

# اسلام و دموکراسی در قانون اساسی جدید افغانستان

مؤسسه راند

مجموعه ترجمانی

چگونه می‌تواند نظام دموکراسی حکومتی و استقرار بهترین نظام سیاسی جدید از تحولات جدید جهانی و جهانی در برهه‌های اخیر، قانون اساسی جدید این کشور، به تبع این معیارها، به طور گسترده‌ای در میان شمار زیادی از افراد، به عنوان یک سند مترقی و به نحو عالی تنظیم شده تلقی می‌شود، اما این قانون باعث ایجاد دموکراسی نشد. به طور کلی، قانون اساسی در چندین عرصه نقش مهمی را ایفا می‌کند. قانون اساسی در نزد همه، اعم از شهروندان کشور و جامعه بین‌المللی به عنوان نماد آشکار و مشخص مسیر کشور قلمداد می‌شود. قانون اساسی همچنین می‌تواند با وضع قیودات مهم از انحراف حکومت از مسیر صحیح خود ممانعت به عمل آورد و بالاخره قانون اساسی چارچوبی برای تقویت دموکراسی، حاکمیت قانون و حکمرانی خوب در آینده، هنگامی که کشور ثبات سیاسی خویش را بازیافته باشد، بنا می‌نهد.

## مقدمه<sup>۱</sup>

قانون اساسی می‌تواند منجر به تحول سیاسی گردد. اما این امر محدودیت‌هایی نیز دارد. برای مثال، می‌توان به قانون اساسی افغانستان در سال ۱۹۶۴ اشاره کرد که به طور گسترده‌ای در میان شمار زیادی از افراد، به عنوان یک سند مترقی و به نحو عالی تنظیم شده تلقی می‌شود، اما این قانون باعث ایجاد دموکراسی نشد. به طور کلی، قانون اساسی در چندین عرصه نقش مهمی را ایفا می‌کند. قانون اساسی در نزد همه، اعم از شهروندان کشور و جامعه بین‌المللی به عنوان نماد آشکار و مشخص مسیر کشور قلمداد می‌شود. قانون اساسی همچنین می‌تواند با وضع قیودات مهم از انحراف حکومت از مسیر صحیح خود ممانعت به عمل آورد و بالاخره قانون اساسی چارچوبی برای تقویت دموکراسی، حاکمیت قانون و حکمرانی خوب در آینده، هنگامی که کشور ثبات سیاسی خویش را بازیافته باشد، بنا می‌نهد.

\* - "Democracy and Islam in the New Constitution of Afghanistan," Edited by Cheryl Benard and Nina Hachingian, Rand, 2003, at: <http://www.rand.org>

\*\* - کارشناسی ارشد مطالعات خاورمیانه و پژوهشگر مرکز پژوهش‌های علمی و مطالعات استراتژیک خاورمیانه

<sup>۱</sup> - بخش نخست این مجموعه (صص ۱۲-۲) توسط گروهی از کارشناسان حوزه‌های مختلف حقوق اسلامی، دموکراسی، تدوین قانون اساسی و مسایل منقذای نوشته شده است.

در حالی که گفتگو و مناقشه‌های بسیاری پیرامون وجوب جایگاه و نقش اسلام در متن قانون اساسی افغانستان مطرح است، موضوعات مهم دیگری نیز وجود دارد. به عنوان مثال، اینکه چگونه قانون اساسی افغانستان روابط بین حکومت ملی و مجلس را عنوان نماید، چالشی مهم و حیاتی است که مستلزم بررسی دقیق می‌باشد. قانون اساسی باید از توجه بیش از حد به مسائل متغیر روز اجتناب ورزد. همچنین اظهارات ایدئولوژیک چندان به قانون اساسی تعلق ندارد. زیرا خطر آن وجود دارد که از چنین از چنین اظهاراتی تفسیر سوء شده و موجب تضعیف خود قانون اساسی گردد. به همین ترتیب، استفاده از الفاظ نمادین و مصلحت‌بینانه که برای خشنود ساختن گروه‌های ذی نفوذ خاص در نظر گرفته می‌شود، در آینده می‌تواند عواقب سنگینی را در پی داشته باشد. خلاصه اینکه به هر شیوه‌ای که با مسائل مربوط به قانون اساسی برخورد شود، خطرات ملازم با آن را به دنبال دارد. بنابراین، برای جلوگیری از بروز نتایج احتمالی اقدامات مشخص ضروری است. در نهایت مهم است که تهیه کنندگان پیش نویس قانون اساسی به اثرات متقابل و غیرقابل پیش بینی بخشهای مختلف قانون اساسی بر یکدیگر توجه داشته باشند. به عنوان نمونه، وضعیت حقوق اسلامی و مسئله نظارت قضایی اغلب به طور جداگانه بحث و در ماده‌های مختلف عنوان می‌شود. اما اگر قانون اساسی کلامی قاطع را در هر دو حوزه در نظر گیرد، ممکن است این نتیجه را در پی داشته باشد که به طور مبهم و پیش بینی نشده‌ای به قضات اختیار دهد تا از مسایل مربوط به قوانین اسلامی به عنوان منیعی در نظارت خود بر انطباق قوانین با قانون اساسی استفاده کنند.

