



نظم حقوقی افغانستان ونظام حقوقی مدرن

دکتر عبدالعلی محمدی *

* عضو هیئت علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص) کابل (goleroz1214@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۹۵/۴/۳۰

تاریخ تأیید: ۹۵/۶/۱۰

چکیده

گوهر حقوق مدرن، قانون است که به عنوان قاعده‌ای عام، شفاف و معطوف به آینده از اراده عمومی برخاسته و نسبت به تمام شهروندان به یکسان به اجرا در می‌آید. اما نظام حقوقی افغانستان آمیزه‌ای از مقررات شرعی، حقوق عرفی و موضوعه است که در این میان، عرف و شریعت از برتری و برجستگی ویژه برخوردار می‌باشد. نقش و نفوذ عرف و شرع در جامعه سنتی افغانستان، مجال چندانی برای تغییر و تحول به نفع مدرن شدن باقی نمی‌گذارد. اما در عین حال، اگر قرار است هرگونه تغییری در این راستا صورت بگیرد، بایستی از نظام حقوقی آغاز گردد و در واقع، تعریف نظام حقوقی و تغییر آن، نقطه عزیمت برای تحول سازنده و مثبت در هر جامعه محسوب می‌گردد. به همین ملاحظه، زمامداران افغانستان برای مدرن شدن این کشور از نظام حقوقی آغاز کردند و در این راه، گام‌هایی برداشتند که از تدوین احکام شرعی و مقررات عرفی و تبدیل آن‌ها به قانون، آغاز و به برقراری نظام مشروطه و سرانجام، نظام جمهوری بر اساس ارزش‌های دموکراسی خاتمه یافت. تحولات صدوبیست ساله در عرصه حقوقی افغانستان نشان می‌دهد که هنوز عرف و شرع در این کشور از نقشی بی‌بدیل و نفوذ فراگیر برخوردارند و تا تحولی بنیادین در این زمینه روی ندهد، امیدی به مدرن شدن نظام حقوقی افغانستان نمی‌توان داشت.

واژگان کلیدی: قانون، نظام حقوقی، افغانستان، مشروطه، قانون اساسی، مدرن.

مقدمه

مراد از نظام حقوقی، مجموعه‌ای از مفاهیم، قواعد، اصول، رویه‌ها و نهادهایی است که به منظور تامین هدف و تمثیت امور جامعه شکل می‌گیرد. (کلی، ۱۳۸۸: ۱۱) این مجموعه، عناصر تشکیل دهنده نظام حقوقی محسوب می‌گردند که هر کدام به نوبه خود از مبانی تئوریک برخوردارند. در حقیقت، هریک از این عناصر، به نحوی در فرهنگ و باورهای جامعه تحت فرمان، ریشه دارند.

با نگاهی به نظم حقوقی افغانستان نیز درمی‌یابیم که شاخص‌ترین مفاهیم اختصاصی آن که ریشه در باورها و فرهنگ جامعه افغانی دارند، عبارتند از:

- جرگه (مجلس مردمی که با حضور مردان قبیله تشکیل می‌گردد)
- لویه جرگه (مجلس بزرگان که در مورد مسائل مهم سیاسی و اجتماعی تصمیم می‌گیرد)
- مَرکه (مصالحه‌ای که با پادرمیانی مردان طایفه برای حل یک اختلاف صورت می‌گیرد)
- نانوات (مکانیزم خاص طلب بخشش از سوی مرتکب یک عمل مجرمانه و متجاوز یا پیشنهاد آتش بس و متارکه درگیری است که به دنبال فیصله جرگه با اعزام تعدادی از خویشاوندان مجرم یا متجاوز به شمول یک زن، همراه با قرآن و یک رأس گوسفند به درب خانه قربانی یا طرف مقابل صورت می‌گیرد)
- امیر (عنوان فرمان‌روایان پیشین)
- کوتوال (رئیس پلیس با اختیارات محدود قضایی؛ فعلاً منسوخ)
- علما (روحانیت)

البته در کنار این‌ها مفاهیم مشترکی نیز وجود دارند که ناظر بر حقوق دینی و موضوعه هستند. آن‌گونه که ملاحظه می‌شود برخی از این مفاهیم اختصاصی، بیان‌گر قاعده حقوقی و برخی دیگر، گویای رویه و نهاد حقوقی هستند که مطابق فرهنگ و باور جامعه افغانی برای حل مسائل به کار می‌روند.

به این ترتیب، نظر به این‌که قانون از مفاهیم بنیادین و گوهر حقوق مدرن است، می‌توان گفت شناخت نظم حقوقی افغانستان و یافتن نشانه‌هایی از حقوق مدرن در آن، در صورتی امکان‌پذیر است که رد پای تحول در هدف، مبنا و منبع، روش فهم و استخراج، و مرجع باصلاحیت وضع قانون را در آن دنبال نماییم. (محمدی، ۱۳۹۴: ۱۷۵-۱۶۵) از این رو، برای فهم و درک جایگاه و اعتبار قانون در نظام حقوقی کشور، لازم است ابتدا پیشینه تاریخی تحولات حقوقی و آنگاه نظم حقوقی معاصر افغانستان مورد

مطالعه و بررسی قرار گیرد تا روشن گردد که نظم حقوقی افغانستان چه نسبتی با نظام حقوق مدرن خواهد داشت.

گفتار اول: پیشینه تاریخی تحولات حقوقی

با نگاهی به تاریخ افغانستان روشن می‌گردد که قانون (قطع نظر از معنای آن) در سه مقطع تاریخی به طور جدی مورد توجه فرمان‌روایان قرار گرفته است؛ فرمان‌روایانی که عطف توجه شان به قانون، شالوده و شاکله نظام حقوقی افغانستان را می‌سازد و پی می‌ریزد، عبارتند از امیر عبدالرحمن بنیان‌گذار افغانستان واحد، امیر امان‌الله، احیاگر افغانستان مستقل و محمدظاهر، پادشاه مشروطه‌گرا. از حسن اتفاق، هر یک از سه مقطع تاریخی، فاصله زمانی حدود چهل سال را در بر می‌گیرند؛ مقطع نخست به چهل سال اول اشاره دارد که از تاسیس حکومت مطلقه و متمرکز در افغانستان توسط امیر عبدالرحمن در سال ۱۸۸۰ شروع و به استقلال کشور از استعمار انگلیس توسط امیر امان‌الله در سال ۱۹۱۹ ختم می‌گردد. مقطع چهل ساله دوم، دوره پس از استقلال به ویژه بعد از تصویب و اعلام نخستین قانون اساسی افغانستان در سال ۱۹۲۳ تا پایان سلطنت مطلقه در سال ۱۹۶۴ را شامل می‌شود و مقطع چهل ساله سوم، از تصویب و انتشار قانون اساسی مشروطه در سال ۱۹۶۴ تا زمان تصویب قانون اساسی فعلی در سال ۲۰۰۴ را در بر می‌گیرد.

گام نخست؛ تدوین قانون

هم‌چنانکه پیش از این بیان شد، افغانستان با پشت سر نهادن منازعات و مخاصمات بسیار و کش و قوس‌های بی‌شمار در عرصه حکومت و سیاست، سرانجام با تدبیر امیر عبدالرحمن کشوری شد با مرزهای معین که در سایه حکومتی مقتدر و متمرکز به آرامش دست یافت. وی پیش و بیش از هر چیزی به اقدامات و تغییرات بنیادینی توجه داشت که اقتدار و حاکمیت مرکز را بر ولایات، تثبیت و خواست‌های جدایی‌طلبانه از سوی خوانین، فئودال‌ها، روحانیون و سران قبایل را سرکوب می‌نمود. به این منظور، توسل به سازوکارهای حقوقی و سامان‌دهی امور قضایی را که لازمه دولت‌مداری است، مناسب‌ترین راه تشخیص داد. اما برای دست‌یابی به این هدف با مشکلات و موانعی مواجه بود که گذشتن از آنها آسان نبود. مقررات عرفی ریشه‌دار و احکام شرعی ماندگار از مهم‌ترین موانع سامان‌دهی وضع حقوقی و قضایی افغانستان به شمار می‌رفت.

