

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک
رؤساء: پروفیسور داکتر آرمین فان بوگدانی. پروفیسور داکتر رودیگر ولفروم



رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای
حقوق اساسی افغانستان

جلد اول
تشکیلات و اصول دولت

چاپ سوم با اصلاحات، حمل ۱۳۸۸

تألیف:
رامین مشتاقی

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الدول ماکس پلانک
رؤساء: پروفیسور داکتر آرمین فان بوگدانی. پروفیسور داکتر رودیگر ولفروم



رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای

حقوق اساسی افغانستان

جلد اول

تشکیلات و اصول دولت

چاپ سوم با اصلاحات، حمل ۱۳۸۸

تألیف:

رامین مشتاقی

با حمایت:

نظام الدین عبدالله و میهن روزبھانی

ترجمه:

دوکتور حسین غلامی

با حمایت مالی:

وزارت خارجه جمهوری آلمان

رهنمود های انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک در قوانین افغانستان

مسؤول بخش تصحيح: دوكتور تيلمن رويدر

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت، رامین مشتاقی، چاپ سوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم، حقوق بشر و آزادی های اساسی، مندانا کنوست راسخ افشار و جولیا پیفر، چاپ دوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون موازین محاکمه عادلانه، الیکساندرا هیلال گوور، رامین مشتاقی و ماندانا کنوست راسخ افشار، چاپ چهارم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری، پشتو و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق جزای عمومی افغانستان، محمد صدر توحیدخانه، چاپ دوم با اصلاحات (همکار تصحيح: انستیتوت حقوق جزای بین المللی مقایسوی ماکس پلانک)، هایدلبرک و دفتر کابل (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق فامیل افغانستان، کعبه راستین تهرانی و دکتر نجما یساری، چاپ دوم با اصلاحات، (همکار تصحيح: انستیتوت حقوق بین الملل خصوصی مقایسوی ماکس پلانک)، هایدلبرک و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون تشکیلات و صلاحیت محاکم، رامین مشتاقی، چاپ سوم با اصلاحات، هایدلبرک و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون اخلاق قضائی افغانستان، دکتر تیلمن رويدر، چاپ دوم با اصلاحات، هایدلبرک و کابل، ۲۰۰۹ (دری و انگلیسی).

© حق طبع و تکثیر محفوظ به انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک شهر هایدلبرگ، جمهوری فدرالی آلمان است

۲۰۰۴ - ۲۰۱۰

تمام رهنمودها در صفحه ای اینترنتی: <http://www.mpil.de/red/afghanistan> قابل دریافت است. برای معلومات عمومی راجع به انستیتوت های ماکس پلانک لطفاً به صفحه اینترنتی www.mpil.de (حقوق بین الملل عمومی) www.mpicc.de (حقوق جزاء و جرم شناسی) www.mpipriv.de (حقوق خصوصی) مراجعه نمائید. همچنین، رهنمودهای مطبوع در دفتر کابل انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک قابل دریافت است (mpil.kabul@yahoo.com).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

محتویات

۱۳	فصل اول: مفهوم قانون اساسی و مشروطیت
۲۹	فصل دوم: تأثیر مفهوم جدید قانون اساسی بر جهان اسلام به شمول افغانستان
۵۰	فصل سوم: اصول قانون اساسی
۱۵۳	فصل چهارم: تفکیک قوا و اجرای آن
۲۲۸	فصل پنجم: حالت اضطرار

فهرست مندرجات

۶.....	محتویات
۷.....	فهرست مندرجات
۱۱.....	پیشگفتار
۱۳.....	فصل اول: مفهوم قانون اساسی و مشروطیت
۱۳.....	گفتار یکم: قانون اساسی قاعده گذار، خصائص و کارکردهای آن
۱۷.....	گفتار دوم: تاریخ قوانین اساسی و مشروطیت نوین
۱۷.....	الف) ایالات متحده آمریکا
۲۰.....	ب) فرانسه
۲۲.....	پ) انگلستان
۲۵.....	ت) آلمان
۲۹.....	فصل دوم: تأثیر مفهوم جدید قانون اساسی بر جهان اسلام به شمول افغانستان
۳۰.....	گفتار یکم: امپراتوری عثمانی
۳۱.....	گفتار دوم: ایران
۳۲.....	گفتار سوم: تاریخ قانون اساسی در افغانستان
۳۲.....	الف) گذار به قانون اساسی امان الله خان در سال ۱۹۲۳
۳۴.....	ب) اصلاحات امان الله خان و اولین قانون اساسی افغانستان
۳۷.....	پ) قانون اساسی ۱۹۳۱
۳۸.....	ت) قانون اساسی ۱۹۶۴
۴۱.....	ث) دوره انقلاب و آشوب‌های داخلی ۱۹۷۳-۲۰۰۱
۴۱.....	۱. ریاست جمهوری داود ۱۹۷۳-۱۹۷۸
۴۲.....	۲. رژیم کمونیستی
۴۴.....	۳. جنگ داخلی مجاهدین
۴۴.....	۴. از توافنامه بن تا قانون اساسی ۲۰۰۴
۴۵.....	ج) قانون اساسی فعلی جمهوری اسلامی افغانستان
۵۰.....	فصل سوم: اصول قانون اساسی
۵۱.....	گفتار یکم: جمهوری اسلامی
۵۱.....	الف) احکام ذریبط
۵۶.....	ب) تبصره: اصل جمهوری اسلامی
۵۶.....	۱. خصوصیت قاعده گذار قانون اساسی افغانستان
۵۹.....	۲. نتایج ایجاد مفهوم جمهوری اسلامی
۵۹.....	۱-۲. مطابقت قانون اساسی با اسلام
۵۹.....	۲-۲. تضمین مطابقت کلیه قوانین با اسلام
۷۰.....	۳-۲. اسلام به عنوان دین (رسمی) دولت

۷۳	۴-۲. اصل تساوی.....
۷۴	۵-۲. تعهد دولت بر تحقق عدالت اجتماعی.....
۷۶	۶-۲. تعهد و وظیفه دولت به انکشاف تعلیم و حمایت از خانواده.....
۷۸	۷-۲. نمادها یا نشانه‌های دولت.....
۷۸	پ) نتایج.....
۸۰	ت) سؤالات.....
۸۱	گفتار دوم: دموکراسی.....
۸۱	الف) احکام ذریبط.....
۸۵	ب) تبصره: دموکراسی.....
۸۶	۱. اعمال حاکمیت توسط نمایندگان مردم.....
۹۴	۲. اعمال حاکمیت توسط مردم به طور مستقیم: انتخابات پارلمانی و ریاست جمهوری.....
۹۴	۱. احکام ذریبط.....
۹۵	۲. تبصره: نظام انتخابات.....
۱۰۰	۳. سؤالات.....
۱۰۰	گفتار سوم: اصل دولت واحد.....
۱۰۰	الف) احکام ذریبط.....
۱۰۲	ب) تبصره: دولت واحد.....
۱۰۴	پ) سؤالات.....
۱۰۵	گفتار چهارم: حاکمیت قانون.....
۱۰۹	الف) مقید شدن قوای اجرائیه و قضائیه به وسیله قانون.....
۱۰۹	۱. احکام ذریبط.....
۱۱۱	۲. تبصره: مقید شدن قوای اجرائیه و قضائیه به وسیله قانون.....
۱۱۴	ب) تساوی در برابر قانون و عام‌الشمول بودن قانون.....
۱۱۴	۱. احکام ذریبط.....
۱۱۵	۲. تبصره: تساوی در برابر قانون و عام‌الشمول بودن قانون.....
۱۱۶	پ) تفکیک قوا.....
۱۲۰	۱. تفکیک سازمانی و تشکیلاتی قوا.....
۱۲۱	۲. تفکیک شخصی قوا.....
۱۲۱	۳. تفکیک قوا به عنوان «اصل همکاری» نه تفکیک مطلق.....
۱۲۴	۴. مضمون اصلی و غیر قابل تغییر قوای مختلف.....
۱۲۵	۵. تفکیک قوا به عنوان وسیله‌ای برای انکشاف کارکرد دولت.....
۱۲۶	ت) استقلال قضایی.....
۱۲۶	۱. احکام ذریبط.....
۱۳۱	۲. تبصره: استقلال قضایی.....
۱۳۳	۱-۲. استقلال نهادی.....

۱۳۷.....	۲-۲. استقلال فردی قضات.....
۱۴۵.....	۲-۳. بررسی قضایی اقدامات مراجع ذیصلاح اجرایی.....
۱۵۰.....	ث) سؤالات.....
۱۵۳.....	فصل چهارم: تفکیک قوا و اجرای آن
۱۵۳.....	گفتار یکم: قوه مقننه.....
۱۵۴.....	الف) شورای ملی.....
۱۵۴.....	۱. احکام ذیربط.....
۱۶۱.....	۲. تبصره: شورای ملی.....
۱۶۱.....	۲-۱. موقعیت شورای ملی در نظام مبتنی بر قانون اساسی و نگاهی کلی به کارکردهای دو مجلس آن.....
۱۶۳.....	۲-۲. شکل گیری شورای ملی، دوره‌های انتخاب و اجراء آن و جایگاه نمایندگان.....
۱۷۰.....	۲-۳. وظایف تقنینی.....
۱۸۲.....	۲-۴. کنترل و مهار پارلمانی قوه اجرائیه.....
۱۹۲.....	۲-۵. تأیید کاندیداها (نامزدها).....
۱۹۳.....	ب) لویه جرگه.....
۱۹۳.....	۱. احکام ذیربط.....
۱۹۵.....	۲. تبصره: لویه جرگه.....
۱۹۷.....	پ) سؤالات.....
۱۹۸.....	گفتار دوم: قوه اجرائیه.....
۱۹۸.....	الف) احکام ذیربط.....
۲۰۷.....	ب) تبصره: قوه اجرائیه.....
۲۰۷.....	۱. ریاست جمهوری.....
۲۰۷.....	۱-۱. صلاحیت‌ها.....
۲۱۲.....	۲-۱. انتخابات ریاست جمهوری.....
۲۱۳.....	۲. معاونین رئیس جمهور.....
۲۱۴.....	۳. وزرا.....
۲۱۵.....	پ) سؤالات.....
۲۱۵.....	گفتار سوم: قوه قضائیه.....
۲۱۵.....	الف) احکام ذیربط.....
۲۲۰.....	ب) تبصره: قوه قضائیه.....
۲۲۰.....	۱. تشکیلات.....
۲۲۲.....	۲. صلاحیت‌های قضایی.....
۲۲۶.....	۳. صلاحیت‌های اداری.....
۲۲۷.....	پ) سؤالات.....
۲۲۸.....	فصل پنجم: حالت اضطرار
۲۲۸.....	الف) احکام ذیربط.....

۲۳۰	ب) تبصره: اضطرار
۲۳۱	پ) سؤالات

پیشگفتار

این رهنمود جلد اول از دو جلد رهنمودهای ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی است. از آنجا که جلد دوم رهنمود ماکس پلانک بر حقوق بشری افراد متمرکز خواهد بود، این رهنمود مربوط به تشکیلات و اصول دولت جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد.

پیش از هر چیز، این رهنمود در پی شناساندن اصول حقوق اساسی مطابق با قانون اساسی افغانستان به قضات شرکت کننده در کورس ستاژ قضائی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان است. با این حال، نه تنها این رهنمود می‌تواند به عنوان یک کتاب درسی مورد استفاده قرار گیرد، بلکه به عنوان یک مرجع در کار قضات و سایر علاقمندان حقوق اساسی افغانستان نیز قابل استفاده می‌باشد.

این کتاب با نگرش کلی بر تاریخ مشروطیت نوین در ساحة بین‌المللی هم در فضای غربی (فصل اول) و هم در کشورهای مسلمان، با تأکید بر مطالعه تاریخی حقوق اساسی افغانستان (فصل دوم) آغاز می‌شود. تمرکز این اثر بر اصول محوری و مرکزی دولت افغانستان و تشکیلات دولت این کشور که مقتبس از آن اصول است، می‌باشد (فصل سوم). در میان همه اصول، اصول دموکراسی و حاکمیت قانون برای تشکیلات دولت، به نحوی که به وسیله نتایج متعدد این دو اصل بر تفکیک و توزیع قوای دولتی نشان داده شده است، دارای اهمیت خاص می‌باشند. به علاوه، این اثر به تفصیل به بحث در رابطه با اصول جمهوری اسلامی و دولت واحد می‌پردازد. با بحث مختصری راجع به اصول قانون اساسی افغانستان، این کتاب به بررسی نهادهای مختلف منبعث از قانون اساسی در سایه این اصول اقدام می‌نماید. سرانجام، این اثر به تحقیق راجع به دساتیر حاکم بر اعلام حالت اضطراری خواهد پرداخت.

برای نشان دادن و تصویر کردن اصول، هر کدام از مباحث با برخی قضایای کوتاه و نه خیلی پیچیده آغاز می‌شود. به منظور تعمیق درک و فهم خوانندگان از این اصول یا جهت سازماندهی محاکم فرضی در خصوص حقوق اساسی افغانستان ما صمیمانه از خوانندگان و استادان تقاضا می‌کنیم که قضایای مرتبط راجع به حقوق اساسی افغانستان که مشتمل بر چندین قضیه پیچیده که خصوصاً برای تأمین این اهداف طراحی شده‌اند، مراجعه کنند. در پایان هر بحث در خصوص یک اصل یا یک نماد منبعث از قانون اساسی، این کتاب پیشنهاد برخی مباحث را ارایه می‌کند.

در نسخه انگلیسی این رهنمود، ما از ضمائر مونث و مذکر به صورت جایگزین یکدیگر استفاده کرده‌ایم تا ضمن حفظ بی‌طرفی و اصرار بر آن، تأکید کنیم که در نظام قانون اساسی افغانستان هیچ موقعیتی منحصرأً برای مردان در نظر گرفته نشده است. در نسخه دری، این امر به دلیل خصوصیات دستور زبان فارسی امکان‌پذیر نیست؛ با این حال، از خوانندگان تقاضا می‌کنیم که این نکته را مدنظر داشته باشند.

دساتیر جدید و تعدیلات قانونی و صلاحیتهای قانونی تا مارچ ۲۰۰۹ در این کتاب درج شده است.

فصل اول:

مفهوم قانون اساسی و مشروطیت

قانون اساسی چیست؟ درک مفهوم جدید قانون اساسی (مشروطه) و مشروطیت و آثاری که این مفهوم نسبت به نظام حقوقی دولت‌ها دارد موجب آن می‌شود که آگاهی از مسایل مربوط به قانون اساسی و یافتن راه‌حل‌های مناسب برای آنها، امری ضروری تلقی گردد. بنابراین، پیش از هر مطلبی راجع به حقوق اساسی و نظریه‌ها، باید نسبت به تعریف دو اصطلاح اقدام کرد.

پس از یافتن تعریفی که موجب تسهیل درک بهتر می‌شود، کارها و وظایف مختلف قانون اساسی به تفصیل مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد و نگاهی اجمالی بر تاریخ مشروطیت در غرب و در کشورهای اسلامی به دست داده می‌شود. در ادامه، این مطالعه به بررسی مختصر آثاری که این تحول بر دنیای اسلام به طور کلی و بر افغانستان به نحو اخص داشته است پرداخته و به ارایه تصویری از تاریخ قانون اساسی افغانستان رهنمون گردد.

گفتار یکم: قانون اساسی قاعده‌گذار، خصائص و کارکردهای آن

اصطلاح قانون اساسی می‌تواند ناظر به دو معنی باشد. در معنای توصیفی، این اصطلاح ناظر به شرایط و اوضاع و احوال سیاسی در دولت خاص و در دوره زمانی معین است. به حیث یک مثال ساده از افغانستان، تا سال ۱۹۷۳ (۱۳۵۲ ه.ش) افغانستان یک کشور پادشاهی بوده است. چنین توصیف تجربی از قانون اساسی یک کشور را می‌توان با تحلیل

عمیق تر موقعیت آن تعمیق بخشید. بنابراین، در مثال ما صرف نمی‌توان گفت که افغانستان یک کشور پادشاهی بوده است، بلکه این نظام پادشاهی از نوع موروثی. چنین توصیفی، صرف نظر از آنکه تا چه حد عمیق باشد، صرفاً ناظر به بیان واقعیت آنچه که بوده است، می‌باشد.

از طرف دیگر، اصطلاح قانون اساسی نیز ناظر به یک قانون خاصی است که بر تاسیس و تطبیق یک قدرت سیاسی متمرکز است. این قانون راجع به یک تلفیق از قواعد حقوقی ایجاد کننده قواعدی است که برای نظم سیاسی دولت، دارای جنبه آمرانه و برتر می‌باشند. در این خصوص، اصطلاح قانون اساسی ناظر به آن قانون کشور است که متضمن تصامیم اساسی یک نظام سیاسی مشخص بوده و در نتیجه یک قدرت عمومی را تاسیس و ایجاد می‌نماید.

در نتیجه با توجه به همین جنبه قاعده گذاری قانون اساسی است که می‌توان تفاوت دو مفهوم از قانون اساسی را درک نمود. در حالی که قانون اساسی در معنای اول، صرفاً دارای آثار تجربی و عملی است، قانون اساسی در معنای دوم یک دسته قواعد را ایجاد می‌نماید. به منظور تاکید بر این تفاوت، در حالی که قانون اساسی در معنای اول ناظر به وضعیت واقعی و فعلی یک کشور معین یعنی وضعیتی که در حال حاضر در آن کشور وجود دارد، است؛ قانون اساسی در معنای دوم ناظر به وضعیت حقوقی یک نظام سیاسی و به عبارت دیگر ناظر به آنچه که آن نظام باید باشد، است. شرح و تفصیلی که در این رهنمود راجع به قانون اساسی خواهد آمد، ناظر به همین معنی از قانون اساسی و خصائص آن می‌باشد.

یک قانون اساسی در معنای قاعده گذار آن، اقدام به ایجاد یک قدرت عمومی در یک دولت معین نموده و به نحو جامعی ساحه صلاحیت‌های ارگانهای دولتی را محدود می‌کند. نکته حائز اهمیت آن است که چنین قانون اساسی برای تمام مراجع دولتی جنبه آمره دارد. برای یک قانون اساسی قاعده گذار همین کافی نیست که صرفاً مراجع و مقامات پائین رتبه به موجب قانون ملتزم و مقید گردند. بلکه هیچ قدرتی نباید خارج از ساحه حکومت قانون اساسی حاکمیت داشته و هیچ گونه امکانی جهت الزام آور نمودن تصامیمی که مطابق با پروسه مذکور در قانون اساسی نیست، نباید وجود داشته باشد.

برای تضمین برتری قدرت الزام آور قانون اساسی بر کلیه ارگانهای دولتی، قانون اساسی باید دارای بالاترین جایگاه در سلسله موازین و قواعد یک کشور باشد. همچنین باید پروسه مشخص و خاصی برای تعدیل قانون اساسی وجود داشته باشد، به نحوی که به احکام قانون اساسی در قیاس با قوانین عادی، توانایی بیشتری جهت مقاومت در مقابل تغییرات دهد. این امر به معنای آن نیست که تعدیل قانون اساسی ممنوع و مستثنی گردد، بلکه به این معناست که نباید تعدیل قانون اساسی تحت تاثیر تغییر و تحولات روزمره سیاسی نیز امکان پذیر باشد.

از دیدگاه حقوق بشری، مهمترین کارکرد یک قانون اساسی قاعده گذار، محدود کردن قدرت دولت بوسیله حمایت کلی از حقوق اساسی شهروندان (اتباع) است. اگر مراجع دولتی قصد تعدی و نقض چنین حقوقی را داشته باشند، باید توجیه خاصی بر مبنای شرایط و مقدماتی که در قانون اساسی تعیین شده است، فراهم باشد.

این گونه حمایت از حقوق اساسی باید برای کلیه شهروندان وجود داشته و نباید صرف متعلق به نخبگان باشد، به نحوی که به حیث مثال قانون مگنا کارتا در قرون وسطی در انگلستان چنین حمایتی را صرف برای نخبگان تدارک دیده بود.

به علاوه، تفکیک قوا- با یک قوه اجرائیه مسئول اجرای قوانین، قوه مقننه واضع قوانین و قوه قضائیه بررسی کننده و کنترل کننده تصامیم قوه اجرائیه در جهت انطباق با قوانین و به نحو اخص با قانون اساسی، شدیداً با اندیشه جدید قانون اساسی قاعده گذار مرتبط است.^۱

مفهوم تفکیک قوا نه تنها جهت جلوگیری از تمرکز قدرت در دستان مراجع عمومی ضروری بوده و از آن طریق موجب کاهش خطر نقض حقوق اشخاص می گردد، بلکه موجب افزایش تاثیر گذاری رهبری دولت مبتنی بر قانون اساسی نیز می گردد. قانون اساسی از طریق محدود کردن صلاحیت ارگانهای مختلف دولت، قدرت عمل مراجع

^۱ نکته جالب در این خصوص ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروند است که مقرر می دارد: «جامعه ای که در آن نظارت بر اجرای قانون تضمین نشده باشد و تفکیک قوا مقرر نگردیده باشد، چنین جامعه ای به طور کلی دارای قانون اساسی نیست،» مطابق قانون اساسی ۱۹۵۸ (۱۳۳۷ ه ش) فرانسه این اعلامیه جزئی از نظم مبتنی بر قانون اساسی در حال حاضر در این کشور است.

عمومی را افزایش می‌دهد، زیرا به این وسیله ارگانهای مسلکی برای انجام کدام از وظایف خاص مورد لزوم برای رهبری دولت وجود خواهند داشت.

به علاوه از طریق ایجاد مقررات صریح، احتمال ایجاد اختلاف راجع به مسائل مربوط به صلاحیت میان ارگانهای مختلف دولت نیز تقلیل می‌یابد. یک خاصیت دیگر قوانین اساسی جدید پیوند و خویشاوندی آنها با اصل دموکراسی است. مطابق این اصل که در مباحث بعدی به تفصیل بیشتر مورد بحث قرار خواهد گرفت، تنها مردم — در اصطلاح یونانی دیموس — دارای حق حاکمیت و قدرت دولت می‌باشند.

در نتیجه هر گونه اجرای قدرت دولتی باید قابل انتساب به مردم، یعنی دارندگان اصلی قدرت دولت باشد، خواه به نحو مستقیم مانند انتخابات یا رفراندوم یا به نحو غیر مستقیم از طریق نمایندگان، مانند اعضای پارلمان یا اعضای انتخابی قوه اجرائیه. تایید قانون اساسی توسط مردم، خواه از طریق رفراندوم مستقیم و یا از طریق آرای نمایندگان ملت، برای مراجع دولتی مشروعیت قوی ایجاد می‌کند.

به علاوه قانون اساسی می‌تواند به حیث یک عامل وحدت و یکپارچگی اجتماعی عمل کند؛ نتیجه‌ای که از طریق اعلام برخی ارزش‌های اساسی خاص قابل حصول است؛ به نحوی که در فهرست حقوق اساسی مورد تصریح قرار گرفته و به حیث نظامی از ارزش‌های مشترک میان اکثریت مردم تلقی شود و در نتیجه موجب تقویت هویت جامعه و تمیز آن از دولت گردد.

در حالی که معانی تجربی و توصیفی قانون اساسی مذکور در فوق، تا کنون در دنیای قدیم مورد استفاده قرار گرفته بودند^۲، قانون اساسی در معنای قاعده‌گذار آن که کارکردها و خصوصیات آن برشمرده شد تا حدودی یک پدیده جدید است. چنین نوعی از قانون اساسی ابتدا در ایالات متحده امریکا و فرانسه در پایان قرن هجدهم ارائه گردید. یک قضیه خاص در ارتباط به خصوصیات خاص قانون اساسی، که بعداً با تفصیل بیشتر مورد بحث قرار خواهد گرفت، قانون اساسی در انگلستان است.

^۲ به خصوص ارسطو (ارسطاطایس)، فیلسوف یونانی، به خاطر تحلیل توصیفی و مقایسوی‌اش از قوانین دولت شهرهای یونان قدیم مشهور و معروف بوده است.

پیش از این وقایع و قوانین اساسی بعد از آنها، مقررات پیشین مراجع سیاسی را مقید به انجام وظایف و وجایب حکومتی شان می‌کردند. با وجود این، این قوانین عرفی اقدامات و رفتارهای افراد در نظام اجتماعی یعنی جایی که یک قانون اساسی در معنای قاعده گذاری آن صرفاً ناظر به تطبیق قدرت دولت و محدودیت‌های آن می‌باشد، را تنظیم می‌کردند. فهم و درک مفهوم قانون اساسی در معنای مدرن و قاعده گذار آن، به نحو تفکیک ناپذیری با خصائصی که از شرایط خاص تاریخی ناشی شده و جذابیت آنرا تا حال حاضر حفظ کرده اند، در هم تنیده شده است.

گفتار دوم: تاریخ قوانین اساسی و مشروطیت نوین

الف) ایالات متحده آمریکا

قانون اساسی ایالات متحده آمریکا نه تنها یکی از اولین و قدیمی‌ترین قوانین اساسی جهان می‌باشد، بلکه اوضاع و احوالی که توسعه و تحول مشروطیت در مستعمرات سابق انگلیس و از آن پس ایالات متحده آمریکا را احاطه کرده بود، تقریباً شبیه یک متن آموزش قانون اساسی است.

به دنبال اعلامیه استقلال (آمریکا) یازده مستعمره از سیزده مستعمره، بعداً ایالات متحده آمریکا را شکل دادند و به سرعت قوانین اساسی برای دولت‌های مربوط به خود را تعیین و معرفی کردند. ایجاد قوانین اساسی برای شکل‌گیری حکومت‌هایی که جایگزین رهبری استعماری شدند امری سازنده بود. قابل ذکر است که در قوانین اساسی هر کدام از دولت‌های تشکیل دهنده ایالات متحده، برای اولین بار اقدام به تدوین حقوق اشخاص در قانون اساسی شد. این گونه فهرست‌های متضمن حقوق اشخاص، اختیار مراجع دولتی در اعمال قدرت شان را محدود کرد. علاوه بر این، [تأمین] حقوق اشخاص به عنوان هدف اصلی قانون اساسی و نظام سیاسی اعلام گردید. در یکی از مهمترین بیانیه‌هایی که در این زمان صادر شد مقرر گردیده بود:

«ما بر این عقیده‌ایم که یک قانون اساسی در فرض صحیح و شایسته آن، باید نظامی از اصول را بنیان گذارد که بر مبنای آن برخورداری و استیفای حقوق اشخاص و مزایای آن در مقابل هرگونه تعدی از طرف حکومت تأمین گردد».^۳

بعد از اعلام استقلال از بریتانیای کبیر، سیزده مستعمره پیشین دولت مستقل شده و به طور رسمی تا زمان به اصطلاح «اصول کنفدراسیون و اتحاد همیشگی» که در سال ۱۹۷۷ تهیه گردیده و در نتیجه امضاء توسط تمام مستعمرات پیشین قابلیت اجرایی یافته اند، مستقل باقی ماندند. این معاهده «ایالات متحده امریکا» را به حیث یک اتحادیه همیشگی میان سیزده مستعمره قبلی تاسیس نمود. اصول کنفدراسیون به حیث قانون اساسی دولت جدید، قدرت عمومی آنرا ایجاد کرد.

در این قانون اساسی، هیچ فهرستی از حقوق اساسی وجود نداشت زیرا فرض بر آن بود که چنین حقوقی جزء لاینفک هر موجود انسانی بوده^۴ و حمایت از این حقوق توسط دول متحده ضروری تلقی نمی‌گردد؛ زیرا حکومت آن چنان قوی و مقتدر نبوده است که بتواند تهدیدی نسبت به حقوق افراد که توسط قوانین اساسی هر کدام از دول مورد حمایت قرار گرفته بود، مطرح کند. به زودی آشکار گردید که صلاحیت‌های دول متحده بسیار محدودتر از آن است که بتواند به آنها اجازه اداره اتحادیه را بدهد.

^۳ مقرر (درخواست) شماره ۲ از قطعنامه تجمع شهر کونکوردر در تاریخ ۳۱ اکتبر ۱۷۷۹.

^۴ مراجعه کنید به اعلامیه استقلال سیزده مستعمره امریکایی در تاریخ ۴ جولای ۱۷۷۶: ما به این حقایق بدیهی اعتراف می‌کنیم که: همه انسانها برابر و مساوی آفریده شده‌اند، و این که آنها مشمول موهبت خالق خویش از طریق برخورداری از حقوق سلب نشدنی قرار گرفته‌اند، که از جمله آن حقوق، حق زندگی، آزادی و جستجوی خوشبختی و سعادت است. این که برای حفظ و تأمین این حقوق، دولتها در میان انسانها ایجاد شدند، دولت‌هایی که قدرت عادلانه خود را از مردم خویش با رضایت آنان اخذ کرده‌اند. معتقدیم که هرگاه هر شکل از حکومت مخرب این اهداف بود، حق مردم است که آنرا تغییر داده یا منحل سازند و حکومت جدیدی را بر مبنای چنان اصولی بنیان نهاده و قدرت خود را چنان سازمان دهد که از نظر مردم هرچه بیشتر تأمین کننده آسایش و سعادت آنان باشد».

در نتیجه، در سال ۱۷۸۷، قانون اساسی جدیدی تنظیم گردید که قدرت ارگانهای اتحادیه و از جمله دولت‌ها را افزایش داده و کنفدراسیون را به فدراسیون تغییر داد. قانون اساسی جدید در سال ۱۷۸۸ قابلیت اجرا یافت و این همان قانونی است که با برخی تعدیلات تاکنون تطبیق می‌گردد. در ابتدا، بر خلاف قوانین هر کدام از ایالات عضو اتحادیه، فهرست حقوق اساسی در این سند قانون اساسی نیز وجود نداشته است.

این امر به دلیل فهم و درک حاکم بر تهیه‌کننده‌گان مواد قانون اساسی بوده است که بر اساس آن حقوق ذاتی انسانی که در مقدمه قانون اساسی مورد تشریح قرار گرفته‌اند توسط دولت‌های فدرال تهدید نشده‌اند، زیرا دولت‌های مذکور آنچنان قوی و مقتدر نیستند که بتوانند حقوق اشخاص را در معرض خطر قرار دهند. با وجود این، در سال ۱۷۸۹ «منشور حقوق» که به اعلام حقوق اساسی اشخاص پرداخته است، به حیث تعدیل دیگری بر قانون اساسی مطرح شده و بعد از تصویب توسط کلیه ایالات در سال ۱۷۹۱ قابلیت اجرا یافت.

در کنار اعلام فهرست حقوق اشخاص، نقش برجسته اصل تفکیک قوا، خصوصیت خاص قانون اساسی ایالات متحده است.^۵ قانون اساسی ایالات متحده آمریکا نظام پیچیده‌ای به اصطلاح بازرسی و توازن را بنیاد گذاشت، به عنوان مثال صلاحیت هر کدام از قوای سه‌گانه جهت کنترل و متوازن کردن یکدیگر در خصوص اعمال و تطبیق وظایف‌شان، به منظور جلوگیری از تراکم قدرت در دست افراد یا گروه خاص را ایجاد کرد.

نظام فدرال در ایالات متحده آمریکا، به دولت‌های فدرال قدرت و اختیارات وسیعی اعطا کرد. این دولت‌ها در برخی زمینه‌های قانونگذاری دارای صلاحیت انحصاری وضع قانون می‌باشند.

در سطح فدرال، کنگره که متشکل از مجلس سنا و مجلس نمایندگان است، ارگان قانونگذاری می‌باشد.

سومین خصوصیت ثابت و قطعی نظام مشروطیت ایالات متحده آمریکا ایجاد نهاد مشخص قضایی در قانون اساسی است که کاملاً از سایر قوا مستقل می‌باشند. الکساندر

^۵ برای مطالعه تفکیک قوا بنگرید به فصل سوم، گفتار چهارم، ب.

هامیلتون، یکی از بنیانگذاران قانون اساسی آمریکا، به این عقیده رسیده بود که استقلال کامل قوه قضائیه، امری مطلقاً ضروری برای یک قانون اساسی است که هدف آن محدود کردن قدرت دولتی است. از دیدگاه هامیلتون، این هدف شامل محدودیت اختیارات قوه مقننه نیز می‌شود. قانونگذار باید از وضع قوانین ناقض قانون اساسی بر کنار داشته شود. مطابق این عقیده، این وظیفه قوه قضائیه است که عدم اعتبار برخی قوانین یعنی قوانین ناقض قانون اساسی را اعلام کند. به هر حال، قانون اساسی ایالات متحده آمریکا صراحتاً در این مورد ترتیب مشخص را پیش‌بینی نکرده بود. هیچ دستور مکتوبی در خصوص بازنگری (تجدیدنظر) قضایی در مصوبات مجلس، همانند آنچه که اکنون در ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان مقرر شده است، وجود نداشت. با این حال، پنجاه سال بعد از آن که قانون اساسی ایالات متحده به مورد اجرا گذاشته شد محکمه عالی این امکان را با ارایه تفسیری از قانون اساسی فراهم کرد. در تصمیم معروف ماربوری در مقابل دیسون، یکی از قوانین مصوب کنگره برای اولین بار مناقض قانون اساسی شناخته شد. این تصمیم به این نحو توجیه گردید که قانون اساسی دارای بالاترین جایگاه در مقابل قوانین عادی است. قانون اساسی به عنوان یک قانون برتر و برجسته، موازین، قواعدی را بنیاد می‌گذارد که باید توسط محاکم نه تنها در مقابل قوه اجراییه بلکه در مقابل قانونگذار دموکراتیک نیز مورد تفسیر و تطبیق قرار گیرد. بنابراین، قضات محکمه عالی دارای این شایستگی می‌باشند که در این خصوص مرجع صلاحیت‌دار تلقی شوند. در نتیجه محکمه عالی مقرر کرد: «بدون شک همه آنانی که قوانین اساسی نوشته را شکل دادند به طور جدی درصدد ایجاد یک قانون اساسی و برجسته برای ملت بودند و در نتیجه نظریه هر کدام از چنین حکومت‌هایی باید این باشد که اگر قانون مصوب مجلس مخالف قانون اساسی تلقی شود، باطل است». این تصمیم، موجب تولد نهاد بررسی قضایی شد که مدلی از پروسه اخیر بررسی قضایی مصوبات قانونگذار را در سرتاسر جهان ارایه کرد.

ب) فرانسه

تاریخ مشروطیت در فرانسه به نحو پیچیده‌ای با انقلاب ۱۷۸۹-۱۸۹۲ (در حدود ۲۲۵ سال پیش) پیوند خورده است. انقلاب در این کشور در مقابل پادشاهی مطلقه و استبدادی رهبری شده بود. در اولین سال انقلاب، اعلامیه مشهور حقوق بشر و اتباع که حاوی

از حقوق اساسی به عنوان اصول راهبر قانون اساسی در آینده بود، تنظیم شد.^۶ ماده ۱۶ اعلامیه مذکور دارای اهمیت خاصی است به گونه‌ای که به نحوی روشن و بدون ابهام بیان می‌کند هر جامعه‌ای که در آن حقوق اساسی و آزادی‌های پیش بینی شده در این اعلامیه مورد تضمین قرار نگرفته باشند و تفکیک قوا به مورد اجرا گذاشته نشده باشد، به طور کلی دارای قانون اساسی نمی‌باشد. این نوع شکل بندی تأثیر توسعه مشروطیت در ایالات متحده آمریکا را روشن می‌سازد.

در سال ۱۷۹۱ اولین قانون اساسی فرانسه به طور رسمی اعلام شد تا نظم سیاسی جدیدی را در آن کشور تأسیس نموده، مشروعیت بخشید. در نتیجه، فرانسه دارای یک نظام پادشاهی مبتنی بر قانون اساسی شد. قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه دارای وجوه اشتراک بسیاری با قانون اساسی ایالات متحده بود. هر دو قانون اساسی مشتمل بر تدوین و تنظیم حقوق اساسی به اضافه بخشی متمرکز بر جنبه‌های سازمانی بودند. در بخش اول قانون اساسی فرانسه فهرستی از حقوق انسانی و مدنی، حتی وسیع‌تر از آنچه که در اعلامیه حقوق بشر و شهروند آمده بود، تنظیم گردید. با این حال به دلیل تغییرات سیاسی قانون اساسی ۱۷۹۱ بعد از یک سال دچار شکست شد. بعد از دو سال یک متمم انقلابی و افراطی بر این قانون اساسی اضافه شد که در طول مدت ترورها و خشونت‌های انقلابی بعد از آن هرگز به مورد اجرا درنیامد.

توسعه مشروطیت در فرانسه در طول دو قرن اخیر دارای تفاوت‌های مهمی در مقایسه با موقعیت آن در ایالات متحده است. در حالی که در ایالات متحده، قدرت مقنن از طریق قانون اساسی محدود شده و این محدودیت با ایجاد نهاد نظارت قضایی صورت پذیرفته است، در فرانسه، گرچه مفکوره توفیق قانون اساسی به طور گسترده پس از ۱۷۸۹ پذیرفته شده بود، اما نظریه فرانسوی حقوق اساسی نتوانسته بود مکانیزم‌های مؤثری را برای دفاع از این توفیق قانون اساسی در عمل به وجود آورد.^۷ در مفکوره فرانسوی، قوانین مجلس به عنوان مظهر و تجسم اراده ملت تلقی می‌شد. به طور کلی چنین تصور می‌شد که صرف

^۶ این اعلامیه اکنون بخشی از قانون اساسی فعلی فرانسه که در سال ۱۹۸۵ وضع شده است، می‌باشد.

^۷ R. Grote, "Rule of Law, Rechtsstaat und 'Etat de droit,'" in: Christian Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy*, 1999, p. 269 et seq. 281.

برخواستن این اراده از عموم مردم مانع هر اقدام خودسرانه و به تبع تجاوز به حقوق مردم می‌شود چرا که پستی خودسری تنها با متابعت از منافع فردی و گروهی قابل تصور است.^۸ از این روی، به موجب حکم قانون اساسی ۱۹۷۱ هیچ چیزی بالاتر از قوانین عادی در فرانسه وجود نداشت. در واقع، پیش از اعلام قانون اساسی مذکور، مجلس (پارلمان) ملی فرانسه، از طریق وضع یک قانون رسمی، قوه قضائیه را از دخالت در امور قانونگذاری منع کرد. در حالی که قانون اساسی امریکا به عنوان یک قانون برتر، که به نحو روشنی مافوق هر دستور دیگری بوده و قدرت قانونگذار را محدود می‌کرد، تلقی می‌شد، در فرانسه هیچ قدرتی برتر از قانون مصوب مجلس وجود نداشت. تعارض و اختلاف میان حقوق مذکور در اعلامیه حقوق بشر و شهروند و اختیارات نامحدود قانونگذار به نفع قانون عادی و با عدم شناخت برتری قانون اساسی حل و فصل گردید. این امر همانا دلیل این واقعیت است که چرا در فرانسه هرگز نظارت قضایی واقعی مبتنی بر قانون اساسی همانند آنچه که در ایالات متحده با برخورداری از محکمه عالی یا در آلمان با برخورداری از محکمه فدرال قانون اساسی بود، وجود نداشت. به علاوه، قانون اساسی مدون هرگز آن برجستگی و برتری را برای ملت فرانسه به ترتیبی که قانون اساسی در آمریکا یافت، پیدا نکرد. در نظام فعلی مشروطیت در فرانسه شورای قانون اساسی وجود دارد که مسئول بررسی قوانین مصوب پارلمان پیش از انتشار و لازم الاجرا شدن آنها می‌باشد. این نهاد و پروسه مربوط به آن، پروسه نظارت و بازنگری توسط یک نهاد قضایی مستقل مبتنی بر قانون اساسی نیست زیرا اعضای آن فاقد اوصاف و امتیازات قضات می‌باشند. با این حال در طول دهه‌های گذشته این استنباط و درک در حال یافتن برخی مبانی در علوم حقوقی است که به موجب آن شورای قانون اساسی در واقع کارکرد یا وظیفه‌ای مانند محکمه قانون اساسی را پیدا می‌کند.

پ) انگلستان

در حالی که قوانین اساسی ایالات متحده آمریکا و فرانسه اسناد مکتوبی هستند که متضمن مقررات الزام آور برای تطبیق و اجرای قدرت می‌باشند، قانون اساسی انگلستان تا حال

⁸ R. Grote, "Rule of Law, Rechtsstaat und 'Etat de droit,'" in: Christian Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy*, 1999, p. 269 et seq. 282.

حاضر به حیث نمونه نخست یک نظم مبتنی بر قانون اساسی نانوشته باقی مانده است. از قانون اساسی انگلستان، اغلب به حیث قدیمی ترین قانون اساسی جهان یاد می‌شود.

این امر با توجه به این واقعیت است که در حالی که قوانین اساسی امریکا و فرانسه محصول انقلابهای نیمه دوم قرن هیجدهم^۹ می‌باشند، قانون اساسی انگلستان در طول چندین قرن توسعه و تکامل یافته است. زمانی که به نظم مبتنی بر قانون اساسی انگلستان مراجعه می‌کنیم، باید خصوصیات این قانون اساسی که آنرا از سایر قوانین اساسی مدرن و قاعده گذار متمایز می‌سازد، مد نظر قرار دهیم.

نخست، نظر به خصوصیت تکاملی و تحول یافته این قانون اساسی، قانون مذکور ذره ذره مهمترین خصائص قوانین اساسی جدید را دارا شد. دوم آنکه، قانون اساسی انگلستان به معرفی و ایجاد قدرت دولت پرداخته است بلکه در مقابل در طول چندین قرن آنرا به نحوی که دارای شرایط ضروری پیش بینی گردید، دگرگون ساخت. آنگاه که ایالات متحده امریکا و فرانسه دارای قوانین اساسی مکتوب شدند، نظام حقوقی انگلستان در عین حال خصوصیات اساسی یک قانون اساسی مدرن را نشان داد، اگر چه دارای مضامین فعلی نبوده است.

مطابق نظام مبتنی بر قانون اساسی انگلستان، یک پادشاه، که قدرتش توسط مجموعه‌ای از احکام نانوشته محدود بوده است، بر ساحه پادشاهی حکومت می‌کرد. کشور دارای یک نظام نمایندگی پارلمانی دائمی بوده است و از پروسه تقنینی با مشارکت سطح بالای پارلمان شکل یافته، محقق می‌گردید. در ارتباط به شهروندان انگلیسی، این امر پذیرفته شده بود که هر گونه نقض حقوق آنان، که وضع مالیات مهمترین مثال آن بوده است، صرف در صورت رضایت نمایندگان آنها در پارلمان امکان پذیر بوده است.^{۱۰}

^۹ کمی بیش از دو صد سال پیش.

¹⁰ Grote, "Rule of Law, Rechtsstaat und 'Etat de droit,'" in: Christian Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy*, 1999, p. 269 et seq. 276.

در واقع این نکته یکی از مهمترین دلایل شورش مستعمرات امریکایی بود که بعداً به ایالات متحده امریکا تبدیل شدند، زیرا مالیات‌ها در آنجا مقرر شده بودند، در حالی که مردم مستعمرات هیچ نماینده‌ای در پارلمان نداشتند.

به علاوه، مجموعه مقرراتی^{۱۱} وجود داشت که در واقع تشکیل دهنده قوانین اساسی با خصوصیات شبیه قانون اساسی بوده است. در انگلستان، ایجاد تدریجی و انباشته قانون اساسی همانند ملکیت از نسلی به نسل دیگر دست به دست شد. مجموعه حقوقی که حقوق عرفی (کامن لاء) نامیده می‌شد از پیشینیان به ارث گذاشته شده و به آیندگان رسیده است. بر خلاف تحولات صورت گرفته در فرانسه و امریکا، یک اقدام تقنینی واحد برای ایجاد قانون اساسی در انگلستان نقش آفرین نبوده است، بلکه یک تحول طولانی و رو به تکامل و پخش قوانین و مقررات اساسی موثر بوده است.

آگاهی از این که مجموعه‌ای از قواعد خاص در انگلستان وجود دارند که اجرای قدرت دولت را کنترل می‌کنند در قرن شانزدهم یعنی حدود چهارصد سال پیش آشکار گردید. در نتیجه یک اختلاف میان پادشاه و پارلمان «قانون اساسی باستانی» این پادشاهی که در طول قرن‌ها تحول یافته بود جهت تعیین رابطه میان پادشاه، پارلمان و مسایل پیش آمده مورد توجه قرار گرفت. جالب آنکه، چند سال بعد، خود پادشاه به علت نقض این «قانون اساسی باستانی» مدعی علیه واقع شد.

بدین ترتیب، قانون اساسی باستانی و سنتی حالت قاعده گذار خاصی را به دست آورد، اگر چه هرگز به شکل یک سند خاص قانون اساسی در نیامده بود. این حالت قاعده گذار، آنرا برتر از سلسله پادشاهی قرار می‌داد و می‌توانست در مقابل پادشاه مورد استفاده قرار گیرد. در نتیجه نقض قانون اساسی می‌توانست حتی برای پادشاه دارای نتایجی باشد.

با وجود این، پارلمان انگلستان در وضع قانون، تحت حکومت هیچ قانون برتری نبود. بر اساس دکترین حاکمیت پارلمان، که بعد از سالهای انقلاب گلوریوس در سال ۱۶۸۸ (۱۱۶۷ ه.ش) (در حدود ۳۲۰ سال پیش) و به حیث اصل محوری قانون اساسی انگلستان ارائه شد، پارلمان در وضع یا عدم وضع هر قانون — هر آنچه می‌خواهد باشد — آزاد است و هیچ کس غیر از پارلمان حق لغو یا عدم اجرای یک قانون پارلمان را نداشته است.^{۱۲}

^{۱۱} مگنا کارتا ۱۲۱۵، دادخواست حقوقی ۱۶۲۸ و منشور حقوق ۱۶۸۹.

^{۱۲} A.V. Dicey / E.C.S. Wade, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1948, 39 et seq.; R. Grote, "Rule of Law, Rechtsstaat und 'Etat de droit'," in: Christian Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy*, 1999, p. 269 et seq. 275.

در خصوص هر قضیه، قانون وضع شده توسط پارلمان باید توسط محاکم اجرا می‌گردید، امری که در عین حال به معنای رسمیت بخشیدن به وظیفه محکمه جهت احترام به اراده پارلمان بوده است؛ اراده‌ای که موجب وضع قوانین مطابق به حقوق و آزادیهای تحت حمایت اصول پذیرفته شده در حقوق عرفی (کامن لائو) می‌گردید، مگر آنکه پارلمان صراحتاً اعلام می‌نمود که می‌خواهد چنین آزادیهایی را کاهش دهد.^{۱۳}

ت) آلمان

در آلمان، ایجاد قانون اساسی برای ملت واحد آلمان از طریق متلاشی کردن و تقسیم آن به ایالت‌های مستقل مختلف در طول قرن نوزدهم خنثی گردیده، بی نتیجه ماند. انقلاب ۱۸۴۸/۴۹ که تلاش نمود تا یک دولت - ملت واحد آلمانی ایجاد نماید، نیز نا موفق بود. در نتیجه اولین قانون اساسی برای رایش آلمان واحد، به نحوی که دولت جدید تحت آن عنوان (رایش) نامیده می‌شد، بدست نیامد مگر تا سال اتحاد آلمان یعنی ۱۸۷۱. نظام مبتنی بر قانون اساسی دولت فدرالی جدید به اصول پادشاهی وفادار ماند به نحوی که یک قوه اجرائیه توسط پادشاه یا دوک یا روسا در دولت‌های فدرال مختلف آلمان ریاست شده و پادشاه پروشا به حیث امپراتور آلمان و رئیس فدرالی دولت عمل می‌نمود. این قانون اساسی نه تنها فاقد فهرستی از حقوق اساسی بود بلکه هیچ گونه مسئولیت پارلمانی برای قوه اجرائیه نیز تعیین نکرده بود. حکومت فدرال صرف در مقابل پادشاه مسئول بود.

دو موضوع و نکته فوق الذکر تا زمان سقوط و انحلال پادشاهی که در نتیجه جنگ جهانی اول^{۱۴} رخ داده و منجر به اعلام اولین قانون اساسی جمهوری خواه در سال ۱۹۱۹ که از آن تحت عنوان قانون اساسی وایمار یاد می‌شود، گردید، کماکان مورد توجه قرار نگرفته بودند.

قانون اساسی وایمار، که به نام شهری کوچک در ساحه مرکزی آلمان نامیده شد و در آن شهر قانون اساسی توسط مجلس تنظیم کننده آن تدوین شده بود، اقدام به تاسیس دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی برای جمهوری آلمان نمود. طبق این قانون اساسی

¹³ R. Grote, 1999, p. 269 et seq. 275.

¹⁴ تعدیلات دیگری از قانون اساسی در ماه اخیر پادشاهی از جمله جهت ایجاد مسئولیت پارلمانی قوه اجرائیه نیز وجود داشت. با این وجود، پیش از آنکه این تعدیلات قابلیت اجرایی پیدا کند، نظام پادشاهی سقوط کرد.

رئیس دولت، رئیس جمهور قدرتمندی بود که به طور مستقیم با رای مردم انتخاب می‌شد. رئیس جمهور حکومت را که متشکل از شورای وزیران بوده و تحت ریاست رایش کانسلر یعنی مقامی که مشابه نخست وزیر بوده است، تعیین می‌نمود.

حکومت در مقابل پارلمان از جهت انجام وظایف خود مسئول بوده است. قانون اساسی وایمار، نظام فدرالی در آلمان را حفظ نمود و دارای فهرست گسترده‌ای از حقوق اساسی و از جمله حقوق اجتماعی نیز بوده است.

پیش از این در سال ۱۹۳۳ حزب فاشیست ناسیونال سوسیالیست به قدرت رسیده و کلیه نشانه‌ها و خصوصیات دموکراسی و جمهوری خواهی را ایجاد نمود تا آنرا جایگزین فورهراشتات (دولت فرهمند) که نشانه بارز آن قرار دادن کلیه قوا و قدرت دولت در تحت اراده رهبر حزب ناسیونال سوسیالیست و رئیس دولت بود، نماید. تا دوازده سال بعد، دوره‌ای مملو از ترور و نسل کشی ظهور نمود که در تاریخ نمونه‌ای مانند آن وجود ندارد.

قانون اساسی آلمان^{۱۵} تحت تاثیر تجربه قساوت و بیرحمی و نیز تحت تاثیر فروپاشی آلمان در پایان جنگ دوم جهانی در سال ۱۹۴۹ اعلان گردید. این قانون اساسی اقدام به ایجاد یک نظام فدرال و دموکراسی پارلمانی که با وجود یک قوه اجرائیه منتخب پارلمان و مسئول در مقابل آن جهت انجام وظایفش شناخته می‌شد، نمود. نمایندگان پارلمان کسانی هستند که مستقیماً با آرای عمومی، مخفی، آزاد، مستقیم و مساوی مردم انتخاب می‌گردند. رئیس دولت، رئیس جمهور آلمان است که به هر حال دارای وظایف اصلی نمایندگی است. از جمله خصوصیات مدل قانون اساسی آلمان، برتری و برجستگی حقوق اساسی، که کلیه قوای دولتی از جمله قوه مقننه را مقید و ملتزم می‌نماید و نیز وجود یک قوه قضائیه مبتنی بر قانون اساسی که به صورت محکمه قانون اساسی فدرال شکل یافته است، می‌باشد. این محکمه، که بسیاری شبیه چیزی است که الکساندر

^{۱۵} انتخاب اصطلاح قانون بنیادین (Basic Law) به جای قانون اساسی

(Constitution) به علت این واقعیت بود که قانون بنیادین ابتدائاً در قسمت

غربی آلمان به اجرا درآمد و شامل قسمت شرقی کشور که تحت اشغال ارتش

شوروی سابق بود، نمی‌گردید. با این وجود، بعد از فروپاشی رژیم کمونیست و

اتحاد دو آلمان در سال ۱۹۹۰، قانون اساسی، قانون اساسی دولت آلمان واحد

شد.

همیلتون دو قرن پیش از آن آرزو داشت، از جمله صلاحیت اعلام بی اعتباری قوانین مناقض قانون اساسی را دارد. محکمه قانون اساسی مسئولیت تامین و تضمین برتری قانون اساسی بر سه قوه دیگر دولت را دارد. همچنین محکمه فدرال قانون اساسی در راستای بررسی خود، صلاحیت تفسیر قانون اساسی را نیز دارد. یک خصوصیت نظام قانون اساسی آلمان، با توجه به اهمیت کلی و فراگیر حقوق اساسی و قضاوت مبتنی بر قانون اساسی آن است که هر شهروند حق دارد با ادعای نقض یکی از حقوق اساسی توسط یکی از شعب قوای دولتی، تقاضای رسیدگی از محکمه فدرال قانون اساسی نماید. حوزه صلاحیت قضایی محکمه قانون اساسی به نحو فوق العاده‌ای ثابت نمود که جهت حمایت از حقوق شهروندان و شکل دهی نظم حقوقی به صورت نظامی که ارزشهای مذکور در فهرست حقوق اساسی قانون اساسی را مجسم نماید، دارای اهمیت بوده است.

فصل دوم:

تأثیر مفهوم جدید قانون اساسی بر جهان اسلام به شمول افغانستان

مفهوم جدید قانون اساسی قاعده گذار، که در آن قدرت دولت به نحو قانونی مقید و ملتزم بوده و به آن وسیله حقوق و آزادی‌های اساسی اتباع تأمین می‌گردد فقط برای اروپایی‌ها و سایر جوامع نیم کره غربی جالب نبود. به زودی نهضت‌های مشروطیت در کشورهای اسلامی نیز گسترش یافت. مشروطه خواهی در سطح جهانی در حال افزایش بود. نه تنها روشنفکران پیشرو بلکه برخی علمای^{۱۶} محافظه‌کار نیز حامی و پشتیبان آرمان اصلاحات قانونی و تأسیس قانون اساسی برای محدود کردن قدرت و اختیار پادشاهان و حاکمان مختلف و ایجاد امکان مشارکت رسمی در قدرت میان گروه‌های مختلف جامعه شدند. در کشورهای اسلامی و به خصوص در ایران یا پارس به گونه‌ای که تا اوایل قرن بیستم به این عنوان نامیده می‌شد هدف دیگر نهضت مشروطه آن بود که با تأمین امکان مشارکت مردم در حکومت از واگذاری کشور و رضایت به استعمار غربی جلوگیری کند.

^{۱۶} برای مشاهده نظر علمای شیعی راجع به مشروطیت بنگرید به:

گفتار یکم: امپراتوری عثمانی

یکی از اولین کشورهای اسلامی اعلام کننده یک سند قانون اساسی رسمی، امپراتوری عثمانی در سال ۱۸۷۶ (در حدود ۱۳۰ سال پیش) بود. انتشار و اعلام این قانون اساسی به اصطلاح مبدأ اولین گرایش به مشروطیت در این امپراطوری می‌باشد. وقتی در سال ۱۸۷۶ عبدالعزیز با ضربه موفقیت‌آمیز نظامی مجبور به استعفای رسمی از پادشاهی شد، عبدالحمید دوم برای در دست گرفتن قدرت در صورت رضایت به تأسیس پادشاهی مبتنی بر قانون اساسی که او آن را پذیرفت دعوت شد. با این حال، این به اصطلاح قانون اساسی که به وسیله سلطان عبدالعزیز اعلان و منتشر شد بیشتر منطبق با اصول استبدادی بود تا اصول مشروطیت و محدودیت در اختیارات سلطان. این مقرره تنها در طول چند سال مرعی الاجراء بود و دو سال بعد سلطان پارلمان را متوقف نمود. نظام حکومتی در دهه‌های بعد به شدت مبتنی بر نقش مستبدانه سلطان بود که به وسیله نیروی عظیم پولیس مخفی که برای خاموش کردن صدای مخالفان ایجاد شده بود، حمایت می‌گردید.

این وضعیت تا حدود سی سال بعد یعنی تا ۱۹۰۹ زمانی که برخی مأموران رسمی حکومت شورش نظامی علیه سلطان به راه انداخته و او را مجبور به آن کردند که از بخش زیادی از قدرت خود دست بکشد، ادامه داشت. این طغیان، آغاز به اصطلاح دومین مبدأ مشروطیت در قلمرو امپراتوری عثمانی بود. انقلابیون، سلطان عبدالحمید دوم را مجبور کردند تعدیل و ترمیم قانون اساسی قدیمی را رسماً اعلام کند و بعد از حدود ۴۰ سال مجدداً پارلمان را تشکیل دهد. بعد از آن که پارلمان جدید انتخاب شد، اولین وظیفه آن تصحیح و اصلاح قانون اساسی مقرر شد. این اقدام منجر به ایجاد قانون اساسی شد که بیشتر منطبق با مفهوم جدید قانون اساسی بود. از این به بعد، حکومت در مقابل پارلمان مسئول و پاسخگو بود. قدرت و صلاحیت قانونگذاری پارلمان افزایش یافت به نحوی که این صلاحیت را یافت که خود اقدام به اعلام منشورهای قانون نموده و در اندک مدتی در موقعیتی قرار بگیرد که فقط پارلمان باید با پیشنهادهای قوه اجرائیه موافقت کند. نمایندگان پارلمان طی یک سیستم انتخاباتی چند سطحی سخت انتخاب می‌شدند.

سال‌های بعد توأم با آزادی‌های مدنی بی‌سابقه‌ای بودند؛ به خصوص مطبوعات به نحو گسترده‌ای پیشرفت کردند. رجال و بزرگان آزادی خواه به علاوه رجال و بزرگان محافظه‌کاران جریده‌های متعددی که در ارتباط به مسایل سیاسی و وقایع روزانه بود، تأسیس کردند.

قانون اساسی اصلاح شده در ۱۸۷۶ به طور رسمی تا زمان نسخ آن به وسیله قانون اساسی جمهوری ترکیه در سال ۱۹۲۴ مجری بود. با این حال، آثار مثبت قانون اساسی اصلاح شده، به خصوص حقوق و آزادی‌های اساسی در طی چند سال بعد یعنی زمانی که در سال ۱۹۱۳ یک شورش نظامی جدید منجر به حاکمیت تک حزبی گردید، در معرض تهدید قرار گرفته، محدود شد.

گفتار دوم: ایران

یک نمونه دیگر از مشروطه خواهی در جهان اسلام، ایران یا کشور پارس به گونه‌ای که تا سال ۱۹۳۵ به این عنوان نامیده می‌شد، است. در طول قرن نوزدهم این کشور کم یا بیش به شیوه‌ای استبدادی توسط شاهان سلسله قاجار حکومت می‌گردید. در پایان این قرن، آرمان اصلاحات بیش از پیش قدرت گرفت. انقلاب مشروطه در ایران و آرمان حصول به قانون اساسی که موجب تغییر حکومت مطلق و استبدادی پادشاهان قاجار به شکل پادشاهی مبتنی بر قانون اساسی شود، تعهدی بود که توسط نخبگان و به وسیله ائتلاف‌های بزرگ روشنفکران، متفکران مذهبی و تجاری که از حمایت گسترده مردمی برخوردار بودند پشتیبانی می‌شد. خصوصیت قابل توجه این نهضت سهم علما که نسبت به استقلال ملی و تمامیت اسلام در مواجهه با تهدید خارجی احساس خطر می‌کردند، بود. هدف اصلی نهضت مشروطه، محدود کردن اختیار پادشاه بود تا به وسیله آن نه تنها از اتباع در مقابل اقدامات خودسرانه حکمرانان حمایت شود بلکه با نقش روز افزون قدرت‌های استعماری یعنی بریتانیای کبیر و روسیه مقابله شده و از حاکمیت ملی محافظت گردد. حاکمیت استبدادی پادشاهان سلسله قاجار و واگذاری گسترده حقوق و مزایا برای تاراج منابع طبیعی به قدرت‌های استعماری با ایجاد انحصار فروش تولیدات اصلی به قدرت‌های خارجی توسط پادشاه، مخالفت گسترده روشنفکران پیشرو و همچنین علما را به دنبال داشت.

در نتیجه نهضت عمومی ۱۹۰۶ اولین قانون اساسی ایران، وضع و منتشر شد. بزرگترین خاصه این قانون اساسی تأسیس پارلمان به عنوان ارگان ذیصلاح قانونگذاری و نیز به رسمیت شناختن محدودیت قدرت شاه توسط قانون بود. خصوصیت خاص نظام مشروطه در ایران ایجاد شورای خاصی تحت عنوان شورای علما بود که صلاحیت

بازنگری مصوبات پارلمان از جهت مطابقت با موازین اسلامی را داشت.^{۱۷} این نهادی بود که سلف شورای نگهبان در قانون اساسی فعلی جمهوری اسلامی (اصل ۹۱ قانون اساسی ایران) به شمار می‌رود.

با تشکیل اولین پارلمان و اعلان قانون اساسی در پایان سال ۱۹۰۶، نهضت مشروطه به یک پیروزی موقتی دست یافت و سرزمین پارس دارای نظام پادشاهی مبتنی بر قانون اساسی گردید. این قانون اساسی به طور رسمی تا سال ۱۹۷۹ قابل اجراء بود، اگرچه تا حد زیادی روح و اهداف آن در تعدیلات بعدی لغو گردیده بود.

در سال ۱۹۷۹، قانون اساسی مذکور با قانون اساسی جمهوری جدید التأسیس اسلامی جایگزین شد. این قانون اساسی نظام حکومتی را به یک جمهوری اسلامی شیعی که مبتنی بر نظریه مشروطیت شیعی و تا حدود زیادی متأثر از نظریات آیت الله خمینی بود، تغییر داد.

گفتار سوم: تاریخ قانون اساسی در افغانستان

الف) گذار به قانون اساسی امان الله خان در سال ۱۹۲۳ (۱۳۰۲ هـ ش)

از زمان احمد شاه درانی افغانستان دارای نظام پادشاهی موروثی بود. قدرت پادشاه یا امیر به نحو سنتی و کم و بیش وابسته به میزان رضایت قبایل مهمتر بود، اگرچه قدرت پادشاه به وسیله یک قانون اساسی محدود نمی‌شد. در صورت ضرورت تصمیم‌گیری برای مسایل مهم مانند جنگ‌های مقدس (جهاد) و سایر مسایلی که در سطح کشور دارای اهمیت بودند یک لویه جرگه جهت تضمین اجرای تصمیمات حاکم تشکیل می‌شد. یکی از مشهورترین لویه جرگه‌ها، لویه جرگه سال ۱۷۴۷ (۱۱۲۶ هـ ش) بود که رسماً احمد شاه درانی را به عنوان امیر قبایل افغانستان معرفی کرد؛ تصمیمی که از آن به عنوان تولد دولت افغانستان یاد می‌شود. سال‌های ۱۷۴۷ تا ۱۹۲۳ (۱۱۲۶ الی ۱۳۰۲) را می‌توان حسب قدرت واقعی امیر، کم یا بیش پادشاهی مطلق یا استبدادی نامید. در این مدت تقسیم قوا وجود نداشت. پادشاه معاهدات بین‌المللی را امضاء می‌کرد، بالاترین مقام نظامی بود و در عین حال بالاترین مرجع مذهبی در کشور به شمار می‌رفت. او به عنوان

^{۱۷} اصل ۲ متمم قانون اساسی مصوب ۸ اکتوبر ۱۹۰۷ بر قانون اساسی مصوب ۳۰

بلندترین مرجع صلاحیت دار کشوری، همه مقامات دولتی را منصوب می کرد. او وزیری را که مشابه نخست وزیر است و دومین مقام قدرتمند بعد از شاه محسوب می شد، منصوب می نمود.

در این نظام سنتی، تطبیق عدالت تحت صلاحیت علما و یا به عبارت دقیق تر قضات و مفتی ها بود. علما از حکومت مرکزی که به آنها صلاحیت و امتیازات بسیار داده و از این طریق بر قدرت و تاثیر آنها اضافه می کرد، حمایت می نمودند. علما در اجرای عدالت بر اساس تفاسیر خود از اصول اسلامی آزاد بودند.^{۱۸} در نتیجه، منطقی به نظر می رسد که وقتی دولت تحت حکومت امیر عبدالرحمن (دوره پادشاهی ۱۸۸۰ - ۱۹۰۱) (۱۲۴۰ الی ۱۳۰۰ هـ ش) تصمیم به انحصار قدرت در دست مراجع دولتی نمود، از جمله اقدام به اتخاذ تدابیری جهت کنترل مدیریت اجرای عدالت نماید. امیر عبدالرحمن به شدت بر اسلام تاکید می کرد تا حکومت متمرکز خود را مشروعیت داده، ثبات بخشد.

بنابراین، او به بیان و ارائه دکترین (آموزه) جدیدی از حاکمیت اقدام کرد که بر اساس آن مفهوم اسلامی فرامین الهی نقشی مشابه مفهوم مطلق اروپایی حاکمیت الهی ایفاء می نمود. او ادعا کرد که برخلاف پیشینیان وی، که قدرت خود را از تصامیم اجتماع رسمی روسای قبایل اخذ می نمودند، قدرت او مبتنی بر تاییدات الهی است.^{۱۹} مطابق دکترین وی، او رهبر جامعه اسلامی و نماینده خداوند بر ملت خود بود.

امیر عبدالرحمن مصمم به اعمال کنترل دولت بر علما، قضات را که تا آن زمان صرفاً دارای وجهه مذهبی بوده و از طریق عایدات ناشی از وقف و خیرات، اقدام به اجرای عدالت می کردند، به کارمندان دولتی تغییر داد. برای حصول به این هدف او نهاد وقف را منحل کرد و از این طریق منشأ اقتصادی قضات اسلامی را از بین برد.^{۲۰} از آن زمان به بعد، جهت حصول به سمت قضاء، انتصاب در محاکم شرعی، داوطلبان باید در یک امتحان دولتی که میزان دانش شرعی آنها را سنجیده و تعیین کننده مقدار معاش آنها بود،

¹⁸ M.H. Kamali, *Law in Afghanistan*, 1985, 7 et seq.; B.R. Rubin, *The Fragmentation of Afghanistan*, 2002, 46 et seq.

¹⁹ M. Ewans, *Afghanistan – A Short History of its People and Politics*, 2002, 101.

²⁰ M. Ewans, *Afghanistan – A Short History of its People and Politics*, 2002, 101.

موفق می‌شدند.^{۲۱} قضات همین که به این سمت منصوب می‌شدند از «مشاغل دنیوی و یا تدریس علوم» ممنوع بودند. در مقابل، آنها دیگر وابسته به وقف و خیرات نبوده، بلکه از دولت مرکزی معاش دریافت می‌کردند. قضات و مفتی‌ها از جمله کارمندان عادی دولت بوده و از جهت دریافت معاش و نیز داشتن شغل و ارتقاء آن تابع مراجع اداری عادی بودند. در این زمان هیچ گونه مقرراتی که تضمین کننده استقلال قضایی آنها در صورت عدم توافق با مراجع اداری باشد، وجود نداشته، در واقع به طور کلی قضات از قوه اجرائیه مستقل نبوده اند.

امیر عبدالرحمن اقدام به ایجاد یک نظام رسمی از محاکم شرعی برای اجرای عدالت نمود که از طریق دستورالعمل تنظیمی توسط دولت به حیث رهنمودی برای قضات عمل کرده و موسوم به اساس القضاء بوده است. اقدامات امیر عبدالرحمن تطبیق عدالت در افغانستان را متشکل و منسجم نموده و حوزه قدرت مراجع مرکزی بر امور قضایی را افزایش داد. باوجود این، ارائه و معرفی یک قانون اساسی رسمی به حیث یک ساختار قانونی برای اجرای قدرت دولت در دستور کار او نبود.

ب) اصلاحات امان الله خان و اولین قانون اساسی افغانستان

امان الله خان در سال ۱۹۱۹ (۱۳۰۸ ه.ش) به قدرت رسید. حکومت او به واسطه برخی تغییرات اساسی و از جمله مهمترین آنها استقلال رسمی افغانستان از بریتانیای کبیر بعد از حدود سومین جنگ کوتاه مدت انگلستان - افغانستان (معاهده راولپندی، ۸ آگوست ۱۹۱۹) (۱۳۰۸ ه.ش) شاخص گردید. بدین ترتیب، افغانستان یکی از اولین کشورهای مستقل اسلامی در عصر جدید و اولین دولت مسلمان عضو جامعه ملل شد.

بعد از آنکه امان الله دولت مستقل را تأسیس کرد، تلاش نمود تا از طریق وضع موازین، قواعدی متعدد دولتی و مقررات نیز انجام برخی اصلاحات عمیق اقتصادی، افغانستان را مدرن کند. اصلاحات امان الله بدون تردید عمیق تر از اصلاحات جاه طلبانه و افراط‌گرایانه‌ای بود که افغانستان تا آن زمان با آنها مواجه شده بود. برخی از این اصلاحات شامل اعلام حق تحصیل برای زنان، لغو ازدواج کودکان و محدودیت در چند همسری می‌شد. او با پیروی از نمونه‌ها و مدل‌های غربی، تلاش کرد تا بنیانی حقوقی برای

²¹ M. Ewans, *Afghanistan – A Short History of its People and Politics*, 2002, 101.

دولت جهت اعمال حاکمیت قانون یعنی اندیشه‌ای که تا آن زمان در افغانستان ناشناخته و برای پیشینیان او بیگانه بوده است، فراهم کند. در سال ۱۹۲۳ (۱۳۰۲ هـ ش) امان الله خان با اعطای اولین قانون اساسی به افغانستان، نظام سیاسی آن را به پادشاهی مبتنی بر قانون اساسی تغییر داد.

