

مطالعه تطبیقی جایگاه دین در قانون اساسی افغانستان^۱

علی اکبر گرجی آزندریانی *

یونس فتحی **

چکیده

یکی از مسائل ضروری هر جامعه‌ای، داشتن حکومت و نظام سیاسی است که در فقه سیاسی اسلام نیز جایگاه ویژه‌ای را دارا می‌باشد. در جوامع امروزی قانون اساسی هر کشوری نظام حقوقی آن کشور را پی ریزی می‌کند. مسئله مهم در این زمینه بخصوص در جوامع دینی محتوای قانون اساسی و دیدگاه قانون اساسی نسبت به جایگاه و نقش دین در آن جامعه می‌باشد. کشور افغانستان بعد از سال‌ها جنگ در سال ۸۲ قانون اساسی خود را به تصویب رساند. با توجه به اینکه قانون اساسی جدید افغانستان نوع حکومت را جمهوری اسلامی معرفی می‌کند و دارای تشابهات قومی، فرهنگی و زبانی با ایران می‌باشد، مطالعه جایگاه دین در قانون اساسی افغانستان برای کشور خودمان نیز خالی از فایده نخواهد بود. سوال اصلی این مقاله اینست که جایگاه دین در قانون اساسی افغانستان چیست و جمهوری اسلامی افغانستان برای تطابق قانون اساسی با اسلام چه راهکارهایی را پیش‌بینی کرده است. طبیعی است برای پاسخ به این سوال ابتدا باید مفاهیمی چون فقه، دین و شریعت آشنا شده و سپس به تجارب کشورهای دیگر از جمله جمهوری اسلامی اشاره خواهیم کرد و سپس با توجه به یافته‌های این بخش سعی خواهیم کرد به سوال اصلی پاسخ

^۱ تاریخ دریافت ۱۳۹۴/۸/۱ تاریخ پذیرش ۱۳۹۴/۱۰/۱۵

* دانشیار حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسوول مقاله):

دهیم.

واژگان کلیدی

قانون اساسی، دین، اسلام، سازگاری دین و اصول قانون اساسی، جمهوری اسلامی افغانستان

از مسائل ضروری هر جامعه، داشتن حکومت و نظام سیاسی است که در فقه سیاسی اسلام نیز جایگاه ویژه‌ای را دارا می‌باشد. در جامعه امروزی قانون اساسی هر کشوری به عنوان مهم‌ترین قانون، نظام حقوقی را در آن کشور پی‌ریزی و پیش‌بینی می‌کند. یکی از مهم‌ترین این مسائل بخصوص در جوامع دینی بحث‌های جدی و مهم درباره محتوای قانون اساسی و به خصوص دیدگاه قانون اساسی نسبت به جایگاه دین در آن جامعه می‌باشد. کشور افغانستان به عنوان جامعه‌ای مسلمان و پس از جنگ‌های فراوان در سال ۱۳۸۲ قانون اساسی جدید خود را به تصویب رساند. با توجه به مشترکات فرهنگی، دینی و زبانی دو کشور ایران و افغانستان مطالعه جایگاه دین (اسلام) در قانون اساسی افغانستان برای نظام حقوقی خودمان نیز خالی از فایده نخواهد بود چرا که قانون اساسی افغانستان حکومت را در افغانستان به مانند ایران جمهوری اسلامی بیان می‌کند. بنابراین سؤال اصلی این مقاله اینست که جایگاه اسلام در قانون اساسی افغانستان چیست و اصولاً جمهوری اسلامی افغانستان تا کجا با اصول اسلامی که داعیه‌ی آن را دارد مطابقت می‌نماید و از چه راه کارهایی برای تضمین این تطابق استفاده نموده است. برای پاسخ به این سؤال طبیعی است که محتاج توضیحاتی هستیم. ابتدا باید با مفهوم دین، فقه و شریعت آشنا شده و سپس به مطالعه دیدگاه‌های مختلف حقوق اساسی کشورهای اسلامی راجع به اسلام بپردازیم و باید دید اساساً در جوامع امروزی قوانین اساسی کشورهای اسلامی چه موضعی را راجع به اسلام اتخاذ نموده‌اند. در مرحله بعد به ذکر نمونه‌های از قوانین اساسی کشورهای اسلامی من جمله جمهوری اسلامی ایران خواهیم پرداخت و پس از مطالعه این موارد و با توجه به داشته‌هایی که در این مطالعات کسب می‌کنیم موضع قانون اساسی جدید افغانستان را راجع به دین اسلام مورد واکاوی قرار خواهیم داد. از طرفی باید توجه داشت که ارزیابی نقش واقعی دین در حقوق اساسی می‌تواند بطرز قابل توجهی بستگی به شیوه‌ی اجرای عملی قانون اساسی نیز داشته باشد. قانون اساسی جدید افغانستان متشکل از یک مقدمه کوتاه و ۱۶۲ اصل است که در

۱۲ فصل تقسیم‌بندی شده است. نکته‌ی اولیه و مهم در مقدمه تأکید بر ایمان مردم افغان به خداوند و باور آنها به دین مقدس اسلام می‌باشد. برخی از موارد موجود در قانون اساسی بطور آشکاری نشان دهنده‌ی جایگاه مسلط اسلام در تمام جوانب زندگی مردم افغان می‌باشد. اصل اول این قانون اساسی بیان می‌دارد که افغانستان جمهوری اسلامی می‌باشد. لذا به نقش اسلام در کلیت قانون اساسی افغانستان پرداخته و راهکارهای تضمین اسلامی بودن نظام افغانستان را بررسی خواهیم کرد.

۱. مفاهیم

در این قسمت ضمن توضیح کلیت نظام سیاسی در اسلام، معانی مختلف دین، فقه، شریعت را مورد بررسی مختصری قرار داده و وجوه تمایز و تشابه آنها را بررسی خواهیم کرد. و برای توضیح مسئله اشاره‌ای کوتاه به مذاهب و کاتب‌گوناگون اسلام خواهیم داشت.

۱.۱. معنا و مفهوم دین

بدون تردید واژه دین در ردیف آن دسته از مفاهیمی قرار دارد که همواره در میدان آرا و نظرات گوناگون صاحب‌نظران قرار داشته است^۲ ولی بدست آوردن یک توافق مشترک درباره‌ی آن بسیار مشکل، بلکه قریب به محال است. از این رو حتی عده‌ای از محققان آن را قابل تعریف نمی‌دانند.^۳ رابرت هیوم در کتاب ادیان زنده جهان، تعبیر زیبا و دقیقی دارد. او می‌گوید: «دین به اندازه‌ای ساده است که هر بچه عاقل و بالغ یا آدم بزرگ می‌تواند یک تجربه دینی حقیقی داشته باشد و به اندازه‌ای جامع و پیچیده است که برای فهم کامل و بهره‌گیری تام از آن نیازمند تجزیه و تحلیل می‌باشد».^۴ لذا باید توجه داشت که موضوع دین از اهمیت، وسعت و گستردگی بسیاری برخوردار است و به طور طبیعی باید به تمام ابعاد آن توجه کرد

^۲ محمدنقی، مصباح یزدی، آموزش عقاید، جلد اول، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۵، ص ۲۸

^۳ به نقل از یادنامه استاد شهید مطهری (مجموعه مقالات)، سازمان انتشارات و آموزش انقلاب

اسلامی، تهران، ۱۳۶۳، ص ۱۱۷

^۴ رابرت‌هایوم، ادیان زنده جهان، ترجمه دکتر عبدالرحیم گواهی، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران،

۱۳۷۲، ص ۱۸

لذا در اینجا با توجه به اینکه ارتباط دین و قانون اساسی مطرح است به تعریف لغوی و اصطلاحی دین به طور مختصر می‌پردازیم: "واژه دین در لغت به معانی گوناگونی از جمله جزا، اطلاعات، قهر و غلبه، عادت، انقیاد، خضوع، پیروی و امثال اینها آمده است. در قرآن کریم نیز آیاتی وجود دارد که از آنها معنای جزا، شریعت و قانون و طاعت و بندگی استنباط می‌شود.^۵ با توجه به این توضیحات معنای اصطلاحی دین را این چنین می‌توان تعریف کرد: «دین مجموعه عقاید، اخلاق، قوانین و مقرراتی است که برای اداره امور جامعه انسانی و پرورش انسانها باشد».^۶ در تعریف متداول و مشابه دیگری آمده است: «دین برابر است با اعتقاد به آفریننده‌ای برای جهان و انسان و دستورات عملی متناسب با این عقاید.»^۷