مقررات عرفی، قواعدی هرچند نامعین اما ریشه‌داری هستند که نه تنها مسائل و مشاغل جامعه بر اساس آنها حل و فصل می‌شود؛ بلکه چنان قدرت‌مندند که شالوده و شاکله دولت در افغانستان به وسیله آنها تعیین می‌گردد. هم‌چنین، سلطه و ماندگاری شریعت؛ هرچند

با دیانت و تدین مردم این سرزمین گره خورده است اما نفوذ آن در نظم حقوقی افغانستان بیش از آن که خاستگاه اعتقادی یا ایدئولوژیک داشته باشد، منشأ سیاسی دارد؛ یعنی اصرار بر شریعت و تاکید بر التزام به آن از سوی حاکمان گذشته افغانستان، از روی باور و انتخاب شریعت به عنوان بهترین و کارآمدترین مکانیزم مدیریت جامعه نبوده است. بلکه انگیزه اصلی از روی آوردن به شریعت آن بوده که عنصر دیانت در جامعه هزارپاره افغانستان، تنها محور وفاق عموم مردم به ویژه به منظور مقابله با هجوم خارجی یا سرکوب شورش‌های داخلی شناخته می‌شد؛ چنان‌که میرویس هوتکی با استفاده ابزاری از مذهب، فتوای علمای حجاز را مستمسک شورش خود در مقابل صفویان قرار داد؛ یا دوست محمدخان در سال ۱۸۳۴ برای مقابله با قدرت رو به رشد سیک‌ها، بر محور مذهبی تکیه نموده عنوان امارت مومنان (امیرالمومنین) را برای خود برگزید تا در سایه آن بتواند حمایت قبایل نیمه مستقل افغان را برای دفاع از قلمرو تحت حاکمیت خود جلب نماید. (گریگوریان، ۱۳۸۹: ۱۰۶)

عبدالرحمن نیز، نظر به این‌که نخستین حکومت مقتدر و باثبات را در افغانستان پی ریخت، برخلاف عرف و سنت جامعه افغانی، برای کسب مشروعیت دنبال توجیه مذهبی بود و نخستین کسی است که به مفهوم حق الاهی پادشاهان متوسل شد و خود را منصوب از سوی خداوند برای زمام‌داری افغانستان در مقام مدافع مذهب و نگاه‌بان شریعت اعلام نمود. (همان: ۱۶۶؛ فرهنگ، ۱۳۸۰، ۱: ۴۲۵؛ روا، ۱۳۶۹: ۳۲؛ Rasayanagam: ۱۲-۱۱؛ Barfield, ۲۰۱۰: ۱۵۹-۱۵۸) در هر حال، مشروعیت به ظاهر دینی حکومت و چالش‌ها و تهدیدهای فراروی حکومت می‌طلبید تا امیر در راستای تحکیم اقتدار، به انسجام امور حقوقی و قضایی بپردازد. به این منظور برای کاستن از چالش‌ها و گذر از موانع، در نخستین گام قوانین و مقررات موجود را به سه دسته به قرار آتی تقسیم نمود: شریعت یا مقررات شرعی، قانون یا مقررات اداری و مدنی، عرف یا مقررات قبیله. (همان: ۱۷۳)

به نظر می‌رسد امیر در امر تدوین قانون هم سیاسی عمل کرد و در واقع، با این ابتکار توانست از شگرد یک تیر و چند نشان بهره بگیرد. پراکندگی احکام شرعی در کتاب‌های فقهی از یک‌سو، و صدور آرای متفاوت از جانب علما از سوی دیگر، (فرهنگ، ۱۳۸۰، ۱: ۴۳۱) توجیه خوبی بود که توجه مضاعف امیر را به سامان‌دهی و سلامت شریعت نشان دهد. وی با تدوین شریعت در قالب قانون، هم پایه حکومت خویش را استحکام بخشید، هم علما و ملاها را تحت کنترل درآورد و هم با استفاده از قوانین برخاسته از شریعت، توانست جلو خودمختاری سران قبایل را بگیرد. به این ترتیب، نخستین اقدام امیر در راستای تدوین شریعت، تالیف کتابی با نام ضیاء (سراج) الاحکام بود که بخاطر مرگ امیر در سال ۱۹۰۱ ناتمام ماند. اما کتاب دیگری با نام اساس القضا توسط مولوی احمدجان الکوزی تالیف و در آغازین سال حکومت توسط امیر به اجرا گذاشته شد؛ کتاب اخیر از مهم‌ترین منابع موثر بر سیستم قضایی افغانستان در عصر امیر عبدالرحمن شمرده می‌شود.

در اساس القضا رسیدگی به قضایا مطابق شریعت و به طور خاص، فقه حنفی، اعلام گردید و فرامین پادشاه در صورتی معتبر دانسته و از سوی قاضی رعایت می‌شد که با فقه حنفی مطابقت داشته باشد. به علاوه، اساس القضا تمام مسایل قضایی همانند آداب قضاوت، آداب قاضی، آیین رسیدگی، دلایل اثبات دعوا، ساختار و سلسله مراتب قضایی را بیان می‌کرد. (وکیلی، ۱۳۶۹: ۳۶۹؛ رک: الکوزی، ۱۳۱۱)

مطابق این مجموعه مدون، قاضی در جایگاه معین در سیستم دادرسی رسمی با وظایف تعریف شده قرار گرفت. در نتیجه، دادرسی‌های عرفی که بر اساس عرف قبیله به ویژه در مناطق روستایی صورت می‌گرفت، محدود شد. به علاوه، قضات روستایی ناگزیر به ارائه گزارش به قضات بالاتر در مرکز ولایت و آنان هم ملزم به ارائه گزارش به قاضی القضا در پایتخت بودند. قاضی در صورتی که نمی‌توانست حکم یک قضیه را از منابع مکتوب بدست آورد، حق اجتهاد و داوری نداشت و بایستی در آن خصوص از قاضی بالاتر کسب تکلیف می‌کرد و حتی در مواردی که قاضی بالاتر هم از حل قضیه عاجز بود، موضوع به امیر گزارش می‌شد تا نسبت به حل آن تصمیم بگیرد. (Baburshah: www.asc-centralasia.edu.pk/Issue_11/61) زیرا مطابق ساختار قضایی، قدرت محکمه عالی در دست امیر بود و پسر ارشد وی در رأس محکمه استیناف از امیر نمایندگی می‌کرد. بالاترین محکمه ولایتی، محکمه مذهبی بود که توسط یک قاضی اداره می‌شد و به طور عمده به دعاوی مدنی (غیر جزایی) می‌پرداخت؛ صلاحیت کیفری میان امیر و کوتوال تقسیم شده بود. بر این اساس، رسیدگی به جرایم بزرگ همانند خیانت و بغاوت در صلاحیت امیر و رسیدگی به جرایم سبک به کوتوال (رئیس پلیس شهر) واگذار شد. (گریگوریان، همان: ۱۷۴-۱۷۳ و ۲۳۰)

به همین ترتیب، امیر حبیب الله وقتی زمام امور کشور را بدست گرفت، در راستای تنظیم امور حقوقی و در ادامه ابتکار پدر، تدوین کتاب سراج الاحکام را روی دست گرفت که سرانجام در چهار جلد تنظیم و منتشر شد. اهمیت موضوع امیر را بر آن داشت تا به منظور انجام هرچه بهتر تدوین قوانین، موسسه تحقیقات شرعی را با نظارت سردار نصرالله خان؛ شخص دوم کشور ایجاد نماید و جمعی از علما را برای تدوین مقررات شرعی به عنوان قانون معتبر کشور توظیف نماید. «سراج الاحکام فی معاملات الاسلام» در حقیقت، ترجمه فارسی «مجله الاحکام العدلیه» و نخستین مجموعه قوانین در افغانستان به حساب می‌رود. در میان تدوین کنندگان سراج نام‌های افرادی چون ملا عبدالرزاق؛ مدرس حضور امیر حبیب الله، سیادت پناه میرعلی جان، ملا گل احمدخان مدرس، میرغلام محمد و مولانا عبدالرحمن تَرکی (پغمانی) به چشم می‌خورد. (وکیلی، همان: ۴۰۶؛ مجددی، ۱۹۸۴: ۱۶)

بنا بر آنچه در این فراز توضیح داده شد به این جمع‌بندی می‌رسیم که با توجه به

چهار بعد متحول قانون، هدف قانون در افغانستان عصر عبدالرحمن، تامین خواست و اراده امیر؛ مبنا و منبع قانون هم شریعت اسلامی؛ روش فهم و استنباط آن مبتنی بر متن و منابع دینی و مرجع صالح برای وضع قانون، شخص فرمان‌روا بوده و این بدان معناست که حقوق افغانستان در آن زمان با مدرن شدن فرسنگ‌ها فاصله داشته است.