اصلاحات قضایی در افغانستان با هدف ایجاد تغییر در نظام حقوقی، به سوی یکی از پیشرفته‌ترین نظام‌های حقوقی در خاورمیانه انجام شد. امان الله خان نظام جدیدی از محاکم دولتی و قانون جزا را ایجاد کرد. ماده ۲۱ قانون اساسی مقرر می‌داشت که در محاکم عدلیه کلیه قضایا باید بر اساس شریعت و مطابق قانون جزای عمومی و مدنی مورد حکم قرار گیرند. قانون جزای جدید اقتباسی از متون غربی نبود بلکه بیشتر مقررات اسلامی را در قالب قانون تدوین نمود. چنین شکلی از تدوین قانون نظر به حاکمیت قانون و حتمیت و قطعیت (معیارهای) حقوقی دارای اهمیت بسیار زیادی بود، زیرا صلاحیت قاضی محلی در استخراج احکام بر مبنای تفسیر شخصی او را دیگر قطع می‌نمود. در مقابل، به جای آن تفاسیر رسمی وجود داشتند که هر کس ملزم بود به عنوان مبنای احکام از آنها استفاده نموده و در عین حال توسط هر شخص که باسواد بود می‌توانست مورد مطالعه و تصدیق قرار گیرد.^{۲۲}

یکی از مهمترین جنبه‌های قانون اساسی سال ۱۹۲۳ اعلام فهرستی از حقوق اساسی در آن بود که شامل آزادی فردی، آزادی مطبوعات، آزادی اجتماعات و آزادی حق تملک می‌شد. همچنین، این قانون منازل و محل‌های اقامت کلیه افغانها واجب الاحترام شناخته شده بود. شکنجه و کار اجباری ممنوع اعلام شد. به علاوه این قانون برابری و تساوی همه اتباع و دسترسی متساویانه به مشاغل دولتی پیش بینی کرده بود. اعلام حق تحصیل مجانی برای پسران و دختران نیز بسیار جالب و امری پیشرفته بود. اسلام به عنوان دین رسمی اعلام گردید اگرچه سایر گروه‌های مذهبی در قانون اساسی از حمایت برخوردار بودند. اگر چه، ماده مربوطه در این باره بعدها با دخالت لویه جرگه تعدیل شد. در نتیجه، پیروان سایر مذاهب مجبور بودند لباس خاصی پوشیده و مالیه ویژه‌ای بپردازند. این مقررات نسبت به پیروان مذاهب دیگر تبعیض قایل می‌شدند.

²² M. Ewans, *Afghanistan – A Short History of its People and Politics*, 2002, 129.

نقص و ایراد این قانون اساسی، انجام هرگونه عدم کوشش برای تفکیک قوا از یکدیگر بود. اگرچه یک شورای دولتی متشکل از اعضای منتخب و انتصابی ایجاد شده بود (ماده ۳۹)، اما این شورا و شوراهای پایین تر مدیریتی تنها وظیفه مشورتی داشتند. حاکم یا پادشاه دارای برترین جایگاه اجرایی و قضایی بود (مواد ۲۸-۳۲)، سرانجام معاهدات و توافقنامه‌های بین‌المللی باید توسط پادشاه تأیید می شد (ماده ۲۹). همچنین پادشاه صلاحیت انتصاب وزراء از جمله نخست وزیر (صدر اعظم) را بدون الزام به مشاوره با شورای دولتی داشت. فراتر از این، حکومت فقط در مقابل پادشاه مسئول بود (ماده ۶). در مقابل، پادشاه نسبت به هیچ کس پاسخگو نبود (ماده ۶). با این حال، ایجاد شورای دولتی را می توان هسته و اساس ایجاد پارلمان تلقی کرد. یکی دیگر از ایرادات قانون اساسی ۱۹۲۳، راجع به استقلال قضایی است. اگرچه قانون اساسی پیش بینی نمود «تمام محاکم عدلیه از هر نوع تعدی و دخالت مصئون می باشند» (ماده ۵۳)، لیکن این حکم آشکارا یا صرف مربوط به برنامه‌های آینده بود و یا ناظر به مداخلات قوه اجراییه نبوده است زیرا این نوع مداخله‌ها به نحو بسیار گسترده و آزاردهنده‌ای وجود داشتند. به علاوه، به طور کلی هیچ نوع تضمین ثابت و نهادینه شده‌ای جهت اجرای ضروریات تأمین استقلال قضایی وجود نداشت. هیچ شعبه و جزیی از دولت پاسخگوی وظایف قضایی نبود، امری که اجرای عدالت را مستقیماً در دست قوه اجرائیه قرار می داد. علاوه بر این، هیچ گونه دستور خاصی برای خدمات قضات وجود نداشت، به گونه‌ای که در نتیجه، آنها تحت شمول قوانین عادی مربوط به سایر کارکنان دولتی قرار می گرفتند. این امر به معنای آن است که آنها ملزم بودند از اوامر مافوق‌های خویش اطاعت کنند (ماده ۳۸) بدون آن که آزادی لازم در اتخاذ تصمیمات قضایی را داشته باشند. حتی بدتر از این، یک کارمند دولتی ممکن بود اگر «در صورت سوء رفتار یا به خاطر تأمین مصالح عالیله حکومت»^{۲۳} برکنار گردد.

با وجود نقایص مذکور، قانون اساسی ۱۹۲۳ (۱۳۰۲ ه.ش) بنیان پیشرفت بزرگی را در کشور افغانستان ایجاد کرد و نظام حقوقی افغانستان را به یکی از مدرن‌ترین نظام‌های حقوقی منطقه تغییر داد.

سرنوشت قانون اساسی ۱۹۲۳ (۱۳۰۲ هـ ش) به پادشاه که در جریان ناآرامی‌های اجتماعی در سال ۱۹۲۹ (۱۳۰۸ هـ ش) سقوط کرد و مجبور به ترک کشور شده بود، گره خورده بود. در نتیجه، قانون اساسی ملغی گردید و کشور در هرج و مرج فرو رفت تا آن گاه که نادرشاه کابل را فتح کرد.

قانون اساسی ۱۹۳۱ (۱۳۱۰ هـ ش) که بعد از ناآرامی‌ها و خشونت‌های اجتماعی وضع یا ارایه شد مانع ادامه راه به سوی یک قانون اساسی در مفهوم جدید آن شد.

پ) قانون اساسی ۱۹۳۱ (۱۳۱۰ هـ ش)

نادر شاه بسیاری از نظام‌نامه‌های مشاجره‌آمیز را لغو کرد و اجرای قوانین مذهبی از طریق محاکم مذهبی را همان گونه که در دوران آشوبهای مدنی اعمال می‌شد مورد تأیید قرار داد.^{۲۴} قانون اساسی ۱۹۳۱ (۱۳۱۰ هـ ش) تأکید بسیاری بر اسلام و قوانین شرعی بر مبنای تفسیر آن در مذهب حنفی نمود. ماده ۱ این قانون اساسی پیش بینی کرد که اسلام با شاخصه حنفی آن دین رسمی آن کشور است. پیروان سایر ادیان در صورت عدم نقض قواعد کلی رفتار [اجتماعی]، مشمول حمایت بودند. هیچ غیر مسلمانی نمی‌توانست وزیر شود (ماده ۷۵). بدین ترتیب، راه دسترسی به بلندترین پست‌های مدیریتی برای اقلیت‌های مذهبی مسدود بود. پادشاه ملزم بود که نخست مطابق با شریعت و سپس مطابق قانون اساسی حکومت کند.

در این قانون برخی حقوق و آزادی‌ها به اتباع افغان اعطا شده بود، با این حال تأمین همه آنها به این شرط مقید شده بود که مطابق شریعت باشند (ماده ۱۰-۱۸). تنها حقوقی که در شریعت مسلم فرض می‌شدند، اعطاء می‌گردیدند (ماده ۱۰). شکنجه و تعذیب همچنان ممنوع بود (ماده ۱۹) آزادی مطبوعات دیگر صریحاً مورد اشاره قرار نگرفت، در مقابل به جای آن صریحاً اعلان شده بود که مطبوعات در صورت عدم تعرض به مذهب و عدم نقض محدودیت‌های مذکور در قانون خاص مطبوعات، محدودیتی ندارند (ماده ۲۳).

در واقع این امر به معنای نوعی بازگشت به گذشته بود. دیگر هیچ آزادی کلی برای مطبوعات وجود نداشت که می‌توانست (استثناء) محدود شود، بلکه مطبوعات فقط در

²⁴ M. Ewans, *Afghanistan – A Short History of its People and Politics*, 2002, 139.

صورتی آزاد بودند که شرایط خاص را رعایت می‌کردند. به این منظور یک شورا از علما (جماعت العلماء) جهت کنترل مطبوعات تأسیس شد.

همچنین این قانون اساسی به تأسیس مجلس ملی با هدف انجام وظیفه قانونگذاری و با وجود شناخت حق رد (وتو) برای پادشاه اقدام کرد. مجلس ملی متشکل از یک شورای ملی و یک مجمع نخبگان (اشراف) بود (مواد ۲۷-۵۷ و ۶۷-۷۰). با این حال، هر مصوبه مجلس نیازمند توشیح پادشاه بود تا لازم الاجرا گردد (ماده ۵۱). اعضای شورای ملی از سرتاسر کشور انتخاب می‌شدند، در حالی که اعضای مجمع نخبگان را پادشاه منصوب می‌کرد. از آنجا که اصطلاح «حکومت» در قانون اساسی مورد استفاده قرار نگرفته بود، قانون اساسی حقوق خاصی برای وزراء و نخست وزیر مقرر می‌داشت. پادشاه دارای حقوق مهمی مانند اعلام حرب، انتصاب وزرا، عفو محکومان و نیز ریاست نیروهای نظامی بود.

راجع به استقلال قضایی در این قانون اساسی آمده بود که کلیه محاکم مسؤولان از مداخله می‌باشند (ماده ۸۹). با این حال، فقدان تفکیک سازمانی قضا از شعبه اجرایی حکومت و مشکلات ناشی از کارمند معمولی دولت بودن قضات استمرار داشت و مانع از توسعه استقلال قضایی بودند. این قانون اساسی برای مدت ۳۳ سال یعنی تا سال ۱۹۶۴ مجری بود.

ت) قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش)

در سالهای ۶۴-۱۹۶۳ (۴۳-۱۳۴۲ ه.ش) بعد از یک بحران سیاسی، استعفای نخست وزیر داود منجر به خلای قدرت گردید که فرصت بی نظیری را برای سه نیروی مهم سیاسی (یعنی روشنفکران، نخبگان سنتی قبایل و خانواده سلطنتی) ایجاد نمود تا با یکدیگر اشتراک نموده و به آشتی و سازش فراگیر جهت مشارکت در قدرت دست یابند. ^{۲۵} این ائتلاف کلیه گروه‌های لیبرال تا قبایل محافظه کار و نیز مراجع عالی‌مذهبی را که با یکدیگر وحدت حاصل نموده بودند تا از دسترسی داود به قدرت جلوگیری نمایند، در بر گرفته بود. بعد از مذاکرات فراوان میان نمایندگان این گروه‌ها در یک لویه جرگه خاص

^{۲۵} برای مراجعه تفصیلی مراجعه کنید به:

"The Constitution of 1964", in: L. Dupree / L. Albert (ed.), *Afghanistan in the 1970s*, 1974, 54 et seq.; M. Ewans, *Afghanistan - A Short History of its People and Politics*, 2002, 165.

قانون اساسی در سال ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش)، سرانجام ظاهر شاه قانون اساسی جدیدی را اعلام نمود که حاوی نکات مورد قبول گروه‌های مختلف بوده، آنها را به اجرا می‌گذاشت. در نتیجه، متفاوت از سایر قوانین اساسی تاریخی افغانستان، قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) محصول مذاکرات فراوان و توافقات میان گروه‌های مختلف بود. بر خلاف اهداف قانون اساسی ۱۹۳۱ (۱۳۱۰ ه.ش)، هدف اصلی قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) تفکیک و تنظیم قوای مختلف قدرت بود.

در لویه جرگه قانون اساسی هر کدام از مواد به شدت مورد بحث قرار می‌گرفتند و اکثریت اعضای مجمع متن نهایی را تصویب می‌کردند. در نتیجه نوسازی قضایی در این قانون اساسی در مقابل اقدامات دهه ۱۹۲۰ (۱۳۰۰ ه.ش) بسیاری واقعی تر و کمتر جاه‌طلبانه و نیز بیشتر نظام‌مند و منطبق با اوضاع و احوال بوده است. مقبولیت گسترده قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) با توجه به این واقعیت که توافقنامه بن این قانون اساسی را به حیث ساختار قانونی دوره انتقالی پذیرفت، مورد تاکید قرار گرفت.

مواد ۲۵-۴۰ این قانون اساسی ترکیبی از فهرست حقوق اساسی برای مردم بود. یکبار دیگر پارلمان مرکب از دو مجلس بود که مشابه مجالس فعلی، ولسی جرگه (نمایندگان مردم) و مشرانو جرگه (مجلس بزرگان) نامیده می‌شدند (ماده ۴۲). مطابق ماده ۴۱، پارلمان، نماینده مردم افغانستان بود. در حالی که مطابق ماده ۴۳، اعضای ولسی جرگه در انتخابات آزاد، فراگیر، سری و مستقیم انتخاب می‌شدند، یک ثلث اعضای مشرانو جرگه توسط پادشاه تعیین شده و دو ثلث دیگر توسط شوراهای ولایتی و شهروندان هر کدام از ولایات انتخاب می‌شدند. پادشاه صلاحیت انحلال پارلمان را داشت (ماده ۶۳). در این قانون اساسی هیچ محدودیتی برای صلاحیت‌های پادشاه تعیین نشده بود.

پارلمان، صلاحیت وضع قانون را داشت. باوجوداین، پارلمان صلاحیت وضع قوانین مخالف اصول اساسی اسلام و سایر ارزش‌های مذکور در قانون اساسی را نداشت. حکومت که تحت ریاست نخست وزیر بود (ماده ۸۵) مطابق ماده ۶۵ در مقابل ولسی جرگه مسئول بود.

همانگونه که مورد اشاره قرار گرفت، تفکیک قوا و نیز اتخاذ تدابیر سازمانی جهت رسیدن به استقلال قضایی از جمله خصوصیات برجسته قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) بود. مواد ۹۷ و ۹۸ مقررات مهمی بودند که بر اساس آنها قوه قضائیه به حیث یک ارگان

مستقل دولت ایجاد گردید. ماده ۹۸ حکمی مهمی بود که بر اساس آن قوه قضائیه تنها مرجع و ارگان ذیصلاح برای رسیدگی به اختلافات حقوقی از جمله اختلافاتی که دولت یک طرف آن بوده است، تلقی گردید. این امکان که یک قانون بتواند صلاحیت رسیدگی به برخی امور را از قوه قضائیه خارج کند، منع شده بود. این مجموعه مقررات از جهت اعطای صلاحیت انحصاری به قوه قضائیه در رسیدگی به دعاوی حقوقی اهمیت داشت زیرا پیش از وضع چنین مقرراتی، قضایای متعددی وجود داشت که حاکمان ولایات یا سایر ارگان‌های قوه اجرائیه صلاحیت رسیدگی قضایی به آنها را داشتند.

به عنوان یک تضمین تشکیلاتی استقلال قضایی، ماده ۱۰۷ اقدام به تأسیس ستره محکمه به عنوان ارگان ریاست قوه قضائیه افغانستان نمود. ستره محکمه نه تنها دارای صلاحیت قضایی بود بلکه همچنین عالی‌ترین ارگان رهبری قوه قضائیه نیز به شمار می‌رفت. همانند اکنون، ستره محکمه مسئول تنظیم مقرراتی راجع به تشکیلات و وظایف محاکم بود. یکی از مهمترین وظایف آن در ارتباط به توسعه آتی قوه قضائیه و نظام قضایی به طور کلی، توصیه و پیشنهاد اشخاص ذیصلاح برای انتصاب در مشاغل قضایی و به علاوه پیشنهاد ارتقاء، انتقال و تقاعد آنها توسط پادشاه بود. علاوه براین، ستره محکمه مسئول رسیدگی به دوسیه‌های مربوط به قضاتی که مظنون به ارتکاب جرم بوده‌اند، نیز بوده است. به علاوه، ستره محکمه، خود صلاحیت انتصاب، ارتقاء، برکناری و تقاعد کارکنان رسمی و اداری قوه قضائیه را داشت.^{۲۶} قاضی القضاة به عنوان رئیس ستره محکمه مسئولیت آماده‌سازی بودجه قوه قضائیه را که به وسیله ستره محکمه و از آن طریق توسط خود قوه قضائیه اداره می‌گردید بر عهده داشت (ماده ۱۰۷). و سرانجام، ستره محکمه صلاحیت ارایه لوایح قانونی در ارتباط به مسایل قضایی را نیز به پارلمان داشته است (ماده ۷۰).

مطابق ماده ۱۰۵ نُه قاضی عضو ستره محکمه به شمول قاضی القضاة توسط پادشاه منصوب می‌شدند. مطابق همین ماده، پادشاه مجاز به بازنگری در انتصاب این قضات بعد از یک دوره ده ساله بود. صرف نظر از این مقرره، برکناری قضات تنها زمانی مجاز بود که یک سوم اعضای ولسی جرگه خواستار محاکمه یک یا چند نفر از اعضای ستره محکمه به اتهام ارتکاب جرمی به مناسبت اجرای وظایف آنها باشند. برای حصول به

^{۲۶} فرمان نمبر ۲۱۸۹-۵۸۸ سال ۱۹۶۷ منتشره در جریده رسمی نمبر ۸۹

موفقیت، ضرورت انجام محاکمه باید به تأیید دو ثلث اکثریت اعضای آن مجمع می‌رسید (ماده ۱۰۶). بدین شکل وابستگی شخصی ستره محکمه به پادشاه نسبت به گذشته بسیار کاهش یافت.

قضات ستره محکمه از تصدی مشاغل وزارت، سایر خدمات دولتی و عضویت در قوه مقننه بعد از مدت خدمت رسمی ممنوع بودند (ماده ۱۰۵). در مقابل، آنها از کلیه حقوق مالی دوره خدمت تا پایان زندگی در صورت عدم برکناری از سمت قضایی در یک پروسه محاکمه برخوردار بوده‌اند.

به علاوه، ماده ۹۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۹۶۷) (۱۳۴۶ هـ.ش) حکم می‌نمود در موردی که یک قاضی عضو یک حزب سیاسی شده یا داوطلب عضویت در پارلمان یا حتی داوطلب عضویت در شورای شاروالی گردد، باید از شغل خود استعفا دهد.

صرف نظر از اختیار پادشاه در انتصاب قضات ستره محکمه، بدون آنکه قانونگذار در نامزدی آنها مشارکتی داشته باشد، قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ هـ.ش) حاوی اصول اساسی که توسعه استقلال قضایی را امکان‌پذیر می‌ساخت، بود. با این حال، در تنها قضیه‌ای که استقلال قوه قضائیه در رابطه با یک اختلاف میان قوای مقننه و اجرائیه راجع به مسایل بودجه‌ای می‌توانست مورد آزمایش قرار گیرد، پادشاه دخالت کرد و اختلاف را حل و فصل نمود.^{۲۷}

نظام حقوقی افغانستان در سال‌های دهه ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ (۱۳۴۰ و ۱۳۵۰ هـ.ش) به نحوی مستمر در مسیر یک قوه قضائیه مدرن و مستقل با قضاتی که آموزش بیشتری دیده و صلاحیت بهتری در اجرای قوانین رسمی داشتند، انکشاف یافته است.

ث) دوره انقلاب و آشوب‌های داخلی ۱۹۷۳-۲۰۰۱ (۱۳۵۲ - ۱۳۸۰ هـ.ش)

۱. ریاست جمهوری داود ۱۹۷۳-۱۹۷۸ (۱۳۵۲ - ۱۳۵۷ هـ.ش)

با اعلام رسمی جمهوری افغانستان توسط رئیس جمهور داود بعد از کودتای او در سال ۱۹۷۳ (۱۳۵۲ هـ.ش)، ستره محکمه منحل شد و اختیارات و صلاحیت‌های آن به کمیته

²⁷ J.A. Thier, "Re-establishing the Judicial System in Afghanistan," *CDDRL Working Papers*, No. 19 (2004), Stanford Institute for International Studies, 1 et seq.

عدالت عامه وزارت عدلیه که عنوان آن به شورای عالی قضایی تغییر یافته بود، منتقل گردید. صلاحیت‌ها و اختیارات قاضی القضاة به وزیر عدلیه منتقل شد. تشکیلات سایر محاکم دست نخورده و طبق مقررات ۱۹۶۷ (۱۳۴۶ ه.ش) باقی ماند. تجربه سال‌های بعدی منجر به احیای ستره محکمه در قانون اساسی مصوب جدید به سال ۱۹۷۷ (۱۳۵۶ ه.ش) شد.^{۲۸} یکبار دیگر صلاحیت‌های سابق ستره محکمه به آن اعاده گردید (مواد ۱۰۱ و ۱۱۲). با این حال، در متن این قانون اساسی تقلیل استقلال قوه قضائیه مشهود است. ماده ۷۶ برخلاف قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) قوه قضائیه را به عنوان ارگانی دولتی و بدون ذکر استقلال و مستقل بودن آن بیان می‌کند. رئیس جمهور قضاة ستره محکمه و به علاوه قاضی القضاة را منصوب می‌کرد (ماده ۱۰۷)، و کیفیت تعامل با سایر ارگانهای دولتی در طرز العمل انتصاب پیش‌بینی نشده بود. به علاوه، پاراگراف ۴ ماده ۱۰۴ به رئیس جمهور افغانستان این امکان را داد که در انتصاب قضاة بعد از پنج سال تجدیدنظر کند، در حالی که این مدت در قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) ده سال بود.

۲. رژیم کمونیستی

پیش از آنکه ستره محکمه بتواند دوباره تأسیس شود، حکومت رئیس جمهور داود در یک کودتای دیگر بوسیله نیروهای کمونیستی سرنگون شد. مطابق اعلامیه شورای نظامی انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان،^{۲۹} قانون اساسی ۱۹۷۷ (۱۳۵۶ ه.ش) ملغی شد و بعد از آن کلیه امور کشور باید به وسیله فرامین و مقررات اداری شورای انقلاب جمهوری دموکراتیک افغانستان تنظیم می‌شد.

شورای انقلاب اعلام کرد که تمام قوانین و مقررات قبلی به استثنای قانون اساسی ۱۹۷۷ (۱۳۵۶ ه.ش) تا زمانی که مطابق با اهداف جمهوری دموکراتیک افغانستان بوده و توسط شورای انقلاب لغو نشده باشند، معتبر باقی می‌مانند.^{۳۰} ماده ۲ همین فرمان صلاحیت‌ها و اختیارات ستره محکمه را به شورای عالی قضایی که به وسیله وزیر عدلیه ریاست شده و

^{۲۸} منتشر شده در جریده رسمی نمبر ۳۶۰.

^{۲۹} فرمان شورای نظامی انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۶ می ۱۹۷۸، منتشره در جریده رسمی نمبر ۳۹۶.

^{۳۰} فرمان نمبر ۳ شورای نظامی انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۲۸ می ۱۹۷۸ (۱۳۵۷ ه.ش) منتشره در جریده رسمی نمبر ۳۹۸، ماده ۱.

او را در مقابل شورای انقلابی پاسخگو می نمود، منتقل کرد، در حالی که یکبار دیگر صلاحیت های قاضی القضاات نیز به وزیر عدلیه منتقل گردید.^{۳۱} وظایف شورای عالی قضایی به نحو مبهمی به عنوان دفاع از قوانین جمهوری دموکراتیک برای تضمین منافع مردم، رسیدگی و تحقق بخشیدن به خواسته های انقلاب و طرح مبانی سیاست و وظایف انقلابی به ترتیبی که توسط شورای انقلاب مقرر و تصویب شده بود، تعیین گردید. به علاوه، ماده ۷ اقدام به ایجاد یک محکمه انقلابی نیروهای نظامی با صلاحیت های غیرمعین جهت رسیدگی به جرایم ارتكابی افراد نظامی و سیاسی علیه انقلاب و منافع مردم، مصالح عمومی و امنیت داخلی یا خارجی جمهوری دموکراتیک افغانستان کرد. این نظام محاکم انقلابی در طول سال های حکومت رژیم کمونیستی تا زمان انحلال آنها به سال ۱۹۹۰ (۱۳۷۰ هـ ش) چندین مرتبه تغییر کرد و یا دارای عناوین دیگر شد.

قانون اساسی کمونیست ها در سال ۱۹۸۰،^{۳۲} (۱۳۶۰ هـ ش) یکبار دیگر ستره محکمه را به عنوان عالی ترین ارگان قضایی اعلام کرد. مطابق این قانون اساسی، ستره محکمه اختیار و وظیفه کنترل قوه قضائیه و نظارت بر روش ها و نیز وحدت و تمامیت آن را داشت. ماده ۲۶ قانون اساسی استقلال قضاات را اعلام کرد.

با این حال، ماده ۵۵ مقرر می کرد که ستره محکمه باید به طور منظم به شورای انقلاب گزارش (راپور) دهد که این مغایر با استقلال آن بود. تمام قضاات محاکم عادی به علاوه قضاات ستره محکمه باید توسط کابینه رئیس شورای انقلاب منصوب شوند؛ کاندیدها معمولاً توسط ستره محکمه پیشنهاد می شدند.

به عنوان بخشی از تلاش این رژیم برای افزایش حمایت مردمی، قانون اساسی جدیدی در سال ۱۹۸۷^{۳۳} (۱۳۶۶ هـ ش) وضع شد. ماده ۱۰۷ این قانون اساسی اعلام کرد که قوه قضائیه نهاد مستقل از دولت خواهد بود. و ماده ۱۰۹ تأکید نمود که ستره محکمه به عنوان عالی ترین ارگان قضایی مسئول نظارت بر فعالیت های محاکم و اطمینان از تطبیق

۳۱ ماده ۶ فرمان نمبر ۳.

۳۲ قانون اساسی ۲۱ آپریل ۱۹۸۰ منتشره در نمبر ۴۵ جریده رسمی.

۳۳ قانون اساسی ۳۰ نوامبر ۱۹۸۷ منتشره در جریده رسمی نمبر ۶۶.

یکسان قانون است. مطابق ماده ۱۱۰، قاضی القضاات و به علاوه اعضای ستره محکمه، به وسیله رئیس جمهور و برای مدت شش سال منصوب می‌شدند.

۳. جنگ های داخلی

در نتیجه بازنگری در قانون اساسی به سال ۱۹۹۰ (۱۳۷۰ هـ ش) ضمن حذف آخرین آثار کمونیسم، تغییرات دیگری نیز ایجاد شد. ماده ۱۱۰ پیش بینی کرد که قاضی القضاات در مقابل رئیس جمهور مسئول و پاسخگو است و باید به او گزارش دهد. در سال ۱۹۹۰ (۱۳۷۰ هـ ش)، قانون جدید تشکیلات و صلاحیت محاکم وضع شد.^{۳۴}

سال‌های بعد، اصولاً سال‌های جنگ داخلی میان گروه‌های مختلف بوده است. در سال ۱۹۹۲ (۱۳۷۱ هـ ش)، قانون اساسی جدیدی برای جمهوری اسلامی افغانستان طرح شد. با این حال، این طرح هرگز تصویب و اعلام نشد، که به نحو آشکار حاکی از آن بود که میان گروه‌های مختلف در ارتباط به آن توافق حاصل نگردید. ثبات نسبی تا زمان جنبش طالبان که در پایان سپتامبر ۱۹۹۶ (۱۳۷۵ هـ ش) کابل را تحت تصرف خود درآورد.^{۳۵}

۴. از توافقنامه بن تا قانون اساسی ۲۰۰۴ (۱۳۸۳ هـ ش)

بعد از حملات تروریستی به مرکز تجارت جهانی در ایالات متحده که منجر به ایجاد ائتلاف چند جانبه نظامی علیه طالبان شد، این رژیم سقوط کرد. «توافقنامه مربوط به ترتیبات موقتی در افغانستان تا هنگام تأسیس مجدد نهادهای دائم دولتی» موسوم به توافقنامه بن در سال ۲۰۰۱ (۱۳۸۰ هـ ش) صادر شد. این توافقنامه نتیجه مذاکرات و مصالحه میان تقریباً همه نیروهای سیاسی افغانستان به استثنای طالبان که یکی از طرف‌های جنگ بوده است، بود. توافقنامه بن سه مرحله انتقال را در نظر گرفت. سومین و آخرین مرحله آن در ۱۹ دسامبر ۲۰۰۵ (۱۳۸۴ هـ ش) با افتتاح رسمی پارلمان منتخب پایان یافت. توافقنامه بن، قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ هـ ش)، مگر قواعدی که راجع به سلطنت، ارگانهای اجرایی و تقنینی بودند و سایر قوانین موجود را تا آنجا که مغایر با

^{۳۴} فرمان نمبر ۶۳ شورای وزیران ۱۹۹۰ منتشره در جریده رسمی نمبر ۳۳۶.

^{۳۵} برای اطلاع بیشتر بنگرید به:

توافقنامه‌ها یا تعهدات بین‌المللی افغانستان و یا مغایر قواعد مذکور در قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) نباشند، مجدداً مستقر و نافذ کرد.^{۳۶} مطابق مقررات این توافقنامه، یک کمیسیون قانون اساسی به وسیله اداره انتقالی منصوب شد تا به لویه جرگه قانون اساسی در تنظیم قانون اساسی جدید کمک کند.

بعد از اخذ نظر عمومی در تابستان سال ۲۰۰۳ (۱۳۸۲ ه.ش)، کمیسیون قانون اساسی طرح قانون اساسی را به دولت انتقالی در پایان سپتامبر ۲۰۰۳ (۱۳۸۲ ه.ش) تقدیم کرد. پس از مباحثه فشرده، نهایتاً لویه جرگه قانون اساسی طرح مذکور را با برخی تعدیلات جزئی در ۴ جنوری ۲۰۰۴ (۱۳۸۲ ه.ش) تصویب کرد و قانون اساسی در ۲۶ جنوری ۲۰۰۴ (۶ دلو ۱۳۸۲ ه.ش) رسماً ابلاغ شد.^{۳۷}

ج) قانون اساسی فعلی جمهوری اسلامی افغانستان

قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان ترتیبات حقوقی مقدماتی و ضروری برای نهاد و تشکیلات دولت افغانستان را اعلام می‌کند. قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) تا حد بسیار زیادی به حیث منبع و مرجع مهم و الگوی مقررات (متنی) ماهوی که در قانون اساسی سال ۲۰۰۴ (۱۳۸۲ ه.ش) جمهوری اسلامی افغانستان وارده شده اند، نقش آفرین بوده است. بیشتر نهادهایی که در قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) قابل ملاحظه می‌باشند را می‌توان در قانون اساسی ۲۰۰۴ (۱۳۸۲ ه.ش) نیز یافت. به حیث یک تفاوت مهم در قانون اساسی فعلی پادشاه وجود نداشته و حکومت پادشاهی ملغی گردیده است. رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در حال حاضر دارای قدرتی است که در گذشته طبق قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ ه.ش) متعلق به پادشاه و نخست وزیر بود.^{۳۸}

نکته بسیار مهم برای یک نظام حقوقی مبتنی بر حاکمیت قانون حمایت از حقوق و کرامت انسانی، به ترتیب مذکور در مقدمه قانون اساسی و مفاد مواد ۲۲-۴۲ آن قانون است که بیانگر فهرستی از حقوق و آزادی‌هایی است که پیش از آن در قوانین اساسی قبلی وجود نداشته‌اند. اهمیت حمایت از حقوق اشخاص به حیث یکی از مهمترین وظایف و

^{۳۶} ماده ۲-۱ ز توافقنامه بن.

^{۳۷} فرمان ۱۰۳ منتشره در جریده رسمی نمبر ۸۱۸.

^{۳۸} R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 904.

کارکردهای دولت در ماده ۶ قانون اساسی افغانستان مورد تأکید قرار گرفته است به ترتیبی که طبق آن دولت افغانستان ملزم به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی و حفظ کرامت انسانی و حمایت از حقوق بشر می‌باشد. به علاوه ماده ۷ قانون اساسی افغانستان اعلام می‌نماید که دولت باید منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت کند.^{۳۹}

قانون اساسی ۲۰۰۴ (۱۳۸۲ هـ ش) علاوه بر تصدیق و به رسمیت شناختن حقوق اساسی، چهار اصل اساسی را که دارای آثار قطعی بر ساختار و اداره افغانستان می‌باشد، ارائه می‌نماید. دو اصل از چهار اصل مذکور در همان ماده اول قانون اساسی ذکر شده اند. ماده اول قانون اساسی افغانستان حکم می‌نماید که «افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می‌باشد.»^{۴۰} دو اصل مبتنی بر قانون اساسی که از این حکم می‌توان استخراج نمود عبارتند از اصل جمهوری اسلامی و اصل وحدت در مقابل دولت فدرال. دو اصطلاح دیگر در ماده اول از جمله اصول اساسی به شمار نمی‌روند، زیرا استقلال بیشتر افاده مفهوم سیاسی می‌کند تا قانون اساسی و غیر قابل تجزیه بودن دولت بیشتر تأکید بر اصل وحدت دارد. اصطلاح «غیر قابل تجزیه بودن» از قانون اساسی فرانسه ریشه می‌گیرد.^{۴۱} در نظریه حقوق اساسی فرانسه، این اصطلاح ناظر به این قاعده است که دولت و قلمرو آن نباید خواه توسط اشغال و تصرف خارجی، تجزیه طلبی و یا هر گونه اقدام جدا کننده یا بیگانه کننده دیگر پارچه پارچه گردد.^{۴۲}

اصل دموکراسی به حیث سومین اصل را می‌توان از ماده ۴ قانون اساسی استنباط و استخراج نمود. این حکم بیانگر حاکمیت نامحدود ملت افغانستان از طریق اعلام این نکته است که حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می‌کند. این نوع شکل بندی بیانگر مفهوم دموکراسی که به

^{۳۹} در رابطه با مطالعه تفصیلی حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان لطفاً مراجعه

کنید به رهنمود ماکس برای حقوق بشر.

^{۴۰} تأکید از مولف است.

^{۴۱} مراجعه کنید به ماده ۱ قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه

^{۴۲} Gérard Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 2005, p 475.

لحاظ لغوی به معنای «حاکمیت مردم» است، می‌باشد. با این وجود میان اشکال مختلف دموکراسی در دنیا تفاوت‌های بسیار زیادی وجود دارد. به خصوص نظام‌های مبتنی بر قانون اساسی بر اساس میزان مشارکت مستقیم یا غیر مستقیم مردم که در قانون اساسی تعیین می‌شود، با یکدیگر متفاوتند. به حیث نمونه قانون اساسی ایالات متحده امریکا نسبتاً شکلی از دموکراسی مبتنی بر نمایندگی را که بر اساس آن انتخاب رئیس جمهور مستقیماً توسط مردم صورت نمی‌گیرد اما توسط مجمعی از رأی دهندگان که از طریق آرای عمومی برگزیده شده اند صورت می‌گیرد، ایجاد نموده است. نظام قانون اساسی آلمان را نیز می‌توان تا حدودی نظام مبتنی بر نمایندگی دانست زیرا اصولاً هیچ گونه امکان همه پرسی (رفراندوم) در سطح فدرال وجود ندارد. از طرف دیگر، دموکراسی در سوئیس تا حد بیشتری دارای خصوصیت مستقیم است، زیرا بخش بزرگی از قانون گذاری در این کشور باید از طریق مراجعه به آرای عمومی صورت پذیرد. در افغانستان این صورت بندی که مردم آن (به عنوان مثال قدرت عمومی) را به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود اعمال می‌کنند نشان می‌دهد که اگر چه قانون اساسی به دموکراسی مبتنی بر نمایندگی از طریق ارجاع اعمال قدرت عمومی توسط نمایندگان مردم وفادار بوده است، اما در عین حال امکان اعمال مستقیم قدرت عمومی توسط مردم - به عنوان مثال از طریق انتخابات یا همه پرسی - را نیز پیش بینی نموده است. این سیستم بسیار مشابه نظام قانون اساسی ۱۹۵۸ (۱۳۳۷ ه.ش) فرانسه است. در واقع ماده ۳ قانون اساسی فرانسه بسیار مشابه ماده ۴ قانون اساسی افغانستان است که وفق آن «حاکمیت ملی متعلق به ملت است که آنرا توسط نمایندگان و به وسیله همه پرسی اعمال می‌کند.» در هر حال، خصوصیات مشترک همه دموکراسی‌ها و معیاری که از طریق آن به تعیین و تشخیص دموکراسی واقعی از غیر واقعی پرداخته می‌شود، موضوعی است که بر اساس آن باید به بررسی میزان انتساب اقدامات و شکل گیری ارگانهای دولتی به اراده ملت پرداخت.

سرانجام حاکمیت قانون نیز به حیث یک اصل مبتنی بر قانون اساسی ایجاد شده است. اگر چه حاکمیت قانون صراحتاً در بخش قاعده گذار قانون اساسی (بخش مربوط به مواد قانون مذکور) ذکر نشده و صرف در مقدمه قانون اساسی از آن یاد شده است، لیکن می‌توان اصل مذکور را از چندین احکام دیگر قانون اساسی استخراج و استنباط نمود. قبل از هر چیز، همانگونه که تا کنون ذکر شد، مقدمه قانون اساسی افغانستان قابل استناد است که مطابق آن:

«ما مردم افغانستان ... 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 ... این قانون اساسی را ... از طریق نمایندگان منتخب خود ... تصویب کردیم.»^{۴۳}

اگر چه صرف مقدمه قانون اساسی دارای خصوصیت الزام آور قانون اساسی نمی باشد، زیرا مقدمه قانون اساسی بیشتر محل تلفیق انگیزه هاست تا تعیین دقیق حقوق و تعهدات، لیکن بدون تردید به مثابه یک راهنما جهت تفسیر متن قانون اساسی قابل استفاده می باشد. علاوه بر این به حیث یک جنبه اساسی و ضروری از حاکمیت قانون، قانون اساسی فهرستی از حقوق اساسی را پیش بینی نموده است (مواد ۲۲-۴۲) که مطابق آن هر گونه نقض و تعدی نسبت به این حقوق باید مبتنی بر قانون باشد، وگرنه باطل و بی اثر خواهد بود. چنین حکمی امکان بررسی قضایی اقدامات اداری را جهت تشخیص این که آیا تحدید حقوق افراد به نحو قانونی صورت پذیرفته است یا نه را فراهم می کند. هر دو جنبه مذکور از جمله عناصر مهم حاکمیت قانون به ترتیبی که در ذیل نشان داده خواهد شد، می باشند. قانون اساسی از طریق انتساب قوای مشخص و صلاحیت های آنها به قوه مقننه، قوای اجرائیه یا قضائیه در دولت و از طریق ایجاد امکان واریسی و توازن میان قوای دولتی، به حیث مثال همانند مسئولیت وزرا در مقابل ولسی جرگه در قسمت دوم ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان یا امکان بررسی قضایی قوانین طبق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان، اقدام به اجرا و اعمال اصل تفکیک قوا که به حیث یکی از ابعاد حاکمیت قانون تلقی می گردد، نموده است. همچنین استقلال قضایی نیز صراحتاً در اصل ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان پیش بینی شده است که در واقع یکی دیگر از شرایط ضروری برای حاکمیت قانون می باشد. سرانجام، جمله دوم ماده ۵۰ قانون اساسی اداره را مکلف می نماید که اجرا آت خود را مطابق قانون عملی سازد که به عبارت دیگر به معنای آن است که اداره توسط قانون مقید و ملتزم شده است.

در نتیجه، مقدمه قانون اساسی صراحتاً آثار متعدد اصل حاکمیت قانون را نیز ترتیب و تنظیم کرده است. بنابراین، می توان حاکمیت قانون را به حیث اصل چهارم مبتنی بر قانون اساسی از این جنبه ها و ابعاد قانون اساسی استخراج نمود.

^{۴۳} تاکید از مولف است.

اگر چه تفکیک قوا یکی از زیربناهای حاکمیت قانون می باشد، لیکن نظر به آثار آن نسبت به ساختار نظام حقوقی، نیازمند بحث خاص و جداگانه‌ای است. در نتیجه، در یک فصل مجزا به بحث راجع به این اصل و اجرای آن در شعب مختلف قوای عمومی در قانون اساسی افغانستان پرداخته می شود. چندین جنبه از ابعاد مورد بحث در مباحث آتی، صرف در رابطه با یکی از اصول مبتنی بر قانون اساسی موضوعیت ندارند بلکه ممکن است از جمله جنبه‌ها و ابعاد و یا چند اصل دیگر نیز باشند. هر کدام از جنبه‌ها ذیل آن اصلی مورد بحث قرار خواهند گرفت که بیشترین ارتباط را با آن داشته باشند، گر چه در عین حال ارتباط این جنبه خاص با چند اصل دیگر، در زمان بحث مفصل از آن در اصل مربوطه، به طور مختصر مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

حقوق بشر و تطبیق آن

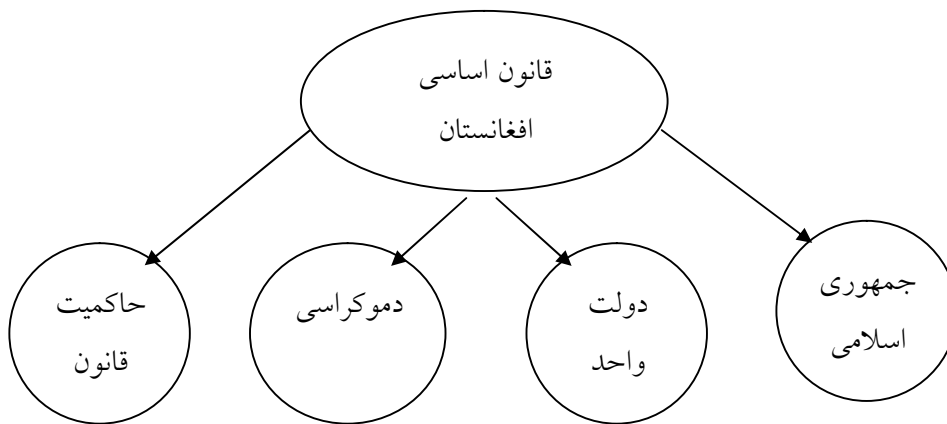
به رسمیت شناختن حقوق بشر، مانند آزادی مذهب، آزادی بیان، حق حیات، حق آزادی خصوصی و غیره، همچنین تضمین کارآمد این حقوق یکی از مهمترین دستاوردهای مشروطه خواهی است. ماده ۶ قانون اساسی افغانستان را می توان در این مورد مدنظر قرار داد که دولت افغانستان را موظف و متعهد به ایجاد جامعه‌ای مرفه و مترقی بر مبنای عدالت اجتماعی، **حفظ کرامت انسانی و حمایت حقوق بشر**^{۴۴} می کند. به دلیل اهمیت بسیار زیاد حقوق بشر، به طور جداگانه در « رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم، رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر» به آن پرداخته خواهد شد. با این حال، این اصول باید در اینجا نیز مورد اشاره قرار گیرند تا جایگاه آنها در قانون اساسی به عنوان قانون متنی اساسی که مطابق آن قوه قضائیه و سایر ارگان‌های دولت افغانستان به نحو قانونی ملزم به رعایت‌شان می باشند، نشان داده شود.

۴۴ تأکید از مولف است.

فصل سوم: اصول قانون اساسی

همانگونه که تاکنون مورد اشاره قرارگرفت از قانون اساسی افغانستان چهار اصل را می توان استخراج نمود که عبارتند از مفهوم جمهوری اسلامی، اصل دولت واحد، اصل مردم سالاری (دموکراسی) و حاکمیت قانون. در گفتارهای بعدی، ماهیت هر کدام از اصول مذکور را به شمول آثار آنها برای نظام حقوقی افغانستان به طور کلی مورد بحث قرار خواهیم داد.

اصول قانون اساسی



گفتار یکم: جمهوری اسلامی

قضیه یکم

از آنجا که بسیاری از افغانهای دارای تحصیلات عالی به بعد از پایان تحصیلاتی که با هزینه دولت انجام داده‌اند، در حال ترک کشور برای کار با معاش می‌باشند، طرح قانونی جدیدی به ولسی جرگه تقدیم شده است. مطابق این طرح، فارغ التحصیلان پوهنتون که کمتر از ۵۰ سال سن دارند، از این پس حق خروج از کشور را ندارند.

شما به عنوان مشاور یکی از نمایندگان کار می‌کنید. مشاوره و توصیه شما به نماینده‌ای که برای او کار می‌کنید جهت بحث در صحنه علنی چه باید باشد؟

قضیه دوم

از آنجا که ستره محکمه بنا به درخواست محاکم تحتانی اخیراً اعلام کرده است که چند قانون به دلیل عدم انطباق قانون اساسی و موازین اسلامی باطل می‌باشند، دفتر ریاست جمهوری در حال تدوین طرحی برای محدودکردن صلاحیت‌ها و اختیارات ستره محکمه در ارتباط به بررسی قضایی مصوبات قانونی است. این طرح دارای چه مشکلاتی می‌باشد.

الف) احکام ذریبط

ماده ۱ قانون اساسی افغانستان

افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می‌باشد.

ماده ۲ قانون اساسی افغانستان

دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است. پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی‌شان در حدود احکام قانون آزاد می‌باشند.

ماده ۳ قانون اساسی افغانستان

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

ماده ۶ قانون اساسی افغانستان

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

ماده ۱۸ قانون اساسی افغانستان

مبدأ تقویم کشور بر هجرت پیغمبر اکرم (ص) استوار است. مبنای کار ادارات دولتی تقویم هجری شمسی می‌باشد. روزهای جمعه، ۲۸ اسد و ۸ ثور تعطیل عمومی است. سایر رخصتی‌ها توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۹ قانون اساسی افغانستان

بیرق افغانستان مرکب است از: سه قطعه با رنگ‌های سیاه، سرخ و سبز که به صورت عمودی، به اندازه‌های مساوی، از چپ به راست، در کنار هم واقع شده، عرض هر رنگ برابر نصف طول آن است و در وسط آن نشان ملی افغانستان قرار دارد. نشان ملی افغانستان عبارت از محراب و منبر به رنگ سفید می‌باشد که در دو گوشه آن دو بیرق و در وسط آن در قسمت فوقانی، کلمه مبارک لا اله الا الله محمد رسول الله و الله اکبر و اشعه خورشید در حال طلوع در قسمت تحتانی آن تاریخ ۱۲۹۸ هجری شمسی و کلمه افغانستان، جا داشته و از دو طرف با خوشه‌های گندم احاطه شده است. طرز استفاده از بیرق و نشان ملی توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان

هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند.

ماده ۴۵ قانون اساسی افغانستان

دولت نصاب واحد تعلیمی را، بر مبنای احکام دین مقدس اسلام و فرهنگ ملی و مطابق با اصول علمی طرح و تطبیق می‌کند و نصاب مضامین دینی مکاتب را، بر مبنای مذاهب اسلامی موجود در افغانستان، تدوین می‌نماید.

ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان

خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین اسلام تدابیر لازم اتخاذ می‌کند.

ماده ۶۰ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور در رأس دولت جمهوری اسلامی افغانستان قرار داشته، صلاحیت‌های خود را در عرصه‌های اجرائیه، تقنینیه و قضائیه، مطابق به احکام این قانون اساسی، اعمال می‌کند.

ماده ۶۲ قانون اساسی افغانستان

شخصی که به ریاست جمهوری کاندید می‌شود، واجد شرایط ذیل می‌باشد: تبعه افغانستان، مسلمان و متولد از والدین افغان بوده و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد؛ در روز کاندید شدن سن وی از چهل سال کمتر نباشد؛ از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد.

هیچ شخص نمی‌تواند بیش از دو دوره به حیث رئیس جمهور انتخاب گردد. حکم مندرج این ماده در مورد معاونین رئیس جمهور نیز تطبیق می‌گردد.

ماده ۶۳ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور قبل از تصدی وظیفه، مطابق به طرز العمل خاص که توسط قانون تنظیم می‌گردد، حلف آتی را بجا می‌آورد:

بسم الله الرحمن الرحيم

«به نام خداوند بزرگ جل جلاله سوگند یاد می‌کنم 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.»

ماده ۷۴ قانون اساسی افغانستان

وزرا قبل از تصدی وظیفه حلف آتی را به حضور رئیس جمهور، بجا می‌آورند:

بسم الله الرحمن الرحيم

«بنام خداوند بزرگ جل جلاله سوگند یاد می‌کنم 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 را حاضر دانسته، وظایف محوله را صادقانه انجام دهم».

ماده ۱۱۹ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه قبل از اشغال وظیفه، حلف آتی را در حضور رئیس جمهور به جا می‌آورند.

بسم الله الرحمن الرحيم

«به نام خداوند بزرگ جل جلاله سوگند یاد می‌کنم که حق و عدالت را بر طبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تأمین نموده، وظیفه قضا را با کمال امانت، صداقت و بی‌طرفی اجرا نمایم».

ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان

بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند.

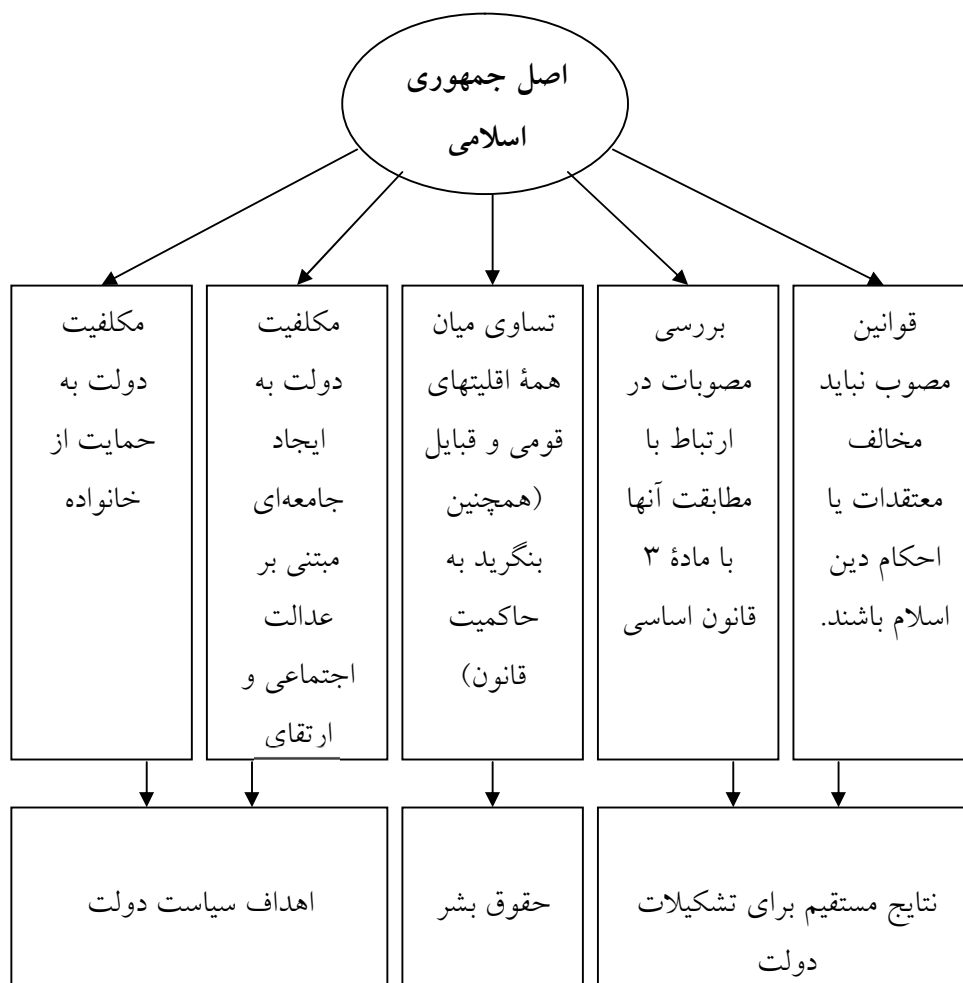
هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین، حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.

ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان

محاكم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند.
در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاكم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند.

ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان

اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی‌شوند.
تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف بمنظور بهبود حقوق آنان مجاز می‌باشد.
تعدیل دیگر محتویات این قانون اساسی، نظر به تجارب و مقتضیات عصر، با رعایت احکام مندرج مواد شصت و هفتم و یکصد و چهل و ششم این قانون اساسی، با پیشنهاد رئیس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی صورت می‌گیرد.



ب) تبصره: اصل جمهوری اسلامی

اصل جمهوری اسلامی در اولین ماده قانون اساسی افغانستان بیان شده است. جایگاه و موقعیت محوری این اصل بر اهمیت آن دلالت می‌کند، امری که بوسیله ماده ۱۴۹ که حکم می‌دارد این اصل در اصلاح قانون اساسی، غیرقابل تعدیل می‌باشد، نیز تقویت شده است.

جنبه جمهوریت در مفهوم جمهوری اسلامی وجه ممیزه آن با اصل سابق پادشاهی است.^{۴۵} زیرا اصل جمهوریت مستلزم ایجاد نظامی است که در آن ریاست دولت موروثی نبوده، بلکه برخلاف شاه یا امیر، توسط مردم انتخاب شده باشد، به جای آنکه جایگاه موقعیت پادشاهی به وی به ارث رسیده باشد، انتخاب شده باشد.

این شرط و مقدمه ضروری در ماده ۶۰ قانون اساسی افغانستان که رئیس جمهوری افغانستان را به عنوان رئیس دولت معرفی می‌کند، به مورد اجرا گذاشته شده است. مطابق ماده ۶۱ قانون اساسی افغانستان، رئیس جمهور از طرف مردم در رأی‌گیری آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌گردد (برای مطالعه تفصیلی نظام انتخاباتی افغانستان لطفاً به اصل دموکراسی مراجعه کنید).

پرسش دیگر این است که خصوصیات یک جمهوری اسلامی چیست و چه جنبه‌هایی آن را از سایر جمهوری‌ها ممتاز می‌گرداند. بنابراین، مهم این است که پیامدهای حقوقی ناشی از این مفهوم بر نظام حقوق اساسی افغانستان بازشناخته شود.

۱. خصوصیت قاعده گذار قانون اساسی افغانستان

پیش از هر گونه بحث راجع به ماهیت و مفاد مفهوم (قانون اساسی)، یک پرسش بنیادین باید مطرح گردد. همان گونه که در مباحث فوق شرح داده شد، اندیشه قانون اساسی به عنوان سیستمی که در آن کلیه نهادها به نحو قانونی ملتزم و مقید می‌گردند، در قلب اندیشه مشروطیت (قانون گرایی) جای دارد. با وجود این، این پرسش ممکن است مطرح گردد که آیا آرزوی یک قانون اساسی حاوی مقررات قابل اجرای برتر منطبق با مفهوم جمهوری اسلامی به طور کلی می‌باشد. ممکن است این تصور و فهم وجود داشته باشد که یک جمهوری اسلامی نمی‌تواند تحت حاکمیت یک قانون ساخت بشر که تمام

⁴⁵ Bernard Lewis, "The concept of an Islamic Republic," *Die Welt des Islams*, vol. 4 (1955), 1,5.

ارگان‌های دولتی را مقید و ملتزم می‌سازد اما شریعت می‌تواند به حیث تنها نیروی قاعده‌گذار چنین نقشی را ایفاء نماید. به حیث مثال، نظام حقوقی عربستان سعودی مبتنی بر این استنباط و فهم است که هیچ‌گونه مبنای حقوقی برای دولت نمی‌توان قائل شد مگر شریعت. در مباحث ذیل استدلال خواهد شد که مفهوم قانون اساسی قاعده‌گذار و جمهوری اسلامی ناقض یکدیگر نمی‌باشند.

نظام حقوقی افغانستان و سه جمهوری اسلامی دیگر (ایران، موریتانی و پاکستان) مبتنی بر قانون اساسی است. از حدود بیش از یکصد سال پیش در جریان انقلاب مشروطه در ایران، مفهوم قانون اساسی قاعده‌گذار، اگر چه در میان علما محل بحث و مجادله بود اما اصولاً توسط اکثر محققان و اندیشمندان مذهبی منطبق با اسلام تلقی گردید.^{۴۶} به علاوه آنگاه که بعد از سقوط آخرین پادشاه سلسله پهلوی یک نظام جمهوری اسلامی در ایران برقرار شد، یکی از اولین اقدامات نظام جدید، تنظیم و تدوین یک قانون اساسی بود. این قانون اساسی به نحو گسترده‌ای به تاسیس مبانی نظام حقوقی و تحدید صلاحیت و قدرت ارگانهای دولتی پرداخت. مثال دیگر «اصول یک قانون اساسی اسلامی» است که یک طرح پیشنهادی برای قانون اساسی پاکستان بوده و توسط علمای برجسته تهیه شده بود.^{۴۷}

همچنین اندیشمندان اسلامی دیگری هستند که از اندیشه قانون اساسی بر مبنای شریعت به حیث یک ضرورت برای ایجاد دولت اسلامی استقبال نموده اند، زیرا شریعت حد و مرزهای قانونی که جامعه اسلامی — امت — باید آنرا توسعه دهد، تعیین می‌کند اما اتخاذ تصمیم در مورد بسیاری از قضایا که باید بر اساس شرایط و مقتضیات زمان و اوضاع و احوال متغیر اجتماعی حل و فصل شوند را مورد حکم قرار نداده است.^{۴۸}

در مقابل، همان گونه که ذکر گردید، نظام حقوقی عربستان سعودی مبتنی بر این نوع درک و فهم و استنباط است که هیچ مبنای حقوقی غیر از شریعت برای دولت وجود ندارد. به حیث یکی از نتایج این نوع استنباط و عقیده و بر اساس نظریه حقوق اساسی

^{۴۶} برای مطالعه تفصیلی این بحث مراجعه کنید به:

Abdul-Hadi Hairi, *Schi'ism and Constitutionalism in Iran*, 1977.

^{۴۷} Abu-'l-A'lā al-Maudūdī, *The Islamic law and constitution* - Lahore: Islamic Publ., 1960, 26 et seq.

^{۴۸} Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 1 et seq., 12 et seq.

عربستان سعودی، به طور کلی قانون اساسی به معنای رسمی آن در این کشور وجود ندارد.

به عنوان یک نتیجه منطقی، صرف وجود قانون اساسی در افغانستان بیانگر ویژگی قاعده گذار آن است. استدلالهای علیحده را می توان از امکان اجرای فقه حنفی به عنوان یکی از منابع فرعی در رسیدگی قضایی مطرح نمود. ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان مقرر می کند: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه یی از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نمایند که عدالت را به بهترین وجه تامین نماید.» این ماده نه تنها امکان اجرای فقه حنفی را به عنوان منبع فرعی و جایگزین یعنی در مواردی که قانون اساسی و سایر قوانین متضمن راه حلی برای یک قضیه نباشند پیش بینی نموده است، بلکه تطبیق فقه حنفی محدود به شرایط مذکور در قانون اساسی گردیده است. در نتیجه، اگر حکم مذکور در فقه حنفی نسبت به یک قضیه مناقض با قانون اساسی باشد، اصولاً نباید به مورد اجرا گذاشته شده و یا آنکه باید به نحوی که منطبق با قانون اساسی باشد تفسیر گردد. فقه حنفی مبتنی بر تفسیری از شریعت است که در مذهب ابوحنیفه ملاحظه می گردد؛ مذهبی که به نحو سنتی مهمترین منبع و مرجع قضایی افغانستان به شمار می رود. اگر شریعت و فقه اسلامی مبتنی بر تفسیر آن تنها مقررات قاعده گذار به شمار رفته و اگر قانون اساسی صرف متشکل از اصول راهبر غیر الزام آور بود پس اجرا و تطبیق فقه حنفی نمی توانست به این نحو محدود و مقید گردد. چنین درک و دریافتی با توجه به تفسیر ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان نیز مورد تایید قرار می گیرد. مطابق ماده مذکور ستره محکمه بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم باید مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاقهای بین المللی را با قانون اساسی بررسی کند. اگر قدرت و دولت محدود و مقید به قانون اساسی نبود و قانون اساسی صرف مشتمل بر مجموعه ای از اصول راهبر بود، بررسی انطباق قوانین با قانون اساسی امری بیهوده بود، زیرا تنها شرط ضروری در این خصوص باید انطباق این قوانین با حقوق اسلامی باشد. در نتیجه چنین باید نتیجه گرفت که قانون اساسی افغانستان دارای خصوصیت قاعده گذار است.

۲. نتایج ایجاد مفهوم جمهوری اسلامی

با این حال، خصوصیت قاعده‌گذار قانون اساسی افغانستان به معنای آن نیست که قانون اساسی و نظام حقوقی افغانستان متفاوت از اسلام و حقوق اسلامی می‌باشند. ماده ۳ قانون اساسی افغانستان صریحاً بیان می‌کند که قوانین غیر اسلامی، مناقض قانون اساسی هستند. از زمان انقلاب مشروطیت در ایران، علما و محققان مذهبی، در حالی که اصالتاً به تأثیر التزام قانون اساسی توجه داشتند، به نحو الزامی پیش بینی کرده بودند که قانون اساسی و قانونگذاری مبتنی بر آن باید مطابق اسلام باشد، زیرا دولتی که دارای قانون اساسی و قوانین عادی غیر اسلامی باشد، نمی‌تواند به درست ادعا کند که به مفهوم جمهوری اسلامی پای‌بند و مقید است.

بنابراین، جهت رعایت التزام به مفهوم جمهوری اسلامی، از ابتدا قانون اساسی دولت مربوط نباید غیراسلامی باشد و در درجه دوم این موضوع که قوانین مصوب باید منطبق با اسلام باشد نیز باید تضمین گردد.

۲-۱. مطابقت قانون اساسی با اسلام

در ارتباط به مطابقت قانون اساسی افغانستان با اسلام، می‌توان چنین برداشت کرد که این شرط اساسی تحقق یافته است. قانون اساسی افغانستان نه تنها مبتنی بر عرف حقوقی و قانونی افغانستان که در عین حال عمیقاً ریشه در حقوق اسلامی دارد، می‌باشد؛ بلکه همچنین این قانون اساسی به وسیله لویه جرگه قانون اساسی که اعضای آن تجربه و دانش قابل توجهی در رابطه با اسلام و حقوق اسلامی داشتند، مورد تعدیل و تأیید قرار گرفت. علاوه بر این، بسیاری از اعضای آن از علما نیز بوده‌اند. بنابراین، بسیار غیر محتمل است که چنین مجمعی به وضع یک قانون اساسی غیر اسلامی رضایت داده باشد.

۲-۲. تضمین مطابقت کلیه قوانین با اسلام

دومین نتیجه تاسیس و ایجاد جمهوری اسلامی تضمین انطباق کلیه قوانین با موازین اسلامی در قانون اساسی است.^{۴۹} نمونه‌هایی از چنین احکامی را می‌توان در قانون

⁴⁹ Cf. Sayyid Abdul A'la Maududi, *Islamic Law and Constitution*, 1960, 45 et seq.; Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 87 et seq.; Hamid Algar (Translator) *Sayyed Ruhollah Khomeini, Islam and Revolution – Writings and Declarations of Imam*

اساسی ایران و پاکستان نیز یافت. (اصل ۴ قانون اساسی ایران؛ پاراگراف ۱ ماده ۲۲۷ قانون اساسی پاکستان). با وجود این، در حالی که نوعی توافق و عدم اختلاف در استنباط طرفداران ایدئولوژی اسلامی وجود دارد، به نحوی که معتقدند قوانین باید مطابق با شریعت باشد،^{۵۰-۵۱} اما مفهوم جمهوری اسلامی ضرورتاً بیانگر مطابقت قوانین با کلیه اجزای حقوق اسلامی و تمامیت آن به شمول فقه و عقاید مذهب خاص اسلامی نمی‌باشد.^{۵۲} یکی از دلایل اثبات این عقیده و استنباط را می‌توان از قانون اساسی جمهوری اسلامی پاکستان استخراج نمود. مطابق پاراگراف ۱ ماده ۲۲۷ قانون اساسی پاکستان:

«کلیه قوانین موجود باید منطبق با احکام اسلام به ترتیب مقرر در قرآن کریم و سنت باشد ... و هیچ قانونی که مغایر با این احکام باشد نباید به تصویب برسد.»
از آنجا که قرآن کریم و سنت حضرت محمد (ص) با ترکیب یکدیگر شریعت را تشکیل می‌دهند، این حکم صرف خواستار انطباق قوانین با شریعت است نه با فقه یکی از مذاهب اسلامی.

یک نمونه از قانون اساسی که خواستار انطباق قوانین هم با شریعت و هم با فقه یکی از مذاهب اسلامی است، قانون اساسی ایران می‌باشد. اصل چهارم قانون اساسی ایران حکم می‌دارد:

Khomeini, 1981, 40 et seq.; Hamid Enayat, *Modern Islamic Political Thought*, 2005, 85, 99.

^{۵۰} شریعت در لغت به معنای «راهی است که باید پیموده شود». به طور کلی این لفظ به عنوان قانون الهی تعبیر شده است که دارای دو بخش است: سخنان خداوند؛ به عنوان مثال قوانینی که در قرآن می‌باشند و نیز سنت که به عنوان سلوک حضرت محمد (ص) و نیز قول و فعل او است.

^{۵۱} در رابطه با این موضوع به حیث شرایط ضروری بر هر دولت اسلامی بنگرید به:

Hamid Enayat, *Modern Islamic Political Thought*, 2005, 85, 99;; cf. Sayyid Abdul A'la Maududi, *Islamic Law and Constitution*, 1960, 45 et seq.; Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 87 et seq.; Hamid Algar (Translator) *Sayyed Rubollah Khomeini, Islam and Revolution – Writings and Declarations of Imam Khomeini*, 1981, 40 et seq.; Seyyid Qutb, *Milestones*, 2006, 9.; cf. also Art. 4 Iranian Constitution; Preamble of the Mauritanian Constitution; Art. 227 para. 1 Constitution of Pakistan.

^{۵۲} Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 11 et seq.

«کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...».

از این اصل چنین استنباط شده است که نه تنها شامل شریعت می‌باشد، بلکه فقه، مثنوی و دکتترین مذهب فقهی شیعه جعفری را نیز شامل می‌گردد. زیرا در ایران، مطابق اصل دوازدهم قانون اساسی، دین رسمی، اسلام و مذهب رسمی، شیعه اثنی عشری است. در حالی که ماده ۲ قانون اساسی پاکستان اسلام را به حیث دین دولت معرفی نموده، بدون آنکه برای یکی از مکاتب ترجیحی قائل شود.

(۱) ماده ۳ قانون اساسی افغانستان: تضمین مبتنی بر قانون اساسی و محتوای آن

حکم مشابه در قانون اساسی افغانستان ماده ۳ آن است که حکم می‌کند در افغانستان «هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». شکل بندی ماده ۳ قانون اساسی افغانستان نسبتاً مبهم بوده و می‌تواند به صورت وسیع تفسیر شود. این اصطلاحات نه تنها به نحو قابل استدلالی ناظر به شریعت در معنای دقیق آن می‌باشند، بلکه ناظر به فقه نیز می‌توانند باشند.^{۵۳}

از طرف دیگر، ممکن است بتوان چنین استدلال کرد که ماده ۳ قانون اساسی افغانستان صرف ناظر به اصول غیر اختلافی و مشترک میان مذاهب مختلف فکری در میان مسلمانان است، زیرا در قانون اساسی افغانستان صرف نظر از ماده ۱۳۰ که صرف دارای معنای فرعی و مکمل می‌باشد، هیچ نوع برتری و اولویتی به یک مذهب داده نشده است.

۵۴

^{۵۳} فقه در لغت به معنای «فهم و درک» است و به طور کلی ناظر به فقه اسلامی است، به عنوان مثال تفاسیری که از متن اجرای شریعت جهت تنظیم امور روزانه مردم صورت می‌گیرد. تفاسیر امری انسانی تلقی می‌گردند و بنابراین می‌توانند با توجه به عواملی همانند زمان، اوضاع و احوال و میزان فهم و درک مفسران آزموده مانند فقیه، تعدیل شوند.

^{۵۴} این حکم متفاوت با ماده ۲ قانون اساسی ۱۹۶۴ افغانستان است که مذهب حنفی را به حیث مذهب رسمی حکومت معرفی کرده بود و نیز متفاوت با اصل دوازدهم قانون اساسی ایران است که مذهب شیعه جعفری را به عنوان مذهب رسمی ایران بیان کرده است.

در مطالب ذیل استدلال خواهد شد که حداقل فقه هر کدام از مذاهب اسلامی نمی‌تواند مضمون اصطلاح «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» به ترتیب مذکور در ماده ۳ قانون اساسی افغانستان باشد. نخست آنکه، این نکته باید مورد تاکید قرار گیرد که اصل جمهوری اسلامی به گونه‌ای که در ماده ۱ قانون اساسی افغانستان آمده است، در این رابطه هیچ نوع راهنمایی نمی‌کند. تا کنون نشان داده شده است که در این خصوص سایر جمهوری‌های اسلامی در رابطه با سطح و میزان ضروری انطباق قوانین با موازین اسلامی در آنها، بسیار با یکدیگر متفاوتند. در حالی که اصطلاح «موازین اسلامی» مذکور در اصل چهارم قانون اساسی ایران نه تنها شامل شریعت بلکه شامل فقه قنای^{۵۵} فقهای مذهب جعفری می‌گردد، پاراگراف ۱ ماده ۲۲۷ قانون اساسی پاکستان صرف ناظر به شریعت است، بدون آنکه به فقه یا مذهب خاص به طور کلی ارجاع دهد. قانون اساسی موریتانی حتی دارای الزام کمتری است. با وجود آن که در مقدمه قانون اساسی موریتانی التزام و پایبندی به «احکام اسلامی، به حیث تنها منبع قانون» ذکر شده است اما چنین جمله‌ای جامعه را ملزم می‌نماید که «در مقابل ضروریات دنیای جدید پاسخگو» باشد.