## اسلام و جامعه

قوانین اساسی بسیاری از کشورهای اسلامی گزاره‌ای را در مقدمه در برمی‌گیرد که به نقش اسلام اشاره می‌کند. از یک قانون اساسی دموکراتیک انتظار می‌رود که همه اصولی را که کشور دنبال خواهد نمود، در آن گزاره بگنجانند. یک نوع تدوین مناسب برای قانون اساسی افغانستان می‌تواند برآمده از نحوه بیان قرارداد بن (۲۰۰۱) که درباره حکومت موقت در افغانستان باشد. در این خصوص، می‌توان به گزاره‌ای که در موافقتنامه بن منعقد در سال ۲۰۰۱ (که بر اساس آن حکومت موقت در افغانستان تأسیس شد) استفاده گردید، اشاره نمود. این جمله از این قرار است: «قانون اساسی بر پایه اصول بنیادی اسلام، دموکراسی، عدالت اجتماعی، حکومت قانون و تعهدات بین المللی افغانستان استوار خواهد بود. به طور کلی، در جایی که اسلام در قانون اساسی ذکر می‌شود، همه اصول اساسی باید با اسلام انطباق داشته باشد. از آنجایی که برخی ممکن است استدلال کنند که اسلام سایر اصول و میانی را نیز شامل می‌شود، بهترین راه این است که با صراحت و آشکارا این اصول را ذکر کرد. زیرا گروه‌های افراطی مانند طالبان نیز ادعا می‌کردند که در حال اجرای اسلام هستند. بنابراین، کلام (بیان) مورد استفاده در قانون اساسی افغانستان همواره نه تنها میانی بنیادین اسلام بلکه اصول دموکراسی، تکثرگرایی، عدالت اجتماعی، حکومت قانون و تعهدات بین المللی این کشور را نیز باید به رسمیت بشناسد.

در حالی که ارجاع به اسلام در قانون اساسی امری رایج و مناسب است، توجه کامل باید به مفادی مبذول شود که به وضعیت رسمی اسلام در قانون اساسی شفافیت بدهد. اسلام باید به شیوه‌ای در قانون اساسی گنجانده شود که از طریق ساز و کارهای معمول دموکراتیک بیان شود، نه اینکه جانشین آنها شود. افغانستان ممکن است خود را به عنوان یک کشور مسلمان یا یک دولت اسلامی تعریف کند. اصطلاح دوم (دولت اسلامی)، به ویژه با

توجه به استفاده سیاسی از آن بار ایدئولوژیک مهمی را به دنبال دارد. استفاده از این واژه زمینه لازم را برای کسانی که قصد تضعیف موقعیت قوای منتخب مقننه و مجریه را دارند، فراهم می‌کند.

## اسلام و منابع قانون

در قوانین اساسی کشورهای مسلمان اغلب یک گزاره وجود دارد که نقش و جایگاه اسلام را در قانون تأیید می‌نماید. گزاره مزبور می‌تواند در آغاز قانون اساسی که به مذهب اشاره می‌شود، وجود داشته باشد (برای نمونه، قانون اساسی افغانستان، ۲۹-۲۸ می، ۱۹۹۰، ماده ۲) یا اینکه در جایی دیگر در بخش مربوط به قوه مقننه گنجانده شود (برای مثال، قانون اساسی افغانستان، اکتبر ۱۹۶۴، ماده ۶۴<sup>۲</sup> که از این پس قانون اساسی ۱۹۶۴ نامیده می‌شود). به منظور افزایش امکان بروز نتیجه‌ای دموکراتیک بسیار مهم است که پیش نویس این گزاره با تدبیر نوشته شود. عبارت موجود در قانون اساسی ۱۹۶۴ نقطه آغاز مناسبی است: «هیچ قانونی نباید مغایر با اصول مقدس اسلام و دیگر ارزش‌های بیان شده در قانون اساسی باشد»<sup>۳</sup> اول آنکه، این عبارت نسبتاً مترقیانه است و دوم آنکه، قانون اساسی فعلی افغانستان متشکل از قانون اساسی ۱۹۶۴ به علاوه قرارداد بن بوده و همچنین امروزه قانون اساسی ۱۹۶۴ به طور گسترده‌ای توسط افغان‌ها به عنوان یک مرجع پذیرفته می‌شود.

با وجود این، آنچه که به طور متداول به عنوان «ماده مغایرت»<sup>۴</sup> اشاره می‌شود، حاکی از ترجمه غلط کلمه «تناقضات» است؛ تناقض ترجمه بهتری است. اما این نحوه بیان که «هیچ قانونی اصول اساسی اسلام را نقض نخواهد کرد»، به طور ضمنی بر بازمینی قضایی دلالت می‌کند که خود خطرهای مهمی را در پی دارد؛ همان طور که در ذیل بحث خواهد شد. یک نوع تدوین بی‌طرفانه‌تر این است که «مبنای بنیادین اسلام یک منبع الهام بخش برای قوانین است.» در گذشته گروه‌هایی با دستور کار سیاسی مانند طالبان، تفسیر نامتعارف و عجیب و غریب خود را از اسلام به اجبار به مردم تحمیل می‌کردند. بنابراین، برای تصمیم‌گیری درباره طرحی دقیق و درست، وظیفه مهم این است که از تفاسیر بسیار محدود از قوانین اسلامی اجتناب شود و از گروه‌های خاصی که حق انحصاری تفسیر قوانین را برای خود محفوظ می‌دارند صمانت به عمل آورد. این رویکرد، خود مطابق با شرع اسلام است. شرع اساساً به عنوان یک مجموعه قوانین قطعی و مسلم هرگز در نظر گرفته نمی‌شود (مراجعه شود به خالد ابوالفضل، «اسلام و دولت: یک تاریخ مختصر»، در ادامه همین مقاله) بلکه شرع اسلام مجموعه‌ای از تفکرات است که مسلمانان در مواجهه با موضوعات حقوقی به آن می‌توانند استناد کنند. بنابراین، در یک نتیجه‌گیری کلی، شرع خود باید کمک کند، نه اینکه تلاش‌هایی را که برای کسب ثبات داخلی، توانمندی جامعه بین‌المللی و بازسازی ملی انجام می‌شود، تضعیف نماید.