گام دوم؛ نوگرایی به نفع قانون

ثبات و آرامشی که در سایه حکومت سخت‌گیرانه امرای پیشین؛ عبدالرحمن و حبیب‌الله در افغانستان حکم‌فرما شده بود، زمینه تحولات و تغییراتی در این کشور فراهم نمود. امیر حبیب‌الله که برخلاف پدرش فردی نسبتاً ملایم و معتدل بود، با کاهش فشارهای حکومت از سر مردم، کمتر به ابزار سرکوب متوسل می‌شد و تلاش داشت مردم در زندگی خصوصی شان آزاد بوده از دخالت ماموران و جاسوسان حکومت در امان باشند. (فرهنگ، همان، ۲: ۴۵۰-۴۴۸؛ گریگوریان، همان: ۲۵۱-۲۴۹) مهم‌ترین دستاورد فضای باز سیاسی در این دوره تاسیس مکتب حبیبیه به عنوان مهم‌ترین کانون فکری، نشر سراج‌ال‌اخبار توسط محمود طرزی و شکل‌گیری نخستین جنبش مشروطیت در افغانستان بود. این تحولات به ویژه جنبش مشروطیت با توجه به خواست افغان‌ها مبنی بر استقلال کشور از سیطره انگلیس، موجی ایجاد کرد که نه تنها تمام کشور را فرا گرفت بلکه دربار و حتی خانواده و فرزندان شاه را نیز گرفتار کرد؛ حلقه‌ای از جوانان روشن‌فکر با محوریت محمود طرزی و شهزاده امان‌الله در عین مخالفت با انگلیس، از مشروطه خواهان حمایت می‌کردند. (فرهنگ، همان: ۴۷۸) قرائن نشان می‌دهد قتل امیر حبیب‌الله در اثر ناتوانی یا درنگ وی در اعلان استقلال کشور (و با دخالت برخی فرزندان وی)، به وقوع پیوست. (همان: ۴۷۷)

بعد از کشته شدن امیر حبیب‌الله، زمام‌داری کشور به امان‌الله سپرده شد. امان‌الله علاوه بر روحیه استقلال‌طلبی و نوگرایی، به شدت تحت تاثیر افکار و اندیشه‌های محمود طرزی؛ پدر مطبوعات و بنیان‌گزار روشن‌فکری در افغانستان قرار داشت. طرزی در عین حال، پدر زن شاه و وزیر خارجه هم بود که این رابطه عاطفی و رسمی بر میزان تاثیرپذیری امیر از طرزی روشن‌اندیش می‌افزود. نام طرزی در تاریخ افغانستان با سراج‌ال‌اخبار گره خورده است که مقالات روشن‌گرانه آن افغانستان آن روز را به طور جدی متحول نمود.

نخستین آرزوی امیر جدید، بازگرداندن استقلال افغانستان و مهم‌ترین هدف وی، ایجاد اصلاحات بنیادین و عمیق در ابعاد مختلف حیات جامعه افغانی بود. برنامه‌های اصلاحی امان‌الله تمام امور جامعه و کشور؛ از نظام‌های سیاسی، آموزشی، حقوقی و قضایی گرفته تا آداب و رسوم اجتماعی همه را در بر می‌گرفت. در این میان اما مهم‌ترین

اقدامات اصلاحی وی در باب امور حقوقی و قضایی، تهیه و تصویب نخستین قانون اساسی و قوانین عادی پرشماری است که با توجه به فقر علمی و فرهنگی در کشور، اقدامی بی نظیر محسوب می‌گردد. شمار این قوانین که به طور عموم با نام نظامنامه یاد می‌شدند از ۵۰ تا ۷۵ مورد ذکر شده است (فرهنگ، همان: ۵۴۴) که در این میان قانون اساسی و قانون جزا از مهم‌ترین و بحث برانگیزترین آن‌ها به شمار می‌آید.

قانون اساسی عهد امانی که با نام «نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان» یاد می‌شود، به تاریخ ۱۰ حوت ۱۳۰۱ در لویه جرگه جلال آباد در هفتادوسه ماده به تصویب رسید. مطابق این قانون اساسی، دین رسمی افغانستان، اسلام تعریف شد؛ برخی اختیارات پادشاه به وزرا واگذار گردید؛ برده‌داری ملغا، کار اجباری ممنوع، حق آموزش، آزادی‌های فردی و آزادی مطبوعات به رسمیت شناخته تمام شهروندان دارای حقوق و تکالیف برابر خوانده شده و آموزش ابتدایی اجباری شد. (نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان، ۱۳۰۱: مواد ۲، ۶، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۴، ۱۶، ۲۲ و ۶۸) ساختار قضایی مهم‌ترین گام برای اجرای قانون تلقی و محاکم، مستقل اعلام گردیدند؛ یک محکمه عالی اختصاصی قوای مسلح و محاکم مدنی (غیرشرعی) مستقل، نظر به شرایط زمانه ایجاد شدند. (همان: مواد ۵۳ و ۵۵) هم‌چنین، یک شورای دولت متشکل از دو دسته اعضای انتخابی و انتصابی به تعداد مساوی، در نقش سیاست‌گزار و تصمیم‌ساز دولت و نیز شوراهای محلی در ولایات و مناطق اطراف پیش‌بینی گردید. (همان: مواد ۳۹ و ۴۰) براین اساس، برای اولین بار در افغانستان، قدرت شاه توسط قانون و موسسات سیاسی همانند هیئت وزیران، شورای دولت و محاکم محدود گردید و برخی از حقوق سیاسی افراد همانند آزادی بیان و نشرات با مصونیت مسکن و محرمیت مکاتبات تأمین شد. (فرهنگ، همان: ۲: ۵۴۴) در واقع، در این دوره ماشین دولت بر سه چرخ قوای اجرائیه، تقنینیه و قضائیه استوار گشت و زمینه برای تفکیک عملی قوا فراهم شد. (غبار، ۱۳۹۰، ۲: ۶۷۶)

به همین ترتیب، قانون جزای امانی که با نام «نظامنامه جزای عمومی» یاد می‌گردید، با مشارکت علما در سال‌های ۱۹۲۴-۱۹۲۵ در ۳۰۸ ماده وضع و تصویب شد. در این قانون، جرایم نظر به مجازات به سه دسته تقسیم شده بود: ۱) جرایمی که جزای (حد) آن‌ها با صراحت در شریعت بیان شده است؛ همانند زناى محصنه، شراب‌خواری و سرقت. ۲) جرایمی که موجب آسیب عمده و عمدی بدنی می‌شود و مستلزم قصاص است. ۳) جرایم کوچکی که تعیین جزای آن به قاضی واگذار شده در ادبیات فقهی از آن به تعزیر یاد می‌شود. (گریگوریان، همان: ۳۰۸) هرچند مقررات مبسوطی در خصوص تخفیف مجازات حبس، رسیدگی به جرایم صغار و دسته‌بندی آن‌ها به صغار زیر پانزده سال، پانزده تا هفده سال و بالای هفده سال، که به لحاظ مجازات با هرکدام برخوردی متفاوت پیش‌بینی شده بود؛ تحدید مسئولیت جزایی زنان؛ منع شکنجه و برخورد با عاملان آن؛ تعیین جزا برای

ناقضان حریم خصوصی افراد و امثال آن در قانون جزا منظور شده بود اما نقطه عطف آن که پیامدهای ناگواری هم در پی داشت، تعریف جزای تعزیری در زمره صلاحیت شاه به شمار می‌رود. بر همین مبنا، جرایم علیه امنیت گسترش یافت و گفتار و نوشتار تحریک آمیزی که موجب ناآرامی در جامعه می‌شدند، ممنوع گردیدند. (همان: ۳۱۰)