دوم آن که شرایط ضروری نهادهای مسئول بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و نیز ماده ۳ آن قانون بیانگر تفسیر محدود ماده ۳ قانون اساسی افغانستان در رابطه با عبارات «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» می‌باشد. در قانون اساسی افغانستان ارگانی که صلاحیت بررسی انطباق قوانین با اسلام را داشته باشد، پیش بینی و معین نشده است. در واقع سه امکان وجود دارد: نخست وجود رئیس جمهور، دوم کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و سوم ستره محکمه. مطابق ماده ۶۳ قانون اساسی افغانستان رئیس جمهور باید نزد شورای ملی سوگند یاد کند که:

«دین مقدس اسلام را رعایت و از آن حمایت کنم، قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان را رعایت و از تطبیق آنها مواظبت نمایم...»

اگر چه این حکم مربوط به صلاحیت رئیس جمهور نیست، اما پیش بینی می‌کند که پیش از تصدی وظیفه توسط رئیس جمهور باید سوگندی یاد شود؛ سوگندی که دارای نتایجی در ارتباط به مسئولیت‌های رئیس جمهور می‌باشد. به علاوه، فقره ۱ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان به رئیس جمهور صلاحیت نظارت بر تطبیق قانون اساسی از جمله

^{۵۵} اظهار عقیده تخصصی متخصصان حقوق اسلامی

نظارت بر تطبیق ماده ۳ آن قانون را می‌دهد. به این ترتیب از رئیس جمهور نیز انتظار می‌رود که به عنوان حافظ قانون اساسی عمل کند.^{۵۶} با وجود این، اگر چه فقره ۱ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان کاندیداهای ریاست جمهوری را ملزم می‌کند که مسلمان باشند، لیکن هیچ گونه شرطی برای آنکه آنها ضرورتاً دارای آگاهی و دانش لازم در فقه اسلامی بوده، یا در فقه حنفی یا هر مذهب فقهی اسلامی دیگر مسلکی باشند، وجود ندارد. بنابراین، رئیس جمهور به عنوان حافظ قانون اساسی و نیز معاونان او معمولاً فاقد صلاحیت لازم برای اتخاذ تصمیم درباره پرسش‌ها و مسایل سخت مربوط به فقه حنفی و یا سایر مکاتب فقهی اسلامی می‌باشند.

همچنین قانون اساسی تأسیس کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را منحنی ارگان مسؤل غرض نظارت بر تطبیق درست ماده ۳ قانون اساسی پیش بینی می‌نماید. تأسیس این کمیسیون در ماده ۱۵۷ قانون اساسی پیش بینی شده است. با وجود این، این کمیسیون تا بحال ایجاد نشده است. مسوده قانون این کمیسیون به تأریخ ۴ اپریل ۲۰۰۷ توسط شورای ملی به تصویب رسید. در ابتداء رئیس جمهور افغانستان از امضای این مصوبه امتناع ورزید. زیرا، رئیس جمهور به این عقیده بود که ماده ۸ پراگراف اول این مصوبه با ماده ۱۲۱، ۱۲۲ و ۱۵۷ قانون اساسی در تناقض است. سپس، وزیر دولت در امور پارلمانی از طریق نامه ای خطاب به رئیس ولسی جرگه نوشت که: ماده ۱۲۱ قانون اساسی به ستره محکمه صلاحیت تفسیر قانون اساسی را می‌دهد. وی اضافه نمود که: مطابق ماده ۱۲۲ قانون اساسی هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه خارج و آن را به ارگان دیگر محول نماید. همچنین، مطابق ماده ۱۵۷ قانون اساسی کمیسیون صرف صلاحیت نظارتی بر تطبیق قانون اساسی دارد. وی در خاتمه نتیجه گیری نمود که: هدف از ایجاد نهاد پیش بینی شده در ماده ۱۵۷ قانون اساسی به هیچ وجه تفسیر قانون اساسی و سایر قوانین نبوده است.

ولی، شورای ملی این مصوبه را دوباره به تاریخ ۱۸ اگست ۲۰۰۸ با اکثریت دو ثلث آراء تصویب نمود. طبق قانون اساسی این مصوبه توشیح شده و نافذ تلقی می‌گردد (ماده ۹۴). عدم نشر این مصوبه توسط وزارت عدلیه نیز نمی‌تواند بر انفاذ این قانون تأثیر منفی

⁵⁶ Said Mahmoudi, "The *Shari'a* in the New Afghan Constitution: Contradiction or Complement?," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 867, 871.

وارد نماید. مکلفیت دولت مبنی بر نشر قوانین جدید حاوی حقی نیست که عمل قانونی قوه مقننه را به حالت تعلیق در بی آورد.

مطابق قانون جدید، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در چوکات دولت جمهوری اسلامی افغانستان تشکیل خواهد شد و فعالیت های خود را به صورت مستقل اجراء خواهد کرد (ماده ۲). هفت عضو این کمیسیون توسط رئیس جمهور و با اخذ رأی از ولسی جرگه برای مدت پنج سال تعیین می گردند. مطابق ماده ۵ این قانون، اعضای کمیسیون علاوه بر سایر شرایط، باید دارای تحصیلات عالی در علوم حقوقی یا فقهی در سطح ماستری و دارای پنج سال تجربه مسلکی در ساحه حقوقی یا فقهی باشند. وظیفه اساسی کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی تفسیر قانون اساسی بر اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی، ستره محکمه و قوه اجرائیه است.^{۵۷}

^{۵۷} ماده ۸ قانون کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی در این مورد حکم می نماید که: «کمیسیون به منظور نظارت بهتر از تطبیق احکام مندرج قانون اساسی دارای وظایف و صلاحیت های ذیل می باشد:

- (۱) تفسیر احکام قانون اساسی به اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی، ستره محکمه و حکومت.
- (۲) نظارت از رعایت و تطبیق احکام قانون اساسی توسط رئیس جمهور، حکومت، شورای ملی، قوه قضائیه، ادارات، مؤسسات و سازمان های غیر دولتی.
- (۳) ارائه مشوره های حقوقی در مسائل ناشی از قانون به رئیس جمهور و شورای ملی.
- (۴) مطالعه قوانین نافذه غرض دریافت تناقضات با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر جهت رفع آنها.
- (۵) ارائه پیشنهاد مشخص به رئیس جمهور و شورای ملی در زمینه اتخاذ تدابیر به منظور انکشاف امور قانونگذاری در مواردی که قانون اساسی حکم نموده است.
- (۶) ارائه گزارش به رئیس جمهور در صورت ملاحظه تخلفی یا تخلف از احکام مندرج قانون اساسی.
- (۷) تصویب لوایح و طرز العمل های مربوطه.

رئیس جمهور قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را به تأریخ ۶ مارچ ۲۰۰۹ به ستره محکمه غرض بررسی مطابقت آن به قانون اساسی راجع نمود.

ستره محکمه حکم نمود که مواد متعدد قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی بنابر دلایل ذیل خلاف قانون اساسی است. ستره محکمه اولاً با اتکاء به متن قانون اساسی اظهار نظر نمود که جمله «نظارت بر تطبیق قانون اساسی» (ماده ۱۵۷ قانون اساسی) شامل تفسیر قانون اساسی نمی شود. بنابراین، کمیسیون صرف صلاحیت نظارت بر تطبیق قانون اساسی را دارد نه تفسیر آن را. ثانیاً مانند وزارت دولت در امور پارلمانی، ستره محکمه نیز اظهار نظر نمود که ماده ۸ فقره ۱ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی که صلاحیت تفسیر قانون اساسی را به کمیسیون می دهد، مخالف ماده ۱۲۱ قانون اساسی است. زیرا، طبق حکم مندرج این ماده صرف ستره محکمه صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دارد. همچنین ستره محکمه اظهار نظر نمود که تفسیر قانون اساسی و سایر قوانین ایجاب اصدار قرار قضایی را می نماید که جز ستره محکمه هیچ ارگانی صلاحیت اصدار چنین قرار را که صبغه الزامی داشته باشد، ندارد. دلیل اصدار قرار قضایی به منظور جنبه الزامیت قرار های قضائی توسط محاکم منطقی به نظر می رسد. زیرا، صرف تصامیم محاکم، نه نظریه های کمیسیون ها الزامی است. ثالثاً: ستره محکمه اظهار نظر نمود که: ماده ۷ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی که به کمیسیون صلاحیت می دهد تا اعضای کمیسیون را به پیشنهاد حداقل پنج عضو کمیسیون و تأیید ولسی جرگه عزل نماید، خلاف ماده ۶۴ قانون اساسی است. زیرا، کمیسیون یک کمپنی تجارتي نیست تا بتواند اعضای خود را عزل نماید و نیز ولسی جرگه صلاحیت عزل اعضای کمیسیون را که ستره محکمه جزء قوه اجرائیه تلقی می نماید، ندارد. و بالآخره به دلیل اینکه صرف رئیس جمهور صلاحیت عزل وزراء و سائر کارمندان دولت را دارد (ماده ۶۴ فقره ۱۱). رابعاً: ماده ۸ فقره ۴ قانون کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی که حکم می نماید: « کمیسیون صلاحیت مطالعه قوانین نافذ را غرض دریافت تناقضات با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر جهت رفع آنها» خلاف ماده ۱۲۱ قانون اساسی است. زیرا، ماده ۱۲۱ به ستره محکمه صلاحیت بررسی مطابقت قوانین، فرامین و معاهدات بین المللی را می دهد. خامساً: ماده ۵ فقره ۱ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی که حکم می نماید: « اعضای کمیسیون صرف باید دارای تابعیت افغانی باشند» نیز خلاف

قانون اساسی است. زیرا، تابعیت مسأله است که مربوط حقوق و وجایب اساسی اتباع می شود که احکام آن صرف می تواند در قانون اساسی تسجیل گردد نه در قوانین فرعی. ششم و آخرین دلیل ستره محکمه راجع به ماده ۱۱ فقره ۱ قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی بود که حکم می نماید: «هیچ عضو کمیسیون بدون اخذ موافقه رئیس جمهور گرفتار، توقیف و مورد تعقیب عدلی قرار گرفته نمی تواند. حالات جرم مشهود از این حکم مستثنی است». حکم این ماده نیز خلاف قانون اساسی است. زیرا، این امتیاز صرف می تواند به رئیس جمهور، وکلای پارلمان و قضات بر اساس حکم قانون اساسی اعطاء گردد نه برای کارمندان عادی و نه بر اساس احکام قوانین عادی. در نتیجه تفسیر ستره محکمه، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی می تواند تأسیس گردد، ولی با صلاحیت بسیار محدود.

بنابراین، کمیسیون نمی تواند صلاحیت و یا مکلفیت بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و بررسی مطابقت اعتقادات مردم و احکام دین مقدس اسلام را داشته باشد (ماده ۳ قانون اساسی).

آخرین نهاد که صلاحیت بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و اسلام را دارد، واضحاً ستره محکمه افغانستان است. ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان به ستره محکمه صلاحیت بررسی مطابقت قوانین و فرامین تقنینی را با قانون اساسی حسب تقاضای حکومت یا یک محکمه داده است. از آنجا که ماده ۳ قانون اساسی نیز جزئی از قانون اساسی است، این حکم به ستره محکمه صلاحیت بررسی انطباق قوانین با «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» را می دهد.^{۵۸} با وجود این، نظر به صلاحیت های حرفوی قضات ستره محکمه، ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان صرف پیش بینی می نماید که قضات مذکور باید دارای تحصیلات عالی در علوم حقوقی یا فقهی بوده و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشند. بنابراین کاندیداهای قضاوت در ستره محکمه ضرورتاً ملزم به داشتن تحصیلات فقهی به طور کلی نیستند. با وجود این، از آنجا که حقوق افغانستان عمیقاً ریشه در فقه اسلامی دارد، یک قاضی بدون برخورداری از دانش کافی در فقه اسلامی

⁵⁸ Said Mahmoudi, "The *Shari'a* in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment?," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 867 et seq., 872; Cf. R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 912.

نمی‌تواند تخصص کافی در نظام قضایی افغانستان را نیز دارا باشد، تخصصی که حداقل صلاحیت خاص او در فقه اسلامی را تضمین و تامین می‌نماید.

با وجود این، هیچ حکمی که متضمن ضرورت وجود دانش و تخصص گسترده در قضاوت و تعالیم فقه حنفی یا سایر مذاهب اسلامی در قضات ستره محکمه باشد، وجود ندارد. به فرض احتمال آنکه در یک زمان معین هیچ کدام از قضات ستره محکمه دارای دانش و تحصیلات گسترده در فقه حنفی یا حقوق اسلامی نباشند و فقط دارای دانش عمومی مذکور در فقره ۳ ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان باشند، بسیار غیر محتمل به نظر می‌رسد که این محکمه بتواند در خصوص مسایل مرتبط با مطابقت قوانین با موازین فقه و تعالیم یک مذهب خاص اتخاذ تصمیم کند.

در مقابل در جمهوری اسلامی ایران که شورای نگهبان مسئول بررسی قوانین است (اصول ۷۲ تا ۹۶ قانون اساسی)، احکامی وجود دارد که به نحو دقیق تامین کننده صلاحیت اعضای شورای نگهبان در مذهب فقه جعفری است. زیرا، این شورا متشکل از شش فقیه و شش حقوقدان می‌باشد (اصل ۹۱ قانون اساسی ایران). اتخاذ تصمیم راجع به مطابقت قوانین با موازین اسلامی با رای اکثریت فقهاء می‌باشد. این اعضا باید متخصصانی از مذهب شیعه بوده، دارای تجربه بالا در مسایل نظری و قضایی مذهب شیعه جعفری باشند و بنابراین دارای صلاحیت کافی جهت اتخاذ تصمیم در ارتباط به موضوعات مشکل و جزئیات فقه جعفری هستند. این واقعیت که چنین درجه‌ای از صلاحیت در قانون اساسی افغانستان ضروری تشخیص داده نشده است، حاکی از آن است که تفسیر وسیع ماده ۳ قانون اساسی افغانستان به نحوی که شامل فقه هم شود، به سختی قابل تحمل و پایدار است.

به طور خلاصه، ماده ۳ قانون اساسی افغانستان باید به نحو محدود و به گونه‌ای که صرف ناظر به شریعت باشد، تفسیر گردد. با توجه به این نکته که در قانون اساسی افغانستان هیچ مذهب فقهی اسلامی رسمی وجود ندارد، این تفسیر که ماده ۳ قانون اساسی افغانستان صرف شامل اصول بنیادین، مشترک و غیر اختلافی (اجماعی) میان مذاهب مختلف اسلامی می‌گردد، بیشتر قانع کننده است.

نکته‌ای که باید در اینجا روشن و واضح گردد آن است که شرط ضروری انطباق قوانین با موازین اسلامی یک تعهد و الزام مطلق نیست که بر اساس مقررات شرعی تحت هر

وضعیت و شرایطی به مورد اجرا گذاشته شود. به علاوه، تعهد به رعایت شریعت در قانون‌گذاری، تنها تعهد و التزام موجود در قانون اساسی افغانستان نمی‌باشد. به حیث نمونه دولت افغانستان ملزم به احترام به تعهدات مربوط به حمایت از حقوق بشر نیز می‌باشد (مواد ۶ و ۷ قانون اساسی افغانستان). در نتیجه، در صورت اختلاف میان این دو تعهد، باید نوعی توازن میان آنها یافت شود؛ به نحوی که هسته مرکزی مصالح مذکور در هر کدام حفظ گردد و مورد رعایت قرار گیرد. این مسأله به نحو مفصل تر در رهنمود ماکس پلانک برای حقوق بشر مورد بحث قرار خواهد گرفت.^{۵۹}

(۲) تطبیق ماده ۳ قانون اساسی افغانستان در بررسی قضایی

به منظور تضمین رعایت قانون اساسی از جهت انطباق کلیه قوانین با موازین اسلامی و نیز جهت تضمین انطباق واقعی قوانین با آنها، بیشتر جمهوری‌های اسلامی، اقدام به ایجاد طرز العمل خاصی در این خصوص نموده اند. حصول به این هدف و این گونه بررسی می‌تواند خواه با کنترل و بررسی وقایعی (پیشگیرانه) و کلی هر قانون پیش از آنکه لازم الاجرا شود، صورت گیرد یا از طریق بررسی بعدی قوانین مورد اعتراض. قوانین اساسی ایران و پاکستان در این خصوص عکس العمل‌های متفاوتی اتخاذ کرده اند. در حالی که در ایران، شورای نگهبان جهت بررسی مطابقت مصوبات مجلس شورای اسلامی با اسلام پیش از لازم الاجرا شدن آنها تاسیس شده است (اصل ۹۱ قانون اساسی ایران)، ماده ۲۰۳، C، D قانون اساسی پاکستان، محکمه اختصاصی شریعت را جهت بررسی مطابقت قوانین مورد اعتراض با مقررات اسلامی حسب شکایت نهادهای خاص در دولت یا بنا به تصمیم خود محکمه ایجاد کرده است.

در افغانستان هم کنترل و بررسی وقایعی (پیشگیرانه) قوانین و هم بررسی کیفیت اعمال آن قوانین امکان پذیر است. در حالی که رئیس جمهور دارای حق رد (وتو) در قانون‌گذاری است،^{۶۰} یعنی حقی که او ممکن است از آن در صورت تشخیص نقض ماده ۳ قانون اساسی توسط یک قانون از آن استفاده کند، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق

^{۵۹} رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مجلد دوم.

^{۶۰} این نکته را باید تذکر داد که به هر حال این حق وتو می‌تواند با رأی اکثریت دو

مثلت اعضای ولسی جرگه نقض شود (ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان).

قانون اساسی و ستره محکمه می‌توانند قوانین را بعد از لازم الاجرا شدن آنها از جهت رعایت ماده ۳ قانون اساسی کنترل و بررسی نمایند.

با وجود این، هیچ تعهد الزام آور قانونی برای رئیس جمهور وجود ندارد که در ارتباط با مطابقت یک قانون خاص با قانون اساسی، اگر نهادی از نهادهای دولت دیدگاه و نظری راجع به آن داشته باشد، اتخاذ تصمیم کند. همین نکته را شاید بتوان در ارتباط به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی که در ماده ۱۵۷ قانون اساسی افغانستان پیش بینی شده است، بیان نمود.

برخلاف دو نهاد مذکور، ستره محکمه مطابق ماده ۱۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان مکلف است که در رابطه با هر تقاضای دولت یا محاکم تحتانی طبق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان اتخاذ تصمیم کند.

اگر چه ماده ۱۲۱ قانون اساسی بیان می‌کند که ستره محکمه در ارتباط به موضوع مطابقت قوانین با قانون اساسی مطابق به احکام قانون تصمیم خواهد گرفت؛ لیکن هنوز قانونی که طرز العمل و اجراءات آنرا تنظیم کند، وجود ندارد. همچنین پیامدهای تصمیم ستره محکمه مبنی بر عدم مطابقت یک قانون با شرایط و الزامات قانون اساسی، صراحتاً معین نشده است. چنین به نظر می‌رسد که استنباط ستره محکمه آن است که تصامیم آن بر مبنای ماده ۱۲۱ قانون اساسی دارای جنبه مشورتی و بدون قدرت الزام آور می‌باشد. با وجود این، اطمینانی وجود ندارد که این استنباط در ستره محکمه غالب بوده و اکثریت داشته باشد، زیرا محکمه مذکور چنین تصمیمی را در خصوص بررسی یک رأی عدم اعتماد اتخاذ نمود؛ به نحوی که در آن خصوص ستره محکمه به طور غیر صحیح خود را طبق ماده ۱۲۱ قانون اساسی ذیصلاح دانست. در هر حال، بر خلاف استنباط احتمالی ستره محکمه، ماده ۱۶۲ قانون اساسی افغانستان تردیدی بر جای نمی‌گذارد که از زمان لازم الاجرا شدن قانون اساسی، قوانین مغایر با احکام آن خود به خود ملغی می‌باشند. بنابراین باید این گونه فرض کرد که ستره محکمه می‌تواند بعض قوانین و فرامین تقنینی را مغایر با قانون اساسی و از جمله مناقض ماده ۳ آن اعلام نماید.^{۶۱} در این خصوص، سوال برانگیز تصور می‌شود که ستره محکمه چنین نظر داشته باشد که تصامیم آن در رابطه با قضایای مربوط

⁶¹ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 912.

به ماده ۱۲۱ قانون اساسی صرف عقیده مشوره‌ای آن بوده و برای ارگانهای دولت هیچ گونه جنبه الزام آور نداشته باشد.^{۶۲}

به عنوان یک تذکر جانبی، این نکته نیز باید اضافه شود که اتخاذ تصمیم صحیح در ستره محکمه در ارتباط به مواد ۳ و ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان تنها زمانی تحقق یافتنی است که ستره محکمه توانایی اخذ تصمیم به نحو مستقل و صرف بر مبنای بررسی‌های قضایی را داشته باشد، بدون آنکه تحت تاثیر مراجع اجرایی و تقنینی که ممکن است دارای مصالح و منافع خاص خود در رابطه با تصمیم آتی باشند، قرار گیرد.

در نتیجه، نظر به کار کرد ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان به حیث یک تضمین انطباق کلیه قوانین با موازین اسلامی، استقلال قوه قضائیه به طور کلی و ستره محکمه به نحو اخص، نه تنها شرط اصلی و ضروری رعایت اصل حاکمیت قانون که بعداً راجع به آن توضیح داده خواهد شد،^{۶۳} بلکه همچنین مقدمه ضروری مفهوم جمهوری اسلامی در قانون اساسی افغانستان می‌باشد. به طور خلاصه، باید نتیجه گرفت که ضرورت قانون‌گذاری مطابق با اصول اسلامی به ترتیب الزام شده در مفهوم جمهوری اسلامی در قانون اساسی افغانستان تضمین شده است. ماده ۳ قانون اساسی افغانستان، قانون‌گذاری مغایر با معتقدات اسلامی و احکام آن را ممنوع می‌کند. این مقرر باید به نحو محدود و به ترتیبی که صرف در بر گیرنده اصول شریعت یا حتی آن دسته از اصولی که در میان کلیه مذاهب مختلف اسلامی مشترک و مورد اجماع هستند، تفسیر گردد. مطابقت قوانین با ماده ۳ قانون اساسی از طریق بررسی قضایی قوانین به وسیله ستره محکمه و در حد و اندازه پایین تر از طریق وظیفه و کارکرد حفاظتی رئیس جمهور، اجرا می‌شود.^{۶۴}

۲-۳. اسلام به عنوان دین (رسمی) دولت

^{۶۲} مراجعه کنید به نظر مشورتی ستره محکمه در تاریخ ۲ جون ۲۰۰۶، ضمیمه نامه شماره ۱۵۱۳ ستره محکمه در تاریخ ۱۳۸۶/۳/۱۲ (۲ جون ۲۰۰۶) به وزیر دولت در امور پارلمانی).

^{۶۳} برای بحث راجع به استقلال قضایی به حیث یکی از جنبه‌های حاکمیت قانون بنگرید به فصل سوم همین رهنمود.

^{۶۴} در آینده احتمالاً کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی که در ماده ۱۵۷ پیش بینی شده است نیز در این خصوص فعال خواهد شد.

یک جنبه دیگر مشترک در نظام‌های جمهوری اسلامی شناخت و تاکید بر اسلام یا یکی از مذاهب فقهی آن به عنوان دین رسمی حکومت است. در ایران اصل ۱۲ قانون اساسی دین اسلام و مذهب شیعه جعفری را به حیث مذهب رسمی غیر قابل تغییر تعیین نموده است. در پاکستان ماده ۲ قانون اساسی مقرر نموده است که اسلام دین رسمی پاکستان است و در موریتانی این نکته در ماده ۵ قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است.

ماده مربوطه در این خصوص در قانون اساسی افغانستان ماده ۲ است که اسلام را به حیث دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان مقرر نموده است؛ البته بدون آنکه از مذهب اسلامی خاص نام ببرد. شناخت یک دین به حیث دین رسمی دولت مختص کشورهای اسلامی نیست. برخی کشورهای اروپایی نیز دارای مذاهب یا کلیساهای حکومتی می‌باشند، به حیث مثال عقیده مسیحیان انگلستان دین حکومت در انگلستان است و در کشور نروژ نیز دین دولتی وجود دارد. تاسیس دین رسمی دولتی به خودی خود مغایر با حقوق بشر به طور کلی و آزادی مذهب به نحو اخص نیست.^{۶۵} کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد،^{۶۶} کمیسیون حقوق بشر اروپایی^{۶۷} و گزارشگران متعدد در خصوص نابردباریهای مذهبی^{۶۸} بر این نکته توافق دارند که اساساً حمایت از آزادی مذهب ارتباطی با ساختاری که دولت برای سازماندهی ارتباط میان مذهب و دولت انتخاب می‌کند، ندارد.

⁶⁵ Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary*, 2nd Ed. 2005, 415; Jochen Abr. Frowein, "Religion and Religious Symbols in European and International Law," in: Winfried Brugger / Michael Karayanni (ed.), *Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, 2007, S. 243 ff., 245; Jochen Abr. Frowein, "Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz" in: R. Grote / Thilo Marauhn, *Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven*, 2001, S. 73ff, 78; Carolyn Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, 2001, 80.

⁶⁶ General Comment No. 22 of 30 July 1993, para. 9 et seq.

⁶⁷ European Commission of Human Rights, *Darby v Sweden*, Series A, Vol. 187, para. 45.

⁶⁸ UN Doc E/Cn.4/1996/95 Add. 2, para. 8; UN Doc. A/51/542/Add.2, para. 8; UN Doc. A/51/542/Add.1, para. 19; UN Doc. E/CN.4/1996/95/Add.1, para. 81.

باوجود این، جایگاه خاص و برتر دین دولتی نباید موجب رفتار تبعیض آمیز با پیروان سایر عقاید و بلکه نقض حق آزادی مذهبی آنان گردد.^{۶۹}

نظام حقوقی افغانستان به نحو خاصی متعهد به حمایت از حقوق بشر می‌باشد؛ به طوری که در مواد ۶ و ۷ قانون اساسی افغانستان می‌توان آنرا ملاحظه نمود. ماده ۶ قانون اساسی افغانستان تعهد به ایجاد جامعه‌ای مبتنی بر حمایت از حقوق بشر را مورد تاکید و تمجید قرار می‌دهد. ماده ۷ آن قانون آشکار می‌سازد که دولت افغانستان به تعهدات بین‌المللی به خصوص در ارتباط به حمایت از حقوق بشر پای بند است. در این ماده صراحتاً رعایت اعلامیه جهانی حقوق بشر تاکید شده است. نظر به اهمیت حقوق بشر و حمایت از آنها، این امر موضوع رهنمود جداگانه‌ای از ماکس پلانک است.^{۷۰}

باوجود این، در رابطه با مقررات قانون اساسی افغانستان راجع به دین رسمی دولت و آزادی مذهب پیروان سایر ادیان دو نکته قابل ذکر وجود دارد. اول آنکه هیچ نوع تمایزی میان دسته‌ها و گروه‌های اسلامی متفاوت در افغانستان و مذاهب حقوقی آنها وجود ندارد. این امر تصحیح مثبت قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ هـ ش) محسوب می‌شود که حکم می‌کرد مراسم رسمی باید مطابق به آیین‌های مذهب حنفی انجام گیرد؛ حکم مذکور به این وسیله برای مذهب حنفی جایگاه ممتازی اعلام کرده بود.^{۷۱}

دوم آنکه آزادی مذهب نه تنها برای اشخاص موسوم به اهل کتاب بلکه برای هر عقیده‌ای صرف نظر از مذهب آن شناخته شده است. در جمهوری اسلامی ایران، به حیث مثال،

⁶⁹ General Comment No. 22 of 30 July 1993, para. 9f.; Cf. Jochen Abr. Frowein; "Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz," in: R. Grote / Thilo Maruhn, *Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderbeitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven*, 2001, 73 et seq., 79.

^{۷۰} رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مجلد دوم، حقوق بشر

^{۷۱} این مقرر بر مدل پذیرفته شده در قانون اساسی ایران (به حیث مثال) مرجع است که مطابق اصل دوازدهم آن «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است»، به این ترتیب سایر مذاهب و فرق اسلامی مستثنی شده‌اند. مشابه راه حل اتخاذی در افغانستان، ماده ۲ قانون اساسی پاکستان است که حکم می‌نماید: «اسلام دین رسمی پاکستان است» بدون آنکه به مذهب خاصی اشاره کرده باشد.

تنها ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی به عنوان اقلیت‌های مذهبی به رسمیت شناخته شده، پیروان سایر مذاهب بدون حمایت قانونی رها گردیده‌اند.^{۷۲}

۴-۲. اصل تساوی

یک جنبه دیگر از قانون اساسی افغانستان که حداقل تا حدودی ملهم از اندیشه اسلامی است، اصل تساوی به ترتیب پیش بینی شده در مواد ۶ و ۲۲ قانون اساسی افغانستان است. ماده ۶ قانون اساسی افغانستان دولت را متعهد می‌کند «به ایجاد 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^{۷۳} و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور». ماده ۲۲ صراحتاً و رسماً اعلام می‌کند که تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اگر چه همانطور که در مباحث ذیل ملاحظه خواهیم کرد اصل تساوی در برابر قانون یکی از ابعاد برجسته حاکمیت قانون است، لیکن این اصل همچنین در عقیده اسلامی ریشه داشته^{۷۴} و اگر دولتی بین اتباع مسلمان خود بر اساس قومیت قایل به تمایز شود، به سختی می‌توان آنرا اسلامی دانست. در نتیجه می‌توان چنین اظهار نظر کرد که اصل تساوی را نه تنها می‌توان در اصل حاکمیت قانون پیگیری کرد، بلکه می‌توان آنرا در مفهوم یک جمهوری اسلامی نیز جستجو نمود. این نکته باید مورد تاکید قرار گیرد که چنین تفسیری به معنای صحه گذاشتن بر تمایز میان افراد مسلمان و غیر مسلمان از جهت حمایت و برخورداری از حقوق بشر بر مبنای مذهب نیست، زیرا اصل تساوی و منع اعمال تبعیض بر اساس مذهب توسط ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان و تعهدات بین‌المللی که دولت افغانستان وفق ماده ۷ قانون اساسی دارد، ایجاد شده است.

^{۷۲} بنگرید به ماده ۱۳ قانون اساسی ۱۹۷۹ (۱۳۵۸ ه.ش) ایران بازنگری شده در

سال ۱۹۸۹ (۱۳۶۸ ه.ش)

^{۷۳} تاکید از مولف است.

^{۷۴} Inayatullah Baloch, "Islam, the State and Nationality Problems: A Study of Ethnic Rights in the Middle East," in: Gudmundur Alfredsson / Peter Macalister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations*, 1996, 227ff.; Farooq Hassan, *The Concept of State and Law in Islam*, 1981, 119f.; Maulana Muhammad Ali, *The Religion of Islam*, 1975, 10, 153; M.H., Syed (ed.), *Human rights in Islam*, Vol. 1, 2003, 104; Nayyar Shamsi, *Human Rights and Islam*, 2003, 189; Sayyid Abdul A'la Maududi, *Islamic Law and Constitution*, 1960, 45 et seq..

از آغاز، قرآن بر تساوی انسانها با یکدیگر صرف نظر از نژاد و قومیت تاکید می‌نماید.
در سوره ۱۳: ۴۹ بیان شده است:

«ای مردم ما همه شما را نخست از مرد و زنی آفریدیم، آنگاه شعبه‌های بسیار و
فرق مختلف گردانیدیم تا یکدیگر را بشناسید. به راستی بزرگوارترین شما نزد
خداوند، با تقواترین مردمند...».

سوره ۲۲:۳۰ نیز اعلام می‌دارد:

«و یکی از آیات قدرت الهی خلقت آسمانها و زمین است و یکی دیگر اختلاف
زبانها و رنگهای شما آدمیان؛ که در این امور نیز ادله صنع و حکمت حق برای
دانشمندان عالم آشکار است».

رویکرد و رفتار متساویانه مذهب جدید (اسلام) از همان آغاز در ترکیب اولیه جامعه
اسلامی که بردگان و برده‌های پیشین غیر عرب را در موقعیت‌های پاسخگویی (متساوی)
قرار داد، مشهود بود. همچنین نقل شده است که حضرت محمد (ص) به شدت در
خصوص برابری همه مسلمانان در حجت الوداع سخن گفت، آنگاه که فرمودند عرب را
بر غیر عرب و سفید را بر سیاه هیچ برتری نیست.^{۷۵}

۲-۵. تعهد دولت بر تحقق عدالت اجتماعی

تعهد دولت اسلامی به ایجاد و تحقق عدالت اجتماعی یکی از مهمترین خصوصیات از
زمان حضرت محمد (ص) بوده است. در واقع، ایجاد مالیات خاص متعلق به فقرا
(زکات) به عنوان یکی از اصول عقاید اسلامی، دلیل مسلمی برای توجیه این تعهد است.
برادری و پیوندی که باید میان همه مسلمانان ایجاد گردد و اغنیاء را در مقابل فقرا مسئول
می‌گرداند، در اسلام از اهمیت فراوانی برخوردار است.^{۷۶}

⁷⁵ Cf. Abd Al-Malik Ibn Hisham / A. Guillaume, *The Life of Muhammad – A Translation of Isbaq's Sīrat Rasūl Allāh*, 2006, 651.

⁷⁶ Silvia Tellenbach, *Untersuchungen zur Verfassung der islamischen Republik Iran vom 15. Januar 1979*, 1985, 186.

در این زمینه به آیاتی از قرآن کریم و نیز احادیثی از حضرت محمد (ص) می‌توان استناد نمود که از فحوای آنها تعهد دولت به تحقق عدالت اجتماعی استنباط می‌گردد.^{۷۷} در نتیجه یک دولت اسلامی مکلف به تحقق عدالت اجتماعی و ایجاد امنیت اجتماعی برای کلیه شهروندان می‌باشد.^{۷۸} تعهدی که در قانون اساسی کشورهای دارای نظام‌های جمهوری اسلامی منعکس شده است.

قانون اساسی ایران تعهد مشابه و همانندی را ایجاد کرده است که مطابق آن جمهوری اسلامی ایران موظف است همه امکانات خود را برای تاسیس نظام اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر به کار گیرد. (فقره ۱۲ اصل سوم و فقره ۱ اصل چهل و سوم قانون اساسی ایران).

در قانون اساسی پاکستان نیز تعهدات مشابهی وجود دارد. ماده ۳۸ قانون اساسی پاکستان، مسئولیت دولت جهت تامین حقوق اجتماعی اتباع، از جمله تامین رفاه اجتماعی مردم، جلوگیری از انحصار و تمرکز ثروت، ایجاد کار و اشتغال، تامین اجتماعی و نیازهای اساسی زندگی برای همه اتباع آنرا مورد اشاره قرار داده است. به علاوه «اصول قانون اساسی اسلامی» که در سال ۱۹۵۱ (۱۳۳۰ ه.ش) توسط گروهی از متفکران اسلامی در پاکستان تدوین شده است بر عدالت و تامین اجتماعی برای همه شهروندان تاکید نموده است.^{۷۹}

همچنین در مقدمه قانون اساسی موریتانی، مسئولیت دولت به حمایت و ارتقای حقوق اجتماعی مورد تاکید قرار گرفته است. به همین ترتیب قانون اساسی افغانستان تعهد ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس **عدالت اجتماعی** را اعلام می‌کند.^{۸۰} (ماده ۶ قانون اساسی افغانستان). در نتیجه می‌توان گفت تقویت و حمایت از حقوق اجتماعی، خصوصیت مشترک همه نظام‌های جمهوری اسلامی است.

⁷⁷ Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 87.

⁷⁸ Vgl. Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 88; Karl-Heinrich Göbel, *Moderne Schiitische Politik und Staatsidee*, 1984, 47, 110.

⁷⁹ Sayyid Abdul A'la Maududi, *Islamic Law and Constitution*, 1960, 337 et seq., 338; Silvia Tellenbach, *Untersuchungen zur Verfassung der islamischen Republik Iran vom 15. November 1979*, 1985, 186.

^{۸۰} تاکید از مولف است.

۶-۲. تعهد و وظیفه دولت به انکشاف تعلیم و حمایت از خانواده

یکی دیگر از نکات بسیار مهم در اندیشه اسلامی، تعلیم و تربیت است. احادیث متعددی از پیامبر گرامی اسلام نقل شده است که در آنها ایشان بر اهمیت دانش و تعلیم تأکید فرموده اند.^{۸۱} به حیث مثال منقول است که ایشان فرمودند:

«اگر کسی برای کسب علم قدم بردارد، خداوند بهشت را بر او آسان می‌گرداند.» و «جستجوی علم و دانش بر هر مرد و زن مسلمان واجب است.»^{۸۲}

بنابراین یک دولت که مشروعیت خود را از اسلام می‌گیرد، باید تعلیم و تربیت را برای کلیه افراد در دسترس قرار داده و تحصیل آنرا برای کلیه اطفال اعم از انات و ذکور اجباری سازد.^{۸۳} در نتیجه، تعهد دولت به گسترش دانش و تعلیم و تربیت برای همه شهروندان مرد و زن، یکی از خصوصیات مشترک همه جمهوری‌های اسلامی است که در قانون اساسی آنها قابل ملاحظه می‌باشد.

ماده ۳۰ قانون اساسی ایران تکلیف دولت به ایجاد امکانات برای همه اتباع جهت دسترسی به آموزش رایگان تا سطح متوسطه و توسعه وسایل تعلیمات عالی رایگان (در سطح پوهنتون) تا سر حد خودکفایی کشور را مقرر نموده است. در واقع از زمان تاسیس نظام جمهوری اسلامی در ایران، تعداد محصلان دختر مرتباً افزایش یافته است و در چند سال اخیر بیش از پنجاه درصد محصلان وارد شده به پوهنتونها دختر بوده اند.

به همین ترتیب ماده ۳۷ قانون اساسی پاکستان تکلیف دولت به ارتقاء و تقویت تعلیم و تربیت طبقات یا مناطق عقب مانده، امحای بی سواد و ایجاد امکانات آموزش متوسطه رایگان و اجباری در حداقل زمان ممکن و در دسترس عموم قرار دادن تعلیمات تخنیکی و حرفوی و دسترس متساویانه به تعلیمات عالی برای همه بر مبنای شایستگی را مقرر کرده است.

⁸¹ Silvia Tellenbach, *Untersuchungen zur Verfassung der islamischen Republik Iran vom 15. Januar 1979*, 1985, 187; Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 86 et seq.

⁸² Quoted according to Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 86 et seq.

⁸³ Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, 1961, 87.

در ارتباط به افغانستان، مواد ۴۳-۴۵ قانون اساسی، حق تعلیم را برای هر افغان به رسمیت شناخته و دولت را مکلف به ایجاد شرایط تعلیم رایگان تا سطح لیسانس و کاهش بی سوادی نموده است. مطابق ماده ۴۴ قانون اساسی افغانستان، دولت افغانستان صراحتاً مکلف به طرح و تطبیق پروگرام جهت انکشاف تعلیم زنان می باشد.

با در نظر داشتن اهمیت تعلیم در اسلام، این نتیجه حاصل می شود که اعلام و تعیین حق برخورداری از تعلیم نه تنها یک خواسته حقوق بشری است، بلکه یکی از نتایج شناخت و تعیین مفهوم جمهوری اسلامی است.

یکی دیگر از خصوصیات برجسته و مشترک نظام های جمهوری اسلامی، مکلفیت قانونی به حمایت از خانواده به عنوان رکن اصلی و مرکزی جامعه است.

در افغانستان، این مکلفیت توسط ماده ۵۴ قانون اساسی بیان شده است که مطابق آن خانواده رکن اساسی جامعه است و دولت موظف به حمایت و پشتیبانی از آن می باشد. همچنین عرف و عادات مرتبط با کودکان که مغایر با اسلام است نیز باید امحاء شوند.

رابطه این تعهدات و تکالیف با اسلام به خصوص در اصل ۱۰ قانون اساسی ایران آشکار می شود که اعلام کرده است خانواده «واحد بنیادی جامعه اسلامی است»^{۸۴} و همه قوانین، مقررات و پروگرامهای دولت باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده و پاسداری از آن باشد.

همچنین اهمیت خانواده در ماده ۱۶ قانون اساسی موریتانی مورد تأکید قرار گرفته است. مطابق ماده مذکور که مشابه دستور قانون اساسی افغانستان است، دولت مکلف به حمایت از خانواده و تمامیت آن است.

نظر به ویژگی های مشترک نظام های جمهوری اسلامی و بیان صریح اسلام در قانون اساسی ایران، می توان چنین نتیجه گرفت که تعهد و مکلفیت به حمایت از خانواده نیز مستخرج از اصول اسلامی است و بنابراین یکی از نتایج مفهوم جمهوری اسلامی می باشد.

۸۴ تأکید از مؤلف است.

۷-۲. نمادها یا نشانه‌های دولت

سرانجام، مواد ۱۸، ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی کاربرد نمادهای ملی افغانستان مانند بیرق و سرود ملی، همراه با هویت اسلامی دولت را تنظیم می‌کند.

پ) نتایج

بحث ما در بخش «جمهوری اسلامی» را می‌توان به ترتیب زیر خلاصه کرد:

قانون اساسی افغانستان دارای خصوصیت قاعده‌گذار است، خصوصیتی که منطبق با مفهوم جمهوری اسلامی است. با این حال، خصوصیت قاعده‌گذار قانون اساسی به این معنا نیست که این قانون و نظام حقوقی افغانستان متفاوت از اسلام و حقوق اسلامی می‌باشند. اسلام نه تنها به عنوان دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان شناخته شده است (ماده ۲ قانون اساسی)، بلکه ماده ۳ قانون اساسی نیز به نحوی آشکار بیان کرده است که قوانین غیر اسلامی، مغایر با قانون اساسی می‌باشند. این انطباق میان قانونگذاری و اسلام، نتیجه معرفی و تعیین یک جمهوری اسلامی در نظم مبتنی بر قانون اساسی است. با این حال، در مورد تعارض میان حقوق اسلامی و دیگر تعهدات دولت افغانستان، برای مثال حمایت از حقوق بشر (مقایسه کنید با مواد ۶ و ۷ قانون اساسی افغانستان) باید به یک نقطه تعادل میان تعهدات مختلف دولت دست یافت که در آن تضمین شود محتوای اصلی و مرکزی تعهدات متعارض تطبیق خواهد شد. سرانجام تنها ستره محکمه است که می‌تواند در ارتباط به مطابقت قوانین با اصول اسلامی تصمیم بگیرد. در نتیجه برای کارکنان دولتی، به شمول قضات این امکان وجود ندارد که درک و فهم خویش از قوانین اسلامی را جایگزین مقررات دولتی کنند. آنها در قوه اجرائیه و قوه قضائیه به موجب قانون اساسی و قوانین دیگر افغانستان ملتزم و متعهد به رعایت قانون می‌باشند (مواد ۵۰، ۷۷، ۱۳۰ قانون اساسی). در موردی که یک قاضی حکمی را پیدا کرد که به موجب ماده ۳ قانون اساسی غیر اسلامی است، صلاحیت دارد مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی از ستره محکمه تقاضای بررسی کند.^{۸۵}

^{۸۵} این تفسیر تطبیق یکسان قوانین را که برای حاکمیت قانون غیر قابل اغماض

است، نیز تأمین می‌کند (برای مطالعه اصل حاکمیت قانون بنگرید به فصل سوم،

۴، حاکمیت قانون.

ماده ۳ قانون اساسی که اعلام می‌کند هیچ قانون نباید مخالف معتقدات و احکام اسلامی باشد، باید این گونه تفسیر شود که قوانین نباید مغایر با اصول اساسی شریعت که بین مذاهب مختلف اسلامی مشترک و غیر اختلافی هستند باشند. این ماده را نمی‌توان در برگیرنده حوزه صلاحیت قضایی و تعالیم نظری فقه حنفی تعبیر نموده، درک کرد.

مفهوم جمهوری اسلامی همچنین متضمن تعیین اسلام به عنوان دین حکومت است. در عین حال، می‌توان از تعهدات افغانستان راجع به رعایت حقوق بشر، ضرورت تأمین آزادی مذهب و برابری کامل اتباع غیرمسلمان را استنتاج نمود. سایر تعهدات و مکلفیتهای دولت افغانستان عبارت اند از تعهد به ارتقاء و حمایت از حقوق اجتماعی، تعلیم عمومی و حمایت از خانواده به عنوان رکن اساسی جامعه.

تفسیر پیرامون قضایا

قضیه اول

با اینکه کاهش پدیده فرار مغزها یا مهاجرت جوانان با تحصیلات عالی، یک سیاست با هدف مشروع است، معیاری که در نظر گرفته شده است نه تنها با توجه به حق ترک کشور خویش به ترتیب مذکور در ماده ۳۹ قانون اساسی و حق آزادی شخصی به شکلی که در ماده ۴۲ قانون اساسی پیش بینی شده (برای مطالعه ماهیت این حقوق لطفاً مراجعه کنید به رهنمود ماکس پلانک برای حقوق بشر) دچار مشکل و ایراد است، بلکه این معیار با توجه به مفهوم جمهوری اسلامی نیز دارای اشکال بیشتر است. همانگونه که در مطالب بالا مورد بحث قرار دادیم، ماده ۳ قانون اساسی اعلام می‌کند که هیچ قانونی نباید مخالف معتقدات و احکام اسلام باشد. همانگونه که قبلاً توضیح داده شد، بسیار متقاعد کننده و قابل قبول تر است اگر این اصطلاح را صرف ناظر به اصول شریعت که بین فرقه‌ها و مذاهب مختلف حقوق اسلامی مشترک می‌باشند، بدانیم. با این حال، وجوب انجام حج در مکه، مکلفیتی است که هر مسلمانی (با وجود شرایط آن) دارد، یعنی تعهد و مکلفیتی که در هر کدام از فرق اسلامی به رسمیت شناخته شده است. در واقع حج یکی از پنج اصل تشکیل دهنده عقیده اسلامی است. اگر طرح تهیه شده، تصویب و لازم الاجرا شود، انجام حج برای هر فرد فارغ التحصیل پوهنتون تا سن ۵۰ سالگی ممنوع خواهد شد. به سختی قابل تصور است که چنین نقض یکی از اصول عقیده اسلامی را بتوان توجیه کرد، به خصوص آنکه به نظر می‌رسد روش‌های دیگری جهت کاهش پدیده فرار مغزها بدون نقض اصول عقیده اسلامی نیز وجود دارد. به عنوان مثال، جهت کاهش انگیزه ترک کشور می‌توان

میزان معاش را افزایش داد. بنابراین، شما باید با توجه به ماده ۳ قانون اساسی به نماینده خود جهت اعتراض به این طرح مشاوره دهید.

قضیه دوم

همانگونه که شرح داده شد، تضمین مطابقت قوانین با موازین اسلامی، خصوصیت برجسته اکثر جمهوری‌های اسلامی است. هم رئیس‌جمهور و هم کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی که بعداً تأسیس خواهد شد، میتوانند اجرای ماده ۳ قانون اساسی را کنترل کنند؛ با این حال، آنها از نظر حقوقی مکلف و متعهد نیستند به تقاضایی که مبتنی بر قانون ناقض قانون اساسی است ترتیب اثر دهند. بر عکس، ستره محکمه ملزم است که به تقاضاهای راجع به قانونی خاص رسیدگی کند (مقایسه کنید با ماده ۱۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). ستره محکمه تنها نهاد دولتی است که کنترل قضایی و در نتیجه موثر بر رعایت ماده ۳ قانون اساسی را تضمین می‌کند. بنابراین طرح کاهش صلاحیت‌های ستره محکمه برای اعمال بررسی قضایی آن بر قوانین، با توجه به مفهوم جمهوری اسلامی بسیار قابل تردید و مردود است. زیرا بدون چنین کنترلی تضمین مطابقت قوانین با موازین اسلامی در معرض خطر خواهد بود.

ت) سؤالات

- چرا بسیار مهم است که قوای دولتی ملتزم به قانون اساسی باشند؟
- دلایل راجع به استثنای فقه حنفی و تعالیم آن از شمول ماده ۳ قانون اساسی را بیان کنید.
- نهادهای مسئول کنترل مطابقت قوانین با قانون اساسی از جمله مطابقت با ماده ۳ قانون اساسی را بیان کنید. مهمترین نهاد ذیربط در این خصوص از دیدگاه قضایی کدام است؟
- چه کسی می‌تواند از این نهادها تقاضای رسیدگی کند؟
- آیا این نهادها ملزم به رسیدگی هستند؟
- نظر به معرفی دین حکومت و حقوق بشر چه چیزی واجد اهمیت است؟

گفتار دوم: دموکراسی

قضیه یکم

این موضوع مورد بحث قرار گرفت که دوره انتخاب ولسی جرگه باید از پنج سال (ماده ۸۳ قانون اساسی) به ده سال تغییر کند تا کارآیی شورای ملی بیشتر شود. گروهی از نمایندگان در شورای ملی تقاضای نظر مشورتی جهت اتخاذ تصمیم نموده‌اند که آیا آنها باید مطابق ماده ۱۴۹ قانون اساسی اقدام کنند.

قضیه دوم

به منظور تضمین توانایی‌های حرفوی اعضای ستره محکمه و جلوگیری از تأثیر در نظر گرفتن ملاحظه‌های سیاسی در انتخاب اعضاء، یکی از نمایندگان در ولسی جرگه طرحی را برای تغییر پروسه انتخاب اعضای ستره محکمه پیشنهاد کرد. مطابق پیشنهاد او، مجمعی از حقوقدانان متشکل از وکلا، قضات و ثرانوالها باید خارج از کمیته‌های اجرایی اتحادیه‌های حرفوی مربوطه تشکیل گردد. مطابق این پیشنهاد، این مجمع صلاحیت انتخاب اعضای ستره محکمه را با رأی اکثریت دو ثلث اعضای آن خواهد داشت. آیا چنین مقرره‌ای با اصول دموکراسی منطبق است؟

الف) احکام ذریبط

ماده ۴ قانون اساسی افغانستان

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

ملت افغانستان عبارت است از تمام افرادی که تابعیت افغانستان را دارا باشند.

ملت افغانستان متشکل از اقوام پشتون، تاجک، هزاره، ازبک، ترکمن، بلوچ، پشه‌یی،

نورستانی، ایماق، عرب، قرغیز، قزلباش، گوجر، براهوی، و سایر اقوام می‌باشند.

بر هر فرد از افراد ملت افغانستان کلمه افغان اطلاق می‌شود. هیچ فرد از افراد ملت از

تابعیت افغانستان محروم نمی‌گردد.

امور مربوط به تابعیت و پناهندگی توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۵۰ قانون اساسی افغانستان

دولت مکلف است به منظور ایجاد اداره سالم و تحقق اصلاحات در سیستم اداری کشور تدابیر لازم اتخاذ نماید. اداره اجراءات خود را با بیطرفی کامل و مطابق به احکام قانون عملی می‌سازد.

اتباع افغانستان حق دسترسی به اطلاعات از ادارات دولتی را در حدود احکام قانون دارا می‌باشند. این حق جز صدمه به حقوق دیگران و امنیت عامه حدودی ندارد. اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچ گونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمت دولت پذیرفته می‌شوند.

ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان

حکومت برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود مقررات وضع و تصویب می‌کند. این مقررات باید مناقض نص یا روح هیچ قانون نباشد.

ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان

وزرا وظایف خود را به حیث آمرین واحدهای اداری در داخل حدودی که این قانون اساسی و سایر قوانین تعیین می‌کند، اجرا می‌نمایند. وزرا از وظایف مشخصه خود نزد رئیس جمهور و ولسی جرگه مسئولیت دارند.

ماده ۸۱ قانون اساسی افغانستان

شورای ملی دولت جمهوری اسلامی افغانستان بحیث عالی‌ترین ارگان تقنینی مظهر اراده مردم آن است و از قاطبه ملت نمایندگی می‌کند. هر عضو شوری در موقع اظهار رأی، مصالح عمومی و منافع علیای مردم افغانستان را مدار قضاوت قرار می‌دهد.

ماده ۹۱ قانون اساسی افغانستان

ولسی جرگه دارای صلاحیت‌های اختصاصی ذیل می‌باشد:
اتخاذ تصمیم در مورد استیضاح از هر یک از وزرا مطابق به حکم ماده نود و دوم این قانون اساسی؛

اتخاذ تصمیم راجع به پروگرام‌های انکشافی و بودجه دولتی؛
تأیید یا رد مقرری‌ها مطابق به احکام این قانون اساسی.

ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان

قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طور دیگر تصریح گردیده باشد. در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد می تواند آن را در ظرف پانزده روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. با سپری شدن این مدت و یا در صورتی که ولسی جرگه آن را مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می گردد.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

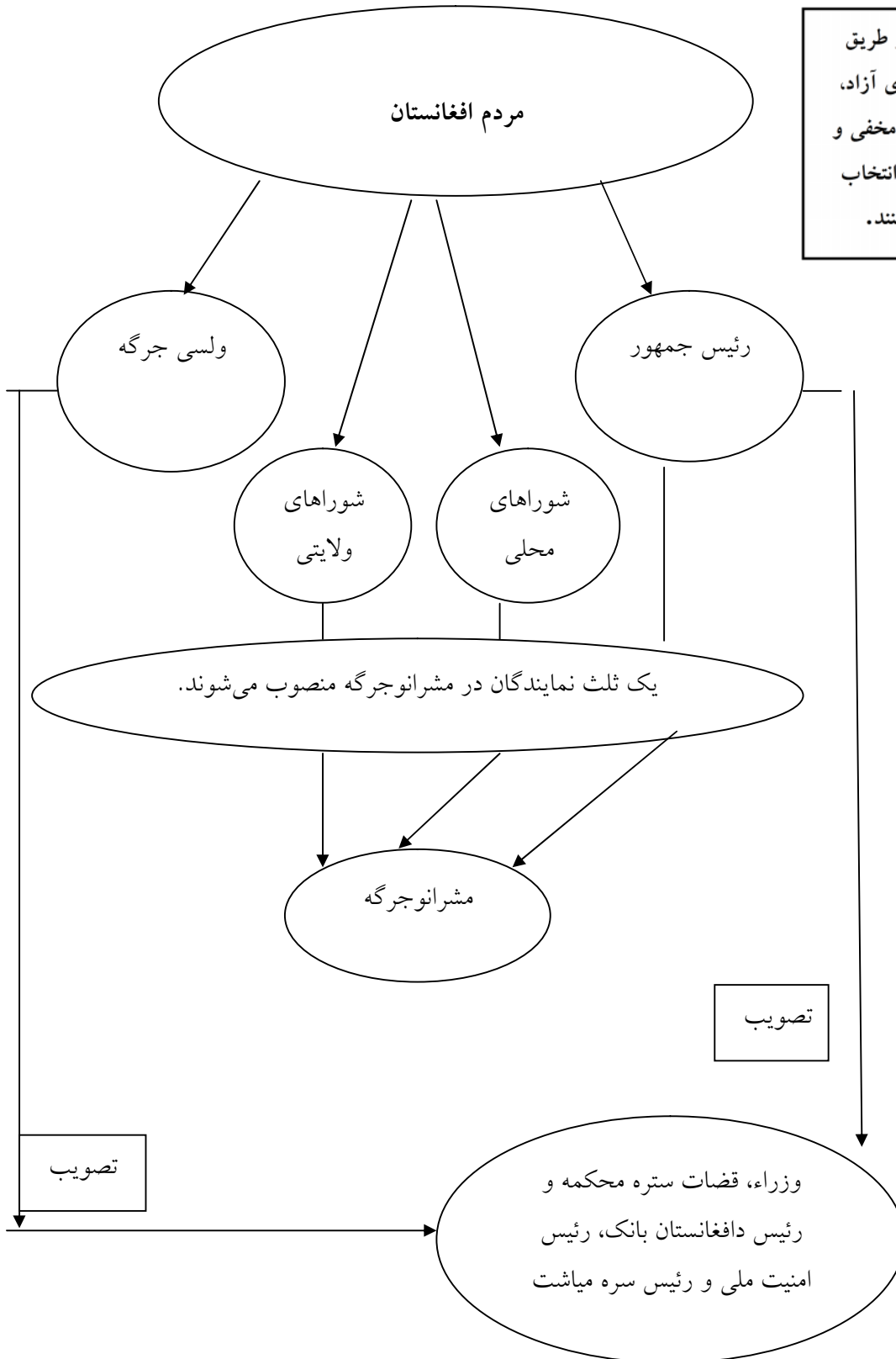
محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه‌یی از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین، حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.

ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان

اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی شوند. تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف بمنظور بهبود حقوق آنان مجاز می باشد. تعدیل دیگر محتویات این قانون اساسی، نظر به تجارب و مقتضیات عصر، با رعایت احکام مندرج مواد شصت و هفتم و یکصد و چهل و ششم این قانون اساسی، با پیشنهاد رئیس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی صورت می گیرد.

دموکراسی

مردم از طریق
رای گیری آزاد،
عمومی، مخفی و
مستقیم انتخاب
می کنند.



ب) تبصره: دموکراسی

معنای کلمه یونانی دموکراسی، حکومت مردم است. نتیجتاً، اصل دموکراسی مستلزم آن است که قدرت دولت از طرف مردم به آن اعطاء شده باشد. این اصل در قانون اساسی افغانستان توسط ماده ۴ آن که بیان می‌کند: «حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد»^{۸۶} شناخته شده است. به علاوه، این دستور آشکار می‌سازد که هر تبعه افغانستان متعلق به ملت یا مردم افغانستان بوده و صراحتاً این دستور شامل کلیه گروههای قومی در کشور افغانستان می‌شود.^{۸۷} این قاعده یکی از نوآوری‌ها و ابتکارات قانون اساسی ۱۳۸۲ است و جزیی از قانون اساسی ۱۹۶۴ (۱۳۴۳ هـ.ش) نبوده است. این ماده بیانگر اصل حاکمیت مردم به عنوان قاعده اساسی ایجاد و تأسیس قدرت دولت در افغانستان است.

در نظامی که مبتنی بر حاکمیت مردم است، تنها خود مردم می‌توانند در مشروعیت حاکمیت انسانها بر انسانهای دیگر نقش داشته باشند. در نتیجه، هر اقدام قدرت دولتی باید قابل انتساب به اراده ملت بوده و ریشه در مردم به عنوان ارایه کننده اصلی حاکمیت در نظام دموکراتیک (مردم‌سالار) داشته باشد. در چنین نظامی، قدرت دولت صرف ممکن است مستقیماً توسط مردم، به عنوان مثال از طریق «مراجعه به آرای عامه» یا فراندوم، اعمال شود یا به نحو غیر مستقیم از طریق انتخاب نمایندگان، به عنوان مثال از طریق انتخاب رئیس جمهور یا نمایندگان در شورای ملی.

قانون اساسی افغانستان هم اعمال مستقیم و هم غیر مستقیم قدرت دولت را در ماده ۴ خود پیش‌بینی کرده است؛ آنجا که حکم نموده است که:

«حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می‌کند...»

^{۸۶} اصطلاح فارسی ملت دارای معنای منعطفی است و نیز به عنوان ملت (nation) و هم به عنوان مردم (people) می‌توان آن را معنا کرد.

^{۸۷} «ملت افغانستان متشکل از اقوام پشتون، تاجک، هزاره، ازبک، ترکمن، بلوچ، پشه‌یی، نورستانی، ایماق، عرب، قرغیز، قزلباش، گوجر، براهوی، و سایر اقوام می‌باشند.»

این قانون به نحو گسترده‌ای مفهوم دموکراسی را تجلی بخشیده است. در نتیجه، بیشتر موارد حاکمیت مستقیماً توسط مردم اعمال نمی‌شود بلکه از طریق نمایندگان منتخب آنها انجام می‌پذیرد. تطبیق مستقیم حاکمیت عموماً به نمایندگانی همچون رئیس جمهور و ولسی جرگه محدود است. امکان پیش‌بینی شده در ماده ۶۵ قانون اساسی جهت مراجعه به آرای عمومی (رفراندوم) یک استثناء است.

در واقع، همه دولت‌های دموکراتیک جدید کم یا بیش مفهوم دموکراسی مبتنی بر نمایندگی را مورد توجه قرار داده‌اند. اگرچه، با این حال کشورهایی با عناصر متعددی از دموکراسی مستقیم - همانند سویس که در آنها تصمیم‌گیری درخصوص مسایل مهم جهت قانونگذاری از طریق مراجعه مستقیم به آرای عمومی صورت می‌گیرد، وجود دارند، لیکن هیچکدام از دموکراسی‌های مدرن به نحو گسترده‌ای به دموکراسی مستقیم برای اجرای قدرت دولت تکیه نکرده‌اند. دلیل عمده این امر اصولاً عدم امکان عملی اجرای کامل دموکراسی مستقیم است زیرا دولتی که قرار باشد اتخاذ هر تصمیم در آن الزاماً با مراجعه مستقیم به آرای عمومی صورت گیرد، به سختی قابل اداره است.

۱. اعمال حاکمیت توسط نمایندگان مردم

مشروعیت دموکراتیک در دموکراسی مبتنی بر نمایندگی دارای عناصر و ترکیبات شخصی و متنی (ماهوی) است. هر دو جنبه برای تاسیس و ایجاد حاکمیت کامل مردم ضروری اند. مشروعیت شخص که گاه از آن تحت عنوان مشروعیت تشکیلاتی قدرت دولت نیز یاد می‌شود، مستلزم ارتباط خاص میان مردم به حیث دارندگان و صاحبان اصلی حاکمیت و کارکنان دولت است. در دکترین حقوق اساسی آلمان یک عبارت بسیار روشن و بیاد ماندنی وجود دارد که با عبارت «ضرورت وجود زنجیره قطع نشده مشروعیت دموکراتیک» به توصیف رابطه میان مردم به حیث صاحبان حاکمیت و هر شخص مامور دولت می‌پردازد. این اصطلاح حاکی از آن است که اگر چه ضروری نیست مشروعیت هر ارگان دولتی مستقیماً از مردم باشد، لیکن ضرورت دارد که هیچ ارگانی نتواند دارای قدرت دولتی باشد مگر آن که میان آن ارگان و مردم به حیث دارندگان اصلی حاکمیت پیوندی وجود داشته و در نتیجه حداقل به نحو غیر مستقیم مشروعیت داشته باشد.

بنابراین، تنها ضروری نیست که پست و وظیفه سازمانی به شیوه‌ای انتزاعی توسط مردم یا نمایندگان آنها مورد تایید قرار گیرد، بلکه علاوه بر آن مقامات دولتی و رسمی باید شخصاً

دارای مشروعیت باشند، خواه از طریق رای گیری از مردم یا از طریق آرای نمایندگان مردم. نمونه هایی از مقامات دولتی که باید مستقیماً توسط مردم انتخاب شوند عبارتند از اعضای ولسی جرگه و رئیس جمهور. در حقیقت به حیث مثال، نمایندگان مردم قضات ستره محکمه را انتخاب می کنند، زیرا رئیس جمهور با موافقت ولسی جرگه این قضات را منصوب می کند. این «زنجیره» هر قدر که یک شغل یا وظیفه در مراتب پایین تر باشد، می تواند با اقدامات مداخله ای و بینابینی بیشتری امتداد یابد. برای توضیح بیشتر خاطرنشان می گردد که یک وزیر بیشتر نیازمند داشتن رابطه مستقیم با مردم که صاحبان اصلی حاکمیت هستند می باشد تا یک مامور پولیس.

این نکته باید مورد تاکید قرار گیرد که هر گونه اقدام بینابینی و مداخله ای زنجیره مشروعیت دموکراتیک را تضعیف می کند. به حیث مثال، نمایندگان عضو مشرانو جرگه، بر خلاف نمایندگان عضو ولسی جرگه، مستقیماً توسط مردم انتخاب نشده اند، بلکه یا توسط شوراهای ولایتی و ولسوالی و یا توسط رئیس جمهور (هر کدام از نهادهای مذکور یک ثلث اعضای مشرانو جرگه را انتخاب / منصوب می نمایند) نصب می گردند. اگر چه رئیس جمهور و شوراهای مذکور مستقیماً توسط مردم و از طریق انتخابات عمومی برگزیده شده اند، لیکن برخی مراحل بینابینی رابطه میان مشرانو جرگه و مردم افغانستان را در قیاس با اعضای ولسی جرگه که بطور مستقیم از طرف مردم انتخاب شده اند، تضعیف می نماید. بنابراین، ولسی جرگه بیش از سایر نهادهای دولتی دارای مشروعیت دموکراتیک می باشد. این همان ملاحظه ای است که مبنای ماده ۹۱ قانون اساسی افغانستان را تشکیل می دهد؛ که بر اساس آن صرف ولسی جرگه دارای صلاحیت تایید کاندیداهای داوطلبان مشاغل و مناصب کلیدی در نظام اداری و قضایی می باشد. در تکمیل مشروعیت شخصی، قدرت دولت باید به نحو متنی (ماهوی) نیز دارای مشروعیت باشد، زیرا اقدامات دولت هم از جهت اقدام کنندگان و هم از لحاظ محتوا باید قابلیت انتساب به مردم را داشته باشد. اگر مقامات دولتی مجاز به اقدام و عمل بر طبق خواسته ها و تمایلات خویش بدون رعایت هر گونه محدودیتی در اعمال سمت خود بودند، یکبار که به سمتی منصوب می شدند، نتیجه امر به سختی منطبق با حاکمیت مردم می توانست باشد. مشروعیت متنی (ماهوی) را می توان از دو طریق ایجاد نمود. نخست، قدرت و قوه قانونگذاری باید منحصراً در اختیار پارلمان به حیث نماینده برتر مردم قرار گیرد. به علاوه نظام جامع و فراگیری باید ایجاد گردد که در آن کلیه نهادهای دولتی دیگر توسط قوانین

مصوب مجلس مقید و ملتزم گردند. دوم آنکه، مسئولیت مقامات دولتی در مقابل پارلمان در ارتباط به انجام وظایفشان، خواه به نحو مستقیم و یا غیر مستقیم، جهت تامین و تضمین مشروعیت دموکراتیک متنی (ماهوی) هر گونه اعمال قدرت دولتی، ضروری است.

موقعیت و جایگاه محوری پارلمان متضمن این نیست که هر تصمیم بدون استثناء باید به تایید آن برسد، زیرا در نتیجه این روش محدودیت کلی در اجرای قدرت دولت از طریق ضرورت اخذ رضایت قبلی پارلمان ایجاد می‌شود. در مقابل، نظر به اصل تفکیک قوا، یک ساحه اصلی صلاحیت نیز برای قوه اجرائیه وجود دارد که در آن اداره می‌تواند سیاست‌های خود را تعبیه و تعیین نماید، زیرا اصل دموکراسی و نمایندگی پارلمانی مساوی با مطلق‌گرایی (حاکمیت استبدادی) پارلمان نیست.

در قانون اساسی افغانستان، مشروعیت دموکراتیک متنی (ماهوی) ابتدا از طریق ایجاد مجلس شورای ملی به حیث ارگان عالی قانون‌گذاری (رجوع کنید به مواد ۸۱، ۹۵ قانون اساسی افغانستان) و مقرراتی که اداره (ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان) و قوه قضایه (ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان) را طبق قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان مقید و ملتزم می‌نماید، ایجاد شده است. اگر چه تبعیت رئیس جمهور از قانون صراحتاً مورد اشاره قرار نگرفته است، زیرا ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان صرف از وزرا یاد کرده است؛ لیکن التزام و پیروی رئیس جمهور از قانون را می‌توان از سوگند او به هنگام در دست گرفتن مسئولیت (ماده ۶۳) و ماده ۵۰ قانون اساسی افغانستان که بیانگر تعهد و تکلیف اداره به رعایت قوانین افغانستان است، استنباط کرد.

باوجوداین، یک حکم مشکل‌آفرین در ارتباط به انحصار وضع قانون توسط شورای ملی و از آن طریق در ارتباط به اصل دموکراسی ماده ۷۶ قانون اساسی است. اگر چه همانطور که ذکر گردیده ضرورت مشروعیت دموکراتیک متنی اقدامات دولت به این معنا نیست که دولت نمی‌تواند هیچ‌گونه اقدامی بدون موافقت پارلمان انجام دهد، لیکن این حکم به حکومت قدرت تصمیم‌گیری وسیع و تصویب مقرراتی را جهت تطبیق خطوط اساسی سیاست خود و تنظیم وظایف آن می‌دهد. در نتیجه، استفاده از قدرت تنظیم‌کننده توسط حکومت، مستلزم اخذ اجازه پیشین از پارلمان نیست، البته تا آنجا که مقررات مذکور مناقض نص یا روح قانون نباشند. بنابراین، اگر چه این مقررات نباید مناقض قانون باشند، لیکن در صورت عدم وجود هیچ حکم از قانون اساسی یا قوانین عادی، حکومت می‌تواند

آزادانه اقدام به وضع قواعدی نماید که برای تطبیق سیاست‌های آن ضروری به نظر می‌رسند. نتیجه آن که، ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان به حکومت قدرت تصمیم‌گیری گسترده‌ای را اعطا می‌کند، مخصوصاً در کشوری مانند افغانستان که در آن هنوز فقدان قوانین عادی مشهود است.^{۸۸} اگر چه اصطلاح دری «مقررات» ناظر به مقررات اداری است که معمولاً اقدام به تنظیم مسایل داخلی ارگانهای اجرایی می‌نماید، باوجوداین ممکن است در برخی موارد چنین مقرراتی بر حقوق شهروندان نیز موثر باشند، مثل آنکه یک مقررره مربوط به حجاب در پوهنتون‌ها یا مکاتب وضع شده باشد.