<sup>۲</sup> ماده ۶۴ قانون اساسی ۱۹۶۴: «به منظور سازماندهی امور کشور شورا (پارلمان) مطابق با مفاد قانون اساسی قانونگذاری می‌کند. هیچ قانونی نباید مغایر با اصول بنیادین مقدس اسلام و دیگر ارزش‌های بیان شده در قانون اساسی باشد. تصویب معاهدات بین‌المللی، اعزام واحدهای نظامی نیروهای مسلح افغانی به خارج از کشور، اعطای امتیازات مهم در زمینه اقتصاد ملی از جمله انحصارات و همچنین اختیار چاپ و نشر پول و اخذ وام در حیطه صلاحیت شورا (پارلمان) است. قانون باید امتیازاتی را که از طریق شورا (پارلمان) تصویب می‌شود شرح دهد.»

<sup>۳</sup> - Repugnant

<sup>۴</sup> - قانون اساسی ۱۹۶۴، ماده ۶۴

قوانین اساسی دیگر کشورهای اسلامی از عبارت‌های متنوع دیگری برای نشان دادن نقش قوانین اسلامی استفاده می‌کنند. برخی فقط واژه «اسلام» را ذکر می‌کنند، دیگر کشورها به ویژه به عبارت «شرع اسلام» و سایر آنها به عبارت «مبانی شرع اسلام» اشاره می‌کنند. برخی شرع را به عنوان «یک منبع برای قوانین»<sup>۵</sup> مطرح می‌نمایند. سایر کشورها اعلان می‌کنند که شرع «تنها منبع قوانین»<sup>۶</sup> است. یا توجه به این گونه تدوین‌ها برای یک حکومت دموکراسی، ارجاع به شرع به عنوان «یک» منبع به جای «تنها» منبع بیشتر ترجیح داده می‌شود. زیرا ذکر «یک» منبع تصدیقی آشکار و قوی را به دنبال دارد که علاوه بر قرآن سایر منابع نیز معتبر هستند و از آنها می‌توان استفاده نمود (این بحث در کشورهای عربی زبان بسیار شدید شده است، اما کمتر مربوط به افغانستان است). در افغانستان، قانون اساسی ۱۹۶۴ به واژه شرع اشاره نمی‌کند، اما از عبارت «اصول بنیادین اسلام» استفاده می‌کند. همان طور که در قانون اساسی ۱۹۶۴ آمده است، ارجاع به «مبانی بنیادین اسلام» بر اشاره به «فقط» اسلام یا شرع ترجیح داده می‌شود. درج اصطلاح «اصول» به این نوع نگرش کمک می‌کند که کاربرد آموزه‌های اسلامی به گونه‌ای مکانیکی و براساس تفسیر غیرمنعطف و محدود از قوانین اسلام نمی‌تواند باشد. افزون بر این، اصطلاح «اسلام» از کاربرد برخی از معانی ضمنی سیاسی واژه شرع جلوگیری می‌کند. در حال حاضر در شماری از کشورهای اسلامی اصلاحات به عقب رانده می‌شود، ساختارهای دموکراتیک تهدید و کاربردهای افراطی از قوانین اسلام به نام شرع جایگزین می‌شود و در نهایت، این اصطلاح سیاسی شده و به دستور کار خاصی اشاره می‌کند. این دستور کار تلاش‌هایی را برای جایگزین کردن ساختارهای حقوقی مدرن نشان می‌دهد و تفسیرهایی خاص از اسلام از جمله مجازات کیفری حدود را تحمیل می‌کند. اصطلاح «اصول اسلام» از برداشت‌های غلط ممکن جلوگیری می‌کند. اگرچه این ماده درباره اسلام و قوانین در قانون اساسی بیان می‌شود، اما این به معنی باطل و نامعتبر شدن قوانین فعلی افغانستان نیست.

به منظور محافظت از عناصر دموکراتیک در قانون اساسی، گزاره‌هایی که درباره اسلام و قانون است، باید هم‌تراز با «دیگر ارزش‌های بیان شده در این قانون اساسی» باشد. همان طور که در قانون اساسی ۱۹۶۴ چنین بود. یک راهکار مؤثرتر ذکر جمله‌ای است که همه اصولی را که قانون بیان خواهد نمود، در برگیرد. به عنوان نمونه: «اصول بنیادین اسلام، دموکراسی، تکثرگرایی، عدالت اجتماعی، حکومت قانون، ارزش‌های مطرح در این قانون اساسی و تعهدات بین المللی افغانستان.»