در یک جمع‌بندی کوتاه از اقدامات اصلاح طلبانه و نوگرایانه امیر امان الله می‌توان به نکات آتی اشاره نمود:

۱. وضع و تصویب نخستین قانون اساسی با ویژگی‌های پیش‌گفته امری کاملاً بدیع و جدیدی بود که افغانستان را از تنگنای استبداد و تحجر بیرون آورد و زمینه را برای مشروطیت فراهم نمود. اقدام شایسته امیر در جریان تصویب قانون اساسی، مبادرت به تدویر نخستین لویه‌جرگه قانون اساسی به عنوان قوه موسس بود که در جای خود درخور ستایش است.
۲. تصویب قانون اساسی، تفکیک نسبی قوا، طبقه‌بندی و سازمان‌دهی محاکم و شناسایی حقوق و آزادی‌های فردی را به همراه داشت. در نتیجه تفکیک قوا، قدرت شاه محدود شد و این نخستین گامی است که می‌توان آن را نقطه آغاز تفکیک میان شخص شاه و تخت شاهی به شمار آورد؛ در اثر سازمان‌دهی و طبقه‌بندی محاکم، قدرت علمای سنتی که تا آن زمان به ویژه در دستگاه و عرصه قضایی اختیارات وسیعی داشتند، کاهش یافت و در پی شناسایی حقوق و آزادی‌ها، بر احترام و دامنه حریم خصوصی افزوده شد؛ بسط و احترام حریم خصوصی به این معناست که نگرش شهروندی نسبت به افراد در حال شکل‌گیری است و جایگزین رعیت‌نگری می‌گردد.
۳. اهتمام امیر به تدوین و تصویب قوانین در کنار سایر تدابیر اصلاحی، متضمن این نکته بود که امیر برای مدرن شدن افغانستان، برآن بود قدرت مذهبی و قبیله‌ای را به نفع سکولارها مهار کند. این همان موضوعی بود که علمای سنتی به فراست آن را دریافتند و به اقداماتی در برابر وی دست زدند. قانون اساسی، ضمن این‌که دین رسمی افغانستان را اسلام می‌دانست اما با وسعت نظر و به منظور حفظ حقوق شهروندان از تعریف مذهب رسمی خودداری کرده بود. نادیده گرفتن مذهب حنفی به عنوان مذهب رسمی در قانون اساسی برای علمای اهل سنت قابل تحمل نبود. از این رو، شاه مجبور شد در سال ۱۹۲۵ لویه‌جرگه دوم را در پغمان دایر و اصلاحاتی را در قانون اساسی بر محور موضوع مذهب رسمی بگنجانند.

هرچند شاه هم از فرصت استفاده کرد و برخی نکاتی را به جرگه پیشنهاد نمود اما فضای حاکم بر جرگه به خوبی از نارضایتی حاضران از شاه حکایت می‌کرد. (فرهنگ، همان، ۲: ۵۳۱)

۴. تدوین قانون جزا هرچند بر اساس شریعت صورت گرفت اما نظر به این‌که صلاحیت مجازات تعزیر به پادشاه واگذار شد، موجب نارضایتی و حتی قیام علمای سنتی در برابر وی شد؛ آنان با این استدلال که تعیین جزا به طور عموم در اختیار خداوند است، این اقدام شاه را نوعی دخالت در امر تشریح دانستند. افزون بر آن، کاهش نقش ملاها در حل و فصل امور که به شیوه سنتی انجام می‌پذیرفت، مزید بر علت شد و اینان با همین بهانه، شورش‌هایی به راه انداختند. (همان: ۵۲۷-۵۲۵؛ گریگوریان، همان: ۳۱۶)

۵. سرانجام این‌که منش استقلال طلبانه امان الله و عزم جدی وی در بازگرداندن استقلال به افغانستان، او را در مقام یک قهرمان ملی و یک اسطوره تاریخی قرار داد و همگان را به تحسین و تکریم وا داشت. اما روش اصلاح‌گرایانه و کنش نوگرایانه وی در جامعه سنتی و قبیله‌ای افغانستان، او را بر زمین زد؛ از تاج و تخت پادشاهی محروم نمود و از کشور بیرون کرد. (فرهنگ، همان: ۵۵۳-۵۴۷؛ گریگوریان، همان: ۳۳۹-۳۲۶)

گام سوم؛ برقراری نظام مشروطه

نظام مشروطه در افغانستان حدود سی و چهار سال بعد از سقوط امان الله برقرار شد. هرچند جنبش مشروطه خواهان برای نخستین بار در زمان حکومت امیر حبیب الله سراج المله در سال ۱۹۰۹ شکل گرفت و در همان زمان سرکوب شد. (رک: فرهنگ، همان: ۴۶۷-۴۶۳؛ حبیبی، جنبش مشروطیت در افغانستان) اما برقراری نظام مشروطه در سال ۱۹۶۴ بدون کدام حرکت سیاسی سازمان‌دهی شده و ظاهراً تنها در اثر تمایل و علاقمندی شخص پادشاه صورت گرفت. از این رو، مناسب است نظام مشروطه در دو محور زمینه‌ها و پیامدها با توجه به موضوع این نوشتار، مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

الف. زمینه‌های مشروطه

در یک بررسی اجمالی موارد آتی را می‌توان به عنوان عوامل و زمینه‌های گرایش شاه به مشروطه برشمرد:

اصلاحات امان الله

هرچند برنامه‌های اصلاحی امان الله با شکست مواجه شد اما اقدامات بنیادین و چشم‌گیر او در عرصه‌های مختلف، برای همیشه در افغانستان ماندگار شد. به همین ملاحظه، حاکمان بعدی افغانستان به ویژه آل یحیی، ضمن التزام درونی عمیق به نوآوری‌های امان الله، برای پرهیز از هم‌سرنوشتی با وی، جانب احتیاط را به شدت رعایت می‌کردند. زمانی که نادرخان با حمایت قبایل جنوب بر حبیب الله کلکانی پیروز شده زمام امور افغانستان را بدست گرفت، با آن‌که در ظاهر با تمام مظاهر اصلاحات امانی مخالفت نمود و همه را فاقد اعتبار اعلام کرد و در مقابل، یک حکومت کاملاً سخت‌گیرانه و ارتجاعی به لحاظ مذهبی را عمدتاً بنخاطر دل‌خوشی افراط‌گرایان مذهبی و قبیله‌ای به وجود آورد اما در عین حال، سودای مدرن شدن داشت و بر آن بود که همان راه را ادامه دهد اما بنا به ملاحظاتی، توان شتاب در ایجاد تغییر را نداشت. وی باور داشت که اقدامات اصلاحی لازم است اما عجله و شتاب به مرگ اصلاحات منجر می‌شود؛ چنان‌که دوا درد را درمان می‌کند اما اگر بیش از اندازه لازم مصرف شود، پیامدهای خطرناک دارد. از سوی دیگر، ضمن تایید اصلاحات امانی، روش او را هم نقد می‌کرد و می‌گفت امان الله می‌خواست مردم را با کلاه شان متجدد کند. نادر بر آن بود که با تکیه بر آموزش و اصلاحات بسیار آرام و تدریجی به سوی تغییر در افغانستان گام بردارد. (گریگوریان، همان: ۳۹۴-۳۶۳) در نتیجه همین سیاست آرام و تدریجی بود که رفع حجاب ملکه حمیرا و همسران صدراعظم و وزیر امور خارجه در مراسم جشن استقلال در سال ۱۹۵۹ بدون هیچ واکنشی صورت گرفت و با پیروی همسران مقامات دولتی به تدریج برنامه رفع حجاب در سراسر کشور بدون مانع چشم‌گیری، به اجرا گذاشته شد. (فرهنگ، همان، ۲: ۶۸۹) در حالی که برنامه رفع حجاب در زمان امان الله و اقدامات ملکه ثریا در این زمینه با واکنش منفی و بسیار تند جامعه و مردم افغانستان مواجه شد.

