوی و مؤثر اجرائیوی برای رفاه کشور حیاتی است. استدلال ذیل را بخوانید که در جریان بحث‌های اطراف ایجاد قانون اساسی ایالات متحده از آنها استفاده می‌شد، و کاربرد آن در جریان مطالعه نقش قوه اجرائیه در قانون اساسی افغانستان را در نظر بگیرید.

“نیرومندی در قوه اجرائیوی یک مشخصه بارز حکومت خوب است. این نوع حکومت برای دفاع جامعه در برابر حملات خارجی ضروری است، همچنین اهمیت آن برای اداره ثابت قوانین، برای حفاظت اموال در مقابل آن دسته از ترکیبات نامنظم و بالا دست که گاهی اوقات روال عادی عدالت را اخلال می‌کند؛ برای تأمین آزادی در مقابل اقدامات تجاوزگرانه و جاه‌طلبی گروه‌ها و هرج و مرج از آن کمتر نیست... اجراءات ضعیف اصطلاح دیرگ برای اجراءات خراب است؛ و حکومت با اجراءات ضعیف در تیوری هر چه که باشد، در عمل، حکومت بد است.”<sup>336</sup>

<sup>336</sup> The Federalist No. 70, *supra* note 5 at 403 (Alexander Hamilton).

## فصل چهارم: حکومت و اداره

### اول. مقدمه

طوری که شما در فصل اول مطالعه نمودید، قوانین اساسی به حیث اسناد آرمانی فوق العاده اهمیت دارند که ایدیال های امیدوارکننده دولت را تحت پوشش میگیرند. آنها نقش متحد کننده و الهام بخش را در داخل کشور ایفا میکنند، و همچنین در عملکرد بین المللی از دیدگاه جمعی شهروندان کشور نمایندگی میکنند. اساساً، قانون اساسی همچنین دارای یک عملکرد مهم در تنظیم ساختار دولت است. اما این نقش به طور کلی به ساختار عالی حکومتی و نقشه های اساسی مکانیسم های پیچیده مانند انتخابات، اقدامات قانونگذاری و تفکیک قوا محدود شده است.

”به طور کلی، قوانین اساسی مدون تمایل نسبتاً کمی به گفتن سخن در مورد جنبه اداری دولت دارند، هر چند که ایجاد ساختار حکومتی عملکرد اصلی قوانین اساسی است. در حالی که قواعد حاکم بر گزینش و فعالیت های بخش اجرائیوی و پارلمان ها به جزئیات زیاد بیان شده است، نهادهای فرعی سیاسی حکومت به طور مداوم یا همه جانبه تنظیم نه شده. قوانین اساسی نوشته شده به عوض مقررات مفصل تنظیم کننده اداره، تمایل به تمرکز زنجیره مسئولیت پذیری و مشروعیت دموکراتیک برای تصمیم گیری مدیران دارد.“<sup>337</sup>

مطالعه همه جانبه در مورد تعدادی از نهاد های حکومت افغانستان و قواعد حاکم بر عملکرد آنها فراتر از محدوده این فصل و در واقع این کتاب است. موضوع حقوق اداره بسیار مهم و اغلب بسیار پیچیده است، موضوع حقوق اداره در حقیقت نیاز به کتاب جداگانه و مدت معین زمانی تدریس دارد. هدف این فصل ارائه توضیح نهادهای اساسی اداری مندرج قانون اساسی 2004 افغانستان است، از جمله نقش، مسئولیت، صلاحیت آنها و همچنین برخی از مسائلی که در زمینه اداری بوجود می آیند.

این فصل اولاً به بررسی احکام قانون اساسی در مورد اداره محلی و ولایتی از جمله ساختار و اصول اساسی آنها، شوراهای ولایتی، شوراهای ولسوالی، و شاروالی ها میپردازد. پس از آن این فصل بر حکومت از دیدگاه قانون اساسی و قوانین مربوط تمرکز دارد. موضوعات تحت پوشش این فصل عبارتند از: ساختار اساسی حکومت و اصول اساسی، شرایط و اوصاف وزیران و به جا کردن سوگند حین احراز مقام، وظایف حکومتی، صلاحیت مقرراتی و تقنینی و بالآخره نقش ولسی جرگه در انجام نظارت.

### دوم. ارگان های محلی و ولایتی

#### الف. ساختار اساسی

فصل هشتم قانون اساسی افغانستان، تحت عنوان ”اداره“ تمایل قوانین اساسی مدون به ارائه معلومات مجمل در باره دولت اداری دارد. با تسجیل تنها 7 ماده، فصل هشتم چارچوبی از نهادها با مسئولیت مبهم و

<sup>337</sup> Tom Ginsburg, *Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law*, in *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW*, 117, 123 (Susan Rose-Ackerman & Peter Lindseth eds., 2010).

صلاحیت محدود طرح میکند. همانطوری که در سراسر این کتاب بحث شده، قانون اساسی افغانستان یک حکومت قوی مرکزی را تسجیل نموده که قدرت را بطور محدود تفویض میکند. بنابراین تعجب آور نیست که قانون اساسی نهادهای قوی محلی و ولایتی را برای کمک در اداره دولت ایجاد نمی کند. در عوض، نهادهای ضعیف دارای صلاحیت استقلالیت کم پیش بینی میکند و غرض تنظیم و کنترل این واحدهای اداری یادشده برای حکومت ملی صلاحیت گسترده در نظر میگیرد. به اصطلاح، ادارات ولایتی و ولسوالی افغانستان به طور عادی گسترش وزارتخانه ها در کابل هستند.

### ترجمه قانون اساسی

شما ممکن متوجه شده باشید که زبان مورد استفاده در ماده (136) در جدول کمی متفاوت با زبان مورد استفاده در متن میباشد. برای اینکه اینها از دو ترجمه مختلف قانون اساسی از انگلیسی هستند. در سراسر این فصل و کتاب، توجه دقیق به تفاوتهای کوچک زبانی که در نتیجه ترجمه به وجود آمده، داشته باشید. در باره این فکر کنید آیا این تفاوت های زبانی در معنی متن تاثیر می گذارد یا خیر. ترجمه حقوقی می تواند اثر قابل توجهی بر چگونگی متن تفسیر شده داشته باشد.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 136

- (1) اداره جمهوری اسلامی افغانستان بر اساس واحدهای اداره مرکزی و ادارات محلی، طبق قانون تنظیم میگردد.
- (2) اداره مرکزی به یک عده واحدهای اداری منقسم می گردد که در رأس هر کدام یک نفر وزیر قرار دارد.
- (3) واحد اداره محلی، ولایت است.
- (4) تعدادی، ساحه، اجرا و تشکیلات ولایات و ادارات مربوط، بر اساس تعداد نفوس، وضع اجتماعی و اقتصادی و موقعیت جغرافیوی توسط قانون تنظیم میگردد.

از لحاظ ساختاری، فصل هشتم قانون اساسی افغانستان مقرر میدارد، ایجاد واحدهای اداری به سطح ملی توسط وزیر رهبری میشوند، و همچنین ولایتی، ولسوالی و شوراهای قریه و نهادهای شاروالی به سطح پایین تر لازمی پیش بینی میکند. ماده 136 از "اداره مرکزی" نام میگیرد که "باید به یک عده واحد های اداری منقسم گردد که در رأس هر کدام یک نفر وزیر قرار دارد." این ماده همچنین می افزاید که "واحد اداره محلی، ولایت است." تمام ولایات از هر لحاظ با هم برابر نیستند، با آنهم "تعداد، ساحه جغرافیای، تقسیمات و تشکیلات ولایات و ادارات مربوط، بر اساس تعداد نفوس، وضع اجتماعی و اقتصادی و موقعیت جغرافیایی توسط قانون تنظیم می گردد." این بدان معنی است که نهاد ها یا ادارات حکومتی از لحاظ (تعداد، ساحه، واحدها، تعدادی دفاتر، و سازمان های مرتبط ولایتی) با در نظر داشت عوامل (جمعیت، شرایط اجتماعی و اقتصادی، و موقعیت جغرافیایی) از یکدیگر متفاوت میباشند. باید گفت که هیچ گونه رهنمود در قانون اساسی وجود ندارد که به اساس آن چگونگی این عوامل سنجیده شوند. طوری



که در زیر ذکر شده، این امر برای قانونگذاران واگذار گردیده است که این ساختار کلی را توسط قوانین تنظیم نمایند.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 137

حکومت با حفظ اصل مرکزیت به منظور تسریع و بهبود اموراتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سهم گیری هر چه بیشتر مردم در انکشاف حیات ملی، صلاحیتهای لازم را مطابق به احکام قانون، به اداره محلی تفویض می نماید.

ماده 137 اصول رهنمودی و اهداف مجاز تفویض صلاحیت حکومت مرکزی را به ارگان های محلی معین میسازد. این ماده بطوربسیار روشن بیان میکند که استقرار ادارات محلی به معنی استقلالیت از حکومت مرکزی نیست. برخلاف، "اصول مرکزیت یا سنترالیزم" پایه و اساس سیستم اداری را تشکیل میدهد. توجه داشته باشید که تنها "صلاحیت لازم" از حکومت مرکزی به ادارات محلی برای اهداف معین از جمله مشارکت تشویق کننده در "زندگی ملی"، در برابر زندگی ولایتی و محلی، انتقال میابد.

علاوه بر این، اکثریت تعیینات به سطح ولایتی و حتی ولسوالی توسط حکومت مرکزی صورت میگیرد. رئیس جمهور یا وزیر مربوطه تمام کارمندان خدمات ملکی را در ادارات ولایتی و ولسوالی تعیین مینماید. و حکومت مرکزی تقریباً تمام تصمیمات اداری و مالی را در سطوح ولایتی و ولسوالی اتخاذ مینماید. یک کتاب رهنا در باره افغانستان این موضوع را چنین بیان میکند: "صلاحیت و مسئولیت ادارات ولایتی و ولسوالی توسط حکومت مرکزی تعیین (و به همین ترتیب ممکن پس گرفته شود) میگردد. اگرچه ولایات و ولسوالی ها از نظر قانونی واحد های اداره محلی به رسمیت شناخته شده، آنها در تصمیم گیری های مستقل نیستند به استثنای بعضی انعطاف پذیری های لازم در اجرای برنامه هائیکه توسط مرکز تعیین میشود."<sup>338</sup> ماده 137 بر معیارهای خاص برای تفویض صلاحیت تأکید دارد که تعهد قانون اساسی افغانستان به یک حکومت قوی مرکزی و بی میلی خود نسبت به توزیع قدرت از مرکزی به نهادهای محلی نشان میدهد.

این تعهد به حفظ قدرت در محدوده حکومت ملی همچنان از احکام قانون اساسی پیرامون نقش مرکزی قانونگذاری در تنظیم سیستم اداری که در فصل هشتم پیش بینی شده، به صراحت مشهود است. ماده 136 می گوید که "اداره جمهوری اسلامی افغانستان بر اساس واحدهای اداره مرکزی و ادارات محلی . . . ، طبق قانون تنظیم می گردد." فصل های دوم و سوم این کتاب درسی، در باره تفکیک قوا، قوه اجرائیه، رئیس جمهور را به حیث "رئیس حکومت" و "رئیس دولت" را توصیف و مسئولیت های رئیس جمهور برای مدیریت دولتی بیان میکند. اما از آنجائیکه به آن اشاره شده، رئیس جمهور آزادی کامل در مدیریت به شیوه دلخواه را ندارد. در عوض، ماده 136 بیان میدارد، قوه مقننه اداره حکومتی را از طریق صلاحیت قانونگذاری خود طبق احکام قانون اساسی تنظیم مینماید و به این ترتیب اختیارات قوه مجریه را محدود

<sup>338</sup> Afghanistan Research and Evaluation Unit & The World Bank, *A Guide to Government in Afghanistan*, 7-8, 2004, available at <http://www.areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/407E-A%20Guide%20to%20Government%20in%20Afghanistan-Book-web.pdf>.

میسازد. این امر باعث تداخل مسئولیت های کاری بین قوای مجریه و مقننه میشود که نیاز به همکاری بین ارکان مختلف قدرت دارد و اصطکاک اجتناب ناپذیر را در مدیریت این عناصر بوروکراسی را به بار می آورد.

### ساختار اداره محلی و ولایتی در افغانستان<sup>339</sup>

جدول 1: رابطه رسمی مرکز- محل در افغانستان					
ترتیبات اداری		ترتیبات مالی			
ساختار	پرسونل	عواید	مصارف		
ولایتی	ساختار ریاست ها نشان دهنده ساختار وزارت در کابل میباشد، اگر چه تمام وزارت ها ریاست های مشابه ندارند	والی کارمندان جوان را تعیین و تبدیل میکند (کارمند بست های شش و پایینتر از آن و اجیر درجه 3 و پایینتر از آن)، وزیر مربوطه کارمندان بست های 3 - 5 را تعیین و کارمندان ارشد (بست 2 و بالاتر از آن) توسط رئیس جمهور تعیین میشود	تمام مالیات و محصول گمرک توسط اسناد تقنینی مرکزی تنظیم میشود. تمام عواید به نماینده گی از کابل جمع آوری میگردد. انتقالات بعدی مالی به ولایات طبق بودجه اختصاصی ریاست های مربوطه صورت میگردد. انتقال پول نقده متفاوت است.	بودجه اختصاصی "عادی" و انکشافی ولایات عبارت از مجموع وجوه است که توسط تصمامیم اداری وزارت خانه های مختلف در کابل در باره ریاست های مربوطه شان در کابل تعیین میگرددند.	
ولسوالی	ساختار ولسوالی نشان دهنده ساختار در سطح ولایت است، گرچه تمام ریاست ها مدیریت های مشابه ندارند.	والی کارمندان پائین رتبه را تعیین و تبدیل میکند (کارمند بست های شش و پایینتر از آن و تمام اجبران)، وزیر مربوطه کارمندان بست های 3 - 6 را تعیین و کارمندان ارشد (ولسوال و قاضی) توسط رئیس جمهور تعیین میشود	ولسوالی مالیات کوچک را جمع آوری میکند؛ نرخ ها در هر سه سال یک مرتبه توسط کمیته بررسی متشکل از نمایندگان ولسوالی و ولایت تعیین میگردد. عواید به ولایت سپرده میشود.	بودجه اختصاصی "عادی" و انکشافی ولسوالی عبارت از مجموع وجوه است که توسط تصمامیم اداری ریاست های مختلف در باره مدیریت های مربوطه شان در ولایت تعیین میگردند.	

<sup>339</sup> AREU & The World Bank, A Guide to Government in Afghanistan, 10, 2004, available at <http://www.areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/407E-A%20Guide%20to%20Government%20in%20Afghanistan-Book-web.pdf>.

<p>تخصیصات بودجودی بودجه "عادی" و انکشافی برای شاروالی ها توسط شاروالی طی مراحل میشود و بعد از موافقه والی توسط وزیر امور داخله (ریاست عمومی شاروالی های) تأیید میشود.</p>	<p>تمام مالیات و نرخ تادیات در کابل تعیین میشود. عواید در شاروالی میماند و تمام مصارف شاروالی را تمویل مینماید.</p>	<p>والی صلاحیت استخدام و ارتقای اجیران درجه 3 و پایین تر از آن دارد. والی سایر تعیینات و تبدیلی ها را نیز انجام میدهد (کارمند بست 6 و پایینتر از آن و اجیر درجه 2 و بالاتر از آن)، وزیر مربوط کارمند بست 3 - 5 را تعیین و کارمندان ارشد (بست 2 و بالاتر از آن) توسط رئیس جمهور تعیین میشود.</p>	<p>ساختار شاروالی (ریاست ها و تعداد کارمندان) توسط وزارت داخله با موافقه والی تعیین میگردد.</p>	<p>شاروالی ولایت</p>
<p>به جز از تادیات معاشات دیگر هیچ گونه تخصیص بودجوی رسمی ندارد. بودجه انکشافی بطور موردی حل و فصل و توسط شاروالی اداره میشود.</p>	<p>تمام مالیات و نرخ تادیات در کابل تعیین میشود. عواید در شاروالی محل میماند و تمام مصارف شاروالی را تمویل مینماید.</p>	<p>عبارت از کارمندان ولسوالی میباشد، بنابر این والی کارمندان جوان را تعیین و تبدیل میکند (کارمندان بست 6 و پایینتر از آن و تمام پرسونل اجیر)، وزارت مربوطه کارمندان بست های 3 - 5، و هر یک از کامندان ارشد توسط رئی جمهور مقرر میشوند.</p>	<p>ساختار آن توسط وزارت امور داخله با موافقه شاروالی ولایت و والی تهیه میشود.</p>	<p>شاروالی محلی</p>

منبع: AREU/WB staff assessment

### سوال های مباحثه

در هر ماده از فصل هشتم یک بند وجود دارد که به صراحت به قوه مقننه صلاحیت میدهد موضوع یک ماده را از طریق صلاحیت قانونگذاری آن تنظیم نماید، درست مثل ماده 136. در سراسر این فصل، ما شما را تشویق مینمایم که توقع شما از قوه مقننه برای تنظیم نهادهای یادشده اداری چیست؟ سوالات زیر را در شرایط مختلف را در نظر بگیرید:

1. در کدام زمینه ها اختلاف بین قوه مقننه و قوه اجرائیه ممکن است و چگونه هر یکی از این اختلافات حل و فصل میگردد؟

2. مزایا و نواقص سیستم مرکزی اداره با در نظر داشت توضیحات فوق الذکر کدام است؟

3. چگونه نهادهای مختلف صلاحیت را شریک میسازند و در کدام عرصه ها نقاط اصطکاک بین آنها وجود دارند؟

### ب. شورا های ولایتی

همانطوری که شما توقع داشتید، در ماده 138 قانون اساسی آمده است: "در هر ولایت یک شورای ولایتی تشکیل می شود." ولایت بزرگترین واحد حکومت محلی در کشور است. افغانستان به 34 ولایت اداری تقسیم شده است بدون در نظر داشت تعداد اعضای، شورا، ماده 138 طالب انتخابات "آزاد، عمومی، سری و مستقیم" باشندگان ولایت مربوطه "به تناسب نفوس ساکنین ولایت" برای مدت چهار سال انتخاب می شوند، اما برخلاف انتخابات ریاست جمهوری که در فصل سوم از این کتاب مورد بررسی قرار گرفت، هیچ طرز العمل مشخص انتخاباتی و یا تاریخ مورد نیاز در قانون اساسی پیش بینی نشده است و جزئیات آن باز هم به قوه مقننه و قوه مجریه باقی مانده تا از طریق قانون آنرا تعیین و پیاده سازند. هر شورا "یکی از اعضای خود را به حیث رئیس انتخاب مینماید." اما قانون اساسی در مورد نقش رئیس شورا، دوره خدمت، یا طرز العمل های برای تعیین و برطرفی اعضا بیشتر از آن هیچ چیزی بیان نمیدارد.

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 138

(1) در هر ولایت یک شورای ولایتی تشکیل میشود.

(2) اعضای شورای ولایتی، طبق قانون، به تناسب نفوس، از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم از طرف ساکنین ولایت برای مدت چهار سال انتخاب میگردند.

(3) شورای ولایتی یک نفر از اعضای خود را به حیث رئیس انتخاب مینماید.

##### ماده 139

(1) شورای ولایتی در تأمین اهداف انکشافی دولت و بهبود امور ولایتی به نحوی که در قوانین تصریح میگردد، سهم گرفته و در مسایل مربوط به ولایت مشوره می دهد.

(2) شورای ولایتی وظایف خود را به همکاری اداره محلی اجرا مینماید.

ماده 139 نقش شوراهای ولایتی را تشریح میکند، یعنی "شورای ولایتی در تأمین اهداف انکشافی دولت و بهبود امور ولایتی به نحوی که در قوانین تصریح میگردد، سهم گرفته و در مسایل مربوط به ولایت مشوره می دهد." علاوه بر این "شورای ولایتی وظایف خود را به همکاری اداره محلی اجرا مینماید." به عبارت دیگر، شوراهای ولایتی با ادارات ولایتی در توسعه ولایت طوری که قانون مقرر میدارد، مشوره

و کار مینماید. طوری که در فصل سوم مورد بحث قرار گرفت، رئیس جمهور والی ها را که عمدتاً مسئول اجرای قانون، حل اختلافات و جمع آوری عواید در افغانستان هستند، تعیین مینماید. بنابراین، همراه با تعهد به حکومت قوی مرکزی، رئیس جمهور والی های ولایات را که دارای صلاحیت واقعی اجرایی میباشند، تعیین مینماید در حالی که مردم شوراها را انتخاب میکنند که فقط نقش مشورتی دارند. جدول زیر در باره نقد کوتاه از این روش سازمان دهی را ببینید.

شورای ملی در واقع قانون شوراها و ولایتی را به تصویب رساند، از جمله قانون شوراها و ولایتی سال 2005 را تصویب کرده. بر اساس این قانون، اختیارات شوراها و ولایتی در سه دسته عمده قرار میگیرد: (1) شرکت در برنامه ریزی توسعه ولایت، (2) نظارت و ارزیابی نهادهای ولایتی و (3) مشارکت در حل و فصل اختلافات.<sup>340</sup> حتی با این قانون، مشکلات عمده ای که هنوز هم باقی مانده، عبارت از ابهام نقش شوراها و ولایتی، تداخل وظیفوی بین آنها و عملکرد سایر نهاد های ولایتی، و نداشتن صلاحیت تصویب تصمیمات الزام آور میباشد.<sup>341</sup>

### شورا های ولایتی و نمایندگی دموکراتیک

”شوراها و ولایتی – ظاهراً برای نمایندگی کردن از مؤکلین خود انتخاب شده - و به حیث نهاد های مشوره دهی به والی فعالیت میکنند. این شوراها در امور که از صلاحیت والی است حق ویتو ندارند زیرا والی مستقیماً به رئیس جمهور گزارش میدهد. با در نظر داشت موقعیت جغرافیای افغانستان، جامعه متمرکز و قانون اساسی دموکراتیک، ناتوانی شهروندان این کشور در اثر گذاری مستقیم بر اداره محلی، از نظر آنها کار درست نیست. خط مشی و رفتار والی مسلماً نسبت به دولت ملی در زندگی روزمره، تاثیر بیشتری دارد. دو تا از بزرگترین موانع انتخابات والی امنیت و فقدان اصلاحات قابل توجهی انتخاباتی است. در صورت بر طرف ساختن این دو موانع، احساس افغانیت و حمایت از روند سیاسی دموکراتیک تا حد زیادی افزایش میافتد. توانایی آنها برای رأی دادن به والی یا حداقل برای شوراها و ولایتی، به آنها امکان نظارت عملی از این روند برای رسیدن به اهداف یادشده را مهیا میساخت.“<sup>342</sup>

### ج. شوراها و محلی

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 140

(1) برای تنظیم امور و تأمین اشتراک فعال مردم در اداره محلی، در ولسوالی ها و قریه ها، مطابق به احکام قانون شوراها تشکیل میگردد.

<sup>340</sup> Afghanistan Research and Evaluation Unit, *Provincial Governance Structures in Afghanistan: From Confusion to Vision?*, 6, 2006, available at <http://areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/611E-From%20Confusion%20to%20Vision-BP-print.pdf>.

<sup>341</sup> Afghanistan Research and Evaluation Unit, *Provincial Governance Structures in Afghanistan: From Confusion to Vision?*, 6-9, 2006, available at <http://areu.org.af/Uploads/EditionPdfs/611E-From%20Confusion%20to%20Vision-BP-print.pdf>.

<sup>342</sup> Richard Kraemer, *Towards State Legitimacy in Afghanistan*, 65 *International Journal* 638, 644 (2010).

(2) اعضای این شوراها از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم از طرف ساکنین محل برای مدت سه سال انتخاب میشوند.

(3) سهم گیری کوچیان در شوراهای محلی مطابق به احکام قانون تنظیم میگردد.

ماده 140 دو هدف برای شوراهای محلی (مثال ولسوالی و قریه) را مشخص میسازد: سازماندهی فعالیتها و "تأمین اشتراک فعال مردم در اداره محلی." ولسوالیها واحدهای اداری کوچکتر از ولایت میباشند. هر ولایت در افغانستان به ولسوالیهای مختلف تقسیم شده است. ماده 140 همچنان از طرزالعملهای انتخاباتی یادآوری میکند، اما آنها حتی کمتر از طرزالعملهای شوراهای ولایتی شرح داده شده است: "اعضای این شوراها از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم از طرف ساکنین محل برای مدت سه سال انتخاب میشود." در حالی که دوره تصدی سه سال و شیوه رأی دادن نسبتاً روشن است، اما این بند "ساکنین محل" را تعریف نمی کند و آنرا با وضع قانون و تطبیق آن به قوه مقننه و قوه اجرائیه محول میسازد. قانون اساسی افغانستان نشان دهنده نگرانی در باره گنجاندن موضوعات قومی و وحدت ملی است، ماده 140 همچنان طالب "سهم گیری کوچیان در شوراهای محلی مطابق به احکام قانون" میباشد. معلوم میشود که تدوین کنندگان پیش نویس قانون اهمیت این مسئله را می فهمیدند و باورداشتند که رسیدگی به آن موضوع نسبت به شوراهای محلی، توسط قوه مقننه ملی بهتر تأمین شده میتواند. مهم است توجه داشته باشیم که در زمان نوشتن این فصل، واقعیتها در روی صحنه به مراتب کمتر از ساختاری پیش بینی شده در این مادهها بود. همانطوری که درخصوص نهادهای شاروالی صدق میکند، تعداد کم شورای ولسوالی فعالیت داشتند و برای تکمیل اعضای آنها انتخابات برگزار گردید. عدم موجودیت این نهادهای نماینده آرمانهای دموکراسی در افغانستان و قانون اساسی ای که برای حفاظت از آنها تدوین شده، را تضعیف میسازد.<sup>343</sup>

#### د. شاروالیها

مانند شوراهای ولایتی و محلی که متن قانون اساسی در باره آنها محدود است، دستور قانون اساسی در باره شاروالیها کمتر است. شاروالی واحد های اداری کوچکتر از ولایات و ولسوالی میباشد و معمولاً در اطراف مناطق شهری موقعیت دارد. با توجه به ماده 141، شاروالیها "برای اداره امور شهری" ایجاد شده. بر خلاف شوراها که در بالا در باره آنها بحث شد، شاروالی دارای برخی از صلاحیت های همیشگی میباشد. "شاروالیها، در اصل یک سطح جداگانه ای از حکومت بوده و دارای استقلال محدود در تهیه و به مصرف رساندن بودجه میباشد. با این حال، وزارت امور داخله استقرار نیروی انسانی و بودجه آنرا کنترل و تأیید مینماید.<sup>344</sup>

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 141

<sup>343</sup> Afghanistan Research and Evaluation Unit, *District Councils: The Missing Middle of Local Governance*, 1, (27 June 2011), available at <http://www.areas.org.af/Uploads/EditionPdfs/1118E-District%20Councils%20Roundtable.pdf>.

<sup>344</sup> Afghanistan Research and Evaluation Unit & The World Bank, *A Guide to Government in Afghanistan*, 8, 2004, available at <http://www.areas.org.af/Uploads/EditionPdfs/407E-A%20Guide%20to%20Government%20in%20Afghanistan-Book-web.pdf>.

(1) برای اداره امور شهری، شاروالی تشکیل میشود.

(2) شاروال و اعضای مجالس شاروالی، از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب میشود.

(3) امور مربوط به شاروالی ها توسط قانون تنظیم میگردد.

طرز العمل های انتخاباتی برای شاروال ها و شوراهای شهری ساده است: "انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم." بند سوم و نهایه تنها بیان میدارد که: "امور مربوط به شاروالیها توسط قانون تنظیم می گردند." همانطوری که شما حال به وضوح می بینید، به هر اندازای که متن قانون اساسی مبهم تر و محدود باشد، به همان اندازه نقش حکومت باید در تهیه مقررات و طرز العمل های الزامی برای تطبیق احکام قانون اساسی، قابل توجه باشد. ماده 142 این نقطه را بسیار خوب تحت پوشش میگیرد: "دولت به مقصد تعمیم احکام و تامین ارزشهای مندرج این قانون اساسی، ادارات لازم را تشکیل مینماید." این مفهوم گسترده صلاحیت احتیاطی یک نوع اعتراف است که در قلمرو اداری، این مسئله تقریباً برای قانون اساسی غیر ممکن است که عمکرد درست در تمام موارد در هر نوع شرایط پیش بینی نماید. اکثراً رویکرد موردی در این ارتباط بکار گرفته میشود و قانون اساسی ذاتاً در متمایز ساختن این نوع موارد کمی بی تفاوت است. بدیل برای آن اعطای اختیارات به نهادهای حکومتی و تهیه رهنمود در باره چگونگی اعمال این صلاحیت میباشد. در مورد شاروالی ها، روشن است که بخش عمده ای اسناد تقنینی حاکم بر نهادهای شهری مربوط به تصامیم قوه مقننه و قوه اجرائیه میشود نه مطالبات قانون اساسی.

### مطالعه بخش از نوشته

میان انضباط و مصحات: خط مشی ها در باره تعیینات ارشد محلی توسط وان مارتین بیجلریت<sup>345</sup>

متن منتخب ذیل از نوشته مارتین ون بیجلریت در باره تعیینات محلی توسط ریاست جمهوری را مطالعه کنید. نظر شما در باره این متن چیست؟ آیا شما با آن موافق یا مخالف هستید؟ چگونه می توان نظام تعیینات محلی را بهبود بخشید؟

"رئیس جمهور در روند تعیینات منحیث چهره کلیدی باقی است. ضمن ریاست بر شبکه های وسیع ارتباطی، به طور مداوم از طرف نمایندگان و شخصیت های با نفوذ که به دنبال انتصاب و یا حذف برخی از مقامات است، مشوره و درخواست ها داده میشوند. این یک سیستم شطرنج نما است که در آن همراهان و مشاوران رئیس جمهور نیز به همین اندازه مورد مشوره و درخواست قرار میگیرند که منتج به یک بافت پیچیده ای از مذاکرات چند لایه ای همراه با وعده ها و پرداخت میشود. ویژگی های پست والی ها در مذاکرات ملی برجستگی دارد، در حالی که پست های اداری ولسوالی ها تمایل به موضوع پویایی دوبردی از بازی قدرت محلی و شبکه منافع سیاسی و اقتصادی (اغلب با لابی در سطح مرکزی) تبدیل شده است. این روند در نتیجه، اغلب با دخالت بازیکنان مختلف که نامزدها معرفی شده را تحت سوال میبرند، فاسد میشود. یکی از ویژگی های اصلی روند انتصابات ارشد محلی تغییر و تبدیلی والی ها و ولسوالان معمولاً بدون در نظر گرفتن عملکرد آنها صورت میگیرند. مثال، در سه (از جمله چهار) ولسوالی در ولایت نیمروز پست ولسوال از 2002 بدینسو چندین بار بین تنها چهار نفر دست به دست شده. به طور کلی تغییر

<sup>345</sup> Afghanistan Research and Evaluation Unit Briefing Paper Series (May 2009).

و تبدیلی در نتیجه شکایت پایدار و تظاهرات محلی، برکناری ولسوال را در پی داشته است.

والی های که از تقرر مدیران اداری ولسوالی توسط حکومت مرکزی ناراضی هستند یا کسانی که به خاطر نه پذیرفتن مقرری ها با فشار روبرو هستند، دارای طیف وسیعی از استراتژی های کاربردی میباشند. این موارد عبارتند از به تاخیر انداختن اشغال عملی ووظیفه توسط مدیران اداری ولسوالی ها، خودداری از حمایت مالی و عملی و انتصاب یک مدیر سرپرست از محل. ولایاتی که در زمان انجام این تحقیق بیشترین تعداد سرپرست داشتند عبارت اند از ولایت بادغیس (از جمله شش نفر چهار نفر)، ارزگان (از جمله پنج نفر سه نفر) و پکتیکا (از 18 نفر هفت نفر)، در حالی که چندین ولسوالی دارای سرپرست های غیر رسمی دیگر نیز وجود دارند. اگر چه یک سرپرست به منظور واریسی مؤقت امور تعیین میگردد، اما چندین ولایت هستند که در آنها تداوم طولانی و سابقه ترتیبات تعیینات نامشخص تا به حال وجود دارند. مدیران سرپرست اغلب نشانه از روند مسابقه ای انتصاب میباشند که معمولاً بین والی و یا مرکز و یا زورمندان محلی (یا هر دو) یا مشکل پیدا کردن از نامزدها قابل قبول برای همه طرف و علاقمندی خدمت تحت شرایط دشوار و خطرناک، هستند. تصویر دیگر از سطح بالایی غیر رسمیات در سطح ولسوالی، این واقعیت است که حداقل در دو سال گذشته دو مورد وجود داشتند که اقارب جای مدیران اداری کشته شده ولسوالی اشغال کرده اند. این پویایی نه تنها نشان دهنده مشکلات در زمینه گزینش، تعیینات و حمایت از نمایندگان اصلی حکومت در برخی از مناطق ناآرام کشور وجود دارند، بلکه همچنان مبین گرایش گسترده به منظور ایجاد ابهام و اعمال مصلحت هار در هر جای که ممکن باشد، نیز است.”

### سوم. حکومت

فصل چهارم قانون اساسی افغانستان، تحت عنوان ”حکومت“ بر وزرای رئیس جمهور و واحدهای اداری تحت رهبری آنها متمرکز شده. در این بخش، ما بر متن قانون اساسی برای هر دو یعنی احکام مربوط ساختار و واگذاری صلاحیت تمرکز میکنیم و هر موضوع دیگر در این رابطه را برجسته میسازیم. ما به شما یادآوری میکنیم تا توجه ویژه ای را به شبکه ای که میان شاخه های مختلف حکومت و نهادهای ایجاد شده توسط قانون اساسی، به توزیع صلاحیت می پردازد، داشته باشید.<sup>346</sup> شما همچنین باید در نظر داشته باشید که آیا کدام اختلاف میان چگونگی عملکرد این سیستم با اصول و احکام مندرج قانون اساسی وجود دارند یا خیر؟

### الف. ساختار اساسی

ماده 71 ایجاد روابط میان رئیس جمهور، حکومت و وزرای آن، و قوه مقننه را بیان میکند: ”حکومت متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس جمهور اجرای وظیفه می نماید. تعداد وزرا و وظایف شان توسط قانون تنظیم می گردد.“ رئیس جمهور رئیس حکومت متشکل از وزرا میباشند. قوه مقننه تعداد و همچنین وظایف این وزرا را معین میسازد، و همانطوری که در فصل سوم این کتاب مورد بحث قرار

<sup>346</sup> . بمنظور تفکیک میان کلمه دولت و حکومت، زمانیکه هدف ما از حکومت هیئت وزرا باشد در انگلیسی حرف اول آنرا به حرف کلان نوشته میکنیم. زمانیکه منظور از کلمه حکومت هر سه قوه باشد حرف اول آن کلمه در انگلیسی به حرف کوچک می نویسم. (یادداشت مترجم: در ترجمه دری این کتاب این موضوع در نظر گرفته شده است).



گرفت، رئیس جمهور وزیراً را با تأیید ولسی جرگه طبق بند ۱۱ حکم ماده ۶۴<sup>347</sup> تعیین مینماید. با یادآوری چند حکم قانون اساسی می توان گفت شبکه ای صلاحیت که چگونگی عملکرد متقابل این نهادها را معین میسازد بسیار پیچیده است. رئیس جمهور منتخب مردم، وزیراً منصوب را با تأیید ولسی جرگه که از طریق قانون فعالیت آنها را نیز تنظیم مینماید، تعیین میکند.

### نمونه ای از نامزدی کابینه

مهم است توجه داشته باشید که ولسی جرگه همیشه نامزدهای کابینه رئیس جمهور را تأیید نمی کند. در سال ۲۰۱۰ (۱۳۸۹-۱۳۸۸) ولسی جرگه رئیس جمهور کرزی را وادار ساخت چندین دوره نامزدهای کابینه را معرفی. در دور اول ولسی جرگه ۱۷ نامزد از ۲۴ نامزد پیشنهادی را رد کرد، بشمول ۷ نامزد که برای دور دوم نامزد شدند. سپس رئیس جمهور کرزی ۱۷ نامزد را در دور دوم معرفی کرد، که ولسی جرگه ۱۰ نامزد وزیر را رد کرد.<sup>348</sup> چند ماه بعد ولسی جرگه از جمله ۷ نامزد ۵ نامزد را تأیید کرد و به همین ترتیب ۶ کرسی خالی ماندند.<sup>349</sup> تا ماه جون ۲۰۱۱، پست های خالی وزارتخانه ها عبارت بودند از: وزارت های آب و برق، امور زنان، انکشاف شهری، ترانسپورت و هوایی ملکی، مخابرات و تکنولوژی معلوماتی و تحصیلات عالی.<sup>350</sup>

ماده ۷۷ بیشتر ساختار اساسی بوروکراتیک حکومت را تصریح میکند و می افزاید: ”وزراً وظایف خود را به حیث آمرین واحدهای اداری در داخل حدودی که این قانون اساسی و سایر قوانین تعیین می کند، اجرا می نمایند.“<sup>351</sup> بند اول این ماده بسیار شبیه بند دوم ماده ۱۳۶ میباشد که در بالا بحث شد: ”اداره مرکزی به یک عده واحدهای اداری منقسم می گردد که در رأس هرکدام یک نفر وزیر قرار دارد.“<sup>352</sup> در حالی که بند ۲ ماده ۱۳۶ تنها در باره ساختار نهادهای اداری صحبت می کند، بند ۱ ماده ۷۷ راهنمایی برای اعمال صلاحیت رسمی توسط وزیران ارائه میکند. بر اساس بند ۱ ماده ۷۷، صلاحیت وزیران به صراحت در قانون اساسی و سایر قوانینی که از طرف قوه مقننه به تصویب میرسد، محدود شده است.

بند دوم ماده ۷۷ پاسخ نسبتاً مبهم به این سوال واضح و مهم میدهد که مسئول نظارت بر فعالیت وزیراً به عهده کی است؟ زیرا هم رئیس جمهور و هم ولسی جرگه در تعیین آنها نقش دارند ”وزراً از وظایف مشخصه خود نزد رئیس جمهور و ولسی جرگه مسئولیت دارند.“<sup>353</sup> با توجه به این بند، هر دو رئیس جمهور و ولسی جرگه مسئولیت وزیراً را دارند، اما هیچ گونه راهنمایی در باره شریک بودن مسئولیت بین

<sup>347</sup> طبق ماده ۹۰(۴) ”ایجاد واحدهای اداری، تعدیل و یا الغای آن“ وظیفه شورای ملی است. حال آنکه رئیس جمهور افراد را برای پست های وزارت نامزد میسازد، شورای ملی پست ها را ایجاد، اسلاح یا لغو میکند.

<sup>348</sup> Hamid Shalizi & Jonathon Burch, *Over Half of Karzai's New Afghan Cabinet Picks Vetoed*, Reuters, Jan. 16, 2010, available at <http://www.reuters.com/article/2010/01/16/us-afghanistan-cabinet-idUSTRE60E5LJ20100116>

<sup>349</sup> Abdul Waheed Wafa, *5 Confirmed for Cabinet in Afghanistan*, N.Y. TIMES, June 28, 2010, <http://www.nytimes.com/2010/06/29/world/asia/29kabul.html>.

<sup>350</sup> Solomon Moore, *Afghan Lawmakers Boycott to Get Cabinet Nominees*, Real Clear Politics, Jun. 14, 2011, [http://www.realclearpolitics.com/news/ap/politics\\_topics/2011/Jun/14/afghan\\_lawmakers\\_boycott\\_to\\_get\\_cabinet\\_nominees.html](http://www.realclearpolitics.com/news/ap/politics_topics/2011/Jun/14/afghan_lawmakers_boycott_to_get_cabinet_nominees.html).

<sup>351</sup> ماده ۷۷(۱).

<sup>352</sup> ماده ۱۳۶(۲).

<sup>353</sup> ماده ۷۷(۲).

این دو نهاد را ارائه نمی کند. این سوال را در ذهن خود داشته باشید و در ادامه شما خواهید دید که سلسله مراتب نظارتی بی ربط چگونه عمل میکنند.

### ب. واجد شرایط بودن

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 72

شخصی که به حیث وزیر تعیین میشود، واجد شرایط ذیل میباشد:

- (1) تنها حامل تابعیت افغانستان باشد، هر گاه کاندید وزارت تابعیت کشور دیگری را نیز داشته باشد، ولسی جرگه صلاحیت تأیید و یا رد آنرا دارد.
- (2) دارای تحصیلات عالی، تجربه کاری و شهرت نیک باشد،
- (3) سن وی از سی و پنج سال کمتر نباشد،
- (4) از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی نشده باشد.

آیا رئیس جمهور هر کسی را به پست وزارت تعیین کرده می تواند؟ چه شرایط لازمی برای وزیر شدن در قانون اساسی ذکر شده؟ ماده 72 چهار شرایط را عنوان میکند، از جمله اول تابعیت افغانی است. در حالی که به اساس ماده قانون کاندید وزارت تنها باید دارای تابعیت افغانی باشد، ولسی جرگه اجازه دارد با در نظر داشت مصلحت میتواند نامزد دارنده تابعیت کشور دیگر را رد یا بپذیرد.

#### سوال های مباحثه

1. چرا تابعیت دوگانه برای یک وزیر مشکل شمرده میشود؟
2. چرا شما فکر میکنید که تهیه کنندگان پیش نویس قانون اساسی صرف در باره منع تابعیت دوگانه تصمیم اتخاذ نکردند؟

سه شرط دیگر تحت ماده 72 به شرح زیر است: "2) دارای تحصیلات عالی، تجربه و شهرت نیک باشد، (3) سن وی از سی و پنج سال کمتر نباشد، و (4) از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایات و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد."<sup>354</sup> این شرایط، به حیث حداقل استانداردهای مورد نیاز، محدودیت های بر صلاحیت رئیس جمهور در تعیین وزرا وضع میکنند که در زمان تعیین آنها باید مورد نظر باشند.

<sup>354</sup> ماده 77.

ماده 73 در باره تعیین وزرا یک محدودیت دیگر، اگر چه نه به شکل شرط را پیش بینی میکند. ماده 73 اساساً می گوید در حالی که رئیس جمهور می تواند یکی از اعضای شورای ملی را برای مقام وزارت برگزیند، اما شخص مورد نظر نمی تواند همزمان هر دو موقعیت را احراز نماید و به همین دلیل باید از عضویت خود در شورای ملی استعفا دهد.<sup>355</sup> چوکی خالی شده سپس توسط شخص دیگری ”در مطابقت به حکم قانون تعیین میگردد.“

### سوال های مباحثه

1. آیا شما کدام دلیل شما دارید که چرا تصدی همزمان عضویت ولسی جرگه و وزیر در حکومت ریاست جمهوری یک معضل است؟

2. در این رابطه شما چه نوع تضاد منافع را حدس زده میتوانید؟

یک مسئله روشن در ارتباط با ماده 77 (2) پیش می آید که در آمده است که وزرا به نزد رئیس جمهور و ولسی جرگه مسئول هستند. ممکن این مسئله ممکن مشکل آفرین باشد که شخص وزیر همزمان عضویت نهادهی را داشته باشد که نزد او از امور وزارت نزد آن نهاد مسئول و پاسخگو باشد.

3. کدام شیوه دیگر حل و فصل تضاد این منافع وجود دارد؟

### ج. تحلیف

ماده 74 حکم میکند که تمام وزرای کابینه در حضور رئیس جمهور قبل از تصدی وظیفه حلف را به جا می آورد.

”به نام خداوند بزرگ (ج) سوگند یاد می کنم که دین مقدس اسلام را حمایت، قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان را رعایت، حقوق اتباع را حفاظت و از استقلال، تمامیت ارضی و وحدت ملی مردم افغانستان حراست کنم و در همه اعمال خود خداوند (ج) را حاضر دانسته، وظایف محوله را صادقانه انجام دهم.“<sup>356</sup>

همانطوری که در فصل سوم اشاره شد، حلف وزیر به خصوص در ارتباط به نقش اسلام، متفاوت از حلف رئیس جمهور است. طبق ماده 63 رئیس جمهور سوگند را به ”اطاعت و حمایت از دین مقدس اسلام“ یاد میکند در حالی که طبق ماده 74 وزیر سوگند به ”حمایت از دین مقدس اسلام“ نه اطاعت از آن یاد میکند. به همین ترتیب در حلف رئیس جمهور آمده است که ”احترام و نظارت بر اجرای قانون اساسی و همچنین قوانین دیگر قانون اساسی و سایر قوانین را رعایت و از تطبیق آن مواظبت نمایم“ در حالی که وزیر باید

<sup>355</sup> . “وزرا می توانند از اعضای شورای ملی یا خارج از آن تعیین شوند. هرگاه عضو شورای ملی به حیث وزیر تعیین شود، عضویت خود را در شورا از دست می دهد و در عوض وی شخص دیگری مطابق به حکم قانون تعیین می گردد.“ ماده 73.

<sup>356</sup> . ماده 74.

”قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان را رعایت نماید.“ وزیر به ”حفاظت از حقوق اتباع“ سوگند یاد میکند در حالی که این مورد در حلف رئیس جمهور شامل نیست. به همین ترتیب، هر وزیر باید سوگند به حفاظت ”وحدت ملی مردم افغانستان“ یاد کند که این مورد هم در سوگند رئیس جمهور نه آمده. بالأخره، هر وزیر سوگند یاد میکند که ”در همه اعمال خود خداوند (ج) را حاضر دانسته، وظایف محوله را صادقانه انجام دهم.“ در سوگند رئیس جمهور میگوید که ”با استعانت از بارگاه پروردگار متعال و پشتیبانی ملت، مساعی خود را در راه سعادت و ترقی مردم افغانستان بکار برم.“ این تفاوت ها برخی از راه هایی که تدوین کنندگان قانون اساسی، با وجود نقش رئیس جمهور به حیث رئیس حکومت، در باره نقش های متفاوت دو نهاد را پیش بینی کرده اند نشان میدهند. به طور خاص، جالب است توجه داشته باشید که حمایت از حقوق اتباع در حلف وزیر آمده است اما در حلف رئیس جمهور از آن یادآوری نشده. این تفاوت ها را ضمن بحث بعدی در باره وظایف وزرا به یاد داشته باشید.

#### د. وظایف

##### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 75

حکومت دارای وظایف ذیل میباشد:

- (1) تعمیم احکام این قانون اساسی و سایر قوانین و فیصله های قطعی محاکم؛
- (2) حفظ استقلال، دفاع از تمامیت ارضی و صیانت منافع و حیثیت افغانستان در جامعه بین المللی؛
- (3) تأمین نظم و امن عامه و از بین بردن هر نوع فساد اداری؛
- (4) ترتیب بودجه، تنظیم وضع مالی دولت و حفاظت دارایی عامه؛
- (5) طرح و تطبیق پروگرام های انکشافی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی؛
- (6) ارائه گزارش به شورای ملی در ختم سال مالی در باره امور انجام شده و پروگرام های عمده سال مالی جدید؛
- (7) انجام سایر وظایفی که به موجب این قانون اساسی و قوانین دیگر از وظایف حکومت دانسته شده است.

طوری که در بالا ذکر شد، بند 2 ماده 71، تصریح میدارد که ”تعداد وزرا و وظایف شان توسط قانون تنظیم می گردد.“ قانون اساسی محدودیت های دیگری بر تعدادی وزیران وضع نمی کند، اما باید روشنایی بیشتر در مورد وظایف وزیران به حیث رؤسای واحد های اداری که حکومت را میسازد، ببیند. ماده 75 وظایف ”حکومت“ را شرح میدهد که ما در باره آنها از ماده 71 میدانیم که ”متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس جمهور اجرای وظیفه می نمایند.“ بر اساس ماده 75، حکومت دارای هفت وظیفه گسترده میباشد که طیف وسیع از عرصه ها را تحت پوشش قرار میدهد. زمانی که شما وظایف حکومت

را مطالعه میکنید وظایف وزارتخانه های مختلف را در نظر بگیرید و همیشه به یاد داشته باشید که علاوه بر رهبری حکومت، رئیس جمهور وزرا و دیگر مقامات کلیدی حکومت طبق ماده 64، بند 11 با تایید ولسی جرگه تعیین میکند.

اولین وظیفه حکومت "تعمیل احکام این قانون اساسی و سایر قوانین و فیصله های قطعی محاکم"<sup>357</sup> میباشد. این بند کلمه "تعمیل" برای تعریف وظیفه اولیه وزرا بکار میگیرد و حکومت تحت ریاست رئیس جمهور را تشکیل میدهد. حکومت برای اجرای قوانین کشور، مراقبت از پیروی احکام قانون اساسی و تضمین اینکه قدرت دولت به تصمیمات نهایی محاکم تاثیر گذاشته و نیرو میبخشد، به وجود آمده است. هنگامی که شورای ملی قانون تصویب و رئیس جمهور آن را توشیح میکند، حکومت از انفاذ و اجرای آن مسئولیت دارد. هنگامی که یک محکمه در باره منازعه قضاوت میکند و به تصمیم گیری نهایی می رسد، حکومت مسئولیت دارد حکم قضا را تطبیق و اجرای تعهدات طرفین را نسبت به احکام محکمه تأمین نماید. به همین ترتیب، ماده 75 در تعریف نقش حکومت نسبت به ارکان دیگر دولت کمک میکند. همانطور که مطالعه خواهید کرد، بیشتر ماده ها وظایف عرصه های خاصی از مسئولیت که در حال حاضر توسط قوانین وضعی نه قانون اساسی به ادارات خاص حکومتی اختصاص داده شدند، تشریح میکنند. این باید روشن شود که وظایف مندرج ماده 75 اساس را برای آنده نهادهای حکومتی میگذارد که توسط قوانین عادی ایجاد شده و مسئولیت اجرای هر وظیفه را به عهده دارد.

وظیفه دوم حکومت بر اساس ماده 75 این است که "حفظ استقلال، دفاع از تمامیت ارضی و صیانت منافع و حیثیت افغانستان در جامعه بین المللی."<sup>358</sup> به فهرست وظایف رئیس جمهور که در ماده 64 فصل سوم این کتاب بیان شده، نگاه کنید. بند های سوم، چهارم، پنجم و ششم همه مربوط به نقش رئیس جمهور در دفاع از کشور و قیادت قوای مسلح میشود. او سرقوماندان با صلاحیت اعلان جنگ و متارکه بوده و در مورد دفاع از کشور، و فرستادن قطعات قوای مسلح به خارج از افغانستان تصمیم میگیرد. ماده 75 مقرر میدارد که وزرا یکجا با رئیس جمهور مسئولیت مشترک این وظایف دارند و به این ترتیب اساس برای ایجاد نهادهای معین و اساسی حکومتی را میگذارد.

مسئولیت دفاع از استقلال و تمامیت ارضی یک کشور که معمولاً به اردو واگذار میشود، در افغانستان عمدتاً تحت رهبری رئیس جمهور، وزارت دفاع و رئیس شورای امنیت ملی قرار دارد. در هماهنگی با وزارت دفاع و رئیس جمهور، وزارت امور خارجه طبق معمول مسئول "حفظ منافع و حیثیت" کشور در جامعه بین المللی است. بند 14، ماده 64، به رئیس جمهور صلاحیت "تعیین سران نمایندگی های سیاسی افغانستان نزد دول خارجی و موسسات بین المللی" را میدهد و بند 15، طبق ماده 64 "قبول اعتمادنامه های نمایندگان سیاسی خارجی در افغانستان" از صلاحیت رئیس جمهور است.

با توجه به ماده 75، بند 3، حکومت وظیفه "تامین نظم و امن عامه و از بین بردن هر نوع فساد

<sup>357</sup> ماده 75، بند 1.

<sup>358</sup> ماده 75، بند 2.

اداری<sup>359</sup> را به عهده دارد. تأمین نظم و امن عامه معمولاً یکی از مسئولیت های اساسی حکومت و یکی از دلایل ایجاد حکومت به شمار می آید. صلاحیت اجرای قانون در افغانستان به پولیس در چوکات وزارت امور داخله واگذار شده. وزارت عدلیه نیز در حفظ قانون و نظم عمومی از طریق عملکردهای مختلف از جمله مدیریت مراکز اصلاح و تربیت اطفال و سیستم زندان ها، و در رسیدگی در موارد قضایی که از جانب مردم علیه حکومت اقامه میگردد، سهم دارد. علاوه بر این، وزارت مبارزه با مواد مخدر نقش متمرکز در اجرای قوانین علیه تجارت مواد مخدر، و لوی خاړنوالی نقش برجسته در تحقیق و تعقیب جرایم ایفا می کند.

وظیفه چهارم حکومت که در ماده 75 ذکر شده "ترتیب بودجه، تنظیم وضع مالی دولت و حفاظت دارایی عامه"<sup>360</sup> است. بانک مرکزی نقش مهمی در حفاظت از دارایی های عامه و تنظیم شرایط مالی دولت ایفا میکند. ماده 12 مشعر است که "د افغانستان بانک، بانک مرکزی دولت و مستقل می باشد."<sup>361</sup> طبق ماده 12، بانک مرکزی "نشر پول و طرح و تطبیق سیاست پولی کشور، مطابق به احکام قانون، از صلاحیت بانک مرکزی می باشد."<sup>362</sup> سازمان و بهره برداری از آن نیز توسط قانون تنظیم میگردد و "بانک مرکزی در مورد چاپ پول با کمیسیون اقتصادی ولسی جرگه مشوره می نماید."<sup>363</sup> با وجود استقلالیت، طبق حکم بند 11، ماده 64، رئیس جمهور رئیس بانک مرکزی را با تأیید ولسی جرگه تعیین مینماید. وزارتخانه های دیگر که مسئولیت قسمی اجرای این وظایف دارند عبارتند از: وزارت مالیه و وزارت اقتصاد، وزارت مالیه در مشورت با کمیته بودجه، مسئول تهیه بودجه است. کابینه بعد از بررسی و تأیید پیش نویس تهیه شده توسط وزارت مالیه را غرض تصویب به ولسی جرگه شورای ملی می فرستد و بالآخره رئیس جمهور آنرا توشیح میکند.<sup>364</sup>

نقش شورای ملی در فرآیند بودجه توسط چندین ماده در فصل پنجم قانون اساسی تعیین میگردد. از آنجا نیکه شورای ملی با جزئیات در فصل پنجم این کتاب بحث شده، در اینجا ما فقط جنبه هایی از صلاحیت و اختیارات آن را مورد بحث قرار میدهم که با وظایف و اختیارات حکومت ارتباط میگیرد. بند 3، ماده 90، از جمله وظایف شورای ملی از "تصویب بودجه دولتی و اجازه اخذ یا اعطای قرضه"<sup>365</sup> یاد میکند. بند 2، ماده 91 بیان میدارد که ولسی جرگه باید دارای صلاحیت اختصاصی "اتخاذ تصمیم راجع به پروگرامهای انکشافی و بودجه دولتی"<sup>366</sup> باشد. مطابق بند 4، ماده 75 که در بالا توضیح داده شد، ماده 95 مرجع پیشنهاد بودجه را روشن میسازد، پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف

<sup>359</sup> ماده 75، بند 3.

<sup>360</sup> ماده 75، بند 4.

<sup>361</sup> ماده 12، بند 1.

<sup>362</sup> ماده 12، بند 2.

<sup>363</sup> ماده 12، بند 3-4؛ دیده شود د افغانستان بانک قانون، جریده رسمی 1382/10/30 مطابق 2003/17/12 قابل دسترس به نشانی انترنیتی:

[http://www.centralbank.gov.af/pdf/UpdatedOfDaAfghanistanBankLaw\\_1\\_.pdf](http://www.centralbank.gov.af/pdf/UpdatedOfDaAfghanistanBankLaw_1_.pdf).

<sup>364</sup> برای معلومات پیرامون روند بودجی، نگاه کنید به: <http://www.budgetmof.gov.af/>؛ همچنین به قانون دارایی عامه و مدیریت

مصارف نگاه کنید به: <http://www.budgetmof.gov.af/NationalBudget/Regulation/Regulation.html>

<sup>365</sup> ماده 90، بند 3.

<sup>366</sup> ماده 91، بند 2.

از طرف حکومت صورت می گیرد.<sup>367</sup> به عبارت دیگر، در باره بودجه دولتی و قوانین امور مالی، حکومت تنها نهادی است که صلاحیت تهیه پیش نویس قانون برای تصویب به شورای ملی می فرستد.

ماده 98 در باره بودجه معلومات زیادی را ارائه می کند. بند اول آن حکم میکند که ”بودجه دولت و پروگرام انکشافی حکومت از طریق مشرانو جرگه توام با نظریه مشورتی آن به ولسی جرگه تقدیم می شود.“<sup>368</sup> توجه داشته باشید که مشرانو جرگه صلاحیت در این فرایند ندارد و بودجه پیشنهادی دولت را به ولسی جرگه روان میکند. بند 4، ماده 98 از حکومت می خواهد که بودجه سال بعد در طول ربع چهارم سال مالی همراه با گزارش مختصری از بودجه سال جاری که ضم حساب قطعی بودجه سال گذشته با توجه به بند بعدی ماده 98، را به شورای ملی تقدیم نماید.<sup>369</sup>

وظیفه پنجم حکومت طبق ماده 75 عبارت است از ”طرح و تطبیق پروگرامهای انکشافی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی.“<sup>370</sup> همانطوری که شما می بینید انجام وظایف گسترده حکومت ایجاب موجودیت ادارات متعددی حکومتی میکند که برای اجرای آنها مسئولیت مشترک دارد. در واقع، هر اداره در ارتباط با یکی از عرصه ها مسئولیت دارد اما چند نمونه آنها عبارت اند از وزارت امور زنان؛ وزارت احیا و انکشاف دهات؛ وزارت انکشاف شهری؛ وزارت شهدا، معلولین، کار و امور اجتماعی؛ وزارت تجارت و صنایع؛ و وزارت مهاجرین و عودت کنندگان.

طبق بند 6، ماده 75 حکومت مکلف به ”ارائه گزارش به شورای ملی در ختم سال مالی درباره امور انجام شده و پروگرام های عمده سال مالی جدید“<sup>371</sup> است. همانطوری که می بینید این حکم قسمت مهم شبکه ارتباطی است که ارکان مختلف حکومت را وصل میکند. در حالی که رئیس جمهور رئیس حکومت است، بند 6، ماده 75 تصریح قوی در باره ارتباط مهم بین وزارتخانه ها و قوه مقننه است. این مطالبات گزارش دهی یقینی میسازد که قوه مقننه فرصت تجدید نظر بر عملکرد حکومت را در طول سال مالی گذشته دارد و بنابر این درک درستی از برنامه های عمده پلان شده برای سال آینده به دست آورد. به همین ترتیب، در ارتباط با بودجه، بند 5، ماده 98 تصریح میدارد: ”حساب قطعی بودجه سال مالی قبل، در خلال مدت شش ماه سال آینده، مطابق به احکام قانون، به شورای ملی تقدیم می گردد.“<sup>372</sup> این مقررات نظارتی مطالبات ملموس و منظم گزارش دهی توسط کابینه به ولسی جرگه را به وجود می آورد. این یکی از راه های مهمی است که قانون اساسی طی مطالبات عمومی را در ماده 77 تسجیل نموده و طبق آن وزرا در برابر ولسی جرگه و همچنین در برابر رئیس جمهور مسئول هستند.

بند 7، ماده 75 شامل احکام مختلف میشود: ”انجام سایر وظایفی که به موجب این قانون اساسی و قوانین دیگر از وظایف حکومت دانسته شده است.“ شما می بینید که این بند از طریق قانون به قوه مقننه اختیارات

<sup>367</sup> ماده 95، بند 2.

<sup>368</sup> ماده 98، بند 1.

<sup>369</sup> ماده 98، بند 4.

<sup>370</sup> ماده 75، بند 5.

<sup>371</sup> ماده 75، بند 6.

<sup>372</sup> ماده 98، بند 5.

گسترده ای را برای کنترل وظایف وزرا و واحد های اداری مربوط به آنها میدهد. تا زمانی که قوانین اساسی و سایر قوانین وجود داشته باشند، وزرا طبق بند 7، ماده 75 مکلف به رعایت و پیروی از آنها هستند.

### ه. صلاحیت انتظامی حکومت

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 76

(1) حکومت برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود مقررات وضع و تصویب میکند.

(2) این مقررات باید متناقض نص یا روح هیچ قانون نباشد.

حالا که ما وظایف اساسی حکومت را طبق ماده 75 تحت پوشش قرار دادیم، ما نیاز به درک چگونگی صلاحیت وزرا به اساس احکام قانون اساسی یادآور میشویم. ماده 76 وزرا را به حیث رؤسای واحد های اداری، به اجرای وظایف حکومتی خاص و تطبیق مقررات مکلف میسازد. مقرر ها اصولی هستند که توسط قوه مجریه تهیه و تصویب میشود. در حالی که آنها قوانین نیستند، ولی اعتبار قانونی دارند. مقرر ها به اساس حکم قانون تدوین و تصویب میگردند و اغلب برای کمک به اجرای قانون کمک میکنند. در افغانستان، اهداف اساسی این مقرر ها تحقق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف حکومت است.<sup>373</sup>

شما ممکن از فصل سوم به یاد داشته باشید که بند 2، ماده 64 به رئیس جمهور صلاحیت "تعیین خطوط اساسی سیاست کشور به تصویب شورای ملی"<sup>374</sup> میدهد. همانطوری که بطور مفصل در آنجا مورد بحث قرار دادیم، رئیس جمهور خطوط اساسی سیاست ملی را با تصویب شورای ملی تعیین مینماید و طبق احکام قانون اساسی نیاز به تایید کابینه ندارد. "وظیفه ای اصلی حکومت کمک به رئیس جمهور در اجرای سیاست های خود است. بر خلاف قانون اساسی سال 1964، قانون اساسی سال 2004 هیچ زمینه نقش سیاسی و مستقل برای حکومت باقی نمی گذارد."<sup>375</sup> هنگامی که رئیس جمهور در هر یکی از عرصه های خاص مسئولیت خود تصمیم سیاسی میگیرد، با در نظر داشت صلاحیت اجرایی دولت تطبیق این سیاست مربوط به حکومت میشود. وزارت مربوطه و یا وزارتخانه ها باید تعیین کنند که آیا مقررات اضافی به منظور تحقق اجرای خط مشی رئیس جمهور مورد نیاز است، و اینکه آیا کدام قانون از تدوین مقرر های مورد نظر ممانعت میکند یا خیر؟

شما باید تشخیص دهید که این یک عرصه جالب از همگرایی در میان نهادهای حکومتی همراه با اختیارات و مسئولیت های مختلف است. ارزش دارد تا با استفاده از فرصت بخش های جداگانه و اتصالی در این شبکه را برجسته شود:

<sup>373</sup> ماده 76.

<sup>374</sup> بند 2، ماده 64.

<sup>375</sup> Rainer Grote, *Separation of Powers in the New Afghan Constitution*, 64 Heidelberg Journal of International Law 897, 907 (2004).



- رئیس جمهور خطوط اساسی سیاست ملی با تأیید شورای ملی تعیین میکند.
- بعد از تصویب، حکومت متشکل از وزیران واحدهای مادون آن، سیاست را عملی میسازد.
- رئیس جمهور در تعیین خطوط اساسی سیاست ملی نیاز به تأیید وزراً ندارد، و اگر آنها حاضر به اجرای سیاست های وی نشود، طبق بند 11، ماده 64 از سمت خود برکنار شده میتواند.
- حکومت صلاحیت تدوین و تصویب مقررہ های قابل اجرا برای اجرای خط مشی رئیس جمهور دارد، اما این مقررات باید مناقض "نص یا روح" هیچ قانون از جمله قانون اساسی و هر قانون تصویب شده توسط شورای ملی نباشد.<sup>376</sup>

این شبکه از صلاحیت و مسئولیت نگرانی های از قبیل کارایی حکومت، صلاحیت اجرائیوی، دموکراسی، و نظارت قوه مقننه را متوازن میسازد.

مقصد دومی مجاز از مقررات حکومتی نظر به ماده 76 "تنظیم وظایف خود (حکومت)" است. واضح است که حکومت این صلاحیت را برای حذف وظایفی که توسط قانون اساسی تعیین شده استفاده نخواهد کرد، برخلاف هر گونه مقررات از این نوع باید به اجرای آنها کمک کند. آنطوری که در بالا مورد بحث قرار گرفت، ماده 75 وظایف کلی حکومت را فهرست میکند. بند 3، ماده 75 یک مثال نسبتاً روشن در این رابطه است: "تأمین نظم و امن عامه و از بین بردن هر نوع فساد اداری." طبق ماده 76 وزارت امور داخله می تواند (باید) به منظور تأمین نظم و حفظ حقوق عامه مقررات وضع و تصویب کند. این مقررات باید مناقض نص یا روح هیچ قانون نباشد.

### مثال: قانون پولیس سال 2005

مقررات مربوط به وظایف حکومتی اغلب برای روشن یا با محتوای ساختن قوانین انتزاعی مربوط وظایف یاد شده وضع میشود. در ادامه با مثال ما از بند 3، ماده 75 در حال حاضر بسیاری از قوانین مربوط به حفظ قانون و نظم عامه وجود دارند که توسط شورای ملی به تصویب رسیده است. شورای ملی قانون پولیس را به منظور ایجاد یک چارچوب قانونی برای انجام عملیات های پولیس در سال 2005 (1384) به تصویب رساند. این قانون نسبتاً خاص بود و با مسائل مانند وظایف و مکلفیت های پولیس، بازداشت افراد، مجازات مالی، استفاده از زور و غیره را احتوا میکند. در ماده 32 قانون پولیس آمده: "وزارت امور داخله می تواند پیش نویس مقررات را بمنظور اجرای بهتر احکام این قانون تهیه و تصویب نماید."<sup>377</sup> هر گونه مقررات که پس از آن طبق بند 3، ماده 75 توسط وزارت امور داخله در ارتباط با وظیفه "تأمین نظم و امنیت عمومی" تصویب میشود مقصد آن روشن ساختن و یا تفسیر کردن متون قانون پولیس باشد و نباید با نص و روح خود تناقض داشته باشد. بنابر این صلاحیت انتظامی حکومت یک ابزار مهم است که وزارتخانه ها را قادر می سازد ضمن رعایت صلاحیت قانونگذاری

<sup>376</sup> یادداشت نمایید که "نص و روح" هیچ جای تعریف نشده، اما تفسیر معقول آن این شده میتواند که اصولنامه یا مقررات با خود متن یا مقصد هیچ قانون در تضاد قرار گرفته نمی تواند.

<sup>377</sup> قانون پولیس، جریده رسمی، شماره 862(22، سپتمبر، 2005) قابل دسترسی به:

شورای ملی، وظایف عام مندرج قانون اساسی و قوانین انتزاعی را به مقررات و اصول قابل اجرا و طرز العمل های قابل اداره تفسیر و تبدیل نمایند.

### ز. صلاحیت تقنینی حکومت

طوری که شما در بالا در باره بودجه دولت و قوانین امور مالی مطالبی را خواندید، حکومت علاوه بر صلاحیت انتظامی خود، باید قسماً صلاحیت قانونگذاری هم داشته باشد. ما در بالا در بند 4، ماده 75 وظایف حکومت در زمینه تهیه بودجه حکم بند 2، ماده 95 مبنی بر مشخص ساختن این مطلب که حکومت تنها مرجعی است که طرح قانون بودجه را پیشنهاد کرده میتواند. با این حال، این یگانه صلاحیت تقنینی حکومت نیست. در حالی که حکومت دارای صلاحیت انحصاری برای پیشنهاد بودجه دولتی و قوانین امور مالی است، همچنان انواع دیگری از قوانین به موجب بند 1، ماده 95 پیشنهاد کرده میتواند. علاوه بر این، ماده 79 به حکومت صلاحیت میدهد که تحت شرایط خاص فرامین تقنینی را صادر نماید که بعد از توشیح رئیس جمهور اعتبار قانون دارند.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 95

(1) پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت یا اعضای شورا و در ساحة تنظیم امور قضایی از طرف ستره محکمه توسط حکومت می تواند صورت گیرد.

بر اساس ماده 95، حکومت میتواند طرح های غیر تقنینی بودجه را از طریق طرز العمل خاص که در اصول وظایف داخلی شورای ملی پیش بینی شده و طالب امضای وزیر که قانون مورد نظر به حوزه قضایی وی مربوط میشود، پیشنهاد نماید.<sup>378</sup> در جدول زیر موضوع به ترتیب بیان شده.

### طرز العمل حکومت برای پیشنهاد طرح قانون<sup>379</sup>

در این طرز العمل:

(1) پیشنهاد حکومت طبق پلان تقنینی فعالیت که پیش نویس آن توسط وزارت عدلیه تهیه و وزیر عدلیه آنرا تایید میکند، ارائه میشود.<sup>380</sup>

(2) پلان نهایی تقنینی فعالیت از طریق دفتر اداره امور توسط شورای وزیران تایید میشود.<sup>381</sup>

<sup>378</sup> شورای ملی، اصول وظایف داخلی ولسی جرگه، اصل 77، قابل دسترسی در:

<http://www.sunyaf.org/images/pdf/leg-pub/Wolesi%20Jirga%20Rules%20of%20Procedure.pdf>.

<sup>379</sup> Toolkit 3: Legislative Process, USAID Afghanistan Parliamentary Assistance Program, available at <http://www.sunyaf.org/images/pdf/leg-pub/Afghanistan%20Legislative%20Process.pdf>.

<sup>380</sup> پلان تقنینی عمل که مسوده های طرح های تقنینی را تنظیم میکند و زمانی که وزارت عدلیه مسوده ها را طرح و تصویب میکند، شورای وزیران آنها را بررسی میکند

(3) لایحه قانون در پلان تقنینی نهایی فعالیت سپس توسط کمیته وزارتی که از طرف وزرای مربوط لایحه قانون تعیین میگردد، تهیه میشود. اگر یک لایحه مربوط به وزارتخانه های مختلف باشد، در این صورت کمیته مشترک ایجاد میشود.

(4) بعد از تکمیل، پیش نویس سند تقنینی برای بررسی نهایی به وزارت عدلیه و سپس از طریق دفتر اداره امور غرض تأیید به شورای وزیران فرستاده می شود.

(5) قبل از آنکه سند تقنینی به شورای ملی فرستاده شود، توسط ریاست عمومی قانونگذاری و امور علمی تحقیقات حقوقی (تقنین) بررسی میشود. ریاست تقنین چگونگی مطابقت قانون پیشنهادی را با قانون اساسی، معاهدات بین المللی، شریعت، و یا قوانین جاری بررسی میکند.