## دادگاه‌ها و قضات

(تعیین) یک روند مناسب و الزامی برای گزینش قضات در افغانستان مهم است. اینکه چه کسی قانون را تفسیر کند به همان اندازه که چه قانونی تفسیر شود، مهم است. برای گزینش قضات باید نظارت و موازنه وجود داشته باشد. برای مثال، قوه مجریه می‌تواند افرادی را پیشنهاد کند، سپس یک کمیسیون تخصصی آنان را مورد بررسی قرار می‌دهد و سرانجام قوه مقننه قضات جدید را تأیید و قطعی می‌کند. در هیچ شرایطی «قوه قضاییه، خود، قضات را پیشنهاد نمی‌کند.» قضات نباید توسط قاضیان دیگر معرفی شوند، اگرچه این امر رویه رایج در

<sup>۵</sup> - A Source of Law

<sup>۶</sup> - The Source of Law

افغانستان است. این رویه با معیارهای بین المللی معاصر سازگار و منطبق نیست و به لحاظ سیاسی قوه قضاییه مستقلی را تضمین نمی‌کند. افزون بر این باید الزامی شود که قضات برخی شرایط تحصیلی را که برای نمونه در قانون اساسی ۱۹۶۴ مشخص شده است، دارا باشند. به هیچ دادگاهی نمی‌توان اجازه داد که به طور یک جانبه مسایل را بررسی کند. قضات مسایل را فقط در شرایطی بررسی می‌کنند که در دادگاهها توسط شاکیبانی که دارای صلاحیت لازم هستند، مطرح شده باشد. ماده‌ای که به دادگاهها صلاحیت رسیدگی درباره «دعاوی و مناقشات» را می‌دهد، می‌تواند این امکان را نادیده گیرد که آنها بر اساس نظر و ابتکار عمل خود اقدام کنند.

### قوانین ناظر بر احوال شخصیه و دادگاههای شرعی خانواده

قوانین احوال شخصیه و خانواده به همان اندازه قوانین مدنی و جزایی در تعیین مسیر امور جامعه، کیفیت زندگی فردی و امکان بازسازی نقش مهم و بزرگی دارد. بسیاری از کشورهای مسلمان دادگاههای مجزایی برای خانواده دارند. این دادگاهها اغلب عرصه ورود قضاتی با حداقل صلاحیت لازم و سنتی‌ترین قضات هستند. همچنین ورود آنان پیامدهای بسیار منفی به ویژه برای زنان داشته است. از سویی دیگر، در برخی جاها این دادگاهها فرصت‌های نادری را به قضات زن پیشنهاد می‌کنند. بنابراین، متحل کردن آنها می‌تواند این پیامد ناخواسته را به دنبال داشته باشد که از مشارکت زنان در قوه قضاییه معانعت به عمل آورد. حقوق خانواده می‌تواند به راحتی تحت صلاحیت قضایی دادگاههای مدنی قرار گیرد. چنانچه دادگاههای شرعی به موازات دادگاههای مدنی وجود داشته باشد، آموزش به قضات و گزینش آنها با دقت بسیار اهمیت دارد و باید اطمینان یافت که به طور رسمی در هر دو زمینه، یکی قوانین اسلامی ناظر بر احوال شخصیه و خانواده، و دیگری حقوق مدنی آموزش ببینند، نه فقط درحوزه نخست. در دادگاههای مالزی، افراد با دقت تمام آیین دادرسی از جمله آیین دادرسی کشورهای دیگر را آموزش می‌بینند که این امر به طور قابل ملاحظه‌ای موجب بهتر شدن و ارتقای وضعیت دادگاهها شده است. همچنین در مصر دادگاههای ناظر بر احوال شخصیه قضاتی را داراست که در زمینه حقوق مدنی آموزش دیده‌اند. گزینش قضات واجد صلاحیت به ویژه در افغانستان جایی که شمار زیادی از روحانیون خود را فاقد ایفای نقش و به حاشیه رانده شده می‌بینند، مهم خواهد بود. آنها ممکن است به سوی دادگاههای مربوط به احوال شخصیه و خانواده جذب شوند، جایی که آنها می‌توانند با تلاش تفسیر قوانین اسلامی را بدون نظارت کافی بر آن به انحصار خود درآورند. سایر کشورهای اسلامی با ابتدای حقوق خانواده بر منابع گزینشی به موفقیت‌های قابل توجهی نایل شده‌اند. برای یک کشور ضروری نیست که خود را فقط به پیروی از یک مشرب حقوقی خاصی محدود نماید. برای نمونه، برخی کشورها که به طور معمول از فقه حنفی پیروی می‌کنند، ماده‌ای را از فقه حنبلی برگرفته‌اند که به زنان امکان می‌دهد تا شرط طلاق یک جانبه را هم‌تراز حق مردان، به عنوان شرط ضمن عقد خود عنوان کنند. مالزی، علاوه بر استفاده از قوانین غربی، با گزینشی از مکاتب مختلف فقه اسلامی یک مجموعه عالی از قوانین را پدید آورده است که پیشرفت‌هایی را در قوانین احوال شخصیه و خانواده ممکن ساخته است. همچون محدودیت‌هایی بر حق طلاق یک جانبه، قوانین مالکیت منصفانه‌تر و اجازه اقامه طلاق برای زنان به دلایلی گسترده‌تر.