۲.۱. نظام سیاسی در اسلام

پیش از بررسی **نظام سیاسی** در اندیشه اسلامی باید توجه کرد که قدرت در اندیشه‌ی اسلامی با دیدگاه غربی تفاوت می‌کند که برای بیان دولت نظام سیاسی در اسلام باید به این تفاوت مهم توجه کرد. در دیدگاه اندیشمندان اسلامی قدرت به صاحبان قدرت یا حاکم تعلق ندارد بلکه هر قدرتی متعلق به خداوند است و هیچ قدرتی جز قدرت مطلق او اصالت ندارد. به همین دلیل معتقدند که هر قدرتی که به خاستگاه خویش عنایت داشته باشد دچار فساد نمی‌شود زیرا فساد قدرت از آنجا ناشی می‌شود که خود را منشأ قدرت می‌پندارد.^۸ لذا با توجه به این مباحث و با توجه به اندیشه‌های غربی در مورد نظام سیاسی و تأثیر آن بر اندیشمندان مسلمان باید دید که این ارتباط چگونه برقرار می‌شود به عبارت دیگر در قانون اساسی یک

^۵ برای توضیح بیشتر رجوع کنید به رابرتاهوم، پیشین صص ۲۴-۲۵

^۶ جوادی آملی، عبدالله، **شریعت در آینه معرفت**، مرکز نشر فرهنگی رجاء، تهران، ۱۳۷۳، صص ۹۳-۹۵

^۷ رکم: صباح یزدی، محمدتقی، پیشین، ج ۱، ص ۲۸

^۸ جاوید، محمدجواد، **مشروعیت قدرت و مقبولیت دولت در قرآن**، میزان، ۱۳۸۸، صص ۴۱-۴۰

کشور اسلامی که چهار چوب قدرت و اختیارات قوا را در یک نظام سیاسی تعیین می‌کند نقش دین و به عبارت دیگر اسلام چقدر است و سوال مهم در بیان نظام سیاسی در اسلام اینست که نظام سیاسی تا چه حدی از اندیشه‌ها و آموزه‌های اسلامی بهره گرفته است. در تحلیل آرای اندیشمندان مسلمان در مورد نظام سیاسی و دولت حقوقی هم فراز و نشیب‌های فراوان دیده می‌شود. و به خصوص در اندیشه اهل سنت باید میان فقیهان اهل سنت و اندیشمندان معاصر (۲ قرن اخیر) تمایز قائل شد زیرا گروه اخیر تا حد زیادی به صورت سلبی یا ایجابی متأثر از جریان‌های فکری غرب هستند. در اینجا برای جلوگیری از اطاله کلام به همین نکته در مورد نظام سیاسی در اسلام اکتفا کرده و در قسمت‌های بعدی این بخش به بررسی معنی لغوی و مفهومی شریعت، دین و فقه خواهیم پرداخت.^۹

۳.۱. معنا و مفهوم شریعت و فقه و ارتباط آنها

شریعت در لغت به معنای راهی است که باید پیمود و به هدایت الهی اشاره دارد. شریعت عموماً به قوانین الهی اشاره دارد که دو بخش دارد: یکی سخنان خداوند، یعنی مجموعه مقررات وحی شده که در قرآن گنجانده شده است و بخش دیگر سنت است یعنی سنن پیامبر اکرم (ص) که شامل بیانات و کردار ایشان می‌شود البته در مورد گستره‌ی سنت بین اهل تسنن و شیعیان تفاوت‌هایی هست که در اینجا مجال پرداختن به آن نیست. در این معنا شریعت به منابع اولیه حقوق که ابدی و غیر قابل تغییر می‌باشند اشاره دارد. فقه معانی لغوی و اصطلاحی متعددی دارد. معنای لغوی فقه دانستن یا فهمیدن است. چنان که در معجم‌المقیاس‌اللغه می‌خوانیم: فقه دلالت می‌کند بر ادراک چیزی و علم نسبت به آن و در معنای اصطلاحی فقه یعنی آگاهی و علم نسبت به علوم دین به عبارت دیگر فقه به حقوق اسلامی اشاره دارد که عبارت است از: استنباط‌های ناشی از بکارگیری شریعت، برای تنظیم فعالیت‌های

^۹ جهت مطالعه بیشتر در این زمینه بنگرید به: ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران، جنگلی، ۱۳۹۰، صص ۱۰۵-۱۱۰

روزمره‌ی انسان‌ها. این استنباط‌ها محصول اندیشه انسانی است و لذا می‌تواند بسته به عوامل همچون زمان، اوضاع و احوال و فهم استنباط‌کننده‌ی متخصص یعنی فقیه تغییر یابد. در بررسی فقه همانطور که قبلاً اشاره کردیم مذاهب و مکاتب گوناگونی وجود دارد. برداشت عمومی از شریعت در معنای خاص کلمه وجود دارد و در مورد جایگاه شریعت به عنوان حقوق **متعالی** در قوانین اساسی برخی کشورها اتفاق نظر وجود دارد اما ارتباط میان فقه و حقوق موضوعه و نقش دین در این میان در کشورهای مختلف متفاوت است.^{۱۰}

۲. دیدگاه‌های مختلف قوانین اساسی (نظام‌های سیاسی) نسبت به دین

در مورد رابطه دین و دولت الگوهای گوناگونی وجود دارد و موضع نظام‌ها و دولت‌ها نسبت به دین و جایگاه دین و مذهب در قوانین اساسی کشورها مختلف و متفاوت است که به طور کلی و مختصر در این قسمت به بررسی این الگوها می‌پردازیم.

۱.۲. الگوی ضد دین و مذهب (الگوی خصومت)

در این الگو حکومت نه تنها از دخالت در امور دینی خودداری می‌کند، بلکه چنان برخورد می‌کند که گویی اصلاً واقعیتی بنام دین و مذهب در جامعه وجود ندارد. برخی معتقدند این نوع بی‌تفاوتی‌ها گاه می‌تواند حالت خصمانه به خود بگیرد. به عنوان مثال در کشورهای کمونیستی و سوسیالیستی سابق سعی بر این بوده که این موضع حاکم باشد. برای مثال اگر چه در ماده ۵۲ قانون اساسی شوروی سابق مصوب ۱۹۷۷ آمده است: «آزادی وجدان، حق گرویدن به هر مذهبی یا رد آن و بجا آوردن عبادات مذهبی یا تبلیغات الحادآمیز برای شهروندان اتحاد شوروی تضمین می‌شود» ولی در شوروی، چین و آلبانی و سایر کشورهای کمونیستی گاهاً با یک روشی بسیار خشونت‌آمیز با دین و پیروان مذاهب برخورد کردند که نمونه‌های آن

¹⁰ Ashahniaz, "The constitution of Afghanistan and women", Femenism legal studies2005p12

در تاریخ ثبت شده است. بنابراین اگر چه در این دولت‌ها اعتقاد بر جدایی دین از دولت بوده اما با توجه به روحیه مذهب ستیزی در نظام‌های کمونیستی، باور مسأله بی‌طرفی دولت نسبت به ادیان تقریباً غیرممکن به نظر می‌رسید.^{۱۱} بنابراین جدایی دین از دولت در این گونه نظام‌های کاملاً متفاوت از موضع بی‌طرفانه است که در قسمت بعدی توضیح خواهیم داد.

۲.۲. الگوی غیر مذهبی (انفکاک)

در این الگو هیچ یک از مفادهای دین و دولت حق مداخله در امور مربوط به دیگری را ندارد. وظیفه دولت تضمین آزادی مذهبی و احتراز از ورود به امور دینی است. در این نظام که گاه به نظام بی‌طرفی نیز مشهور شده است می‌توان حالت‌های مختلفی را مشاهده کرد.