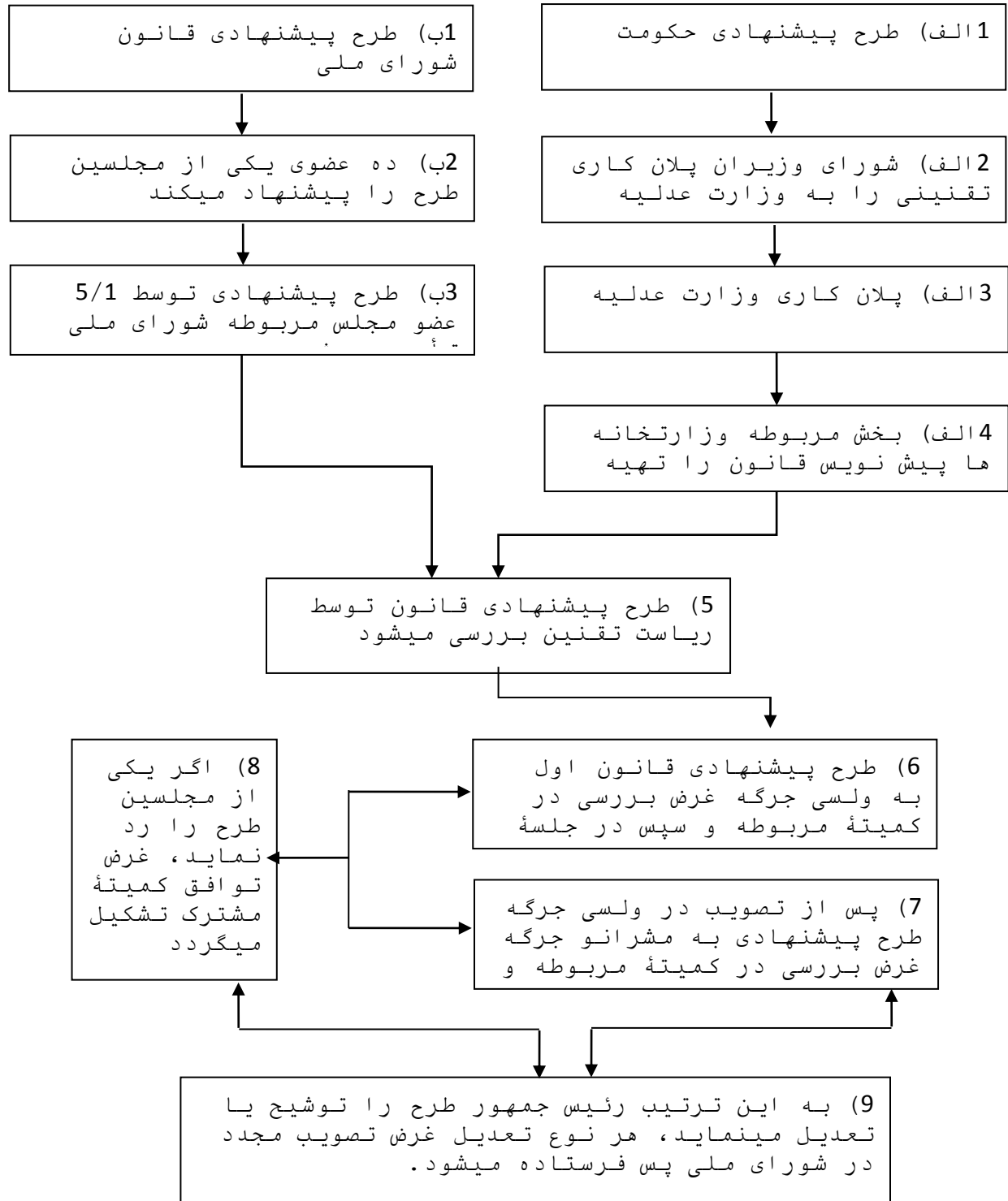
(6) ماده 97 مستلزم آن است که چنین پیشنهاداتی برای تهیه پیش نویس قانون باید اول برای تصویب ولسی جرگه و پس از تصویب به مشرانو جرگه فرستاده میشود.<sup>382</sup>

#### طی مراحل طرح پیشنهادی قانون حکومت بر اساس ماده 95<sup>383</sup>

<sup>381</sup> شورای وزیران متشکل از وزرای تعیین شده توسط رئیس جمهور برای نظارت بر وزارتخانه ها میباشد.

<sup>382</sup> این یک روند گیج کننده است و ما یک شکل در اخیر این فصل را به مثابه کمک دیداری اضافه میکنیم. شما همین حالا آنرا ملاحظه کرده میتوانید. این شکل از مجموعه 3 برنامه کمک پارلمانی افغانستان یو اس ا آی دی که در پا ورقی شماره 48 ذکر یافته، گرفته شده است.

<sup>383</sup> Toolkit 3: Legislative Process, USAID Afghanistan Parliamentary Assistance Program, available at <http://www.sunyaf.org/images/pdf/leg-pub/Afghanistan%20Legislative%20Process.pdf>.



## قانون اساسی افغانستان

### ماده 79

- (1) حکومت می تواند در حالت تعطیل ولسی جرگه در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی، فرامین تقنینی را ترتیب کند.
- (2) فرامین تقنینی بعد از توشیح رئیس جمهور حکم قانون را حایز میشود.
- (3) فرامین تقنینی باید در خلال سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود و
- (4) در صورتی که از طرف شورای ملی رد شود، از اعتبار ساقط میگردد.

همچنان قانون اساسی به حکومت صلاحیت میدهد فرامین تقنینی را در شرایط معین و با محدودیت های خاص صادر نماید. همانگونه که متن ماده 79 تصریح میکند، صلاحیت حکومت در صدور فرامین تقنینی تنها در صورتی عملی است که ولسی جرگه در تعطیل باشد. علاوه بر این، در زمان تعطیل ولسی جرگه، حکومت تنها در حالت نیازمندی عاجل و حالت فوق العاده فرامین تقنینی را صادر کرده میتواند. بالآخره، حکومت نمی تواند فرامین را در اموری مربوط به بودجه و امور مالی که طبق طرز العمل قانون اساسی طی مراحل میشود، صادر نماید.<sup>384</sup>

فرامین تقنینی که طبق احکام ماده 79 صادر شده تنها بعد از توشیح رئیس جمهور "حکم قانون را حایز میشوند".<sup>385</sup> علاوه بر این، بند 3، ماده 79 اضافه میکند که "فرامین تقنینی باید در خلال سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود و در صورتی که از طرف شورای ملی رد شود، از اعتبار ساقط میگردد." این حکم نهایی یک نوع واریسی بر صلاحیت حکومت است و رجحان تقنینی شورای ملی را حفظ میکند. اگر قرار باشد حکومت در زمان تعطیل ولسی جرگه فرمان تقنینی را صادر نماید اما نمایندگان منتخب مجلس آنرا قابل رد تشخیص دهند، پس از بازگشت از تعطیل آنها فرمان را لغو کرده میتوانند.

### ح. نظارت ولسی جرگه بر حکومت

ما در باره وظایف حکومت مبتنی بر قانون اساسی، صلاحیت های اختصاص یافته برای اجرای آنها، نظارت بر این صلاحیت ها، و شبکه ای صلاحیت ها که ارکان مختلف قدرت حکومت را با هم وصل میکند، بحث کردیم. در حالی که ما در باره تعدادی از شیوه های نظارتی شورای ملی بر فعالیت حکومت بحث کردیم، یک عنصر نهایی در این رابطه وجود دارد که ما باید آنرا بررسی کنیم. شورای ملی صلاحیت دارد و زراً را به چند راه مختلف استجواب و اسیضاح نماید و حتی صلاحیت صدور رأی عدم اعتماد دارد. این صلاحیت به مفهوم هوشدار دارای ارزش زیادی میباشد، و وزیری که برای استجواب به ولسی جرگه خواسته می شود نیز به این ارتباط میگیرد که مردم ببینند او چه میگوید.

<sup>384</sup> دیده شود ماده 90، بند 3، ماده 91، بند 2، ماده های 95، 97 – 99.

<sup>385</sup> ماده 79، بند 2.

اول، ماده 93 تصریح میدارد که ”هریک از کمیسیونهای هر دو مجلس شورای ملی می تواند از هر یک از وزرا در موضوعات معین سوال نماید.“<sup>386</sup> بطور مثال، این بدان معنی است که کمیسیون امور داخلی ولسی جرگه می تواند وزیر امور داخله را در مورد خاص مربوط پولیس ملی افغان و مسائل امنیتی سوال کند. در واقع، با توجه به اصول و طرز العمل های ولسی جرگه، کمیسیون از هر یک از مقامات حکومتی از جمله مقامات مندرج بنده 11، ماده 64 در مورد ”مسائل اختصاصی حوزه صلاحیت آنها“ سوال کرده میتواند.<sup>387</sup> این بند نه تنها شامل وزرا بلکه همچنان ”لوی خرنوال، رئیس بانک مرکزی، رئیس امنیت ملی و رئیس سره میاشت (هلال احمر).“<sup>388</sup> را نیز در بر میگیرد. ماده 93 و اصل 27 اصول رفتار هر دو تصریح می کند که ”فرد مورد سوال باید پاسخ شفاهی یا کتبی ارائه کند.“

علاوه بر صلاحیت کمیسیون های دایمی در باره استیضاح از وزرا و سایر مقامات حکومتی، ماده 89 بیان میدارد که ”ولسی جرگه صلاحیت دارد به پیشنهاد یک ثلث اعضا جهت بررسی و مطالعه اعمال حکومت، کمیسیون خاص تعیین نماید.“<sup>389</sup> یگانه هدف کمیسیون خاص بررسی و مطالعه اعمال حکومت است، و بنابراین به احتمال زیاد فقط در مواردی که اقدامات مورد نظر غیر قانونی و یا احتمالاً بطور کل خارج از صلاحیت باشد، ایجاد میشود. اصول طرز العمل های ولسی جرگه جزئیات بیشتر در مورد کمیسیون خاص در فصل هفتم که شامل اصول 34-36 میشود، ارائه میکند.<sup>390</sup> مثال، کمیسیون خاص برای نمایندگی از ولسی جرگه باید دارای حداقل 21 عضو داشته باشد که در جلسه عمومی ولسی جرگه به تصویب میرسد.

بالاخره، ماده 92 بیان میدارد که ”ولسی جرگه به پیشنهاد بیست فیصد کل اعضا می تواند از هر یک از وزرا استیضاح به عمل آورد.“<sup>391</sup> با یک حد اقل نصاب پایین تر و بدون هیچ پایه و اساس صریح بازپرس، این صلاحیت اجازه می دهد تا ولسی جرگه وزرا را برای بحث و پاسخ به سوالات پیرامون کمک به حکمرانی خوب دعوت نماید. متأسفانه، که در بسیاری از جاها، این صلاحیت به جای اینکه به حیث یک ابزار کمکی در جمع آوری اطلاعات و تفاهم استفاده میشد، اغلب برای کسب امتیاز سیاسی به کار گرفته شده. ماده 92 چگونگی مجازات یک وزیر را که به اندازه کافی به نگرانی های ولسی جرگه جواب ارائه ننماید، پیش بینی میکند. بند دوم می گوید: ”هر گاه توضیح ارائه شده قناعت بخش نباشد، ولسی جرگه موضوع رای عدم اعتماد را بررسی می کند.“<sup>392</sup> بند سوم بیشتر موضوع را توضیح میکند: ”رای عدم اعتماد از وزیر باید صریح، مستقیم و بر اساس دلایل موجه باشد.“<sup>393</sup> این رای به اکثریت آرای کل اعضای ولسی جرگه صادر می گردد.<sup>394</sup> باز هم اصول طرز العمل ولسی جرگه احکام قانون اساسی با جزئیات و روش اضافی در اصل 99 و اصل 100 تکمیل مینماید.<sup>395</sup> برای مثال، اصل 100 مشعر است

<sup>386</sup> ماده 93، بند 1.

<sup>387</sup> شورای ملی، اصول وظایف داخلی ولسی جرگه، اصل 27، قابل دست رسی در:

<http://www.sunyaf.org/images/pdf/leg-pub/Wolesi%20Jirga%20Rules%20of%20Procedure.pdf>.

<sup>388</sup> ماده 64، بند 11.

<sup>389</sup> ماده 89، بند 1.

<sup>390</sup> شورای ملی، اصول وظایف داخلی ولسی جرگه، اصول 34 – 36.

<sup>391</sup> ماده 92، بند 1.

<sup>392</sup> ماده 92، بند 2.

<sup>393</sup> ماده 92، بند 3.

<sup>394</sup> ماده 92، بند 3.

<sup>395</sup> شورای ملی، اصول وظایف داخلی ولسی جرگه، اصول 99 – 100.

که هیچ سوال کننده نباید بیشتر از 10 دقیقه صحبت نماید و وزیر نیز بیشتر از یک و نیم ساعت صحبت نمی کند. شما در باره طرز العمل رأی عدم اعتماد در فصل دوم تفکیک قواً به تفصیل بحث کردید.

### چهارم. نتیجه گیری

همانطوری که قبلاً بحث شد، مقصد این فصل رفتن به عمق حقوق اداری یا حقوق اتباع در ارتباط با نهادهای حکومتی نیست. مقصد آن این است که شما را با درک دساتیر ساختاری قانون اساسی و واگذاری صلاحیت در زمینه اداره دولتی آشنا سازد. در حالی که قانون اساسی شامل بسیاری از آرمان های عالی و اصول نجیبانه است، مردم افغانستان را به طور مستقیم از طریق نهادهای دولتی که توسط آن ایجاد، مختار، و مهار میگردد، رسیدگی مینماید. به منظور حفاظت مردم از خطر استبداد، قانون اساسی قدرت را در میان انواع نهادها توزیع میکند و آنها را در اعمال خود وادار به همکاری با یکدیگر میکند. در این فصل به بررسی شبکه پیچیده ای از روابط، نهادهای مسئول اجرای قوانین کشور، و اصول حمایت از این ساختار را بحث کردیم. در حالی که این یک پایه و اساس ضروری میباشد، در واقع تنها یک آغاز است.

## فصل پنجم: قوه مقننه

## اول. مقدمه

## قانون اساسی افغانستان

## ماده 4

حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می کند.

شورای ملی افغانستان از جمله دیگر وظایف مهم مسئولیت تهیه پیش نویس و تصویب قوانین را دارد. ساختار و صلاحیت شورای ملی در مواد 81 تا 109 قانون اساسی به تفصیل بیان شده. قانون اساسی بیان میدارد، شورای ملی برای نمایندگی از "صدای مردم" در دولت ایجاد شده است.<sup>396</sup> صدای مردم بنیاد اساسی را در هر دموکراسی تشکیل میدهد. شورای ملی متشکل از دو مجلس، مجلس علیا و مجلس سفلی تشکیل شده است. هر کدام از آنها روند جداگانه برای انتخاب اعضا و مسئولیت های مختلف دارد که در زیر بطور مفصل مورد بحث قرار گرفته است.

این سیستم منحصر به افغانستان نیست. قانونگذاران نقش های مهم در دولت ها در سراسر جهان ایفا کرده است. در یک جامعه دموکراتیک، نقش قوه مقننه نمایندگی کردن از اراده مردم در حکومت است و به حیث یک نهاد نظارتی بر صلاحیت قوه اجرائیه خدمت می کند. اما در واقع، هر قوه مقننه این دستور را برآورده نمی سازد. بعضی از آنها توسط مدیران قدرتمند و مبارزه با فساد تحت الشعاع قرار میگیرند. با مطالعه این فصل، در مورد راه های که در آن این مشکلات خود را در افغانستان ظاهر میسازد و اقدامات بالقوه ای جامعه افغانی برای به حداقل رساندن اثرات منفی آنها بر حکمرانی فکر کنید.

راه های مختلف ساختار قوه مقننه وجود دارند که آن را قادر می سازند مأموریت و نقش خود را در حکومت انجام دهد. در بحث شورای ملی، ما به مقایسه و مقابله برخی از این ساختارهای مختلف میبیرازیم. هنگامی مطالعه این فصل، در مورد مزایا و معایب ساختارهای قانونی مختلف فکر کنید. قسمت دوم ساختار، قسمت سوم بحث صلاحیت و قسمت چهارم آن روند قانونگذاری قوه مقننه افغانستان را بررسی میکند. در اخیر، موضوع بودجه و نقش لویه جرگه در حکومت افغانستان بررسی خواهد شد.

## دوم. ساختار قوه مقننه

## الف. ولسی جرگه

ولسی جرگه مجلس سفلی پارلمان افغانستان است و مسئول تهیه پیش نویس و تصویب تمام قوانین است، که پس از آن به مجلس سنا برای تصویب فرستاده میشود. با توجه به قانون اساسی، مردم افغانستان به طور مستقیم اعضای مجلس را برای دوره کار پنج ساله انتخاب مینمایند. انتخابات باید آزاد و سری باشد، و

<sup>396</sup> . ماده 81.



حوزه های انتخاباتی و سایر مسایل مربوط به آن در قانون انتخابات تعیین می گردد.<sup>397</sup> حوزه های انتخاباتی در سطح ولسوالی ها در افغانستان تعیین شده و قانون اساسی در ماده 83 خاطر نشان میسازد که قانون انتخابات باید تدابیری اتخاذ گردد که نظام انتخاباتی، نمایندگی عمومی و عادلانه را برای تمام مردم کشور تامین نماید.<sup>398</sup>

هر حوزه در افغانستان تعدادی از نمایندگان متناسب با جمعیت آن را انتخاب می کند. در عین حال هر حوزه نیز مکلف به داشتن تعداد معینی از زنان متناسب با جمعیت آن میباشد، اما تعداد حداقل باید آنها دو وکیل زن باشد. تعداد مجموعی اعضای ولسی جرگه حد اکثر 250 نفر میباشد.<sup>399</sup>

قبل از هر دور و بعد از هر انتخابات، ولسی جرگه از میان اعضای خود هیئت اداری را انتخاب میکند. این هیئت متشکل از رئیس (سخنگوی)، معاون اول و معاون دوم، منشی و نایب منشی میباشد. این انتخابات بسیار رقابت آمیز است، بعد از انتخابات 2011 عبد الرؤف ابراهیمی تنها پس از یک ماه بن بست، به حیث رئیس انتخاب گردید.<sup>400</sup> وظایف این هیئت اداری بر اساس اصول ووظایف داخلی ولسی جرگه تنظیم شده است.<sup>401</sup>

قانون اساسی همچنین مجموعه از شرایط برای همه نامزدها وضع میکند. هر نامزد باید تبعه افغانستان باشد، یا به اساس تولد یا دارنده تابعیت اکتسابی برای حداقل ده سال قبل از نامزد شدن.<sup>402</sup> نامزدان نباید به ارتکاب جرایم محکوم شده باشند و عمر شان در روز نامزد شدن حداقل بیست و پنج سال باشد.<sup>403</sup> قبل از انتخابات، وثایق انتخاباتی اعضای شورای ملی توسط کمیسیون مستقل انتخابات بررسی میگردد.<sup>404</sup>

### سوال های مباحثه

1. به نظر شما آیا نظام انتخاباتی در تامین نمایندگی منصفانه و متناسب همه مردم افغانستان موفق بوده یا خیر؟
2. آیا کدام گروهی با نمایندگی نامتناسب در پارلمان وجود دارد؟
3. نظر شما در باره سهمیه زنان اعضای ولسی جرگه چیست؟ آیا شما فکر می کنید که بدون سهمیه زنان قادر به نمایندگی کردن مناسب در پارلمان هستند یا داشتن سهمیه برای ایفای نقش آنها در پارلمان ضروری است؟

<sup>397</sup> ماده 93.

<sup>398</sup> همانجا.

<sup>399</sup> همانجا.

<sup>400</sup> Khushnood Nabizada, "Afghan Parliament Elects House Speaker," (Feb. 18, 2011), available at <http://www.khaama.com/afghan-parliament-elects-house-speaker>.

<sup>401</sup> ماده 87.

<sup>402</sup> ماده 85 (1).

<sup>403</sup> ماده 85 (2)، 85 (3).

<sup>404</sup> ماده 86.

4. نظر شما در باره شرایط و مطالبات مندرج قانون اساسی برای نامزدهای پارلمانی چیست؟ آیا برای تغییر آنها کدام پیشنهاد دارید؟

### ب. مشرانو جرگه

مجلس علیای شورای ملی، مشرانو جرگه است. اگرچه مشرانو جرگه نقش مهمی را در روند قانونگذاری ایفا میکند، اما صلاحیت آن به اندازه ولسی جرگه مهم نیست. نقش آن صرف در تأیید قوانین است که از مجلس سفلی که پیش نویس آنها تهیه میکند، محدود است.

بر خلاف ولسی جرگه، اعضای مشرانو جرگه به طور مستقیم توسط مردم افغانستان انتخاب نمیشود. یک سوم از اعضای آن توسط شوراهای ولایتی انتخاب می شوند. هر شورا یکی از اعضای آن خود را برای عضویت مشرانو جرگه برای مدت چهار سال انتخاب میکند.<sup>405</sup> همچنین بر مبنای قانون اساسی شورا های ولسوالی ها یک سوم از اعضای مشرانو جرگه را انتخاب میکنند. دوره خدمت نمایندگان شوراهای ولسوالی ها دوره سه سال است.<sup>406</sup> شخصی که به حیث عضو مشرانو جرگه انتخاب میشود، عضویت خود را در شورای مربوطه داده و به عوض او شخص دیگر تعیین میگردد.<sup>407</sup>

رئیس جمهور یک سوم باقی مانده ای اعضای مشرانو جرگه را منصوب میکند که برای پنج ساله خدمت می کنند.<sup>408</sup> در ماده 84 آمده است که رئیس جمهور این اعضا را "از جمله شخصیت های خبیر و با تجربه" تعیین میکند. دو کرسی برای نمایندگان معلولین و دو کرسی را برای نمایندگان کوچی ها در نظر میگیرد.<sup>409</sup> پنجاه درصد از اعضای انتصابی مشرانو جرگه باید زنان باشند.<sup>410</sup>

هیئت اداری مشرانو جرگه متشکل از عین سمت های ولسی جرگه به شمول رئیس، میباشند. به استثنای عمر که برای مشرانو جرگه 35 سال میباشند، سایر شرایط و مطالبات برای نامزد شدن برای آنها نیز مانند ولسی جرگه میباشند.<sup>411</sup>

با وجود ترکیب نظری مشرانو جرگه، انتخابات و نمایندگی کاملاً متفاوت در عمل پیاده شده است. بنابر علل مانند مصارف و ماهیت پیچیده تعیین حدود ولسوالی به شمول اختلافات مرزی میان ولسوالی ها، انتخابات ولسوالی تا به امروز برگزار نگردیده است. این بدان معنی است که اشغال 34 کرسی توسط نمایندگان ولسوالی ها برای مدت سه سال، در واقع توسط انتخاب اضافی نمایندگان ولایتی به مدت چهار سال پر شده است. بنابراین، 68 تن از اعضای مشرانو جرگه نمایندگان ولایتی هستند در حالی که 34 نفر دیگر از نمایندگان منصوب شده توسط رئیس جمهور میباشند.<sup>412</sup> در سال 2013، هنوز هم هیچ انتخابات ولسوالی برگزار نه شده است.

405. بند 1، ماده 84.

406. بند 2، ماده 84.

407. بند 3، ماده 84.

408. همانجا.

409. همانجا.

410. ماده 84.

411. ماده 87.

412. دیده شود:

دوره متفاوت خدمت - سه، چهار و پنج سال - تفاوت عملی بر صلاحیت و نفوذ نمایندگان و همچنین بر مؤثریت آنها نیز دارد. با توجه به اصول وظایف داخلی برای هیئت اداری، رئیس (سخنگوی) برای مدت پنج سال انتخابات میشود. در سال 2011، رئیس مشرانو جرگه قبل از اینکه رئیس جمهور کرزی 34 نماینده خود را به مشرانو جرگه معرفی نماید، توسط نمایندگان ولایتی انتخاب شد. این انتخاب باعث بحث ها از لحاظ تخنیکي گردید، برخی از اعضا استدلال میکردند در صورتی که رئیس برای مدت پنج سال انتخاب میشود، باید از جمله کسانی باشد که از طرف رئیس جمهور معرفی میشود. با وجود این استدلال ها، مشرانو جرگه به کار خود ادامه داد و رئیس را قبل از معرفی اعضا توسط رئیس جمهور از میان نمایندگان ولایتی انتخاب کرد.<sup>413</sup>

### سوال های مباحثه

1. نظر شما در باره روشی که به اساس آن اعضای مشرانو جرگه منصوب میگردد، چیست؟
2. آیا شما فکر می کنید که انتصاب آنها نسبت به انتخابات مستقیم دارای مزایا میباشد؟ آیا اختلاف میان نمایندگان منتخب و منصوب شده کدام مشکل قدرت سیاسی را در بر خواهد داشت؟ آیا رئیس جرگه بطور انتصابی لزوم دارد؟
3. آیا شما فکر می کنید که مزایای مدت مختلف دوره خدمت اعضای مشرانو جرگه دارای مزایا میباشد؟ معایب آنها چه هستند؟
4. آیا نمایندگان ولایتی جایگزین مناسب برای نمایندگان ولسوالی ها هستند؟

آنچه در ادامه می آید نمونه هایی از ساختار قوه مقننه کشورهای دیگر انتخاب شده اند. البته، عوامل زیاد منجر به موفقیت یا ناکامی این سیستم ها میگردد، اما سعی کنید هر یکی از این سیستم ها را با سیستم در افغانستان مقایسه کنید. ممکن این سیستم ها بهتر یا بدتر از سیستم فعلی در افغانستان باشد؟

### مثال 1: شورای عالی ملی ترکیه

برخلاف شورای ملی افغانستان، قوه مقننه ترکیه که به نام شورای عالی ملی یاد میشود، دارای یک مجلس است. این بدن معنی است که قوه مقننه یک مجلس دارد، نه مانند مجلس علیا و مجلس سفلی در افغانستان. یکی دیگر از تفاوت ها بین پارلمان ترکیه و شورای ملی روشی است که به اساس آن نمایندگان انتخاب می شوند. برای شورای ملی، مردم به طور مستقیم نماینده حوزه خود را انتخاب میکنند. در ترکیه، آنها یک

International Federation for Electoral Systems, Election Guide: Afghanistan Country Profile (last visited March 31, 2013), available at <http://www.electionguide.org/country.php?ID=2> همچنین دیده شود Inter-Parliamentary Union, Afghanistan: Meshrano Jirga (last visited March 31, 2013), available at [http://www.ipu.org/parline/reports/2382\\_E.htm](http://www.ipu.org/parline/reports/2382_E.htm).

<sup>413</sup> Obaid Ali, "Even the Upper House does not listen to the President," (Feb. 22, 2011), available at <http://www.aan-afghanistan.org/index.asp?id=1516>.

سیستم نمایندگی تناسبی دارد. این بدان معنی است که مردم به یک حزب سیاسی رأی میدهد و هر یک از احزاب فیصدی معین از کرسی ها متناسب با تعداد آرای بدست آمده به خود اختصاص میدهد. پس از آن حزب برنده حکومت را تشکیل میدهد و نخست وزیر و وزرای کابینه را انتخاب میکند. یک حزب برای داشتن کرسی در پارلمان باید حد اقل ده درصد از آرا را بدست آورد. این کار تعدادی زیادی از احزاب کوچک را از داشتن نماینده محروم میسازد. از سال 2002، حزب حاکم تا به حال دارای اکثریت مطلق در قوه مقننه است.<sup>414</sup>

### سوال ها برای مباحثه

1. آیا به نظر شما پارلمان دارای یک مجلس نسبت به قوه مقننه دارای دو مجلس مانند افغانستان بهتر است؟
2. سیستم نمایندگی تناسبی در ترکیه را با انتخابات مستقیم در افغانستان مقایسه کنید. مزایای و معایب هر کدام از این نظام ها را بیان کنید؟

### مثال 2: پارلمان مصر

پارلمان مصر قوه مقننه مانند شورای ملی افغانستان دارای دو مجلس است. مجلس سفلی به نام مجلس نمایندگان و مجلس علیا به نام مجلس شورای یاد میشوند. مجلس نمایندگان حداقل 350 عضو دارد. این اعضاء از حوزها نمایندگی میکنند، اما تقسیم بندی حوزه ها علاوه بر قانون اساسی، طبق قانون اضافی صورت میگیرد. همه اعضاء منتخب برای مدت پنج سال انتخاب میشوند و انتخابات برای همه کرسی در یک وقت اتفاق می افتد - 60 روز قبل از دور پنج سال جدید. مجلس شورا حداقل از 150 عضو تشکیل شده است. همچنین رئیس جمهور میتواند اعضاء اضافی را به شورا منصوب سازد، اما این تعداد نمی تواند از یک دهم تعداد کل اعضاء منتخب تجاوز نماید. دوره خدمت اعضاء مجلس شورا شش سال بوده و نیمی از آنها هر سه سال بعد انتخاب میشوند.<sup>415</sup>

### سوال های مباحثه

1. نظر شما در باره نظام انتخاباتی مصر که در آن تنها تا یک دهم از مجلس سنا منصوب میگردد، چیست؟ این چه تأثیری می تواند برکنترول اجرائیوی قوه مقننه داشته باشد؟
2. آیا معقول به نظر میرسد که مرزبندی حوزه های انتخاباتی به اساس یک قانون اضافی، بدون در نظر داشت تعداد اعضاء حوزه، صورت گیرد؟

### مثال 3: پارلمان اندونیزیا

<sup>414</sup> Constitution of Turkey, Articles 75-100.

<sup>415</sup> 2012 Constitution of Egypt, Articles 114-131.

مجلس مشورتی خلق اندونیزیا قوه مقننه مانند آنهایی که در افغانستان و مصر است، دو مجلس دارد. مجلس سفلی به نام شورای نماینده خلق یاد میشود که از 560 عضو تشکیل شده است. مجلس علیا به نام شورای نماینده گی منطوقی یاد میگردد و دارای 132 عضو است. انتخابات در اندونیزیا از نظام انتخاباتی نمایندگی تناسبی پیروی میکند به طوری که مردم به نامزد خاص رأی نمی دهند، بلکه به حزب مورد حمایت خود رأی میدهند. بر خلاف در ترکیه، هیچ حزب در اندونیزیا قادر به کسب اکثریت مطلق آراء نیست. در نتیجه، حکومت از طریق ائتلاف احزاب تشکیل میگردد.

در عمل، چنان پنداشته میشود که پارلمان اندونیزیا یک نهاد بسیار فاسد است. در نتیجه، مردم اندونیزیا بدون در نظر داشت نظام نمایندگی در کشور، نسبت به نمایندگی واقعی خود در قوه مقننه به چشم شک و تردید مبینند.<sup>416</sup>

### سوال های مباحثه

1. چه مشکلات شما فکر می کنید از نظام نمایندگی تناسبی در اندونیزیا بوجود می آید؟
2. به نظر شما مزایا و معایب تشکیل یک حکومت ائتلافی نسبت به حکومت تک حزبی چیست؟
3. فساد یک مشکل جدی در حکومت اندونیزیا است. چه تاثیری آن بر مشروعیت قوه مقننه و توانایی آن بر تصویب مؤثر قوانین دارد؟

### سوم. وظایف، طرز کار و صلاحیت قوه مقننه

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 81

شورای ملی دولت جمهوری اسلامی افغانستان به حیث عالی ترین ارگان تقنینی مظهر اراده مردم آن است و از قاطبه ملت نمایندگی میکند. هر عضو شورا در موقع اظهار رای، مصالح و منافع علیای مردم افغانستان را مدار قضاوت قرار می دهد.

#### الف. وظایف

#### تمرکز مطالعه

حین مطالعه این قسمت، بر نقش متمرکز سازید که تهیه کنندگان پیش نویس قانون اساسی در حکمرانی در افغانستان برای شورای ملی در نظر داشتند. فکر کنید که آیا شورای ملی با داشتن صلاحیت و اقتدار قادر

<sup>416</sup> Constitution of Indonesia, Articles 19-23.

## به ایفای این نقش میباید.

شورای ملی دارای سه وظیفه اصلی است. اولین آن وظیفه تقنینی شورای ملی است که به آن صلاحیت تصویب قوانین و کنترل بر بودجه ملی را میدهد.<sup>417</sup> وظیفه دوم شورای ملی صلاحیت کنترل قوه اجرائیه است. قوه مقننه این کار را از طریق تصویب قوانین و اعمال صلاحیت خود را در بررسی از اجراءات وزراء و خط مشی های حکومت انجام میدهد.<sup>418</sup> با این حال، این وظیفه در واقع در استقامت مورد نظر عمل نمی کند. رویدادهای انتخابات پارلمانی سپتامبر 2010 ادامه مبارزه قدرت میان حکومت برحال کرزی، شورای ملی و ستره محکمه نشان داد. این موضوع با جزئیات بیشتر در زیر مورد بحث قرار گرفته است.

وظیفه سوم مجلس شورای ملی نمایندگی از مردم افغانستان است. مجلس به طور مستقیم توسط مردم انتخاب می شوند و هدف آن خدمت به این است تا صدای مردم در حکومت به طور مستقیم تر نسبت به آن چه که رئیس جمهور می کند، شنیده شود. شورای ملی وظیفه دارد از حقوق، رفاه و منافع مؤکلین خود دفاع نماید.<sup>419</sup> این وظیفه به وضاحت در ماده 81 قانون اساسی آشکار می شود.<sup>420</sup>

## سوال های مباحثه

1. نظر شما در باره وظایف شورای ملی چیست؟ نظر به تجربه شخصی تان، آیا این وظایف بطور درست طوری که در قانون اساسی تسجیل یافته، نمایندگی مؤکلین را تأمین میکند؟
2. آیا فکر می کنید که شورای ملی عملاً قادر به اعمال صلاحیت کنترل خود بر قوه اجرائیه است؟ یا، رئیس جمهور قادر به چشم پوشی از هر گونه تلاش برای جلوگیری از اقدامات او است؟

## ب. فرایند کار و طرز العمل

زمانی که شورا در جریان کار باشد، هر یک از دو مجلس شورای ملی برای مطالعه موضوعات مورد بحث، کمیسیون ها تشکیل می دهد.<sup>421</sup> در اغلب موارد، تصمیمات با اکثریت نمایندگان حاضر در هر یک از مجالس اتخاذ میشود. حالاتی که طالب به غیر از اکثریت ساده است بر اساس قانون تصریح شده است. حد نصاب، حداقل تعدادی از اعضای پارلمان که حضور شان برای تصویب قانون ضرور میباشد، در صورتی تکمیل میشود که اکثریت اعضای هر یک از مجلسین حاضر باشند.<sup>422</sup>

<sup>417</sup> Ramin Moshtaghi, *Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law, Volume One: Structure and Principles of the State* (3rd ed., March 2009).

<sup>418</sup> *Id.*

<sup>419</sup> *Id.*

<sup>420</sup> ماده 81.

<sup>421</sup> ماده 88.

<sup>422</sup> ماده 106.

هر دو مجلس شورای ملی همزمان اما جداگانه جلسات خود را دایر مینمایند. با این حال، در صورتی که رئیس جمهور تشخیص دهد و حین اجلاس سالانه آنها می توانند در جلسات مشترک ملاقات کنند.<sup>423</sup> به اساس حکم ماده 105 این جلاسات علنی باشد تا مردم عام ببینند که نمایندگان آنها چه میکنند. با این حال، اگر ده نفر از اعضای پارلمان و یا رئیس تقاضای اجلاس بسته نماید و این تقاضا از طرف بقیه از مجلس تأیید گردد، مردم عام از آن محروم میشود.<sup>424</sup> هیچ کدام از مجلسین قبل از تکمیل دوره خدمت اعضای آنها، توسط حکومت منحل شده نمی تواند. این یک روش مهم برای جلوگیری از نفوذ یا کنترل بر اقدامات شورا از راه تهدید به انحلال از طرف قوه اجرائیه است.

یکی دیگر از مصونیت ها منع تعقیب عدلی عضو شورای ملی به خاطر رأی دادن به شیوه خاص یا ابراز نظر خاص است.<sup>425</sup> برای مثال، اگر اعضای شورای ملی با رئیس جمهور در مورد یک مسئله اختلاف نظر دارند، قوه اجرائیه نمی تواند به خاطر این کار آنها را تحت پیگرد عدلی قرار دهد. مقصد از این کار حصول اطمینان است که نمایندگان بطور آزادانه بتوانند رأی خود را طوری که فکر می کنند به بهترین وجه منافع مؤکلین را حمایت میکند، بکار گیرند.

با این حال، اگر یک عضو از هر دو مجلس متهم به جرم میشود که به نظریات و رأی وی در جلسه شورا مربوط نمی شود، مجلس مربوطه از آن مطلع و عضو مورد تعقیب عدلی قرار گرفته میتواند.<sup>426</sup> در این صورت مجلس مربوطه پارلمان می تواند اجازه تعقیب عدلی و گرفتاری یکی از اعضای خود صادر نماید. با این حال، نمایندگان شورای ملی بدون اجازه مجلس مربوطه، بازداشت یا زندانی شده نمی تواند. یگانه استثناء در این مورد "جرم مشهود" است. هنگامی که عضو پارلمان متهم به جرم مشهود باشد، مقامات می بدون کسب اجازه از شورای ملی وی را تحقیق و زندانی کرده میتوانند. مقصد از این محدودیت جلوگیری حکومت از گرفتاری اعضای شورای ملی پیش از رأی دادن در یک مسئله مهم و یا با استفاده از تهدید به دستگیری نمایندگان برای اعمال فشار بر آنها به رأی دادن به یک راه خاص است.

#### مثال 4: مصونیت های قانون اساسی ترکیه برای قانونگذاران

قانون اساسی جمهوری ترکیه مصونیت از مسئولیت به خاطر هر گونه اظهارات یا رأی یا داشتن نظریات به نمایندگان مجلس مصونیت میدهد. با این حال، این کار به مجلس اجازه می دهد تصمیم بگیرد که نمایندگان دیدگاه های خود را تکرار، افشاء و آرای خود را به عموم مردم آشکار نه کنند. نمایندگان مجلس را نمی توان بازداشت، بازجویی، توقیف یا محاکمه کرد مگر به اجازه مجلس یا اینکه نماینده در حال ارتکاب عمل حامل جرم سنگین گرفتار می شود. علاوه بر این، هر نوع احکام جزایی تا زمانی ختم دوره وکالت عضو پارلمان به تعویق می افتد. برای جلوگیری از مشکلات ناشی از تأخیر تحقیقات، قانون

<sup>423</sup> . ماده 104 .

<sup>424</sup> . ماده 105 .

<sup>425</sup> . ماده 101 .

<sup>426</sup> . ماده 102 .

اساسی بیان میدارد که احکام قانونی پیرامون محدودیت ها مربوط جرایم، تا زمانی ختم دوره خدمت مظلون اعمال نه می شود.<sup>427</sup>

### سوال های مباحثه

1. آیا مصونیت برای شورای ملی کافی است؟ اگر نه، چگونه شما آنها را اصلاح یا تعدیل مینمایید؟
2. آیا موجودیت احکام برای حمایت نمایندگان در برابر تعقیب عدلی به خاطر رأی دادن، ضرور است؟
3. آیا شما فکر می کنید که استثنای مصونیت از پیگرد قانونی، برای اخلاص مقصد مصونیت پارلمانی از سوی حکومت مورد سوء استفاده قرار گرفته میتواند؟

### ج. صلاحیت شورای ملی

#### تمرکز مطالعه

قانون اساسی به ولسی جرگه تعدادی از صلاحیت ها را در نظر گرفته که به آن اجازه می دهد تا از قوه اجرائیه و صلاحیت های رئیس جمهور نظارت کند. همانطوری که شما در مورد این صلاحیت ها در زیر می خوانید، در این باره فکر کنید که آیا آنها عملاً طبق احکام قانون اساسی عمل میکند یا خیر.

شورای ملی کارکردهای خود را از طریق صلاحیت و مسئولیت های متنوع و گسترده ای که اغلب شامل قوه مجریه نیز میشود، انجام میدهد. قانون اساسی به شورای ملی صلاحیت تصویب، تعدیل یا لغو فرامین تقنینی را میدهد.<sup>428</sup> این صلاحیت نسبتاً زیاد صراحت دارد. هر دو مجلس باید این تغییرات را به منظور انفاذ آنها تأیید نمایند. همچنین این مسئولیت شورای ملی است که برنامه های توسعه اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنولوژیکی را تصویب نماید.<sup>429</sup> شورای ملی همچنین می تواند واحد های اداری را ایجاد، تعدیل و یا لغو نماید.<sup>430</sup> علاوه بر این، شورای ملی معاهدات تحت قوانین بین المللی افغانستان را تصدیق یا لغو مینماید.<sup>431</sup> این بدان معنی است که رئیس جمهور نمی تواند به سادگی معاهدات را انتخاب نماید بلکه شورای ملی باید آنها را تصویب نماید.

ولسی جرگه صلاحیت دارد کمیسیون خاص را برای بررسی اقدامات ایجاد نماید. یک سوم از اعضای ولسی جرگه باید قبل از آغاز کار این کمیسیون، به به ایجاد آن رأی دهد.<sup>432</sup> برای مثال، اگر اعضای ولسی جرگه فکر می کنند که کدام اداره تحت قوه اجرائیه یا حتی رئیس جمهور غیر قانونی و یا غیر اخلاقی عمل میکند، آنها می توانند رسیدگی از رفتار حکومت را سازماندهی کند زیرا که آنها حمایت یک

<sup>427</sup> Constitution of Turkey, Articles 75-100

<sup>428</sup> بند 1، ماده 90.

<sup>429</sup> بند 2، ماده 90.

<sup>430</sup> بند 4، ماده 90.

<sup>431</sup> بند 5، ماده 90.

<sup>432</sup> ماده 89.



ثلث اعضا باخود دارند. با این حال، در عمل، معلوم نیست که ولسی جرگه دارای ظرفیت نهادی برای اعمال این صلاحیت است یا خیر. پراگندگی در شورا و نفوذ قوه اجرائیه، ولسی جرگه را از عملکرد واقعی یک نهاد نظارت کننده بر صلاحیت رئیس جمهور، جلوگیری کرده میکند.

ماده 92 به ولسی جرگه به پیشنهاد بیست فیصد کل اعضا صلاحیت استیضاح از هر یک از وزرا را میدهد.<sup>433</sup> هر گاه ولسی جرگه توضیح ارائه شده را قناعت بخش تشخیص نه دهد و فکر میکند که وزیر برای مقام مورد نظر مناسب نیست، در این صورت موضوع رای عدم اعتماد را بررسی می کند. ماده 92 بیان میدارد که رای عدم اعتماد باید بر اساس دلایل موجه، قانع صریح و مستقیم باشد. برای رای عدم اعتماد، اکثریت ساده در نظر گرفته شده.<sup>434</sup> ولسی جرگه اعمال این صلاحیت را در سال 2007، زمانی که میخواست از طریق اعمال رای عدم اعتماد وزیر امور خارجه سپینتا را مقام خود برکنار نماید، اعمال کرد. رئیس جمهور کرزی ادعا کرد که ولسی جرگه صلاحیت برکناری وزرا ندارد و موضوع را به ستره محکمه محول ساخت.<sup>435</sup> ستره محکمه حکم صادر کرد که ولسی جرگه طرز العمل پیشبینی شده در ماده 92 را بطور درست پیروی نکرده و بنابر این رای اعتماد اعتبار ندارد.<sup>436</sup> ولسی جرگه در پاسخ اعلام کرد که ستره محکمه صلاحیت تفسیر قانون اساسی را ندارد.<sup>437</sup> این قضیه نشان دهنده مشکل است که کی صلاحیت تفسیر قانون اساسی دارد زیرا در خود متن قانون اساسی حکم صریح در این باره وجود ندارد.

قضیه سپینتا همچنین برخی از نقاط ضعف نهادی در ولسی جرگه را نشان می دهد. به دنبال قضیه سپینتا، ولسی جرگه به ایجاد یک کمیسیون برای نظارت و محدود کردن اقدامات حکومت مبادرت ورزید. با این حال، اختلافات و مبارزه داخلی، ولسی جرگه را از تعیین بیشتر از دو نفر از جمله بیست و سه نفر اعضای این کمیسیون جلوگیری کرد. به این ترتیب، در موجودیت اختلافات داخلی برطرف نشدنی، ولسی جرگه کمیسیون را از دست داد و هرگز ایجاد نشد. این یک مثال صلاحیت اعطاشده توسط قانون اساسی است که در عمل پیاده نگردیده است.

### مثال 5: انتخابات، شورای ملی و رئیس جمهور

شما در فصل دوم تحت عنوان تفکیک قوا دانستید که یکی از وظایف شورای ملی نظارت بر صلاحیت های رئیس جمهور میباشد. در بعضی حالات، رئیس جمهور ممکن بخواهد با تلاش شورای ملی برای کاهش هر گونه محدودیت بر صلاحیت وی مقابله کند. نمونه ای از این مبارزه بین شورای ملی و رئیس جمهور کرزی بر سر نتایج انتخابات پارلمانی در سپتامبر 2010 است. پس از انتخابات، اتهامات گسترده تقلب از جمله پر کردن صندوق های رای و تهدید رای دهندگان وجود داشتند. بسیاری از نامزدهای ناموفق خواهان تجدید نظر بر نتایج انتخابات گردیدند و کرزی محکمه اختصاصی برای بررسی ادعاهای سوء رفتار را ایجاد کرد. کمیسیون مستقل انتخابات، نهادی که حرف نهایی در مورد نتایج انتخابات با او است

<sup>433</sup> ماده 92.

<sup>434</sup> همانجا.

<sup>435</sup> J. ALEXANDER THIER, U.S. INST. OF PEACE, RESOLVING THE CRISIS OVER CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN AFGHANISTAN 3 (2009).

<sup>436</sup> Id

<sup>437</sup> Id

1,3 میلیون رأی را که از نظر آنها جعلی بود از شمارش خارج ساخت و نتایج انتخابات را تصدیق و قانونی اعلان نمود.<sup>438</sup>

بسیاری از نامزدها های بازنده ادعای های تقلب خود را به محکمه اختصاصی که کرزی ایجاد کرده بود، ارائه کردند و درصد زیادی از این نامزدها حامیان پشتون وی بودند. منتقدان در مورد مشروعیت محکمه خاص ادعا کردند که خلاف قانون اساسی است. کرزی افتتاح اجلاس جدید شورای ملی را مکرراً برای چند ماه به تعویق انداخت تا در طی این مدت محکمه اختصاصی به همه ادعاهای تقلب رسیدگی نماید. در اوایل جنوری 2011، رئیس جمهور کرزی اعلام کرد که افتتاح اجلاس را برای یک ماه دیگر به تأخیر می اندازد، اما اعضای منتخب شورای ملی تأخیر دیگر را نپذیرفتند. آنها اعلام کردند که اگر کرزی این کار را نمی خواهد خود آنها اجلاس را افتتاح خواهند کرد. این موضوع نیز تعدادی از مسائل مربوط به قانون اساسی را مطرح ساخت زیرا به اساس متن تنها رئیس جمهور دارای صلاحیت قانونی برای تشکیل اجلاس شورای ملی است. با این حال، بعد از مذاکرات این مسائل رفع گردید و به تاریخ 26 جنوری 2011 کرزی دور جدید شورای ملی را افتتاح نمود.<sup>439</sup>

این وضعیت نمایانگر مبارزه برای قدرت بین مجلس و رئیس جمهور است. حامیان حامد کرزی در انتخابات سپتامبر 2010 کرسی ها را از دست دادند. این امر بعضی ها را به آن کرد که رئیس نگران بود که دور جدید شورا کمتر دوستانه و خلاف منافع وی عمل خواهد کرد. با افتتاح دور جدید شورای ملی، رئیس جمهور برای اطمینان از تصویب قوانین به نفع خود، کمتر کاری را انجام داده میتواند. بنابراین، منتقدان استدلال می کنند که کرزی در وهله اول تلاش کرد از افتتاح پارلمان غیر دوستانه جلوگیری نماید.

### سوال های مباحثه

1. شما چه فکر میکنید که این مبارزه بر سر نتایج انتخابات در مورد رابطه بین شورای ملی و قوه اجرائیه چه می گوید؟
2. در صورتی که اگر رئیس جمهور از افتتاح دور جدید اجلاس شورای ملی امتناع نماید، آیا خود شورای ملی صلاحیت این کار دارد؟
3. شورای ملی که در 26 جنوری 2011 افتتاح شد قادر به انجام وظایف خود بوده است؟ اگر نه، آیا مبارزه پیرامون انتخابات آن باعث ایجاد مشکلات بین قوای مقننه و اجرائیه گردید؟

ولسی جرگه همچنان مسئولیت تعیین پروگرام های انکشافی و صلاحیت تصویب بودجه دولتی را بعد از پیشنهاد آن توسط حکومت به عهده دارد.<sup>440</sup> هر دو ولسی جرگه و مشرانو جرگه می توانند وزیران را در مورد مسائل خاص استیضاح و یا طبق ماده 93 به سوال های نمایندگان پاسخ کتبی یا شفاهی ارائه

<sup>438</sup> Ray Rivera, "Afghan Political Crisis Grows as Legislators Vow to Defy Karzai and Open Parliament," NY TIMES, JAN. 20, 2011.

<sup>439</sup> Ray Rivera, "After Months of Turmoil Karzai Opens Parliament," NY TIMES, JAN. 26, 2011

<sup>440</sup> ماده 91.

### سوال های مباحثه

1. آیا ولسی جرگه ظرفیت اعمال موقفانه صلاحیت و مسئولیت های خود را دارد؟
2. آیا از نظر شما صلاحیت های موجود برای ولسی جرگه مناسب هست یا شما پیشنهاد اعطای صلاحیت های بیشتر و متفاوت را دارید؟
3. در باره رأی اعتماد وزیر سپنتا چه فکر میکنید؟ به نظر شما آیا ولسی جرگه به اساس ماده 92 در محدوده صلاحیت خود عمل میکرد؟ آیا ولسی جرگه باید صلاحیت برکناری وزرا را داشته باشد، نظر تان چیست؟

### چهارم. روند قانونگذاری

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 94

قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد.

##### ماده 95

پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت یا اعضای شورا و در ساحه تنظیم امور قضایی از طرف ستره محکمه توسط حکومت می تواند صورت گیرد.

روند قانونگذاری ضمن ماده های 94 تا 100 قانون اساسی بیان شده است. ماده 94 قانون را مصوبه مجلسین که به شیخ توسط رئیس جمهور رسیده باشد، تعریف می کند.<sup>442</sup> تعدادی از راه هایی وجود دارند که توسط آن طرح پیشنهادی به قانون تبدیل میشود. طرح قانون در هر دو مجلس شورای ملی پیشنهاد شده میتواند.<sup>443</sup> اگر ده نفر از اعضای یکی از مجلسین شورای ملی طرح قانون را پیشنهاد نمایند، غرض شامل ساختن آن در اجندای کار باید توسط یک پنجم از اعضای مجلس مربوط مورد تأیید قرار گیرد.<sup>444</sup> هنگامی که یک طرح قانونی توسط یک مجلس به تصویب رسید، غرض تأیید به مجلس دیگر ارسال میگردد.<sup>445</sup> پس از آن که هر دو مجلس شورای ملی این مصوبه را تصویب نمایند، مصوبه مذکور برای توشیح رئیس

441. ماده 93.

442. ماده 94.

443. ماده 97.

444. همانجا.

445. ماده 94.

جمهور فرستاده میشود.<sup>446</sup> رئیس جمهور دارای حق ویتو (عدم توشیح) طرح پیشنهادی قانون یا مصوبه است. اگر او از حق ویتو خود استفاده نماید، مصوبه در ظرف پانزده روز همراه با دلایل عدم توشیح رئیس جمهور به ولسی جرگه مسترد می شود. ولسی جرگه می تواند عدم توشیح رئیس جمهور را با رأی اکثریت دو سوم آراء رد نماید.<sup>447</sup> این سیستم نظارت و توازن بین قوه اجرائیه و قوه مقننه برای جلوگیری از هر یک از ارکان قدرت را از داشتن صلاحیت بیش از حد بر روند قانونگذاری در نظر گرفته شده است.

طرح قانون همچنین می تواند از طرف حکومت پیشنهاد شود. زمانی که قوانین به تنظیم امور قضایی ارتباط پیدا میکند، ستره محکه آنها را از طریق حکومت پیشنهاد میکند.<sup>448</sup> پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت نخست به ولسی جرگه برای تصویب تقدیم میگردد.<sup>449</sup> در واقع، اکثریت طرح های قانون توسط حکومت پیشنهاد میشود. بسیاری از این پیشنهادات قانون از طریق یکی از ریاست های وزارت عدلیه صورت میگیرد.<sup>450</sup>

ولسی جرگه نمی تواند طرح پیشنهاد شده را بیش از یک ماه به تأخیر اندازد.<sup>451</sup> بعد از آن این طرح به مشرانو جرگه فرستاده میشود که باید در ظرف پانزده روز در باره آن تصمیم بگیرد. اگر هر دو مجلس طرح قانون را تصویب نمایند، آنرا غرض توشیح به رئیس جمهور فرستاده می شود و به همین ترتیب نافذ میگردد.<sup>452</sup> منظور از این محدودیت ها این است تا نمایندگان مخالف آن فرصت داشته باشند که به طور موثر مانع تصویب آن گردند. چنین استراتژی اغلب در سایر نهادهای قانون گذاری، از جمله کنگره آمریکا اتفاق می افتد.

اگر یکی از مجلسین طرح قانون پیشنهاد شده را تأیید و مجلس دیگر آنرا رد نماید، یک هیئت مختلط از اعضای هر دو مجلس برای رسیدگی به اختلاف نظر ایجاد می شود.<sup>453</sup> اگر این کمیسیون به توافق می رسد، طرح قانون به رئیس جمهور غرض توشیح فرستاده میشود. اگر آنها موفق به توافق بر روی یک راه حل نگردد، طرح قانون رد شده تلقی میشود.<sup>454</sup> اما، هنوز هم ولسی جرگه با رأی اکثریت دو سوم اعضای آنرا تصویب کرده میتواند.<sup>455</sup>

پاراگراف ای فوق الذکر نشان میدهد که عملکرد شورای ملی تحت قانون اساسی چگونه است. در عمل، این روند بسیار مشکل تر از آن است که تدوین کنندگان قانون اساسی آنرا در نظر داشتند. کار شورای ملی به دلیل دسته بندی های داخلی پیچیده تر شده و منجر به تاخیر و بن بست در روند قانونگذاری میگردد. علاوه بر این، فساد یک مشکل دیگر در شورای ملی است. اختلافات و عدم انسجام در درون گروه های

446. همانجا.

447. همانجا.

448. ماده 95.

449. ماده 97.

<sup>450</sup> Ramin Moshtaghi, *Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law, Volume One: Structure and Principles of the State* (3rd ed., March 2009).

<sup>451</sup> *Id.*

<sup>452</sup> *Id.*

453. ماده 100.

454. همانجا.

455. همانجا.

سیاسی منجر به معاملات زیاد پشت پرده خارج از روند قانونگذاری رسمی می‌گردد. همه این مشکلات روند قانونگذاری را کند و بطی می‌سازد و به مشکلات شورای ملی در نظارت از قوه اجرائیه و حتی تصویب قوانین مؤثر می‌افزاید.

### سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می‌کنید که این یک راه کارآمد و مؤثر تصویب قوانین در شورای ملی است؟
2. به نظر شما آیا محدودیت زمانی بر کارکرد هر یک از مجلسین نظریه خوب است؟ جنبه های منفی وضع کردن محدودیت زمانی یک ماه یا پانزده روز چیست؟
3. نظر شما در مورد روش برخورد با طرح رد شده قانون توسط یکی از مجلسین چیست؟
4. آیا این درست است که ولسی جرگه صلاحیت باطل ساختن ویتو رئیس جمهور و رد فیصله مشرانو جرگه با رأی اکثریت دو سوم اعضا داشته باشد؟

### مثال 6: روند قانون گذاری در ترکیه

روند قانونگذاری ترکیه از افغانستان متفاوت است، در ترکیه در شورای وزیران و معاونان آن صلاحیت انحصاری پیشنهاد قوانین دارند. مجلس ملی ترکیه پیش نویس قانون را معرفی نمی‌کند. این مجلس تنها روی آنها بحث میکند و پیش نویس لوایح و قوانین پیشنهاد شده را تصویب میکند. هنگامی که مجلس شورای ملی قوانین را تصویب نمود، سپس غرض توشیح به رئیس جمهور فرستاده میشود. اگر از نظر رئیس جمهور یک قانون نامناسب باشد، او می‌تواند آن را به مجلس شورای ملی با لیست دلایل مخالفت خود برای بررسی بیشتر مسترد نماید. در این صورت، مجلس شورای ملی با لیست دلایل مخالفت رئیس جمهور در آن تغییرات وارد مینماید. به این ترتیب، در ترکیه رئیس جمهور حق آشکار ویتوی قانون را ندارد اما او می‌تواند شورای ملی را وادار به تجدید نظر در قوانین مسترد شده سازد.<sup>456</sup>

### سوال های مباحثه

1. در باره عدم صلاحیت شورای ملی ترکیه در زمینه پیشنهاد کردن طرح قانون بحث کنید. به نظر شما آیا این بر صلاحیت کلی قوه مقننه تاثیر نمی‌گذارد؟
2. در باره نقش رئیس جمهور ترکیه در تصویب قوانین بحث کنید؟ شما چه فکر می‌کنید که نداشتن حق مستقیم ویتو بهتر است یا فکر می‌کنید که حق ویتو قوه اجرائیه مانند افغانستان بهتر است؟

### پنجم. بودجه ملی

<sup>456</sup> Constitution of Turkey, Articles 75-100.

## قانون اساسی افغانستان

## ماده 95

پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می گیرد.

## الف. بودجه چگونه تصویب میشود؟

فقط حکومت صلاحیت پیشنهاد بودجه ملی و سایر برنامه های مالی دارد.<sup>457</sup> بودجه پیشنهادی اول به مشرانو جرگه فرستاده میشود. این مجلس پیرامون بودجه ابراز نظر مینماید و قبل از ارسال پیشنهاد به ولسی جرگه، سفارشات خود را ارائه میدهد.<sup>458</sup> سپس ولسی جرگه بودجه را تصویب میکند و بدون ارجاع مجدد آن به مشرانو جرگه، قابل اجرا میباشد.<sup>459</sup> مشرانو جرگه نیازی به تصویب بودجه نهایی ندارد و تصویب آن تنها توسط مجلس نمایندگان صورت میگیرد.

ولسی جرگه برای تصویب بودجه الی یک ماه وقت دارد. اگر بودجه در مدت زمان تعیین شده تصویب نشود، بودجه تصویب شده تلقی شده و قابل اجرا میباشد.<sup>460</sup> این امر می تواند فرصت های ولسی جرگه را برای بحث همه جانبه بودجه طبق تقاضای نمایندگان، محدود سازد. علاوه بر این، اگر بودجه جدید تا شروع سال مالی تصویب نشود، بودجه سال گذشته تا زمانی تصویب و اجرای بودجه جدید قابل اجرا میباشد.

## سوال های مباحث

1. شما در باره اینکه تنها حکومت صلاحیت پیشنهاد بودجه را دارد چه فکر می کنید؟
2. آیا فکر می کنید که بودجه بعد از تصویب آن توسط ولسی جرگه، مجددا باید به مشرانو جرگه ارسال گردد یا اینکه تنها تصویب آن توسط مجلس نمایندگان کفایت میکند؟
3. آیا شما فکر می کنید که شکست در تصویب بودجه (ماده 96 دیده شود) دارای عین اثر تصویب بودجه میباشد؟ برخی پرابلم های احتمالی با این حکم کدام اند؟

## ششم. لویه جرگه

## الف. ساختار و هدف

## قانون اساسی افغانستان

.457 ماده 98.

.458 همانجا.

.459 همانجا.

.460 همانجا.

## ماده 110

لویه جرگه عالی ترین مظهر اراده مردم افغانستان میباشد.

لویه جرگه زمانی برگزار میگردد که افغانستان با مسائل دشوار و مهم مواجه باشد. هدف از تدویر آن به تصمیم گیری در مورد مسائل مربوط به استقلال افغانستان، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی میباشد. لویه جرگه همچنان در مورد هر گونه مسائل دیگر مربوط به مهم ترین منافع ملی افغانستان غور و بررسی میکند. علاوه بر این، لویه جرگه صلاحیت تعدیل قانون اساسی و محاکمه رئیس جمهور را دارد.<sup>461</sup>

لویه جرگه متشکل از اعضای شورای ملی، رؤسای شوراهای ولایات و ولسوالی ها. قاضی القضاات و اعضای ستره محکمه، وزراء، و لوی خرنوال نیز در جلسات لویه جرگه شرکت میکنند، اما حق رأی ندارند.<sup>462</sup>

بطور مشابه مجلسین شورای ملی، لویه جرگه رئیس، معاون رئیس، منشی و نائب منشی را از میان اعضا انتخاب میکند.<sup>463</sup> مانند مجلسین شورای ملی، نصاب لویه جرگه را اکثریت اعضای آن تشکیل می دهد و تصمیمات فقط نیاز به یک اکثریت ساده دارد مگر اینکه متن قانون اساسی طوری دیگر مشخص کرده باشد.<sup>464</sup>

جلسات لویه جرگه علنی غرض حضور و مشاهده عامه علنی میباشد مگر اینکه یک چهارم از اعضا درخواست جلسات بسته نماید. در این مورد، تمام جرگه باید جلسه محرمانه را تایید کند.<sup>465</sup>

ماده های 101 و 102 قانون اساسی در مورد لویه جرگه و همچنین ولسی جرگه و مشرانو جرگه قابل اعمال میباشد. همانطوری که شما در بالا آموختید، این ماده ها تعقیب عدلی هر یک از اعضا به خاطر نظریات سیاسی و یا به خاطر رأی دادن به شیوه خاص، منع میکند. این ماده ها همچنین جزئیات شرایط مورد نیاز برای تعقیب عدلی یا زندانی ساختن هر عضو را بیان میکند.<sup>466</sup>

### سوال های مباحثه

1. شما در باره نقش لویه جرگه در مسائل مهم که افغانستان با آنها مواجه میباشد، چه فکر می کنید؟
2. آیا شما فکر می کنید که لویه جرگه قادر به انجام وظایف خود به حیث عالیترین مظهر اراده مردم است؟

461 . ماده 111.  
 462 . ماده 110.  
 463 . ماده 112.  
 464 . ماده 113.  
 465 . ماده 114.  
 466 . ماده 115.

## ب. فعالیت های اخیر لویه جرگه

موافقتنامه بن در سال 2001 مراحل را برای ایجاد حکومت انتقالی قبل از حکومت فعلی افغانستان، مشخص ساخت. موافقتنامه خواهان برگزاری لویه جرگه اضطراری بود که "در باره مقامات انتقالی از جمله تشکیل حکومت انتقالی با پایه های وسیع اجتماعی که افغانستان را تا زمانی ایجاد حکومت کاملاً نماینده از طریق انتخابات آزاد و عادلانه رهبری نماید، تصمیم اتخاذ نماید. . . ." <sup>467</sup> لویه جرگه اضطراری همچنان مسئولیت تصویب قانون اساسی جدید نیز به عهده داشت. <sup>468</sup>

لویه جرگه اضطراری به طور غیر مستقیم حکومت انتقالی تحت رهبری حامد کرزی در سال 2002 انتخاب کرد. این حکومت پس از آن پیش نویس قانون اساسی فعلی افغانستان را تهیه کرد. در سال 2003 لویه جرگه قانون اساسی برگزار شد. این جرگه متشکل از اعضای بود که از گروه های مختلف در جامعه از جمله: "کتگوری های گروه های خاص" از جمله زنان، پناهندگان در خارج از کشور، بیجاشده گان داخلی، کوچی ها، هندوها و <sup>469</sup> سیک ها نمایندگی میکردند. لویه جرگه قانون اساسی در 14 دسامبر 2003 تشکیل پیش نویس قانون اساسی را تحت غور و بررسی قرار داد. به رغم بن بست های متعدد و عدم توافق پیرامون متن، به تاریخ 3 جنوری 2004 لویه جرگه قانون اساسی جدید را به تصویب رساند. <sup>470</sup>

### سوال های مباحثه

1. نظر شما در باره نمایندگی از گروه های بسیاری در لویه جرگه قانون اساسی چیست؟ آیا این کار موثر بوده است؟
2. آیا شما فکر می کنید که نمایندگان بطور موفقانه قانون اساسی را که به نفع تمام طرف های باشد، تصویب کرد؟

### هفتم. نتیجه گیری

همانطوری که شما آموختید، شورای ملی افغانستان در رهبری افغانستان نقش مهمی را ایفا میکند. این نهاد نماینده مردم در حکومت است و هدف آن به حمایت از منافع و نیازهای مردم است. تدوین کنندگان قانون اساسی ساختار شورای ملی را برای تحقق این اهداف طراحی کرده اند. طوری که شما همچنان مطالعه کردید، شباهت ها و تفاوت ها بین قوه مقننه افغانستان و دیگر نهاد های قانون گذار در سراسر جهان وجود دارند. تدوین کنندگان قانون اساسی می خواستند نهادی را پایه گذاری کند که در فرهنگ بی نظیر و وضعیت سیاسی در افغانستان کار کند. آنها قوه مقننه دارای دو مجلس برای اطمینان از نمایندگی همه گروه ها در افغانستان ایجاد کردند. با این حال، بحث در باره این که آیا شورای ملی قادر به انجام وظایف خود

<sup>467</sup> Michael Schoiswohl, "Linking the International Legal Framework to Building the Formal Foundations of a 'State at Risk': Constitution-Making and International Law in Post-Conflict Afghanistan," 39 VAND. J. TRANSNAT'L L. 819 (May 2006).

<sup>468</sup> *Id.*

<sup>469</sup> *Id.*

<sup>470</sup> *Id.*



شده یا نه، برای سال ها ادامه خواهد داشت. با وجود این همه، شورای ملی در سیاست و حکومت افغانستان به نقش برجسته و فوق العاده مهم خود ادامه خواهد داد.

## فصل ششم: قوه قضائیه

### اول. مقدمه

محصلین حقوق اغلب علاقمندی خاص در رکن قضایی حکومت از خود نشان می‌دهند زیرا در این قوه محاکم، قضات و قانون دانان کشور با هم گرد آمده اند. از یک نگاه، قوه قضائیه مهم ترین رکن حکومت است به این دلیل که تصمیمات قضایی بر زندگی مردم به شیوه واقعی و ملموس تاثیر دارد - قضایای جرمی منتج به مجازات می‌گردد و موارد مدنی حقوق مردم را تعیین و احکام را الزامی می‌سازد. با این وصف، در سطح دیگر، قوه قضائیه ضعیف ترین و به طور بالقوه دارای کمترین اهمیت در میان قوای سه گانه حکومت است. قوه قضائیه برای تطبیق فیصله های قضایی باید بالای قوه اجرائیه اتکا کند زیرا تنها قوه قضائیه است که قوانین مصوب شورای ملی را عملی می‌سازد.

این فصل بر ساختار نظام محاکم افغانستان، ماده های قانون اساسی مربوط به قوه قضائیه، و رابطه بین قوه قضائیه و دیگر شاخه های حکومت تمرکز دارد. قسمت اول جزئیات سازمان دهی قوه قضائیه را از دیدگاه قانون اساسی و قوانین موضوعه را بررسی می‌کند تا شما بدانید که کدام قضایای در کدام محاکم اقامه شوند، فرآیند استیناف و قطعیت قضاوت چگونه هستند. بخش دوم بر استقلالیت قضایی متمرکز است که به اساس ساختار قانون اساسی قوه قضائیه را از ارکان دیگر دولت جدا می‌سازد. قسمت سوم با توضیح وظایف ستره محکمه، اعم از اداری و قضایی ادامه می‌آید. در این قسمت همچنان موضوع اختلاف آمیز بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و تفسیر قانون اساسی بحث می‌شود. قسمت چهارم به طور خلاصه با تفاوت بین سیستم های رسمی و غیر رسمی عدلی می‌پردازد. در اخیر، قسمت پنجم، چالش های عمده در برابر قوه قضائیه از جمله کمبود منابع، فساد و ساختارهای بدیل محکمه ای رسیدگی می‌کند.

### دوم. تشکیلات قوه قضائیه

در حالی که قانون اساسی مروری کوتاه بر سازمان قوه قضائیه را ارائه می‌دهد، موضوعات بسیار را برای قوانین موضوعه می‌گذارد. در ماده 123 آمده است که "قواعد مربوط به تشکیل، صلاحیت و اجرائت محاکم و امور مربوط به قضات توسط قانون تنظیم می‌گردد." به همین گونه، در سال 2005، شورای ملی قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه را تصویب کرد. این قانون جزئیات پیرامون احکام کلی قانون اساسی مربوط قوه قضائیه را فراهم می‌سازد.

چرا تمام ساختار قوه قضائیه در قانون اساسی بیان نمی‌شود؟ اول، با این کار قانون اساسی بیش از حد طولانی خواهد شد در حالی که قانون اساسی باید به اندازه کافی کوتاه باشد که نه تنها کارشناسان و حقوق دانان بلکه هر کس آنرا خوانده و درک کرده بتوانند. دوم، در حالی که قوانین توسط مجلس شورای ملی به آسانی قابل لغو و یا تغییر می‌باشند، تغییر قانون اساسی بسیار پیچیده و دشوار است. بر اساس ماده 150، هر گونه تعدیل قانون اساسی باید توسط دو سوم (66٪) لویه جرگه تأیید و معتبر پنداشته می‌شود. در مقابل، اکثریت ساده (51٪) شورای ملی قانون را تغییر داده می‌تواند. تدوین کنندگان قانون اساسی در نظر داشتند تا احکام در باره قوه قضائیه باید اصول بنیادی برای نظام قضایی افغانستان و این اصول دائمی باشند. در مقابل، قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه نشان دهنده اولین تلاش شورای ملی معاصر برای ایجاد یک سیستم قضایی ملی است و اصلاح آن برای حل پرابلم های پیش آمده نسبتاً آسان است.

### تمرکز مطالعه

قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم را مطالعه کنید. تفاوت بین قوانین موضوعه و قانون اساسی در سراسر این بخش را به یاد داشته باشید.