هنگام اشاره به دادگاههای مربوط به احوال شخصیه، عبارت «متطابق با قانون اساسی» باید بارها و به طور بارزی به کار برده شود تا تضمین گردد که قوانین احوال شخصیه و خانواده سازگار و منطبق با ضمانت‌های حقوق

فردی در قانون اساسی باشد. اگر قرار است دادگاه‌های اسلامی وجود داشته باشد، آنها فقط باید خاص قوانین احوال شخصیه و خانواده باشند. در پاکستان ایجاد یک دادگاه شرعی به هرج و مرج قضایی منجر شد. به موازاتی که صدها قانون مربوط به امور اقتصادی نامعتبر و باطل اعلام شد، اقتصاد فرو پاشید، اقلیت‌ها در برابر اذیت و آزار آسیب پذیر شدند و حقوق فردی و حقوق بشر به مخاطره افتاد.

## دادگاه قانون اساسی

افغانستان ممکن است ایجاد یک دادگاه قانون اساسی مجزا را مورد توجه قرار دهد. ایجاد این نهاد مزایا اما ضعف‌هایی نیز دارد. یک دادگاه قانون اساسی در کشورهای در حال گذار نقش مهمی را به عنوان یک داور در مسائل قانونی ایفا کرده و ضامن مهم حقوق فردی شمرده می‌شود. به ویژه هنگامی که دیگر نهادهای سیاسی ضعیف بوده و مشروعیت‌شان ثابت نیست. نگرانی‌ای که در این زمینه وجود دارد، این است که دادگاه مستقل قانون اساسی اغلب برجسته‌ترین قضات موجود را جذب کرده و منجر به کمبود استمدادهای نادر در بقیه نظام قضایی شود. به ویژه هنگامی که کشور در حال تلاش برای از نو ساختن کل نظام قضایی است. البته ضروری نیست که یک دادگاه ویژه قانون اساسی باعث انحراف منابع و مهارت‌ها از باقی نظام قضایی - دادگاه‌های معمولی - شود. برای مثال، این دادگاه می‌تواند قضاتی را در اختیار داشته باشد که در مواقع لزوم به آن خدمت کنند (در برخی از کشورها دادگاه قانون اساسی شعبه‌ای از دیوان عالی کشور است).

افزون بر این، اگر تجدید نظر بر احکام قانون - نظارت قضایی - بنا باشد که اعمال شود، بررسی این امر که آیا مطابقت با اسلام در آن نظارت گنجانده شود یا نه، باید به عهده یک کمیسیون مستقل و مستعد باشد. با توجه به اوضاع و احوال کنونی افغانستان، نظام قضایی موجود بهم‌ریخته و آشفته است و به این زودی‌ها قادر نخواهد بود که مسئولیت سنگین تجدید نظر بر احکام قانون - نظارت قضایی - را به عهده گیرد. بنابراین، اعمال مسئولانه نظارت قضایی به مجموعه‌ای از قضات مختلف نیاز دارد. آنان باید از تحصیلات عالی در عرصه قانون برخوردار بوده، اشخاص شناخته شده، بی‌طرف و بدون وابستگی به جریان سیاسی خاصی باشند. نگرانی دیگر این است که اعضای دادگاه قانون اساسی ممکن است از چارچوب دادگاه یا فراتر نهاده و بخواهند که به اختیار خود قضایا را دنبال کنند. این نگرانی را می‌توان با وضع مقررات مناسب در این خصوص و با محدود ساختن قلمرو تجدید نظر بر احکام قانون برطرف نمود.

## حقوق فردی

ضمانت محکم برای حقوق فردی در قانون اساسی جدید افغانستان ضروری است. این حقوق باید آزادی بیان، آزادی اجتماعات، آزادی از شکنجه و دیگر آزادی‌ها را در برگیرد. این ماده قانون اساسی ۱۹۶۴ که «هیچ کس نباید مجازات شود مگر توسط قانون» ماده مهمی بوده و باید باقی بماند. در خصوص آزادی مذهب، قانون اساسی می‌تواند بیان کند که «مسلمانان و دیگر افراد مختارند که مذهب مربوط به خود را به کار بندند و آن را به فرزندان‌شان بیاموزند». این ماده علاوه بر ضمانت حقوق بشر، آزادی ضمیر و آزادی بیان از حقوق اتباع در مقابل محکومیت‌هایی از قبیل ارتداد و توهین به مقدسات حفاظت خواهد کرد. با توجه به اوضاع و احوال کنونی

افغانستان، عبارت «در حدود تعیین شده در این قانون اساسی» باید بارها به کار برده شود. این نحوه بیان به جلوگیری از تلاش‌هایی کمک خواهد کرد که به نام قوانین اسلامی، مفاد قانونی برای مجازات کیفری را از سر راه خود بر می‌دارد. برای مثال، می‌توان به تلاش‌های مربوط به اجرای حدود اشاره نمود. به منظور آنکه از ظهور جنبش‌های مخرب جلوگیری شود، می‌توان آزادی‌گردهمایی‌ها و حق تشکیل احزاب سیاسی را مشروط به رعایت قانون اساسی و مفاد آن نمود. اما لازم به ذکر است که وضع چنین محدودیت‌هایی در حوزه حقوق فردی می‌تواند پیامد منفی نیز داشته باشد زیرا به دولت امکان خواهد داد که اقدامات سرکوبگرانه خود را توجیه کند. مسأله برابری زنان و مردان و منع تبعیض بر مبنای جنسیت، پیش از این نیز در قوانین اساسی اولیه افغانستان گنجانده شده است و این امر باید حفظ شود.