به علاوه، مطابق ماده ۷۹ قانون اساسی افغانستان در صورت تعطیل ولسی جرگه و در حالت ضرورت عاجل، حکومت می‌تواند فرامین تقنینی را ترتیب کند. ضرورت عاجل یا موقعیت اضطراری در معنای مذکور در ماده ۷۹ قانون اساسی باید متمایز از اعلام رسمی حالت اضطراری نباشد که به رئیس جمهور امکان انتقال برخی اختیارات به حکومت را می‌دهد که معمولاً متعلق به پارلمان است.^{۸۹}

در مقابل، در یک موقعیت اضطراری (ضرورت عاجل) مذکور در ماده ۷۹ قانون اساسی، انتقال اختیارات تقنینی به صورت خود به خود (اتوماتیک) و بدون اعلام رسمی حالت اضطرار صورت می‌گیرد. از آنجا که قانون اساسی موقعیت مذکور در ماده ۷۹ قانون اساسی را به نحو دقیقی تعریف نکرده است. به نظر می‌رسد که حکومت در پذیرش معیارهای خود راجع به تعیین این که چه وضعیتی در واقع «اضطراری» است، هیچ محدودیتی نداشته باشد. تنها راه برای پارلمان در این خصوص آن است که بعد از شروع به فعالیت به رد فرامین تقنینی اقدام نماید.^{۹۰}

⁸⁸ Cf. R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 909.

این مقررره با توجه به اصل تفکیک قوا دچار ایراد و اشکال است که بعداً مورد بحث قرار خواهد گرفت.

^{۸۹} مراجعه کنید به فصل پنجم، حالت اضطرار

⁹⁰ Cf. R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 909.

این حکم قانون همانگونه که بعداً خواهیم گفت از جهت تفکیک قوا محل ایراد است.

از آنجا که اصل دموکراسی، اصل اساسی نظام مبتنی بر قانون اساسی افغانستان است، سایر احکام قانون اساسی افغانستان باید به گونه‌ای تفسیر شوند که زمینه و امکان درک این اصل به کاملترین وجه ممکن و بدون نقض نامتناسب سایر اصول را فراهم نمایند. مواد ۷۶ و ۷۹ قانون اساسی افغانستان در راستای تضمین کارکرد مناسب حکومت تنظیم شده اند، به نحوی که یکی از نتایج اصل تفکیک قوا و به علاوه خود اصل دموکراسی است، زیرا دولت نیز به نحو دموکراتیک دارای مشروعیت است. با وجود این، به منظور درک موثر اصل دموکراسی از طریق مشارکت شورای ملی به حیث مهمترین نماینده مردم، مواد ۷۶ و ۷۹ قانون اساسی باید به نحو محدود تفسیر شوند تا هم کارکرد مناسب حکومت را تامین نمایند و هم مشارکت پارلمان را در کلیه امور اساسی جامعه. در ارتباط به ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان، یک دیدگاه از دکتترین حقوق اساسی آلمان می‌تواند راه حل مفید و مناسبی ارائه نماید. در دکتترین حقوق اساسی آلمان، این نظریه وجود دارد که می‌توان از وظیفه و کارکرد پارلمان به حیث نخستین نماینده مردم این ضرورت را استنتاج نمود که پارلمان نباید در رابطه با اتخاذ تصمیم راجع به مسایل اساسی جامعه کنار گذاشته شود. به خصوص اگر حکمی اقدام به نقض حقوق اساسی اشخاص نماید، ضروری است کلیه جنبه‌های متنی آن توسط پارلمان مورد توجه قرار گرفته یا از طریق اعطای اختیار به قوه اجرائیه توسط قوه مقننه، قابل بازگشت و انتساب به اقدام قوه مقننه بوده باشد. اقدام تقنینی باید حداقل تنظیم کننده جزئیات دقیق و قطعی اقدامات آینده احتمالی قوه اجرائیه که مبتنی بر چنین اعطای اختیار و تفویض قدرتی است، باشد. این دکتترین می‌تواند یک اصل راهنما برای تفسیر ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان فراهم نماید، به نحوی که هم تامین کننده ضرورت انجام وظایف توسط دولت باشد و هم به پارلمان نقش قطعی و تعیین کننده در اتخاذ تصمیم راجع به کلیه مسایل اساسی مربوط به مردم افغانستان اعطاء نماید. در نتیجه در رابطه با قضایای مذکور در فوق که مسایل اساسی جامعه در آنها مطرح می‌باشد، مخصوصاً در آن دسته از قضایا و مسایلی که ممکن است حقوق بشر نقض گردد،^{۹۱} ماده ۷۶ قانون اساسی باید بدون اعطای اختیار قبلی توسط پارلمان به قوه اجرائیه، غیر قابل اعمال تلقی گردد. یک جنبه مشکل آفرین دیگر ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان آن است که در این ماده هیچ گونه طرز العمل برای

^{۹۱} یک نمونه از مقرر مقرر بر حقوق اساسی و اساسی اشخاص نظام نامه حجاب

برای کارمندان دولت یا محصلین پوهنتون است.

بررسی اجباری مصوبه قوه اجرائیه بر اساس این مقرر، وجود ندارد؛ به حیث نمونه، قانون اساسی ایران صلاحیت و اختیار مشابهی را به هیأت وزیران داده است. باوجوداین، اصل ۱۳۸ قانون اساسی ایران طرزالعمل رسمی که به پارلمان قدرت و توانایی کنترل چنین مقررات مصوب توسط حکومت را می‌دهد، اعطا کرده است. به نحوی که طبق اصل مذکور: «تصاویب و مقررات دولت و مصوبات کمیسیون‌های مذکور در این اصل، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا در صورتی که آنها را بر خلاف قوانین بیابد، با ذکر دلیل برای تجدید نظر به هیأت وزیران بفرستد.»

همچنین ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان باید نظر به اصل دموکراسی به نحو محدود تطبیق گردد. بنابراین، ماده ۷۶ صرف زمانی باید تطبیق گردد که پس از یک بررسی جامع و تمام عیار معلوم شود ارزش‌های اساسی مذکور در قانون اساسی به حیث مثال حقوق اساسی اشخاص مورد توجه و رعایت قرار گرفته باشند. علاوه بر این توسل به چنین اقدامات تقنینی اضطراری صرف در صورتی امکان پذیر است که با توجه به فقره ۴ ماده ۱۰۷ قانون اساسی افغانستان، به طور کلی هیچ گونه امکانی برای رئیس جمهور جهت دایر کردن جلسات فوق العاده شورای ملی وجود نداشته باشد. صرف در صورتی که جمیع شرایط و مقدمات مذکور محقق شده باشند، می‌توان نسبت به تطبیق مقرر مذکور اقدام نمود.

در کنار این مقررات ناظر به کارکرد و وظیفه تقنینی پارلمان، در قانون اساسی افغانستان احکامی جهت تامین و تضمین مشروعیت دموکراتیک متنی از طریق تعیین صلاحیت و تکلیف شورای ملی و به نحو خاص ولسی جرگه جهت بررسی اقدامات قوه اجرائیه وجود دارد. ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان مسئولیت وزیران در مقابل ولسی جرگه و در مقابل رئیس جمهور را تعیین و پیش بینی نموده است؛ هم پارلمان و هم رئیس جمهور مستقیماً توسط مردم انتخاب شده اند. از آنجا که وزیران نه تنها به حیث اعضای حکومت در مقابل پارلمان و رئیس جمهور مسئول می‌باشند بلکه به حیث روسای واحدهای اداری مربوط به خود (فقره ۱ ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان)، مسئولیت آنان شامل رهبری این واحدهای اداری نیز می‌شود. همچنین خود رئیس جمهور نیز مطابق ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان در مقابل ولسی جرگه مسئول است. به عنوان یک نتیجه از مسئولیت حکومت در مقابل ولسی جرگه، ولسی جرگه می‌تواند نسبت به تاسیس کمیسیون تحقیق جهت بررسی اقدامات حکومت وفق ماده ۸۹ قانون اساسی افغانستان اقدام نماید.

باوجود این، نظر به مسئولیت شخصی اعضای حکومت، از آنجا که مسئولیت وزیران در مقابل ولسی جرگه می‌تواند همراه با استیضاح و رای عدم اعتماد باشد (ماده ۹۲ قانون اساسی افغانستان)، مسئولیت رئیس جمهور در مقابل ولسی جرگه صرف دارای این ضمانت اجرا است که در صورت ایراد اتهام ارتکاب جرم جنایی توسط ولسی جرگه نسبت به رئیس جمهور، امکان استیضاح رئیس جمهور توسط ولسی جرگه وفق ماده ۶۹ قانون اساسی وجود دارد.^{۹۲} در مقابل، ولسی جرگه نسبت به مردم مسئولیت دارد. این مسئولیت از طریق انتخابات عمومی نمایندگان که هر پنج سال صورت می‌گیرد، عملی می‌شود. (ماده ۸۳ قانون اساسی افغانستان).

بنابراین مشروعیت دموکراتیک متنی در قانون اساسی افغانستان از طریق وضع قانون توسط پارلمان که مقید کننده اداره و نیز ارگان‌های قضایی از یک طرف و از طرف دیگر تعیین کننده مسئولیت قوه اجرائیه در مقابل ولسی جرگه است، تامین و تضمین می‌گردد. باوجود این، باید تاکید نمود که احکام مذکور در مواد ۷۶ و ۷۹ قانون اساسی افغانستان در این خصوص مشکل آفرین بوده و باید به نحو محدود تفسیر گردند.

در مثال ذیل راجع به یک مامور پولیس، تعامل میان مشروعیت شخصی و مشروعیت متنی را نشان خواهیم داد. یک مامور پولیس معمولاً توسط مردم انتخاب نمی‌شود. باوجود این، هر مامور پولیس تحت شمول وزارت امور داخله می‌باشد. ولسی جرگه باید پیش از آنکه وزیر امور داخله مسئولیت تصدی وزارتخانه را بر عهده گیرد، کاندیدای رئیس جمهور برای وزارت داخله را تایید نماید (فقره ۱۱ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان). در مقابل، اعضای ولسی جرگه توسط مردم انتخاب شده و نماینده مردم می‌باشند. (مواد ۸۱، ۸۳ قانون اساسی افغانستان). بنابراین، اگر چه یک مامور پولیس توسط مردم انتخاب نمی‌گردد، لیکن نوعی زنجیره دموکراتیک وجود دارد که از مردم ناشی شده و به پولیس می‌رسد. تنها با توجه به همین زنجیره است که یک مامور پولیس به حیث نماینده دولت می‌تواند به نحوی مشروع دارای قدرت دولتی باشد. قابل اضافه است که چون چنین زنجیره «طولانی» مشروعیت دموکراتیک برای یک مامور پولیس قابل پذیرش است، برای پست‌های کلیدی در دولت، مشروعیت مستقیم و راست تری ضروری است. درست به

^{۹۲} در ارتباط به مسئولیت حکومت در مقابل پارلمان و ضمانت اجرای آن به بحث

کنترل و مهار قوه اجرائیه توسط پارلمان مراجعه کنید.

همین دلیل است که قضات ستره محکمه وفق ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان با منظوری رئیس جمهور و موافقت ولسی جرگه منصوب می‌گردند؛ به نحوی که هر دو ارگان مذکور مستقیماً دارای مشروعیت ناشی از رای عموم می‌باشند.

درارتباط به مشروعیت دموکراتیک متنی اقدامات پولیس، مطابق ماده ۵۰ قانون اساسی افغانستان، موظف پولیس به حیث جزئی از اداره در کشور، قبل از هر چیز توسط قانون مقید شده است. به علاوه، اگر چه او در مقابل ولسی جرگه مسئول نیست، وزیر امور داخله به حیث عالی ترین مقام مافوق پولیس در قبال ولسی جرگه دارای مسئولیت می‌باشد (ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان). اگر ولسی جرگه نسبت به روش کنترل پولیس توسط وزیر عدلیه موافقت و رضایت نداشته باشد، نمایندگان عضو آن ممکن است وزیر را مورد سوال و استیضاح قرار داده و حتی نسبت به صدور رای عدم اعتماد که منجر به برکناری وزیر می‌شود، اقدام نمایند (ماده ۹۲ قانون اساسی افغانستان).^{۹۳}

^{۹۳} برای ملاحظه این طرز العمل و نیز مطالعه صلاحیت های ولسی جرگه، لطفاً مراجعه کنید به فصل سوم، گفتار دوم، ب، ۱، اعمال حاکمیت توسط نمایندگان مردم.

۲. اعمال حاکمیت توسط مردم به طور مستقیم: انتخابات پارلمانی و ریاست جمهوری

۱. احکام ذریبط

ماده ۶۱ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور با کسب اکثریت بیش از پنجاه فی صد آرای رأی‌دهندگان از طریق رأی‌گیری آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌گردد. وظیفه رئیس جمهور در اول جوزای سال پنجم بعد از انتخابات پایان می‌یابد. انتخابات به منظور تعیین رئیس جمهور جدید در خلال مدت سی الی شصت روز قبل از پایان کار رئیس جمهور برگزار می‌گردد. هرگاه در دور اول هیچ یک از کاندیدان نتواند اکثریت بیش از پنجاه فیصد آرا را بدست آورد، انتخابات برای دور دوم در ظرف دو هفته از تاریخ اعلام نتایج انتخابات برگزار می‌گردد و در این دوره تنها دو نفر از کاندیدانی که بیشترین آرا را در دور اول بدست آورده‌اند، شرکت می‌نمایند. در دور دوم انتخابات، کاندیدی که اکثریت آرا را کسب کند، رئیس جمهور شناخته می‌شود. هرگاه یکی از کاندیدان ریاست جمهوری در جریان دور اول یا دوم رأی‌گیری و یا بعد از انتخابات و قبل از اعلام نتایج انتخابات وفات نماید، انتخابات مجدد مطابق به احکام قانون برگزار می‌گردد.

ماده ۸۳ قانون اساسی افغانستان

اعضای ولسی جرگه توسط مردم از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌گردند. دوره کار ولسی جرگه به تاریخ اول سرطان سال پنجم، بعد از اعلام نتایج انتخابات به پایان می‌رسد و شورای جدید به کار آغاز می‌نماید. انتخابات اعضای ولسی جرگه در خلال مدت سی الی شصت روز قبل از پایان دوره ولسی جرگه برگزار می‌گردد. تعداد اعضای ولسی جرگه به تناسب نفوس هر حوزه حداکثر دو صد و پنجاه نفر می‌باشد.

حوزه‌های انتخاباتی و سایر مسایل مربوط به آن در قانون انتخابات تعیین می‌گردد. در قانون انتخابات باید تدابیری اتخاذ گردد که نظام انتخاباتی، نمایندگی عمومی و عادلانه را برای تمام مردم کشور تأمین نماید و به تناسب نفوس از هر ولایت طور اوسط حداقل دو وکیل زن در ولسی جرگه عضویت یابد.

۲. تبصره: نظام انتخابات

از آنجا که قانون اساسی افغانستان دموکراسی مبتنی بر نمایندگی را ایجاد و تاسیس نموده است، تطبیق عملی حاکمیت توسط مردم اصولاً محدود به روش انتخابات شده است. به منظور تجدید و تکرار مشروعیت دموکراتیک نمایندگان، انتخابات باید در فواصل زمانی معین برگزار گردد، در غیر این صورت حاکمیت مردم صرف در زمان انتخابات ظهور داشته و در طول سالها به صورت مصنوعی و غیر واقعی در خواهد آمد. اصل دموکراسی فاصله زمان مشخص را برای انتخابات تعیین نکرده است. در نتیجه از یک طرف باید میان احکامی که تا حد ممکن اصل دموکراسی را مورد توجه قرار می‌دهد و از طرف دیگر ضرورت اعطای فرصت کافی به نمایندگان مردم جهت تضمین انجام وظیفه و تکالیف دولتی به نحو موثر، نوعی توازن و هماهنگی برقرار گردد. از نظر بین المللی، دوره زمانی چهار یا پنج سال برای تجدید انتخابات شایع تر است. در نتیجه، دوره وظیفوی پنج سال که به ترتیب در مواد ۶۱ و ۸۲ قانون اساسی افغانستان برای رئیس جمهور و نمایندگان عضو ولسی جرگه پیش بینی شده است، حکمی رضایت بخشی است. هم رئیس جمهور و هم نمایندگان عضو ولسی جرگه از طریق رای گیری آزاد عمومی، سری و مستقیم برگزیده می‌شوند. یک اصل که در قانون اساسی افغانستان صراحتاً مورد اشاره قرار نگرفته، اما اصل مشترک قوانین اساسی کشورهای دموکراتیک می‌باشد، اصل تساوی آرا است. این اصل به طور ضمنی توسط ماده ۸۳ قانون اساسی افغانستان مد نظر قرار گرفته است که طبق آن:

«در قانون انتخابات باید تدابیری اتخاذ گردد که نظام انتخاباتی نمایندگی عمومی و

عادلانه را برای تمام مردم کشور تأمین نماید.»

نمایندگی عادلانه بدون پیروی از اصل تساوی آراء تأمین نمی‌گردد. این اصل در ماده ۳ قانون انتخابات نیز مورد تاکید قرار گرفته است که مطابق آن:

«رای دهندگان در انتخابات با بهره مندی از حق تساوی اشتراک می‌نمایند.»

نتیجه آنکه پنج اصل رأی گیری آزادانه، عمومی، سری، مستقیم و متساوی اصول انتخاباتی نظام مبتنی بر قانون اساسی افغانستان می‌باشند.

اصل انتخابات عمومی

اصل انتخابات عمومی ناظر به این ترتیب است که حق رأی دادن اساساً متعلق به هر تبعه افغانستان است، نه به عنوان مثال صرف متعلق به مردان، صاحبان زمین یا اشخاص دارای تحصیلات عالی. استثنای بر این حق نیازمند دلایل قطعی و یقینی است تا قابل توجیه باشد. یک استثنای مقبول و حتی ضروری، استثنای مربوط به سن است. یک رأی تنها در صورتی کارکرد مشروعیت دادن به اقتدار دولت را به انجام می‌رساند که رای دهنده دارای صلاحیت و توانایی کافی برای درک و فهم معنای این پروسه باشد. بنابراین، صغار (اطفال و نوجوانان) ممکن است از رأی دادن مستثنی شده باشند، بدون آنکه اصل عمومیت انتخابات نقض گردیده باشد. موضوع بلوغ در ارتباط به حق رأی دادن معمولاً به صورت بین المللی با سن بلوغ مرتبط است. مطابق ماده ۱۳ قانون انتخابات، کلیه افغان‌هایی که سن هجده سال را در روز انتخابات تکمیل کرده باشند، در صورت ثبت نامشان در سند انتخابات، حق رأی دادن را دارند، مگر آنکه از حقوق سیاسی شان به موجب حکم محکمه با صلاحیت محروم شده باشند. یک جنبه مهم در ارتباط به عمومیت انتخابات، حق انتخاب کردن و یا انتخاب شدن زنان است. تذکر این نکته اهمیت دارد که در نظام حقوقی افغانستان زنان از هر دو حق انتخاباتی مذکور بدون هر گونه محدودیتی برخوردار هستند. در واقع، هرگونه نقض چنین حقی بر مبنای جنسیت مناقض قانون اساسی است زیرا ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان صراحتاً ناظر به تساوی مردان و زنان است. با وجود چنین معیار قانونی روشن در قوانین افغانستان، به هر حال هنوز زنان به قدر کفایت در نهادهای عمومی افغانستان حضور ندارند، زیرا اگر چه آنان حدود پنجاه فیصد جمعیت این کشور را تشکیل می‌دهند، لیکن در اکثر مشاغل و مناصب انتخابی، در اقلیت می‌باشند. این نکته باید اضافه گردد که عدم حضور کافی زنان صرف مربوط به افغانستان نمی‌باشد بلکه نظر به محرومیت تاریخی زنان از حقوقشان، این امر در بیشتر کشورهای جهان شایع است. برای تصحیح این پروسه و ایجاد امکان حضور زنان، سهم خاصی برای نمایندگی زنان در شورای ملی توسط قانون اساسی افغانستان پیش بینی شده است. مطابق ماده ۸۴ قانون اساسی افغانستان، پنجاه فیصد از اعضای انتخاب شده توسط رئیس جمهور درمشرانو جرگه باید زن باشند. درارتباط به ولسی جرگه، ماده ۸۳ قانون اساسی افغانستان

پیش بینی نموده است که از هر ولایت طور اوسط حداقل دو وکیل زن در ولسی جرگه عضویت یابد. با توجه به مطالب مذکور راجع به حضور ناکافی زنان، چنین شرایطی منطبق با اصل تساوی مردان و زنان به ترتیب پیش بینی شده در ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان می باشد، زیرا حصول به تساوی مادی و ملموس دو جنس مذکور (زنان و مردان) نیز ضروری است.

اصل انتخابات مستقیم

خصوصیت عمده نظام رأی دادن مستقیم، عدم وجود رأی دهندگانی است که به عنوان رابط میان هیأت انتخاب کننده و انتخاب شوندگان یعنی حسب مورد نمایندگان یا رئیس جمهور می باشند (در این سیستم بین رأی دهندگان و انتخاب شوندگان، حاجب و مانعی به عنوان فرد یا گروهی دیگر وجود ندارد (م). در مقابل وجه مشخصه نظام انتخابات ریاست جمهوری در امریکا، نظام رأی گیری غیر مستقیم است، زیرا در این سیستم هیأت انتخاب کننده، انتخاب کننده ها یعنی کسانی که اقدام به انتخاب رئیس جمهور ایالات متحده امریکا می کنند را بر می گزینند. در افغانستان هم نمایندگان عضو ولسی جرگه و هم رئیس جمهور به طور مستقیم توسط مردم انتخاب می شوند (مواد ۶۱ و ۸۳ قانون اساسی افغانستان). در یک نظام رأی دهی مستقیم رأی دهندگان باید قادر به تشخیص این که چه کسی پیش از احراز آرای آنها، صلاحیت تصدی و وظیفه را دارد، بوده و باید میان رأی آنها و موفقیت کاندیدان منتخب رابطه ای مستقیم وجود داشته باشد.

اصل انتخابات آزاد

معنای انتخابات آزاد آن است که هیچ اجبار یا فشار خارجی بر تصمیم آزادانه انتخاب کننده (رأی دهنده) وارد نشود، خواه آن که به صورت مستقیم یا غیر مستقیم اعمال شده باشد. قانون انتخاب افغانستان این شرط اساسی را به صراحت در ماده ۵ مشخص کرده است که به موجب آن: «رای دهندگان در انتخابات با اراده آزاد اشتراک می نمایند...».

اصل انتخابات سری

اصل انتخابات سری به معنای آن است که پروسه انتخابات در مقابل هرگونه ملاحظه و دیدن، مخفی باقی می ماند. این موضوع باید تضمین شود که هیچ شخص دیگری نمی تواند از رأی که دیگری در صندوق اخذ آراء انداخته است مطلع شود، مگر آنکه

خود رأی دهنده با تصمیم آزادانه خویش، مثلاً در خلال یک بحث آزاد سیاسی با دوستانش، آن را بیان کرده باشد. برای توضیح بیشتر این نکته، خود رأی نباید سری بماند، در غیر این صورت رأی دادن بیهوده خواهد بود زیرا دقیقاً هدف رأی دادن آن است که به موفقیت کاندیدای منتخب منجر شود. به عبارت دیگر، این موضوع که تبعه‌ای به نام الف کاندیدایی به نام ب، پ یا ت را انتخاب کرده است، باید سرّی باشد. برای تضمین سری بودن اخذ رأی، مراجع ذیصلاح دولتی باید برخی اقدامات احتیاطی مانند در دسترس قرار دادن صندوق‌های اخذ رأی به گونه‌ای که از معرض دید و نگاه دیگران مصوّون باشد، را انجام دهند. دلیل اساسی این اصل، از بین بردن حداقل امکان جستجو و پی‌گیری از طریق اعمال فشار اجتماعی نسبت به رأی‌دهنده است تا به عنوان مثال اگر او به حزب یا نماینده خاصی که در گروه اجتماعی او بسیار ناآشنا است، رأی داد، تحت فشار قرار نگیرد. بر عکس، در کشورهای سوسیالیستی سابق، این یک قاعده بود که کارکنان شرکت‌ها یا کارخانه‌ها به صورت دسته جمعی رأی دهند، در نتیجه کسانی که در اکثریت نبودند، به راحتی قابل تشخیص بوده‌اند و امکان داشت تحت فشار یا انتقام قرار گیرند.

در افغانستان، این موضوع در فقره ۲ ماده ۹ قانون انتخابات مورد توجه قرار گرفته است. این فقره سرّی بودن طرزالعمل انتخابات را بدین شکل تضمین می‌کند که:

«کارکنان انتخابات قبل از اشغال وظیفه رسماً و به صورتی که کمیسیون مشخص می‌کند تعهد می‌سپارند که در تمام جریان انتخابات، وظایف محوله را با حسن صورت، امانتداری و حفظ اسرار انجام می‌دهند.»

اصل تساوی آراء

مطابق این اصل، هر رأی باید به طور مساوی شمار شده، به حساب آید؛ جمله معروف «یک فرد، یک رأی» این اصل را به بهترین نحو خلاصه کرده است. هدف این اصل آن است که نظام‌هایی را که در طول قرن نوزدهم و حتی در ابتدای قرن بیستم یعنی در حدود یکصدسال پیش در اروپا وجود داشته و به موجب آنها صاحبان زمین (زمینداران) و یا اعضای طبقات بالای اجتماع دارای آرای بیشتر نسبت به دیگران بودند را از بین برده، امحاء نماید. چنان سیستمی مطابق اصل تساوی آراء که مقدمه ضروری حفظ برابری و دموکراسی است، نمی‌باشد.

تفسیر پیرامون قضایا

قضیه اول

طرح در نظر گرفته شده ممکن است موجب نقض اصل دموکراسی شود. اصل دموکراسی مستلزم داشتن حق رأی دادن است که به موجب آن مردم به حیث صاحب و مالک اصلی حاکمیت آن را به دولت جهت تحقق اهداف سیاسی شان اعطاء نموده و بر نحوه اعمال قدرت از طریق نمایندگان منتخب نظارت می‌کنند. انتخابات باید در فواصل زمانی مناسب برگزار شود. البته هیچ فاصله زمانی قطعی و معینی از اصل دموکراسی استنتاج نمی‌گردد، لیکن این قاعده باید مد نظر قرار گیرد که فاصله زمانی طولانی تر میان انتخابات منجر به کاهش کنترل نمایندگان از طرف مردم خواهد شد، در عین حال که فاصله زمانی خیلی کوتاه کارکرد و کارآیی پارلمان را به دلیل شرکت در مبارزات انتخاباتی متعدد و تغییرات زیاد نمایندگان، تقلیل خواهد داد. بنابراین حد اوسط و مناسبی که متضمن تأمین هر دو هدف فوق باشد باید یافت گردد. در مطالعه مقایسوی، به نظر می‌رسد مدت زمانی بین چهار و پنج سال بیشتر شایع بوده و جهت تأمین دو هدف مذکور متناسب تر می‌باشد. در نتیجه حکم مذکور در ماده ۸۳ قانون اساسی افغانستان، مصالحه و آشتی ملموسی میان اهداف فوق ایجاد کرده است. در مقابل، فاصله زمانی ده سال با در نظر گرفتن ضرورت رعایت اصل دموکراسی مشکل آفرین به نظر می‌رسد. در نتیجه، شما باید به نمایندگان خود چنین مشوره دهید که از طرح خود جهت تغییر در قانون اساسی برای ایجاد فواصل انتخاباتی ده ساله صرف نظر نموده، دست بکشند.

قضیه دوم

چنین حکمی می‌تواند ناقض اصل دموکراسی باشد. مطابق ماده ۴ قانون اساسی افغانستان، حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می‌کنند. همانگونه که در مطالب قبلی شرح داده شد، نظر به مشروعیت شخصی این امر به معنای آن است که هر عضو دولت، هر کسی که باشد، باید مستقیماً توسط مردم انتخاب شده یا باید انتخاب او بدون قطع زنجیره مشروعیت مرتبط با مجلس شورای ملی به حیث مجمع نمایندگان مردم افغانستان بوده باشد (ماده ۸۱ قانون اساسی افغانستان). چنین انتخاب و ارتباطی ترجیحاً باید توسط ولسی جرگه که دارای بالاترین سطح مشروعیت دموکراتیک است، صورت گیرد.

در قضیه حاضر، مجمع انتخاب قضات به ترتیب پیشنهاد شده توسط نمایندگان، متشکل از کمیته های اجرایی و اتحادیه های حرفوی حقوقی است. این افراد عموماً توسط اعضای اتحادیه های مربوطه انتخاب می‌شوند نه از طریق مردم. فراتر از این هیچگونه ارتباط و پیوندی بین این اتحادیه ها یا هیأت های اجرایی آنها با مردم یا شورای ملی وجود ندارد. در نتیجه، اعضای مجمع

پیشنهاد شده، فاقد مشروعیت دموکراتیک می‌باشند. انتخاب قضات ستره محکمه از طریق این طرزالعمل، منجر به نقض اصل دموکراسی می‌گردد.

۳. سؤالات

- دموکراسی انتخابی چه محاسن و چه معایبی دارد؟
- به چه دلیل مشروعیت دموکراتیک نمایندگان ولسی جرگه بر نمایندگان مشرانو جرگه برتری دارد؟
- نتایج این برتری در مشروعیت دموکراتیک چه می‌باشد؟
- توضیح نمایید که تا چه درجه یک قاضی یا فیصله او از نظر دموکراتیک مشروعیت دارد؟
- به چه دلیل مواد ۷۶ و ۷۹ قانون اساسی از حیث اصل دموکراسی قابل انتقاد می‌باشند؟
- اصول انتخابات را نام برده و به طور خلاصه مفهوم آنها را بیان کنید.

گفتار سوم: اصل دولت واحد

الف) احکام ذریبط

ماده ۱ قانون اساسی افغانستان

افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیرقابل تجزیه می‌باشد.

ماده ۱۳۶ قانون اساسی افغانستان

اداره جمهوری اسلامی افغانستان بر اساس واحدهای اداره مرکزی و ادارات محلی، طبق قانون، تنظیم می‌گردد.

اداره مرکزی به یک عده واحدهای اداری منقسم می‌گردد که در رأس هر کدام یک نفر وزیر قرار دارد.

واحد اداره محلی، ولایت است. تعداد، ساحه، اجزا و تشکیلات ولایات و ادارات مربوط، بر اساس تعداد نفوس، وضع اجتماعی و اقتصادی و موقعیت جغرافیایی توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۳۷ قانون اساسی افغانستان

حکومت با حفظ اصل مرکزیت به منظور تسریع و بهبود امور اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سهم‌گیری هر چه بیشتر مردم در انکشاف حیات ملی، صلاحیت‌های لازم را مطابق به احکام قانون، به ادارهٔ محلی تفویض می‌نماید.

ماده ۱۳۸ قانون اساسی افغانستان

در هر ولایت یک شورای ولایتی تشکیل می‌شود. 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.

شورای ولایتی یک نفر از اعضای خود را به حیث رئیس انتخاب می‌نماید.

ماده ۱۳۹ قانون اساسی افغانستان

شورای ولایتی در تأمین اهداف انکشافی دولت و بهبود امور ولایت به نحوی که در قوانین تصریح می‌گردد، سهم گرفته و در مسایل مربوط به ولایت مشوره می‌دهد.

شورای ولایتی وظایف خود را با همکاری ادارهٔ محلی اجرا می‌نماید.

ماده ۱۴۰ قانون اساسی افغانستان

برای تنظیم امور و تأمین اشتراک فعال مردم در ادارهٔ محلی، در ولسوالی‌ها و قریه‌ها، مطابق به احکام قانون، شوراهای تشکیل می‌گردند. اعضای این شوراهای از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم از طرف ساکنین محل برای مدت سه سال انتخاب می‌شوند.

سهم‌گیری کوچیان در شوراهای محلی مطابق به احکام قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۴۱ قانون اساسی افغانستان

برای ادارهٔ امور شهری، شاروالی تشکیل می‌شود.

شاروال و اعضای مجالس شاروالی، از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌شوند.

امور مربوط به شاروالیها توسط قانون تنظیم می‌گردند.

ماده ۱۴۲ قانون اساسی افغانستان

دولت به مقصد تعمیم احکام و تأمین ارزش‌های مندرج این قانون اساسی، ادارات لازم را تشکیل می‌نماید.

ب) تبصره: دولت واحد

اصل دولت واحد در ماده ۱ قانون اساسی افغانستان پیش بینی شده است که مطابق آن: «افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیرقابل تجزیه می‌باشد».

قصد و هدف اساسی این اصل آن است که مفکوره و اندیشه نظام فدرالی در افغانستان را رد کند. از خصوصیات یک نظام واحد فقدان هر گونه صلاحیت اصلی برای مراجع منطوقی و ولایتی می‌باشد؛ بر این اساس نظام اداری کشور تنها توسط ارگان‌های دولت مرکزی تنظیم می‌شود و همه صلاحیت‌های رهبری ولایتی از طرف مراجع ذیصلاح مرکزی به آنها تفویض شده است.

در مقابل، در نظام فدرالی، نهادهای منطوقی دولت، دارای صلاحیت‌های خاص خود می‌باشند که به موجب قانون اساسی خود آن ولایت به آنها اعطاء شده است. مناطقی همانند ایالت‌ها (Bundesländer) در جمهوری فدرال آلمان یا در ایالات متحده آمریکا، به طور عادی دارای صلاحیت وضع قانون و سایر مقررات می‌باشند. ایالات در آلمان و ایالات در ایالات متحده آمریکا دارای قانون اساسی خاص خود می‌باشند و به طور کلی ایالات صلاحیت دارند که خود قانون وضع نمایند به جای آنکه حکومت فدرال چنین کند. فقط در موارد مذکور در قانون اساسی دولت فدرال خود دارای صلاحیت قانونگذاری می‌باشد.

قانون اساسی ۲۰۰۴ افغانستان به طور محکم به عرف و عادات وحدت کشور که در قانون اساسی ۱۹۶۴ نیز مورد استقبال قرار گرفته بود، تمسک جسته است. ترتیب اداره کشور در مواد ۱۳۶-۱۴۲ قانون اساسی تعیین شده است. با این حال، قانون اساسی افغانستان به اداره غیر متمرکز امور اجرایی نیز پرداخته است. در ماده ۱۳۷ قانون اساسی آمده است:

«حکومت با حفظ اصل مرکزیت به منظور تسریع و بهبود امور اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سهم‌گیری هر چه بیشتر مردم در انکشاف حیات ملی، صلاحیت‌های لازم را مطابق به احکام قانون، به اداره محلی تفویض می‌نماید».

آنچه که در اینجا مغفول مانده است تعیین حد و مرز دقیق صلاحیت قوای مرتبط در قدرت مرکزی و ولایات است، به خصوص در ارتباط به موضوع بسیار مهم جمع‌آوری درآمد ملی (مالیه).^{۹۴} قانون اساسی در رابطه با این موضوع وقتی که سخن از اعطای «صلاحیت‌های لازم» بدون هرگونه اشاره به ماهیت و میزان آنها به میان می‌آورد، بسیار مبهم است.

با هدف حمایت از مشارکت مردم در سطح ولایات و مناطق، مواد ۱۳۸، ۱۴۰ و ۱۴۱ قانون اساسی به تعیین شوراهای ولایتی و محلی و شاروالی‌ها می‌پردازد. اعضای این شوراها و شاروالی‌ها در انتخابات آزاد، مستقیم، عمومی و سری برگزیده می‌شوند. در ارتباط به اصل دموکراسی، این نکته مثبت و مهمی است که اشتراک عمومی در تنظیم و ترتیب امور منطقی و محلی با ایجاد شوراها در سطوح مختلف، اداره ولایات تقویت شده است؛ لیکن از آنجا که ماده ۱۳۹ قانون اساسی افغانستان در رابطه با صلاحیت‌های دقیق شوراهای ولایتی تا حدودی مبهم است،^{۹۵} قانون جدید راجع به شوراهای ولایتی به این شوراها صلاحیت گسترده‌ای می‌دهد که از جمله شامل نظارت و پی‌گیری اقدامات مراجع دولتی ولایت نیز می‌شود.^{۹۶} کنترل از طریق شوراها ممکن است منجر به مؤثریت کارکردهای ادارات محلی از طریق افزایش شفافیت گردد.

^{۹۴} مراجعه کنید به:

R.Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897-915-914

^{۹۵} ماده ۱۳۹ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد:

«شورای ولایتی در تأمین اهداف انکشافی دولت و بهبود امور ولایت به نحوی که در قوانین تصریح می‌گردد، سهم گرفته و در مسائل مربوط به ولایت مشوره می‌دهد.

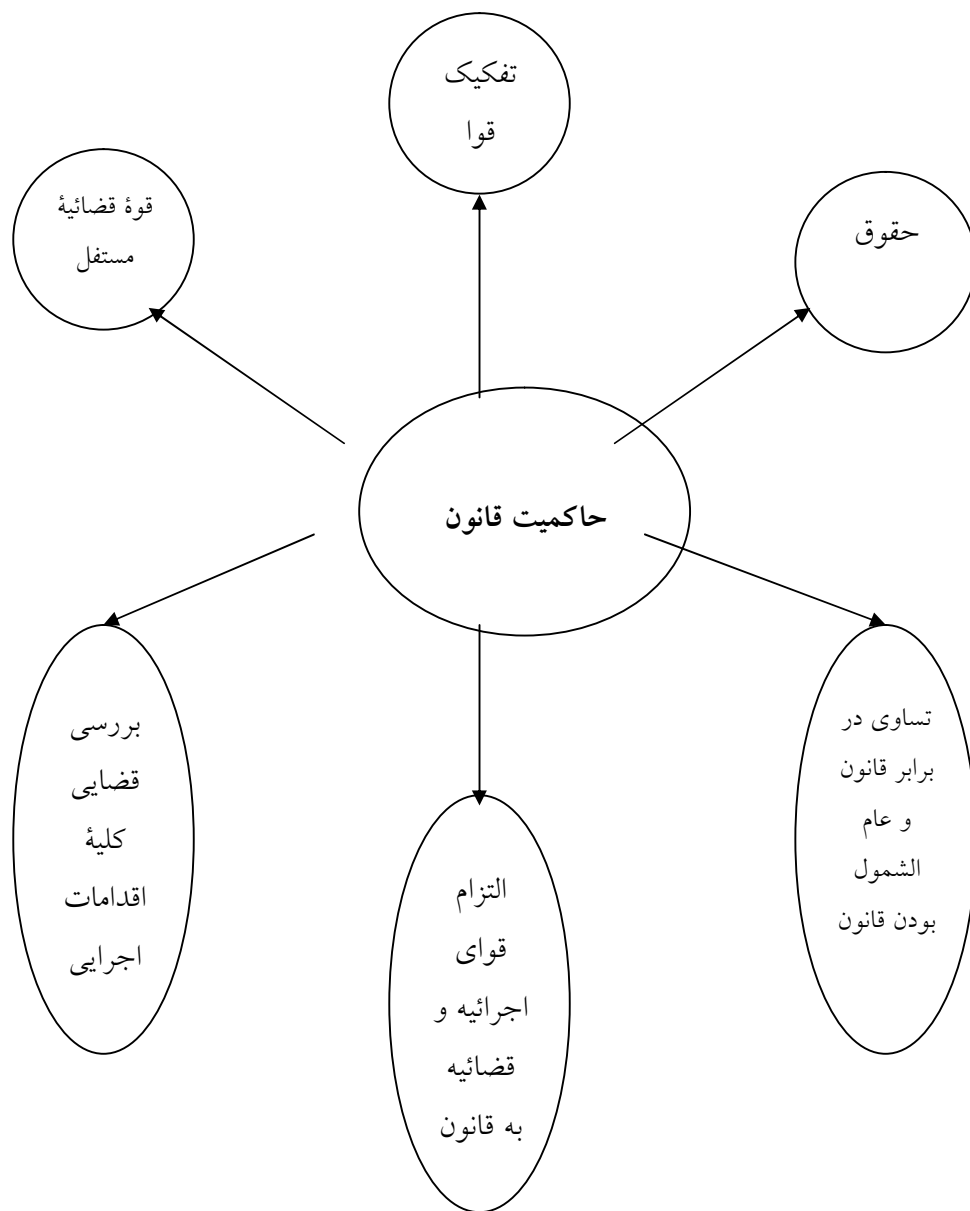
شورای ولایتی وظایف خود را با همکاری اداره محلی اجرا می‌نماید.»

^{۹۶} به علت ابهام نسبی و کلمات غیر صریح ماده ۱۳۹ قانون اساسی که در قسمتی از آن مقرر شده است: «شورای ولایتی در تأمین اهداف انکشافی دولت و بهبود امور ولایت به نحوی که در قوانین تصریح می‌گردد سهم گرفته و در مسائل مربوط به ولایت مشوره می‌دهد.» قوه تقنینیه دارای اختیارات وسیع و گسترده‌ای شده است، به نحوی که مقررات مربوط در قانون جدید راجع به شوراهای ولایتی مطابق به اصول راهبر مذکور در ماده ۱۳۹ قانون اساسی تلقی می‌شوند.

پ) سؤالات

- تفاوت‌های میان نظام دولت واحد و فدرال را نام ببرید.
- مفاد و مضار هر کدام از دو نظام مذکور را نام ببرید.
- کدام نظام از نظام‌های مذکور را برای افغانستان ترجیح می‌دهید و چرا؟

گفتار چهارم: حاکمیت قانون



در ساحه جهانی، مفهوم حاکمیت قانون، به عنوان یکی از شناخته شده ترین اصول حقوقی است. همانگونه که در مباحث فوق شرح داده شد، این اصل فی نفسه در مواد

قانون اساسی افغانستان صراحتاً ذکر نشده است لیکن تنها در مقدمه قانون اساسی اعلام شده است:

«ما مردم افغانستان ... به منظور ایجاد جامعه مدنی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانونمندی این قانون اساسی را ... تصویب کردیم.»^{۹۷}

محتوای دقیق این اصل نه در قانون اساسی و نه در مقررات اجرایی، مد نظر قرار نگرفته است. با وجود این، این وضعیت از دیدگاه مقایسوی امر غریب و بی سابقه ای نیست. به طور معمول اصل حاکمیت قانون به وسیله قانون اساسی و به حیث یک اصل بنیادین آن قانون ایجاد شده است، در حالی که انکشاف دقیق آن در یک نظام حقوقی معین بر عهده قوه قضائیه و علم حقوق است. با وجود برخی تفاوتها در ارتباط به آثار و نتایج دقیق حقوقی و سیاسی این اصل، مفاهیم متفاوت حاکمیت قانون در نظام های مختلف حقوقی ناشی از نگرانی ها و توجهات مشترکی جهت مهار و کنترل قدرت سیاسی می باشد. این توجه و نگرانی مبتنی بر خصوصیت ذاتی جایز الخطا بودن و امکان استبداد ورزیدن انسان است، یعنی مسأله ای که در آثار فلاسفه قدیمی که بر این عقیده بودند که حکومت از طریق قانون برتر از حکومت توسط افراد است، مورد بحث قرار گرفت. در نتیجه، مفهوم حاکمیت قانون ناظر به مسأله اعمال محدودیت های موثر بر کیفیت تطبیق قدرت عمومی جهت حفاظت از حقوق و آزادی های شهروندان است. به حیث یک آرمان سیاسی که حاکی از کیفیت اداره نهادهای حقوقی و ایجاد و تطبیق قواعد حقوقی در یک جامعه می باشد، مفهوم حاکمیت قانون، یک مفهوم باز و بی انتها است که همواره مورد بحث بوده و جهت تأمین نیازهای در حال تغییر یک فضای سیاسی حقوقی، باید همیشه باز تعریف شود.^{۹۸}

بنابراین، ساحه دقیق این اصل به شدت در میان محققان مورد بحث است و آثار و نتایج آن منوط به عرف سیاسی و حقوقی غالب و حاکم در یک کشور معین است. در نتیجه، توضیحات آتی به هیچ وجه به معنای نتیجه گیری قطعی از این اصل و آثار آن نبوده و بنابراین ممکن است ناظر به شرح تمام ابعاد این اصل در نظام حقوقی افغانستان نباشد. به

^{۹۷} تأکید از مولف است.

^{۹۸} R.Grote, "Rule of Law, Rechtsstaat and 'Etat de droit'," in: Christian Starck (ed.) *Constitutionalism, Universalism and Democracy*, 1999, 269 et seq., 270.

علاوه، نقطه تمرکز اصلی در شرح و تفسیر این اصل همان معنای محوری و مرکزی آن است که در دانش حقوقی بین المللی یا بیشتر نظامهای حقوقی که این اصل را پذیرفته اند، به نحو گسترده ای به رسمیت شناخته شده است. از طریق شرح و تفصیل محتوای محوری و مرکزی این اصل، رهنمود حاضر به هیچ وجه مایل نیست که تطبیق اصل مذکور در افغانستان را محدود به چنین قضایا و مواردی نماید. بلکه رهنمود فعلی در تلاش است تا محتوای اصلی و محوری اصل مذکور را مورد مطالعه و تدقیق قرار دهد، به نحوی که جهت حصول به مقصود و هدف اصل حاکمیت قانون یعنی همان تحدید کیفیت اجرای قدرت عمومی برای حمایت از حقوق و آزادی های شهروندان مورد استفاده قرار گیرد.

سابقه استعمال اصطلاح «حاکمیت قانون» به پروفیسور انگلیسی حقوق آ. وی. دیسی برمی گردد که این اصل را چنین تعریف نموده است:

«منظور ما، در نقطه اول، آن است که هیچ انسانی قابل مجازات نیست یا به نحو قانونی متحمل ضرر و زیانی بر جسم و اموال خود نباید شود مگر آنکه به نحو مشخص اقدام به نقض قانونی نماید که طی یک روش معمول و متعارف حقوقی نزد یک محکمه عادی کشور ایجاد شده است. در این معنا حاکمیت قانون با هر گونه نظام حکومتی که مبتنی بر اختیار و اقتدار گسترده اشخاص، استبداد یا صلاحدید قوای زور است منافات دارد» و ... «در نقطه دوم، وقتی درباره حاکمیت قانون صحبت می کنیم، منظور ما این است که ... نه تنها از دیدگاه ما هیچ شخص بالاتر از قانون نیست، بلکه (آنچه که متفاوت است) در اینجا هر انسان، موقعیت یا شرایط او هر چه که باشد، تحت حاکمیت قانون عادی یک کشور قرار داشته و در مقابل محاکم عادی مسئول و پاسخگو می باشد.»^{۹۹}

جنبه های مختلف حاکمیت قانون را می توان از این بیان و تشریح استادانه استخراج کرد: ابتدا و پیش از همه، باید ساحه ای از آزادی های شخصی که توسط قوانین حمایت و تضمین شده است، وجود داشته باشد. دوم، قدرت دولت باید توسط قانون مقید شود و سوم اعمال و اقدامات تأثیرگذار بر حقوق و آزادی های شخصی توسط دولت باید مبتنی بر قانون و موضوع بررسی قانونی باشد تا مطابقت اقدامات اجرایی با قانون تضمین گردد.

⁹⁹ A.V Dicey/E.C.S. Wade, *Introduction to the Study of Law of the Constitution*, 1948, 202.

چرا که در صورت فقدان نظارت یک طرف ثالث و عدم اعمال نتیجه‌ای بر نقض قانون توسط قوه اجرائیه، تأثیر حاکمیت قانون، منحصرأً منوط به اراده مجریان خواهد شد. در نهایت، بر اساس نظر دیسی، حاکمیت قانون مستلزم تساوی در برابر قانون است به گونه‌ای که هر کس مشمول قانون باشد. اگر قوه اجرائیه یا به عنوان مثال پادشاه به عنوان عالی‌ترین مقام مشمول قانون نباشد، به سختی می‌توان از حاکمیت قانون سخن گفت؛ زیر امکان سوء استفاده مستبدانه از قانون، بدون هیچ پیامدی، وجود خواهد داشت.

در نگاهی نزدیک‌تر، ضرورت تفکیک قوا و استقلال قضایی را نیز می‌توان از توضیح دیسی استخراج نمود. هر سه قوه دولتی، یعنی قوای تقنینی، اجرائیه و قضائیه، باید از یکدیگر جدا بوده و بسیار مهم‌تر آنکه باید دارای صلاحیت‌ها و وجایب جدا از هم باشند. بالاخره مقنن، قوانینی را تنظیم می‌کند که هم قدرت مجریان را محدود و هم آنها را در انجام اقداماتشان توانایی می‌بخشد. این درک و فهم از حاکمیت قانون موافق با بیان و گفتار مشهوری است که معمولاً در ارتباط به حاکمیت قانون نقل شده و بخشی از قانون اساسی ماساچوست^{۱۰۰} است. به گونه‌ای که مطابق آن: در حکومت کشورهای مشترک المنافع بخش تقنینی هرگز نباید صلاحیت قوای اجرائیه و قضائیه یا هر کدام از آنها را اعمال و اجرا نماید؛ قوه اجرائیه نباید هرگز صلاحیت‌ها و اختیارات قوای مقننه و قضائیه یا هر کدام از آنها را اعمال کند؛ قوه قضائیه هرگز نباید اختیارات قوای مقننه و اجرائیه یا هر کدام از آنها را اعمال کند؛ نتیجه این امر ممکن است حاکمیت قانون باشد نه حاکمیت اشخاص.^{۱۰۱}

تطبیق وظیفه‌ای که به قوه قضائیه محول شده است، یعنی کنترل آن قسمت از اقدامات قوه اجرائیه که ناقض حقوق شخصی است، نیازمند قوه قضائیه مستقلی است که اتخاذ تصمیمات بی‌طرفانه در آن به وسیله ارگانی تأمین شود؛ ارگانی که به واسطه تأمین مصالح ارگان‌های قوه اجرائیه در یک قضیه خاص، منحرف نشده باشد. اگر قوه قضائیه این استعداد را داشته باشد که در اتخاذ تصمیماتی به نفع قوه اجرائیه نه مطابق قانون تحت تأثیر آن قرار گیرد، بررسی قضایی، اقدامی صرف شکلی و بدون هرگونه محتوا و ماهیت واقعی خواهد بود.

۱۰۰ یکی از ایالت‌های ایالات متحده آمریکا.

۱۰۱ قانون اساسی ماساچوست. ۱۷۸۰، بخش I، ماده XXX.

در نتیجه، با توجه به ضرورت‌های دولت جدید با وظایف و وجایب پیچیده‌اش برای اداره کشور، نیاز انکارناپذیری به اعطای نمایندگی وضع قانون به قوه اجرائیه وجود دارد. بنابراین، برای تضمین انطباق اقدامات قوه اجرائیه با قواعد مربوط به نمایندگی و به تبع آن تضمین تفکیک قوا، ضروری است که این نمایندگی در وضع قانون موضوع بررسی قضایی قرار گیرد تا از تعدی قوه اجرائیه به حقوق تقنینیه جلوگیری شود. بنابراین، فهم کلاسیک از حاکمیت قانون باید به طریقی توسعه یابد که کنترل بر این تغییر در صلاحیتها را نیز در بر گیرد.

بنابراین، ارکان متفاوت و متعدد حاکمیت قانون عبارت است از:

- حقوق بنیادین مردم که تنها به موجب قانون می‌توان متعرض آن شد؛
- تساوی در برابر قانون و شمول قانون بر همه امور؛
- مقید شدن قدرت دولت به وسیله قانون با امکان بررسی قضایی اعمال اجرائی‌ای که متعرض حقوق شهروندان و تمامی مقررات به نمایندگی می‌شود؛
- تفکیک قوا؛
- و استقلال قضایی.

همان گونه که دیدیم، تمامی این عناصر مختلف حاکمیت قانون به نحو نزدیک و به صورت درونی به یکدیگر مرتبط بوده و وابسته به همدیگر می‌باشند. اگر یکی از این ارکان مغفول واقع شود یا به نحو مناسب و شایسته عمل نکند، اصل حاکمیت قانون در معرض خطر است.

در بخش بعدی، آثار و جنبه‌های اختصاصی حاکمیت قانون به تفصیل مورد بحث قرار می‌گیرد. با این حال، نظر به اهمیت این موضوع، رهنمود دیگری که مشتمل بر فهرستی از حقوق بنیادین یا حقوق بشر است به حیث جلد دوم این رهنمود به طور جداگانه ارائه شده است. به همین دلیل بحث از این جنبه از حاکمیت قانون در مباحث آتی صورت نخواهد گرفت.

الف) مقید شدن قوای اجرائیه و قضائیه به وسیله قانون

۱. احکام ذیربط

ماده ۵: قانون اساسی افغانستان

...

اداره اجراءات خود را با بی طرفی کامل و مطابق به احکام قانون عملی می سازد.

...

ماده ۶۳ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور قبل از تصدی وظیفه، مطابق به طرز العمل خاص که توسط قانون تنظیم می گردد، حلف آتی را بجا می آورد:

بسم الله الرحمن الرحيم

«به نام خداوند بزرگ جل جلاله 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.»

ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان

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.

ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان

وزراء وظایف خود را به حیث آمرین واحدهای اداری در داخل حدودی که این قانون اساسی و سایر قوانین تعیین می کند، اجرا می نمایند.

...

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند.

هرگاه برای قضیه‌یی از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین، حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون

اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.

۲. تبصره: مقید شدن قوای اجرائیه و قضائیه به وسیله قانون

محدود و مقید شدن مراجع دولتی به موجب قانون، یکی از نتایج برجسته و مهم حاکمیت قانون است.

در آلمان این نتیجه از اصل دولت قانون مدار (Rechtstaatsprinzip) که به طور کلی به عنوان اصلی همانند و مشابه اصل حاکمیت قانون تلقی می‌شود، اقتباس می‌گردد. این اصل در پاراگراف ۳ ماده ۲۰ قانون بنیادین (اساسی) آلمان در قالب اصطلاحات معین و قطعی و در قالب نکات دیگر، قرارداد شده است، به گونه‌ای که صراحتاً اعلام می‌کند:

«مقنن باید مقید به نظم مبتنی بر قانون اساسی باشد. قوای اجرائیه و قضائیه باید مقید و ملتزم به قانون و عدالت باشند».

برای قوه اجرائیه قانون، حکم و محدودیت است. از یک طرف، دستور مذکور در قانون اساسی آلمان بیان می‌کند که قوه اجرائیه مقید و ملتزم به قانون است. قوه اجرائیه نباید با اقدامات خود، قانون را نقض کند. حتی اگر یک اقدام یا تدبیر شخصی را مورد حمایت قرار می‌دهد یا نفع اجتماعی را تأمین می‌کند. از طرف دیگر، این قاعده تحت شرایط خاصی ضرورت وجود مبانی قانونی برای اقدامات اجرایی را مقرر می‌دارد. این الزام، اگرچه صراحتاً در پاراگراف ۳ ماده ۲۰ قانون اساسی آلمان ذکر نشده است، اما به عنوان جزئی از این قاعده تلقی شده است. زیرا حاکمیت قانون، در صورتی که قوه اجرائیه بر مبنای صلاحدید خود بتواند بدون آنکه حکم موضوعی در قانون تنظیم شده باشد عمل کند، به نحو گسترده‌ای بی‌اثر خواهد بود. با این حال، این الزام بدون محدودیت نیست. در واقع، حکومتی که به سطح صرف اجرا کننده تصمیمات پارلمان تنزل داده شده باشد، به سختی منطبق با مفهوم تفکیک قوا خواهد بود. در مواردی چند، ضرورت اقدامات قوه اجرائیه بر قانون صراحتاً توسط قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است. این موارد اصولاً شامل موضوعات مربوط به حقوق بشر که ممکن است تنها از طریق اقدامات مبتنی بر قانون نقض شوند، می‌گردد. این ضرورت به عنوان خروج از تفکیک قوا تلقی گردیده است، به گونه‌ای که تفکیک قانون‌گذاری و اجرای قانون به شاخه‌های مختلف در قوای دولتی جهت تأمین آزادی‌های اتباع ضروری تشخیص داده شده است. به علاوه، این

مقررات، خروج از حاکمیت ملت نیز تلقی شده‌اند، زیرا تنها پارلمان به عنوان نماینده مردم، به عنوان یک مجموعه و کل، ذیصلاح به اعلام رضایت جهت محدود کردن حقوق بنیادین می‌باشد. فراتر از این، در طی دهه‌های گذشته دانش حقوقی و قضایی، قضایای دیگری را نشان داد که در آنها یک مبنای حقوقی برای اقدامات قوه اجرائیه به دلیل تطبیق اصول بنیادین و متفاوت قانون اساسی و تعامل آنها با یکدیگر ضروری است. همانگونه که پیشتر راجع به اصل دموکراسی نشان داده شد، صلاحیت پارلمانی برای تعیین جزئیات اساسی اقدامات اجرایی نیز در مواردی ضروری است که اهمیت زیادی برای اصول اساسی اجتماع دارند.

قانون اساسی افغانستان نیز دارای مواد متعددی است که بیانگر التزام و مقید کردن قوای اجرائیه و قضائیه به قانون می‌باشد. در مورد قوه قضائیه، یک قاعده مهم ماده ۱۳۰ قانون اساسی است که به موجب آن محاکم موظف و مکلفند اقدام به تطبیق قوانین و قانون اساسی نمایند. تنها در مواردی که هیچ دستور قانونی دیگری در آن رابطه یافت نمی‌شود، محاکم مجاز به تطبیق مقررات فقه حنفی می‌باشند؛ لیکن همان گونه که قوانین نیز اشاره کرده‌اند:

«تنها در حدودی که قانون اساسی تعیین کرده و به روشی که عدالت به بهترین وجه تأمین گردد.»

مواد ۵۰، ۷۰ و ۷۶ قانون اساسی افغانستان نیروی الزام کننده قوه اجرائیه به پیروی از قانون را ایجاد کرده‌اند. در حالی که ماده ۵۰ قانون اساسی بر اداره کشور از طریق اعلام این حکم که «اداره، اجراءات خود را با بی طرفی کامل و مطابق به احکام قانون عملی می‌سازد» متمرکز می‌باشد، ماده ۷۷ قانون اساسی تکرار می‌کند که وزرا به حیث آمرین واحدهای اداری نیز تحت شمول قانون قرار دارند. سرانجام، ماده ۷۶ قانون اساسی خاطر نشان می‌نماید در مواردی که حکومت اقدام به تنظیم مقررات می‌نماید، چنین مقرراتی نباید مناقص نص یا روح هیچ قانون باشد. در ارتباط به رئیس جمهور، قانون اساسی صراحتاً پیش بینی نکرده است که اقدامات او باید مبتنی بر قانون باشد. با وجود این، ضرورت پیروی وی از قانون را می‌توان نخست از ماده ۵۰ قانون اساسی یعنی در مواردی که او بر اساس صلاحیت‌های اداری خود عمل می‌کند، به عنوان مثال در نصب مقامات دولتی و در مرحله دوم نیز می‌توان از ماده ۶۳ قانون اساسی که متضمن سوگند رئیس جمهور جهت تصدی وظیفه است، استخراج و استنباط نمود. زیرا رئیس جمهور

مكلف است که سوگند یاد کند «قانون اساسی و سایر قوانین را رعایت و از تطبیق آن مواظبت نماید...».

با وجود این، اگر چه احکام مذکور بیانگر آن می‌باشد که قوه اجراییه مجاز به نقض قانون از طریق اقدامات خود نمی‌باشد، لیکن مقررات فوق‌الذکر حاکی از آن نیستند که در کدام قضایا وجود یک مبنای حقوقی - قانونی پیش از آنکه قوه اجراییه مجاز به اقدام و عمل باشد، ضروری است. آنچه مسلم است این است که بدون وجود یک مبنای قانونی، قوه اجراییه مجاز به اقدام و عمل در مواردی که موجب نقض حقوق اشخاص می‌گردد، نمی‌باشد. چنین محدودیتی را می‌توان از مواد ذریبط خود قانون اساسی استخراج نمود. به حیث مثال، ماده ۲۳ قانون اساسی اعلام می‌دارد:

«زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است. هیچ شخصی بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی‌گردد».

نمونه دیگر ماده ۲۴ قانون اساسی است که طبق آن:

«آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می‌گردد، حدودی ندارد...».

از آنجا که «قانون» مطابق ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان:

«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»

در این موارد قوه اجراییه نمی‌تواند بدون آن که اقدام وی مبتنی بر قانون مصوب پارلمان باشد، عمل نماید.^{۱۰۲} به حیث یک نتیجه، هرگونه نقض حقوق بنیادین که بدون ابتدای بر قانون باشد، باید غیر قانونی تلقی گردد.^{۱۰۳} به علاوه باید به خاطر داشت که ضرورت وجود مبنای قانونی برای اقدامات قوه اجراییه در قضایای مربوط به اخذ تصمیمات مهم

^{۱۰۲} برای مطالعه شرایط لازم جهت نقض قانونی حقوق بنیادین لطفاً مراجعه

کنید به رهنمود ماکس پلانک برای حقوق بشر.

^{۱۰۳} در قضایای مربوط به اقدامات غیر قانونی حکومت، امکان شکایت جهت جبران

خسارت وفق ماده ۵۱ قانون اساسی افغانستان وجود دارد.

راجع به اصول بنیادین اجتماع، همانگونه که در مباحث فوق شرح داده شد، را می‌توان از اصل دموکراسی استنباط و استخراج نمود.^{۱۰۴}

این موضوع باید مورد تاکید قرار گیرد که نکات مذکور در فوق، آنگاه که دولت در حال تطبیق صلاحیت تنظیم کننده خود بر اساس ماده ۷۶ قانون اساسی است نیز باید مورد رعایت قرار گیرد. بنابراین، اقدام قوه اجراییه در وضع مقررات موضوع ماده ۷۶، تا زمانی که قانون مصوب پارلمان جزئیات دقیق و قطعی یک موضوع را روشن و معین نکند، نباید ناقض حقوق اشخاص باشد.

همچنین حاکمیت قانون مستلزم آن است که قوانین باید دقیق بوده و بدون ابهام تنظیم شده باشند، به نحوی که اشخاص تحت شمول قانون توانایی درک و فهم قوانین را داشته باشند. به علاوه، مقررات معطوف به گذشته با در نظر داشت اصل حاکمیت قانون نیز دچار مشکل می‌باشند. چنین مقرراتی تنها در صورت وجود برخی شرایط و اوضاع و احوال معین قابل قبول می‌باشند؛ به حیث مثال در حقوق جزا و در صورتی که به نفع متهم باشند. با وجود این نظر به این که موضوع مذکور اصولاً ناظر به حقوق جزایی است،^{*} جهت مطالعه تفصیلی آن به رهنمود ماکس پلانک برای موازین محاکمه عادلانه مراجعه کنید.^{۱۰۵}

ب) مساوات در برابر قانون و عام‌الشمول بودن قانون

۱. احکام ذریبط

ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان

هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است.
اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند.

^{۱۰۴} بنگرید به اصل دموکراسی در فصل سوم، گفتار دوم.

^{۱۰۵} الکساندر گوور، رامین مشتاقی، ماندانا کنوست راسخ افشار، رهنمود ماکس پلانک پیرامون موازین محاکمه عادلانه، هایدلبرگ، انستیتوت حقوق مقایسه‌ای عمومی و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۲۰۰۶.

ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور در برابر ملت و ولسی جرگه مطابق به احکام این ماده مسئول می‌باشد. اتهام علیه رئیس جمهور به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت از طرف یک ثلث کل اعضای ولسی جرگه تقاضا شده می‌تواند. در صورتی که این تقاضا از طرف دو ثلث کل آرای ولسی جرگه تأیید گردد، ولسی جرگه در خلال مدت یک ماه لویه جرگه را دایر می‌نماید.

هرگاه لویه جرگه اتهام منسوب را به اکثریت دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، رئیس جمهور از وظیفه منفصل و موضوع به محکمه خاص محول می‌گردد. محکمه خاص متشکل است از رئیس مشرانو جرگه، سه نفر از اعضای ولسی جرگه و سه نفر از اعضای ستره محکمه به تعیین لویه جرگه. اقامه دعوی توسط شخصی که از طرف لویه جرگه تعیین می‌گردد صورت می‌گیرد. در این حالت احکام مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی تطبیق می‌گردد.

ماده ۷۸ قانون اساسی افغانستان

هرگاه وزیر به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی و یا سایر جرایم متهم گردد، قضیه با رعایت ماده یکصد و سی و چهارم این قانون اساسی به محکمه خاص محول می‌گردد.

ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان

هرگاه بیش از یک ثلث اعضای ولسی جرگه محاکمه رئیس یا عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت تقاضا نمایند و ولسی جرگه این تقاضا را با اکثریت دو ثلث کل اعضا تصویب کند، متهم از وظیفه عزل و موضوع به محکمه خاص محول می‌گردد.

تشکیل محکمه و طرزالعمل محاکمه، توسط قانون تنظیم می‌گردد.

۲. تبصره: تساوی در برابر قانون و عام‌الشمول بودن قانون

ماده ۲۲ قانون اساسی بیان می‌کند که هر تبعه افغانستان، اعم از زن و مرد، در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشد. هر نوع تبعیض و اعطای امتیازات ممنوع است. ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حکم می‌نماید که رسیدگی و اصدار حکم توسط محاکم بر اساس اصل تساوی طرفین در برابر قانون و محکمه و رعایت عدالت و

بی طرفی صورت می گیرد. با ملاحظه این مواد و احکام مربوط به استیضاح مقامات حکومتی،^{۱۰۶} این احکام، تساوی در برابر قانون در نظام حقوقی افغانستان را اعمال نموده و واضح و آشکار می سازند که همه اشخاص به شمول رئیس جمهور، تحت حاکمیت قانون قرار دارند.

یک پرسش جالب در این خصوص ناظر به عدالت انتقالی برای تعدیات و ستم‌ها و بی‌رحمی‌های صورت گرفته در گذشته است که هنوز به عنوان وظیفه‌ای که باید به دوش گرفته شود باقی مانده است.^{۱۰۷} پایان دادن به فرهنگ مصوونیت و بخشودگی منوط به اتخاذ یک تصمیم سیاسی خواهد بود و انجام آن وجیبه‌ای ضروری و سریع جهت فهم و تصدیق کامل اصل تساوی در برابر قانون خواهد بود. در این باره، قوانین عفو که عفو عمومی اعطا می‌کنند به شدت مورد انتقاد اند.

پ) تفکیک قوا

قضیه یکم

از آنجائیکه تعداد دوسیه‌های مطروحه در ستره محکمه بسیار زیاد شده است، این موضوع مورد بحث قرار گرفته که اداره قوه قضائیه به شمول مسئولیت مربوط به تهیه و تنظیم بودجه از طریق تعدیل قانون اساسی به رئیس جمهور منتقل شود. نظر و برداشت شما در ارتباط به این طرح از جهت مطابقت آن با اصل تفکیک قوا چیست؟

قضیه دوم

یک قاضی معروف و مشهور در هرات است و قصد دارد در انتخابات ولسی جرگه به حیث کاندیدا اشتراک ورزد. آیا محدودیتی برای او به حیث یک قاضی در این رابطه وجود دارد؟

^{۱۰۶} ماده ۶۹ قانون اساسی در ارتباط به ریاست جمهور، ماده ۷۸ در رابطه با وزراء، ماده ۱۲۷ در خصوص رئیس و اعضای ستره محکمه؛ همچنین بنگرید به فصل تفکیک قوا و اجرای آن.

^{۱۰۷} کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان (ویرایش شده)، صدای مردم برای تأمین عدالت، منشوره ملی در رابطه با جنایات جنگی و جنایات ضد بشری گذشته در افغانستان، فبراری ۲۰۰۵، قابل دسترسی در (www.aihrc.org.af).

این موضوع مدنظر قرار گرفت که یک نظام حکومتی برای حمایت و تقویت اصل حاکمیت قانون باید به تفکیک قوا احترام بگذارد. حمایت و پشتیبانی قانون اساسی افغانستان نسبت به تفکیک قوا نه تنها با شناخت و معرفی حاکمیت قانون به عنوان یک اصل مبتنی بر قانون اساسی انجام شده است، بلکه با طراحی خود قانون اساسی که قواعد و احکام توزیع کننده قوای دولتی را در فصل‌های مختلف با عناوین رئیس جمهور (فصل ۳)، حکومت (فصل ۴)، شورای ملی (فصل ۵) و قضاء (فصل ۷) تقسیم نموده و صلاحیت‌های خاصی را به هر کدام از آنها اعطاء کرده است، نیز صورت گرفته است. به منظور توضیح دقیق و جامع محتویات این اصل، ضروری است که مفهوم قدیمی آن را مورد توجه قرار دهیم.

اصطلاح تفکیک قوا به نوشته‌های جان لاک، لرد بولین برگ و بالاتر از همه نویسنده فرانسوی مونتسکیو نویسنده کتاب روح القوانین باز می‌گردد، کتابی که وی در آن اعلام نموده است قدرت دولت باید به سه قوه مقننه، اجراییه و قضاییه تقسیم شود. هدف اصلی تفکیک قوا نخست از جهت منفی آن یعنی پرهیز از تمرکز قدرت در دست یک ارگان دولت است که می‌تواند منجر به اجرای غیر قابل کنترل آن توسط قوه مذکور و در نتیجه استبداد آن گردد. تمرکز قدرت یکی از خصوصیات است که در پادشاهی‌های مطلقه و در نظام‌های دیکتاتوری و کمونیستی یافت می‌گردد. در این زمینه می‌توان به اظهارات مادیسون^{۱۰۸} در مجله Federalist Papers شماره‌های ۴۷ و ۵۱ ارجاع داد که می‌گوید:

« جمع شدن تمام قوای مقننه، اجراییه و قضاییه، در یک جا، خواه در یک نفر یا در تعدادی چند یا در دست افراد بیشتر و خواه به صورت موروثی، خود انتصابی یا انتخابی، در اظهار عقیده‌ای منصفانه همان شکل دقیق استبداد است.»

و

«تنها قدرت می‌تواند قدرت را کنترل کند.»

این کلمات هنوز نیز تطبیق می‌شوند. سه شعبه سنتی قوای دولتی یعنی مقننه، اجراییه و قضاییه یکدیگر را محدود و مهار نموده و از این طریق همدیگر را در مقابل برخورداری از قدرت غیر قابل واریسی (چک) و استفاده نامحدود از قدرت، متوازن و هم اندازه

^{۱۰۸} چارلز مادیسون یکی از بنیانگذاران قانون اساسی ایالات متحده امریکا است.