### سوال مباحثه

با توجه به آنچه که شما در مورد قانون اساسی از فصل اول می دانید، در صورتی مخالفت قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم با قانون اساسی چه اتفاق می افتد؟ آیا قانون اساسی همیشه پیروز بدر می آید؟

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 116

(1) قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان میباشد

(2) قوه قضائیه مرکب است از یک ستر محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم می گردد.

(3) ستره محکمه به حیث عالیترین ارگان قضایی در رأس قوه قضائیه افغانستان قرار دارد.

ماده 116 معلومات آفاقی در باره قوه قضائیه را ارائه میدهد و چندین مفهوم مهم را با بکاربرد کلمه "میباشد یا میگردد" تدوین میکند. بنابراین، ما می دانیم که (1) قوه قضائیه "یک ارگان مستقل" است، (2) این قوه دارای یک ستره محکمه، محاکم استیناف و چندین محاکم تحتانی میباشد، و (3) ستره محکمه در رأس قوه قضائیه قرار دارد. بسیاری از جزئیات در باره تعداد و انواع محاکم استیناف و محاکم تحتانی، به قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم محول گردیده است.

#### الف. محاکم ابتدائیه

اگر بحث را از سطح محلی آغاز کنیم، ماده 40 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم بر ایجاد محاکم معین ابتدائیه در هر ولایت حکم میکند. اگرچه برخی از محاکم کمبود کارکنان دارند و یا فاقد تعمیرمیباشند، طبق قانون هر ولایت یا ساحة شهری در نهایت یک یا بیشتر از یک محکمه ابتدائیه تخصصی و حداقل یک محکمه عمومی در هر ولسوالی (ناحیه) خواهد داشت: (1) محکمه ابتدائیه مرکز ولایت [یا شهری]؛ (2) محکمه اطفال؛ (3) محکمه ابتدائیه تجارتي؛ (4) محکمه ابتدائیه ولسوالی؛ و (5) محکمه ابتدائیه فامیلی [یا احوال شخصیه]. محاکم ابتدائیه مرکز ولایت دارای دیوان ها یا بخش های تخصصی غرض رسیدگی به موارد خاص در داخل محکمه میباشند: (1) دیوان جزای عمومی؛ (2) دیوان مدنی؛ (3) دیوان

حقوق عامه<sup>471</sup>؛ (4) دیوان امنیت عامه<sup>472</sup>؛ و (5) دیوان جرایم ترافیکی. در حال حاضر، 409 محکمه ابتدائیه در سراسر افغانستان وجود دارند. در محکمه ابتدائیه مرکزی ولایت کابل دیوان اضافی تحت نام جرائم مربوط به مواد مخدر فعالیت دارد این دیوان به اساس قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب و لزوم دید شورای ملی و رئیس جمهور ایجاد گردیده است.

### محاکم ابتدائیه

محکمه ابتدائیه اختصاصی	محکمه ابتدائیه اختصاصی	محکمه ابتدائیه اختصاصی	محکمه ابتدائیه ولسوالی	محکمه ابتدائیه ولایت یا محکمه ابتدائیه شهری
<ul style="list-style-type: none"> <li>• محکمه فامیلی/احوال شخصی</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• محکمه تجارتي</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• محکمه اطفال</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• صلاحیت عمومی رسیدگی به دعاوی مدنی و جزایی</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• دیوان جزای عمومی</li> <li>• دیوان مدنی</li> <li>• دیوان حقوق عامه</li> <li>• دیوان امنیت عامه</li> <li>• دیوان جرائم ترافیکی</li> <li>• دیوان جرائم مربوط به مواد مخدر(صرف در کابل)</li> </ul>

نه تنها هر حوزه جغرافیایی دارای چندین محکمه میباشد، بلکه محاکمی تحتانی نظر به عرصه تخصص تقسیم میشود. اگر شما یک اختلاف ناشی از کسب و کار داشته باشید، شما هرگز آن را به محکمه اطفال اقامه نمی کنید. به همین ترتیب، اگر شما میخواهید طلاق بگیرید، شما این موضوع را در محکمه تجارتي اقامه نمی کنید. چرا سیستم محاکم به عرصه های تخصصی تقسیم شده؟ اول، تخصص به قضات اجازه می دهد تا با مواجه شدن مکرر با مسائل مشابه به کارشناسان مجرب در یک عرصه مشخص حقوق مبدل شوند. قضات متخصص با کاردانی و مهارت مسلکی بیشتر، سازگاری و دانش را به محکمه می آورند. دوم، تخصص اجازه می دهد تا محکمه دارای اصول و مقررات اندک متفاوت سلوک و متناسب با وضعیت باشند. برای مثال، محکمه اطفال دارای مقررات ویژه و حساس نسبت به نیازهای افراد زیر سن قانونی میباشند. قضات در محکمه اطفال باید آموزش ویژه ای داشته باشند و به اساس تجربه و تمایل به کار در محاکم اطفال برگزیده شوند.

ماده 122 به قوه قضائیه صلاحیت رسیدگی "تمامی" قضایا را می دهد. اما در صورتی که محاکم ابتدائیه تخصصی شده باشد، پس این را چگونه میتوان تلقی کرد؟ ماده 122 اندکی پیچیده تر از آن است که به نظر میرسد - شورای ملی نمی تواند کدام قضیه را از حوزه صلاحیت قوه قضائیه خارج سازد، اما مسؤلیت محاکم مختلف را تقسیم بندی و مسؤلیت آنها را مشخص کرده میتوانند. قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حوزه صلاحیت محاکم ابتدائیه را تنظیم میکند. اول، از آنجا نیکه در هر ولایت محاکم ابتدائیه وجود دارند، این محاکم تنها مواردی در محدوده صلاحیت قلمرو یعنی ولایت مربوطه را رسیدگی کرده میتوانند. بر این اساس، اگر یک جرم در ولایت هلمند اتفاق می افتد، دیوان جزای عمومی محکمه ابتدائیه ولایت هلمند (یا محکمه ابتدائیه ولسوالی مربوطه) صلاحیت رسیدگی آنرا را دارد. خانونال نمی تواند صرف به دلیل موقعیت نزدیک بودن، قضیه را در محکمه ابتدائیه در قندهار اقامه نماید.

<sup>471</sup> محاکم حقوق عامه قضایای میان افراد و ادارات حکومتی را رسیدگی میکنند.

<sup>472</sup> محاکم امنیت عامه به قضایای قاچاق مواد مخدر، تروریسم و سایر جرایم جدی که جامعه را تهدید میکند، رسیدگی میکنند.

علاوه بر این، محاکمی تخصصی تنها موارد مربوط به عرصه تخصصی شان را رسیدگی میکنند که به نام صلاحیت موضوعی نیز یاد میشود. محکمه اطفال تنها رسیدگی قضایای نوجوانان و محاکمی تجارتي تنها موضوعات تجارتي را رسیدگی مینمایند. به اساس ماده 46 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، تمام موارد از حقوق عامه و امنیت عامه باید در دیوان مربوط به محکمه ابتدائیه مرکز ولایت اقامه و رسیدگی شوند. محکمه ابتدائیه ولسوالی، از سوی دیگر، محاکمی دارای صلاحیت عمومی بوده و "قضایای جزائی عادی، مدنی و احوال شخصیه را که با رعایت احکام قانون در پیشگاه آن اقامه میگردد...، رسیدگی مینماید." (ماده 48 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). به طور خلاصه، در حالی که هر محکمه صلاحیت رسیدگی هر مورد دارا نمیشد، حداقل یک محکمه صلاحیت رسیدگی یک نوع قضیه را خواهد داشت. یک حقوقدان مجرب باید محکمه ذوی الحکم را تشخیص دهد.<sup>473</sup>

### حل قضیه

1. خارنوال قضیه سرقت ذیل را به نزد قاضی محکمه ابتدائیه اقامه میکند: بچه 12 ساله مقداری شیرینی را از فروشگاه محلی به سرقت برده است. آیا قاضی محکمه ابتدائیه ولسوالی صلاحیت بررسی موضوع دارد؟
2. شما با همسایه خود منازعه دارید. او زباله را بر روی اموال شما می ریزاند و از هوشدار شما برای توقف از این کار امتناع می ورزد. محکمه ابتدائیه چگونه این مورد را بررسی کرده می تواند؟
3. یک جنایتکار مردی را در کابل اختطاف میکند و سپس وی را به غور انتقال و به قتل میرساند. در این مورد کدام یکی از محاکم کابل یا غور صلاحیت بررسی قضیه را دارد؟ (ماده 51 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم دیده شود)

در مرحله محکمه ابتدائیه، هیئت قضایی متشکل از سه قاضی، قضیه را بررسی مینمایند. طرف محکوم می تواند در مهلت معین شده و در صورت که ارزش قضیه بیشتر از 100000 افغانی در قضایا مدنی و یا مجازات نقدی بیشتر از 50000 افغانی باشد در قضایای جزایی میتواند که به محکمه استیناف ولایت مربوط، استیناف طلب گردد.

### ب. محاکم استیناف

ماده 31 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم تصریح میدارد که محاکم استیناف در هر ولایت ایجاد میشود. محاکم استیناف به شش دیوان تقسیم می شوند، در عین حال ستره محکمه با تأیید رئیس جمهور، می تواند سایر دیوان های مورد نیاز را نیز ایجاد نماید. دیوان های مورد نظر عبارتند از: (1) دیوان جزای عمومی (2) دیوان امنیت عامه (3) دیوان مدنی و احوال شخصیه (4) دیوان حقوق عامه (5) دیوان تجارتي، و (6) دیوان اطفال.

<sup>473</sup> Ramin Moschtaghi, Max Planck Manual on the Organisation and Jurisdiction of Afghan Courts (Amended 2d ed. 2009).

**دیوان های محاکم استیناف**

محکمه استیناف	محکمه استیناف	محکمه استیناف	محکمه استیناف	محکمه استیناف	محکمه استیناف
• دیوان اطفال	• دیوان تجارتي	• دیوان حقوق عامه	• دیوان مدني و احوال شخصيه	• دیوان امنيت عامه	• دیوان جزای عمومي

هیئت قضایی با عضویت سه قاضی دیوان مربوط در محکمه استیناف همه قضایای استینافی که در صلاحیت حوزوی و موضوعی این محاکم باشد را مورد رسیدگی قرار می‌دهند. محکمه استیناف فیصله محاکم ابتدائیه را در پرتو قانون و حقایقی که به اساس آنها محکمه ابتدائیه فیصله صادر کرده است، بررسی می‌نمایند. در حالی که ستره محکمه فقط اشتباهات قضیه را از نظر قانون و طرز العمل ها ارزیابی میکند، محکمه استیناف فیصله محکمه ابتدائیه از لحاظ قانون و حقایق طوری که گویا قضیه را برای اولین بار بررسی میکند، فیصله ها و قرارهای محاکم تحتانی را می تواند اصلاح، نقض، تعدیل، تأیید یا باطل نماید (ماده 33 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). بنابراین، فیصله ها و قرار های محاکم استیناف دارای صلاحیت نهایی و الزام آوری در تصمیم قضیه مبنی قرائن واقعی از لحاظ بررسی یک قضیه میباشد (ماده 35 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

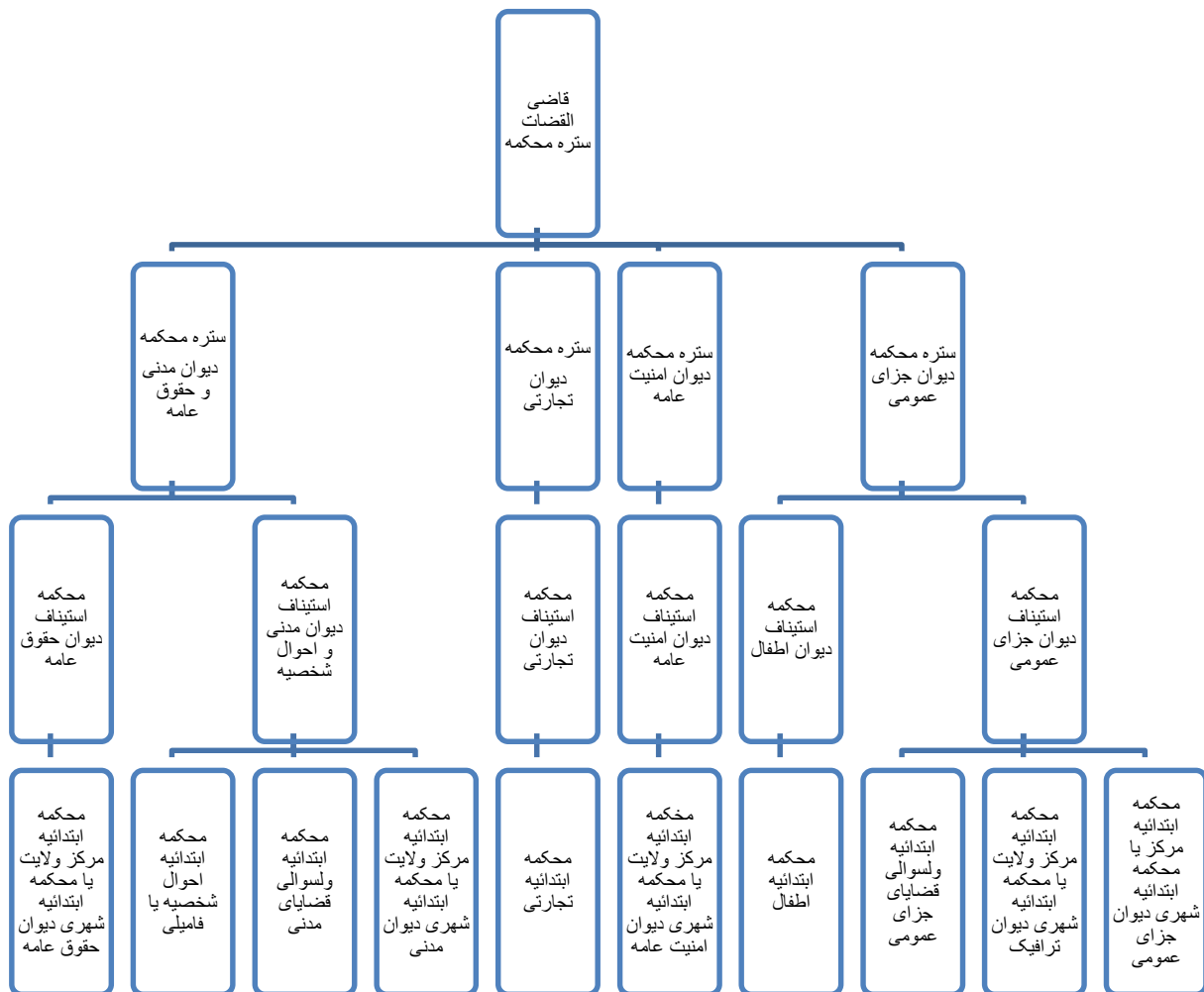
**ج. ستره محکمه**

طبق ماده 117 قانون اساسی، ستره محکمه دارای نه عضو برای یک دوره ده ساله (پس از انتصاب متناوب دور اول) توسط رئیس جمهور و با تأیید ولسی جرگه تعیین میگردد. ماده 18 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، ستره محکمه را به چهار دیوان قرار ذیل تقسیم میکند: (1) دیوان جزای عمومی؛ (2) دیوان امنيت عامه؛ (3) دیوان مدني و حقوق عامه؛ و (4) دیوان تجارتي. در رأس هر یک از این دیوان ها یکی از اعضای ستره محکمه قرار دارد و رسیدگی قضایا در آنها با موجودیت حداقل دو نفر از اعضا صورت میگیرد (ماده 6 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). این دیوان ها صلاحیت دارد فیصله های محاکم تحتانی را که از ستره محکمه درخواست فرجام خواهی آنها شده، بررسی نمایند. ستره محکمه محاکمه جدید را ترتیب نمی دهد بلکه قضایا را "صرفاً از نگاه صحت تطبیق قانون مورد رسیدگی قرار میدهد" (ماده 6 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). به عبارت دیگر، ستره محکمه قضایا را از لحاظ تشخیص اشتباهات محکمه تحتانی بررسی میکند، نه اینکه در باره حقایق از سر قضاوت نماید یا شهادت شاهدان را استماع نماید.

**دیوان های ستره محکمه**

ستره محکمه	ستره محکمه	ستره محکمه	ستره محکمه
• دیوان تجارتي	• دیوان مدني و احوال شخصيه	• دیوان امنيت عامه	• دیوان جزای عمومي

سر انجام، ستره محکمه تأمین مینماید تا هر قرار نهایی در هر قضیه ای که باشد مطابق با قانون و اصول عدالت مندرج در قانون اساسی باشد. یک حکم قضایی پس از ختم مهلت استیناف خواهی یا پس از صدور حکم ستره محکمه نهایی میباید. سپس قوه اجرائیه طبق ماده های 75 و 129 قانون اساسی مسئولیت تطبیق تصامیم و قرار های قضایی دارد. یک استثناء وجود دارد در این مسئولیت- رئیس جمهور صلاحیت عفو مجازات را دارد و باید تمام مجازات اعدام را بررسی و تائید نماید. رئیس جمهور کرزی از صلاحیت عفو مجازت بطور آزادانه استفاده نموده (نگاه کنید به مثال 3 در اخیر این فصل). با این حال، در تئوری عفو فقط به ندرت اعطا میگردد و قرار های قضایی نهایی میباشند.



طوری که می بینید، مرور بر سیستم قضایی پیچیده به نظر میرسد. قضایای ذیل را امتحان کنید تا معلوم شود که آیا ساختار قوه قضائیه برای شما قابل درک است یا خیر. غرض معلومات به قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و قانون اساسی مراجعه نمائید.

### سوال های مباحثه

اگر رئیس جمهور یا مقام اجرایی مربوطه از اجرای حکم قضایی نهایی امتناع ورزد، چه اتفاقی می افتد؟ آیا این کار بر روند تصمیم گیری قضایی تاثیر دارد؟

### حل قضایا



1. خارنوال در ولایت بدخشان یک دوسیه مربوط به حدود 65 کیلوگرم هروئین را دریافت می کند. قضیه مربوطه در کدام محکمه ابتدائیه قابل بررسی میباشد؟

2. حکومت تمام جریان آب، برق، تیلیفون و انترنت را به یکی از ساختمان های رهائشی در مرکز کابل قطع میکند. مالک ساختمان رهائشی می خواهد قضیه را در باره احیای تسهیلات و دریافت خساره ای کوچ چندین کرایه نشین اقامه نماید. کدام محکمه ابتدائیه باید این موضوع را بررسی نماید؟ اگر او قضیه را می بازد، به کدام مرجع درخواست استیناف کرده میتواند؟ تحت چه شرایطی وی درخواست تجدید نظر یا استیناف به ستره محکمه کرده میتواند؟

3. شورای ملی تصمیم می گیرد که اهمیت و پیچیده گی مسائل مربوط به حقوق بر منابع طبیعی و معادن در چند سال گذشته افزایش یافته است. این امر ایجاب تصویب یک قانون میکند که به اساس آن یک محکمه خاص جدید در کابل فقط برای بررسی این نوع موارد ایجاد گردد. آیا شورای ملی چنین یک قانون را تصویب کرده میتواند؟

### سوال های مباحثه

1. آیا شما با موجودیت محکمه جداگانه برای اطفال موافق هستید؟ در صورتی که جرم به اندازه کافی سنگین باشد، آیا لازم است تا آنها نیز مانند بزرگ سالان محاکمه شوند؟

2. آیا ضرور است تا محکمه ویژه استیناف برای رسیدگی به حقوق فامیلی وجود داشته باشد؟ آیا حقوق مدنی و حقوق فامیل آنقدر با هم مشابه است که عین قضات محکمه استیناف میتوانند هر دو را رسیدگی نمایند؟ به نظر شما به چه تعداد مردم قضایای مربوط به طلاق را استیناف خواهی میکنند؟

3. آیا این سیستم بیشتر موثر است؟ آیا لزوما محاکم استیناف حقایق قضایا را بار دوم مورد رسیدگی قرار دهند؟ ویا لزوما یافته های محکمه ابتدائیه را نهایی دانسته و فقط در موارد تصمیم بگیرد که محکمه ابتدائیه قوانین را غلط تطبیق نموده اند؟

### سوم. استقلال قضایی

استقلال قضایی اغلب به عنوان یک مشخصه حکومت دموکراتیک و یکی از روشهای اصلی حمایت از حقوق بشر در نظر گرفته میشود. یک جزء اصلی استقلال قضایی عدم جانبداری یا اداره قضاوت بدون تعصب یا نتیجه از پیش تعیین شده میباشد. این کار توانایی قضات برای تصمیم گیری فردی بدون دخالت از خارج که به نام استقلال تصمیم گیری نیز یاد می شود، و همچنین توانایی قوه قضائیه به عنوان یک کل که بر صلاحیت های قوه مقننه و قوه اجرائیه نظارت میکند و به نام استقلال ساختاری یا رکنی نیز یاد می شود، دربرمیگردد. این قسمت بر ساختار قانون اساسی تمرکز دارد که با در نظر داشت عوامل محدود کننده فساد و کمبود منابع، هدف آن تضمین عدم جانبداری در اداره قضاوت را تشکیل میدهد.

### تعریف - استقلال قضایی

استقلال قضایی بدان معنی است که قضات به طور انفرادی و قوه قضائیه منحیث کل باید بدون نفوذ از خارج آزادانه فعالیت نمایند. این موضوع دارای دو بعد میباشد: (1) استقلال در تصمیم گیری: توانایی قاضی در تصمیم گیری فقط بر اساس حقایق و قانون، آزادی از نفوذ سیاسی، پولی و غیره؛ و (2) استقلال ساختاری یا رکنی: جدایی قوه قضائیه از قوای اجرائیه و مقننه حکومت.<sup>474</sup>

تدوین کنندگان قانون اساسی به وضوح استقلال قضایی را در ذهن داشتند، اولین جمله از فصل مربوط قوه قضائیه، ماده 116، قانون اساسی اعلان میکند: "قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان میباشد." هنگامی که قانون اساسی کلمه "میباشد" را به کار میبرد به معنی دستوری امری است که چگونگی ساختار قوه قضائیه را معرفی میکند. در این قسمت توجه به تلاش و احکام قانون اساسی برای حفظ و رسیدن به هدف استقلالیت قضایی متمرکز است. بخش های بعدی مورد بحث عبارت اند از: (1) استقلال تصمیم گیری (2) اهلیت قضائی و حوزه صلاحیت کامل (3) انتصابات قضایی (4) مؤاخذه (5) بودجه مستقل و (6) شایستگی و مسئولیت قضایی. در جریان مطالعه به یاد داشته باشید که این تضمین های قانون اساسی تا کنون به چه اندازه مؤثر بودند، در کدام موارد نقص داشتند و ظرفیت بالقوه آنها برای آینده ای با ثبات در چه هست.

### الف. استقلال تصمیم گیری

استقلال قضایی شامل استقلال تصمیم گیری میشود، به این معنی که قاضی در باره قضیه بی طرف بوده و فیصله را تنها بر اساس حقایق در دوسیه مربوطه و قانون قابل اجرا تصمیم میگیرد، نه به اثر فساد یا فشار از محاکمی فوقانی.<sup>475</sup> اهمیت این موضوع را نباید در یک حکومت مبتنی بر قانون اساسی مبالغه آمیز تلقی کرد. استقلال در تصمیم گیری هم هدف احکام مربوط به استقلال قضایی را شامل میشود و هم اجزای آنرا. دو ماده ذیل به طور خاص مربوط به چگونگی عملکرد محکمه میشود که نظارت مردم عادی را بالای مداخله در تصمیم گیری تأمین نماید.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 128

(1) در محاکم افغانستان، محکمه به صورت علنی دایر می گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد.

(2) محکمه می تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده، یا سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد، جلسات سری دایر کند، ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد.

#### ماده 129

(1) محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می نماید، در فیصله ذکر کند.

<sup>474</sup> پروژه ای قانون اساسی، رهنمود برای استقلالیت قضائی (2010).

<sup>475</sup> همانجا.

(2) تمام فیصله های قطعی محاکم واجب التعمیل است، مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور باشد.

ماده 128 دستور میدهد که جریان محاکمه باید به روی عموم باز باشد. اگرچه ممکن است بعضی محاکم سری برگزار شوند، که در عمل بسیاری همین طور میباشند، محکمه های علنی تضمین می کند که مردم عام از جمله روزنامه نگاران جریان قضایی را نظارت کنند. فرض بر آن است که کمتر احتمال دارد که قضات در موجودیت نظارت عامه رو به فساد کنند. ماده 129 حکم میکند که محکمه مکلف است "اسباب حکمی را که صادر می نماید، در فیصله ذکر کند." این بسیار مهم است زیرا محکمه را وادار میسازد در باره صدور حکم به نفع یکی از طرفین دعوا فکر کند و به طرف بازنده دعوا مفکوره بهتر را تامین مینماید مبنی بر اینکه آیا برای بالای تصمیم محکمه ابتدائیه استیناف خواهی کند یا خیر. به هر اندازه ای که استدلال در حکم بهتر ارائه شده باشد، هم مشروعیت آن و هم باور مردم بالای سیستم قضایی بیشتر میباشند. بالآخره، ماده 129 تضمین می کند که رئیس جمهور یا مقامات اجرایی نمی توانند حکم قطعی محکمه را تجدید نظر نمایند. به جز در موارد مجازات مرگ، که در آن تصویب رئیس جمهور به منظور نظارت بر قوه قضائیه عمل میکند، این ماده به محاکم استقلال تصمیم گیری میدهد تا از استنباط و قضاوت خوب خود استفاده نمایند.

### ب. اهلیت قضایی و حوزه صلاحیت کامل

همانند استقلال تصمیم گیری، شاید مهم تر از آن اینکه رسیدگی به تمام قضایا در محکمه صورت گیرد، باشد. اهلیت یا حوزه صلاحیت قضایی به این اشاره دارد که آیا محکمه مورد نظر صلاحیت استماع قضیه را دارد یا خیر. ماده های 120 و 122 ذیل وسعت صلاحیت قوه قضائیه را بیان میکند:

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 120

صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیدگی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی، به شمول دولت، به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود.

##### ماده 122

هیچ قانونی نمی تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه بی را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده، خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند. این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت و نهم، هفتاد و هشتم و یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می گردد.

اول و مهمتر از همه، ماده 120 مشخص میسازد که محکمه می تواند "همه قضایای" واصله از جانب "اشخاص حقیقی یا حکمی" که شامل افراد و همچنین سازمان ها و شرکت ها میشوند، رسیدگی نماید. این حتی شامل "دولت به مثابه مدعی و مدعی علیه" میشود که به معنی اقامه دعوی افراد خصوصی علیه دولت میباشد. نکته مهم دیگر، توانایی به محکمه کشاندن حکومت برای جبران نارضایتی ها و یا حقوق

است که بخش اساسی از دموکراسی را تشکیل میدهد. آیا این بدان معنی است که محکمه می تواند هر قضیه را رسیدگی نماید؟

کاملاً نه، محاکمی افغانستان صلاحیت گسترده ای رسیدگی قضایا را دارند، اما این بدان معنا نیست که آنها می توانند و یا باید هر دعوی اقامه شده را حل و فصل نمایند. برای مثال، بی معنی خواهد بود اگر تیم بازنده ورزش کبدی از قاضی درخواست تصمیم گیری نماید که در بازی کی برنده شده. چرا؟ به دلیل اینکه در افغانستان هیچ قانون صاحب صلاحیت در رابطه وجود ندارد، نه قانون سکولارونه هم قانون مذهبی که این نوع اختلافات را حل و فصل نماید. همینگونه، یک شهروند نمی تواند به محکمه برود و از قاضی بخواهد قانون را تهیه کند که قوه مقننه تصویب آنرا رد کرده باشد. در عوض شهروندان میتوانند از شورای ملی تغییر در قانون را تقاضا نمایند. در ماده 120 عبارت: "مطابق به احکام قانون" آمده که به ما می گوید چه نوع قضایا اقامه شدن میتوانند - طرفین باید طبق قانون عمل کنند نه اینکه صرفاً حق اقامه یک دعوا را داشته باشند. به طور خلاصه، قوه قضائیه دارای صلاحیت کامل برای شنیدن دعوا در مطابقت با قوانین افغانستان دارد. ماده 122 برای حمایت بیشتر صلاحیت قضایی محاکم از مداخله دیگر ارکان حکومت تأکید دارد. شورای ملی نمی تواند قانون را به تصویب برساند که ارگان دیگر غیر از قوه قضائیه، قضایا را بررسی نمایند. البته این ماده چند مورد استثنایی از قاعده کلی را نیز لیست میکند.

چرا این مهم است؟ قبل از قانون اساسی 1964، قوه قضائیه صلاحیت کامل رسیدگی قضایا را نداشت، و بسیاری از قضایا به سادگی توسط والی ها یا دیگر مقامات رسمی بدون ارجاع آنها به قاضی تصمیم گرفته میشدند.<sup>476</sup> قوه قضائیه نیز دارای مشکلات با فساد بود، اما بر خلاف قضات، مقامات حکومتی در خارج از حمایت قانون اساسی برای تصمیم گیری بی طرفانه مربوط قوه قضائیه قرار دارند. طبق ماده، 122 هر قضیه باید از عین حمایت استقلال قضایی برخوردار باشد.

شما ممکن است تعجب کنید که چرا شورای ملی همیشه طرفدار بررسی قضیه به دور از محاکم میباشد. یک مثال بحث برانگیز در حال حاضر در ایالات متحده ممکن در درک این مطلب کمک کند:

### صلاحیت قضایی ریشه کن ساختن و جنگ علیه ترور

ایالات متحده در یک عملیه بحث برانگیز (و بسیاری استدلال می کنند - عمل غیر قانونی) بازداشت جنگجویان دشمن غیر قانونی در یک پایگاه نظامی در گوانتانامو، کیوبا در گیر میباشد. موضوع کلیدی جنجال بر سر آن است که آیا محاکمی ایالات متحده می تواند دوسیه های بازداشت شدگان را بررسی نمایند.

برخلاف ماده 122 قانون اساسی افغانستان 2004، ماده سوم، بخش 2 قانون اساسی ایالات متحده به کانگرس اجازه "استثنائات و مقررات" در خصوص صلاحیت قوه قضائیه میدهد. در طول تاریخ، کانگرس با گرفتن صلاحیت قسمی قضایی تهدید کرده است، اما در عمل این کار بسیار به ندرت صورت گرفته

<sup>476</sup> 476 Ramin Moshtaghi, Max Planck Manual on the Organisation and Jurisdiction of Afghan Courts (Amended 2d ed. 2009).

است. با این حال، کانگرس از این صلاحیت خود در سال 2005 با تصویب قانون رفتار با بازداشت شدگان استفاده کرد و محاکم را از صلاحیت قضایی بالای بازداشت شدگان گوانتانامو "محروم" ساختند. چرا؟ کانگرس نگرانی داشت که محکمه عالی ارتش ایالات متحده را مجبور به مسدود کردن گوانتانامو خواهد ساخت و به زندانیان اجازه کامل محاکمه در محاکم ایالات متحده خواهد داد. محکمه عالی می توانست در این باره خلاف خواسته های کانگرس و رئیس جمهور تصمیم بگیرد، اما با سلب صلاحیت قضایی محاکم، کانگرس تلاش کرد که سکوت آنها را تضمین نماید.

با این حال، محکمه عالی امریکا، در بومیدین در برابر بوش (2008) فیصله کرد که کانگرس نمی تواند صلاحیت قضایی این محاکم از قوه قضائیه در این مورد خاص بگیرد به این دلیل که آن حکم دیگر قانون اساسی ایالات متحده را نقض میکند (حکم توقیف دادگاه، ماده اول، بخش 9)

### سوال های مباحثه

1. آیا شما در باره کدام نوع قضیه فکر می‌توانید که شورای ملی تمایل به گرفتن صلاحیت قضایی از محاکم افغانستان باشد؟ نظر شما در مورد محاکمه فساد اعضای شورای ملی و یا سایر اشخاص سرشناس چیست؟
2. نظر خود را در باره احکام ماده 122 برای همکاری بین سیستم عدالت رسمی و غیر رسمی بگویید. آیا این حکم "هیچ قانون نمی تواند... قضیه یا ساحه یی را از دایره صلاحیت قوه قضائیه ... خارج سازد و به مقام دیگر تفویض کند" به شوراها و جرگه های محلی هم مرتبط می‌باشد؟ در صورتی که شورای ملی قانون را به تصویب رساند که به شوراها و جرگه ها صلاحیت کنترل کامل بر شکایات احوال شخصیه دهد، با ماده 122 در تناقض قرار می‌گیرد. شاید، هر دو رکن همزمان صلاحیت قضایی داشته باشند. آیا این برای شورای ملی خلاف قانون اساسی نیست که به مردم گزینه ای برای حل و فصل اختلافات حقوق خانواده در هر دو سیستم رسمی و غیر رسمی اعطا گردد؟

### ج. تعیینات قضایی

طوری که شما در فصل پنجم در مورد قوه مقننه آموختید، انتخابات نمایندگان را به مردم پاسخگو نگه میدارد. برخلاف آن، بسیاری از قضات توسط مقامات دولتی منصوب می‌گردند. چرا ما نمی خواهیم تا قضات هم کرسی های خود را از طریق انتخابات احراز نمایند؟ قضات منتخب ممکن مرهون رأی دهندگان حوزه مربوطه بوده و به نفع رأی دهندگان خود کار کنند. اگر یک قضیه اختلافی طرفین که در حوزه انتخاباتی قاضی زندگی میکنند و کسی دیگر که بیرون از آن زندگی میکند، این واقعیت که تنها یک فرد رأی داده می تواند، نتیجه را تعیین نمی کند. این منصفانه نه خواهد بود اگر قضات تصمیم خود را بر اساس رأی برای انتخاب مجدد شان اتخاذ نماید. به همین ترتیب، انتخابات به مصرف پول نیاز دارد و قضاتی که به دنبال انتخاب مجدد هستند باید به نفع حزبی که در کمپاین انتخاباتی به وی کمک میکند، طرفداری نماید. یکی دیگر از دلایل انتصاب و نه انتخاب قضات، این است که قضات منتخب ممکن تمایل به تصمیم گیری منطبق بر افکار عمومی داشته باشند.<sup>477</sup>

<sup>477</sup>. بسیاری از ایالات در ایالات متحده امریکا قضات را انتخاب میکنند، گرچه همه قضات فدرال (ملی) انتصاب می‌گردند. منتقدین قضات انتخابی استدلال میکنند که این باعث کار غیر عادی میشود. برای مثال در ویسکونسین، قاضی شورای عالی ایالت به عدم حضور در قضیه ای که به نفع اداراتی کار و باری کمک کننده در انتخاب وی بود، متهم گردیده است.

برای مثال، تصور کنید یک محکمه مجبور به تصمیم‌گیری قضیه اختلافی بین یک شرکت معدن لیتیوم در ولایت غزنی که تقریباً پنجاه درصد از مردم در یک ولسوالی روستایی و یک زمین دار که دور زندگی می‌کند، اما دارای حقوق معدنی بر زمین‌های این شرکت در حال حاضر استخراج آن است، می‌باشد. قانون می‌گوید در صورتی که اگر زمین دار دارای حقوق معدنی باشد، شرکت باید قیمت لیتیوم استخراج شده را به وی بپردازد. اما، اگر این شرکت چند تن از کارکنان خود را به خاطر پرداخت فیس طرح دعوی در محکمه به اخراج تهدید نماید، آنها ممکن بدون در نظر داشت قانون و حقایق بمنظور حمایت از شرکت بالای قاضی فشار وارد نمایند. اگر قاضی به نفع زمین دار فیصله نماید، جمعیت محل از قاضی بسیار ناراض خواهد شد. مکانیزم انتصاب، برخلاف انتخابات، چالش‌های فساد، رشوت، و نفوذ عامه را حل و فصل نمی‌کند، اما قضاوت را از نفوذ مستقیم دور می‌سازد و به مامور قضا هوشدار می‌دهد که در درجه اول وی مدیون وفاداری به قانون است.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 117

(1) ستره محکمه مرکب است از ۹ عضو که از طرف رئیس جمهور با تایید ولسی جرگه و با اراعات احکام مندرج فقره آخر ماده پنجاهم و ماده یکصد و هجدهم این قانون اساسی در آغاز به ترتیب ذیل تعیین می‌گردند:

(2) سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ۱۰ سال تعیینات بعدی برای مدت ده سال می‌باشد. تعیین اعضا برای دوبار جواز ندارد.

(3) رئیس جمهور یکی از اعضا را به حیث رئیس ستره محکمه تعیین می‌کند.

(4) اعضای ستره محکمه به استثنای حالت مندرج ماده یک صد و بیست و هفتم این قانون اساسی، تا ختم دوره خدمت از وظایف شان عزل نمی‌شوند.

#### ماده 132

(1) قضاوت به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می‌گردند. تقرر، تبدل، ترفیع، مواخذه و پیشنهاد تقاعد قضاوت مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد....

از لحاظ ساختاری، ماده 117 پیش‌بینی می‌کند که اعضای ستره محکمه "قضاوت" برای مدت ده سال تعیین می‌گردد "تعیین اعضا برای دوبار جواز ندارد." چرا نه؟ اگر قاضی به ویژه اینکه بسیار خوب باشد و مردم از ده سال دیگری خدمات وی بهره مند میشوند؟

منظور از محدودیت ده ساله قانون اساسی بر دوره خدمت در ستره محکمه عدم وابستگی قضاوت به هیچ کس می‌باشد، زیرا هیچ کس صلاحیت تمدید دوره خدمت یا عزل آنها را ندارند. ماده 117 می‌گوید که

اعضای ستره محکمه به استثنای حالت مندرج ماده یک صد و بیست و هفتم این قانون اساسی، تا ختم دوره خدمت از وظایف شان عزل نمی شوند.<sup>478</sup> به جز از حالات مؤاخذه که در بخش بعدی مورد بحث قرار میگیرد، رئیس جمهور نه می تواند قاضی را عزل یا برای بار دوم مقرر نماید. علی رغم این حمایت، رئیس جمهور در واقع اجازه به قضات ستره محکمه اجازه میدهد تا دوره مقرر خدمت را به خوبی سپری نمایند. این یک مثال دیگر از تفاوت بین تئوری و عمل است.

### سوال های مباحثه

در همه سیستم ها استقلال قضایی یکسان حمایت نمیشود:

1. محکمه عالی ایالات متحده قضات محکمه عالی را برای تصدی مادام العمر تعیین میکند. مزایا و معایب این سیستم در مقایسه با دوره تصدی ده ساله چه هستند؟
2. مردم 39 ایالت در ایالات متحده قضات خود را به محاکمی ایالتی انتخاب میکنند.<sup>478</sup> مزایا و معایب این سیستم چیست؟

### د. مؤاخذه

در هر سیستم ای که قضات انتصاب میگردند، باید یک روش متناسب برای عزل قضاتی که در وظایف خود موفق نباشند، نیز وجود داشته باشد. محدودیت های شدید بر مؤاخذه اغلب به مثابه حمایت اضافی استقلال قضایی محسوب میگردد. قانون اساسی افغانستان یک روش خاص برای عزل اعضای ستره محکمه و قضات که مرتکب جرایم مربوط به نقش قضایی خود میشوند، پیش بینی میکند:

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 126

اعضای ستره محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره خدمت مستفید می شوند مشروط بر اینکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نوزند.

#### ماده 127

(1) هر گاه بیش از یک ثلث اعضای ولسی جرگه، محاکمه رئیس و یا عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یار تکاب جنایت تقاضانماید و ولسی جرگه این تقاضا را با اکثریت دوثلث کل اعضا تصویب کند، متهم از وظیفه عزل و موضوع به محکمه خاص محول می گردد.

(2) تشکیل محکمه و طرز العمل محاکمه توسط قانون تنظیم می گردد.

<sup>478</sup> Katherine A. Helm, *Appointed vs. Elected Justices: States' High Courts Take a Hit*, The National Law Journal, Nov. 8, 2010.

**ماده 133**

- (1) هر گاه قاضی به ارتکاب جنایت متهم شود، ستره محکمه مطابق به احکام قانون به حالت قاضی رسیدگی مینماید،
- (2) پس از استماع دفاع او، در صورتیکه ستره محکمه اتهام را وارد بداند، پیشنهاد عزلش را به رئیس جمهور تقدیم میگردد و
- (3) بامنظوری آن از طرف رئیس جمهور، قاضی متهم از وظیفه معزول و مطابق به احکام قانون مجازات می شود.

به این ترتیب، حداقل یک سوم ولسی جرگه غرض مؤاخذة عضو ستره محکمه به خاطر ارتکاب به جرم مربوطه به نقش قضایی خود یا جنایت باید گرد هم می آید. سپس، از تأیید دو سوم اعضای ولسی جرگه عضو ستره محکمه از وظیفه عزل و دوسیه وی به محکمه خاص ارسال میگردد.

چنین روشهای سخت مؤاخذة به سادگی عزل یک عضو ستره محکمه برای رئیس جمهور مشکل تر میسازد، چرا که او احکام وی را تأیید نمی کند. در این خصوص باید یک اتهام واقعی جرمی وجود داشته باشد و اکثریت دو سوم از ولسی جرگه باید به توافق برسند. ماده های مربوط به مؤاخذة تضمین میکند که قضات ستره محکمه و قضات دیگر به پیگیری یک روش خاص تهدید و یا ارباب شده نمی توانند. این نوع حراست از استقلال قضایی تصمیمگیری قضایی را حمایت میکند. در عین زمان، طرز العمل های معین باید در باره عزل قضاتی که عملاً مرتکب جرم میشوند، وجود داشته باشند. این طرز العمل ها برای عزل قضات فاسد از وظایف مورد استفاده قرار گرفته میتوانند.

بالآخره، ماده 126 بیان میدارد، ”اعضای ستره محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره خدمت مستفید می شوند مشروط بر اینکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نوزند.“ اگر عضو ستره محکمه مؤاخذة و از وظیفه عزل شده باشد، مستحق حقوق تقاعد مادام العمر نمیشود. در غیر این صورت عضو مورد نظر تا زمانی که به اشغال وظيفه دیگر مبادرت نه ورزد، مستحق آن میباشد. این ماده همچنین استقلال را تأمین میکند زیرا نه رئیس جمهور و نه هم مجلس شورای ملی می تواند بر استقلال تصمیم گیری عضو ستره محکمه در طول 10 سال خدمت اعمال نفوذ و از تقاعد وی جلوگیری و یا تهدید نمایند.

**سوال های مباحثه**

- (1) قاضی ستره محکمه در تکمیل سال نهم دوره خدمت خود قرار دارد و رئیس جمهور از او خواهش میکند با خدمت دوره خدمت در وزارت عدلیه اجرای وظیفه نماید. آیا او این کار را اشغال کرده میتواند؟ آیا او هنوز هم مستحق حقوق تقاعد میباشد؟
- (2) حالا تصور کنید که به جای کار در وزارت عدلیه، رئیس جمهور می گوید که وی برای قاضی وظيفه مامور ارشد تطبیق قانون در یک شرکت موفق معدن تدارک دیده است، آیا نتیجه این دو یکی است؟



## ه. استقلال بودجوی

کنترول بر بودجه یک عنصر اساسی استقلال قضایی است. محاکم باید اطمینان حاصل نمایند که برای اجرای مؤثر وظایف خود دارای منابع کافی میباشند. کنترول بودجه همچنین تضمین می کند که قوه مقننه یا اجرائیه نمی تواند مشوق های مالی یا محدودیت ها را برای توقعات خاصی از محاکم استفاده نمایند. به همین ترتیب حقوق و منابع کافی همچنین میتواند افراد واجد شرایط بیشتری را برای کارکردن در قضا تشویق و باعث کاهش فساد مالی گردد. اما تجربه محاکم در امریکای لاتین نشان می دهد، که صرف افزایش بودجه منجر به عملکرد بهتر قضایی نمیشود.<sup>479</sup> به منظور حمایت از استقلال واقعی قضایی، منابع کافی باید با یک ساختار مؤثر محکمه و محیط سیاسی همراه باشد.

سنتره محکمه، بر اساس ماده 125، مشترکاً با شورای ملی صلاحیت تهیه بودجه دارد و سپس کنترول بر چگونگی مصرف بودجه را نیز به عهده دارد. بنابراین، قوه قضائیه از لحاظ تخنیکی دارای استقلال مالی است. شورای ملی یا رئیس جمهور نمی تواند غرض اعمال نفوذ بر تصمیم گیری آنرا به قطع بودجه تهدید نمایند. با این حال، در عمل رئیس جمهور کنترول فوق العاده بر بودجه محکمه اعمال میکند.

## و. مسؤلیت قضایی

هدف قانون اساسی نه تنها مجزا ساختن قوه قضائیه از نفوذ بیرونی میباشد، بلکه همچنین مسؤلیت بسیار زیاد را بالای هر عضو قوه قضائیه در زمینه استفاده از صلاحیت خود مطابق با قوانین و قانون اساسی افغانستان و اصول اسلام میگذارد. هر عضو سنتره محکمه و قاضی باید سوگند قضایی را طبق ماده 119 به جا کرده و پیروی نماید.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 119

اعضای سنتره محکمه قبل از اشغال وظیفه، حلف آتی را در حضور رئیس جمهور به جا می آورند:  
بسم الله الرحمن الرحيم  
“به نام خداوند بزرگ (ج) سوگند یاد می کنم که حق و عدالت را برطبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تامین نموده، وظیفه قضا را با کمال امانت، صداقت و بی طرفی اجرا نمایم.”

علاوه بر این، قانون اساسی از روند انتصابات و استقلال قضایی با تسجیل شرایط حمایت میکند. درباره شرایط ذیل فکر کنید که چرا برای کسب عضویت سنتره محکمه ضروری پنداشته میشوند:

### قانون اساسی افغانستان

<sup>479</sup> Daniel Hall et al., *Professional Court Administration: The Key to Judicial Independence*, National Center for State Courts, 2003.

**ماده 118**

عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می باشد :

- (1) سن رئیس و اعضا در حین تعیین از چهل سال کمتر نباشد،
- (2) تبعه افغانستان باشد،
- (3) در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد،
- (4) دارای حسن سیرت و شهرت نیک باشد،
- (5) از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد،
- (6) در حال تصدی وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.

آیا هر یک از این شرایط بی اهمیت به نظر می رسد؟ در حالی که تفاوت بین 39 سال و 40 ساله متقاضی ممکن جزئی باشد، این شرایط را باید به مثابه یک کل برای رسیدن به هدف خود در نظر گرفته شود. هر یک از شرایط معرف یک ارزش یا یک صفت است که باید در شخصیت متقاضی منعکس گردند. باهم یکجا، این شرایط یقینی میسازد که تمام منصوب شدگان ستره محکمه باید (1) بالغ (2) وابسته به جامعه افغانستان (3) تحصیل کرده و دارای تجربه قضایی، (4) قابل احترام در جامعه (5) با اخلاق و (6) بی طرف باشند.

شرط اخیر عضو ستره محکمه "عدم عضویت در هیچ حزب سیاسی در زمان دوره خدمت" میباید که در قانون اساسی ترکیه، اما نه در بسیاری از کشورهای، تسجیل گردیده است. پژوهشگران بر آن اند که این شرط در تثبیت عدم جانبداری کمک میکند، البته لزوماً نه بی طرفی واقعی. به هر حال، مشروعیت ستره محکمه ناشی از هر دو یعنی استقلال واقعی و مفهومی را از ارکان سیاسی میشود. آیا شما درباره سایر شرایط فکر کرده میتوانید که باعث کاهش واقعی یا مفهومی مشکل فساد گردند؟ شرایط ذکر شده در ماده 118 نمایندگی از قضاوت های میکنند که توسط تدوین کنندگان قانون اساسی به حیث شرایط اساسی برای عضویت ستره محکمه در نظر گرفته شده است. در نهایت امر، این موارد به حیث آخرین خط دفاع استقلال قضایی شمرده میشود. اگر قضات و اعضای ستره محکمه با اخلاق، شریف، تحصیل کرده، قابل احترام باشند، و اعضای رسیده جامعه افغانستان باشند، چانس بهتر وجود دارد که آنها از قوانین پیروی نموده و کمتر به فساد تمایل پیدا کنند.

به یاد داشته باشید که موضوع استقلال قضایی در تمام بدنه قوه قضائیه، از بالا به پایین وجود دارد. احکام قانون اساسی مربوط به محاکمات علنی، قرار تعیینات یا انتصابات، مؤاخذه، حوزه صلاحیت این محاکم و شرایط همه با هم در کار اند تا رابطه بین قوه قضائیه و ارکان دیگر دولت را مشخص سازند و همچنین زمینه برای کارکرد قوه قضائیه را فراهم سازند.

**چهارم. وظایف ستره محکمه****الف. وظایف اداری ستره محکمه**

ماده 116 حکم میکند که "قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می باشد." در این نقش، ستره محکمه باید وظایف بیشتر از استماع قضایای فرجام خواهی را انجام دهد، و منحیث سازماندهنده اصلی برای تمام محاکم در سراسر افغانستان عمل کند. اگرچه بسیاری از کشورهای اروپایی این نوع صلاحیت اداری را به وزارت عدلیه واگذار میکنند، قانون اساسی سال 2004، مانند قانون اساسی 1964 قبل از آن، به منظور جلوگیری از نفوذ سایر ارکان حکومت آگاهانه کنترل را در دست ستره محکمه قرار می دهد.<sup>480</sup>

تمرکز وظایف اداری در قوه قضائیه در واکنش به عدم استقلال قضایی تحت قانون اساسی افغانستان در سال 1923 توسعه یافته است. هر چند که آن قانون اساسی نیز حکم میکند "تمام محاکم عدالت از تمام انواع دخالت و مداخله آزاد هستند" (1923 قانون اساسی ماده 53)، در واقع قضات استقلال قضایی بسیار کمی داشتند. مدیریت محاکم، از جمله اداره کارمندان قضایی، تحت اقتدار شاه قرار داشتند. قضات مانند سایر کارمندان حکومت موظف به اطاعت از دستورات مافوق خود، از جمله سفارش در خصوص حل و فصل یک قضیه خاص بودند.

سیستم 1923 را با نظام اداری که قانون اساسی امروزه تجویز کرده، مقایسه کنید:

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 124

در مورد مامورین و سایر کارکنان اداری قوه قضائیه، احکام قوانین مربوط به مامورین و سایر کارکنان اداری دولت نافذ می باشد ولی تقرر، انفکاک، ترفیع، تقاعد، مجازات و مکافات شان توسط ستره محکمه مطابق به احکام قانون صورت می گیرد.

#### ماده 125

(1) بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت از طرف ستره محکمه ترتیب گردیده، به حیث جزء بودجه دولت، توسط حکومت به شورای ملی تقدیم می شود.

(2) تطبیق بودجه قوه قضائیه از صلاحیت ستره محکمه می باشد.

#### ماده 132

(1) قضات به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می گردند.

(2) تقرر، تبدل، ترفیع، مواخذه و پیشنهاد تقاعد قضات مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.

<sup>480</sup> Ramin Moshtaghi, Max Planck Manual on Constitutional Law in Afghanistan Vol. 1: Structure and Principles of the State (Amended 3d ed. 2009).

(3) ستره محکمه به منظور تنظیم بهتر امور اجرایی و قضایی و تأمین اصلاحات لازم، آمریت عمومی اداری قوه قضائیه را تأسیس می نماید.

استقلال اداری اعطا شده توسط قانون اساسی، قوه قضائیه را مستقل تر می سازد، اگر چه به طور کامل از نفوذ ارکان دیگر، به خصوص رئیس جمهور محفوظ نمیباشد.

ماده های 124 و 132 تصریح میکنند که ستره محکمه ما فوق همه قضات و کارمندان ای که توسط قوه قضائیه استخدام میشود، قرار دارد. این کارکنان نه تنها قضات، بلکه منشی های آنها، کارمندان دفتر محکمه، مامورین اجرائیوی محکمه و حتی کسانی که پاک کاری محکمه را به عهده دارند، نیز شامل میشوند. این کارکنان همچنین شامل الی 36 مشاور قضایی که نقش تجزیه و تحلیل مسائل در برابر ستره محکمه و تهیه کردن گزارش معلوماتی برای تصمیم گیری قضات ستره محکمه دارد، نیز میشوند (ماده های 20 - 22 قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). در حالی که ستره محکمه دارای کنترول کلی میباشد، رئیس جمهور هنوز هم دارای صلاحیت تصویب نهایی عزل و تعیین محاکم تحتانی میباشد که به رئیس جمهور اعمال نفوذ زیاد بالای قوه قضائیه میدهد.<sup>481</sup>

از آنجا نیکه ستره محکمه چنین بار سنگین اداری به عهده دارد، ماده 132 قانون اساسی به ستره محکمه صلاحیت میدهد آمریت عمومی اداری قوه قضائیه را تأسیس نماید. قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم وظایف آنرا بیشتر توضیح میدهد:

### قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

#### ماده 29

- (1) ستره محکمه در امور اداری مربوط دارای وظایف و صلاحیت های آتی می باشد:
  1. ترتیب بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت.
  2. رهبری و مراقبت از فعالیت های ادارات محاکم.
  3. وضع مقرره های و لوایح به منظور تنظیم امور قضائی و اداری محاکم.
  4. بررسی نتیجه تدقیق و مطالعات امور قضائی و اتخاذ تدابیر به منظور رفع نواقص و توحید و انسجام اجراءات محاکم.
  5. پیشنهاد تعیین قضات و مستشاران مقام ریاست جمهوری مطابق به احکام این قانون.
  6. پیشنهاد تقرر، تبدل، ترفیع، تمدید خدمت و تقاعد قضات مطابق به احکام این قانون.

<sup>481</sup> Lorenzo Delesgues and Yama Torabi, *Reconstruction National Integrity System Survey*, The National Integrity System 52 (2007).

7. پیشنهاد تأسیس محاکم و ادارت ثبت اسناد و وثایق و تعیین صلاحیت های قضائی و اداری آنها به مقام ریاست جمهوری.
  8. تطبیق بودجه قوه قضائیه.
  9. تأمین تسهیلات لازم به منظور پیشبرد فعالیت محاکم.
  10. تدویر کورس ستاز قضائی و تنظیم امور مربوط به آن.
  11. اتخاذ تدابیر مقتضی برای ارتقاء سطح دانش و تجارب قضات.
  12. نظارت از اجراءات و فعالیت های سایر کارکنان اداری قوه قضائیه.
  13. تهیه احصائیه سالانه و گزارش از فعالیت های تمام محاکم در بخش قضائی.
  14. سایر وظایف و صلاحیت های که در این قانون و قوانینی دیگر به ستره محکمه تفویض گردیده است.
- (2) صلاحیت های مندرج فقرة (1) این ماده از طریق امریت عمومی اداری قوه قضائیه اعمال میگردد.

قاضی القضاة امریت عمومی اداری قوه قضائیه را نظارت و در باره آن صلاحیت نهایی دارد.

### سوال مباحثه

چه اتفاق می افتد اگر شورای ملی تصمیم به گسترش محکمه یعنی دو محکمه استیناف یا دوازده عضو ستره محکمه تصمیم بگیرد؟ می توانید آن را انجام دهد؟ [تذکر: به تفاوت بین قوانین و قانون اساسی توجه نمایند.]

### ب وظایف قضایی ستره محکمه

بر علاوه وظایف اداری، ستره محکمه مفسر نهایی قوانین افغانستان است. در جدول ذیل مهم ترین ماده مربوط به ستره محکمه که یقیناً بحث برانگیز ترین نیز هست، لیست شده :

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 121

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

ماده 121 به ستره محکمه صلاحیت میدهد "بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم" مطابقت قانون، فرمان تقنینی، و معاهده را با قانون اساسی بررسی نماید. "در فصل دوم در باره تفکیک قوا، آموختید که بررسی قضایی به مثابه نظارت قوه قضائیه بر اعمال دو رکن دیگر حکومت صورت میگیرد و تشخیص میدهد که آنها مطابق با قانون اساسی عمل می کنند. ماده 121 شکل بسیار محدودی بررسی قضایی را به ستره محکمه میدهد. این ماده به اساس سه دلیل ذیل یکی از بحث برانگیز ترین ماده های قانون اساسی سال

2004 میباشد: (1) نامعلوم بودن پاسخ به سوال ای که آیا ستره محکمه همچنین صلاحیت قانون اساسی دارد؛ (2) این سوال که آیا ستره محکمه می تواند اقدامات اجرائیوی را بررسی نماید؛ و (3) سوال در باره اینکه آیا رکن یا کدام نهاد دیگر نیز صلاحیت بررسی مطابقت قوانینی با قانون اساسی دارند.

اول، اختلاف در باره اینکه آیا ستره محکمه غیر از بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی در این زمینه کاری بیشتر را انجام داده میتواند، وجود دارد. آیا ستره محکمه می تواند ماده های قانون اساسی را تفسیر نماید که صراحت ندارد.

اینکه قانون اساسی سال 2004 نظریه ایجاد محکمه قانون اساسی را رد میکند، موضوع را بیشتر پیچیده میسازد. همانطوری که شما در فصل دوم در باره تفکیک قوا آموختید، بسیاری از کشورها دارای سیستم محکمه قانون اساسی میباشند و در این کشورها بررسی قانون اساسی در یک نهاد جداگانه متمرکز شده. اغلب، همین نهاد قضایی است که مسائل مربوطه به قانون اساسی را حل و فصل میکند.<sup>482</sup> به طور مشابه، در تابستان سال 2003، پیش نویس قانون اساسی افغانستان شامل مقررات مربوط به محکمه قانون اساسی بود:

### پیش نویس قانون اساسی افغانستان سال 2003

#### ماده 146 (2003 پیش نویس)

محکمه عالی قانون اساسی دارای صلاحیت های ذیل است:

(1) بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی و موافقت نامه ها و میثاق های بین المللی با قانون اساسی.

(2) تفسیر قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی.

توجه داشته باشید که این پیش نویس به طور خاص به محکمه عالی قانون اساسی صلاحیت تفسیر قانون اساسی را میدهد. پیش نویس نهایی که در سال 2004 به لویه جرگه ارائه شد، ایجاد محکمه عالی تفسیر قانون اساسی را پیش بینی نمی کند. اگر چه پیش نویس نهایی صلاحیت بیشتر محکمه عالی قانون اساسی را به ستره محکمه میدهد، اما آن در آن یک کلمه کلیدی "تفسیر قانون اساسی" وجود ندارد.<sup>483</sup> ماده 121 قانون اساسی سال 2004 بار دیگر بخوانید. آیا حذف عبارت "تفسیر قانون اساسی" صرفاً یک نظارت یا تمایز عمدی برای محدود کردن اختیارات ستره محکمه جدید بود؟

تمایز بین "بررسی" و "تفسیر" مهم است. برخی از نهاد های حکومتی باید صلاحیت تفسیر قانون اساسی را داشته باشد. قوانین اساسی نوشته شده خود را تفسیر نمی کنند، و بدون شک موارد پیش می آیند که قانون اساسی در باره آن صراحت ندارد. طوری که شما در قضیه ماربوری در برابر مدیسون آموختید،

<sup>482</sup> Mauro Cappelletti & William Cohen, Comparative Constitutional Law: Cases and Materials 76 (1979).

<sup>483</sup> J. Alexander Their, United States Institute of Peace, The Status of Constitutional Interpretation in Afghanistan (2009).

صلاحیت بررسی قانون اساسی برای ایالات متحده تنها پس از نزدیک به بیست سال از تدوین قانون اساسی روشن شد. این امر ممکن در مورد افغانستان هم مطرح باشد.

### عدم عضویت حزب سیاسی

بند 6 ماده 118 قانون اساسی تصریح میکند که عضو ستره محکمه "در حال تصدی وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد." یکی از قضات ستره محکمه در خانه خود جلسه غیررسمی را برای حزب افغان ملت برگزار میکند. برادر او حزب را راهبری میکند و از او خواسته است با پول و وقت خود با وی کمک نماید. قاضی حمایت خود را ابراز و با پول و حضور در جلسات متعدد حزب افغان ملت با وی همکاری کرده، اما او هرگز اعلام نه کرده که عضو حزب یاد شده میباشد. رئیس جمهور این موضع را به توجه قاضی القضاة رسانده و به طور رسمی از وی خواسته است (1) طبق ماده 121 در زمینه تصمیم بگیرد و (2) معلوم کند که اقدامات قاضی به معنی "عضویت" در حزب افغان ملت بوده یا خیر.

آیا قاضی القضاة بدون نقض حکم ماده 121 قانون اساسی حکم رئیس جمهور را عملی کرده میتواند؟ در این حالت قاضی القضاة چه کاری را انجام داده میتواند؟

دوم، اختلاف نظر در باره این موضوع وجود دارد که آیا ستره محکمه صلاحیت بررسی اقدامات تقنینی قوه اجرائیه مانند فرامین تقنینی ریاست جمهوری دارد یا خیر. ماده 121 تصریح میکند که ستره محکمه صلاحیت مطابقت قوانین رسمی، قانونی فرامین تقنینی (فرامین تقنینی اداره مؤقت) و معاهدات بین المللی با قانون اساسی دارد، اما این حکم شامل اقدامات تقنینی یا مقررات قوه اجرائیه تحت ماده 76 قانون اساسی نمیشود.<sup>484</sup> همانطوری که شما در فصل سوم در باره قوه اجرائیه آموختید که رئیس جمهور دارای اختیارات گسترده و فراگیر صدور فرامین تقنینی مستقل از قوه مقننه، میباشد. اگرچه این فرامین ممکن دارای اثر مشابه در کشور باشند، اما از لحاظ تخنیکی "قوانین" نیستند و به همین دلیل مورد بررسی قوه قضائیه طبق ماده 121 قرار نمیگیرند. به این ترتیب، متن قانون اساسی به قوه قضائیه صلاحیت صریح بررسی اقدامات تقنینی قوه اجرائیه را نمی دهد. با این حال، بسیاری از دانشمندان و کشورهای دیگر به این باورند که بررسی قضایی قوه اجرائیه و اقدامات تقنینی به منزله یک جزء کلیدی هر نوع تفکیک قوا یا ساختار مبتنی بر قانون اساسی میباشد.

سوم، و اخیر اینکه اختلاف بر سر آن است که آیا کدام ارگان دیگر صلاحیت بررسی قانون اساسی را دارد؟<sup>485</sup> ابهام در متن و مبارزات برای قدرت بین قوای اجرائیه و مقننه منجر به ایجاد دو نهاد موازی تفسیر قانون اساسی - ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (ICSIC) گردیده است.

هر دو، ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی به اساس قانون اساسی صلاحیت تفسیر دارند. به نظر می رسد که ماده 121 قانون اساسی صلاحیت بررسی قضایی را به ستره محکمه

<sup>484</sup> Ramin Moshtaghi, Max Planck Manual on Constitutional Law in Afghanistan Vol. 1: Structure and Principles of the State (Amended 3d ed. 2009).

<sup>485</sup> *Id.*

واگذار میکند. با این حال، ماده 157 به ایجاد کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی حکم میکند و می افزاید که اعضای کمیسیون باید توسط رئیس جمهور منصوب و مورد تایید ولسی جرگه قرار گیرد، اما در باره چگونگی تفاوت نقش کمیسیون از ستره محکمه هیچ چیز نمی گوید. این تناقض آشکار تا سال 2007 تبدیل به یک درگیری قابل توجه نه گردیده بود.

به تاریخ 10 ماه می 2007، ولسی جرگه تلاش کرد علیه رنگین دادفر سپینتا وزیر امور خارجه رأی عدم اعتماد دهد. تلاش های اولی توسط یک رأی شکست خورد، اما دو روز بعد، ولسی جرگه در "سلب" او از مقام وزیر موفق شد. رئیس جمهور کرزی از به رسمیت شناختن مشروعیت رأی ولسی جرگه، با این دلیل که ولسی جرگه صلاحیت عزل یک وزیر برحال را ندارد و این صلاحیت را تنها رئیس جمهور دارد، امتناع ورزید.

رئیس جمهور کرزی به طور رسمی از ستره محکمه خواست تا موضوع را بررسی قضایی نماید. رئیس جمهور استدلال کرد که بررسی قضایی جز لازمی عملکرد قوه قضائیه است، و به همین دلیل ستره محکمه باید صلاحیت بررسی اقدامات تقنینی داشته باشد. اعضای ولسی جرگه رئیس جمهور را به چالش کشید و استدلال کرد که تدوین کنندگان قانون اساسی باید اقدامات مانند انتصاب وزرا را از پیگیری ستره محکمه حذف میکردند زیرا آنها فرصت آنرا داشتند تا به طور خاص این اقدامات که شامل - قوانین و مقررات، احکام، و معاهدات میشود، لیست نماید.

ماده 121 قانون اساسی به صراحت به ستره محکمه صلاحیت تفسیر مطابقت قوانین، معاهدات و فرامین تقنینی با قانون اساسی میدهد. با این حال، قانون اساسی در مورد صلاحیت محکمه پیرامون مطابقت سایر اقدامات مانند انتصاب وزرا و یا عزل آنها با قانون اساسی، ساکت است.

ستره محکمه به تاریخ 3 جون 2007، اعلان کرد که آرای دوم قانون اساسی را به این دلیل که ولسی جرگه صلاحیت عزل وزیر برحال را ندارد، نقض میکند. ولسی جرگه در پاسخ تصریح می کند که ستره محکمه فاقد صلاحیت تفسیر قانون اساسی در ارتباط با انتصاب وزرا میباشد و حکم ستره محکمه را رد کرد. با این حال، در مخالفت با ولسی جرگه سپینتا به به حیث وزیر امور خارجه برای چندین سال به کار خود ادامه داد.

بعد از ویتو رئیس جمهور کرزی، شورای ملی در جواب به فیصله ستره محکمه قانون را برای ایجاد کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی تصویب کرد. در سپتامبر 2008، مجلس شورای ملی قانون تصویب کرد که به اساس آن "تفسیر" قانون اساسی طبق درخواست رئیس جمهور، شورای ملی یا ستره محکمه از صلاحیت کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی میباشد. از ستره محکمه خواسته شد تا مطابقت قوانین با قانون اساسی بررسی نماید و فیصله آنرا نقض ماده 121 قانون اساسی اعلام کرد. به این ترتیب، محکمه دریافت که تنها صلاحیت تفسیر مطابقت قوانین و دیگر اقدامات حکومتی با قانون اساسی را دارد.



ستره محکمه صلاحیت کمیسیون برای تفسیر قانون اساسی را زیر سوال برد. ستره محکمه استدلال کرد که ماده 157 خواهان "نظارت" بر تطبیق قانون اساسی حکم میکند نه به عنوان ارگان دیگر بررسی قضایی. ستره محکمه همچنان موضوع صلاحیت تفویض شده به شورای ملی در باره تعیین و برکناری کمیشنرها را مردود دانست و این صلاحیت را مربوطه به رئیس جمهور دانست که به اساس قانون اساسی دارای صلاحیت برکناری وزراء و سایر مقامات حکومتی میباشد.

در چنین یک حالت نامعلوم، به نظر می رسد که هر دو ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی اعمال صلاحیت بررسی قانون اساسی دارا میباشد. ادارات دیگر حکومتی از آنها تقاضا نمایند تا شیوه های مناسب تطبیق اسناد تقنینی بحث برانگیز یا فیصله ها را مشخص نمایند که در نتیجه صدور حکم متناقض محکمه و کمیسیون باعث اختلاف بالقوه میگردد.

داشتن نقش تفسیر قوه اجرائیه طبق احکام قانون اساسی، موضوع رابیشتر پیچیده ساخته است. ماده 64 قانون اساسی به رئیس جمهور صلاحیت به "مراقبت از اجرای قانون اساسی" را میدهد، حکم ای که با هدف مندرج ماده 157 یکسان است. شاید این موضوع که طبق ماده 157، که اعضای کمیسیون با تأیید ولسی جرگه توسط رئیس جمهور تعیین میشود، دارای اهمیت مساویانه باشد.

علاوه بر این مسائل پیچیده، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نیز نقش در تهیه پیش نویس قوانین دارد. اگر از این کمیسیون خواسته میشد در باره مطابقت قوانین با قانون اساسی تصمیم بگیرد، ممکن بود با موضوع تضاد منافع مواجه شود.

### سپنتا در برابر کمیسیون قانون اساسی

چگونه تجربه بررسی قضایی قانون ای که به اساس آن کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی ایجاد شده از بررسی قضایی در مورد سپنتا متفاوت است؟ ماده 121 قانون اساسی را تکراراً بخوانید.

در مورد قضیه سپنتا، ولسی جرگه به وی رأی عدم اعتماد داد. بر خلاف قانون، که ماده 94 قانون اساسی آنرا مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، تعریف می کند، رأی عدم اعتماد تنها نشان دهنده نظر ولسی جرگه است. آیا "رأی عدم اعتماد" که به حیث یکی از عملکرد های لیست شده است که ستره محکمه طبق ماده 121 بررسی کرده میتواند؟

با این حال، قانون در باره کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مطابق با قانون اساسی به تصویب رسیده و در نتیجه طبق ماده 121 تحت صلاحیت ستره محکمه قرار میگیرد. رئیس جمهور آن را به ستره محکمه ارجاع و آنها حکم خود را در مطابقت با قانون اساسی بازپس فرستاد.

فقط مورد کمیسیون قانون اساسی، پاسخگو مطالبات ماده 121 قانون اساسی میباشد.