### اسلام و دولت: تاریخچه مختصر<sup>۷</sup>

رابطه بین اسلام و دولت، هم در سطح نظری و هم در سطح عملی پیچیده و چند بعدی است. اسلام به عنوان نظامی از اعتقادات و در برگیرنده اصول اخلاقی و معنوی (که در مجموع شرع نامیده می‌شود)، الهام بخش مجموعه جامعی از رویه‌های اجتماعی - سیاسی و مجموعه متنوعی از تفاسیر و توضیحات حقوقی است. مسلمانان معتقدند که شرع قانون الهی است؛ بدین معنا که بر اساس تفسیر و استنباط انسان از وحی، قرآن و روایات صحیح<sup>۸</sup> از زندگی پیامبر (ص) یعنی سنت قرار دارد. بنابراین، شرع (از لحاظ لغوی به معنای راه به سوی خداوند و یا سرچشمه و خاستگاه اصلی خیر است) مجموعه تلاش‌های علمای مسلمان به منظور تفسیر و جستجوی اراده الهی بر اساس استخراج از قرآن و سنت است. مهم‌تر اینکه، در طول چهارده قرن علمای مسلمان تأکید کرده‌اند که هدف اصلی شرع، علاوه بر حمایت از حرمت و شأن انسان‌ها، تأمین منافع و رفاه بشریت است. مجموعه قوانین مجزا یا مجموعه‌ای مشخص از احکام قاطع که بیانگر شرع باشد، وجود ندارد، بلکه شرع مکاتب مختلف فقهی را در برمی‌گیرد که هر کدام به یک اندازه متداول و معتبر در نظر گرفته می‌شوند. در جهان تسنن چهار مکتب فکری عمده وجود دارد: شافعی، حنفی، مالکی و حنبلی. در جهان تشیع مکاتب فکری مهم جعفری و زیدی است. جمعیت اکثریت اتباع افغانستان پیرو مذهب حنفی بوده در حالی که اکثر جمعیت شیعی پیرو مذهب جعفری هستند.

اولین نظام سیاسی مسلمانان دولت - شهر بود که حضرت محمد (ص) آن را در مدینه رهبری می‌کرد. اما پس از رحلت پیامبر اکرم (ص)، هیچ فرد یا نهادی به عنوان اینکه وامدار قدرت قانونگذاری، اجرایی و معنوی او باشد، شناخته نشد. در الهیات اسلامی طبقه روحانی که این اختیار به آن داده شود تا از جانب خداوند صحبت کند یا نماینده اراده او باشد، وجود ندارد. یک گروه از متخصصان شرع وجود دارند که علما یا فقها نامیده شده و به واسطه علم و دانش خود متمایز می‌شوند، اما روش خاصی برای مراسم انتصاب روحانی یا اعطای مقام وجود ندارد. چنین پنداشته نمی‌شود که این فقها اراده الهی را عینیت بخشند و یا به عنوان نمایندگان انحصاری قوانین خداوند باشند. در خصوص نقش سیاسی و رسمی فقها در تئوری سنتی اسلامی، آنان باید نقش مشورتی داشته باشند و به

<sup>۷</sup>- این بخش توسط خالد ابوالفضل نوشته شده است. همچنین یادآوری می‌شود که توضیحات نویسنده بیشتر نمایانگر اعتقادات و استنباطات برادران اهل سنت است.

<sup>۸</sup>- Authentic Precedents.

منظور اجرای عدالت، مشاغل قضایی را احراز نمایند. این یک حقیقت جالب تاریخی است که تا عصر مدرن فقها هرگز قدرت سیاسی را به طور مستقیم به عهده نگرفتند. اگرچه در طول تاریخ می‌بینیم که فقها نقش مهمی را در عرصه‌های اجتماعی و مدنی ایفا کردند و اغلب به قضات در اجرای شرع و احکام اجرایی خدمت می‌کردند، اما اغلب حکومت در اسلام سکولار (غیرمذهبی) باقی مانده است. تا عصر مدرن، حکومت دینی که روحانیون و مذهب به نام خداوند حکمرانی کنند، تقریباً در اسلام ناشناخته بود.