می‌سازند. در نتیجه، جهت تأمین و تضمین این وظیفه و عمل، هر کدام از شعب قدرت دولتی باید دارای میزان معینی از استقلال و خود مختاری بوده و جهت تضمین این استقلال، برای صلاحیت های مستقل هر کدام از قوای دولتی باید محدودیتی وجود داشته باشد. به عبارت دیگر باید تضمینی وجود داشته باشد که به موجب آن قوه مقننه صرف نسبت به وضع قانون اقدام نموده و خود به اجرای آن اقدام ننماید، قوه اجرائیه تنها اقدام به اجرای قانون کند و نسبت به تصویب قانون اقدام ننماید و قضات صرف نسبت به قضاوت و تطبیق قانون اقدام کنند و نه وضع قانون از طرف خویش. در اینجا یکبار دیگر ماده مندرج در قانون اساسی ماساچوست^{۱۰۹} که در فوق مورد اشاره قرار گرفت قابل ذکر است که مطابق آن:

«در حکومت کشورهای مشترک المنافع بخش تقنینی هرگز نباید صلاحیت قوای اجرائیه و قضائیه یا هر کدام از آنها را اعمال و اجرا نماید؛ قوه اجرائیه نباید هرگز صلاحیت ها و اختیارات قوای مقننه و قضائیه یا هر کدام از آنها را اعمال کند؛ قوه قضائیه هرگز نباید اختیارات قوای مقننه و اجرائیه یا هر کدام از آنها را اعمال کند، نتیجه این امر می‌تواند حاکمیت قانون باشد نه حاکمیت اشخاص.»^{۱۱۰}

با وجود این، این مفهوم عرفی از تفکیک قوا که توأم با تفکیک مطلق و سخت شعب مختلف دولت از یکدیگر و استقلال متقابل آنها از همدیگر حداقل در آن دسته از سیستم های است که جنبه‌هایی از پارلمانتاریسم را پذیرفته اند، دیگر امکان پذیر و عملی نیست. به حیث مثال در نظامهای پارلمانی حکومت توسط اکثریت پارلمان ایجاد و تاسیس می‌گردد و حتی در قانون اساسی افغانستان اگر چه بیشتر مایل به نظام ریاست جمهوری است اما انتصاب اعضای کابینه وابسته به تصویب و تایید ولسی جرگه می‌باشد (فقره ۱۱ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان). به علاوه در دولت های جدید با وظایف و وجایب پیچیده، این اصل که قوه اجرائیه تحت هیچ شرایطی مجاز به وضع قانون، در معنای انتزاعی و عام مقررات، نباشد، دیگر امکان پذیر و عملی نیست. با وجود این، هرگونه اقدام تنظیم کننده قوه اجرائیه باید شدیداً محدود و کنترل شده باشد تا از نقض صلاحیت های قوه مقننه جلوگیری به عمل آید. با توجه به این نکات باید این موضوع نیز روشن گردد

^{۱۰۹} یکی از ایالت های ایالات متحده امریکا.

^{۱۱۰} قانون اساسی ماساچوست، ۱۷۸۰، بخش I، ماده XXX.

که اقدامات تنظیم کننده قوه اجرائیه شدیداً تحت شرایط خاص قابل تطبیق می‌باشند. چنانکه می‌توان از ملاحظات فوق مشاهده نمود، از آنجا که واریسی و ایجاد توازن میان شعب مختلف قوای دولتی هنوز بسیار ضروری است، خود مختاری و استقلال مطلق قوای دولتی از یکدیگر، اصولاً امکان پذیر و عملی نیست، حتی اگر در گذشته چنان بوده باشد. در نتیجه، در فهم و استنباط جدید از اصل تفکیک قوا، نوعی جارو جنجال مداوم میان استقلال شعب مختلف قوای دولتی و روابط درونی فیمابین آنها وجود دارد. در مباحث بعدی جنبه های تفصیلی و مختلف این رابطه پیچیده میان قوای دولتی بیشتر مورد بحث قرار خواهد گرفت.

یکبار دیگر با رجوع به کارکردهای اصل تفکیک قوا، باید تکرار نمود که هدف اصلی این اصل کاهش امکان خود کامگی و استبداد و سوء استفاده از قدرت است. بدین صورت، این اصل به عنوان محافظ آزادی شخصی اتباع عمل می‌کند. این خصوصیت با کنترل قدرت در معنای «بررسی ها و توازن‌ها» (چگ و بیلاس) تکمیل می‌شود. صلاحیت‌ها و حقوق مبنی بر مشارکت که در قانون اساسی مشخص شده‌اند، کنترل سه قوه توسط همدیگر را تضمین می‌کنند. این اصل مراقب آن است که هیچ قوه‌ای بیش از حد قوی نشده، و سوسه نگردد که اتباع را تحت ستم قرار داده، از آن طریق آزادی‌های آنها را محدود کند.

با این حال، تفکیک قوا فواید آشکار بیشتری دارد. در این باره باید تأکید کرد که انتقال دادن وظایف دولت به ارگان‌های مختلف موجب آن می‌شود که اطمینان حاصل کنیم صلاحیت‌ها به نحوی مناسب با خصوصیات و توانمندیهای خاص هر کدام از ارگان‌های ذریبط، میان آنها توزیع شده است.

یک توضیح خوب در ارتباط به فهم و تفسیر آلمانی از تفکیک قوا، به ترتیبی که در ماده ۲۰ قانون اساسی آلمان جای گرفته است، در ذیل یکی از تصمیمات اخیر محکمه فدرال قانون اساسی آلمان ارایه گردیده است که مطابق آن:

«تفکیک قوا که در اصل ۲ (۲) ۲۰ قانون اساسی مشخص شده است ... موجب کنترل متقابل ارگان‌های دولت بر یکدیگر و در نتیجه تعدیل قدرت دولت می‌شود. به این وسیله، تلاش می‌شود تصمیمات دولت تا آنجا که امکان‌پذیر است صحیح و درست اتخاذ شوند، به عنوان مثال از طریق ارگان‌هایی که بوسیله سازماندهی، ترکیب کارکرد و پروسه خود به دنبال بهترین کیفیت هستند. اصل تفکیک قوا

هیچ‌جا به صورت مطلق^{۱۱۱} ایجاد نشده است. روابط درونی و توازن‌های بسیاری میان قوا وجود دارد. قانون بنیادین (اساسی) تفکیک مطلق را بیان نکرده است، بلکه کنترل متقابل، تعدیل و جلوگیری از قدرت‌ها را بیان کرده است. با این حال، تعیین اهمیت و جایگاه خاص هر کدام از قوا که در قانون اساسی آمده است باید مدنظر قرار گیرد. هیچ کدام از قوا نمی‌تواند جایگاه و موقعیت غالب و بلندتری نسبت به قوه دیگر، به ترتیبی که در قانون اساسی پیش‌بینی نشده است، داشته باشد. هیچ کدام از قوا نمی‌تواند محروم از صلاحیت‌ها و اختیاراتی گردد که برای انجام وظایف مقرر شده در قانون اساسی به آنها ضرورت دارند. محتوای اصلی قوای مختلف نمی‌تواند تغییر کند. این امر، امکان آن که یکی از قوا، مکلفیت معمول و نوعی خود را به ترتیب تعیین شده در قانون اساسی از دست بدهد منع می‌کند.^{۱۱۲}

این تصمیم ابعاد و جنبه‌های متعددی را ارایه می‌کند که برای فهم و درک مفهوم تفکیک قوا بسیار مهم و اساسی بوده و قابل انتقال به نظام‌های قانون اساسی دیگر نیز می‌باشد.

۱. تفکیک سازمانی و تشکیلاتی قوا

همان‌گونه که تصمیم مذکور حاکی است، اصل تفکیک قوا متضمن آن است که سه قوه باید به نحو جداگانه سازمان یابند. در آلمان این موضوع در پاراگراف ۲ ماده ۲۰ قانون اساسی اعلام گردید که مستقیماً خود به تنظیم جنبه‌های تشکیلاتی با ذکر «**نهادهای خاص** تقنینیه، اجرائیه و قضائیه» پرداخته است، اعلام گردید.^{۱۱۳} این امر به معنای آن است که به عنوان مثال، یک مرجع اجرایی و یک محکمه منطوقی نمی‌توانند توسط یک چوکات اداری مشابه رهبری گردند. این دستور حافظ منع اعمال تأثیر غیر مستقیم یکی از قوا نسبت به قوای دیگر است.

در افغانستان، تفکیک سازمانی قوا از یکدیگر، به طریق انتزاعی تنظیم نشده است، بلکه در مواد مرتبط این تفکیک از طریق تأکید بر شعب مختلف قوای دولت صورت گرفته است.

^{۱۱۱} تأکیدها از مؤلف است.

^{۱۱۲} BVerGE (مجموعه تصمیمات محکمه فدرال قانون اساسی) ۹۵، ۱، ص ۱۵

ترجمه شده توسط محترم آقای کلمنس فاین آوگل. تأکید از مؤلف است.

^{۱۱۳} تأکید از مؤلف است.

ماده ۱۱۶ قانون اساسی قوه قضائیه را به عنوان رکن مستقل حکومت افغانستان با برخوردارى از یک نظام دارای سه سطح و در بالای آن ستره محکمه بیان و اعلام کرده است. تفکیک سازمانی قوا بسیار سخت و غیر منعطف است، زیرا ستره محکمه، ریاست قوه قضائیه را برعهده داشته و همچنین اداره و بودجه آن را نیز رهبری می‌کند.

دو شعبه دیگر قوای دولت نیز به نحو جداگانه سازمان یافته‌اند. قوه اجرائیه توسط رئیس جمهور ریاست می‌شود (ماده ۷۱ قانون اساسی)، در حالی که هر دو مجلس شورا، یک نفر از اعضای خود را به حیث رئیس جهت رهبری امور اداری آن انتخاب می‌کند (ماده ۸۷ قانون اساسی). یک هیئت اداری که متشکل از اعضای هر یک از دو مجلس شورا هستند رؤسای هر یک از دو مجلس مربوط را در این باره حمایت می‌کنند.

۲. تفکیک شخصی قوا

جنبه شخصی تفکیک قوا در قسمت نقل شده از تصمیم محکمه فدرال قانون اساسی آلمان ذکر نشده است. با این حال، تجمیع و ترکیب یک وظیفه قضایی و اجرایی در یک شخص، موجب نقض اصل تفکیک قوا خواهد شد. اگر یک قاضی در عین حال یک وزیر هم باشد، اندیشه و آرمان تفکیک قوا نقض خواهد شد.

در افغانستان، این جنبه از تفکیک قوا در ماده ۱۵۲ قانون اساسی تضمین شده است. مطابق این مقرر:

«رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزراء و روسا و اعضای شورای ملی و ستره محکمه، لوی څارنوال و قضات نمی‌توانند در مدت تصدی وظیفه به مشاغل دیگری اشتغال ورزند».

۳. تفکیک قوا به عنوان «اصل همکاری» نه تفکیک مطلق

همان گونه که در تصمیم فوق الذکر از محکمه فدرال قانون اساسی آلمان می‌توان ملاحظه نمود، اصل تفکیک قوا در هیچ کجا به صورت مطلق تطبیق نشده است.^{۱۱۴} به ترتیبی که

^{۱۱۴} همچنین بنگرید به:

Wolfgang Hoffmann-Riem: "Gewaltenteilung - mehr Eigenverantwortung für die Justiz?," *Deutsche Richterzeitung*, Vol. 78 (2000), P.18; Eberhard Schmidt-Aßmann Der Rechtsstaat in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (eds.) *Handbuch des Staatsrechts*, 2nd edition, 1995, 987, 1011.

تاکنون شرح داده‌ایم، اصل تفکیک قوا به نحو عادی متضمن هیچ گونه تفکیک مطلق شعب قدرت دولتی از یکدیگر نمی‌باشد. در مقابل، قوای مذکور دارای روابط درونی و متوازن بوده، به کنترل متقابل، تعدیل و بررسی و متوازن کردن یکدیگر می‌پردازند. این امر به معنای آن است که در بیشتر موارد وقتی یکی از قوای سه گانه قدرت خود را به مورد اجرا می‌گذارد، دو قوه دیگر نیز تا حدودی درگیر موضوع می‌باشند. این موضوع با نگاهی به «قانون» و کارکردهای آن در قانون اساسی آلمان و افغانستان واضح می‌شود:

مطابق ماده (۳) ۲۰ از قانون اساسی آلمان :

«قوه تقنینیه باید ملتزم و متعهد به نظم مبتنی بر قانون اساسی، قوه اجرائیه و قوه قضائیه باید ملتزم به قانون و عدالت باشند».

بنابراین، از آنجا که قوای اجرائیه و قضائیه ملتزم به قانون می‌باشند،^{۱۱۵} مقنن می‌تواند نسبت به کنترل آنان اقدام نموده، در رابطه با رفتار آنها حکم کند.

در عین حال، وقتی قوه قضائیه اقدام به بررسی تصامیم قوه اجرائیه می‌کند، قوانین معیار و میزان بررسی قضایی آن می‌باشند. در این مورد، قوه قضائیه، قوه اجرائیه را کنترل می‌کند، لیکن در همان حال، قوه قضائیه توسط قانونی که از طرف قوه مقننه آمده است، متعهد و ملتزم شده است. محاکم نمی‌توانند خودسرانه اقدام به بررسی و نقض یا لغو قوانین مصوب پارلمان کنند. در آلمان به عنوان یک نظام حقوقی نوشته، اقدامات روزمره قضات مبتنی بر تطبیق قوانین موضوعه موجود است. وظیفه وضع قانون منحصر به قوه مقننه است. در نتیجه تنها در موارد استثنایی است که قوه قضائیه در ایجاد قانون و انکشاف آن درگیر شده، مشارکت می‌کند. این امر زمانی صورت می‌پذیرد که نوعی خلأ و فاصله در قانون آشکار می‌شود، به این معنا که محکمه باید نسبت به اخذ تصمیم در خصوص موردی که صراحتاً در قوانین موضوعه موجود حکمی راجع به آن وجود ندارد، اقدام کند. به عنوان مثال در آلمان، معمولاً هیچ گونه جبران خسارتی بابت ایراد افترا به مفتری عنه پرداخت نمی‌شد. محاکم — با وجود فقدان حکم قانونی — در موارد شدید ایراد افترا تصمیم به جبران خسارت اتخاذ نمودند. آنها این فیصله خود را مبتنی بر حقوق بنیادین شخص متضرر که در قانون اساسی آلمان تضمین شده است کرده‌اند.

^{۱۱۵} برای مطالعه این اصل به قسمت مقید شدن قوای دولت توسط قانون مراجعه

در مواردی که قانون موضوعه کفایت نمی‌کند، قاضی باید تصمیم بگیرد و نمی‌تواند سکوت اختیار نماید. در نتیجه برای قاضی ضروری است که از طریق اعمال ارزیابی خویش از قانون انکشاف آن را تقویت کند. از دیدگاه قانون اساسی، این قواعد «قاضی-ساخت» فقط به دلیل وجود مصلحت عمومی بسیار بالا در حصول یک نتیجه روشن در قضایای مطروحه در محکمه و همچنین به دلیل حرفوی و تمامیت و اكمال اجراءات و چوکات قوه قضائیه پذیرفته شده‌اند. از آنجا که به این ترتیب قوه قضائیه صلاحیت قوه مقننه را تهدید می‌کند، قانون اساسی تنها در موارد بسیار محدود و استثنایی، اجازه اینگونه اقدامات قضایی را می‌دهد.

محاکم افغانستان همانند هم‌تایان آلمانی خود، توسط قانون اساسی و قوانین عادی ملتزم و متعهد می‌باشند. این موضوع به نحو روشن و بدون ابهامی در جمله ماده ۱۳۰ قانون اساسی بیان شده است که در آن می‌خوانیم:

«محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند».

تنها زمانی که هیچ حکمی در قانون اساسی یا سایر قوانین در ارتباط به یک موضوع وجود نداشته باشد و تنها در این صورت، محاکم می‌توانند در انکشاف قانون بر اساس تصمیم خود درگیر شوند، زیرا موظف به اتخاذ تصمیم وفق ماده ۱۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم می‌باشند. چنین خلاء و شکافی در قانون تنها زمانی که همه تلاش‌ها برای تفسیر قانون انجام شده و منجر به یافتن قاعده‌ای جهت حکومت بر قضیه مطروحه نگردیده است، قابل تصور می‌باشد.^{۱۱۶} اگر این تلاش بدون حصول به نتیجه‌ای صورت پذیرفته باشد، قاضی ممکن است حکمی را از فقه حنفی، که معیار و میزانی علیحده تلقی می‌شود، در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع کرده است و به ترتیبی که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید، تطبیق کند. به هر حال، باید اضافه نمود که اگر قوه مقننه نسبت به راه حلی که توسط محکمه بر مبنای فقه حنفی پیدا شده است، احساس رضایت نکند، هیچ گونه محدودیتی جهت وضع قانون دیگر و قابل تطبیق در مورد قضایای آینده در این خصوص ندارد.

^{۱۱۶} برای آشنایی با روش‌های تفسیر قوانین لطفاً مراجعه کنید به رهنمود قانون

اساسی، جلد دوم، حقوق بشر.

بدین ترتیب، اگر مقنن اقدام به کنترل قوه اجرائیه و قضائیه می‌کند، این پرسش باید طرح شود که پس چه کسی وی را کنترل می‌کند. در آلمان، این قدرت انحصاری متعلق به محکمه فدرال قانون اساسی در سطح فدرال و محاکم قانون اساسی در سطح ولایت در ولایات مختلف جمهوری فدرال آلمان می‌باشد.

در افغانستان، این مسئولیت برعهده ستره محکمه است که مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی صلاحیت بررسی مطابقت قوانین و فرامین تقنینی را با قانون اساسی حسب تقاضای حکومت یا محاکم تحتانی دارد.

۴. مضمون اصلی و غیر قابل تغییر قوای مختلف

قسمت دیگری از تصمیم محکمه فدرال قانون اساسی آلمان بیان می‌کند: «هیچ کدام از قوا نباید محروم از صلاحیتی که برای تطبیق احکام قانون اساسی به آن ضرورت دارند، گردند. مضمون اصلی قوای مختلف نمی‌تواند تغییر کند. این امر هر کدام از قوا را ممنوع می‌کند که یکی از وظایف معمول و نوعی خود را که در قانون اساسی برای آن تعیین شده است، از دست بدهد». برای محافظت از موقعیت مستقل قوا، با توجه به ارتباط درونی آنها با یکدیگر، محکمه مذکور تأکید می‌کند که هر قوه باید به حیث یک قوه مستقل، «نمایان و قابل رؤیت» باقی بماند. بنابراین، مضمون و محتوای محوری هر قوه باید محفوظ باشد. به عنوان مثال، از آنجا که سیاست‌گذاری عمومی شامل عناصر اجرائیه و نیز مقننه می‌شود، اگر قوه مقننه قانون مفصلی را بدون ایجاد امکان هر گونه مشارکت قوه اجرائیه وضع کند، مغایر قانون اساسی عمل کرده است. در این قضیه، قوه اجرائیه از آن به بعد به عنوان یک قوه مستقل، قابل رویت و نمایان نخواهد بود.

این جنبه از تفکیک قوا برای قانون اساسی افغانستان نیز اعتبار دارد، زیرا اگر یکی از سه شعبه قوای دولت هویت و استقلال خود را از دست بدهد، دیگر نمی‌توان از نظامی که مطابق با اصل تفکیک قوا سخن گفت. در مورد استقلال قوه قضائیه ماده ۱۲۲ قانون اساسی تصریح می‌کند که «هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده [یعنی در مواد ۱۱۶ تا ۱۳۵ قانون اساسی]، خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند.» به دلیل اهمیت گسترده استقلال قضایی برای اصل تفکیک قوا و حاکمیت قانون، این دستور قانون اساسی کاملاً به جا و صحیح است.

۵. تفکیک قوا به عنوان وسیله‌ای برای انکشاف کارکرد دولت

فراتر از این، فیصله محکمه فدرال قانون اساسی آلمان بیان می‌کند که تفکیک قوا «کوشش می‌کند تصامیم دولت تا آنجا که امکان پذیر است صحیح و درست اتخاذ گردند. به این معنا که اتخاذ این تصامیم از طریق ارگان‌ها و بر مبنای سازماندهی، ترکیب، کارکرد و پروسه‌ای که به دنبال بهترین کیفیت است، صورت می‌گیرد». این نکته نشان می‌دهد که اصل تفکیک قوا به گونه‌ای که در آلمان از آن درک و فهم شده است، نه تنها جهت اجتناب از استبداد و دیکتاتوری است، بلکه تلاش می‌کند کارکرد دولت به عنوان یک کل را از طریق بهترین ارگان‌های ذیصلاح و تصمیم‌ساز توسعه دهد.

تفسیر پیرامون قضایا

قضیه یکم

تعدیل پیشنهادی قانون اساسی از جهت اصل تفکیک قوا به خصوص در ارتباط به جنبه تشکیلاتی آن مشکل‌آفرین است. اگر این پیشنهاد تأیید شود رئیس قوه اجرائیه، ریاست قوه قضائیه را نیز خواهد داشت. این امر مناقض با تفکیک قوا است.

قضیه دوم

ماده ۱۵۲ قانون اساسی ممنوعیت برخی مقامات دولتی از تصدی مشاغل دیگر در مدت تصدی وظیفه را صراحتاً بیان کرده است. این دستور شامل قضات نیز می‌شود. در نتیجه، الف نمی‌تواند هم نماینده ولسی جرگه باشد و هم قاضی. اگر او به عنوان نماینده در ولسی جرگه انتخاب شود، مطابق فقره ۴ پاراگراف ۱ ماده ۶۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و ماده ۱۵۲ قانون اساسی باید از سمت قضایی خود برکنار شود.

ت) استقلال قضایی**۱. احکام ذریبط****ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان**

قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد.
 قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که
 تشکیلات و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم می‌گردد.
 ستره محکمه به حیث عالی‌ترین ارگان قضائی در رأس قوه قضائیه جمهوری اسلامی
 افغانستان قرار دارد.

ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان

ستره محکمه مرکب است از نه عضو که از طرف رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه و با
 رعایت احکام مندرج فقره آخر ماده پنجاهم و ماده یکصد و هجدهم این قانون اساسی در
 آغاز به ترتیب ذیل تعیین می‌گردند:
 سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال.
 تعیینات بعدی برای مدت ده سال می‌باشد.
 تعیین اعضا برای بار دوم جواز ندارد.
 رئیس جمهور یکی از اعضا را به حیث رئیس ستره محکمه تعیین می‌کند.
 اعضای ستره محکمه به استثنای حالت مندرج ماده یکصد و بیست و هفتم این قانون
 اساسی، تا ختم دوره خدمت از وظایف‌شان عزل نمی‌شوند.

ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان

عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می‌باشد:

۱. سن رئیس و اعضا در حین تعیین از چهل سال کمتر نباشد؛
۲. تبعه افغانستان باشد؛
۳. در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و
 تجربه کافی داشته باشد؛
۴. دارای حسن سیرت و شهرت نیک باشد؛

۵. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد؛
۶. در حال تصدی وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.

ماده ۱۱۹ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه قبل از اشغال وظیفه، حلف آتی را در حضور رئیس جمهور بجا می‌آورند.

بسم الله الرحمن الرحيم

«به نام خداوند بزرگ جل جلاله سوگند یاد می‌کنم که حق و عدالت را بر طبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تأمین نموده، وظیفه قضا را با کمال امانت، صداقت و بی‌طرفی اجرا نمایم.»

ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان

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 ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان

بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد.

ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان

هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه‌یی 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 نمی‌گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۲۳ قانون اساسی افغانستان

با رعایت احکام این قانون اساسی، قواعد مربوط به تشکیل، صلاحیت و اجراءات محاکم و امور مربوط به قضات توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۲۴ قانون اساسی افغانستان

در مورد مأمورین و سایر کارکنان اداری قوه قضائیه، احکام قوانین مربوط به مأمورین و سایر کارکنان اداری دولت نافذ می‌باشد ولی تقرر، انفکاک، ترفیع، تقاعد، مجازات و مکافات‌شان توسط ستره محکمه مطابق به احکام قانون صورت می‌گیرد.

ماده ۱۲۵ قانون اساسی افغانستان

بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت از طرف ستره محکمه ترتیب گردیده، به حیث جزء بودجه دولت، توسط حکومت به شورای ملی تقدیم می‌شود. تطبیق بودجه قوه قضائیه از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد.

ماده ۱۲۶ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره خدمت مستفید می‌شوند مشروط بر اینکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نوزند.

ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان

هرگاه بیش از یک ثلث اعضای ولسی جرگه، محاکمه رئیس یا عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت تقاضا نماید و ولسی جرگه این تقاضا را با اکثریت دو ثلث کل اعضا تصویب کند، متهم از وظیفه عزل و موضوع به محکمه خاص محول می‌گردد.

تشکیل محکمه و طرز العمل محاکمه، توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان

در محاکم افغانستان، محاکمه بصورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد. محکمه می‌تواند 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 ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان

محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می‌نماید، در فیصله ذکر کند. تمام فیصله‌های قطعی محاکم واجب التعمیل است مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهوری می‌باشد.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند.

هرگاه برای قضیه‌یی از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین، حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.

ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان

محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند.

ماده ۱۳۲ قانون اساسی افغانستان

قضات به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می‌گردند. تقرر، تبدل، ترفیع، مواخذه و پیشنهاد تقاعد قضات مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد. ستره محکمه بمنظور تنظیم بهتر امور اجرایی و قضایی و تأمین اصلاحات لازم، آمریت عمومی اداری قوه قضائیه را تأسیس می‌نماید.

ماده ۱۳۳ قانون اساسی افغانستان

هرگاه قاضی به ارتکاب جنایت متهم شود، ستره محکمه مطابق به احکام قانون به حالت قاضی رسیدگی نموده، پس از استماع دفاع او، در صورتی که ستره محکمه اتهام را وارد بداند پیشنهاد عزلش را به رئیس جمهور تقدیم و با منظوری آن از طرف رئیس جمهور، قاضی متهم از وظیفه معزول و مطابق به احکام قانون مجازات می‌شود.

ماده ۱۵۳ قانون اساسی افغانستان

قضات، ثرنوالان، صاحب منصبان قوای مسلح و پولیس و منسوبین امنیت ملی، در مدت تصدی وظیفه نمی‌توانند در احزاب سیاسی عضویت داشته باشند.

۲. تبصره: استقلال قضایی

اندیشه استقلال قوه قضائیه یک نظریه حقوقی پایدار است. این نظریه در قوانین اساسی ملی و قوانین عادی متعدد اعلام شده و توسط معاهدات بین‌المللی و اسناد و سایل حقوقی مختلف و از ابتدا توسط اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ به رسمیت شناخته شده است.^{۱۱۷} این اصل به علاوه توسط پاراگراف ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۱۱۸} و ماده ۳۷ کنوانسیون حقوق طفل^{۱۱۹} اعلام شده است. افغانستان عضو هر دو سند بین‌المللی و حقوق بشری فوق‌الذکر است.^{۱۲۰} فراتر از این، کنوانسیون‌های مهم منطوقی حقوق بشر نیز استقلال قضایی را تقویت نموده، ارتقاء

^{۱۱۷} پذیرفته شده و رسماً انتشار یافته توسط قطعنامه (III) ۲۱۷ مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ مجمع عمومی سازمان ملل سند (۱۹۴۸) ۴/۸۱۰؛ در ماده ۱۰ بیان می‌کند که: «هر کس با مساوات کامل حق دارد که دعوی‌اش به وسیله محکمه مستقل و بی‌طرف منصفانه و علناً رسیدگی شود و چنین محکمه‌ای درباره حقوق و جرایب او یا هر اتهام جزایی که به او توجه پیدا کرده باشد، اتخاذ تصمیم بنماید.» (تأکید از مؤلف است).

^{۱۱۸} فقره ۱ ماده ۱۴: «هر کس حق دارد به این که به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک محکمه ذیصلاح مستقل و بیطرف تشکیل شده طبق قانون رسیدگی بشود.»

^{۱۱۹} ماده ۳۷: «کشورهای عضو باید اطمینان حاصل کنند که: «[...]» (د) هر طفل محروم از آزادی باید حق دسترسی سریع به حمایت حقوقی و سایر حمایت‌های مناسب را به علاوه حق بررسی و ایراد بر قانونی بودن محرومیت از آزادی‌اش را در نزد یک محکمه یا سایر مراجع ذیصلاح، مستقل و بیطرف داشته باشد و نیز حق داشته باشد که راجع به چنین اقداماتی سریعاً اتخاذ تصمیم گردد.»

^{۱۲۰} الحاق افغانستان به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در تاریخ ۲۴ ژانویه ۱۹۸۳؛ امضای کنوانسیون حقوق طفل توسط افغانستان در تاریخ ۲۸ مارس

داده‌اند.^{۱۲۱} به علاوه، این اصل در قوانین بین‌المللی بشر دوستانه^{۱۲۲} و مقررات محاکم بین‌المللی نیز انعکاس یافته است.^{۱۲۳}

مجمع عمومی سازمان ملل متحد جهت تعیین و تحکیم معنای استقلال قضایی و ایجاد زمینه پی‌گیری تطبیق آن، اقدام به ارایه اصول اساسی استقلال قضایی نمود.^{۱۲۴} اگرچه کشورهای عضو این سازمان متعهد به اجرای قطعنامه‌های مجمع عمومی نیستند^{۱۲۵}، با این حال آنها، زمینه‌های مناسبی را برای ارزیابی تطبیق و اجرای استقلال قضایی فراهم کردند.

^{۱۲۱} همچنین به عنوان مثال بنگرید به: کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰)، ماده ۶؛ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر (۱۹۶۹) ماده ۸؛ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم (۱۹۸۱) ماده ۷۰.

^{۱۲۲} به عنوان مثال بنگرید به ماده ۳ کنوانسیون ژنو (۱۹۴۹)، پروتکل الحاقی اول ماده ۷۵ فقره ۴ (۱۹۷۷)، پروتکل الحاقی دوم ماده ۶ فقره ۲ (۱۹۷۷).

^{۱۲۳} ماده ۲ اساسنامه محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۶ جون ۱۹۴۵؛ ماده ۴۰ اساسنامه روم (۱۹۹۸)، سند شماره ۳۸۵۴۴ UNTS؛ ماده ۱۲ اساسنامه دیوان بین‌المللی یوگسلاوی سابق ضمیمه سند سازمان ملل S/۲۳۵۷۰۴ با ماده ۱۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی رواندا، ضمیمه سند سازمان ملل S/Res/955 (۱۹۵۵)؛ همچنین بنگرید به:

D. Shelton, "The Independence of International Tribunals", in: C. Trindade / A. Augusto (Eds.), *The Modern World of Human Rights--Essays in Honour of T. Buergenthal*, 1996, 299 et Seq.

^{۱۲۴} اصول بنیادین استقلال قوه قضائیه به اجماع در هفتمین کنگره جلوگیری از جرم و اصلاح مجرمان سازمان ملل متحد در میلان، ۶ سپتامبر ۱۹۸۵ پذیرفته شد و توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد طی سند نمبر A/Res/40/32 در ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ منتشر شد. مجمع عمومی بعداً این اصول را به صورت خاص مورد استقبال قرار داد و از دولت‌ها دعوت نمود که ضمن رعایت این اصول، آنها را در چوکات قانونگذاری و رویه ملی مورد توجه قرار دهند، سند شماره A/RES/40/32 ۱۳ دسامبر ۱۹۸۵ پاراگراف ۲.

¹²⁵ K. Hailbronner / E. Klein in: B. Simma / H. Mosler / A. Randelzhofer / C. Tomuschat / R. Wolfrum (eds.) *The Charter of the United Nations- A Commentary*, 2002, 268 et seq.; A. Cassese, *International Law*, 2005, 335.

علاوه بر اصول سازمان ملل متحد راجع به استقلال قضایی، چندین سازمان غیردولتی موازین جامع و کامل دیگری را نیز ایجاد کرده‌اند.^{۱۲۶}

استقلال قوه قضائیه مقتبس از یکی از مهمترین اجزا و عناصر ثابت عدالت یعنی بی طرفی است.^{۱۲۷} استقلال ناظر به استقلال قاضی در تطبیق قانون بر وقایع و به هنگام قضاوت راجع به قضایا است. این اصل را می‌توان دقیقاً با بررسی و توصیف دو بُعد آن بیشتر شرح و توصیف نمود: نخست، استقلال نهادی که مستقیماً ناظر به اصل تفکیک قوا است، و در نتیجه هرگونه دخالت و تأثیرگذاری غیر موجه از طرف سایر ارگان‌های دولتی بر قوه قضائیه را به عنوان یک کل منع می‌کند و دوم استقلال فردی. در حالی که استقلال نهادی اصولاً دخالت قوه اجرائیه و همچنین به اندازه‌ای کمتر دخالت قوه تقنینیه را منع می‌کند،^{۱۲۸} استقلال فردی متمرکز بر شخص قاضی بوده و به معنای استقلال شخصی قاضی در مقابل فشارهای خارجی و داخلی است. تأثیرگذاری و فشار غیر موجه ممکن است به وسیله سایر اعضای قوه قضائیه، مخصوصاً مقامات بلندتر صورت گیرد. به منظور تأمین و تضمین اخذ تصمیم بی طرفانه شخص قاضی باید از هرگونه دخالت و فشار به هنگام حصول به یک تصمیم آزاد بوده و باید تنها تابع قانون باشد.

۱-۲. استقلال نهادی

همان گونه که تاکنون مورد اشاره قرار گرفت، استقلال نهادی قوه قضائیه مستخرج از اصل تفکیک قوا است. همان طور که راپورتر مخصوص سازمان ملل متحد در ارتباط به استقلال قضاوت و وکلا در یکی از گزارش‌های خود خاطر نشان کرده است:

^{۱۲۶} برای مطالعه مقایسوی بنگرید به:

Center for the Independence of Judges and Lawyers, CIJL Bulletin No.25-26 (1990), 1 et seq; International Commission of Jurists, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors*, Practitioners' Guide Series No. 1, 2004

^{۱۲۷} J.L. Morse, "A Declaration about Judicial Independence," *Quinnipiac Law Review*, Vol. 20 (2000), 731-737.

^{۱۲۸} M. Nowak, *CCPR Commentary*, 2005, 319.

«[...] اصل تفکیک قوا [...] مبنایی است که بر اساس آن مقدمات ضروری

استقلال قضایی و بی طرفی بنیان گذاشته شده است.»^{۱۲۹}

تفکیک قوا مقتضی هر کدام از قوای عمومی، استقلال متقابل آنها و تضمین کننده محدوده هر کدام از قوا به نقش مربوط آن است. در نتیجه، قوه قضائیه باید دارای صلاحیت قضایی نسبت به همه مسایل دارای ماهیت قضایی و دارای اختیارات انحصاری جهت تعقیب آن باشد و صلاحیت آن را داشته باشد که آیا مسأله‌ای که جهت تصمیم‌گیری آن عرضه شده است، در صلاحیت رسیدگی آن به ترتیب مقرر در قانون است یا نه.

یک نکته مهم دیگر در خصوص تفکیک قوا و استقلال نهادی، شکل‌گیری قوه قضائیه مثلاً در ارتباط به کیفیت انتصاب قضات است. در حقوق بین‌الملل هیچ توافقی در رابطه با روش انتصاب قضات وجود ندارد. مقایسه میان نظام‌های حقوقی متفاوت نشان می‌دهد روش‌های چندی برای انتصاب قضات وجود دارد. مدل‌های مختلفی مانند انتصاب توسط حکومت، انتصاب بوسیله حکومت با اخذ رضایت پارلمان یا یک کمیسیون خدمات قضایی، انتصاب توسط خود گروه قضات یا انتخاب از طرف مردم یا پارلمان وجود دارد. فراتر از این، روش‌های مختلف انتصاب قضات برای جایگاه‌ها و مراتب مختلف در قوه قضائیه وجود دارد. هر کدام از نظام‌ها دارای مفاد و مضار خود می‌باشد.^{۱۳۰} به عنوان مثال، انتخاب قضات توسط مردم می‌تواند آنان را به اتخاذ تصمیمات بر مبنای پسند و پذیرش عمومی یا حمایت از عقاید عامه ترغیب کند، در حالی که انتخاب یا انتصاب توسط یک قوه از قوای دولتی دارای عیب و ایراد وابسته شدن قاضی شخصی به مرجع منصوب کننده / انتخاب کننده می‌باشد.

در ارتباط به این معایب نوعی تعامل میان قوای عمومی جهت انتصاب در قوه قضائیه مرجح به نظر می‌رسد. فراتر از این، مطلوب است که حداقل مشاوره با قوه قضائیه در انتصاب یا انتخاب قضات، مخصوصاً به جهت احراز صلاحیت حرفوی کاندیداها صورت گیرد.

^{۱۲۹} گزارش راپورتر مخصوص در ارتباط به استقلال قضات و وکلا، سند سازمان

ملل متحد تحت نمبر E/CN.4/1995/39 پاراگراف ۵۵.

^{۱۳۰} مقایسه کنید به:

International Commission of Jurists, *The Rule of Law and Human Rights*, 1966, 30.

آنچه در هر نظامی واجد اهمیت اساسی است این است که قاضی منتخب یا انتصابی از مرجع و نهاد منصوب کننده مستقل باشد، که به بهترین شکل، در صورتی تضمین می‌شود که طرز العمل مربوطه تنها در دستان یک قوه حکومتی واقع نشده باشد. برای تأمین استقلال و بی‌طرفی قوه قضائیه از طریق کاهش امکان استخدام غیر قانونی قضات، پروسه استخدام نیازمند داشتن معیارها و موازین شفاف و سخت‌گزینه نیز می‌باشد؛ همچنین این موازین باید به شکل شفاف اجرا شوند.

(۱) صلاحیت‌های قوه قضائیه

مواد ۱۲۰ و ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان شرایط ضروری استقلال نهادی قوه قضائیه را با تعیین اینکه صلاحیت رسیدگی به تمام دعاوی منحصر به قوه قضائیه بوده و هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت قضیه یا ساحه‌ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه خارج بسازد، مورد پذیرش قرار داده و فراهم کرده است.

یک جنبه مثبت دیگر در ارتباط به استقلال نهادی قوه قضائیه این واقعیت است که ستره محکمه فی نفسه مسئول تنظیم بودجه قوه قضائیه^{۱۳۱} و نیز توزیع آن است.^{۱۳۲}

(۲) شکل‌گیری قوه قضائیه

در ارتباط به شکل‌گیری قوه قضائیه، باید بین قضات ستره محکمه و قضات عادی فرق قایل شد، زیرا آنها به نحو متفاوتی تعیین می‌شوند.

انتصاب قضات ستره محکمه

قانون اساسی افغانستان مسئولیت مشترک پارلمان و رئیس جمهور^{۱۳۳} برای انتصاب قضات ستره محکمه را صراحتاً تعیین کرده است. رئیس جمهور قضات ستره محکمه را با تأیید ولسی جرگه منصوب می‌کند. به نظر می‌رسد چنین تعاملی به طور کلی تضمین مناسبی جهت تأمین استقلال ستره محکمه و قضات آن باشد. نکته قابل ایراد، مسأله عدم امکان

^{۱۳۱} فقرة ۱ پاراگراف ۱ ماده ۲۹ ق. ت. ص. م. ا. (۱۳۸۴).

^{۱۳۲} فقرة ۸ پاراگراف ۱ ماده ۲۹ ق. ت. ص. م. ا. (۱۳۸۴).

^{۱۳۳} ماده ۱۱۷ قانون اساسی.

اعتراض به کاندیدا کردن و تویی (معرفی با حق رد) است.^{۱۳۴} نظامنامه اجرایی ولسی جرگه چنین امکانی را فراهم نکرده است. بدون شناخت حق رد اقلیت، این خطر وجود دارد که یک قوه اجرائیه برخوردار از حمایت اکثریت پارلمان، می‌تواند فقط کاندیداهایی را از حزب خود تعیین نموده، منجر به ایجاد قوه قضائیه یک طرفه یا دچار انحراف شود.

انتصاب قضات عادی

رئیس جمهور قضات عادی را به پیشنهاد ستره محکمه نصب می‌کند.^{۱۳۵} آمریت عمومی اداری قوه قضائیه این صلاحیت قوه قضائیه را اعمال می‌کند.^{۱۳۶} این دستور به قوه قضائیه امکان مشارکت گسترده در انتصاب قضات را اعطاء نموده و ترتیب نسبتاً منحصر به فردی را ایجاد کرده است. از جهت مقایسوی، در آلمان قضات فدرال از طریق کمیته خاص انتخاب کننده که متشکل از اعضای قوه تقنینیه و قوه اجرائیه بوده و توسط رئیس جمهور تعیین گردیده‌اند، انتخاب می‌شوند.^{۱۳۷} در حالی که قوه قضائیه تنها حق دارد که

^{۱۳۴} به عنوان مثال در ایالات متحده آمریکا، امکان این که اقلیت اقدام به رد انتصابات نماید از طریق تنظیمات اجرایی که اقلیت مذکور را به نحو موثری قادر به جلوگیری از انتصاب یک کاندیدای غیر قابل پذیرش می‌کند، تأمین شده است. این نوع اخلال در پروسه اخذ تصمیم (آبستراسیون) مثلاً شامل سخنرانی نامحدود یک سناتور که به نحو موثری از رد یک کاندیدا جلوگیری می‌کند می‌باشد. این امکان در این نهاد از آن جهت ایجاد شده است که قواعد حاکم بر سنا هیچ گونه محدودیت زمانی برای بحث ایجاد نکرده‌اند. همچنین بنگرید به:

D. S. Rukus, *Suprem Court Appointment Process: Rules of the President, Judiciary Committee, and Senate*. CRS Report for Congress, 2005, 30 et seq.;

برای مطالعه مفصل در ارتباط به سیستم آمریکا بنگرید به:

H.J. Abraham, *The Judiciary*, 1996.

^{۱۳۵} ماده ۱۳۲ قانون اساسی با مواد ۶۰، ۵۸، ۲۹ فقره ۱ فقره ۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴).

^{۱۳۶} فقره ۲ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴).

^{۱۳۷} فقره ۲ ماده ۹۵ قانون بنیادین جمهوری فدرال آلمان (۱۹۴۹) و فقره‌های ۵-۲ ماده ۱۲ قانون انتخاب قضایی برای مطالعه تفصیلی درباره نظام آلمان بنگرید به:

D. C. Umbach, "The Independence of the Judiciary and the Rule of Law," in E. Cotran / A.O. Sherif, *The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*, 1997, 241 et seq. (245).

طرف مشورت قرار گیرد.^{۱۳۸} حتی نظام ایتالیوی، که با نظام انتصاب قضات در افغانستان از جهت اعطای سهم برجسته به قوه قضائیه در تعیین قضات شباهت‌هایی دارد، در این رابطه بسیار محدود است.^{۱۳۹} در ایتالیا، شورای عالی قضایی مسئول تعیین قضات است.^{۱۴۰} با این حال، یک ثلث اعضای شورای عالی قضایی ایتالیا به شمول معاون رئیس جمهور توسط پارلمان انتخاب می‌شوند،^{۱۴۱} در حالی که در افغانستان تنها ستره محکمه مسئول انتخاب و پیشنهاد کاندیداها به رئیس جمهور است؛ بدون آن که سایر قوای عمومی مشارکتی داشته باشند.

با اعطای چنین امکان مشارکت گسترده به قوه قضائیه، این قاعده مقدمه ضروری و لازم مناسبی را جهت تأمین و تضمین استقلال نهادی قوه قضائیه ایجاد کرده است.^{۱۴۲} با این حال، یک نکته قابل توجه در این خصوص مغفول نهاده شدن مشارکت پارلمان در پروسه تعیین انتصاب قضات است. در حالی که عدم مشروعیت دموکراتیک (در این پروسه) را می‌توان با مشارکت رئیس جمهور منتخب مستقیم مردم جبران کرد، معهذا مشارکت پارلمان می‌توانست شفافیت این پروسه را توسعه دهد و از این طریق درک عمومی از استقلال قضایی را تقویت نماید.

۲-۲. استقلال فردی قضات

^{۱۳۸} ماده ۶۰ قانون بنیادین جمهوری فدرال آلمان.

^{۱۳۹} مواد ۱۰۴، ۱۰۵ و ۱۰۶ قانون اساسی ایتالیا مصوب ۱۰۴۸ که به ایجاد شورای عالی قضایی می‌پردازد. این شورا صلاحیت انحصاری نصب، تعیین، انتقال، ارتقاء و اقدامات انضباطی علیه قضات را دارد. برای توضیحات بیشتر بنگرید به:

M. Cappelletti / J.H. Merryman / J.M. Perillo, *The Italian Legal System*, 1967, 102 et seq.; F. Mariuzzo, "Die Selbstverwaltung der ordentlichen Richter in Italien – der oberste Rat der Richterschaft", *Deutsche Richterzeitung*, Vol. 79 (2001), 161, 163.

^{۱۴۰} ماده ۱۰۵ قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا.

^{۱۴۱} فقره ۴ و ۵ ماده ۱۰۴ قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا.

^{۱۴۲} در یک بیان کلی، برای قضات مناسب‌تر آن است که به وسیله نهادی که مستقل از قوای اجرائیه و تقنینیه است انتخاب یا منصوب شوند.

همان گونه که مورد اشاره قرار گرفت، استقلال قوه قضائیه نه تنها مستلزم استقلال نهادی بلکه مستلزم استقلال فردی قضات نیز می‌باشد. هر دو مفهوم مذکور با یکدیگر مرتبط بوده، در هم پیچیده شده‌اند. استقلال فردی مستلزم آن است که یک یک قضات از فشار و تأثیر خارجی و داخلی به شمول فشار ناشی از داخل نظام قضایی مصئون باشند.^{۱۴۳} شرایط ارائه خدمات قضایی مانند امنیت دوره تصدی به شمول موضوع بر کناری و عزل قضات از سمت قضایی در این رابطه دارای اهمیت بسیاری است. ضرورتی ندارد که آنها برای همیشه به شغل قضا منصوب شده یا غیر قابل عزل باشند، اما آنها باید حداقل برای مدت چند سال به عنوان قاضی منصوب یا انتخاب شده باشند.^{۱۴۴} بنابراین، قضات نباید تنها به خاطر سوء رفتار شدید یا ارتکاب تخلفات انضباطی یا جرایم شدید که آنها را ناتوان از تطبیق صحیح وظایف‌شان می‌کند، باید عزل شوند. قضات نباید صرف بخاطر اشتباهات ناشی از حسن نیت یا به جهت عدم موافقت با تفسیر خاصی از قانون بر کنار گردند.^{۱۴۵}

جنبه دیگر استقلال فردی قضات مربوط به موضوع تدابیر انضباطی و جزاها است. آزادی از اوامر و دستاویز و فشارها به هنگام پیشبرد یک قضیه یا دوسیه مرتبط با این موضوع است. قضات نباید به هنگام رسیدگی قضایی به یک موضوع تحت اداره و ریاست کسی بوده و یا به نحوی وابسته و غیرمستقل باشند. آنها باید در ارتباط به فعالیت‌های قضایی خاص خود مصئون از دریافت اوامر و نواهی بوده و نباید در صورت ارائه تفسیری خاص از قانون با وجود حسن نیت، مشمول تدابیر تادیبی قرار گیرند. تضمین وحدت رویه و صحت اجرای عدالت نباید از طریق تطبیق تدابیر انضباطی بلکه باید از طریق بررسی محاکم عالی صورت گیرد.^{۱۴۶}

¹⁴³ A. Cox, "The Independence of the Judiciary: History and Purpose", *University of Dayton Law Review* 21 (1996), 566 et seq.

¹⁴⁴ Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary*, 2. edi., 2005, p. 320.

¹⁴⁵ CCRP/Co/75/VNM of 5 August 2002, Para. 10

¹⁴⁶ S. Lubet, "Judicial Discipline and Judicial Independence," *Law and Contemporary Problems*, vol. 61 (1998), 59 et seq; S. Lubet, "Judicial Independence and Independent Judges", *Hofstra Law Review*, 25(1997), K. Doehring, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1984, 239.

در ارتباط به استقلال فردی، یک نکته مهم دیگر مسأله امنیت شخصی قضات و به علاوه معاش کافی آنان است.

(۱) دوره تصدی

نظام حقوقی افغانستان مقررات متفاوتی را برای دوره تصدی قضات ستره محکمه و قضات عادی و نیز برای عزل و برکناری آنان فراهم کرده است.

شرایط دوره تصدی برای قضات ستره محکمه

بعد از یک مقرر خاص برای انتصاب دوره اول،^{۱۴۷} اعضای ستره محکمه به شمول قاضی القضاات برای مدت ده سال تصدی وظیفه تعیین می‌گردند، به گونه ای که قانون اساسی تعیین آنها برای بار دوم را منع کرده است.^{۱۴۸} به طور کلی، تعیین مادام‌العمر یک شخص به عنوان قاضی فدرال به ترتیبی که در ایالات متحده امریکا^{۱۴۹} وجود دارد یا انتصاب شخص به حیث قاضی تا سن تقاعد به ترتیبی که در آلمان^{۱۵۰}، جز برای قضات محکمه فدرال قانون اساسی پذیرفته شده است، موثر ترین روش جهت تامین استقلال قضایی است. با وجود این، تعیین مدت محدود انجام وظیفه قضا، ضرورتاً متضمن میزان

^{۱۴۷} ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان: «ستره محکمه مرکب است از نه عضو که از طرف رئیس جمهور با تایید ولسی جرگه و با رعایت احکام مندرج فقره آخر ماده پنجاهم و ماده یکصد و هجدهم این قانون اساسی در آغاز به ترتیب ذیل تعیین می‌گردند: سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال. تعیینات بعدی برای مدت ده سال می‌باشد. تعیین اعضای برای بار دوم جواز ندارد. رئیس جمهور یکی از اعضاء را به حیث رئیس ستره محکمه تعیین می‌کند. اعضای ستره محکمه به استثنای حالت مندرج ماده یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی، تا ختم دوره خدمت از وظایف شان عزل نمی‌شوند.»

^{۱۴۸} ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان

^{۱۴۹} جزء ۲ ماده ۱ قانون اساسی ایالات متحده امریکا

^{۱۵۰} مواد ۱۰ و ۲۱ قانون قوه قضائیه آلمان

کمتری از استقلال نیست^{۱۵۱} و مدت ده سال برای قضات ستره محکمه را می‌توان نسبتاً مدت زمانی طولانی به حساب آورد. به علاوه این نکته را نیز باید مد نظر داشت که بسیاری از اختیارات و صلاحیت‌ها در ستره محکمه افغانستان متمرکز شده‌اند. ستره محکمه از جمله صلاحیت تفسیر و بررسی انطباق قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین المللی با قانون اساسی^{۱۵۲} و نیز صلاحیت رهبری و اداره امور قضایی^{۱۵۳} و همچنین پیشنهاد طرح قانونی به پارلمان در ارتباط به تنظیم امور قضایی را دارد^{۱۵۴}. نظر به تجمیع این صلاحیت‌ها و اختیارات، در واقع محدود کردن مدت تصدی و وظیفه قضات ستره محکمه جهت ایجاد توازن میان قوای مختلف قابل توصیه به نظر می‌رسد. صرف نظر از این نکته، استقلال قضات ستره محکمه با توجه به این مقرر که اعضای سابق این محکمه برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره خدمت مستفید می‌شوند، مشروط به این که به مشاغل دولتی و سیاسی دیگر اشتغال نوزند، افزایش یافته است.^{۱۵۵}

جزء ۱ ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان، طرز العمل محاکمه قضات ستره محکمه را تعیین و تنظیم نموده است. جهت محاکمه این قضات، حداقل بیش از یک ثلث اعضای ولسی جرگه باید محاکمه رئیس یا عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت تقاضا نمایند. به منظور عزل متهم و احاله موضوع محاکمه وی به محکمه خاص، که باید توسط قانون خاص ایجاد شود، ولسی جرگه باید این تقاضا را با اکثریت دو ثلث کل اعضا تصویب کند.^{۱۵۶}

^{۱۵۱} به عنوان مثال، قضات محکمه فدرال قانون اساسی آلمان برای مدت ۱۲ سال و بدون امکان انتصاب می‌برد، تعیین می‌شوند و تاریخ این محکمه نشان دهنده استقلال مناسب و انکشاف یافته این محکمه در ارتباط با سایر قوای دولتی است. فقرة ۴ قانون محکمه فدرال قانون اساسی.

^{۱۵۲} ماده ۱۲۱ قانون اساسی و ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴)

^{۱۵۳} ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴)

^{۱۵۴} ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴)

^{۱۵۵} ماده ۱۲۶ قانون اساسی

^{۱۵۶} این قانون باید توسط پارلمان جدید تنظیم و تصویب گردد.

با وجود این، نکته مشکل‌زا در ارتباط به استقلال قضایی ناظر به مرحله اول انتصاب قضات ستره محکمه به ترتیب مذکور در ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان است، زیرا مطابق ماده مذکور سه نفر از اعضای اولیه ستره محکمه صرف برای مدت چهار سال منصوب می‌گردند. اگر چه ضروری نیست که قضات به صورت مادام‌العمر منصوب گردند تا از استقلال قضایی برخوردار باشند، لیکن یک دوره نسبتاً طولانی که حداقل شامل چندین سال باشد، ضروری است.^{۱۵۷}

به نظر می‌رسد یک دوره وظیفوی چهار سال در یک نگرش مقایسوی با تمرکز بر قضات ملی (عادی) تا حدودی کوتاه و کم باشد. در نتیجه این موضوع محل تردید است که آیا چهار سال مذکور، مدت زمان مناسبی برای تامین و تضمین استقلال قضات مربوطه می‌تواند باشد. به طور خلاصه، صرف نظر از مشکلات مذکور راجع به ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان، احکام مربوط به دوره تصدی وظیفه اعضای ستره محکمه با شرایط و مقدمات ضروری برای تحقق استقلال قضایی هماهنگی دارد.

شرایط تصدی برای قضات عادی

دوره خدمت قضات عادی صراحتاً در قانون تعیین نشده است. با این حال، از آنجا که قانون مدت تصدی وظیفه را جز برای قضات ستره محکمه محدود نکرده است، دوره تصدی قضات (عادی) تا زمان تقاعد آنها ادامه می‌یابد. این نکته از دساتیر راجع به تقاعد مندرج در فقرة ۱ ماده ۶۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) نیز قابل فهم است، چرا که مقرر می‌دارد که تقاعد پس از پایان ۴۰ سال خدمت بالفعل، معلولیت کلی دایم یا مریضی‌های دوامداری که مانع اجرای وظیفه گردد و اكمال سن ۶۵ سالگی و دیگر شرایط مندرج در قانون اجباری است. یکی از این شرایط در ماده ۱۳۲ قانون اساسی پیش بینی شده است. مطابق حکم این ماده ممکن است قاضی توسط رئیس جمهور و با پیشنهاد ستره محکمه در صورت متهم شدن به ارتکاب جنایت و احراز آن توسط ستره محکمه، عزل گردد.

به طور خلاصه، می‌توان گفت دوره تصدی وظیفه قضات عادی به نحو رضایت آمیزی جهت حمایت از استقلال قوه قضائیه تنظیم شده است.

¹⁵⁷ M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary, 2nd Ed. 2005, 320.

(۲) ضمانت اجراها و مصئونیت از اوامر غیر مجاز (غیر ضرور)

ضمانت اجراهای (جزاهای) تادیبی در ماده ۶۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) ترتیب شده است. همانگونه که در این ماده پیش بینی گردیده است، ضمانت اجراهای تادیبی مطابق مقرره خاصی از طرف ستره محکمه تصویب می‌شود. تفصیل این مقررات در رهنمود ماکس پلانک برای اخلاق قضایی مورد بحث قرار گرفته است.^{۱۵۸}

نکته‌ای که به نحو نزدیک با نظام ضمانت اجراها و اوامر و نواهی پیوند دارد موضوع آزادی تصمیم‌گیری قضات است، به این معنا که آنها باید از رعایت دساتیر دیگران در ارتباط به انجام فعالیت‌های خاص امر قضا مصئون و آزاد باشند. این نکته در ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) مد نظر قرار گرفته است که مطابق آن محاکم حین رسیدگی به قضایا مستقل بوده و در صدور احکام تابع قانون می‌باشند.

این مصئونیت از مداخله شامل مصئونیت از دخالت مقامات مافوق در قوه قضائیه، آنگاه که یک قاضی در حال اتخاذ تصمیم راجع به یک موضوع است نیز می‌شود. مسأله حساس و مهم در این خصوص، اقدام آینده فیصله قضایی است، زیرا تشخیص تفاوت میان مداخله ناروا در اجرای عدالت و اعمال ضمانت اجراها و تدابیر تادیبی ضروری، می‌تواند موضوع بسیار مشکلی باشد.^{۱۵۹} در این رابطه، صلاحیت‌های گسترده روسای محاکم استیناف، که در ماده ۳۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم بیان شده است، مشکل آفرین به نظر می‌رسد. مطابق حکم مذکور رئیس محکمه استیناف از جمله صلاحیت رهبری و تنظیم فعالیت محاکم و دیوان‌های مربوط، توظیف موقت عضو یک دیوان به دیوان دیگر، توظیف یکی از قضات محکمه استیناف به محاکم ابتدائیه در صورت ضرورت، تفویض صلاحیت رسیدگی قضیه از یک دیوان به دیوان دیگر عندالاقضاء و توحید «تجارب قضایی» دیوان‌های مربوط را دارد. در حالی که به نظر می‌رسد معنای عبارت اخیر یعنی توحید تجارب قضایی به نوعی مبهم می‌باشد. تمام صلاحیت‌ها و اختیارات مذکور باید با رعایت کامل ضرورت حفظ استقلال شخصی

^{۱۵۸} تیلمن رودر، رهنمود ماکس پلانک برای اخلاق قضایی.

^{۱۵۹} برای ملاحظه برخی مثالهای روشن و زنده مراجعه کنید به:

قضات تفسیر و تطبیق کردند. در واقع، حمایت از استقلال فردی قضات باید بالاترین اولویت رئیس محکمه استیناف باشد. در نتیجه یک قضیه تنها در صورتی باید از یک دیوان به دیوان دیگر احاله گردد که به حیث مثال به دلیل مرض یا به مخاطره افتادن بی طرفی محکمه در یک قضیه خاص، دیوان ذیصلاح مناسب تلقی نگردد.

انتقال قضات به محاکم دیگر، اصولاً باید با رضایت و موافقت قاضی مربوط صورت گیرد. اختیارات و صلاحیت‌های گسترده رئیس محاکم استیناف به راحتی می‌تواند مورد سوء استفاده قرار گرفته و منجر به نقض استقلال فردی قضات گردد، به نحوی که به حیث مثال ممکن است یک قاضی که تصمیمی بر خلاف تمایل رئیس محاکم استیناف اتخاذ نموده است، به عنوان مجازات به یک محکمه ابتدائیه دور دست فرستاده شود. از طرف دیگر، این امر نیز قابل قبول نیست که قضات کلیه نقل و انتقالات را رد کنند؛ بدون آنکه هیچ گونه امکان رهبری قضایی استقلال فردی قضات جهت اجرای تصامیم از طریق تدابیر تادیبی وجود داشته باشد. به منظور تضمین اجرای تصامیم صحیح بدون نقض استقلال فردی قضات، به نظر می‌رسد مناسب تر آن است که از یک طرف صلاحیت‌های گسترده روسای محاکم به ارگان دیگری که جایگاه مناسب تری جهت حمایت از استقلال فردی قضات در مقابل سوء استفاده دارد انتقال داده شود و از طرف دیگر رهبری و اداره موثر محاکم تامین و تضمین گردد.

به حیث مثال، کمیته‌هایی از قضات محاکم مشخص جهت انجام این وظایف بسیار مناسب می‌باشند. اعضای قضایی چنین کمیته‌هایی نه تنها در رابطه با مسایل مطروحه در محاکم ذیربط به خوبی تجربه دارند، بلکه نظر به کنترل متقابل اعضاء، بر ارگان علمی برای حمایت از استقلال فردی قضات بسیار مناسب تر می‌باشد.

یک مشکل واقعی در ارتباط به مصوونیت قضات از مداخله و تاثیر گذاری ناروا، که در کشورهای در حال گذار بسیار شایع است ناظر به پدیده «عدالت تلفنی»^{۱۶۰} است. این اصطلاح ناظر به اقدام آن دسته از مقامات مافوق در قوه قضائیه است که از طریق تلیفون به قضات دستور می‌دهند چگونه در رابطه با یک قضیه خاص تصمیم بگیرند.

¹⁶⁰ Cf. also Michal Bobek, "The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transition of the Central European Judiciaries," *European Public Law*, Vol. 14 (2008), 99 et seq., 102.

چنین اتفاقاتی موجب نگرانی بسیار راجع به ادراک مفهوم سلوک قضایی در سطوح بالای خود قوه قضائیه می‌گردد.^{۱۶۱} چنین دساتیری موجب نقض استقلال قضات مربوطه شده و در نتیجه ناقض موازین بین‌المللی است. در افغانستان، چنین اقداماتی موجب نقض قوانین افغانستان نیز می‌باشد. این گونه مقامات مافوق با چنین اقداماتی نه تنها وظایف حرفوی خود را نقض می‌کنند، بلکه باید مشمول تدابیر تادیبی نیز قرار گیرند. سایر اشکال نقض وظایف حرفوی، اظهارات و بیانات علنی و عمومی مقامات مافوق است که طی آن از برخی محاکمات جاری اعلام عدم رضایت نموده و از این طریق تلاش می‌کنند بر نتیجه محاکمات تاثیر گذار باشند. چنین اقداماتی موجب تحقیر و اهانت به محاکم است و باید مشمول ضمانت اجراهای تادیبی قرار گیرند. به هنگام اخذ تصمیم در رابطه با یک قضیه در جلسه، قاضی حاکم پروسه قضایی است و هیچ مقام مافوقی نباید در نتایج (رسیدگی) دخالت نماید.

تنها درخواست استیناف می‌تواند به نحو قانونی موجب عدم اجرای تصمیم یک محکمه گردد. این نکته باید مورد تاکید قرار گیرد که نه استیناف طلبی و نه درخواست فرجام یا هر گونه اقدام قانونی دیگر جهت بررسی تصمیم قضایی، نقض استقلال قضایی تلقی نمی‌گردد. این تدابیر، وسایلی جهت کاهش امکان اتخاذ تصمیم غلطی محاکم بوده و به منظور ارتقاء و تقویت توحید رویه قضایی ملی مورد استفاده قرار می‌گیرند. هر دو جنبه فوق‌الذکر برای انطباق رسیدگی‌های قضایی با قانون، ضروری می‌باشند. استقلال قضایی به قضات هیچ گونه حق اتخاذ تصمیم غلطی را نمی‌دهد، لیکن از قضات در مقابل دخالت‌های خارجی به هنگام اتخاذ تصمیم راجع به یک قضیه حمایت می‌کند.

(۳) امنیت و معاش قضات

وظیفه تأمین امنیت قضات و ادارات آنها بر عهده وزارت امور داخله و سایر مراجع رسمی مرتبط است (فقره ۱ ماده ۷۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ۱۳۸۴). در عمل معلوم خواهد شد که آیا وزارت امور داخله این وظیفه را چگونه اجرا می‌کند.

در مورد امنیت قضات در محاکم شاید مناسب باشد این نکته نیز روشن شود که قضات و روسای دیوانها، قدرت قانونی برای حفظ نظم محکمه و محل رسیدگی به قضایا، به

¹⁶¹ Cf. also Michal Bobek, "The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transition of the Central European Judiciaries," *European Public Law*, Vol. 14 (2008), 99 et seq., 102.

شمول توقیف اشخاص مخل نظم محکمه و صدور اوامر صریح به کارکنان امنیتی و پولیس، را در محکمه دارا می‌باشند.

در ارتباط به معاش قضات ماده ۱۵۵ قانون اساسی و ماده ۷۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم پیش بینی نموده‌اند قضات ستره محکمه و به علاوه قضات عادی مستحق معاش مناسب می‌باشند. با این حال، احتمالاً چند سال طول خواهد کشید تا اینکه این تعهد دولت افغانستان به طور کامل تحقق یابد.

(۴) آموزش حرفوی

یک جنبه دیگر از استقلال قضایی، آموزش حرفوی کافی قضات است. این نکته مشکلی است که به خصوص به کشورهای که حالت جنگ و مخاصمه را طی نموده و پرسنل کارآموده و تحصیل کرده را از دست داده‌اند، مرتبط می‌گردد. همانگونه که تا کنون ذکر شد، استقلال قضایی به خودی خود یک هدف نیست، بلکه وسیله‌ای ضروری جهت تامین بی طرفی در تطبیق قانون نسبت به قضایای مطروحه است. در واقع استقلال قضایی تنها در صورتی قابل قبول است که با التزام سرسختانه قاضی نسبت به قانون، صرف نظر از آنکه یک قانون نوشته باشد یا قوانین عرفی در سنت کامن‌لا، توأم گردد. یک قاضی در صورتی که توسط قانون محدود و مقید نگردد قابل قبول و پذیرش نخواهد بود زیرا در این صورت او قادر خواهد بود بدون هرگونه کنترل نسبت به خود، به نحو مستبدانه‌ای عمل کند. در نتیجه، وی در قضاوت حرفوی خود سست و بی اعتبار بوده و مستعد آن خواهد بود که تحت سلطه رسانه‌ها یا اصحاب دعوی قرار گیرد.

دوم آنکه او ممکن است نسبت به قانون یا حداقل تطبیق صحیح آن راجع به قضیه خاص به علت فقدان آموزش و اطلاعات حرفوی جاهل بوده و در نتیجه از استقلال قضایی خود با صدور فیصله‌های خودسرانه‌ای که مبتنی بر قانون نبوده، بلکه مبتنی بر دلایل ذهنی مانند احساس همدردی یا انزجار است، سوء استفاده نماید.^{۱۶۲}

۲-۳. بررسی قضایی اقدامات مراجع ذیصلاح اجرایی

¹⁶² Cf. also Michal Bobek, "The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transition of the Central European Judiciaries," *European Public Law*, Vol. 14 (2008), 99 et seq., 110.

همان گونه که در مباحث فوق شرح داده شد، در کنار وجوه مذکور در فوق، اصل حاکمیت قانون مستلزم بررسی قضایی اقدامات قوه اجرائیه، مخصوصاً آن دسته از اقداماتی که بر حقوق اشخاص تأثیر می‌گذارند — جهت حمایت از حقوق اتباع — و همچنین مستلزم بررسی تفویض وضع قانون به قوه اجرائیه — جهت حمایت از صلاحیت‌های قوه مقننه و از آن طریق حفظ و حراست از تفکیک قوا — می‌باشد.

(۱) بررسی قضایی اقدامات موثر قوه اجرائیه بر حقوق فردی

جهت ارتقای حاکمیت قانون، حداقل اقدامات قوه اجرائیه که مستقیماً و به نحو زیانباری بر حقوق فردی تأثیر می‌گذارند باید مشمول بررسی قضایی قرار گیرند.

در قضایای جزایی، بر اساس فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان، هر مظنون حق دارد تا بررسی قضایی گرفتاری خود را تقاضا کند.^{۱۶۳}

راجع به اقدامات اجرایی ارگانها، ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) صراحتاً اعلام می‌کنند که صلاحیت محاکم شامل بررسی تمام دعاوی که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت، اعم از آن که مدعی یا مدعی علیه باشند، می‌شود. اگرچه این مقررات، صلاحیت محاکم برای بررسی دعاوی که یک طرف آن دولت است را صراحتاً بیان نموده‌اند، اما این پرسش قابل طرح است که کدام محکمه یا دیوان حسب مورد در عمل دارای صلاحیت رسیدگی می‌باشد. بهترین راه حل این است که دیوان حقوق عامه از محاکم ابتداییه مراکز ولایات^{۱۶۴} در مرحله اول و دیوان حقوق عامه از محاکم استیناف^{۱۶۵} در مرحله دوم و دیوان مدنی و

^{۱۶۳} برای مطالعه تفصیلی این نهاد اساسی موسوم به habeas corpus لطفاً به رهنمود محاکمه عادلانه ماکس پلانک مراجعه کنید.

Habeas corpus از لحاظ لغوی یعنی «تو او را در اختیار داری» و در اصطلاح یک نوع قرار فوق‌العاده برای به چالش کشیدن اعتبار گرفتاری فرد از لحاظ قانونی است. هدف از آن بررسی رعایت یا عدم رعایت حقوق شخصی در زمینه بازداشت قانونی و مراحل مقرر قانونی در امر بازداشت می‌باشد. (مترجم).

^{۱۶۴} نمبر ۳ فقره ۱ ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴).

^{۱۶۵} نمبر ۴ فقره ۱ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴).

حقوق عامه^{۱۶۶} در مرحله دومین استیناف راجع به حکم مراجع ذیصلاح می‌باشند. ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) حکم می‌کند دیوان‌های حقوق عامه محاکم ابتداییه ولایت دارای صلاحیت بررسی قضایای مدنی مورد اختلاف میان اشخاص حقیقی و حکمی یا میان اشخاص حکمی می‌باشند. حتی اگر ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم به صراحت از ارگانهای دولتی نام نبرده بود، می‌شد از ماده ۱۲۰ قانون اساسی استنباط کرد که دولت و نهادهای آن در زبان حقوقی افغانستان داخل در مفهوم اشخاص حکمی هستند. مؤید این برداشت ماده ۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) است که صراحتاً شامل دعاوی علیه دولت می‌شود. بنابراین یکی از محاکم مذکور در قانون ضرورتاً باید صلاحیت رسیدگی به قضایای مربوطه را داشته باشد. ذیصلاح‌ترین محکمه در این رابطه، دیوان حقوق عامه است، زیرا اصطلاح «حقوق عامه» دلالت و اشاره ضمنی بر دعاوی ای دارد که اداره را درگیر می‌کند. گذشته از این، از نظر تاریخی نیز این نظریه تأیید می‌شود. چرا که قانون سابق تشکیلات و صلاحیت محاکم ۱۹۶۷ صراحتاً برای دیوان حقوق عامه^{۱۶۷} محاکم مختلف، صلاحیت رسیدگی به دعاوی علیه دولت را پیش‌بینی کرده بود. پس منطقی به نظر می‌آید که این دیوانها همچنان صلاحیت داشته باشند.