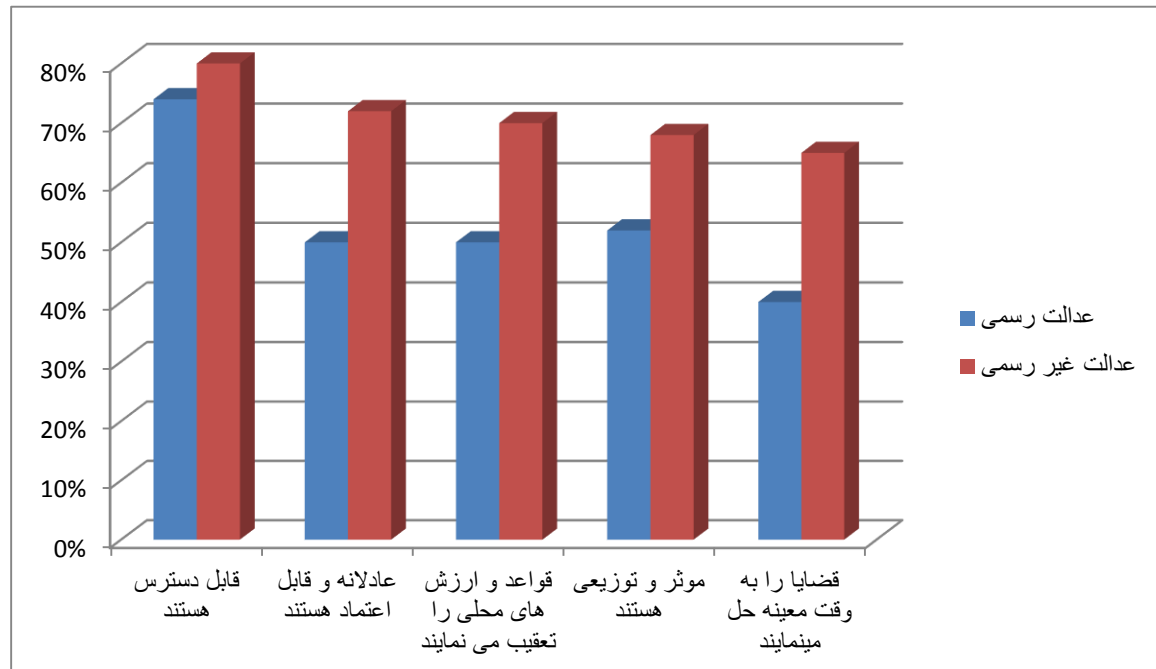
### پنجم. سیستم های رسمی و غیر رسمی قضایی

قانون اساسی بر سیستم محاکم دولتی تمرکز دارد. قانون اساسی از انواع سیستم های دیگر عدلی که در سراسر افغانستان وجود دارد، یاد آوری نمی کند. با این حال، همانطوری که شما در مبادی حقوق افغانستان آموختید، علاوه بر سیستم های "رسمی" عدلی (محاکم دولتی)، انواع سیستم های موازی "غیر رسمی" عدلی در سراسر افغانستان وجود دارند. روش های بدیل حل و فصل اختلافات، مانند شورا ها و جرگه ها به حیث سیستم ابتدایی عدلی عمل میکنند. سیستم رسمی جدا از این سیستم ها است، زیرا قانون اساسی آنرا ملزم به رعایت و اعمال قوانین افغانستان، یا فقه حنفی اگر هیچ قانون در زمینه وجود نداشته باشد، میسازد. سیستم های غیر رسمی عدلی مانند شورا یا جرگه، ممکن است به سایر قوانین دینی، قوانین عرفی قبیله ای، یا خرد جمعی بزرگان مراجعه نماید.<sup>486</sup>

اگر چه محاکم رسمی برای تمام قضایا در افغانستان باز می باشند، سیستم های غیر رسمی عدلی هنوز هم به طور گسترده برای حل و فصل اختلافات مربوط ملکیت های غیر تجارتي، اختلافات خانوادگی، و مسائل مربوط به احوال شخصیه مورد استفاده قرار می گیرند. گراف ذیل افکار عمومی در رابطه با سیستم های رسمی و غیر رسمی عدلی را نشان می دهد. پاسخ دهندگان به نظر سنجی احساس مطلوب تر از سیستم غیر رسمی نسبت به سیستم رسمی، ابراز میکند:

### برداشت از حل و فصل اختلاف رسمی و غیر رسمی

فیصدی پاسخ دهندگان که با توضیح ذیل پیرامون سیستم های رسمی و غیر رسمی عدلی، توافق دارند:<sup>487</sup>



<sup>486</sup> پروژه ای تعلیمات حقوقی افغانستان، مقدمه حقوق افغانستان 1 - 5 (چاپ دوم، 2009).

<sup>487</sup> بنیاد آسیایی، افغانستان در سال 2009، سورت مردم افغانستان 87، 91، (2009).

در یکی سروی دیگر که در سال 2010 انجام شده، 50 درصد از پاسخ دهندگان اظهار کرده اند که به مکانیسم های غیر رسمی مراجعه کرده اند. ارقام نشان می دهد که در حال حاضر بطور کل افغان ها (بیشتر خارج از کابل) به چند دلیل بیشتر طرفدار سیستم های غیر رسمی عدلی اند.<sup>488</sup> اول، در برخی مناطق، رسیدن به محکمه ابتدائیه سخت بوده یا هم هنوز وجود ندارد. دوم، در بعضی موارد، حل و فصل قضایا در سیستم غیر رسمی سریع تر و ارزان تر تمام میشود. سوم، محاکم رسمی شاید فاسد تر از محاکم سنتی میباشند. بالآخره، محاکم رسمی به عدالت ترمیمی توجه ندارد، بلکه تنها پرنده و بازنده را اعلان میکند. عدالت ترمیمی به معنای حل و فصل اختلاف به شیوه ای است که هدف از آن بازسازی رابطه بین متخلف و قربانی و همچنین بین متخلف و جامعه باشد. برخی از رسوم و عنعنات سنتی برای حل و فصل اختلافات شامل اشکال سنتی عذرخواهی (ننواتی و shamana) و جبران اشتباهات که به شیوه ای انعطاف پذیر محاسبه شده باشد، میشود.

### سوال مباحثه

آیا در باره دیگر دلایل اثباتی بهتر بودن سیستم های عدالت غیر رسمی نسبت به سیستم رسمی فکر کرده میتوانید؟

سیستم عدالت رسمی مجموعه ای متفاوت از مزایا را ارائه میکند: (1) سیستم نظارت و درخواست تجدید نظر ممکن بیشتر واضح و به طور مداوم اعمال شود. (2) نتیجه قضایای دارای مخاطرات بلند، می تواند قابل پیش بینی باشد، (3) محاکم غیر رسمی ممکن است در اجرای عدالت بیش از حد مصلحت گرا باشند، (4) محاکم رسمی حداقل دارای آرزوی اعمال عدالت به طور مساویانه و بدون در نظر گرفتن جنس یا موقف طرفین درگیر، به ویژه برای زنان، میباشند. اگر چه امروز بسیاری از موارد تبعیض علیه زنان در محاکمی رسمی وجود دارد، قانون اساسی این نوع تبعیض را غیر قانونی اعلان کرده است. علاوه بر این، افغانستان توسعه میابد و بیشتر مردم به دور از محل تولد خود سفر و زندگی می کنند، آنها شاید از رفتن به جرگه محلی دیگر احساس راحتی نکنند - آنها ممکن خواستار حصول اطمینان از این باشند که سیستم عدلی سازگار و نتیجه آن در هر کجا که زندگی می کنند و یا سفر یکسان خواهد بود. این تقاضا برای سازگاری و تداوم نیاز به یک سیستم سراسری در کشور با استفاده از طرز العمل های یکساند صرف نظر از ولایت یا عرف محلی، دارد.

با این حال، این مزایا به سیستم رسمی آزاد فساد و باور گسترده نسبت به محاکم دولتی، بستگی دارد. افغانستان در حال حاضر با پرابلم "هر چه که اول پیش آمد" مواجه است: آیا فساد باید باید قبل از مراجعه مردم به محاکم پایان یابد؟ یا، اینکه مردم اول از محاکم برای وارد کردن فشار سیاسی بر حکومت برای پایان دادن به فساد، استفاده نمایند؟

افغانستان، از طریق روند سیاسی، باید به این سوال پاسخ دهد که محاکمی رسمی باید قضاء را در

<sup>488</sup> Integrity Watch Afghanistan, Afghan Perceptions and Experiences of Corruption: A National Survey 2010 at 76-77 (2010).

انحصار داشته باشند یا خیر. خود قانون اساسی نه این سیستم های غیر رسمی را حمایت و نه هم ممنوع قرار میدهد. بر این اساس، مردم باید تصمیم بگیرند که شوراها و جرگه سنتی باید چه نقش را بازی کنند. یک راه حل های ممکن این خواهد بود که تصمیم بگیرند که شوراها و جرگه سنتی باید چه نقش را بازی کنند. المللی ملحوظ میشوند، در نظر گرفته شوند. اگر هر دو طرف در باره استفاده و پیروی از سیستم غیر رسمی از طریق عقد قرارداد توافق مینمایند، محکمه میتواند این تصمیم را به عنوان یک شکل از حقوق خصوصی را رعایت کند. یا، حکومت می تواند سیستم غیر رسمی را توسط قانون تنظیم و در صورتی که یکی از طرفین ادعا کند که برخورد غیر عادلانه با وی صورت گرفته، معیارهای لازم را برای رسیدگی به امور زنان و استیناف خواهی وضع نماید. در حال حاضر موجودیت همزمان دو سیستم ممکن است چندین مزیت داشته باشد، اما یک پرابلم عمده بار می آورد که اعمال نا همسان عدالت است.

### سوال مباحثه

به نظر شما سیستم عدالت غیر رسمی در افغانستان باید دارای چه نقش باشد؟ اگر از نظر شما این نقش بسیار مهم باشد، دلیل آن چیست؟

### ششم. چالش های امروزی در برابر قوه قضائیه

قانون اساسی طرح کلی ایجاد یک سیستم ای که منجر به حاکمیت قانون شود، ارائه میکند. با این حال، نمی تواند وظیفه خود را به تنهایی تکمیل نماید. چندین موانع وجود دارند که به بی ثبات کردن حکومت ادامه میدهد و حاکمیت قانون را تهدید میکند.

#### الف. محدودیت منابع

سیستم عدالت رسمی هنوز هم از فقدان تعداد کافی قضات واجد شرایط، خازنوالها و وکلای مدافع، و همچنین زیرساخت های ضعیف فیزیکی مانند تعمیر محاکم برای مدیریت منصفانه و موثر قضایا، رنج می برد. برای مثال، در ولایت بامیان، تا جولای 2010، از مجموع 41 کرسی های قضایی تنها 30 و از مجموع 18 کارکنان تنها 11 بر حال بودند که منجر به جمع شدن حجم بزرگ قضایا گردید.<sup>489</sup> بدتر از آن، از مجموع 90 چوکی قضایی در قندهار تا پاییز 2010، تنها 12 فعال بودند.<sup>490</sup> حکومت هنوز هم ساختمان ها برای بسیاری از محاکم در سراسر مناطق دهاتی اعمار نکرده و بسیاری از محاکم به دلیل تهدیدات امنیتی تعطیل اند. علاوه بر این، تعداد محدود از قضات به اندازه کافی آموزش دیده و یا واجد شرایط برای اجرای وظایف محوله قضایی خود هستند. طیف گسترده کیفیت آموزش یک مشکل بزرگ برای مقرری های مبتنی بر شایستگی قضات و پرسونل قوه قضائیه، میباشد.

نصاب درسی پوهنخی های شرعیات و حقوق در سراسر کشور بر مهارت های عملی مفید برای قضات، متمرکز نیست. تنها حدود نیمی از همه قضات دارای مدرک لیسانس یا معادل آن میباشند.<sup>491</sup> قضات

<sup>489</sup> International Crisis Group, Reforming Afghanistan's Broken Judiciary 18 (2010).

<sup>490</sup> International Crisis Group, Reforming Afghanistan's Broken Judiciary 18 (2010).

<sup>491</sup> *Id.*

همچنین دسترسی به تمام منابع لازم را ندارند. در ماه فبروری 2009، جناب قاضی القضاة ستره محکمه، عبدالسلام عظیمی اظهار داشت:

افغانستان، در حالی که دارای قانون مدنی و جزایی خود است، که از نظام حقوقی مصر الهام میگیرد، از لحاظ حقوقی یکی از غنی ترین کشورها در منطقه میباشد. کشور ما قانون مدنی، جزا و تجارت خود را تدوین کرد: متأسفانه تفسیر، توضیح و غنی سازی این قوانین به علت جنگ و درگیری بیش از سه دهه گذشته تا کنون صورت نه گرفته است. امروز، ما اصطلاحات حقوقی و دیگر کتابهای متون حقوقی که قوانین ما را به قوه قضائیه توضیح دهند و به حیث مرجع توسط قضات و سخنرانان از آنها استفاده شوند، نیاز داریم. برای این منظور من به ایجاد یک واحد ترجمه برای تفسیر، توضیح، جمع آوری قوانین و متون حقوقی دستور دادم.<sup>492</sup>

سخن رئیس ستره محکمه اشاره به حقیقت مبهم اشاره میکند - اگر قوانین به طور گسترده ای در دسترس نیست، این کار کدام خدمت بزرگ را انجام نمی دهد. علاوه بر این، یکی از سازمان های غیر دولتی گزارش می دهد که هیچ مجموعه ای کامل از قوانین جزایی و مدنی و قوانین دیگر در حال حاضر در افغانستان در دسترس نیست. آنچه که در کتابخانه های وزارت عدلیه، ستره محکمه و پوهنخی حقوق دانشگاه کابل وجود داشتند، نابود شده و هنوز هم قابل دسترس مردم عام نشده است.<sup>493</sup> قضات نیاز دسترسی به نظرات جدید حقوقی و تفسیرها پیرامون قوانین جدید برای استفاده در تصمیمگیری دارند. در غیر آن، آنها باید بر قوانین قدیمی یا تجربه شخصی و قضاوت خود تکیه کنند.

### قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم سال 2004

هدف از وضع قانون اجراءات جزائی مؤقت سال 2004 ساده ساختن قانون بزرگ و پیچیده سال 1965 که 500 ماده دارد، میباشد. قانون اجراءات ساده شده باید منجر به محاکمات عادلانه و کارآمد تر شود. با این حال، حکومت هیچگاه قضات را آموزش لازم نه داده و اطلاعات کافی رهنمودی را در اختیار شان نگذاشته است. بسیاری از قضات اکت استفاده از قوانین جدید میکنند در حالی که در کار خود بر اصول محاکماتی قدیمی تکیه دارند.

این به چه معنی است که در کابل استفاده قانون جدید مورد استعمال است و قوانین قدیمی هنوز هم در ولایت هایی دور مانند هلمند استفاده میشود؟ شاید آسیب تدوین قوانین جدید نسبت به مفیدیت آن بیشتر باشد. یا اینکه شاید حکومت صرفاً از آموزش قضات به اساس روش های جدید، عاجز است.

جامعه بین المللی و سازمان های کمک کننده نقش مهمی در تهیه کمک منابع یعنی آموزش، اسناد، و کمک های فنی به آن ایفا کرده اند، در عین حال بسیاری کار ها هنوز هم باقی مانده است که باید انجام شود.

<sup>492</sup>Press Release, The International Development Law Organization, IDLO Produces Key Legal Resources For Afghan Justice Institutions (Feb. 12, 2009).

<sup>493</sup> Lorenzo Delesgues and Yama Torabi, *Reconstruction National Integrity System Survey*, The National Integrity System 54 (2007).

مناطق دهاتی و مناطق فقیر تا حد زیادی نیاز دسترسی به منابع قانونی به زبان های مادری خود و یا از طریق متخصصان حقوقی واجد شرایط، دارند.

## ب. فساد

موجودیت فساد یک چالش عمده دوم در برابر قوه قضائیه است. با توجه به درجه بندی که در سال 2009 توسط سازمان شفافیت بین المللی، که یک سازمان غیر انتفاعی است، افغانستان دومین کشور فاسد در جهان (179 از 180) بود.<sup>494</sup> فساد دارای اشکال مختلف، از جمله دادن رشوت به خاطر تاثیر گذاری بر نتیجه تصمیم گیری محکمه به نفع خود، پارتی بازی در استخدام و ارتقاء مامورین حکومتی و قضایی، اخذ بیش از اندازه حق الزحمه وکلای مدافع و محکمه و معاف ساختن تعدادی از افراد تحت تعقیب جزایی از مجازات، می باشد. در بدترین حالت خود بی اخلاقی در نظام عدلی شامل تهدید و یا خشونت علیه مقامات رسمی برای وادار کردن و اعمال نفوذ بر اجراء آنها، مانند قتل قاضی عالم حنیف، که جریان محکمه استیناف محکمه مبارزه با مواد مخدر مرکزی در سال 2008 به عهده داشت، میشود. متأسفانه، فساد هنوز هم شایع در سراسر نظام حقوقی و همچنین حکومت به طور کلی رایج است. تا زمانی که برخورد و دسترسی ناهمسان قوه قضائیه خلاف اصل بنیاد عدالت ادامه داشته باشد، درک اثرات منفی فساد ناممکن به نظر میرسد.

شاید زیان مساویانه نسبت به قوه قضائیه، برداشت از فساد باشد. در یک نظرسنجی که سال 2010 انجام شده توسط دیده بان شفافیت افغانستان صورت گرفته است، بیست و دو درصد از افغانها درجه فساد را "بزرگترین مشکل اینکه نیاز به رسیدگی حکومت"<sup>495</sup> دارد، نظر داده اند. حتی زمانی که قوه قضائیه درست و بدون سمت گیری فعالیت دارد، برداشت از فساد ممکن افراد را از آوردن قضایای خود به سیستم رسمی برحذر دارند و یا مشروعیت نتیجه آن را تحت سوال قرار دهند. بدون اعتماد بر سیستم قضایی و توقع متناسب با آن از محاکم رسمی به مثابه روش حل و فصل اختلافات، حکومت و مردم دلیلی برای تخصیص منابع لازم برای بهبود این سیستم، ندارند.

اگر چه شواهد نشان می دهد که مشکل فساد بدتر، نه بهتر، میشود، چندین مکانیزم حکومتی برای رسیدگی به این معضل ارائه شده است. از آنجائیکه این راه حل ها در مرحله ابتدائی اجرا میباشند، باید دیده شود که تاثیر این مکانیزم ها بر مشکل چه خواهد بود. محکمه مبارزه با فساد که دارای یازده قاضی میباشد، تا جولای 2010، 70 قضیه را بررسی کرده که 90٪ از این قضایا با محکومیت به پایان رسیده است.<sup>496</sup> اداره عالی نظارت بر تطبیق استراتژی مبارزه با فساد، که شما در مورد آن در فصل سوم در باره قوه اجرائیه آموختید، موظف به منظور شناسایی و ارجاع دوسیه های فساد به خائونال ها است. منتقدان متوجه شده اند که این اداره به طور کامل تحت کنترل رئیس جمهور قرار دارد و خطر تبدیل شدن آن به یک ابزار سیاسی اجرائی وجود دارد.

## رئیس جمهور کرزی قاچاق چیان مواد مخدر را رها میکند

<sup>494</sup> Liana Sun Wyler & Kenneth Katzman, Congressional Research Service, R41484, Afghanistan: U.S. Rule of Law and Justice Sector Assistance 6 (2010).

<sup>495</sup> Id

<sup>496</sup> Id

در اواخر ماه دسامبر سال 2010، روزنامه نگاران کشف کردند که رئیس جمهور کرزی برخی از زندانیان متهم به قاچاق مواد مخدر، به عوض انتقال آنها را از توقیف گاه بین المللی بگرام به توقیف گاه ملی افغان، رها میسازد. در سال 2007، یک زندانی از زندان آزاد شد، در سال 2008، به تعداد 104 نفر آزاد شدند و در نیمه اول 2009، به تعداد 45 زندانی دیگر آزاد شدند.<sup>497</sup>

ماده 64 قانون اساسی به رئیس جمهور صلاحیت "تخفیف و عفو مجازات مطابق با احکام قانون" می دهد. قانون اساسی دیگر نیز به رئیس جمهور صلاحیت عفو مجازات می دهند، اگر چه صلاحیت عفو به طور سنتی بعد از سپری شدن محاکمه و محکوم شدن متهم اعمال میشود.

آیا این یک نمونه از فساد است؟ این امر چه تأثیری بر برداشت عمومی از عدالت در سیستم قضایی خواهد داشت؟ آیا این باعث تضعیف اعتماد عمومی میشود؟

فساد همچنین بر مقرریها و ابقای قضات تأثیر دارد. رئیس جمهور کرزی تصویب نهایی نامزدان در این عرصه دارد که منجر به ایجاد شبکه حمایت و روابط شخصی میگردد و نقش مهم در تعیین قضاوت دارد. یک سیستم مبتنی بر شایستگی هنوز نیاز به عملی شدن دارد. طوری که یک نظرسنجی نشان داده، انتصاب "قضات - رؤسای محاکم ابتدائیه و ولایتی اغلب نه بر اساس شایستگی آموزش و پرورش قانونی و تخصصی، بلکه بر وابستگی های شخصی، قبیله ای، قومی یا سیاسی با رهبری ولسوالی یا ولایتی، استوار است."<sup>498</sup>

بدون صلح و امنیت، فساد و فقدان منابع به احتمال زیاد ادامه خواهند داشت. به طور مشابه، فساد و غیر مؤثریت سیستم قضایی نا امنی ها را در سراسر افغانستان تغذیه میکند. چالش برای نسل بعدی رهبران مقابله با مشکلات فساد، قاچاق مواد مخدر، خشونت بدون فدا کردن یکپارچگی سیستم قضایی، را تشکیل میدهد.

### ج. بدیل برای محاکم دولتی

سیستم قضایی دولتی با چالش های اضافی به اصطلاح محاکم سایه (شبه) ایجاد شده توسط طالبان، مواجه است. برای چندین سال، طالبان در بسیاری از نقاط افغانستان محاکم ثابت دارند، هر چند از سال 2010 به بعد آنها اغلب به محاکم سیار در پاسخ به افزایش فشار از سوی نیروهای نظامی بین المللی متوسل شده اند.<sup>499</sup> این محاکم دارای ساختار پیچیده و اصول و وروش از خود میباشند که ما اراده بیان جزئیات آنها را نداریم. اما قابل ذکر است، این محاکم توانایی دولت مرکزی در اجرای قوانین در سراسر قلمرو افغانستان به

<sup>497</sup>Ryan Grim, *Karzai Releasing Scores of Drug Traffickers in Afghanistan, Wikileaks Cables Show*, Huffington Post (Dec. 27, 2010).

<sup>498</sup>Lorenzo Delesgues and Yama Torabi, *Reconstruction National Integrity System Survey*, The National Integrity System 54 (2007).

<sup>499</sup> Antonio Guistozi et al., *Shadow Justice*, Integrity Watch Afghanistan, 2012, at 12.

چالش میکشند. در حالی که آنها عاری از مشکلات نیستند، برداشت گسترده از محاکم طالبان چنین است که این محاکم سریع تر، عادلانه تر و کمتر فاسد از محاکم دولتی هستند.<sup>500</sup>

### هفتم. نتیجه گیری

در این فصل ما جزئیات قوه قضائیه را تحت قانون اساسی سال 2004 بیان کردیم. شما مفهوم استقلال قضایی و تفکیک قوا را در سراسر این فصل آموختید، اگر چه قانون اساسی به هر کدام آنها به طور مستقیم نمی پردازد. با مطالعه این مفاهیم، شما برای درک این که یک چگونه یک سیستم عدلی در یک نظام مبتنی بر قانون اساسی بهتر عمل کرده میتواند و اینکه چگونه قوه قضائیه افغانستان هدایت شود، بهتر آماده خواهید شد.

---

<sup>500</sup> *Id.* at 36 – 37.



## فصل هفتم: حقوق اساسی اتباع حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

### اول. مقدمه

سید پرویز کامبخش، روزنامه نگار 24 ساله و محصل دانشگاه بلخ در سال 2007 توقیف شد. او بعد از دریافت مقاله در باره حقوق زنان در اسلام از اینترنت و پخش آن، به توهین به مقدسات متهم گردید.<sup>501</sup> محکمه در مزار شریف کامبخش را محکوم به اعدام کرده بود که در محاکمه استینافی این حکم به 20 سال حبس کاهش یافت.<sup>502</sup> ستره محکمه افغانستان حکم 20 سال حبس را مورد تأیید قرار داد.<sup>503</sup> با این حال، پس از دو سال بازداشت، رئیس جمهور کرزی حکم عفو او را بطور محرمانه امضا و کامبخش از افغانستان بیرون رفت.<sup>504</sup> بسیاری از فعالان حقوق بشر علیه تعقیب عدلی کامبخش اعتراض کردند و استدلال میکردند که این کار نقض حق آزادی بیان است. حامیان تعقیب عدلی کامبخش استدلال میکردند موادی که او توزیع کرده است در باره نقش زن در اسلام خطر ناک و در نتیجه کفر آمیز بود. قانون اساسی افغانستان نه تنها شامل حق آزادی بیان میباشد، بلکه این را نیز تصریح می کند که هر قانون در افغانستان باید با معتقدات و دین مقدس اسلام سازگار باشد.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 3

در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.

#### ماده 34

(1) آزادی بیان از تعرض مصون است .

(2) هر افغان حق دارد فکر خود را به وسیله گفتار، نوشته، تصویر و یا وسایل دیگر، با رعایت احکام مندرج این قانون اساسی اظهار نماید.

(3) هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون، به طبع و نشر مطالب، بدون ارائه قبلی آن به مقامات دولتی، پردازد.

<sup>501</sup> <sup>501</sup>ZainebMineeia, *Afghanistan: Journalist Serving 20 Years for "Blasphemy,"* Inter Press Service (Oct. 21 2008), available at <http://ipsnews.net/news.asp?idnews=44383>; Abdul WaheedWafa& Carlotta Gall, *Death Sentence for Afghan Student*, New York Times, Jan. 24, 2008.

<sup>502</sup> ZainebMineeia, *Afghanistan: Journalist Serving 20 Years for "Blasphemy,"* IPS, Oct. 21, 2008, available at <http://ipsnews.net/news.asp?idnews=44383>; Abdul WaheedWafa& Carlotta Gall, *Death Sentence for Afghan Student*, New York Times, Jan. 24, 2008; Abdul WaheedWafa, *No Death Sentence for Afghan Journalist*, New York Times, Oct. 21, 2008.

<sup>503</sup> Abdul WaheedWafa& Carlotta Gall, *Afghan Court Backs Prison Term for Blasphemy*, New York Times, Mar. 11, 2009.

<sup>504</sup> Kim Sengupta, *Free at Last: Student in Hiding After Karzai Intervention*, The Independent (Sept. 7, 2009), available at <http://www.independent.co.uk/news/world/asia/free-at-last-student-in-hiding-after-karzais-intervention-1782909.html>; *Journalist Jailed for Blasphemy is Released Early in Afghanistan*, Associated Press (Sept. 7, 2009).

(4) احکام مربوط به مطابع، رادیو و تلویزیون، نشر مطبوعات و سایر وسایل ارتباط جمعی توسط قانون تنظیم می گردد.

### سوال های مباحثه

1. اگر شما قاضی می بودید، قضیه کامبخش را چگونه حل و فصل می نمودید؟
2. آیا عفو ریاست جمهوری، یک راه حل خوب در این قضیه بوده؟ چرا و چرا نه؟
3. نقاط خوب و نقاط بد بررسی این نوع قضایا از طریق سیستم محاکمه رسمی در برابر عفو ریاست جمهوری کدام اند؟
4. آیا در این قضیه تضاد بین حق آزادی بیان و اسلام وجود داشت؟
5. در مطابقت با احکام اسلام و تفسیر متفاوت رهبران دینی از این اصول، چگونه میتوان این قضیه را حل و فصل نمود؟

علاوه بر چگونگی ساختار حکومت افغانستان، فصل دوم قانون اساسی افغانستان شماری از حقوق را به اتباع افغانستان و اتباع خارجی تضمین میکند. دو فصل بعدی این حقوق را به بررسی میگیرند.

### الف. تحول حقوق بشر

به اساس قواعد بین المللی حقوق بشر، حقوق بشر باید توسط دولت حمایت شود. این قواعد بر این باور استوار است که این وظیفه حکومت ها است تا حمایت و احترام به حقوق بشر کسانی که تحت اقتدار آنها قرار دارند را تأمین نمایند. حقوق بشر بین المللی به عنوان یک نیرو در سیاست های بین المللی پس از جنگ جهانی دوم آغاز به انکشاف نمود (تقریباً سال 1948).<sup>505</sup> در پاسخ به وحشت اتباع خود در رابطه جنایات بیرحمانه جنگ، حکومت ها مصمم شدند تا برای جلوگیری از وقوع دوباره چنین حوادث یک ساختار را ایجاد نمایند.<sup>506</sup> در حالی که نقض حقوق بشر هنوز هم ادامه دارد، جامعه بین المللی نسبت به نقض حقوق بشر اتباع خود توسط دولت های بسیار حساس است، و برای فشار بر ناقضین غرض تغییر رفتار خود، تلاش بیشتر را به خرچ میدهند.<sup>507</sup> در سال های اخیر، برخی از آنها حتی از مداخله مسلحانه

<sup>505</sup> Hilary Charlesworth & Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law* 201-249 (2000). Andrew Moravcsik, *The Origins of International Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, 54 *International Organization* 217 (2000); Tim Dunne & Nicholas J. Wheeler, *Human Rights in Global Politics* 1-24 (Cambridge Univ. Press 1999).

<sup>506</sup> *Id.* UN, *Philosophical Foundations of Human Rights* (1996); See also Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* (1986); Louis Henkin, *The Age of Rights* (1990).

<sup>507</sup> *Id.* UN, *Philosophical Foundations of Human Rights* (1996); Louis Henkin, *The Age of Rights* (1990).

<sup>507</sup> Charlesworth & Chinkin, at 201; Henry J. Steiner, *International Protection of Human Rights*, in *International Law* (Malcolm D. Evans ed., 2d ed. 2006); Andrew Moravcsik, *The Origins of International Human Rights Regimes*:

مانند اینکه در کوسوا در سال 1998 و در لیبیا در سال 2011 برای جلوگیری از نقض حقوق بشر غیرنظامیان، حمایت نمودند.<sup>508</sup>

### سوال های مباحثه

1. تحولات حقوق بشر بین المللی را در نظر بگیرید. آیا شما فکر نمی کنید که قواعدی حقوق بشر چیزی است که باید به سطح بین المللی گسترش یابد و در خصوص تمام کشورها بکار گرفته شوند؟
2. آیا شما فکر نمی کنید که حقوق بشر بین المللی از حاکمیت دولتی، برتری داشته باشد؟ نظر شما در باره افزایش مداخلات جامعه بین المللی در کشورهای که در آن نقض حقوق بشر رخ می دهد، چیست؟

### ب. مستحق بودن، شخصیت حقوقی، و حقوق اتباع

بر مبنی نورم های بین المللی حقوق بشر، تمام افراد بشر بدون در نظر داشت کشور که در آن زندگی میکند، مستحق حقوق اساسی بشر میباشد. به منظور نیاز یک فرد مبنی بر اینکه، حقوق حقه ای او باید به او اعطا گردد، او باید دارای شخصیت حقوقی باشد، یا حق وی به مثابه یک شخص در مقابل قانون باید به رسمیت شناخته شود.<sup>509</sup>

بر مبنای حقوق بین المللی، بدون در نظر گرفتن مکان که انسان ها زندگی میکنند، همه آنها دارای حقوق معین هستند. این تمایل به حقوق اساسی انسان مانند حق زندگی کردن و حق آزاد بودن از بردگی به طور کلی برای احترام به کرامت انسانی در نظر گرفته میشود. اعلامیه جهانی حقوق بشر این حقوق جهانی بشر را گرامی میدارد.<sup>510</sup> اگر یک کشور موافقت به رعایت اعلامیه جهانی حقوق بشر میکند، پس در این صورت موافقت آن به معنی حمایت از حقوق بشر جهانی همه انسان ها در حوزه حاکمیت دولت خود میباشد. علاوه بر این حقوق بشر جهانی، کشورها ممکن است برخی از حقوق را به اتباع خود در قانون اساسی شان تضمین کنند. حقوق مورد نظر تنها در خصوص اتباع آن کشور اعمال می شود، بدون اینکه برای تمام افراد بشر که در حوزه حاکمیت دولت زندگی می کنند، اعمال شود.<sup>511</sup> قانون اساسی افغانستان حاوی احکام متعدد تضمین حقوق افراد به اتباع افغانستان است.

حقوق سیاسی به عنوان حقوق اتباع تلقی میشود. حقوق سیاسی شامل حق رأی دادن، حق نامزد شدن در

*Democratic Delegation in Postwar Europe*, 54International Organization 217 (2000); Tim Dunne & Nicholas J. Wheeler, *Human Rights in Global Politics* 1-24 (Cambridge Univ. Press 1999); Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Cornell Univ. Press 2002) 9-27.

<sup>508</sup> Henry J. Steiner, *International Protection of Human Rights*, in *International Law* (Malcolm D. Evans ed., 2d ed. 2006); See also Gareth Evans, *The Responsibility to Protect: An Idea Whose Time Has Come...And Gone?*, 22(3) *International Relations*, 283-98 (2008).

<sup>509</sup> MandanaKnustRassekhAfshar, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law*, 2 *Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law: Constitutional Practice & Human Rights* 31 (2007).

<sup>510</sup> Universal Declaration of Human Rights, available at <http://www.un.org/en/documents/udhr/>.

<sup>511</sup> <sup>511</sup> MandanaKnustRassekhAfshar, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law*, 2 *Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law: Constitutional Practice & Human Rights* 31 (2007).

انتخابات و حق مشارکت عمومی میشود.<sup>512</sup> چنین اعمال، که مبین کننده اقتدار مردم است، نزد آن افرادی محفوظ است که بخشی از یک ملت را تشکیل میدهد. طور مثال، غیر منطقی خواهد بود، در صورتیکه اتباع ایتالیا خود را در انتخابات در افغانستان کاندید نماید یا رأی بدهند، چون اتباع ایتالیا بخشی از ملت افغانستان نیستند. شما ممکن تعجب کنید که چگونه ممکن است که کشورها همزمان حقوق معین را فقط به اتباع خود اعطا میکنند و همچنین آنها مکلف به اعطای حقوق به همه انسان ها طبق حقوق بین المللی میباشند. به اساس حقوق بین المللی، کشورها بین اتباع خود و اتباع خارجی به منظور تحقق دو شرط ذیل تفاوت قایل میباشند. اول، کشور باید فرصت را برای افراد دارای ادعاهای معتبر تابعیت برای کسب تابعیت فراهم کند.<sup>513</sup> به عبارت دیگر، دولت ها نمی توانند خودسرانه تابعیت افرادی را که تحت قوانین داخلی دولت واجد شرایط اند، انکار کنند. دوم، همه اتباع باید حق مشارکت در نظام سیاسی بدون تبعیض داشته باشند.<sup>514</sup> در واقع، حقوق بین المللی مشارکت سیاسی را به حیث یک حق متعلق به اتباع تلقی میکند تا یک حق جهانی بشر.<sup>515</sup> همانطوری که شما ضمن مطالعه این فصل متوجه خواهید شد، قانون اساسی افغانستان بخش بزرگ حقوق سیاسی را تنها به اتباع افغان اعطا میکند. در عین زمان، حقوق اساسی در حوزه صلاحیت افغانستان در تطابق با حقوق بین المللی برای خارجیان را نیز تضمین میکند.

### تمرکز مطالعه

قبل از مطالعه این فصل، فصل دوم قانون اساسی تحت عنوان حقوق اساسی و وجایب اتباع را بخوانید. با مطالعه این، در باره این فکر کنید که حقوق متفاوت به کی ها اعطا میگردند. آیا این حقوق به اتباع افغانستان است؟ به خارجی ها است؟ یا به هر دوی آنها؟ سپس فکر کنید که آیا تضمین خاصی از حقوق شرایط حقوقی بین المللی که در بالا بحث شد را بر آورده میسازد؟

### ج. تعهدات و اقدامات دولت

در حالی که افراد مستحق حقوق خاص هستند، دولت ملزم به تضمین این حقوق به افراد است. این بدان معنی است که دولت مکلف به تحقق حقوق اساسی افراد مندرج در قانون اساسی میباشد.<sup>516</sup> مثال، مطابق ماده 36 قانون اساسی افغانستان، اتباع افغانستان حق "اجتماعات و تظاهرات بدون حمل سلاح" دارند. بنابر این دولت افغانستان، مکلف به رعایت این حق میباشد. به عبارت دیگر، طبق قانون اساسی، دولت افغانستان نمی تواند اتباع افغان را از برگزاری چنین تظاهرات غیر مسلحانه جلوگیری نماید. این عملکرد را بنام تأثیر عمودی یاد میکنند، زیرا که رابطه بین دولت و افراد را تنظیم مینماید.<sup>517</sup>

<sup>512</sup> *Id.* at 32.

<sup>513</sup> اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده 15، قابل دسترس به <http://www.un.org/en/documents/udhr/>

(1) "هرکس حق دارد دارای تابعیت باشد؛ (2) احدی را نمی توان خودسرانه از تابعیت خود یا از حق تغییر تابعیت محروم کرد."

<sup>514</sup> کنوانسیون بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ماده 25، قابل دسترس به: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

"هر انسان در اجتماع حق و امکانات خواهد داشت بدون در نظر گرفتن هیچ یک از تبعیضات مذکور در ماده (2) و بدون محدودیت غیر معقول. (الف) در اداره امور عمومی بالمباشره یا بالواسطه نماینده گانی که آزاد انتخاب شوند، شرکت نمایند. (ب) در انتخابات ادواری که روی صحت به آراء عموم مساوی و سری انجام شود و تضمین کننده بیان آزاده اراده انتخاب کننده گان باشد رأی بدهد و انتخاب شود. (ج) با حق تساوی طبق شرایط کلی بتوانند به مشاغل عمومی کشور خود نایل شود."

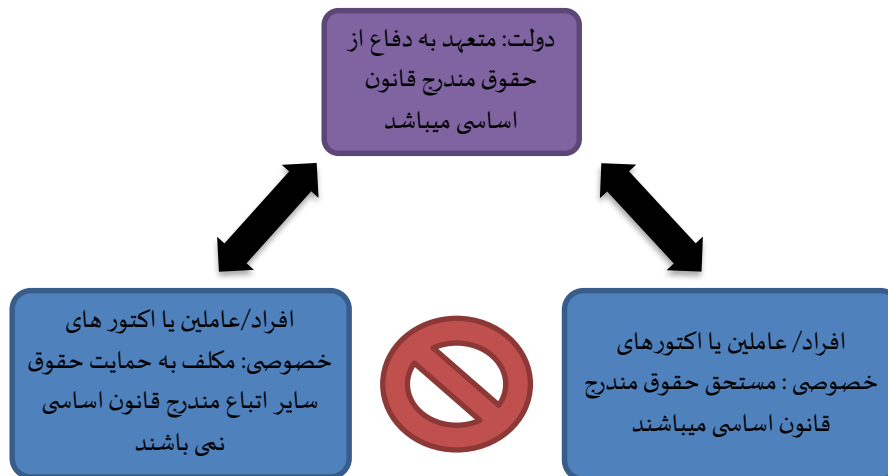
<sup>515</sup> MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2 Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law: Constitutional Practice & Human Rights 32 (2007).

<sup>516</sup> *Id.*

<sup>517</sup> *Id.*

از طرف دیگر، حقوق اساسی اثرات افقی، یا رابطه بین اتباع خصوصی را تنظیم نمی کند.<sup>518</sup> بر اساس مثال قبلی، افراد موظف به حمایت از حقوق افراد دیگر برای برگزاری تظاهرات غیر مسلح نیستند زیرا که این وظیفه حکومت است. اگر هارون و دوستان او اراده سازماندهی تظاهرات را میکردند این کار آنها نقض قانون اساسی نیست - اما اگر حمید برای برهم زدن تظاهرات منحیث یک فرد خصوصی اقدام نماید این کار وی نوعی دیگر از تخلف یا نقض به حساب می آید. با این حال، اگر حمید به نمایندگی از حکومت تظاهرات را اخلاص نماید، این کار از طرف وی نقض احکام قانون اساسی محسوب میگردد. در واقع، تمام اشخاص به نمایندگی از دولت به شمول قوه اجرائیه، قوه مقننه و قوه قضائیه، موظف به حمایت از حقوق مندرج در قانون اساسی میباشند.

شیوه دیگر فکر کردن در مورد تعهد دولت برای حمایت از حقوق به یادداشت این مطلب است که غرض مقابله با نقض قانون اساسی، دولت باید داخل اقدام شود. زیرا تنها دولت موظف به حمایت از حقوق مندرج در قانون اساسی است و نقض قانون اساسی نیاز به دخالت دولت دارد. به همین دلیل حمید نباید با اخلاص تظاهرات صلح آمیز، مرتکب نقض قانون اساسی میشد، اما دولت با اخلاص همان تظاهرات مرتکب تخلف میشود. طوری که شما در ذیل مطالعه خواهید کرد، امکان دارد اقدام دولت در جلوگیری از امری که موظف به آن است، ناکام گردد. برای مثال، اگر دولت به حمید و دوستان وی اجازه جلوگیری از تظاهرات هارون را میدهد، در این صورت اقدام دولت وجود خواهد داشت.



### فرضیه ها: اثرات عمودی و اقدامات دولتی

#### فرضیه 1: دزدی شب هنگام

فرض کنید که روح الله داخل خانه کمال میشود و یک تعداد اموال وی را به سرقت میبرد. طبق ماده 40

<sup>518</sup> *Id.*

قانون اساسی افغانستان که مشعر است: "ملکیت از تعرض مصون است" در این صورت آیا روح الله یکی از حقوق اساسی کمال را نقض کرده است؟

در حالی که در ابتدا پاسخ شما ممکن مثبت باشد چرا که روح الله آشکارا کار خلاف را انجام داده است و از کمال دزدی کرده، خود روح الله نقض قانون اساسی را مرتکب نشده است. به یاد داشته باشید که حقوق اساسی رابطه بین حکومت و افراد، نه بین دو نفر را تنظیم میکند. منحصراً شخص خصوصی، روح الله متعهد به حقوق قانون اساسی نمیشود. این بدان معنی نیست که روح الله کار نادرست را انجام نداده است. آنچه را که او انجام داده است به طور تقریباً دقیقاً قانون جزا افغانستان را نقض کرده و به اساس آن تعقیب عدلی خواهد شد. اما خود روح الله مرتکب نقض قانون اساسی نشده است.

### فرضیه 2: بازرسی ایمیل

فرض کنید که حکومت افغانستان یک شرکت خصوصی به نام شرکت خدمات پست الکترونیک برای انجام خدمات پستی ملی استخدام کرده است. کارکنان آن شرکت خصوصی حین انتقال بسته ها و نامه های خصوصی مردم شروع به باز کردن آنها را میکنند. گاهی اوقات آنها قسمتی از اموال بسته ها را گرفته و برای خود نگه میدارند. در این رابطه ماده 37 قانون اساسی افغانستان تصریح میکند: "آزادی و محرمانگی مراسلات و مخابرات اشخاص چه به صورت مکتوب باشد و چه به وسیله تلیفون، تلگراف و وسایل دیگر، از تعرض مصون است" آیا مورد توصیف شده در بالا، نقض قانون اساسی است؟

هر چند شرکت خدمات پست الکترونیک یک شرکت خصوصی است، این یک امر نقض قانون اساسی به حساب می آید به این دلیل که شرکت خدمات پست الکترونیک از نام حکومت فعالیت را انجام میدهد. حکومت این شرکت را برای به انجام یک وظیفه عامه استخدام کرده و پرداخت پول به شرکت پست الکترونیکی به منظور انجام کار عامه صورت میگیرد. بنابراین، اقدامات دولت در این کار دخالت دارد.

### فرضیه 3:

سیمین در حکومت کار می کند. او تصمیم می گیرد در خانه خانه سامان و باغبان استخدام نماید. او تصمیم می گیرد که برای این کار فقط یک زن را استخدام میکند و به همین دلیل از مرد ها تقاضا میکند تا برای این کار درخواستی نداده و درخواستی های آنها را بررسی نمی کند. او می داند که تعداد از مردان درخواست دهنده در انجام این کار عملاً نسبت به زنان بهتر اند، با آنها او تنها زنان را مورد بررسی قرار میدهد. ماده 50 قانون اساسی افغانستان بیان میدارد: "اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچ گونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمات دولت پذیرفته میشوند" آیا سیمین مرتکب نقض قانون اساسی شده؟

گرچه سیمین برای حکومت کار می کند، اما او قانون اساسی را نقض نکرده زیرا او در وظیفه خویش منحصراً یک شخص خصوصی عمل کرده است. اگر سیمین در هنگام استخدام شخص در دفتر حکومتی به تبعیض جنسیتی متوصل میشد، در این حالت وی ناقض قانون اساسی بود چرا که او در این اقدام از حکومت نمایندگی میکرد. با این حال، در این مثال سیمین به عنوان یک فرد خصوصی، به استخدام شخص برای کار در خانه اش اقدام کرده.

شما ممکن در قضیه فرضی سرقت بالا متوجه شده باشید، اگر چه خود روح الله متعهد به حقوق اساسی نمی باشد، حقوق قانون اساسی کمال نقض شده است. به همین دلیل، برخی از مراجع قضایی به این باور اند که چون در این مسئله اثر مستقیم افقی ای که رابطه بین دو تبعه خصوصی را تنظیم نماید، وجود

ندارد، دولت موظف به حمایت از حقوق اساسی اتباع در برابر نقض آنها توسط بازیگران شخص ثالث می‌باشد. این را به نام اثر افقی غیر مستقیم یاد میکنند.<sup>519</sup>

#### د. حقوق مدنی و سیاسی در برابر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

نظریه پردازان حقوق بشر به طور سنتی بین حقوق منفی، آنچه که دولت نمی تواند انجام دهد دیکته میکند، و حقوق مثبت، آنچه که دولت باید انجام دهد دیکته میکند، فرق قایل شده اند.<sup>520</sup>

حقوق مدنی و سیاسی، افراد را در برابر اعمال خاصی توسط دولت یا حکومت حمایت میکند.<sup>521</sup> به عبارت دیگر، یک فرد حق آزادی بیان دارد و دقیقاً به این خاطر حکومت نمی تواند آزادی بیان افراد را محدود کند. به همین ترتیب، فرد حق حریمیت دارد زیرا حکومت اجازه داخل شدن به مسکن یا تعرض به مکاتبات شخصی او ندارد. حقوق مدنی و سیاسی گاهی اوقات به نام حقوق منفی نیز یاد می شوند زیرا آنها محدودیت های را بر حکومت وضع میکند که به اساس آنها حکومت کارهای معین را انجام داده نمی تواند. حقوق مدنی و سیاسی همچنین به نام های "سنتی" یا "نسل اول" حقوق بشر نیز یاد میشوند. زیرا آنها نوع اول از حقوق هستند که توسط جامعه بین المللی شامل حقوق بین المللی گردید.<sup>522</sup> علاوه بر این، اصطلاح "حقوق مدنی و سیاسی" شامل دو نوع مختلف از حقوق میشود. طوری که دو دانشمند حقوق بشر الکس کونته و ریچارد بورچیل اشاره میکنند، "در حالی که حقوق مدنی مجموعه حقوق هستند که برای دفاع از تمامیت جسمی و روحی افراد، حصول اطمینان از اینکه آنها قربانی تبعیض نمیشوند، و حمایت از داشتن حق دسترسی به محاکمه عادلانه آنها وضع گردیده است، حقوق سیاسی حقوق اند که تصدیق مینماید که افراد قادر به مشارکت کامل در جامعه مدنی هستند. این حقوق شامل حقوق مشارکت دموکراتیک، مانند حق مشارکت در زندگی اجتماعی دولت، آزادی بیان و اجتماعات و آزادی اندیشه، وجدان و دین میشوند."<sup>523</sup>

#### تعریف ها: حقوق مدنی و سیاسی

**حقوق مدنی:** حقوق که سلامت جسمی و روانی مردم، زندگی، و مصونیت آنها را تأمین مینمایند. نمونه هایی از حقوق مدنی:

- حق عدم تبعیض
- حق حریمیت
- حق زندگی
- حق آزادی اندیشه، وجدان، گفتار، بیان، و دین، به این معنا که این حقوق سلامت روانی مردم را محافظت میکند

<sup>519</sup> Alex Conte & Richard Burchill, *Introduction to Defining Civil & Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* 6 (Alex Conte & Richard Burchill, eds. 2009).

<sup>520</sup> Mandana Knust Rassekh Afshar, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2 Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law: Constitutional Practice & Human Rights* 33 (2007).

<sup>521</sup> Alex Conte & Richard Burchill, *Introduction to Defining Civil & Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* 2 (Alex Conte & Richard Burchill, eds. 2009).

<sup>522</sup> *Id.*

<sup>523</sup> *Id. At 3-4*

**حقوق سیاسی:** حقوق هستند که توانایی مشارکت در جامعه مدنی و سیاست را تضمین می نماید. نمونه هایی از حقوق سیاسی:

- آزادی تجمع و تشکل
- حق رأی دادن
- حق دعوای علیه دولت
- حق آزادی اندیشه، وجدان، گفتار، بیان و دین، به این معنا که این حقوق به مردم اجازه می دهند در جامعه مدنی و سیاست مشارکت نمایند.

شما ممکن متوجه شده باشید که برخی از حقوق به حیث هر دو یعنی حقوق مدنی و سیاسی مشخص شده است. مثال، آزادی بیان به حیث یک حق مدنی تعریف شده زیرا حق بیان اندیشه یا افکار برای حفظ سلامت روانی فرد کمک می کند. در عین زمان، آزادی بیان به عنوان یک حق سیاسی یاد شده به این دلیل زمانی که مردم افکار و نظرات خود را در باره سیاست ها و شخصیت های سیاسی بیان میکنند، این حق به آنها اجازه می دهد در جامعه مدنی مشارکت نمایند.

حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در مقابل، حقوق مثبت اعطا شده به مردم هستند.<sup>524</sup> حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی گاهی اوقات به عنوان "نسل دوم" حقوق بشر یاد میشوند چون بعد از حقوق مدنی و سیاسی مورد توجه جامعه بین المللی قرار گرفت.<sup>525</sup> مثال، حق تعلیم و حق وقایه و علاج هر دو حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی میباشد زیرا آنها در جهت مثبت به مردم حقوق تعلیمات یا دسترسی به وقایه و علاج اعطا میکنند. آنها گاهی اوقات به نام حقوق مثبت نامیده می شوند زیرا که آنها به مردم حق برای انجام یک کار از طریق دولت اعطا میکنند. به این دلیل، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اغلب از محتوا آرمانی هستند، به این معنی که این حقوق شامل مواردی میشوند که دولت به دلیل دشوار بودن تحقق آنها تنها می تواند آرزوی آنها داشته باشد. برای مثال، به منظور ایجاد یک سیستم وقایه و علاج صحتی قابل دسترسی برای تمام اتباع، حکومت باید سیستم های آموزشی برای کارمندان طبی عملی سازد، زیرساخت های صحتی را در سراسر کشور ایجاد نماید، و اطمینان حاصل نماید که تجهیزات طبی به طور مداوم به این مراکز صحتی منتقل میشوند. به همین ترتیب، ایجاد یک نظام تعلیمی سراسری پیچیده و گران است. پیاده ساختن و تحقق چنین حقوق حتی برای یک حکومت خوب هم ممکن دشوار باشد.

علاوه بر این، اجرای حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نسبت به حقوق مدنی و سیاسی مشکل تر است. برای مثال، فرض کنید که یک فرد قضیه نقض آزادی بیان در ارتباط با زندانی کردن به خاطر نشر یک داستان، علیه حکومت اقامه میکند. اگر تصمیم قاضی مبنی بر حق بودن مدعی باشد، او همچنان میتواند بر رهای وی توسط حکومت حکم نماید. از سوی دیگر، فرض کنید که یک فرد علیه حکومت ادعا میکند که فرصت های کافی تعلیمات را در ولایت مربوط فراهم نکرده است و در نتیجه حق تعلیم را نقض کرده (حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی). حتی اگر قاضی به طرفداری فرد حکم صادر کند، برای حکومت بسیار مشکل است تا یک نظام مناسب در آن ولایت را ایجاد نماید. چنین یک کار نیاز به اقدامات مانند اعمار مکاتب و آموزش معلمان، و همچنین منابع برای تحقق این اقدامات دارد.

<sup>524</sup> Id.at 2

<sup>525</sup> Id.



در حالی که حقوق مدنی و سیاسی به طور کلی می توان به حقوق منفی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به طور کلی می توان به حقوق مثبت طبقه بندی نمود، تداخل بین این دو دسته از حقوق وجود دارد. برای مثال، حق رأی دادن (حق منفی) نه تنها نیاز به خودداری دولت از محدود کردن دسترسی به رأی دهی دارد، بلکه که دولت باید محلات و اوراق رأی دهی را فراهم سازد. به طور مشابه، حق صحت (حق مثبت) هم به نیاز به ایجاد یک سیستم زیرساخت های صحتی توسط دولت دارد و هم مستلزم خودداری دولت از محدود کردن دسترسی به آن سیستم وقایه و علاج میباشد.

### حقوق مدنی و سیاسی در برابر اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی

#### حقوق مدنی و سیاسی

-- حقوق منفی یا دفاعی

-- آزادی از دولت

--وضع محدودیت ها بر اعمال دولت

-- تحمیل وجبیه عدم دخالت در حقوق اساسی اتباع بر دولت

-- حقوق بشر "سنتی" یا "نسل اول" حقوق بشر

مثال ها : آزادی از بردگی، آزادی بیان، آزادی از تبعیض، آزادی انجمن ها، حقوق محرمیت، حقوق

مالکیت، حقوق انتخاباتی

#### حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

-- حقوق مثبت

-- آزادی در دولت

-- اتخاذ اقدامات مثبت توسط دولت

-- "نسل دوم" حقوق بشر

مثال ها : حق تعلیم، حق وقایه و علاج، حق مسکن، حق کار، حق داشتن معیار مناسب زندگی

### حقوق مدنی و سیاسی در برابر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی:

#### یک مباحثه بین المللی

هنگامی که سازمان ملل متحد اعلامیه غیر الزام آور جهانی حقوق بشر را تصویب کرد (UDHR)، جامعه بین المللی در ابتدا در نظر داشت تا حقوق مندرج اعلامیه جهانی حقوق بشر از لحاظ قانونی بطور الزام آور در آن تسجیل نماید.<sup>526</sup> با این حال، دولت ها در مورد چگونگی اولویت بندی حقوق مدنی و سیاسی در مقابل حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی باید با یکدیگر مخالف کردند.<sup>527</sup> علاوه بر این، هر دسته از حقوق، نیاز به روش های مختلف تحقق دارد. از آنجائیکه حقوق مدنی و سیاسی، وابستگی به اراده دولت دارند، آنها نسبتاً به سرعت عملی شده میتوانند.<sup>528</sup> حقوق اقتصادی، اجتماعی و

<sup>526</sup> Alex Conte & Richard Burchill, *Introduction to Defining Civil & Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* 2 (Alex Conte & Richard Burchill, eds. 2009).

<sup>527</sup> *Id.*

<sup>528</sup> *Id.*

فرهنگی، از سوی دیگر، نیاز به ایجاد برنامه های اجتماعی و اقتصادی جامع از سوی حکومت دارد، بنابراین به شدت به موجودیت و در دسترس به منابع بستگی دارند و بطور عاجل قابل اجرا نمیباشند.<sup>529</sup>

در نتیجه، جامعه بین المللی حقوق برشمرده در اعلامیه جهانی حقوق بشر را در دو دسته از حقوق دسته طبق بندی کرده: (1) حقوق مدنی و سیاسی، و (2) حقوق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.<sup>530</sup> میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR)، و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی)<sup>531</sup>. در مقایسه با حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، پیرامون کاربرد حقوق مدنی و سیاسی اجماع بین المللی نسبتاً بیشتری وجود دارد. مثال، تعداد امضا کنندگان میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نسبت به میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بیشتر است: در حالی که 167 دولت به میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ملحق شده اند، تعداد کشورهای امضاکننده میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی 160 کشور است.<sup>532</sup>

در حالی که حقوق مدنی و سیاسی در جامعه بین المللی کمتر بحث برانگیز است، بسیاری از کشورها به ارزش حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اعتراف میکنند، اما راه های مختلف برای رسیدن به آنها را انتخاب کرده اند. ایالات متحده امریکا که میثاق را امضا اما تصویب نکرده است، با توجه به نظام بازار آزاد خود و تخصیص منابع به آن توضیح می دهد که پذیرفتن حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آنقدر مهم نیستند. طرفداران این موقف ممکن استدلال کنند که تصمیم گیری در مورد تخصیص منابع به بهترین وجه در دست قانونگذاران و قوه اجرائیه باقی می ماند. از سوی دیگر، بسیاری از مخالفان این دیدگاه استدلال می کنند که بدون تعهد معاهده ای شبیه به ICESR، جوامع در تأمین منابع کافی برای همه مردم با شکست مواجه خواهد شد. از این دیدگاه، تصویب ICESR اولین گام ضروری در مبارزه برای تضمین برابری برای همه شمرده میشود.

### سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می کنید که یک تبعه باید قادر به اقامه قضیه به خاطر نقض حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی علیه دولت باشد؟
2. در افغانستان، رسانه ها و ولسی جرگه، بارها مسئله ای تطبیق نابرابر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را در سراسر افغانستان مطرح ساخته است. انتقاد کنندگان شکایت کرده اند که حکومت افغانستان حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نامساویانه اعمال و یا برخورد متفاوت با ولایات دارد. در پاسخ، دولت استدلال کرده است که برای انکشاف همه ولایات منابع لازم در اختیار ندارد.<sup>533</sup> آیا شما فکر می کنید این انتقاد درست است؟ آیا پاسخ دولت مشروع است؟ بهترین راه حل در صورتی که طبق قانون دولت

<sup>529</sup> *Id.* at 2 - 3

<sup>530</sup> *Id.* At 3

<sup>531</sup> *Id.*

<sup>532</sup> جایگاه یا حالت معاهدات: میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی [منبع ICCPR]

جایگاه معاهدات: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en)

میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en).

<sup>533</sup> این معلومات توسط پورفیسور محمد اسحق زاده، اسیستانت پروفیسور دیپارتمنت حقوق و علوم سیاسی دانشگاه امرکایی افغانستان فراهم شده.

مکلف به تحقق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی میباشد، اما در عین حال ظرفیت یا منابع لازم برای انجام این کار در اختیار ندارد، چیست؟

### ه. وظیفه احترام، حمایت و اجرا کردن

اخیراً، دانشمندان حقوق را با اساس وظیفه دولت طبقه بندی کرده اند. به خاطر داشته باشید که طبقه بندی حقوق به عنوان مثبت در مقابل منفی و یا به اساس نوعیت وظایف دولت، صرف روش های مختلف مفهوم سازی حقوق است. بنابراین، مقوله ها ممکن با هم تداخل داشته باشند. از این جمله سه نوع وظیفه به طور گسترده پذیرفته شده است: وظیفه احترام کردن، وظیفه حمایت کردن، و وظیفه اجرا کردن.<sup>534</sup>

وظیفه احترام کردن با مفهوم سنتی از حقوق منفی در یک ردیف قرار دارد. بنابر وظیفه احترام کردن، دولت باید به حقوق اساسی افراد احترام نماید به طوری که آن را از هر نوع اقدام منافی این حقوق فرد، خود داری کند. برای مثال، تحت حق رأی دادن، دولت باید حق با خود داری از مزاحمت دسترسی مردم به محلات رأی گیری احترام بگذارد.

وظیفه حمایت کردن دولت را مؤظف به جلوگیری بازیگران طرف ثالث از نقض حقوق فرد میسازد. برای مثال، طبق حق رأی دادن، دولت باید قوانین را تصویب و مورد اجرای قرار دهد که مردم را از مزاحمت رأی دادن توسط دیگران، جلوگیری نماید. وظیفه حمایت کردن شبیه به مفهوم اثرات غیر مستقیم افقی است که شما در مورد آن در بالا خواندید.

وظیفه اجرا کردن به مفهوم سنتی از حقوق مثبت شباهت دارد. بر اساس وظیفه اجرا کردن، دولت باید سیستم های اقتصادی و اجتماعی را رویکار نماید که به مردم اجازه دسترسی به حقوق شان را می دهد. برای مثال، تحت حق رأی، دولت باید اطمینان حاصل نماید که محلات رأی گیری در سراسر کشور ایجاد شده، ورق رأی چاپ شده، و کارمندان محلات رأی گیری برای پیشبرد امور محلات رأی گیری هستند. جدول زیر نشان می دهد که چگونه بسیاری از حقوق مدنی و سیاسی مختلف حاوی وظیفه احترام کردن، وظیفه حمایت کردن، و وظیفه اجرا کردن میباشد.

نمودار حق			حق
وظیفه اجرا کردن	وظیفه حمایت کردن	وظیفه احترام کردن	
دولت باید ساختار اجتماعی را ایجاد نماید که به زندگی کردن طبیعی به مردم کمک کند. مثال، جلوگیری از خشونت مسلحانه و/یا فراهم ساختن خدمات صحی	دولت باید طرف ثالث را از خاتمه بخشیدن به زندگی دیگران از راه تصویب قوانین ای که آدم کشی را جرم تلقی میکند، جلوگیری نماید	دولت نباید زندگی کسی را بدون روند قانونی بگیرد	حق زندگی کردن

<sup>534</sup> MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2 Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law: Constitutional Practice & Human Rights 35 (2007).

دولت باید ساختار اجتماعی را ایجاد نماید که در برگزاری تظاهرات برای منافع عامه، به مردم کمک نماید	دولت باید طرف ثالث را از ممانعت برگزاری تظاهرات قانونی توسط دیگران جلوگیری نماید. مثال، در تعدادی از کشورها پولیس از تظاهر کنندگان قانونی در برابر خشونت محافظت میکند.	دولت نباید مردم را از برگزاری تظاهرات صلح آمیز جلوگیری نماید	آزادی اجتماعات
--	--	--	----------------

مهم است به یاد داشته باشیم، همانگونه که در بالا در جدول طی مباحثه های بین المللی پیرامون حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در برابر حقوق مدنی و سیاسی توضیح داده شد، تقریباً تمام کشورها اهمیت وظیفه احترام کردن را به رسمیت می‌شناسند. وظیفه حمایت کردن تا حدودی بحث برانگیز تر است، گرچه نهادهای بین المللی از جمله کمیته حقوق بشر (نهاد مستقل نظارت کننده بر اجرای میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) اهمیت وظیفه حمایت کردن و اثرات غیر مستقیم افقی را به رسمیت می‌شناسد.<sup>535</sup> وظیفه اجرا کردن از آن هم بحث برانگیز تر است، تعدادی از کشورها آن را به شدت حمایت اما دیگران بر این باورند که وظیفه اجرا کردن مانند حقوق بشر جهانی یا حقوق اساسی، به درستی طرح نشده.

### سوال مباحثه

آیا شما فکر نمی کنید که دولت ها باید در مطابقت با قانون اساسی از حقوق مثبت حمایت و وظیفه اجرا کردن را انجام دهند؟ در کدام قسمت چارچوب قانونی مسئولیت دولت برای ایجاد ساختارهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی در دفاع از منافع مردم باید جا داشته باشد؟ در قانون اساسی؟ در قوانین موضوعه؟ از طریق ادغام قواعدی بین المللی حقوق بشر در قوانین داخلی؟ چرا؟

### و. قانون اساسی افغانستان و حقوق بشر

فصل دوم قانون اساسی افغانستان تحت عنوان "حقوق و وجایب اساسی اتباع" جزئیات تمام حقوق فردی تضمین شده برای اتباع افغانستان را ارائه میکند. این قانون اساسی شامل احکام بسیار دقیق تر حقوق فردی نسبت به قانون اساسی قبلی افغانستان میشود. با شمولیت این مقررات در قانون اساسی، تدوین کنندگان تعهد به حقوق بشر نشان دادند.<sup>536</sup> در این رابطه، قانون اساسی افغانستان به طور کلی الگوی در توسعه قانون اساسی از خود نشان میدهد. با انکشاف حقوق بشر، همانطوری که در بالا بحث شد، قانون اساسی از پیشبینی احکام خاص و خاصتر آغاز میکند که حقوق فردی را به اتباع تضمین میکند.<sup>537</sup>

قانون اساسی افغانستان شامل دو نوع مقدماتی حقوق مدنی و سیاسی را بیان میکند: (الف) حقوق مدنی که

<sup>535</sup> مراجعه شود به:

UN Human Rights Committee, General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant para. 8, adopted on 29 March 2004 (2187th meeting), CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13.

<sup>536</sup> قانون اساسی افغانستان، فصل دوم.

<sup>537</sup> Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* 9-27 (Cornell Univ. Press 2002); see also A. Mark Weisburd, *Using International Law to Interpret National Constitutions*, 22 ASIL Proceedings (2005).

امنیت شخصی و سلامت را تضمین میکنند، و (ب) حقوق سیاسی و دموکراتیک که به افراد اجازه مشارکت در نظام سیاسی و جامعه مدنی میدهد، و همچنین حقوق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی. حقوق در این سه کتگوری که در قانون اساسی افغانستان تسجیل گردیده، در ذیل بیان شده.

### سوال های مباحثه

1. نظر شما در باره اینکه قانون اساسی حقوق فردی را به تفصیل بیان کرده، چیست؟

2. آیا شما فکر می کنید که این یک راه معنی دار حمایت از حقوق مردم افغانستان است؟ چرا و چرا نه؟ در این زمینه شما چه محدودیت های را شناسایی کرده میتوانید؟

### بررسی نقض ادعا شده حقوق اساسی به حیث یک وکیل مدافع<sup>538</sup>

شما ممکن بخواهید که با استفاده از روند سه مرحله ای ذیل برای تعیین اینکه آیا یک فرد می تواند به خاطر نقض حقوق اساسی خود اقامه دعوا نماید:

1. شناسایی محدوده دفاع از حق ادعا شده. سپس مشخص کنید که آیا این محدوده رفتار، وضعیت، یا موارد ادعاشده را تحت پوشش قرار میدهد، و اینکه آیا فرد مدعی مستحق حق میباشد یا خیر.

2. اگر حق ادعاشده رفتار، وضعیت، موضوع یا موارد ادعاشده و شخص مدعی را تحت پوشش قرار میدهد، حق در موضوع وجود دارد. سپس در مرحله بعدی این موضوع بررسی میشود که آیا حق نقض شده است یا خیر.

3. اگر حق نقض شده باشد، پس معلوم کنید که آیا نقض موجه است یا خیر.

### تمرکز مطالعه: اهمیت ترجمه حقوقی

هنگام تجزیه و تحلیل متن ترجمه شده ای انگلیسی قانون اساسی افغانستان، مهم است همیشه به یاد داشته باشید که ترجمه می تواند مبهم باشد. ترجمه حتی ممکن است توضیح دهد که چرا برخی از احکام در ترجمه انگلیسی صراحت ندارد. ترجمه دقیق و حقوقی صحیح بسیار مهم است. بدون آن، مردم در سراسر جهان ممکن تصورات غلط در مورد آنچه که در قانون اساسی و قوانین موضوعه افغانستان نوشته شده، داشته باشند. هنگامی که شما قانون اساسی و یا قوانین موضوعه افغانستان را به زبان انگلیسی مطالعه

<sup>538</sup> برای روند سه مرحله ای، دیده شود

میکنید، همیشه به عقب برگردید و عین ماده به دری یا پشتو بخوانید. این به شما اجازه خواهد داد تا در باره دقت ترجمه بدانید، یا اینکه احتمالاً ترجمه انگلیسی به معنی یک مفهوم در قانون تغییر داده است.

## دوم. حقوق مدنی: حقوق امنیت و سلامت شخصی

### الف. حق زندگی

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 23

زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است. هیچ شخص بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی‌گردد.

حق زندگی به عنوان اساسی‌ترین حق شناخته شده چرا که بدون آن، دیگر حقوق بشر به معنی هستند. کمیته حقوق بشر این حق را به حیث "حق برتر" توصیف کرده است.<sup>539</sup> حق برخورداری از زندگی موضوع ابطال و فسخ در حقوق بین‌المللی نیست،<sup>540</sup> و قانون اساسی افغانستان حق زندگی مربوط به تعلیق تحت حالت اضطرار نمی‌داند. تحت حق زندگی، دولت موظف به حفاظت زندگی از طریق جلوگیری و مجازات محروم ساختن اختیاری از زندگی، هم توسط مقامات دولتی و هم توسط اشخاص ثالث میباید.

### ب حق آزادی و کرامت انسانی

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 24

(1) آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می‌گردد، حدودی ندارد.

(2) آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است.

(3) دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف می‌باشد.

##### ماده 49

(1) تحمیل کار اجباری ممنوع است.

<sup>539</sup> Alex Conte, *Security of the Person, in Defining Civil & Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* 141 (Alex Conte & Richard Burchill, eds. 2009).

<sup>540</sup> Alex Conte, *Security of the Person, in Defining Civil & Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* 141 (Alex Conte & Richard Burchill, eds. 2009).

(2) سهم گیری فعال در حالت جنگ، آفات و سایر حالاتی که حیات و آسایش عامه را تهدید کند، از وجایب ملی هر افغان می باشد.

(3) تحمیل کار بر اطفال جواز ندارد.

حق آزادی یکی دیگر از حقوق اساسی است که قانون اساسی افغانستان آن را تسجیل کرده، حق آزادی است. معمولاً به مفهوم محدود یعنی حق آزادی از خویشترداری فیزیکی یا زندان تفسیر میشود که به این معنی مطلق نیست. ماده 24 تصریح میدار که حق آزادی به خاطر "آزادی دیگران و مصالح عامه" محدود شده می تواند. قانون باید معلوم کند که "آزادی دیگران" یا "مصالح عمومی" که اقدامات حکومت در نقض از آزادی را توجیه میکند، کدام است.

به نظر شما چه چیز اقدامات حکومت در تخلف از حق آزادی فرد را توجیه میکند؟ قانون جزا اغلب تعیین میکند که چه نوع اعمال نقض حق آزادی را از طریق زندانی ساخت قابل توجیه میباشد. قانون جزا فهرستی از انواع مختلف اعمال جرمی (مانند قتل، دزدی، سرقت، و غیره) که به اندازه کافی تخلفات جدی "آزادی دیگران" یا "مصالح عمومی" شمرده میشود و نقض حق آزادی مرتکبین توسط حکومت را توجیه میکند.

ماده 24 نیز حق کرامت انسانی را یادآوری میکند، که اغلب به مثابه حق مستقل از حق آزادی در نظر گرفته می شود. به نظر شما حق کرامت به چه معنی است؟ چگونه از این حق دفاع یا نقض میشود؟ به یک نگاه، نقض هر گونه حقوق بشر نیز به مفهوم نقض حق کرامت انسانی است. اگر یک فرد زندانی، شکنجه، کشته میشود، حریم خصوصی او مورد تجاوز قرار میگیرد، یا اموال او مصادره میشود، می توان گفت که حق کرامت انسانی وی نقض شده است.