از جمله حالت تساهل که در آن دولت واقعیت‌های مذهبی و وجود آنها را به رسمیت می‌شناسد و مطابق وزن اجتماعی هر یک از ادیان با آنها برخورد می‌کند. در این حالت نیز دولت مطلقاً از دخالت در امور ادیان و مذاهب احتراز می‌ورزد. در نظام‌های لائیک و سکولار مخصوصاً در غرب نیز حکومت از دین جدا بوده و در عین حال برای هر نوع فعالیت دینی و مذهبی، آزادی کامل داده شده است و این الگو حاکم است البته همانطور که اشاره شد در این الگو نیز حالت‌های مختلفی وجود دارد. برای نمونه در ماده اول متمم قانون اساسی امریکا آمده است «کنگره، قانونی تصویب نخواهد کرد به موجب آن مذهبی دایر شود یا انجام آزادانه تکالیف مذهبی ممنوع گردد. . . .». در ماده چهارم قانون اساسی آلمان آمده است «آزادی معتقدات وجدانی و آزادی کیش اعم از مذهبی و ایدئولوژیکی مصون از تعرض است. عدم مزاحمت در اجرای مراسم مذهبی تضمین می‌شود. . . .». لذا مشاهده می‌شود که در این الگو معمولاً چند اصل درباره دین و مذهب ذکر می‌شود: ۱- اول اینکه هیچ دین و مذهبی، دین و مذهب رسمی دولت شناخته نمی‌شود و دولت کاملاً از دین جدا

^{۱۱} گرجی از ندریانی، علی‌اکبر، «دموکراسی و آزادی مذهبی در بستر لائسیتته، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۵۵، ۱۳۸۷، ص ۱۵۸

است ۲- دوم اینکه هر نوع فعالیت دینی و پیروی از هر مذهبی برای همگان آزاد بوده و ممنوعیتی ندارد. ۳- هر نوع فعالیت و حرکت ضد دینی یا غیر دینی نیز آزاد است و ممنوعیتی ندارد.^{۱۲}

۳,۲. موضوع نظام‌های مبتنی بر دین و مذهب (اتحاد و ادغام)

در این الگو دولت و نظام سیاسی نسبت به دین بی‌طرف و بی‌گانه نبوده بلکه آنچه به چشم می‌خورد یگانگی دولت و دین است. در این حالت اصولاً تمایزی بین دین و دولت نبوده و نوعی رابطه تولید و باز تولید بین دین و دولت وجود دارد. در اکثر کشورهای اسلامی نیز به طور معمول این روش اتخاذ شده است و بیان شده که دین رسمی کشور دین اسلام می‌باشد و به طور کلی می‌توان نظام این کشورها را نظام مبتنی بر دین نامید. اما از جنبه دیگر در این رابطه قرائت واحد و یکسانی وجود ندارد و از لحاظ عملی هم رویه واحدی در این کشورها اتخاذ شده است و از اسلام هم قرائت‌های مختلفی قرائت شده است و از آنجا که کشور افغانستان کشوری اسلامی است در این قسمت اشاره‌ای به الگوهای مختلف کشورهای اسلامی خواهیم داشت.

۱,۳,۲. انطباق کامل با شریعت

در این الگو نظام سیاسی، قوانین، مقررات و تمام اصول و ارکان نظام باید براساس موازین اسلامی باشد. این نوع تعبیر از شریعت و فرمول حکومت و ابتدای نظام بر اساس دین و مذهب بالاترین حد حاکمیت دینی است، زیرا در این فرمول هر نوع قانونگذاری و تصمیم‌گیری باید کاملاً مطابق با اصول و معیارهای شریعت باشد و هیچ نوع قانون و مقررات غیردینی پذیرفته نیست و تنها منبع قانون هم شریعت می‌باشد. البته اصول و معیارهای دیگر یعنی استنباط و اجتهاد در چهارچوب قرآن و سنت و چند منبع فرعی دیگر نیز وجود دارد، به عبارت دیگر این نوع تعبیر خواستار این است که احکام شریعت در عرصه‌های مختلف باید مو به مو و دقیق و کامل اجرا شود. این الگو را باید در برخی قرائت‌های اسلامی از دولت و ولایت فقیه

جستجو کرد. ۱۳

۲،۳،۲. شریعت به عنوان یک منبع اصلی برای قانونگذاری

در این الگو دین و اصول آن، منبع اصلی قانونگذاری است، اما استفاده از منابع دیگر غیر از شریعت حداقل به عنوان منابع فرعی ممنوع نشده و در صورتی که در تضاد با احکام فقه نباشد، می‌توان از آنها استفاده کرد. در این الگو در تشریفات و شعار و فرهنگ عمومی کشور اسلام دین رسمی و شعار اصلی کشور بوده و شریعت منبع اصلی قانونگذاری است، اما استفاده از منابع دیگر غیر از شریعت ممنوع نبوده و می‌توان از آنها استفاده کرد. همچنین این الزام وجود ندارد که همه احکام شریعت در عرصه‌های مختلف فردی، اجتماعی، مدنی، اقتصادی، فرهنگی و غیره بطور حتمی اجرا شود. ۱۴

۳،۳،۲. منع از وضع قوانین متناقض با اسلام

در این الگو به دو نکته تأکید می‌شود: اولاً دین مقدس اسلام، دین رسمی کشور است و ثانیاً هیچ قانونی متناقض با اصول اسلام قابل وضع نمی‌باشد. تفاوت این الگو با قبلی در این است که در الگوی قبلی فرمول ایجابی و اثباتی ارائه شده است یعنی شریعت منبع اصلی قانونگذاری است اما در این الگو فرمول سلبی اتخاذ می‌شود یعنی قانونی متناقض با اصول اسلام قابل وضع نمی‌باشد یعنی در وضع قانون همین که قانون مغایر با اصول اسلام نباشد کفایت می‌کند و مطابقت کامل بطوریکه مستقیماً از منابع شریعت استنباط شده باشد ضرورت ندارد.

۳. دیدگاه برخی از قوانین اساسی کشورهای اسلامی نسبت به جایگاه دین

همان‌طور که می‌دانیم در بررسی فقه مکاتب گوناگونی وجود دارد و بر اساس این مکاتب، قوانین اساسی کشورهای اسلامی نیز الگوهای متفاوتی را انتخاب

^{۱۳} سرور، دانش، جایگاه دین و مذهب در قانون اساسی افغانستان، قابل دسترسی در:

mosharekatwahdatnet، ص ۲

^{۱۴} همان، ص ۲

کرده‌اند که پنج مورد آن از باقی مهم‌تر است. چهار مورد آنها به اسلامی سنی موسوم‌اند. این چهار مورد عبارتند از: مالکی، که در شمال آفریقا، آفریقای غربی و کویت شایع است. شافعی که در مالزی، اندونزی، جنوب مصر، جنوب عربستان و آفریقای شرقی، شیوع دارد. حنفی، که در اروپای شرقی، هند، پاکستان، ترکیه و ... دیده می‌شود. و **حنبلی** که در عربستان سعودی و قطر مشاهده می‌شود. مکتب مهم دیگر جعفری است که در ایران شایع است و مهم‌ترین مکتب حقوقی اسلام شیعی است. برداشت عمومی از شریعت در معنای خاص کلمه وجود دارد و در مورد جایگاه شریعت به عنوان حقوق متعالی در قوانین اساسی برخی کشورهای اسلامی اتفاق نظر وجود دارد. اما ارتباط میان فقه و حقوق موضوعه یک دولت، می‌تواند به طور قابل ملاحظه‌ای در کشورهای اسلامی مختلف، تفاوت داشته باشد.^{۱۵}

بر این اساس در این قسمت اشاره‌ای مختصر به برخی از مهم‌ترین این الگوها خواهیم پرداخت.

۱.۳. عربستان

همانطور که گفتیم الگوهای مختلفی در کشورهای اسلامی در مورد ارتباط میان فقه و حقوق موضوعه وجود دارد و یکی از این الگوها عربستان می‌باشد. بر این اساس کشور عربستان مکتب حقوقی فقهی را پیش گرفته است و آن را نظم حقوقی مسلط دولت قرار داده است. در این کشور **قواعد فقه حنبلی**، حقوق دولت را تشکیل می‌دهد بدان معنا که در عربستان اصولاً قانونی وضع نمی‌شود بلکه احکام سلطنتی است که صادر می‌شوند و قواعدی را در حوزه‌های مختلف ایجاد می‌کنند و توضیح آن فقه حنبلی می‌باشد که در حوزه‌های مختلف وجود دارد. بعلاوه این امر به معنای آنست که قضات مکلف نیستند که قواعد صریح بیان شده را پیدا کنند: آن‌ها می‌توانند و باید آرای خود را بر اساس کتاب قرآن و سنت صادر کنند حتی وقتی قواعد صریحی

^{۱۵} Said, Mahmoudi, The sharia in the new Afghan constitution, contradiction or compliment? //www.zaoervde 2004, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 867

وجود ندارد. مورد دیگر شبیه الگوی عربستان رژیم طالبان در افغانستان بود که با برداشت افراطی و غلط فقه حنفی را به عنوان حقوق مسلط این کشور به رسمیت می‌شناخت.^{۱۶}