دستور دیگری که به تنظیم صلاحیت ستره محکمه برای بررسی قضایای مصوبات اجرایی می‌پردازد فقره ۵ و ۶ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) در ارتباط به بررسی اعاده متهمین و مجرمین خارجی و افغانها به دولت‌های دیگر توسط ستره محکمه است.

با این حال، کلیه احکام مذکور صرف به تنظیم صلاحیت‌های ناظر بر بررسی قضایای اقدام نموده‌اند و هیچ‌کدام آنها به تنظیم و تعیین حق طرح دعاوی نپرداخته، شرایط و مقدمات ضروری که بر اساس آنها چنین حقی باید تأمین و تصدیق گردد را رها کرده‌اند.

^{۱۶۶} نمبر ۲ فقره ۱ ماده ۱۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴).

^{۱۶۷} فقره ۳ ماده ۱۹ ق.ت.ص.م. (۱۹۶۷) برای دیوان‌های محکمه استیناف، ماده ۳۶

(ب) ق.ت.ص.م. (۱۹۶۷) برای محکمه عالی استیناف مرکزی و ماده ۴۴ (س)

ق.ت.ص.م. (۱۹۶۷) برای محاکم ولایت.

دستور و حکمی که به اتباع حق اقامه دعوی فردی و طرح این ادعا که حقوق اساسی آنها بوسیله اقدامات دولتی نقض شده است بدهد، در قانون اساسی، قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان (۱۳۸۴) یا در سایر قوانینی که به تنظیم فعالیت ارگان‌های دولتی می‌پردازند مانند قانون جدید پولیس،^{۱۶۸} وجود ندارد. این یک نیاز فوری است که یک قانون در سریعترین زمان ممکن راجع به اجراءات محکمه اداری به شمول حق طرح دعوی هر تبعه که حقوقش از اقدامات اجرایی متأثر گردیده، تدوین گردد.

اگرچه این نکته را باید در این زمینه ذکر نمود که ماده ۵۸ قانون اساسی اقدام به تأسیس کمیسیون مستقل حقوق بشر نموده است؛ کمیسیونی که هر کس می‌تواند با طرح این ادعا که حقوق انسانی او مورد تجاوز قرار گرفته، به آن شکایت کند. پس از دریافت شکایت، کمیسیون می‌تواند قضیه را به محاکم که موظف به تطبیق قانون اساسی بوده و در نتیجه ممکن است به موارد نقض حقوق بشر توجه پیدا کنند، ارجاع دهد.^{۱۶۹} با این حال، این ماده صرف به حیث یک ابزار و وسیله اضافی جهت حمایت از حقوق بشر عمل می‌کند و نمی‌تواند جایگزین بررسی قضایی توسط محاکم باشد. زیرا نخست، کمیسیون مستقل حقوق بشر هیچ امکانی برای مداخله در مصوبات قوه اجرائیه ندارد، به عنوان مثال نمی‌تواند دستور به انجام تدابیر موقتی (دستور موقت) صادر کند^{۱۷۰} و دوم آنکه هیچ گونه تعهدی برای محاکم جهت بررسی قضایی که از طرف کمیسیون حقوق بشر به آنها تسلیم شده است، وجود ندارد.

به لحاظ نظری، امکان حداقل بررسی قضایی غیر مستقیم راجع به قانونی بودن اقدامات قوه اجرائیه از طرف ماده ۵۱ قانون اساسی اعطاء شده است. این دستور به اتباع امکان می‌دهد که نسبت به اقامه دعوا و طلب جبران خسارت علیه دولت در رابطه با قضیه‌ای که

^{۱۶۸} ریاست جمهوری نمبره ۷۵ نشرات جریده رسمی نمبر ۸۶۲.

^{۱۶۹} R.Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 911.

^{۱۷۰} کمیسیون مستقل حقوق بشر، صرف دارای صلاحیت تحقیق راجع به قضیه و

احاله مدارک آن به مراجع ذیصلاح و پی‌گیری پروسه مربوطه. بدون هرگونه ابزار قانونی برای الزام این مراجع، می‌باشد. (ماده ۲۳، ۲۱ نمبر ۹ از قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، فرمان ریاست

جمهوری نمبر ۱۶ منشوره در جریده رسمی نمبر ۸۵۵.

به نحو غیرقانونی مناقض حقوق آنها توسط اداره است، اقدام کنند. با این حال، چنین شکایتی لزوماً به معنای آن نیست که حتی اگر شکایت به نتیجه موفقیت‌آمیز برسد یک مصوبه غیرقانونی حکومتی لغو شده یا باطل اعلام گردد. این که یک تبعه می‌تواند پس از شکایت، اقدام به دریافت خسارت کند، ممکن است در اداره این انگیزه را ایجاد کند که در آینده پیش از هرگونه اقدامی، قانونی بودن آن را بررسی و کنترل نماید. در این ارتباط، همچنین، به نظر می‌رسد که فقدان تطبیق قانون نیز مسأله قابل توجهی است. تاکنون، از هیچ‌گونه شکایات مبنی بر درخواست جبران خسارت از دولت اطلاعاتی نداریم.

(۲) بررسی قضایی تفویض وضع قانون به قوه اجرائیه

به منظور تضمین اصل حاکمیت قانون و اصل تفکیک قوا، همچنین قابل توصیه است که روند بررسی قضایی برای تعیین این موضوع که آیا قوه اجرائیه از اختیار تفویض شده به آن جهت وضع مقررات، تجاوز نموده است یا نه، ایجاد گردد.

در مقایسه با سایر نظام‌های حقوقی، قانون اساسی افغانستان، قوه اجرائیه را دارای اختیارات گسترده‌ای جهت وضع مقررات نموده است، اختیاری که بدون هرگونه تعاملی با پارلمان قابل استفاده است. این گونه اعطای اختیارات وسیع به خودی خود در ارتباط به اصل دموکراسی، تفکیک قوا و در نتیجه حاکمیت قانون تا حدودی مشکل‌آفرین است.^{۱۷۱} ماده ۷۶ قانون اساسی به حکومت این اختیار را می‌دهد که مقرراتی را برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود، فقط به شرط آن که این مقررات مناقض نص یا روح هیچ قانون نباشد، وضع کند. چنین اختیار گسترده‌ای باید حداقل با اعمال بررسی قضایی شدید، تا حدودی کنترل گردد.

مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی و فقره ۱ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴)، ستره محکمه صلاحیت بررسی مطابقت قوانین عادی، فرامین تقنینی و معاهدات بین‌المللی را با قانون اساسی و نیز صلاحیت تفسیر آنها را دارد. معهدا، این فرامین تقنینی، یک خصوصیت اختصاصی نظام حقوق انتقالی است که در دوران انتقالی واجد کارکرد

¹⁷¹ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 909.

قوانین رسمی بوده‌اند.^{۱۷۲} با این حال، این فرامین مترادف و مساوی با مقرراتی که حکومت مطابق با ماده ۷۶ قانون اساسی می‌تواند وضع کند، نمی‌باشد.^{۱۷۳} در نتیجه، هیچ‌گونه امکان مستقیمی برای بررسی قضایی اقدامات تقنینی قوه اجرائیه وجود ندارد. در این خصوص صرف امکان بررسی اتفافی آنها در محاکم در پروسه عادی وجود دارد زیرا محاکم متعهد و ملتزم به رعایت قانون می‌باشند نه فرامین تقنینی (مقایسه کنید با ماده ۱۳۰ قانون اساسی). در نتیجه، آنها می‌توانند تصمیم به عدم اجرای مقررات اجرائی‌ای بگیرند که آنها را غیر قانونی تلقی می‌کنند. با این حال، چنین کنترل غیرمستقیم به سختی برای تأمین حاکمیت قانون کافی تلقی می‌شود، زیرا ممکن است با استنباط مختلف محاکم نسبت به قانونی بودن یک مقررره امنیت قانونی از میان برود.

باید به طور خلاصه ذکر نمود که طرزالعمل ستره محکمه برای بررسی مطابقت قوانین عادی وفق ماده ۱۲۱ قانون اساسی و فقره ۱ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) هنوز تنظیم و تعیین نشده است.

ث) سؤالات

- کوشش کنید با زبان و ادبیات خود معنا و مفهوم حاکمیت قانون را بیان کنید.
- ابعاد مختلف حاکمیت قانون کدام‌ها اند؟
- چرا این امر بسیار اهمیت دارد که قوه قضائیه و قوه اجرائیه مقید و ملتزم به قانون باشند؟
- آیا در کنار حاکمیت قانون اصل دیگری وجود دارد که خواستار التزام و تقیید قوای اجرائیه و قضائیه به قانون باشد؟
- به نظر شما در صورت عدم تقیید و التزام یک قاضی به قانون چه مشکلاتی ایجاد می‌شود؟
- چرا مصوونیت گروهی از اشخاص، نظر به حاکمیت قانون، مشکل‌آفرین می‌باشد؟

^{۱۷۲} در ارتباط به این فرامین تقنینی بنگرید به ماده ۱۵۹ قانون اساسی.

^{۱۷۳} این درک با اصطلاح حقوقی استفاده شده در نظام حقوقی ایران نیز مرتبط است زیرا مقررات مصوب توسط حکومت را نیز مقررات می‌نامند، در حالی که اصطلاح قانون صرف برای مصوبات قوه مقننه استفاده می‌شود. بنگرید به: جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۸۳، ۶۷۹.

- آیا امکان حصول و دستیابی به تفکیک مطلق قوای دولتی وجود دارد و آیا این امر مطلوب می‌باشد؟
- اگر این امر امکان‌پذیر یا مطلوب نباشد، مهمترین نکات در ارتباط به تفکیک قوا کدام‌اند؟
- چگونه استقلال قضایی را توجیه می‌کنید؟
- آیا می‌توانید مشکلات موجود راجع به استقلال قضایی در افغانستان را نام ببرید؟
- دیدگاهها و نظرات شما به حیث قاضی جهت غلبه بر این مشکلات چیست؟

فصل چهارم: تفکیک قوا و اجرای آن

همان گونه که تاکنون شرح داده شد، مفهوم تفکیک قوا، مطلق نیست. این مفهوم هرگز در شکل و نسخه خالص و محض آن محقق نشده و در واقع به نظر می‌رسد که تحقق این شکل آن نه مطلوب است و نه امکان‌پذیر؛ زیرا رابطه و پیوند درونی میان قوای دولتی جهت تأمین و تضمین کارکرد دولت ضروری است.

در مباحث آتی، چوکات مبتنی بر قانون اساسی افغانستان به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت تا کارکردهای مختلف شعب مربوطه دولت در افغانستان و نیز صلاحیت آنها جهت کنترل یکدیگر را تعیین کنیم.

گفتار یکم: قوه مقننه

قوه مقننه در افغانستان متشکل از ارگان‌های متعددی است: نخست، شورای ملی است که متشکل از ولسی جرگه و مشرانو جرگه است. شورای ملی، ارگان اصلی تقنینی است و نماینده اراده مردم و به طور کلی تلقی می‌شود (ماده ۸۱ قانون اساسی). در کنار شورای ملی، لویه جرگه قرار دارد که به صورت مرتب تشکیل نمی‌شود بلکه در شرایط و اوضاع و احوال فوق العاده مانند تعدیل قانون اساسی و مواردی که استقلال کشور یا مصالح

علیای مربوط به موجودیت دولت و نظام مبتنی بر قانون اساسی آن در معرض خطر باشد، تشکیل می‌گردد.

الف) شورای ملی

۱. احکام ذیربط

ماده ۸۱ قانون اساسی افغانستان

شورای ملی دولت جمهوری اسلامی افغانستان به حیث عالی‌ترین ارگان تقنینی مظهر ارادهٔ مردم آن است و از قاطبهٔ ملت نمایندگی می‌کند. هر عضو شوری در موقع اظهار رأی، مصالح عمومی و منافع علیای مردم افغانستان را مدار قضاوت قرار می‌دهد.

ماده ۸۲ قانون اساسی افغانستان

شورای ملی متشکل از دو مجلس: ولسی جرگه و مشرانو جرگه می‌باشد. هیچ شخص نمی‌تواند در یک وقت عضو هر دو مجلس باشد.

ماده ۸۳ قانون اساسی افغانستان

اعضای ولسی جرگه توسط مردم از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌گردند.

دورهٔ کار ولسی جرگه به تاریخ اول سرطان سال پنجم، بعد از اعلام نتایج انتخابات به پایان می‌رسد و شورای جدید به کار آغاز می‌نماید.

انتخابات اعضای ولسی جرگه در خلال مدت سی الی شصت روز قبل از پایان دورهٔ ولسی جرگه برگزار می‌گردد.

تعداد اعضای ولسی جرگه به تناسب نفوس هر حوزه حداکثر دو صد و پنجاه نفر می‌باشد.

حوزه‌های انتخاباتی و سایر مسایل مربوط به آن در قانون انتخابات تعیین می‌گردد. در قانون انتخابات باید تدابیری اتخاذ گردد که نظام انتخاباتی، نمایندگی عمومی و عادلانه را برای تمام مردم کشور تأمین نماید و به تناسب نفوس از هر ولایت طور اوسط حداقل دو وکیل زن در ولسی جرگه عضویت یابد.

ماده ۸۴ قانون اساسی افغانستان

اعضای مشرانو جرگه به ترتیب ذیل انتخاب و تعیین می‌شوند:

۷. از جمله اعضای شورای هر ولایت، یک نفر به انتخاب شورای مربوط برای مدت چهار سال؛

۸. از جمله اعضای شوراهای ولسوالی‌های هر ولایت، یک نفر به انتخاب شوراهای مربوط برای مدت سه سال؛

۹. یک ثلث باقی مانده از جمله شخصیت‌های خبیر و با تجربه به شمول دو نفر از نمایندگان معلولین و معیوبین و دونفر نمایندگان کوچی‌ها به تعیین رئیس جمهور برای مدت پنج سال.

رئیس جمهور تعداد پنجاه فیصد از این اشخاص را از بین زنان تعیین می‌نماید.

شخصی که به حیث عضو مشرانو جرگه انتخاب می‌شود، عضویت خود را در شورای مربوطه از دست داده، به عوض او شخص دیگری مطابق به احکام قانون تعیین می‌گردد.

ماده ۸۵ قانون اساسی افغانستان

شخصی که به عضویت شورای ملی کاندید یا تعیین می‌شود، علاوه بر تکمیل شرایط انتخاب کنندگان واجد اوصاف ذیل می‌باشد:

۱۰. تبعه افغانستان بوده یا حد اقل ده سال قبل از تاریخ کاندید یا تعیین شدن تابعیت دولت افغانستان را کسب کرده باشد؛

۱۱. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد؛

۱۲. اعضای ولسی جرگه سن بیست و پنج سالگی را در روز کاندید شدن و اعضای مشرانو جرگه سن سی و پنج سالگی را در روز کاندید یا تعیین شدن تکمیل کرده باشند.

ماده ۸۶ قانون اساسی افغانستان

وثایق انتخاباتی اعضای شورای ملی توسط کمیسیون مستقل انتخابات مطابق به احکام قانون تدقیق می‌گردد.

ماده ۸۷ قانون اساسی افغانستان

هر یک از دو مجلس شورای ملی در آغاز دوره کار، یک نفر از اعضای خود را به حیث رئیس برای یک دوره تقنینیه و دو نفر را به حیث نایب اول و نایب دوم و دو نفر را به حیث منشی و نایب منشی برای مدت یکسال انتخاب می‌کند. این اشخاص هیئت اداری ولسی جرگه و مشرانو جرگه را تشکیل می‌دهند. وظایف هیئت اداری در اصول ووظایف داخلی هر مجلس تعیین می‌شود.

ماده ۸۸ قانون اساسی افغانستان

هر یک از دو مجلس شورای ملی برای مطالعه موضوعات مورد بحث، بر طبق اصول ووظایف داخلی، کمیسیون‌ها تشکیل می‌دهد.

ماده ۹۰ قانون اساسی افغانستان

شورای ملی دارای صلاحیت‌های ذیل می‌باشد:

۱۳. تصویب، تعدیل یا لغو قوانین و یا فرامین تقنینی؛
۱۴. تصویب پروگرام‌های انکشافی اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی؛
۱۵. تصویب بودجه دولتی و اجازه اخذ یا اعطای قرضه؛
۱۶. ایجاد واحدهای اداری، تعدیل و یا الغای آن.

ماده ۹۳ قانون اساسی افغانستان

هر یک از کمیسیون‌های هر دو مجلس شورای ملی می‌تواند از هر یک از وزرا در موضوعات معین سؤال نماید. شخصی که از او سوال به عمل آمده، می‌تواند جواب شفاهی یا تحریری بدهد.

ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان

قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در قانون اساسی طور دیگر تصریح گردیده باشد. در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد می‌تواند آن را 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 آن را مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می‌گردد.

ماده ۹۵ قانون اساسی افغانستان

پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت یا اعضای شوری و در ساحه تنظیم امور قضایی از طرف ستره محکمه توسط حکومت صورت گرفته می‌تواند. پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می‌گیرد.

ماده ۹۶ قانون اساسی افغانستان

هرگاه پیشنهاد طرح قانون حاوی مکلفیت جدید یا تقیص در عایدات دولت باشد، به شرطی در فهرست کار داخل می‌شود که در متن پیشنهاد، مدرک جبران نیز پیش بینی شده باشد.

ماده ۹۷ قانون اساسی افغانستان

پیشنهاد طرح قانون از طرف حکومت نخست به ولسی جرگه تقدیم می‌گردد. ولسی جرگه پیشنهاد طرح قانون را، به شمول بودجه و امور مالی و پیشنهاد اخذ و یا اعطای قرضه را، بعد از بحث به صورت یک کل تصویب یا رد می‌کند. ولسی جرگه نمی‌تواند طرح پیشنهاد شده را بیش از یک ماه به تأخیر اندازد. ولسی جرگه طرح قانون پیشنهاد شده را بعد از تصویب به مشرانو جرگه می‌سپارد. مشرانو جرگه در ظرف پانزده روز در مورد آن تصمیم اتخاذ می‌کند. شورای ملی به اتخاذ تصمیم در مورد طرح قوانین، معاهدات و پروگرام‌های انکشافی دولت که به اساس پیشنهاد حکومت ایجاب رسیدگی عاجل را نماید اولویت می‌دهد. هرگاه پیشنهاد طرح قانون از طرف ده نفر از اعضای یکی از دو مجلس صورت گیرد، بعد از تأیید یک پنجم اعضای مجلسی که پیشنهاد به آن ارائه شده است در فهرست کار آن مجلس داخل می‌گردد.

ماده ۹۸ قانون اساسی افغانستان

بودجه دولت و پروگرام انکشافی حکومت از طریق مشرانو جرگه توام با نظریه مشورتی آن به ولسی جرگه تقدیم می‌شود.

تصمیم ولسی جرگه بدون ارائه به مشرانو جرگه بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ شمرده می‌شود.

هرگاه نظر به عواملی تصویب بودجه قبل از آغاز سال مالی صورت نگیرد، تا تصویب بودجه جدید، بودجه سال گذشته تطبیق می‌گردد.

حکومت در خلال ربع چهارم سال مالی، بودجه سال آینده را با حساب اجمالی بودجه سال جاری به شورای ملی تقدیم می‌نماید.

حساب قطعی بودجه سال مالی قبل، در خلال مدت شش ماه سال آینده مطابق به احکام قانون به شورای ملی تقدیم می‌گردد.

ولسی جرگه نمی‌تواند تصویب بودجه را بیش از یک ماه و اجازه اخذ و یا اعطای قرضه را که شامل بودجه نباشد، بیش از پانزده روز به تأخیر اندازد.

هرگاه ولسی جرگه در این مدت راجع به پیشنهاد اخذ و یا اعطای قرضه تصمیم اتخاذ نکند، پیشنهاد تصویب شده محسوب می‌گردد.

ماده ۹۹ قانون اساسی افغانستان

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 شوری قبل از تصویب آن خاتمه یافته نمی‌تواند.

ماده ۱۰۰ قانون اساسی افغانستان

هرگاه مصوبه یک مجلس از طرف مجلس دیگر رد شود، برای حل اختلاف هیئت مختلط به تعداد مساوی از اعضای هر دو مجلس تشکیل می‌گردد.

فیصله هیئت بعد از توشیح رئیس جمهور، نافذ شمرده می‌شود.

در صورتی که هیئت مختلط نتواند اختلاف نظر را رفع کند، مصوبه رد شده به حساب می‌رود. در این حالت ولسی جرگه می‌تواند در جلسه بعدی آن را با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب کند.

این تصویب بدون ارائه به مشرانو جرگه بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ شمرده می‌شود.

ماده ۱۰۱ قانون اساسی افغانستان

هیچ عضو شورای ملی به علت رأی یا نظریه‌یی که در هنگام اجرای وظیفه ابراز می‌دارد، مورد تعقیب عدلی قرار نمی‌گیرد.

ماده ۱۰۲ قانون اساسی افغانستان

هرگاه عضو شورای ملی به جرمی متهم شود، مأمور مسئول از موضوع به مجلسی که متهم عضو آن است، اطلاع می‌دهد و متهم تحت تعقیب عدلی قرار گرفته می‌تواند. در مورد جرم مشهود، مأمور مسئول می‌تواند متهم را بدون اجازه مجلسی که او عضو آن می‌باشد تحت تعقیب عدلی قرار دهد و گرفتار نماید. در هر دو حالت، هرگاه تعقیب عدلی قانوناً توقیف را ایجاب کند، مأمور مسئول مکلف است موضوع را بلافاصله به اطلاع مجلس مربوط برساند و تصویب آن را حاصل نماید. اگر اتهام در هنگام تعطیل شوری صورت بگیرد، اجازه گرفتاری یا توقیف از هیئت اداری مجلس مربوط حاصل می‌گردد و موضوع به نخستین جلسه مجلس مذکور جهت اخذ تصمیم ارائه می‌شود.

ماده ۱۰۳ قانون اساسی افغانستان

وزرا می‌توانند در جلسات هر یک از دو مجلس شورای ملی اشتراک ورزند. هر مجلس شورای ملی می‌تواند حضور وزرا را در جلسه خود مطالبه کند.

ماده ۱۰۴ قانون اساسی افغانستان

هر دو مجلس شورای ملی در وقت واحد به صورت جداگانه جلسه می‌کنند. جلسات هر دو مجلس در موارد ذیل می‌تواند به طور مشترک دایر شود: در موقعی که دوره تقنینیه یا اجلاس سالانه از طرف رئیس جمهور افتتاح می‌گردد؛ در صورتی که رئیس جمهور ضروری تشخیص دهد. رئیس ولسی جرگه، از جلسات مشترک شورای ملی ریاست می‌نماید.

ماده ۱۰۵ قانون اساسی افغانستان

جلسات شورای ملی علنی می‌باشد مگر این که رئیس مجلس یا حداقل ده نفر از اعضای شورای ملی، سری بودن آن را درخواست نمایند و مجلس این درخواست را بپذیرد. هیچ شخصی نمی‌تواند عنفاً به مقرر شورای ملی داخل شود.

ماده ۱۰۶ قانون اساسی افغانستان

نصاب هر یک از دو مجلس شورای ملی، هنگام رأی‌گیری با حضور اکثریت اعضا تکمیل می‌گردد و تصامیم آن با اکثریت آرای اعضای حاضر اتخاذ می‌شود، مگر در مواردی که این قانون اساسی طور دیگری تصریح نموده باشد.

ماده ۱۰۷ قانون اساسی افغانستان

شورای ملی در هر سال دو اجلاس عادی دایر می‌کند. مدت کار هر دو اجلاس شوری، در هر سال نه ماه می‌باشد. در صورت ایجاب، شوری می‌تواند این مدت را تمدید کند. جلسات فوق‌العاده شوری در ایام تعطیل به امر رئیس جمهور دایر شده می‌تواند.

ماده ۱۰۸ قانون اساسی افغانستان

در حالات وفات، استعفا و عزل عضو شورای ملی و یا معلولیت یا معیوبیتی که به طور دایم مانع اجرای وظیفه گردد، تعیین نماینده جدید برای مدت باقی مانده دوره تقنینیه، مطابق به احکام قانون صورت می‌گیرد. امور مربوط به حضور و غیاب اعضای شورای ملی در اصول و وظایف داخلی تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۰۹ قانون اساسی افغانستان

پیشنهاد تعدیل قانون انتخابات، در یک سال اخیر دوره تقنینیه، در فهرست کار شورای ملی داخل شده نمی‌تواند.

۲. تبصره: شورای ملی

۲-۱. موقعیت شورای ملی در نظام مبتنی بر قانون اساسی و نگاهی کلی به وظایف دو مجلس آن

تأسیس یک دموکراسی مبتنی بر نمایندگی توسط ماده ۴ قانون اساسی موقعیت شورای ملی در نظام مبتنی بر قانون اساسی به نحو قطعی شکل گرفت. در این ماده اعلام شده است حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می‌کند. مطابق ماده ۸۱ قانون اساسی شورای ملی دولت جمهوری اسلامی افغانستان به حیث عالی‌ترین ارگان تقنینی مظهر اراده مردم آن است و از قاطبه ملت نمایندگی می‌کند. در ارتباط به ساختار اساسی شورای ملی، نویسندگان قانون اساسی بیشتر از مدل طراحی شده در قانون اساسی ۱۹۶۴ پیروی کردند. پارلمان جدید، همانند سلف آن، متشکل از دو مجلس ولسی جرگه و مشرانو جرگه است. نمایندگان این دو مجلس از مشروعیت دموکراتیک یکسانی برخوردار نیستند،^{۱۷۴} زیرا صرف نمایندگان ولسی جرگه مستقیماً توسط مردم انتخاب می‌شوند، در حالی که اعضای مشرانو جرگه توسط رئیس جمهور نصب یا توسط شوراهای ولایتی و ولسوالی انتخاب می‌شوند. هر یک از ارگانهای مذکور می‌تواند یک سوم اعضای مشرانو جرگه را نصب کند. شورای ملی به طور کلی، ارگان اصلی تقنینی است. با این حال، همان گونه که نشان داده خواهد شد مشروعیت دموکراتیک قوی‌تر ولسی جرگه واجد آثاری است در مواردی که میان دو جرگه اختلاف نظر به وجود آید.

شورای ملی به شکل جمعی آن دارای سه وظیفه اصلی است، کارکرد چهارم را می‌توان صرف به ولسی جرگه منتسب کرد. نخست، برجسته‌ترین کارکرد شورای ملی، وظیفه تقنینی^{۱۷۵} آن است که شامل صلاحیت کنترل بودجه دولت افغانستان نیز می‌باشد.

^{۱۷۴} برای مطالعه این نکته، لطفاً به اصل دموکراسی مراجعه کنید در فصل سوم، گفتار

دوم.

^{۱۷۵} تنها در رابطه با قضایای بسیار فوق العاده که در ماده ۱۱۱ قانون اساسی از آنها

یاد شده است، لویه جرگه صلاحیت دارد.

دوم، شورای ملی صلاحیت و کنترل قوه اجرائیه را دارد، نه تنها از طریق قوانینی که وضع می‌کند، و در فوق آن را مورد بحث قرار دادیم،^{۱۷۶} بلکه علاوه بر آن از طریق اختیار انتقاد از دولت و سیاستهایش و احضار و سؤال از اعضای دولت راجع به اجرای وظایف‌شان.^{۱۷۷} در این ارتباط، صلاحیت‌های ولسی جرگه بسیار قابل توجه است، زیرا حق یا امتیاز خاص مربوط به کنترل حکومت در خارج از پروسه تقنینی، اصولاً به این ارگان داده شده است. ولسی جرگه می‌تواند کمیته‌هایی راجع به تحقیق از کار حکومت تشکیل دهد (ماده ۸۹ قانون اساسی). به علاوه، ماده ۷۷ صراحتاً بیان می‌کند که وزراء در ارتباط به انجام وظیفه خود در مقابل ولسی جرگه مسئولیت دارند. ولسی جرگه می‌تواند حتی آنها را از طریق اعلام رأی عدم اعتماد، عزل نماید (ماده ۹۲ قانون اساسی). همچنین قوه اجرائیه نظر به ضرورت تأیید یک مصوبه راجع به تصامیم مهم رئیس جمهور برای شکل دهی به خطوط اصلی سیاست کشور کنترل می‌شود (مقایسه کنید با ماده ۶۴ قانون اساسی).

سوم، شورای ملی وظیفه نمایندگی مردم افغانستان را دارد. این وظیفه را می‌توان به ترتیب زیر توضیح داد. برخلاف رئیس جمهور، که مستقیماً توسط مردم انتخاب شده و بنابراین نماینده اکثریت سیاسی می‌باشد و در نتیجه در اقدامات و تصامیم خود اصولاً تمایلات آنها را منعکس می‌کند، در شورای ملی و مخصوصاً در ولسی جرگه نیز مخالفان سیاسی حضور دارند. به همین دلیل مباحث شورای ملی جهت ارایه دیدگاههای سیاسی متفاوت دارای اهمیت خاصی است و همین عقاید سیاسی موجود از جمع آن، مجالی برای گفتگو و بحث ارایه نموده، به تصمیمات حاصله مشروعیت می‌دهد.

ولسی جرگه سرانجام دارای صلاحیت چهارم نیز می‌باشد. در ارتباط به ضرورت مشروعیت دموکراتیک مقامات دولتی این امر از طریق حق رد انتصاب‌های متعدد رئیس جمهور که مستلزم تصویب ولسی جرگه است، صورت می‌گیرد. این صلاحیت انحصاری

^{۱۷۶} بنگرید به فصل سوم، گفتار چهارم، پ، ۳ با عنوان «تفکیک قوا به عنوان یک

اصل همکاری نه تفکیک مطلق».

^{۱۷۷} مواد ۹۳ و ۱۰۳ قانون اساسی

ولسی جرگه، به علت مشروعیت دموکراتیک قوی تری است که از طریق انتخابات عمومی و مستقیم به دست آمده است.^{۱۷۸}

۲-۲. شکل گیری شورای ملی، دوره‌های انتخاب و اجراء آن و جایگاه نمایندگان

مطابق ماده ۸۳ قانون اساسی نمایندگان ولسی جرگه از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم برای مدت پنج سال انتخاب می‌شوند.^{۱۷۹} تعداد اعضای آن به تناسب نفوس هر حوزه است، اما نباید بیش از ۲۵۰ نفر باشد. در رابطه با تناسب نفوس، حداقل معینی از زنان که ابتدا کمتر از دو نفر نباید باشند از هر ولایت در ولسی جرگه عضویت می‌یابند.

اعضای مشرانو جرگه یا توسط شوراها انتخاب و یا توسط رئیس جمهور منصوب می‌گردند (ماده ۸۴ قانون اساسی). یک ثلث این اعضا به وسیله رئیس جمهور، یک ثلث توسط شوراها و ولایت از میان اعضای خودشان (یک نفر از هر شورا) و یک ثلث از میان اعضای شوراها و ولسوالیها توسط این شوراها (یک نفر از هر شورا) انتخاب می‌شوند. پنجاه فیصد اعضای تعیین شده توسط رئیس جمهور باید زن باشند. اگر کسی انتخاب یا منصوب شده باشد، سمت خود در شورای ذیربط را از دست خواهد داد. مدت وظیفه اعضای مشرانو جرگه حسب سه دسته اعضای آن متفاوت است. مدت خدمت اعضای انتخاب شده توسط رئیس جمهور پنج سال است، در حالی که اعضای منتخب از شوراها و ولایتی یا ولسوالیها حسب مورد چهار یا سه سال خدمت می‌کنند. در نتیجه اعضای منصوب توسط رئیس جمهور در مقایسه با سایر اعضا از مزیت ارشدیت برخوردارند.^{۱۸۰}

کاندیداهای ولسی جرگه و نیز کاندیداهای مشرانو جرگه باید حداقل از مدت ده سال دارای تابعیت افغانستان بوده باشند. آنها نباید توسط یک محکمه صالح محکوم به ارتکاب

¹⁷⁸ R., Grote, "Separation of Powers in New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64(2004), 897, 910.

^{۱۷۹} برای مطالعه تفصیلی راجع به اجراءات انتخابات لطفاً مراجعه کنید به فصل اصل دموکراسی، اعمال حاکمیت مردم به طور مستقیم: انتخابات پارلمانی و ریاست جمهوری.

¹⁸⁰ R., Grote, "Separation of Powers in New Afghan Constitution", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64(2004), 897-915, 910.

جرایم ضد بشری و سایر جنایات و یا محکوم به حرمان از حقوق مدنی شده باشند. علاوه بر این، آنها باید حداقل دارای ۲۵ سال سن بوده و یا برای عضویت در مشرانو جرگه حداقل ۳۵ سال سن باشند. وجود این معیار توسط کمیسیون مستقل انتخابات نظارت می‌گردد (ماده ۸۶ قانون اساسی). در حالات وفات، استعفا و عزل یک عضو شورای ملی و یا معلویت یا معیوبیتی که به طور دایم مانع اجرای وظیفه او گردد، ماده ۱۰۸ قانون اساسی پیش بینی کرده است که حسب مورد نماینده جدید باید برای باقی مانده دوره تقنینیه، مطابق به احکام قانون، منتخب یا منصوب گردد.

مطابق ماده ۸۷ قانون اساسی هر یک از دو مجلس شورای ملی، در آغاز دوره کار، یک نفر از اعضای خود را به حیث رئیس برای یک دوره تقنینیه و دو نفر را به حیث نایب اول و نایب دوم و دو نفر را به حیث منشی و نایب منشی انتخاب می‌کند. این اشخاص هیئت اداری ولسی جرگه و مشرانو جرگه را تشکیل می‌دهند. وظایف هیئت اداری در اصول وظایف داخلی هر مجلس تعیین می‌شود.

نه ولسی جرگه و نه مشرانو جرگه هیچ یک نمی‌توانند پیش از اكمال دوره وظیفه، منحل شوند.

به منظور تسهیل کارهای پارلمانی، هر یک از دو مجلس کمیسیون‌هایی را برای مطالعه موضوعات مورد بحث بر طبق اصول وظایف داخلی تشکیل می‌دهد (ماده ۸۸ قانون اساسی).

تصمیم عادی در شورای ملی با اکثریت نمایندگان حاضر در آنها اتخاذ می‌شود (ماده ۱۰۶ قانون اساسی)، تا آنجا که نصاب لازم در مجلس مربوطه وجود داشته باشد. مطابق ماده ۱۰۶ قانون اساسی حد نصاب در صورتی حاصل می‌شود که اکثریت اعضای هر یک از مجالس حسب مورد حاضر باشند. قضایایی که اکثریت ساده نمایندگان حاضر نمی‌توانند درباره آنها اتخاذ تصمیم کند باید صریحاً توسط قانون بیان شوند. این قضایا عبارتند از: استیضاح رئیس جمهور (در اینجا اکثریت دو ثلث تمام اعضاء ولسی جرگه باید اتهام رئیس جمهور را به لویه جرگه احاله دهند، ماده ۶۹ قانون اساسی)، و استیضاح یکی از قضات ستره محکمه یا یکی از اعضای آن (در اینجا نیز اکثریت دو ثلث اعضای ولسی جرگه ضروری است، ماده ۱۲۷ قانون اساسی) اکثریت دو ثلث اعضای ولسی جرگه جهت ردّ تصمیم رئیس جمهور مبنی بر عدم موافقت با یک مصوبه ضروری است (ماده

۹۴ قانون اساسی) و همین اکثریت برای رد اعتراض مشرانو جرگه در قضایایی که کمیسیون ایجاد شده برای حل و فصل اختلاف میان دو مجلس (کمیسیون میانجی) نتواند به راه حلی برسد، نیز لازم است (ماده ۱۰۰ قانون اساسی). مورد دیگری که اکثریت خاصی مورد نیاز است رأی عدم اعتماد است، چرا که به موجب ماده ۹۲ قانون اساسی فقط اکثریت تمامی اعضای ولسی جرگه می‌تواند چنین رأیی بدهند. وقتی به این اکثریت می‌توان دست یافت که پنجاه فی صد به اضافه یک نفر از کل اعضای ولسی جرگه، چه حاضر در جلسه باشند و چه نه، به عدم اعتماد رأی دهند (مقایسه کنید با نمبر ۱۵ ماده ۲ قانون اجراءات ولسی جرگه). (؟)

مطابق ماده ۱۰۴ قانون اساسی به طور کلی هر دو مجلس از شورای ملی جلسات خود را در وقت واحد به صورت جداگانه برگزار می‌کنند. با این حال، جلسات مشترک این دو مجلس وقتی که رئیس جمهور دوره تقنینیه یا اجلاس سالانه این دو مجلس را افتتاح می‌کند و نیز در سایر مواردی که رئیس جمهور ضروری بداند، دایر می‌شود. در این موارد، رئیس ولسی جرگه از جلسات مشترک شورای ملی ریاست می‌نماید.

جلسات شورای ملی علنی می‌باشد، مگر این که رئیس مجلس یا حداقل ده نفر از اعضای شورای ملی، سری بودن آن را درخواست نماید و مجلس این درخواست را بپذیرد (ماده ۱۰۵ قانون اساسی). شورای ملی به طور معمول در هر سال دو اجلاس عادی دایر می‌کند که جمع مدت آنها نه ماه می‌باشد (ماده ۱۰۷ قانون اساسی). در صورت ایجاب، شورای ملی می‌تواند این دوره را تمدید کند. در ایام تعطیل پارلمان، جلسات فوق العاده به امر رئیس جمهور دایر شده می‌تواند.

درخصوص حقوق هر یک از اعضای شورای ملی، در قانون اساسی دساتیر زیادی صریحاً نیامده است. مهمترین قاعده در این رابطه ماده ۸۱ قانون اساسی است که اعلان می‌کند شورای ملی به نحو جمعی عالی‌ترین مظهر اراده مردم افغانستان است و از قاطبه ملت نمایندگی می‌کند. به موجب همین ماده، اعضای شورای ملی فقط باید مصالح عمومی و منافع علیای مردم افغانستان را مدار قضاوت قرار دهد که بدین معناست که آنان باید در خدمت منافع کشور و کل مردم آن باشند. اگرچه در جریان اولین انتخابات پارلمانی، احزاب سیاسی جهت مشارکت دارای محدودیت‌هایی بودند، اما بسیار محتمل است که نقش احزاب در کار پارلمان در آینده افزایش یابد. بنابراین، تشخیص این امر مهم است که آیا یک حزب باید به نحوی موثر اعضای خود را متعهد و ملتزم به اظهار رأی به طریقی

خاص در شورای ملی کند، یا درخصوص اعضای مشرانو جرگه، آیا آنها باید ملتزم به تصمیم شورای ولایتی یا شورای ولسوالی ذیربط خودشان که آنها را برای عضویت در بلندترین ارگان انتخاب کرده است، باشند. نقطه آغاز هر استدلالی در این رابطه باید ماده ۸۱ قانون اساسی باشد. این حکم هر گونه تعهد حقوق اعضای مجلس را برای رأی دادن مطابق به منافع یک حزب سیاسی یا شورای محلی نفی می‌کند. علاوه بر این، شورای ملی قاطبه ملت را نمایندگی می‌کند. اگر هر عضو شورای ملی را می‌شد از نظر حقوقی ملتزم و متعهد به امر نهادهای مربوط به عنوان مثال حزب سیاسی یا شورای محلی که دارای منفعت خاص خود می‌باشند، کرد، در آن صورت او بیشتر نماینده حامیان و طرفداران آن حزب سیاسی یا مصلحت محلی شورای ذیربط می‌بود و نه قاطبه مردم. علاوه بر این، اصل دموکراسی به آزادی نمایندگان از تحت قیمومت بودن حکم می‌کند. اعضای شورای ملی یا مستقیماً منتخب مردم می‌باشند یا باید به وسیله ارگانی انتخاب شده باشند که به طور مستقیم و به نحو دموکراتیک دارای مشروعیت است (یک شورا یا رئیس جمهور). در مقابل، تصمیم یک حزب سیاسی، صرف توسط اعضای آن دارای مشروعیت می‌شود.^{۱۸۱} بنابراین، اگر تصمیم حزب سیاسی می‌توانست نمایندگان آن حزب در شورای ملی را قانوناً ملتزم (به تأمین مصالح صرف آن حزب) کند، با اصل دموکراسی مناقض بود. در نتیجه، اعضای شورای ملی را نمی‌توان در انجام وظایفشان قانوناً بر اساس منافع خاص نهادی چون احزاب سیاسی یا شورای ولسوالی محدود کرد.

سرانجام یک بررسی مقایسوی نیز بر آزادی نمایندگان از تحت قیمومت بودن حکم می‌کند. در بیشتر نظام‌های دموکراتیک، آزادی نمایندگان پارلمان از تحت قیمومت بودن وجود دارد، زیرا همانطور که قبلاً ذکر شد ترتیب غیر آن به سختی منطبق با اصل دموکراسی خواهد بود. به عنوان مثال در فرانسه، یعنی کشوری که نظام پارلمانی آن بسیار مشابه نظام پارلمانی افغانستان ایجاد شده است، دو مجلس یعنی شورای ملی و مجلس سنا وجود دارد. در حالی که اعضای شورای ملی مستقیماً توسط مردم انتخاب می‌شوند،

^{۱۸۱} اگر چه در ارتباط به اصل دموکراسی این ضروری است که اگر سیاسیون می‌خواهند در شکل دادن به اراده سیاسی در یک نظام دموکراتیک مشارکت نمایند باید به نحو دموکراتیک دارای تشکیلات باشند، لیکن این شرط ضروری هنوز در سرتاسر افغانستان مورد تضمین قرار نگرفته است.

اعضای مجلس سنا به طور غیرمستقیم انتخاب می‌گردند.^{۱۸۲} قانون اساسی فرانسه صراحتاً اعلام کرده است قیومت آمرانه، به این معنا که تعهد خارجی یک نفر نماینده او را ملزم به اظهار رأی به نحو خاص کند، غیرقانونی است.^{۱۸۳} همچنین در آلمان قانون اساسی پیش بینی کرده است که شخص نماینده پارلمان، نماینده قاطبه ملت آلمان است و تنها تابع وجدان خویش می‌باشد و به هیچ ترتیبی متعهد به رهنمود یا دستورالعمل‌هایی نیست.^{۱۸۴}

قابل ذکر است که اگر یک نماینده طبق یک برنامه یا تصامیم حزب خود عمل کند، حتی اگر حزب به نماینده خود بگوید که به طریق خاصی رأی دهد، ایراد و اشکالی ندارد. با این حال، آنچه که با دستور آزاد آن مناقض می‌باشد این خواهد بود که تعهد قانونی به همراه ضمانت اجرای قانونی جهت پیروی از این خواسته‌های حزب وجود داشته باشد.

یک پرسش مهم دیگر این است که تا چه حدی هر فرد نماینده شورای ملی دارای حق سؤال از اعضای حکومت است یا باید از اقدامات حکومت مطلع باشد. ماده ۹۳ قانون اساسی بیان می‌کند که هر یک از کمیسیونهای هر دو مجلس شورای ملی می‌تواند از هر یک از وزراء در موضوعات معین سؤال کند. در نتیجه، خیلی محتمل نیست که هر فرد نماینده بتواند از وزراء سؤال نماید. از طرف دیگر، هر نماینده باید حق داشته باشد که به نحو کافی از اقدامات حکومت اطلاع پیدا کند، به گونه‌ای که برای انجام وظیفه خود، اطلاعات ضروری را داشته باشد. این امر ضرورتاً متضمن آن نیست که دولت هر یک از نمایندگان را به طور انفرادی مطلع نماید، بلکه دولت باید به طریقی به نحو کافی شورای ملی را آگاه کند، مثلاً از طریق جلسات منظم راجع به بیان سیاستهای دولت. گذشته از این، شخص نماینده حق مشارکت در ولسی جرگه جهت سؤال از حکومت به ترتیب پیش‌بینی شده در ماده ۸۹ قانون اساسی را دارد. بنابراین، هر یک از اعضای کمیته‌های شورای ملی حق دارد در کمیسیون متصدی سؤال از هر وزیری مشارکت داشته باشد (ماده ۹۳ قانون اساسی).

^{۱۸۲} ماده ۲۴ قانون اساسی فرانسه.

^{۱۸۳} ماده ۲۷ قانون اساسی فرانسه.

^{۱۸۴} ماده ۳۸ قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان مورخ ۱۹۴۹/۵/۲۳.

یکی مسئله مهم دیگر حق شخصی هر یک از اعضا در اظهار رأی و صحبت راجع به موضوعات بحث‌انگیز است. به طور کلی، طرز‌العمل بحث و سخنرانی‌های سیاسی در پارلمان ممکن است توسط مقررات راجع به اجراءات داخلی پارلمان تنظیم شود. چنین مقرراتی جهت عدم اخلال در کار پارلمان و تسهیل فعالیت آن دارای اهمیت است. نه ضرورتی دارد و نه شدنی است که هر کدام از نمایندگان مجاز به صحبت راجع به موضوع بحث به صورت نامحدود از لحاظ زمانی باشد. در نتیجه، زمان صحبت برای نمایندگان ممکن است محدود گردد. با این حال، ایجاد محدودیت باید با رعایت بی‌طرفی بوده و با توجه به اهداف دیگر و ارزش‌های بلندمرتبه‌تر مانند ضرورت فعالیت مؤثر دو مجلس شورای ملی، توجیه شود. بنابراین، به عنوان مثال ایجاد محدودیت‌های خاص با هدف منع مخالفان برای استفاده از حق بحث و ارایه صحبت، البته نه منع فراکسیون حامیان حکومت در پارلمان، غیرقابل پذیرش خواهد بود. زیرا این امر موجب اعمال تبعیض نسبت به مخالفان می‌شود.

سرانجام باید به امتیازهای پارلمانی، یعنی معافیت و مصونیت نمایندگان، اشاره کرد. مصونیت و معافیت تقنینی در ماده ۱۰۱ قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفت. مطابق این ماده، هیچ عضو شورای ملی به علت رأی یا نظریه‌ای که در هنگام اجرای وظیفه ابراز می‌دارد، مورد تعقیب عدلی قرار نمی‌گیرد. این اصل برای حمایت از نمایندگان در تطبیق وظایف‌شان بسیار مهم است. حمایت مذکور در ماده ۱۰۱ قانون اساسی هرگونه اظهارنظر پارلمانی نمایندگان را در برمی‌گیرد. با این حال، حمایت مذکور شامل اظهارات بیان شده در رقابت‌های انتخاباتی نمی‌شود. دلیل اعطای این مزیت به نمایندگان آن است که آنها را از هر گونه محدودیت در رابطه با اظهار نظرات‌شان مصون و آزاد نماید. همانگونه که ملاحظه کرده‌ایم، یکی از مهمترین وظایف پارلمان، کنترل قوه اجرائیه است. بنابراین، به خصوص برای نمایندگان مخالف دولت بسیار اهمیت دارد که قادر به انتقاد از دولت و اعضای آن بوده، آنها را به خاطر اشتباهات (غلطی‌ها) شان، بدون آن که از طریق توسل به اقدامات قانونی علیه آنها، مورد تهدید قرار گیرند، سرزنش کنند. به عنوان مثال، در جمهوری اسلامی ایران، قضایای مختلف و متعددی اتفاق افتاده‌اند که در آنها اعضای فعلی یا اعضای سابق پارلمان، بر مبنای رفتار ارتكابی‌شان در مباحث پارلمانی، تحت تعقیب قرار گرفتند. چنین اقداماتی به نحو اساسی مانع عمل به وظایف پارلمان شده و بنابراین با اصل تفکیک قوا مناقض است.

دومین امتیاز نمایندگان مصوونیت از تعقیب قانونی است. همانند مصوونیت تقنینی، این امتیاز از آن جهت مدنظر قرار گرفت که کارایی پارلمان را تضمین نموده و اختیارات و صلاحیت‌های آن در مقابل تعدیات قوای دولتی دیگر مخصوصاً قوه اجرائیه را حفاظت کند. از طریق وضع این حکم، از موقعیت‌هایی که ممکن است قوه اجرائیه تلاش کند اعضای پارلمان را جهت تأثیرگذاری بر نتایج آرای آنها در رابطه با موضوعات مجادله‌آمیز توقیف کند، جلوگیری به عمل می‌آید. با این حال، از آنجا که این امتیاز جهت حمایت از نمایندگان در مقابل تعقیب به خاطر ارتکاب جرایم عادی مانند جرایم سایر اتباع تهیه نشده، بلکه به منظور تأمین کارایی پارلمان به عنوان یک کل طراحی شده است، پارلمان خود صلاحیت سلب این مصوونیت را از نماینده در رابطه با قضیه دارای مبنای اتهامی متقن دارد.

درحالی که مصوونیت پارلمانی به موجب ماده ۱۰۱ قانون ساسی یک مصوونیت ماهوی است، بدین معنا که اعمال مرتبط با وظیفه یک عضو پارلمان به هیچ وجه عنوان مجرمانه نمی‌یابد، مصوونیت از تعقیب حقوقی صرف یک خاصیت اجرائتی دارد. در نتیجه، یک عضو پارلمان مسؤل اعمال مجرمانه عادی خود همانند هر شخص دیگری است، اما فقط می‌توان تحت شرایط اجرایی خاصی وی را در طول دوره تصدیش تحت تعقیب قرار داد.

مأخذ مرتبط با این موضوع در قانون اساسی افغانستان، ماده ۱۰۲ قانون اساسی است. مطابق این ماده، هرگاه عضو شورای ملی به جرمی متهم شود، مأمور مسؤل از موضوع به مجلسی که متهم عضو آن است اطلاع می‌دهد و متهم تحت تعقیب عدلی قرار گرفته می‌تواند. با این حال، تعقیب در این معنا، به ترتیبی که می‌توان در جملات ذیل این ماده ملاحظه کرد شامل گرفتاری نمی‌شود. گرفتاری صرف تحت شرایط و اوضاع و احوال علیحده ذیل مجاز است. مأمور مسؤل در صورتی می‌تواند مظنون را تحت تعقیب قرار داده و گرفتار نماید که یا قضیه مربوط به جرم مشهود بوده و یا اذن مجلسی که مظنون عضو آن است را دریافت کرده باشد.^{۱۸۵} در صورت بروز هرگونه شک، با توجه به ارزش بالای کارایی پارلمان، اجازه مجلس مربوطه ضروری است. اگر اتهام در هنگام تعطیلی

^{۱۸۵} بنابراین، مراجع تعقیب مکلفند موضوع گرفتاری مظنون را به مجلس ذیربط از

شورای ملی که وی به آن تعلق دارد، فوراً اطلاع دهند.

شورا صورت گیرد، اجازه موقت گرفتاری یا توقیف را می‌توان از هیئت اداری مجلس مربوطه اخذ نمود و تصمیم این هیئت به نخستین جلسه مجلس مذکور جهت اخذ تصمیم ارایه می‌شود. به خصوص برای اشتراک کنندگان و حضار قضایی ما، این نکته بسیار مهم است که تأکید کنیم شرط ضروری مشهود بودن جرم، باید حتماً مدنظر قرار گیرد. این کافی نیست که یک جرم مورد مشاهده قرار گیرد، زیرا مشاهدات می‌توانند اشتباه و غلط باشند. تنها با قضایایی می‌توان به این ترتیب رفتار نمود که مظنون در حال ارتکاب جرم، توقیف شده باشد، مانند آنکه او زمانی توقیف گردید که بعد از سرقت، با اشیاء مسروقه‌ای که هنوز تحت تصرف او بوده‌اند، در حال فرار بود.

مقصود از این آستانه بالا و بلند امکان توقیف، توجه به کارکرد خاص پارلمان است. این کارکرد خاص مجلس با توقیف یک نماینده سابق پارلمان که دیگر عضو مجلس مربوطه نیست مورد تهدید قرار نخواهد گرفت. در نتیجه، برخلاف مصوونیت تقنینی نمایندگان، مصوونیت (عادی) صرف مربوط به مدت وظیفه نمایندگان می‌باشد.

۲-۳. وظایف تقنینی

شورای ملی به موجب قانون اساسی به عنوان عالی‌ترین ارگان تقنینی تعیین شده است. (ماده ۸۱ قانون اساسی). فقره ۱ ماده ۹۰ قانون اساسی به شورای ملی صلاحیت تصویب قوانین جدید و لغو قوانین قبلی را داده است، به علاوه، شورای ملی صلاحیت اتخاذ تصمیم در رابطه با پروگرام‌های انکشافی اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی را دارد (ماده ۹۰ قانون اساسی).

مفهوم و معنای قانون در زمینه قانون اساسی افغانستان در ماده ۹۴ قانون اساسی تعیین شده است. مطابق این ماده، قانون مصوبه هر دو مجلس شورای ملی است که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر آنکه در قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد. با توجه به مفهوم مخالف حکم این ماده، هر مصوبه‌ای که فاقد این شرایط ضروری باشد، قانون به معنای رسمی آن نخواهد بود. این نتیجه‌ای است که نه تنها از جهت ترمینولوژی

(اصطلاح شناسی) حقوق بلکه همچنین در مواردی که یکی از حقوق بنیادین همانند حق حیات نقض شده باشد فوق العاده مهم است (ماده ۲۳ قانون اساسی).^{۱۸۶}

پروسه و ترتیبات وضع قانون در مواد ۹۴-۱۰۰ قانون اساسی تنظیم شده است. طرح پیشنهادی قانون ممکن است توسط دولت یا برخی اعضای شورای ملی و توسط ستره محکمه و از طریق حکومت در قضایای مربوط به ساحه قضایی ارایه شود. پیشنهاد طرح‌های قانونی مرتبط به مسایل بودجه و امور مالی صرف توسط دولت صورت گرفته می‌تواند (ماده ۹۵ قانون اساسی). این نکته نیز اضافه می‌شود که شورای ملی باید در اتخاذ تصمیم، به تصمیم‌گیری راجع به لوایح قانونی و معاهدات بین‌المللی که از طرف دولت پیشنهاد شده‌اند، اولویت دهد؛ البته اگر رسیدگی به این موضوعات مستلزم توجه و تصمیم‌گیری سریع راجع به آنها باشد. هر دو امتیاز اجرایی فوق برای قوه اجرائیه، استقلال تقنینی شورای ملی را نقض می‌کنند.

هرگاه پیشنهاد وضع قانون، حاوی مکلفیت جدید یا تنقیص در عایدات دولت باشد، طرح پیشنهادی به شرطی در فهرست کار شورای ملی داخل می‌شود که در متن پیشنهاد، مدرک جبران نیز پیش بینی شده باشد (ماده ۹۶ قانون اساسی).

صرف پروسه تقنینی، موضوعی بسیار پیچیده است؛ نه تنها در این پروسه چندین ارگان دولتی درگیر می‌باشند، بلکه اجراءات دقیق آن حسب مرجع ارایه‌کننده پیشنهاد وضع قانون متفاوت است. جهت تسهیل در فهم و درک بهتر، تصاویر توضیح دهنده اجراءات مربوطه، بعد از توضیح و بیان هر یک از پروسه‌های متعدد نشان داده می‌شوند.

(۱) پیشنهاد طرح قانون توسط حکومت

معمولاً پیشنهادهای ارایه شده توسط حکومت قسمت اصلی لوایح قانونی ارایه شده به پروسه وضع قانون را تشکیل می‌دهد. این موضوع را می‌توان به این واقعیت مربوط دانست که اداره به طور مرتب و معمول دارای یک یا دو بخش مسلکی در ارتباط به طرح لوایح قانونی می‌باشد. در افغانستان لوایح دولتی معمولاً توسط بخش تقنین وزارت عدلیه تدوین و تدبیر می‌شوند.

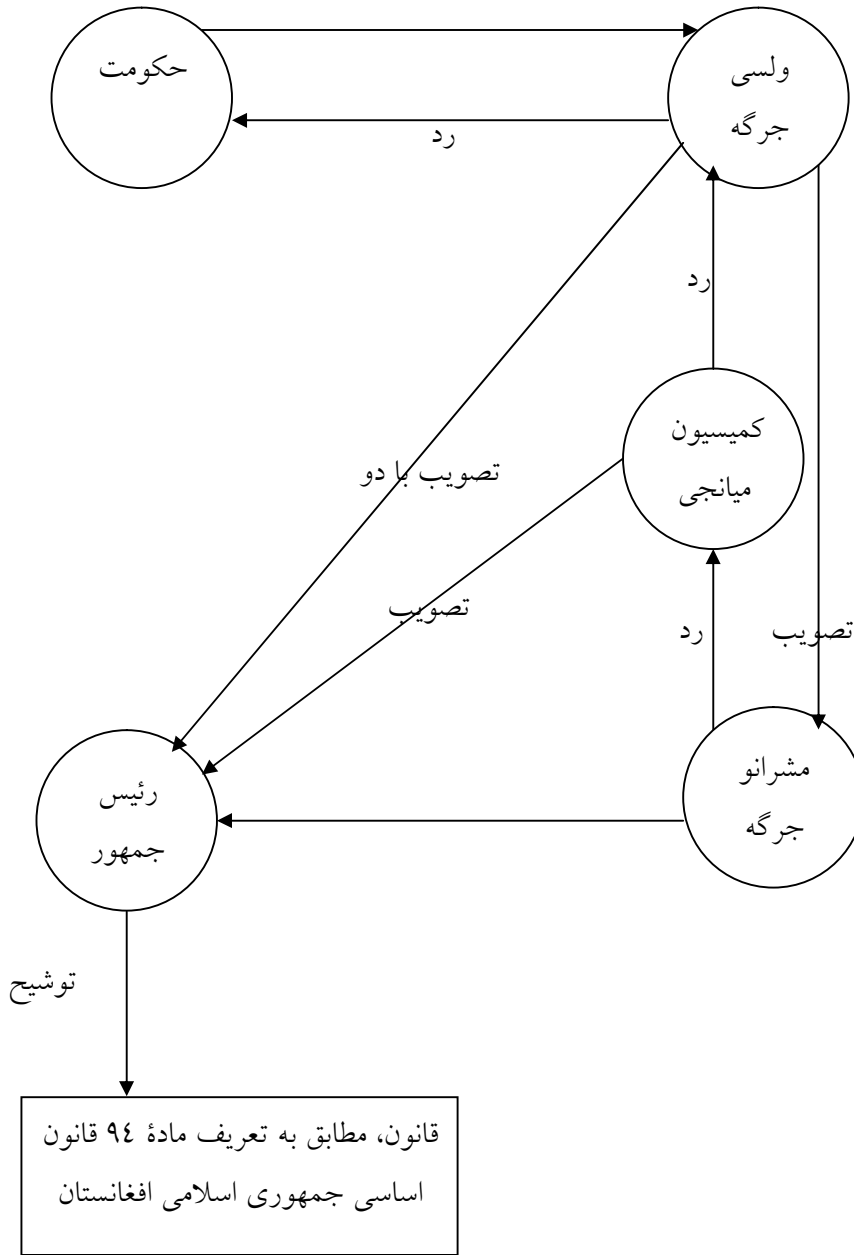
^{۱۸۶} برای مطالعه شرایط ضروری مداخله قانونی در حقوق بنیادین بنگرید به جلد

دوم رهنمود حقوق اساسی ماکس پلانک راجع به حقوق بشر.

پیشنهاد‌های حکومت ابتدا باید به ولسی جرگه تقدیم شود (ماده ۹۷ قانون اساسی)؛ ولسی جرگه ممکن است نسبت به تصویب یا رد پیشنهاد به عنوان یک بسته (مجموعه) اقدام کند. بنابراین اتخاذ یک تصمیم درباره یک ماده از آن پیشنهاد مجاز نیست. تصمیم‌گیری درباره یک پیشنهاد توسط ولسی جرگه نباید پیش از یک ماه به تأخیر افتد. اگر ولسی جرگه لایحه دولت را تصویب کند، مصوبه به مشرانو جرگه فرستاده می‌شود که مکلف است ظرف پانزده روز از تاریخ تقدیم به آن تصمیم بگیرد. در صورتی که مشرانو جرگه آن را تصویب کند، مصوبه به رئیس جمهور ارجاع می‌شود که نسبت به توشیح و ابلاغ آن اقدام نموده، در نتیجه به حیث قانون نافذ می‌شود. در مواردی که مشرانو جرگه مصوبه ولسی جرگه را تأیید نکند، یک کمیسیون میانجی به تعداد مساوی از اعضای هر یک از دو مجلس جهت حل و فصل اختلاف میان آنها تشکیل می‌شود. مطابق ماده ۱۰۰ قانون اساسی این کمیسیون برای تصمیم‌گیری درباره هر قضیه‌ای که در آن تصمیم یک مجلس توسط مجلس دیگر رد شده باشد، تشکیل می‌گردد. اگر کمیسیون به تصمیم سازنده‌ای برسد و اختلاف را فیصله نماید، مصوبه به رئیس جمهور ارجاع می‌شود و پس از توشیح و ابلاغ نافذ می‌گردد (ماده ۱۰۰ قانون اساسی). اگر کمیسیون نتواند نسبت به حل اختلاف اقدام کند، پیشنهاد، مردود تلقی می‌شود. با این حال، ولسی جرگه می‌تواند نسبت به نقض و رد تصمیم مشرانو جرگه در جلسه بعدی با اکثریت دوثلث آرای اعضای آن اقدام کند. در این حالت پیشنهاد، با توشیح رئیس جمهور بدون ضرورت ارایه مجدد آن به مشرانو جرگه، وصف قانونی می‌یابد. اگر در ولسی جرگه اکثریت لازم کسب نشود، پیشنهاد مذکور رد می‌شود. رئیس جمهور حق رد (وتوی) هر تصمیم شورای ملی را دارد (ماده ۹۴ قانون اساسی). با این حال، از آنجا که زیاد محتمل نیست رئیس جمهور به حیث رأس قوه اجرائیه، لایحه قانونی که خود حکومت ارایه کرده است را رد کند. درخصوص وتوی رئیس جمهور بعداً بحث خواهد شد.

پروسه وضع قانون مطابق به ماده ۹۷ قانون اساسی

طرح قانونی



(۲) پیشنهاد طرح قانون توسط اعضای شورای ملی

پیشنهاد طرح قانون ممکن است توسط اعضای شورای ملی نیز صورت گیرد. اولین مانعی که چنین پیشنهادهایی باید از آن عبور کنند این است که در فهرست کار مجلس ذریبط شورای ملی واقع شود. پیشنهاد طرح قانون باید توسط ده عضو یکی از مجالس مطرح شود و بوسیله حداقل یک پنجم نمایندگان آن مجلس مورد حمایت قرار گیرد تا در فهرست کار آن مجلس داخل گردد. این محدودیت به علت آن است که اگرچه اصولاً هر یک از نمایندگان مجالس دارای حقوق مساوی همانند همکاران خود جهت مشارکت در پروسه تقنینی می‌باشد، لیکن پیشنهادهایی که فاقد هرگونه شانس (امکان) موفقیت هستند، جهت تسهیل در کار پارلمان باید در فهرست کار آن قرار نگیرند.

اگر چه این موضوع صراحتاً در هیچ جا ذکر نشده است، اما به نظر منطقی می‌رسد که بعد از بحث و تصویب پیشنهاد در مجلسی که پیشنهاد به آن ارایه گردید، مصوبه آن مجلس به مجلس دیگر جهت بحث بیشتر ارجاع شود. اگر مجلس بعدی با آن موافق بود، طرح مصوب آنها به رئیس جمهور فرستاده می‌شود، در غیر این صورت طرح به کمیسیون میانجی فرستاده خواهد شد. اگر کمیسیون مذکور در خصوص اختلاف دو مجلس به راه حلی دست یافت مصوبه را به رئیس جمهور ارجاع می‌دهد. در غیر این صورت باید قایل به تفکیک و تمیز شد: اگر پیشنهاد توسط مشرانو جرگه پذیرفته شده بود اما ولسی جرگه با آن موافق نبود، هیچ بخت و امکان بیشتری برای پیشنهاد وجود ندارد و پروسه وضع آن به نتیجه منفی رسیده است. اما اگر پیشنهاد توسط ولسی جرگه پذیرفته شده بود و مشرانو جرگه آن را رد کرد، هنوز این امکان برای ولسی جرگه وجود دارد که مجدداً در جلسه بعدی آن را با رأی اکثریت دو ثلث اعضای خود تصویب کند و تصمیم مشرانو جرگه را نقض نماید (ماده ۱۰۰ قانون اساسی). در این صورت پیشنهاد مصوب ولسی جرگه به رئیس جمهور ارجاع می‌شود.

رئیس جمهور، رئیس قوه اجرائیه است و در رابطه با تمام تصمیم شورای ملی دارای حق رد (وتو) می‌باشد (ماده ۹۴ قانون اساسی). در نتیجه، او می‌تواند و در واقع باید مصلحت حکومت را در این خصوص در نظر بگیرد. رئیس جمهور پانزده روز فرصت دارد تا حق وتوی خود را اعمال کند. ممکن است رئیس جمهور تصمیم به امضا و ابلاغ طرح قانون

بگیرد که در آن صورت مصوبه نافذ می‌شود. اگر رئیس جمهور حق رد (وتو) خود را در ظرف پانزده روز اعمال نکند، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می‌گردد.

اگر رئیس جمهور تصمیم به اعمال حق رد خود بگیرد، او مصوبه را به شورای ملی پس می‌گرداند و دلایل تصمیم خود را نیز باید بیان کند. رئیس جمهور باید دلایل خود برای اعمال وتو را بیان کند تا ولسی جرگه تصمیم بگیرد که آیا این دلایل قانع کننده بوده و باید پذیرفته شوند یا نه. اعلام دلایل تصمیم رئیس جمهور، شرط ضروری برای اعمال وتوی معتبر قانونی است، زیرا ماده ۹۴ قانون اساسی صلاحیت رئیس جمهور جهت رد مصوبات شورای ملی را تنها در صورتی که او دلایل متنی (ماهوی) ارایه کند، ایجاد کرده است.^{۱۸۷}

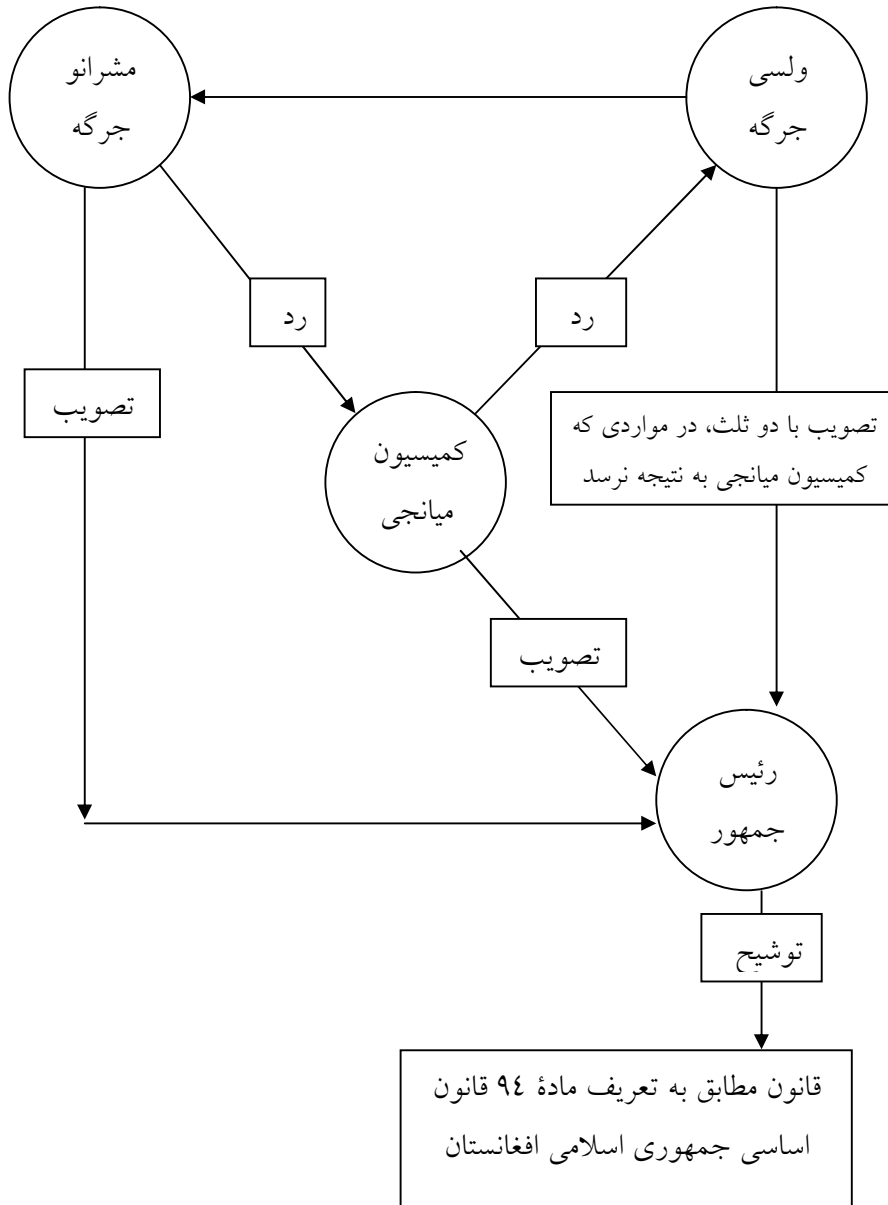
در صورتی که ولسی جرگه دلایل رئیس جمهور را رد کند، می‌تواند تصمیم به تجدید طرح قانونی بگیرد. اگر اکثریت دو ثلث اعضای آن، طرح قانونی را تصویب کنند، وتوی رئیس جمهور نقض شده و طرح قانونی توشیح شده و نافذ تلقی می‌شود.