ماده 49 تصریح میدارد که کار اجباری ممنوع است. بند 1 ماده 49 حکم میکند که، کار اجباری به طور کلی ممنوع است. بر مبنای بند 3 ماده 49 که کار اجباری اطفال به طور خاص منع است. توجه داشته باشید که بند 1 ماده 49 حکم نمیکند که احکام آن تنها به کار اجباری بزرگسالان ارتباط دارد. به نظر شما آیا بند 3 ماده 49 به دلیل مفهوم یکسان بودن آن با بند 1 ماده 49، زاید است؟ و برعکس، آیا شما فکر می کنید که بند 3 ماده 49 معنی مستقل از بند 1 ماده 49 دارد؟ آیا دلیلی ادغام هر دو جز یعنی بند 1 ماده 49 و بند 3 ماده 49 باهم وجود دارد یا اینکه این یک نمونه ای است که بر بنیاد پیش نویس نامرتب تهیه شده است؟

بند 2 ماده 49 با بیان اینکه همه اتباع افغان مکلف به "سهم گیری فعال در حالت جنگ، آفات و سایر حالاتی که حیات و آسایش عامه را تهدید کند" محدودیت را بر آزادی از کار اجباری وضع میکند. به نظر شما این چه معنی دارد؟ یکی از تفسیرهای ممکن آن این خواهد باشد که یک پیش نویس قانون را در زمان جنگ توجیه میکند. پیش نویس یک طرح زمانی اتفاق می افتد که حکومت نیاز خدمت اتباع در زمان جنگ در قوای مسلح داشته باشد. به نظر شما دیگر چه چیز میتواند بند 2 ماده 49 را توجیه کند؟

بند 2 ماده 49 در واقع ممکن است به این دلیل که تدوین کنندگان قانون اساسی افغانستان شامل هر دو جز بند 1 ماده 49 و بند 3 ماده 49 را شامل آن ساختند. یکی از تفسیرهای ممکن ماده 49 این است که بند 2 ماده 49 یک استثنا است که تنها بند 1 ماده 49، نه بند 3 ماده 49 را اصلاح می کند به این معنی که تحمیل کار اجباری بر اطفال بطور قطع ممنوع است و اینکه اطفال مکلف به "سهم گیری فعال در حالت جنگ،

آفات و سایر حالاتی که حیات و آسایش عامه را تهدید کند، نیستند. اگر مقصد تدوین کنندگان این بوده باشد، پس مطلب به وضاحت بیان نشده است. چرا که تدوین کنندگان به سادگی می‌توانستند با ایزاد یک جمله به بند 2 ماده 49 تصریح نمایند که اطفال تابع این حکم نمی‌باشند؟ یا اینکه چرا بند 2 ماده 49 بیان نمیدارد که سهمگیری فعال در زمان جنگ، آفات و سایر حالاتی که حیات و آسایش عامه را تهدید میکنند، از جمله وظیفه ملی هرافغان بزرگ سال میباشد؟ معنای واقعی ماده 49 صراحت ندارد. شما چه فکر میکنید، بهترین تفسیر این ماده چیست؟ چرا؟

### ج. آزادی از تبعیض

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 22

(1) هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است.

(2) اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می باشند.

##### ماده 50

(4) اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچ گونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمت دولت پذیرفته می شوند.

تساوی سنگ بنای حقوق مدنی است، و آزادی از تبعیض برای رسیدن به وضعیت برابری کمک می کند. قانون اساسی افغانستان موضوع آزادی از تبعیض (همچنین به عنوان ن آزادی از عدم تبعیض از آن یادآوری شده) در ماده های 22 و 50 بیان میکند. تبعیض زمانی رخ می دهد که با مردم دارای موقف مشابه، برخورد متفاوت صورت میگیرد.

توجه داشته باشید که ماده های 22 و 50 تنها به اعمال در خصوص اتباع افغانستان قابل اعمال است. این بدان معنی است که حکومت افغانستان در میان اتباع افغانستان تبعیض قایل نمی شود، اما ممکن در موجودیت دو شرط ذیل تبعیض علیه اتباع افغان و خارجی ملحوظ میشود: (1) افراد دارای ادعاهای معتبر فرصت کسب تابعیت دارند، و (2) اتباع بدون تبعیض اجازه ای مشارکت در نظام سیاسی داشته باشند. شما خواهید دید که این دو شرط در ماده های 4 و 33 که در باره آن در ذیل بحث شده، برآورده شده. شما همچنین باید توجه داشته باشید که بند 1 ماده 22 هر نوع تبعیض و تمایز میان اتباع را ممنوع کرده، در حالی که بند 2 ماده 22 به طور خاص تبعیض جنسیتی را منع میکند؟ آیا لازم نیست که بند 1 ماده 22 همچنین تبعیض مبتنی بر جنسیت را نیز شامل خود سازد؟ نظر شما در باره اینکه چرا تدوین کنندگان قانون اساسی هر دو بند 1 ماده 22 و بند 2 ماده 22 را تسجیل کرده اند؟

تساوی یا برابری دارای دو جزء است: (1) تساوی در برابر قانون، و (2) تطبیق مساویانه قانون.<sup>541</sup> تساوی در برابر قانون به معنی داشتن شخصیت حقوقی همه افراد یا حق شخص در برابر قانون به

<sup>541</sup> MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2 Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law: Constitutional Practice & Human Rights 55 (2007).



رسمیت شناخته شود. در حالی که قانون اساسی افغانستان شخصیت حقوقی را به صراحت ذکر نمی کند، این مفهوم از ماده 22 استنباط میشود. تطبیق مساویانه قانون به این معنی است که قانون باید بدون تبعیض از لحاظ نژاد، جنسیت، مذهب، زبان، وابستگی سیاسی و غیره به همه مردم بطور مساویانه برخورد نماید. حق تطبیق مساویانه قانون به این معنی نیست که حکومت باید همه افراد و گروه ها را یکسان ببیند. گاهی اوقات برخورد نابرابر قابل توجیه میباشد. مثال، از آنجا نیکه تنها زنان طفل را تولد میکند، بنابر این حکومت بعضی مراقبت های صحتی دوران حاملگی را در این مرحله برای زنان نه به مردان، فراهم میکند. به طور کلی، تنها تفاوت های غیر معقول یا ذهنی ممنوع است.<sup>542</sup>

در یکی از بند های ماده 50 بیان میدارد که حکومت در تصمیم گیری پیرامون خدمت در دولت "به موجب قانون" تبعیض نمی کند. حکم این ماده به حکومت امکان میدهد در تصمیم گیری پیرامون استخدام تبعیض معقول را اعمال نماید. مثال، حین استخدام قضات و وکلای مدافع که با قوانین سر و کار دارند، این امر معقول و منطقی به نظر میرسد که متقاضیان باید باسواد و تعلیمات حقوقی داشته باشند، حتی اگر این شرط در برابر متقاضیانی که بی سواد هستند یا تعلیمات حقوقی نداشته باشند، تبعیض آمیز تلقی هم شود.

منع تبعیض، تبعیض مستقیم و غیرمستقیم هر دو را تحت پوشش قرار می دهد.<sup>543</sup> تبعیض مستقیم زمانی اتفاق می افتد که یک قانون به صراحت بین انواع مختلف از مردم تمایز اعمال میکند. چنین اتفاق زمانی رخ می دهد، برای مثال، که اگر یک قانون حکم کند که اطفال ولایت هرات به مدرسه رفته می توانند، و اطفال ولایت بلخ به مدرسه رفته نمی توانند. تبعیض غیر مستقیم زمانی اتفاق می افتد که یک قانون به صراحت علیه یک گروه تبعیض نمی کند، اما تاثیر قانون بر یک گروه از مردم در برابر گروه دیگر متفاوت میباشد. مثال، اگر یک قانون حکم کند که کارمندان مرد بیش از دو هفته رخصت مربوط به خانواده را گرفته نمی توانند، ممکن است تاثیر آن بر زنان، که اغلب رخصت طولانی تر برای بازیابی صحت بعد از تولد طفل میگیرند، ناهمگون باشد.

#### د. حق تابعیت

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 4

(5) هیچ فردی از افراد ملت از تابعیت افغانستان محروم نمی گردد.

ماده 4 به "تمام افراد ملت" حق تابعیت را میدهد. طوری که در بالا بحث شد، این امر به حکومت اجازه ای اعطای تنها حقوق میدهد که به اتباع افغان مربوط میشوند، نه به بیگانگان. ماده 4، با این حال، "افراد ملت" را تعریف نمی کند. چنین حکم در تعیین این که چه کسی حق کسب تابعیت افغانستان دارد، باعث مشکلات میشود. آیا هر کسی که در قلمرو افغانستان تولد شده باشد؟ هر کسی که دارای والدین افغانستان باشد؟ اگر یک خارجی برای مدت 20 سال در افغانستان زندگی نماید، و خواستار تابعیت افغانستان باشد، موضوع چطور میشود؟ از نظر شما "افراد ملت" باید چگونه تعریف میشد؟ چرا؟

<sup>542</sup> *Id.* at 56.

<sup>543</sup> *Id.* at 57.

حین بررسی مسائل، بهتر است بر قانون تابعیت افغانستان نظر داشته باشیم که در سال 1936 به تصویب رسید:

### قانون تابعیت در افغانستان

16 عقرب 1315 {16 نوامبر 1936} 544

#### فصل اول: تابعیت اصلیه، تابعیت اکتسابی، حقوق تابعیت

- 1- عموم افراد یکه در افغانستان اقامت می کنند، افغان و تبعه افغان هستند باستثنای کسانی که مدارک تابعیت آنها مصرح و مصدق است و حکومت افغانستان بر مدارک تابعیت آنها اعتراضی ندارد.
- 2 – عموم افرادی که از پدر و مادر تبعه افغانی در داخل یا خارج مملکت افغانستان متولد شده اند افغان و تبعه افغان هستند.
- 3 – افرادی که بصورت لقیط در افغانستان متولد شده اند، افغان و تبعه افغان هستند.
- 4 – اشخاصی که در افغانستان از پدر و مادر اجنبی تولد شده اند مشروط بر اینکه یکی از والدین آنها در افغانستان متولد و متوالیاً در افغانستان اقامت نموده باشد، افغان و تبعه افغان هستند.
- 5 – افرادی که در افغانستان از پدر و یا مادر و یا از والدین تبعه خارجه متولد شده و به سن رشد رسیده و بعد از آن تماماً در افغانستان سکونت اختیار کنند، افغان و تبعه افغان هستند.

توجه داشته باشید که تابعیت افغانستان بر تابعیت از طریق اصل و نسب تمرکز دارد. به عبارت دیگر، پدران و مادران افغان تابعیت خود را به فرزندان خود منتقل می کنند. این امر در کشورهای عمدتاً مسلمان رایج است. در مقابل، برخی از کشورهای غربی، از جمله ایالات متحده، تابعیت را به اساس محل تولد تعریف می کنند. مثال، هر کسی که در قلمرو ایالات متحده به دنیا آمده باشد، بدون در نظر گرفتن تابعیت پدر و مادر وی تبعه امریکایی است.

#### ه. حقوق اتباع خارجی

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 57

(1) دولت حقوق و آزادیهای اتباع خارجی را در افغانستان، طبق قانون تضمین میکند.

<sup>544</sup>. قابل دسترسی به

(2) این اشخاص در حدود قواعد حقوقی بین المللی به رعایت قوانین دولت افغانستان مکلف میباشند.

ماده 57 تصریح میکند اگر چه حقوق بسیاری تنها به اتباع افغانستان اعطا شده، حکومت باید یک سطح معینی بهره مند شدن خارجی ها از حقوق در افغانستان را نیز تضمین کند. ماده 57 به حکومت صلاحیت میدهد که قوانین را در باره "حقوق و آزادی های" خارجی به تصویب برساند. اما نقطه مهمتر اینکه به اساس بند 2 ماده 57 قوانین افغانستان پیرامون حقوق خارجی ها محدود به "مقررات حقوق بین الملل" میگردد. این بدان معنی است که افغانستان نمی تواند قوانینی محدود کننده حقوق خارجی را به تصویب رساند که خلاف "مقررات حقوق بین الملل" باشد. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان میدارد که "دولت های طرف این میثاق متعهد میشوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را در باره کلیه افراد مقیم در قلمرو و تابع حاکمیت شان بدون هیچ گونه تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقاید دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت نسب یا سایر وضعیت ها محترم شمرده و تضمین بکنند."<sup>545</sup> این بدان معنی است که، تحت حقوق بین المللی، افغانستان باید حقوق اساسی مدنی اتباع خارجی در افغانستان را احترام بگذارد. این حقوق عبارتند از: حق حیات، حق آزادی، و حمایت از متهمان جنایی. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مشخص می کند که حقوق سیاسی مانند حق رأی و یا نامزد شدن برای یک مقام تنها برای اتباع یک کشور محفوظ میباشند،<sup>546</sup> به طوری که قانون اساسی افغانستان به درستی این حقوق را تنها به اتباع خود اعطا میکند.

سوال مباحثه

اخراج روزنامه نگاران خارجی از مشرانو جرگه<sup>547</sup>

در 23 اکتبر، مشرانو جرگه همه روزنامه نگاران که برای نشرات خارجی کار میکردند از پخش خبر جلسات عمومی را ممنوع اعلام کرد. این ممنوعیت در پاسخ به فیلمبردار ایرانی پوشش بود که خبر جلسه عمومی مشرانو جرگه را پخش میکرد. آقای بشیر صمیم (بدخشان) ادعا کرده بود که: "بمب گذاران انتحاری ممکن است تحت نام روزنامه نگاران وارد جرگه شوند." آیا این تصمیم با مقررات ماده (57) پیرامون اتباع خارجی در افغانستان سازگار میباشند؟ آیا این تصمیم به قوانین بین المللی تحت بند 2 ماده 57 احترام میگذارد؟ احکام یا مقررات قانونی خاصی را برای دفاع از جواب خود جستجو نمائید.

و. آزادی حرکت

قانون اساسی افغانستان

ماده 39

- (1) هر افغان حق دارد به هر نقطه کشور سفر نماید و مسکن اختیار کند، مگر در مناطقی که قانون ممنوع قرار داده است.
- (2) هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون به خارج افغانستان سفر نماید و به آن عودت کند.

<sup>545</sup> ICCPR، ماده 2

<sup>546</sup> برای مثال دیده شود، ICCPR، ماده 25

<sup>547</sup> APAP Legislative Newsletter, Oct. 28, 2011, Vol. 6, No. 13, available at [www.sunyaf.org](http://www.sunyaf.org)

**(3) دولت از حقوق اتباع افغانستان در خارج از کشور حمایت می نماید.**

آزادی مسکن رابطه نزدیک به حق تابعیت دارد. بخشی از تابعیت حق آزادی مسکن در سراسر کشور و زندگی کردن در هر جای که در داخل کشور انتخاب می کند، و همچنین سفر به خارج و باز به کشور را تشکیل میدهد. افغانستان، از سوی دیگر، میتواند آزادی حرکت و ورود خارجی ها را به افغانستان محدود کند. یکی از راه های معمول که کشور ها اغلب در این زمینه در پیش میگیرند، ویزه های ورودی میباشد. بند 1 ماده 39 استثناء سفر و اختیار سکونت در "مناطق که قانون ممنوع قرار داده باشد" برای افغان بیان میکند. شما چه فکر میکنید که این به چه معنی است؟ به نظر شما حکومت در کدام نوع مناطق سکونت و سفر اتباع به آنها، منع مینماید؟ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی به دولت ها اجازه میدهد که تنها به خاطر هدف حفاظت امنیت ملی، نظم عمومی، صحت عامه یا اخلاق عامه و حقوق و آزادیهای دیگران، بر آزادی حرکت اتباع خود محدودیت وضع نماید.<sup>548</sup> استثناء در بند 1 ماده 39 گسترده تر از این است، و به حکومت افغانستان اجازه میدهد حرکت را از طریق قانونگذاری برای هر مدت که خواسته باشد محدود سازد. نظر شما در باره رویکرد میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی برای محدود کردن آزادی حرکت در مقابل رویکرد در قانون اساسی افغانستان چیست؟

**ز. حق حریمیت****قانون اساسی افغانستان****ماده 37**

(1) آزادی و حریمیت مراسلات و مخابرات اشخاص چه به صورت مکتوب باشد و چه به وسیله تلفن، تلگراف و وسایل دیگر، از تعرض مصون است.

(2) دولت حق تفتیش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون.

حقوق حریمیت به افراد حق داشتن حوزه خصوصی را اعطا میکنند که دولت در آن حق مداخله را ندارد. حق حریم خصوصی در حال حاضر در بسیاری از اسناد بین المللی حقوق بشر و قوانین اساسی داخلی تسجیل گردیده است و به عنوان یک بعد مهم آزادی فردی در نظر گرفته میشود. با احترام به حق فردی حریمیت، دولت به آزادی فردی خود احترام میگذارد.

توجه داشته باشید که ماده 37 خلاف اتباع افغانستان، در مورد همه افراد قابل اعمال میباشد. به نظر شما چرا اینطور است؟ آیا حفاظت مکاتبات از بازرسی حکومتی، پیامدهای امنیت ملی دارد؟ توجه داشته باشید که بند 2 ماده 37 شامل یک استثناء بطور مثال "مگر مطابق به احکام قانون" میباشد. این ماده احتمالاً اجازه می دهد ارگان های امنیتی مراسلات و مخابرات شخصی را به خاطر حفظ امنیت ملی بخوانند یا ثبت

<sup>548</sup> Alex Conte, *Democratic and Civil Rights, in Defining Civil & Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* 68 (Alex Conte & Richard Burchill, eds. 2009).

نمایند. با این حال، مقامات حکومتی می توانند از این استثناء بدون مقررات و نظارت مناسب، به راحتی سوء استفاده نمایند.

### ح. حق ملکیت

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 40

- (1) ملکیت از تعرض مصون است.
- (2) هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی شود، مگر در حدود احکام قانون.
- (3) ملکیت هیچ شخص، بدون حکم قانون و فیصله محکمه با صلاحیت صادره نمی شود.
- (4) استملاک ملکیت شخص، تنها به مقصد تامین منافع عامه، در بدل تعویض قبلی و عادلانه، به موجب قانون مجاز می باشد.
- (5) تفتیش و اعلان دارایی شخص، تنها به حکم قانون صورت می گیرد.

##### ماده 41

- (1) اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت اموال عقاری را ندارند.
- (2) اجاره عقار به منظور سرمایه گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می باشد.
- (3) فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و به مؤسسات بین المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون، مجاز می باشد.

حقوق ملکیت و محرمیت باهم مرتبط هستند. هر دو از دولت خواهان احترام به آزادی فردی از طریق احترام گذاشتن به حقوق مردم برای حفظ جنبه های خصوصی زندگی خود میباشند. حق تصاحب ملکیت به حیث یکی از عناصر اساسی سرمایه داری شمرده میشود. جالب توجه است که میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی در زمان تدوین به دلیل اختلافات ایدئولوژیک میان کشورهای حق ملکیت را شامل نمیشود. در آن زمان جهان به دو بلوک متخاصم تقسیم شده بود: دولت های سرمایه داری از ایالات متحده و دولتهای کمونیستی از اتحاد جماهیر شوروی حمایت میکردند. کمونیسم مخالف مالکیت خصوصی بود و به این علت در میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی شامل نشد.<sup>549</sup>

حقوق ملکیت سه نوع مختلف از اموال را تحت پوشش قرار میدهد: (1) اموال غیر منقول یا زمین، (2) اموال شخصی یا دارایی، و (3) ملکیت معنوی، که شامل حقوق اختراعات و آفریده های هنری میشود.

<sup>549</sup> MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2 Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law: Constitutional Practice & Human Rights 80 (2007).

مالکیت ملکیت به معنی استفاده رایگان، بهره مند شدن از، و در اختیار داشتن اموال میباشد. حق تصاحب کردن ملکیت شامل حق محروم کردن دیگران از استفاده از اموال و حق به مصرف رساندن آزادانه ملکیت خود شخص است.

بند (3) و (4) ماده 40 مردم را در برابر برداشت حمایت میکنند، یا زمانی که دولت اموال شخصی کسی را مصادره و آن را به به منظور دیگر استفاده مینماید. بند 3 ماده 40 حکم میکند که حکومت مالکیت خصوصی کسی را بدون حکم قانون و فیصله محکمه با صلاحیت مصادره کرده نمی تواند. بند 4 ماده 40 می افزاید که حکومت فقط در موجودیت دوشرط ذیل مالکیت خصوصی اشخاص را مصادره کرده میتواند: (1) مصادره "به خاطر منافع عامه" باشد، و (2) اگر حکومت صاحب ملکیت را با "جبران قبلی و مناسب" ملکیت مصادره شده پرداخت نماید. اول این بدان معنی است که حکومت ملکیت افراد را تنها به خاطر منافع عامه تصاحب شده میتواند. برای مثال، حکومت میتواند بخشی از زمین یک دهقان را به منظور ساخت راه آهن که به نفع تمام کشور است را بگیرد. با این حال، حکومت نمی تواند زمین یک دهقان برای اینکه در آن برای یکی از مقامات حکومت منزل رهائشی را اعمار نماید، بگیرد. دوم، حکومت باید "جبران قبلی و مناسب" به خاطر ملکیت را که تصاحب میشود، بپردازد. معمولاً "جبران مناسب" ابه رزش منصفانه بازار اندازه گیری می شود. به این معنی که حکومت باید قبل از تصرف ملکیت قیمت آنرا به اساس نرخ روز در مارکیت به دهقان بپردازد. فروش ملکیت موضوع مکرر شکایت های قانونی در سراسر جهان میباشد. برای مثال، قضیه قابل توجه در ایالات متحده، در باره کلو در برابر شهر لندن جدید در جدول ذیل را بخوانید:

#### کلو علیه شهر جدید لندن<sup>550</sup>

شهر جدید لندن می خواست یک قطعه زمین را توسعه دهد و مرکز کاروبار را ایجاد نماید که برای ساکنان شهر کاریابی کند. در این قطعه از زمین، یک خانه متعلق سوسیتو کلو موقعیت دارد که با وجود پیشکش پرداخت قیمت آن، از فروش خانه خود برای توسعه این پروژه انکار کرد. قانون اساسی ایالات متحده بیان میدارد که حکومت مالکیت خصوصی را تصاحب کرده نمی توان مگر اینکه برای "استفاده عامه" باشد، و همچنان حکومت به صاحب آن "جبران مناسب" را پرداخت ننماید. خانم کلو قضیه را به محکمه کشانید و مدعی شد که حق ملکیت وی به این دلیل که باور ندارد شهر از این زمین برای "منفعت عامه" استفاده خواهد کرد، نقض گردیده است. محکمه فیصله کرد که این پروژه توسعه اقتصادی به دلیل "منفعت عامه" مجاز بود و بنابراین شهر حق مالکیت خانم کلو را نقض نکرده است. بالأخره، شهر موافقت کرد که خانه خانم کلو به یک محل جدید انتقال و جبران قابل توجهی را به وی و سایر مالکان خانه ها را بپردازد.

#### فروشات غیر قانونی در افغانستان<sup>551</sup>

اجرای مؤثر حقوق ملکیت نیاز به حاکمیت قانون و دستگاه فعال قضایی دارد. فساد ریشه دار در سطوح

<sup>550</sup> 545 U.S. 469 (2005).

<sup>551</sup> Tom Bowman, *Karzai's Brother Tied to Corrupt Afghan Land Deals*, National Public Radio, Feb. 1, 2010, available at <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=123223248>.

بالای دولت افغانستان و در درون قوه قضائیه، دفاع از حقوق ملکیت در افغانستان را تضعیف ساخته است. در چند سال گذشته، گزارش های فزاینده وجود داشتند که مقامات حکومتی کنترل زمین های دولتی و خصوصی را به منظور به دست آوردن سود از توسعه آن در دست داشتند. در سال 2009، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان بیش از 500 شکایت چنین تشنج مالکیت را دریافت کرده است.

مثال، شکایت وجود داشته است که ساکنان کابل از مالکیت مسکونی خود بیرون رانده شدند و زمین های آنها به متحدین سیاسی حکومت داده شده است. در یک مورد دیگر، شورای ولایتی قندهار زمین متعلق به وزارت دفاع را تصاحب کرده و در آن خانه ها اعمار کرده. در یک مورد دیگر در قندهار، شورای ولایتی کنترل حقوق آب که متعلق به یک قبیله محلی بود، در دست خود گرفته است.

شما فقط همین حالا مطالع کردید که طبق ماده 40 قانون اساسی افغانستان "ملکیت هیچ شخص، بدون حکم قانون و فیصله محکمه با صلاحیت صادره نمی شود." و حکومت "استملاک ملکیت شخص، تنها به مقصد تأمین منافع عامه، در بدل تعویض قبلی و عادلانه" تصرف کرده میتواند. شما چه فکر میکنید که استملاک زمین توسط حکومت در افغانستان این مطالبات مندرج قانون اساسی را برآورده میسازد؟

قانون اساسی مستلزم آن است که حکومت قبل از تصرف ملکیت، حکم محکمه را به دست آورد طوری که بازیگر دیگری مطمئن شود که حکومت تنها مطابق با قانون بر ملکیت کنترل دارد در صورتی موجودیت فساد ریشه دار در هر دو قوه اجرائیه و قوه قضائیه، قوه قضائیه صرفاً در ظاهر اقدامات حکومت را مشروع جلوه میدهد، شاید در بدل دریافت قسمتی از سود.

حکومت کمیسیون را به منظور بررسی این موضوع ایجاد کرده و کمیسیون در باره پرداخت جبران آنهایی که زمین شان ضبط شده، سپارش کرد. اما به اساس گزارش ها، حکومت این سپارشات را عملی نه کرده است.

توجه داشته باشید که ماده های 40 و 41 مالکیت زمین را برای اتباع افغانستان محدود میسازند، به استثنای کشورهای خارجی و سازمان های بین المللی. افراد خارجی ممکن است تنها دارایی غیر منقول را برای هدف سرمایه گذاری ثابت به اجاره گرفته میتوانند. به نظر شما چرا تدوین کنندگان این ماده را در قانون اساسی تسجیل نموده اند؟ بسیاری از اختلافات بین المللی زمانی بوجود می آیند که یک شرکت خارجی در یک کشور سرمایه گذاری میکند، سپس حکومت این کشور تصمیم می گیرد تصمیم به خریدن، یا مصادره یا ملکیت شرکت خارجی را میگیرد. این امر اخیراً در برخی از کشورهای امریکای لاتین اتفاق افتاده است، هنگامی که حکومت تصمیم به ملی کردن صنعت نفت اتخاذ نموده، یا تلاش کرده که کل صنعت را تحت کنترل حکومت در آورد، در حالی که شرکت های نفتی خصوصی صنعت نفت را فعال نگه میداشتند. برای انجام این کار، حکومت همه اموال شرکتهای نفتی را مصادره کرد. چنین شرایطی می تواند به قضاوت های بین المللی علیه حکومت منجر شود، یا اینکه سرمایه گذاران خارجی تصمیم بگیرند که بیشتر از این نمی خواهند در آن کشور سرمایه گذاری کنند. آیا شما فکر میکنید که ماده 41 ممکن است سرمایه گذاران خارجی اموال خود را به معرض مصادره یا سلب مالکیت توسط حکومت قرار میدهند؟ آیا این امر باعث تضعیف سرمایه گذاری خارجی میگردد؟

سوم. حقوق سیاسی و دموکراتیک

## الف. آزادی اندیشه و بیان

## قانون اساسی افغانستان

## ماده 34

(1) آزادی بیان از تعرض مصون است.

(2) هر افغان حق دارد فکر خود را به وسیله گفتار، نوشته، تصویر و یا وسایل دیگر، با رعایت احکام مندرج این قانون اساسی اظهار نماید.

(3) هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون، به طبع و نشر مطالب، بدون ارائه قبلی آن به مقامات دولتی، پردازد.

(4) احکام مربوط به مطابع، رادیو و تلویزیون، نشر مطبوعات و سایر وسایل ارتباط جمعی توسط قانون تنظیم می گردد.

آزادی بیان به طور سنتی ارزش اصلی دموکراسی شمرده میشود. حق فرد بر داشتن اندیشه خود و بیان آزادانه آن از جنبه های مهم احترام حکومت به شأن فردی و خومختاری وی می باشد. آزادی بیان اغلب شامل حمایت از حقوق افراد و مطبوعات برای انتقاد آزادانه از حکومت خود میشود و با ابراز نظر آزادانه در باره چگونگی عملکرد آنها، به مردم اجازه مشارکت در روند سیاسی میدهد.

طوری که شما در بالا در بند 1 ماده 34 و بند 2 ماده 34 مبینید، قانون اساسی افغانستان آزادی و بیان اندیشه فرد را تقریباً کاملاً حمایت میکند. طوری که در بند 2 ماده 34 آمده، اظهار فکر فردی و بیان تنها "با رعایت احکام این قانون اساسی" محدود میباشد. بر خلاف بسیاری از حقوق دیگر، اندیشه و بیان فردی به وسیله قوانین موضوعه که هنوز باید نوشته شود، محدود نمیشود. سایر احکام ممکن قانون اساسی مربوط به آزادی بیان کدام اند؟

در حالی که قانون اساسی از آزادی بیان خصوصی فرد حمایت جدی مینماید، به تنظیم بیشتر بیان در حوزه عمومی اجازه میدهد. دولت ها به طور کلی دارای قدرت بیشتری برای محدود کردن بیان در حوزه عمومی میباشد زیرا که آن دارای آسیب رساندن بالقوه به دیگران است. برخورد بسیاری از کشورها با این موضوع چنین است که به افراد با اجازه میدهند علیه آن عده نشرات شکایت نمایند که در باره آنها معلومات نادرست پخش نمودند و به شهرت آنها صدمه رسانده اند. قانون اساسی افغانستان این کار را با اجازه دادن به حکومت برای تنظیم رسانه ها در بند 4 ماده 34 انجام داده است.

با این حال، دولت افغانستان اجازه ندارد به تصویب هر نوع مقررات پیرامون رسانه ها اقدام نماید. بند 3 ماده 34 محدودیت و سانسور قبل از نشر را ممنوع کرده است. محدودیت قبلی زمانی اتفاق می افتد که حکومت مانع نشر موارد خاص قبل از نشر آنها میشود، و به این ترتیب از پخش و یا بطور کلی از انتشار آنها جلوگیری میکند. حکومت ها این کار را از طریق وادار ساختن ناشر برای کسب اجازه از حکومت



قبل از انتشار مطلب، نیز انجام میدهند. همچنان دولت می تواند یک موضع خاص که برای نشر معلوم و سپس از انتشار آن جلوگیری به عمل آورد. در انگلستان قرن هجدهم، دولت مطبوعات در درجه اول با استفاده از محدودیت های قبلی کنترل میکرد، بنابراین منع محدودیت های قبل از نشر به سنگ بنای مطبوعات آزاد در سنت حقوقی انگلیس و امریکا تبدیل شد.<sup>552</sup> شما در بند 3 ماده 34 خواندید، که قانون اساسی افغانستان محدودیت های قبل از نشر را "با رعایت احکام قانون" تنظیم میکند. به نظر شما این به چه معنی است؟ چه زمانی ممکن است ممنوعیت محدودیت های قبلی موجهی میباشد؟

### سوال های مباحثه: آزادی بیان

1. تصور کنید که رونا، مدیر مسؤل یک روزنامه به نام روزنامه کابل، مقاله را در باره عزیزه به نشر میرساند که شامل بسیاری از جزئیات نادرست است و در جمیعت محل به شهرت عزیزه آسیب میرساند، حتی اینکه باعث از دست دادن شغل وی میگردد. آیا حکومت با غیرقانونی کردن این نشریات مضر و نادرست، مؤظف به دفاع از عزیزه است؟ در این رابطه آیا حکومت اجازه دارد به رونا بگوید که طبق ماده 34 چه چیز را نشر و یا نشر نکند؟ چگونه دولت همزمان می تواند عزیزه را از این آسیب محافظت و اجازه آزادی مطبوعات مطابق با ماده 34 را تأمین نماید؟
2. پس از خواندن این بخش در باره آزادی اندیشه و بیان در قانون اساسی افغانستان، آیا حالا در پاسخ شما در باره قضیه سید پرویز کامبخش که در مقدمه ای این بخش در مورد آن بحث شد، تغییر رونما گردیده است؟ چرا و چرا نه؟

### تبصره در مورد ارتداد و توهین به مقدسات در حقوق اسلامی<sup>553</sup>

طوری که شما در مورد سید پرویز کامبخش دیدید، ارزش لیبرال آزادی بیان گاهی اوقات می تواند در تضاد با اصول فقه اسلامی قرار گیرد. دو اصل عام مورد بحث که با آزادی بیان در اختلاف قرار میگیرد عبارت اند از:

**توهین به مقدسات:** مشابه کفر در حقوق اسلام، تحت سوال قرار دادن یا انکار از بخشی از یک دین.

**ارتداد:** مشابه ارتداد در حقوق اسلام، رها کردن یک دین به طور کامل.

به طور سنتی، نظریه حقوق اسلام در باره ارتداد شدید بوده است.<sup>554</sup> در طول دوره قرون وسطی، بسیاری از حقوقدانان معتقد بودند که مرتد باید محاکمه شود و اگر آنها توبه نه کنند (حرف خود را رسماً پس گرفتن)، باید محکوم به مجازات اعدام گردد. تنها چند حقوقدان مخالف این موضوع بودند. بطور مثال،

<sup>552</sup> William Blackstone, Commentaries 151, 152 (1769).

<sup>553</sup> این تبصره ها توسط اسامه الاعظمی، محصل دوره دکتورا در دین در پوهنتون پرینستون؛ نقیب احمد خیلواک، پژوهشگر همکار حقوق در دانشگاه ستانفورد و نفی چودهری، اسیتانت پروفیسور حقوق و علوم سیاسی در دانشگاه امریکایی افغانستان، فراهم شده.

<sup>554</sup> Abdullah Saeed & Abdullah; Hassan Saeed, *Freedom of Religion, Apostasy and Islam* 38-39 (Ashgate Publishing, 2004).

ابراهیم ال نخاعی،<sup>555</sup> به این باور بود که مرتد باید به عوض اعدام بطور نامحدود زندانی شود، تا جامع از نظریات مضر شان مصون باشد. با این حال، در عمل در سراسر تاریخ اسلام با ارتداد با ملائمت برخورد شده است. برخی از پژوهشگران معاصر به این نظر اند که مرتدین اغلب در جوامع مسلمان یافت می شوند و تا زمانی که فعالیت های آنها خطری برای جامعه تلقی نمی شد، دخالت نمی کنند.<sup>556</sup> این هنوز هم بسیار متفاوت از ارزش آزادی بیان در قانون اساسی افغانستان است. حق آزادی بیان ارزش لیبرال، یا یک ارزش مبتنی به این باور است که آزادی فردی باید به عنوان مبنای قانون و جامعه خدمت کند. این یک مثال از کشش در قلب قانون اساسی افغانستان است، که شامل هر دو یعنی ارزش های لیبرال و اصول حقوق اسلام، بدون توضیح اینکه در صورت حادث شدن اختلاف بین آنها چه اتفاقی می افتد، میشوند.

در سراسر جهان، علمای فقه اسلامی در مورد چگونگی برخورد با کفر و ارتداد دیدگاه های متفاوت دارند. یکی از محققان از جمله رئیس اتحادیه بین المللی علمای مسلمان، یوسف القرضاوی، در اوایل 2000 به طالبان نوشت که مجسمه های بودایی در ولایت بامیان را از بین نبرند. در همان زمان، القرضاوی از سنت اکثریتی قرون وسطی در باره ارتداد دفاع کرد.<sup>557</sup> از سوی دیگر، روشنفکر برجسته مسلمان امروزی، دکتر طارق رمضان، دارای نظر مخالف است و میگوید که سنت اسلامی شاهد چندین مثال است که در آن مرتد به جزای مرگ محکوم نشده است.<sup>558</sup> محققین معاصر مسلمان، به شمول فقه‌چهار مذهب اسلام سنی، طیف وسیعی از ایده های را ارائه میدهد که می توان در حین تعاملات اختلافی میان آزادی بیان و ارتداد در افغانستان از آنها استفاده کرد.

در داخل افغانستان، یک بحث تاریخی در باره کاربرد درست قوانین اسلامی وجود دارد. اکثریت مردم افغانستان پیرو مذهب حنفی، یکی از چهار مکتب فکری اهل سنت هستند. علاوه بر این، قبل شروع جنگ شوروی در افغانستان در سال 1979، عرفان متمرکز به درون، بر کاربرد گسترده در افغانستان داشت.

به گفته پیتر تامسن، "تصوف به طور طبیعی در فرهنگ معتدل قبیای افغانستان جا گرفته بود."<sup>559</sup> در زمان جنگ با اتحاد شوروی "تنش های مذهبی میان مبارزان عرب و مجاهدین افغانستان وجود داشت.... برخی از سعودی ها ضمن خطابه ها از افغانها میخواستند که از طریقت صوفی به مانند پرستش در قبر قدیسین روگردان شوند. در سال 1989، یک محکمه اسلامی در قندهار اعلام کرد که وهابیه کافر هستند"<sup>560</sup> با این حال، در 30 سال گذشته، ایدئولوژی های مانند سلفی گری / وهابیت، دیوبندی گری، و اخوانی گری در افغانستان برجستگی داشتند. روحانیونی که این ایدئولوژی جدید را در این کشور ترویج

<sup>555</sup> ماجور کوفان حقوق دان اوایل قرن 8 تاثیر زیاد بر امام ابو حنیفه مؤسس مذهب حنفی داشت. همینگونه، حقوق دان نامدار قرن 8 سوفیان ا لثوری به این نظر بود که ارتداد الزاماً موجب اعدام نمی شود.

<sup>556</sup> پاتریسیا کرون از انستیتوت برای مطالعات پیشرفته در دانشگاه پرینستون میگوید که ارتداد در سرزمین های اسلامی قرون وسطی از مرگ هراس نداشت، البته نگرانی آنها از سایر پیامدهای اجتماعی مانند فسخ نکاح و تبعید بود.

<sup>557</sup> دیده شود

Gudrun Krämer, *Drawing Boundaries: Yusuf Al-Qaraiwi on Apostasy, in Religious Authorities in Muslim Societies* (Gudrun Krämer & Sabine Schmidtke, eds., 2006).

<sup>558</sup>The Pew Forum on Religion & Public Life, *A Conversation with Tariq Ramadan: Islam, the West and the Challenge of Modernity* (April 27, 2010), <http://www.pewforum.org/Politics-and-elections/A-conversation-With-Tariq-Ramadan.aspx>.

<sup>559</sup>Peter Tomsen, *The Wars of Afghanistan* (2011), at xxi, 60.

<sup>560</sup> Peter Tomsen, *The Wars of Afghanistan* (2011), at 378-79.

میکردند، بر بخش های بسیاری از مردم نفوذ داشتند. بنابراین، بحث های قبلی پیرامون اسلام در افغانستان، پس از سقوط حکومت رئیس جمهور داوود در سال 1978 توسط سوسیالیست های مورد حمایت اتحاد جماهیر شوروی را تحت الشعاع قرار داد، و در نتیجه ایدئولوژی های خط افراطی در کشور تقویت یافتند. ظهور طالبان و تفسیر سختگیرانه از اسلام توسط آنها بطور فزاینده این ایدئولوژی ها را تقویت کرد.

### تنش بین آزادی بیان و توهین به مقدسات

هنگام تجزیه و تحلیل موقعیت که در آن قواعدی قانونی باهم در مخالفت قرار میگیرند، در چنین حالت بسیار مهم است در مورد سنت حقوقی و تاریخ که باعث ایجا آنها گردیدند، فکر شود. در این مورد، هر دو یعنی آزادی نقد از نهاد های مذهبی و حقوق فردی، عوامل کلیدی ایجاد انگیزه در توسعه سیستم های حقوقی و سیاسی اروپای غربی بودند. به این دلیل، از دیدگاه سنت حقوقی لیبرال حمایت حقوق فردی مانند حفظ حریمت بیان، ضمن اجازه نقد از مذهب، مهم پنداشته میشود. از سوی دیگر، سنت حقوق اسلام به طور کلی دفاع از ارزش های مقدس دین با غیرقانونی اعلان کردن ارتداد و توهین به مقدسات یا کفر، را مهمتر تلقی میکند.

در بسیاری از جوامع لیبرال، اشکال خاصی از بیان ممکن است تحت شرایط خاص محدود شوند. برای مثال، در سال 2012 خانواده سلطنتی بریتانیا از مجلات در سراسر جهان که به دنبال انتشار تصاویر نیمه برهنه بانوی دوک کمبریج کیت میدلتون بودند، شکایت کرد زیرا که از نظر خانواده سلطنتی تصاویر حق حریمت وی را نقض کرده بود. این دادخواهی نمونه ای است از اینکه چگونه طبق قواعدی لیبرال غربی، آزادی بیان به خاطر دفاع از افراد بطور مثال در خصوص حریمت شخصی محدود شده میتواند. از آنجا نیکه آزادی نقد از نهاد های مذهبی (در این مورد، کلیسای مسیحی) چنین نقش مهمی را در توسعه تاریخی سنت های حقوقی اروپای غربی بازی میکند، اکثر سیستم های حقوق لیبرال غربی استثنای به آزادی بیان برای توهین به مقدسات را اجازه نمی دهد.

در حدود همان زمان که خانواده سلطنتی بریتانیا در تلاش برای استفاده از سیستم قانونی برای جلوگیری از انتشار تصاویر های فوق الذکر در مجلات بود، تعدادی از گروه های مسلمان علیه نشر فلم به نام بی گناهی از مسلمانان که حضرت محمد (ص) را به شکل بسیار منفی به تصویر کشیده بود، اعتراض میکردند.<sup>561</sup> از آنجا نیکه اکثر سیستم های حقوقی لیبرال در آزادی بیان برای توهین مقدسات استثنا قایل نیستند، بسیاری از دولت های غربی مانند ایالات متحده این فیلم را محکوم کرد اما گفت که هیچ اقدام قانونی خلاف تهیه کنندگان فیلم اتخاذ کرده نمی تواند، با آنکه فلم بسیار توهین آمیز است اما هیچ یکی از قوانین در این کشورها را نقض نمی کند. این برخورد برخی از گروه های مسلمان که توهین به مقدسات در سنت های قانونی آنها به حیث یک جرم جدی شمرده میشود، نا امید ساخت. برخلاف، برخی از کشورهای اسلامی که اصول اسلامی را در سیستم های حقوقی خود گنجانیده اند، یک استثنای را در آزادی بیان برای توهین به مقدسات را ارائه میدهد اما نمی تواند استثنای آزادی بیان به حمایت از حق حریم خصوصی داشته باشد.

<sup>561</sup> توجه نمایید به اساس تخمین 00120 فیصد اکثریت مناطق اسلامی در جهان علیه فلم اعتراض کرد. دیده شود

<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/09/20129168313878423.html>.

## سوال های مباحثه

1. با توجه به این تفاوت ها در چگونگی رویکرد به سنن حقوق اسلام و غرب نسبت به استثناء در آزادی بیان، چگونه باید قوانین افغانستان به انتقادات از اسلام، رسیدگی نماید؟
2. تصور کنید که کسی مقاله در باره اسلام به نشر میرساند که بسیاری افغان ها آنرا تحریک آمیز یا توهین آمیز فکر نمی کنند. با این حال، محکمه در افغانستان تشخیص داده که نشر مطلب کفر آمیز است. چگونه این موضوع بر آزادی بیان تاثیر می گذارد؟ بهترین راه برای مقابله با چنین شرایطی چیست؟

## ب. آزادی انجمن و اجتماعات

## قانون اساسی افغانستان

## ماده 35

(1) اتباع افغانستان حق دارند به منظور تامین مقاصد مادی و یامعنوی، مطابق به احکام قانون، جمعیتها تاسیس نمایند.

(2) اتباع افغانستان حق دارند، مطابق به احکام قانون، احزاب سیاسی تشکیل دهند، مشروط بر اینکه :  
مرامنامه و اساسنامه حزب، مناقض احکام دین مقدس اسلام و نصوص و ارزشهای مندرج این قانون اساسی نباشد،

تشکیلات و منابع مالی حزب علنی باشد،

اهداف و تشکیلات نظامی و شبه نظامی نداشته باشد،

وابسته به حزب سیاسی و یا دیگر منابع خارجی نباشد.

(3) تاسیس و فعالیت حزب بر مبنای قومیت، سمت، زبان، و مذهب فقهی جواز ندارد.

(4) جمعیت و حزبی که مطابق به احکام قانون تشکیل می شود، بدون موجبات قانونی و حکم محکمه با صلاحیت منحل نمی شود.

## ماده 36

اتباع افغانستان حق دارند برای تامین مقاصد جایز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماع و تظاهرات نمایند.

آزادیهای انجمن و تجمع برای عملکرد یک جامعه دموکراتیک ضروری هستند زیرا آنها به مردم اجازه می دهد غرض مشارکت در حکومت و برای شنیدن صدای شان را سازماندهی نمایند. تصور کنید چه اتفاقی خواهد افتاد اگر افراد اجازه سازماندهی غرض مشارکت در روند سیاسی نداشته باشند. یک فرد اثر بسیار زیادی بر انتخاب یک شخص نخواهد داشت. مردم قادر به تشکیل احزاب سیاسی و گروه های ذینفع که آنها را برای حمایت یک امر خاص و یا نامزد خاصی برای یک مقام بسیج نمایند، نخواهند بود. زیرا که یک فرد دارای توانایی های محدود برای نفوذ بر حکومت و جامعه میباشد، به صورت گروه های ذینفع و به حمایت از اهداف مشترک باهم یکجاشدن اجازه می دهد تا اتباع انفرادی دارای یک صدا قابل توجهی و نفوذ بر روند سیاسی داشته باشد.

ماده 35 آزادی اجتماعات را در قانون اساسی افغانستان تسجیل میکند. این آزادی باید "مطابق با احکام قانون" اعمال گردد. در بند 4 ماده 35 آمده است که حکومت اجازه ندارد جمعیت را منحل نماید مگر به دو شرط ذیل: (1) علت قانونی موجود باشد، و (2) حکم محکمه با صلاحیت در زمینه صادر شده باشد. حکم این ماده حکومت را از انحلال خودسرانه یا علل غیر عادلانه اجتماعات جلوگیری میکند. بند 2 ماده 35 و بند 3 ماده 35 چندین محدودیت را بر ایجاد احزاب سیاسی وضع میکند:

(1) آنها نمی توانند مخالف اسلام باشند، (2) آنها نمی تواند قانون اساسی را نقض نمایند، (3) امور مالی آنها باید شفاف باشد، (4) فاقد ماهیت نظامی باشد، (5) با احزاب خارجی وابسته نباشند، و (6) بر اساس قومیت، سمت، زبان، یا فرقه گرایی مذهبی تشکیل نشده تشکیل نشده باشند. به نظر شما چرا تدوین کنندگان این محدودیت های خاص را بر آزادی انجمن ها در قانون اساسی تسجیل کرده اند؟ محدودیت ها (1) و (2) منظور از آنها ممکن حصول اطمینان پیروی از دو منبع عالی قانون در افغانستان: قانون اساسی و اسلام باشد. محدودیت های (3)، (4) و (5) ممکن برای حفظ حاکمیت حکومت افغانستان با تضمین این که احزاب سیاسی قادر به سرنگونی حکومت نباشند، مودر نظر باشند. مقصد محدودیت (6) ممکن برای تأمین وحدت ملی باشد. آیا شما در باره سایر انگیزه های ممکن برای محدودیت آزادی اجتماعات فکر کرده میتوانید؟

ماده (36) قانون اساسی افغانستان آزادی اجتماعات را محافظت می کند. آزادی اجتماعات رابطه نزدیک به آزادی انجمن دارد. در حالی که آزادی انجمن به مردم اجازه می دهد تا خود را از طریق سازمان دهی تظاهرات در محضر عام نشان دهند. مردم با این کار نارضایتی یا حمایت خود را از سیاست های حکومت نشان میدهند و به این ترتیب در نظام سیاسی کشور مشارکت میکنند. ماده 36 سه محدودیت را بر آزادی تجمع میگذارد: (1) تظاهرات باید غیر مسلح باشد، (2) تظاهرات باید مطابق با قانون باشد، و (3) تظاهرات باید "برای تأمین مقاصد جایز و صلح آمیز" باشد. به نظر شما چرا تدوین کنندگان تصمیم به قرار دادن این محدودیت های خاص بر آزادی اجتماعات گرفته است. نظر شما در باره معقولیت و مناسب بودن این محدودیت چیست؟ چرا و چرا نه؟ آیا شما فکر نمی کنید که هر گونه احتمال این وجود دارد که حکومت "مقاصد جایز و صلح آمیز" را برای سرکوب تظاهرات مخالف حکومت، استفاده نماید. چرا و چرا نه؟ آیا می توانید در باره محدودیت های ممکن دیگر بر آزادی اجتماعات فکر کنید؟

### آزادی اجتماعات و انجمن در عمل: بهار عرب

بهار عرب که در سال 2010 آغاز شد آزادی تجمع و انجمن را در مرکز صحنه جهانی قرار داد. رویداد

تکرار شونده در سراسر شرق میانه معترضان بودند که ادعای حق برای برگزاری تظاهرات علیه حکومت های خود داشتند، در حالی که حکومت ادعای وظیفه سرکوب تظاهرات به دلایل امنیتی داشتند. شروع در جنوری 2011، تظاهرکنندگان به میدان تحریر قاهره در اعتراض به حکومت حسنی مبارک، رئیس جمهور وقت سرازیر شدند. در حالی که تظاهرات به شکل مسالمت آمیز آغاز شدند، سپس معترضان در غارت، خشونت، تخریب اموال و درگیری با نیروهای امنیتی دولت درگیر شدند. غارتگران برای مثال، به موزیم مصر در قاهره داخل شدند و مومیایی فرعون و دیگر آثار باستانی را نابود ساختند<sup>562</sup> و تعدادی از روزنامه نگاران زن گزارش تجاوزات جنسی وحشیانه را گزارش دادند.<sup>563</sup> رئیس جمهور مبارک نیروهای امنیتی دولت برای سرکوب تظاهرات را رهنمایی میکرد، و نیروهای امنیتی دستورات وی را با استفاده از نیروی های وحشیانه علیه معترضان عملی میکردند. در اپریل 2011 مأموریت حقیقت یاب دریافت که در طول قیام حداقل 846 نفر کشته و بیش از 6، 400 نفر زخمی گردیدند، که در طی آن نیروهای امنیتی حکومت مهمات زنده به روی جمعیت، کمپنگاه ها واقع در بام های ساختمان ها آتش گشودند و با تانک ها به سوی اعتراض کنندگان یورش بردند.<sup>564</sup>

در جولای 2011، پنج ماه پس از حسنی مبارک، رئیس جمهور سابق، در 11 فبروری باز هم معترضان به میدان تحریر سرا زیر شدند. در این نوبت آنها علیه روند کند اصلاحات تحت رهبری شورای عالی حاکم نیروهای مسلح (SCAF) اعتراض کردند.<sup>565</sup> اعتراض کنندگان دوباره به خشونت، غارت و تخریب اموال رو آوردند. اما SCAF با اعزام نیروهای امنیتی تظاهرات را کنترل کردند. در دفاع از این تصمیم، عضو SCAF تورن جنرال عبدال اماره در یک کنفرانس مطبوعاتی گفت "ما باید چه کاری را انجام دهیم زمانی که معترضان از قانون تخطی میکنند؟ آیا برای اداره کشور ما باید مردم را از خارج دعوت کنیم؟"<sup>566</sup>

در سال 1971 قانون اساسی مصر موارد ذیل را بیان میکند. اما به یاد داشته باشید، که مصر برای چندین دهه تحت شرایط رسمی اضطراری قرار داشت، که باعث به تعلیق آمدن برای برخی از مفاد معین قانون اساسی شده است.

### قانون اساسی 1971 مصر، ماده 54

اتباع حق اجتماع خصوصی مسالمت آمیز و غیر مسلح، بدون نیاز به اطلاع قبلی دارند. در چنین جلسات خصوصی افراد نیروهای امنیتی اجازه اشتراک را ندارند. اجتماعات عامه، حرکت های دسته جمعی و

<sup>562</sup>Looters Destroy Mummies in Egyptian Museum, Reuters, Jan. 29, 2011, available at <http://www.reuters.com/article/2011/01/29/us-egypt-museum-idUSTRE70S1YU20110129>.

<sup>563</sup>. دیده شود برای مثال:

CBS News' Lara Logan Out of Hospital After Sexual Assault in Egypt, ABC News, Feb. 15, 2011, available at <http://abcnews.go.com/US/lara-logan-hospitalized-sexually-attacked-egypt-protesters-celebration/story?id=12925235#.TzvvsqfCR8>.

<sup>564</sup>At least 846 Killed in Egypt's Revolution, Associated Press, Apr. 19, 2011, available at <http://www.egyptindependent.com/node/406169>.

<sup>565</sup> Egypt: Cairo's Tahrir Square Fills with Protestors, BBC News, July 8, 2011, available at <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-14075493>.

<sup>566</sup> Egypt Unrest: Cairo Clashes Reveal Deep Divisions, BBC News, Dec. 19, 2011, available at <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-16258290>.

اجتماعات در حدود قانون مجاز هستند.

در سال 2011 پس از انقلاب، قانون اساسی موقت مصر مبارک را مجبور به ترک از مقام خود ساخت. در این قانون به موارد ذیل اشاره شده است. توجه داشته باشید که تفاوت های جزئی زبانی ممکن نتیجه ترجمه به زبان انگلیسی باشد.

### قانون اساسی موقت مصر 2011، ماده 16

اتباع حق برگزاری اجتماعات خصوصی صلح آمیز بدون حمل سلاح و اطلاع قبلی دارد. نیروهای امنیتی اجازه اشتراک در این جلسات خصوصی ندارند. جلسات عمومی، حرکت های دسته جمعی و اجتماعات در محدوده قانون مجاز هستند.

#### سوال های مباحثه

1. اگر شما در محکمه تظاهر کنندگان معترض که به ضرب و شتم و تخریب اموال متهم اند، قاضی باشید، آیا شما این حکم را صادر میکنید که اقدامات آنها طبق حکم قانون اساسی مصر پیرامون حق اجتماعات صورت گرفته؟ چرا و چرا نه؟

2. اگر شما در یک محکمه افسران امنیتی متهم به خشونت علیه تظاهر کنندگان قاضی باشید، آیا شما حکم توجیه اقدامات آنها را به این دلیل که تظاهرات کاملاً غیر مسلح، صلح آمیز، و یا "در چارچوب قانون" مشخص شده توسط قانون اساسی مصر نبودند، صادر میکنید؟

3. چگونه باید قانون با شرایط مانند انقلاب مصر که در بالا توضیح داده شد و در آن تظاهر کنندگان غیرمسلح و مسالمت آمیز با تظاهر کنندگان خشونت زا و غارتگر یکجا شدند، معامله کند؟ آیا نیروهای امنیتی دولت باید از هرگونه مداخله خودداری کنند تا اعتراض کنندگان حق خود برای اجتماعات اعمال کنند؟ اگر در درون جمعیت تظاهر کنندگان به آزار جنسی زنان و از بین بردن آثار باستانی میگردانند؟ آیا دولت مکلفیت ندارد از زنان مورد نظر و تخریب آثار مصنوعی دفاع نماید؟ اگر دولت دخالت می کند، پس موضوع تأمین حق اجتماع مسالمت آمیز معترضان چگونه است، در حالی که در همین حال ضمن کنترل خشونت و تضمین این که تظاهرات صلح آمیز باقی می ماند و در غیر این صورت "در چارچوب قانون"؟

#### اعتراضات خشونت آمیز در افغانستان

افغانستان هم با مشکلات اعتراضات که طی آنها هر دو هم تظاهر کنندگان و هم پولیس در اعمال خشونت درگیر شدند، مواجه می باشند. مثال، در فبروری 2012، پس از آنکه نیروهای خارجی در پایگاه هوایی بگرام تقریباً نسخه های سوزانده شده ای قرآن یافت شدند، تظاهرات گسترده در سراسر افغانستان اوج گرفتند. معترضان با بمب مسلح بودند، و پولیس در مقابل به آنها آتش گشودند. تعداد زیادی از افغانها و خارجی ها کشته شدند. قوماندان پولیس ولایت پروان، جنرال محمد اکرام بیگزاد، گفت: "قانون اساسی به آنها حق تظاهرات مسالمت آمیز را می دهد، اما آنها به خشونت رو آوردند و در سر راه خود هر چیزی به

شمول ساختمان های حکومتی را از بین میبردند.<sup>567</sup> آیا شما نتیجه گیری که از مطالعه اعتراضات در مصر بدست آوردید، در شرایط افغانستان قابل استفاده است؟

### ج. حق حکومت منتخب و مشارکت سیاسی

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 33

(1) اتباع افغانستان حق انتخاب کردن و انتخاب شدن را دارا می باشند.

(2) شرایط و طرز استفاده از این حق توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده 33 به اتباع افغانستان حق مشارکت در نظام سیاسی از طریق رأی دادن و کاندید شدن برای مقام انتخاباتی اعطا میکند. بنابر اصل عدم تبعیض که در ماده 22 ذکر شده، اتباع باید بدون تبعیض فرصت انتخاب کردن و انتخاب شدن داشته باشند. حق مشارکت سیاسی برای عملکرد یک جامعه دموکراتیک ضروری پنداشته میشود. با این حال، ماده 33، تمام جزئیات استفاده از حق رأی دادن و انتخاب شدن را به قانون مربوطه باقی میگذارد. به نظر شما چرا تدوین کنندگان این کار را کردند؟ آیا شما فکر می کنید که این بهترین راه برای نزدیک شدن به حق مشارکت سیاسی بود؟ چرا و چرا نه؟

### د. آزادی اطلاعات

#### قانون اساسی افغانستان

(3) اتباع افغانستان حق دسترسی به اطلاعات از ادارات دولتی را در حدود احکام قانون دارا می باشند. این حق جز صدمه به حقوق دیگران و امنیت عامه حدودی ندارد.

آزادی اطلاعات در یک جامعه دموکراتیک مهم است، زیرا که به اتباع اجازه می دهد تا در باره چگونگی عملکرد و اینکه حکومت چه کار های را انجام میدهد، بدانند. ماده 50 این حق را اعطاء پیش بینی کرده است. با این حال، توجه داشته باشید که ماده 50 شامل سه محدودیت های جداگانه میباشد. اول، این ماده بر آن است که دسترسی به اطلاعات ”در حدود احکام قانون“ میباشد. این بدان معنی است که حق دسترسی به اطلاعات تابع قانون است که در زمان تهیه پیش نویس قانون اساسی وجود نداشت. دوم، حق دسترسی به اطلاعات در صورتی صدمه به حقوق دیگران، محدود است. سوم، حق دسترسی به اطلاعات در صورتی صدمه به امنیت عامه، محدود است. این ماده ممکن به حکومت فرصت آنرا بدهد که از انتشار اطلاعات حساس که به امنیت ملی آسیب میرساند خودداری نماید. آیا شما فکر می کنید که این محدودیت ها مناسب و معقول هستند؟ چرا و چرا نه؟

<sup>567</sup> Emma Graham Harrison, *Afghanistan Qur'an Burning Protests Leave Seven Dead*, The Guardian (London), Feb. 22, 2012, available at <http://www.guardian.co.uk/world/2012/feb/22/afghanistan-quran-burning-protesters-dead>.



## چهارم. حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

### عملی کردن حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی: تحقق تدریجی

ماده 2 (1) میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (ICESCR) مشعر است که کشور امضا کننده "متعهد میگردد به سعی و اهتمام خود ... با استفا ده از حداکثر منابع موجود به منظور تأمین تدریجی اعمال کامل حقوق شناخته شده در این میثاق به کلیه وسایل مقتضی به خصوص با اقدامات قانون گذاری اقدام نماید." به طور موثری، این زبان تعهدات مختلف قانونی را برای کشورهای مختلف ایجاد میکند، که به اساس توانایی مالی و اقتصادی هر کشور برای انجام حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تعیین می شود. این بدان معنی نیست که کشورهای در حال توسعه هیچ مکلفیت برای تحقق تدریجی این تعهدات را ندارند. کشورهای در حال توسعه دست نمی توانند اقدامات واپس گرا برای محدود کردن حقوق تحقق یافته را اتخاذ نمایند، و با توسعه این حقوق آنها موظفند برای تحقق حقوق بیشتر بودجه را اختصاص دهند.

### الف. حق تعلیم

#### حق عمومی تعلیم

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 43

(1) تعلیم حق تمام اتباع افغانستان است که تا درجه لیسانس در مؤسسات تعلیمی دولتی به صورت رایگان از طرف دولت تأمین می شود.

(2) دولت مکلف است به منظور تعمیم متوازن معارف در تمام افغانستان، تأمین تعلیمات متوسطه اجباری، پروگرام موثر طرح و تطبیق نمایدو زمینه تدریس زبانهای مادری را در مناطقی که به آنها تکلم می کنند، فراهم کند.

#### ماده 44

دولت مکلف است به منظور ایجاد توازن و انکشاف تعلیم برای زنان، بهبود تعلیم کوچیان و امحای بی سواد در کشور، پروگرامهای مؤثر طرح و تطبیق نماید.

#### ماده 45

دولت نصاب واحد تعلیمی را، بر مبنای احکام دین مقدس اسلام و فرهنگ ملی و مطابق با اصول علمی، طرح و تطبیق می کند و نصاب مضامین دینی مکاتب را، بر مبنای مذاهب اسلامی موجود در افغانستان، تدوین می نماید.

ماده 43 قانون اساسی برای هر تبعه افغانستان تعلیمات رایگان را تا درجه لیسانس تضمین میکند. با فراهم ساختن حق تعلیم برای اتباع افغانستان، حکومت باور خود را برای اهمیت تعلیمات نشان میدهد. این دیدگاه که تعلیم حق است نه یک امتیاز مزایای زیادی دارد. ارتقای یک جمعیت تحصیل کرده، مردم را قادر می سازد در طیف گسترده ای کار اجرای وظیفه و از رشد اقتصادی حمایت نمایند. افزایش تعداد محصلین تعلیمات کالج منجر به افزایش در تعداد افراد در زمینه های بسیار تخصصی میگردد که برای توسعه اقتصادی مفید است. تسریع تعلیم و افزایش سواد هم یک راه برای مبارزه با فقر و بالا بردن کیفیت زندگی مردم افغانستان است. اما تعدادی از مشکلات واقعی وجود دارند که از استفاده حق تعلیم توسط مردم جلوگیری میکند. در بسیاری از مناطق روستایی در افغانستان تعداد محدودی از مکاتب و معلمین برای تدریس شاگردان وجود دارند. ادامه خشونت در برخی از مناطق همچنین باعث ایجاد مشکلات قابل توجهی در زمینه رفتن منظم به مکاتب شاگردان میشوند. علاوه بر این، حکومت افغانستان با منابع محدود در مبارزه است. اما تأمین اینکه تمام اطفال به مدارس با معلمان خوب و آموزش دیده و منابع کافی دسترسی داشته باشند، در کوتاه مدت ممکن نیست.<sup>568</sup> با این حال، موفقیت ها در افزایش تعداد اطفال ای که به مکاتب میروند، در افغانستان وجود دارد. زماندر حکومت طالبان در سال 2002، تعداد اطفال ثبت شده در مکاتب کمتر از یک میلیون بود. در سال 2009، بیش از شش میلیون طفل در نظام تعلیمات رسمی ثبت نام کرده بودند.<sup>569</sup> قابل ذکر است که بیشترین افزایش در ثبت نام در مکاتب ابتدایی بود و تعداد اطفالی که از طریق دوره متوسطه ادامه داد، به طور قابل توجهی کاهش یافته است.<sup>570</sup>

### مطالعه موردی: آفریقای جنوبی

آفریقای جنوبی نیز حق تعلیم را در قانون اساسی تسجیل نموده است. جمله بندی قانون اساسی آفریقای جنوبی، تا حدودی متفاوت از قانون اساسی افغانستان بوده که در آن آمده است: «هر کس حق الف) تعلیمات اساسی دارد ... و ب) ادامه تعلیمات دارد که دولت باید از طریق اقدامات مناسب بطور تدریجی قابل دسترس و فراهم سازد.»<sup>571</sup> طبق منابع وزارت معارف آفریقای جنوبی، تعلیمات اساسی تا صنف نهم اجباری است. ادامه تعلیمات بعد از صنف دهم و بالاتر تعریف شده و اجباری نیست.<sup>572</sup>

آفریقای جنوبی مانند افغانستان، در توانایی خود برای فراهم ساختن فرصت ها برای همه اتباع خود با محدودیت منابع مواجه است. نتیجه آن این است که در بسیاری از محلات به ویژه در جمعیت های فقیر و روستایی، مکاتب نیمه معیاری فعالیت دارند.<sup>573</sup> از آنجا نیکه اکثر کسانی که در این محلات فقیر زندگی می کنند، آفریقای های سیاه پوست اند، عدم دسترسی به تعلیمات مناسب با تنش های طولانی نژادی در این کشور بستگی دارد.<sup>574</sup> با این حال، قانون اساسی آفریقای جنوبی مشخص نمی کند که تعلیمات فراهم شده باید با معیار کیفیت معینی مطابقت داشته باشد. این امر باعث افزایش بحث ها گردیده که آیا تعلیمات با کیفیت پایین نقض حق تعلیم مندرج قانون اساسی است یا خیر.<sup>575</sup> محکمه قانون اساسی آفریقای جنوبی هیچ

<sup>568</sup> Human Rights Watch, available at [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan1209web\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan1209web_0.pdf).

<sup>569</sup> *Id.*

<sup>570</sup> *Id.*

<sup>571</sup> South African Constitution, Chapter 2, § 29(1).

<sup>572</sup> Eric Berger, *The Right to Education Under the South African Constitution*, 103 Columbia L. Rev. 3 614 (2003).

<sup>573</sup> *Id.*

<sup>574</sup> *Id.*

<sup>575</sup> *Id.*

موردی را در این باره استماع نکرده است،<sup>576</sup> اما از صدور حکم مبنی بر بنیاد حق وقایه و معالجه صحی که حکومت را مؤظف به تخیص دادن مقدار منابع شخصی را به شفاخانه های ملی میسازد خودداری کرده و اضافه نموده که در رابطه با مورد با حق تعلیم آنها حکومت را به نقض قانون اساسی به دلیل کمبود منابع مقصر نمی دانند.

### سوال های مباحثه

1. شما در باره مورد افریقای جنوبی چه فکر می کنید؟ به نظر شما آیا مکاتب با کیفیت پایین، نقض حق تعلیم است؟
2. در کاربرد این وضعیت در افغانستان، اگر حکومت در تهیه مکاتب با کیفیت بالا و کافی را به دلیل فقدان منابع یا موجودیت خصومت های فعال در برخی از مناطق، موفق نگردد، آیا این نقض حق تعلیم مندرج قانون اساسی است؟

### مثال: میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

#### ماده 13

کشورهای طرف این میثاق حق هر کسی را به تعلیم به رسمیت می شناسند، کشورهای مزبور موافقت دارند که هدف تعلیم باید رشد ککامل شخصیت انسان و احساس حیثیت آن و تقویت احترام حقوق بشر و آزادی های اساسی باشد. علاوه بر این، کشورهای طرف این میثاق موافقت دارند که تعلیم باید کلیه افراد را برای ایفای نقش سودمند و تساهل و دوستی بین کلیه ملل و کلیه گروه های نژادی، قومی، یا مذهبی را فراهم آورد و توسعه فعالیت های سازمان ملل متحد را به منظور حفظ صلح تشویق نماید.<sup>577</sup>

### مباحثه

این متن گزیده ماده 13 از میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر دلایل تضمین حق تعلیم تأکید میکند. نیروی سوق دهنده در عقب این ماده، این نظر است که تعلیم احترام را به حقوق بشر و کرامت انسانی و آوردن صلح به جوامع جنگ زده افزایش می دهد.

1. آیا شما فکر می کنید که ارتقای تعلیم به درک و احترام بیشتر به حقوق بشر منجر میشود؟
2. آیا شما فکر می کنید که اگر بیشتر مردم تعلیم یافته باشند، صلح پایدار در افغانستان آسان تر خواهد بود؟ آیا شما فکر می کنید که هیچ رابطه بین این نظریات وجود ندارد؟

### سوال های مباحثه

1. به نظر شما آیا تعلیم چنان یک حقی است که باید توسط قانون اساسی حمایت شود؟

<sup>576</sup>Id.

<sup>577</sup> ماده 13 CESCR.

2. نظر شما در مورد تعلیم اجباری برای اطفال چیست؟ آیا شما فکر می‌کنید که حکومت باید خواستار آن باشد تا همه اطفال به مکاتب بروند؟

3. آیا شما فکر می‌کنید که حکومت حق تعلیم را به طور مؤثر عملی و حمایت می‌کند یا از نظر شما در این زمینه به تغییرات م نیاز است؟

### تعلیم برای همه

ماده 44 قانون اساسی می‌گوید که دولت مکلف "به ایجاد توازن و انکشاف تعلیم برای زنان" و همچنین بهبود تعلیم کوچی‌ها و کار برای از بین بردن بی‌سوادی در کشور است. این ماده نشان دهنده قصد بهبود سطح تعلیم برای بسیاری بخش‌های جمعیت منجمله گروه‌های با دسترسی محدود تر سنتی به تعلیم مانند زنان، میباشد. قانون اساسی تعریف نمی‌کند که "تعلیم متوازن برای زنان" به چه معنی است، و آن را می‌توان به شیوه‌های مختلف از برابری تعلیم با پسران تا برنامه‌های تعلیمی ویژه‌ای برای دختران غرض آماده شدن آنها برای ایفای نقش خود، تعریف نمود. با این حال، در سال 2009 وزارت معارف هدف را تعیین کرده که بر اساس آن 60 درصد از دختران در مکاتب ثبت نام خواهد شد (در مقایسه به یک هدف هفتاد و پنج درصد برای پسران)<sup>578</sup>.

در سال 2009، دختران تا 37 درصد از اطفال در مکاتب ابتدائی و 27 درصد از ثبت نام شدگان در مکاتب تعلیمات متوسط ثبت نام کردند.<sup>579</sup> تعدادی از عوامل مختلف از جمله مخالفت به تعلیم زنان، کمبود معلمان زن برای متعلمین دختر و افزایش نگرانی‌های امنیتی باعث میشود که فیصدی دخترانی واجد شرایط مکتب کاهش یابد.<sup>580</sup>

### **مثال: تعلیم دختران افغان**

در سال‌های اخیر، در بعضی از مناطق نیروهای طالبان تعداد فزاینده‌ای از حملات را به مکاتب دختران انجام میدهند.<sup>581</sup>

این امر منجر به تعطیلی برخی از مکاتب، کمبود معلمین که مایل به تدریس متعلمین دختر میباشند و یک وضعیت که در آن برای دختران رفتن به مکتب و کسب تعلیم اگر ناممکن نباشد بسیار دشوار است، میشود. نتیجه این است که برخی از دختران قادر نیستند از حق تعلیم که قانونی اساسی به آنها داده، مستفید گردند.