۲،۳. مصر

اگر چه مصر پس از انقلاب عربی دچار تحولات بسیاری شده است و نظام حقوقی جدیدی در حال شکل‌گیری است اما در اینجا به الگوی مصر قبل از انقلاب به طور مختصر اشاره کرده و مصر جدید می‌تواند موضوع تحقیق مستقل دیگری باشد. در قانون اساسی حاکم قبل از انقلاب اخیر در مصر اصل ۲ قانون اساسی وجود داشت و مطابق این اصل، اسلام در جامعه مصر دارای نقش‌های متعددی است: اسلام دین رسمی کشور اعلام شد و همچنین تصریح گردیده بود که شریعت اسلامی منبعی از منابع اصلی قانونگذاری در مصر است.^{۱۷} همانطور که قبلاً نیز اشاره کردیم الگوی مورد پذیرش مصر الگویی بود که گرچه اسلام را یکی منابع قانونگذاری معرفی می‌کند اما منابع دیگر را نیز برای قانونگذاری نفی نکرده و هیچ بحثی راجع به مطابقت قوانین با اسلام نداشته است و در نگاه اولیه به اصل ۲ به عنوان یک اصل توصیفی نگاه شد تا یک دستور الزام‌آور قانون اساسی در آن موقع علی‌رغم تاریخ دیرینه مصر به عنوان یک کشور اسلامی، بازنگری قوانین مصر به منظور مطابقت با شریعت به عنوان یک تکلیف مورد توجه قانونگذاری قرار نگرفت. بعد از یک دهه جنبش‌های اسلامی خواستار اجرای واقعی اصل ۲ و اسلامی شدن قوانین شده و در سال ۱۹۸۰ اصل ۲ قانون اساسی تغییر یافته و این گونه بیان شد که شریعت منبع اصلی قانونگذاری مصر است. البته باز هم باید روشن می‌شد منظور از شریعت چیست و منظور از منبع اصلی چیست؟

لذا نظریه رایج این بود که اگر چه شریعت منبع اصلی قانونگذاری است و قوه

^{۱۶} Ibid, p868

^{۱۷} لمباردی، تلارک، «اسلام و حقوق اساسی در مصر»، ترجمه حسن رضایی، راهبرد، شماره ۲۴،

مقننه در قانونگذاری باید شریعت را مد نظر قرار دهد ولی ملزم به تبعیت از قرائت خاصی از شریعت نیست و قوه مقننه آزاد است تا هر قوانینی از شریعت را که با مقتضیات زمان و مکان است اختیار کند. دیوان عالی نیز در تفسیر و نظارت بر اصل ۲ بسیار با احتیاط عمل کرده و سعی می‌کرد اسلام را یکی از منابع قانونگذاری معرفی کند.^{۱۸}

۳.۳. ایران

در جمهوری اسلامی ایران الگوی خاصی حاکم است چرا که در ایران

قواعد حقوقی جعفری مسلط می‌باشد و اساساً تمام حقوق خصوصی و کیفری مبتنی بر فقه جعفری است. حتی اگر قانونی تصویب شود (یعنی مجلس شورای اسلامی قانونی وضع کند) تنها زمانی اجرا می‌شود که به تصویب شورای محترم نگهبان از لحاظ انطباق با شرع برسد. به عبارت دیگر در جمهوری اسلامی ایران الگوی عدم مغایرت با شریعت حاکم و جاری است. در اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر این امر تصریح شده است که کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی و ... غیر اینها همه باید بر اساس موازین اسلامی باشد و این اصل بر اطلاق و عموم همه قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای محترم شورای نگهبان است. در ساختار سیاسی جمهوری اسلامی ایران نیز مقام اصلی رهبری کننده و هدایت دهنده (ولایت فقیه) بر عهده فقیه عادل و آگاه به امور دینی گذاشته شده که هدایت کننده نظام اسلامی بوده و تطبیق قوانین با شرع مقدس نیز بر عهده اصل خبره دین گذاشته شده است.^{۱۹} این نوع تعبیر از شریعت و فرمول قانونگذاری و ابتدای نظام بر اساس دین و مذهب، بالاترین حد حاکمیت دینی در دنیای معاصر است زیرا در این فرمول هر نوع قانونگذاری و تصمیم‌گیری باید کاملاً مطابق با اصول و معیارهای شریعت باشد و هیچ نوع قانون و

^{۱۸} برای دیدن نظارت دیوان بر اصل ۲ قانون اساسی سابق مصر به منبع زیر رجوع کنید:

لمباردی، کلارک، پیشین، صص ۲۷۲-۳۰۴

^{۱۹} سرور، دانش، پیشین، جایگاه دین و مذهب در قانون اساسی افغانستان، ص ۴

مقررات **مغایر با دین** پذیرفته نیست و منبع **اصلی** قانونگذاری هم شریعت مقدس است.

البته نظام جمهوری اسلامی یک نظام خاص و موفق است چرا که در کنار اسلامیت و رعایت کامل آن به جمهوریت و ابتدای نظام بر اساس پذیرش مردم و انتخابات نیز به طور خاص توجه شده است.^{۲۰}

۴. جایگاه دین در قانون اساسی افغانستان

قوانین اساسی بسیاری از کشورهای اسلامی گزاره‌ای را در مقدمه در بر می‌گیرد که به نقش اسلام اشاره می‌کند. از یک قانون اساسی دموکراتیک انتظار می‌رود که همه اصولی را که کشور دنبال خواهد نمود، در آن گزاره بگنجانند. قانون اساسی افغانستان نیز یکی از این قوانین می‌باشد. در مقدمه‌ی قانون اساسی افغانستان بر ایمان مردم افغان به خداوند و باور آنها به دین مقدس اسلام تأکید شده است. برخی از **اصول** موجود در قانون اساسی بطور آشکاری نشان دهنده‌ی جایگاه مسلط اسلام در تمام جوانب زندگی مردم می‌باشد. بنابراین **اصول** در این بخش به نقش و جایگاه دین مبین اسلام در قانون اساسی جدید افغانستان خواهیم پرداخت.

۱.۴. نقش دین در اصول قانون اساسی جدید افغانستان

از مقدمه کوتاه قانون اساسی افغانستان نقش دین نمایان است چرا که اصل اول قانون اساسی افغانستان بیان می‌دارد که افغانستان یک جمهوری اسلامی است.^{۲۱} اصل دوم قانون اساسی افغانستان به طور خلاصه اظهار می‌دارد که اسلام **دین رسمی** افغانستان می‌باشد، اما پیروان سایر مذاهب در اجرای عقاید و مراسم مذهبی خود در محدوده‌ی قوانین مصوب آزاد می‌باشند. شایان ذکر است که در اینجا هیچ تمایزی میان اقلیت‌های مختلف اسلامی در افغانستان و مکاتب حقوقی آنها انجام نشده است.

^{۲۰} به اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مراجعه نمایید

^{۲۱} اصل اول قانون اساسی افغانستان: افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیرقابل تجزیه می‌باشد

این امر می‌تواند به این خاطر باشد که هیچ یک از اقلیت‌های مذهبی امتیازی در مقایسه با سایر مذاهب دریافت نکرده است و البته احتمالاً به این علت بوده که این اصل مطابق با حقوق بشر مربوطه جهانی طراحی شود. در اصل ۷ که با تعهد دولت برای ارتقای آموزش در تمام سطوح پرداخت شده است، توسعه آموزش مذهبی و بهبود شرایط مساجد، و مراکز و مدارس مذهبی بطور خاص مورد تأکید قرار گرفته است. این امر در اصل ۴۵ هم تأکید شده است یعنی در جایی که دولت متعهد شده است تا یک برنامه‌ی آموزشی واحد را، بر اساس اصول اسلام، اجر کند و جریان موضوعات مذهبی را بر اساس مکاتب فکری گوناگون اسلامی در افغانستان توسعه دهد. همسو با این اقدامات دولت مکلف است بر طبق اصل ۵۴ رسوم مخالف اصول اسلام را حذف نماید. اصل ۳۵ قانون اساسی حق تشکیل احزاب سیاسی را طبق مقررات قانونی و به شرطی که برنامه و اساسنامه حزب مخالف اصول دین مقدس اسلام نباشد برای شهروندان افغانی شناسایی می‌کند. طبق اصل ۱۹ نشان ملی افغانستان عبارت است از محراب، یعنی مکان عبادت که روی آن این عبارت درج شده: خدایی جز الله نیست و محمد رسول او است و خداوند بزرگتر است. اصل ۲ نیز بیان می‌دارد که در سرود ملی که به زبان پشتو خواهد بود ذکر عبارت خداوند بزرگتر است، لازم است. در بخش دهم قانون اساسی در جایی که امکان اصلاح قانون اساسی پیش‌بینی شده است، یعنی در اصل ۱۴۹ قانون اساسی مقرر شده است که اصول ایمان به مبانی شرع مقدس اسلام و رژیم جمهوری اسلامی غیر قابل اصلاح هستند. به نظر این اصول نشان دهنده، دغدغه نویسندگان قانون اساسی. برای تثبیت اسلامی بودن دولت و تضمین تسلط حقوق اسلامی در تمامی متون قانون اساسی می‌باشند.^{۲۲}