^{۱۸۷} ماده ۹۴ قانون اساسی افغانستان: «...» در صورتی که رئیس جمهور با

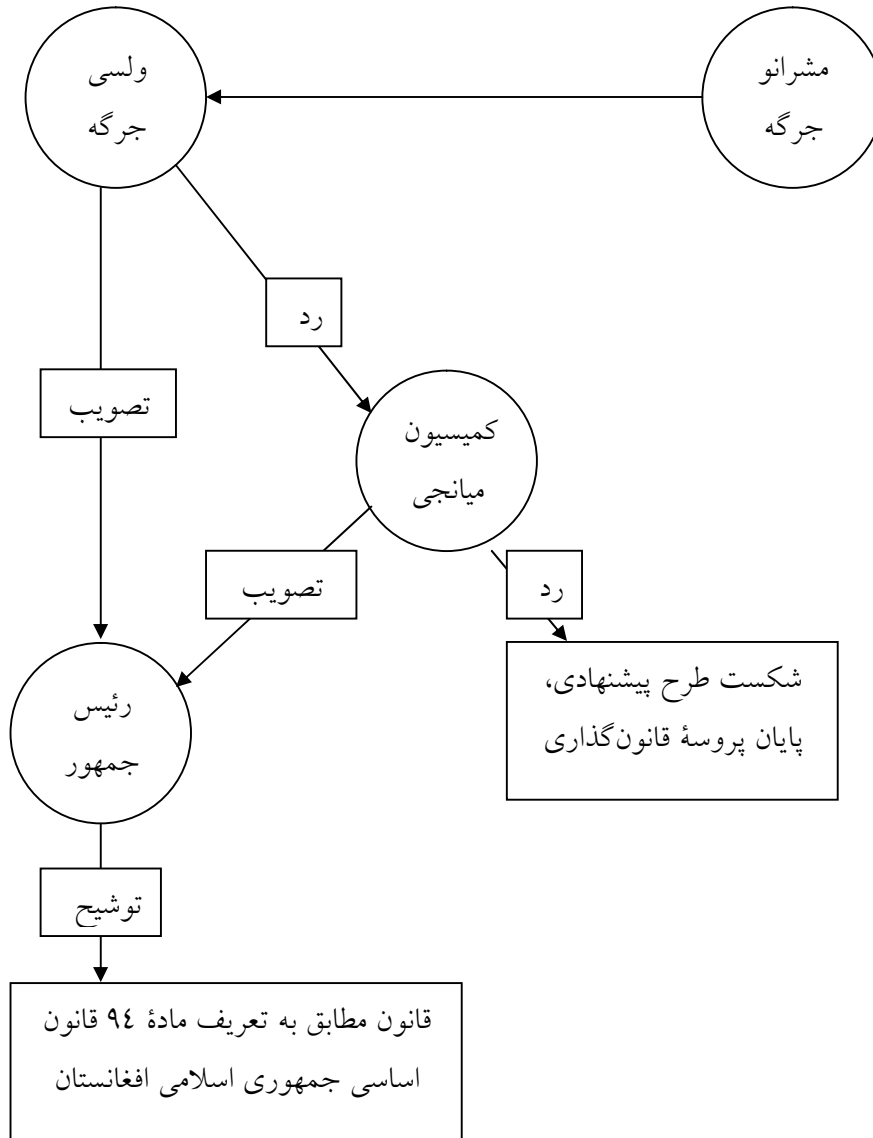
مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد، می‌تواند آن را در ظرف پانزده روز از

تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. [...]».

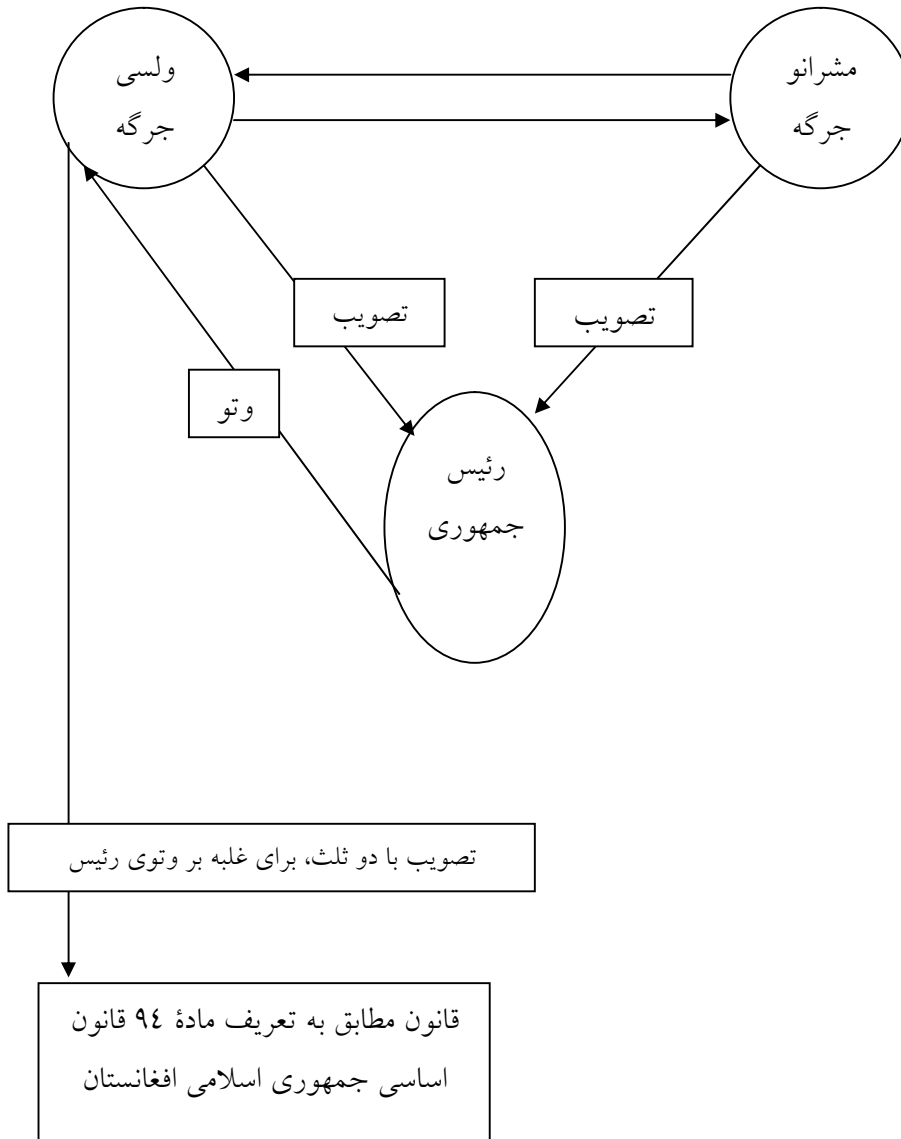
۱. طرح پیشنهادی توسط اعضای ولسی جرگه



۲. طرح پیشنهادی توسط اعضای مشرانو جرگه



۳. طرح پیشنهادی مشترک توسط اعضای ولسی جرگه و مشرانو جرگه اما متعاقباً
وتوی طرح توسط رئیس جمهور



(۳) پروگرام بودجه و انکشاف

برای پروگرام‌های بودجه و انکشاف اجراءات خاصی مطابق ماده ۹۸ قانون اساسی پیش‌بینی شده است. این پروگرام‌ها از طرف حکومت به مشرانو جرگه فرستاده شده، از آنجا به ولسی جرگه احاله می‌شوند. مشرانو جرگه مجبور به تصویب پروگرام‌های بودجه و انکشاف نیست، لیکن نظر و دیدگاه آن به اضافه طرح قانونی به ولسی جرگه فرستاده می‌شود. در صورتی که ولسی جرگه پروگرام‌های مذکور را تصویب کند، تصمیم آن با توشیح رئیس جمهور بدون ضرورت تقدیم به مشرانو جرگه نافذ می‌شود. ولسی جرگه تصمیم‌گیری درخصوص پروگرام بودجه را باید ظرف یک ماه انجام دهد. ماده ۹۸ قانون اساسی همچنین مقرر می‌کند که در رابطه با اجازه اخذ یا اعطای قرضه، ولسی جرگه نمی‌تواند اتخاذ تصمیم را بیش از پانزده روز به تأخیر اندازد. هرگاه ولسی جرگه در مدت این پانزده روز تصمیم اتخاذ نکند، پیشنهاد، تصویب شده محسوب می‌گردد. این مدت فرصت، همانند امتیازات دیگر قوه اجرائیه که در مباحث بالا مورد اشاره قرار گرفت، موجب نقض استقلال مقنن شده، که به شدت قدرت قانون‌گذاری وی را کاسته و در ارتباط به ضرورت وجود توازن میان شعب مختلف قوای دولتی مشکلاتی را ایجاد می‌کند.^{۱۸۸} با این حال، تصویب سازنده راجع به تصامیم به قرضه در صورت بیش از یک ماه تأخیر در اتخاذ تصمیم راجع به بودجه دولت قابل تطبیق نمی‌باشد. در مقابل ماده ۹۸ قانون اساسی حکم می‌کند که اگر تصمیم درخصوص بودجه قبل از آغاز سال مالی جدید صورت نگیرد، تا تصویب بودجه جدید، بودجه سال گذشته تطبیق می‌گردد. در نتیجه، اگر ولسی جرگه در تطبیق این وظیفه کوتاهی نماید، تنها ضمانت اجرا، تمدید وضع سابق است.

مشرانو جرگه به نحو قابل توجهی دارای قدرت تقنینی کمتر از ولسی جرگه است. ولسی جرگه قادر به رد و تویی هرگونه عدم موافقت مشرانو جرگه با اکثریت دو ثلث اعضای خود می‌باشد. این اجراءات نه تنها در ارتباط به طرح‌های تقنینی عادی اعمال می‌گردد، بلکه درخصوص الحاق به معاهدات و توافقنامه‌های بین‌المللی و سایر تصامیمی که باید نه تنها

¹⁸⁸ Cf. R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 909.

توسط یک مجلس بلکه توسط شورای ملی به طور کامل تصویب شود، نیز اعمال می‌گردد.

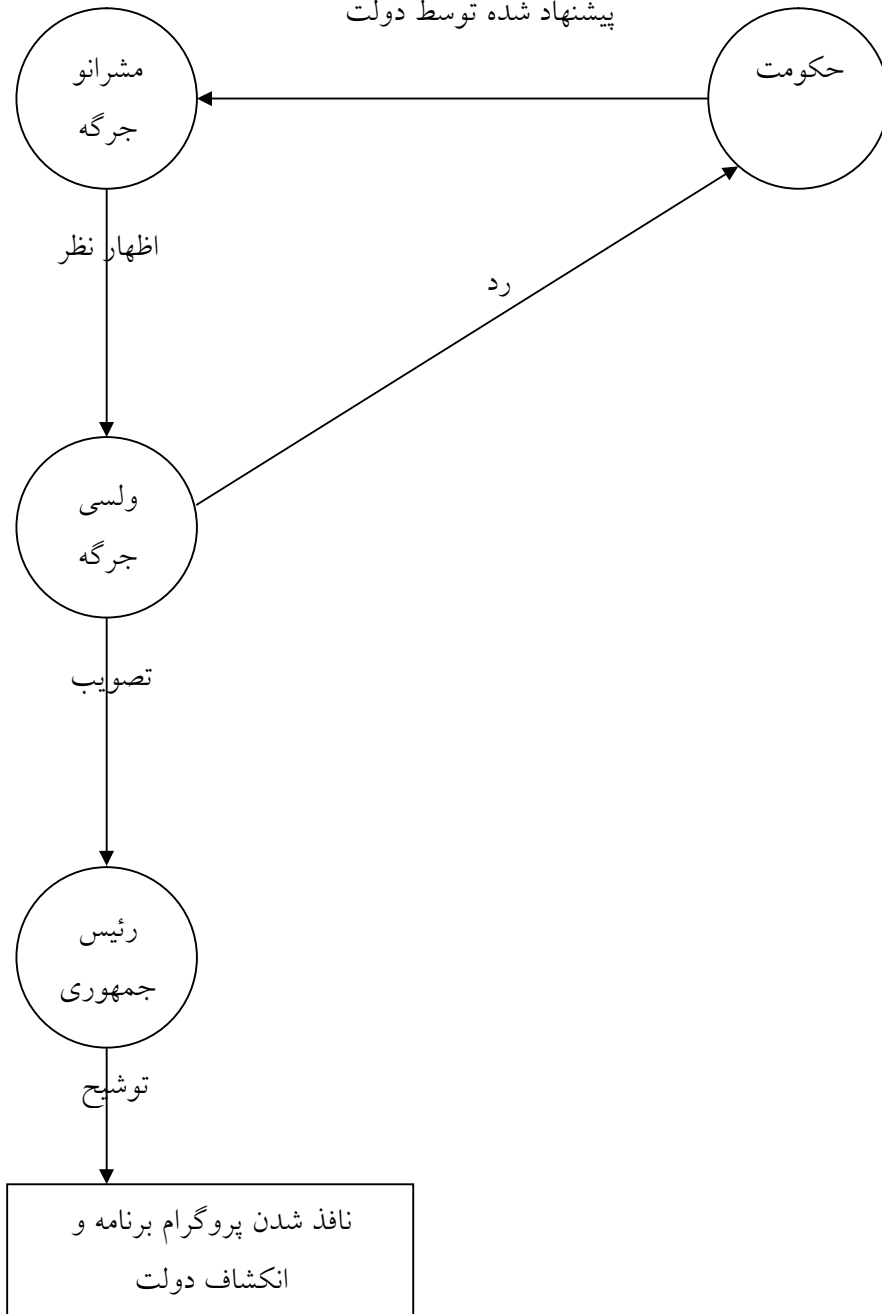
نظر به تصمیم راجع به بودجه دولت و پروگرام انکشافی، مشرانو جرگه فقط می‌تواند راجع به پیشنهاد نظر بدهد؛ رضایت آن در مورد پیشنهاد به هیچ وجه ضروری نیست. زیرا مشروعیت دموکراتیک ولسی جرگه بسیار قطعی و مسلم بوده، در نتیجه به نظر می‌رسد چنین قاعده‌ای با توجه به اصول دموکراسی، قاعده مناسبی باشد.

عکس این وضعیت یعنی تقلیل شدید قدرت تقنینی شورای ملی باید به نحو برجسته‌ای مدنظر قرار گیرد. قانون اساسی پروسه تقنینی را تحت کنترل شدید حکومت، در پارلمان جای داده است. شورای ملی متعهد به اولویت دادن و مرجح داشتن بحث راجع به طرح‌های قانونی و معاهدات ارایه شده به وسیله حکومت است، اگر حکومت به نحو رسمی تقاضای بررسی سریع آن را بکند. علاوه بر این، ولسی جرگه نباید در اتخاذ تصمیم راجع به طرح قانونی پیشنهاد شده توسط حکومت برای مدت بیش از یک ماه تأخیر کند. حتی مشرانو جرگه باید ظرف پانزده روز اتخاذ تصمیم نماید. در صورت اخیر، اگر ولسی جرگه در ظرف مدت مذکور اتخاذ تصمیم نکند، پیشنهاد تصویب شده تلقی می‌شود. ممکن است پارلمان، علیرغم محدودیت‌های وارد بر آزادی عمل تقنینی آن، قانونی را وضع کند که حکومت آن را تأیید نکرده، هنوز رئیس جمهور بتواند از حق وتوی خود جهت جلوگیری از تبدیل آن به قانون استفاده کند. استفاده رئیس جمهور از حق وتو را، تنها با رأی اکثریت دو ثلث اعضای ولسی جرگه، که در بیشتر قضایا به سختی قابل حصول است، می‌توان نقض کرد. در نتیجه، در پروسه تقنین نوعی برتری برای قوه اجرائیه قرار دارد که تا حدودی در ارتباط به ضرورت وجود توازن میان قوای دولتی و رعایت اصل تفکیک قوا، مشکل‌آفرین است. در این خصوص به نظر می‌رسد که نظام پیش‌بینی شده در قانون اساسی قابل اصلاح و تعدیل باشد.^{۱۸۹}

¹⁸⁹ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 64 (2004), 897-915, 909

اجراءات مربوط به پروگرام بودجه و انكشاف

طرح قانونی پروگرام بودجه و انكشاف،
پیشنهاد شده توسط دولت



۲-۴. کنترل و مهار پارلمانی قوه اجرائیه

به حیث یکی از نتایج اصل دموکراسی و تفکیک قوا، از جمله کارکردهای پارلمان کنترل و مهار قوه اجرائیه است. همانگونه که مورد اشاره قرار گرفت یکی از شیوه‌های کنترل پارلمانی، قانونگذاری است؛ زیرا قوه اجرائیه مقید و متلزم به رعایت قانون می‌گردد.^{۱۹۰} علاوه بر این قوه اجرائیه از طریق صلاحیت قوه مقننه جهت تصویب بودجه به شرح مذکور در فقره ۳ ماده ۹۰ و فقره ۲ ماده ۹۱ قانون اساسی افغانستان کنترل می‌گردد. صلاحیت قوه مقننه در تصویب بودجه بسیار موثر است، زیرا در صورت عدم اختصاص بودجه به بخش‌های مختلف، قوه اجرائیه ناتوان از فعالیت خواهد شد.

یکی دیگر از سازو کارهای (میکانیزم‌های) کنترل قوه اجرائیه، ناشی از مسئولیت این قوه در مقابل ولسی جرگه است. این مسئولیت در ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان در ارتباط به مسئولیت رئیس جمهور و در ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان در ارتباط به وزرا معین شده است. مسئولیت حکومت در مقابل ولسی جرگه عموماً از طریق انتقاد از اقدامات و سیاست‌های حکومتی در پارلمان، خواه در مباحث پارلمانی یا در پروسه سؤال از اعضای قوه اجرائیه راجع به اقدامات و سیاست‌هایشان، محقق می‌گردد. یک ابزار مهم در این خصوص امکان تأسیس کمیسیون خاص بررسی و تحقیق مطابق ماده ۸۹ قانون اساسی افغانستان است. چنین کمیسیون تحقیقی در صورتی که یک ثلث اعضای ولسی جرگه پیشنهاد تحقیق از اداره را مطرح کنند، تأسیس می‌شود. هدف ایجاد کمیسیون تحقیق، توانا کردن ولسی جرگه به حیث نمایندگان مردم افغانستان جهت رسیدگی و تجزیه و تحلیل اقدامات حکومت و نقض احتمالی قانون توسط آن و یا بررسی احتمال ارتکاب اقدامات غلطی در اجرای وظایف حکومتی است. چنین بررسی و تحقیقی به خصوص حق اقلیت مجلس است زیرا زمینه واری و تحقیق از قوه اجرائیه را که ممکن است با اکثریت نمایندگان پارلمان دارای پیوستگی و ائتلاف بوده و در نتیجه مایل به انتقاد از حکومت نباشند، فراهم می‌کند. این واقعیت که حق تحقیق و بررسی به خصوص یکی از حقوق اقلیت مجلس می‌باشد در حد نصاب پایین تنها یک ثلث اعضای ولسی جرگه منعکس شده است. نتایج فعالیت کمیسیون تحقیق و بررسی معمولاً عمومی و علنی می‌گردد و

^{۱۹۰} بنگرید به فصل سوم، گفتار چهارم، ب ۳، ذیل تفکیک قوا به عنوان

«اصل همکاری» نه تفکیک مطلق.

می تواند بر افکار عمومی راجع به عملکرد حکومت تأثیر گذاشته، از آن طریق بر انتخاب آتی موثر باشد. در نتیجه کمیسیون تحقیق، وسیله مهمی در مباحث سیاسی میان اکثریت و اقلیت مجلس است و ممکن است به حیث ابزاری در دست اقلیت مجلس عمل کند تا در انتخاب بعدی اکثریت را از آن خود نماید.

مسئولیت شخصی اعضای قوه اجرائیه در مقابل ولسی جرگه به نحو بسیار متفاوتی تعیین شده است. در حالی که ولسی جرگه می تواند به درخواست بیست درصد اعضای آن از هر کدام وزرا استیضاح یا سؤال نماید و در صورت عدم قناعت از پاسخ وزیر، رأی عدم اعتماد صادر کند، رئیس جمهور صرفاً می تواند با توجه به طرز العمل مذکور در ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان در رابطه با اقدامات خویش، پاسخگو باشد. بنابراین، رئیس جمهور را به دلیل سوء رفتار سیاسی یا کاستی در سیاست های اتخاذی، نمی توان استیضاح نمود و نه بر کنار، بلکه صرف در رابطه با آن دسته از اقدامات غیر قانونی واجد وصف جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت می توان محاکمه نمود. این میکانیزم تشابه زیادی با استیضاح رئیس جمهور در قانون اساسی امریکا دارد و باید مجزا از نظام پارلمانی کنترل حکومت قرار گیرد. لیکن آنچه که در قانون اساسی افغانستان در دسترس می باشد صرف ناظر به وزیران است که به شکل سؤال و رأی عدم اعتماد خود را نشان می دهد.^{۱۹۱}

صدور رأی عدم اعتماد، نخست نیازمند برخی شرایط و مقدمات ضروری است. پیش از آنکه صدور چنین رأی به طور کلی مطرح شود، سؤال و استیضاح از وزیر باید طرح گردد. اولین پرسشی که در ارتباط به طرح سؤال از وزیر مطرح می شود این است که آیا سؤال از او محدود به کیفیت انجام وظایف او می باشد یا آنکه می توان از وی در رابطه با سایر اقدامات حکومت (حتی اگر خارج از وظایف و اختیارات وزیر باشد) سؤال نمود. ماده ۹۲ قانون اساسی افغانستان هیچگونه محدودیت در طرح سؤال را بیان ننموده است. با این وجود، فقره ۲ ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان مقرر نموده است که وزرا از **وظایف مشخصه خود** نزد ولسی جرگه مسئولیت دارند. از آنجا که حق سؤال یکی از نتایج مسئولیت وزیران در مقابل ولسی جرگه به ترتیب مذکور در فقره ۲ ماده ۷۷ قانون اساسی است، نمایندگان عضو ولسی جرگه صرف در ارتباط به اقدامات مربوط به وظایف

¹⁹¹ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 905.

مشخصه وزیر می‌توانند از او سوال کنند. در صورتی که پاسخ وزیر قناعت بخش نباشد، نمایندگان می‌توانند رأی به عدم اعتماد صادر نمایند.

در رابطه با رأی عدم اعتماد مباحث متعددی وجود دارد که باید به تفصیل شرح داده شود. نخست آنکه، آیا پذیرفتنی است که رأی اعتماد تکرار شود و اگر این گونه است چه شرایط و مقدماتی باید تأمین گردد (۱). دوم آنکه تحت چه شرایطی پاسخ وزیر ممکن است قناعت بخش تلقی نگردد (۲). به علاوه، مطابق ماده ۹۲ قانون اساسی افغانستان رأی عدم اعتماد باید صریح (۳)، مستقیم (۴) و بر اساس دلایل موجه (عینی) بوده (۵) و باید توسط اکثریت کل اعضای ولسی جرگه و نه اکثریت اعضای حاضر در جلسه، صادر شود. سرانجام آنکه، سوال دیگر ناظر به نتایج قانونی رأی عدم اعتماد است (۶).

(۱) این سوال که آیا در صدور رأی عدم اعتماد، رأی اعتماد دوباره، قابل پذیرش و توصیه است یا نه، موضوعی بود که در یک نظریه مشورتی ستره محکمه در رابطه با رأی عدم اعتماد به وزیر امور خارجه مطرح گردید. در این قضیه، این موضوع مشکل ساز شد که برخی نمایندگان مشخص که در طرح سوال و استیضاح از وزیر در دور اول رأی گیری اشتراک نورزیده بودند، در رأی گیری دوم اقدام به رأی دهی نمودند. تحت چنین شرایطی، رأی دهی دوم قابل قبول و پذیرش نیست زیرا طرز العمل خاص مذکور در ماده ۹۲ قانون اساسی، طرح قبلی سوال و استیضاح را ضروری اعلام نموده است. صدور رأی دوباره تنها در صورتی قابل قبول است که تمام نمایندگان رأی دهنده در طرح سوال پیشین اشتراک ورزیده باشند. با این وجود، بر خلاف استنباط ستره محکمه، رأی دهی دوم در صدور رأی عدم اعتماد فی حد ذاته قابل قبول نیست. ستره محکمه دلیل استنباط خود را بر مبنای قیاس با اجرا آت جزائی گذاشته است. با وجود این، این استنباط صحیح نیست. برای تحقق قیاس، باید خلاء غیر عمد و ناخواسته در قانون وجود داشته و هر دو قضیه با یکدیگر قابل قیاس باشند. بر خلاف عقیده ستره محکمه، تفاوت‌های ذاتی متعددی میان پروسه صدور رأی عدم اعتماد به ترتیب مذکور در ماده ۹۲ قانون اساسی و رسیدگی‌های کیفری که در آن هر گونه توسل به قیاس ممنوع است وجود دارد. نخست آنکه، در یک نظام دموکراتیک مبتنی بر حاکمیت مردم (ماده ۴ قانون اساسی افغانستان) سیاستمداران همواره در معرض خطر از دست دادن شغل و وظیفه خود می‌باشند. در رابطه به داشتن یک پست یا سمت معین هیچ «حقی» برای شخص خاصی وجود ندارد،

در حالی که هر کس حق برخورداری از آزادی را دارا می‌باشد؛ تنها حق در این خصوص، حق دسترسی مساوی به چنین پست‌ها و سمت‌هایی است.^{۱۹۲}

در نتیجه، برکناری وزیر از سمت او، یک مجازات کیفری نیست. به علاوه، در حالی که در رسیدگی به دعاوی جزایی قضات مستقلاً وجود دارند که مقید و ملتزم به قانون می‌باشند، نمایندگان عضو ولسی جرگه به نحو کاملی تحت تأثیر وابستگی‌های سیاسی و استنباط‌های شخصی خود می‌باشند، زیرا آنها باید صرف مصالح و منافع عموم مردم افغانستان را در تصمیمات و آراء خود مدنظر قرار دهند (ماده ۸۱ قانون اساسی افغانستان). سرانجام آنکه، بر خلاف رویه رسیدگی‌های جزائی، هیچگونه فرض برائت‌الذمه نمی‌تواند و نباید به نفع وزیر در پروسه سوال و استیضاح از او به ترتیب مذکور در ماده ۹۲ قانون اساسی رعایت گردد. چنانکه می‌توان از عبارات مذکور در ماده فوق استنباط نمود؛ وزیر، بر خلاف یک متهم، وظیفه ارایه دلایل و متقاعد کردن نمایندگان را جهت تثبیت اعتمادشان نسبت به خود بر عهده دارد. در نتیجه، نمی‌توان میان وضعیت یک وزیر و متهم قائل به قیاس شد.

علاوه بر این، فرض ستره محکمه دایر بر غیر قابل پذیرش بودن رأی گیری دوباره طبق فقره ۵ ماده ۶۵ طرز العمل ولسی جرگه بوده است که مقرر می‌دارد بعد از اعلام نتایج یک موضوع دستور کار ولسی جرگه که مورد تصویب نمایندگان قرار گرفت، دوباره نمی‌توان راجع به آن بحث نمود. با این وجود همانگونه که عبارات ماده ۶۵ نشان می‌دهد، ماده مذکور تنها در صورتی قابل تطبیق است که نمایندگان موافق طرح پیشنهادی باشند نه آنکه آنرا رد کرده باشند. علاوه بر این، ماده ۶۵ جزئی از فصل مربوط به قواعد طرز العمل که بر رویه رأی گیری و نظام مربوط به خود رأی گیری حاکم است، متمرکز می‌باشد. بنابراین، منطقی به نظر نمی‌رسد که از این حکم، مقرراتی راجع به پرسش مجاز یا غیر مجاز بودن رأی گیری مجدد در خصوص یک موضوع را استنباط و استخراج نمائیم. در واقع، اگر استنباط ستره محکمه صحیح بود، به طور کلی ولسی جرگه از هر گونه تصمیم گیری جدید راجع به یک موضوع ممنوع می‌گردید. معلوم است که این امر امکان پذیر نیست. بنابراین، رأی گیری مجدد به هنگام رأی عدم اعتماد به طور کلی مجاز است. با

مراجعه کنید به فقره ۴ ماده ۵۰ قانون اساسی افغانستان و نیز ماده ۲۵

۱۹۲

این وجود، طرز العمل مربوط به ماده ۹۲ قانون اساسی افغانستان، باید مورد رعایت قرار گیرد که طبق آن پیش از صدور رأی عدم اعتماد، باید نسبت به سوال و استیضاح از وزیر اقدام گردد. بر این اساس، رأی گیری مجدد تنها در صورتی مجاز است که هم تمام نمایندگان رأی دهنده در طول مدت سوال و استیضاح حضور داشته و هم در موضوع مورد بررسی نیز هیچ تغییری رخ نداده باشد. اگر شرایط و مقدمات ضروری مذکور محقق نگردد، استیضاح از وزیر باید پیش از دور دوم رأی گیری، تکرار شود.

(۲) موضوع دیگر آن است که تحت چه شرایط و اوضاع و احوالی پاسخ وزیر ممکن است قناعت بخش تلقی نگردد. ارگان ذیصلاح در خصوص تصمیم گیری راجع به این موضوع، ولسی جرگه است. با این وجود، رابطه میان استیضاح، پاسخ وزیر و رأی عدم اعتماد نشان می دهد که ولسی جرگه به طور کامل در تصمیم گیری خود آزاد نیست. ولسی جرگه نمی تواند پیش از طرح سوال از وزیر اقدام به صدور رأی عدم اعتماد کند. وقتی به آثار مخرب رأی عدم اعتماد بر ثبات امور دولت توجه می کنیم، این مقدمه ضروری قابل توجه می باشد. به منظور جلوگیری از این که طرح سوال و استیضاح وزیر یک اقدام صرف شکلی و مصنوعی باشد، ضروری است برخی معیارهای حداقلی در طرح سوال و استیضاح از وزیر محقق شده باشد. اگر این معیارها تحقق نیافته باشند، یک پاسخ نمی تواند غیر قناعت بخش تلقی شود. سوالی که از وزیر پرسیده می شود باید صریح و دقیق باشد، وقایع مورد سوال باید در طول یک مدت معقول و متعارف و با استفاده از وسایل و منابع معمول قابل بررسی و تحقیق بوده باشند. علاوه بر این، چنان که می توان از فقره ۳ ماده ۹۲ قانون اساسی استنباط نمود باید دلایل موجهی جهت قناعت بخش تلقی نکردن پاسخ های وزیر وجود داشته باشد، زیرا رأی عدم اعتماد صرف بر مبنای چنین دلیلی قابل صدور است. در نتیجه این سوال مطرح می شود که چه شرایط و مقدمات ضروری باید وجود داشته باشد تا رأی عدم اعتماد بر اساس دلایل موجه باشد. فقره ۲ ماده ۸۱ قانون اساسی افغانستان مقرر نموده است که

«هر عضو شورا در موقع اظهار رأی، مصالح عمومی و منافع علیای مردم افغانستان را مدار قضاوت قرار می دهد».

بنابراین می توان مدعی شد که منظور از دلایل موجه، دلایلی است که تأمین کننده مصالح عمومی و منافع علیای مردم افغانستان باشد. از آنجا که اتخاذ تدابیر تأمین کننده مصالح عمومی و منافع علیای مردم افغانستان بر عهده نمایندگان ولسی جرگه است، شرط موجه

بودن دلایل، صرف به حیث وسیله‌ای جهت جلوگیری از سوء استفاده در این خصوص است. سوء استفاده در صورتی محقق می‌شود که رأی عدم اعتماد بر مبنای دلایل غیر موجه و به حیث مثال بر مبنای وابستگی‌های قومی، زبانی یا مذهبی وزیر صادر شود.

به هر حال ستره محکمه، در نظریه مشوره‌ای فوق الذکر، دیدگاهی دیگر را اتخاذ نموده است. ستره محکمه ولسی جرگه را به حیث یک «محکمه ملی» به هنگام صدور رأی عدم اعتماد تلقی نمود. در نتیجه، به عقیده ستره محکمه طرز العمل رأی گیری به علاوه خود رأی عدم اعتماد مشروط به نقض وظیفه شخص وزیر است. بدون تردید اگر وزیر از انجام وظایف و تعهدات شخصی خود کوتاهی نمود، چنین کوتاهی دلیل موجهی بر صدور رأی عدم اعتماد می‌باشد. با این وجود، تمام دلایل موجه منحصر به عدم انجام وظایف شخصی نمی‌باشند. استنباط ستره محکمه سیاسی بودن مسئولیت وزرا را به ترتیب پیش بینی شده در ماده ۷۷ قانون اساسی دچار سوء تفسیر نموده است. میان مسئولیت انجام فهرستی از تعهدات و وظایف معین و مسئولیت سیاسی مقامات دولتی، تفاوت اساسی وجود دارد.^{۱۹۳} مسئولیت سیاسی حکومت یکی از جنبه‌های محوری و اصلی دموکراسی مبتنی بر نمایندگی و اجرای قدرت دولت به نمایندگی از ملت است. مسئولیت سیاسی به این معناست که مقامات ذیربط دولت نه تنها به خاطر تجاوز از مسئولیت‌ها و وظایف مقرر بلکه بخاطر هر گونه اقدام خودشان نیز باید پاسخگو باشند. نمایندگان پارلمان مطابق وظیفه مذکور در ماده ۸۱ قانون اساسی، باید تصمیم بگیرند که آیا اقدامات

^{۱۹۳} از آنجا که محدود شدن مسئولیت مقامات دولتی به مسئولیت کیفری در عصر مطلق گرایی شناخته شده بود، ایجاد مسئولیت سیاسی دستاورد مهمی برای مشروطیت و قانونمداری تلقی می‌گردد. برای تاکید بر تفاوت میان این دو نوع مسئولیت نقل قولی صریح از الکساندر هامیلتون در مجله *Federalist Papers* می‌تواند مفید باشد که مطابق آن: «مسئولیت بر دو نوع است: رأی عدم اعتماد و مجازات کردن. اولی (رأی عدم اعتماد) بسیار مهمتر از دومی است؛ مخصوصاً در رابطه با یک وظیفه مأخوذ ناشی از انتخابات. اشخاص در نهادهای عمومی اغلب به نحوی رفتار می‌کنند که آنها را شایسته آنکه بیش از این مورد اعتماد باشند، قرار نمی‌دهد، نه آنکه رفتارشان به نحوی باشد که آنها را از مجازات قانونی متنفر سازد.»

وزیر در راستای مصالح عمومی و منافع علیای مردم افغانستان بوده است یا نه. اگر آنها به این نتیجه برسند که اقدامات وزیر در راستای مصالح مذکور نبوده است، صلاحیت صدور رأی عدم اعتماد را خواهند داشت، زیرا اعتماد پارلمان ودیعه‌ای است که در هر زمان قابل اعاده و الغاء می‌باشد. بنابراین، طرز العمل صدور رأی عدم اعتماد اگرچه توسط قانون تعیین شده است، لیکن اصولاً یک رویه و طرز العمل سیاسی است و خصوصیت بارز آن فقدان عدالت است. این فقدان عدالت از آن جهت است که موضوع مسئولیت سیاسی ناظر به آن است که آیا اقدامات صورت گرفته توسط حکومت مطابق مصالح عمومی و منافع علیای مردم بوده است یا نه، از آنجا که هیچ پاسخ قانوناً معتبری برای این پرسش وجود ندارد، هیچ ارگان قضایی نمی‌تواند پاسخ چنین پرسشی را تأیید کند. در نتیجه، نمایندگان عضو ولسی جرگه به تنهایی صلاحیت تصمیم‌گیری راجع به این موضوع را دارند.

استدلال ستره محکمه تفاوت میان رأی عدم اعتماد به حیث وسیله و تدبیری جهت شناخت مسئولیت سیاسی اعضای حکومت و پروسه استیضاح که مشروط به نقض فهرستی از تعهدات و تکالیف است را مبهم و نامشخص کرده است. نهاد استیضاح باقی مانده مسئولیت کیفری تاریخی و خاص مقامات دولتی است. به حیث یکی از آثار این نوع مسئولیت، پروسه استیضاح جهت تضمین این مسئولیت و پاسخگویی در بسیاری از قوانین اساسی به حیات خود ادامه داده است.^{۱۹۴-۱۹۵}

با این وجود، نظر به شرایط و مقدمات بسیار رسمی و شکلی اقدامات مربوط به استیضاح، که در محاکمات جزایی دارای توجیه خاص خود می‌باشند، این وسیله و تدبیر نشان داده است که تا حد زیادی برای کنترل قوه اجرائیه فاقد تأثیر بوده و بخاطر ایجاد وسایل و اتخاذ تدابیر دیگر جهت کنترل سیاسی حکومت، بسیار فاقد اهمیت شده است.^{۱۹۶} بنابراین

^{۱۹۴} مراجعه کنید به ماده ۶۸ قانون اساسی فرانسه؛ ماده ۱۴۲ قانون اساسی اتریش؛

ماده ۶۱ قانون بنیادین آلمان؛ بخش ۴ ماده ۲ قانون اساسی ایالات متحده آمریکا.

^{۱۹۵} Cf. Ulrich Scheuner, "Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung," in: Ulrich Scheuner, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, 303; William R. Anson, *Law and Custom of the Constitution*, 1922, 384 et seq.

^{۱۹۶} Cf. William R. Anson, *Law and Custom of the Constitution*, 1922, 384 et seq.; Albert V. Dicey, *Law of the Constitution*, 1948, 327; Cf. Roland Kleinhenz, *Königtum und parlamentarische Vertrauensfrage in England*, 1991, 150; Fritz v. Bieberstein, "Die Verantwortlichkeit der

تدابیر و اقدامات اخیر جهت شناخت مسئولیت سیاسی مقامات دولتی، به حیث نمونه صدور رأی عدم اعتماد نسبت به آنها، باید به نحو جدی از نهاد استیضاح تفکیک شود. از آنجا که اقدامات مربوط به استیضاح بسیار رسمی و شبیه اجرا آت رسیدگی در محکمه است، اجراءات مربوط به صدور رأی عدم اعتماد که تاکنون مورد اشاره قرار گرفت، اگرچه توسط قانون تنظیم و تعیین شده باشد، لیکن اصولاً مشتمل بر اقدامات سیاسی بوده و ویژگی بارز آن فقدان وصف عدالت است.

یک تحلیل مقایسوی از مدل‌های مختلف پذیرفته شده در قوانین اساسی، ثابت می‌کند که در همه آنها دو نهاد مذکور از یکدیگر تفکیک شده‌اند.^{۱۹۷} به حیث نمونه، قانون اساسی فرانسه که شدیداً قانون اساسی ۱۹۶۴ افغانستان و به نحو غیر مستقیم قانون اساسی فعلی را تحت تأثیر قرار داده است، در ماده ۶۸ مقررات مربوط به استیضاح رئیس جمهور و وزراء را بیان نموده است. از آنجا که استیضاح تنها در صورت ارتکاب برخی جرائم توسط مقامات دولتی مربوط امکان پذیر است، رأی عدم اعتماد نسبت به حکومت (به حیث مثال نخست وزیر یا وزراء)^{۱۹۸} مطابق ماده ۴۹ صرف محدود به موارد سوء رفتار آنها نیست، بلکه ممکن است مبتنی بر دلایل سیاسی هم باشد. همچنین قانون اساسی ایران در اصل ۱۲۵ امکان رأی عدم اعتماد نسبت به وزیران و در فقره ۲ اصل ۸۹ نسبت به رئیس جمهور را بیان نموده است که اصولاً موارد توسل به آن مشروط به عدم انجام وظایف مربوطه نبوده، بلکه ناظر به عدم اعتماد مجلس به اشخاص مذکور می‌باشد. در مقابل، در ایران، استیضاح رئیس جمهور از طریق تصمیم ستره محکمه و تأیید آن توسط رهبری مذهبی منوط به قصور رئیس جمهور در انجام وظایف قانونی وی است.^{۱۹۹}

Reichminister," in: Gerhard Anschütz / Richard Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Band I, 1930, 523; Klaus Kröger, *Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, 1972, 159 et seq.

^{۱۹۷} در رابطه با استیضاح مراجعه کنید به ماده ۶۸ قانون اساسی فرانسه؛ ماده ۶۱ قانون بنیادین آلمان؛ در رابطه با رأی عدم اعتماد مراجعه کنید به ماده ۴۹ قانون اساسی فرانسه؛ ماده ۶۷ قانون بنیادین آلمان.

^{۱۹۸} در قانون اساسی افغانستان صدور رأی عدم اعتماد نسبت به رئیس جمهور امکان پذیر نیست.

^{۱۹۹} Cf. Silvia Tellenbach, *Untersuchungen zur Verfassung der Islamischen Republik Iran vom 15. November 1979*, 1985, 224.

همچنین در پاکستان، در حالی که امکان صدور رأی عدم اعتماد نسبت به نخست وزیر در ماده ۹۵ قانون اساسی فراهم شده و محدود به هیچ نوع غفلت از انجام وظیفه نگردیده است، استیضاح رئیس جمهور در ماده ۴۷ قانون اساسی مدنظر قرار گرفته و مشروط به طرح اتهام نقض قانون اساسی یا سوء رفتار شدید شده است. قانون اساسی میانمار نیز دو شکل از اجرا آت قائل به تمایز شده است. در حالی که استیضاح رئیس جمهور در ماده ۶۹ قانون اساسی مقرر شده و منوط به ارتکاب جنایت است، رأی عدم اعتماد در ماده ۹۲ مورد توجه قرار گرفته و همانند قانون اساسی فرانسه، هیچ محدودیت مربوط به نقض وظایف و تکالیف شخصی توسط وزرا از عبارات ماده مذکور مشاهده نمی‌گردد. در مقابل در خصوص استیضاح (محاکمه) رئیس جمهور ماده ۹۲ قانون اساسی از ارتکاب جرم یا حتی سوء رفتار به حیث مقدمات لازم سخن به میان نمی‌آورد، بلکه از عدم اعتماد ولسی جرگه نسبت به کیفیت انجام وظایف توسط وزیر سخن می‌گوید. اکنون در صورتی که ستره محکمه با اعلام ضرورت نقض شرح وظایف معین جهت صدور رأی عدم اعتماد و با تلقی از ولسی جرگه به حیث «محکمه‌ای ملی» این دو نوع متفاوت از اجرا آت را همزوج و مخلوط کرده باشد، نه تنها از مسئولیت سیاسی وزرا تفسیر نا صحیح ارایه نموده است بلکه امکان تأثیر گذاری این ابزار و وسیله را از طریق انتقال شرایط و مقدمات ضروری بسیار رسمی برای تحقق استیضاح به رأی عدم اعتماد، نیز در معرض تهدید قرار داده است. در حالی که وجود چنین شرایط و مقدمات رسمی برای تحقق و انجام استیضاح ضروری می‌باشد، لیکن اصولاً در توسل به رأی عدم اعتماد، چنین شرایط و مقدماتی هیچ جایگاهی ندارند. بدین ترتیب، استنباط نا صحیح ستره محکمه موجب تهدید کنترل موثر قوه اجرائیه از طریق رأی عدم اعتماد شده است؛ تهدیدی که ناشی از انتقال کلیه موازین بسیار رسمی پروسه استیضاح به رأی عدم اعتماد بوده و در نتیجه آنرا تا سرحد بسیار زیادی غیر موثر نموده است.

(۳) در ارتباط به این شرط صدور رأی عدم اعتماد که رأی مذکور باید صریح باشد، منظور آن است که این رأی باید صراحتاً چنان عبارت بندی و اعلام شده باشد که هر نماینده‌ای بداند در رابطه با چه موضوعی می‌خواهد رأی بدهد.

(۴) مطابق استنباط ستره محکمه که در نظریه مشوره‌ای فوق الذکر آمده است، منظور از رأی مستقیم آن است که رأی عدم اعتماد باید مستقیماً مربوط به عدم رعایت تعهد و تکلیف شخص وزیر باشد. بنابراین، چنین رأی نمی‌تواند مبتنی بر اقدام یا تدبیری که

توسط شخص یا ارگانهای دیگری صورت گرفته و وزیر نسبت به آنها هیچگونه کنترلی نداشته است، باشد. اگرچه این درک و استنباط صحیح است که یک وزیر را نمی‌توان به خاطر قضایایی که بر آنها هیچ کنترلی نداشته و یا وظیفه کنترل آنها را نیز نداشته است، مسئول دانست^{۲۰۰} لیکن این نکته قابل بررسی است که آیا چنین موضوعی را باید از جمله شرایط و مقدمات ضروری مستقیم بودن رأی تصور نمود. یک رأی می‌تواند حتی اگر به دلیل فقدان مسئولیت وزیر به خاطر یک مسأله یا مشکل خاص، قابل قبول نباشد، مستقیم بوده باشد. بنابراین، قناعت بخش‌تر آن بود این شرط این گونه تفسیر می‌شد که عدم اعتماد باید موضوع اصلی رأی صادره باشد، نه آنکه رأی ناظر به موضوعات دیگر همانند تصمیم‌گیری راجع به یک لایحه یا طرح پیشنهادی وضع قانون بوده باشد.

(۵) همانگونه که در مباحث فوق شرح داده شد، شرط ضروری موجه بودن رأی، بر خلاف پیش فرض ستره محکمه در نظریه مشوره‌ای آن، ضرورتاً منوط به هیچگونه قصور شخصی وزیر نیست. این نکته صحیح است که همانطور که ستره محکمه انجام داد تصور کنیم در صورت انتساب اقدامات انجام گرفته به افرادی که وزیر بر آنها هیچگونه کنترلی ندارد، وی مسئول نیست.^{۲۰۱} با این وجود، در این خصوص باید به دقت تجزیه و تحلیل نمود که آیا رأی عدم اعتماد واقعاً مبتنی بر این اقدامات است یا آنکه ناظر به روش و شیوه‌ای است که وزیر تلاش کرده است بر آن اقدامات اثر گذاشته و یا از آنها جلوگیری نماید. در تصمیم متحده فوق الذکر، می‌توان ستره محکمه را به خاطر تجزیه و تحلیل کامل اطلاعات در دسترس ولسی جرگه در زمان رأی‌گیری و تلاش برای اتخاذ تصمیم راجع به این که آیا استدلال ولسی جرگه صحیح بوده است یا نه، مورد انتقاد قرار داد. صلاحیت ولسی جرگه جهت کنترل قوه اجرائیه، مطابق ماده ۹۲ قانون اساسی افغانستان یکی از نتایج حاکمیت مردم افغانستان است که از طریق پارلمان آنرا اعمال می‌نمایند (ماده ۸۱ قانون اساسی). بنابراین حتی اگر یک محکمه می‌توانست صلاحیت بررسی قابل قبول بودن یا نبودن یک رأی عدم اعتماد را داشته باشد،^{۲۰۲} چنین محکمه‌ای صرف

²⁰⁰ Diana Woodhouse, *Ministers and Parliament*, 1994, 27.

²⁰¹ Diana Woodhouse, *Ministers and Parliament*, 1994, 27.

^{۲۰۲} چنانکه در مباحث بعدی شرح داده خواهد شد، ستره محکمه صلاحیت بررسی اقدامات پارلمان از جهت انطباق یا عدم انطباق با قوانین را ندارد. (مراجعه کنید به ماده ۱۲۱ قانون اساسی). برای مطالعه این موضوع لطفاً مراجعه کنید به فصل چهارم، گفتار چهارم، ت ۱-۲ (۱).

می توانست قضایای مربوط به سوء استفاده از این اختیار را بر مبنای دلایل غیر موجه از عداد دلایل خارج نماید، دلایلی مانند صدور رأی عدم اعتماد بر مبنای وابستگی های مذهبی یا قومی وزیر. یک قضیه مربوط به سوء استفاده آشکار، در صورتی که حقایق مربوط به آن را بتوان به نحوی مشروع و موجه به صورتی دیگر تفسیر و تعبیر نمود، مانند آنکه آیا وزیر تمام مذاکرات لازم را انجام داده است یا نه، مدنظر نمی باشد. اگر ستره محکمه به جای آنکه تصمیم بگیرد آیا سوء استفاده ای محقق شده است یا نه، راجع به این موضوع تصمیم بگیرد که آیا ولسی جرگه در بررسی سلب اعتماد خویش نسبت به وزیر صحیح عمل کرده است یا نه، در واقع به حیث یک «محکمه استیناف» نسبت به تصمیم نمایندگان ملت اقدام نموده است؛ اقدامی که منطبق با اصل دموکراسی نیست.

(۶) در ارتباط به نتیجه رأی عدم اعتماد، اگرچه این نتایج صریحاً مقرر نشده اند، لیکن می توان تصور نمود وزیری که توسط ولسی جرگه برای او رأی عدم اعتماد صادر شده است باید توسط رئیس جمهور بر کنار گردد. یک دلیل حاکی از تأیید این استنباط و درک را می توان از فقره ۱۱ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان استخراج نمود که مطابق آن تأیید ولسی جرگه برای انتصاب هر کدام از وزرا به وظیفه ضروری است. این حکم نشان دهنده اهمیت اعتماد ولسی جرگه و تأثیر آن بر ترکیب کابینه می باشد. بنابراین، باید چنین فرض کرد وزیری که مورد قبول و پذیرش ولسی جرگه نباشد، باید توسط رئیس جمهور عزل گردد. با وجود این، در تنها قضیه ای که این موضوع تاکنون مطرح شده است رئیس جمهور به جای عزل و بر کناری وزیر، از ستره محکمه درخواست صدور نظریه مشوره ای را نموده است، بدون آنکه ستره محکمه صلاحیت صدور چنین نظریه ای را داشته باشد؛ زیرا ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان در این خصوص قابلیت تطبیق نداشته است.

۲-۵. تأیید کاندیداها (نامزدها)

یکی دیگر از وظایف مهم ولسی جرگه تصویب یا رد کاندیداها برای پست های بلند اداری در نظام قضایی و اداری افغانستان است (فقره ۳ ماده ۹۱ قانون اساسی). به خصوص فقره های ۱۱ و ۱۲ ماده ۶۴ در این رابطه بیشتر قابل استناد می باشند، به نحوی که مطابق آنها، تأیید ولسی جرگه برای تعیین، عزل و قبول استعفای هر وزیر، لوی ژنرال، رئیس بانک مرکزی، رئیس امنیت ملی و رئیس سره میاشت افغانستان ضروری

است. علاوه بر این تأیید ولسی جرگه برای تعیین مقامات بلندمرتبه در قوه قضائیه یعنی برای تعیین رئیس و اعضای ستره محکمه نیز ضروری می‌باشد. با توجه به این صلاحیت، ضرورت اولیه و بنیادین ناشی از اصل دموکراسی محقق شده است، زیرا در یک دولت مبتنی بر حاکمیت مردم، هرگونه اعمال قدرت دولت باید به نحو دموکراتیک مشروع بوده و بنابراین قدرت دولت باید تا مردم به عنوان تنها منبع حاکمیت امتداد داشته باشد. این شرط ضروری یا از طریق انتخاب مستقیم توسط مردم یا از طریق انتصاب توسط نهادی که منتخب مردم بوده قابل تحقق است. در ارتباط به مقامات دولتی و قضات مذکور در ماده ۶۴ قانون اساسی، این مشروعیت با در نظر گرفتن ضرورت تأیید ولسی جرگه منتخب مستقیم مردم حاصل شده است. نمایندگان مردم می‌توانند بر اعمال ادارات مربوطه از طریق اعلام رضایت و موافقت، فقط نسبت به کاندیداهایی که با توجه به دیدگاههای سیاسی‌شان قابل قبول به نظر می‌رسند، تأثیر بگذارند.

سرانجام، شورای ملی باید در رابطه با ایجاد، اصلاح و لغو بخش‌های اداری تصمیم بگیرد. (فقره ۴ ماده ۹۰ قانون اساسی).

ب) لویه جرگه

۱. احکام ذریبط

ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور در برابر ملت و ولسی جرگه مطابق به احکام این ماده مسئول می‌باشد. اتهام علیه رئیس جمهور به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت از طرف یک ثلث کل اعضای ولسی جرگه تقاضا شده می‌تواند. در صورتی که این تقاضا از طرف دو ثلث کل آرای ولسی جرگه تأیید گردد، ولسی جرگه در خلال مدت یک ماه لویه جرگه را دایر می‌نماید.

هرگاه لویه جرگه اتهام منسوب را به اکثریت دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، رئیس جمهور از وظیفه منفصل و موضوع به محکمه خاص محول می‌گردد. محکمه خاص متشکل است از رئیس مشرانو جرگه، سه نفر از اعضای ولسی جرگه و سه نفر از اعضای ستره محکمه به تعیین لویه جرگه. اقامه دعوی توسط شخصی که از طرف لویه جرگه تعیین می‌گردد صورت می‌گیرد.

در این حال احکام مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی تطبیق می‌گردد.

ماده ۱۱۰ قانون اساسی افغانستان

لویه جرگه عالی‌ترین مظهر اراده مردم افغانستان می‌باشد.

لویه جرگه متشکل است از:

۱۷. اعضای شورای ملی؛

۱۸. روسای شوراهای ولایات و ولسوالی‌ها.

وزرا، رئیس و اعضای ستره محکمه و لوی څارنوال می‌توانند در جلسات لویه جرگه بدون حق رأی اشتراک ورزند.

ماده ۱۱۱ قانون اساسی افغانستان

لویه جرگه در حالات ذیل دایر می‌گردد:

۱۹. اتخاذ تصمیم در مورد مسایل مربوط به استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح علیای کشور؛

۲۰. تعدیل احکام این قانون اساسی؛

۲۱. محاکمه رئیس جمهور مطابق به حکم مندرج ماده شصت و نهم این قانون اساسی.

ماده ۱۱۲ قانون اساسی افغانستان

لویه جرگه در اولین جلسه، از میان اعضا یک نفر را به حیث رئیس و یک نفر را به حیث معاون و دو نفر را به حیث منشی و نایب منشی انتخاب می‌کند.

ماده ۱۱۳ قانون اساسی افغانستان

نصاب لویه جرگه هنگام رأی‌دهی، با حضور اکثریت اعضا تکمیل می‌گردد.

تصامیم لویه جرگه، جز در مواردی که در این قانون اساسی صریحاً ذکر گردیده، با اکثریت آرای کل اعضا اتخاذ می‌گردد.

ماده ۱۱۴ قانون اساسی افغانستان

مباحثات لویه جرگه علنی می‌باشد مگر این که یک ربع اعضا سری بودن آن را درخواست نمایند و لویه جرگه این درخواست را بپذیرد.

ماده ۱۱۵ قانون اساسی افغانستان

در هنگام دایر بودن لویه جرگه، احکام مندرج مواد یکصد و یکم و یکصد و دوم این قانون اساسی، در مورد اعضای آن تطبیق می‌گردد.

ماده ۱۴۹ قانون اساسی افغانستان

اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی‌شوند. تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف به منظور بهبود حقوق آنها مجاز می‌باشد. تعدیل دیگر محتویات این قانون اساسی، نظر به تجارب و مقتضیات عصر، با رعایت احکام مندرج مواد شصت و هفتم و یکصد و چهل و ششم این قانون اساسی، با پیشنهاد رئیس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی صورت می‌گیرد.

ماده ۱۵۰ قانون اساسی افغانستان

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 می‌کند. برای تصویب تعدیل، لویه جرگه بر اساس فرمان رئیس جمهور و مطابق به احکام فصل لویه جرگه دایر می‌گردد. هرگاه لویه جرگه با اکثریت دو ثلث کل اعضا طرح تعدیل را تصویب کند، بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ می‌گردد.

۲. تبصره: لویه جرگه

ماده ۱۱۰ قانون اساسی لویه جرگه را به عنوان عالی‌ترین مظهر اراده مردم افغانستان معرفی می‌کند. لویه جرگه در سه مورد، که همه آنها بسیار استثنایی می‌باشند، تشکیل می‌شود. این موارد در ماده ۱۱۱ قانون اساسی خلاصه شده‌اند. نخست لویه جرگه باید جهت اتخاذ تصمیم در مورد مسایل مربوط به استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح علیای کشور تشکیل گردد. دوم، برای تعدیل احکام قانون اساسی و سرانجام در خصوص اخذ تصمیم راجع به محاکمه رئیس جمهور مطابق به حکم ماده ۶۹ قانون اساسی.

مطابق ماده ۱۱۰ قانون اساسی لویه جرگه متشکل از اعضای شورای ملی و رؤسای شوراها و ولایات و ولسوالی‌ها می‌باشد. رئیس جمهور، وزراء و اعضای ستره محکمه و

لوی ژانوال می‌توانند در جلسات لویه جرگه اشتراک ورزند. با این حال، آنها حق اظهار رأی ندارند. لویه جرگه اغلب به حیث مقنن به استثنای اجراءات مربوط به استیضاح عمل می‌کند. بنابراین، در این قضیه، لویه جرگه اقدام به اعمال صلاحیت نظارتی خود که معمولاً متعلق به مقنن بوده و تحت عنوان بررسی‌ها و توازن‌ها و تفکیک قوا می‌تواند باشد، می‌کند.

برای اجراءات لویه جرگه احکام و مقررات زیادی در قانون اساسی وجود ندارد و بسیار محتمل به نظر می‌رسد که اولین لویه جرگه متشکله به موجب قانون اساسی ۲۰۰۴ نخست مجبور به وضع مصوبه‌ای راجع به اجراءات خود گردد. قانون اساسی صرف مقرر کرده است که نصاب لویه جرگه هنگام رأی‌دهی، با حضور اکثریت اعضا تکمیل می‌گردد (ماده ۱۱۳ قانون اساسی). تصامیم لویه جرگه، با اکثریت آرای کل اعضا اتخاذ می‌گردد، جز در مواردی که در قانون اساسی صریحاً طور دیگری ذکر شده باشد. پیش از نگاهی نزدیکتر به اجراءات مختلف آن، این نکته را باید ذکر کرد که اعضای لویه جرگه نیز به ترتیب مذکور برای اعضای شورای ملی، از معافیت و مصونیت برخوردار هستند (ماده ۱۱۵ قانون اساسی).

این موضوع صراحتاً معین نشده است که چه کسی لویه جرگه را تشکیل می‌دهد و تعیین می‌کند که یک تصمیم مرتبط با استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح علیای کشور بنا به الزام مذکور در ماده ۱۱۱ قانون اساسی می‌باشد. بسیار محتمل به نظر می‌رسد که رئیس جمهور ذیصلاح به تشکیل لویه جرگه باشد زیرا این صلاحیت رئیس جمهور است که لویه جرگه را برای تعدیل قانون اساسی فراخواند.^{۲۰۳} با این حال، باید تأکید نمود که رئیس جمهور هیچ نوع قدرت اعمال نظر شخصی در این رابطه ندارد. هرگاه که شرایط مذکور در ماده ۱۱۱ قانون اساسی ایجاد شد، رئیس جمهور باید لویه جرگه را تشکیل دهد. بسیار مرجح است که نهادی ذیصلاح جهت بررسی وضعیتی که در آن شورای ملی و رئیس جمهور درخصوص تحقق شرایط مذکور در ماده ۱۱۱ قانون اساسی با یکدیگر اختلاف دارند، تشکیل شود.

^{۲۰۳} تنها در مورد محاکمه و استیضاح رئیس جمهور، لویه جرگه توسط ولسی

جرگه تشکیل می‌شود که علت آن درگیر بودن شخص رئیس جمهور در این پروسه است.

از آنجا که اجراءات استیضاح راجع به صلاحیت‌ها و محدودیت‌های رئیس جمهور بحث خواهد شد، دومین تأکید این بخش بر روی بحث تعدیل قانون اساسی یعنی سومین مورد از موارد تشکیل لویه جرگه است.

پروسه تعدیل قانون اساسی در مواد ۱۴۹ و ۱۵۰ قانون اساسی معین شده است. ماده ۱۴۹ قانون اساسی امکان تعدیل قانون اساسی را محدود می‌کند. بر اساس این احکام، حکم مربوط به پیروی از دستورات دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی و نه احکام مربوط به حقوق اساسی اتباع جز به منظور بهبود حقوق آنان قابل تعدیل نیست. از سایر جهات، قانون اساسی می‌تواند مطابق مواد ۶۷ و ۱۴۶ قانون اساسی حسب پیشنهاد رئیس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی تعدیل شود. به منظور تهیه و اجرای پیشنهاد تعدیل، هیئتی متشکل از اعضای حکومت، شورای ملی و ستره محکمه به فرمان رئیس جمهور تشکیل می‌گردد. تعداد آنها ثابت و معین نیست. با این حال، مطلوب به نظر می‌رسد که تناسب و توازنی بین اعضای شعب مختلف دولت جهت جلوگیری از اتخاذ تضامیم یک جانبه به خصوص در ارتباط به نفوذ قوه اجرائیه ایجاد شود، زیرا قوه مذکور به دلیل آن که می‌تواند از توانایی وزارت‌های مختلف خود استفاده کند، احتمالاً مجرب‌ترین شعبه دولت در تهیه طرح‌های قانونی است. وقتی طرح تعدیل تهیه شد، رئیس جمهور لویه جرگه را که باید در صورت موافقت با دو ثلث کل آراء طرح تعدیل قانون اساسی را تصویب کند، تشکیل می‌دهد.

پ) سؤالات

- روشهای مختلف تصویب یک طرح به حیث قانون را توضیح دهید.
- کارکردها یا وظایف مختلف شورای ملی کدام اند؟
- تفاوت‌های میان صلاحیتهای دو مجلس کدام اند؟
- هر نماینده مجلس شورای ملی دارای کدام حقوق است؟
- مصوونیت نمایندگان از تعقیب حقوقی دارای چه توجیهاتی می‌باشد؟
- تحت کدام شرایط یک نماینده ممکن است بدون اطلاع قبلی و تصویب مجلس مربوطه گرفتار شود؟
- در رابطه با چه قضایایی لویه جرگه باید تشکیل گردد؟
- وسیله‌هایی را که شورای ملی برای کنترل حکومت می‌تواند به کار گیرد نام ببرید.

- در مورد تصمیم به رأی عدم اعتماد به وزیر خارجه بحث کنید.

گفتار دوم: قوه اجرائیه

الف) احکام ذیربط

ماده ۶۰ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور در رأس دولت جمهوری اسلامی افغانستان قرار داشته، صلاحیت‌های خود را در عرصه‌های اجرائیه، تقنینیه و قضائیه، مطابق به احکام این قانون اساسی، اعمال می‌کند.

رئیس جمهور دارای دو معاون، اول و دوم، می‌باشد. کاندید ریاست جمهوری نام هر دو معاون را همزمان با کاندید شدن خود به ملت اعلام می‌دارد.

معاون اول رئیس جمهور در حالت غیاب، استعفا و یا فوت رئیس جمهور، مطابق به احکام مندرج این قانون اساسی، عمل می‌کند. در غیاب معاون اول رئیس جمهور، معاون دوم مطابق به احکام مندرج این قانون اساسی عمل می‌کند.

ماده ۶۱ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور با کسب اکثریت بیش از پنجاه فی صد آرای رأی‌دهندگان از طریق رأی‌گیری آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌گردد.

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

هرگاه در دور اول هیچ یک از کاندیدان نتواند اکثریت بیش از پنجاه فیصد آرا را بدست آورد، انتخابات برای دور دوم در ظرف دو هفته از تاریخ اعلام نتایج انتخابات برگزار می‌گردد و در این دوره تنها دو نفر از کاندیدانی که بیشترین آرا را در دور اول بدست آورده‌اند شرکت می‌نمایند.

در دور دوم انتخابات، کاندیدی که اکثریت آرا را کسب کند، رئیس جمهور شناخته می‌شود.

هرگاه یکی از کاندیدان ریاست جمهوری در جریان دور اول یا دوم رأی‌گیری و یا بعد از انتخابات و قبل از اعلام نتایج انتخابات وفات نماید، انتخابات مجدد مطابق به احکام قانون برگزار می‌گردد.

ماده ۶۲ قانون اساسی افغانستان

شخصی که به ریاست جمهوری کاندید می‌شود، واجد شرایط ذیل می‌باشد:

۲۲. تبعه افغانستان، مسلمان و متولد از والدین افغان بوده و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد؛

۲۳. در روز کاندید شدن سن وی از چهل سال کمتر نباشد؛

۲۴. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد.

هیچ شخص نمی‌تواند بیش از دو دوره به حیث رئیس جمهور انتخاب گردد.

حکم مندرج این ماده در مورد معاونین رئیس جمهور نیز تطبیق می‌گردد.

ماده ۶۳ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور قبل از تصدی وظیفه، مطابق به طرز العمل خاص که توسط قانون تنظیم می‌گردد، حلف آتی را بجا می‌آورد:

بسم الله الرحمن الرحيم

«به نام خداوند بزرگ جل جلاله سوگند یاد می‌کنم 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.»

ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور دارای صلاحیت‌ها و وظایف ذیل می‌باشد:

۲۵. مراقبت از اجرای قانون اساسی؛
۲۶. تعیین خطوط اساسی سیاست کشور به تصویب شورای ملی؛
۲۷. قیادت اعلاى قواى مسلح افغانستان؛
۲۸. اعلان حرب و متارکه به تأیید شورای ملی؛
۲۹. اتخاذ تصمیم لازم در حالت دفاع از تمامیت ارضی و حفظ استقلال؛
۳۰. فرستادن قطعات قواى مسلح به خارج افغانستان به تأیید شورای ملی؛
۳۱. دایر نمودن لویه جرگه به استثنای حالت مندرج ماده شصت و نهم این قانون اساسی؛
۳۲. اعلان حالت اضطرار به تأیید شورای ملی و خاتمه دادن به آن؛
۳۳. افتتاح اجلاس شورای ملی و لویه جرگه؛
۳۴. قبول استعفای معاونین ریاست جمهوری؛
۳۵. تعیین وزراء، لوی بخارنوال، رئیس بانک مرکزی، رئیس امنیت ملی و رئیس سره میاشت به تأیید ولسی جرگه و عزل و قبول استعفای آنها؛
۳۶. تعیین رئیس و اعضای ستره محکمه به تأیید ولسی جرگه؛
۳۷. تعیین، تقاعد، قبول استعفاء و عزل قضات، صاحب منصبان قواى مسلح، پولیس و امنیت ملی و مأمورین عالی رتبه مطابق به احکام قانون؛
۳۸. تعیین سران نمایندگی‌های سیاسی افغانستان نزد دول خارجی و مؤسسات بین‌المللی؛
۳۹. قبول اعتماد نامه‌های نمایندگان سیاسی خارجی در افغانستان؛
۴۰. توشیح قوانین و فرامین تقنینی؛
۴۱. اعطای اعتبار نامه به غرض عقد معاهدات بین الدول مطابق به احکام قانون؛
۴۲. تخفیف و عفو مجازات مطابق به احکام قانون؛
۴۳. اعطای مدالها، نشانها و القاب افتخاری مطابق به احکام قانون؛
۴۴. تأسیس کمیسیون‌ها به منظور بهبود اداره کشور مطابق به احکام قانون؛
۴۵. سایر صلاحیت‌ها و وظایف مندرج این قانون اساسی.

ماده ۶۵ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور می‌تواند در موضوعات مهم ملی سیاسی، اجتماعی و یا اقتصادی به آرای عمومی مردم افغانستان مراجعه نماید.

مراجعه به آرای عمومی نباید مناقض احکام این قانون اساسی و یا مستلزم تعدیل آن باشد.

ماده ۶۶ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور در اعمال صلاحیت‌های مندرج این قانون اساسی، مصالح علیای مردم افغانستان را رعایت می‌کند.

رئیس جمهور نمی‌تواند بدون حکم قانون ملکیت‌های دولتی را بفروشد یا اهدا کند.

رئیس جمهور نمی‌تواند در زمان تصدی وظیفه از مقام خود به ملحوظات لسانی، سمتی، قومی، مذهبی و حزبی استفاده نماید.

ماده ۶۷ قانون اساسی افغانستان

در صورت استعفا، عزل یا وفات رئیس جمهور و یا مرضی صعب‌العلاج که مانع اجراء وظیفه شود، معاون اول رئیس جمهور صلاحیت‌ها و وظایف رئیس جمهور را به عهده می‌گیرد.

رئیس جمهور استعفای خود را شخصاً به شورای ملی اعلام می‌نماید.

تثبیت مرضی صعب‌العلاج توسط هیئت طبی با صلاحیت که از طرف ستره محکمه تعیین می‌گردد صورت 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 می‌گردد.

معاون اول رئیس جمهور در زمان تصدی به حیث رئیس جمهور موقت امور ذیل را انجام داده نمی‌تواند:

۴۶. تعدیل قانون اساسی؛

۴۷. عزل وزرا؛

۴۸. مراجعه به آراء عامه.

معاونین رئیس جمهور می‌توانند مطابق به احکام این قانون اساسی خود را به ریاست جمهوری کاندید نمایند.

در صورت غیاب رئیس جمهور، وظایف معاون اول توسط رئیس جمهور تعیین می‌گردد.

ماده ۶۸ قانون اساسی افغانستان

هرگاه یکی از معاونین رئیس جمهور استعفاء و یا وفات نماید عوض وی شخص دیگری توسط رئیس جمهور به تأیید ولسی جرگه تعیین می‌گردد.

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 احکام مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی وظایف رئیس جمهور را به عهده می‌گیرد.

ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور در برابر ملت و ولسی جرگه مطابق به احکام این ماده مسئول می‌باشد. اتهام علیه رئیس جمهور به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت از طرف یک ثلث کل اعضای ولسی جرگه تقاضا شده می‌تواند. در صورتی که این تقاضا از طرف دو ثلث کل آرای ولسی جرگه تأیید گردد، ولسی جرگه در خلال مدت یک ماه لویه جرگه را دایر می‌نماید.

هرگاه لویه جرگه اتهام منسوب را به اکثریت دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، رئیس جمهور از وظیفه منفصل و موضوع به محکمه خاص محول می‌گردد. محکمه خاص متشکل است از رئیس مشرانو جرگه، سه نفر از اعضای ولسی جرگه و سه نفر از اعضای ستره محکمه به تعیین لویه جرگه. اقامه دعوی توسط شخصی که از طرف لویه جرگه تعیین می‌گردد صورت می‌گیرد.