### **سوال‌های مباحثه**

<sup>578</sup> Human Rights Watch, available at [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan1209web\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan1209web_0.pdf).

<sup>579</sup> *Id*

<sup>580</sup> *Id*

<sup>581</sup> Human Rights Watch, available at [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan1209web\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan1209web_0.pdf).

1. آیا شما فکر می کنید که پس مانی در حفاظت از مکاتب و تأمین شرایط رفتن همه دختران به مکاتب نقض حق تعلیم مندرج قانون اساسی دختران است؟

2. به نظر شما تحت قانون اساسی دولت تا چه اندازه مکفیت دفاع از حق تعلیم دارد؟

## تحصیلات عالی

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 46

- (1) تأسیس و اداره مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی و اختصاصی وظیفه دولت است.
- (2) اتباع افغانستان می توانند به اجازه دولت به تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی، اختصاصی و سوادآموزی اقدام نمایند.
- (3) دولت می تواند تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی و اختصاصی را به اشخاص خارجی نیز مطابق به احکام قانون اجازه دهد.
- (4) شرایط شمول در مؤسسات تعلیمات عالی دولتی و سایر امور مربوط به آن، توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده 46 مستلزم آن است که حکومت دانشگاه ها و دیگر مؤسسات تعلیمات عالی دولتی را ایجاد و اداره میکند. این یک چارچوبی برای شبکه ای از دانشگاه های دولتی و مکاتب غرض فراهم کردن تعلیمات رایگان به مردم افغانستان ایجاد میکند.<sup>582</sup> وزارت تحصیلات عالی دانشگاه های ملی را در سراسر افغانستان نظارت و اداره میکند. با این حال، دانشگاه های خصوصی مانند دانشگاه امریکایی افغانستان نیز با کسب اجازه از دولت (از دفتر مربوطه در وزارت تحصیلات عالی) ایجاد می شوند.

قانون اساسی مشعر است که حکومت کنترل خود را بر تأسیس و اداره مؤسسات تعلیمات عالی حفظ میکند. ماده 46 می گوید: "شرایط شمول در مؤسسات تعلیمات عالی دولتی و سایر امور مربوط به آن، توسط قانون تنظیم می گردد."<sup>583</sup> وزارت تعلیمات عالی در حال توسعه یک سیستم صدور جواز با هدف ترویج استانداردهای بالاتری از تعلیمات برای محصلین میباشد.<sup>584</sup> با این حال، این طرح هنوز نهایی نشده و باید عملی شود.

سیستم تعلیمات عالی در افغانستان در طول بیش از 30 سال جنگ و اشغال بطور قابل ملاحظه آسیب دیده

<sup>582</sup>.. قانون اساسی افغانستان، ماده 46.

<sup>583</sup> *Id.*

<sup>584</sup>.. پلان استراتژیک وزارت تحصیلات عالی، قابل دسترس به

<http://www.mohe.gov.af/?lang=en&p=plan>.

است. زیرساخت های نابود شده و بسیاری از استادان از خشونت به دنبال موقعیت امن در خارج، کشور را ترک کردند.<sup>585</sup> در سال 2001، ثبت نام در تعلیمات عالی به کمتر از 8000 نفر کاهش یافت.<sup>586</sup> در سال 2009، این تعداد به بیش از 62000 رسید که 21 درصد آنها دختران بودند.<sup>587</sup> در نتیجه، وزارت تحصیلات عالی تلاش برآورده ساختن تقاضا و ارائه تعلیمات عالی طبق قانون اساسی تا سطح لیسانس میباید. در سال 2009، 22 دانشگاه دولتی در افغانستان در مجموع تنها 35 میلیون دالر امریکایی بودجه داشتند، و حکومت را مجبور میساخت تا راههای دیگری برای افزایش بودجه را جستجو نماید.<sup>588</sup>

### سوال های مباحثه

1. شما در باره مقررات ایکه به اساس آن هر کسی که می خواهد مؤسسه تحصیلات عالی خصوصی را ایجاد نماید، باید از حکومت اجازه بگیرد، چه فکر میکنید؟
2. آیا شما فکر می کنید که این یک راه خوب برای جلوگیری از ایجاد مکاتب با کیفیت پایین میباشد یا اینکه اشکال دیگر تعلیم را محدود میسازد؟

### ب. حقوق فرهنگی

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 47

- (1) دولت برای پیشرفت علم، فرهنگ، ادب و هنر پروگرامهای موثر طرح می نماید.
- (2) دولت حقوق مؤلف، مخترع و کاشف را تضمین می نماید و تحقیقات علمی را در تمام عرصه ها تشویق و حمایت می کند و استفاده موثر از نتایج آن را، مطابق به احکام قانون، تعمیم می بخشد.

ماده 47 مظهر هدف حکومت را برای بهبود فرهنگ، هنر و نوآوری و همچنین تعهد خود به توسعه نهاد حقوق مالکیت معنوی برای دفاع از حقوق مؤلف، مخترع و هنرمندان بیان میکند. یکی دیگر از تأثیرات ماده 47 حفاظت از آثار هنری و گنجینه های فرهنگی در افغانستان، که بسیاری از آنها در طول چند دهه ناآرامی و درگیری لادراک شده، به سرقت رفته و یا آسیب دیده، میباشد.<sup>589</sup> به مثابه بخشی از استراتژی انکشاف ملی افغانستان (ANDS)، حکومت توافق کرده تا با اداره برنامه توسعه سازمان ملل متحد (UNDP) برای توسعه و تهیه یک فهرست جامع از آثار موجود تاریخی و آثار دیگر هنری یکجا کار کند.<sup>590</sup> حکومت همچنین متعهد به حفظ موزیم کابل و ایجاد موزیم های منطقوی و موضوعی در سراسر

<sup>585</sup> همانجا.

<sup>586</sup> همانجا.

<sup>587</sup> همانجا.

<sup>588</sup> همانجا.

<sup>589</sup> استراتژی انکشاف ملی افغانستان، قابل دسترس به

[http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS\\_Full\\_Eng.pdf](http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS_Full_Eng.pdf), (2008).

<sup>589</sup> Id.

<sup>590</sup> Id.

افغانستان میباید تا از رسیدگی هر چه بیشتر مردم به این آثار هنری اطمینان حاصل شود. یکی دیگر از اهداف دراز مدت ایجاد و حفظ سایت های تاریخی در سراسر کشور میباشد.<sup>591</sup>

حمایت از مالکیت معنوی با توجه به گسترش سریع رسانه ها در افغانستان در سال های اخیر دارای اهمیت ویژه است. در حال حاضر بیش از 130 ایستگاه رادیو و تلویزیون مستقل و همچنین تعدادی زیاد از روزنامه های مستقل در سراسر کشور، وجود دارند.<sup>592</sup> پیشرفت اسناد تقنینی در باره رسانه ها و مالکیت معنوی بطور آهسته توسعه میابد که دلیل آن قسماً کمبود منابع و سرمایه انسانی و هم چنین نگرانی های امنیتی در حال حاضر میباشد.<sup>593</sup> افغانستان در سال 2006 قانون رسانه های جمعی را برای تنظیم رسانه های هر دو یعنی افغان ها و توسط اتباع خارجی در داخل افغانستان تدوین کرد. این قانون همچنین شامل مقررات راجع به ثبت کتاب ها و جزوات با وزارت اطلاعات و فرهنگ برای حفاظت از حقوق مؤلف میباشد، اما سند مهم تر تقنینی کپی رایت یا حق چاپ هنوز هم وجود ندارد.<sup>594</sup>

### سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می کنید که رشد فرهنگ فر هنگ وظیفه دولت؟ یا شما فکر می کنید که حکومت باید مسائل فرهنگی را به مردم بگذارد و اجازه دهد فرهنگ افغانستان به به طور طبیعی انکشاف نماید؟
2. از نظر شما حکومت برای حفاظت از مالکیت معنوی چه کاری را باید انجام دهد؟

### ج. حق کار

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 48

(1) کار حق هر افغان است.

(2) تعیین ساعات کار، رخصتی با مزد، حقوق کار و کارگر و سایر امور مربوط به آن توسط قانون تنظیم می گردد. انتخاب شغل و حرفه، در حدود احکام قانون، آزاد می باشد.

ماده 48 برای هر افغان حق کار را تضمین میکند و می افزاید که حکومت سند اشتغال را برای تنظیم ساعات کار و دستمزد تهیه میکند تا حقوق کارکنان برای جلوگیری سوء استفاده و استثمار توسط کارفرمایان خود، تضمین گردد.<sup>595</sup>

<sup>591</sup> Id.

<sup>592</sup> Id.

<sup>593</sup> Id.

<sup>594</sup> قانون رسانه های جمعی، قابل دسترس به

<http://www.unhcr.org/refworld/country,LEGAL,,LEGISLATION,AFG,4562d8cf2,4a5712902,0.html>.

<sup>595</sup> قانون اساسی افغانستان، ماده 48.

به طور کلی تفسیر حق کار به این معنا نیست که حکومت موظف به شغل یا کار برای همه افراد است. برخلاف، مفهوم آن این است که حکومت قوانین کار و خط مشی را برای رفع موانع اشتغال و تأمین شرایط مناسب و معقول کار و دستمزد تهیه میکند.<sup>596</sup> این همچنان به معنی آن است که حکومت موظف به توسعه خط مشی ها و برنامه هایی اشتغال زایی میباشد.<sup>597</sup>

با وجود مقاومت بین المللی برای تضمین حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که در باره آن در بالا بحث شد، حق کار پشتیبانی به نسبتاً سریع به خود کسب کرده، زیرا دولت ها در اشتغال کافی برای اتباع به مثابه یک نیروی قوی کار برای رشد سریع اقتصادی علاقه مندی دارند. حق کار همچنین یک نیروی عمده در عقب جنبش های کارگری در ایالات متحده و بسیاری از کشورهای دیگر در سراسر جهان در اوایل سال های 1900 بود.<sup>598</sup> برای پیشرفت حق کار و توسعه استانداردهای بین المللی کار، سازمان بین المللی کار (ILO) در سال 1919 تأسیس شد و در سال 1946 به اولین اداره تخصصی سازمان ملل متحد تبدیل گردید.<sup>599</sup> افغانستان در سال 1934 به سازمان بین المللی کار پیوست و از جمله هشت میثاق آن، سه میثاق را تصویب نموده است: میثاق دستمزد برابر، میثاق لغو کار اجباری، و میثاق تبعیض در استخدام و اشتغال.<sup>600</sup>

در حال حاضر، سطح بالایی از بیکاری و نیمه بیکاری در افغانستان وجود دارد. تخمین زده می شود که در سال 2008، نرخ بیکاری در حدود 35-40 درصد بود.<sup>601</sup> برای مبارزه با آن، حکومت افغانستان و UNDP استراتژی انشکاف ملی افغانستان (ANDS) در سال 2008، تهیه کرد که تأکید قوی بر کاهش فقر و ایجاد شغل میباشد. تحت برنامه استراتژی انشکاف ملی، حکومت متعهد به حمایت از رشد سکتور خصوصی در افغانستان، با تأکید خاص بر استخراج از معادن و بخش گاز طبیعی میباشد.<sup>602</sup> حکومت

<sup>596</sup> V.M. Dandekar, *Making the Right to Work Fundamental*, 26 Economic and Political Weekly Mar. 1991, at 697; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

<sup>597</sup> V.M. Dandekar, *Making the Right to Work Fundamental*, 26 Economic and Political Weekly Mar. 1991, at 697; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

<sup>598</sup> John R. Ellingston, *Essential Human Rights: The Right to Work*, 243 Annals of the American Academy of Political and Social Science, Jan. 1946, at 27. V.M. Dandekar, *Making the Right to Work Fundamental*, 26 Economic and Political Weekly, Mar. 1991, at 697; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

<sup>599</sup> . در باره سازمان بین المللی کار دیده شود

<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--en/index.htm>.

<sup>600</sup> International Labour Organization, available at <http://www.ilo.org/asia/countries/afghanistan/lang--en/index.htm>.

<sup>601</sup> CIA World Factbook, available at <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/af.html>. Afghanistan National Development Strategy, available at [http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS\\_Full\\_Eng.pdf](http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS_Full_Eng.pdf), (2008).

<sup>602</sup> . استراتژی انشکاف ملی افغانستان، قابل دسترسی به [http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS\\_Full\\_Eng.pdf](http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS_Full_Eng.pdf), (2008) 34.



همچنین متعهد به افزایش تعداد برنامه های کاری عامه در مناطق فقیر افغانستان برای فراهم کردن اشتغال برای اتباع میباشد.<sup>603</sup>

### مثال : میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

#### ماده 6

(1) کشورهای طرف این میثاق حق کار کردن را که شامل حق هر کس است بر اینکه فرصت یابد بوسیله و کاری که آزادانه انتخاب یا قبول مینماید معاش خود را تأمین کند، به رسمیت میشناسد و اقدامات مقتضی برای حفظ این حق معمول خواهند داشت.

(2) اقداماتی که کشورهای طرف این میثاق به منظور تأمین اعمال کامل این حق به عمل خواهند آورد باید شامل رهنمایی و تربیت فنی و حرفوی و طرح برنامه ها و خط مشی ها و تدابیر فنی باشد که از لوازم تأمین توسعه پایدار اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، اشتغال تام و مؤلد است تحت شرایطی که آزادیهای اساسی سیاسی و اقتصادی را برای افراد حفظ نماید.<sup>604</sup>

#### مباحثه

میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به بسیار صراحت مسئولیت دولت برای پیشرفت کار، تسهیلات و توسعه فرصت های شغلی را بیان میکند. این میثاق همچنین از کشورها میخواهد تا برنامه های آموزشی و رهنمایی را برای توانمند ساختن مردم ناتوان در کسب مهارت های قابل عرضه در بازار، تهیه نمایند. میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی همچنین بر آن است تا خط مشی های حکومت ها و برنامه هایی که به رشد اقتصادی و توسعه کمک میکنند، منجر به اشتغال جدید گردند. قانون اساسی افغانستان به طور خاص به این نیازمندی ها اشاره نمی کند، اما از آنجائیکه افغانستان یکی از کشورهای امضا کننده میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است، جالب خواهد بود دیده شود که آیا آنها این نیازمندی ها را در نظر میگیرند یا خیر.

1. نظر شما در مورد مقررات میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی پیرامون حق کار چیست؟ به نظر شما آیا لازم است تا جزئیات اضافی این میثاق پیرامون حق کار در بحث مربوط به آن در قانون اساسی افغانستان گنجانیده شود؟

2. چگونه باید حکومت در استفاده از حق کار به مردم کمک کرده میتواند؟

#### سوال های مباحثه

<sup>603</sup> استراتژی انکشاف ملی افغانستان، قابل دسترسی به

[http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS\\_Full\\_Eng.pdf](http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS_Full_Eng.pdf), (2008) 34.

<sup>604</sup> ماده 6 ICESCR

1. آیا شما فکر می کنید که حکومت افغانستان در حال تهیه خط مشی ها و برنامه هایی است که به پیشرفت اشتغال و ایجاد شغل در سراسر افغانستان کمک میکند؟ آیا شما فکر می کنید که این کار برای حفاظت از حق کار کافی است؟

2. آیا شما فکر می کنید که حکومت به طور مؤثر مقررات را برای محافظت کارگران در برابر شرایط سخت یا خطرناک تهیه کرده است؟

#### د. حق وقایه و علاج

##### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 52

(1) دولت وسایل وقایه و علاج امراض و تسهیلات صحی رایگان را برای همه اتباع مطابق به احکام قانون تامین می نماید.

(2) دولت تأسیس و توسعه خدمات طبی و مراکز صحی خصوصی را مطابق به احکام قانون تشویق و حمایت می کند.

(3) دولت به منظور تقویت تربیت بدنی سالم و انکشاف ورزشهای ملی و محلی تدابیر لازم اتخاذ می نماید.

##### ماده 53

(1) دولت به منظور تنظیم خدمات طبی و مساعدت مالی برای بازماندگان شهدا و مفقودین و برای باز توانایی معلولین و معیوبین و سهم گیری فعال آنان در جامعه، مطابق به احکام قانون، تدابیر لازم اتخاذ می نماید.

(2) دولت حقوق متقاعدین را تضمین نموده، برای کهنسالان، زنان بی سرپرست، معیوبین و معلولین و ایتم بی بضاعت مطابق به احکام قانون کمک لازم به عمل می آورد.

ماده 52 خدمات ملی صحت را یادآوری میکند که مراقبت های طبی رایگان برای همه اتباع افغانستان در نظر دارد.<sup>605</sup> ماده 12 میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می گوید که مردم مستحق بالاترین سطح سلامت جسمی و روانی قابل دسترس، میباشند.<sup>606</sup>

طبق منابع سازمان جهانی صحت (WHO)، هر کشوری در جهان حداقل یک پیمان را که شامل حقوق مرتبط با سلامت اتباع شان باشد، به تصویب رسانده است.<sup>607</sup> اساسنامه WHO اولین سند بین المللی است

<sup>605</sup> قانون اساسی افغانستان، ماده 52.

<sup>606</sup> ICESCR، ماده 12.

<sup>607</sup> Alicia Ely Yamin, *The Right to Health: Assessing How Far the Discourse Has Evolved Internationally and Within the United States*, in Proceedings of the 104th Annual Meeting: American Society of International Law 14 (2010).

که خواهان حقوق بشر برای "بهره مند شدن از بالاترین استاندارد قابل حصول سلامت است." <sup>608</sup> سازمان صحتی جهان سلامت را به حیث "حالت کامل رفاه جسمی، روانی و اجتماعی تعریف می کند." <sup>609</sup> این یک تعریف بسیار عام و از لحاظ نظری وسعت یافته می تواند. به این معنی که میتوان حق آب و غذا و بسیاری دیگر از عناصر اصلی مورد نیاز برای یک زندگی سالم، به آن افزود زیرا که بدون آنها سلامت فیزیکی غیر ممکن است. با این حال، از لحاظ عملی، تعریف به ندرت آنها را شامل میشود.

در حال حاضر، افغانستان در مقام کاملاً ضعیف از لحاظ شرایط صحتی کل جمعیت و دسترسی به مراقبت های صحتی قرار دارد.

افغانستان دارای بالاترین نرخ مرگ و میر نوزادان در جهان است، تخمین زده می شود که نرخ مرگ و میر نوزادان در سال 2011 در هر 1000 تولد حدود 121 بود. <sup>610</sup> مرگ و میر مادران با 1400 مرگ در هر 100000 تولد در سال 2008 نیز بالاترین در جهان بود. <sup>611</sup> بی تردید دلیل عمده آن کمبود داکتران و سایر پرسونل کمک های طبی برای کسانی که نیاز به مراقبت های صحتی دارد، میباشد. به اساس منابع سازمان جهانی صحت در سال 2009 تنها دو داکتر و پنج پرستار در هر 10000 نفر در افغانستان وجود داشتند. <sup>612</sup> تجهیزات طبی کمیاب هستند و در سال 2009 در کشور فقط برای هر 10000 نفر 4 محل در شفاخانه وجود داشتند. <sup>613</sup> با این حال، وضعیت در این عرصه در دهه گذشته به طور قابل توجهی بهبود یافته است یعنی حدود 66 درصد از جمعیت در یک پیاده روی دو ساعته از یک مرکز مراقبت های اولیه قرار دارند و درصد جمعیت که از بسته خدمات اساسی صحتی UNDP استفاده مینمایند بین سال های 2003 و 2006 از 9 تا 82 درصد افزایش یافته است. <sup>614</sup> علاوه بر این، بین سال های 2004 و 2007، تعدادی از امکانات مراقبت های اولیه صحتی با یک مددکار مراقبت های صحتی زنان از 26 درصد به 81 درصد افزایش یافته است. <sup>615</sup> از طریق استراتژی انکشاف ملی افغانستان، حکومت متعهد شده است که تعداد شفاخانه ها قابل دسترس را افزایش داده و به آموزش داکتران و سایر عرضه کنندگان خدمات صحتی تمرکز مینماید.

### سوال های مباحثه

1. نظر شما در باره سیستم معالجه و تداوی صحتی ملی افغانستان چیست؟ آیا شما فکر می کنید که حکومت برای انجام تعهد خود در فراهم ساختن امکان دسترسی به شفاخانه ها و داکتران برای همه، به اندازه کافی کوشش میکند؟

<sup>608</sup> Max Planck Institute, *Access to Medication as a Human Right*, 8 Max Planck YBUN 101 (2004).

<sup>609</sup> *Id.*

<sup>610</sup> World Factbook, available at <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/af.html>

<sup>611</sup> *Id.*

<sup>612</sup> World Health Organization, *Country Statistics*, available at <http://apps.who.int/ghodata/?vid=3000&theme=country>.

<sup>613</sup> *Id.*

<sup>614</sup> استراتژی انکشاف ملی افغانستان، قابل دسترس به

[http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS\\_Full\\_Eng.pdf](http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS_Full_Eng.pdf).

<sup>615</sup> [http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS\\_Full\\_Eng.pdf](http://www.undp.org.af/publications/KeyDocuments/ANDS_Full_Eng.pdf).

2. چه کاری برای میتوان برای بهبود و تأمین حق وقایه و علاج هر تبعه مندرج قانون اساسی، انجام داد؟ آیا تسجیل احکام در قانون اساسی برای تأمین دسترسی گروه های آسیب پذیر به خدمات صحی، با موفقیت همراه است؟

## ه. حقوق خانواده

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 54

(1) خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد.

(2) دولت به منظور تامین سلامت جسمی و روحی خانواده بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم اتخاذ می کند.

ماده 54 حکومت را به مؤظف به حمایت خانواده در جامعه افغانستان میسازد.<sup>616</sup> اعلامیه جهانی حقوق نیز از رکن خانواده حمایت میکند. در ماده 10 میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آمده است "خانواده رکن طبیعی و اساسی جامعه است باید از حمایت و مساعدت به حد اعلی ممکن برخوردار گردد، به ویژه برای تشکیل و استقرار آن تا زمانی که مسؤلیت نگهداری و آموزش و پرورش اطفال خود را به عهده دارد. ازدواج باید با رضایت آزادانه طرفین که قصد آن را دارند، واقع شود."<sup>617</sup> میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز در ماده 23 به موضوع خانواده پرداخته و بیان میدارد: "خانواده رکن طبیعی و اساسی جامعه است و استحقاق حمایت جامعه و حکومت را دارد."<sup>618</sup>

ماده 54 قانون اساسی از دولت خواهان تا تدابیر لازم تقنینی و نهادی را برای حمایت از خانواده در جامعه اتخاذ نماید.<sup>619</sup> قانون خانواده ازدواج را تنظیم مینماید، و از مادران، اطفال و واحد خانواده به طورکل حفاظت میکند.

بخش عمده ای توسعه مجموعه قوانین و تحقیقات در اطراف حقوق بشر بیشتر در دموکراسی های غربی مانند ایالات متحده و کشورهای اروپای غربی که تا حد زیادی بر روی فرد به مثابه حامل حقوق، متمرکز بود.<sup>620</sup> در مقابل، بسیاری از فرهنگ ها در سراسر جهان به عوض افراد، به طور سنتی بالای خانواده و یا گروه های دیگر متمرکز بود، که باعث تغییر در بحث حقوق بشر گردیده و این کشور ها در خصوص فرهنگ آن را مطرح میسازند. در نتیجه حفاظت ویژه برای واحد اجتماعی سنتی یعنی خانواده ملحوظ گردیده است.<sup>621</sup> در کشورهای اسلامی به عوض فرد در بحث حقوق بشر، تأکید بر خانواده به مثابه یک

<sup>616</sup> قانون اساسی افغانستان، ماده 54.

<sup>617</sup> ICESCR، ماده 10.

<sup>618</sup> ICCPR، ماده 23.

<sup>619</sup> قانون اساسی افغانستان، ماده 54.

<sup>620</sup> OnumaYasuaki, *Towards an Intercivilizational Approach to Human Rights*, 7 Asian Y.B. Int'l L. 21 (1997).

<sup>621</sup> *Id*

رکن بسیار رایج است. طوری که شما در ادامه خواهید دید، اعلامیه قاهره مانند منشور عربی حقوق بشر، نیز در مورد حقوق بشر در اسلام شامل مقررات حمایت از رکن خانواده می‌باشد.<sup>622</sup>

### مثال: اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر در اسلام (CDHRI)

#### ماده 5

(الف) خانواده پایه ساختار جامعه است و زناشویی اساس ایجاد آن می‌باشد، بنابراین مردان و زنان حق ازدواج دارند و هیچ قید و بندی که بر پایه نژاد یا رنگ یا قومیت باشد، نمی‌تواند از این حق جلوگیری کند.

(ب) جامعه و دولت موظف اند موانع را از سر راه ازدواج برداشته و راههای آنرا آسان و از خانواده حمایت به عمل آورد.<sup>623</sup>

#### ماده 7

(الف) هر طفلی از زمان تولد در محافظت دوران طفولیت و تربیت نمودن و تأمین مادی و صحتی و اخلاقی حق بر والدین خویش و جامعه و دولت دارد. در ضمن باید از جنین و مادر نگهداری شود و مراقبتهای ویژه نسبت به آنها مبذول دارد.<sup>624</sup>

### مباحثه

اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر در اسلام شامل مقررات حفاظت از رکن خانواده است که به مقررات در قانون اساسی افغانستان مشابهت دارد. با این حال، این یک اندازه صریح تر به نظر میرسد و موانع را در برابر زن و مرد که مایل و قادر به ازدواج هستند منع میکند. اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر در اسلام نیز حمایت های صریح تر برای نوزادان، اطفال و مادران آنها پیش بینی میکند.

1. مفاد اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر در اسلام و قانون اساسی افغانستان مقایسه کنید. آیا شما فکر نمی‌کنید که تصریح بیشتر پیرامون ضمانت های حقوق و حمایت ها برای خانواده دارای مزایا می‌باشد؟

2. موضوع شرکای همجنس را در نظر بگیرید. آیا شما فکر نمی‌کنید که اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر در اسلام عین حمایت رکن خانواده را به آن گسترش دهد؟

### و. وجایب اتباع

وجایب اتباع نقش مهمی در بحث حقوق بشر در برخی از نقاط جهان از جمله افغانستان دارند. این بحث در قانون اساسی افغانستان تحت عنوان حقوق و وجایب اتباع تسجیل گردیده است. به طور مثال، در

<sup>622</sup>دیده شود

Arab Charter on Human Rights art. 38, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38540.html>.

<sup>623</sup> اعلامیه قاهره حقوق بشر در اسلام، ماده 5

<sup>624</sup> اعلامیه قاهره حقوق بشر در اسلام، ماده 7

امریکای لاتین سازمان کشورهای امریکایی (OAS) اعلامیه حقوق و وظایف بشر را امضا کرده است. در مقدمه این اعلامیه، آمده است: "انجام وظیفه توسط هر فرد یک پیش شرط اساسی برای حقوق همه است. حقوق و وظایف در هر فعالیت اجتماعی و سیاسی انسان باهم مرتبط هستند. در حالی که حقوق آزادی فردی را ارتقا میدهد، وظایف منزلت آزادی را نشان میدهد."<sup>625</sup> فصل اول اعلامیه حقوق و وظایف بشر حداقل حقوق از قبیل حق تعلیم، حق کار، حق محاکمه عادلانه و حق داشتن اوقات فراغ مندرج در همه کنوانسیون های مهم بین المللی حقوق بشر را تضمین میکند.<sup>626</sup>

با این حال، فصل دوم جزئیات تعدادی از وظایف مردم در برابر حکومت و اعضای همکار جمعیت های خود را بیان میکند. این وظایف به طور مستقیم با بسیاری از حقوق تضمین شده در فصل اول اعلامیه، ارتباط دارد. مثال، اعلامیه حق تعلیم، و وظایف متناسب هر تبعه برای کسب حداقل تعلیمات ابتدائی را ذکر میکند.<sup>627</sup> علاوه بر این، در رابطه با حق به کار، هر فرد دارای وظیفه متناسب کار کردن "مطبق ظرفیت و امکانات موجود" میباشد.<sup>628</sup> اعلامیه به طور کلی وظایف جامعه، خانواده و همچنین تعدادی از وظایفی دولت: وظیفه رأی دادن، وظیفه پرداخت مالیات، وظیفه خدمت جامعه و ملت، اطاعت از قانون و وظیفه خودداری از فعالیت های سیاسی در کشور خارجی، را بیان میکند.<sup>629</sup> وظیفه خدمت جامعه و ملت، شامل انجام هر گونه خدمات نظامی مورد نیاز حکومت های ملی میشود.<sup>630</sup>

چنان ای که در مقدمه اعلامیه حقوق و وظایف بشر آمده است، حقوق آزادی های فردی را تأمین میکند و وظایف کرامت و مسئولیت را به این آزادی میدهد. مراد این است که حقوق همراه با مسئولیت های معین میباشند که تبعه موظف انجام آنها میباشد. به عبارت دیگر، اگر حکومت حق هر تبعه برای رفتن به مکتب را نماید، اتباع مکلف اند تا این حق را به نفع خود، جامعه و دولت بطور کل اعمال نمایند. همینگونه از آنجائیکه اتباع دارای حق رأی دادن و مشارکت در حکومت میباشند، آنها موظف به اعمال این حق به شیوه ای معقول میباشند.<sup>631</sup>

### سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می کنید که اگر یک تبعه دارای برخی از حقوق بشر باشد، این حقوق موجد وظایف و تعهدات برای اتباع میگردند؟

<sup>625</sup> OAS Declaration of the Rights and Duties of Man, Preamble, available at [http://www.hrcr.org/docs/OAS\\_Declaration/oasrights2.html](http://www.hrcr.org/docs/OAS_Declaration/oasrights2.html).

<sup>626</sup> OAS Declaration of the Rights and Duties of Man, Chap. 1, available at [http://www.hrcr.org/docs/OAS\\_Declaration/oasrights2.html](http://www.hrcr.org/docs/OAS_Declaration/oasrights2.html).

<sup>627</sup> OAS Declaration of the Rights and Duties of Man, Chap. 2, Art.XXXI, available at [http://www.hrcr.org/docs/OAS\\_Declaration/oasrights2.html](http://www.hrcr.org/docs/OAS_Declaration/oasrights2.html).

<sup>628</sup> OAS Declaration of the Rights and Duties of Man, Chap. 2, Art.XXXI, available at [http://www.hrcr.org/docs/OAS\\_Declaration/oasrights2.html](http://www.hrcr.org/docs/OAS_Declaration/oasrights2.html).

<sup>629</sup> OAS Declaration of the Rights and Duties of Man, Chap. 2, available at [http://www.hrcr.org/docs/OAS\\_Declaration/oasrights2.html](http://www.hrcr.org/docs/OAS_Declaration/oasrights2.html).

<sup>630</sup> OAS Declaration of the Rights and Duties of Man, available at [http://www.hrcr.org/docs/OAS\\_Declaration/oasrights2.html](http://www.hrcr.org/docs/OAS_Declaration/oasrights2.html).

<sup>631</sup> OAS Declaration of the Rights and Duties of Man, Preamble, available at [http://www.hrcr.org/docs/OAS\\_Declaration/oasrights2.html](http://www.hrcr.org/docs/OAS_Declaration/oasrights2.html).

2. آیا شما با این نظر توافق دارید که حقوق مسولیت ها را برای جامعه و حکومت ایجاد میکند؟

### مکلفیت عسکری

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 55

دفاع از وطن وجبیه تمام اتباع افغانستان است. شرایط اجرای دوره مکلفیت عسکری توسط قانون تنظیم می گردد.

اتباع افغانستان نه تنها مستحق حقوق و امتیازات به اساس از قانون اساسی میباشند، آنها همچنین به حیث اتباع دارای وظایف معینی از جمله دفاع افغانستان در صورت ضرورت هستند. اگرچه افغانستان در حال حاضر یک طرح یا مدت معین مکلفیت عسکری اجباری ندارد، جمله دوم ماده 55 به حکومت صلاحیت اتخاذ چنین اقدامات را میدهد.

با توجه به خروج برنامه ریزی شده نیروی های نظامی امریکا در سال 2014 مکلفیت عسکری یک مسئله مهم و خاص در زمان حاضر میباشد و از نیرو های امنیت ملی افغانستان میخواهد که انجام عملیات امنیتی در داخل افغانستان رابه عهده گیرند. در فبروری 2012، نیروهای ملی امنیتی افغان متشکل از اردو ملی افغانستان (ANA) به تعداد 176350 نفر و پلیس ملی افغانستان (ANP) بیش از 143000 نفر میباشد.<sup>632</sup> نیروهای امنیتی افغان در حال بر افزایش تعداد خود الی 352000 نفر تا پایان سال 2012 کار میکنند، و طبق منابع ناتو، قرار است این هدف قبل از موعد پلان شده برآورده شود.<sup>633</sup> تا ختم جنوری 2012، مسولیت اصلی نیروهای ملی امنیتی افغان را تأمین امنیت بیش از 50 درصد از مردم افغانستان و رهبری نزدیک به 40 درصد از عملیات نیروهای متعارف و خاص در داخل کشور، تشکیل میداد.<sup>634</sup> همچنین نیروهای امنیتی افغان به طور جدی در حدود 1500 نفر زن در یونیفورم کاری منجمله پنج پیلوت را استخدام کرده اند.<sup>635</sup> به اساس منابع ناتو، زنان حدود سه درصد از استخدام نیروی جدید نظامی میباشد که به طور پیوسته افزایش میابد.<sup>636</sup>

در حال حاضر، نیروهای امنیتی افغان یک نیروی داوطلبانه است، و داوطلب باید روند هشت مرحله ای برای پیوستن به نیروهای مسلح، از جمله تصدیق بزرگان محلی، بررسی داده های بیومتریک، و معاینات صحتی و مواد مخدر را طی نماید.<sup>637</sup> با توجه به اینکه نیروهای ملی امنیتی افغان تا به حال مشکلی در استخدام به تعداد کافی افغان ها برای رسیدن به اهداف خود نداشت، از لحاظ کمی، طرح مجدد مکلفیت اجباری عسکری غیر ضروری به نظر می رسد، اما این می تواند در آینده تغییر کند زیر غیر از جهت کمی یا تعداد نیروی امنیتی دیگر ارزش های مرتبط با خدمت اجباری مکلفیت عسکری نیز وجود دارند.

<sup>632</sup> North Atlantic Treaty Organization, *Afghan National Security Forces: Training and Development*, Feb. 2012, available at [http://www.nato.int/nato\\_static/assets/pdf/pdf\\_topics/20120202\\_120202-Backgrounder\\_ANSF.pdf](http://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_topics/20120202_120202-Backgrounder_ANSF.pdf).

<sup>633</sup> Id.

<sup>634</sup> Id.

<sup>635</sup> Id.

<sup>636</sup> Id.

<sup>637</sup> Id.

## سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می کنید که افغانستان باید مکلفیت عسکری اجباری برای همه اتباع داشته باشد؟
2. برخی از مزایا و معایب یک اردوی داوطلب چه هستند؟ آیا شما فکر می کنید که برخی از مشکلات سیستم فعلی توسط مکلفیت عسکری اجباری بهبود/تضعیف خواهد یافت؟
3. نظر شما در مورد خدمت زنان در نیروهای ملی امنیتی افغان چیست؟

## حفظ و رعایت قانون

## قانون اساسی افغانستان

## ماده 56

(1) پیروی از احکام قانون اساسی، اطاعت از قوانین و رعایت نظم و امن عامه وجبیه تمام مردم افغانستان است.

(2) بی خبری از احکام قانون عذر دانسته نمی شود.

تمام اتباع افغانستان موظف به اطاعت از قوانین کشور میباشند. اگر اتباع افغان به قانون احترام نمی گذارند و مرتکب نقض قانون میشوند، پس دولت صلاحیت دارد که از طریق پولیس و نظام قضایی قوانین را تطبیق کند.

هنگامی که پولیس یک فرد را به خاطر نقض قوانین افغانستان دستگیر میکند و وی در محکمه تحت محاکمه قرار میگیرد، طبق بند 2 ماده 56، بی خبری از قانون عذر پنداشته نمیشود. اگر به دلیل بی خبری از قانون، اتباع اجازه دفاع داشته باشند و بدون مجازات رها شوند، تعدادی از مشکلات بوجود می آیند و ناگزیر بسیاری از مردم به اساس بی خبری از قانون از خود دفاع خواهند کرد.

وظیفه حمایت و پیروی از قانون از نظریه ای ناشی میشود که اتباع تعهد اخلاقی پیروی و حمایت از قانون و نظم در درون کشور خود دارد.<sup>638</sup> حتی برخی از محققین استدلال می کنند که اطاعت از قانون وظیفه طبیعی است که از عضویت یک شخص در جامعه ناشی میشود و بدون در نظر داشت کدام حکم الزامی خاص ایجاد کننده چنین مکلفیت، وجود دارد.<sup>639</sup> وظیفه طبیعی نه تنها به حکومت، بلکه به همه جامعه ارتباط دارد. دیدگاه بدیل مکلفیت حمایت از قانون این است از آنجائیکه دولت ها وظیفه دارند از امنیت و مصونیت اتباع خود دفاع کنند، اتباع نیز متناسب به آن وظیفه دارند از نقض قانون و امنیت و مصونیت اتباع همردیف خود خودداری نمایند.<sup>640</sup>

<sup>638</sup> Kent Greenawalt, *The Natural Duty to Obey the Law*, 84(1) Mich. L. Rev.1 (1985).

<sup>639</sup> *Id.*

<sup>640</sup> *Id.*



### سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می کنید که بی خبری باید دفاع از حق باشد؟
2. آیا قوانینی حاوی احکام راجع به دانش خاص در باره اعمال خلاف وجود دارند قبل از این که یک شخص به گناه متهم شود؟
3. آیا شما فکر می کنید که مردم یک تعهد اخلاقی به رعایت قوانین کشور خود دارند؟

### پنجم. تعهدات بین المللی حقوق بشر

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 7

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

ماده 7 بیان میدارد که افغانستان اسناد حقوقی بین المللی در مورد حقوق بشر را در قوانین داخلی خود می گنجاند. این بدان معنی است که علاوه بر حمایت از حقوق خاص ذکر شده در قانون اساسی افغانستان، حکومت متعهد به رعایت و احترام به حقوق بشر مندرج در اسناد مختلف بین المللی حقوقی نیز میباشد. افغانستان بسیاری از مهم ترین معاهدات جهانی حقوق بشر، از جمله میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (ICESCR)، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR)، کنوانسیون علیه شکنجه یا مجازات های وحشیانه و غیر انسانی، کنوانسیون بین المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی، کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض علیه زنان (CEDAW)، و کنوانسیون حقوق اطفال (CRC) را تصویب نموده است. با تصویب این پیمان ها، افغانستان به رسمیت شناختن و حمایت طیف گسترده ای از حقوق بشر موافقت کرده است.

در این فصل بحث کوتاه را در باره اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین المللی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را پیشکش مینماید.<sup>641</sup> این سه معاهده، به همراه دو پروتکل اختیاری میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، مجموعه اسناد بین المللی به نام منشور بین المللی حقوق را تشکیل میدهد.<sup>642</sup> منشور بین المللی حقوق دولت های امضا کننده را قانوناً مکلف به اجرا و

<sup>641</sup> Each of these summaries is taken from Chapter 4: International Human Rights Law in *An Introduction to International Law for Afghanistan* by the Afghanistan Legal Education Project, available at [http://alep.stanford.edu/?page\\_id=813](http://alep.stanford.edu/?page_id=813).

<sup>642</sup> Henry J. Steiner, *International Protection of Human Rights*, in *International Law* (Malcolm D. Evans ed., 2d ed. 2006); Geoffrey Robertson, *Crimes Against Humanity* (Penguin Books, 3d ed. 2006); Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Cornell Univ. Press 2002) 9-27.

رعایت مفاد معاهدات و حفاظت از حقوق بشر اتباع خود میسازد.<sup>643</sup> از دولت‌ها خواسته میشود تا اسناد تقنینی و میکانیزمهای نهادی را غرض تأمین اجرای احکام معاهدات توسعه دهند.<sup>644</sup> برای بحث مفصل‌تر در باره اسناد بین‌المللی حقوق بشر به فصل چهارم تحت عنوان حقوق بین‌المللی بشر در: مقدمه‌ای بر *حقوق بین‌المللی برای افغانستان* که توسط پروژه آموزشی حقوق افغانستان تهیه شده است، مراجعه کنید.<sup>645</sup>

### تنش میان ماده 7 و حقوق اسلام مناظره متداوم

برخی از مفاد اسناد بین‌المللی که افغانستان آنها را تصویب کرده با اصول حقوق اسلام که ماده 3 از قانون اساسی در این ضمن تقدم دارد، در اختلاف قرار میگیرد. برای مثال، ماده 18 میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به افراد "آزادی فکر یا قبول یک مذهب یا عقیده به انتخاب [خود]" اعطا میکند. این بند مسلماً شامل حق تغییر دین میشود. همانطوری که در بالا در بحث ارتداد گفته شد، به نظر می‌رسد که دیدگاه سنتی حقوق اسلام رویکرد غیر قابل انعطاف نسبت به افرادی که مایل به تغییر عقیده از اسلام است، دارد. کدام قانون بر اختلاف یک تعهد بین‌المللی افغانستان که با اصول حقوق اسلام در مخالفت قرار میگیرد، نظارت میکند؟

بسیاری از حقوقدان‌های افغان استدلال می‌کنند که افغانستان فقط زمانی ملزم به رعایت مفاد موافقت‌نامه‌های بین‌المللی میباشد که با فقه حنفی سازگار باشند. پروفیسور نصرالله ستانکزی، استاد دپارتمان حقوق در دانشگاه کابل، به این باور است که پاسخ به این تناقض در نسخه زبان دری قانون اساسی یافت میشود. به گفته وی، ترجمه انگلیسی قانون اساسی، که بیان میدارد "دولت پابند به [موافقت‌نامه‌های بین‌المللی]" یک ترجمه دقیق نیست. در عوض، نسخه دری ماده 7 با استفاده از کلمه رعایت، که در چهار چوب قانونی به "حفاظت از قانون، و یا حفظ احترام نسبت به چیزی یا کسی است" ترجمه میشود.<sup>646</sup> بنابراین، با توجه به گفته ستانکزی، به اساس ماده 7 افغانستان ملزم به احترام به موافقت‌نامه‌های بین‌المللی است نه پابند نسبت به آنها. از نظر وی این بدان معنی است که حتمی نیست افغانستان بطور دقیق هر یک از مقررات موافقت‌نامه‌های بین‌المللی را پیروی نماید، بلکه دولت به طور عام باید موافقت‌نامه‌ها را احترام بگذارد. کلمه رعایت، او می‌گوید، عمداً برای حفظ حق شرط نسبت به قسمت‌های از اسناد بین‌المللی که با شریعت همخوانی نداشته باشد، مورد استفاده قرار گرفته است. بر این اساس، در صورت تضاد با مفاد موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، افغانستان می‌تواند از اصول اسلام پیروی نماید.<sup>647</sup>

قانون اساسی افغانستان با در نظر داشت اوضاع تاریخی که در آن به تصویب رسید، شامل این بندهای بالقوه متناقض میباشد. در جریان روند تهیه پیش‌نویس، کمیته تهیه پیش‌نویس تحت فشار روحانیون

<sup>643</sup> See Universal Declaration of Human Rights; See also International Covenant on Civil and Political Rights; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

<sup>644</sup> Henry J. Steiner, *International Protection of Human Rights, in International Law* (Malcolm D. Evans ed., 2d ed. 2006); Geoffrey Robertson, *Crimes Against Humanity* (Penguin Books, 3d ed. 2006).

<sup>645</sup> Available at [http://alep.stanford.edu/?page\\_id=813](http://alep.stanford.edu/?page_id=813).

<sup>646</sup> HasanAmeed, *FarhangeAmeed* at 654 (Sepehr Press, Tehran, 30 ed., 1383 (2004)).

<sup>647</sup> پروفیسور ستانکزی این استدلال را در درس‌های در دانشگاه کابل ارائه داشته است. فهمی برمکی در درس‌های پیرامون اصول محاکم مدنی در 2008، در تهیه این استدلال‌های پروفیسور ستانکزی کمک کرده است.

محافظه کار مذهبی از یک سو و جامعه بین المللی از طرف دیگر قرار داشت. برای خوش نگهداشتن هر دو طرف، آنها هر دو بند را شامل متن ساختند که هنجارهای لیبرال حقوق بشر و اصول حقوقی اسلامی را انکشاف میدهد. در حالی که هیچ پاسخ آسان به بسیاری از این نقاط تنش وجود ندارد، این واقعیت که بحث حقوقی فعال بر سر این موضوع وجود دارد خود یک موفقیت است، به خصوص با توجه به تاریخ اخیر افغانستان و نفوذ قوی که روحانیون مذهبی در کشور دارند. گفتمان عمومی و باز بر روی مسائلی مانند تنش بین اسلام و حقوق بین المللی بشر نشان می دهد که تا چه حد افغانستان پیشرفت نموده است. در واقع، افغانستان جایگاه 128 در شاخص آزادی 2013 مطبوعات جهان قرار گرفت، که از کشور های هند، پاکستان، ترکیه، بنگلادش، روسیه، و بسیاری از کشورهای دیگر به جلو قرار دارد.<sup>648</sup>

### سوال های مباحثه

هنگامی که صحبت کردن در مورد تنش میان ماده 7 و حقوق اسلام، تفسیر قانونی از نظر اسلام پیرامون مسئله چیست؟

طوری که در بالا در بحث ارتداد و توهین به مقدسات از دیدگاه اسلام اشاره شد، علما و روحانیون مختلف در داخل افغانستان و خارج از کشور تفاسیر بسیار متفاوت از حقوق اسلام دارند. تفسیر کدام گروه قابل پیگیری است؟ چه باید کرد اگر یک تفسیر فقه حنفی با یک تعهد بین المللی که افغانستان را تصویب کرده است در تناقض قرار میگیرد، اما تفسیر دیگری با آن تناقض ندارد؟

### الف. اعلامیه جهانی حقوق بشر (UDHR)

مجمع عمومی سازمان ملل اعلامیه جهانی حقوق بشر را در سال 1948 با رأی چهل و هشت دولت در مقابل صفر موافق و هشت کشور ممتنع (عربستان سعودی، افریقای جنوبی و کشورهای کمونیست ممتنع) به تصویب رساند. این سند با کلمات آغاز میشود، ”تمام افراد بشر آزاد به دنیا می آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند.“<sup>649</sup> اعلامیه جهانی حقوق بشر حقوق متعدد مدنی و سیاسی را تسجیل مینماید. این حقوق برده داری، رفتار غیر انسانی، بازداشت های خودسرانه و مداخله خودسرانه در زندگی خصوصی را منع میکند، این حقوق همچنین تمایزات مبتنی بر نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید یا سایر نظریات سیاسی، موقف ملی یا اجتماعی، دارایی، تولد یا وضعیت مدنی را ممنوع قرار داده است. به همین ترتیب اعلامیه جهانی حقوق بشر از حق محاکمه عادلانه، حمایت یکسان در مقابل قانون و روند مقتضی در محکمه جزایی، آزادی رفت و آمد و اقامت، حق پناهندگی سیاسی، کسب و تغییر تابعیت، ازدواج و تصاحب ملکیت، آزادی عقیده و عبادت، اندیشه و بیان، آزادی تجمعات مسالمت آمیز و انجمن، و انتخابات آزاد و فرصت های برابر برای دسترسی به مقامات دولتی یا عامه، حمایت میکند.<sup>650</sup> اعلامیه جهانی حقوق بشر همچنین شامل حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است.

ماده 29 اعلامیه جهانی حقوق بشر اختیارات قابل توجهی پیرامون چگونگی اجرای اصول آن را به انتخاب کشورها واگذار میکند. به جای الزامیت سخت قانونی دولت ها، اعلامیه جهانی حقوق بشر به

<sup>648</sup> Reporters Without Borders, Press Freedom Index, <http://en.rsf.org/press-freedom-index-2013,1054.html>.

<sup>649</sup> اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده 1.

<sup>650</sup> Universal Declaration of Human Rights, Dec. 10, 1948, GA res. 217(A) III.

حیثیت یک نیروی هنجاری دولت‌ها را برای بهبود رفتار آنها ترغیب میکند. اعلامیه جهانی حقوق بشر برخی زمینه‌ها در سرعت عمل برای دستیابی اهداف خود به خود کشورها باقی میگذارد؛ حقوق اعلامیه جهانی حقوق بشر ممکن مشروط به "چنین محدودیت باشد که توسط قانون صرفاً برای هدف تأمین به رسمیت شناختن و احترام به حقوق و آزادی‌های دیگران و برآورده ساختن مقتضیات عادلانه اخلاق، نظم عامه و رفاه همگانی در یک جامعه دموکراتیک، تعیین می‌گردد."

### ب. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

اگر اعلامیه جهانی حقوق بشر "استاندارد مشترک" کار برای کشورها را در زمینه حقوق بشر ایجاد میکرد، دو پیمان که سازمان ملل متحد پیش نویس آنها را در سال 1966 تهیه دیدند، این استاندارد ها را به یک تعهد قانونی الزام آور تبدیل می‌ساختند.<sup>651</sup> میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی<sup>652</sup> (ICESCR)، همراه با اعلامیه جهانی حقوق بشر، مجموعه اسناد حقوق بین المللی را تشکیل می‌دهد که به نام "منشور بین المللی حقوق بشر" یاد میشود. این میثاق ها که در سال 1976 نافذ گردید، بسیاری از اصول مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر را منعکس می‌سازد، اما با نیروی الزامیت بیشتر افغانستان به هر دو کنوانسیون ملحق شده است.

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی شاید به دلیل الزامیت قانونی مهم ترین معاهده بین المللی حقوق بشر باشد. یعنی کشورهایی که این پیمان را تصویب نموده اند از طریق قوانین داخلی مفاد معاهده را نیز عملی سازند (بند 2 ماده 2)، و همچنین جبران مؤثر برای موارد نقض این حقوق را نیز تأمین نماید (بند 3 ماده 2).<sup>653</sup> امروز، بیش از 165 کشور منجمله افغانستان به آن الحاق شده اند. خود پیمان شامل تضمین های متعددی برای حقوق میباشد. ماده های اول هر دو میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (ICESCR) با عین کلمات جمله بندی شده که حق مردم در تعیین سرنوشت و تصاحب آزادانه منابع طبیعی خود را تضمین میکند. ماده 2 میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی منعکس کننده تعهد اعلامیه ای به عدم تبعیض با این الزامیت که مفاد این پیمان بدون تمایز نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید یا دیگر نظریات سیاسی، موقف ملی یا اجتماعی، ملکیت، تولد، یا موقعیت های دیگر، برای همه مردم تضمین گردد، میباشد. ماده 3 دولت ها را موظف می‌سازد تا بهره گیری کامل از تمام حقوق مدنی و سیاسی تضمین شده در معاهده توسط مردان و زنان تأمین گردد.

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی همچنین شامل تضمین های متعدد خاص حقوق اساسی میباشد. برای مثال، تأمین حق زندگی، ماده 6 کشور ها را از اعمال مجازات اعدام در همه موارد به جز جدی ترین قضایا ممنوع کرده است، و در مورد افراد زیر سن قانونی 18 سال و زنان حامله هرگز اجازه نمی‌دهد. ماده های 7 و 8 ممنوعیت مجازاتهای بیرحمانه، غیرانسانی و اهانت آمیز و برده داری را منع میکند، در حالی که ماده 9 حق آزادی و امنیت شخص را تضمین می‌کند. این به بدان معنی است که کشورها باید از بازداشت های خودسرانه خودداری نموده و به زندانیان اجازه دهند تا فرصت برای اعتراض به بازداشت خود در برابر قاضی بی طرف در یک محاکمه یارهاشوند، را داشته باشند. آزادی حرکت در داخل یک کشور، حق دیگر در ماده 12 تضمین شده است. مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق

<sup>651</sup> ICCPR, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

<sup>652</sup> ICESCR, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3

<sup>653</sup> ماده 1 ICCPR.

مدنی و سیاسی نیز حق آزادی اندیشه، وجدان و دین،<sup>654</sup> و همچنین آزادی افکار بدون دخالت را تضمین میکند.<sup>655</sup> ماده های 21 و 22 اعطای آزادی انجمن و بیان مندرج اعلامیه جهانی حقوق بشر را منعکس میسازد. بالآخره، ماده 25 شامل برخی حمایت های دموکراسی سیاسی را شامل میگردد و می افزاید که ”هر تبعه حق دارد. . . در اداره عامه به طور مستقیم و یا از طریق نمایندگان که بطور آزادانه انتخاب شوند، شرکت نماید“ و ”در انتخابات ادواری شفاف رأی بدهد و انتخاب شود.“

فقط مانند قانون اساسی افغانستان که اجازه برخی از محدودیت ها را پیرامون حقوقی که توسط قانون اساسی تحت ماده 59 و حالت اضطراری (ماده های 143 تا 148) تضمین شده، برخی از حقوق اعلام شده توسط میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، منوط به ابطال و فسخ میباشد. این حقوق عبارتند از آزادی از بازداشت، آزادی اختیار مسکن، و برخی از حقوق سیاسی. ماده 4 ابطال این حقوق را اشاره میکند:

هرگاه یک خطر عمومی موجودیت ملت را تهدید میکند. . . به میزان که وضعیت ایجاب اتخاذ آنرا نماید، مشروط بر اینکه تدابیر مزبور با سایر الزاماتی که بر طبق حقوق بین المللی بعهده دارند، مغایرت نداشته باشد منجر به تبعیض بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، اصل و منشأ مذهبی یا اجتماعی نشود.<sup>656</sup>

حقوق اضافی، مانند آزادی مذهب در ماده 18، نیز مشروط به ”محدودیهایی که به موجب قانون پیش بینی شده و برای حمایت از امنیت، نظم، سلامت یا اخلاق عامه یا حقوق و آزادی های اساسی و دیگران“ میشود.<sup>657</sup> اما توجه داشته باشید حقوق معین که میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی از آن حمایت میکند، هیچگاه فسخ شده نمی تواند. این حقوق شامل حق زندگی و حق عدم شکنجه یا به بردگی کشاندن میشود. فرض کلی میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی بر این است که دول طرفین ”متعهد به احترام و تأمین“ همه حقوق مندرج در سند میباشند. دولت ها همچنان اجازه ای خراج شدن از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی را ندارند.

### ج. میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (ICESCR) بعد از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، پیمان بین المللی بزرگ است که بسیاری از حقوق بشر امروز را مشخص میسازد. این میثاق توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تاریخ 16 دسامبر سال 1966 به تصویب رسید، و به تاریخ 3 جنوری 1976 نافذ گردید.<sup>658</sup> در فبروری 2012، میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دارای 160 کشور و 70 امضا کننده بود.<sup>659</sup> از آنجا نیکه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بحث برانگیز تر و پیچیده تر از حقوق مدنی و سیاسی میباشند، این پیمان در یک سند جداگانه از میثاق بین

<sup>654</sup> همانجا، ماده 18.

<sup>655</sup> همانجا، ماده 19.

<sup>656</sup> همانجا، ماده 4.

<sup>657</sup> همانجا، ماده 18.

<sup>658</sup> ICESCR, available at <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>.

<sup>659</sup> United Nations Treaty Collection, ICESCR Status, available

at [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en).

المللی حقوق مدنی و سیاسی، تهیه گردید.<sup>660</sup> میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی شامل حقوق مانند حق تعلیم و مراقبت های صحی، حق کار و حق به استاندارد خاصی از زندگی میشود.<sup>661</sup>

شاید یکی از بحث برانگیز ترین ماده های میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ماده 1 آن باشد که در آن میخوانیم: ”کلیه ملل دارای حق خود ارادیت میباشند. به اساس این حق ملل وضع سیاسی خود را آزادانه تعیین و توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را آزادانه تأمین میکنند.“<sup>662</sup> حق خود ارادیت نظریه ای است که مردم حق انتخاب حکومت و تعیین اداره خود دارند.<sup>663</sup> حق تعیین سرنوشت توسط گروه های جدایی طلب و استقلال مانند چیچن، کوسوا، و کردها در عراق و ترکیه میان بسیاری دیگر به شدت حمایت شدت میشود. در نتیجه، بسیاری از کشورها، به ویژه آنهاییکه گروه ها و مناطق جدایی طلب در خاک خود دارند، به شدت از حق خود ارادیت انتقاد میکنند و استدلال می کنند که آن را نباید به حیث یکی از حقوق بشر در نظر گرفته شود. این یکی از دلایلی است که میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی پشتیبانی خیلی آهسته تر از کنوانسیون های دیگر که منشور بین المللی حقوق راتشکیل میدهد، را به دست آورد.<sup>664</sup>

میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به کشورهای کمتر توسعه یافته اجازه میدهد مفاد معاهده را به تدریج اجرا نموده و زمان بیشتری را برای تهیه قوانین مقتضی به آنها میدهد، اما از آنها خواسته میشود تا گزارش منظم به کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ارائه کند. این کمیته از 18 کارشناس حقوق بشر که برای مدت چهار سال انتخاب می شوند تشکیل شده است. علاوه بر این، حتی از کشورهای کمترین توسعه یافته امضا کننده ای میثاق خواسته میشود برخی از اقدامات عاجل را روی دست گیرند.<sup>665</sup> افغانستان در سال 1983 میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (ICESCR) را تصویب کرد.<sup>666</sup>

میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی برخی از وظایف تحت این کنوانسیون را منحیث

<sup>660</sup>R.J. Vincent, *Human Rights and International Relations* (Cambridge Univ. Press 1986) 37-57; Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*(Cambridge Univ. Press 2002) 9-27.

<sup>661</sup> ICESCR, available at <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>.

<sup>662</sup>*Id.* art. 1.

<sup>663</sup> Thomas M. Franck, *Individuals, Groups and States as Rights Holders in International Law*, Proceedings of the American Branch of the Law Association, 1999-2000; Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, 1 EJIL 4 1990; International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

<sup>664</sup> Thomas M. Franck, *Individuals, Groups and States as Rights Holders in International Law*, Proceedings of the American Branch of the Law Association, 1999-2000; Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, 1 EJIL 4 1990; International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>; International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

<sup>665</sup>Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Economic, Social and Cultural Rights Fact Sheet 33*, available at <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet33en.pdf>.

<sup>666</sup> See ICESCR; International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

موارد دارای "اثرات آبی" مشخص کرده.<sup>667</sup> این بدان معنی است که دولت موظف به اتخاذ مقررات یا برداشتن گام‌ها به سوی تحقق کامل حقوق مندرج در کنوانسیون میباشد. حداقل، از دولت‌های طرفین میثاق بین‌المللی حقوق، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی خواسته میشود تا پلان مفصل عمل برای دربارۀ چگونگی تطبیق و حمایت از تمام حقوق مندرج در کنوانسیون را تهیه نماید.<sup>668</sup> این پلان همچنین به کمیته نظارت نیز ارائه شده است.

دلیل دیگر برای اجرای نسبتاً آهسته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و تصویب میثاق بین‌المللی حقوق و تصویب اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دیدگاه غالبی است که تحقق آنها دشوار است و سیستم‌های محاکم برای تصمیم‌گیری قضایا و تأمین حمایت از این حقوق ضعیف تجهیز گردیده است.<sup>669</sup> منتقدان میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در کشورهایی که هنوز میثاق را تصویب نه کرده اند ترس از این دارند که محکمه‌های ملی با سیل از عرایض اشباع خواهد شد که حکومت حقوق بشر اتباع خود که در فقر زندگی میکنند، قادر به پیدا کردن شغل نیستند یا به خدمات صحتی و تعلیم دست‌رسی ندارند، نقض میکنند. طرفداران میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به طور کلی بر این باورند که دادخواهی باید به حیث آخرین راه حل در اختلافات حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مورد نظر باشد و به منظور تقویت دسترسی به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، برنامه‌ها و خط‌مشی حکومت باید در مرکز توجه باشد.<sup>670</sup> آنها بر این باورند که اگر تأکید بر بهبود دسترسی به حقوق بشر و در زمینه پیشرفت مداوم توسط حکومت صورت گیرد، از ازدحام به محکمه جلوگیری خواهد شد. این حامیان همچنین بر این باورند که محکمه می‌تواند به دآوری و ارائه راهنمایی در موارد مربوط به نقض حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی توسط بنشیند.

همینگونه تفاوت‌های مهم دیگری نیز بین میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی وجود دارند. در حالی که هر دو میثاق برای کشورهای عضو الزام‌آور هستند، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تا اندازه‌ای اختیارات وسیع را پیرامون چگونگی رسیدن زودتر به اهداف خود، به دولت‌ها اجازه میدهد. با توجه به ماده 2، هر کشور طرف میثاق "متعهد میگردد... حد اکثر منابع موجود خود به منظور تحقق تدریجی اعمال کامل حقوق شناخته شده در این میثاق... اقدام نماید."<sup>671</sup> طبق میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، نیازی برای مثال وجود ندارد تا دولت‌ها باید قوانین داخلی برای تحقق اهداف خود تطبیق نمایند. این امر بعضی از مفسرین را به این نتیجه رسانده که میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی "فاقد آن است." حتی با این همه، بسیاری از کشورها میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را تصویب کرده‌اند. در سال 2009، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را 160 کشور از جمله افغانستان تصویب کرده‌اند.

<sup>667</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Economic, Social and Cultural Rights Fact Sheet 33*, available at <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet33en.pdf>; ICESCR. International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

<sup>668</sup> ICESCR; International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

<sup>669</sup> International Commission of Jurists, *The Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, 2008, available at <http://www.icj.org/dwn/database/ESCR.pdf>.

<sup>670</sup> *Id.*

<sup>671</sup> ICESCR, ماده 2(1)

## سوال های مباحثه

1. چگونه حقوق اتباع افغانستان مندرج قانون اساسی افغانستان از حقوق اتباع افغان مندرج معاهدات بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است متفاوت است؟ یا یکسان است؟
2. در صورتی اختلاف یا تنش میان حقوق مندرج قانون اساسی افغانستان با حقوق مندرج میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی یا میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، راه حل چیست؟ کدام یکی از آنها مدار اعتبار میباشد؟ چگونه این نتیجه گیری صورت میگیرد؟
3. کمیته حقوق بشر، که یک نهاد مستقل برای نظارت بر اجرای میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، بیانیۀ زیر پیرامون تبصره ای کلی شماره 31 خود صادر کرده است: "اگرچه ماده (2)، پاراگراف (2) به کشورهای امضاء کننده اجازه می دهد طبق روند داخلی قانون اساسی حقوق مندرج میثاق را اجرا نمایند، همبن اصل در جلوگیری کشورهای طرفین را از استناد به مفاد حقوق اساسی یا جنبه های دیگر قوانین کشور برای توجیه عدم تطبیق یا اجرای مکلفیت طبق پیمان، عمل میکند." در عین حال، تعداد از کشورهای میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و سایر اسناد حقوقی بین المللی را مشروط بر معافیت برخی موارد خاص مانند این موضوع، امضا کرده اند. چگونه این معلومات پاسخ شما به سوال شماره 2 در بالا را تغییر میدهد؟

## ششم. اجرای حقوق تضمین شده در قانون اساسی

حقوق اعطا شده در قانون اساسی بی معنی خواهد بود مگر اینکه احکام برای تطبیق این حقوق وجود داشته باشند. به یاد داشته باشید که حکومت به عنوان عامل موظف حمایت از حقوق مندرج قانون اساسی است. بنابراین حکومت به عنوان عامل قادر به نقض این حقوق نیز میباشد، پس حقوق اساسی باید در برابر حکومت به اجرا در آورده شوند. در همین حال، حکومت تنها نهاد قادر به اعمال حقوق اساسی است. بنابراین، در اجرای هر یک از مقررات یا احکام، حکومت موظف به تطبیق حقوق اساسی علیه خود نیز میباشد. این به مانند توقع از گرگ برای محافظت از گله گوسفند میباشد! قانون اساسی این مشکل را از طریق ایجاد نهادهای مستقل در داخل حکومت که صلاحیت نظارت بر حقوق بشر و اجرای آنها در برابر حکومت داشته باشند، حل و فصل میکند.

## میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR)

## ماده 2

(3) هر دولت طرف این میثاق متعهد میشود که :

(الف) تضمین کند برای هر شخصی که حقوق و آزادیهای شناخته شده در این میثاق در باره او نقض شده باشد، وسیله مطمئن احقاق حق را فراهم شود هرچند که نقض این حقوق به وسیله اشخاص ارتکاب شده باشد که در اجرای مشاغل رسمی خود عمل کرده باشند.



(ب) تضمین کند که مقامات با صلاحیت قضائی، اداری یا مقننه یا کدام مقام دیگر که به موجب مقررات قانونی آن کشور صلاحیت دارد در باره شخص درخواست دهنده (عارض) احقاق حق بکنند و همچنین امکانات دادخواهی به مقامات قضائی را توسعه بدهند.

(ج) تضمین کند که مقامات با صلاحیت نسبت به داد خواهی که حقانیت آن محرز شود ترتیب اثر درست بدهد.<sup>672</sup>

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی از تمام کشورهای عضو میخواید میکانیزمهای اجرای داخلی را ایجاد نمایند که در زمینه نقض حقوق بشر اتباع فرصت دادخواهی در داخل دولت داشته باشند. میثاق از کشورهای عضو میخواید راه حل ها، از جمله راه حل های قضایی را پیش بینی نمایند که اتباع از دفاع حقوق بشر خود اطمینان داشته باشند. افغانستان باید نه تنها چنین راه حل ها را پیش بینی کند بلکه آنها باید مؤثر نیز باشند. البته مقصد از آن نباید تنها تحقق الزامات کنوانسیون باشد بلکه باید میکانیزم ها به وجود آیند که نقض علیه اتباع افغانستان را جبران نمایند. اصل کلی این است قبل از آن که یک فرد از یک میکانیزم بین المللی حقوق بشر در خواست دادخواهی نماید، او باید (شکایت کننده) کلیه تدابیر داخلی را طی کرده باشد. با این حال، اگر این تدابیر اصلاحی غیر مؤثر یا نامشروع باشند، در این صورت یک فرد بدون طی مراحل (شکایت قبلی کلیه تدابیر داخلی، میتواند از یک نهاد بین المللی درخواست دادخواهی نماید.

### الف. نقش قوه اجرائیه

قانون اساسی افغانستان وظیفه عمومی در اجرای مفاد قانون اساسی، حمایت از حقوق بشر، و "انجام وظایف خود با بی طرفی کامل" را برای دولت پیش بینی کرده است. اما، این موارد هیچ میکانیزم اجرائیوی خاص را مشخص نمی سازد.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 5

تطبيق احكام این قانون اساسی و سایر قوانین، دفاع از استقلال، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی و تامین امنیت و قابلیت دفاعی کشور از وظایف اساسی دولت می باشد.

#### ماده 6

دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تامین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف می باشد.

<sup>672</sup> ICESCR، ماده 2

**ماده 50**

(1) دولت مکلف است، به منظور ایجاد اداره سالم و تحقق اصلاحات در سیستم اداری کشور تدابیر لازم اتخاذ نماید.

(2) اداره اجراءات خود را با بیطرفی کامل و مطابق به احکام قانون عملی می سازد.

**ب. نظارت قضائی**

در بسیاری از کشورها، حقوق اساسی عمدتاً از طریق قوه قضائیه که بطور مستقلانه از سایر ارکان حکومت عمل میکند، اجرا و تحقق میابد. قانون اساسی افغانستان نیز آنرا پیش بینی میکند. ماده 116 قوه قضائیه را به حیث ”رکن مستقل دولت“ تعریف میکند. و ماده 51 حق خصوصی عملکرد را که در آن شخص ”بدون موجب متضرر میشود“ میتواند به خاطر حصول جبران خساره در محکمه اقامه دعوا کند. همچنین ماده 51 طی بند دوم اضافه میکند که دولت بدون حکم محکمه با صلاحیت ”به تحصیل حقوق خود اقدام“ کرده نمی تواند. بند 2 نشان می دهد که درست مانند افراد، حکومت نیز باید حقوق خود را از طریق دستگاه قضائی مطالبه نماید. این بدان معنی است که حتی حکومت بالاتر از قانون نیست، بلکه حکومت نیز مانند افراد باید به سیستم محاکماتی مراجعه کند. برای مثال، اگر حکومت شکایت یک فرد شکایت میکند، موضوع را باید از طریق یک محکمه با صلاحیت پیگیری نماید.

**قانون اساسی افغانستان****ماده 51**

(1) هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می باشد و می تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند.

(2) به استثنای حالاتی که در قانون تصریح گردیده است، دولت نمی تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند.

میکانیزم اجرائیوی قضائی پیش بینی شده توسط قانون اساسی افغانستان به میکانیزم پیش بینی شده در قانون اساسی ایالات متحده با یک تفاوت مهم، شباهت دارد. در ایالات متحده، افراد به طور معمول زمانی که متیقن به نقض حقوق اساسی توسط حکومت باشند، در محکمه علیه حکومت دعوا مینمایند. اگر محکمه مدعی را حق به جانب دریابد، در این صورت با در نظر داشت چگونگی موضوع حکومت یا باید رفتار خود را تغییر دهد یا جبران خسارت نماید. در زیر یکی از مثال های از این نوع قضایا ارائه میشود. یکی دیگر از دوسیه هامربوط کلو در برابر شهر لندن جدید است که شما در قسمت دوم این فصل در باره آن خواندید. حین مطالعه این قضیه امریکایی، در باره تفاوت مهم بین اجراءات قضایی در افغانستان و ایالات متحده فکر کنید.

**قضیه براون بر علیه هیئت معارف توپیکا<sup>673</sup>**

<sup>673</sup>347 U.S. 483 (1954).