از منظر ارتباط دین و قانون اساسی اصل ۳ احتمالاً مهمترین اصل است که مقرر می‌دارد: «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین

^{۲۲} علامه، غلام حیدر، «نظام حقوقی و سیاسی در افغانستان جدید»، نشریه حقوق اساسی، ش ۳،

مقدس اسلام باشد. « این اصل تا حدی مبهم به نظر می‌رسد چرا که مفهوم این اصل به لحاظ حقوقی می‌تواند هم به شریعت، فقه و حتی دکتترین حقوق اسلامی اشاره داشته باشد.^{۲۳}

این برداشت که می‌توان آن را مربوط به فقه دانست در اصل ۱۰ تقویت می‌شود که مقرر می‌دارد وقتی مقرراتی در قانون اساسی یا سایر قوانین در مورد حکم مسئله وجود نداشته باشد، آرای حاکم باید در چهارچوب قانون اساسی و طبق فقه حنفی باشد و این به لحاظ اینکه ۸۴ درصد جمعیت افغانستان را پیروان مذهب حنفی تشکیل می‌دهد قابل درک است.^{۲۴} قانون اساسی جمعیت شیعه را که حدود ۱۵ درصد جمعیت را تشکیل می‌دهد فراموش نکرده است. اصل ۱۳۱ مقرر می‌دارد: محاکم باید در پرونده‌هایی که موضوع آن احوال شخصیه است و مربوط به پیروان فقه شیعه است، مقررات فقه شیعه را رعایت کنند و در مورد سایر پرونده‌ها اگر مقرر خاصی در قانون اساسی یا سایر قوانین نبوده و دو طرف شیعه باشند، محاکم در این پرونده‌ها بر اساس فقه شیعه رأی خواهد داد. مقررات اصل ۱۳۰ و ۱۳۱ شکاف احتمالی را پر می‌کند. این اصول، هر دو شریعت را مکمل قانون اساسی می‌دانند. این برخورد خاص با دو گروه مذهبی عمده البته پرسش‌هایی را پیرامون جایگاه سایر گروه‌های مذهبی و حقوق آنها در قانون اساسی مطرح می‌کند.

۲.۴. ارتباط میان دین و حقوق تضمین شده در قانون اساسی افغانستان

همانطور که در قسمت قبلی اشاره گردید، قانون اساسی جدید افغانستان در اصل ۱۳۰ و ۱۳۱ نقش تکمیلی برای فقه حنفی و در شرایطی برای فقه شیعه این نقش را قرار داده است. سازگاری یا تناقض مقررات قانون اساسی با دین می‌تواند از زوایای مختلف و دیدگاه‌های گوناگونی بررسی شود. مهم‌ترین حوزه‌های چالش برانگیز در این زمینه حوزه‌هایی مانند ساخت هنجارها و ساختارهای حکومتی، حقوق خانواده، حقوق کیفری و حقوق بشر می‌باشد که مطالعه و مقایسه این حوزه‌ها بین

^{۲۳}Thier, alexander, the making of a constitution in afghane stan, volime, 51, 2006, 107

^{۲۴} اسلام در افغانستان قابل دسترسی در سایت www.aa.org

حقوق اسلامی و حقوق بشر موضوع مطالعات بسیاری است. با توجه به نقض‌های عمده حقوق بشر در دوران طالبان و توجه خاص نویسندگان **قانون اساسی جدید افغانستان** به حقوق بشر این حوزه را مورد مطالعه اجمالی قرار می‌دهیم. این امر با رجوع به مقدمه‌ی قانون اساسی و اصل ۷ اعلامیه حقوق بشر و تعهد به رعایت این حقوق ثابت می‌شود. چنین اشاراتی در **قانون اساسی با این سبک و سیاق** نادر است و مطمئناً در قوانین اساسی اسلامی منحصر به فرد است.^{۲۵}

تضمین حقوق فردی و حقوق بشر در اصول قانون اساسی افغانستان نمایان بوده و مشخص است که حقوق بشر یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های نویسندگان این قانون اساسی بوده است^{۲۶} و برای نظارت موثر بر آن در اصل ۸۵ قانون اساسی کمیسیون حقوق بشر مستقل افغانستان تأسیس شده و کم و بیش کارکرد یک مأمور ناظر را دارد. چنین سازوکاری در کشورهای اسلامی دیگر دیده نشده یا به ندرت دیده می‌شود چرا که بخاطر ظلم‌های رژیم قبلی (طالبان) بسیار تأکید گردیده که حقوق بشر رعایت و توسط حکومت تضمین شود. در مقدمه قانون اساسی آمده است: «با احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر و به منظور ایجاد جامعه مدنی عاری از ظلم، استبداد، تبعیض و خشونت و مبتنی بر قانونمندی، عدالت اجتماعی، حفظ کرامت و حقوق انسانی و تأمین آزادیها و حقوق اساسی مردم... این قانون اساسی را... تصویب کردیم.» از دیدگاه تدوین‌کنندگان قانون اساسی، حقوق بشر از آن اندازه از اهمیت برخوردار بوده است که تنها به عبارت فوق در مقدمه هم اکتفا نشده و علاوه بر موارد قبلی که اشاره گردید در اصل ۶ هم دولت به حمایت از حقوق بشر مکلف شده است. در جای دیگر تصریح شده است که دولت اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آنها ملحق شده است، را رعایت می‌کند.^{۲۷} اما

^{۲۵} Thier, Alexander, The making of a contitution in Afghanistan, www.nyul.edu, 557

^{۲۶} دانش، سرور، **درآمدی بر وضع و تصویب قانون اساسی جدید افغانستان**، چاپ مرکز فرهنگی

سراج، ۱۳۸۲، صص ۲۱۶-۲۱۵

^{۲۷} همان، ص ۲۱۸

نکته مهم در این رابطه اینست که با توجه به تصریح قانون اساسی به رعایت حقوق بشر و وجود اصل سوم قانون اساسی که مقرر می‌دارد که قوانین مصوب باید مطابق مقررات اسلامی باشد قابلیت اجرای همزمان به طور کامل دارند یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا تناقضی بین اینها وجود دارد یا خیر؟ پاسخ صریحی به این پرسش در متن قانون اساسی داده نشده و اساساً پاسخ صریحی نمی‌توان به این پرسش داد. اشاره صریح به الزام تطابق تمامی قوانین مصوب با شریعت در سایر قوانین اساسی اسلامی همچون مصر، ایران و عربستان سعودی هم مشاهده می‌شود. اما در هیچ یک از این قوانین به اعلامیه جهانی حقوق بشر اشاره صریحی نشده است. بنابراین مورد افغانستان منحصر به فرد می‌باشد. **جمهوری اسلامی افغانستان** آشکارا خود را حامی اسناد حقوق بشری دانسته و از سوی دیگر تمامی قوانین خود را مستلزم سازگاری با شریعت می‌داند. نکته اینست که از دید تدوین کنندگان قانون اساسی افغانستان فی‌نفسه ناسازگاری میان الزامات اصل ۳ و تعهدات حقوق بشری مندرج در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و دیگر اسناد حقوق بشری وجود ندارد. لازم به ذکر است که شناسایی غیر مشروط قانون اساسی درباره‌ی اعلامیه جهانی به عنوان قانون قابل اعمال نشان دهنده‌ی رویکرد مثبت تدوین کنندگان نسبت به این حقوق است. هر چند قائل شدن جایگاه عالی‌تر برای شریعت و ملزم کردن تمامی قوانین کشور مطابق شریعت در قوانین اساسی کشورهایمانند ایران، مصر و عربستان نیز آمده است اما در این کشورها تضمین این حقوق مشروط به رعایت قواعد شریعت شده است اما در قانون اساسی افغانستان همانطور که به شریعت اشاره گردیده به اعلامیه جهانی هم اشاره گردیده و در نگاه اول درج شدن اعلامیه‌ی جهانی و شریعت در یک سند واحد و در عرض هم متناقض به نظر می‌رسد. به نظر برخی فرض برتری شریعت در قانون اساسی افغانستان بر سایرهنجارهای حقوقی قابل اعمال ممکن است باعث ایجاد مانع بر سر اعمال حقوق اعلام شده در اعلامیه‌ی جهانی باشد وارجاع قانون اساسی به این اعلامیه را بی‌اثر یا بی‌معنا کند.^{۲۸}

^{۲۸} A-shahniaz, "The constitution of afghanistan and women", Feminis legal

برای مثال اصل ۲۲ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد: «هر نوع تبعیض و امتیازی میان شهروندان افغانستان ممنوع است. شهروندان افغانستان (چه مرد و چه زن) حقوق برابر و وظایف برابر در پیشگاه قانون دارند». این ترکیب می‌تواند با اصل ۲۰ قانون اساسی ایران^{۲۹} مقایسه شود که مقرر داشته تمامی شهروندان کشور چه زن و چه مرد بطور مساوی از حمایت قانون برخوردارند و از تمام حقوق فرهنگی، اجتماعی و... مطابق موازین اسلامی بهره‌مند می‌باشند. در اصل ۲ اعلامیه جهانی نیز آمده است که هر شخصی مستحق تمامی حقوق و آزادیهای مقرر در این اعلامیه است آن هم بدون هیچ تبعیضی. لذا همانطور که می‌بینیم در قانون اساسی افغانستان شرط حقوق و آزادیهای اساسی بدون رعایت موازین اسلامی آمده است و نکته اصلی همینجا است که چالش‌های تفاوت در حقوق بشر و رعایت شریعت در حوزه‌هایی مانند تساوی زن و مرد، مجازاتهای اسلامی و... چگونه قابل حل است.