اوضاع عمومی

محمدظاهر شاه وقتی بعد از قتل پدر به قدرت رسید، بدلیل صغر سن مجبور بود مدت هفده سال را با رهبری عمومی پرنفوذ خود محمدهاشم خان صدراعظم، تمام مشکلات و نابسامانی‌ها را بپذیرد اما بعد از این‌که توانست اندکی بر اوضاع مسلط شود، با مطالعه شرایط عمومی کشور و جهان، به ویژه پذیرش درخواست عضویت افغانستان در سازمان ملل متحد که مشروط به رعایت منشور ملل متحد

و احترام به حقوق بشر گردیده بود، به تغییر حکومت و صدراعظم و ایجاد فضای باز سیاسی اقدام نمود. در نتیجه، برای نخستین بار صدای دموکراسی از حلقوم صدراعظم جدید؛ شاه محمود خان بلند شد و پیامد نسبتاً آشکاری هم داشت که بهترین نمونه‌های آن یکی آزادی نسبی مطبوعات و فعالیت‌های سیاسی، و دیگری برگزاری آزادانه و سری نخستین انتخابات بلدی در سال ۱۹۴۷ و انتخابات شورای ملی البته تنها در شهر کابل در سال ۱۹۴۹ بود که موجب شد تعدادی افراد آزاداندیش و غیرحکومتی به عنوان شهردار و نمایندگان شورای ملی از سوی مردم برگزیده شوند. (همان: ۶۶۴-۶۶۰)

مرحوم فرهنگ که خود عضو کمیسیون تدوین قانون اساسی مشروطه بود از زبان پادشاه حکایت می‌کند که وی پس از تعیین اعضای کمیسیون اظهار داشت: «اقدام وی در باره تطبیق دموکراسی قسماً از برنامه درازمدت خود و پدرش راجع به وارد نمودن تحولات تدریجی در اداره کشور صورت می‌گیرد و قسماً مربوط به خواسته‌های قشر جوان و روشن فکر در تاریخ معاصر می‌باشد.» (همان: ۷۱۸) محمدظاهر شاه که در آن زمان، سی سال حکومت خانوادگی را تجربه کرده حکومت استبدادی و نیز رویداد قتل پدر خود؛ محمدنادر را به چشم دیده بود، با مشاهده اوضاع جهان و تاثیرگذاری تحولات بیرون بر وضعیت درون کشور و با مطالعه شرایط داخلی به این نتیجه رسیده بود که اگر راهی برای ابراز احساسات و اندیشه‌های جوانان آن‌هم از طریق دموکراسی باز نشود، خواه ناخواه به تروریزم و دیگر حرکات افراطی روی می‌آورند. (همان: ۷۱۲) در نتیجه، شاه مصمم شد قدرت اجرایی را به افرادی خارج از خانواده سلطنتی واگذارد و در نخستین اقدام، دکتور محمدیوسف در ماه مارچ ۱۹۶۳ به عنوان صدراعظم انتخاب شد. صدراعظم جدید برای عملی کردن آرمان مشروطه، در ۲۸ همان ماه، هیئت هفت نفری را برای تدوین پیش‌نویس قانون اساسی به ریاست سید شمس الدین مجروح وزیر عدلیه به پادشاه پیشنهاد کرد و نخستین گام برای ایجاد مشروطیت برداشته شد. (همان: ۷۱۵-۷۱۳)

ب. سند ماندگار مشروطه

بنیاد مشروطه بر یک قانون اساسی استوار گردید که در لویه جرگه مورخ ۹-۲۰ سپتامبر ۱۹۶۴ برابر با ۱۸-۲۹ سنبله ۱۳۴۳ مورد تصویب قرار گرفت. در این فراز مهم‌ترین خطوط کلی و کلان این سند ماندگار در راستای ایجاد نظام حقوقی مدرن در افغانستان، به بحث گذاشته می‌شود. اما پیش از آن لازم است نگاهی کلی به محتوای آن داشته باشیم.

مرور کلی

قانون اساسی مشروطه دارای یک مقدمه، یازده فصل و ۱۲۸ ماده بود؛ فصل اول: دولت؛ فصل دوم: پادشاه؛ فصل سوم: حقوق و وظایف اساسی مردم؛ فصل چهارم: شورا؛ فصل پنجم: لویه جرگه؛ فصل ششم: حکومت؛ فصل هفتم: قضا؛ فصل هشتم: اداره؛ فصل نهم: حالت اضطرار؛ فصل دهم: تعدیل و فصل یازدهم: احکام انتقالی. آرمان‌های قانون اساسی مشروطه که در مقدمه آن بیان شده است، عبارتند از: تنظیم حیات ملی افغانستان مطابق با مقتضیات عصر و بر اساس واقعیات تاریخ و فرهنگی ملی؛ تامین عدالت و مساوات؛ تطبیق دموکراسی؛ تنظیم شئون و ارکان دولت برای تامین آزادی و رفاه افراد و حفظ نظم عمومی؛ انکشاف متوازن تمام امور حیاتی افغانستان و در نهایت، تشکیل یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس تعاون اجتماعی و کرامت انسانی.

ارزیابی سند مشروطه

لویس دوپری؛ افغانستان شناس آمریکایی، قانون اساسی مشروطه را در آن زمان بهترین قانون اساسی در جهان اسلام خواند. (Dupree, ۱۹۶۵: ۱/IX؛ Etling, ۱۹۷۹-۱۹۶۶: ۸) مرحوم فرهنگ؛ نویسنده کتاب گران سنگ «افغانستان در پنج قرن اخیر» آن را گامی بزرگ به سوی دموکراسی در افغانستان می‌داند. (فرهنگ، همان، ۲: ۷۲۷) نشریات مشهور و معتبر دنیا همانند تایمز لندن و کریستین ساینس مانیتور اقدام شاه افغانستان را در تغییر نظام مطلقه به مشروطه ستودند و آن را یک اتفاق نادر خواندند. (کشکی، ۱۳۸۴: ۲۶) تاثیر این قانون اساسی بر وضعیت عمومی افغانستان، موجب پیدایش مفاهیم تاریخی ماندگاری همانند دهه دموکراسی، دهه قانون اساسی و دوران مشروطه در ادبیات حقوقی و سیاسی این کشور شد. قطع نظر از اظهارات کلی در این خصوص، در ارزیابی قانون اساسی مشروطه به عنوان یک سند مؤسس، به طور مشخص حقوق و آزادی‌های فردی، حاکمیت ملی، تفکیک قوا و تحکیم قانون بیش از همه جلب توجه می‌نماید. هم‌چنانکه اشاره شد، یکی از عوامل موثر بر شکل‌گیری نظام مشروطه و برقراری دموکراسی در افغانستان، پذیرش مشروطیت این کشور در ملل متحد آن‌هم به ملاحظه رعایت منشور و احترام به حقوق بشر بود. به همین جهت، حقوق فردی و آزادی‌های عمومی که شرط لازم برقراری نظام دموکراسی است، در قانون اساسی مشروطه به طور جدی و بی‌سابقه مورد توجه قرار گرفت و فصل سوم قانون اساسی را به خود اختصاص داد. مهم‌ترین حقوق و آزادی‌هایی که در این فصل برای مردم به رسمیت شناخته شد، عبارت بودند از:

- حقوق و وظایف یکسان در برابر قانون.
 - حق آزادی به عنوان یک حق طبیعی که تنها حدود آن، آزادی دیگران و منافع عمومی تعیین شده بود.
 - حفظ و احترام کرامت انسانی از طریق منع شکنجه، تبعید، توقیف خودسرانه و اعتبار بخشیدن به اصل برائت ذمه و تاسیس اصل قانونی بودن جرم و مجازات.
 - حفظ حریم خصوصی و تاکید بر محرمانه بودن مراسلات و مخابرات، مصونیت ملک و مسکن افراد.
 - آزادی‌های سیاسی و گروهی همانند آزادی فکر و بیان، مطبوعات، اجتماعات، تظاهرات و احزاب.
 - حق کار.
 - حق آموزش رایگان.
 - حق بهداشت و حق دریافت خسارت از دولت در صورت ورود ضرر.
- (قانون اساسی مشروطه، ۱۳۴۳: مواد ۴۰-۲۵)

به همین ترتیب، قانون اساسی مشروطه حاکمیت را از آن ملت دانسته با صراحت اعلام داشت: «حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد.» (همان: ماده ۱) و علاوه بر آن به منظور تحقق حاکمیت ملی، شورای ملی (قوه مقننه) را مظهر ارادهٔ مردم، نماینده عموم ملت و سازوکار سهم‌گیری مردم در حیات سیاسی کشور معرفی نمود. (همان: ماده ۴۱) در نتیجه این تدابیر، دوازدهمین انتخابات شورای ملی در سال ۱۹۶۵ که پس از تصویب قانون اساسی مشروطه برگزار شد، با مشارکت آزاد کاندیداها و برخی احزاب، شور و شعف بی‌نظیری داشت. احزابی که حتی پیش از تصویب قانون احزاب سیاسی، برای حضور در شورای ملی به تبلیغات و رقابت پرداختند و برخی هم به کسب کرسی پارلمان موفق گردیدند، عبارت بودند از: حزب دموکراتیک خلق افغانستان به رهبری نورمحمد ترکی، حزب وحدت ملی به رهبری خلیل‌الله خلیلی و حزب افغان ملت به رهبری غلام محمد فرهاد.