الیور براون بروت قضیه است در باره این واقعیت که دخترش لیندا به یک مکتب اطفال افریقایی - امریکایی دور از خانه آنها میرفت، در حالی که یک مکتب برای اطفال سفید پوست بسیار نزدیک به خانه وی وجود داشت ولی بنابر ملاحظات نژادی از شمولیت لیندا در آن امتناع می ورزید. آقای براون ادعا کرد که محرومیت از شمولیت دخترش در مکتب، نقض حق "حمایت برابر قانون" در قانون اساسی ایالات متحده است. در آن زمان در ایالات متحده (1954)، حکومت محلی مکاتب جداگانه برای اطفال امریکایی های افریقایی تبار و اطفال سفید پوست تعیین کرده بود. محکمه از آقای براون حمایت کرد و فیصله نمود که مکاتب جداگانه حق مندرج قانون اساسی مبنی بر حق "حمایت برابر قانون" نقض کرده است. بعد از این قضیه، حکومت اجازه اعمار مکاتب جداگانه برای اطفال افریقایی امریکایی و سفید نداشت.

شما گفته می‌توانید که چه تفاوت مهم بین اجراءات قضایی در ایالات متحده و افغانستان وجود دارند؟ در ایالات متحده، اگر افراد قضیه خود را در محکمه های پایین تر از دست می‌بازند، آنها می‌توانند موضوع را غرض استماع به محکمه عالی کشور ارائه نمایند. در قضیه براون در مقابل هیئت مدیره، اگر آقای براون در محکمه پایین قضیه را می‌بخت، می‌توانست آن را غرض استیناف خواهی به محکمه عالی ایالات متحده عرض نماید. اما در افغانستان، به اساس ماده 121، ستره محکمه افغانستان تنها این نوع قضایا را تنها "به اساس درخواست حکومت یا محاکم" بررسی مینماید. این بدان معنی است که تحت قوانین افغانستان اگر محکمه پایین علیه آقای براون حکم صادر میکرد، در این صورت وی نمی‌توانست از ستره محکمه درخواست تجدید نظر قضیه نماید، بلکه تنها حکومت یا یک محکمه پایین می‌توانست قضیه را غرض بررسی به محکمه عالی کشور ارجاع نماید.

طوری که شما در فصل ششم تحت عنوان قوه قضائیه خواندید، سیستم رسمی محاکمه در افغانستان از مشکلات محدودیت منابع، فساد، تطبیق ناسازگار عدلی در سراسر کشور و عدم اعتماد رنج میبرد. با توجه به این چالش ها، آیا شما فکر می‌کنید که مردم افغانستان واقعاً می‌توانند در تحقق حقوق اساسی خود مندرج ماده 51 قانون اساسی بر سیستم محاکم رسمی تکیه نمایند؟ آیا افغانستان آرزوی یک سیستم اجراءات قضایی برای حقوق اساسی شبیه سیستم ایالات متحده و کشورهای دیگر کرده می‌تواند؟ شاید با درک این مطلب که ایجاد یک سیستم محاکم رسمی قوی به وقت زیاد نیاز دارد، تدوین کنندگان قانون اساسی افغانستان می‌کانشیزم دیگری برای تحقق مستقلانه حقوق بشر - کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را در قانون اساسی پیش بین کرده اند.

### ج. کمیسیون مستقل حقوق بشر

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 58

(1) دولت به منظور نظارت بر رعایت حقوق بشر در افغانستان و بهبود و حمایت از آن، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را تاسیس می‌نماید.

(2) هر شخص می‌تواند در صورت نقص حقوق بشری خود، به این کمیسیون شکایت نماید.

(3) کمیسیون می تواند موارد نقص حقوق بشری افراد را به مراجع قانونی راجع سازد و در دفاع از حقوق آنها مساعدت نماید.

(4) تشکیل و طرز فعالیت این کمیسیون توسط قانون تنظیم می گردد.

طوری که شما می بینید، قانون اساسی افغانستان به کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان (AIHRC) صلاحیت میدهد حقوق بشر را در افغانستان نظارت و حمایت نماید.<sup>674</sup> موضوع حقوق بشر در ابتداء توسط قطعنامه 48/134 سازمان ملل متحد در سال 1993 و همچنین موافقتنامه بن در سال 2002 مطرح گردید و قانون ساختار، وظایف، و صلاحیت های کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان سال 2005 (از این پس قانون کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان)، ساختار و صلاحیت های کمیسیون مستقل حقوق بشر را طرح ریزی کرد.<sup>675</sup> به اساس قانون کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان "کمیسیون دارای اهداف ذیل میباشد: (1) نظارت بر وضعیت حقوق بشر در کشور. (2) بهبود و حمایت از حقوق بشر. (3) نظارت بر وضعیت دسترسی مردم به حقوق و آزادی های اساسی خود، (4) تحقیق و تثبیت موارد نقص حقوق بشر و (5) اقدامات برای بهبود و ارتقاء وضعیت حقوق بشر در کشور."

بعد از انفاذ قانون اساسی در سال 2004، فعالیت کمیسیون مستقل حقوق بشر برای نظارت و بهبود و حمایت از حقوق بشر در افغانستان تمدید گردید.<sup>676</sup> هر فرد میتواند ادعای نقض حقوق بشر را به کمیسیون مستقل حقوق بشر ارائه نماید. سپس کمیسیون ادعا را ارزیابی و به مقامات قضایی راجع میسازد. همچنین کمیسیون مستقل حقوق بشر شخص را در ارائه ادعا به مراجع قضائی نیز حمایت و کمک میکند.<sup>677</sup> در کمیسیون مستقل حقوق بشر شش واحد برنامه ای وجود دارد: واحد آموزش و پرورش حقوق بشر، واحد حمایت از حقوق زنان، واحد حمایت از حقوق اطفال، واحد نظارت و تحقیقات، واحد عدالت انتقالی، و واحد حمایت از حقوق افراد معلول.<sup>678</sup>

کمیسیون نه عضو ("کمیشنرها") دارند که توسط رئیس جمهور افغانستان تعیین میگردد و در ترکیب آن زن و مرد با سوابق و تجربه عملی در زمینه حقوق بشر شامل میباشند.<sup>679</sup> مهمتر از همه، در حالی که رئیس جمهور دارای صلاحیت تعیین اعضای کمیسیون برای یک دوره پنج ساله میباشد، اما صلاحیت عام و تام برکناری آنها را ندارد. در این حال، یک کمیشنر تنها به خاطر عدم انجام درست وظایف یا نقض قانون برکنار شده میتواند. برکناری یک کمیشنر توسط پیشنهاد دو سوم اعضای کمیسیون پس از تأیید رئیس جمهور، صورت میگیرد.<sup>680</sup> این طرح مهم است، زیرا اجازه می دهد تا کمیسیون اجراءات حکومت در زمینه حقوق بشر بطور مستقلانه و بی طرفانه ارزیابی نماید. این کمیسیون در حال حاضر آشکارا از حکومت انتقاد میکند، و می نویسد که: "نبود علاقمندی و اراده سیاسی در ارتقای حقوق بشر، فساد شایع و گسترده، به خصوص در ارگان های قضایی، سوء استفاده از صلاحیت و فقدان حاکمیت قانون و تداوم فرهنگ معافیت از مجازات موانع عمده هستند که کمیسیون مستقل حقوق بشر با آنها مواجه است." این

<sup>674</sup> قانون اساسی افغانستان، ماده 58.

<sup>675</sup> قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت های کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.

<sup>676</sup> راپور سالانه 2010 - 2011 کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان قابل دسترس به

<http://www.aihrc.org.af/media/files/Reports/Annual%20Reports/inside.pdf>.

<sup>677</sup> همانجا.

<sup>678</sup> همانجا.

<sup>679</sup> قانون تشکیل، وظایف و ...، ماده 7.

<sup>680</sup> همانجا، ماده 14.

امکان وجود دارد که رئیس جمهور با انتصاب اعضای کمیسیون وفادار به او که مایل اند در برکناری کمیشنرهای که از حکومت انتقاد میکنند به او کمک کنند، کمیسیون مستقل حقوق بشر را تحت کنترل خود در آورد. به نظر میرسد که کمیسیون مستقل حقوق بشر تا حد زیاد نقش خود را به حیث یک ارگان مستقل ایفا میکند. با این حال، طوری که شما در ذیل می خوانید، در سال 2011، رئیس جمهور کرزی در یک تصمیم بحث بر انگیز عضویت آقای نادر نادری را در کمیسیون تمدید نکرد.

این کمیسیون همچنین دارای هشت دفتر منطقه ای و شش دفتر ولایتی با استخدام حدود 600 نفر کارمند فعالیت دارد.<sup>681</sup> کمیسیون مستقل حقوق بشر مسئول نظارت بر حقوق بشر در افغانستان، از جمله نظارت بر تثبیت اجراءات حکومت در زمینه حقوق بشر و تطبیق قوانین برای تأمین احترام به استانداردهای حقوق بشر، بازدید از توقیف خانه ها، آموزش حقوق بشر، ارائه مشاوره های در باره حقوق بشر به شورای ملی و سایر عاملین حکومتی، کار با سازمان ملل متحد، و انتشار گزارش در مورد مسائل مربوط به حقوق بشر میباشد.<sup>682</sup> علاوه بر این، کمیسیون مستقل حقوق بشر شکایت افراد را استماع مینماید، شواهد را جمع آوری، قضایا را تحقیق و به مراجع قانونی افغانستان غرض پیگیری ارسال مینماید.<sup>683</sup> کمیسیون مستقل حقوق بشر نیز موظف به ارائه سفارشات برای بهبود حمایت از حقوق اطفال، زنان، معلولین و سایر اقشار آسی پذیر میباشد.<sup>684</sup>

قابل ذکر است، در حالیکه کمیسیون مستقل حقوق بشر صلاحیت ارجاع قضایا به مقامات قانونی را دارد، اما صلاحیت اقامه دعوا از قربانیان در محاکم افغانستان را ندارد. به مثابه نتیجه، قربانیان باید دوسیه های خود را خود شان را اقامه و از طریق محاکم پیگیری نمایند. در بسیاری از قضایا، قربانیان نقض حقوق بشر فاقد منابع و ظرفیت ها برای تأمین روند محاکمه منصفانه میباشدند. قربانیان نقض حقوق بشر اغلب دارای سطح سواد پایین تر و عاید کم میباشدند. این بدان معنی است که پرداخت حق الزحمه به یک وکیل مدافع به خاطر نمایندگی کردن از آنها در محکمه، از لحاظ مالی ممکن به نظر نمیرسد. علاوه بر این، ممکن است قربانیان دانش کافی در باره سیستم قانونی نداشته باشند و اطمینان حاصل نمایند که دوسیه آنها به شیوه ای عادلانه و مشروع و بدون فساد، رسیدگی میشود. مصاحبه ها با کارمندان ولایتی کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان نشان می دهند که تعدادی از دادخواست های رسیده به دفاتر ساحوی کمیسیون مستقل حقوق بشر در سال های اخیر بطور قابل ملاحظه ای به دلیل این محدودیت کمیسیون در ارائه پشتیبانی لازم که به قربانیان اجازه می دهد دوسیه های خود را به مراجع قانونی ارائه نمایند، کاهش یافته است.<sup>685</sup>

در سال 2010، کمیسیون مستقل حقوق بشر 2551 شکایت، حدود 900 نقض حقوق بشر را دریافت کرده است که از این جمله 961 شکایت کننده زن بودند.<sup>686</sup> کمیسیون مستقل حقوق بشر از 900 موضوع 761 را بررسی نموده و در گزارش سالانه خود ذکر کرده که 355 قضیه را حل و فصل کرده است. 95

<sup>681</sup> راپور سالانه 20010 – 2011 کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان

<sup>682</sup> قانون تشکیل، وظایف و ... ماده 11

<sup>683</sup> همانجا، ماده 23

<sup>684</sup> همانجا، ماده 26.

<sup>685</sup> به اساس مصاحبه ای که توسط اسپسنتت پروفیسور دیپارتمنت حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه امریکایی افغانستان صورت گرفته است.

<sup>686</sup> راپور سالانه 2010 – 2011 کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، صفحه 67، قابل دسترس به

موضوع دیگر بسته و 344 زیر کار اند.<sup>687</sup> در گزارش های کمیسیون مستقل حقوق بشر آمده که 168 مورد مربوط به حق امنیت شخصی، 388 مورد نقض حق محکمه عادلانه، 74 مورد مربوط به نقض حقوق ملکیت، و 54 مورد نقض حق ازدواج میباشند.<sup>688</sup> در این مدت افزایش در اعتراضات بر خشونت علیه زنان مشهود بوده که دلیل آن از نظر کمیسیون مستقل حقوق بشر افزایش دانش در میان زنان از حقوق و حمایت هستند که قانون برای آنها فراهم می کند.<sup>689</sup> 50% قضایای خشونت علیه زنان به میانجیگیری حواله شده و تنها 20 درصد از موارد منجر به مجازات مرتکبین جرایم شدند.<sup>690</sup>

ارزیابی کمیسیون مستقل حقوق بشر از وضعیت حقوق بشر در افغانستان این است که مقدار زیادی از عدم قطعیت و نا امنی وجود دارند، و اینکه تعدادی از مشکلات در حال حاضر چالش های هستند که از حمایت مؤثر حقوق بشر جلوگیری میکند. یکی از بزرگترین چالش های وضعیت امنیتی است که از سال 2009 رو به وخامت گراییده و به طور فزاینده انجام برنامه های بطور مؤثر توسط کمیسیون مستقل حقوق بشر را دشوار ساخته است.<sup>691</sup> علاوه بر این، کمیسیون مستقل حقوق بشر تا به حال کسری بودجه داشته که مجبور به قطع برنامه ها گردیده است. محتوای گزارش سالانه 2010-2011 کمیسیون درباره حکومت افغانستان بسیار نفاذانه است. در این گزارش آمده "نبود علاقمندی و اراده سیاسی در ارتقای حقوق بشر، فساد شایع و گسترده، به خصوص در ارگان های قضایی، سوء استفاده از صلاحیت و فقدان حاکمیت قانون و تداوم فرهنگ معافیت از مجازات" موانع عمده هستند که کمیسیون مستقل حقوق بشر با آنها مواجه است.<sup>692</sup> این کمیسیون دریافته که نقض حقوق بشر به ویژه خشونت علیه زنان و اطفال با وخامت وضع امنیتی و بحران های سیاسی، مانند انتخابات مورد مناقشه در ولسی جرگه، افزایش یافته و بر حمایت و ارتقاء حقوق بشر تاثیر منفی داشته است.<sup>693</sup> به مثابه یک نتیجه، کمیسیون مستقل حقوق بشر بر این باور است که وضعیت حقوق بشر در افغانستان رو به وخامت گذاشته و اینکه افغان ها در معرض خطر بیشتری از درد و رنج نقض حقوق بشر مندرج قانون اساسی قرار دارند.

#### چالش ها در برابر کمیسیون مستقل حقوق بشر: شکست در تعیین مجدد کمیشنر نادری<sup>694</sup>

به نظر میرسد که در دسامبر 2011، رئیس جمهور کرزی آقای نادر نادری، یکی از فعالان سرشناس حقوق بشر را از سمت خود در کمیسیون مستقل حقوق بشر برکنار نمود. جزئیات برکناری آقای نادری همچنان نامعلوم باقی مانده است. آقای نادری هنگامی که کمیسیون در سال 2004 ایجاد شد مقرر و اولین دوره خدمت خود را به طور رسمی در سال 2006 آغاز نمود. اولین دوره پنج ساله موصوف در دسمبر 2011 به پایان رسید که دوباره تمدید نگردید. آقای نادری به خاطر صحبت از تقلب در انتخابات، غصب

<sup>687</sup> همانجا، ص. 68.

<sup>688</sup> همانجا.

<sup>689</sup> همانجا.

<sup>690</sup> همانجا، ص. 69.

<sup>691</sup> راپور سالانه 2010 – 2011 کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، صفحه 67، قابل دسترس به

<http://www.aihrc.org.af/media/files/Reports/Annual%20Reports/inside.pdf>.

<sup>692</sup> همانجا، ص. 74.

<sup>693</sup> همانجا.

<sup>694</sup> معلومات این جدول برگرفته شده از

Matthew Rosenberg, *Afghan Rights Activist Nadery Ousted from Panel*, The New York Times (Dec. 22, 2011), available at <http://www.nytimes.com/2011/12/23/world/asia/afghan-rights-activist-nadery-ousted-from-panel.html>.

زمین توسط ثروتمندان و تلفات غیرنظامی حملات ناتو و طالبان شهرت آشکار را به دست آورد. در حالی که آقای نادری برای مدت طولانی منتقد حکومت بوده است، اما به نظر می رسد که یک گزارش در باره جنایات گروهی در افغانستان بعد از 1980 اداره کرزی را به برکناری موصوف وادار نمود. در این گزارش افرادی که به حیث مجرم از آنها یادآوری شده اند شامل سیاستمداران ارشد و مقامات حکومتی میشوند که بسیاری از آنها مقاومت مجاهدین را در برابر اشغال شوروی رهبری میکردند و در جنگ داخلی در 1990 فعال بودند. در مصاحبه ای، آقای نادری گفت که در جزئیات گزارش، "بیش از 180 گورهای دسته جمعی، بعضی ها با تعداد بزرگ" یادآوری شده است. این گزارش هنوز در زمان اخراج آقای نادری منتشر نشده است.

قانون ساختار، وظایف و صلاحیت کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان شرح زیر را ارائه میکند:

#### ماده 14: شرایط برکناری اعضاء

1. اعضای کمیسیون باید بر اساس اسناد و مدارک کافی و دلایل روشن و قابل دسترس، از عضویت کمیسیون به خاطر هر یکی از دلایل ذیل عزل میگردد:

الف. فقدان مهارت در انجام وظایف محوله؛

ب. نقض حریمت این کمیسیون؛

ج. نقض مفاد این قانون؛

2. برکناری یک عضو کمیسیون، همانطوری که در پاراگراف 1 این ماده ذکر گردیده، باید به اساس موجودیت دلایل روشن، مستند و پیشنهاد دو سوم اعضای کمیسیون و تأیید رئیس جمهور صورت میگیرد.

سوال مباحثه: به نظر شما آیا برکناری کمیشنر نادری با الزامات مندرج ماده 14 قانون اجراءات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان سازگار بود؟

#### سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می کنید که کمیسیون مستقل حقوق بشر در ارزیابی بی طرفانه اجراءات حکومت در زمینه حقوق بشر به اندازه کافی از حکومت استقلالیت دارد؟ چگونه می توان کمیسیون را بیشتر مستقل ساخت؟ توجه داشته باشید که طبق ماده 29 قانون کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کابینه وزیران باید بودجه کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را به حیث بخشی از بودجه ملی را تصویب نماید. آیا شما فکر می کنید که این امر بر استقلالیت کمیسیون تاثیر می گذارد؟

2. بخش قابل توجهی از کار و فعالیت کمیسیون مستقل حقوق بشر نشر گزارش ها است که وضعیت حقوق بشر در افغانستان را مستند میسازد. آیا شما فکر می کنید که این یک روش مهم و مؤثر تحقق حقوق بشر است؟ چرا و چرا نه؟

3. با توجه به ماده 23 قانون کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کمیسیون صلاحیت دارد قضایا را "به مقامات قضائی و غیر قضائی مربوطه راجع سازد." این حکم پیش فرض میکند که مقامات قضائی قادر به

تحقق مؤثر مفاد حقوق بشر خواهند بود همانطوری که در بالا بحث شد، ظرفیت و اراده قضائی به حیث یک چالش در برابر کار کمیسیون مستقل حقوق بشر قرار دارد. در نتیجه، کمیسیون مستقل حقوق بشر گاهی اوقات ناگزیر میشود قضایا را خارج از سیستم قضائی رسمی، از طریق جستجوی عفو یا انتقال مخفیانه مردم به خارج از کشور، رسیدگی نماید. آیا شما می‌توانید با توجه به وضعیت فعلی سیستم قضایی افغانستان، در باره راه‌های مختلف یا بهتر در حل و فصل شکایات برای کمیسیون مستقل حقوق بشر فکر کنید؟

4. ارزیابی کمیسیون مستقل حقوق بشر از وضعیت حقوق بشر در افغانستان و اینکه چگونه حکومت افغان به این وضعیت رسیدگی میکند، را در نظر بگیرید. آیا شما فکر می‌کنید نظر کمیسیون مستقل حقوق بشر مبنی بر فقدان اراده سیاسی، فرهنگ معافیت از مجازات، و فساد همه به افزایش نقض حقوق بشر در سراسر افغانستان کمک میکنند، درست است؟

### هفتم. محدودیت‌ها در باره حقوق تضمین شده در قانون اساسی

بسیاری از حقوقی که در این فصل مطرح شد، مطلق نیست. مواردی وجود دارند که در آن دولت اجازه دارد بعضی محدودیت‌ها را بر حقوق اساسی تحت موجودیت شرایط معین، وضع نماید. به طور کلی، دولت باید محدودیت‌های صریح و مشخص را در مورد حقوق قانون اساسی تجویز کند. اگر دولت‌ها محدودیت‌های گسترده و مبهم بر حقوق اتباع وضع کنند، پس در این صورت خطر وجود دارد که دولت‌ها این محدودیت‌ها را بطور خودسرانه اعمال و از آنها سوء استفاده نمایند. شما در مورد محدودیت‌های بسیاری پیرامون حقوق خاص در این فصل مطالعه کردید. برای مثال، شما در مورد اینکه در کدام حالات دولت محدودیت را برحق آزادی یک فرد وضع میکند اگر شخص مورد نظر از حق آزادی خود خلاف حقوق دیگران یا منافع عمومی استفاده میکند. همچنین شما در مورد چگونگی تصاحب ملکیت خصوصی یک فرد برای منافع عامه توسط دولت و اینکه دولت قبل از استملاک ارزش عادلانه را به فرد می‌پردازد، نیز مطالعه کردید. حال شما در باره دو محدودیت عام و کلی بر اعمال حقوق که مربوط به تمام قانون اساسی است یعنی ماده 59 و حالت اضطرار، می‌خوانید.

### الف. ماده 59

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 59

هیچ شخص نمی‌تواند با سوءاستفاده از حقوق و آزادیهای مندرج این قانون اساسی، بر ضد استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی عمل کند.

دولت‌ها توسط حاکمیت، یا صلاحیت قطعی در ساختن و تطبیق قوانین و بکار انداختن سیستم عدلی در قلمرو معین تعریف میشوند. حقوق اساسی و حقوق بشر صلاحیت و حاکمیت دولت را تا حدی محدود میسازد که از استبداد جلوگیری به عمل آید و اتباع در حکومت مشارکت نمایند. ماده 59 تعادل صلاحیت حاکمیت در برابر حقوق اساسی و حقوق بشر با بیان اینکه هیچ کس نمی‌تواند از حقوق خود علیه استقلال کشور، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی استفاده کند، تأمین می‌نماید. آیا شما فکر می‌کنید احکام



مندرج ماده 59 لازمی است؟ آیا فکر نمی کنید که این ماده به دولت صلاحیت بیش از حد برای محدود کردن حقوق می دهد؟ یا شما فکر می کنید که دولت باید صلاحیت بیشتری برای حفظ حاکمیت ملی داشته باشد؟ آیا شما در باره شیوه دیگر تهیه پیش نویس ماده 59 فکر کرده می توانید؟

### ب. حالت اضطرار

شما در مورد حالت اضطرار در فصل دوم در ارتباط با بحث تفکیک قوا خواندید. حالت اضطرار همچنین دارای پیامدهای مهمی برای اعمال حقوق میباشند. اجزای ماده های مختلف در مورد حالت اضطرار یاد آور میشویم:

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 145

در حالت اضطرار، رئیس جمهور می تواند بعد از تأیید روسای شورای ملی و ستره محکمه، تنفیذ احکام ذیل را معطل بسازد و یا بر آنها قیود وضع نماید:

- 1 - فقره دوم ماده بیست و هفتم،
- 2 - ماده سی و ششم،
- 3 - فقره دوم ماده سی و هفتم،
- 4 - فقره دوم ماده سی و هشتم،

#### بند 2 ماده 27

هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود، مگر بر طبق احکام قانون.

#### ماده 36

اتباع افغانستان حق دارند برای تأمین مقاصد جایز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماع و تظاهرات نمایند

#### بند 2 ماده 37

دولت حق تفتیش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون.

#### بند 2 ماده 38

هیچ شخص، به شمول دولت، نمی تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه با صلاحیت و به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود و یا آن را تفتیش نماید.

حقوق بین المللی، به ویژه میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، (که افغانستان یکی از طرفین امضا کننده آن است)، رهنمود دقیق را ارائه میکند که طی آن تعلیق حالت اضطرار مجاز است. بررسی مقررات تعلیق اضطرار در افغانستان در رابطه به رهنمود پیرامون تعلیق حالت اضطرار مندرج میثاق بین المللی

حقوق مدنی و سیاسی، برای بررسی حالت اضطرار در قانون اساسی افغانستان یک تمرین تحلیلی مفید خواهد بود.

### میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

#### ماده 4

(1) هرگاه یک خطر عمومی فوق العاده موجودیت ملت را تهدید کند و این خطر رسماً اعلان شود، کشورهای طرف این میثاق میتوانند تدابیر خارج از الزامات مقرر در این میثاق را به میزانی که وضعیت حتماً ایجاب مینمایند اتخاذ نمایند، مشروط بر اینکه تدابیر مزبور با سایر الزاماتی که بر طبق حقوق بین المللی به عهده دارند، مغایرت نداشته باشد و منجر به تبعیض جنس، نژاد، رنگ، زبان، اصل و منشاء مذهبی یا اجتماعی نشود.

(2) حکم مندرج بند فوق هیچگونه انحراف را از ماده های 6 (در باره حق زندگی) 7 (منع شکنجه) 8 (پاراگراف 1 و 2 [منع برده داری]، 11 [منع حبس به خاطر ناتوانی در اجرای مکلفیت های قراردادی]، 15 [منع عدم رجعت قوانین به ماقبل]، 16 [حق به رسمیت شناختن شخص در برابر حقوق] 18 [حق آزادی اندیشه، وجدان و دین] را شامل نمی شود.

بند 1 ماده 4 میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مطالبات مورد نیاز زیر را بر تعلیق حقوق در حالت اضطرار وضع میکند: (1) حالت اضطرار تنها در صورت وقوع جنگ یا اضطرار عامه اعلان می شود، (2) دولت باید رسماً حالت اضطرار را اعلان و در باره انجام این کار اطلاع دهد، (3) دولت حقوق را تنها "در محدوده ای که دقیقاً شرایط اضطرار نیازمند آن است" به تعلیق در آورده میتواند (4) تعلیق نباید با کدام تعهد حقوقی بین المللی دیگر در تضاد باشد، و (5) تعلیق باید عادلانه باشد.<sup>695</sup>

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی بین حقوق قابل انحراف (حقوق که در حالت اضطرار قابل تغییر میباشد) و حقوق غیر قابل انحراف (حقوق که تحت هیچ شرایطی قابل تغییر نمی باشد)، تمایز قایل است. علاوه بر حقوق لیست شده در بند 2 ماده 4 میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، کمیته حقوق بشر اعلان کرده که تضمینهای طرز العمل برای متهمین به جرم همراه با برخی دیگر از حقوق عرفی حقوق بین الملل، نیز غیر قابل انحراف میباشد.<sup>696</sup> همانطوری که شما در بالا مشاهده کردید، ماده 145 قانون اساسی افغانستان تعلیق حقوق غیر قابل انحراف میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی را مشخص نمی کند.

علاوه بر این، حقوق بین المللی معمولاً طالب آن است که چهار اصل باید در صورت محدودیت و یا تعلیق حقوق بر آورده شوند: (1) دکترین حاشیه تقدیر، (2) محدودیت ها "توسط قانون مقرر شده باشند" (3) اصول ضرورت و تناسب، و (4) اصل عدم تبعیض.<sup>697</sup>

<sup>695</sup> Alex Conte, *Limitations to and Derogation from Covenant Rights, in Defining Civil & Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* 58-64 (Alex Conte & Richard Burchill, eds. 2009).

<sup>696</sup> *Id.* at 40-41.

<sup>697</sup> Alex Conte, *Limitations to and Derogation from Covenant Rights, in Defining Civil & Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* 42 (Alex Conte & Richard Burchill, eds. 2009).

دکترین حاشیه تقدیر بدان معنی است که دولت در تعیین چگونگی اعمال حقوق اساسی و در اعلان حالت اضطرار یک اندازه آزادی عمل دارد.<sup>698</sup> این بدان معنی است که دولت افغانستان تا حدی در تعیین بهترین راه برای اعمال و اجرای حقوق قانون اساسی در افغانستان و در تعیین مناسب اعلان حالت اضطرار آزادی عمل دارد.

مطالبات وضع محدودیت ها که توسط قانون پیشبینی میشوند به این معنی است که هر گونه محدودیتی که از طرف دولت بر حقوق میشود باید توسط قانون مشروع تجویز شده باشند.<sup>699</sup> به عبارت دیگر، دولت نمی تواند محدودیت ها را بر حقوق وضع نماید که در قانون معتبر پیش بینی نشده باشد. مثال، دولت افغانستان نمی تواند در حالت اضطرار علاوه بر ماده های ذکر شده در ماده 145، در باره تعلیق دیگر ماده های دیگر، تصمیم اتخاذ نماید. دولت تنها حقوق را به حالت تعلیق در آورده میتواند که توسط قانون مجاز پنداشته شده باشد.

اصل ضرورت به دولت ها اجازه میدهد که دولت حقوق را تنها "در محدوده ای که دقیقاً شرایط اضطرار نیازمند آن است" انحراف کرده میتوانند.<sup>700</sup> برای مثال، این بدان معنی است که تحت حالت اضطرار، حکومت افغانستان تظاهرات تنها تا درجه ای جلوگیری مینماید که انجام این کار برای احیا مجدد صلح و نظم در کشور لازم باشد. اصل تناسب به این معنی است که بعد از تثبیت ضرورت انحراف، دولت با استفاده از حداقل وسایل محدود "که برای رسیدن به هدف محدودیت مورد نیاز است" فقط از حقوق تثبیت شده انحراف کرده میتواند.<sup>701</sup> به اساس مثال یادشده، دولت برای جلوگیری تظاهرات تنها اقدامات را روی دست گرفته میتواند که در آن از حد اقل وسایل ممکن و محدود استفاده به عمل آید. این بدان معنی است که اگر با استفاده از گلوله های لاستیکی به اندازه کافی جمعیت قابل کنترل باشد، حکومت اجازه استفاده از گلوله های اصلی برای کنترل جمعیت اجازه ندارد.

اصل عدم تبعیض، بدان معنی است که دولت حقوق را به روش تبعیض آمیز محدود یا به حالت تعلیق در آورده نمی تواند.<sup>702</sup> بر اساس حالت اضطرار، برای مثال، دولت افغانستان تظاهرات زنان را منع کرده نمی تواند، اما به تظاهرات مردان اجازه دهد.

به عنوان یک یادآوری، ماده 145 قانون اساسی افغانستان مقرر میدارد که بندهای زیر از قانون اساسی در حالت اضطرار تعلیق شده میتوانند.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 27، بند 2

هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود، مگر بر طبق احکام قانون.

#### ماده 36

<sup>698</sup> *Id.* at 43-46.

<sup>699</sup> *Id.* at 46-47.

<sup>700</sup> *Id.* at 47.

<sup>701</sup> *Id.* at 48-49.

<sup>702</sup> *Id.* at 50-51.

تباع افغانستان حق دارند برای تأمین مقاصد جایز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماع و تظاهرات نمایند.

### ماده 37، بند

دولت حق تفتیش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون.

### ماده 38، بند 2

هیچ شخص، به شمول دولت، نمی تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه باصلاحیت و به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید.

### سوال های مباحثه

1. آیا شما فکر می کنید که بندهای تعلیق اضطرار در قانون اساسی افغانستان، با الزامات میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و اصول کلی حقوق بین الملل که در بالا بحث شد، مطابقت دارد؟ چرا و چرا نه؟
2. چرا شما فکر می کنید که تدوین کنندگان قانون اساسی، احکام خاص را در ارتباط به تعلیق در ماده 145 بر گزیدند؟ به نظر شما آیا این حقوق برای به حالت تعلیق در آوردن مناسب هستند؟ چرا و چرا نه؟ آیا لازم نیست تا هر یک از این حقوق ذکر شده تعلیق شود؟ آیا سایر حقوق که در ماده 145 ذکر نشده است، قابل تعلیق میباشند؟

### هشتم. نتیجه گیری

در مطالعه موردی زیر، با استفاده از همه چیز که شما در طول این فصل آموخته اید سعی کنید به سوالاتی که به ادامه آن می آیند پاسخ دهید.

### مطالعه موردی: ممنوعیت عروسی های گران قیمت در افغانستان<sup>703</sup>

در سال 2011، وزارت عدلیه قانون را برای جلوگیری از اسراف در مراسم عروسی پیشنهاد نمود، که تعداد مهمانان عروسی در هر عروسی در افغانستان به 300 نفر و اندازه مصرف برای هر مهمان در حدود 7 دالر امریکایی را محدود میکند. این قانون همچنین خانواده داماد را از مصرف های بیش از حد در تهیه هدیه برای خانواده عروس جلوگیری می کند. علاوه بر این، قانون تهیه لباس برای عروسی را به دو جوره یک برای مراسم نامزدی و دوم برای مراسم عروسی محدود میسازد. در صورت تخلف از قانون هر دو یعنی زوج ها و صاحبان سالون های عروسی جریمه یا حتی به حبس محکوم میشوند. قانون

<sup>703</sup>. معلومات متن این جدول برگرفته شده از:

: Michelle Nichols & Hamid Shalizi, *Afghan Government Plans Expensive Wedding Ban*, Reuters (Jan. 15, 2011), available at <http://in.reuters.com/article/2011/01/05/idINIndia-53934320110105>; Kevin Sieff, *Afghan Government Seeks to Ban Costly Weddings*, Washington Post (July 15, 2011), available at [http://www.washingtonpost.com/world/afghan-government-seeks-to-ban-costly-weddings/2011/07/11/gIQAufnGI\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/afghan-government-seeks-to-ban-costly-weddings/2011/07/11/gIQAufnGI_story.html). Some text is directly quoted from the newspaper articles.

پیشنهادی همچنین زنان را از پوشیدن لباس بر خلاف قانون اسلامی منع میکند. "کمیته های نظارتی" که متشکل از سیاستمداران و بوروکرات ها میباشند در باره تصمیم چگونگی لباس تصمیم میگیرند.

معاون وزیر عدلیه محمد قاسم هاشمزی قانون پیشنهادی با این بیان توضیح داد: "مراسم از کنترل خارج شده. مردم پول را صرف میکنند که توان آنرا ندارند و برای سالهای زیادی قرض دار می مانند. این کار برای جامعه خوب نیست." او ادامه داد: "مردم از خارج به افغانستان بر میگردند و فرهنگ جدید را معرفی مینمایند. هدف ما این است که برخی از نظم و انضباط را به جامعه برگردانیم." وزیر عدلیه حبیب الله غالب نیز در حمایت از قانون پیشنهادی سخن گفت: "مراسم عروسی در میان مردم مانند رقابت هستند، در این رقابت هیچ کس نمی خواهد عقب ماند، مردم می خواهند ثروت خود را با تغذیه صدها نفر از مهمانان در سالون های عروسی پرمصرف نشان دهند. . . . خانواده ها قربانی چنین یک عنعنۀ نادرست میباشند و مجبور به پذیرش این بار سنگین میگردند."

دیگران از قانون انتقاد میکنند "چرا باید دولت به مردم بگوید که پول خود را چگونه صرف کند؟" گفت: محمد سلام برکی، صاحب سالون عروسی کابل. "اگر آنها این قانون را تصویب نمایند، این کار به فساد کمک خواهد کرد. من مجبور به پرداخت به تفتیش خواهم شد تا به مهمان بیشتر اجازه دهد."

برخی از بزرگان قبیله ای و مقامات در ولایات تلاش های مشابه برای تنظیم مصارف مراسم عروسی ها را انجام دادند. پیش از آن در سال 2011، بزرگان از چندین قریه در شمال ولایت جوزجان مراسم عروسی و طویانه ای پرمصرف را منع کردند و به انجام این کار تلاش کردند به جای به تعویق انداختن عروسی خود جوانان را به ازدواج تشویق نمایند زیرا آنها توان پرداخت این مصارف را ندارند. بر اساس مقررات، مصرف عروسی باید متناسب با وضعیت اقتصادی داماد باشد. اگر یک فرد این ممنوعیت را نقض نماید، وی در مراسم عروسی در قریه دعوت نمی شود "ازدواج حق همه است و نباید بار بزرگ برای عروس و داماد باشد" این مطلب را یکی از بزرگان از جوزجان اظهار نمود. "وادار ساختن خانواده داماد به پرداخت برای همه چیز و به صدها نفر نان دادن گناه بزرگ است."

از بزرگان قبیله ای از جوزجان این مطلب را ذکر کرد که ازدواج حق همه است. در حالی که برخی از احکام قانون اساسی داخلی و اسناد بین المللی حقوق بشر حق ازدواج را تسجیل نمایند،<sup>704</sup> قانون اساسی افغانستان فاقد چنین یک حکم است. با توجه به این، آیا شما با این که ازدواج حق همه است موافق هستید؟ اگر چنین باشد، پس این حق در کدام سند درج است؟

اگر ازدواج حق اتباع افغانستان است، آیا این قانون در ممکن ساختن ازدواج برای مردم، بدون در نظر گرفتن توانایی مالی، کمک کرده میتواند؟ یا، آیا این قانون با محدود کردن شیوه ای که در آن مردم بطور معمول مراسم عروسی را برگزار میکنند، نقض حق ازدواج نیست؟

به نظر شما آیا شما این قانون سایر حقوق را نقض کرده میتواند؟ در مورد حق آزادی چه فکر میکنید؟ درباره حق آزادی بیان و آزادی انجمن چه فکر میکنید؟ آیا برگزاری بزرگ عروسی شکل از بیان است، آیا برگزاری مراسم پرمصرف عروسی شیوه انتقال پیام خاص به مردم است؟ با محدود کردن تعداد مردم است در عروسی، آیا حکومت آزادی انجمن را محدود میسازد؟ در باره حق تصاحب و به دست آوردن

<sup>704</sup>. دیده شود برای مثال، ICCPR، ماده 23.

ملکیت چه نظر دارید؟ آیا جلوگیری عروس و داماد از خرید لباس های زیاد عروسی به معنی نقض حق تصاحب و به دست آوردن اموال نیست؟

آیا حکومت به مردم گفته میتواند که پول خود را چگونه مصرف کنند؟ اگر حکومت مردم را وادار بسازد تا پول خود را به شیوه مصرف نمایند که در دراز مدت به نفع آنها است، نظر شما چیست؟ برخی از کشورها در هر ماه فیصدی معین از حقوق اتباع خود را میپردازند تا حکومت از این پول برای کمک به افراد متقاعد و بدون عاید استفاده نماید. آیا شما فکر میکنید که این نقض کدام نوع حقوق میباشد؟ یا اینکه به حمایت از حقوق کمک میکند؟

از سوی دیگر این استدلال، ماده های 43 و 54 حکومت را مکلف میکند تا برنامه های مؤثر برای آموزش و پرورش متعادل در سراسر کشور تطبیق و به ترتیب رفاه خانواده را تأمین نماید. ممکن استدلال شود که به حیث بخشی از اجرای وظیفه، ممنوعیت عروسی های پرمصرف توسط حکومت برای اجرای تعهدات خود تحت ماده های 43 و 54 ضرور است. اگر خانواده تمام پول خود را در مراسم عروسی مصرف نمایند، آنها قادر به تحمل مصارف آموزش و پرورش فرزندان خود نخواهند بود. با محدود کردن مقدار پولی که خانواده ها در مراسم عروسی مصرف میکنند، این کار در آموزش اطفال کمک خواهد کرد؟ آیا، محدودیت بر مصارف عروسی، بخشی از وظیفه مثبت حکومت برای اطمینان از رفاه خانواده است؟

اگر شما به همه این پرسش ها پاسخ ندرید، سپس شما مانند یک حقوق دان فکر میکنید! این سوال های مشکل هستند و هیچ پاسخ آسان برای آنها وجود ندارد. اغلب، با در نظر گرفتن اقدام غرض حمایت حقوق یک فرد (در اینجا، حق ازدواج یا تشکیل خانواده)، می توان استدلال می کرد که در عین زمان، حکومت با آن اقدام حقوق دیگر را نقض میکند، (در اینجا، احتمالاً حقوق آزادی بیان، تشکل، انجمن یا ملکیت).

حقوق متفاوت به طور مداوم در تنش با یکدیگر اند. از لحاظ قانونی، شما وظیفه دارید در باره تمام پیامدهای احتمالی هر اقدام حکومت فکر کنید که کدام حقوق مورد تأیید و / یا نقض خواهد بود، و در نهایت تعیین اینکه آیا اقدام حکومت با احکام قانون اساسی مطابقت دارد یا خیر.

طوری که شما در این فصل خواندید، قانون اساسی افغانستان حمایت های قوی حقوق مدنی و سیاسی را پیش بین میکند، حقوقی اعطا شده توسط حقوق بین المللی در قوانین داخلی تسجیل گردیده و نظارت و اجرای این حقوق را مقرر داشته است. شما همچنین در در این فصل نیز مطالعه کردید، تحقق عملی حقوق پیش بینی شده توسط قانون اساسی آسان نیست. اول، تعیین اینکه چه چیز بطور مناسب به عایت حقوق منجر میشود، چالش برانگیز است. اکثرأ، تأمین حق یک فرد ممکن است تجاوز به حق دیگران باشد. این تنش حتی زمانی پیچیده تر میشود که شما باید نه تنها قانون اساسی و حقوق بین المللی حقوق بشر، بلکه ارزش های مذهبی را در کشور مانند افغانستان نیز در نظر بگیرید. دوم، قانون اساسی بسیاری از جنبه های حقوق، به ویژه محدودیت بر حقوق را به تقنین میگذارد. این بدان معنی است که قوانین بیشتر پیرامون حقوق اساسی باید به تصویب برسند. سوم، قانون اساسی تصریح میکند که افراد از حقوق خود در محکمه دفاع کرده میتوانند و اینکه کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان مسئولیت حمایت از حقوق بشر را به عهده دارد. اما، حصول اطمینان از اجراءات و نظارت بر عملکرد میکانیزم حمایت از حقوق مندرج

در قانون اساسی یک روند بسیار دشوار و آهسته است. به حیث حقوق دان ها و رهبران آینده در افغانستان، امیدوارم شما برای پیشرفت این روند کار خواهید کرد.

## فصل هشتم: حقوق اساسی اتباع حقوق متهمین جنایی

### اول. مقدمه

”عظمت یک ملت بر مبنای چگونگی رفتار آن با ضعیف ترین اعضای آن سنجیده می شود.“ مهاتما گاندی

نقل قول مهاتما گاندی، ”عظمت یک ملت بر مبنای چگونگی رفتار آن با ضعیف ترین اعضای آن سنجیده می شود.“ به همان اندازه ای که با سایر اعضای آسیب پذیر مرتبط میشود، در خصوص متهمین جرمی نیز صدق میکند. قضایای جزائی اکثریت قضایای محاکم را در افغانستان تشکیل میدهند. برخلاف قضایای مدنی که معمولاً شامل یک نزاع بر سر پول میان طرفین خصوصی میشود، دوسیه های جزائی برای مجازات کسی که مرتکب تخلف علیه جامعه میشود، به نمایندگی از ”مردم“ توسط حکومت تعقیب میشود.

از آنجائیکه قانون اساسی و قوانین عادی به حکومت صلاحیت میدهد افراد را به حبس یا حتی به مرگ مجازات کند، این قضایا مستلزم موجودیت بالاترین سطح روش های محافظتی میباشند. بعد از دستگیری، حکومت کنترل فیزیکی بر مجرم دارد. زیرا حکومتها غالباً از این صلاحیت سوء استفاده میکنند، یکی از اهداف اولیه قانون اساسی این است که حقوق متناسب را به افراد واگذار و در مقابل حکومت از آنها حمایت کند. این امر به ویژه در حقوق جزا در رابطه حقوق متهمین جنایی صحت دارد. حمایت حقوق متهمین جنایی این را مطمئن میسازد که تصمیمات در باره جرم مبتنی بر شواهد و قرائن معتبر استوار است و در نتیجه از اشتباه اجتناب میگردد. حمایت برای متهمین جنایی همچنین باور مردم عام را بر منصفانه بودن و شفافیت سیستم قانونی متین میسازد.

قانون اساسی سطح حد اقلی حمایت از متهمین جنایی را فراهم میکند. ضمن این فصل حقوق قانون اساسی برای متهمین جنایی که شامل اصل برائت (ماده 25)، اصل قانونی بودن و ممنوعیت بازداشت غیر قانونی (ماده 27)، ممنوعیت شکنجه (ماده های 29 و 30)، حق داشتن وکیل مدافع (ماده 31)؛ و ماهیت علنی بودن محاکمه (ماده 128) میشود، مورد بحث قرار میگیرد. قانون اجراء جزائی مؤقت برای محاکم (ICCC) و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) بعضی از حقوق بیشتر را به متهمین جنایی میدهد.

قسمت دوم با اصول زمینه ای حمایت های قانون اساسی برای متهمین جرمی آغاز می شود. قسمت سوم محدودیت های در مجازات را مورد بحث قرار میدهد یعنی اینکه حکومت کدام متهمین محکوم شده را مجازات کرده نمی تواند. قسمت چهارم حقوق اساسی متهمین جنایی در جریان محاکمه را بررسی میکند. و بالاخره، بخش پنجم ه تفاوت بین آنچه که در قانون اساسی نوشته شده است و آنچه که واقعاً در عمل اتفاق می افتد، توضیح میدهد.

### سوال مباحثه



در باره این فکر کنید که چه چیز متهمین جنایی را به گروه ویژه آسیب پذیر تبدیل میکند؟ شرایط زندان چگونه است؟ آیا مجرمین محکوم شده بعد از رهائی دارای حقوق یکسان با سایر افراد در جامعه میباشند؟ چرا اطمینان از این مهم میباشد که حکومت در ارتباط با متهمین جنایی از تعهدات قانونی اساسی خود تجاوز نمی کند؟

## دوم. مبانی حقوق متهمین

### الف. آزادی

هدف قانون، از میان بردن و یا جلوگیری کردن نیست، بلکه دفاع و توسعه دادن آزادی تست . . . زیرا آزادی به معنی آزاد بود از محدودیت و حفاظت از خشونت دیگران است؛ این چیزی است که بدون موجودیت قانون وجود نخواهد داشت: و چنین نیست که به ما گفته شده است آزادی انست هر کس هر آنچه می خواهد انجام دهد - جان لاک.

اگر هدف اصلی قانون دفاع از آزادی باشد، بحث حقوق اساسی متهمین جنایی باید با بحث آزادی آغاز شود. دفاع از حق آزادی هر تبعه در ماده 24 قانون اساسی پیشینی شده است. آزادی به معنی "خوداختیاری" یا "صلاحیت انجام دادن یک کار طبق میل خود" میباشد.<sup>705</sup> هر تبعه این آزادی را از طریق گزینه های روزانه خود از جمله انتخاب غذا خوردن در جایی که او کار می کند، و انتخاب دوستان مورد نظر خود اعمال میکند. همچنین آزادی به معنای "آزادی از محدودیت فیزیکی" و "آزادی از کنترل خودسرانه و استبدادی" میباشد.<sup>706</sup> این نوع آزادی از خویشتن داری، به ویژه به حقوق متهمین مرتبط است. ماده 24 قانون اساسی "آزادی" هر فرد را محافظت میکند:

### قانون اساسی افغانستان

- (1) آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می گردد، حدودی ندارد.
- (2) آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است.
- (3) دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف می باشد.

در دستورات قانون اساسی این به چه معنی است: "دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسانی مکلف می باشد." طوری که فصل هفتم در باره حقوق بشر توضیح می دهد، حکومت موظف به شکنجه نکردن است در غیر این صورت به کرامت اتباع افغان صدمه میزند (و همچنین به کرامت خارجیان و افراد بدون تابعیت). این ماده همچنین می تواند یک قدم به جلو خوانده شود. از آنجائیکه آزادی "حق

<sup>705</sup> Merriam-Webster's Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/liberty>.

<sup>706</sup> Merriam-Webster's Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/liberty>.

طبیعی انسان“ و “خدشه ناپذیر“ است دولت تنها مردم را زندانی کرده میتواند و در حالات محدود آنها را از آزادی محرومی میسازد. قانون اساسی در بند (1) ماده 24 بیان میکند این مسئله را محدود میکند که چرا و چگونه حکومت آزادی یک فرد را سلب میکند. چرا محدود میکند، تنها در صورتی که آزادی دیگران و مصالح عامه “متأثر میگردد“ و چگونه محدود میکند “توسط قانون تنظیم میگردد“ جواب میگردد.

کدام جرم یا رفتار سلب آزادی یک فرد را توجیه میکند؟ قانون اساسی این موضوع را مشخص نمی کند زیرا این تصمیم به مردم واگذار شده است. در یک جامعه دموکراتیک، مردم از طریق نمایندگان خود تصمیم می گیرند که چه چیز جرم پنداشته میشود و حد مجازات آن جرم چه میباشد.

### سوال های مباحثه

1. به نظر شما از جمله قضایای ذیل کدام یکی از آنها جرم قابل مجازات توقیف بوده و چه مدت مجازات برای آنها تجویز میکنید؟

- پرتاب زباله به جاده؟
- رانندگی با سرعت 160 کیلومتر در ساعت؟
- توهین به کسی؟
- زخمی ساختن یک نفر؟
- فرار از خانه؟
- سکیت بازی کردن محلات ازدحام مردم؟
- سرقت یک قرص نان؟

2. آیا در حال حاضر کدام جرمی قابل مجازات با بازداشت در افغانستان وجود دارد که به نظر شما جرم تلقی نمیشود؟ آیا کدام جرمی وجود که مجازات آن بیش از حد سخت است؟

در حالی که در قسمت سوم با جزئیات بیشتر مورد بحث قرار میگیرد، حق آزادی همچنان از حق حریم خصوصی بدون هشدار یا گرفتن مال شخص توسط حکومت به مثابه “شواهد“ جرم، نیز دفاع میکند. دیگر قوانین مانند قانون پولیس و قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، با جزئیات قابل توجهی فعالیت پولیس و خارنوالان در زمان تحقیق جرم را تنظیم میکنند.<sup>707</sup>

### ب. اصل برائت

به همان شیوه ای که آزادی “حق طبیعی انسان است“ قانون اساسی نیز اعلان می دارد که: “برائت ذمه حالت اصلی است.“ این اصل به نام فرض برائت در امور جزائی نیز معروف است. این بدان معنی است که هیچ کس تا زمانی که توسط محکمه محکوم نشده باشد، مجرم پنداشته نمیشود. بنا براین، قانون اساسی

<sup>707</sup>. برای مثال، ماده 38(3) قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم مقرر میدارد که تحقیق جرم باید در حضور مظنون و وکیل مدافع وی انجام گیرد.

تمایز بین یک مظنون (کسی که متهم به جرم است اما هنوز توسط محکمه محکوم نشده است) و محکوم (کسی که توسط محکمه به ارتکاب یک جرم محکوم شده است) قایل است.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 25

(1) برائت ذمه حالت اصلی است.

(2) متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود.

اصل برائت ذمه دو کار کرد دارد. اول، به مثابه "حاصل اثبات" که بار اثبات جرم متهم را به اساس پیگرد قانونی قرار میدهد نه اینکه متهم خود را بی گناه ثابت سازد. دوم، این یک سپر در برابر مجازات قبل از محکومیت است. اگر متهم تا زمانی اثبات جرم، بی گناه باشد، وی را نمی توان قبل از ارائه تمام شواهد مجازات و حکم جزای وی را صادر نمود.<sup>708</sup>

کارکرد یا عملکرد اولی اصل برائت ذمه مقرر میدارد که حکومت باید مجموعه از مدارک را در محکمه ارائه دهد. اگر خرنوال قاضی را در باره جرم متقاعد نسازد، قاضی باید متهم را رها کند. اگر شواهد یک برابر است، قضیه به نفع متهم فیصله میگردد. علاوه، پولیس، خرنوالان و قضات باید یک مظنون را بی گناه شناخته و از اظهار گناه وی تا پس از محاکمه بعدی خودداری نمایند.<sup>709</sup>

#### مثال 1: آزار و اذیت و اصل برائت

رئیس پولیس همواره با احمد قاسم حسادت میورزد. هر دوی آنها در یک محله بزرگ شده اند و زمانی که جوان بودند در مکتب با هم نزاع کردند. به منظور آزار و اذیت آقای قاسم، رئیس پولیس تصمیم به دستگیری او می گیرد و به دروغ او را متهم به سرقت شبانه خانه شاروال میکند. با آنکه قاسم هرگز این جرم را مرتکب نشده، اما موضوع به محکمه می رود.

بدون اصل برائت، آقای قاسم میتواند برائت خود را ثابت سازد. البته از آنجائیکه وی خانه را سرقت مسلحانه نکرده، می تواند غیابت خود را هنگام وقوع جرم در جای دیگر توسط دوستان خود ثابت سازد. اما او مجبور است تا شواهد زیاد را برای متقاعد ساختن قاضی در باره بی گناهی خود جمع آوری نماید. با این حال، اصل برائت مستلزم آن است که رئیس پولیس و خرنوال ثابت کند آقای قاسم مرتکب سرقت است. بنابراین، خرنوال مجبور به جمع آوری شواهد میباشد. از آنجائیکه آقای قاسم خانه را سرقت نکرده، این یک کار مشکل میباشد.

<sup>708</sup> Francois Quintard-Morenas, The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions, 58 American Journal of Comparative Law 107, 149 (2010).

<sup>709</sup> Alexandra H. Guhr, Ramin Moshtaghi, Mandana Knust Rassekh Afshar, Max Planck Manual on Fair Trial Standards in the Afghan Constitution, the Afghan Interim Criminal Code for Courts, the Afghan Penal Code and other Afghan Laws as well as in the International Covenant on Civil and Political Rights 19 (2009).

البته، آنها می توانند دروغ بگویند، اما قاضی تا زمانی که آنها شواهد کافی را جمع آوری و شاهدهی برای اثبات ارتکاب سرقت وی دهند، به آقای قاسم اجازه رفتن میدهد.

به این ترتیب، اصل برائت برای خائرنوال و پولیس بسیار مشکل میسازد تا یک فرد را غرض آزار و اذیت به جرم متهم کنند، و به همین منظور خائرنوال و پولیس غرض اثبات اتهام باید شواهد و مدارک زیاد را جمع آوری نمایند.

کارکرد دوم اصل برائت حکومت را از مجازات متهم الی محکوم شدن وی جلوگیری مینماید. اورا نمی توان مجبور به پرداخت جریمه یا زندانی شدن یا مجازات جسمی الی محکوم شدن وی در محکمه نمود. به همین ترتیب، رسانه ها نباید الی محکوم شدن مجرم، در باره گناه متهم گزارش دهد. این امکان وجود دارد که رسانه ها بر سر موضوع حدس و گمان بزنند و بگویند که متهم گناهکار است، اما اصل برائت بر آن است که متهم تا زمانی که به حکم محکمه محکوم نگردد، بی گناه شناخته میشود. البته، حتی در صورت بی گناه اعلان شدن فرد توسط محکمه، تبلیغات بد ممکن است تصور پایدار از شهرت فرد را از خود بجا خواهد گذاشت.

### سوال مباحثه

به اساس تجربه شخصی، آیا اصل "بی گناهی الی اثبات گناه" در عمل احترام میشود؟ مثال، چگونه روزنامه ها با فرد متهم به جرم برخورد مینمایند؟ (به یاد داشته باشید، که قانون اساسی مطبوعات را مهار نمی کند. روزنامه ها هیچ الزام قانونی بر عایت ماده 25 ندارند.)

قسمت پنجم، در ذیل، بیشتر تفاوت بین اصول قانون اساسی و آنچه در واقع در عمل اتفاق می افتد را بررسی میکند.

حکومت اغلب متهمین جنایی را قبل از محاکمه به خاطر جلوگیری از فرار بازداشت میکند. حکومت همچنین باید مظنونین را در جریان مرحله تحقیق محکمه برای سوال و جواب در بازداشت نگاه کند. در حالات خاص حکومت مردم را به خاطر مصونیت آنها و دیگران بازداشت میکند. آیا این نوع بازداشت ها مجازات میباشد؟

اگر چه این شکل از بازداشت به مقصد مجازات صورت نمیگیرد، اما از نظر عملکرد متفاوت از زندانی بودن نیست - حکومت هنوز هم آزادی متهم به جرم را محدود میسازد. قانون اساسی به صراحت نمی گوید که چه زمان این نوع بازداشت اجازه دارد، اما این را اضافه میکند که چنین اقدام باید توسط قانون تنظیم گردد. مثال ذیل را در نظر بگیرید:

## مثال 2: بازداشت و اصل برائت<sup>710</sup>

قانون مبارزه با مواد مخدر (CNL) محکمه مرکزی مبارزه با مواد مخدر را برای سراسر افغانستان در کابل ایجاد نموده.<sup>711</sup>

مظنونی که در خارج از ولایت کابل با محموله مقدار از مواد مخدر که نقض قانون مبارزه با مواد مخدر است، دستگیر میشود. مظنون باید به څارنوال محکمه ابتدائیه ولسوالی که در آنجا دستگیری صورت گرفته در طول 72 ساعت انتقال گردد. لازم نیست پولیس مبارزه علیه مواد مخدر قبل از به پایان رسیدن 72 ساعت، تحقیقات را آغاز نمایند، اما آنها باید مظنون همراه با شواهد در مدت 15 روز به کابل انتقال دهند. اگر مقامات نیاز به زمان بیشتری برای تحقیق دارند، آنها باید در طول 15 روز به محکمه مبارزه علیه مواد مخدر اطلاع دهند یا مظنون را رها نمایند.

از یک منظر، این قانون به اساس سوءظن و بدون تأیید قاضی اجازه بازداشت مظنون را تا 15 روز میدهد. بدون اینکه شما در باره زیاد بودن و یا معقول بودن مدت 15 روز برای بازداشت یک مظنون چه فکر میکنید، این بازداشت نقض اصل برائت قانون اساسی شمرده میشود. اگر شما فکر می کنید که 15 روز بازداشت یک فرد بدون اجازه قاضی بیش از حد طولانی است، پس از نظر شما این مجازات است و بنابر همین دلیل تخطی از ماده 25 قانون اساسی میباشد. اگر با در نظر داشت ضرورت جستجو و بررسی شواهد 15 روز مدت زمان مناسب باشد، این امر مجازات نبوده و تخطی از ماده 25 قانون اساسی محسوب نمیگردد. در نتیجه، در پرتو اصل برائت شما کدام یکی از این دیگاه ها را میپذیرید؟

ماده 4 قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تصریح میکند که چه نوع بازداشت ها پیش از محاکمه مجاز است:

### قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

#### ماده 4

از آغاز اقامه دعوی جزائی تثبیت مسئولیت جرمی که شخص به حکم نهائی محکمه محکوم علیه قرار میگیرد، بی گناه پنداشته میشود. اگر فیصله باعث سلب و یا محدودیت حقوق بشری شخص میگردد باید استوار به دلایل قانونی بوده که محدود به کشف حقیقت باشد.

آیا مطابقت این قانون با اصل برائت از لحاظ وسعت (برای جمع آوری شواهد و تثبیت حقیقت) به اندازه کافی محدود است یا شما فکر نمی کنید که حتی این محرومیت ها از آزادی نقض قانون اساسی است؟ آیا در این ارتباط محدودیت زمانی نیز لزوم ندارد؟

<sup>710</sup> Alexandra H. Guhr, RaminMoshtaghi, MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Manual on Fair Trial Standards in the Afghan Constitution, the Afghan Interim Criminal Code for Courts, the Afghan Penal Code and other Afghan Laws as well as in the International Covenant on Civil and Political Rights 34-35 (2009).

<sup>711</sup> Counter Narcotics Law Article 37(9).

ماده 4 قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم را با احکام موازی قانون اساسی پاکستان مقایسه کنید:

### قانون اساسی پاکستان

#### ماده 10 (توقیف احتیاطی)

(4) هیچ قانون برای توقیف احتیاطی تدوین نمیشود به استثنای حالات اقدام علیه افرادی که علیه تمامیت، امنیت یا دفاع پاکستان و یا هر بخشی از آن را به مخاطره می اندازد، یا امور خارجی پاکستان، یا نظم عامه یا تداوم تدارکات یا خدمات را مختل میسازد، و هیچ قانون بازداشت یک شخص را بیش از سه ماه صلاحیت ندارد مگر اینکه هیئت بررسی آنرا مناسب تجویز نماید، پس از فراهم آوری فرصت استماع شخص خود وی، بررسی قضیه و گزارش قبل از انقضاء هر دوره سه ماهه یاد شده که به نظر آن علت کافی برای چنین بازداشت وجود دارد. زمانی که یک فرد طبق دستور یا حکم احتیاطا توقیف میشود، مقام صدور دستور بازداشت باید [در ظرف پانزده روز] از آغاز چنین بازداشت، دلیل بازداشت را به فرد مربوطه اطلاع دهد، و به زودترین فرصت شرایط دفاع در برابر چنین دستور را برای وی فراهم سازد: به این شرط که مقام میتواند به دلیل منافع عامه از افشای حقایق امتناع ورزد. مقام صدور دستور باید تمام اسناد و مدارک مربوط به دوسیه را به هیئت بررسی ارائه دهد مگر اینکه سکریتری حکومت مربوطه تصدیق نماید که ارائه اسناد به منفعت عامه نمیباشد.

(7) در یک دوره بیست و چهار ماه شروع از تاریخ بازداشت اول به اساس دستور صادر شده تحت قانون برای توقیف احتیاطی، هیچ فرد طبق این نوع دستورات نباید برای مدت مجموعی بیش از هشت ماه به اتهام اقدام علیه نظم عامه و دوازده ماه در هر حالت دیگر . . . بازداشت شود.

قانون اساسی پاکستان مدت دقیق و دلایل دقیق بازداشت یک مظنون تحت "بازداشت پیشگیرانه" قبل از دیدن قاضی را محدود میسازد. شدت این حکم دارای نواقص و مزایا میباشد. مزایای آن عبارت اند از (1) صراحت - متهمین بطور دقیق وقت ملاقات با قاضی و کدام حقوق متصدی هستند را میدانند، (2) سازگاری - حکومت قادر نخواهد بود تا به طور متفاوت با افراد برخورد نماید زیرا که محدودیت به دقت مشخص گردیده اند. از سوی دیگر، اشکال یا نواقص چنین شدت این است که با اوضاع خاص سازگاری ندارد. چه باید کرد اگر حکومت نیاز به زمان بیشتری داشته باشد؟ آیا بازداشت شدگان باید رها گردد؟ قانون اساسی افغانستان قطبالکل برعکس این است. این قانون اساسی به وقت و زمان دقیق اشاره نمی کند و بنابر این با در نظر داشت نیازهای حکومت قابل تغییر میباشد، اما در عین حال فهرست روشن از حقوق متهمین جنایی را ارائه نمی دهد.

محقق حسین غلامی پیشنهاد کرده است که اصل برائت ذمه قانون اساسی حکومت را ملزم به سازگاری با شرایط ذیل میکند:

- دفتر تحقیق مؤظف است تا شواهد را علیه متهم جمع آوری و ارائه دهد (بسته کردن قضایای که قانون شخص را به آنها ملزم نمی داند)؛
- ممنوعیت وادار ساختن به زور متهم برای اثبات / بی گناهی یا شهادت دادن یا به اعتراف علیه خود؛

- زمان و فرصت کافی اعتراض علیه اتهام باید برای متهم فراهم شود؛
- قوانین و مقررات مناسب برای محاکمه منصفانه تهیه شود؛
- هر گونه شک باید به نفع متهم اعمال شود؛
- بازداشت مؤقت متهم را می توان دستور داد، اما تنها در شرایط استثنایی؛
- مقام قضایی باید در قضایای که متهم از / آزادی خود در هر یکی از مراحل تعقیب عدلی به خصوص در مرحله تحقیقات مقدماتی محروم شده باشد، مداخله نماید؛
- برای حمایت از حق اعتراض متهم علیه صدور حکم بازداشت مؤقت و جبران چنین شکایت، مقررات دقیق و بدون ابهام؛
- متهم باید بلافاصله پس از تصمیم محکمه مبنی بر عدم مقصر بودن آن، رها شود؛
- دولت باید هر کسی را که بدون توجیه کافی توقیف نموده، جبران خساره کند.<sup>712</sup>

### سوال مباحثه

آیا شما موافق هستید که برائت ذمه قانون اساسی نیاز به هر یک از شرایط ذکر شده در بالا دارد؟

### ج. رعایت تشریفات قانونی

رعایت تشریفات قانونی بیانگر بنیادی ترین ساختار برای حمایت حقوق متهمین جنایی میباشد. رعایت تشریفات قانونی این را تضمین می کند که هر فرد حق برخورداری از عین طرز العمل را دارد – عین اقدام از جانب حکومت روی دست گرفته میشود- قبل از اینکه آنها مجازات شوند. نظام اصول محاکم به چهار مرحله تقسیم می شوند: (1) کشف جرم که به موجب آن اشخاص جرم را گزارش میدهند یا پولیس فعالیت های مجرمانه را شناسایی و دستگیری میکند؛ (2) تحقیقات که به موجب آن پولیس یا مستنطقین که مسئول بررسی جرم و جمع آوری شواهد اند، انجام میدهند؛ (3) محاکمه، به موجب آن یک قاضی بی طرف پس از ارزیابی همه شواهد مسئولیت جرم را تعیین میکند؛ (4) تصمیم محکمه و اجرای آن، به موجب آن متهم جنایی مجازات میشود.<sup>713</sup> قانون اجراءات جزایی، از قبیل قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، هر یکی از مراحل چهار گانه را تنظیم مینماید که باید پولیس، خرنوالان، قضات، و مقامات زندان آنها را مراعات نمایند. زمانی که پولیس، خرنوال، قاضی، یا مقامات زندان قانون اصول محاکات جزایی را مراعات نمی کنند یا یکی از مراحل چهارگانه را نسبت به متهم نادیده میگیرند، ما می گویم که یک فرد حق رعایت تشریفات قانونی متهم را نقض کرده است.

رعایت تشریفات قانونی کاربرد همگانی دارد – هر کدام را در برابر قابل مساوی میپندارد. هر متهم به جرم، بدون در نظر داشت آشکار بودن و سنگینی جرم، تابع عین اصول میباشد. هر کس دارای حق تحقیق عاری از فساد، حق محاکمه و حق دسترسی به وکیل مدافع و حق بری الذمه شناخته شدن توسط قاضی که تمام شواهد وی را ارزیابی میکند، را دارا میباشد. از نظر قانون اساسی این قواعد مطلق است نه مصلحتی. هر نوع مصلحت پیرامون رعایت تشریفات قانونی صلاحیت بیش از حد را در دست قضات و خرنوال ها میماند تا فیصله نمایند که کی و چگونه محاکمه شوند. ممنوعیت مطلق ”هیچ شخص را نمی

<sup>712</sup> HosseinGholami, *Basics of Afghan Law and Criminal Justice*, pg. 157 (2006).

<sup>713</sup> HosseinGholami, *Basics of Afghan Law and Criminal Justice*, pg. 163 (2006).

توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود، مگر بر طبق احکام قانون.<sup>714</sup> و ممنوعیت "مجازات بدون حکم محکمه با صلاحیت"<sup>715</sup> در خصوص تمام افراد بطور یکسان قابل تطبیق میباشد و بنابراین، هر کس را از خطر تصمیم گیری های خودسرانه یا فاسد پولیس و خرنوال ها را محافظت می کند.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 27

(2) هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود، مگر بر طبق احکام قانون.

(3) هیچ شخص را نمی توان مجازات نمود، مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

زمانی که حکومت حق رعایت تشریفات قانونی یک متهم جنایی را نادیده میگیرد (برای مثال، حق داشتن وکیل مدافع) حکومت قانون را نقض نموده است به طور خاص ماده 27 قانون اساسی را. در عمل حکومت مکرراً حق رعایت تشریفات قانونی متهم را نقض میکند، با این حال، واقعیت این است که ماهیت غیر قانونی بودن این کار تغییر نمی خورد. حتی اگر نقض منجر به محکومیت درست متهم به جرم هم شود، از نظر قانون آن باید بی اعتبار و باطل اعلان شود چرا که حکومت نمی تواند با معافیت قانون اساسی را نقض نماید.<sup>716</sup> در صورت عدم رعایت قوانین، قوانین اصول محاکمات جزایی راه حل های خاص را پیش بینی میکند. مثال، ماده 7 قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، مقرر میدارد که "شواهدی که بدون احترام به الزامات قانونی مندرج قانون جمع آوری میگردد بی اعتبار بوده و محکمه آنرا اساس قضاوت خود قرار نمی دهد." این اصل یا قاعده همچنین به مثابه قاعده انحصاری معروف است و به موجب آن شواهد نادرست از جریان خارج میگردند. در صورت کاربرد قاعده انحصاری، متهم مورد نظر از حذف شدن شواهد از جریان محاکمه، بهره مند میشود، هدف از قاعده انحصاری جلوگیری پولیس از اقدام غیرقانونی در هنگام جمع آوری شواهد میباشد.

یکی از شیوه های که قانون اساسی به دنبال تضمین ساختاری تشریفات قانونی میباشد جدا کردن دفتر خرنوال از پولیس و سایر شاخه های حکومت میباشد. نه تنها خرنوال ها وظیفه دارند که به نقش خود در حفاظت جامعه و تعقیب قانونی جرایم علیه قوانین افغانستان وفادار باشند، آنها در جلوگیری از اعمال نفوذ رئیس جمهور و دیگر مقامات در پیگیری جرایم، استقلالیت دارد. قانون اساسی مشعر است:

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 134

<sup>714</sup> Constitution of Afghanistan, Article 27(2).

<sup>715</sup> Constitution of Afghanistan, Article 27(3).

<sup>716</sup> HosseinGholami, *Basics of Afghan Law and Criminal Justice*, pg. 155 (2006).



(1) کشف جرایم، توسط پلیس و تحقیق جرایم و اقامه دعوا علیه متهم در محکمه از طرف خرنوالی مطابق به احکام قانون صورت می گیرد.

(2) خرنوالی جزء قوه اجرائیه و در اجراءات خود مستقل می باشد.

(3) تشکیل، صلاحیت و طرز فعالیت خرنوالی توسط قانون تنظیم می گردد. کشف و تحقیق جرایم وظیفه ای منسوبین قوای مسلح، پلیس و موظفین امنیت ملی، توسط قانون خاص تنظیم می گردد.