۳.۴. نمونه‌هایی از چالش‌های هم‌نشینی اعلامیه جهانی حقوق بشر و

رعایت قوانین شریعت

طبق اصل ۲ اعلامیه جهانی هر شخصی مستحق تمامی حقوق و آزادی‌های مقرر در این اعلامیه است آن هم بدون تبعیض از هر نوعی مثل تبعیض نژادی، رنگ، جنسیت، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و سایر عقاید. اصل برابری تمامی افراد در پیشگاه قانون در اصل ۷ اعلامیه جهانی بیان شده است که مقرر می‌دارد همه افراد در پیشگاه قانون برابرند و بدون تبعیض از حمایت برابر قانونی برخوردار می‌باشند. مسئله این است که این مقررات تا چه اندازه با احکام حقوقی اسلام هماهنگی دارد. تمایز میان زنان و مردان در اسلام و میان مسلمانان و غیر مسلمانان اغلب توسط کارشناسان حقوق بشر به عنوان زمینه‌های ممکن ناهماهنگی میان شریعت و اعلامیه جهانی مطرح شده است. برخی معتقدند که اسلام برابری زن و مرد را به رسمیت شناخته است، اما از تساوی مطلق نقش حامیان آن‌ها حمایت نمی‌کند.

studies, P12,2005

^{۲۹} دولت آبادی، بصیر احمد، «تاریخچه قانون اساسی در افغانستان»، نگاه معاصر، شماره اول، سال اول، اشارات مرکز فرهنگی- اجتماعی سراج، بهار ۸۲، ص

آن‌ها موضوع خود را با ارجاع به اصل برابر اما نه معادل توضیح می‌دهند. سایرین به رفتار آن دسته از کشورهای اسلامی که به حقوق اسلامی در قوانین اساسی خود جایگاه رفیعی داده‌اند اشاره می‌کنند و نتیجه‌گیری می‌کنند که هیچ‌گونه تعارضی وجود ندارد. در شریعت تفاوت میان زنان و مردان در حقوق خانواده و در مسائل اقتصادی (وراثت، تعهد به نفقه) و حقوق دادرسی (ارزش شهادت در نزد دادگاه) قابل‌شناسایی است.

بدلیل تفاوت‌های مذکور، کشورهای اسلامی کوشیده‌اند تا اعلامیه‌های اسلامی خود را در زمینه حقوق بشر منتشر کنند. این تلاش‌ها در تصویب اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر در اسلام خود را به خوبی نشان می‌دهد.

اعلامیه قاهره اعلام می‌نماید که زنان با مردان در شأن انسانی برابرند و حقوق و وظایف مشابه دارند. زنان هویت شهروندی خاص خود را دارند و نیز استقلال مالی دارند و حق برخورداری از نام و شهرت خاص خود را دارند. این ترکیب بندی را منتقدان طفره‌آمیز می‌دانند که برابری در شأن انسانی را برابری در حقوق معرفی می‌کند. اما آن‌ها می‌پذیرند که تفاوت در نقش‌های جنسیتی در حقوق اسلام می‌تواند معادل با تبعیض در آستانه‌ی حقوق بشر بین‌المللی باشد. واقعیت این است که عبارات اعلامیه قاهره در وهله اول برابری زنان و مردان را به رسمیت می‌شناسد و سپس به برخی حقوق خاص زنان بر طبق حقوق اسلام می‌پردازد و آن‌گاه به تفاوت‌ها می‌پردازد.^{۳۰}

اشاره‌ی بی‌قید و شرط در اصل ۲۲ قانون اساسی افغانستان به برابری حقوقی همه شهروندان افغانستان جایی برای هیچ‌گونه شک و تردیدی در مورد سازگاری با ترکیب بندی مشابه اعلامیه جهانی باقی نمی‌گذارد. در عین حال معلوم نیست که زنان چگونه می‌توانند همه حقوق خود را که در اعلامیه جهانی آمده است در صورتی

^{۳۰} Said, Mahmoudi, The sharia in the New Afghan constitution: contradiction or compliment?, Zaorv 64 (2004), 871, <http://wwwiaoervde>

که چنین اقداماتی تابع بررسی سازگاری با شریعت قرار گیرد اعمال کنند. حوزه‌ی دیگری که دارای تناقض ظاهری میان شریعت و حقوق بشر بین‌المللی می‌باشد بحث جرم و مجازات است. اصل ۵ اعلامیه جهانی اعلام می‌کند که هیچ کس را نمی‌توان شکنجه داد یا در معرض برخورد یا مجازات وحشیانه، غیرانسانی و دون شأن قرار داد و به نظر برخی هر نوع مجازات جسمی مردود است. برخی مجازات‌های اسلامی جسمی است مانند قانون سنگ سار کردن شخص زناکار، یا مثله کردن بنا بر قاعده‌ی چشم در برابر چشم و شلاق زدن در این دسته قرار می‌گیرند. این مجازات‌ها یا برخی از آنها در بسیاری از کشورهای اسلامی مانند ایران، پاکستان، عربستان سعودی و سودان انجام می‌شود.^{۳۱}

مجازات‌های اسلامی عموماً در چند گروه دسته‌بندی می‌شوند. گروه نخست شامل حدود می‌شود یعنی مجازات‌هایی که در شرع مقدس برای آنها مجازات خاصی تعیین شده است و دسته دیگر تعزیر که عبارت است از مجازات‌هایی که به دست دولت یا قاضی واگذار شده است. گرچه همه این موارد می‌تواند جسمی هم باشد، اما مسئله اساسی در مورد دسته حدود می‌باشد یعنی حدود که مجازات‌های معین شده‌ی آن‌ها در حقوق الهی آمده است و لذا نمی‌توانند تغییر کنند یا مورد اغماض قرار گیرند. این مسئله در مورد کشورهای اسلامی که شرط تطابق مقررات موضوعه با شریعت را در قانون اساسی خود دارند صدق می‌کند اما اکثر کشورهای اسلامی نسبت اجرای این مجازات‌ها را با اعلامیه جهانی حقوق بشر مشخص کرده‌اند اما قانون اساسی جدید افغانستان این چالش‌ها را حل نکرده و هیچ راه کاری را ارائه نکرده است.

اصل ۲۹ قانون اساسی جدید افغانستان آشکارا و بصورت بی‌قید و شرطی نه تنها شکنجه را بطور کلی منع می‌کند بلکه هرگونه مجازات مخالف شأن انسانی را بطور خاص منع می‌نماید. این امر را می‌توان به عنوان تناقض آشکار با شریعت

چنان که در قرآن و سنت آمده است تلقی کرد. اما، مفسران اسلامی هم هستند که از اجرای سخت گیرانه این مقررات امتناع می کنند و استدلال می کنند که گرچه این ها قواعد کتاب خداوند می باشند اما آن ها بسته به زمان هستند و آن ها را باید مثال هایی دانست و لذا از اقدامات جدیدتر علیه جرایم استفاده کرد. بعلاوه اشاره می شود در حالی که مجازات های حدود غیرقابل تغییر هستند، می توان با اعمال قواعد دادرسی و وضع شرایط اثباتی سخت گیرانه بدون نقض دستورات الهی از اجرای آن ها خودداری کرد یا به صورت صحیح آنها را اجرا کرد.^{۳۲}

دو کشور اسلامی دیگر با قوانین اساسی که دارای شرط تطابق قوانین با شریعت هستند یعنی جمهوری اسلامی ایران و عربستان سعودی معمولاً مجازات های حدود را اعمال می کنند. اصل ۳۸ قانون اساسی ایران مقرر می دارد که همه انواع شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاعات ممنوع است. این عبارت البته جا را برای اعمال مجازات های غیر اسلامی و غیر انسانی که به عنوان شکنجه دسته بندی می شوند را میبندد و اعلام میکند که اجرای حدود مجازات های غیر انسانی نیست. مصر کشور اسلامی دیگری است که شرط آشکار تطابق قوانین مصوب را با شریعت را دارد، اما معمولاً مجازات حدود را اعمال نمی کند. باید دید که افغانستان با چالش مجازات های اسلامی با توجه به تعهدات خود در شریعت و اعلامیه جهانی حقوق بشر چگونه روبرو می شود.