به لحاظ سازمانی، اسلام نظام حکومتی خاصی را تعیین نمی‌کند و از لحاظ نظری، تضاد یا اختلاف اساسی بین اسلام و دموکراسی وجود ندارد. قرآن فقط امر می‌کند که حکومت نباید استبدادی باشد و امور آن باید از طریق مشورت (شورا) به اجرا گذاشته شود. مطابق با تئوری سنتی فقه، حکومت باید طبق یک قرارداد مدنی (عقد) بین حکومت‌کننده و حکومت‌شونده باشد و حاکم علاوه بر کسب قول حمایت حامیان خود باید قول حمایت (بیعت) افراد متنفذ جامعه را نیز بدست آورد. از لحاظ نظری حاکمان موظفند که علاوه بر دیگر عناصر منتخب در جامعه با فقها نیز مشورت کنند و آنگاه پس از تکمیل روند مشورتی، با در نظر گرفتن مصلحت مردم اقدام نمایند. این آموزه «لزامیت شورا» نامیده می‌شود. اگرچه در منابع سنتی عدم توافق اساسی راجع به این امر وجود دارد که پس از تکمیل روند مشورتی، آیا حاکم ملزم به تبعیت از نظر اکثریت است؟ یا اینکه می‌تواند طبق تشخیص و رأی خود اقدام کند، حتی اگر رأی او مغایر نظر بیان شده اکثریت باشد. در اسلام سنتی این گروه مشورتی «اهل الحل و العقد» نامیده می‌شد و این گروه مستلزم بود که منتخب باشد. به طوری که فقهای معتبر و مورد قبول عامه و دیگر افراد با نفوذ جامعه را در بر می‌گرفت. یک اجماع قوی در میان علمای سنتی وجود دارد که به طور کلی، مشورت خود اجباری است اما آنان اختلاف نظر دارند که تا چه اندازه یک حاکم مختار است که مغایر خواست اکثریت - که از طریق روند مشورتی بیان شده - اقدام کند.

خارج از این چارچوب اصلی، دولت می‌بایست به شرع توجه داشته و برای برآورده شدن اهداف آن در اجتماع تلاش نماید. از لحاظ تاریخی، شکل متداول حکومت در اسلام خلافت می‌باشد که در واقع یک نوع حکومت خاندانی و استبدادی بود. به مدت تقریباً سی سال پس از مرگ پیامبر(ص)، مسلمانان به تأسیس شکلی از حکومت با گرایش دموکراتیک موفق شدند، اما با ظهور خاندان بنی امیه این تجربه دموکراتیک پایان یافت و قدرت در دستان اقوامی خاص یا نیروهای نظامی متمرکز شد. در دوران قبل از معاصر، هیأت‌های مشورتی معمولاً نماینده حکومت شوندگان - رعایا - نبودند زیرا عضویت در چنین هیأت‌هایی معمولاً ناشی از توجه مقامات سیاسی بود، نه نتیجه روند انتخابات دموکراتیک.

در دوران بعد از استعمار، پس از به استقلال رسیدن دولت - ملت‌های مسلمان، تبیین رابطه بین اسلام و دولت از اهمیت و ضرورت بیشتری برخوردار شد. مسأله مهم این بود که تا چه اندازه شرع در نظام‌های حقوقی دولت‌های ملی نوظهور نقش داشته باشد و همچنین تا چه اندازه اسلام در امور حکومت می‌تواند ایفای نقش کند. بین سال‌های ۱۹۴۰ و ۱۹۶۰ میلادی، بیشتر کشورهای مسلمان مدل جمهوری سکولار (غیرمذهبی) ملی‌گرا را اختیار نمودند که در آن یک قوه مجریه بسیار نیرومند وجود دارد، اما قوای مقننه و قضاییه دولت به مراتب ضعیف‌تر هستند. در برخی از کشورها همچون عربستان سعودی حکومت توسط یک خانواده سلطنتی نیرومند همراه با یک قوه (شاخه) مشورتی با اختیارات کم، و قوه قضاییه‌ای که آمیزهای از حقوق عرفی و قوانین شرعی را اجرا می‌کرد، بر جای باقی ماند. بیشتر کشورهای اسلامی از جمله مصر، عراق و کویت قوانین مدنی و جزایی



فرانسه را اتخاذ و نظام‌های حقوقی خود را بر اساس سنت حقوقی مبتنی بر قانون مدنی سازماندهی کردند. کشورهای کمی از قبیل پاکستان، اندونزی و مالزی از نظام حقوق عرفی انگلیس الهام گرفتند و قوانین موضوعه مختلفی را که در حوزه‌های خاصی وضع شده بود، به آن اضافه نمودند. اینکه تا چه اندازه سنت حقوقی اسلامی با نظام‌های حقوقی مدرن ادغام شود، از یک کشور به کشور دیگر بسیار نوسان داشت و همچنین مطابق با حوزه خاص حقوقی مورد نظر متفاوت بود. به بیان دقیق‌تر، در رابطه با موضوعات حقوق تجارت و مدنی، بیشتر کشورهای اسلامی یک نظام حقوقی التقاطی که اغلب اساس آن فرانسوی، سوئیسی یا بریتانیایی بود، ایجاد کردند و آن را با مفاهیم و آموزه‌های مختلفی که از سنت حقوقی اسلام الهام گرفته بودند، تعدیل نمودند. در موضوعات کیفری بیشتر کشورهای اسلامی نظام‌های عدالت کیفری مربوط به کشورهای فرانسه یا بریتانیا را انتخاب کردند. کشورهایی همچون عربستان سعودی و ایران پس از انقلاب نفوذ غرب را نپذیرفتند و اظهار کردند که قوانین کیفری خود را بر مبنای سنت اسلامی قرار می‌دهند. بیشتر کشورهای واقع در شبه جزیره عرب، برخی کشورهای آفریقایی و ایران در موضوعات مربوط به مسئولیت مدنی و صدمه شخصی از سنت اسلامی تبعیت کردند. این امر اغلب گنجاندن پول خون (دیه) و وضع دقیق مسئولیت مالی در قبال صدمه شخصی در قانون کشورهای فوق‌الذکر شامل می‌شد. حقوق خانواده و قوانین ناظر بر احوال شخصیه به عنوان حوزه‌ای باقی ماند که بیشترین تأثیر را از اسلام پذیرفت. بیشتر کشورهای اسلامی دادگاه‌هایی جداگانه برای رسیدگی به دعاوی مربوط به ارث، طلاق و ازدواج ایجاد کردند. در این حوزه‌ها قضات معمولاً قوانین رسمی را که بر اساس قوانین اسلامی وضع شده بود، به مورد اجرا گذاشتند.