این مقررات قانون اساسی بر خرنوالی حاکم اند که این نهاد را از سایر ارکان حکومتی جدا و مستقل نگه دارند. قانون اساسی همچنین خرنوالی را از پولیس جدا میکند تا یک انگیزه ساختاری را برای نظارت صادقانه خرنوال بر کار پولیس ایجاد نماید. حتی در حال حاضر، پولیس و خرنوالان یقیناً از فاسد بودن نگران اند و در محکوم کردن اشخاص معامله میکنند. در صورتی که دفاتر آنها مشترک میبودند، انگیزه ها برای همکاری و مخدوش کردن شواهد حتی قوی تر از آن میبودند.

در فصل های قبلی نقش استقلالیت در حمایت از حقوق فردی و اهمیت تفکیک قوا برای جلوگیری از فساد و اعمال نفوذ مورد بحث قرار گرفت. همین مطلب در خصوص دفتر خرنوالی نیز صدق میکند. با استقلالیت از قوه قضائیه، و داشتن یک نقش متمایز از پولیس، توقع حکومت از خرنوالی این است که تصمیم گیری های خود به طور مستقل بر روی حقایق، نه فساد، اتخاذ نماید. این استقلالیت مهم است زیرا دفتر خرنوالی با در نظر داشت مصلحت تصمیم میگیرد که یک قضیه را تحت پیگرد قانونی، تحقیق، یا حتی آغاز کند.<sup>717</sup> بسیاری از حکومت ها به خرنوال اختیار تشخیص شایستگی و عدم شایستگی قضایا را میدهند. اگر خرنوال شرایط تبرئه را دریابد، قضیه را بسته کرده میتوان. اما چنین مصلحت نیز دروازه را به روی فساد میگذارد چون که خرنوال می تواند تصمیم پیگیری یا بستن یک قضیه را به دلایل نامشروع بگیرد.

### تمرین در استدلال قانون اساسی

آنچه که در ذیل می آید دلایل موافق و مخالف اختیارات یا صلاحدید خرنوالی است. اختیارات خرنوالی سیستم را بیان میکند که به خرنوال ها اجازه میدهد کدام قضیه و کدام مجازات را پیگیری نمایند.

**دلایل حمایت از اختیارات خرنوالی:** طرفداران اختیارات خرنوالی استدلال می کنند که این کار به تخصیص کارآمد تر از منابع خرنوال منجر می شود، زیرا آنها تنها به دنبال آن دسته از قضایا شایسته اند که بر اساس شواهد قابل توجه استوار هستند.

**دلایل علیه اختیارات خرنوالی:** منتقدان اختیارات خرنوالی استدلال می کنند که این نوع اختیارات منجر به تبعیض و فساد از طرف خرنوال میشود.

با استفاده از مواد این فصل، شما در باره دلایل به حمایت یا مخالفت از اختیارات خرنوالی که به حقوق از

<sup>717</sup> HosseinGholami, *Basics of Afghan Law and Criminal Justice*, pg. 168 (2006).

متهمین کمک یا از آنها می‌کاهد، فکر کنید. مثال، در "طی مراحل قانونی"، خرنوال در کدام قضایا از اختیارات خود استفاده خواهد کرد؟ ممکن به طرفداری از آن بگویید که اختیارات خرنوالی شاید طی مراحل قانونی را تقویت بخشد زیرا نتیجه سوء رفتار پولیس توسط خرنوال نظارت میشود و افراد بیگناه که هرگز زندانی نشده‌اند، رها میگردند. دلایل خلاف اختیارات خرنوالی ممکن بر آن باشند که اختیارات خرنوال ممکن طی مراحل قانونی مقتضی را کاهش می‌دهد زیرا خرنوال میتواند از عوامل مانند رشوه، روابط خانوادگی و حتی قومیت را در باره اینکه کدام قضیه پیگیری شود، استفاده خواهد کرد.

استدلالات خویش را به اشتراک کنندگانی که خلاف موضوع فکر میکنند شریک کنید. آیا شما آنها را متقاعد ساخته میتوانید؟

### د. هیچ مجازاتی بدون قانون

مفهوم حقوقی "هیچ مجازاتی بدون قانون" تقریباً در هر قانون اساسی مدرن یافت می‌شود. یعنی، هیچ کس را نمی‌توان به خاطر اقدام مجازات نمود مگر اینکه قانون به طور اخص اقدام مورد نظر را حین انجام منع کرده باشد. این مفهوم همچنین بعضی اوقات به نام "قوانین که عطف به ماقبل نمیشود" یا قوانین که عطف به ماقبل شناخته شده است نیز یاد میشوند یعنی اگر قانون به تصویب می‌رسد و عمل ای که بعد از آن اتفاق می‌افتد غیر قانونی است. در رابطه، بند 1 ماده 27 قانون اساسی افغانستان بیان میدارد:

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 27

(1) هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود، مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد.

برای مثال، ممکن کسی امروز مرتکب عمل شود که توسط کدام قانون غیر قانونی یا نا جایز شمرده نمیشود. با این حال، اگر فردا قوه مقننه تصمیم می‌گیرد که این عمل باید غیر قانونی شناخته شود و با تصویب یک قانون عمل مورد نظر را جرم قلمداد میکند، نمی‌توان فردی را که دیروز مرتکب عمل شده، مجازات نمود. زمانی که یک فرد عمل مورد نظر را انجام داد غیر قانونی پنداشته نمی‌شد. همینگونه قاضی نمی‌تواند کسی را به خاطر یک جرم مجازات نماید که قانون آنرا منع نه کرده باشد. قاضی نمی‌تواند قوانین جدید را تدوین نماید زیرا کار تنها وظیفه و صلاحیت قوه مقننه می‌باشد. (اگر قاضی قوانین را میسازد، این کار نقض تفکیک قوا میباشد). بالآخره، خرنوال و پولیس نمی‌توانند از صلاحیت تحقیق خود برای بررسی یا جستجوی اقدامات استفاده نمایند که جرم پنداشته نمی‌شود. تحقیق یک عملی که جرم پنداشته نمی‌شود نیز نقض اصل "قانونیت جرائم و جزاها" خواهد بود.

به یاد داشته باشید که بند 2 ماده 130 قانون اساسی حکم میکند: "هرگاه در باره یکی از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نماید که عدالت را به بهترین وجه تامین نماید." حال، به ماده ذیل از قانون جزای افغانستان توجه نمایید:

#### قانون جزای افغانستان

## ماده 1

(1) این قانون جرایم و جزاهای "تذیری" را تنظیم مینماید.

(2) مرتکب جرایم "حدود"، "قصاص" و "دیت" مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات میگردد.

در افغانستان، قانون اسلام به حیث یک اصل پس زمینه ای قانون عمل می کند. اما آیا این بدان معنی است که قاضی می تواند کسی را به خاطر تخلف از حقوق اسلام که در قوانین موضوعه افغانستان تخلف شناخته نمیشود، مجازات نماید؟ به نظر می رسد که پاسخ به آن مثبت باشد. اما چنین یک رویه با ماده 27 (3) قانون اساسی که مجازات پیشبینی نشده در قانون را منع میکند، در تضاد قرار میگیرد. قانون جزا تنها جرایم تذیری را پیش بینی میکند و حدود و قصاص را به قانون مذهبی میگذارد.<sup>718</sup> آیا میتوان استدلال را از قانون اساسی استخراج نمود که به اساس آن تمام شریعت را نیز شامل قوانین افغانستان نمود؟ در این صورت موضوع غیر مسلمان ها چگونه میباشد؟

### مثال 3: جرایمی که جرم نیست

در عمل، مثال های قضایای که اصل "هیچ عمل جرم نیست مگر به موجب قانون" را نقض میکند، اتفاق می افتند. مثال، دفتر پروژه نظارت سیستم های حقوقی (LSOP) گزارش های را دریافت کرده است با وجود این حقیقت که فرار از خانه و مسائل اجتماعی عمل جرمی نیست دختران و زنان به خاطر آن تحت پیگرد قانونی قرار میگیرند.<sup>719</sup>

عین مطلب در خصوص محاکمه و مجازات جرایم شرعی مانند ارتداد صدق میکند. مثال، در 2007، روزنامه نگار احمد غوث زلمی ترجمه دری قرآن را چاپ نمود. رهبران و عالمان دینی نشر این ترجمه را کفرآمیز خوانده این عمل را تقبیح و وی را به محاکمه کشاندند. خرنوال او را متهم به توهین به مقدسات کرد و جزای اعدام را پیشنهاد کرد. حکم محکمه ابتدائیه توسط محکمه تأیید گردید و وی را به 20 سال محکوم کرد.<sup>720</sup>

1. در باره قضیه یادشده در گروپ های خورد بحث کنید. چه رابطه بین این مثال ها و حقوق اساسی وجود دارد، کدام یکی از آنها افراد را از مجازات بدون طی مراحل قانونی و از مجازات ای که به اساس قوانین موضوعه تخلف شمرده نمیشود، حمایت میکند؟

<sup>718</sup> Alexandra H. Guhr, RaminMoshtaghi, MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Manual on Fair Trial Standards in the Afghan Constitution, the Afghan Interim Criminal Code for Courts, the Afghan Penal Code and other Afghan Laws as well as in the International Covenant on Civil and Political Rights 115 (2009).

<sup>719</sup> TilmannRoder, *Human Rights Standards in Afghan Courtrooms: The Theory and Reality of the Right to a Fair Trial*, Islam and Human Rights 338-39 (2010).

<sup>720</sup> TilmannRoder, *Human Rights Standards in Afghan Courtrooms: The Theory and Reality of the Right to a Fair Trial*, Islam and Human Rights 340 (2010).

2. اگر این اقدامات در محاکم افغانستان طبق احکام قانون اساسی مجازات شده نمی توانند، می توان آنها را در جای دیگری مجازات نمود؟ آیا سیستم غیررسمی قضائی مطابق با اصل ”هیچ مجازاتی بدون قانون وجود ندارد“ عمل میکند؟

یکی از دلایل محرک در عقب منع قوانین عطف به ماقبل نشدن و قوانین معطوف به ماقبل نظریه آگاهی است. آگاهی به معنی باخبر بودن از اینکه برخی اقدامات معین غیر قانونی هستند، میباشد. این امر می تواند غیر منصفانه باشد تا کسی رابه خاطر یک جرم که وی هرگز در باره غیر قانونی بودن آن نشنیده باشد، مجازات نمود. از آنجا نیکه اکثر مسلمانان (و به همین دلیل بسیاری از مردم در افغانستان) در باره عدم ارتکاب جرایم حدود و قصاص میدانند، آیا این به معنی باخبر بودن کافی آنها میباشد؟

### منابعی برای مطالعه بیشتر

برای کسب اطلاعات بیشتر در مورد تقاطع حقوق رعایت تشریفات قانونی و مجازات برای جرایم علیه اسلام، لطف به یکی از قضایای ارتداد در افغانستان مراجعه نمایید - حق برخورداری از یک محاکمه عادلانه بین حقوق اسلام و حقوق بشر در کتاب حقوق اساسی افغانستان، که توسط ماندانا کروسست راسخ افگار نوشته، و از طرف مؤسسه ماکس پلانک حقوق عمومی تطبیقی و حقوق بین المللی (2006) نشر گردیده.

قانون اساسی افغانستان همچنین مجازات را به خاطر جرم که شخص دیگر مرتکب آن شده اما در جریان تحقیق دیگران را مجرم میسازد، گرفتاری یا توقیف مظنون را منع میکند.<sup>721</sup> مقصد از تسجیل این حکم به احتمال زیاد جلوگیری پولیس و خرنوال از تهدید کردن خانواده مظنون غرض اعتراف اجباری، میباشد. زیرا که پولیس تمایل به استفاده از چنین تکنیک ها دارد، تدوین کنندگان قانون اساسی صرف آن را غیر قانونی اعلان کرده اند.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 26

(1) جرم یک عمل شخصی است.

(2) تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزا بر او به شخص دیگری سرایت نمی کند.

این موضوع ساده به نظر می رسد، اما در عمل بیشتر پیچیده است. در شرایط خیانت آمیز هنگامی که گروه از مردم مرتکب یک جرم جمعی میشود، چه اتفاق می افتد؟ برای مثال، در یک حلقه توزیع مواد مخدر اگر یک نفر مواد را تهیه میکند و آن را غرض انتقال به شخص دیگر میدهد و بعد از آن به شخص ثالث به خاطر فروش، موضوع مسئولیت آنها چگونه است؟ آیا همه آنها به جرم یک عمل مقصر هستند، یا این که جرائم متعدد وجود دارند و هر کدام برای بخش از گناه بزرگتر مسئولیت دارد؟ هر فرد ممکن است

<sup>721</sup>. قانون اساسی افغانستان، ماده 26.

برای آنچه را که انجام داده و ممکن است در صورتی که به شخص دیگری در ارتکاب جرم کمک کرده باشد، به عنوان معاون جرم مورد پیگرد قرار گیرند.

### سوم. ممنوعیت بر مجازات

تعدادی از مجازات و وسایل بازجویی یا استنطاق معین بطور مطلق توسط قانون اساسی و حقوق بین المللی منع قرار داده شده است. ماده 28 استرداد اتباع افغان را منع قرار داده مگر اینکه این کار به اساس حقوق بین المللی صورت پذیرد. این امر اتباع افغان را در برابر مجازات کردن در خارج از کشور که در آن ممکن موافقت نامه های بین المللی و قانون اساسی مورد اعمال نباشند، حمایت میکند.

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 28

هیچ یک از اتباع افغانستان به علت اتهام به جرم، به دولت خارجی سپرده نمی شود، مگر بر اساس معامله بالمثل و پیمان های بین الدول که افغانستان به آن پیوسته باشد. هیچ افغان به سلب تابعیت و یا تبعید در داخل یا خارج افغانستان محکوم نمی شود.

همچنین ماده 28 حکومت را از انکار تابعیت به اشخاص یا تبعید کسی به خاطر ارتکب شدن جرم بدون در نظر داشت سنگینی آن، را ممنوع قرار داده است. نداشتن تابعیت مجازات اسفناک خاص است زیرا که افراد را از بهره گیری حقوق اعطا شده توسط قانون اساسی محروم میسازد. بنابر این، قانون اساسی این شکل از مجازات را مطلق منع کرده است.

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 29

(1) تعذیب انسان ممنوع است.

(2) هیچ شخص نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد.

(3) تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.

ممنوعیت دیگر در قانون اساسی صراحت ندارند. بند 2 ماده 29 "شکنجه" را منع کرده، اما این به چه معنا است؟ کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها و مجازات های بی رحمانه، غیر انسانی یا اهانت آمیز یا مجازات، شکنجه را چنین تعریف می کند:

هر عمل ای که باعث درد و رنج، اعم از جسمی یا روانی میشود و عمدتاً به منظور کسب اطلاعات از یک فرد یا مربوط به شخص ثالث یا اعتراف، مجازات کردن وی به خاطر عمل ای که خود وی یا شخص ثالث مرتکب شده یا مظنون به انجام، یا میانجیگری کردن یا وادار کردن او یا شخص ثالث، یا به اساس هر

دلیلی مبنی بر تبعیض از هر نوع که باشد، هرگاه چنین درد و رنج توسط یا به تحریک یا با رضایت یا توافق یک مقام حکومتی یا شخص دیگر که در سمت حکومتی کار میکند، وارد شده باشد. این تعریف درد و رنج که علت آن ذاتی یا اتفاقی باشند میشود تابع احکام قانونی میشود، شامل نمی شود.<sup>722</sup>

بر اساس این تعریف، آیا شکنجه لزوماً خشونت فیزیکی را شامل میشود؟ موضوع سوء استفاده روانی، که شامل محرومیت حسی، داروهای توهم زا و برخی از انواع استرس های روحی روانی شدید میشود، چگونه است؟ با توجه به کنوانسیون منع شکنجه، آیا این ها با استاندارد های شکنجه مطابقت دارند؟ قانون اساسی افغانستان در این باره چه حکم میکند؟ بند 2 ماده 29 نیز "مجازات خلاف کرامت انسانی" را منع کرده است. آیا شامل ساختن این حکم تکنیک های ممنوع شده فراتر از شکنجه را گسترش میدهد؟ اگر چنین است، چرا این ماده، شکنجه را نیز ممنوع کرده است؟ آیا ماده 29 تحقیر در انظار عامه را منع میکند؟

### الف. ممنوعیت تفتیش غیرقانونی

قانون اساسی "داخل شدن به خانه کسی" حتی توسط حکومت را منع میکند. با این حال، دولت (که در این جا منظور ما معمولاً از پولیس میباشد، اما همچنین می تواند مقامات نظامی یا دیگر مامورین حکومتی نیز شامل آن باشند) ممکن بعد از اقدام، در جستجوی قرار صحت اقدام از محکمه برای توجیه تفتیش خانه خصوصی کسی بر آید.

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 38

(1) مسکن شخص از تعرض مصون است.

(2) هیچ شخص، به شمول دولت، نمی تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه باصلاحیت و به غیر از حالات و طرزى که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید.

(3) در مورد جرم مشهود، مامور مسئول می تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش کند. مامور مذکور مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش، در خلال مدتی که قانون تعیین می کند قرار محکمه را حاصل نماید.

بحث "هیچ عمل جرم پنداشته نمیشود مگر بموجب قانون" (عدم رجعت قانون به ماقبل) در بخش دوم.4 در بالا را به یاد بیاورید. اگر پولیس اجازه تفتیش خانه کسی را پس از انجام عمل از محکمه به دست می آورد، آیا این اقدام به معنی نقض اصل "هیچ عمل جرم نیست مگر بموجب" نیست؟ ماده 38 اجازه تفتیش را قبل از قرار تأیید قاضی به نیروی پولیس میدهد، ولی تنها در شرایطی که در آن جرم "مشهود" میباشد.

<sup>722</sup> افغانستان کنوانسیون علیه شکنجه، مجازات ظالمانه، رفتار غیر انسانی یا اهانت آمیز را به تاریخ 4 فیروزی 1985 تصویب و به تاریخ 26 جون 1987 نافذ گردیده است.

آیا شما فکر نمی کنید که این محدودیت کافی بر توانایی پولیس برای انجام تفتیش بدون اجازه محکمه می باشد؟

در عمل، تفتیش اغلب بطور غیر قانونی انجام می پذیرد. این امر به ویژه در خارج از محدوده ای خانه واقعیت دارد. اگر پولیس از ارتکاب جرم مانند موجودیت مواد مخدر یا سلاح اطمینان داشته باشد، نیاز به اجازه برای تفتیش کردن موثر از طرف مقام قضایی ندارد.<sup>723</sup> چرا این طور است؟ ماده 38 قانون اساسی را دو باره بخوانید. قانون اساسی تنها از منازل، نه موتر ها، حفاظت میکند.

### ب. ممنوعیت اعترافات به اثر شکنجه کردن

ماده 29 نیز به طور خاص خاطر نشان میسازد که حکومت "حتی به مقصد کشف حقایق" حق اعمال شکنجه را ندارد. تدوین کنندگان قانون اساسی به وضوح در نظر داشتند که اعترافات باید فارغ از شکنجه و دیگر اشکال اجبار باشند.

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 30

(1) اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد.

(2) اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه با صلاحیت.

ماده 30 منع شکنجه را توضیح میدهد و می افزاید که تمام "اظهار، اقرار یا شهادتی" که از طریق جبر و اکراه به دست می آید، "اعتبار" ندارند.<sup>724</sup> این امر انگیزه حکومت برای استفاده از شکنجه را از بین میبرد زیرا که شواهد بدست آمده از این طریق برای پیگیری عدلی اعتبار ندارند.

حکم این ماده "اقرار" را بیشتر معرفی و تعریف میکند "اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه با صلاحیت."<sup>725</sup> این تعریف شامل چهار ر جز میشود: (1) اقرار داوطلبانه؛ (2) در برابر محکمه باصلاحیت؛ (3) توسط متهم و (4) در حالت صحت عقل. اول، اقرار باید "اعتراف داوطلبانه" باشد، یعنی نتیجه شکنجه، تهدید، یا رشوه نباشد. دوم، اقرار باید "در برابر یک محکمه باصلاحیت" باشد این برخلاف حوزه امنیتی یا روی جاده، در محکمه صورت میگیرد و متهم اقرار خود در حوزه امنیتی را در محکمه بازگو نماید. سوم، "توسط متهم" مستلزم آن است که به غیر از خود متهم اعتراف هیچ کس به جرم وی مدار اعتبار نیست. شریک جرم شخص دیگری را در جرم دخیل میسازد، اما در محکمه گفته نمی تواند که متهم به او اعتراف کرده است. هنگامی که شخص دیگری در باره آنچه که از متهم شنیده است، به محکمه اظهار میکند آنرا شایعه میگویند. شایعه شواهد

<sup>723</sup> HosseinGholami, *Basics of Afghan Law and Criminal Justice*, pg. 272-83 (2006).

<sup>724</sup> این حکم به اصل 38 قانون اساسی ایران شباهت دارد.

<sup>725</sup> قانون اساسی افغانستان ماده 30(2)

کمتر قابل اعتماد است زیرا قاضی نمی تواند صحت سخن متکلم اصلی را بر مبنی آن ارزیابی نماید. شایعه اساس اقرار را تشکیل داده نمی تواند چرا که بنده 2 ماده 30 مستلزم آنست که خود متهم اقرار خود را ابراز نماید. بالآخره چهارم، متهم باید در حالت "صحت عقل" باشد؛ یعنی اینکه، او نباید دیوانه یا تکلیف روانی داشته باشد، و نه هم تحت تاثیر داروهای روانگردان باشد.

### سوال های مباحثه

1. خلیل متهم به قاچاق مواد مخدر شده و در انتظار محاکمه در محکمه مبارزه با مواد مخدر در کابل میباشد. مسئولین امنیتی در یافتند که او سگرت میکشد و از زمان زندانی شدن تا به حال سگرت نکشیده است. آیا پولیس و خرنوال میتوانند غرض کسب شواهد در باره شبکه قاچاقچیان مواد مخدر به متهم سگرت دهند؟

2. شخص عبدل به قتل متهم شده است. هنگامی که پولیس او را در محل توقیف در حوزه نگهداری میکند، پولیس از متهم میخواهد اگر برای گفتن چیزی داشته باشد و او در این ضمن به جرم خود اعتراف میکند، آیا به اساس حکم قانون اساسی این اعتراف یا اقرار مدار اعتبار میباشد؟

### ج. مجازات اعدام

#### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 129

(2) تمام فیصله های قطعی محاکم واجب التعمیل است، مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور باشد.

هیچ اجماع بین المللی در مورد اینکه آیا مجازات اعدام شکل مشروع از مجازات است یا خیر، وجود ندارد. اگرچه بسیاری از کشورها مجازات اعدام را اعمال نمی کنند، اما تعدادی از آنها آنرا اعمال میکنند (از جمله ایالات متحده و چین). با این حال، جامعه بین المللی به این باور است که مجازات اعدام را نباید بر نوجوانان، زنان حامله، یا افراد فاقد اهلیت تحمیل گردد. (میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ماده 6). افغانستان مجازات اعدام را برای مجازات شدید عملی میکند. از آنجائیکه مجازات اعدام برگشت ناپذیر است، بیشتر مهم به نظر میرسد که حقوق متهمین در تمام مراحل روند عدالت جزایی تأمین شود، از جمله در سراسر جریان محاکمه که منجر به تصمیم اعمال مجازات اعدام میگردد.

اشکال معین از مجازات اعدام ممکن است مفهوم منع شکنجه را خواه بر مبنی قوانین افغانستان و یا حقوق بین المللی نقض کنند. برای مثال، خاتمه دادن حیات توسط سنگسار به طور گسترده به حیث نقض ممنوعیت های بین المللی شکنجه مورد انتقاد قرار گرفته. بند 2 ماده 129 افغانستان به رئیس جمهور صلاحیت میدهد حکم اعدام را تأیید یا رد نماید، بنابراین او در یک موقعیت قرار میگیرد که میتواند در



تمام قضایای که در آنها وسایل تطبیق اعدام ممنوعیت شکنجه را نقض مینماید، از تأیید اعدام خودداری کند.<sup>726</sup>

### چهارم. حقوق مثبت متهمین

قانون اساسی افغانستان دارای برخی از تضمین های شکلی است. طوری که در بالا بحث شد، رعایت تشریفات مستلزم آنست که با موضوع هر کس مطابق با این اصول رفتار و برخورد شود.

#### قانون اساسی افغانستان

##### ماده 31

هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می کند، در محکمه حاضر گردد. دولت در قضایای جنایی برای متهم بی بضاعت وکیل مدافع تعیین می نماید. محریمت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن، از هر نوع تعرض مصون می باشد. وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد.

ماده 31 تعدادی از این حقوق از جمله (1) حق داشتن وکیل مدافع (“هر فرد می تواند یک وکیل مدافع را برای خود تعیین نماید”) و محرم نگهداشتن گفتگو با وکیل مدافع؛ (2) حق محاکمه فوری (“حق حصول اطلاع از ماهیت اتهام و حضور در محکمه در مدت زمان مشخص شده توسط قانون”).

#### الف. حق داشتن وکیل مدافع

هر شخص حق دارد وکیل مدافع داشته باشد، این بدان معنی است که هر کس حق تعیین وکیل مدافع که با قانون آشنایی داشته باشد، حقایق را درک و قضیه را به نمایندگی از متهم به بهترین شکل ارائه دهد، را دارد. اما در کشوری که در آن تعداد وکلای مدافع بیش از حد کم است و پول اندکی حق الزحمه به آنها پرداخت میشود، همیشه امور به این منوال پیش نمی رود. با آنهم، قانون اساسی و قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به متهمین ایکه وکیل خصوصی را استخدام کرده نمیتواند، وکیل رایگان را تعیین میکند و پول آن توسط حکومت پرداخت می شود.<sup>727</sup> حق داشتن وکیل شامل حضور وکیل در تمام مراحل تحقیق در صورت تفتیش، مقابله شهود و زمانی که توسط پولیس و در هر جلسه قضایی مورد بازجویی قرار میگیرد، میشود.<sup>728</sup> این حق همچنین مستلزم آن است که وکیل مدافع به اسناد و مدارک حقوقی و شهود که ممکن است برای دوسیه مفید باشد، دسترسی داشته باشد.<sup>729</sup> وکیل باید اجازه ارائه یک دفاع کامل، رسیدگی به شهود و گواهان داده شود.<sup>730</sup>

<sup>726</sup> Alexandra H. Guhr, RaminMoshtaghi, MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Manual on Fair Trial Standards in the Afghan Constitution, the Afghan Interim Criminal Code for Courts, the Afghan Penal Code and other Afghan Laws as well as in the International Covenant on Civil and Political Rights 118 (2009).

<sup>727</sup> قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، ماده 19.

<sup>728</sup> قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، ماده 38.

<sup>729</sup> قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، ماده 43.

<sup>730</sup> قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، ماده 53.

قوانین افغانستان در صورتی که متهم پیدا شده نمی تواند، به برگزاری محکمه غیابی اجازه می دهد. اگر متهم برای محاکمه حاضر نباشد، وکیل مسخر باید به نمایندگی از وی حاضر باشد. اجازه برای یک محاکمه بدون نمایندگی از منافع متهم منصفانه نیست و بر خلاف اصل برائت ذمه میباشد. بنابراین، روش ارجح محاکمه مستلزم حضور متهم میباشد. قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به متهم حق میدهد در جریان محکمه نماینده داشته باشد - و می افزاید که اگر او را نمی توان یافت، خرنوال باید ابلاغیه را به آخرین آدرس وی بفرستد.<sup>731</sup>

حق داشتن وکیل به نفع تمام جامعه است. اگر متهمین دارای وکالت قانونی خوب باشند، جامعه از اینکه که فقط مرتکبین جرایم مجازات میشوند، مطمئن شده میتواند. این کار نه تنها بی گناهان را از مجازات ناروا محافظت میکند، بلکه پولیس و خرنوال را تشویق می کند در زمان تحقیق جرایم دقت بیشتر به خرج دهند. در این صورت پولیس و خرنوال ها می دانند که آنها با یک وکیل مدافع صالح و مسلکی سر و کار خواهند داشت، بنابر این باید در تحقیق و ترتیب صورت دعوا آمادگی خوب و همه جانبه داشته باشند. همچنین اگر هر دو خرنوال و وکیل مدافع در تهیه قضیه خوب کار کنند، قاضی می تواند قضیه را بر اساس تمام حقایق ارائه شده حل و فصل نماید. وکیل مدافع خوب می تواند نواقص صورت دعوای خرنوال پیدا کند و متیقن سازد که فقط متهمین واقعاً مقصر محکوم به مجازات میشود.

### ب. حق محاکمه فوری

برای جلوگیری از سوء استفاده از توقیف های طویل المدت بدون محاکمه، ماده 31 حقوق متهمین مبنی بر اطلاع از اتهامات منسوب و حق حضور "در داخل میعاد که قانون تعیین میکند" در محکمه را تضمین میکند. قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم این مدت زمان را 15 روز تعیین میکند.

#### قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

##### ماده 36

هرگاه گرفتاری توسط پولیس عدلی صورت گرفته و از طرف خرنوال تأیید یا قرار توقیف توسط خرنوال صادر گردیده و این قرار به قوت خود مانده باشد و خرنوال در ظرف (15) روز از تاریخ گرفتاری صورت دعوی را به محکمه تقدیم ننماید، متهم رها میگردد. مگر اینکه به اثر درخواست به موقع خرنوال مدت توقیف برای (15) روز دیگر تمدید شده باشد.

##### ماده 42

محکمه بعد از حصول صورت دعوی بلافاصله ورق ابلاغیه را که حاوی تاریخ و روز محکمه میباشد، صادر میکند.

در صورتی که حکومت مطابق با تعهدات خود عمل نکند، قانون اساسی راه حل های آن را مشخص نمی سازد، اما با توجه به قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، اگر از اتهامات وارده به متهم اطلاع داده نشده باشد و در مدت مناسب به محکمه دعوت نشده باشد فرد توقیف شده رها میشود. اما در عمل، هیچ

<sup>731</sup> قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، ماده 17.41 و 53(2)

چیز این مأمول را تضمین کرده نمی تواند. یک مطالعه نشان داده که افراد بازداشت شده قبل از اینکه در محکمه حاضر شوند، حتی اگر جرم کوچک هم باشد اغلب برای چند ماه در توقیف نگهداری میشوند.<sup>732</sup>

با این حال، حق محاکمه فوری باید با در نظر داشت نیازمندی حکومت برای زمان تحقیق جرم و نیاز متهم برای جمع آوری شهود و آماده ساختن دفاعیه سازگاری داشته باشد. تعیین دقیق وقت با در نظر داشت ماهیت قضیه تفاوت میکند. هر گونه تاخیر زمانی باید بر اساس پیچیدگی های قضیه، مقدار شواهد در دسترس، همکاری متهم و شاهدان دیگر، شدت جرم و هر گونه شرایط تخفیف دهنده دیگر سنجیده شود.

### حکم آزادی (Habea Corpus)

در برخی از جوامع توقیف های طولانی از طریق مکانیزم رویه ای حکم آزادی حل و فصل میشود. Habeas Corpus عبارت لاتین است که به معنی "بدن را رها سازید" میباشد. از نظر قانونی، این بدان معنی است که یک مجرم توقیف شده ممکن است قانونی بودن توقیف خود را به چالش بکشد و حکومت باید توقیف وی را توجیه کند. اگر متهم محکمه را متقاعد سازد که توقیف تعیین شده 15 روزه قانون دیگر را نقض کرده، حکومت باید او را آزاد سازد. با این حال، قانون اساسی افغانستان مشتمل بر حق این تدبیر حمایتی نمیشد، بنابراین هیچ روند از حقوق افرادی که بطور غیرقانونی بازداشت شده اند، دفاع نمی کند.

### ج. حق محاکمه علنی

قانون اساسی افغانستان محاکمه علنی را تضمین میکند تا مردم عام به مثابه یک عامل اضافی بر اعمال حکومت نظارت کنند. مردم عام میتوانند مظاهری از فساد، بی عدالتی و خیانت به قانون اساسی را مشاهده نمایند. رسانه ها به حیث ی دیده بان مهم از طریق ارائه گزارش عادلانه بودن محاکمه را تأمین کرده میتوانند. اگر چه قضات انتخاب نمیشوند و مردم امکان بیرون راندن آنها از دفتر را ندارند، اما افکار عامه هنوز هم می تواند قضات را از طریق اثر تبلیغات جدی تحت فشار قرار دهند و به خاطر کسب احترام در جامعه آنها ناگزیر هستند به صدای مردم گوش دهند.

### قانون اساسی افغانستان

#### ماده 128

(1) در محاکم افغانستان، محکمه به صورت علنی دایر می گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد.

(2) محکمه می تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده، یا سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد، جلسات سری دایر کند، ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد.

<sup>732</sup> *Afghanistan: Re-Establishing the Rule of Law*, 14 August 2003, AI Index: AA 11/021/2003, p. 25 (cited in Alexandra H. Guhr, RaminMoshtaghi, MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Manual on Fair Trial Standards in the Afghan Constitution, the Afghan Interim Criminal Code for Courts, the Afghan Penal Code and other Afghan Laws as well as in the International Covenant on Civil and Political Rights 75 (2009)).

قانون اساسی در حالت معین اجازه سری بودن محاکمات را میدهد، طوری که بند 2 ماده 128 قانون اساسی افغانستان به آن حکم میکند. قانون اساسی ایران حکم مشابه را تسجیل میکند:

### قانون اساسی ایران

#### ماده 165

محاکمات، علنی انجام میشود و حضور افراد بلامانع است مگر اینکه به تشخیص دادگاه علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد.

تفاوت این دو ماده چیست و کدام یکی از آنها بیشتر به حمایت از محاکمه علنی میباشد؟

- در افغانستان، زمانی که "سری بودن لازم باشد" محاکمه سری برگزار میشود.
- در ایران، محاکمات تنها زمانی سری برگزار میشود که (1) "علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد" یا (2) طرفین دعوا آنرا تقاضا کنند.

چه کسی، قاضی یا طرفین دعوا "سری بودن محاکمه" را در افغانستان تعیین می کند؟

سایر قوانین راهنمایی های بیشتر را در زمینه ارائه میدهد: بند 2 ماده 52 قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم "نظم عامه"، را استثناء قرار میدهد به این معنی که حضور مردم عام در محکمه، از اداره مؤثر عدالت جلوگیری به عمل می آید. یک استثنای دیگر اجازه محکمه سری به خاطر منافع "امنیت ملی" میباشد. این استثناء، به محاکمه تروریست ها و یا به طور بالقوه، مقامات حکومتی دارای اطلاعات سری مربوط میشود. بالآخره استثناء "اخلاقی" به محاکمه سری که در آن افراد زیر سن قانونی (ماده 33 قانون رسیدگی به تخلفات اطفال) یا جرائم جنسی بررسی میشود، اجازه میدهد.<sup>733</sup> آیا شما فکر می کنید این انعطاف پذیری به قاضی اجازه میدهد تا در صورت لزوم و صرفنظر از دلیل، محاکمه را سری دایر نماید، یا اینکه این مصلحت بیش از حد عام است و از آن سوء استفاده شده میتواند؟

### د. حق ترجمه کتبی و شفاهی

قانون اساسی تضمین می کند که یک فرد متهم حق دارد اطلاعات کامل از اتهامات نسبتی اش داشته باشد. البته، دری و پشتو در اغلب قضایا در محاکم صحبت می شود، اما اگر فرد متهم تنها به ازبکی یا ترکمنی صحبت می کند و محاکمه هم در کابل دایر میگردد، چه باید کرد؟ این اطلاعات و تمام جریان محاکمه باید به زبانی که او صحبت می کند ترجمه شود تا وی به طوری کامل قضیه را درک و از خود دفاع نماید.

### قانون اساسی افغانستان

<sup>733</sup> Alexandra H. Guhr, RaminMoshtaghi, MandanaKnustRassekhAfshar, Max Planck Manual on Fair Trial Standards in the Afghan Constitution, the Afghan Interim Criminal Code for Courts, the Afghan Penal Code and other Afghan Laws as well as in the International Covenant on Civil and Political Rights 81 (2009).

### ماده 135

اگر طرف دعوا زبانی را که محکمه توسط آن صورت می گیرد، نداند، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری، توسط ترجمان برایش تامین می گردد.

### ه. حق بر تصمیم گیری عقلانی

برائت ذمه، بار اثبات را بر خوانوال می ماند تا قاضی را متقاعد سازد که اتهامات وارده جرم متهم درست هستند. اگر قناعت قاضی حاصل نشود، متهم را رخصت میکند. اما اگر قناعت قاضی در باره گناه متهم حاصل شود، او باید به صراحت دلایل خود را در تصمیم ذکر کند به طوری که متهم، مردم عام و محاکم بالاتر مبنای استدلال وی را بدانند.

### قانون اساسی افغانستان

### ماده 129

(1) محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می نماید، در فیصله ذکر کند.

(2) تمام فیصله های قطعی محاکم واجب التعمیل است، مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور باشد.

همچنین این تصمیم گیری عقلانی باید به طور کتبی تهیه گردد. فیصله کتبی به متهم، خوانوال که مجری حکم است و محکمه استیناف اجازه میدهد که بطور دقیق در باره تصمیم قاضی و دلایل آنرا بدانند. حکم باید روشن، ساده و بدون ابهام، اما بر اساس قانون باشد.<sup>734</sup>

به اساس حق بر تصمیم گیری عقلانی، هر متهم حق درخواست تجدید نظر دارد و در صورت اشتباه قضایی، از محکمه عالی تر درخواست کمک کرده میتواند. هیچ سیستم قضایی کامل نیست و امکان وجود دارد که یک قاضی به اشتباه شخص بی گناه را محکوم کند. به این دلیل، قوه قضائیه دارای سلسله مراتب میباشد که در طی آن محکمه استیناف و ستره محکمه بر تصمیمات محاکم پایین تر نظارت میکند.<sup>735</sup> این ساختار، محکومیت های غیر قانونی را به دو روش کاهش می دهد: اول، محکمه های پایین تر در صورتی که بدانند تصامیم آنها مورد بازرسی قرار میگیرد، از احتیاط بیشتر کار خواهند گرفت؛ و دوم، محاکم بالاتر ممکن است اشتباهات عمدی یا غیر عمدی محاکم پایین تر را بگیرند. محاکم بالاتر صلاحیت اصلاح فیصله های غیر قانونی و بازگرداندن آنها، رهائی فرد را دارند و رهائی موقت به ضمانت پولی را برای رهائی آن وضع کرده میتوانند.<sup>736</sup>

### پنجم. اصول در برابر عمل - فساد و رشوه گیری

<sup>734</sup> HosseinGholami, *Basics of Afghan Law and Criminal Justice*, pg. 201 (2006).

<sup>735</sup> قانون اساسی افغانستان، ماده 116

<sup>736</sup> برای توضیحات مکمل اختیارات استیناف پیرامون جریان محاکمه، روند مخالفت با تصامیم محاکم تحتانی و تعدیلات دیده شود:

HosseinGholami, *Basics of Afghan Law and Criminal Justice*, pg. 179-198 (2006).

اصول و استانداردهای که در قانون اساسی مشخص شده، همیشه در عمل مراعات نمیشوند. پژوهشگر تیلمن رودر (TilmannRoder) یک محاکمه جرمی قتل در محکمه ولایت هرات را مشاهده کرده است.<sup>737</sup> او با دو متهمین جرمی ملاقات کرده و آنها به وی گفت اند که مورد ضرب حمله قرار گرفته و سپس به جلسه دفاعیه آورده شدند. آنها گفتند که هیچ شاهدهی برای اثبات ادعای متهمین به دفاع از خود وجود ندارد زیرا که این نوع "دوستان" قابل اعتماد نیستند. متهمین وکیل مدافع نداشتند و به آنها در باره حق داشتن وکیل مدافع یا حق خاموش ماندن چیزی گفته نشده بود. پولیس مسلح مردم عام را از محکمه خارج ساخت. بالآخره، قضات دو مرد را به جزای اعدام محکوم کردند. متهمین از حق درخواست تجدید نظر خبر نداشتند تا اینکه مصاحبه کننده در این باره به آنها معلومات داد.

چرا این اتفاق افتاد؟ طوری که در فصل ششم تحت عنوان قوه قضائیه توضیح داده شد، مشکلات با استقلال قضایی، فساد، و شایستگی در هر سطح قوه قضایه افغانستان وجود دارد. قضات حقوق خوب ندارند، یک قاضی جوان در سطح ولسوالی به طور معمول در حدود 10000 افغانی (200 دالر امریکایی) در ماه معاش دارد.<sup>738</sup> این کار به ویژه حق متهمین بر محاکمه عادلانه تاثیر منفی دارد زیرا که قضات و خائرنوال ها دارای معاش کم، بیشتر در معرض خطر فساد هستند. فساد می تواند از خانواده قربانی ناشی گردد اگر آنها خواهان مجازات سنگین برای متهم باشند یا از متهم، اگر او به اندازه کافی پول داشته باشد وگناه خود را "خریده" می تواند.

### سوال های مباحثه

دو شکل استقلال قضایی که در فصل ششم تحت عنوان قوه قضائیه بحث شد یعنی استقلال نهادی و استقلال تصمیم گیری را مرور نمایید.

1 کدام یک از این دو شکل برای حفاظت از حقوق متهم از اهمیت بیشتری برخوردار است؟

2. آیا شما فکر نمی کنید که خائرنوال ها و وکلای مدافع نیاز به همین نوع استقلال دارند؟

گزارش ها از خشونت و تهدید به خشونت، یک مشکل عمده استقلال قضایی در سیستم قضایی جزا را روشن میسازد. جزئیات یک گزارش افشا کرده است که به خاطر عدم رها کردن پسر یک فرمانده پولیس محلی که به اتهام قتل بازداشت شده بود، نزدیکان وی برای کشتن یک قاضی تلاش کردند.<sup>739</sup> در فرهنگ فساد و قدرت، کسانی که توان آسیب رساندن به دیگران را دارند، میتوانند از قدرت خود بالای آنهائیکه که قدرت قضایی دارند، به خوبی استفاده کنند.

<sup>737</sup> TilmannRoder, *Human Rights Standards in Afghan Courtrooms: The Theory and Reality of the Right to a Fair Trial*, Islam and Human Rights 329-30 (2010).

<sup>738</sup> TilmannRoder, *Human Rights Standards in Afghan Courtrooms: The Theory and Reality of the Right to a Fair Trial*, Islam and Human Rights 336 (2010).

<sup>739</sup> TilmannRoder, *Human Rights Standards in Afghan Courtrooms: The Theory and Reality of the Right to a Fair Trial*, Islam and Human Rights 336 (2010).

رشوه ستانی، فساد و دخالت ها از جانب زورمندان سیاسی نیز نظام عدالت جزایی را با تزریق تعصب و طرفداری در سیستم و ایجاد نابرابری میان متهمین سیستم قضایی جزا را فاسد میسازد. عین عمل با در نظر داشت اینکه آیا متهم دارای منابع و قابلیت رشوه دادن به قاضی و سایر مامورین در محکمه است یا خیر، منجر به نتایج بسیار متفاوت میشود. رشوت در تمام سطوح وجود دارد، شروع از رشوت به کاتب محکمه به خاطر آغاز، به تعویق انداختن، یا درخواست تجدید نظر قضیه تا سطح بزرگتر رشوت به خاطر آزادی یک متهم از زندان.<sup>740</sup>

#### مثال 4: رشوت<sup>741</sup>

در ولایت هرات یک فرمانده نظامی یک مرد بی گناه را به مرمی زد و پس از آن ادعا کرد که او یک قاچاقچی مواد مخدر بود. فرمانده نظامی دستگیر و توقیف گردید. خانواده مقتول بیگناه ماموران زندان را به خاطر سپردن قاتل رشوت داد. سپس خانواده مقتول فرمانده نظامی را با خود گرفته و در قبر مرد متوفی به ضرب گلوله کشت.

آیا شما فکر می کنید که کدام روند یا تضمین های محاکمه می تواند مانع فاجعه یادشده شوند؟ برای جبران خانواده چه باید در نظر گرفت؟ آیا آنها علاوه بر قاتل، از حکومت ادعای خسارت کرده می توانند؟

<sup>740</sup> TilmannRoder, *Human Rights Standards in Afghan Courtrooms: The Theory and Reality of the Right to a Fair Trial*, Islam and Human Rights 336 (2010).

<sup>741</sup> TilmannRoder, *Human Rights Standards in Afghan Courtrooms: The Theory and Reality of the Right to a Fair Trial*, Islam and Human Rights 336 (2010).

## واژه نامه

**بررسی مجمل:** حق احاله قضیه در محکمه قانون اساسی برای عالیترین ارگان ها و مقامات کشور (رئیس جمهور، جمهوری، کابینه)، گروه های اعضای پارلمان (یعنی اپوزیسیون پارلمانی)، و نهادهای مشابه محفوظ میباشد. مطابقت قانون با احکام قانون اساسی بطور مجمل یا عام مورد بررسی قرار میگیرد، نه در زمینه هر مورد خاص.

**پاسخگویی:** موضوع مشروط به حساب دادن، پاسخگو بودن. در ارتباط با حکومت، اغلب گفته می شود که ارکان مختلف حکومت متقابلاً به یکدیگر پاسخگو هستند، به این معنی که انتظار می رود هر رکن مسؤلیت حساب دهی و پاسخگو به رکن دیگر میباشد.

**تفویض صلاحیت:** دادن صلاحیت رسمی به شخصی یا منظور نمودن.

**حقوق اداری:** روش های ایجاد شده توسط نهادهای اداری (ادارات حکومتی شهرها، محلات، ایالت یا حکومت فدرال) که شامل قوانین، مقررات، برنامه های کاربردی، تصدیق نامه، جوازنامه، اطلاعات قابل دسترس، جلسات استماعیه، تجدید نظر و تصمیم گیری میشود.

**شورای ملی افغانستان:** قوه مقننه افغانستان، که متشکل از مجلس علیا و سفلی میباشد.

**نسبت داده شده:** ادعا درستی کردن یک قضیه، متهم اما ثابت نشده یا محکوم نشده.

**ارتداد:** ترک اعتقادات دینی.

**خودسرانه:** (الف) مهار یا محدود نشده در اعمال صلاحیت: حکومت کردن با صلاحیت مطلق ("حکومت خودسرانه")؛ (ب) مشخص یا ناشی شده از اعمال صلاحیت نامحدود یا استبدادی ("حفاظت از دستگیری های خودسرانه و بازداشت").

**آرمائی:** ابراز امید یا قصد اما نه ایجاد تعهد قانونی الزام آور.

**موازنه قدرت:** توزیع قدرت در میان بخش هایی از حکومت به طوری که هیچ بخش منافع اساسی دیگر را به طور جدی تهدید ننماید.

**قوه مقننه دارای دو مجلس:** داشتن دو بخش - که برای توصیف حکومت مورد استفاده قرار گیرد و در آن افرادی که قوانین را میسازند به دو گروه تقسیم می شوند.

**الزامیت:** داشتن نیروی قانونی، نیاز به اطاعت.

**توهین به مقدسات:** عمل توهین یا تحقیر یا بی احترامی به خدا.



**طرح اولیه:** برنامه ریزی مفصل یا برنامه عمل.

**رکن (شاخه):** بخش از سازمان است. در چارچوب یک حکومت مرکزی، قوه مجریه، قوه مقننه و قوه قضائیه هر یک از ارکان حکومت است.

**قاعده خط - روشن:** قاعده حقوقی از تصمیم گیری است که تمایل به حل و فصل مسائل، به خصوص ابهامات، ساده و صریح، گاهی اوقات چشم پوشی از انصاف به خاطر حصول قطعیت یا اطمینان.

**بودجه:** مقدار پول اختصاص داده شده به حکومت و نهادهای مختلف برای مصارف سالانه.

**بار اثبات:** مطالبات ای که ارگان های خارنوالی توسط یک استاندارد خاص نشان میدهد که تمام حقایق لازم برای موفقیت در محکمه ارائه شده و احتمالاً درست است.

**بوروکراسی:** گروه بزرگی از مردم که پیشبرد امور حکومتداری را به عهده دارند اما انتخاب نشده است.

**کابینه:** ارگان مشاوران رئیس دولت است.

**سانسور:** عمل بررسی مواد به منظور موارد اعتراض آمیز.

**متمرکز کردن:** متمرکز ساختن از طریق اعمال قدرت و اقتدار در مرکز یا سازمان مرکزی.

**مجلس (اتاق):** قوه مقننه و قضائیه؛ بخصوص هر کدام از اتاق های قوه مقننه دارای دو مجلس.

**نظارت و توازن:** سیستم است که اجازه می دهد تا هر رکن از حکومت به اصلاح و یا حق ویتو اعمال رکن دیگر را طوری نظارت کند که از اعمال قدرت بیش از حد جلوگیری به عمل آید.

**سیستم قانون مدنی:** در نظام قانون مدنی، قضات در باره قضایا بر اساس قانون مربوطه تصمیم میگیرند. فقط به ندرت قوانین این طولانی و مفصل قضیه مربوطه را تحت پوشش قرار نمی دهند. در چنین موارد قضای اصول مندرج قانون مورد تطبیق قرار میدهد.

**با هم مساوی:** برابری با یکدیگر.

**فرمانده کل قوا (سرقوماندان اعلی قوای مسلح):** رئیس دولت یا افسر در فرماندهی عالی نیروهای مسلح یک کشور است.

**سیستم حقوق کامن لاو:** در نظام قانون کامن لاو، قضات نقش مرکزی در تفسیر قوانین بازی میکنند و بر احکام قضایی گذشته تکیه میکنند نه قانون برای رهنمود. زمانی که قضیه موضوع جدید را مطرح میسازد، قاضی به اساس مقایسه و اختلاف آن با دیگر قضایا به منظور تهیه قانون جدید استدلال میکند.

**صلاحیت (صلاحیت قضایی):** قدرت و اقتدار قانون نافذ، برای انجام عمل خاص است. یعنی نوع قضیه که محکمه به اساس قانون استماع مینماید، همچنین نگاه کنید به حوزه صلاحیت قضایی.

**بررسی مشخص یا اتفاقی:** بررسی موارد در محکمه عالی قانون اساسی که پیرامون مسایل مربوط قانون اساسی توسط محاکم تحتانی ارجاع میگردند. در اغلب سیستم ها، اگر یک محکمه عادی در می یابد که یک حکم قانون قابل تطبیق بطور مشخص با احکام قانون اساسی مطابقت دارد، باید از جمله موارد مربوط به قانون اساسی محسوب گردد.

**تضاد منافع: (الف)** تضاد بین منافع خصوصی و مسئولیت رسمی یک شخص در یک موقعیت اعتماد شده (ب) یک وضعیت که در آن یک فرد دارای یک وظیفه به بیش از یک شخص یا سازمان به عهده دارد، اما نمی تواند عدالت را در خصوص منافع واقعی یا بالقوه متضاد هر دو طرف را تأمین نماید. این شامل مواردی میشود که منافع شخصی یا نگرانی فرد با قناعت مشتری در تعارض باشند، یا زمانی که منافع شخصی یک مقام حکومتی خلاف / وفاداری به امور عامه باشند. وکیل، محاسب، مشاور کسب و کار یا دلال معاملات ملکی دو طرف را در مناقشه نمایندگی کرده نمی تواند و حتی از بروز درگیری باید جلوگیری نماید.

**حوزه:** تعداد اتباع که حق انتخاب یک نماینده را دارند (مانند ارگان تقنینی یا اجرائیوی)

**مشروطیت:** لزوماً به داشتن یک قانون اساسی مربوط نیست، اما به محدودیت های ساختاری و اساسی در حکومت مربوط میشود.<sup>742</sup>

**شکایت به اساس قانون اساسی:** این روش به افراد اجازه میدهد به محکمه قانون اساسی دسترسی داشته باشند. کسی که دوسیه خود را در محاکم عادی از دست داده باشند در باره نقض حقوق خود به محکمه قانون اساسی شکایت کرده میتوانند.

**محکوم (یا مجرم محکوم شده):** شخص ای که به جرم محکوم و مجازات شود.

**در عمل (دی فاکتو):** برای توصیف چیزی که عملاً موجود است اما به طور رسمی پذیرفته یا به رسمیت شناخته نشده است.

**از لحاظ قانونی (دی جوری):** بر اساس یا طبق قانون بودن است.

**از نو (دی نوا):** بررسی و تصمیم گیری قضیه از نو (برای بار دوم)، با در نظر داشت تمام حقایق، نه صرف نظر انداختن بر اینکه محکمه ابتدایی به درستی قانون را تطبیق کرده است یا خیر.

<sup>742</sup> Gerhard Casper, Occasional Papers from The Law School Number 22: Constitutionalism 16 (The University of Chicago Apr. 6, 1987).

**تمرکز زدایی:** پراکندگی و یا توزیع وظایف و اختیارات، به طور خاص تفویض صلاحیت از مرکز به مقامات محلی و منطقه ای.

**استقلال تصمیم گیری:** صدور احکام قضایی عاری از فساد و نفوذ خارجی صرفاً بر اساس حقایق مربوط قضیه و قانون قابل اعمال.

**ترسیم:** توصیف، به تصویر کشیدن، یا بیان یک مورد با دقت یا جزئیات.

**محرومیت:** حالت نداشتن چیزی که نیاز مردم باشد.

**انحراف:** معافیت از یک قاعده یا قانون.

**مستقیم:** دنبال کردن خط سیر راست .

**(اختیارات) صلاحدید:** صلاحیت یک قاضی در تصمیم گیری پیرامون مسائل مختلف بر اساس / نظر خود در محدوده طرز العمل های عام قانونی. مثال (الف): یک قاضی ممکن در تعیین مقدار جریمه یا تداوم محاکمه تصمیم بگیرد، یا، (ب) خرنوال ممکن است اختیار داشته باشد یک جرم را به جنحه یا جنایت عنوان کند.

**تاثیر نامتجانس:** اثر سوء عمل که در قصد خود بی طرف است اما با این وجود تعداد از افراد را به طور نامتناسب متأثر میسازد.

**تمایز:** تفاوت که مجموعه چیزی ها را از هم جدا میسازد.

**تهیه کننده پیش نویس:** کسی که سند مورد سوال را تهیه میکند.

**طی مراحل قانونی:** (الف) انجام اقدامات قانونی طبق اصول و قواعد برای حمایت و تحقق حقوق خصوصی، از جمله اطلاع و حق دادرسی عادلانه در محکمه دارای صلاحیت تصمیم گیری پیرامون قضیه. (ب) تمام مراحل قانونی که توسط قانون و عمل محکمه تعیین شده، از جمله اطلاع از حقوق، باید در مورد هر فرد مراعات گردد به طوری که به رفتار غیر عادلانه یا متفاوت منجر نگردد.

**وظیفه:** تعهد اخلاقی یا حقوقی.

**تایید و امضا:** تأیید بطور عامه یا رسمی در باره حمایت و یا تایید (کسی یا چیزی)

**تنفیذ:** انجام دان موثر.

**مستحق:** داشتن ادعای قانونی بالای یک شی.

قاعده انحصاری: قاعده یا اصل ایکه که به اساس آن شواهد توسط وسایل قانونی محفوظ میباشند و اینکه باور بد نمی تواند در یک محاکمه جرمی معرفی شود.

**منحصر به فرد:** محدود به یک فرد یا یک گروه.

**اجراکردن:** انجام کار یا امرز به طور کامل؛ بطور کامل در معرض عمل قرار دادن.

**عطف به ماقبل(رجعت به ماقبل):** برای لاتین "پس از واقعه" که اشاره به قوانین دارد که بعد از وقوع واقعه تصویب میگردد و آن را غیر قانونی میسازد اگر چه حین انجام قانونی بود، یا افزایش مجازات برای جرم پس از ارتکاب آن. بنابراین، قوانین جدید به جرایم قبل از تصویب قوانین جدید صدق نمی کنند.

**فدرال:** شکلی از حکومت که در آن قدرت بین قدرت مرکزی و تعدادی از واحدهای تشکیل دهنده ارضی توزیع میشود.

**وظیفه امانتی:** وظیفه قانونی امانتی که به بهترین شیوه منافع مشتری را بر آورده سازد.

**سیستم رسمی عدلی:** همچنین بنام قوه قضائیه نیز یاد میشود، این سیستم محاکم دولتی را در بر میگیرد.

**لقیظ (بچه سر راهی):** نوزاد رها شده که پدر و مادر آن معلوم نباشند.

**از سوی والی:** از یا مربوط به والی.

**حکم آزادی:** دادخواست به یک قاضی در محل که در آن زندانی، محبوس است، و قاضی جلسه استماعیه را در باره اینکه آیا یک مبنای قانونی برای نگهداشت زندانی وجود دارد یا خیر، سازماندهی میکند. حکم آزادی محافظت در برابر سلول های غیر قانونی است، مانند نگه داشتن فرد بدون اتهام و یا زمانی که طی مراحل قانونی نادیده گرفته میشود.

**شایعه:** شواهد دست دوم که در آن عامل آنچه که او شخصا می داند را نمی گوید، اما آنچه که دیگران به / او گفته اند بازگو میکند.

**اثرات افقی:** رابطه بین اتباع خصوصی.

**تفکیک افقی قوا:** تفکیک قدرت میان ارکان مختلف حکومت فدرال است.

**حقوق بشر:** حقوق اساسی و مسلم است که یک فرد صرف به دلیل انسانیت، مستحق آن میباشد.

**گفتمان حقوق بشر:** بحث و گفتگو بین المللی حقوق بشر توسط جوامع سیاسی، علمی، و فعال.

**مصونیت (ایمنی):** حفاظت ویژه از آنچه که به نظر اکثر مردم باید توسط قانون تأمین گردد.

**عملی کردن:** اثر عملی دادن و حصول اطمینان از تحقق واقعی با اقدامات مشخص.

**افراد حکمی:** "حکمی" به معنای نداشتن بدن یا جسم؛ ناملموس؛ بدون وجود فیزیکی. این اصطلاح اغلب به سازمان‌ها و کسب و کار مربوط می‌شود که دارای موقف "شخصیت" برای اهداف قانونی اشاره دارد.

**غیر مستقیم:** انحراف از راه راست، غیر مستقیم.

**سیستم عدالت غیر رسمی:** اگر چه حتی درخواست پدر و مادر برای حل و فصل اختلاف میان خواهر و برادر می‌تواند مثال عدالت غیر رسمی باشد، این اصطلاح به طور سنتی اشاره به شورا و جرگه‌ها و همچنین سایر روش‌های سنتی و قبیله‌ای حل و فصل اختلافات دارد.

**زیرساخت:** پایه اساسی یا چارچوب اساسی، به ویژه برای کارهای عمومی مثلاً جاده‌ها و پل‌ها.

**تجاوز:** دست‌درازی به طرزى که قانون یا حقوق دیگری را نقض می‌کند.

**ابزار:** یک سند قانونی رسمی است.

**عایق‌سازی:** برای جلوگیری از (کسی یا چیزی) از برخورد با یا تجربه کردن چیزی. مثال: شرکت در تلاش است تا خود را از هرج و مرج سیاسی در منطقه جدا سازد.

**اعلامیه‌های بین‌المللی حقوق و معاهدات بین‌المللی حقوق بشر:** اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی. در مجموع آنها به عنوان منشور بین‌المللی حقوق بشر شناخته شده است.

**میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR):** این پیمان بزرگ بین‌المللی به حقوق مدنی و سیاسی رسیدگی می‌کند و در سال 1976 نافذ گردید.

**میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (ICESCR):** این پیمان بزرگ بین‌المللی در مورد حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است و در سال 1976 نافذ گردید.

**استیضاح:** سوال کردن (بطور مثال وزیر امور خارجه) رسمی در مورد اقدام رسمی و یا سیاست یا رفتار شخصی.

**تفسیر:** تثبیت یا توضیح معنا یا اهمیت چیزی.

**فاصله:** مدت زمان بین وقایع.

**استقلال قضایی:** ایده‌ای است که قضات انفرادی و قوه قضائیه به عنوان یک کل باید کار خود را عاری

از نفوذ بیرونی انجام دهد این اصطلاح همچنان به تعدادی از ضمانت های قانون اساسی مانند قرار ملاقات ها، احضار به محکمه و تصدی اشاره دارد که در برابر نفوذ خارجی قرار میگیرد.

**حوزه صلاحیت قضایی:** اصطلاح است که دو مفهوم در محکمه کاربرد دارد: (1) به مفهوم عام، حق مجمل یک محکمه برای اعمال صلاحیت خود در موارد خاص، (2) به معنای خاص، حق یک محکمه برای اعمال صلاحیت خود در یک موضوع خاص میباشد. به عبارت دیگر، قدرت محکمه بالای موضوع مورد نظر، الای بر ملکیت مورد منازعه، و برای تفسیر حکم یا فرمان ای که محکمه بر عهده دارد.

**توجیه شده:** درست اثبات شده، برحق، یا معقول.

**قانون:** قانون یا مجموعه ای از قوانین که توسط قوه مقننه تصویب میشود.

**مسئولیت:** مسئولیت قانونی برای یک چیزی.

**لیبرالیسم:** دکتترین سیاسی و اقتصادی است که بر حقوق و آزادیهای فردی و محدود کردن قدرت حکومت تأکید دارد.

**دعوای قضایی:** رقابت حقوقی از طریق روند قضایی یا محاکمه.

**لویه جرگه:** ارگان ویژه است که متشکل از اعضای مجلسین شورای ملی، و رهبران ولایات و ولسوالی ها میباشد. این نهاد صلاحیت پرداختن به مسائل کلیدی و تعدیل قانون اساسی دارد.

**قیمومیت:** صلاحیت عملکرد که رای دهندگان به رهبران منتخب خود واگذار میکند.

**میکانیزم:** روند یا سیستم است که برای تولید یک نتیجه خاص از آن استفاده می شود: مثال (الف) دانشمندان مکانیزم بدن را به منظور کنترل وزن مطالعه میکند، (ب) هیچ مکانیزم برای تطبیق قانون جدید وجود ندارد، (ج) مکانیزم قانونی برای جلوگیری از از اعمال نفوذ ناعادلانه لابیست ها.

**مشرانو جرگه:** مجلس علیای شورای ملی افغانستان.

**حقوق منفی:** مکلفیت دولت مبنی بر خودداری از مزاحمت در راه سعی و تلاش یک شخص برای انجام کاری.

**حقوق ثابت یا غیر قابل فسخ:** آنقدر حقوقی مهم تلقی می شود که نمی توان آنرا در زمان جنگ یا حالت اضطرار محدود ساخت. و حقوق حقوق ثابت یا غیر قابل فسخ عبارتند از: (الف) حق زندگی، (ب) حقوق آزادی بودن از شکنجه و رفتار یا مجازات غیر انسانی یا اهانت آمیز، (ج) حق آزاد بودن از بردگی یا بندگی و (د) حق آزاد بودن از کاربرد قوانین جزایی عطف به ماقبل.

**هنجارها یا قواعد:** استانداردهای عام قبول شده رفتار، عمل یا سیاست.

**شفاعت دادخواهی:** یکی از اتهامات رسمی و ضد اتهامات رسمی است که بطور متناوب توسط طرفین در یک عملی اقدام حقوقی عنوان میشود. شفاعت دادخواهی معمولاً کتبی میباشد.

**(جلسه) عمومی:** به طور کامل در نشست حضور داشتن یا تشکیل شدن نشست توسط تمام آنهاست که مکلف به آن هستند.

**تعدد یا کثرت:** تعداد آراء برای یک کاندید در یک رقابتی که در آن بیش از دو نفر از نامزدها شرکت دارند. در این رقابت تعداد آراء بیشتر یک نامزد از نامزد دیگر، اما نه بیش از نیمی از آرای کل نامزدان.

**طرز حکومت:** یک سازمان سیاسی یا یک واحد سیاسی سازمان یافته است.

**حاکمیت مردم:** دکتترین است در نظریه سیاسی که طبق آن حکومت توسط اراده مردم ایجاد و منوط به آن است.

**حقوق مثبت:** مکلفیت دولت برای انجام کاری برای کسی.

**سابقه:** چیزی انجام یا گفته شده که به حیث مثال یا اصل برای انجام یا توجیه یک عمل از عین نوع یا مشابه به آن، خدمت می کند. در مفهوم قانونی، قضیه فیصله شده است که مبنایی برای تعیین قضایای بعدتر دارای حقایق یا مسائل مشابه، فراهم میکند.

**تجویز کردن:** وضع کردن به حیث یک راهنما، سمت دهی، و یا طرز العمل.

**اصل برائت:** حمایت اساسی برای یک فرد متهم به جرم است، که از تعقیب قضایی خواهان اثبات قضیه علیه متهم میباشد.

**تحقق تدریجی:** الزام است مبنی بر اینکه حکومت باید به سرعت و به طور موثر به سمت تحقق هدف اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حرکت نماید، و مطمئن سازد که هیچ حرکتی به عقب وجود ندارد.

**متناسب:** تعدادی که با سهم گروه از مجموع، متناسب است. سهم متناسب از کل.

**بد دانستن یا منع ساختن:** منع کردن چیزی که مضر یا غیر قانونی باشد.

**حفاظت:** حالت تحت پوشش یا محافظت قرار گرفتن از معرض خطر، جراحت، آسیب یا تخریب.

**ولایت:** موضوع یا منطقه مورد علاقه که فرد در باره آن می داند یا درگیر میباشد، معمولاً به این مفهوم به شکل مفرد کاربرد دارد: (الف) این یک سوال حقوقی است که خارج از ولایت من قرار دارد (یعنی که به ساحه معلومات تخصصی من ارتباط ندارد، (ب) مطالعه در آن عرصه زمانی ولایت انحصاری دانشمندان بود.

**حکم:** عبارت از یک جز یا بند در یک سند قانونی یا قانون که برای یک موضوع خاص مورد نظر باشد.

**حد نصاب:** تعدادی اعضای یک نهاد که حضور آنها برای پیشبرد قانونی امری یک نهاد ضرور می‌باشد. حداقل تعدادی از اعضای پارلمان که حضور آنها اجازه می‌دهد تا مجلس شورای ملی قانون را تصویب نماید.

**سهامیه:** حداقل تعداد مورد نیاز طبق قانون.

**تصویب:** تأیید یا تحریم رسمی، تصدیق.

**همه پرسى:** ارائه یا پیش کردن اصل یا عمل به آراء مردم برای تأیید اقدام ارائه شده توسط قوه مقننه یا توسط ابتکار مردمی است.

**مقررات:** اصول و قواعد اداری صادر شده توسط نهادهای حکومتی در تمام سطوح، ملی و محلی است. اگر چه آنها قوانین شمرده نمی‌شوند، مقررات اعتبار قانون دارد، زیرا آنها طبق اعتبار قوانین موضوعه به تصویب می‌رسند و اغلب شامل مجازات برای تخلفات می‌باشد.

**متناقض:** مخالف یا آشتی ناپذیر؛ متفاوت یا متناقض به (تفسیر محکمه مشروط به جمله بندی صریح قانون متفاوت بود.)

**عدالت ترمیمی:** حل اختلاف به شیوه ای که هدف آن بازسازی رابطه بین متخلف و قربانی و همچنین بین متخلف و جامعه باشد.

**خویشتن داری:** هر وسیله ای برای محدود کردن و یا جلوگیری از چیزی.

**رقابت نهایی:** مسابقه نهایی، رقابت، یا انتخابات برای تصمیم گیری در باره انتخابات قبلی که منجر به فیصله به نفع هر یک از قابت کنندگان نشده باشد.

**ضمانت ها:** یک اقدام احتیاطی برای حفاظت مردم و حقوق آنها.

**محدوده:** فضا یا فرصت برای فعالیت های بلا مانع، میزان نفوذ، طیف وسیعی از عملیات.

**معاملات خودی:** معاملات آزاد مالی، به خصوص استقراض از یا اعطای وام به یک شرکت توسط یک فرد کنترل کننده که به درجه اول به نفع خود فرد باشد.

**غنامندسازی خودی:** عمل یا فرایند افزایش منابع یکی شخص.

**حاکمیت:** قدرت عالی در یک قلمرو.



**تخصّص:** تمرکز تلاش های فرد در یک فعالیت خاص، عرصه، یا عمل.

**مبهورت:** تنظیم به طوری که اشیاء در مکان های مختلف قرار گیرند یا در اوقات مختلف اتفاق می افتند.

**طرفین کشورها:** کشورهایی که یک معاهده یا کنوانسیون بین المللی را تصویب کرده باشند و تبدیل به طرفین سند مربوطه یاد میشوند.

**ذهنی:** تحت تاثیر قرار گرفتن دیدگاه های شخصی، تجربه، یا پس زمینه.

**واژگون ساختن:** (1) سعی مخفیانه برای خراب کردن و یا از بین بردن یک حکومت، نظام سیاسی، و غیره ("آنها برای سرنگونی حکومت توطئه کردند")، (2) (چیزی) را ضعیف یا نامؤثر ساختن.

**زائد:** مورد نیاز نمی باشد بیش از حد کافی یا ضروری.

**مشکوک:** شخص متهم شده به جرم یا تخلف.

**سیستم تعلیق:** متوقف کردن به طور موقت؛ لغو موقت یک قانون یا قاعده.

**فهرست های انتخاباتی:** لیستی از نامزدها برای نامزدی یا انتخابات.

**معیار:** جز اصلی یک شکل.

**استبداد:** قدرت سرکوبگر که توسط حکومت اعمال میشود.

**قوه مقننه دارای یک مجلس:** قوه مقننه یا مجلس که متشکل از یک مجلس باشد.

**یک طرفه:** انجام شده توسط یک فرد یا حزب.

**اعلامیه جهانی حقوق بشر (UDHR):** اولین اعلامیه جهانی حقوق بشر، در سال 1948 به تصویب رسید.

**عوامل عمودی:** رابطه بین اتباع خصوصی و دولت.

**تفکیک عمودی قدرت:** جدایی قدرت بین حکومت های فدرال و محلی.

**حق ویتو (عدم توشیح):** صلاحیت یک اداره یا رکنی از حکومت برای جلوگیری یا ممنوعیت دائمی یا موقت انجام پروژه های اداره یا رکن دیگر حکومت، به خصوص قدرت واگذار شده به مدیر اجرایی برای جلوگیری دائمی یا موقت عملی ساختن اقداماتی که توسط قوه مقننه به تصویب رسیده است.

**ولسی جرگه:** مجلس سفلی شورای ملی افغانستان.