علاوه بر موفقیت برخی از اعضا و هواداران این احزاب در انتخابات، برای اولین بار در تاریخ افغانستان چهار زن نیز در این دوره توانستند با کسب رأی مردم به پارلمان راه یابند. این خانم‌ها عبارت بودند از: رقیه حبیب و آناهیتا از حوزه انتخابیه کابل، خدیجه احراری از هرات و معصومه عصمتی از قندهار. (فرهنگ، همان، ۲: ۷۳۷-۷۳۰)

مسئله مهم و اساسی دیگر، تفکیک قواست. قانون اساسی مشروطه به منظور برقراری دموکراسی و حاکمیت قانون، نظام سیاسی افغانستان را پادشاهی مشروطه اعلام و بر وجود

قوای سه‌گانه مستقل از هم‌دیگر تصریح و تاکید نمود. در اثر این تجویز، صلاحیت‌های بی‌شمار شاه به ویژه در عرصه تقنینی و قضایی، محدود و نظر به این‌که شاه، تمثیل‌کننده حاکمیت ملی، حامی اسلام، حافظ استقلال و نگهبان قانون اساسی خوانده شد، اعضای خانواده شاهی از عضویت در احزاب سیاسی و دست‌یابی به قدرت در هر یک از قوای حاکم، منع گردیدند. (قانون اساسی مشروطه، همان: مواد ۱ و ۲۴) به این ترتیب، مطابق اصل تفکیک قوا، شورای ملی متشکل از نمایندگان برگزیده مردم، مرجع اصلی و اصولی قانون‌گذاری و مظهر اراده ملی اعلام شد؛ حکومت یا قوه مجریه با ریاست صدراعظم منتخب و مورد اعتماد پارلمان، مسئول دستگاه اجرایی و قوه قضائیه به عنوان رکن مستقل دولت، دارای صلاحیت رسیدگی به تمام دعاوی دانسته شد که از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی اقامه می‌گردید. (همان: مواد ۴۱، ۸۵ و ۹۷)

سرانجام، قانون و قانون‌گرایی نیز از مهم‌ترین عناصر و بلکه تنها عنصر محوری و مفهوم بنیادینی است که در قانون اساسی مشروطه، جایگاهی بس ارزنده بدست آورد. مطابق قانون اساسی مشروطه، «قانون عبارت است از مصوبه موافق هر دو جرگه که به توشیح پادشاه رسیده باشد.» (همان: ماده ۶۹) این نخستین تعریف دموکراتیک از مفهوم قانون در افغانستان به شمار می‌رود که تمایز روشنی با احکام شرعی، فرمان فرمان‌روا و مقررات عرفی دارد. بر اساس این تعریف، مرز آشکاری میان مقررات حقوقی و غیر آن ترسیم گردید و زمانی این تمایز، برجسته و برازنده گردید که قانون اساسی، با تکیه و تاکید بر اصل قانونی بودن جرم و جزا، محکمه را موظف نمود به قضایای مطرح، مطابق قانون رسیدگی کند. به این ترتیب، فقه و احکام مذهبی که در گذشته و به خصوص در قانون اساسی نادرشاه (اصول اساسی دولت علیه افغانستان، ۱۳۰۹/۱۹۳۱: مواد ۱، ۵، ۶، ۱۳، ۱۵، ۱۶، ۱۹، ۲۳، ۶۵، ۸۸ و ۹۰) در مقام نخست قرار داشت، در منزلت دوم بعد از قانون قرار گرفت. (قانون اساسی مشروطه، مواد ۲۶، ۶۹ و ۱۰۲)

ارائه تعریف روشن از مفهوم قانون، تقدم قانون بر مقررات فقهی به ویژه در رسیدگی‌های قضایی، محوریت قانون به عنوان بالاترین قاعده نظم رفتاری و مهم‌تر از همه، تعریف مرجع مردمی و دموکراتیک برای وضع قانون از اصول ارزشی و بنیادینی محسوب می‌شود که توسط قانون اساسی مشروطه بنا نهاده شد. البته تاسیس این اصول بدون مخاطرات و مشکلاتی نبود؛ چنانکه در لویه‌جرگه قانون اساسی دو مسئله بیش از همه بحث برانگیز و منازعه‌آفرین شد. یکی تنزیل فقه در مرتبه بعد از قانون و دیگری استقلال قوه قضائیه. تکیه اصلی مخالفان این دو موضوع، یکی این بود که تقدیم قانون بر فقه، مغایر با شریعت است و دیگر این‌که استقلال قضا زمینه را برای سوء استفاده بیشتر قضات فراهم می‌کند؛ هرچند برخی بر آن بودند که مخالفت با استقلال قوه قضائیه با تحریک حاکمان محلی صورت گرفت که می‌خواستند تسلط شان را بر محاکم حفظ

نمایند اما در نهایت، با استدلال موافقان و احتیاج به نفع پیش‌نویس مواد مورد بحث، خواست روشن‌فکران و مخالفان تفکر سنتی مورد تصویب جرگه قرار گرفت. (فرهنگ، همان، ۲: ۷۲۵)

گفتار دوم. نظام حقوقی کنونی افغانستان

حقوق و نظام حقوقی فعلی افغانستان، وارث تحولات صدوبیست ساله در این عرصه است. آنچه امروز و در شرایط کنونی در این سرزمین به عنوان مفاهیم، قواعد و نهادهای تشکیل دهنده نظام حقوقی شناخته می‌شود، در واقع، ثمره و نتیجه همان تغییرات و دگرگونی‌هایی است که طی بیش از یک قرن روی داده است. به این ترتیب، اگر بخواهیم با تمرکز بر قانون به مثابه مفهوم محوری حقوق مدرن و مهم‌ترین دستاورد نظام مشروطه در افغانستان، نظام حقوقی فعلی این کشور را مورد مطالعه قرار دهیم، مناسب‌تر آن است که با بررسی قانون اساسی شروع کنیم. زیرا در نظم مدرن، قانون اساسی منزلت سند تاسیس دولت ملی و چارچوب تنظیم روابط دولت و مردم را بر مبنای قرارداد اجتماعی به خود اختصاص می‌دهد. بنا براین، جست‌وجوی شاخص‌های حقوق مدرن در افغانستان امروز، با مروری کلی بر قانون اساسی آغاز و سپس، مطابق معیارهای تحول قانون به ارزیابی آن پرداخته می‌شود.

الف. مرور کلی بر قانون اساسی ج.ا.ا.