یکی دیگر از زمینه های بروز ناسازگاری شریعت و اعلامیه جهانی، اصل ۱۶ اعلامیه است که مقرر می دارد مردان و زنان در هر سنی که هستند، بدون محدودیت های نژادی، ملیتی یا مذهبی حق ازدواج و تشکیل خانواده دارند. اعلامیه قاهره این عبارت را تغییر داده و اعلام می دارد که خانواده بنیان جامعه است و ازدواج اساس این بنیان است.

زنان و مردان حق ازدواج دارند و هیچ محدودیتی نژادی و رنگ و ملیت نمی تواند آن ها را از برخورداری از این حق منع کند. اشاره به مذهب در این بخش اعلامیه

^{۳۲} ibid879

دیده نمی شود چون ازدواج زنان مسلمان با مرد غیر مسلمان در حقوق اسلامی ممنوع می باشد. قانون اساسی افغانستان در مورد این مسئله ساکت است. دشوار است تصور کرد که قانون گذار چگونه می تواند اعلامیه جهانی را در این زمینه بدون نقض باور قدیمی و حساس کشورهای اسلامی رعایت نماید. این قانون عموماً در کشورهای اسلامی رعایت می شود حتی آن ها که قانون گذاری سولار دارند مانند تونس و ترکیه.^{۳۳}

سرانجام شایان ذکر است که آزادی هر شخص برای تغییر مذهب خود در اصل ۱۸ اعلامیه جهانی آمده است. نظر حقوق دانان اسلامی در مورد آزادی مذهب و مسئله تغییر مذهب متفاوت است. نظریه سنتی اسلامی ارنداد را منع می کند و مجازات مرگ را مقرر می کند (برای مردان). اکثریت دانشمندان اسلامی با این وجود نظریه مجازات برای ارنداد را رد می کنند و این نظر را اعلام می کند که نبایستی اجباری در دین باشد. آن ها استدلال می کنند که این تغییر مذهب نیست که طبق حقوق اسلامی منع شده است بلکه اظهار آن در عمل به نحوی که امنیت عمومی و اخلاق و آزادی سایرین و یا حتی موجودیت خود حکومت اسلامی را تهدید کند منع شده است.

قانون اساسی افغانستان، مانند سایر قوانین اساسی کشورهای اسلامی، در مورد این مسئله ساکت است و سرنوشت اصل اعلامیه جهانی بستگی به این دارد که دادگاه ها آزادی تغییر مذهب را چگونه تفسیر کنند.

این که آیا قانون اساسی حاضر با تضمین های حقوق بشری بی سابقه خود با شریعت تعارض خواهد داشت یا نه به این بستگی خواهد داشت که چگونه همه این مسائل که پاسخ روشنی در متن قانون اساسی ندارند در مصوبات مجلس ملی و رویه دیوان عالی مورد بررسی قرار خواهند گرفت. اگر این مجلس و دیوان عالی خواهان

^{۳۳} Saboory, mohamad hamid, "The Progres of constitutionalism in Afghanistan, Private law, 2006p16

اعمال تفسیر صحیحی از حقوق اسلامی باشند و برتری اسلام را لحاظ کنند. ایجاد آشتی میان آن نوع تفسیر با بسیاری از الزامات متن کنونی دشوار خواهد بود. اشاره ها و نکات بسیاری در متن فعلی قانون اساسی وجود دارد که نشان می دهد نیت و قصد نویسندگان آن این امر نمی باشند.^{۳۴}

۴.۴. راهکارهای مطابقت قوانین با اسلام در قانون اساسی افغانستان

همانطور که قبلاً نیز اشاره کردیم مهم‌ترین اصل در ارتباط با رعایت شریعت در قانون اساسی افغانستان اصل سوم می‌باشد که مقرر می‌دارد: در افغانستان هیچ قانونی برخلاف باورها و مقررات شرع مقدس اسلام نمی‌تواند تصویب شود. ارزیابی کامل از اجرای اصل ۳ قانون اساسی افغانستان، در وهله‌ی نخست، موکول به ارزیابی انواع سازوکارهای پیش‌بینی شده در قانون اساسی برای نظارت بر اجرای آن می‌باشد. در قانون اساسی افغانستان ۳ راهکار برای نظارت رعایت شریعت پیش‌بینی شده است که به طور مختصر به آنها اشاره کرده و چالش‌های فراروی این سیستم را مورد بررسی قرار خواهیم داد:

نقش ریاست جمهوری در پاسداری از شریعت یکی از راه‌کارهای تضمین شریعت می‌باشد. اصل ۳۵۶۳ به نظر مهم‌ترین اصل مرتبط با این وظیفه رئیس‌جمهور می‌باشد که مقام رئیس‌جمهوریش از تصدی منصب باید سوگندی نزد مجلس ملی برای رعایت و تضمین مقررات دین مقدس اسلام یاد کند تا قانون اساسی و سایر

^{۳۴} ستاری، گلنار، صلاحیت‌های ریاست جمهوری در پاسداری از قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، (با نگاهی به کشورهای فرانسه و افغانستان)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰ص ۱۰۶

^{۳۵} اصل ۶۳ مقرر می‌دارد: رئیس‌جمهور قبل از تصدی وظیفه، مطابق به طرز العمل خاص که توسط قانون تنظیم می‌گردد، حلف(سوگند) آتی را به جا می‌آورد: بسم الله الرحمن الرحيم به نام خداوند بزرگ(ج) 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

قوانین افغانستان را رعایت کند و بر اجرای آنها نظارت داشته باشد. . . با توجه به اختیارات گسترده‌ی رئیس‌جمهور، می‌توان چنین برداشت کرد که او نگهبان قانون اساسی و مسئولیت نظارت بر اجرای آن^{۳۶} را بر عهده دارد. اما تضمین اسلام، تعهد نهایی رئیس‌جمهور بیش از هر چیز دیگر حتی بیش از رعایت قانون اساسی است و این امر جایگاه دین را در قانون اساسی افغانستان نشان می‌دهد. به علاوه، این مسئله نشان می‌دهد که رئیس‌جمهور نقشی اساسی در اجرای اسلام بر اساس فهمش از اولویت‌های اصول اسلامی خواهد داشت البته در اصل ۶۴ که شامل فهرست مفصلی از اختیارات و وظایف رئیس‌جمهور است در مورد اسلام و تضمین آن چیزی نیامده است.

البته رئیس‌جمهور در صورتی که قانونی را مطابق شریعت نداند به نظر می‌تواند از حق وتوی^{۳۷} خود نیز استفاده کرده و آن را به پارلمان برگرداند، هر چند که پس از تصویب ۲/۳ دوباره‌ی **قانون و تو شده** توسط پارلمان دیگر رئیس‌جمهور مکلف به اجرای این قانون بوده و باید از راهکارهای دیگر برای تضمین شریعت استفاده نماید. اصل ۱۵۷^{۳۸} تشبیهت حل این مسئله را از طریق قانونی جداگانه‌ای یعنی کمیسیون مستقل برای نظارت بر اجرای قانون اساسی پیش‌بینی کرده است. از سوی دیگر اعضای این کمیسیون نیز توسط رئیس‌جمهور البته با تصویب مجلس انتخاب می‌شوند، اینکه اختیارات این کمیسیون به طور کامل و در عمل چه اختیاراتی است باید منتظر عملکرد آن ماند اما می‌توان انتظار داشت که یکی از وظایف آن کنترل هماهنگی قوانین مصوب با شریعت خواهد بود. اما نکته مهم این کمیسیون اینست

^{۳۶} قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، اصل ۶۴ و بند ۱ اصل ۶۳

^{۳۷} اصل ۹۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان: قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس‌جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد در صورتی که رئیس‌جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد، می‌تواند آن را در ظرف ۱۵ روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید با سپری شدن این مدت و یا در صورتی که ولسی جرگه آنرا مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می‌گردد

^{۳۸} اصل ۱۵۷ قانون اساسی افغانستان مراجعه شود

که هدف قانونگذار در اینجا چیست؟ آیا وظایف نهاد مزبور و رئیس جمهوری موازی با هم قرار می‌گیرد و قانون اساسی از این امر آگاهی نداشته است؟^{۳۹}