بین سال‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ میلادی، شاهد ظهور جنبش‌های بنیادگرایی اسلامی هستیم که به طور اساسی بر جایگاه اسلام در قانون اساسی دولت‌های مختلف اسلامی تأثیر گذاشت. بر اساس دیدگاه‌هایی که منشأی آن علم الهیات در دوران قبل از معاصر بوده است، اکثر گروه‌های بنیادگرا - اما نه همه آنها - بیان کردند که حاکمیت فقط به خداوند (الحکم لله) تعلق دارد و حکومت‌ها باید نماینده اراده الهی بوده و آن را قابل اجرا نمایند. همچنین از احکام صادر شده توسط علمای مذهبی به طور مطلق باید تبعیت کنند. تمایلات بنیادگرایانه در این دهه‌ها در اصل جنبش‌های مخالف ملی‌گرا و ناراضی از وضع موجود بودند که از نمادهای مذهبی فقط به عنوان وسیله‌ای برای تأمین مشروعیت و اعتبار خود استفاده می‌کردند. اما مشکل این است که بنیادگرایان تمایل داشتند به نحوی با شرع برخورد کنند که گویا آن مجموعه قوانینی شامل احکام حقوقی ثابت، مسلم و غیرقابل بحث است. آنان معمولاً این حقیقت را نادیده می‌گرفتند که بخش عمده فقه اسلامی ماهیتاً متأثر از شرایط اجتماعی - تاریخی است. باید توجه داشت که سنت حقوقی اسلامی به قدری متنوع، مبهم، بی‌شکل و یا بدون چارچوب است که به این نوع برخورد محلود بنیادگرایان تن در نمی‌دهد. علاوه بر این، از آنجایی که فقه اسلامی برگرفته شده از شرایط اجتماعی - تاریخی خاص خود است، اجرای یخش‌هایی از سنت حقوقی اسلامی با توجه به معیارهای بین‌المللی حقوق بشر در دوران معاصر باعث بروز مشکلاتی می‌شود.

اگرچه جنبش‌های بنیادگرا قدرت مستقیمی را در بیشتر کشورهای اسلامی به دست نیاوردند، اما آنها توانستند فشارهایی را که به عنوان «اسلامی کردن نمادین» قلمداد می‌شود، ایجاد کنند. در راستای بخشی از تلاش‌های «اسلامی کردن»، شمار زیادی از کشورهای اسلامی در پیش‌نویس مفاد قوانین اساسی خود نوشتند که عبارت «شرع یگانه منبع اصلی قانونگذاری است» و یا عبارت «شرع یکی از منابع عمده قانونگذاری است» در قانون

اساسی قید شود. شکل نخست قانون اسلامی را منبع انحصاری قانون تلقی می‌نماید، در حالی که عبارت دوم موجب می‌شود که قانون اسلامی، تنها یکی از چندین منبع مختلف برای امر قانونگذاری در کشور باشد. اگرچه این ماده - ماده مربوط به نقش شرع در قانونگذاری - به ویژه برای کشورهایی که شکل نخست را انتخاب نمودند، خود به خود قابل اجرا نبود. این بدین معناست که مفد مربوط به شرع قوای مقننه و مجریه کشور را مورد خطاب قرار می‌دهد، و نه قوه قضائیه را. بنابراین، قوه قضائیه بر اساس نظر و ابتکار عمل خود - به اختیار خود - قوانین اسلامی را قابل اجرا نمی‌کند، بلکه شرع باید از طریق قوانین مصوب به مورد اجرا گذاشته و یا به آن صورت قانونی داده شود و فقط به خاطر وضع چنین قوانین مصوبی قوه قضائیه می‌تواند به اجرای آن مبادرت ورزد. در واقع این امر بدین معنا است که اغلب ماده مربوط به نقش شرع در قانون اساسی مسکوت باقی می‌ماند تا وقتی که از طریق وضع قوانین مصوب قوت قانونی پیدا کند. با وجود این، در سطح سیاسی مفاد مربوط به شرع نقش مهم و نمادینی را ایفا می‌کند. علاوه بر این، اغلب در دادگاه‌ها جهت برطرف کردن ابهامات احتمالی در قوانین مصوب به اصول فقه اسلامی مطرح شده در مفاد مربوط به شرع - در قانون اساسی - استناد می‌شود.

#### **Abstract**

Following the collapse of Taliban government and establishment of new political elites in Afghanistan, serious and important debates started on the country's new constitution. The present paper, is translation of a roundup report and reflects viewpoints provided by experts in various fields on the status of Islam in lawmaking process of Afghanistan and the relationship between religion and democracy so as to pave the way for observance of human rights and international obligations in that country. The important point is that the report contains proposals offered by western experts on Afghanistan's draft constitution who aimed to influence its content and can be useful for introducing the approach taken by western research institutes.

**Keywords:** Constitution, Afghanistan, Lawmaking Process, Sharia, Human Rights.