این قانون اساسی در لویه‌جرگه مورخ ۹/۲۲ تا ۱۳۸۲/۱۰/۱۴ با حضور بیش از ۵۰۰ تن از نمایندگان مردم، به تصویب رسید. این قانون اساسی دارای یک مقدمه، ۱۲ فصل و ۱۶۲ ماده است. مقدمه قانون اساسی دربردارنده مطالبی است که زمینه‌ها، ذهنیت‌ها، باورها، افکار، اهداف، احساسات و تمایلات مردم افغانستان را برای برقراری یک نظام سیاسی نسبتاً مطلوب به قرار آتی بیان می‌کند:

ما مردم افغانستان:

- با ایمان راسخ به ذات پاک خداوند و توکل به مشیت حق تعالی و اعتقاد به دین مقدس اسلام.
- با درک بی‌عدالتی‌ها و نابسامانی‌های گذشته و مصایب بی‌شماری که بر کشور ما وارد آمده است.
- با تقدیر از فداکاری‌ها، مبارزات تاریخی، جهاد و مقاومت برحق مردم افغانستان

- و ارج‌گذاری به مقام والای شهدای راه آزادی کشور.
- با درک این‌که افغانستان واحد و یک‌پارچه به همه اقوام و مردم این سرزمین تعلق دارد.
- با رعایت منشور ملل متحد و با احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر.
- به منظور تحکیم وحدت ملی و حراست از استقلال، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی کشور.
- به منظور تاسیس نظام متکی بر اراده مردم و دموکراسی.
- به منظور ایجاد جامعه مدنی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانون‌مندی، عدالت اجتماعی، حفظ کرامت و حقوق انسانی و تامین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم.
- به منظور تقویت بنیادهای سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و دفاعی کشور.
- به منظور تامین زندگی مرفه و محیط زیست سالم برای همه ساکنان این سرزمین.
- و سرانجام به منظور تثبیت جایگاه شایسته افغانستان در خانواده بین‌المللی این قانون اساسی را مطابق به واقعیت‌های تاریخی، فرهنگی و اجتماعی کشور و مقتضیات عصر [...] تصویب کردیم.

در یک ارزیابی کلی از مقدمه قانون اساسی به این جمع‌بندی می‌رسیم که باورها و آرمان‌های مردم افغانستان با واقعیت‌های عینی تاریخی و اجتماعی گره خورده موجب شکل‌گیری این ذهنیت گردیده که مجالی برای تحقق آرمان‌ها و عملیاتی شدن باورها جز در ظرف واقعیت‌ها وجود ندارد و از این رو، در صورتی می‌توان به نظام‌سازی در این کشور امیدوار بود که بر مبنای شرایط عینی و نیازهای واقعی انجام یابد. توجه ویژه به نیازها و واقعیت‌های عینی که در شکل‌گیری قانون اساسی مشروطه ریشه دارند، منجر به محوریت مفهوم قانون شد و زمام‌داران کشور را بر آن داشت تا برای پاسخ‌گویی به آن نیازها بایستی از قانون به معنای مدرن مدد گرفت. قانون اساسی که سرآمد قانون مدرن است، به تعبیر هارت با قاعده شناسایی شکل می‌گیرد یا اصلاً خود قاعده شناسایی برخاسته از واقعیت اجتماعی و دارای اعتبار ذاتی می‌باشد که شرایط و معیارهای وضع قانون معتبر را در یک نظام حقوقی پی می‌ریزد. (Geoffrey, ۲۰۰۲: ۷۲) حال باید دید قانون اساسی افغانستان در این راستا تا چه اندازه مفید، موثر و کارآمد دانسته می‌شود؟

ب. ارزیابی قانون اساسی ج.ا.ا

اگر از دید حقوقی و نظر به موضوع این نوشتار، قانون اساسی جمهوری اسلامی

افغانستان (مصوب ۱۳۸۲) را از نظر بگذرانیم، به این نتیجه می‌رسیم که قطع نظر از نوع نظام سیاسی، تفاوت چشم‌گیری با قانون اساسی مشروطه ندارد؛ حقوق و آزادی‌های فردی، حاکمیت ملی، تفکیک قوا و قانون‌مداری در قانون اساسی فعلی به همان‌گونه است که در قانون اساسی مشروطه منظور شده بود. از این رو مناسب به نظر می‌رسد از میان تحولات چهارگانه قانون، به مثابه فصل مشترک هر دو قانون اساسی (مشروطه و کنونی) و شاخص حقوق مدرن، آنچه مدرن شدن نظام حقوقی افغانستان را به چالش می‌کشد، مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

بررسی‌ها نشان می‌دهد چالش اساسی که ممکن است مانعی بزرگ فرا روی نظام حقوقی و چه بسا کل نظام سیاسی و جامعه افغانستان در حرکت به سوی مدرن شدن، ایجاد نماید همانا اصرار بر تعریف مبنای معین برای قانون‌گذاری است. به بیان دیگر، قانون اساسی تلاش دارد چارچوبی ارائه نماید که در آن روابط انسان‌های آزاد و برابر به لحاظ ارزش انسانی اما متنوع و متفاوت به لحاظ فرهنگی و اجتماعی در درون یک دولت ملی با نام افغانستان، تنظیم گردد. در همین راستا با عطف توجه به ضرورت‌ها و نیازهای واقعی مردم، تعریفی ویژه از مفهوم قانون ارائه می‌کند؛ (قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲: ماده ۹۴) «قانون عبارت است از مصوبه هردو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد» (مرجع دموکراتیک و برخاسته از آرای مردم برای قانون‌گذاری تعیین می‌نماید؛ همان: مواد ۸۱ و ۹۰) در رسیدگی‌های قضایی، قانون را بر احکام فقهی و مذهبی مقدم (همان: مواد ۱۳۰ و ۱۳۱) و در تمام امور، محور می‌شمارد اما با این‌همه، مانند قانون اساسی مشروطه، قانون را مقید به عدم مخالفت با شریعت می‌کند. به این ترتیب، از دید قانون اساسی «در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.» (همان: مواد ۳؛ قانون اساسی مشروطه، ماده ۶۴، فقره اول) این مسئله زمانی بیشتر بحث برانگیز و مناقشه‌آفرین می‌شود که «اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی» غیرقابل تعدیل اعلام می‌گردد. (همان: ۱۴۹)

قطع نظر از تحلیل‌ها و تفسیرهای به لحاظ موضوع این نوشتار، فاقد اثر در مورد این ماده که آن را مبتنی بر اصل اباحه دانسته و در نتیجه، دست قانون‌گذار را در وضع قوانین تا آن‌جا باز می‌دانند که با صراحت با احکام شرعی در تناقض نباشد، آنچه در این رابطه محل بحث و فحص است این‌که قانون در معنای مدرن، قاعده عام، شفاف و معطوف به آینده است که از واقعیت‌ها و ضرورت‌های عینی یک جامعه بر می‌خیزد و هدف آن ضمن حفظ آزادی و برابری، تنظیم روابط افراد انسانی در چارچوب دولت ملی است. (راسخ، ۱۳۸۶: ۱۳، ۱۷، ۱۹)

دولت ملی، دستاورد مدرنیته است که در مصاف چند قرن‌ئی سه قطب قدرت (پادشاه، پاپ و فئودال) در اروپا پیروز میدان شد. از سوی دیگر، جامعه انسانی که در دولت ملی،

زندگی می‌کند به شدت متنوع و متکثر است و همین تنوع و تکثر در مقاطع مختلف تاریخی، به تعارض انجامیده است. رهایی از تعارض و برخورد ناشی از تعارض انگاری تنوع، تنها با روی آوردن به قواعد عام، شفاف و معطوف به آینده امکان‌پذیر است که علاوه بر آزاد و برابر دانستن و نه ابزاری نگرستن به انسان‌ها، زمینه‌ساز تحمیل هیچ گرایش خاصی بر جامعه متکثر ملی نباشد؛ این هدف اما تنها با وضع قانون به معنای پیش‌گفته برآوردنی است. (رک: همان) هم‌چنانکه پیش از این یادآوری شد، قانون در این معنا، مستلزم آن است که هدف، مبنا و منبع، روش فهم و استخراج، و مرجع صالح برای وضع قانون همه تغییر نموده با آهنگ مدرنیته دم‌ساز شوند. اما زمانی که یک جامعه در راستای مدرن شدن به قانون اساسی با هدف تاسیس دولت و تنظیم رابطه دولت و مردم، به عنوان میثاق ملی و قرارداد اجتماعی، روی می‌آورند و آنگاه در سند مؤسس، مهم‌ترین دستاورد مدرنیته یعنی قانون را منوط و وابسته به کیش یا گرایش خاصی می‌کنند که با تکثر نهفته در دل مدرنیته ناسازگار است، سوال بزرگی در مورد تحول آن جامعه مطرح می‌شود. زیرا وقتی یک عامل خاص ارزشی و ایدئولوژیک به عنوان مبنای قانون‌گذاری لحاظ شود، هدف، منبع، روش فهم و استخراج، و مرجع وضع آن نیز نمی‌توانند با تغییراتی سازنده و تحولاتی امیدوارکننده همراه باشند. روشن است که این‌گونه قانون‌نگاری و این‌سان قانون‌گذاری بر اساس یک پیش‌فرض و ذهنیت از پیش ساخته صورت می‌گیرد که در آن، مجالی برای پذیرش تکثر فراتر از چارچوب اعتقاد و باور رایج در جامعه وجود ندارد. در این فضای ذهنی، نه تنها تکثر مطلوب در جامعه مدرن پذیرفته نیست بلکه تشعب موجود در کیش معین هم قابل تحمل نمی‌باشد. (رک: فرایند شکل‌گیری قانون اساسی، ۱۳۸۳، ۴: ۶۰-۱۶؛ فرهنگ، همان، ۲: ۵۲۵ و ۷۲۵؛ گریگوریان، همان: ۳۷۹-۳۷۱) در اثر غلبه و سیطره همین ذهنیت بود که اصلاحات امان الله با شکست مواجه شد و به جای رعایت حقوق فرهنگی شهروندان، سیاست تحمیل فرهنگی به جریان افتاد و در نتیجه، آزادی و برابری هم به فراموشی سپرده شد.