با این وضعیت در مواردی ممکن است بین دیدگاه ریاست جمهوری و کمیسیون مزبور در بعد نظارت بر اجرای قانون اساسی و شریعت ناسازگاری پیش‌آید که خود چالش اساسی خواهد بود. در این صورت چه باید کرد، برای راه حل این مسئله در قانون اساسی راه حلی وجود ندارد مگر اینکه قانون عادی به گونه‌ای هر گونه تعارضی را در عمل منتفی سازد.^{۴۰} علاوه بر رئیس‌جمهور و کمیسیون مزبور راه دیگر برای تضمین شریعت در اصل ۱۲۱^{۴۱} قانون اساسی افغانستان آمده است. طبق این اصل دیوان عالی به درخواست دولت یا محاکم می‌تواند تطابق قوانین، مقررات، معاهدات بین‌المللی، و کنوانسیون‌های بین‌المللی را با شریعت و تفسیر آنها بر طبق قوانین را بررسی نماید. این مقرر، دیوانعالی افغانستان را مبدل به یک دادگاه قانون اساسی می‌کند که می‌تواند صلاحیت بررسی سازگاری قوانین و مقررات اسلام را داشته باشد. یک دادگاه قانون اساسی در کشورهای در حال گذار نقش مهمی را به عنوان یک داور در مسائل قانونی ایفا می‌کند و ضامن مهم حقوق فردی شمرده می‌شود. نگرانی‌ای که در این زمینه وجود دارد، این است که دادگاه مستقل قانون اساسی اغلب برجسته‌ترین قضات موجود را جذب کرده و منجر به کمبود استعدادهاى نادر در بقیه نظام قضایی شود بویژه هنگامی که کشور در حال تلاش برای از نو ساختن کل نظام قضایی است. افزون بر این نظارت دوگانه کمیسیون مستقل و نظارت قضایی بر مطابقت با اسلام خود چالش‌هایی را در بر خواهد داشت.^{۴۲}

^{۳۹} ستاری، گلنار، پیشین، ص ۱۰۴

^{۴۰} احمدی، سیدمحم و صداقت، علی قاسم، **حقوق اساسی جمهوری افغانستان**، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۳۱۸

^{۴۱} اصل ۱۲۱: «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین‌المللی المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت سترمحکمه می‌باشد»

^{۴۲} قرباتی، فهیمه، «اسلام و دموکراسی در قانون اساسی جدید افغانستان»، **نشریه حقوق اساسی**، ۱۳۸۶، شماره ۱۸، ص ۳۶۶

نتیجه‌گیری

در برخی کشورهای اسلامی حاکمیت مطلق خداوند در تقنین پذیرفته شده است؛ در چنین مواردی این اراده خداوند است که حاکم بر امور است و اراده مردم در صورت هماهنگی با اراده خداوند در امور جریان خواهد داشت. برای مثال اصل ۴ قانون اساسی مصوب ۱۹۹۸ سودان می‌گوید خداوند، خالق تمام افراد، بر دولت و حکومت برتری دارد و قدرت را به توالی به مردم سودان می‌بخشد. . . اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بیان می‌دارد که جمهوری اسلامی نظامی بر پایه اعتقاد به خدای واحد است. اعتقاد به حاکمیت و اراده خداوند جایگاه رفیع شریعت را در این نظام‌های مبتنی بر دین مبین اسلام می‌رساند و مفسران دینی به عنوان متخصصان امر بایستی حدود و صغور اراده‌ی خداوند را معین و مشخص سازند. البته در قوانین اساسی اسلامی حاکمیت مردم نیز در اغلب موارد به رسمیت شناخته شده است. اصل ۴ قانون اساسی افغانستان در این زمینه بسیار صریح است. حاکمیت ملی در افغانستان متعلق به ملت است که آن را مستقیماً یا از طریق نمایندگان خود اعمال می‌کنند. در این کشورها، بطور کلی، احترام قانون اساسی به اسلام مانعی برای وضع قوانینی که مخالف با فهم صحیح از اسلام نیست وجود ندارد.

در مورد قانون اساسی افغانستان، نشانه‌های بسیاری وجود دارد که نویسندگان آن در جستجوی ایجاد مدرن‌ترین قانون اساسی در جهان اسلام بوده‌اند. فشار زمان و وضعیت بسیار خاص سیاسی موجود در زمان نگارش قانون اساسی به ناسازگاری‌ها و بی‌نظمی‌هایی در متن منجر شده است. با این وجود می‌توان آن را پایه‌ای برای اجرای آمال مترقی نویسندگان دانست. اعلامیه در اصل ۲۲ خود در مورد برابری زن و مرد در مورد حقوق و وظایف آن‌ها مهم‌ترین نشانه در این زمینه می‌باشد.

رئیس‌جمهور، می‌تواند طبق اصل ۶۰ زن یا مرد باشد. گرچه منع آشکاری در شریعت برای زنان جهت حکومت دولتی اسلامی وجود ندارد، دیدگاه عمومی حقوق اسلامی در مورد زنان حداقل در برداشت سنتی مفاد اصل

۶۰ را یکی از موارد مترقی و بی سابقه در قانون اساسی جدید می نمایاند.

یک تفسیر سنتی از شریعت میان مسلمانان و غیرمسلمانان به لحاظ حقوق سیاسی و مدنی و جایگاه آن ها در پیشگاه قانون تفاوت قائل می شود. این امر که قانون اساسی افغانستان مذهب را به عنوان شرط عضویت در مجلس ملی یا دیوان عالی ذکر نکرده است نشان می دهد که تبعیضی میان مذاهب مختلف در این زمینه وجود ندارد. قانون اساسی کنونی تا اندازه ای براساس قانون اساسی ۱۹۶۴ می باشد. مسئله سازگاری قوانین ملی با مقررات اسلامی در آن قانون اساسی مشکلی را ایجاد نکرد. بنابراین ممکن است که قانون گذار در چهارچوب قانون اساسی جدید یک رویکرد عمل گرا با توجه به الزامات اصل ۳ طراحی کند. قانون اساسی کنونی تا اندازه ای براساس قانون اساسی ۱۹۶۴ می باشد. مسئله سازگاری قوانین ملی با مقررات اسلامی در آن قانون اساسی مشکلی را ایجاد نکرد. بنابراین ممکن است که قانون گذار در چهارچوب قانون اساسی جدید یک رویکرد عمل گرا با توجه به الزامات اصل ۳ طراحی کند.

۲۰۰

شخص رئیس جمهور و ترکیب مجلس ملی نقشی سرنوشت ساز در شکل گیری رابطه میان قوانین مصوب و شریعت بعهدده دارند. علاوه بر قدرت های گوناگون در رابطه با مجلس ملی و قوه قضائیه، رئیس جمهور شخصی است که سرانجام قوانین را **توشیح** می کند (اصل ۹۴) و اعضای دیوان عالی را منصوب می کند و نیز اعضای کمیسیون نظارت بر اجرای قانون اساسی (اصل ۱۵۷). لذا به نظر می رسد که شخصیت و دیدگاه رئیس جمهور در مورد سازگاری قوانین با شریعت مقدس تاثیر داشته و در شکل گیری عملی نظام جمهوری اسلامی افغانستان بسیار نقش آفرین است.

بطور خلاصه در پاسخ به سوال اصلی مطرح شده در این مقاله باید بیان داشت شریعت بی شک به عنوان مکمل قانون اساسی افغانستان تلقی می گردد. گرچه تناقضات احتمالی میان شریعت و برخی اصول قانون اساسی در ظاهر وجود دارد اما آن چه که قانون اساسی افغانستان را به یکی از موارد منحصر به فرد در میان

کشورهای اسلامی بدل می‌کند این است که در آن صریحاً به رعایت اعلامیه جهانی حقوق بشر و در عین حال حفظ هماهنگی میان تمامی قوانین افغانستان و اصول اسلام تأکید شده است. این ترکیب بطور رسمی ایجاد تناقض نمی‌کند، اما ناسازگاری احتمالی وجود دارد که ممکن است در اجرای واقعی قانون اساسی بوجود آید. این ناسازگاری ممکن است اندک باشد و بابر داشت های جدید و معتدل تحمل شود. لذا اگرچه در عنوان حکومت افغانستان جمهوری اسلامی آمده است و در اصول متعددی که اشاره گردید به اسلامی بودن نظام اشاره گردیده و به نقش دین در قانون اساسی اشاره گردیده اما باید اذعان کرد که در عمل باید منتظر ماند و دید که حکومت افغانستان تا چه حد اسلامی بوده و خود را پایبند به اجرای دین اسلام در امور حکومتی میدانند و به عبارت دیگر افغانستان جدید چقدر در اجرای صحیح دین در امور حکومت مصمم خواهد بود.