در این حال احکام مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی تطبیق می‌گردد.

ماده ۷۰ قانون اساسی افغانستان

معاش و مصارف رئیس جمهور توسط قانون تنظیم می‌گردد. رئیس جمهور بعد از ختم دوره خدمت، به استثنای حالت عزل، برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره ریاست جمهوری مطابق به احکام قانون مستفید می‌شود.

ماده ۷۱ قانون اساسی افغانستان

حکومت متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس جمهور اجرای وظیفه می‌نمایند. تعداد وزراء و وظایف‌شان توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۷۲ قانون اساسی افغانستان

شخصی که به حیث وزیر تعیین می‌شود واجد شرایط ذیل می‌باشد:

۴۹. تنها حامل تابعیت افغانستان باشد؛

هرگاه کاندید وزارت تابعیت کشور دیگری را نیز داشته باشد، ولسی جرگه صلاحیت تأیید و یا رد آن را دارد.

۵۰. دارای تحصیلات عالی، تجربه کاری و شهرت نیک باشد؛

۵۱. سن وی از سی و پنج سال کمتر نباشد؛

۵۲. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد.

ماده ۷۳ قانون اساسی افغانستان

وزراء می‌توانند از اعضای شورای ملی یا خارج از آن تعیین شوند. هرگاه عضو شورای ملی به حیث وزیر تعیین شود، عضویت خود را در شوری از دست می‌دهد و در عوض وی شخص دیگری مطابق به حکم قانون تعیین می‌گردد.

ماده ۷۴ قانون اساسی افغانستان

وزرا قبل از تصدی وظیفه حلف آتی را به حضور رئیس جمهور، بجا می‌آورند:

بسم الله الرحمن الرحيم

«بنام خداوند بزرگ سوگند جل جلاله یاد می‌کنم 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 را حاضر دانسته، وظایف محوله را صادقانه انجام دهم».

ماده ۷۵ قانون اساسی افغانستان

حکومت دارای وظایف ذیل می‌باشد:

۵۳. تعمیم احکام این قانون اساسی و سایر قوانین و فیصله‌های قطعی محاکم؛

۵۴. حفظ استقلال، دفاع از تمامیت ارضی و صیانت منافع و حیثیت افغانستان در جامعه

بین‌المللی؛

۵۵. تأمین نظم و امن عامه و از بین بردن هر نوع فساد اداری؛

۵۶. ترتیب بودجه، تنظیم وضع مالی دولت و حفاظت دارایی عامه؛

۵۷. طرح و تطبیق پروگرام‌های انکشافی اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و تکنالوژیکی؛

۵۸. ارائه گزارش به شورای ملی در ختم سال مالی درباره امور انجام شده و پروگرام‌های عمده سال مالی جدید؛

۵۹. انجام سایر وظایفی که به موجب این قانون اساسی و قوانین دیگر از وظایف حکومت دانسته شده است.

ماده ۷۶ قانون اساسی افغانستان

حکومت برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود مقررات وضع و تصویب می‌کند. این مقررات باید مناقض نص یا روح هیچ قانون نباشد.

ماده ۷۷ قانون اساسی افغانستان

وزرا وظایف خود را به حیث آمرین واحدهای اداری در داخل حدودی که این قانون اساسی و سایر قوانین تعیین می‌کند، اجرا می‌نمایند.
وزرا از وظایف مشخصه خود نزد رئیس جمهور و ولسی جرگه مسئولیت دارند.

ماده ۷۸ قانون اساسی افغانستان

هرگاه وزیر به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی و یا سایر جرایم متهم گردد، قضیه با رعایت ماده یکصد و سی و چهارم این قانون اساسی به محکمه خاص محول می‌گردد.

ماده ۷۹ قانون اساسی افغانستان

حکومت می‌تواند در حالت تعطیل ولسی جرگه در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی، فرامین تقنینی را ترتیب کند.
فرامین تقنینی بعد از توشیح رئیس جمهور حکم قانون را حایز می‌شود. فرامین تقنینی باید در خلال ۳۰ روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود و در صورتی که از طرف شورای ملی رد شود، از اعتبار ساقط می‌گردد.

ماده ۸۰ قانون اساسی افغانستان

وزراء نمی‌توانند در زمان تصدی وظیفه از مقام خود به ملحوظات لسانی، سمتی، قومی، مذهبی و حزبی استفاده نمایند.

ماده ۱۴۳ قانون اساسی افغانستان

هرگاه به علت جنگ، خطر جنگ، اغتشاش وخیم، آفات طبیعی و یا حالت مماثل، حفظ استقلال و حیات ملی از مجرای که در قانون اساسی تعیین شده، ناممکن گردد، حالت اضطرار از طرف رئیس جمهور با تأیید شورای ملی در تمام یا بعضی از ساحات کشور اعلان می‌شود.

هرگاه حالت اضطرار بیش از دو ماه دوام نماید، برای تمدید آن، موافقت شورای ملی شرط است.

ماده ۱۴۴ قانون اساسی افغانستان

در حالت اضطرار رئیس جمهور می‌تواند به مشوره رؤسای شورای ملی و ستره محکمه، بعضی از صلاحیت‌های شورای ملی را به حکومت انتقال دهد.

ماده ۱۴۵ قانون اساسی افغانستان

در حالت اضطرار، رئیس جمهور می‌تواند بعد از تأیید رؤسای شورای ملی و ستره محکمه، تنفیذ احکام ذیل را معطل بسازد و یا بر آنها قیودی وضع نماید:

۶۰. فقره دوم ماده بیست و هفتم؛

۶۱. ماده سی و ششم؛

۶۲. فقره دوم ماده سی و هفتم؛

۶۳. فقره دوم ماده سی و هشتم.

ماده ۱۴۶ قانون اساسی افغانستان

در حالت اضطرار، قانون اساسی تعدیل نمی‌شود.

ماده ۱۴۷ قانون اساسی افغانستان

هرگاه دوره ریاست جمهوری و یا دوره تقنینیه شورای ملی در حالت اضطرار ختم شود، اجرای انتخابات جدید ملتوی گذاشته شده، مدت خدمت رئیس جمهور و اعضای شورای ملی تا چهار ماه تمدید می‌شود.

هرگاه حالت اضطرار بیش از چهار ماه دوام نماید لویه جرگه از طرف رئیس جمهور دعوت می‌شود.

بعد از ختم حالت اضطرار، در خلال مدت دو ماه، انتخابات برگزار می‌گردد.

ماده ۱۴۸ قانون اساسی افغانستان

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

ماده ۱۵۱ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزراء، رئیس و اعضای ستره محکمه، لوی څارنوال، رؤسای بانک مرکزی و امنیت ملی، والیان و شاروالها در مدت تصدی وظیفه نمی‌توانند هیچ معامله انتفاعی را با دولت انجام دهند.

ماده ۱۵۲ قانون اساسی افغانستان

رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزراء، رؤسا و اعضای شورای ملی و ستره محکمه، لوی څارنوال و قضات نمی‌توانند در مدت تصدی وظیفه به مشاغل دیگری اشتغال ورزند.

ماده ۱۵۴ قانون اساسی افغانستان

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 می‌گردد، ثبت، رسیدگی و نشر می‌شود.

ماده ۱۵۵ قانون اساسی افغانستان

برای معاونین رئیس جمهور، وزراء، رؤسا و اعضای شورای ملی و ستره محکمه، قضات و لوی څارنوال مطابق به احکام قانون معاش مناسب تعیین می‌گردد.

ماده ۱۵۶ قانون اساسی افغانستان

کمیسیون مستقل انتخابات برای اداره و نظارت بر هر نوع انتخابات و مراجعه به آرای عمومی مردم در کشور مطابق به احکام قانون تشکیل می‌گردد.

ماده ۱۵۷ قانون اساسی افغانستان

کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مطابق به احکام قانون تشکیل می‌گردد. اعضای این کمیسیون از طرف رئیس جمهور به تایید ولسی جرگه تعیین می‌گردند.

(ب) تبصره: قوه اجرائیه

۱. ریاست جمهوری

۱-۱. صلاحیت‌ها

در ارتباط به تفکیک قوا میان ارگانهای عالی حکومت مرکزی، قانون اساسی افغانستان نظام ریاست جمهوری قدرتمند و قوی را پذیرفته است. مسئولیت رئیس جمهور در حال حاضر ترکیبی از قوایی است که توسط پادشاه و نخست وزیر به موجب قانون اساسی ۱۹۶۴ اعمال می‌گردد.^{۲۰۴} همانند نخست وزیر در قانون اساسی پیشین افغانستان، رئیس جمهور با وزرایی که تحت هدایت او کار می‌کنند، رئیس حکومت است (ماده ۷۱ قانون اساسی افغانستان). او با تأیید ولسی جرگه وزرا را تعیین می‌کند. قدرت رئیس جمهور به نحو قابل توجهی از طریق ماده ۷۶ قانون اساسی که به حکومت تحت ریاست وی صلاحیت وضع مقرراتی را جهت تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف حکومتی داده است، افزایش یافته است. همانگونه که شرح داده شد این مقررره از جهت ضرورت رعایت اصل دموکراسی، دچار ایراد و اشکال است.^{۲۰۵} با این وجود، مقررره، مذکور از لحاظ ضرورت رعایت اصل تفکیک قوا نیز نگرانی‌هایی را ایجاد می‌کند، زیرا همانگونه که ذکر گردید، اگرچه لفظ دری «مقررات» ناظر به موازین و ترتیبات اداری است که معمولاً به تنظیم مسائل داخلی ارگانهای اجرایی می‌پردازد، لیکن ممکن است در برخی موارد این مقررات به حقوق اتباع نیز تأثیر داشته باشد؛ مانند آنکه یک مقررره مربوط به پوشیدن لباس در پوهنتون‌ها و مکاتب استفاده از چادر را ضروری یا ممنوع نماید. ساحت صلاحیت و اعمال نظر حکومت در وضع مقررات حکومتی صرف محدود به آن

²⁰⁴ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 904.

²⁰⁵ لطفاً مراجعه کنید به فصل سوم، گفتار دوم -۱- اعمال حاکمیت توسط

نمایندگان مردم.

است که مقررات مذکور مناقض نص یا روح قانون نباشد، اگرچه به نظر می‌رسد در آنجا که هیچ قانونی وجود ندارد صلاحیت حکومت در این خصوص نامحدود است. در ارتباط به این ساحه وسیع از اختیارات، کنترل قضایی این دسته از اقدامات در جهت تأمین حاکمیت قانون به طور کلی و تفکیک قوا به نحو اخص، دارای اهمیت بسیار است.^{۲۰۶}

بیشتر صلاحیت‌ها و اختیارات رئیس جمهور در ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان ذکر شده‌اند. رئیس جمهور خطوط اساسی سیاست کشور را با تصویب شورای ملی تعیین می‌کند (فقره ۲ ماده ۶۴ قانون اساسی). مشابه پادشاه در قانون اساسی ۱۹۶۴، رئیس جمهور رئیس دولت است (ماده ۶۰ قانون اساسی) و همچنین دارای حق و امتیاز سستی ریاست دولت مانند قیادت اعلائی قوای مسلح (فقره ۳ ماده ۶۴ قانون اساسی) می‌باشد. علاوه بر این، رئیس جمهور صلاحیت اعلان حرب و متارکه را به تأیید شورای ملی دارد (فقره ۴ ماده ۶۴ قانون اساسی)؛ او همچنین صلاحیت اتخاذ تصمیم لازم در حالت دفاع از تمامیت ارضی و حفظ استقلال کشور را دارد (فقره ۵ ماده ۶۴ قانون اساسی). از جمله نتایج صلاحیت رئیس جمهور در قیادت اعلائی قوای مسلح آن است که او اختیار فرستادن قطعات قوای مسلح به خارج افغانستان با تأیید شورای ملی را دارد (فقره ۶ ماده ۶۴ قانون اساسی). به علاوه او صلاحیت اعلام حالت اضطرار و خاتمه آن را با تأیید شورای ملی دارا می‌باشد (فقره ۸ ماده ۶۴ قانون اساسی)، صلاحیتی که در مباحث آتی بیشتر مورد بحث قرار خواهد گرفت.^{۲۰۷} رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه (فقره‌های ۱۱ و ۱۲ ماده ۶۴ قانون اساسی) مسئول تعیین چندین مقام عالی رتبه دولتی مانند لوی حارنوال، رئیس بانک مرکزی، رئیس امنیت ملی و رئیس سره میاشت و اعضای ستره محکمه می‌باشد. مطابق فقره ۱۳ ماده ۶۴ قانون اساسی او صلاحیت تعیین، تقاعد و قبول استعفاء و عزل قضات، صاحب منصبان قوای مسلح، پولیس و امنیت ملی و مأمورین عالی رتبه را مطابق به احکام قانون دارد. در ارتباط به تعیین قضات باید خاطر نشان نمود که

^{۲۰۶} برای مطالعه ضرورت بررسی قضایی در این رابطه بنگرید به فصل سوم، گفتار چهارم، ت، ۲-۳ (۲)؛ ذیل عنوان بررسی قضایی تفویض نمایندگی وضع قانون به قوه اجرائیه.

^{۲۰۷} لطفاً مراجعه کنید به فصل پنجم، حالت اضطرار.

مطابق ماده ۱۳۲، قانون اساسی افغانستان نامزدهای قضات باید از طرف ستره محکمه معرفی گردند.

در رابطه با طرز العمل وضع قانون، صلاحیت رئیس جمهور شامل توشیح قوانین مصوب پارلمان نیز می‌شود (ماده ۹۴ قانون اساسی). همانگونه که قبلاً ذکر شد رئیس جمهور صلاحیت رد (وتوی) طرح قانون مصوب پارلمان را دارد. این وتو تنها با تصمیم دوم اعضای ولسی جرگه، یعنی با تصمیم حداقل دو ثلث کل اعضای آن قابل رد می‌باشد.

همچنین رئیس جمهور همانند پادشاه در قانون اساسی ۱۹۶۴ صلاحیت‌های گسترده‌ای در ارتباط به شکل‌گیری قوه مقننه دارد، به نحوی که رئیس جمهور صلاحیت تعیین یک ثلث اعضای مشرانو جرگه را دارا می‌باشد (ماده ۸۴ قانون اساسی). اگرچه صلاحیت‌ها و اختیارات مشرانو جرگه مساوی با ولسی جرگه نیست، لیکن این صلاحیت به رئیس جمهور قدرت قابل توجهی جهت تأثیر گذاری بر ترکیب مشرانو جرگه اعطا می‌کند. به علاوه، آن دسته از اعضای مشرانو جرگه که توسط رئیس جمهور تعیین می‌شوند، تنها گروه از اعضای آن مجلس هستند که به مدت پنج سال انجام وظیفه کرده و بنابراین از مزیت افضلیت و برتری نسبت به سایر اعضای آن مجلس که حسب مورد سه یا چهار سال انجام وظیفه می‌کنند، برخوردار هستند. در مقابل رئیس جمهور در برابر ولسی جرگه به ترتیب مذکور در ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان مسئول است. با وجود این، همانگونه که بررسی دقیق تر نشان می‌دهد، کنترل پارلمان بر رئیس جمهور بسیار محدودتر از کنترل این نهاد بر وزراء به شرح پیش بینی شده در ماده ۷۷، ۹۲ قانون اساسی افغانستان است. بر خلاف موقعیت وزراء، ولسی جرگه هرگز نه صلاحیت استیضاح رئیس جمهور را دارد و نه قانوناً می‌تواند از جهت مسئولیت سیاسی رئیس جمهور به او رأی عدم اعتماد بدهد؛ بلکه مسئولیت رئیس جمهور به مسئولیت جزائی او پیوند خورده است. مطابق ماده ۶۹ قانون اساسی رئیس جمهور را نمی‌توان به دلیل سوء رفتار سیاسی یا عدم اعتماد به سیاست‌های او از طریق ولسی جرگه عزل کرد، لیکن فقط به علت رفتارهای مجرمانه شدید که شامل جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت می‌شود عزل نمود. در نتیجه، اجراءات مذکور در ماده ۶۹ قانون اساسی شباهت بسیار زیادی به استیضاح رئیس جمهور در قانون اساسی ایالات متحده آمریکا دارد تا تدابیری که در نظام‌های پارلمانی جهت تنبیه حکومت مورد استفاده قرار گرفته و یا به موجب قانون

در افغانستان، صرف نسبت به وزراء تطبیق می‌شود.^{۲۰۸} عدم امکان اظهار رأی عدم اعتماد از طرف مجلس به رئیس جمهور به نحو قابل توجهی موقعیت بسیار قدرتمند کنونی او را در ارتباط به مقنن تقویت می‌کند. محاکمه رئیس جمهور به آسانی حاصل نمی‌شود (مراجعه کنید به ماده ۶۹ قانون اساسی). نخست، اتهام علیه رئیس جمهور باید از طرف یک ثلث کل اعضای ولسی جرگه تقاضا شده باشد. به علاوه، تقاضای استیضاح رئیس جمهور باید به وسیله دو ثلث کل آرای ولسی جرگه تأیید گردد تا به نتیجه موفقیت‌آمیز برسد. حتی پس از آن، ولسی جرگه نمی‌تواند خود اقدام به استیضاح رئیس جمهور کند، بلکه باید در خلال مدت یک ماه لویه جرگه را دایر نماید. در نهایت لویه جرگه می‌تواند رئیس جمهور را با تصویب اتهام او توسط دو ثلث آرای کل اعضای آن از وظیفه منفصل کند. از این زمان، رئیس جمهور منفصل شده و دیگر وظیفه‌ای ندارد. با این حال، هنوز درباره مسئولیت جزایی او تصمیمی اتخاذ نشده است. مسئولیت جزایی او صرف توسط محکمه خاص متشکل از رئیس مشرانو جرگه، سه نفر از اعضای ولسی جرگه و سه نفر از اعضای ستره محکمه تعیین می‌شود. اگر رئیس جمهور در محکمه خاص بری الذمه شود، خود بخود دوباره رئیس جمهور نخواهد شد. او ممکن است فقط طی انتخابات بعدی ریاست جمهوری، که باید ظرف سه ماه از تاریخ انفسال برگزار شود، مجدداً رئیس جمهور گردد. در واقع او می‌تواند هنوز تصدی و وظیفه نماید اگر محاکمه وی در محکمه خاص هنوز در جریان باشد، زیرا ماده ۶۲ قانون اساسی صرف کاندیداهای محکوم شده را از تصدی و وظیفه منع می‌کند. اگر او در انتخابات پیروز شود و بعد از آن در محکمه محکوم گردد، در نتیجه فاقد شرایط لازم شده، از سمت خود منفصل می‌گردد.^{۲۰۹}

رئیس جمهور در مقابل قوه قضائیه نیز موقعیت مستحکمی دارد. رئیس و اعضای ستره محکمه توسط رئیس جمهور و با تأیید ولسی جرگه تعیین می‌شوند. قضات محاکم پایین توسط رئیس جمهور و بدون آن که هرگونه تعامل با ولسی جرگه ضروری باشد، اما به پیشنهاد ستره محکمه، منصوب می‌گردند. فراتر از این، رئیس جمهور در موقعیتی است که می‌تواند تأثیر قابل توجهی بر رویه بررسی ستره محکمه در خصوص مطابقت قوانین، فرامین تقنینی و معاهدات بین‌المللی با قانون اساسی اعمال کند. ستره محکمه نمی‌تواند

²⁰⁸ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64(2004), 897, 905.

²⁰⁹ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 905 et seq.

این بررسی را به ابتکار خود انجام دهد، بلکه صرف به موجب تقاضای محاکم دیگر یا حکومت که تحت ریاست رئیس جمهور است، اقدام می‌کند (ماده ۱۲۱ قانون اساسی).

این مجموعه وسیع از صلاحیت‌های رئیس جمهور، منجر به ایجاد موقعیت فوق‌العاده قدرتمندی برای او در قیاس با سایر قوای دولتی می‌شود. ریشه‌های پادشاهی کارکردهای رئیس جمهور، که هنوز در متن قانون اساسی مشهود است، حاکی از چنین موقعیتی برای او می‌باشد. ماده ۶۰ قانون اساسی صراحتاً اعلان می‌کند که رئیس جمهور، رئیس دولت افغانستان است و صلاحیت‌های خود را در عرصه‌های اجرائیه، تقنینیه و قضائیه، مطابق به احکام این قانون اساسی اعمال می‌نماید. در این خصوص، قانون اساسی افغانستان عمداً مافوق تقسیم‌بندی سنتی قوا می‌باشد تا به رئیس جمهور مسئولیت جامع و فراگیری برای انجام وظیفه در مسیر صاف و بدون مانع دولت اعطاء نماید.^{۲۱۰} در موضع مقایسه‌ی، موقعیت رئیس جمهور در افغانستان کاملاً بی‌نظیر است. هم در ایات متحده آمریکا و هم در فرانسه، که در آنها نظام‌های ریاست جمهوری اجرا شده است، قدرت رئیس جمهور در امور اجرایی بسیار محدودتر است و توسط سایر قوای دولتی کنترل می‌شود. در طولانی مدت، قابل توصیه به نظر می‌رسد که اختیارات رئیس جمهور در افغانستان تقلیل یابد. در کوتاه مدت، بسیار ضروری است که مقرراتی مدنظر قرار گرفته و طراحی شوند که قدرت رئیس جمهور را به نحو بسیار دقیق محدود و کنترل کند. در این خصوص، توجه به ماده ۶۲ قانون اساسی دارای اهمیت فوق‌العاده است که تصدی وظیفه رئیس جمهور بیش از دو دوره را ممنوع می‌کند. از آنجا که ماده ۶۲ قانون اساسی به صراحت بیش از ۲ دوره تصدی را ممنوع می‌کند، و نه فقط دو دوره متوالی را، رئیس جمهور گذشته که برای دو دوره تصدی داشته نمی‌تواند خود را در رقابتهای انتخاباتی کاندید کند، حتی اگر پس از اتمام دوره وی رئیس جمهور دیگری انتخاب شده و دوره خود را تکمیل کرده باشد. قوه قضائیه، مخصوصاً قضات محاکم تحتانی ملتزم و متعهد هستند که تقاضای بررسی قوانینی را نمایند که آنها را مناقض قانون اساسی می‌دانند تا حاکمیت قانون را حتی در مواردی که خود حکومت ممکن است تمایلی به آن نداشته باشد، تأمین و تضمین کنند. علاوه‌تاً، بررسی قضایی اقدامات قوه اجرائیه، باید حتی‌الامکان به صورت کنترولی مؤثر برای اداره درآید.

²¹⁰ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 905.

۲-۱. انتخابات ریاست جمهوری

مشروعیت دموکراتیک مورد نیاز برای صلاحیت‌ها و اختیارات گسترده رئیس‌جمهور و موقعیت قوی آن از طریق انتخابات عمومی فراهم می‌شود. رئیس‌جمهور از طریق انتخاباتی عمومی، آزاد، سری و مستقیم که در آن یک کاندیدا باید بیش از پنجاه فیصد آرا را جهت برنده شدن بدست آورد، برگزیده می‌شود (ماده ۶۰ قانون اساسی). مدت وظیفه رئیس‌جمهور محدود به پنج سال است (ماده ۶۱ قانون اساسی) در صورتی که هیچ‌یک از کاندیداها پنجاه فیصد کل آرای مورد نیاز را کسب نکنند، دو کاندیدایی که در دور اول انتخابات بیشترین میزان آرا را کسب کرده‌اند، در دور دوم انتخابات شرکت می‌کنند. در این دور کسب اکثریت ساده آرا جهت انتخاب یک فرد به عنوان رئیس‌جمهور کافی است (ماده ۶۱ قانون اساسی).

یک کاندیدا برای این که صلاحیت انتخاب شدن به حیث رئیس‌جمهور را داشته باشد، باید تبعه افغانستان بوده، از والدین افغان متولد شده، مسلمان باشد و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد. به علاوه، در روز کاندیدا شدن نباید سن وی از چهل سال کمتر باشد. همچنین او نباید از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم شده باشد. همانگونه که تاکنون ذکر گردید، کسی که دوره به حیث رئیس‌جمهور انجام وظیفه کرده باشد، نمی‌تواند به این سمت انتخاب گردد.

بیشتر شرایط لازم برای انتخاب رئیس‌جمهور فاقد مشکل و ایراد می‌باشد و این نکته باید مورد تأکید قرار گیرد که هیچ محدودیت برای زنان، در صورت داشتن شرایط دیگر، برای انتخاب شدن به حیث رئیس‌جمهور وجود ندارد. در نتیجه، قانون اساسی به هیچ ترتیبی صلاحیت آنها برای احراز این سمت را محدود نکرده است. با این حال، یک دستور دارای اشکال با توجه به ماده ۲۲ قانون اساسی این است که تنها مسلمانان صلاحیت ریاست جمهوری را دارند. اگرچه این حکمی است که در دولت‌های مسلمان و جمهوری‌های اسلامی منطقه مشترک است، اما بدون تردید موجب تبعیض میان افغان‌هایی که دارای عقاید مذهبی دیگر می‌باشند، می‌گردد. تبعیض زمانی محقق می‌شود که با دو وضع قابل مقایسه، بدون آن که دلیل منطقی و هدفمندی وجود داشته باشد، به نحو متفاوتی رفتار شود. یک تبعه مسلمان و غیر مسلمان افغان، هر دو در برخورداری از حقوق بنیادین و اساسی مشترک می‌باشند و ماده ۲۲ قانون اساسی به نحو خاص هرگونه امتیاز و تبعیض بین آنها را منع می‌کند. مذهب نمی‌تواند عامل موجهه مناسبی برای

برخورداری از حقوق سیاسی و مدنی باشد. تنها شرط قابل توجیه برای محدود کردن این حق، تابعیت است و تابعیت یک فرد منوط به عقیده مذهبی او نمی‌باشد. گرچه در مورد دولتهای دینی همواره نسبت به برابری میان عقاید مذهبی گوناگون هشدار می‌دهد، جایگاه ممتاز دین مورد حمایت دولت نباید سبب رفتار تبعیض‌آمیز با پیروان دیگر ادیان گردد.^{۲۱۱} حداقل تفاوت قانون اساسی افغانستان با نمونه ایران آن، این است که قانون اساسی افغانستان کاندیداهای ریاست جمهوری را ملزم نمی‌کند که تابع گروه مذهبی خاص باشند. در نتیجه، در افغانستان حداقل اقلیت‌های مسلمان، به عنوان مثال شیعیان مجاز به تصدی وظیفه در انتخابات ریاست جمهوری می‌باشند.

۲. معاونین رئیس جمهور

رئیس جمهور دارای دو معاون است که با او انتخاب می‌شوند (ماده ۶۰ قانون اساسی). کاندیداهای چوکی معاونت رئیس جمهور به وسیله خود کاندیداهای ریاست جمهوری انتخاب می‌شوند، در نتیجه رأی به کاندیدای ریاست جمهوری ضرورتاً شامل رأی به معاونین او نیز می‌شود. این نظامی است که بسیار مشابه سیستم آمریکا است که در آن معاون رئیس جمهور نیز در ورقه رأی ریاست جمهوری انتخاب می‌گردد.

معاون رئیس جمهور خود قدرت و صلاحیت اتخاذ تصمیم را ندارد. معاون اول رئیس جمهور همانند ایالات متحده آمریکا دارای این وظیفه است که در صورت ناتوانی رئیس جمهور در انجام وظایف خود به دلیل استعفاء، عزل، وفات یا مریضی صعب‌العلاج اقدام کند (ماده ۶۷ قانون اساسی). با این حال، اگر معاون اول رئیس جمهور به جای رئیس جمهور انجام وظیفه کند، صلاحیت‌های او محدود خواهد بود. مطابق ماده ۶۷ قانون اساسی او نمی‌تواند اقدام به اجراءات مربوط به تعدیل قانون اساسی، عزل وزراء و مراجعه به آرای عمومی نماید. عنوان معاونت دوم رئیس جمهور اصولاً دارای ماهیت افتخاری است و هیچ‌گونه صلاحیتی طبق قانون اساسی به او اعطا نشده است.

²¹¹ General Comment No. 22 of 30 July 1993, para. 9f.; Cf. Jochen Abr. Frowein, "Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz," in: R. Grote / Thilo Marauhn, *Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderbeitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven*, 2001, 73 et seq., 79.

با این حال، قانون اساسی این امکان را منع نکرده است که یکی از معاونین رئیس جمهور یا هر دو آنها به حیث وزیر در حکومت منصوب شده و در عین ریاست یک بخش، دارای قدرت سیاسی باشند. ماده ۷۲ قانون اساسی که به بیان شرایط ضروری وزراء می پردازد، هیچ گونه استثنایی راجع به معاونین رئیس جمهور ذکر نکرده است. در واقع در طول دوره انتقال، معاونین رئیس جمهور در عین حال وزارتخانه‌های مهم را در اختیار داشتند.^{۲۱۲}

۳. وزرا

وزرا دارای موقعیت بسیار قدرتمندی در قانون اساسی افغانستان نمی‌باشند. در واقع آنها نه تنها توسط رئیس جمهور تعیین می‌شوند، بلکه در مقابل او مسئول نیز هستند (ماده ۷۷ قانون اساسی)؛ به این معنا که اگر ولسی جرگه موافق باشد، وزرا ممکن است هر وقت توسط رئیس جمهور عزل شوند. به علاوه، آنها در مقابل ولسی جرگه نیز مسئول می‌باشند. به گونه‌ای که ولسی جرگه می‌تواند از طریق تقاضای بیست فیصد کل نمایندگان آنها را احضار نموده، مورد سؤال قرار دهد و در صورت عدم رضایت از پاسخ رایه شده، با اکثریت کل آراء به آنها رأی عدم اعتماد دهد (ماده ۹۲ قانون اساسی). اگرچه نتایج اظهار چنین رأی عدم اعتمادی صراحتاً بیان نشده است، غیر قابل تصور (اندیشه) است که چنین وزیری بدون ایجاد بحران‌های سیاسی بزرگ میان پارلمان و قوه اجرائیه، همچنان به حیث وزیر باقی مانده باشد.

اصولاً نخستین کارکردهای حکومت، به ترتیب قابل ملاحظه در ماده ۷۵ قانون اساسی دارای ماهیت اداری است که هسته مرکزی و محوری صلاحیت‌ها و اختیارات حکومت را تشکیل داده و به نحو بسیار برجسته‌ای شامل تطبیق قانون اساسی و قوانین و مقررات عادی، حفظ و حمایت از قانون و نظم، گزارش دهی به شورای ملی در پایان هر سال مالی راجع به اجرای وظیفه و غیره می‌شود. وظیفه اصلی تعیین سیاست کشور صراحتاً به رئیس جمهور که تصمیم وی نیاز به تأیید کابینه جهت اجرایی شدن ندارد، اعطاء شده است (فقره ۲ ماده ۶۴ قانون اساسی).^{۲۱۳}

²¹² R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 905.

²¹³ R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897-915, 905.

پ) سؤالات

- وظایف و اختیارات رئیس جمهور را به طور خلاصه بیان کنید.
- چرا ایجاد چنین موقعیت قدرتمند برای رئیس جمهور مشکل آفرین می باشد؟
- تا چه اندازه رئیس جمهور در برابر ولسی جرگه مسئول است؟
- چگونه ولسی جرگه می تواند مسئولیت رئیس جمهور را کنترل کند؟
- مفاد و مضار این گونه موقعیت قدرتمند رئیس جمهور را بیان کنید.
- آیا شما خواستار اعمال محدوددهایی برای اختیارات رئیس جمهور می باشید؟ دلایل خود را بیان کنید.

گفتار سوم: قوه قضائیه**الف) احکام ذریبط****ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان**

قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می باشد.
 قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم می گردد.
 ستره محکمه به حیث عالی ترین ارگان قضائی در رأس قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد.

ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان

ستره محکمه مرکب است از نه عضو که از طرف رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه و با رعایت احکام مندرج فقره آخر ماده پنجاهم و ماده یکصد و هجدهم این قانون اساسی در آغاز به ترتیب ذیل تعیین می گردند:
 سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال.
 تعیینات بعدی برای مدت ده سال می باشد.
 تعیین اعضا برای بار دوم جواز ندارد.
 رئیس جمهور یکی از اعضا را به حیث رئیس ستره محکمه تعیین می کند.

اعضای ستره محکمه به استثنای حالت مندرج ماده یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی، تا ختم دوره خدمت از وظایفشان عزل نمی‌شوند.

ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان

عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می‌باشد:

۶۴. سن رئیس و اعضاء در حین تعیین از چهل سال کمتر نباشد؛
۶۵. تبعه افغانستان باشد؛
۶۶. در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد؛
۶۷. دارای حسن سیرت و شهرت نیک باشد؛
۶۸. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد؛
۶۹. در حال تصدی و وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.

ماده ۱۱۹ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه قبل از اشغال وظیفه، حلف آتی را در حضور رئیس جمهور بجا می‌آورند.

بسم الله الرحمن الرحيم

«به نام خداوند بزرگ جل جلاله سوگند یاد می‌کنم که حق و عدالت را بر طبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تأمین نموده، وظیفه قضاء را با کمال امانت، صداقت و بی‌طرفی اجرا نمایم.»

ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان

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 ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان

بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد.

ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان

هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه‌یی 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 نمی‌گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۲۳ قانون اساسی افغانستان

با رعایت احکام این قانون اساسی، قواعد مربوط به تشکیل، صلاحیت و اجراءات محاکم و امور مربوط به قضات توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۲۴ قانون اساسی افغانستان

در مورد مأمورین و سایر کارکنان اداری قوه قضائیه، احکام قوانین مربوط به مأمورین و سایر کارکنان اداری دولت نافذ می‌باشد ولی تقرر، انفکاک، ترفیع، تقاعد، مجازات و مکافات‌شان توسط ستره محکمه مطابق به احکام قانون صورت می‌گیرد.

ماده ۱۲۵ قانون اساسی افغانستان

بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت از طرف ستره محکمه ترتیب گردیده، به حیث جزء بودجه دولت، توسط حکومت به شورای ملی تقدیم می‌شود. تطبیق بودجه قوه قضائیه از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد.

ماده ۱۲۶ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره خدمت مستفید می‌شوند مشروط بر اینکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نوزند.

ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان

هرگاه بیش از یک ثلث اعضای ولسی جرگه، محاکمه رئیس یا عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت تقاضا نماید و ولسی جرگه این تقاضا را با اکثریت دو ثلث کل اعضا تصویب کند، متهم از وظیفه عزل و موضوع به محکمه خاص محول می‌گردد.

تشکیل محکمه و طرز العمل محاکمه، توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان

در محاکم افغانستان، محاکمه بصورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد. محکمه می‌تواند 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 ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان

محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می‌نماید، در فیصله ذکر کند.

تمام فیصله‌های قطعی محاکم واجب التعمیل است مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور می‌باشد.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند.

هرگاه برای قضیه‌یی از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین، حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.

ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان

محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند.

در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند.

ماده ۱۳۲ قانون اساسی افغانستان

قضات به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می‌گردند. تقرر، تبدل، ترفیع، مواخذه و پیشنهاد تقاعد قضات مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد. ستره محکمه بمنظور تنظیم بهتر امور اجرایی و قضایی و تأمین اصلاحات لازم، آمریت عمومی اداری قوه قضائیه را تأسیس می‌نماید.

ماده ۱۳۳ قانون اساسی افغانستان

هرگاه قاضی به ارتکاب جنایت متهم شود، ستره محکمه مطابق به احکام قانون به حالت قاضی رسیدگی نموده، پس از استماع دفاع او، در صورتی که ستره محکمه اتهام را وارد بداند پیشنهاد عزلش را به رئیس جمهور تقدیم و با منظوری آن از طرف رئیس جمهور، قاضی متهم از وظیفه معزول و مطابق به احکام قانون مجازات می‌شود.

ماده ۱۵۳ قانون اساسی افغانستان

قضات، خرنوالان، صاحب منصبان قوای مسلح و پولیس و منسوبین امنیت ملی، در مدت تصدی وظیفه نمی‌توانند در احزاب سیاسی عضویت داشته باشند.

ب) تبصره: قوه قضائیه

از آنجا که بیشتر مقررات مربوط به صلاحیت‌های قوه قضائیه و موقعیت آن در رابطه با سایر قوا تاکنون تحت عنوان استقلال قضایی مورد بحث قرار گرفته است،^{۲۱۴} در اینجا به نحو خلاصه بر صلاحیت‌ها و اختیارات ستره محکمه به عنوان ارگان مبتنی بر قانون اساسی که ریاست قوه قضائیه را برعهده دارد، متمرکز می‌شویم (ماده ۱۱۶ قانون اساسی).

۱. تشکیلات

ماده ۱۱۶ قانون اساسی ستره محکمه را به عنوان رأس قوه قضائیه ایجاد نموده و دستور می‌دهد که ستره محکمه نه تنها عالی‌ترین محکمه در افغانستان می‌باشد، بلکه دارای صلاحیت‌های اداری متشکل از صلاحیت اداره و مدیریت امور کل قوه قضائیه است؛ وظیفه‌ای که در بیشتر کشورهای اروپایی توسط وزرای عدلیه اجرا می‌گردد. قانون اساسی ۱۹۶۴ آشکارا مدل این دستور بوده است.

ستره محکمه مرکب از نه عضو به حیث اعضای آن می‌باشد که یکی از آنها به عنوان رئیس (قاضی القضاة) تعیین می‌گردد (جزا ماده ۱۱۷ قانون اساسی). پس از ترتیبات متفاوت راجع به اولین دوره انتصابها،^{۲۱۵} رئیس جمهور اعضای ستره محکمه را با تأیید ولسی جرگه برای یک دوره ده ساله با رعایت احکام جزء ۴ ماده ۵۰ قانون اساسی، منصوب می‌کند.^{۲۱۶} شرایط ضروری برای تعیین و انتصاب آنها در ماده ۱۱۸ قانون اساسی صراحتاً معین شده است.^{۲۱۷} یکی از نکات قابل توجه و خاص، شرایط مربوط به علوم

^{۲۱۴} برای ملاحظه این بحث لطفاً مراجعه کنید به فصل سوم، گفتار چهارم، ت، راجع به استقلال قضایی.

^{۲۱۵} جزء ۲ ماده ۱۱۷ قانون اساسی: سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال تعیینات بعدی برای مدت ده سال می‌باشد.

^{۲۱۶} «اتباع افغانستان بر اساس اهلیت و بدون هیچ گونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمت دولت پذیرفته می‌شوند.»

^{۲۱۷} ماده ۱۱۸ قانون اساسی: «عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می‌باشد:

۱. سن رئیس و اعضاء در حین تعیین از چهل سال کمتر نباشد؛

حقوقی است. در این رابطه قانون اساسی صراحتاً مقرر می‌کند که کاندیداهای عضویت در ستره محکمه باید یا در علوم حقوقی یا فقهی دارای تحصیلات عالی بوده و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشند. در نتیجه، تعیین قضاتی که صرف دارای تحصیلات فقهی یا صرف تحصیلات حقوقی می‌باشند، صراحتاً اجازه داده شده است، در حالی که در قانون اساسی ۱۹۶۴ بر «دانش کافی در فقه، [...] و حقوق و نظام حقوقی در افغانستان»^{۲۱۸} که به عنوان تجربه لازم هم در حقوق اسلامی و هم در حقوق عرفی استنباط می‌شد، تأکید گردیده بود.

با این وجود، شرایط و مقدمات ضروری مربوط به «تخصص و تجربه کافی در نظام قضایی افغانستان» در قانون اساسی فعلی افغانستان نیز ناظر به ضرورت داشتن دانش در نظام حقوقی، مذهبی و مقررات عادی است، زیرا نظام حقوقی افغانستان هم در نظام حقوقی اسلامی و هم در نظام حقوق دولتی و عرفی ریشه دارد. بنابراین نامزد قضاوتی که صرف در یکی از نظامها تجربه داشته و در سایر رشتهها فاقد دانش کافی باشد، صلاحیت و شایستگی لازم برای انتصاب به حیث قاضی ستره محکمه را ندارد.

جزء ۳ ماده ۱۱۷ قانون اساسی تعیین افراد به حیث قضات ستره محکمه برای بار دوم را منع می‌کند. ماده ۱۲۶ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌کند که اعضای سابق ستره محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی در دوره خدمت مستفید می‌شوند مشروط به اینکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نوزیده و یا محاکمه (و عزل) نشده باشند. فقره ۶ ماده ۱۱۸ قانون اساسی قضات ستره محکمه را از عضویت در

۲. تبعه افغانستان باشد؛

۳. در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد؛

۴. دارای حسن سیرت و شهرت نیک باشد؛

۵. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد؛

۶. در حال تصدی وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.

^{۲۱۸} فقره ۳ ماده ۱۰۵ قانون اساسی ۱۹۶۴.

احزاب سیاسی در مدت تصدی وظیفه منع می‌کند. ۲۱۹ این مقرر به حیث یک شرط اضافه جهت حفظ استقلال قضات از تأثیر غیر موجه سیاسی عمل می‌کند. ۲۲۰ این حکم یک ابزار و اقدام احتیاطی است که مختص افغانستان نبوده، در برخی دیگر از کشورها مانند هانگری (مجارستان) ۲۲۱ نیز مورد استفاده قرار گرفته است، تا قضات را از دخالت سیاسی حفاظت نموده، درک اتباع از قوه قضائیه به حیث ارگان بی طرف دولت را مورد حمایت قرار دهد.

جزء ۱ ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان طرز العمل محاکمه قضات ستره محکمه را تعیین و تنظیم نموده است. به منظور انجام محاکمه، حداقل یک ثلث نمایندگان عضو ولسی جرگه باید تقاضای محاکمه یک عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت تقاضا نمایند. برای عزل متهم از وظیفه و احاله موضوع به محکمه خاص که باید توسط قانون تأسیس گردد، ۲۲۲ ولسی جرگه باید این تقاضا را با اکثریت دو ثلث کل اعضا تصویب کند...

۲. صلاحیت‌های قضایی

وظایف و اختیارات ستره محکمه وسیع و گسترده است. نخستین آنها بحث صلاحیت‌های قضایی است که به طور مستقیم مربوط به رهبری اجرای عدالت می‌باشد. این صلاحیت ستره محکمه در ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۲۰۰۴) خلاصه شده است که عبارت است از:

۲۱۹ این ممنوعیت با توجه به ماده ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) به

قضات عادی نیز تسری یافته است.

۲۲۰ فقره ۶ ماده ۱۱۸ قانون اساسی.

۲۲۱ جزء ۵ ماده ۲۳۸ قانون اساسی ۱۹۴۹ هانگری (مجارستان) عضویت قضات

محاکم قانون اساسی را در احزاب سیاسی ممنوع می‌کند.

۲۲۲ نظریه مشوره‌ای ستره محکمه مورخ ۲ جون ۲۰۰۶، ضمیمه نامه شماره ۱۵۱۳

ستره محکمه در تاریخ ۱۳۸۳/۳/۱۲ (۲ جون ۲۰۰۶) به وزیر امور پارلمانی.

- بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی^{۲۲۳} و معاهدات بین الدول (و میثاق‌های بین‌المللی) با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت یا محاکم طبق قانون.^{۲۲۴} اگر این دستور را با ماده ۳ قانون اساسی قرائت کنیم که بیان می‌کند هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد، ستره محکمه صلاحیت رد قوانین و مقرراتی که مناقض احکام اسلامی باشند را نیز دارد.^{۲۲۵}
- پیشنهاد طرح قانون در ساحة تنظیم امور قضایی به شورای ملی از طریق حکومت؛
- تجدیدنظر بر فیصله‌های محاکم به سبب ظهور دلایل جدید بر اساس اعتراض لوی غارنوال یا طرف دعوی، طبق احوال پیش‌بینی شده در قوانین مربوط؛
- حل تنازع صلاحیت محاکم مختلف بر اساس تقاضای لوی غارنوال یا طرفین؛
- صلاحیت بررسی دلایل و اتخاذ تصمیم در مورد اعاده مجرمین افغانی و خارجی به یک دولت خارجی و اعلام تصمیم نهایی؛
- به علاوه ستره محکمه متعهد به تأمین و تضمین وحدت رویه قضایی نیز می‌باشد؛
- اتخاذ تصمیم در مورد تخلفات جنایی و انتظامی قضات؛
- پاسخ به سؤالات قضایی محاکم تحتانی.

در ارتباط به صلاحیت‌های ستره محکمه، این سوال مطرح می‌شود که آیا ستره محکمه یک محکمه قانون اساسی است؟ یک محکمه قانون اساسی خصوصیت خاص توانایی کنترل همه قوای سه گانه دولتی جهت بررسی انطباق اقدامات آنها با قانون اساسی را دارا می‌باشد.^{۲۲۶} ستره محکمه دارای اختیار و قدرت بررسی انطباق قوانین با قانون اساسی و

^{۲۲۳} این اصطلاح ناظر به فرامینی است که توسط مراجع ذیصلاح در دوره انتقال مطابق ماده ۱۵۹ قانون اساسی برای دوره انتقالی و پیش از افتتاح پارلمان نخستین در ۱۹ دسمبر ۲۰۰۵ صادر شده‌اند.

^{۲۲۴} این صلاحیت در قانون اساسی نیز بیان شده است، بنگرید به ماده ۱۲۱.

^{۲۲۵} R. Grote, "Separation of Powers in the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, M. Lau, "The Independence of Judges under Islamic Law, International Law and the New Afghan Constitution," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 917-925; R. Schmidt, "Wie viel Altes im Neuen?" *Internationale Politik*, Vol. 61 (2006), 104-106.

^{۲۲۶} K. Doehring, *Allgemeine Staatslehre*, 2004, 191.

با اصول و معتقدات اسلامی است و از این طریق قوه تقنینیه را کنترل می‌کند. توضیح این نکته نیز ضروری است که بررسی انطباق قانون با قانون اساسی بدون آنکه ستره محکمه صلاحیت تفسیر قانون اساسی را داشته باشد ممکن نیست. چرا که در غیر این صورت ستره محکمه نخواهد توانست در موردی که خود قانون اساسی مبهم و نیازمند تفسیر است به فیصله‌ای دست یابد. به علاوه، ستره محکمه قوه قضائیه را از طریق دیوان‌های خود و به عنوان یک محکمه موردی (گاه به گاه) کنترل می‌کند. در رابطه با اعمال کنترل موثر بر قوه اجرائیه، این سؤال (راجع به کیفیت کنترل ستره محکمه نسبت به قوه اجرائیه) هنوز قابل پاسخ نیست، زیرا قانون اجراءات اداری تأمین کننده کنترل قوه اجرائیه باید در آینده اعمال گردد. در نتیجه، تا وقتی که این شرط ضروری اجرا نشده باشد، بر ستره محکمه افغانستان نمی‌توان محکمه قانون اساسی اطلاق کرد.

یک موضوع قابل توجه دیگر آن است که صلاحیت و اختیار ستره محکمه جهت کنترل قوه مقننه و علاوه بر آن فرامین تقنینی به شیوه‌ای بسیار محدود و محدود طراحی شده است. همان گونه که حق تقاضای بررسی مطابقت با قانون اساسی صرف منحصر به حکومت و محاکم مادون شده است.^{۲۲۷} تمام نیروهای سیاسی که از دولت حمایت نمی‌کنند، محروم از تقاضای بررسی قوانین بر مبنای قانون اساسی شده‌اند. حتی قانون اساسی فرانسه، که در مقایسه با سایر قوانین اساسی با هدف تقویت موقعیت قوه اجرائیه به ضرر قدرت پارلمان تنظیم شده است، حق بررسی اولیه نزد شورای قانون اساسی را به روسای دو مجلس و به نمایندگان مجلس با حد نصاب معین داده است.^{۲۲۸} بنابراین، این موضوعی قابل تردید است که آیا سیستم بررسی انطباق قوانین با قانون اساسی در افغانستان مقرون به موفقیت خواهد بود.^{۲۲۹} در ارتباط به صلاحیت‌های ستره محکمه، باید خاطر نشان نمود که ستره محکمه در نظریه مشوره‌ای خود راجع به رأی عدم اعتماد

^{۲۲۷} ماده ۲۱ قانون اساسی، فقره ۱ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴).

^{۲۲۸} ماده ۱ قانون اساسی فرانسه ۱۹۵۸ و اصلاحیه آن در ۲۰۰۵.

^{۲۲۹} R. Grote, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 64 (2004), 897, 911.

ولسی جرگه به وزیر امور خارجه ۲۳۰ از ساحه صلاحیت قضایی خود به ترتیب مقرر در ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان و ماده ۲۴ ق.ت. ص.م.ا. (۱۳۸۴) که صلاحیت‌های ستره محکمه را به بررسی تصامیم مجلس از جهت انطباق قوانین با قانون اساسی محدود کرده است، پا فراتر گذاشت. رأی عدم اعتماد، قانون نیست، زیرا هم فاقد خاصیت انتزاعی و هم فاقد خصوصیت عام قانون بوده و شرایط مقدماتی مربوط به ماده ۹۴ قانون اساسی راجع به تحقق وصف قانون را ندارد. در نتیجه، هیچ مبنای قانونی برای این تصمیم ستره محکمه وجود ندارد. تطبیق قیاسی ماده ۱۲۱ قانون اساسی در چنین قضیه‌ای نیز به دلیل تفاوت ذاتی میان موضوع قانونی بودن رأی عدم اعتماد و بررسی انطباق قوانین با قانون اساسی، امکان پذیر نمی‌باشد. در حالی که موضوع اخیر (بررسی انطباق قوانین عادی با قانون اساسی) مسأله‌ای مربوط به سلسله مراتب قوانین و احکام است، موضوع اول (رأی عدم اعتماد) ناظر به تحدید صلاحیت‌ها میان قوه اجرائیه و قوه مقننه می‌باشد. به علاوه، چنین اختلافی میان صلاحیت‌های دو قوه دولتی در مقابل قوه قضائیه مستلزم بررسی اختلاف میان قوه اجرائیه از یک طرف و قوه مقننه از طرف دیگر است، در حالی که طرز العمل بررسی قوانین طبق ماده ۱۲۱ قانون اساسی، طرز العملی است که در آن طرف دیگر مخاصم وجود ندارد.

تفسیر ماده ۱۲۱ قانون اساسی توسط ستره محکمه، با توجه به ضرورت توازن قوا میان قوای مختلف دولت، دچار ایراد و اشکال است؛ زیرا طبق این تفسیر حکومت صلاحیت به چالش کشیدن کلیه اقدامات قوه مقننه نزد ستره محکمه را خواهد داشت، در حالی که شورای ملی هیچگونه امکانی جهت درخواست از ستره محکمه برای حمایت از صلاحیت‌های آن در مقابل قوه اجرائیه ندارد؛ به حیث مثال در صورتی که حکومت از صلاحیت‌های خود مذکور در ماده ۷۶ قانون اساسی پا فراتر بگذارد، قوه مقننه امکان توسل به ستره محکمه را ندارد.

چنین استدلال‌هایی معتبر و صحیح می‌باشند صرف نظر از این واقعیت که ستره محکمه نظریه مشوره‌ای خود را فاقد قدرت الزام آور دانسته باشد. زیرا همانطور که مثال فوق

۳۳۰ نظریه مشوره‌ای ستره محکمه مورخ ۲ جون ۲۰۰۶، ضمیمه نامه شماره ۱۵۱۳

ستره محکمه در تاریخ ۱۳۸۶/۳/۱۲ (۲ جون ۲۰۰۶) به وزیر امور پارلمانی.

نشان می‌دهد حتی یک رأی و تصمیم غیر الزام آور عالی‌ترین محکمه، تأثیر قابل توجهی بر طرز تلقی و استدلال‌های دو قوه دولتی دیگر دارد.

۳. صلاحیت‌های اداری

وظایف و اختیارات اداری ستره محکمه در جزء ۱ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم به تفصیل بیان شده، عبارتند از:

- ترتیب بودجه قوه قضائیه به مشوره حکومت؛
- رهبری و مراقبت از فعالیت‌های ادارات محاکم؛
- وضع مقررها و لوایح به منظور تنظیم امور قضایی و اداری محاکم؛
- بررسی نتیجه تدقیق و مطالعات امور قضایی و اتخاذ تدابیر به منظور رفع نواقص و توحید و انسجام اجراءات محاکم؛
- پیشنهاد تعیین قضات و مستشاران به مقام ریاست جمهوری مطابق به احکام این قانون؛
- پیشنهاد تقرر، تبدل، ترفیع، تمدید خدمت و تقاعد قضات مطابق احکام این قانون؛
- پیشنهاد تأسیس محاکم و ادارات ثبت اسناد و وثایق و تعیین صلاحیت‌های قضایی و اداری آنها به مقام ریاست جمهوری؛
- تطبیق بودجه قوه قضائیه؛
- تأمین تسهیلات لازم به منظور پیشبرد فعالیت محاکم؛
- تدویر کورس ستاژ قضایی و تنظیم امور مربوط به آن؛
- اتخاذ تدابیر مقتضی برای ارتقای سطح دانش و تجارب قضات؛
- نظارت از اجراءات و فعالیت‌های سایر کارکنان اداری قوه قضائیه؛
- تهیه احصائیه سالانه و گزارش از فعالیت‌های تمام محاکم در بخش قضایی؛
- سایر وظایف و صلاحیت‌هایی که در این قانون و قوانین دیگر به ستره محکمه تفویض گردیده است.

ستره محکمه این وظایف را از طریق آمریت عمومی اداری قوه قضائیه اعمال می‌کند.^{۲۳۱} این ارگان به موجب فقره ۱ ماده ۲۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) به منظور

^{۲۳۱} فقره ۲ ماده ۲۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم.

تنظیم بهتر امور اجرایی و قضایی قوه قضائیه ایجاد شده و در رأس آن امر عمومی که بنا به پیشنهاد رئیس ستره محکمه و توسط رئیس جمهور تعیین می‌گردد، قرار دارد.

ماده ۳۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (۱۳۸۴) به تعیین وظایف و اختیارات قاضی القضاات (رئیس ستره محکمه) می‌پردازد. این وظایف از جمله رهبری عمومی فعالیت‌های قضایی و اداری ستره محکمه می‌باشد. علاوه بر این او صلاحیت ریاست از جلسات ستره محکمه و به علاوه دیوان‌های آن، نظارت بر تطبیق فیصله‌های نهایی محاکم، اصدار امر مبنی بر رسیدگی به قضایای ناشی از جرایم و تخلفات انضباطی قضاات را دارد. سرانجام، او می‌تواند پیشنهاد عفو و تخفیف مجازات محاکماتی و تأدیبی قضاات به مقام ریاست جمهوری را ارایه کند.

پ) سؤالات

- صلاحیتهای ستره محکمه را بیان نمایید.
- چرا وظیفه و کارکرد محاکم استیناف برای نظام قضایی دارای اهمیت است؟
- آیا هیچ ارتباطی میان کارکرد ستره محکمه و اصل حاکمیت قانون وجود دارد؟
- آیا ستره محکمه یک محکمه قانون اساسی است؟
- آیا ستره محکمه اجازه داشته است که نظریه مشورتی راجع به قضیه رأی عدم اعتماد به وزیر خارجه اصدار کند؟

فصل پنجم: حالت اضطرار

الف) احکام ذیربط

ماده ۱۴۳ قانون اساسی افغانستان

هرگاه به علت جنگ، خطر جنگ، اغتشاش وخیم، آفات طبیعی و یا حالت مماثل، حفظ استقلال و حیات ملی از مجرای که در قانون اساسی تعیین شده، ناممکن گردد، حالت اضطرار از طرف رئیس جمهور با تأیید 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 ۱۴۴ قانون اساسی افغانستان

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

ماده ۱۴۵ قانون اساسی افغانستان

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

۷۰. فقره دوم ماده بیست و هفتم؛

۷۱. ماده سی و ششم؛

۷۲. فقره دوم ماده سی و هفتم؛

۷۳. فقره دوم ماده سی و هشتم.

ماده ۱۴۶ قانون اساسی افغانستان

در حالت اضطرار، قانون اساسی تعدیل نمی شود.

ماده ۱۴۷ قانون اساسی افغانستان

هرگاه دوره ریاست جمهوری و یا دوره تقنینیه شورای ملی در حالت اضطرار ختم شود، اجرای انتخابات جدید ملتوی گذاشته شده، مدت خدمت رئیس جمهور و اعضای شورای ملی تا چهار ماه تمدید می شود.

هرگاه 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 ۱۴۸ قانون اساسی افغانستان

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

ب) تبصره: اضطرار

هرگاه به علت جنگ، خطر جنگ، اغتشاش وخیم، آفات طبیعی و یا حالت مماثل، حفظ استقلال و حیات ملی از مجرای که در قانون اساسی تعیین شده، ناممکن گردد، رئیس جمهور باید در تمام یا بعضی از ساحات کشور حالت اضطرار اعلان کند. تأیید شورای ملی جهت نافذ شدن اعلام رئیس جمهور، شرط اساسی است (ماده ۱۴۳ قانون اساسی). هرگاه حالت اضطرار بیش از دو ماه دوام یابد، برای تمدید آن، موافقت علیحده شورای ملی شرط است. هرگاه حالت اضطرار بیش از چهار ماه دوام نماید، باید لویه جرگه از طرف رئیس جمهور تشکیل شود. (ماده ۱۴۷ قانون اساسی).

به حیث یک نتیجه اعلان حالت اضطرار، رئیس جمهور می‌تواند پس از مشوره با رؤسای شورای ملی و ستره محکمه، بعضی از صلاحیت‌های شورای ملی را به حکومت انتقال دهد (ماده ۱۴۴ قانون اساسی). نکته دارای ایراد و مشکل آفرین در این خصوص آن است که ساحه صلاحیت‌هایی که می‌تواند به حکومت انتقال یابد، محدود نشده است. مطمئناً انتقال تمام صلاحیت‌های شورای ملی مجاز نیست، زیرا ماده ۱۴۴ قانون اساسی صراحتاً از «بعضی» صلاحیت‌ها سخن می‌گوید. به هر حال، انتقال صلاحیت‌ها باید به کمترین میزان ممکن صورت گیرد تا نقض نظم عادی مبتنی بر قانون اساسی تا آنجا که مقدور است در حداقل ممکن و در اوضاع و احوال خاص صورت گیرد.

در طول مدت حالت اضطرار، بعضی از حقوق اساسی اتباع ممکن است تقلیل یابند. رئیس جمهور می‌تواند با تأیید روسای شورای ملی و رئیس ستره محکمه تنفیذ احکام فقره ۲ ماده ۲۷، ماده ۳۶، فقره ۱ ماده ۳۷ و فقره ۲ ماده ۳۸ را معطل بسازد یا بر آنها قیودی وضع نماید. این نکته باید مورد تأکید قرار گیرد که نظر به اهمیت حقوق اساسی، چنین تدابیری باید با نهایت حساسیت و مراقبت اتخاذ شوند و صرف زمانی قابل تطبیق باشند که ضرورت مطلق وجود داشته باشد.

یک حکم اساسی راجع به حالت اضطرار و برای تضمین قانون اساسی ماده ۱۴۶ قانون اساسی است. این حکم اصلاح قانون اساسی را در طول زمان حالت اضطرار ممنوع می‌کند. هرگاه دوره ریاست جمهوری و یا دوره تقنینیه در حالت اضطرار ختم شود، اجرای انتخابات جدید ملتوی گذاشته شده و مدت خدمت رئیس جمهور و دوره تقنینی تا چهارماه باید تمدید گردد. (ماده ۱۴۸ قانون اساسی). حکم مربوط به امکان تمدید دوره

خدمت رئیس جمهور و دوره تقنینیه برای حداکثر تا چهار ماه را، باید با توجه به دستور مربوط به ضرورت تشکیل لویه جرگه در صورت افزایش حالت اضطرار به بیش از چهار ماه مدنظر قرار داد که، حکایت از آن دارد حالت اضطرار نمی‌تواند طولانی‌تر از چهارماه باشد. اگر مشکلات در طول این چهار ماه حل نشده باشند، لویه جرگه جهت بحث راجع به امکانات جایگزین مانند تعدیل قانون اساسی تشکیل می‌شود. این دستوری است جهت جلوگیری از اوضاع و احوالی شبیه کشور مصر که در آن حالت اضطرار بیش از بیست سال دوام یافته است. اگر حالت اضطرار بتواند بدون هرگونه محدودیت موقت و به نحو مطلق استمرار یابد، این امر امکان تعدیل شکلی قانون اساسی را ایجاد خواهد کرد، وسیله‌ای خواهد شد که از طریق آن شرایط ضروری مذکور در قانون اساسی برای چنین تعدیلی با حيله و فریب مورد استفاده قرار می‌گیرند.

هرگاه دوره خدمت رئیس جمهور یا دوره تقنینیه به علت حالت اضطرار تمدید شده باشد، انتخابات باید در خلال مدت دو ماه بعد از ختم دوره اضطرار برگزار گردد (ماده ۱۴۷ قانون اساسی). به علاوه، تمام صلاحیت‌های انتقال یافته مبتنی بر ماده ۱۴۴ قانون اساسی و یا تحدید حقوق اتباع مانند موارد مذکور در ماده ۱۴۵ قانون اساسی خود به خود بعد از ختم حالت اضطرار از اعتبار ساقط می‌شوند (ماده ۱۴۸ قانون اساسی).

پ) سؤالات

- انتقال قدرت از شورای ملی به حکومت دارای چه ایراد و اشکالی است؟
- آیا رئیس جمهور صلاحیت اعلام تعدیل قانون اساسی در دوره اضطرار را دارد؟
- آیا محدودیت موقتی در حالت اضطرار وجود دارد؟
- در ارتباط به حقوق بنیادین افراد در دوره اضطرار، چه مسائل مهمی وجود دارد؟
- آیا ممکن است که تمامی حقوق اساسی در دوره اضطرار محدود شوند؟

قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی

فصل اول

احکام عمومی

ماده اول:

این قانون به تأسی از حکم ماده یکصد و پنجاه و هفتم قانون اساسی افغانستان به منظور تنظیم امور مربوط به تشکیل، صلاحیت، وظایف و طرز فعالیت کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی وضع گردیده است.

ماده دوم:

کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، در چوکات دولت جمهوری اسلامی افغانستان تشکیل و در فعالیت های خویش از استقلال کامل برخوردار است.

ماده سوم:

کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی منبعا در این قانون بنام کمیسیون یاد میگردد.

فصل دوم

تشکیل کمیسیون

ماده چهارم:

(1) کمیسیون به شمول رئیس آن متشکل از هفت عضو اعم از زن و مرد میباشد که از جانب رئیس جمهور با اخذ رأی اعتماد ولسی جرگه برای مدت چهارسال تعیین میگردند.

(2) کمیسیون دارای معاون و منشی میباشد، که از طریق انتخابات سری به اکثریت آرای اعضای آن انتخاب میشوند. رئیس برای مدت چهار سال، معاون و منشی هر یک برای مدت یکسال انتخاب میگردند.

معاون و منشی برای سال های بعدی نیز کاندید شده میتوانند.

(3) معاون و منشی با اکثریت آرای اعضای کمیسیون در حالات آتی از وظایف شان برکنار میگردند:

- 1- عدم استعداد و توانمندی در اجرای وظایف
- 2- عدم اجرای به موقع وظایف شان
- (4) حدود وظایف و صلاحیت های رئیس ، معاون و منشی در اصول وظایف داخلی کمیسیون مشخص میگردد.

ماده پنجم:

عضو کمیسیون باید دارای شرایط آتی باشد:

- 1- داشتن تنها تابعیت افغانستان.
- 2- داشتن تحصیلات عالی در علوم حقوقی یا فقهی در سطح ماستری و یا معادل آن.
- 3- داشتن حد اقل (۵) سال تجربه علمی و عملی مسلکی در مسایل حقوقی یا فقهی.
- 4- داشتن شهرت نیک.
- 5- کمال سن سی و پنج سالگی
- 6- عدم محکومیت به جنایت و حرمان از حقوق مدنی.
- 7- عدم عضویت در احزاب و سازمان های سیاسی حین تصدی وظیفه.

ماده ششم:

عضو کمیسیون در حالات آتی عضویت خویشرا از دست میدهد:

- (۱) در حالات مریضی صعب العلاج و دوامدار که مانع اجرای وظیفه گردد و یا از دست دادن حقوق مدنی.
- (۲) استعفای کتبی و قبولی آن از جانب رئیس جمهور.
- (۳) اشتغال به سایر وظایف حین عضویت در کمیسیون (تدریس در مؤسسات تحصیلات عالی از این حکم مستثنی میباشد.
- (۴) در صورت نقض یکی از شرایط ماده پنجم این قانون.
- (۵) در صورت سوء استفاده از موقف رسمی و عدم پابندی به وظیفه و تعلل متواتر در اجرای وظایف در مطابقت با اصول وظایف داخلی.

ماده هفتم:

پیشنهاد سلب عضویت در مطابقت به فقرات (۳)، (۴) و (۵) ماده ششم از جانب حد اقل پنج تن از اعضای کمیسیون مطرح می‌گردد. منظوری پیشنهاد مذکور با اکثریت آرای اعضاء از صلاحیت های ولسی جرگه میباشد.

رئیس جمهور عضو جدید را در خلال مدت یک ماه از تاریخ استعفاء مطابق به احکام این قانون تعیین میکند.

فصل سوم

وظایف و صلاحیت های کمیسیون

ماده هشتم:

کمیسیون به منظور نظارت بهتر از تطبیق احکام مندرج قانون اساسی دارای وظایف و صلاحیت های ذیل میباشد:

(۱) تفسیر احکام قانون اساسی به اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی، ستره محکمه و حکومت.

(۲) نظارت از رعایت و تطبیق احکام قانون اساسی توسط رئیس جمهور، حکومت، شورای ملی، قوه قضائیه، ادارات، مؤسسات و سازمان های دولتی و غیر دولتی.

(۳) ارائه مشوره های حقوقی در مورد مسایل ناشی از قانون به رئیس جمهور و شورای ملی.

(۴) مطالعه قوانین نافذ غرض دریافت تناقضات با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر جهت رفع آنها.

(۵) ارائه پیشنهاد مشخص به رئیس جمهور و شورای ملی در زمینه اتخاذ تدابیر به منظور انکشاف امور قانون گذاری در مواردی که قانون اساسی حکم نموده است.

(۶) ارائه گزارش به رئیس جمهور در صورت ملاحظه تخلف یا تخلف از احکام مندرج قانون اساسی.

(۷) تصویب لوایح و طرز العمل های مربوطه.

ماده نهم:

مقامات عالی ذیل صلاحیت احاله مسایل ناشی از احکام قانون اساسی را غرض ابراز نظر حقوقی به کمیسیون دارا میباشد:

- 1- رئیس جمهور
- 2- مجلسین شورای ملی
- 3- ستره محکمه
- 4- کمیسیون مستقل حقوق بشر ، کمیسیون مستقل انتخابات ، کمیسیون اصلاحات اداری و خدمات ملکی.

فصل چهارم

طرز تدویر جلسات

ماده دهم:

- ۱) نصاب جلسات کمیسیون در صورت حضور پنج نفر از اعضا تکمیل میگردد.
- ۲) تصامیم در جلسات به اساس رأی اکثریت اعضای حاضر اتخاذ میگردد. در صورت تساوی آراء ، نظر طرفیکه رئیس جلسه به آن رأی میدهد اکثریت شناخته میشود.
- ۳) جلسات عادی کمیسیون هفته یکبار دایر میگردد.
- ۴) جلسات فوق العاده به اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی ، تصمیم رئیس کمیسیون و یا تقاضای سه نفر از اعضای کمیسیون دایر میگردد.

فصل پنجم

احکام متفرقه

ماده یازدهم:

- ۱) عضو کمیسیون بدون اخذ موافقه رئیس جمهور گرفتار ، توقیف و مورد تعقیب عدلی قرار گرفته نمیتواند . حالات جرم مشهود از این امر مستثنی است.
- ۲) اعضای کمیسیون به استثنای حالات مندرج ماده ششم این قانون الی ختم دوره خدمت از وظایف شان عزل نمیشوند.

ماده دوازدهم:

- کمیسیون میتواند در جلسات خویش مسئولین ادارات دولتی و غیر دولتی را به خاطر بحث روی مسایل مطروحه دعوت نماید.
- مدعوین در جلسات دارای حق ابراز نظر و مشوره میباشند.

ماده سیزدهم:

(۱) کمیسیون به منظور پیشبرد امور اداری دارای دارالانشاء میباشد. در رأس دارالانشاء رئیس قرار دارد. دارالانشاء وظایف خود را مطابق احکام قانون و طرزالعملی که از طرف کمیسیون تصویب میگردد، اجراء مینماید.

(۲) رئیس، مامورین، و سایر کارکنان دارالانشاء مطابق احکام قانون استخدام میگردند.
(۳) تشکیل اداری و بودجه کمیسیون به حیث جزء بودجه دولت از طرف کمیسیون پیشنهاد و بعد از طی مراحل قانونی و منظوری رئیس جمهور، توسط رئیس کمیسیون تطبیق میگردد.

ماده چهاردهم:

اعضای کمیسیون از جمله مقامات عالی دولتی بوده، معاش و امتیازات آنها طبق قانون اجراء میگردد.

ماده پانزدهم:

نظر کمیسیون در مورد تفسیر قانون در جریده رسمی نشر میگردد. و گزارش کار آنها از طریق رسانه های خبری دولتی به اطلاع عامه رسانیده میشود.

ماده شانزدهم:

کمیسیون دارای مهر مخصوص میباشد.

ماده هفدهم:

این قانون از تاریخ توشیح نافذ و در جریده رسمی نشر میگردد.

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Directors: Professor Dr. Armin von Bogdandy · Professor Dr. Dr. h.c. Rüdiger Wolfrum



Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law

Volume One: Structure and Principles of the State

Amended 3rd Edition
(March 2009)

Author:
Ramin Moschtaghi

With the support of
Nezamuddin Abdullah, Mihan Rouzbehani

Translated by
Dr. Hossein Gholami

Funded By
The German Foreign Office