جمع بندی

با عنایت به آنچه در خصوص نظام حقوقی افغانستان بیان شد، به این جمع‌بندی می‌رسیم که:

- ۱- نظام حقوقی افغانستان آمیزه‌ای از حقوق اسلامی (شریعت)، حقوق عرفی و حقوق موضوعه است؛ به طوری که مفاهیم، قواعد و نهادهای هر کدام به روشنی مشهود است. روند تاریخی شکل‌گیری این نظام حقوقی نشان می‌دهد که دو عنصر شرع و عرف دارای برجستگی و هژمونی غیرقابل انکار می‌باشند.

۲- تاریخ بیش از صدوبیست ساله تحولات حقوقی در افغانستان نشان می‌دهد که زمام‌داران افغانستان در تلاش برای تثبیت سلطه و اقتدار حکومت، به نظم حقوقی بیش از هر چیز دیگری امید بسته بودند و به همین ملاحظه، در نظم بخشیدن به مقررات حقوقی برخاسته از شرع و عرف، سعی وافر به عمل آوردند. چنان‌که بیان شد، نخستین گام در این راستا، تدوین احکام شرعی به عنوان قانون و سپس، وارد نمودن برخی مقررات موضوعه به منظور کاستن از هژمونی بی‌رقیب آن بود که از تدوین اساس القضا در عصر امیر عبدالرحمن شروع و به تدوین و تصویب قانون اساسی مشروطه خاتمه یافت.

۳- تلاش زمام‌داران پیشین افغانستان در تعریف سازوکارهای حقوقی تاسیس دولت مدرن، قابل قدر و ستایش برانگیز است اما چالش‌ها و موانع مدرن شدن در افغانستان به حدی سنگین و سهم‌گین است که عبور از آن‌ها اگر محال نباشد، چنان دشوار و زمان‌بر است که امید به تحول را در دل‌ها می‌میراند. تحلیل سیاست منعطف امیر حبیب‌الله، هم‌نوایی امیر امان‌الله با مشروطه خواهان و اقدام وی علیه پدر و سایر اعضای خانواده، گرایش به ظاهر مذهبی محمدنادر و برقراری نظام مشروطه توسط محمدظاهر به خوبی نشان می‌دهد که این زمام‌داران خواهان افغانستان مدرن و متحول بودند اما بدلیل ساختار سنتی جامعه اقدامات بسیار مهم و چشم‌گیر آنان نتوانست از پوسته ضخیم سنت، عبور نموده به مغز جامعه نفوذ کند.

۴- واقعیت جامعه افغانی به روشنی اثبات می‌کند که دو عنصر بنیادین مذهب و قبیله، شاکله سنت را در افغانستان می‌سازد. به نظر می‌رسد، از جمله بدلیل حضور نیروهای خارجی در افغانستان، سیطره و هژمونی این عناصر همچنان در حال افزایش است؛ زیرا تاریخ افغانستان گواهی می‌دهد که همین دو به نوبه خود، عامل اساسی انسجام و قیام مردم افغانستان در برابر مهاجمان بیرونی و محور اساسی تحکیم اقتدار درونی حکومت بوده است. پس تا زمانی که مجالی برای نقش آفرینی این عناصر موجود باشد، فرصتی برای طرح تحول به نفع مدرن شدن نخواهد بود. حکم صریح قانون اساسی جدید، مبنی بر عدم مغایرت قانون با معتقدات و احکام اسلام در حالی صورت گرفت که سایه حضور کشورهای غربی به عنوان پیش‌گامان و سردم‌داران مدرنیته و مجامع بین‌المللی بر لویه‌جرگه قانون اساسی سنگینی می‌کرد؛ نیروهای نظامی ناتو و ائتلاف بین‌المللی مبارزه با تروریسم به رهبری ایالات متحده، مسئول امنیت برگزاری لویه‌جرگه بود؛

ویرانی‌های پس از جنگ به شدت نیازمند کمک‌های فراوان دنیای غرب بود و ده‌ها نکته دیگر.

۵- در نهایت به این نتیجه می‌رسیم که با وجود تلاش‌های زیادی که در راستای مدرن شدن نظام حقوقی افغانستان صورت گرفته و ظرفیت لازم فراهم است اما موفقیت چندانی بدست نیامده و راهی دراز در پیش است تا این دگردیسی به نفع حقوق مدرن در افغانستان شکل بگیرد.

منابع

۱. اصول اساسی دولت علیه افغانستان (۱۳۰۹/۱۳۳۱)
۲. اولیور ر.ا، افغانستان، اسلام و نوگرایی سیاسی، ترجمه ابوالحسن سرومقدم، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۶۹.
۳. راسخ، محمد، مدرنیته و حقوق دینی، نامه مفید، شماره ۶۴، زمستان ۱۳۸۶.
۴. غبار، میرغلام محمد، افغانستان در مسیر تاریخ، تهران، نشر عرفان، ۱۳۹۰، ج ۲.
۵. فرهنگ، محمدصدیق، افغانستان در پنج قرن اخیر، قم، انتشارات دارالتفسیر، ۱۳۸۰، ج ۱.
۶. قانون اساسی افغانستان (۱۳۸۲)
۷. قانون اساسی مشروطه (۱۳۴۳)
۸. کشکی، صباح الدین، دهه قانون اساسی، کابل، انتشارات میوند، ۱۳۸۴.
۹. کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۱۰. گریگوریان، وارتان، ظهور افغانستان نوین، ترجمه علی کرمانی، تهران، انتشارات عرفان، ۱۳۸۹.
۱۱. مجددی، محمدصادق، مختصرالبیان در تاریخ مولانا عبدالرحمن پغمانی، پشاور، چارسده رود، ۱۹۸۴.
۱۲. محمدی، عبدالعلی، افغانستان و دولت مدرن، کابل، انتشارات امیری، ۱۳۹۴.
۱۳. نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان (۱۳۰۱)
۱۴. وکیلی پوپلزایی، عزیزالدین، دارالقضا در افغانستان: از اول عهد اسلام تا عهد جمهوریت، کابل، مطبوعه دولتی، ۱۳۶۹، ص ۳۶۹
- 15 - Louis Dupree, "Constitutional Development and Cultural Change, Part I: Social Implications of Constitution Making," American Universities Field Staff Report, South Asia Series, IX/1(1965), 5. / From Bruce Etling, Legal Authorities in the Afghan Legal System(1964-1979)
- 16- Marshall, Geoffrey, Conceptions of Law, in Encyclopedia of Government and Politics, Edited by: Mary Hawkesworth & Maurice Kogan, Routledge, Taylor & Francis Group, 2002.
- 17- Rasayanagam, Angelo, Afghanistan: a Modern History, I.B.TAURIS, London. New York, P. 11-12/ Barfield, Thomas, Afghanistan: A Cultural and Political History, Princeton University Press, New Jersey 2010.